

محاضرة القانون الدولي للأعمال

المقدمة

يلعب القانون الدولي للأعمال دورا هاما في الوقت الحالي في كافة أنحاء العالم، وذلك نظرا لتبادل السلع والأموال غير المادية-أي الحقوق الفكرية-، فضلا عن حركة رؤوس الأموال بفضل الاستثمارات ودخول الأجانب.

هذا، وقد عرفت التجارة الدولية تطورا ملحوظا بعد الحرب العالمية الثانية، والتي شملت في البداية تبادل السلع، أي المتاجرة بالسلع بالمعنى الواسع، إلا أنها امتدت لتشمل كذلك الخدمات منذ بداية السبعينات- دون نسيان الاستثمارات الدولية العالمية، الإنتاج وضرورة دخول الأسواق الأجنبية، وتحويل حقوق الملكية الفكرية والتي تطرح إشكالات خاصة- الأمر الذي دفع بالدول إلى التفكير في وجوب وضع سياسة للتبادل الدولي إما بصفة فردية أو من خلال مجموعة محددة، أو على المستوى الدولي مراعاة لحرية التبادل والمزايا أو المصالح المتعارضة، علما أن الاتحاد الأوروبي وقواعد القات GATT والمنظمة العالمية للتجارة OMC قد وضحت الاتجاه الواجب إتباعه والنتائج المتوصل إليها فيما يخص التنظيم الأوروبي والعالمي للتبادل.

إن موضوع القانون الدولي للأعمال قد طرح العديد من التساؤلات ومن بينها تلك التي تخص كونه فرعاً من فروع القانون الدولي، وذلك راجع في الحقيقة إلى أن بعض الفقه أنكر وجوده واعتبر أنه ليس هنالك قانون موحد ينظم العلاقات أو المعاملات التي تتم بين المجتمع الدولي للأعمال أو ما بين القطاعين العام والخاص، أما البعض الآخر فإنه رأى على خلاف ذلك كونه القانون النموذجي النمطي التي ساهمت غرفة التجارة الدولية والاتفاقيات الدولية بخصوص البيوع الدولية للبضائع في بلورة قواعده بالنسبة لمعاملات الاستيراد أو التصدير أو تحويل السلع أو الخدمات الذي يتم خارج حدود الدولة ما بين الأفراد أو الشركات أو ما بين القطاعين العام والخاص. ليس هذا فحسب، بل إن جانباً أكد وجوده بالنظر إلى المواد أو النصوص التي تنظم الاعتماد المستندي والنشاط التجاري المتعلق بالتجارة الالكترونية-كونها تجارة دولية لا تعرف حدود سياسية ولا جغرافية.

هذا، وقد اعتبر البعض أن القانون الدولي للأعمال ما هو إلا فرع للقانون الدولي الخاص، ومن ثم فهو لا يتناول إلا المسائل التي تدخل في هذا الإطار كالجنسية ووضعية الأجانب والشركات التجارية، أما تيار آخر فرأى أن القانون الدولي للأعمال أصبح يتطور نحو القانون الاقتصادي الخاص، مما يؤدي إلى إدراج مبادئ القانون الدولي العام عندما يكون لها تأثير على الحياة الاقتصادية.

عموماً، يراد بالقانون الدولي الخاص "مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، فهي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والمواطن". كما يقصد به كذلك "مجموعة القواعد ذات الصبغة الفنية التي تحكم النظام القانوني للعلاقات الخاصة الدولية". مهما تعددت المفاهيم فإن القانون الخاص ينظم العلاقات الخاصة الدولية، بمعنى أنه مجموعة القواعد التي تطبق عليها، أما القانون الدولي العام فهو يهتم بالعلاقات ما بين الدول وأو المنظمات الدولية.

إن المؤسسات التي تبرم معاملات مع متعاملين متواجدين في دول أخرى أو يحملون جنسية مختلفة تجد نفسها في مواجهة مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقتها، أي ما يعبر عنه بالقانون الدولي للأعمال والذي يتميز من حيث موضوعه وأهدافه ومكانته ضمن المنظومة القانونية وكذا اختلاف مصادره، وهي النقاط التي سنتعرض لها إبتاعاً.

أولاً- موضوع القانون الدولي للأعمال

يضم القانون الدولي للأعمال مصطلحين وهما الأعمال من جهة، والدولي من جهة أخرى

أ- الأعمال

إن لقانون الأعمال مفهومين، فهو من ناحية المرادف المعاصر للتجارة-فهو التسمية المعاصرة أو الحديثة للتجارة- كونه يتطرق للقواعد المطبقة على التجار، الشركات التجارية والعمليات التجارية الواردة في القانون التجاري والنصوص الأخرى كمثلاً تلك التي تخص محافظ الحسابات.

كما أن لقانون الأعمال من ناحية أخرى معنى واسع مقارنة مع القانون التجاري الكلاسيكي باعتباره يشمل أيضا قانون القرض، الاستهلاك، القانون الجبائي، قانون الملكية الفكرية، قانون المنافسة الخ.

يتواجد القانون التجاري في الدول التي تنتمي للعائلة الرمنو جرمنيك romano germanique كالجزائر وفرنسا، وهذا على خلاف دول الكمن لو common law والتي لا تعرف التفرقة بين القانون المدني والتجاري، الأمر الذي ينجم عنه استعمال مصطلح قانون الأعمال بكونه حيادي-علما أن بعض الاتفاقيات الدولية تفادت استعمال مصطلح التجارة أو الوقوف على الطبيعة التجارية كاتفاقية جنيف لسنة 1930 حول السفتجة والسند لأمر، وكذا اتفاقية لاهاي لسنة 1964 التي تخص القانون الموحد لبيع الأشياء المنقولة المادية، كما أن اتفاقية فينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع قد حددت في مادتها الأولى أن الطبيعة التجارية أو المدنية للعقد لاتهم لسريانها-

ب - الطابع الدولي

طبقا لجانب من الفقه هنالك ثلاث معايير لتبيان الطابع الدولي والتي تكمن فيما يلي:
- تعد دولية العلاقة التي ترتبط بمجموعة من القوانين الوطنية أو باتفاقية دولية-هو المعيار المعتمد لوحده أو مع معايير أخرى بموجب اتفاقية فينا ولاهاي السالف ذكرها أعلاه-
- تعد دولية العلاقة التي ترتبط بمصالح التجارة الدولية
- تعد دولية العلاقة التي تؤدي إلى تجاوز حدود الدولة.

