جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقـوق

أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة دكتوراه ل.م.د

الميدان : الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة : الحقوق

التخصص : تحولات الدولة

إعداد الطالبة : سمية صخري

بعنوان:

النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية

نوقشت وأجيزت بتاريخ:.....

أمام اللجنة المكونة من السادة:

أ.د الأخضري نصر الدين	أستاذ	(جامعة ورقلة)	رئيسا
د. خويلدي السعيد	أستاذ محاضر "أ"	(جامعة ورقلة)	مشرفا ومقررا
د. لعجال يسمينة	أستاذة محاضرة "أ"	(جامعة ورقلة)	عضوا
د. زرقون نور الدين	أستاذ محاضر "أ"	(جامعة ورقلة)	عضوا
أ.د خلف فاروق	أستاذ	(جامعة الوادي)	عضوا
د.بن عبد الله عادل	أستاذ محاضر "أ"	(جامعة بسكرة)	عضوا

السنة الجامعية: 2018/2017

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقـوق

أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة دكتوراه ل.م.د

الميدان : الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة : الحقوق

التخصص : تحولات الدولة

إعداد الطالبة : سمية صخري

بعنوان:

النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية

نوقشت وأجيزت بتاريخ:.....

أمام اللجنة المكونة من السادة:

أ.د الأخضري نصر الدين	أستاذ	(جامعة ورقلة)	رئيسا
د. خويلدي السعيد	أستاذ محاضر "أ"	(جامعة ورقلة)	مشرفا ومقررا
د. لعجال يسمينة	أستاذة محاضرة "أ"	(جامعة ورقلة)	عضوا
د. زرقون نور الدين	أستاذ محاضر "أ"	(جامعة ورقلة)	عضوا
أ.د خلف فاروق	أستاذ	(جامعة الوادي)	عضوا
د.بن عبد الله عادل	أستاذ محاضر "أ"	(جامعة بسكرة)	عضوا

السنة الجامعية: 2018/2017

قال الله تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

{رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ }.

سورة البقرة آية 127.

{رَبَّنَا لاَ تؤاخذنا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأنا رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وارحمنا أَنتَ مَوْلنَا فانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ }.

سورة البقرة آية 286.

{سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ وَسَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ }.

سورة الصافات الآيات 180 و 181 و182.

و صلى الله على نبينا محمد و على آله و صحبه أجمعين.

الإهداء

قال الله تعالى:

{و قضى ربك ألاّ تعبدوا إلاّ إياه و بالوالدين إحسانا إما يبلغنّ عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أفٍ و لا تنهرهما و قل لهما قولا كريما و اخفض لهما جناح الذّل من الرّحمة و قل ربّ ارحمهما كما ربياني صغيرا}.

{الإسراء 32 – 33}.

قال رسول الله عليه الصلاة و السلام:

{لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله عليهن من الحق}.

{رواه أبو داود الدارمي في سننه، و حسنه الألباني}.

أهدي ثمرة إجتهادي:

إلى زوجي قرة عيني حفظنا ربي لبعضنا، و بارك الله لنا و في ذريتنا و جعلنا للمتقين إماما.
إلى أمي و أبي العزيزين وفقني الله لبرهما.
إلى أخواي رعاهما الله.
إلى أقاربي و والدي زوجي وفقني الله للإحسان إليهم.
إلى بلدي الجزائر آمنه الله و سائر بلاد المسلمين.
إلى كل من ولاه ربي أمور المسلمين و اتقى الله عز وجل في حقوق عباده.
و الله الموفق المعين، و هو حسبنا و نعم الوكيل.

سمية

شكر و تقدير

الحمد لله حمدا كثيراً طيباً مباركاً فيه كما ينبغي لجلال وجهه و عظيم سلطانه ملئ السموات و ملئ الأرض و ملئ ما بينهما و ملئ ما شاء الله بعد، لك الحمد ياربي حتى ترضى، و لك الحمد إذا رضيت ، و لك الحمد بعد الرضا، و لك الحمد حال الرضا، أحمدك ياربي على نعمك التي لا تعد و لا تحصى.

و من منطلق من لم يشكر الناس لم يشكر الله، أشكر زوجي الغالي على قلبي و الذي وقف بجانبي مساندا لي في إعدادي للأطروحة، كما أشكر والدي أستاذ التعليم العالي الدكتور صخري لخضر و والدتي اللذان شجعاني على تحضير الدكتوراه، و الشكر مقدم كذلك للأستاذ المشرف الدكتور خويلدي السعيد، و لكل أستاذ ساهم في إثراء هذا البحث بما يخدم العلم، كما أتقدم بالشكر إلى مديرية الجامعة في دعمهم لإتمام هذا البحث، و إلى كل من ساهم سواء كان بدعائه أو بتقديم مساعدة.

فجزاهم الله جميعا كل خير و بارك فيهم.

سمية

المصطلحات المختصرة	Explication des principales abréviations
Art	Article
C.adm	Code administratif
C.civ	C.civil
C.com	Code de commerce
D.	Recueil Dalloz
DA	Recueil Dalloz analytique
Dc	Recueil Dalloz critique
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire
DP	Recueil Dalloz periodique
Decr	Decret
Dip	Droit international prive
Dr	Droit
L.	Loit
No	Numero
P.	Page
Rep.Civ.	Repertoir de droit civil Dalloz
Rep.com	Repertoir de droit commercial Dalloz
Rep.Dr.Int	Repertoir de droit international Dalloz
RepPr.Civ	Repertoire de procedure civile Dalloz
Req	Arret de la chamber de requites de la cour de
Somm	Sommaires
TA	Tribunal administrative
T.Com	Tribunal de commerce
T.Confl	Tribunal de conflits
Vol	Volume
AAA	American Arbitration
AFA	Association française d’arbitrage
AFDI	Annuaire français de droit international

