بطاقة المشاركة في الملتقى الوطني المنظّم من طرف جامعة جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية– فرقة البحث واقع الاستثمار في الجزائر

حول "واقع الاستثمار في الجزائر في ظلّ القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار"

يوم 28 نوفمبر 2017

اللقب والاسم: قبايلي طيّب

المؤهل العلمي: أستاذ محاضر" أ "

التخصّص: قانون الأعمال

الوظيفة: أستاذ باحث

مخبر الانتماء: مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية

المؤسّسة المستخدمة: كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة بجاية

الهاتف: 0777187187

العنوان الإلكتروني: kebtayeb2014@gmail.com

محور المداخلة: تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

عنوان المداخلة: القانون واجب التطبيق لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI)

المداخلة

مقدّمة:

تعدّ مسألة تحديد القانون واجب التطبيق لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار من المسائل الشائكة التي حظيت باهتمام بالغ من جانب الفقه وقضاء التحكيم منذ التحكيمات الكبرى في مجال عقود امتياز استغلال النفط[1]. كما لا يزال هذا الموضوع محلّ نقاش حاد بين الفقه المُهتم بمجال الاستثمارات الأجنبية، خاصة في ضوء ما تضمنته اتفاقية واشنطن من أحكام لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المعروضة على المركز الدولي **(CIRDI)** [2].

لا يمكن اعتبار مسألة اختيار قانون معيّن ليحكم رابطة الاستثمار بين دولة ومستثمر خاص أجنبي مجرد مسألة تفضيل نظام قانوني على آخر، كما لا يمكن اعتبار اختيار القانون واجب التطبيق اختيار عفوي مجرد من الاعتبارات المتصلة بالنتائج المترتبة عن إعمال قواعد النظام القانوني المختار، ذلك لأنه ترتكز على هذا الاختيار الآثار الناجمة عن علاقة الاستثمار، بما في ذلك تنفيذ عقد الاستثمار من عدمه أو فيما يخصّ حقوق والتزامات الأطراف المتنازعة.

في المجال الذي يهمُنا، فقد أولى واضعو اتفاقية واشنطن الحرص اللازم لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع[3] ، إذ نصّت المادة 1/42 منها على ما يلي: " ***1- تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرّها طرفا النزاع. وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن محكمة التحكيم تطبّق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع***".

انطلاقا من النص أعلاه، يظهر أن الاتفاقية ميّزت بين الحالة التي يتّفق فيها الأطراف على قواعد القانون واجبة التطبيق والحالة التي لا يتحقّق فيها هذا الاتفاق، إلاّ أن الإشكالية المثارة تتمثل في مدى التزام المحاكم المشكّلة في إطار المركز الدولي للفصل في منازعات الاستثمار بهذا التحديد وهل تتأثّر الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة بذلك؟

للإجابة على هذه الإشكالية، يتعيّن تحليل مضمون المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن بالتطرّق لحالة الاتفاق على القانون واجب التطبيق **(أولاً)** وحالة عدم الاتفاق على ذلك **(ثانياً)**، موضحين في كل حالة موقف الاجتهاد التحكيمي للمركز الدولي.

أولاً- الحالة التي يتّفق فيها الأطراف على القانون واجب التطبيق:

لقد كرّس مبدأ قانون الإرادة - Lex Voluntatis - نتيجة للدور البالغ الذي يؤديه سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة في تحديد شروط التعاقد، إذ من البديهي أن يؤثّر في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة العقدية وما يثور من نزاعات بشأنها، وهو ما انعكس على نصوص اتفاقية واشنطن، الأمر الذي يتعيّن من خلاله التطرّق إلى الحرية التي يتمتّع بها الأطراف في مجال تحديد القانون واجب التطبيق مع توضيح كيفيا وآثار ذلك.

1- حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق:

منحت اتفاقية واشنطن أطراف النزاع الحرية الكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، حيث جاء في العبارة الأولى من نصّ المادة 1/42 من الاتفاقية ما يلي: " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد *القانونية التي يقرّها طرفا النزاع. وإذا لم يتفق الطرفان (...)*".

على هذا الأساس، يتمتّع الأطراف بالحرّية المطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق تطبيقاً لمبدأ مبدأ سلطان الإرادة العقدية المُكرّس في غالبية النصوص القانونية الداخلية والدولية على حدّ سواء، بل وحتى في أحكام القضاء الداخلي وقضاء التحكيم التجاري الدولي.

