القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات النفطية من خلال التحكيم

أحلام مبعوج[1] ، بن يسعد عذراء[2]
[2،1]جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1 (الجزائر)

تاريخ الاستلام : 2020/04/25 ؛ تاريخ المراجعة : 2020/05/17 ؛ تاريخ القبول : 2020/06/15

ملخص:

إذا كان جوهر التحكيم هو في تحديد القانون الذي يحل موضوع النزاع وفقاً له'و الذي يحصل فيه كل طرف على حقه إلا أنه لابد من المرور بعدة إجراءات، ولاشك في اختلاف القواعد التي تحكم الإجراءات، فالتحكيم نظام لحل الخلافات الناشئة بين الأطراف، والأطراف لفظ يمكن أن ينصرف إلى الأشخاص الطبيعيين، كما يجوز أن ينصرف إلى الأشخاص الاعتبارية سواء أكانت دولاً أو شركات، وهو ما استتبع وجود التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فدور الإرادة الحرة لأطراف التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق علي المنازعات التي يمكن أن تثور في التحكيم،مما يحتاج إلى البحث عن المعيار واجب الاتباع للتمييز بينهما.

الكلمات المفتاح : التحكيم ؛ العقود النفطية ؛ النزاعات ؛ عقود الاستثمارات النفطية ؛ أطراف النزاع.

Abstract :

If the substance of the arbitration is to determine the law according to which the subject of the dispute is resolved. In the arbitration system, each party gets its right, but it must pass through several procedures, and there is no doubt that the rules governing the procedures differ. Arbitration is a system for resolving disputes arising between the parties. Countries or companies, which entailed the existence of internal arbitration and international arbitration, the role of the free will of the parties to arbitration in determining the law to be applied to disputes that may arise in arbitration, which needs to search for the criterion and duty to follow to distinguish between them.

Keywords : arbitration ; oil contracts ; disputes ; oil investment contracts ; conflict parties.

I- مقدمة :

نظراً للأهمية البالغة والمكانة التي يحظى بها التحكيم في الوقت الراهن كوسيلة لفض المنازعات لاسيما في عقود الاستثمارات النفطية ، وذلك بازدياد اللجوء إلى التحكيم وانتشاره باعتباره الوسيلة المثلى والمفضلة لدى المتعاملين في مجال العلاقات الدولية ، فقد أدى ذلك الانتشار إلى خضوعه لتطورات عديدة لدرجة يصعب معها ملاحقة تلك التطورات الأمر الذي تنعكس معه هذه التطورات في شكل تساؤلات عديدة بشأن بعض هذه المسائل المرتبطة بالتحكيم كنظام لفض المنازعات لاسيما عند بدء إجراءات التحكيم ، أي اللحظة التي يبدأ فيها الاختصاص التحكيمي، فمسألة الاختصاص بالتحكيم ، تعد من المسائل ذات الأهمية البالغة ، فبضبط مسألة الاختصاص التحكيمي يضحى الطريق ممهداً ومنذ البداية مسألة انعقاد الاختصاص بالتحكيم للمحكم أو لهيئة التحكيم ، كما تستمر مسألة الاختصاص قائمة ومحل نظر أثناء سير خصومة التحكيم فيما يتعلق بنظر الموضوع محل الخلاف وما إذا كان الاختصاص مازال قائماً للمحكم بشأن عناصر الموضوع المطروح أم أن المحكم قد خرج عن حدود الاختصاص الممنوح لـــــه.

والأصل في العقود الدولية هو خضوعها لقانون الإرادة ، أي للقانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين ، وقد استقر فقه القانون الدولى الخاص الغالب على أن تطبيق قانون الإرادة على هذا النحو يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد ، وبهذه المثابة ينطبق قانون الإرادة في شأن كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي والمحل والسبب

كما ينطبق هذا القانون أيضاً على آثار العقد ، سواء تعلقت هذه الآثار بالأشخاص أو بالموضوع، وبصفة خاصة على ما يرتبه العقد من التزامات متبادلة بين أطرافه وجزاء مخالفة هذه الالتزامات وما تثيره هذه المخالفة من مسئولية عقديـــة.وإذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم وفقاً للرأي الراجح تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد ، مع التحفظ الخاص بمجال أعمال قانون دولة التنفيذ ، فإن هذا القانون هو الذي يسرى أيضاً على أسباب انقضاء الالتزامات العقدية .

أما شكل العقد ، فقد استقر الاتجاه الغالب على إسناده اختيارياً إما لقانون العقد أو لقانون بلد الإبرام ، وذلك تيسيراً على المتعاملين، ورعاية للاعتبارات العملية التي تقتضيها التجارة الدولية.

مما سبق يتبين لنا أهمية تنظيم عملية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في العقود النفطية ذات الصفة الأجنبية لما قد ينشأ عن تلك العقود من نزاعات أثناء التنفيذ'لذلك تبرز أهمية أن يطبق قانون واحد على كافة مراحل التحكيم منذ اتفاق التحكيم مرورا بإجراءات التحكيم في موضوع النزاع' إلا أنه من الممكن اختلاف القانون واجب التطبيق على مختلف هذه المراحل مما يقتضينا التفرقة بينها.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما هو تحديدا القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات النفطية في مجال التحكيم الدولي؟ وإذا نشأ نزاع بين الدولة من ناحية وأشخاص القانون الخاص من ناحية أخرى فأي من القانونين سيطبق عليها، هل هو القانون المحلى لدولة التنفيذ أم قانون الشريك الأجنبي.و للإجابة على هذا التساؤل اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي، واستخدمنا في سبيل هذا من الأدوات الأكاديمية التي تمثلت في العديد من المؤلفات العامة والمتخصصة والرسائل العلمية ذات الصلة بالموضوع' وهذا وفق الخطة التالية حيث عالجنا أولا النظرية الشخصية لعقود الاستثمارات النفطية والقانون واجب التطبيق(المبحث الأول) و ثانيا النظرية الموضوعية لعقود الاستثمارات النفطية والقانون واجب التطبيق(المبحث الثاني).

المبحث الأول: النظرية الشخصية لعقود الاستثمارات النفطية والقانون واجب التطبيق:

ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر، والذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقاً طبيعياً وفطرياً له. فالفرد وحريته هي الغاية التي وجدت من أجلها الجماعة التي يعيش فيها وليس العكس . فالجماعة وجـــدت من أجـــل الفـــرد ولم يوجد الفرد من أجل الجماعة. وهكذا يرتفع هذا المذهب بكيان الفرد إلى قمة التنظيم القانوني، وتكون الجماعة مهيأة لتحقيق مصالحه.

وقد استقر مبدأ "سلطان الإرادة" في نطاق الروابط التعاقدية . فإرادة المتعاقدين حرة طليقة في إبرام العقد وتحديد شروطه . وإذ ينشأ العقد يصبح ملزماً لأطرافه بوصفه شريعة المتعاقدين.وقد ترتب على تقديس حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة وفقاً لهذه الأفكار، أن أصبح من حق المتعاقدين أن يضمنوا عقودهم ما شاءوا من الشروط، بل أصبح من حقهم، في العقود الدولية، أن يختاروا قانون الدولة الذي يرونه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لينظم الرابطة التعاقدية؛ ويترتب على هذا الاختيار، والذى يقوم على مطلق سلطان الإرادة، أن يندمج القانون المختار فى العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية ارتضاها المتعاقدون (فرج، 2000، الصفحات 71-72).

ولاشك أن إندماج قانون الإرادة فى العقد الدولى وهو هنا عقود الاستثمارات النفطية ذات الطابع الدولى على هذا النحو سيؤدى إلى نتائج هامة من بينها ــ على سبيل المثال ــ تعذر إبطال العقد وفقاً لأحكام هذا القانون والذى فقد قوته الملزمة وصفته الآمرة بعد أن أصبحت أحكامه مجرد شروط تعاقدية اتفقت عليها إرادة الأطراف، وهى إرادة يصعب افتراض اتجاهها إلى إبطال عقد أبرمته لينشأ صحيحاً.

وبهذه المثابة تسموا إرادة المتعاقدين فوق القانون، الذى يستمد على هذا النحو قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة التعاقدية.

على أن الوضع قد يبدو مختلفاً أمام قضاء التحكيم الدولى، حيث يميل المحكمون عادة إلى تدويل عقود الاستثمارات النفطية وتحريرها قدر المستطاع من سلطان القوانين الداخلية، لتبقى مع ذلك خاضعة لقواعد القانون الدولى.

ومنه يثور التساؤل عن مدى خضوع عقود الاستثمارات النفطية لحكم القانون فيما لو طرح النزاع بشأنه على المحكمين، وهو التساؤل الذى ستكون الإجابة عليه وفقا لما سنتناوله تاليا.

المطلب الأول: النظرية الشخصية واندماج قانون الإرادة فى العقد الدولى

1- سلطان الإرادة وعقود القانون الداخلى: غالى أنصار النظرية الشخصية فى تقديس مبدأ سلطان الإرادة إلى حد القول بأن إرادة المتعاقدين هى شريعتهم الملزمة، وهى لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون. فالعقد ملزم فى ذاته، وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون، وإنما من إرادة المتعاقدين.

وإذا كان للقانون دور فى هذا المجال فهو مجرد تأكيد الاحترام المتطلب لحرية الأفراد فى التعاقد دون أن تكون من وظيفته رعاية المصالح العامة للجماعة فى مواجهة النزعات الأنانية للأفراد.

نظرت المدرسة الفردية التقليدية إلى القانون فى خلفية فكر أنصارها، وكأنه خصم الحرية الفردية وعدوها اللدود (نجار، بدوي، و يوسف، 2002، صفحة 34). ولهذا فإن دوره يجب أن ينحصر فى حماية هذه الحرية، وأن ينصرف على هذا النحو عن تأدية أي دور اجتماعي أو اقتصادي آخر سواء حماية للطرف الضعيف أو إدراكاً للمصلحة عامة .