Art	Article(s)
C.A.A	Cour d'appel
C.E	Conseil d'état
Ch	Chambre
Comm	Commentaire(s)
S.	Recueil Sirey
Spéc	Spécialement
t.	tome
T.	Tribunal
Adde	انظر إلى
Comp	قارن أو قابل
CF	راجع ، قارن
Contra	خلافا لما ذكر
Idem	نفس الشئ
Ibid	المرجع السابق
In	في
Infra	ما سيأتي شرحه
Loc. Cit	الموسوعة الواردة سابقا
Op.cit	المرجع المشار إليه سابقا
V.	أنظر

ملخص :

ينشا العقد البترولي من ناحية أطرافه بين الدولة المنتجة للبترول أو إحدى مؤسساتها العامة من جهة، و بين الشركات الأجنبية من جهة أخرى، و من حيث المحل يتعلق موضوعه باستخراج و استغلال البترول، لذا تأخذ عقود البترول عدة أشكال: عقد امتياز، عقد المشاركة، عقد المقاولة، عقد اقتسام الإنتاج و عقد الخدمات البترولية، و بغية تحقيق أهداف التنمية و الاستفادة من التكنولوجيا و الخبرة التي توفرها الشركات الأجنبية سعت الدول إلى استغلال الثروة البترولية، و مع التحولات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية الوطنية و الدولية، ما أدى إلى إعادة النظر في قوانين الاستثمار بما في ذلك قطاع المحروقات، و بالتالي فتح المجال البترولي و دخول الشركات الأجنبية العالمية.

من أهم الشروط التعاقدية في الاستثمار البترولي إجراء التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عنه، نظرا لمزاياه مثل السرعة في الفصل في النزاع كما يمكن الأطراف من اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، و نظرا لرغبة المستثمر الأجنبي بسبب ضخامة المبالغ المالية المتنازع عليها مع الدولة المضيفة للاستثمار كضمانة للحيادية في فض النزاع، كما أن التحكيم يحقق الحفاظ على أسرار العقود التجارية الدولية بين الشركات المتنافسة.

و أمام التطورات الحاصلة على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية مما اثر على الحصانة السيادية للدولة، و أدى ذلك إلى تحول الحصانة القضائية و التنفيذية المطلقة إلى نسبية لاسيما في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين أجانب، و مثاله عقود الاستثمار البترولية من اجل تنمية مصادر الثروة الطبيعية.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم، المنازعات، العقود الدولية، الاستثمار، البترول، الشركات الأجنبية، الحصانة السيادية.

Résumé

Le pact pétrolier relie le pays producteur de pétrole d'une part ou une de ses institution generale et des enterprises étrangères d'autre part et c'est ce qui permet l'exploitation et la commercialisation du pétrole.

Ces contrats peuvent prendre différentes formes: un contrat d'excellence, un contrat d'alliance, un contrat d'entreprenariat, un contrat de productivité à part égale des moyens et des services pétroliers égaux.

L'expérience qu'offrent les sociétés pétrolières étrangères a permis le développement des pays pétroliers, mais les bouleversements politiques, économiques, sociaux nationaux et internationaux imposent la reconsideration des lois régissant l'exploitation de manière générale et plus particulièrement celle des champs pétroliers et imposent enfin l'ouverture de l'exploitation du pétrole de la concurrence internationale.

Et le plus important critère dans cette operation est la maitrise des conflits qui peuvent surgir dans cette transaction telle que la rapidité du jugement, sans oublier que les deux parties ont un droit de regard sur le choix de la loi à appliquer sur la convention d'arbitrage.

Cette conception de la loi permet de sauvegarder les droits de l'exploitant étranger et les secrets des contrats.

Le développement des relations économiques internationales ont impacté l'immunité souveraine d'état et ceci a mené à la transformation d'immunité juridique et l'immunité executive absolue à des immunités relative, notamment dans les contrats de développement avec les investisseurs étrangers et comme titre d'exemple, on trouve les contrats sur l'invesstissement pétrolier pour le dévloppement des sources de la richesse naturelle.

Mots-clés: convention d'arbitrage, les conflits, les contrats internationaux, l'investissement, le pétrole, les entreprises étrangères, l'immunité souveraine.

Abstract

The oil pact connects the oil-producing country on the one hand or one of its general institution and foreign companies on the other hand and this is what allows the exploitation and marketing of oil.

These contracts may take various forms: a contract of excellence, an alliance contract, an entrepreneurial contract, a productivity agreement in equal means and equal oil services.

The experience offered by foreign oil companies has allowed the development of the oil countries, but political, economic, national social and international transitions impose reconsideration of the governing laws of general operations and more particularly the oil fields and finally impose the opening of the exploitation of oil in the international competition.

And the most important criterion in this operation is the mastery of conflicts that may arise in this transaction as the speed of judgment, not forgetting that both parties have a say in the choice of law to apply to the convention of arbitration.

This design allows the law to safeguard the rights of the foreign operator and contract secrets.

The development of international economic relations have impacted sovereign immunity status and this has led to the transformation of legal immunity and immunity absolute executive at relative immunities, including development contracts with foreign investors and as a title for example, there are contracts on oil derogatory investment for dévloppement sources of natural wealth.

Keywords: convention of arbitration, conflicts, international contracts, investment, oil, foreign companies, sovereign immunity.

مقدمة

تواكبت الحضارة المعاصرة و تكنولوجية وسائل الاتصال مع التطور الهائل في دائرة المعاملات المالية، ما زاد في التنافس بين القوى الاقتصادية على المستويين الوطني و الدولي خصوصا في المجالين الصناعي و التجاري ، و الذي نتج عنه تعدد في أنماط الاستثمار و تنوع في المصادر التمويلية للمشروعات الاقتصادية، و يظهر ذلك أساسا في قطاع المحروقات ذي الأهمية البالغة في التطور السياسي و الإقتصادي و الإجتماعي، و ذلك بعد نشوء أقطاب صناعية تنافسية ازداد دورها الحاسم كطاقة حيوية و إستراتيجية، و نظرا للدور الفعال الذي تقدمه الطاقة للبشرية في عصرنا الحديث فإن ذلك يثير الباعث لدى الدول على الإبداع العلمي و التكنولوجي لإستنباط مصادر بديلة لها، و التي تشتمل على البترول و الغاز الطبيعي و الكهرباء و الطاقة النووية، و لكل منها طبيعتها الخاصة من حيث إجراءات إبرام و تنفيذ الإتفاقيات المتعلقة بالطاقة، و كذا حل منازعاتها الناشئة بين الأطراف المتعاقدة.