ومن هذا المنطلق يمكن تعريف القانون الدولي للأعمال بأنه "مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالمعاملات التي تتم بين الأفراد أو شركات أو قطاعات عامة أو خاصة، والتي تحدث خارج حدود الوطن بشأن نقل التكنولوجيا ومعاملات التجارة الالكترونية بأنواعها على المستوى الدولي، ومعاملات الشركات عبر الوطنية، وعقود الاستثمار في الخارج وإنشاء وإقامة المصانع والبيع الدولي للبضائع".

كما يمكن تعريفه بأنه "مجموعة القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق في معاملات الأفراد والشركات والمقاولات والمؤسسات التي تجري بين دولتين أو أكثر بما يضمن حركة السلع سواء استيراد أو تصدير أو تحويل سلع أو خدمات".

ثانيا-أهداف القانون الدولي للأعمال

يسعى القانون الدولي للأعمال إلى ضمان أمن المعاملات الدولية كونه يسمح بالتعرف على القواعد القابلة للتطبيق في حالة نشوب نزاع، فضلا عن ضمانه لحرية حركة الأشخاص، السلع، الخدمات ورؤوس الأموال، مع الأخذ بعين الاعتبار أمن المستثمرين، إذ غالبا ما تهدف الدول إلى حمايتهم إذا ما كانت لهم فائدة بالنسبة للاقتصاد وسياسة الدولة المستقبلية.

يرجع أصل القانون الدولي للأعمال للعصور الوسطى وكان له في تلك الفترة طابع مهني محض، لكن ظهور الدول أدى إلى منحه طابع وطني، وذلك بظهور القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

على كل، يتوقف التنظيم الوطني على الوضعية الاقتصادية للبلد المعني والتعهدات الدولية التي اتخذتها، فالأمر يختلف بحسب ما إذا كنا أمام دولة صناعية والتي تعد في نفس الوقت مستثمرة ومستقبلية، أو دولة نامية والتي تعتبر في غالب الأحيان مستقبلية للاستثمارات.

ثالثا - مكانة القانون الدولي للأعمال

يتواجد القانون الدولي للأعمال في حدود العديد من الأنظمة القانونية، فهو يخضع لقانون الأعمال كونه ينظم مجمل العمليات التي تدخل في نشاط المؤسسة سواء تعلق الأمر بنظامها، أي المديرين، شكل وجنسية المؤسسة أو التمويل، أو بتصرفاتها كالبيع، الضمانات، المنافسة.

وهو يخضع للقانون الدولي بما أن علاقات الأعمال الدولية تقتضي تطبيق الاتفاقيات والقواعد الخاصة بتنازع القوانين أو بحل النزاعات سواء تعلق الوضع بالتحكيم التجاري الدولي أو قواعد تنازع الاختصاص القضائي، هذه القواعد تشكل بصفة عامة ما يسمى القانون الدولي الخاص والذي يختلف كما سبقت الإشارة عن قواعد القانون الدولي العام.

تعد قواعد تنازع القوانين أساس القانون الدولي الخاص، فهي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية في غياب اتفاقية دولية أو عدم قيام الأطراف باختيار القانون الساري على علاقتهم.

أما القواعد الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي، فهي ترمي إلى تبيان الجهة أو القاضي المختص للفصل في النزاع والذي غالبا ما يكون قاضي خاص، أي محكم أو قاضي

وطني واللدان يتم تحديدهما بموجب اتفاق أو شرط وارد في العقد وفي غياب ذلك يتم الرجوع إلى قواعد التنازع.

يخضع قانون الأعمال كذلك للقانون المقارن، وذلك لدور القوانين الوطنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العملية في حالة عدم وجود حل في الاتفاقيات الدولية أو ترك هذه الأخيرة للأطراف حرية الاختيار. من ثم، كان من الواجب على رجل الأعمال أن يكون على دراية تامة بالاتفاقيات الدولية والأحكام التي تنظم نشاطه في البلد المتواجد فيه أو الذي يستقر فيه المتعامل معه أو البلد الذي يتم فيه تسليم البضاعة أو دفع السعر. وأخيراً، فإن القانون الدولي يتأثر بالجانب العملي بما أن معظم قواعده مستمدة منه كما أنها تبتغي تطويرها مراعاة للمتطلبات الاقتصادية.

رابعاً - مصادر القانون الدولي للأعمال

رأى جانب من الفقه أن مصادر القانون الدولي للأعمال ما هي إلا مصادر القانون الدولي وذلك وفقاً لما جاءت به المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي يراد بها الاتفاقيات الدولية-ثنائية أو متعددة الأطراف-، العادات والأعراف الدولية، مبادئ القانون التي أقرتها الأمم المتحدة، أحكام المحاكم وكذا مذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام. وهذا طبعاً مع الأخذ في الحسبان مصادر القانون الداخلي والتي يمكن التعرف عليها من خلال المادة الأولى من القانون المدني، بمعنى التشريع والعرف التجاري الداخلي.

على كل، يمكن تقسيم مصادر القانون الدولي للأعمال إلى نوعين:

-المصادر الدولية والتي تتمثل في:

-الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980، اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، اتفاقية الأمم المتحدة للسفاح الدولية والسندات الاذنية الدولية لسنة 1988.

إن غاية الاتفاقية الدولية هي تفادي تنازع التشريعات وتوحيد القواعد المطبقة سواء تعلق الأمر بتلك التي تخص التنازع أو القواعد الأساسية، وهي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة إذ يمكن في مجال التجارة الدولية استبعاد كل أو جزء من الاتفاقية. علماً أنه وإن أخذت بعض الدول بمبدأ سمو الاتفاقية على القانون الوطني في حالة التوقيع عليها كالجزائر

وفرنسا، فإن بعض الدول الأخرى قد وجدت صعوبات في ذلك كألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية والتي لا تعترف بالاتفاقية إلا إذا أدرجتها ضمن قانونها الوطني.

-مجموعة الصكوك الدولية الصادرة عن الهيئات الدولية-المسماة كذلك بالمصادر شبه الاتفاقية- والمنظمات الحكومية وغير الحكومية والمراكز العلمية الدولية كمثل عن ذلك قرارات الأمم المتحدة، وثائق غرفة التجارة الدولية، وثائق اليونسسترال.