وهكذا تدخل المشرع فى الدول الرأسمالية ذاتها، وحتى فى ظل سيطرة الأفكار الليبرالية، بنصوص آمرة لحماية الطرف الضعيف فى العقد، وتزايدت مع مرور الزمن صور تدخل الدولة فى العلاقات الاجتماعية والاقتصادية لإبطال الشروط التعاقدية التى تتعارض مع المصلحة العامة (الحداد ح.، 2003، صفحة 409).

وبهذه المثابة لم تعد حرية المتعاقدين مطلقة، إنما هى حرية مقيدة بنصوص القانون الآمرة التى تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة، فالعقد ليس مسألة خاصة بالأفراد، وإنما هو واقع اجتماعى، يخضع للقانون الذى تفرضه الجماعة (البرواري، 2015، الصفحات 370-371)، ولا يرتب آثاره إلا فى حدود ما يسمح به هذا القانون (صادق ه.، 2003، صفحة 332).

2- سلطان الإرادة والعقود الدوليـــة : إذا كان العقد الدولي هو العقد الذي يتصل بحسب الأصل بأكثر من نظام قانوني واحد، فقد استخلص أنصار النظرية الشخصية، التى تنتمى إلى تعاليم المذاهب الفردية، أنه قد أصبح على هذا النحو عقداً يخرج من تحت طائلة أي تنظيم قانونى، وخلافاً لما رأيناه بصدد عقود القانون الداخلى[1].ومشكلة اختيار القانون الذى يخضع له العقد الدولي فهذا الفرض من بين القانونين المتنازعين تكشف فى ذاتها وفقاً لأنصار النظرية الشخصية عن حقيقة أن أى من هذين القانونين لا يدعي خضوع العقد لسلطانه (صادق ه.، 2003، صفحة 331). وهكذا يفلت العقد الدولى فى نظر هذا الفقه من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة.

وليس هناك ما يمنع المتعاقدين وفقاً لهذا النظر من اختيار قانون دولة معينة لينطبق على العقد الدولى المبرم بينهم، مثل القانون الفرنسى أو القانون الانجليزى فى المثال السابق، على أن يظل مفهوماً أن هذا الاختيار لم يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما يرتد الاختيار فى حالتنا إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة (سلامة، 2001/2000، الصفحات 156-157).

[1] فالعقد المبرم بين فرنسيين مثلاً ويجرى تنفيذه فى فرنسا هو عقد من عقود القانون الداخلى يخضع لمطلق سلطان التشريع الفرنسى، ولا يستطيع أطرافه الاتفاق على ما يخالف النصوص الآمرة فى هذا التشريع، ولا يختلف الأمر بالنسبة للعقد المبرم بين إنجليزيين على أن يجرى تنفيذه فى انجلترا، حيث يخضع لأحكام القانون الإنجليزى. أما العقد المبرم بين فرنسى و إنجليزى فى مجال عقود الاستثمارات النفطية ينفذ فى إنجلترا فهو عقد دولى قد يثير مشكلة تنازع القوانين وما يترتب عليها من توقع الاختيار بين كل من القانون الفرنسى والقانون الانجليزى.

3- إندماج قانون الإرادة فى العقد بوصفه مجرد شروط تعاقدية : اتجهت محكمة النقض الفرنسية نحو إخضاع العقد الدولى لمطلق سلطان الإرادة، وهو ما يخول للمتعاقدين حق اختيار قانون معين يندمج فى العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، وذلك فى حكمها الشهير الصادر فى 5 ديسمبر 1910، والذى قررت فيه أن "القانون الواجب التطبيق على العقود .. هو القانون الذى تبنته إرادة المتعاقدين" (جابر، 2014، الصفحات 36-37).

وبهذه المثابة أصبح القانون الذى اختارته إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا الحكم جزءاً من العقد، لتندمج أحكامه على هذا النحو ضمن شروطه التعاقدية (الحداد ح.، 2003، صفحة 410).

وإندماج القانون المختار فى العقد على هذا النحو يفترض بداهة أن تكون إرادة المتعاقدين فى هذا الاختيار صريحة، أو فى القليل يمكن استخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع . أما لو لم تكن إرادتهم فى هذا الشأن واضحة، فقد يصعب تصور الإندماج. إذ الغرض فى هذه الحالة أن ينطبق القانون الذى تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية فى قانون القاضى، أو القانون الذى يحدده القاضى بوصفه الأكثر اقتراباً من العلاقة العقدية، وفى هذه الحالات الأخيرة يتعذر القول بأننا بصدد قانون اختارته إرادة المتعاقدين، وإنما نكون بصدد قانون عينه المشرع أو القاضى ليحكم الرابطة التعاقدية (البرواري، 2015، صفحة 427).

إن إندماج أحكام القانون المختار فى العقد لا يمنع المتعاقدين من استبعاد بعض هذه الأحكام ولو تمتعت بالصفة الآمرة، وأساس ذلك أنه إذا كان قانون الإرادة لا ينطبق على العقد الدولى بوصفه قانوناً، وإنما باعتبار أن نصوصه قد اندمجت فى العقد واعتبرت على هذا النحو فى حكم الشروط التعاقدية، فيكون من حق المتعاقدين بداهة الاتفاق على أى شروط أخرى ولو خالفت نص آمر من نصوص القانون المختار (صادق ه.، 2003، صفحة 123).

وأخذاً بنفس هذه الأفكار، فليس هناك ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون واحد لتنظيم جوانبه المختلفة .وبهذه المثابة ينتقى المتعاقدون مثلاً بعض أحكام القانون السويسرى لتنظيم جانب من المسائل محل اتفاقهم بينما يقومون بتنظيم مسائل أخرى فى ذات العقد وفقاً لنصوص القانون الفرنسى أو القانون الألمانى (صادق ه.، 2001، صفحة 126).

وهكذا يؤكد أنصار النظرية الشخصية حق المتعاقدين فى انتقاء الأحكام التى يريدونها من القانون أو القوانين التى تم اختيارها، حيث تندمج الأحكام المنتقاة على هذا النحو فى العقد لتصبح جزءاً من الشروط التعاقدية.

وإذا كان سلطان الإرادة هو أساس اختيار المتعاقدين لقانون العقد وفقاً للنظرية الشخصية، فيبدو من الطبيعى أن يرفض أنصار هذه النظرية فكرة الإحالة من قانون الإرادة إلى أى قانون آخر، والتى تقوم على أساس أن القانون المختار لا يريد الانطباق ويرفض على هذا النحو الاختصاص المعروض عليه. فاختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين لتصبح جزءًا من شروطهم التعاقدية يتنافى فى ذاته مع فكرة الإحالة التى تفترض آليتها أن اختصاص قانون الإرادة قد تم أساساً بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وليس استناداً على مطلق مبدأ سلطان الإرادة.

ومع ذلك فيبدو لنا أن الأمر لا يختلف بالضرورة من هذه الزاوية حتى لو كان اختيار القانون الواجب التطبيق قد تم بناء على قاعدة تنازع تتخذ من إرادة المتعاقدين ضابطاً للاسناد وفقاً لأفكار أنصار النظرية الموضوعية الحديثة . ذلك أن استشارة قواعد الإسناد فى القانون المختار، والأخذ بالإحالة التى قد تشير بها إلى قانون آخر، هو أمر لا يتنافى فقط مع حكمة قاعدة التنازع التى اتخذت من إرادة المتعاقدين ضابطاً للإسناد، وإنما هو يناهض أيضاً قصد المتعاقدين أنفسهم وإرادتهم الحقيقية فى تطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الذى ارتضوه، دون الرجوع لقواعد الإسناد فى هذا القانون والتى قد تحيلهم إلى قانون آخر (صادق ه.، 2001، صفحة 129).

وقد جاء فى معظم القوانين أن قانون الإرادة هو القانون الذى يخضع له العقد، وهو ما أخذ به التشريع الجزائري الذى ينص في المادة 18 من القانون المدني الجزائري على قاعدة إسناد تسمح للأطراف المتعاقدة الحق باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وقد كرس أيضاً قانون الإرادة في المادة 17 من قانون الاستثمار رقم 01-03

المتعلق بتطوير الاستثمار بحرية أطراف تنظيم عقد الاستثمار وتعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وبما أن عقد الاستثمار من عقود التجارة الدولية، لذا قد تكون لإرادة الأطراف دور كبير في هذا العقد (بوطبالة، 2019، صفحة 839).

ومع ذلك فيبدو أن بعض أنصار الإحالة لا يمانعون من الأخذ بها فيما لو سكت المتعاقدون تماماً عن اختيار قانون العقد واضطر القاضى إلى تطبيق القانون الذى تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية فى قانونه، أو التصدى بنفسه للتركيز الموضوعى للرابطة العقدية. وأساس هذا الرأى أنه مادامت الإرادة لم تحدد قانون العقد فى هذه الفروض فلم يعد هناك ما يمنع من قبول الإحالة (زيد، 2010، صفحة 571).

ولأسباب مشابهة فإن إندماج قانون الإرادة فى العقد بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة، وتحول أحكامه على هذا النحو إلى مجرد شروط عقدية، سوف يحسم المشكلة الخاصة بإرادة انطباق القانون المختار ونطاق تطبيقه والتى آثارها جانب من أنصار الفقه الأحادى أو المفرد الجانب . فوفقاً لهذا النظر فإنه لا يكفى أن يختار المتعاقدون القانون الواجب التطبيق على عقدهم حتى يطبق القاضى أحكامه، وإنما يتعين لسلامة هذا التطبيق أيضاً أن "يريد" القانون المختار الإنطباق على مثل العقد محل النزاع، أى أن يدخل العقد المذكور فى نطاق تطبيق قانون الإرادة كما حدده مشرعه[2].

4- ثبات قانون الإرادة وعدم الاعتداد بتعديلاته التشريعية اللاحقة على إبرام العقد: يترتب على اندماج قانون الإرادة فى العقد نتيجة هامة هى تجميد هذا القانون على حالته التى كان عليها وقت إبرام العقد.وبهذه المثابة فإن أى تعديلات تشريعية قد تطرأ على أحكام القانون المختار فى الفترة اللاحقة على إبرام العقد لا تندمج فيه ولا تعد جزءًا من شروطه التعاقدية حتى لو اتسمت هذه التعديلات بالصبغة الآمرة، ما لم ينص المتعاقدون على غير ذلك.