بناءً على ما تقدّم، عند عرض نزاع متعلّق بالاستثمار على محكمة تحكيم المركز الدولي، في إطار نصوص اتفاقية واشنطن، فإنه يتعيّن على هيئة الحكم أن تبحث عمّا إذا كان هناك اتفاق من جانب الأطراف حول اختيار القانون واجب التطبيق، فإذا تبيّن لها وجود مثل هذا الاتفاق، عليها أن تلتزم به. أما إذا تبيّن لها خلاف ذلك، فيجب عليها الرجوع إلى نصّ الاتفاقية لتحديد القانون الذي ستطبّقه وفقا لما جاء في العبارة الثانية من نصّ المادة 1/42 من الاتفاقية.

هكذا، يعدّ اتفاق الأطراف على قانون معيّن يطبّق على موضوع النزاع القائم بينهم مانعاً في مواجهة محكمة التحكيم من اللجوء إلى تطبيق نظام قانوني آخر تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. وإذا كان للأطراف الحرّية المطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق، فيمكن لهم اختيار قانون أحد الطرفين أو نظام قانوني آخر تابع لدولة أخرى[4]. كما يمكنهم كذلك توطين علاقتهم العقدية، حيث لا يفهم من عبارة " قواعد القانون" الواردة في الجملة الأولى من نصّ المادة 1/42 أنها تشير إلى قواعد القانون الداخلي فحسب، بل يدخل ضمن معناها أيضا قواعد القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة في العلاقات الاقتصادية الدولية أي تطبيق قانون التجارة الدولية[5].

بالإضافة إلى هذا، تعتبر الاشتراطات العقدية جزء لا يتجزأ من القواعد واجبة التطبيق باعتبارها قانون الأطراف المتعاقدة، علماً أن الشكل القانوني للاستثمار الخاص هو الشكل التعاقدي أين يُحدّد في العقد حقوق والتزامات كل طرف[6].

عملياً، الغالب هو اتفاق أطراف عقود الاستثمار على تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة الطرف في النزاع، إذ من النادر جداً أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة المستثمر ويمكن أن نذكر في هذه الحالة القضية الوحيدة التي تمّ الاتفاق فيها على تطبيق قانون دولة المستثمر، في إطار المركز الدولي، وهي قضية Colt industries operating corp. c/Corée du Sud (ARB/84/2)، نظراً لخصوصية موضوع العقد المتعلق بالترخيص والمساعدة الفنّية لإنتاج الأسلحة[7].

كما يمكن ذكر بعض الأمثلة حول اختيار للقانون الداخلي للدولة المضيفة، فقد نصّت عليه المادة 9 من عقد الاستثمار المبرم بين Atlantic Triton Company وحكومة غينيا حول إنشاء وتجهيز وتسيير بواخر الصيد على أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق على العلاقة العقدية[8]. كما تضمنت المادة 7 من العقد المبرم بين شركة Mobiloil وحكومة نيوزيلندا، الخاص بتحويل الغاز الطبيعي، على أن يخضع العقد للقانون النيوزيلندي[9]. إلى جانب هذا، حدث وأن اتفق الأطراف على تطبيق كل من القانون الداخلي للدولة المضيفة ومبادئ القانون الدولي، حيث تمّ النصّ في الاتفاق المبرم بين شركة AGIP وحكومة

الكونغو، في المادة 15 منه، على أن قانون الكونغو هو واجب التطبيق ويكمّل عند الاقتضاء بمبادئ القانون الدولي[10].

إذا كانت اتفاقية واشنطن قد أقرّت بحرّية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، إلاّ أن الإشكال يكمن في مدى استلزام أن يكون هذا الاختيار صريحا أم يمكن أن يكون كذلك ضمنيا من خلال الظروف والقرائن التي تكشف عن إرادة الأطراف؟

2- تحديد القانون واجب التطبيق بين الاختيار الصريح والضمني:

تلتزم محكمة التحكيم المشكّلة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بموجب المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، بالفصل في النزاع وفقا للقانون الذي تمّ الاتفاق عليه بين الأطراف، فلم توضّح الاتفاقية ما إذا كان يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو يمكن أن يكون ضمنيا، ممّا أدى هذا إلى عدم إجماع الفقه ولا حتى اجتهاد محاكم المركز على موقف واحد.