- المصادر ذات الطابع الالكتروني كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة بخصوص استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية وقانون الأنسترال بالنسبة للتوقيعات الالكترونية

- المصادر ذات الطابع التعاقدية أو ما يسمى العقود النموذجية علاوة عن مبادئ العدالة والإنصاف التي تناولتها الفقرة الثانية من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

- العرف التجاري

إن بين المصادر الأساسية كذلك الأعراف التجارية، فمثلا السفتجة نشأت عمليا بين الأفراد واعتادوا على التعامل بها وقد كانت قائمة في البداية على الثقة المتبادلة بين الأطراف الذين عملوا بها وفق إجراء شكلي معين إلى أن تم تقنين الأحكام القانونية المستمدة منها، أي من الأعراف التجارية. إن بعض الأعراف الدولية قد تم سنها وأصبحت معروفة من لدن الجميع كما هو الوضع فيما يخص القواعد المتعلقة بالاعتماد المستندي.

يلعب القضاء الدولي هو الآخر دورا هاما لما يتعلق الأمر بالمسائل الدولية كمحكمة العدل الدولية لاهاي أو المحكمة الجنائية الدولية، غير أن دورها محدود أي نادرا ما تفصل في النزاعات التجارية.

تجدر الملاحظة إلى أن بعض الهيئات تسعى لتوحيد القانون التجاري الدولي، ومن بينها هيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI-UNISTRAL وغرفة التجارة الدولية بباريس CCI التي تقوم بوضع قواعد نموذجية أو شروط عامة تخضع لها جميع الصفقات كمثل عن ذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر من طرف هيئة الأمم للقانون التجاري الدولي سنة 1985. مع التنويه إلى أن التوحيد يتحقق كذلك من خلال الاتفاقيات وتجميع العادات والأعراف الدولية.

- المصادر الوطنية أو الداخلية للقانون الدولي للأعمال والتي تضم ما يلي:

-التشريع

يعد من بين المصادر المعتمد عليها مع التتويه في هذا الصدد إلى قلة النصوص الوطنية التي تراعي القانون التجاري الدولي، مالم يتعلق الأمر بجنسية الأشخاص الاعتبارية، عمليات الاستيراد والتصدير، التحكيم التجاري الدولي، التجارة الالكترونية، الجمارك.

-القضاء

يعتبر مصدر هام للتجارة الدولية وهذا نظرا لنشر الأحكام أو القرارات القضائية، حيث أن للقضاء التدخل لسد الثغرات أو لتفسير بعض النصوص القانونية كلما استدع الأمر ذلك.

-الفقه يلعب الفقه دورا لا يستهان به، وذلك نظرا لتأثر القضاة عادة بأرائه.

انطلاقا من هذا العرض يستلزم الأمر التطرق لأهم المواضيع المثارة في مجال القانون الدولي للأعمال من خلال فصول ثلاث، يتناول الأول أشخاص القانون الدولي للأعمال، ويتعرض الثاني لعقود التجارة الدولية، أما الثالث فانه سيتم الوقوف فيه على ضمانات التجارة الدولية.

الفصل الأول : أشخاص القانون الدولي الأعمال

تتجسد علاقات الأعمال الدولية عادة في شكل تعاقدية، أي بموجب عقد وتتطور في مناخ قانوني، أين نجد خاصة التنظيم المتعلق بأشخاص التجارة الدولية-حقوق الملكية الفكرية، الحركة الدولية للأشخاص، السلع، الخدمات ورؤوس الأموال- هؤلاء ناذرا ما يكونون أشخاصا طبيعيين، بل أساسا الشركات والدول الممارسين لنشاطهم في إطار منظم على المستوى الدولي من طرف المنظمة العالمية للتجارة مثلا، وعلى المستوى الداخلي من خلال العديد من النصوص القانونية الوطنية.

تجدر الإشارة إلى أن تدخل الأشخاص الطبيعية في ظل معاملات التجارة الدولية تكون عادة بصفقتها عضوا أو ممثلا للشخص المعنوي أو الاعتباري أكثر من تعاملها باسمها الشخصي. على أنه لا يمكن للشخص الطبيعي أن يتصرف باسمه أو باسم الغير في عملية تجارية دولية إلا إذا توفرت فيه الأهلية، أي أن يكون راشدا وله سلطة التصرف لحساب الغير.

لذا، فإن الدراسة سنتصب أساسا على الشركات، بمعنى المتعاملون الخواص والدول وذلك نظرا لأهميتها ودورها على المستوى الدولي في مجال النشاط التجاري مقارنة مع الشخص الطبيعي. من ثم سيتم التطرق في المبحث الأول المتعاملون الخواص، أما المبحث الثاني فسيخصص للدول.

المبحث الأول : المتعاملون الخواص

تلعب الشركة في مجال التجارة الدولية دورا هاما، إذ تعد المتعامل الأساسي، على أنه يتوجب التمييز هنا بين الشركات خارج المجموعة (المطلب الأول) ثم التطرق فيما بعد لمجموعة الشركات، أي ما يسمى الشركات المتعددة الجنسيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشركات خارج المجموعة

تتولى الشركات القيام بعمليات التجارة الدولية من خلال العقود المختلفة التي تبرمها مع الغير في دول أخرى-في إطار عمليات الاستيراد والتصدير- هذا مع التنويه إلى جواز تواجد الشركة في دولة أجنبية في حالة اكتفائها بفتح وكالات أو مكاتب لا تتمتع بالشخصية المعنوية في البلد الذي تتواجد فيه.

على كل، فإن الشركات المعنية بعمليات التجارة الدولية في ظل القانون الجزائري هي تلك التي قام المشرع بتعدادها في المادة 544 من القانون التجاري، وعرفت المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

إن تقسيم الشركات يختلف بحسب النظام المتبع، ففي النظام الرمنو جرمينيك-romano germanique يتم التمييز بين الشركات المدنية والتجارية والتي تنفرع بدورها إلى شركات أشخاص وأموال، أما في الدول التي تتبع نظام الكمنلاو common-law كأمریکا مثلا فهي تميز بين طائفتين من الأشخاص الاعتبارية¹ partnerships et companies ou .corporations

إن دراسة الشركة في إطار معاملاتها الدولية تستوجب الوقوف على مسألة الجنسية ووضعيتها الشركة الأجنبية وكذا القانون الواجب التطبيق.

أولا - جنسية الشركة

اختلفت آراء الفقهاء حول ما إذا كان يلزم الشركة جنسية بهدف ممارسة نشاطها، فإن رأى البعض عدم وجوب ذلك كون أن الجنسية هي رابطة الدم أو الانتماء ولها طابع عاطفي، أي الولاء فهي تدل على رابطة سياسية، فإن الاتجاه الغالب رأى خلاف ذلك حماية للشخص المعنوي وللدولة نفسها من نشاط الشركات التي لها مصالح تتعارض مع مصالحها، فجنسية الشخص تولد تبعية لدولة معينة سواء من الناحية القانونية أي خضوعها لقانونها، أو السياسية بمعنى التمتع بحقوق المواطنين داخل الدولة وخارجها.