يعتبر البترول أحد المصادر الرئيسية في العالم إلى جانب مصادر أخرى كالطاقة الشمسية، طاقة الرياح، الطاقة النووية...المسماة اليوم بالطاقة البديلة، و في عصرنا الحديث و تحديدا في ولاية "كاليفورنيا" بالولايات المتحدة الأمريكية وجد على سطح الأرض سائلا أسود اللون و من هنا بدأ التاريخ الحقيقي لإكتشاف البترول، و منذ هذا التاريخ ازداد الطلب عليه كمصدر أول للطاقة ليتم إنشاء أول شركة بترولية ب "سلفانيا" في سنة 1854، و في البلاد العربية تم اكتشاف البترول لأول مرة بمصر بعد 9 سنوات من حفر أول بئر بأمريكا، و ذلك في منطقة "جمصة" التي تبعد على مدى 470 كم من القاهرة بواسطة الشركة الفرنسية التي قامت باستخراج الكبريت من بئر عمقه 310 كم و كان ذلك سنة 1868، ثم اكتشاف البترول في العراق سنة 1923، و في المملكة العربية السعودية سنة 1936، و في دولة قطر سنة 1940، و في الجزائر سنة 1949، و في إمارة ابوظبي سنة 1963، و في المملكة الأردنية سنة 1964.

و يعد عقد البترول من العقود الحديثة النشأة لكونه الأداة القانونية في إدارة الثروة البترولية، حيث يخضع للنظرية العامة للعقد، فمن ناحية أطرافه غالبا ما يتم إبرامه بين إحدى الدول المنتجة للبترول أو إحدى مؤسساتها العامة و بين الشركات الأجنبية من جهة أخرى، و من حيث المحل فيتعلق موضوعه باستخراج و إستغلال البترول، كما إتخذت هذه العقود عدة أشكال منها عقد الإمتياز، عقد المشاركة، عقد المقاولة، عقد إقتسام الإنتاج...، و تتضمن هذه العقود شروط إستثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة و منها شرط الثبات التشريعي، و نظرا لقيمة عقد البترولي إقتصاديا سياسيا و قانونيا، كان الأخذ بنظام التحكيم الوسيلة المثلى لتسوية منازعاته الناشئة بين الدولة المنتجة و الشركات البترولية الأجنبية العاملة

في هذا المجال، فقد حظي موضوع التحكيم بإهتمام بالغ لدى الباحثين و عقدت بشأنه العديد من المؤتمرات كما إهتمت به العديد من المعاهد العلمية.

يعتبر التحكيم من الأنظمة القانونية المعروفة منذ القدم خاصة لدى قدماء الإغريق لحسم المنازعات التي تحدث بين دويلات المدن اليونانية و لدى كل من العراق القديم و الرومان، كما عرفه العرب في الجاهلية قبل الإسلام في المنازعات التي تثور بين القبائل، و هكذا فقد إحتكم العرب إلى رسول الله عليه الصلاة و السلام عند خلافهم في رفع الحجر الأسود، كما ذكر التحكيم في القرآن الكريم في قول الله تعالى: (و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا)[1]، و في السنة النبوية فقد جاء أن "أبا شريحا" قال يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال رسول الله: (ما أحسن هذا)[2].

و أما في عصرنا الحديث فقد أخذت بعض القوانين الحديثة بالتحكيم لعدم وجود قضاء دولي متخصص في حسم المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية، لذا نجد بند التحكيم في معظم العقود الإقتصادية ذات الطبيعة الدولية، و يعتبر التحكيم أحد الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات، لاسيما منها المدنية و الإدارية، كما كرس اللجوء إليه في العقود الدولية لتسوية أي منازعة تنشأ عن هذا العقد، و المقصود بالتحكيم أي تسوية المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين الأطراف المتعاقدة بمناسبة إبرام أو تنفيذ عقد ما، فإذا لجأ أحد أطراف العقد إلى القضاء عند نشوء نزاع مع وجود البند التحكيمي في العقد و هو مكتمل الشروط، فيجب على المحكمة المعروض عليها النزاع أن تحيله للتحكيم لتوفّر الشروط المنصوص عليه في قانون دولتها.

و بالنسبة للتحكيم الدولي، فهناك إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، التي أوجبت على الدول المنظمة لها أن تنفّذ قرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى على أراضيها كمبدأ عام، و نصّ القانون النموذجي "اليونسترال" على أن التحكيم يكون دولياً في إحدى الحالات التالية:

-إذا كان مقراً عمل طرفي إتفاق التحكيم وقت عقد الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

-إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقرّ عمل الطرفين:

أ/ مكان التحكيم إذا كان محدّداً في إتفاق التحكيم.

[1] سورة النساء، الآية 35.
[2] رواه النسائي.

ب/ أي مكان ينفّذ فيه جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

-إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع إتفاق التحكيم متعلّق بأكثر من دولة واحدة.

و من ناحية أخرى نجد أن منظمة الأمم المتحدة قد اهتمت كذلك بتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة و المستثمرين، حيث نصت في قرار الجمعية العمومية رقم 1803 في الفقرة (3) على الآتي : (و يراعى في حال نشوء أي نزاع حول موضوع التعويض استيفاء الطرق القضائية الوطنية للدولة التي تتخذ تلك الإجراءات و يراعى في ذلك حال توفر الاتفاق بين الدولة ذات السيادة والأطراف المعنيين الآخرين ، تسوية النزاع بطريق التحكيم أو القضاء الدولي).

و يمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات، حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتّع بحريّة أوسع و أكثر من القضاء في كل ما يتعلّق بإجراءات التقاضي، و نتيجة ذلك أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت أقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء، كما يمكن للأطراف أو ممثلوهم إختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، و في هذا المجال فإن المحكمين يتمّ إختيارهم من ذوي الإختصاص و الكفاءة بالنسبة لموضوع العقد محل النزاع، إضافة إلى ذلك فان أطراف التحكيم في العقود الدولية يفضّلون سريّة الإجراءات، و ذلك حفاظاً على سريّة العقود التجارية التي يبرمونها، و لكن يؤدي إنتماء أعضاء هيئة التحكيم و أطراف النزاع و ممثليهم في كثير من الحالات لأنظمة قانونية مختلفة، إلى عدم معرفة هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق على النزاع، مما يؤدّي أحياناً إلى تعقيد إجراءات التحكيم وإطالتها ما يفقده إحدى مزاياه، كما تعتبر مسألة تنفيذ أحكام التحكيم من أهم المسائل في التحكيم من الناحية العملية، و لا تثور أي مشكلة عند التنفيذ الطوعي من قبل الطرف الآخر المحكوم عليه، و لكن المشكلة تثور حين يرفض هذا الطرف هذا القرار التحكيمي.

و من جانب آخر اتجه بعض الفقهاء في مجال القانون الدولي أن اللجوء إلى التحكيم لا يتعارض مع سيادة الدولة، و ذلك لأن إمتياز البترول يدخل في نطاق النشاط التجاري، و يكون ذلك العقد ملزماً للدولة لأنه يتم برضائها و بمقتضى مالها من سيادة، إلا أنه هناك من يعارض فكرة اللجوء للتحكيم، و قد أسسوا معارضتهم على أساس أن اللجوء إلى التحكيم الدولي تظهر فيه الدولة و المواطنين الأجانب بإعتبارهم أطرافاً متساوين، و ذهب بعض المنتقدين لنظام التحكيم إلى أن كافة الشروط المقررة في عقود البترول التي أبرمتها الدول العربية، و أن ما تضمنته شروط التحكيم في بعض الإتفاقيات من تعيين محكم ثالث

بواسطة هيئة أجنبية يمس بالسيادة، كما أنه يفرض نوعاً من القضاء الدولي لحسم منازعات البترول، ونشير من ناحية أخرى إلى أنه حتى في حالة الأخذ بنظام التحكيم فإن بعض الفقهاء يرون أن طبيعة إتفاقات البترول القانونية لا تسمح للتحكيم بأن يجري على كافة المنازعات التي تنشأ، فإن استغلال المعادن (البترول) يحتاج إلى ترخيص بذلك من الدولة بما لها من سلطة و ليس لإرادة الشركة أي دور في ذلك، و إستناداً على ذلك فإن الإمتياز البترولي يعتبر رخصة في جوانب و عقد في جوانب أخرى، و يلاحظ أنه عندما يكون تنفيذ قرار التحكيم في مواجهة الدولة فإن ذلك يثير إشكالات قد تجعل التنفيذ مستحيلاً، و على الرغم من خضوع الدولة برضائها لاختصاص محكمة التحكيم، إلا أن ذلك لا يحول دون تمسكها عند تنفيذ قرار التحكيم على أموالها بحصانة السيادة، و فيما يتعلق برأي المنظمات البترولية المختلفة في موضوع التحكيم فإن منظمة الأوبك قد دعت إلى الأخذ به كوسيلة لتسوية المنازعات البترولية مفضلة إياه على القضاء الوطني لمرونة إجراءاته و ربحا للوقت، فضلاً عن أنه يشجع المستثمرين الأجانب.

و مع التحولات السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية الوطنية و الدولية ما دفع بالدولة الجزائرية إلى إتخاذ قرارات جذرية للإستفادة من التكنولوجية و الخبرة التي توفرها الشركات الأجنبية، حيث عرف إعتماد التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الإستثمار في القانون الجزائري تطورا من خلال مروره بالعديد من المراحل، تميزت المرحلة الأولى التي امتدت من سنة 1966 إلى غاية سنة 1980 بعدم قبول فكرة التحكيم الدولي، ثم تراجعت الدولة عن هذا الإتجاه و ذلك بمصادقتها على عدة إتفاقيات دولية مثل إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة بتاريخ 1988/06/10، كما صادقت الدولة الجزائرية على المعاهدة المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار و ذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-90 المؤرخ بتاريخ 1995/01/21، ثم أدرج المقنن الجزائري إجراء التحكيم في منازعات الاستثمار بإصدار القانون رقم 93-12 المتعلق بالاستثمار و المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، حيث نصت المادة 41 منه على أن الإختصاص يؤول إلى المحاكم المتخصصة في حالة نشوب نزاع بين الدولة و المستثمر، أما إذا كانت هناك إتفاقية تتضمن شرط التحكيم يحال النزاع إلى التحكيم، و حافظ المقنن الجزائري على نفس التوجه بصدور الأمر رقم 03-01 المعدل و المتمم المتعلق بالاستثمار، كما أقر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد رقم 08-09 بجواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المادة 1006 التي تنص على: (...و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية)، الأمر الذي إنعكس على الاستثمار في قطاع المحروقات ما أدى إلى فتح المجال البترولي و دخول الشركات البترولية الأجنبية.