يرى جانب من الفقه ضرورة تحقّق الاختيار الصريح للاختصاص التشريعي في إطار اتفاقية واشنطن، فعلى الأطراف أن يعيّنوا القانون واجب التطبيق من خلال تضمين عقد الاستثمار شرطا أو مجموعة من الشروط، لا تخضع بالضرورة لشكل خاص، ولكن يجب أن تكون إرادتهم في هذا الشأن أن واضحة ومعبّرة عن هذا الاختيار[11].

لقد جسّد هذا التفسير من خلال الحكم الصادر في قضية Compania de Santa Elena ضدّ كوستاريكا، حيث أكّدت المحكمة أنه يجب أن يكون اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق واضحا وغير قابل للتأويل -Clair et non équivoque- واعتبرت الأمر ليس كذلك في القضية المعروضة عليها، ممّا يتعيّن تطبيق الجملة الثانية من المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن[12].

في مقابل هذا، ذهب جانب آخر من الفقه إلى عدم اشتراط الاختيار الصريح للاختصاص التشريعي من قبل الأطراف، حيث يكفي الاختيار الضمني. بالتالي، فإن هذا الاتجاه يتمسّك بحرفية المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، إذ أنها لم تشترط أن يكون اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق صريحا، كما أنها لم تمنع أن يتحقّق ذلك ضمنيا. على هذا الأساس، للمحكمة أن تستخلص القانون واجب التطبيق، في حالة غياب الاتفاق الصريح على ذلك، من الظروف المحيطة بإبرام العقد أو من خلال المؤشرات والقرائن التي تؤدي إلى التركيز الموضوعي للعقد في قانون معيّن[13].

تأثّرت بعض محاكم تحكيم المركز الدولي بوجهة النظر السابقة، ففي قضية قائمة بين شركة AAPL وحكومة سريلانكا، أين تمّ تأسيس اختصاص المركز لأول مرّة بناء على اتفاقية ثنائية لتشجيع

وحماية الاستثمارات، وأمام غياب اتفاق الأطراف حول القانون واجب التطبيق، قرّرت محكمة التحكيم أنه يتعيّن عليها استخلاص اختيار هذا القانون انطلاقا من ملاحظة وتفسير مواقف وتصرفات الأطراف خلال إجراءات التحكيم. بعد أن لاحظت المحكمة أن كلا الطرفين قد استندا في تأسيس إدعاءاتهما على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبي، خلصت إلى أن تصرفات الأطراف تُثبت اتفاقهم المشترك على اعتبار الاتفاقية الثنائية أول مصدر لقواعد القانون واجب التطبيق[14].

في رأينا، نرى أنه يتعيّن عدم اللجوء إلى استخلاص نيّـة الأطراف والبحـث عن الإرادة الضمنية ما دام هناك قاعدة احتياطية في اتفاقية واشنطن لتحديد القانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود اتفاق صريح على ذلك، حيث أن إدعاء العكس يفرغ الجملة الثانية من نفس المادة من كل معنى ويعدّ توسّعا في التفسير لا مبرر له، إذ استهلت بعبارة: *" وإذا لم يتفق الطرفان..."*. من أجل هذا، تلتزم المحكمة بتطبيق قواعد القانون المتفق عليها عندما يكون هذا الاتفاق صريحا وواضحا، وعند عدم وجود مثل هذا الاتفاق، فليس للمحكمة سلطة البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، إذ تلتزم بالجملة الثانية من المادة 1/42 بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد التنازع بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي المتعلقة بالموضوع.

إلى جانب ما سبق، يتمثل الهدف من نصّ المادة 1/42 من الاتفاقية في تجسيد الحماية والتوقّع القانونيين للأطراف المتنازعة، خاصة وأن الدولة الطرف في النزاع تتوقّع تطبيق قانونها الداخلي وفقا للجملة الثانية من المادة 1/42 لعدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق.