يراد بالجنسية تلك الرابطة القانونية والسياسية بين الشخص والدولة، والتي تسمح فيما يخص الشركة بتحديد القانون الواجب التطبيق على تأسيسها وإدارتها وانحلالها وتصفيته. إن منح الجنسية للشركة يؤدي إلى نشوء حقوق والتزامات. من ثم، يقتضي الوضع تناول مسألة اكتساب الجنسية من جهة وإلى تغييرها من جهة أخرى.

أ- اكتساب الجنسية

- المعايير المعتمدة لتحديد الجنسية

تتعدد المعايير المعتمدة على المستوى الدولي فيما يخص تحديد الجنسية، حيث يتوجب التفرقة بين المعايير التالية:

-معيار الرقابة والإشراف

استعمل هذا المعيار من قبل القضاء الفرنسي أثناء الحرب العالمية الثانية لمراقبة الشركات التي كانت بين أيدي العدو، والذي على أساسه تكون للشركة جنسية الأشخاص الذين يراقبونها، أي المساهمون، بمعنى أصحاب رأس المال أو مديرو الشركة وذلك لأجل حماية المصالح الوطنية. كما تم اللجوء إليه من لدن المشرع المصري أثناء الحرب العالمية الثانية بغرض فرض حراسة على أموال الألمان والايطاليين، وكذلك أثناء العدوان الثلاثي على مصر في أكتوبر 1956 فيما يخص الأشخاص الاعتبارية التي كانت تعمل تحت إشراف أو تدخل فيها مصالح بريطانية أو فرنسية.

انتقد هذا المعيار على أساس أنه غير مستقر وغير منطقي، فهو لم يأخذ في الحسبان فكرة أن الشخص المعنوي منفصل ومستقل عن الأشخاص الذين يشكلونه هذا من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فان اختلاف الأشخاص ينجم عنه اختلاف الجنسية بالنظر إلى اختلاف المراقبة، وبالتالي فان الجنسية تتغير وفق جنسية الشركاء، فضلا عن أنه من غير الممكن الاعتداد بهذا المعيار في شركات الأموال عندما تكون السندات للحامل، على اعتبار أنه لا يمكن التعرف على من هو صاحب السند.

-معيار مكان تأسيس الشخص المعنوي أو تسجيله

تكتسب الشركة في هذه الحالة جنسية الدولة التي تمت فيها إجراءات التكوين أو التأسيس، أي مكان إيداع العقد التأسيسي والتسجيل، حيث يعتد بمحل إبرام العقد، وقد تم العمل به خاصة من قبل الدول الأنجلوساكسونية وأيضا سويسرا وإيطاليا التي تكون العبرة فيها بالقانون التي تتم بموجبه إجراءات التأسيس.

إن هذا المعيار يحقق خاصة رغبة المؤسسين أو الشركاء ومن ثم مصلحتهم حيث لهم اختيار جنسية الدولة مراعاة لاعتبارات قانونية أو جبائية، وهو ثابت حتى ولو تغير المركز الرئيسي للشخص المعنوي.

-معيار مركز الإدارة الرئيسي

يعد مركز إدارة الشركة أكثر موضوعية، وقد أخذت به بعض الدول الأوروبية كفرنسا وألمانيا وإيطاليا، لذا فهو أحسن ضابط لتبيان جنسيتها أو نظامها القانوني، كونه يعبر عن العلاقة الحقيقية الموجودة ما بين الشركة والدولة، على أن الأمر هنا يتعلق بالمركز الفعلي والحقيقي مع استبعاد كل مركز خيالي، أي المكان الذي تتخذ فيه القرارات الهامة والأساسية التي تهم شؤون الشركة وتجتمع فيه هيئاتها- هيئات الإدارة والرقابة-.

إن هذا المعيار وإن كان من شأنه جعل رقابة الدولة التي يوجد بها مقر الشركة ومركز إدارتها رقابة فعالة، إلا أنه لم يسلم من النقد بفعل الآثار السلبية أو الضارة الناجمة عنه بالنسبة للدولة الكائن بها مركز الإدارة في حالة تكونها من رأسمال أجنبي أو إدارتها من قبل أجنبي، إذ للشركات الأجنبية الاستفادة من المزايا المقررة للشركات الوطنية كالقروض بدون فوائد أو بنسبة ضئيلة، تضاف إلى ذلك الإعفاءات أو الإعانات لتشجيع صناعات معينة.

- معيار مكان ممارسة النشاط أو الاستغلال

أخذ المشرع الجزائري بهذا المعيار في المادة 10 من القانون المدني، كما تناولته المشرع الفرنسي سابقا لكونه قائم على اعتبارات موضوعية، على أساس أنه يرتبط بمكان ممارسة النشاط الذي تتجسد فيه المصالح الاقتصادية والبشرية، رغم مساوئه بالنسبة للشركات الكبرى كتلك التي تقوم بالتنقيب عن البترول والمواد الأولية أو التي تمارس نشاطها بشكل موسمي وغير قار كشركات شق الطرق وصيانة الموانئ.

- الوضع في ظل التشريع الجزائري

بادئ ذي بدء تتبغى الإشارة إلى أن كلمة الجنسية لا تكتسي نفس المفهوم كما هو الشأن فيما يخص الشخص الطبيعي، على اعتبار أن فكرة الولاء غير قائمة بالنسبة للشخص الاعتباري الخاص، فالجنسية طبقا لجانب من الفقه الجزائري تستعمل هنا كمرادف للنظام القانوني الذي يحكمه.

إن المقرر في القانون الجزائري هو إخضاع النظام القانوني للشركات التجارية لقانون الدولة الذي يوجد بها مركز إدارتها الرئيسي والفعلي، وإذا ما زاولت نشاطها بالجزائر فإنها تخضع بالنسبة للنشاط الممارس للقانون الجزائري.

إن ما يؤكد هذه المسألة ما ورد في المادة 10 فقرة 3 من القانون المدني - المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 - والتي نصت على أنه "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات... فإنه يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد بها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

يتضح من خلال استقراء النص القانوني أنه وإن كان المبدأ العام مراعاة مركز الإدارة الرئيسي والفعلي بالنسبة للجنسية وبالتالي القانون الواجب التطبيق، إلا أن هنالك استثناء يكمن في تطبيق القانون الجزائري والذي جاءت به الفقرة الرابعة من نفس المادة التي قضت صراحة بأنه "إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

كما أكدت المادة 50 الفقرة الخامسة من ذات القانون على أن "الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر، يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر".