أسباب إختيار الموضوع

توجد العديد من الأسباب المحفزة لإختيار هذا الموضوع و البحث فيه، و تتلخص في الآتي:

– الأهمية الكبيرة لعقود الاستثمار البترولية نظرا للدور الذي تلعبه في الاقتصاد الوطني لكل من الدول المضيفة للاستثمار و الدول التي ينتمي إليها المستثمرون الأجانب، و التي غالبا ما تكون الدول النامية طرفا فيها إذ بواسطتها يتم بناء الهياكل الاقتصادية و تنظيم بنيتها الأساسية و إدارة مرافقها العامة، على نحو يجعل من تلك العقود عاملا حيويا في تحقيق خطتها الاقتصادية كما توفر مزيدا من فرص العمل و نموا لرأس المال.

– و نظرا للأهمية المتزايدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بشأن إبرام و تنفيذ عقود الاستثمار البترولية، و التي تجعل من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مسألة إيديولوجية تنطوي على إعتبارات كثيرة، فالدولة المتعاقدة تسعى إلى تطبيق القانون الوطني في حين يرغب المستثمر الأجنبي إلى محاولة تدويله، و قد لوحظ إتجاه بعض أحكام التحكيم إلى إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، على الرغم من إستقرار مختلف النظم القانونية في مجال الإلتزامات التعاقدية على أنه إذا إختار الأطراف قانون الدولة المتعاقدة، فإنه يتوجب على المحكم تطبيق هذا القانون بوصفه قانون الإرادة.

– تتميز المنازعات التي تثور بشان عقود الاستثمار البترولية بطبيعة خاصة، كونها تبرم بين الدولة و شخص خاص أجنبي، فضلا عن التركيبة الفنية المعقدة لتلك العقود مما يستوجب توفير وسائل بديلة ذات طبيعة ودية و محايدة، إذ يعتبر موضوع التحكيم من النظم القانونية البديلة في تسوية المنازعات لإتسام إجراءاته بالبساطة، و قد إشتهر إستخدامه قديما و حديثا و الذي يقوم على مبدأ التراضي في إختيار المحكمين، و نظرا لما له من مزايا من حيث السرعة في الفصل في النزاع بين الأطراف، كما يتميز بالمرونة في تطبيق القانون المتفق عليه، فضلا عن الاختصاص و الخبرة التي يتمتع بها المحكمين، كما يحافظ على أسرار الشركات و الدول الأطراف.

– و بإعتبار الأحكام التحكيمية ذات مرونة، كونها سهلة التنفيذ في المنازعات ذات الطابع التجاري مثل قطاع المحروقات بشكل خاص، فقد زاد هذا الاهتمام في ظل العولمة الاقتصادية و أصبح التحكيم الوسيلة المناسبة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار و المفضلة لدى رجال الأعمال، مما يجعل التحكيم ذا مكانة عالمية في حماية المستثمر الأجنبي، و بإعتبار الإستثمار البترولي من أهم قطاعات الاستثمار الإقتصادية إذ أصبح يشكل أهم بنود العقود الدولية.

و على الرغم من وفرة و تنوع الدراسات السابقة للموضوع من زوايا مختلفة، إلا أنه لا يزال يستقطب فضول الباحثين، و إختلاف الآراء بين مؤيد و معارض حول النتائج المتوقعة للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية و آثارها على السيادة الوطنية.

أهمية الموضوع:

نظرا لخصوصية التحكيم و مزاياه في انه قليل التكاليف و سرعة إجراءاته، كما أن الفصل في منازعات عقود البترول يحتاج إلى مؤهلات علمية و فنية فبدلا من القضاء يتم عرضها على المحكمين، و بما أن القانون الدولي الإقتصادي أصبح يمثل فرعا متميزا في نطاق النظام الدولي و يعد أيضا أحد مظاهر تطوره، إذ يسود القانون الإقتصادي الدولي ثلاثة مبادئ رئيسية هي، مبدأ حرية التجارة الدولية، مبدأ المساواة السيادية و مبدأ التعاون الدولي، و التي تشكل في مجموعها الأصول العامة التي تنبثق عنها القاعدة الدولية، و في هذا الإطار فإن المنازعات الدولية لا تستبعد إختصاص جميع الهيئات القضائية أو التحكيمية و لكن تحتفظ لها بنطاق معين، ذلك لأن المنازعات الدولية الإقتصادية تتعلق بتفسير إتفاقات القانون الدولي الإقتصادي و تطبيقها، و تتحقق الصفة الدولية عندما يكون هناك على الصعيد الإقتصادي إنتقال أموال أو خدمات ما بين بلد و آخر، و لهذا فإن التحكيم يحسم النزاع و يحقق الغرض بإجراءات أسهل، لهذا كان التحكيم من مرتكزات نظام القضاء في الإسلام لأنه سبيل مشروع للفصل بين المتنازعين، كما تتميز عقود البترول عن بقية العقود الأخرى سواء في إطار المعاملات الوطنية أو الدولية، نظرا لأهمية موضوعها الذي يرد على البحث و إستخراج و إستغلال مورد طبيعي هام و هو البترول، من خلال قيام الشركات الأجنبية بالبحث و التنقيب عنه على إقليم الدولة المتعاقدة، ثم تتولى العديد من العمليات مثل الإنتاج، التكرير، النقل، التسويق... لذا فان أهمية هذا الموضوع ترجع لأهمية هذه العقود الواردة على ثروات ذات الأهمية البالغة في الاستثمار، و لعل أهم الشروط التعاقدية في الاستثمار البترولي إجراء التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة نظرا لمزاياه مثل السرعة في الفصل في النزاع، كما أن التحكيم يمثل حصن للمحافظة على أسرار العقود التجارية الدولية بين الشركات المتنافسة.