3- نطاق تطبيق القانون الداخلي المختار:

إذا اختار الأطراف نظاما قانونيا معيّنا ليطبّق على عقدهم وما يترتّب عنه من نزاعات، فإنه يتعيّن على الجهة المعروض عليها النزاع تطبيق هذا النظام باعتباره قانون الإرادة. لكن هل يمكن تطبيق القانون الدولي إذا اختيار الأطراف لقانون وطني معيّن وفقا للمادة 1/42؟

لقد لجأت محكمة التحكيم في قضية SPP ضدّ جمهورية مصر العربية عام 1992 إلى تطبيق القانون الدولي على موضوع النزاع ومنحته دوراً مكمّلاً على الرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق القانون الداخلي للدولة المضيفة. لجأت المحكمة كذلك إلى التأكيد بضرورة تطبيق القانون الدولي في الحالة التي يتضمن فيها القانون الداخلي نقصا أو تعارضا مع القانون الدولي[15].

إن الموقف المتّخذ من جانب المحكمة في هذه القضية، بشأن القانون واجب التطبيق، محلّ انتقاد، ذلك أن لا يوجد مبرّر كاف للتأكيد على أن النظم القانونية الوطنية تنطوي على ثغرات أو أوجه قصور،

بل أن النقص يتواجد في قواعد القانون الدولي خاصة فيما يتعلق بعقود الدولة، فضلا عن أن فرض محكمة التحكيم الرقابة حول مدى مطابقة القانون الداخلي للقانون الدولي أمرا لم تفوّضه إياها المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، بالتالي فإن هذا الحلّ المجسّد من طرف قضاء تحكيم المركز يفرغ الجملة الأولى من نفس المادة من فحواها. من أجل هذا، فإن تكملة أو استبعاد القانون المختار بتطبيق القانون الدولي يتعارض ورغبة الأطراف في تحقيق الأمن القانوني والنتائج المتوقعة بشأن تسوية منازعاتهم.

المسألة الأخرى التي تُثار في هذا الصدد هي مدى تطبيق قواعد التنازع التي يتضمنها القانون المختار؟ في هذا المجال نقول أنه لضمان إعمال الأمن القانوني، فإن اختيار الأطراف لقانون ما لينطبق على النزاع المطروح على محكمة التحكيم يكونوا قد اختاروا القواعد الموضوعية لهذا القانون ما لم يتفقوا على ذلك صراحة، ذلك أن تطبيق قواعد التنازع الواردة في القانون المختار من قبل محكمة التحكيم هو بمثابة لجوء إلى المجهول[16]. فضلا عن هذا، فالمستقر عليه فقهاً وتشريعاً أنه إذا أراد الأطراف تطبيق قواعد موضوعية معيّنة في إطار قانون محدّد فلا داعي لتحديدها بطريقة غير مباشرة عن طريق تطبيق قاعدة التنازع[17].

ثانياً- الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على القانون واجب التطبيق:

بالرجوع إلى نص المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن في جملتها الثانية، فإنها تقيّد محكمة التحكيم بتطبيق " ***قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع***".

بناءً على هذا، فإن الاتفاقية قد افترضت أن سكوت الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون واجب التطبيق يجب أن يفسّر بأن إرادتهم قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة ثم إلى تطبيق القانون الدولي، فضلا عن إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف عملاً بالفقرة الثالثة من نفس المادة.

1- تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة وكيفيات ذلك:

أساس خضوع العقود المبرمة بين الدولة أو إحدى هيئاتها العامة مع الطرف الخاص الأجنبي في مجال الإستثمار لقانون الدولة المضيفة يكمن في أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالعلاقة العقدية اعتبارا أن هذا القانون هو قانون محلّ الإبرام والتنفيذ، فإنه تتواجد في ظلّه كافة العناصر الجوهرية للعلاقة العقدية. فضلا عن هذا، فإن الأمر يتعلق باستثمار يخصّ استغلال الموارد والثروات الطبيعية وتنمية الموارد الإقتصادية للدولة المضيفة، لهذا فالنتيجة المنطقية هي خضوع العقود المبرمة في هذا الشأن للقانون الأوثق صلة بها ألا وهو قانون الدولة المضيفة[18]. رغم هذا، فإن نصّ الجملة الثانية من المادة

1/42 لم يشر إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي يحتويها قانون الدولة المضيفة لوحدها، بل تضمن النصّ كذلك تطبيق قواعد تنازع القوانين الواردة فيه.