يستخلص من فحوى النص أنه وإن تم الاعتداد بالحل الكلاسيكي المتمثل في مركز الإدارة الرئيسي والفعلي، إلا أنه تم الخروج عنه بطريقة ملتوية بغية تطبيق القانون الجزائري في جميع الحالات، وذلك بالأخذ بمركز الإدارة الوهمي بالجزائر، أي أنه اعتد في النهاية بمعيار مكان ممارسة النشاط أو الاستغلال.

هذا، وإن ما يبين موقف المشرع الجزائري بوضوح ما نصت عليه المادة 574 الفقرة الثانية من القانون التجاري التي لا تدع مجالاً للشك حول القانون الواجب التطبيق، كونها أخضعت الشركات التي تمارس نشاطها بالجزائر للقانون الجزائري، وبذلك فإن هذا الاتجاه يعبر عن موقف المشرع في عدم تبني قانون جنسية الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي لأنه لا ينسجم مع الدول في طريق النمو، كما أنه يعد وفقاً لتيار من الفقه الجزائري الحل الأفضل كونه يؤدي دائماً إلى تطبيق القانون الجزائري، وعليه فهو يضع حداً للبس القائم باعتبار الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي.

ب- تغيير الجنسية

يمكن أن تتغير الجنسية بالنسبة للدول التي تعتمد معيار مركز الإدارة الرئيسي إما بالنقل الإرادي الجغرافي للمركز، وإما لتغير سيادة الدولة، أي بالنقل السياسي للمركز. أما

فيما يخص الدول التي تتبنى المعايير الأخرى لتحديد الجنسية فإنها قد تتغير عندما تأخذ أغلبية جديدة للمراقبة، أو عندما يتم تسجيلها في دولة أخرى أو أنها أصبحت تمارس نشاط في بلد آخر.

إن النقل الإرادي لمركز الإدارة وإن كان ناذرا من الناحية العملية، إلا أنه أدى لانقسام الفقه لاتجاهين بخصوص احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية أم لا، فإن رأى البعض أن ذلك ينجم عنه حل الشركة الأصلية ونشوء شركة جديدة-تبعاً لقانون الدولة التي ستقل إليها- فإن البعض الآخر على خلاف ذلك وهو الاتجاه الغالب اعتبر أن الشخصية المعنوية تبقى قائمة نظراً لعدم نشوء شخص معنوي جديد، على أنه ينبغي في هذه الحالة احترام شروط النقل الواردة في قانون البلد القديم، مع ضرورة تعديل القانون الأساسي ليتطابق مع قانون بلد المركز الجديد.

إن الحالة الثانية تخص تغير سيادة الدولة، ومؤدى ذلك أن يكون لها مركز إدارة بإقليم تابع لسيادة دولة معينة، ثم يصبح الإقليم تابعاً لسيادة دولة أخرى بحصولها على الاستقلال مثلاً أو نتيجة لانقسام أو تجزئة الدولة أو إدماجها في دولة أخرى، علماً أن هذا المبدأ لم يحترم دائماً فمثلاً بعد حصول المستعمرات الفرنسية المتمثلة في دول إفريقيا كالجائز على استقلالها-سنة 1962-، فإن الاتفاقيات المبرمة مع هذه الدول الجديدة كانت تنص على أن الشركات التي لها مركز في هذه الدول تكتسي جنسيتها.

تجدر الملاحظة، إلى أنه وإن كان القضاء الفرنسي يميل إلى تطبيق القانون الفرنسي بالنسبة للشركات التي تم إنشاؤها بالجزائر قبل الاستقلال، وذلك مراعاة لإرادة الشركاء فيها - معيار المراقبة-، إلا أنه تراجع عن موقفه في كثير من الحالات بإخضاعها للقانون الجزائري متى بقي مركز إدارتها بالجزائر.

ثانياً - وضعية الشركة الأجنبية بالجزائر

يمكن للشركات الأجنبية المعترف بها والمتحصلة على الموافقة من الدولة المعنية، أي المصالح المختصة التمتع بالحقوق المخولة لها طبقاً للقانون المطبق عليها، مع احترام الأحكام الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي في البلد المستضيف. ومن ثم، فإنه يحق لها القيام بالتصرفات أو المعاملات في الجزائر إذا ما كانت تتمتع بالأهلية القانونية طبقاً للقانون الذي ينظمها.

هذا، ولا مانع من قيام الشركات الأجنبية بفتح وكالات أو مكاتب دون أن تكون ملزمة بإنشاء شخص معنوي جديد، على أنها تبقى مع ذلك خاضعة للقيد في السجل التجاري-ودفع الضرائب-، وهو الأمر الذي نجده موضحا في المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 2003-453 الصادر في 1 ديسمبر 2003 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 97-41 الصادر في 18 يناير 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري والتي نصت بوضوح على أنه "يخضع لإلزامية القيد في السجل التجاري وفق ما ينص عليه التشريع المعمول به ومع مراعاة الموانع المنصوص عليها فيه :

2- كل مؤسسة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو مؤسسة أخرى،

3- كل ممثلية تجارية تمارس نشاطا تجاريا على التراب الوطني."

ليس هذا فحسب، بل إن المادة 6 من القانون رقم 04-08 الموافق 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13-06 الموافق 23 يوليو 2013 المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-08 المؤرخ في 10 يونيو 2018 قد قضت بأنه "يجب على كل مؤسسة تمارس نشاطها بالجزائر باسم شركة تجارية يكون مقرها بالخارج التسجيل في السجل التجاري".

يترتب عن مخالف إجراء القيد حرمان الشركة من الشخصية المعنوية وفقا لما ورد في المادة 549 من القانون التجاري. علما أن المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 06-454 الموافق 11 ديسمبر 2006 المتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا، صناعيا، حرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني قد فرضت على أعضاء مجالس الإدارة أو المراقبة وأجهزة التسيير القيام بالتسجيل في السجل التجاري قبل طلب البطاقة المهنية خلال أجل ستون (60) يوما من التسجيل.