و نظرا للمزايا السابقة للتحكيم قامت العديد من دول العالم بتنظيم التحكيم من حيث التشريع وطنيا و دوليا، من خلال المعاهدات الدولية الثنائية و الإقليمية و المتعددة الأطراف، كما اهتمت العديد من الدول بإنشاء مراكز و محاكم تحكيمية مثل غرفة لندن للتحكيم سنة 1892، و التي تعتبر نموذج من نماذج المحاكم التحكيمية ذات الطابع الدولي، و في فرنسا تأسست غرفة التجارة الدولية بباريس، و الجمعية الأمريكية للتحكيم التي بدأت كمؤسسة للتحكيم المحلي ثم تحولت إلى التحكيم الدولي، و في القارة الإفريقية أسست مصر مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، كما إهتمت الدول العربية الأخرى بالتحكيم

التجاري من خلال إنشاء دولة الإمارات العربية المتحدة لمركز تجارة و صناعة دبي للتحكيم التجاري الدولي، و مركز القانون و التحكيم في الأردن، و مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، و إهتمت الأمم المتحدة بالتحكيم من خلال تأسيس لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي و التي وضعت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

أهداف الدراسة

شهد العقد الأخير من القرن العشرين تطورات بالغة الأهمية تتصل بالتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار، و تزداد أهمية الموضوع لجدلية و حداثة البحث و التي فرضت نفسها على رجال القانون عامة و فقه قانون الأعمال خاصة، إذ تلعب عقود البترول دورا هاما في الواقع المعاصر، نظرا لما تحققه من منافع عديدة للدول ذات الثروات الطبيعية و الشركات الاستثمارية، حيث تعتبر عقود الإستثمار البترولية ذات أهمية لدى الدول المتوفرة على إحتياط بترولي كمصدر أساسي للدخل الوطني، و عند نشوب نزاع بينها و الشركات المستثمرة يظهر التحكيم كوسيلة ملائمة نظرا للمزايا السابقة الذكر، لهذا تهدف دراسة الموضوع إلى الوقوف على النتائج الإيجابية و السلبية للتحكيم أمام فتح قطاع المحروقات للمستثمرين الأجانب و إبراز أثر ذلك على السيادة و الإقتصاد الوطنيين، و من ثم تحليل النتائج المترتبة عنه و إنعكاساتها من هذا التوجه.

صعوبات الدراسة:

واجه إعداد هذه الرسالة جملة من الصعوبات العلمية، و التي تمثلت أساسا في سرية الموضوع، إذ كان من الصعب إعداد دراسة ميدانية على مستوى المؤسسات البترولية، سواء من أجل التعرف على القضايا المعاصرة للشركات طرف في النزاع، أو الإطلاع على بند المنازعات في العقود البترولية التي تبرمها، و ذلك نظرا لحساسية الموضوع و الذي يرد على مورد إستراتيجي و إقتصاديا ألا و هو البترول من جهة، و التنافس الإقتصادي بين كبرى الشركات البترولية و الذي يقتضي السرية من جهة أخرى، بالإضافة إلى ذلك فقد لاحظنا قلة الإجتهادات القضائية في التحكيم البترولي على المستوى الوطني، و يصاحب ذلك كذلك قلة الإجتهادات الفقهية الوطنية، و لعل السبب في ذلك حداثة الموضوع الذي يزال يطرح العديد من الإشكالات، و التي ستبقى محل إهتمام لدى الباحثين مستقبلا.

إشكالية الموضوع

تعنى هذه الرسالة كما يتضح من عنوانها بدراسة النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية، و التي ثار بشأنها مسائل قانونية في إطار القانون الدولي الخاص، و السبب طبيعة العقود المبرمة التي ينتمي طرفيها لنظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من جانب و المستثمر الأجنبي من

جانب آخرى، مما يثير مشكلة قانونية في هذه العقود و هي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها من خلال ممارسة حقوقها في السيادة و السلطة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية و مصيرها الإقتصادي، و بين الأهداف الخاصة التي يسعى إليها الطرف الأجنبي المتعاقد معها.

و وفق المنظور السابق يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى نجاعة و فعالية إجراء التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الاستثمار البترولية؟.

و إستجابة للتحولات السياسية، الإقتصادية و الإجتماعية الوطنية و الدولية من جهة، و بهدف تمويل مشاريع التنمية الوطنية و كذا إستقطاب التكنولوجية و الخبرة التي توفرها الشركات الأجنبية من جهة أخرى، يمكن لنا أن نطرح العديد من التساؤلات التالية:

– كيف يتم التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها من خلال ممارسة حقوقها في السيادة و السلطة العامة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية و مصيرها الاقتصادي، و بين الأهداف الخاصة التي يسعى إليها الطرف الأجنبي المتعاقد معها؟.

– و نظرا لسلطة الدولة المضيفة و نفوذها على السلطات التنفيذية و التشريعية و القضائية، ما هي الضمانات القانونية الحمائية اللازمة لإستقطاب الاستثمارات البترولية الأجنبية؟.

– ما هو دور المحكم في تحقيق الحفاظ على التوازن الإقتصادي للعقد البترولي، في ظل حق الدولة في ممارسة سيادتها كسلطة عامة، في شكل إصدار قواعد تشريعية حديثة أو القيام بإجراءات تنفيذية و قضائية جديدة؟.

المنهج المتبع

نظرا لخصوصية موضوع الرسالة و تشعب عناصره، فقد اعتمدنا بشكل أساسي على منهجين علميين بقصد الإلمام بجوانب البحث، و لأجل ذلك اتبعنا المنهج التحليلي و المنهج المقارن:

– المنهج التحليلي: من خلال تحليل عناصر الموضوع في القوانين المقارنة، و مختلف الإتجاهات الفقهية و كذا أحكام التحكيم الدولي.

– المنهج المقارن: بإعتبار أن موضوع الرسالة يعالج قضية عملية من واقع العقود المبرمة بين الدول و المستثمرين الأجانب و من خلال أحكام التحكيم الدولية، عالجنا موضوع التحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية في القانون الوطني و بعض القوانين الأخرى المنتمية إلى نظم قانونية مختلفة، إلى جانب الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالإستثمار الأجنبي.