إن الإشارة إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين التي يتضمنها قانون الدولة المضيفة يندرج ضمن الاتجاه السائد وقت إعداد الاتفاقية بشأن تحديد القانون واجب التطبيق. كما أن تطبيق هذه القواعد كانت موجّهة لطمأنة المستثمرين الأجانب الخواص بمنحهم الأمل في استبعاد القواعد المادية لقانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في حالات معيّنة[19].

رغم النصّ على تطبيق قواعد التنازع الواردة في قانون الدولة المضيفة، إلاّ أن قضاء تحكيم المركز الدولي قد طبّها مرة واحدة وأشار إليها مرة أخرة دون تطبيقها. لقد طبّقت محكمة تحكيم المركز المشكّلة للفصل في قضية Klöckner ضدّ الكامرون قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق من أجل تسوية تنازع القوانين ما بين المقاطعات التابعة لدولة الكامرون[20]. وأشارت محكمة التحكيم في قضية Amco Asia ضدّ أندونيسيا إلى قواعد التنازع دون الاعتداد بها، إذ قرّرت تطبيق القواعد الموضوعية لقانون الدولة المضيفة بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي[21].

2- تطبيق مبادئ القانون الدولي:

تضمنت م 1/42 من الاتفاقية في جملتها الثانية إلى تطبيق "*مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع*" -Principes de droit international en la matière- علماً أن النصّ الفرنسي للمادة 1/42 من اتفاقية واشنطن تضمن كلمة: "Principes" أي "المبادئ" على خلاف النصّين باللغتين الإنجليزية والإسبانية اللتان تضمنتا على التوالي كلمتي "rules" و"normas" بمعنى "القواعد". لقد فسّر بعض الفقه هذا الاختلاف في صياغة الجملة الثانية من نصّ المادة 1/42 على وجود خطأ في تحرير النصّ باللغة الفرنسية لا يعرف مصدره[22].

ما يُؤكد ذلك هو التقرير المرفق بالاتفاقية، حيث ورد في الفقرة 40 منه ما يلي:

"(…) A défaut d'accord, le Tribunal doit appliquer le droit de l'Etat partie au différend (sauf si le droit de cet Etat prévoit l'application d'un autre droit), et toute règle de droit international applicable en l'espèce. Le terme "droit international" doit ici être interpréter au sens de l'article 38/(1) du statut de la cour internationale de justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliqué à des différends interétatiques" [23].

بالرجوع إلى نصّ المادة 1/38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، نجده قد جاء بالصيغة التالية: *" 1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبّق في هذا الشأن:*

أ)- الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب)- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال.

ج)- مبادئ القانون العامة التي أقرّتها الأمم المتمدنة.

د)- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59 [24].

هكذا يتبيّن أن المقصود من عبارة "مبادئ القانون الدولي" الواردة في الجملة الثانية من نص المادة 1/42 هو قواعد القانون الدولي بمختلف المصادر التي تضمنتها المادة 1/38 من النظام السالف الذكر. ممّا تقدّم، فإن محكمة تحكيم المركز الدولي عند لجوئها "لمبادئ القانون الدولي"، فإنها تلجأ في الحقيقة إلى قواعد القانون الدولي العام وفقا للمصادر المختلفة الواردة في المادة 1/38 من نظام محكمة العدل الدولية. انطلاقا من هذه المصادر، تستخلص المحكمة القواعد واجبة التطبيق على موضوع النزاع المطروح عليها، بمعنى القواعد المطبّقة على نزاع ذات طابع اقتصادي قائم بين دولة ورعيّة دولة أخرى. لكن هل هناك طريقة تُبيّن كيفية تطبيق القانون الدولي؟

انطلاق من المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، لم يتم تحديد طريقة تطبيق قواعد القانون الدولي، إذ لم تبيّن لمحكمة التحكيم كيفية الربط بين هذه القواعد وقواعد القانون الداخلي. بالتالي، لا يمكن استخلاص الوظيفة التي يؤديها القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

رغم هذا، فبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، نجد أن نطاق تطبيق القانون الدولي قد تمّ حصره في حالات ثلاثة هي[25]:

* إذا ما أشار القانون الوطني ذاته إلى تطبيق القانون الدولي.
* إذا كانت المسألة المعروضة تتصل بصورة مباشرة بقواعد القانون الدولي.
* إذا كان القانون الوطني أو الحلّ الذي يؤدي إليه يمثّل مخالفة أو خرقا للقانون الدولي.