طبقا لجانب من الفقه الجزائري عندما تنشئ شركة أجنبية وكالة أو مكتب فرعي بالجزائر فان معيار مركز الإدارة الرئيسي والفعلي هو الذي من المفروض أن يسري عليها بالنسبة للجنسية. وعليه، فانه وان كانت القوانين القابلة للتطبيق الفوري، أي القوانين البوليسية كقانون العمل، القانون الجنائي، سارية المفعول عليها، فان الأمر يختلف فيما يخص القواعد المتعلقة بالشركات التجارية وهذا لسبب بسيط وهو أن النزاع الذي يخص

التأسيس، السير أو الإدارة أو الانحلال لن يخضع في معظم الأحيان لاختصاص القاضي الجزائري، بل لاختصاص قاضي البلد الذي يوجد فيه مركز إدارة الشركة الأجنبية. أما عن سلطات ومسؤوليات ممثلي الشركة الأجنبية فينبغي الرجوع للأحكام المطبقة على هؤلاء بالنظر إلى نوع الشركة التجارية، غير انه وللتعرف ما إذا كان للممثل أو للمدير سلطة التمثيل في الجزائر فانه يتوجب الاطلاع على القانون الأجنبي أو القانون الأساسي للشخص المعنوي.

المطلب الثاني: مجموعة الشركات - الشركات المتعددة الجنسيات -

يمكن للشركات الأجنبية ممارسة نشاطها بالخارج باللجوء للعديد من التقنيات أو الوسائل، إذ لها وكما سبقت الإشارة إنشاء وكالة أو مكتب فرعي أو وحدات لا تتمتع بالشخصية المعنوية، أو لها كذلك إنشاء شركات تابعة أو وليدة- المسماة الفروع-في ظل ما يسمى مجموعة الشركات. وهكذا، يستلزم الأمر الوقوف على المفهوم الدولي لمجموعة الشركات، أساليب تكوين المجموعة، جنسية المجموعة والقانون الواجب التطبيق عليها.

أولاً- المفهوم الدولي لمجموعة الشركات

تتكون المجموعة من شركات متميزة قانوناً، أي تحض بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة الأم- على خلاف الوكالات والمكاتب-والتي يطلق عليها وفقاً لما هو متعارف عليه قانوناً واقتصادياً بالشركات المتعددة القوميات أو المتعددة الجنسيات multinational أو الشركات عبر الوطنية transnational.

وقد سميت بشركات متعددة الجنسيات نظراً لوجود فروع لها في عدة دول- ومن ثم حصولها على جنسية الدولة المتواجدة فيها، مما يجعلها متعددة الجنسيات-.

على أن البعض فضل استعمال مصطلح الشركات عبر الوطنية لاعتماده من قبل منظمة الأمم المتحدة، وذلك ربما لأجل التخفيف من الآثار النفسية السياسية لدى الدول النامية لاستخدام المصطلح الأول.

نشأت الشركات المتعددة الجنسيات لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية ثم شملت باقي الدول الصناعية الكبرى، وقد شهدت رواجاً وتطوراً سريعاً خاصة بعد الحرب العالمية الثانية- بكونها أحد رموز وأسس النظام الاقتصادي العالمي- فهي دعامة سياسية واقتصادية ومالية لفرض سياسة الدول الصناعية من بينها أمريكا-.

يرجع أصل الشركات المتعددة الجنسيات طبقا لجانب من الفقه إلى عصر التجار الإغريق أو الفنقيين، وسكان بلاد العراق القديم ما بين النهرين التي عرفت بتجارة الصوف والجلود والجواهر، أما البعض الآخر فانه اعتبر أن ظهورها مرتبط بالنظام الرأسمالي وبروز التقسيم الدولي للعمل واكتفاء الدول النامية بعملية تصدير المواد الأولية واليد العاملة، على خلاف الدول الأوروبية التي ركزت على الإنتاج أو التصنيع.

ورغم قدم هذه الشركات إلا أن لها أهمية معتبرة وأصبحت لها مكانة هامة على مستوى الاقتصاد العالمي، حيث يتعلق الوضع هنا بكل نشاط ممارس من قبل شركة في العديد من الدول بواسطة شركات أخرى، والتي تظل خاضعة بطريقة أو بأخرى لهيمنة الأولى، كما أنها تبقى مرتبطة بالسياسة الإجمالية.

ليس لهذه الشركات مفهوم موحد وذلك نظرا لعدم قيام التشريعات الوطنية بتعريفها، مما يفسر تباين آراء الفقهاء، إذ أنه وان عرفها البعض على أنها "مجموعة من الشركات الوليدة أو التابعة التي تزاوّل كل منها نشاطا إنتاجيا في دول مختلفة، وتتمتع كل منها بجنسية مختلفة والتي تخضع لسيطرة شركة واحدة هي الشركة الأم التي تقوم بإدارة هذه الشركات الوليدة كلها في إطار إستراتيجية عالمية موحدة". فان البعض الآخر اعتبر أنها "مجموعة من وحدات فرعية ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية وتخضع لإستراتيجية اقتصادية عامة تتولى الاستثمار في مناطق جغرافية متعددة".

ثانيا - أساليب تكوين مجموعة الشركات

تطرق المشرع لمجموعة الشركات صراحة في المادة 732 مكرر 4 قانون تجاري جزائري بمناسبة تحديده للمقصود بالحسابات المدعمة، كما تناولها في المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

يراد بمجموعة الشركات طبقا لجانب من الفقه الجزائري تجمع عدد من الشركات والتي تمتلك فيها الشركة الأم أغلبية الحصص أو الأسهم، الغاية منها تطوير نشاط الشركة الأم - من قبلها أو من فروعها - فالمجموعة تدير شركات لها ذمم مالية مستقلة ولها شخصية معنوية واستقلالية قانونية، أي لها إدارة وذمة مالية خاصة مستقلة عن الشركة الأم التي تربطها بها علاقات تجارية واقتصادية.

تتأسس المجموعة من خلال أخذ مساهمات من طرف الشركة الأم في شركات أخرى- موجودة- أو من خلال إنشاء فروع تابعة لها، بمعنى ما يسمى الشركات الوليدة مما يخولها ممارسة الرقابة على الشركات الأخرى.

تطرق المشرع للأحكام الخاصة بمجموعة الشركات في القسم الثاني بعنوان « الشركات التابعة، المساهمات، الشركات المراقبة » في المواد من 729 إلى 732 مكرر 4 قانون تجاري. هذا على المستوى الداخلي، أما الأساليب المعتمدة لتكوين الشركات المتعددة الجنسيات على الصعيد الدولي فهي تكمن بصفة عامة في اندماج الشركات- رغم صعوبة إعماله من الناحية العملية- والذي يتحقق بابتلاع أو ضم شركة قائمة لشركات أخرى، أو بواسطة المزج بمعنى فناء الشركات المدمجة ونشوء شركة جديدة تنتقل إليها كافة الذمم. ومن المعلوم هنا أن ما يهم هو الاندماج بين شركات متعددة الجنسيات وليس الاندماج الداخلي- بين شركات لها نفس الجنسية-

علاوة على ذلك، قد يتم تشكيل شركة متعددة الجنسيات من خلال إنشاء شركات وليدة، أي جديدة والتي لا تثار بشأنها صعوبات قانونية وسياسية على نقيض عملية الاندماج.