يقوم هذا النظر على فكرة منطقية مؤداها أن المتعاقدين، وقد اختاروا أحكام قانون معين لتصبح جزءاً من العقد المبرم بينهم، فإن اختيارهم على هذا النحو قد انصب بداهة على أحكام القانون المذكور السارية عند إبرام العقد . إذ يصعب بغير نص صريح فى العقد افتراض انصراف نيتهم إلى اعتناق التعديلات التى قد يدخلها مشرع هذا القانون على أحكامه فى فترة زمنية لاحقة.

وإذا كان بعض أحكام القضاء الوطنى قد أقرت على هذا النحو مبدأ ثبات قانون الإرادة وقت إبرام العقد وعدم الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة، فإن أحكام المحكمين فى شأن العقود الدولية قد باركت هذا الاتجاه . بل لعل مجال التحكيم الدولى قد أصبح الآن هو المجال الطبيعى لإعمال فكرة التجميد الزمنى لقانون الإرادة تمشياً مع الاتجاه العام المعاصر فى قضاء التحكيم نحو تدويل العقود وإخراجها من سلطات القوانين الداخلية (صادق ه.، 2001، صفحة 145).

ولئن كان المقصود بقانون الإرادة على هذا النحو هو أحكام هذا القانون السائدة عند إبرام العقد، فليس هناك ما يمنع المتعاقدين بداهة من تأكيد هذا المعنى فى عقودهم بالنص صراحة على ذلك. وهذا هو شرط الثبات التشريعى الذى يحرص عليه المتعاقدون أحياناً تلافياً للمفاجآت . وهو شرط جرى عليه العمل فى العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية .

ويرتد الحصر على إدراج شرط الثبات التشريعي فى عقود الدولة على هذا النحو إلى قدرة هذه الأخيرة على تغيير قانونها، والواجب التطبيق عادة فى هذه الحالة، أثناء سريان العقد، مما قد يخل بالتوازن والأمان الذى ينشده الطرف الآخر فى العلاقة العقدية (إبراهيم، 2017، صفحة 113).

[2] ولهذا حكمت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسى، بوصفه قانون الإرادة، على العقد المبرم بين شركة تأمين فرنسية وفرنسى يعمل وكيلاً للشركة فى المغرب العربى، وهو ما اقتضى رجوع المحكمة إلى اللائحة الفرنسية التى تنظم علاقة شركات التأمين بوكلائها رغم أن اللائحة المذكورة لا تنطبق بحسب الأصل إلا على الوكلاء الذين يمارسون أعمالهم فى فرنسا. راجع نقض فرنسى 21 نوفمبر 1973، ج 1، رقم 319، ص283.

ولعل حرص الدولة المضيفة ذاتها على تشجيع الاستثمارات الأجنبية هو ما يدفعها أحياناً إلى التعهد الصريح فى تشريعها الداخلى بعدم تعديل أو إلغاء قوانينها السارية عند إبرام الاتفاق مع المستثمر الأجنبى او عقود الاستثمارات النفطية الأجنبية .

وشروط التجميد الزمنى لقانون العقد ذات الطابع التشريعى على هذا النحو تختلف فى أساسها عن شروط الثبات الاتفاقي التى ينص عليها المتعاقدين فى عقودهم ، فهذه الأخيرة تعد كما رأينا من قبل نتيجة طبيعية لفكرة إندماج قانون الإرادة فى العقد واعتبار أحكامه مجرد شروط تعاقدية . أما تعهد الدولة فى تشريعها الداخلى بعدم تعديل قوانينها السارية عند إبرام الاتفاق مع المستثمر الأجنبى فهو تعهد يؤدى إلى إيقاف سريان تشريعاتها التى تصدر بعد إبرام العقد فى شأن العلاقات التعاقدية التى نشأت بينها وبين المستثمر قبل صدور التعديلات التشريعية (صادق ه.، 2001، الصفحات 349-350).

بل أنه قد يمكن القول مع البعض بأن اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة يعنى إرادة الخضوع لأحكام هذا القانون فى مجموعه، بما يتضمنه من قواعد خاصة بالتنازع الزمنى للقوانين.ومؤدى ذلك عادة خضوع العقد لأحكام القانون المختار عند التعاقد، لأن سريان التعديلات التشريعية اللاحقة لهذا القانون بأثر رجعى يتعارض فى الغالب مع النظام العام فى دولة القاضى المطروح عليه النزاع (جابر، 2014، صفحة 41).

أما لو كان العقد ممتداً، كما هو الشأن عادة فى عقود الاستثمار النفطي، فإن إعمال قاعدة التنازع الزمنى للقوانين فى القانون المختار سوف يؤدى إلى سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد بأثر فورى.

المطلب الثانى: النظرية الشخصية لدى قضاء التحكيم الدولى

1- العقد الدولى أمام قضاء التحكيم :

سبق الإشارة إلى أن منطق النظرية الشخصية فى رد حق المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى إلى مطلق سلطان الإرادة يؤدى إلى تحرر العقد من سلطان القانون، وبالتالى إخراجه من مجال تنازع القوانين وفقاً للمعنى المقصود لهذه الفكرة فى فقه القانون الدولى الخاص.

ولهذا فقد رأينا فى اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة وفقاً لهذا المنطق سيؤدى إلى إدماج القانون المختار فى العقد ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، ومعاملتها بالتالى على هذا النحو سواء من حيث إثباتها أو تفسيرها (الحداد ح.، 2003، صفحة 407).

ولما كان القانون المختار ينزل منزلة الشروط التعاقدية، فقد انتهى أنصار النظرية الشخصية إلى إمكان التجميد الزمنى لأحكام هذا القانون عند إبرام العقد وعدم الاعتداد بأية تعديلات تشريعية لاحقة ؛ وإذ يفقد قانون العقد بذلك صفته القانونية، فسيكون من الطبيعى أن يخول أنصار هذه النظرية للمتعاقدين الحق فى الخروج عن القواعد الآمرة فى القانون المختار الذى يتجرد على هذا النحو من سلطانه الآمر.

فمادام أن اندماج القانون المختار فى العقد يرتد إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة وحرية الاتفاق، فلم يعد هناك ما يستوجب إذن أن تكون ثمة صلة بين هذا القانون والعقد على نحو ما يتطلب أنصار مدرسة التركيز الموضوعى، بل ولم يعد هناك ما يستوجب رضاء مشرع القانون المختار بانطباقه على العقد، كما يؤكد بعض أنصار المدرسة الآحادية الحديثة.وهكذا أدت المغالاة فى تقدير مبدأ سلطان الإرادة فى القرن التاسع عشر إلى إفلات العقود بصفة عامة، والعقود الدولية بصفة خاصة، من حكم القانون.

ومن جهة أخرى فإن إحساس المحكمين بأن أساس سلطتهم القضائية هو إرادة الأطراف يدفعهم بالضرورة إلى الإذعان لرغبة هؤلاء فى تجنب القوانين الداخلية التى ترتبط بالعقد وتفضيل الخضوع لما ألفوه من عادات وأعراف مستقرة

فى إطار المهنة أو التجارة أو عقود الاستثمارات النفطية التى ثار بشأنها النزاع (السنوسي، 2015، الصفحات 172-173).

على أن تحرير العقد الدولى من أحكام القوانين الداخلية أمام قضاء التحكيم الحديث لم يعد يستند فى رأى جانب من الفقه المعاصر إلى مطلق سلطان الإرادة، وإنما على حقها فى هذا الصدد المستمد من قاعدة مادية من قواعد القانون الدولى الخاص التى استقر عليها العمل أمام المحكمين، وهى قاعدة تبيح لإرادة المتعاقدين سلخ العقد الدولى عن القوانين الداخلية وإن ظلت الرابطة العقدية خاضعة لأحكام القانون التجارى العابر للحدود (الحداد ح.، 2003، صفحة 417).

بل إن هناك أحكام للمحكمين قد اعتنقت صراحة النظرية الموضوعية فى إسناد العقود الدولية، فأخضعت الرابطة العقدية المطروحة لأحكام القانون الذى اختارته إرادة المتعاقدين، والذى ينطبق على هذا النحو بوصفه كذلك دون أن تندمج أحكامه فى العقد وتصبح جزءاً مكملاً للشروط العقدية، وهو ما يتفق مع ما انتهت إليه بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية جنيف لسنة 1961 فى شأن التحكيم التجاري الدولى.

على أن صحة هذا النظر لا تتأتى بطبيعة الحال إلا لو سلمنا بتمتع القانون التجارى الدولي بالقوة الملزمة التى تجيز اعتباره قانوناً للعقد، وهو ما يثير التساؤل عن دور التحكيم فى خلق قواعد هذا القانون واستقرار أحكامه، وكذلك عن أساس تطبيق قواعده الموضوعية أمام المحكمين، وما إذا كان هذا التطبيق يتم على نحو مباشر أو من خلال منهج التنازع (زيد، 2010، صفحة 578).

وتدويل عقود الاستثمارات النفطية أمام قضاء التحكيم على هذا النحو قد لا يتفق ومصالح الدول النامية ومواطنيها فى معاملاتهم عبر الحدود مع الشركات الغربية العملاقة . ذلك أن هؤلاء لم يسهموا فى تكوين الأعراف والعادات التجارية الدولية التى يطبقها المحكمون الغربيون والتى لا تعبر بالقطع عن مصلحة الطرف الضعيف اقتصادياً.

2- أساس تحرر العقد الدولى من حكم القوانين الداخلية فى قضاء التحكيم: يتجه جانب من الشراح المعاصرين إلى تأكيد الحاجة إلى العقد الدولى الطليق (صادق ه.، 2001، صفحة 151)، أى العقد المتحرر من الخضوع لقانون دولة معينة .ويشير هذا الفقه إلى أن العقد الدولي المتحرر من سلطان القوانين الداخلية، أو العقد بلا قانون يحكمه، قد أصبح حقيقة واقعة فى مجال التجارة الدولية، وهى حقيقة تستجيب إلى مصالح من العسير تجاهلها، ويرى البعض من أنصار هذا الاتجاه أن العقد المتحرر من سلطان القانون هو عقد يتسم بالاكتفاء الذاتى . فهو يتضمن تنظيماً اتفاقياً مفصلاً للروابط العقدية على نحو يصير العقد معه كافياً بذاته لحكم العلاقة بين أطرافه.