إلى جانب هذا يرى الأستاذ B. GOLDMAN في تعليقه على المادة 1/42 أن مبادئ القانون الدولي المنصوص عليها في الجملة الثانية لا تشكّل وحدها القانون واجب التطبيق، بل تمّ إضافتها إلى قانون الدولة المتعاقدة من أجل تكملة ما يعتريه من نقص أو من أجل تفسيره أو عند الاقتصاد تتدخّل لاستبعاد هذا القانون في حالة تعارضه مع مبادئ القانون الدولي[26].

يتّضح مما تقدّم أن وظيفة القانون الدولي تمكنُ في سدّ النقص الذي قد نجده في قانون الدولة المضيفة. كما يؤدي وظيفة أخرى تتمثل في تصحيح قانون هذه الدولة في حالة عدم مطابقته مع قواعد

القانون الدولي. هكذا، بالنظر إلى الدورين التكميلي والتصحيحي لقواعد القانون الدولي، تحتلّ هذه الأخيرة مكانة ثانوية إلى جانب قانون الدولة المضيفة الذي يحتلّ المكانة الرئيسية كقانون واجب التطبيق.

رغم هذا التفسير إلاّ أن محكمة التحكيم الثانية المشكّلة لإعادة الفصل في قضية Amco Asia ضدّ أندونيسيا اعتبرت هذه أن المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن تشير إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة والقانون الدولي، فإذا لم يكن هناك نصّ في قانون الدولة المضيفة بشأن مسألة معيّنة، يتعيّن البحث عن النصوص الضرورية في القانون الدولي. وإذا كانت هناك نصوص واجبة التطبيق في قانون الدولة المضيفة، فيجب تقديرها على ضوء القانون الدولي الذي يعلو في حالة النزاع[27].

انطلاقا من هذا، نجد أن تطبيق قواعد القانون الدولي وفقا للنطاق المحدّد من قبل المحكمة، أي بالتزامن مع تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة، يتعارض مع الحدود التي وضعتها الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، فضلا عن عدم مراعاة الترتيب الذي جاءت به المادة 1/42 والذي جعل قواعد القانون الدولي تأتي في المقام الثاني بعد قواعد القانون الداخلي.

3- تطبيق مبادئ العدل والإنصاف:

نصّت الفقرة الثانية من المادة 42 على عدم جواز رفض محكمة التحكيم الفصل في النزاع إسنادا إلى عدم وجود قواعد قانونية تطبّق على الموضوع أو لغموض قواعد قانونية موجودة. إلى جانب هذا، تضمنت المادة 3/42 من اتفاقية واشنطن على الإمكانية المتاحة لمحكمة التحكيم، بناء على اتفاق الأطراف، للفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف، إذ تنص على ما يلي:

"ولا تخلّ أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة إذا ما اتفق الطرفان على ذلك في الحكم بموجب مبادئ العدل والإنصاف".

اطلاق من هذا، فإن محكمة التحكيم لا تصدر حكمها معتمدة على نصوص قانون محدّد، وإنما توائم وتوفّق بين المصالح المتناقضة للأطراف لتصل إلى حكم بحسب التقدير الشخصي لأعضائها، فالمحكمة عند فصلها وفقا لمبادئ العدل والإنصاف محرّرة من التقيّد بأيّة نصوص قانونية مهما كان مصدرها، مستلهمة في ذلك ما تراه محققا للعدالة ويرضى به ضمير المحكمين[28].

في قضية Benvenuti & Bonfant ضدّ الكونغو وأمام عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق، طلب الأطراف من المحكمة، خلال إجراءات التحكيم، تأجيل الفصل في النزاع في انتظار ما ستسفر عنه المفاوضات التي باشرها الأطراف لتسوية النزاع القائم. وذكر في الطلب أنه في حالة عدم التسوية خلال مدّة محّدة، تفصل المحكمة في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف. وفي نهاية الأمر

طبّقت المحكمة في هذه القضية قواعد قانون دولة الكونغو ومبادئ العدل والإنصاف معا[29]. كما نص عقد الاستثمار المبرم بين شركة Atlantic Triton وحكومة غينيا على تطبيق هيئة التحكيم هذه المبادئ وفقا لنص المادة 3/43 من اتفاقية واشنطن[30].