خطة البحث

تتناول الدراسة موضوع النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية، من خلال عرض قواعد التحكيم لدى أهم المراكز الدولية للتحكيم و موقف القوانين الحديثة الصادرة بشأن التحكيم، و كذا الإتفاقيات الدولية و الإتجاهات الفقهية و أحكام التحكيم الصادرة في منازعات عقود البترول، و على ضوء ما تقدم تقسم هذه الدراسة على النحو التالي:

-الباب الأول: خضوع منازعات عقود الاستثمار البترولية للتحكيم

-الباب الثاني: منازعات عقود الاستثمار البترولية و القانون الواجب التطبيق على التحكيم

حيث قسمنا خطة البحث إلى بابين، و ذلك نظرا لمتطلبات الموضوع و الذي يظهر مضمونه من خلال عنوان الأطروحة، الذي جاء حول النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية، و الذي يعني مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على المنازعات المترتبة عن عقود موضوعها يدور حول الاستثمار في النشاط البترولي، معتمدين في ذلك على النظرية العامة من خلال مجموعة من المبادئ و المفاهيم و التعريفات المجردة، و بأسلوب علمي و منطقي وصولا إلى مجموعة من النتائج كمحولة للإجابة عن مشكلات قانونية يطرحها موضوع البحث، و مما سبق ذكره لذلك خصصنا الباب الأول لدراسة إجراءات إبرام اتفاق التحكيم و علاقته بالسيادة الوطنية (الفصل الأول)، بينا من خلاله ماهية التحكيم و إجراءاته القانونية في المنازعات الإستثمارية، ثم تعرفنا على شروط إبرام اتفاق التحكيم و أثاره على السيادة الوطنية، و ذلك في شكل مباحث و مطالب و فروع، ثم بينا التنظيم القانوني لإبرام عقود الاستثمار البترولية (الفصل الثاني)، من خلاله حددنا ماهية عقود الاستثمار البترولية و إجراءات إبرامها، ثم تطرقنا إلى التراضي في عقود الاستثمار البترولية، و بعد ذلك تعرفنا على أنواع عقود الاستثمار البترولية و أثارها على سيادة الدولة، و ذلك في شكل مباحث و مطالب و فروع، أما الباب الثاني فقد تناولنا فيه موضوع منازعات عقود الاستثمار البترولية و علاقتها باتفاق التحكيم (الفصل الأول)، من خلاله حددنا أسباب تلك المنازعات، و التي أهمها المنازعات البترولية الناتجة عن إخلال الدولة المضيفة بإلتزاماتها، و المنازعات البترولية الناتجة عن التغير في ظروف تنفيذ العقد البترولي، ثم بعد ذلك بينا دور إتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الإستثمار البترولية، و كل ذلك كان في شكل مباحث و مطالب و فروع، ثم حددنا القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم البترولي (الفصل الثاني)، و الذي يختلف من حيث القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و الموضوع، و جاء تفصيل ذلك في شكل مباحث و مطالب و فروع، و أخيرا خاتمة موضوع الدراسة، مشتملة على حوصلة لأهم النتائج التي توصلنا إليها و تقديم التوصيات المقترحة، و التي تعتبر تمهيدا لتقديم حلول لمختلف الإشكاليات التي لازال يثيرها هذا الموضوع.

الباب الأول:

خضوع منازعات عقود الإستثمار البترولية للتحكيم

الباب الاول

خضوع منازعات عقود الاستثمار البترولية للتحكيم

يلعب الاستثمار الاجنبي دورا اساسيا في عملية تنمية الدولة المضيفة[1]، كما يمكن ان يقدم مساهمة في النمو الاقتصادي مع زيادة معدل الاستثمار و توسيع نطاق ارصدة راس المال في الاقتصاد البلد المضيف[2]، بالاضافة الى مساهمته في تنمية البنية التحتية في الدول النامية، لذلك فقد اعترفت الحكومات على نطاق واسع بان الاستثمار الاجنبي المباشر يمكن ان يؤدي دورا اساسيا في عملية التنمية الاقتصادية[3]، و لما كانت الدول الاخذة في النمو تقوم بطلب الاحتياجات المالية و الفنية من مصادر اجنبية نظرا لعدم قدرتها في الوقت الحاضر على توفيرها من الموارد المحلية[4]، و من ثمة فان الاخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي –دون تدخل دولة جنسيته– يعد تطورا حديثا في وسائل فض المنازعات، اسهم ذلك–خلال القرن الحالي–في تدفق الاستثمار الاجنبي و تزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية و التوسع في حجم المبادلات التجارية الدولية[5]، و بما ان الاستثمارات الاجنبية كما يقول بعض الاقتصاديين: (تعد هي الوسيلة التمويلية الوحيدة و التي تسعى اليوم الى اجتذابها كافة الدول النامية)[6]، كما يعد حلا لمشكلة تنازع القوانين كون القاضي يقوم بتطبيق قانونه الوطني حتى اذا كانت تلك المنازعات تتعلق بالتجارة الدولية[7]، اذ حظى التحكيم باهمية في المعاملات الدولية لتجنب مشاكل تنازع الدولي للقوانين[8]، و يحدث ذلك بان يقوم اطراف العقد بالاتفاق مقدما باخضاع المنازعات التي تحدث فيما بينهم بشان تفسير العقد او تنفيذه في المستقبل للتحكيم و ليس للقضاء العادي[9].

---

[1] براكاش لونجاني،عساف رزين: ما مدى فائدة الاستثمار الاجنبي المباشر للدولة النامية؟، مجلة التمويل و التنمية الصادرة عن صندوق النقد الدولي، المجلد38، العدد2، يونيه سنة 2001، ص7، و كذلك: السيد عطية عبد الواحد: العلاقات الاقتصادية الدولية،ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2004، ص413.

[2] Disputes settlement,ICSID,2.1Overview,Unctad,UN,New York and Geneva,2003,p.5.

[3] الاستثمار الاجنبي المباشر و التنمية، سلسلة منشورات الاونكتاد حول القضايا التي تتناولها اتفاقات الاستثمار الدولية، مؤتمر الامم المتحدة للتجارة و التنمية (الاونكتاد)، الامم المتحدة، نيويورك و جنيف، سنة 1999، ص2–3.