بل أن رجوع المتعاقدين لقانون دولة معينة لا يعنى أن قانون هذه الدولة قد أصبح القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما تندمج أحكام هذا القانون فى العقد لتصبح جزءاً من شروطه التعاقدية، وهو ما يقتضى التجميد الزمنى لهذه الأحكام فى لحظة إبرام العقد بحيث لا يعتد بما عسى أن يطرأ على القانون المختار من تعديلات تشريعية لاحقة . مثل هذا الثبات الزمنى لقانون الإرادة، والذى انتهى إليه المحكمون فى أحكامهم، هو الذى يحقق الأمان للمتعاقدين فى مواجهة المفاجآت التشريعية، فيصون توقعاتهم المشروعة، ويكفل بذلك الاستقرار المتطلب فى العلاقات التجارية الدولية (صادق ه.، 2001، صفحة 153).

ولا يستند هذا النظر إلى مطلق سلطان الإرادة الذى يعلو على حكم القانون كما ذهب إلى ذلك أنصار النظرية الشخصية التقليدية فى البداية، وإنما يستند سلطان الإرادة فى الفقه الحديث أساس قوته الملزمة للأطراف من قاعدة قانونية تخول للإرادة القدرة على وضع الشروط العقدية التى يلتزمون بأحكامها . وهكذا أضحت قاعدة أن "العقد شريعة المتعاقدين" جزءاً من القانون التجارى الدولى كما يطبقه قضاء التحكيم المعاصر، أسوة بما عليه الحال فى القانون الداخلى حيث يستمد

المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتى للعقد من سلطان القانون الذى منحهم هذه القدرة بمقتضى نصوصه مثل نص المادة 1134 من القانون المدنى الفرنسى[3].

ويرى بعض الشراح المناصرين لهذا الاتجاه الأخير أن رد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، أسوة بالقاعدة المادية المماثلة فى مجال العقود الداخلية والتى تؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين، يؤدى إلى نتيجة هامة . فكما يترتب على اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي فى العقود الداخلية أن تنزل أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية، فإن الاختيار الارادى لقانون العقد، فى إطار العلاقات الخاصة الدولية، يفضى بالمثل إلى اندماج أحكام القانون المختار فى العقد الذى يتحرر على هذا النحو من السلطان الآمر للقانون المختار (الحداد ح.، 2003، صفحة 431).

ورغم أن هذه النتيجة تخالف ما انتهى إليه الرأي الفقهى الراجح الذى يعتنقه القضاء الداخلى والذى يرد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد فى العلاقات الخاصة الدولية إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وهو ما يؤدى إلى خضوع الرابطة العقدية إلى الأحكام الآمرة فى القوانين، إلا أن الاتجاه السابق يتفق فيما نرى مع ما يجرى عليه الحال أمام قضاء التحكيم الدولى والذى تتجه الكثير من أحكامه إلى إدماج القانون المختار فى العقد، وهو ما يرجح معه القول بأن قدرة الإرادة على هذا الاختيار ترتد إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولى الخاص، وليس على قاعدة من قواعد التنازع فى هذا القانون.

وأساس ذلك أن المحكم، ورغم إدراكه لوظيفته القضائية، إلا أنه يشعر فى أعماقه بحقيقة أنه يستمد اختصاصه القضائى من إرادة الخصوم . فإن كان موقع القاضى يسمو على العقد الدولى محل النزاع وأطرافه، مما يسمح له بإخضاعه لقواعد تنازع القوانين، فإن المحكم على العكس يجد مكانه فى نظام من صنع الأطراف ويستمد اختصاصه من إرادتهم، وهو ما يخرج القاعدة التى ترخص لهؤلاء باختيار قانون العقد من دائرة قواعد التنازع، لتصبح بهذه المثابة مجرد قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص ذات الطابع المادى.

ولعل أهم ما يلاحظ على التطور الفقهى الحديث فى مجال الاختيار الإرادى لقانون العقد أمام المحكمين هو أن هذا الاختيار لم يعد يستند إلى مطلق إرادة المتعاقدين التى تعلو على هذا النحو فوق القانون كما كان الحال لدى أنصار النظرية الشخصية التقليدية في الماضى، وإنما يقوم على قاعدة من قواعد القانون التجارى الدولي ترخص للمتعاقدين باختيار القواعد التى يرونها مناسبة لتنظيم روابطهم التعاقدية.

3- الاختيار المـــادى والاختيار التنازعى لقانون العقد : يترتب على اختيار المتعاقدين لقانون العقد اختياراً مادياً كما رأينا أن تنزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية، وعلى هذا النحو يفلت العقد من الخضوع للقواعد الآمرة فى القانون المختار والتى يملك المتعاقدون إن أرادوا تضمين العقد ما يخالفها من شروط عقدية. وإذا لم يقم هؤلاء بمخالفتها فإنها تعد جزءاً من الشروط العقدية ولا تتأثر بالتالي بأى تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد، ومن جهة أخرى فلعل من أبرز النتائج المترتبة على دور الإرادة فى تحرير العقد من سلطان القانون بمقتضى القاعدة المادية التى يتضمنها القانون التجارى الدولى، والتى تقوم كما رأينا على مبدأ حرية التعاقد، حق المتعاقدين المطلق فى اختيار أى قانون داخلى لتنظيم الرابطة

3 يجب ملاحظة أن حق المتعاقدين فىالتصدى للتنظيم المباشر للرابطة العقدية فى إطار القانون الداخلى لا يعنى قدرتهم على الخروج عن النصوص الآمرة فى هذا القانون، وهو ما يعنى فى نهاية الأمر خضوع العقد الداخلى لقانون الدولة التى ينتمى إليها . والوضع يختلف بالنسبة للعقود الدولية المطروحة على قضاء التحكيم. فإن كانت قدرة الإرادة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية تستمد من قاعدة مادية من قواعد القانون التجارى الدولي، إلا أن اختيار هؤلاء لقانون دولة معينة هو اختيار مادى تندمج بمقتضاه أحكام هذا القانون فى العقد وتصبح جزءًا منه، وهو ما يفقد القانون المختار سلطانه الآمر ويخول للمتعاقدين على هذا النحو حق الخروج عن أحكامه الآمرة . وهذا هو العقد المتحرر من سلطان القوانين الداخلية أمام قضاء التحكيم، على أن هذا العقد لا يفلت مع ذلك من مطلق أحكام القانون . ذلك أنه يخضع للقواعد الموضوعية فى القانون التجارىالدولى بالإضافة إلى قواعد البوليس فى الدول المرتبطة بالعقد وفقاً لما ذهبت إليه بعض أحكام المحكمين.

العقدية المطروحة على قضاء التحكيم دون اشتراط أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد (صادق ه.، 2001، صفحة 164)، وهو الاشتراط الذى يجب مراعاته على العكس فيما لو كان أساس الاختيار قاعدة من قواعد تنازع القوانين، حيث يتعين فى تقديرنا، أن ينصب هذا الاختيار على أحد القوانين المتنازعة، أى على أحد القوانين المتصلة بالعقد والتى تتزاحم لحكم الرابطة العقديـــة.

وعلى هذا النحو يؤدى الاختيار المادى لقانون العقد إلى سلخ الرابطة العقدية وتحريرها من سلطان القانون الداخلى المختار. فالارادة تملك أن تضمن العقد ما تشاء من شروط عقدية تتصدى لوضعها مباشرة أو تكتفى بالاختيار المادى لقانون دولة معينة تنزل أحكامه منزلة هذه الشروط وتعامل على هذا الأساس.

وإذا ترتب على الاختيار المادى لقانون العقد أمام قضاء المحكمين أن يبقى العقد كما بينا متحرراً من سلطان القانون المختار الذى يملك المتعاقدون استبعاد أحكامه الآمرة، فهل يعنى ذلك أن يصبح العقد فى هذا الفرض متحرراً من مطلق سلطان القانون استناداً إلى ما له من كفاية ذاتية لتنظيم العلاقة بين أطرافه كما أدعى أنصار النظرية الشخصية التقليدية (السنوسي، 2015، صفحة 177).

بل أن اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة تنزل أحكامه منزلة الشروط العقدية قد يثير التساؤل حول أساس القوة الملزمة للعقد وقد تحرر على هذا النحو من سلطان القانون.

ولعل أهم ما يميز هذا الاتجاه الحديث عن فقه النظرية الشخصية التقليدية هو أنه وإن كان لا يرى مانعاً من اندماج قانون الدولة الذى اختارته إرادة المتعاقدين فى العقد ونزول أحكامه على هذا النحو منزلة الشروط العقدية أخذاً بمنطق النظرية الشخصية، إلا أنه يستلزم فى هذه الحالة أن يكون ثمة قانون آخر تستمد منه الرابطة العقدية قوتها الملزمة، وليس هناك ما يحول دون أن يكون هذا القانون الآخر قانوناً لا ينتمى لدولة محددة، مثل القانون التجارى الدولى الذى استقرت أحكامه بمرور الوقت فى الأسواق العابرة للحدود، والذى يتضمن كما رأينا قاعدة مادية تخول للمتعاقدين حق الاختيار المادى لقانون العقد، بالإضافة للقواعد الموضوعية ذات الطابع العرفى والتى تملك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية[4].

إن جانباً من الفقه المؤيد لإمكان خضوع العقد الدولى لأعراف العادات التجارية الدولية - والباحثة تؤيد هذا الرأي- فهو لا يرى مانعاً من إخضاع العقد للقانون الذى تختاره إرادة المتعاقدين . وبذلك يكون اختيار قانون العقد وفقاً لهذا النظر اختياراً تنازعياً يؤدى إلى تطبيق القانون المختار على الرابطة العقدية بوصفه كذلك، ولو كان النزاع مطروحاً على قضاء التحكيم . ومع ذلك يظل المحكم ملتزماً بإعمال عادات التجارة الدولية فى هذه الحالة، وهو ما يؤدى به فى النهاية إلى التطبيق الجامع لكل من القانون المختار والقانون التجارى الدولى فى نفس الوقت.