خاتمة:

إن الصبغة الخاصة التي تتميّز بها عقود الاستثمار، والمترتّبة عن ارتباطها الوثيق بالخُطط التنموية للدولة المتعاقدة وكذا التفاوت في المراكز القانونية و الاقتصادية لأطرافها، قد جعل من مسألة تحديد النظام القانوني لهذه العقود مسألة شائكة ومعقّدة على نحو أفرز معه اختلاف المواقف بشأن تحديد القانون واجب التطبيق.

لقد تمّ بيان أن إتفاقية واشنطن قد اعترفت بقاعدة قانون الإرادة في الجملة الأولى من نصّ المادة 1/42، إلاّ أن موقف قضاء تحكيم المركز بشأن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع قد أخذ منحى آخر. لقد اتخذت محاكم التحكيم لنفسها حرّية كبيرة في تحديد القواعد التي تطبّقها، حيث عملت محاكم التحكيم على وضع حدود لقاعدة قانون الارادة من خلال اللجوء إلى تطبيق القانون الدولي، الأمر الذي يتعارض مع نصّ الاتفاقية وأعمالها التحضيرية.

كما أن تأكيد الاتفاقية بموجب الجملة الثانية من نفس المادة على تطبيق قانون الدولة المضيفة بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي في حالة عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق، فإن ذلك لم يمنع محاكم التحكيم من تطوير موقفها بشأن الدور الذي تؤديه قواعد القانون الدولي.

نصل إلى نتيجة أن المخاوف التي كانت تبديها الدول النامية للتحكيم في العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب الخواص ليس مردها أن التحكيم يشكّل نظاما قضائيا خاصا بعيدا عن القضاء الرسمي للدولة المضيفة، بل تعود إلى واقع قضاء التحكيم والنهج الذي يسير عليه، أين يتمّ تغليب مصالح المستثمر الأجنبي وضمان حقوقه على حساب حقوق الدول المضيفة.

الهوامش:

1- أبرز المحكم Dupuy في قضية Texaco ضدّ ليبيا أهمية تحديد القانون واجب التطبيق في موضوع النزاعات الناجمة عن عقود الاستثمار، إذ جاء في حكمه: *" إن القيمة القانونية وبالتالي الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها إلاّ في ضوء القانون الذي يطّبق عليها"*. راجع: بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2004، ص 91.

2- أُنشأ المركز الدولي بموجب اتفاقية واشنطن عام 1965 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 1995/10/30، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج. ر. ح. ج عدد 66 لسنة 1995.

3- تجدر الإشارة إلى أن تحديد القانون واجب التطبيق لتسوية منازعات الاستثمار في إطار المركز الدولي لا يتعلّق بالقواعد الخاصة بالإجراءات، بل يخصّ قواعد القانون المطبّقة على موضوع النزاع، إذ نصّت اتفاقية واشنطن في المادة 44 منها على أن إدارة جميع إجراءات التحكيم يكون وفقا لأحكام الاتفاقية وكذا لائحة التحكيم أمام المركز، ما لم يتّفق الأطراف خلاف ذلك.

4- راجع حول الحرية التي يتمتّع بها الأطراف في هذا المجال كل من:

* د/ جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلّة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة 1995، ص 44.

* د/ أحمد عبد الحميد عشوش : التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار، مؤسّسة شباب الجامعة، القاهرة 1990، ص 133.

5- GOLDMAN Berthold, Le droit applicable selon la convention de la BIRD du 18 Mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements, in "Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées", Pedone, Paris 1969, p. 147.

6- AMADIO Mario : Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la banque mondiale du 18 Mars 1965, LGDJ, Paris 196, p. 179.

7- DELAUME Georges, « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », JDI N°4, 1982, Op. Cit., P. 782

8- MANCIAUX Sébastien, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Litec, Paris 2004, p. 300.

9- LEBEN Charles : Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le Droit applicable à celui-ci, in "L'évolution du droit international", Pedone, Paris 1998, p. 258.

10- GR. DELAUME, op. cit., p. 827 et s.

11- راجع في عرض هذا الاتجاه: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2001، ص 513. قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، جامعة تيزي وزو، 2012، ص ص 347-348.