وأخيرا، قد يتم التأسيس عن طريق السيطرة على شركات قائمة لتصبح تابعة لها.

ثالثا- جنسية المجموعة والقانون الواجب التطبيق عليها

تقتضي مجموعة الشركات التساؤل عن مسألة الجنسية من جهة، وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة نشوب نزاع من جهة أخرى.

أ- جنسية الشركات العضو في مجموعة

حاول جانب من الفقه ولحل كل الإشكالات التي تثيرها مجموعة الشركات من الناحية الدولية الأخذ بحل موحد هو جنسية المجموعة والتي تعد في نظره أساسا لتحديد حقوق الشركات والقانون الواجب التطبيق بغية الحفاظ على الوحدة الاقتصادية للمجموعة، فمن المفروض أن تحمل كل شركات المجموعة نفس الجنسية ما عدا الشركة الأم التي تبقى متمتعة بجنسية أجنبية بالنظر إلى البلد الذي تتواجد فيه.

انتقد هذا الحل من لدن تيار آخر من الاجتهاد الفرنسي والذي رأى أن من عواقبه خلق تنازع بين حقوق الدول التي تتواجد فيها الشركات التابعة أو الوليدة وإرادة الهيئات

الإدارية للمجموعة. وعليه فإن القانون الموحد هنا لا يمكن أن يكون إلا قانون الشركة الأم باعتبارها الوحيدة التي لها فرض جنسيتها، ذلك أنه من غير المعقول الأخذ بجنسية أو قانون أحد الشركات التابعة أو الوليدة لتسيير المجموعة.

عموماً، فإنه وإن كانت المجموعة تشكل وحدة اقتصادية أساساً ذات طبيعة صناعية وأو تجارية، إلا أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية. من ثم، وبما أنها لا تعتبر شخص قانوني فلا يمكن الاعتراف لها بجنسية دولة ما. لذا فإن الجنسية تحدد بالنظر إلى كل شركة تنتمي لها مراعاة للمعايير المعتمدة والسالف ذكرها.

ب- القانون الواجب التطبيق

انه من الصعب تصور خضوع المجموعة لنفس القانون في الوقت الذي تتواجد فيه في دول مختلفة، وتحمل بالتالي عدة جنسيات، وقد اعتبر أن الأخذ بقانون الدولة المهيمنة أو المسيطرة أو المراقبة وإن كان يسمح بتحقيق وحدة المجموعة، إلا أنه يترتب عنه أحيانا التضحية بمصالح الشركاء أو دائني الشركات التابعة، وهكذا من الأفضل تطبيق القانون الساري المفعول على كل فرع.

رأى جانب من الفقه الجزائري في هذا الصدد أنه إذا ما قامت الشركة الأجنبية بإنشاء فرع، أي شركة تابعة أو وليدة في الجزائر وكان لها مقر بها، فإنه لا يمكن الكشف عن هويتها إلا من خلال معيار الرقابة، بمعنى جنسية أولئك الذين يملكون الأغلبية في رأس المال والمؤثرين على حياة الشركة، على أنه لا مانع في هذه الحالة وفقاً لنفس الاتجاه من خضوعها للقانون الجزائري حتى ولو كانت الشركة الأم تخضع لقانون آخر بما أنها تمارس نشاطها فوق التراب الوطني - أي طبقاً للمادة 10 معدلة من القانون المدني وكذا المادة 547 من القانون التجاري -

المبحث الثاني: الدول

زاد تدخل الدول كمتعاملين في إطار العلاقات الاقتصادية الداخلية والخارجية خاصة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، ولعل السبب في ذلك هو ضرورة النهوض بالدول المفلسة نتيجة للحرب، إضافة إلى استقلال العديد من منها بعد أن كانت محتلة من طرف المستعمر.

إن تدخل الدولة لممارسة النشاط التجاري، أي باعتبارها كمتعامل اقتصادي وليس كمشرع أو قاضي له سيادة يؤدي إلى طرح العديد من التساؤلات والتي تخص من جهة القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها (المطلب الأول)، علاوة عن توضيح سيادة الدولة في ظل معاملات التجارة الدولية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة

إن العقود المبرمة من طرف الدولة أو الأجهزة التابعة لها في ظل العلاقات التجارية الدولية قد تمتاز بعدم التكافؤ أو عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، وذلك يعود إلى أن الدولة قد تتصرف بكونها ذات سيادة ولها مزايا سواء في ظل القانون الداخلي أو القانون الدولي العام، على عكس الطرف الثاني الذي عادة ما يكون شخص اعتباري أجنبي له قوة اقتصادية ومالية أو امتيازات تكنولوجية- غالبا ما يكون الطرف الأجنبي شركات عملاقة لها رؤوس أموال تتجاوز أحيانا ميزانيات الدول النامية- لا يتمتع بأية سيادة ولا يعد من أشخاص القانون الدولي العام.

اختلف الفقه بصدد تحديده لعقود الدولة، حيث أنه وإن رأى تيار أن المقصود بها تلك التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي بواسطة ممثليها، مع استبعاد عقود الأجهزة أو الهيئات التابعة للدولة والتي تعد من عقود التجارة الدولية التقليدية، فإن جانبا آخر وهو الرأي الراجح اعتمد التفسير الموسع كونه أخذ بعين الاعتبار الطائفة الثانية من العقود مستندا في ذلك على نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار، إذ قضت بأنه "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدته للمركز...".

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق فإنه وإن كان للأطراف، بمعنى الدولة والطرف الأجنبي الحرية في إخضاع العقد الدولي للقانون الذي يتم اختياره طبقا لمبدأ سلطان الإرادة والذي يعد من المبادئ المعمول بها في ظل القانون الدولي الخاص فيما يخص الالتزامات التعاقدية، ذلك أن لها أثناء مرحلة التفاوض اختيار قانون معين والذي غالبا ما يكون من المسائل أو النقاط التي يتم الاختلاف حولها- إلى جانب الجهة المختصة للفصل في النزاع- والتي قد تحول دون إبرام العقد بسبب تمسك الدولة بقانونها وسعيها إلى فرضه على الطرف الآخر، أما الطرف الثاني فهو يتمسك منطقيا بالقانون الذي يخدم مصلحته، فإن الدولة قد

تضطر أحيانا للرضوخ لطلبه خاصة إذا ما كانت نامية أو في طريق النمو وبحاجة ماسة للخدمات المقدمة من لدن الدول المصنعة أو للتعامل مع الشركة الأجنبية.