وخضوع العقد الدولى ــ عقود الاستثمارات البترولية هنا ــ وفقاً لهذه النصوص لكل من القانون المختار والأعراف التجارية فى نفس الوقت، مع ملاحظة أن المشرع قد أجاز للمتعاقدين اختيار قواعد لا تنتمى بالضرورة للقانون الداخلى لدولة معينة مثل القواعد التى تتضمنها اتفاقية دولية أو عقد نموذجى.

---

4 ويبدو هذا هو الاتجاه الذى اعتنقته كل من المادة 42 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطنى الدولة الأخرى المبرمة فى واشنطن عام 1965 والمادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاريالدولى المبرمة فى جنيف عام 1961 حيث تنص المادة الأولى على التزام المحكم بالفصل فى النزاع طبقاً لقواعد القانون التى يتبناها الأطراف بينما تقضى الثانية بأن يطبق المحكم القانون الذى اختاره المتعاقدين . وتطبيق المحكمين للقانون الداخلى المختار لا يعنى تجاهلهم لعادات التجارة الدولية والتى يتعين عليهم مراعاتها عند الفصل فى النزاع وفقاً لما انتهت إليه نصوص الاتفاقيتين الدوليتين سالفتا البيان على نحو ما سنرى فيما بعد، وعلى هذا النحو تؤدى إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا النظر نفس الدور الذى تؤديه أمام القضاء الداخلى من حيث القدرة على إسناد العقد لقانون دولة معينة وليس سلخ الرابطة العقدية من سلطان هذا القانون. للمزيد أنظر:سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، عام 2004، ص131.

فإذا سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد فإن للمحكمين إسناد الرابطة العقدية للقانون الداخلى المختص بمقتضى قاعدة الإسناد التى يرونها مناسبة فى ضوء المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص، وبشرط عدم تجاهلهم لعادات وأعراف التجارة الدولية.

ونخلص من ذلك أن اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة لحكم عقود الاستثمارات النفطية المبرم بينهم قد يعد فى قضاء التحكيم اختياراً تنازعياً يخضع العقد بمقتضاه للقانون المختار. على أن تطبيق هذا القانون لا يحول بين المُحكم وبين إعمال أحكام القواعد العرفية المستقرة دولياً.

المبحث الثانى النظرية الموضوعية لعقود الاستثمارات النفطية والقانون واجب التطبيق

تخضع الروابط الخاصة الدولية لحكم القانون وفقاً لمنهج التنازع التقليدى من خلال أداة فنية هى قاعدة الإسناد المنتمية إلى دولة القاضى المطروح عليه النزاع والتى تتسم على هذا النحو بكونها من ناحية قاعدة مزدوجة الجانب لكونها قد تفضى إلى اختصاص القانون الوطنى أو القانون الأجنبى، وبأنها قاعدة غير مباشرة، أي لا تنطبق على النزاع مباشرة وإنما تشير فقط إلى القانون الواجب التطبيق.ومن جهة أخرى، وفى سبيل تلافى مغالاة منهج التنازع التقليدي فى الاستجابة للاعتبارات الدولية حينما سوى بين القانون الأجنبى والقانون الوطنى عند الإسناد، اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية الداخلية التى تتعلق بالبوليس والأمن المدنى، وهو ما يقتضى تطبيقها تطبيقاً مباشراً على العقود الدولية، أسوة بعقود القانون الداخلى، وذلك بصرف النظر عن أى حكم مخالف قد يتضمنه القانون المختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الإسناد (العجمي، 2016، صفحة 184). وهذا هو التطبيق المباشر لما يسمى بالقواعد ذات التطبيق الضرورى أو قواعد البوليس والأمن المدنى.

المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمارات النفطية لحكم القانون وفقاً لمنهج التنـــازع

يستند حق الإرادة فى الاختيار التنازعى للقانون الذى يحكم الرابطة العقدية إلى قاعدة من قواعد الإسناد التى يتضمنها قانون القاضى المطروح عليه النزاع . وبهذه المثابة تبدو الإرادة فى هذا الفرض بوصفها مجرد ضابط الإسناد الذى تنطوى عليه قاعدة التنازع الخاصة بالروابط العقدية الدولية، والاختيار التنازعى لقانون العقد على هذا النحو قد يكون صريحاً أو ضمنياً، وهو فى الحالين قد أثار التساؤل حول ما إذا كان يعبر عن حرية مطلقة للمتعاقدين يستطيعون من خلالها أن يختاروا قانون العقد ولو لم يكن على صلة بالرابطة العقدية، أم أنه اختيار مقيد بضرورة وجود مثل هذه الصلة . بل أن التساؤل يثور أيضاً حول مدى حرية المتعاقدين فى اختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية، وكذلك الوقت الذى يعتد به فى اختيار قانون العقد ومدى حرية الإرادة فى تغيير هذا القانون .ومن جهة أخرى فلعل أنصار هذا الاتجاه قد خشوا مما تؤدى إليه الحرية المطلقة فى اختيار قانون العقد من ازدواجية النظام القانونى للعقود الدولية، حيث تتمتع إرادة المتعاقدين بهذه الحرية غير المقيدة إذا تصدت للاختيار صراحة أو ضمناً، بينما يخضع العقد عند سكوت الإرادة عن الاختيار إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية كما انتهت إلى ذلك أحكام القضاء والتشريعات الحديثة .

1 ــ الاختيار المادى وخضوع عقود الاستثمارات النفطية لغير القانون المختار

إن إرادة المتعاقدين وإن كانت لا تقوى على تحرير العقد من حكم القانون، إلا أنها لا تستطيع أيضاً أن تقوم بوظيفة إسناد الرابطة العقدية لسلطان القانون. وأساس ذلك أنه إذا كان للمتعاقدين أن يتصدوا، بوصفهم أعضاء فى نظام قانونى معين، لوضع القواعد المتعلقة بتنظيم روابطهم التعاقدية، فإن الملاحظ على هذه القواعد العقدية أنها أقرب إلى القواعد الخاصة منها إلى القواعد القانونية لكونها لا تتسم بالعومية والتجريد ولا تلزم إلا أطرافها . فهى إذن شروط عقدية خاصة بالمتعاقدين يصعب اعتبارها بمثابة قانون العقد . ذلك أن قانون العقد هو النظام القانونى الذى يحدد الأشخاص الخاضعين لأحكامه وليس القواعد التى يختارها هؤلاء لتنظيم روابطهم التعاقدية .

وبهذه المثابة لا تقوى الإرادة على الاختيار التنازعى لقانون العقد، ولا تصلح من ثم معياراً للاسنادفى قاعدة التنازع الخاصة بعقود الاستثمارات النفطية. إذ لو كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو اختيار تنازعى فإن مؤدى ذلك أن يخضع العقد للقانون المختار والذى تملك أحكامه الآمرة بناء على ذلك إبطال العقد .

ومثل هذه النتيجة، كما يقرر هذا الاتجاه الفقهى، تخالف المنطق السليم . ذلك أن أساس تطبيق القانون الذى اختارته إرادة المتعاقدين هو كونه القانون الملاءم لهؤلاء والذى يتفق ورغباتهم. فإذا أدى تطبيق هذا القانون إلى إبطال العقد فإن هذه النتيجة تصطدم لاشك مع إرادة المتعاقدين كما أنها تكشف بالقطع عن جهلهم بمضمونه الحقيقى، وهو ما يجعل اختيارهم له معيباً وغير منتج لآثاره.

ومن هنا يؤكد هذا الاتجاه أن القانون المختار لا يصلح قانوناً للعقد واختياره لا يعد اختياراً تنازعياً، وإنما مجرد اختيار مادى تنزل بمقتضاه أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية التى لاتقوى على إبطال العقد.

ويستند حق المتعاقدين فى الاختيار المادى لقانون معين على هذا النحو إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص فى دولة القاضى المطروح عليه النزاع.

ويرى الفقه المناصر لهذا الاتجاه أن قانون العقد، بمعنى النظام القانونى الذى يخضع الرابطة العقدية لأحكامه، هو بالضرورة قانون لا شأن للمتعاقدين باختياره، وإنما يتم تحديده مسبقاً على أسس موضوعية بحسب طائفة العقود التى تنتمى إليها الرابطة العقدية محل النزاع، وفى ضوء مصالح الدول المرتبطة بالعقد وكذلك مصالح الغير.

فالعقود المتعلقة بعقار على سبيل المثال تخضع لقانون موقع العقار، وعقود العمل تخضع لقانون محل التنفيذ .. بينما موضوعنا هنا، عقود الاستثمارات النفطية التى تبرم فى الجزائر وتنفذها شركة أجنبية ولتكن إيطالية مثلاً، فهى تخضع لقانون موطن البلد الذى تنفذ فيه أحكامه وهو الجزائر مثلاً تكون خاضعة للقانون الجزائري هنا وفقاً لهذا النظر، وليس القانون الإيطالى وفقاً لهذا التصور .

والقانون الذى يحدده المشرع تحديد مسبقاً بالنسبة لكل طائفة من العقود على هذا النحو هو الذى يحكم الرابطة العقدية بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين . فالإرادة تخضع لحكم القانون وليس من مهمتها اختيار القانون الذى تريد الخضوع لأحكامه .

وإذا تصدى المتعاقدون رغم ذلك لاختيار قانون آخر لتنظيم الرابطة العقدية، فإن هذا الاختيار المادى يفضى إلى إدماج القانون المختار فى العقد على نحو ما رأينا، وبالتالى تنزل أحكامه منزلة الشروط العقدية التى وإن استطاعت مخالفة القواعد المكملة فى القانون المختص بحكم العقد والذى تشير قواعد الإسناد باختصاصه إلا أنها لا تقوى على مخالفة قواعده الآمرة (القشيرى، 1998، صفحة 63).