12- راجع الحكم الصادر في قضية Compania de Santa Elena ضد حكومة كوستاريكا بتاريخ 12 فيفري 2000، متاح على الموقع الرسمي للمركز الدولي www.worldbank.org/icsid

13- أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 512. راجع كذلك:

B. GOLDMAN: op. cit., p. 142.

14- ورد في الفقرة 20 من الحكم الصادر بتاريخ 27 جوان 1990، متاح على الموقع الرسمي للمركز الدولي www.worldbank.org/icsid ، ما يلي:

"Les deux parties ont agi d'une manière qui démontre leur accord mutuel pour considérer les dispositions du traité bilatéral sur les investissements comme étant la première source de règles de droit applicable".

15- لقد ورد في الفقرتين 80 و84 من الحكم الصادر بتاريخ 20 ماي 1992، متاح على الموقع الرسمي للمركز الدولي www.worldbank.org/icsid ، ما يلي:

"Même si l'on devait accepter la position de la défenderesse selon laquelle les parties se sont implicitement accordées sur l'application du droit égyptien, un tel accord ne pourrait exclure l'applicabilité directe du droit international dans certaines situations (…) Quand un système juridique interne contient une lacune ou quand le droit international est violé par la seule application du droit interne, le tribunal est tenu, en application de l'article 42 de la convention de Washington, de faire directement application des règles et principes pertinents du droit international".

16- S. MANCIAUX : op.cit., pp. 288-289.

17- راجع حول الومضوع:

* عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتّب عند عدم مراعاته، المؤتمر السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، يومي 28 و29 أكتوبر 2008، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، متاح على موقع: http://slconf.Uaeu.ac.ae ، ص 588.

* ومن الأمثلة التشريعية، تنصّ المادة 2/34 من قانون التحكيم الإسباني على أن: *" تحديد قانون أو نظام قانوني لدولة معيّنة، يقصد به القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعد التنازع فيه، ما لم يتّفق على خلاف ذلك".* نقلاً عن، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم: محاذير وتوجيهات، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، عدد1، 2008، ص 38.

18- أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص ص 628-629.

S. MANCIAUX : op. cit., p. 294, qui cite : *" La référence a une règle de renvoi était destinée à rassurer les investisseurs, leur faisant espérer la mise à l'écart des règles juridiques matérielles -pourtant désignées- de leur cocontractant étatique, notamment si le différend porte sur une licence de brevet ou un emprunt".*

20- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، هامش 1، ص 53.

21- *"(…) il n'est nul besoin d'entamer une discussion à propos de ses règles de conflit de lois. En effet les (parties) se sont constamment référées dans leur débat sur le fond aux règles matérielles du droit indonésien. De plus, le différend devant ce tribunal concernant un investissement en Indonésie, il n'y a pas le moindre doute que les règles matérielles internes à appliquer par le tribunal sont à tirer du droit indonésien".* Cité par, S. MANCIAUX : op. cit., p. 295.

22- DELAUME Georges, « L'affaire du plateau des pyramides et le CIRDI : considérations sur le droit applicable », Revue de l'arbitrage N°2, 1994 p. 52, qui cite: *"Bien que la version française de l'article 42/(1) se réfère aux "principes" et non (comme sa contrepartie anglaise ou espagnole) aux "règles" du droit international,*

il est acquis qu'il s'agit là d'une erreur de rédaction, dont l'origine est inconnue, mais sans portée sur le sens de cette disposition".

23- راجع التقرير المرفق باتفاقية واشنطن المعدّ من قبل المديرين التنفيذيين للبنك العالمي، متاح على الموقع الرسمي للمركز الدولي www.worldbank.org/icsid

24- النصّ الكامل للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية منشور في موقع المحكمة:
www.icj-cij.org/homepage/ar/icjstatute.php

25- نقلاً عن: صلاح الدين جمال الدين، دور التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 108.

26- B. GOLDMAN : op. cit., p. 151.

27- الفقرة 20 من القرار الصادر عن اللجنة المؤقتة الأولى بتاريخ 1986/05/16، القاضي ببطلان الحكم الصادر في 1984/11/20 في قضية Amco Asia c/ Indonésie، منشور في:

JDI N°1, 1987, p. 175 et s. Obs., E GAILLARD.

28- راجع حول قاعدة الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 1995، ص ص 225-226.

29- أنظر: قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 371.

30- "Le différend sera résolu en toute équité selon les dispositions de l'article 42(3) de la convention de Washington". Cité par : S. MANCIAUX : op. cit., p. 308.