إن التفاوت وعدم المساواة في المراكز القانونية لأطراف العقد الدولي، وما ينجر عنه من مشاكل عند التفاوض والإبرام والتفسير والتنفيذ هو الذي يدفع أحيانا إلى اعتماد بعض الشروط لتوفير الثقة والطمأنينة للشركة الأجنبية، كما هو عليه الحال بالنسبة لشرط الثبات التشريعي أو غل يد الدولة عن تعديل العقد أو تجميده من حيث الزمن، هذا إضافة إلى الاتجاه لما يسمى شرط أو اتفاق التحكيم.

هذا، وقد كرست التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي وكذا اتفاقية واشنطن هذا الحكم صراحة، أي حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق عليها في دورته المنعقدة في أثينا سنة 1979 بخصوص العقود المبرمة ما بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى الحل الذي أخذ به القضاء الفرنسي والألماني في البداية.

تجدر الإشارة إلى أن جانبا من الفقه الجزائري قد أخذ بحكم مغاير، كونه رأى أنه من الأفضل إخضاع عقود الدولة لقانون الدولة الطرف في العقد وذلك فيما يخص الموضوع.

المطلب الثاني: تضييق سيادة الدولة في ظل معاملات التجارة الدولية

إن تدخل الدولة وكما سبقت الإشارة أعلاه قد يتم بكونها صاحبة سيادة على المستوى الداخلي والدولي، علما أن الواقع الاقتصادي أو الظروف التي أملتتها التجارة الدولية قد دفعت بالعديد من الدول ولا سيما النامية منها إلى التنازل عن سيادتها والتعامل مع الشركات الأجنبية بكونها من أشخاص القانون الخاص، وذلك نظرا لحاجتها للخدمات أو السلع المعروضة من قبلها، وهو الأمر الذي يبرر تراجع الدولة عن ممارسة سيادتها أو تضييقها.

أولا- تضييق الحصانة القضائية

يراد بالحصانة القضائية رفض الخضوع لقضاء أجنبي وذلك ما يظهر من الناحية العملية بتضمين العقود المبرمة مع الأجانب شروط تخول الاختصاص للقاضي الوطني في حالة نشوب نزاع، هذا فضلا عن رفض اللجوء أو الاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي، وهو ما كان معمولا به سابقا في الجزائر، أي قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 الموافق 25 أبريل 1993 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، على أن الوضع تغير فيما بعد نظرا للضرورة الاقتصادية.

وهكذا، فإن المادة 24 من القانون رقم 16-09 الموافق 3 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار السالف الذكر قد نصت بأنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً-أي تأكيد ما جاءت به المادة 41 و42 ق.ا.م.ا-، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

على كل، فإن الدولة حرة في توقيع عقد دولي يتضمن شرط تحكيمي، والذي بموجبه تعرض كل النزاعات المتعلقة بالعقد على محكم، مما يجسد مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. يعد التوقيع تنازلاً للدولة عن حصانتها، أي تصرفها كشخص عادي، والذي لا يتم التمسك به إلا إذا كان العقد يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة أو التصرف كسلطة عامة.

إن لجوء الطرف الأجنبي للتحكيم يرجع بصفة عامة إلى تخوفه من قضاء الدولة لاعتباره غير كفاء في المسائل التقنية والقانونية، أو أن قانون قاضي البلد لا يلائم أو أن الإجراءات المتبعة مجهولة، أو نظراً لبطء وتعقيد الطرق العادية والتكاليف التي قد يتكبدها الأطراف، كما أن ذلك يعود للخشية من تحيز القاضي.

ثانياً-تضييق الحصانة التنفيذية

يقصد بالحصانة التنفيذية الإفلات من كل إجراء تنفيذي يتخذ بشأن أموال الدولة أو ممتلكاتها بالخارج، على أساس أن ذلك يحرّمها من أداء مهامها. غير أن لهذا المبدأ استثناءات عندما يتعلق الوضع بأموال تم التنفيذ عليها بمعنى حجزها وكانت موجهة لممارسة نشاط اقتصادي أو تجاري خاضع للقانون الخاص، أو إذا كنا بصدد أموال تابعة لدولة أجنبية مخصصة لأغراض تجارية محضة، حيث يمكن للدائنين حجز الأموال التابعة للهيئات العامة عندما يكون الغرض منها ممارسة نشاط خاضع للقانون الخاص.

يجدر التنويه إلى أن التنازل قد يتم بموجب شرط أو تفاق تحكيمي، تتعهد بمقتضاه الدولة بتنفيذ القرارات التحكيمية.

ثالثاً - تضييق حق الدولة في تعديل شروط العقد

إن جواز تعديل العقد أو فسخه بصفة انفرادية قد لقي اختلافاً فقهيًا، مع الإشارة إلى أن أغلب القرارات التحكيمية الحديثة قد أكدت القوة الإلزامية للعقد الدولي. ولعل الباعث لوضع حدود للسلطة العامة للدولة هو مبدأ الحقوق المكتسبة والتي يستفيد منها الشخص وفقاً لقانون دولة ما هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن السبب يعود من جهة للامتياز التشريعي، حيث غالباً ما يسعى الطرف الأجنبي إلى تضمين العقود المبرمة مع الدولة إذا كان قانونها هو الواجب التطبيق ما يسمى شرط الثبات أو الاستقرار أو التجميد التشريعي، والذي بموجبه تغل يد الدولة عن إدخال تعديل على التزاماتها التعاقدية بغرض طمأننة المستثمر الأجنبي - رغم أن لها تعديل قوانينها أو إلغائها مراعاة للمصلحة العامة، إذ قد تتعهد بعدم القيام بتعديلات تشريعية أو تنظيمية تمس بالعقد، ومن ثم استفادة المستثمر من الحقوق والامتيازات المعمول بها أو المتفق عليها عند إبرام العقد، وذلك لدرء المخاطر المترتبة عن عدم الاستقرار التشريعي - كما أن الأمر يرجع من جهة أخرى إلى شرط التدعيم التشريعي والذي يستفيد بموجبه المتعاقد الأجنبي من النصوص التشريعية الجديدة إذا ما كانت في صالحه.