وبهذه المثابة لم تعد هناك حاجة فى نظر هذا الاتجاه لمراعاة القاضى للقواعد الضرورية التطبيق أو قواعد البوليس فى قوانين الدول المتصلة بالعقد وفقاً للمنهج المباشر، مادامت الرابطة العقدية ستخضع للقواعد الآمرة فى القانون الموضوعى الذى تشير قواعد الإسناد باختصاصه، وهو كما رأينا القانون الأوثق صلة بهذه الرابطة (قانون محل الأداء المميز"قانون الدولة الذى تنفذ فيه الاستثمارات النفطية") بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين فى اختيار قانون آخر. بل إن اختيار المتعاقدين لقانون آخر هو اختيار مادى يخضع فى صحته ونطاقه لقانون العقد المحدد مسبقاً بمقتضى قواعد الإسناد (الجداوى، 1985، صفحة 23).

2 ــ الاختيار التنازعى وخضوع عقود الاستثمارات النفطية للقانون المختار:

الأصل فى العلاقات الدولية الخاصة هو خضوعها لحكم القانون وفقاً لمنهج التنازع التقليدى . ولا تخرج الروابط العقدية المتعلقة بالتجارة الدولية عن هذه القاعدة، خاصة فيما لو طرح النزاع بشأنها أمام القضاء الداخلى للدولة . ولهذا فقد سبق أن أشرنا فيما سبق إلى أن عقود التجارة الدولية تخضع بحسب الأصل لقانون الإرادة عملاً بقاعدة التنازع المزدوجة

التى استقر عليها فقه القانون الدولى الخاص، والتى تتخذ من إرادة المتعاقدين معياراً لإسناد الروابط العقدية الدولية، وعلى هذا النحو يستطيع المتعاقدون اختيار القانون الذى يحكم علاقتهم الدولية سواء كان هذا القانون وطنياً (قانون القاضى) أو أجنبياً . وبهذه المثابة تملك إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا النظر القدرة على الاختيار التنازعى للقانون الذى يخضع العقد الدولي لأحكامه (الحداد ح.، اكتوبر 1989).

وترتد قدرة الإرادة على هذا الاختيار إلى حكم القانون، أى إلى قاعدة التنازع فى قانون القاضى والتى استخدمت إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، فمنحتهم على هذا النحو القدرة على الاختيار التنازعى للقانون الذى يحكم العقد .وإذا كان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية هو القانون الذى تختاره إرادة المتعاقدين، فإن التساؤل يثور حول القانون الذى يتعين الرجوع إليه فى شأن وجود إرادة الاختيار وصحتها على هذا النحو، أى القانون الذى يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد (حسام و على حامد).

على أنه نظراً لأهمية الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلى بالنسبة لتحديد التزامات الطرفين فقد حرصت بعض التشريعات على ضرورة التيقن من تلاقى إرادات الأطراف فى هذا الشأن . ولهذا تنص هذه التشريعات على أن سكوت من وجه إليه الايجاب عن الرد لا يصح أن يفسر على أنه قبول لهذا الايجاب ولو كان هذا هو حكم القانون المختار، وإنما يجوز لمن وجه إليه الايجاب أن يتمسك بتطبيق قانون دولة محل إقامته فى شأن آثار السكوت فى هذا الفرض[5].

ومن جهة أخرى يرى البعض أنه إذا كان شرط اختيار القانون الواجب التطبيق مدرجاً ضمن الشروط العامة للعقد الأصلى، وهو ما يحدث فيما لو كان هذا العقد من العقود النمطية مثل عقود التأمين، فإنه يتعين أن تكون موافقة الأطراف على هذا الشرط كتابة أو أن تتم هذه الموافقة فى ضوء معاملاتهم السابقة، أو طبقاً للعادات المهنية التى يعرفها المتعاقدون .

وأياً ما كان من أمر الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على صحة عقد الاختيار، فإن سلامة العقد الأصلى من حيث الموضوع تخضع فى الرأى الغالب للقانون الذى اختارته إرادة المتعاقدين.

ويترتب على هذا الوضع ضرورة الرجوع إلى قواعد الإسناد الاحتياطية فى دولة القاضى المطروح عليه النزاع والتى تشير إلى القانون الواجب التطبيق عند سكوت الإرادة عن الاختيار، وهو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، وتطبيق هذا القانون قد يؤدى بداهة إما إلى صحة العقد أو بطلانه. وعلى هذا النحو أتاح المشروع للمتعاقدين فرصة إنقاذ العقد من البطلان المقرر فى القانون المختار والذى قد يناهض توقعاتهم دون أن يفلت العقد مع ذلك من سلطان القانون.

أما لو أدى تطبيق القانون الذى تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية إلى إبطال العقد أسوة بالقانون المختار، فلم يعد هناك ما يبرر تلافى هذه النتيجة التى يفضى إليها إعمال القانون الذى يفترض أنه أوثق صلة موضوعية بالرابطة العقدية، رعاية للطرف الضعيف الذى قد يتقرر البطلان لمصلحته.

3- التركيز الموضوعى للرابطة العقـــديـــة:

يرفض الأستاذ "باتيفول" ومن تابعه من أنصار نظرية التركيز الموضوعى للرابطة العقدية التسليم بأن دور إرادة المتعاقدين ينصب على اختيار قانون العقد، وإنما هو يرى، على العكس، أن دور الإرادة يقتصر على تركيز الرابطة العقدية فى مكان معين . فإذا تم تركيزها على هذا النحو فإن على القاضى أن يطبق على العقد قانون المكان الذى اختاره المتعاقدون مركزاً للرابطة العقدية، وهو هنا قانون مكان عقود الاستثمارات النفطية الذى ينفذ فيه العقد .

[5]المادة 4/27، 32 من القانون الدولى الخاص الألمانى لسنة 1986 والمادة 2/8 من اتفاقية روما لسنة 1980. وكذلك المادة 2/4 من مشروع مجمع القانون الدولى

وقد تأثر القضاء الفرنسى الحديث بمنطق هذا الرأى عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، فبعد أن كان هذا القضاء يتصدى لوضع حلول التنازع فى هذا الفرض باسم الإرادة الضمنية تراجع عن هذا الاتجاه بحق بعد أن تبين له صعوبة البحث عن الإرادة الحقيقية فى معظم الحالات، وأن الحلول التى اعتنقها تقوم فى الغالب على فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، والذين قد يرتد سكوتهم عن اختيار قانون العقد صراحة إلى فشلهم فى التوصل إلى اتفاق فى هذا الصدد (العال، 1993).

وهكذا فضل القضاء فى هذه الفروض اعتناق نظرية التركيز الموضوعى للرابطة العقدية بما تؤدى إليه من توطين هذه الرابطة فى مركز الثقل الذى تشير إليه ظروف التعاقد وملابساته، والذى تكشف عنه مظاهر مادية أو خارجية تلعب إرادة المتعاقدين دوراً كبيراً فى تحديدها.

4- سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد يقتضى إسناده للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية:

الفرض الذى نتناوله يتعلق بعقد دولى سكت أطرافه عن الاختيار الصريح للقانون الذى يحكمه وتعذر على القاضى أن يكشف على نحو مؤكد عن ارداتهم الضمنية فى اختيار هذا القانون (المجيد، 1992).

وقد جرى القضاء الفرنسى فى البداية على إسناد العقد فى مثل هذا الفرض لقانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو غير ذلك من القوانين المتصلة بالرابطة العقدية، وذلك تحت ستار فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين.

ولهذا فقد فضل أنصار نظرية التركيز الموضوعى مواجهة الأمر بصراحة، وذلك باسناد الرابطة العقدية، عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً، إلى القانون الأوثق صلة بهذه الرابطة والذى يشكل على هذا النحو مركز الثقل فى العملية العقدية دون حاجة إلى الاستناد إلى حيلة صناعية مثل فكرة الإرادة المفترضة.

5- إسناد العقد لقانون بلد التنفيذ :

مضت الإشارة إلى أن الاستاذ الألمانى الكبير "سافينى" كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة التنفيذ، باعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها فى هذه الدولة، ورغم أن سافينى قد استخدم إرادة المتعاقدين، أو خضوعهم الاختيارى لقانون معين كأساس لهذا الحل، إلا أننا قد رأينا أن حقيقة ما قصده الأستاذ الألمانى فى هذا الشأن هو الاستناد إلى إرادة المتعاقدين كمجرد تبرير لاحق لإسناد محدد مسبقاً يتسم فى الأصل بطابعه الآمر، وباعتبار أن هذا الاسناد هو الذى تمليه "طبيعة الأشياء" [6].

ولما استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وأصبح من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة، اتجهت أحكام القضاء الألمانى بصفة خاصة، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الحديث إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد، على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد اتجهت إلى ذلك.

بل أن هناك أحكام للقضاء الفرنسى قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ على الرابطة العقدية بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين فى ذلك، وهو ما يفيد الإيمان بالاسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ بوصفه تعبيراً عن مركز الثقل فى الرابطة العقدية . وبهذه المثابة ينطبق قانون دولة التنفيذ وفقاً لهذا القضاء باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على الأقل عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمنى لقانون آخر.

[6] ولهذا فإن سافينى حينما سمح للمتعاقدين باختيار قانون آخر فقد أنزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية التى تظل محكومة بالقواعد الآمرة فى قانون دولة التنفيذ. راجع : هشام على صادق ، دروس فى تنازع الاختصاص القضائىالدولى، ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، بدون سنة نشر.

ويقوم الاسناد إلى قانون دولة التنفيذ على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز مادياً فى هذه الدولة، وهو ما يتمشى مع الاتجاهات الحديثة فى القانون الدول الخاص والتى تعتد فى التركيز المكانى للروابط القانونية بعناصرها المادية التى تظهر إلى العالم الخارجى.

ولعل ظهور العناصر المادية للعلاقة العقدية الى العالم الخارجى فى دولة التنفيذ على هذا النحو هو الذى يمكن غير المتعاقدين من العلم بوجود هذه العلاقة فيصون لهم على هذا النحو مصالحهم المشروعة فى تطبيق قانون هذه الدولة .

ومن جهة أخرى فإن هذا الاسناد هو الذى يتفق أيضاً مع مصالح المتعاقدين، فاهتمامهم موجه منذ البداية إلى دولة تنفيذ العقد التى ستحقق فيها الغاية من التعاقد ففى هذه الدولة سيجنى هؤلاء ثمار تعاقدهم، وفيها أيضاً قد تتحقق المسئولية عن عدم التنفيذ .

وأخيراً فإن كان من العسير وفقاً للرأى الراجح أن تخضع إجراءات تنفيذ العقد لغير قانون دولة التنفيذ، فإن تطبيق قانون هذه الدولة على الرابطة العقدية فى مجموعها سوف يتلافى التعارض المتصور فى الأحكام الواجبة التطبيق ويكفل على هذا النحو وحدة العقد وانسجامه.

المطلب الثانى خضوع عقود الاستثمارات النفطية لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر

1- تعايش المنهج المباشر مع منهج التنازع فى القانون الدولى الخاص المعاصر :

سبق الإشارة إلى أن خضوع الرابطة العقدية ذات الطابع الدولى، أسوة بغيرها من الروابط القانونية التى تكتسب هذا الطابع، لحكم القانون بمقتضى منهج التنازع التقليدى يرتد إلى فقه الأستاذ الألمانى "سافينى" فى القرن التاسع عشر والقائم على تحليل العلاقات الخاصة الدولية وتحديد مركزها وصولاً إلى الكشف عن القانون الواجب التطبيق فى شأنها.

وبهذه المثابة تخضع الروابط العقدية الدولية لحكم القانون من خلال إعمال قواعد التنازع المزدوجة الجانب التى تقوم على فكرة اختيار القانون الواجب التطبيق على نحو ما رأينا فيما سبق، وهى قواعد غير مباشرة تتميز بطابعها المحايد ولا تلقى بالا لمضمون القانون الذى تشير باختصاصه أو نتائج تطبيقه على النزاع المطروح.

وعلى هذا النحو فقد رأينا أن العدالة التى تستهدفها قواعد التنازع المزدوجة ليست عدالة مادية، فهى لا تسعى إلى الحل العادل للنزاع المطروح على القاضي، وإنما هى تكتفى بالاختيار العادل أو المناسب للقانون الواجب التطبيق مراعية فى هذا الاختيار طبيعة المسألة المطروحة ودرجة الصلة التى تربطها بالنظم القانونية التى سيجرى هذا الاختيار من بينها (صادق ه.، 1972، صفحة 63).

وهكذا يبدو منهج التنازع السافينى بوصفه منهجاً للاختيار المناسب للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة الدولية المطروحة، وذلك بصرف النظر عن عدالة النتائج التى يؤدى إليها تطبيق هذا القانون على تلك الرابطة .

ولعل أهم تطبيقات المنهج المباشر فى القانون الدولى الخاص المعاصر ما يسمى بقواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضرورى، وهى قواعد مادية ذات طابع داخلى قد تنتمى إلى قانون القاضى أو إلى قانون أجنبى، ويمكن للقاضى أن يكشف من خلال تحليله لمضمونها وكذلك للهدف الذى تسعى إلى إدراكه عن مدى إرادة مشرعها فى تطبيقها على النزاع المطروح (جابر، 2014، الصفحات 161-162).

وقد أخذ القانون الجزائري للتحكيم بالمنهج المباشر للقانون واجب التطبيق، حيث نصت المادة 458 مكرر 14 من هذا القانون على أن "تفصل محكمة التحكيم في النزاع، في حالة غياب القواعد القانونية المختارة من قِبل الأطراف. طبقاً لقواعد القانون والعادات التي تقدر أنها ملائمة"، وكما هو واضح من النص، لقد أعطي المشرع الجزائري للمحكمين الحق في أن يحددوا مباشرة القانون واجب التطبيق دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين (زيد، 2010، الصفحات 584-585).

وبهذه المثابة يفضى تحليل القاضى لهذه القواعد القانونية إلى الكشف عن نطاق سريانها كما حدده مشرعها، وهو ما قد يؤدى إلى تطبيقها على العلاقة الدولية محل النزاع تطبيقاً مباشراً ودون حاجة إلى الالتجاء إلى منهج قواعد الاسناد، وليس معنى ذلك تجاهل منهج التنازع. فهذا الأخير يقوم فى الفقه الحديث إلى جانب المنهج الأحادى ويتعايش معه، إذ يتعين على القاضى، فى خارج نطاق سريان قواعد البوليس ذات التطبيق الضرورى أو المباشر، أن يتصدى لتحليل الرابطة المطروحة والكشف عن طبيعتها، حتى يمكن له تحديد قاعدة التنازع التى تشير إلى القانون الواجب التطبيق فى شأنها، وهو القانون الذى يحكم على هذا النحو كافة المسائل محل النزاع التى لا تدخل فى نطاق سريان قواعد البوليس ذات التطبيق المباشر، وقواعد البوليس، أو القواعد ذات التطبيق الضرورى، ليست هى التطبيق الوحيد للمنهج المباشر فى القانون الدولى الخاص المعاصر. فإلى جانبها توجد ما يسميه الفقه بقواعد القانون الدولى الخاص المادى، وهى قواعد لم تشرع فى الأصل لحكم روابط القانون الداخلى مع تصور امتداد سريانها إلى العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى كما هو شأن قواعد البوليس، وإنما هى قواعد وضعت أساساً لتنظيم هذه العلاقات الأخيرة والاستجابة إلى طبيعتها الدولية (صادق ه.، 1977، صفحة 147).

2- خضوع العقد للقواعد المادية ذات المصدر الدولى:

تتفق القواعد ذات المصدر الدولى مع قواعد القانون الدولى الخاص المادى التى تستمد مصدرها من القانون الداخلى فى كونها قواعد قد وضعت خصيصاً لمواجهة مشاكل الحياة الخاصة الدولية . ومع ذلك فقد لاحظ البعض وبحق أن صدور هذه القواعد الأخيرة عن المشرع أو القضاء الداخلى سيجعلها متأثرة بالمصالح الوطنية رغم أنها قد وضعت أساساً لرعاية الاعتبارات الدولية. فهى على هذا النحو بمثابة اقتراب وطنى للحلول الخاصة بالمشاكل الدولية (دسوقي، 2012، صفحة 115).

أ- الاتفاقيات الدولية: تعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية فى القانون الدولى الخاص، ومن بينها بطبيعة الحال القواعد التى تتضمن تنظيماً مباشراً لبعض العقود الدولية.

ولعله من الأفضل فى البداية أن نميز بين هذا النوع من الاتفاقيات أو المعاهدات عن غيرها من الاتفاقيات والمعاهدات الأخرى التى تستهدف إما توحيد القوانين الداخلية فى الدول المنضمة للاتفاقية أو توحيد قواعد الإسناد فى الدول المتعاهدة، فهى تنصب على المعايير المتبعة فى شأن اختيار القانون الذى سيسرى فى شأنها، فإن الأمر يدق بالنسبة للمعاهدات التى تصدت لتوحيد القواعد المادية فى القوانين الداخلية للدول المتعاهدة و التى تتضمن حلولاً مباشرة لمسائل القانون المدنى أو التجارى التى كانت محلاً لهذا التنظيم الاتفاقى.

ومثل هذه الاتفاقيات الأخيرة وان كانت ترمى إلى فض ظاهرة التنازع فى مهدها بين قوانين الدول المتعاهدة فى شأن المسألة محل التوحيد إلا أنها لم تحل فى بعض الأحيان دون قيام الخلاف فى كل من هذه الدول حول تفسير النص الموحد، وهو ما يؤدى إلى ظهور التنازع بين التفسيرات القضائية المختلفة . ولم يتردد جانب من الشراح فى القول بأن السبيل الوحيد إلى حل هذا التنازع هو الرجوع مرة أخرى إلى قواعد الإسناد فى الدولة التى طرح النزاع على محاكمها لتحديد التفسير الواجب الاتباع[7].

[7] وهذا ما حدث بالنسبة لمعاهدة جنيف لسنة 1930 والتى وضعت قانوناً موحداً فى شأن الكمبيالات والسندات الإذنية أدرج فى كل من الدول المتعاهدة بوصفه قانوناً داخلياً . ورغم انضمام كل من فرنسا وسويسرا وألمانيا فى هذا المجال، فقد أظهر التطبيق العملى خلافاً كبيراً بين قضاء كل من هذه الدول حول تفسير النصوص الموحدة . راجع فى الأحكام التى أثارت هذا الخلاف فى كل من القضاء الفرنسىوالسويسرىوالألمانى، عكاشة عبد العال : تنازع القوانين فى الأوراق التجارية، الدار الجامعية، 1988، ص17 وما بعدها.

ويترتب على ذلك أنه إذا ما طرح النزاع أمام محكمة دولة من الدول المنضمة للاتفاقية فإنه لا يجوز تطبيق القواعد الموحدة إلا إذا أشارت قواعد الإسناد بتطبيق قانون إحدى الدول المتعاهدة، يستوى فى ذلك أن تكون هذه الدولة هى دولة القاضى أو غيرها . أما إذا أشارت قواعد الإسناد فى الدولة المتعاهدة التى طرح النزاع أمام محاكمها باختصاص قانون دولة غير منضمة للمعاهدة فإنه يتعين تطبيق هذا القانون رغم مخالفته للقانون الموحد بمقتضى الاتفاقية (الدليمي، 2016، صفحة 151).

ب- الأعراف والعادات الدولية : لما كانت القواعد العرفية المستقرة فى إطار هذا المجتمع العابر للحدود تعد من القواعد المادية التى وضعت خصيصاً للاستجابة لمتطلبات التجارة الخارجية وإدراك أهدافها فيكون من الطبيعى أن يتصدى المحكم لتطبيقها تطبيقاً مباشراً دون حاجة لمنهج تنازع القوانين.

وليس معنى ما تقدم عدم تصور حالات تطبق فيها الأعراف والعادات التجارية الدولية أمام القضاء الداخلى . ذلك أن هناك بعض القوانين الداخلية التى تحيل نصوصها إلى العادات والأعراف التجارية السائدة والتى قد تتطابق مع عادات وأعراف التجارة الدولية . فإذا أشارت قواعد الإسناد فى دولة القاضى إلى تطبيق أحد هذه القوانين على العقد الدولى المطروح عليه، فإن تطبيق القاضى للقانون المذكور فى هذه الحالة سيؤدى به بالضرورة إلى إعمال العادات والأعراف التجارية الدولية التى تحيل إليها نصوص هذا القانون (الدليمي، 2016، صفحة 141).

فإذا فضل المتعاقدون مع ذلك اختيار عادات وأعراف التجارة الدولية فإن مثل هذا الاختيار لا يعد وفقاً للفقه التقليدى اختياراً تنازعياً لقانون العقد، وإنما هى مجرد اختيار مادى تنزل بمقتضاه هذه العادات والأعراف منزلة الشروط العقدية وتنطبق على هذا الأساس، ففي القانون الجزائري نص على أنه تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة، إلا أن المحكم ملتزم بتطبيق القانون المختار بشرط أن يكون صريحاً ويستوي بعد ذلك أن يتم هذا الاختيار للقانون واجب التطبيق في صلب العقد عند إبرامه أو في وقت لاحق لإنشاءه، بل تجد أن مجال حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق في التجارة الدولية أوسع منه في القانون الداخلي والمحكم في هذه الحالة يلجأ إلى تطبيق القانون المختار من قِبل الأطراف (الدليمي، 2016، صفحة 142).

ويترتب على هذا النظر أن يبقى العقد، رغم هذا الاختيار المادى لعادات وأعراف التجارة الدولية، خاضعاً للقانون الداخلي للدولة التى تشير قواعد التنازع باختصاص قانونها عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار التنازعى لقانون العقد، وقد مضت الإشارة إلى أن الوضع قد يختلف فيما لو اختار المتعاقدون القواعد المادية التى قررتها اتفاقية دولية لم تتوافر شروط انطباقها على العقد . إذ يعد اختيار المتعاقدين فى هذا الفرض اختياراً تنازعياً وليس مجرد اختيار مادى.

أما إذا طرح العقد الدولى أمام قضاء التحكيم فإنه يجوز تطبيق أعراف التجارة الدولية تطبيقاً مباشراً دون حاجة لإعمال منهج التنازع . وهى تنطبق فى هذا الفرض بوصفها قانون المحكم وليس باعتبارها مجرد شروط عقدية.

ونخلص بذلك إلى أن الأعراف والعادات التجارية السائدة فى الأسواق الدولية تعد من القواعد المادية التى وضعت خصيصاً لتنظيم عقود التجارة الدولية مما يقتضى تطبيقها تطبيقاً مباشراً ودون حاجة لمنهج التنازع، وذلك فيما لو كان النزاع مطروحاً على المحكمين الذين تعد هذه الأعراف والعادات جزءاً من النظام القانونى الذى ينتمون إليه.

الخـــاتمة

فى نهاية دراستنا هذه عن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات النفطية وقد تناولناه من خلال نظام التحكيم بصفة عامة على المستوى الدولى والمكانة المتقدمة التى أضحى يتبوأها كوسيلة من أهم وسائل تسوية المنازعات فى مجال التجارة الدولية على المستوى الدولى نظراً لما يتميز به من خصائص جعلته أكثر مواءمة لواقع التجارة الدولية ومعطياتها وآليات التعامل المناسب مع سرعة وتيرتها بخلاف القضاء العادى فى معظم دول العالم ومايتسم به من بطء ملحوظ مقارنة بالتحكيم.

وبعد تلك اللمحة السريعة عن نظام التحكيم بصفة عامة ، تناولنا الحديث عن التحكيم فى الجزائر من خلال قانون التحكيم الجزائرى رقم 08-09 لسنة 2008 والذى تنظم أحكامه مجال التحكيم التجارى الدولى وتحدد آلياته وإجراءاته على نحو يستهدى به كافة المهتمين بشأن التحكيم فى الجزائر، وبنظرة تحليلية لقانون التحكيم ، وما نراه من تعديلات مقترحة لبعض نصوص قانون التحكيم سعياً للوصول – من وجهة نظر الباحثة– إلى الصورة المُثلى للقانون الواجب التطبيق فى حالة عقود الاستثمارات النفطية.

أولاً : النتائج :

رغم الأهمية البالغة لموضوع القانون الواجب التطبيق فى شأن عقود الاستثمارات النفطية في القانون الدولي الخاص إلا أن هذا لا ينفي وجود صعوبات تتمثل فيما يلي:

صعوبة وضع معيار تحديد القانون الواجب التطبيق تتعاظم في القانون الدولي الخاص عنها في أي فرع من فروع القانون الأخرى وتنجم هذه الصعوبات عن اختلاف النظم القانونية فيما بينها في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل، و إلى اختلافها في تحديد الطوائف التي يمكن رد هذه المسائل إليها ، وما قد يعتبر في دولة ما من الشروط الموضوعية قد يعد في دولة أخرى الشروط الشكلية.

إن عقود الدولة فيها شرط يطلق عليه " شرط الثبات التشريعي " أي أن هذا العقد يظل أبداً ودائماً خاضعاً للقانون الذي أُبرم العقد في ظله ولا يمكن تعديل هذا القانون بمعنى ان أي تشريع لاحق سيصدر لن يسري على هذا العقد، وشرط الثبات التشريعي يعني تجميد العقد . الدولة تتعهد بأن لا تمس هذا العقد ابداً ، أي لا تملك ان تلغيه أو تعدل شروطه إلا بالإتفاق مع الطرف الآخر.

ثانياً : التوصيات :

وجوب إصدار تشريع قانونى خاص بعقود الاستثمارات النفطية يجمع أحكامه ، وينظم كل إجراءاته ، وينص على جميع آثاره من التزامات وجزاءات توقع عند الإخلال به ، حتى لا تتشتت أحكام العقد ما بين قانون دولة وأخرى فى حالة سكوت نصوصه عن النص على أى بند فيه ، فوجود مثل هذا القانون الكامل والواضح فى أحكامه يساعد جميع أطراف العقد سواء جهة الإدارة أم المتعاقد معها وكذلك المتعاقدين الآخرين ، بالإضافة إلى تيسير المهمة على القضاء عند الفصل فى المنازعات التى تنشأ عنه.

ضرورة الاشتراط لقبول التحكيم فى عقود الاستثمارات النفطية أن يكون ذلك عن طريق مشارطة التحكيم وليس شرط التحكيم ، لأن المشارطة لا تكون إلا بعد نشوء النزاع ، وأن يشترط موافقة مجلس الوزراء ووجوب توقيع الوزير المختص .

قائمة التهميش و المراجع:

إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، و شلالا يوسف. (2002). القاموس القانوني، طبعة ثامنة. بيروت: مكتبة لبنان.

أحمد القشيرى. (1998). الاتجاهات الحديثة فى القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلد 21. المجلة المصرية للقانون الدولى.

أحمد عبد الكريم سلامة. (2001/2000). قانون العقد الدولي، ص 156 -157. القاهرة: دار النهضة العربية .

أحمد قسمت الجداوى. (يناير – يوليو, 1985). نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومنهجية تنازع القوانين. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (العددان الأول والثانى)، صفحة 23.

الأهوانى حسام، و الغتيت على حامد. (بلا تاريخ). قانون التجارة الدولية، الجزء الثانى. دروس ملقاة على طلبة الدكتوراه . جامعة عين شمس.

حفيظة الحداد. (اكتوبر 1989). نظرية الإحالة فى القانون الدولى الخاص الألمانى الجديد، دراسات تحليلية وانتقادية. الإسكندرية.

حفيظة السيد الحداد. (2003). الموجز في القانون الدولي الخاص : الكتاب الاول-المبادئ العامة في تنازع القوانين. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

سراج حسين أبو زيد. (2010). التحكيم في عقود البترول (دراسة متعمقة تضمن عرضاً تفصيلياً لموقف الفقه، والقوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية، وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول) . القاهرة: دار النهضة العربية.

طرح البحور علي حسن فرج. (2000). تدويل العقد "دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980". الإسكندرية: منشأة المعارف.

عامر على سمير الدليمي. (2016). المنازعات الدولية في عقود النفط وطرق تسويتها، ط1 . عمان، الأردن: شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع.

عبد الله الساعدي السنوسي. (2015). آليات تسوية منازعات عقود البترول في القانون الدولي الخاص الليبي، رسالة ماجستير. المنصورة: كلية الحقوق ، جامعة المنصورة.

عبد الله سعيد البرواري. (2015). تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية : عقود البترول نموذجا تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

عبد الله ناصر أبو جما العجمي. (2016). الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، ط1. بيروت، لبنان: مكتبة زين الحقوقية والأدبية.

عصام فرج الله محسن إبراهيم. (2017). الطبيعة القانونية للعقود الدولية للبترول. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

عكاشة عبد العال. (1993). قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة فى القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية. بيروت: الدار الجامعية.

ليندا جابر. (2014). القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي. بيروت، لبنان: شركة المؤسسة الحديثة للكتاب.

مجدي دسوقي. (2012). تدويل الحلول في منازعات البترول، ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

معمر بوطبالة. (2019). استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار. قسنطينة، الجزائر: مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.

منير عبد المجيد. (1992). تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية. الإسكندرية: منشأة المعارف.

هشام على صادق. (1972). تنازع الاختصاص القضائىالدولى، الطبعة الأولى. الإسكندرية: منشأة المعارف.

هشام على صادق. (1977). تنازع القوانين فى مسائل المسئولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحرى والحوادث الواقعة على ظهر السفن. الإسكندرية: منشأة المعارف.

هشام على صادق. (2003). دروس في تنازع القوانين. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

هشام علي صادق. (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

كيفية الاستشهاد بهذا المقال حسب أسلوب APA:

أحلام مبعوج ،بن يسعد عذراء ،(2020)، **القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات النفطية من خلال التحكيم** ، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 12(02)/ 2020، الجزائر : جامعة قاصدي مرباح ورقلة، (ص.ص 347- 364).