[4] عصام الدين مصطفى بسيم:النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول الاخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972، ص 6.

[5] احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، سنة 1990، ص3 وما بعدها.

[6] عبد المجيد دراز: السياسة المالية، مركز الاسكندرية للكتاب، الاسكندرية، مصر، سنة 2000، ص 207.

[7] اشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام و التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة، ص 5.

[8] ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 13.

[9] حمد الله حمد الله: النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص5.

و في هذا السياق فقد حرصت معظم الدول التي تبحث عن التنمية على تحسين نظامها القانوني من خلال اصدار تشريعات الاستثمار[1]، و ذلك لتوفير الحماية لتلك الاستثمارات و منحها الضمانات و المزايا المزايا المختلفة[2]، نظرا لاهمية البترول[3] كمصدر للطاقة سواء للدول المنتجة له و التي تنتمي غالبا الى الدول النامية او بالنسبة للدول المستهلكة له و التي تنتمي غالبا الى الدول الصناعية المتقدمة، اذ يتطلب استغلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية او احدى هيئاتها من ناحية، و بين طرف يقوم بالتنقيب و الانتاج و التسويق من ناحية اخرى و غالبا ما يكون هذا الطرف من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من الدول الصناعية المستهلكة للطاقة، و التي تملك من الاموال و الخبرة التكنولوجية ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان[4]، و تتسم عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة اطرافها الدولة من ناحية و المستثمر الاجنبي من ناحية اخرى، اذ يتعلق موضوع عقد الاستثمار البترولي بمشروع ضخم يستغرق عدة سنوات لتنفيذيه و يتطلب خبرات فنية عالية، و مع تلك الخصوصية فان التحكيم بما يتمتع به من مزايا يمثل الوسيلة البديلة لفض منازعات تلك العقود، الى درجة ان البعض يعتبره امرا حتميا بشان هذه الطائفة من العقود[5].

و تاسسيا لما سبق سنحاول في هذا الباب توضيح كيفية تكوين اتفاق التحكيم عند ابرام عقود الاستثمار البترولية، و ذلك من خلال تقسيمه الى فصلين، نتناول في الفصل الأول إجراءات إبرام اتفاق التحكيم و علاقته بالسيادة الوطنية ، ثم نحدد التنظيم القانوني لابرام عقود الاستثمار البترولية في الفصل الثاني.

---

[1] يطلق عليها تسميات مختلفة مثل قانون الاستثمار، قانون حماية الاستثمار الاجنبي، قانون تشجيع الاستثمار، قانون ضمانات و حوافز الاستثمار، و قد حرصت معظم الدول العربية في السعي الى جذب الاستثمارات الاجنبية، انظر نصوص قوانين الاستثمار في كل من الاردن، البحرين، الجزائر، السعودية، السودان، سوريا، العراق، سلطنة عمان، فلسطين، قطر، الكويت، لبنان، المغرب، موريتانيا، اليمن، منشور على شبكة الانتيرنت:http://www.arifonet.org.ma/data/dalil%20investment/countries/list.htm

[2] احمد جويلي: حوافز الاستثمار و المزايا و الاعفاءات التي تضمنتها قوانين الاستثمار في دول مجلس الوحدة الاقتصادية العربية، مجلة الوحدة الاقتصادية العربية، العدد20 يوليو/تموز سنة 2000، ص13 و ما بعدها، راجع عن المناخ القانوني للاستثمار في مصر The legal Riad T.F:Environment for investment in Egypt in the New Millennium

منشور على شبكة الانتيرنت:http://www.krr-law.com

[3] احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، سنة 1990، و كذلك: غسان رباح: العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، دار الفكر العربي، ط1، سنة 1988، ص33. و كان التحول التاريخي من الفحم الى النفط و الغاز مفروضا من اجل الانتقال الى مصادر الطاقة المنخفضة وصولا الى مصادر جديدة كالطاقة الثمينة و طاقة الرياح و طاقة باطن الارض و المفاعلات النووية الايجابية...،انظر الى: امينة مخلفي: النفط و الطاقات البديلة المتجددة و غير المتجددة، مجلة الباحث العدد 09، سنة 2011، ص01.

[4] اكثم امين الخولي: التحكيم في منازعات الطاقة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، يناير سنة 2000، ص 46.

[5] حفيظة الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية و اثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 3.

الفصل الأول: إجراءات إبرام اتفاق التحكيم و علاقته بالسيادة الوطنية

يعد اجراء التحكيم نظام قانوني لتسوية المنازعات عن طريق افراد عاديين يختارهم الخصوم اما مباشرة او عن طريق وسيلة يرتضونها[1]، و يقوم على اساس ارادة الاطراف[2]، فالاطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية و الاجرائية التي يحققها النظام القضائي سواء كان الاتفاق بندا من بنود العقد او عقد تحكيم منفصل عن العقد الاصلي، و قد ايدت محكمة التمييز الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الصادر بتاريخ 27 جويلية سنة 1937، و منه يستند التحكيم في جوهره الى اتفاق التحكيم المستمد من ارادة الاطراف[3]، و ذلك باحالة نزاعاتهم على التحكيم بدلا من اللجوء للقضاء النظامي[4]، فعقود الاستثمار تمتد لأجال طويلة فخلال سنوات التنفيذ فان المناخ السياسي الاقتصادي و الاجتماعي، قد تصادفه تغييرات جذرية تستلزم تغييرات في نصوص هذه العقود و شروطها[5]، و قد تعرضت بعض احكام التحكيم التجاري الدولي الى تحديد ما المقصود بتلك العقود، حيث حيث وصف المحكم "كافاCavin" في تحكيم " سافيرSapphire " ضد شركة النفطية الوطنية الايرانية ان عقد الاستثمار هو: (عقد بين شركة وطنية تاخذ شكل المشروع العام و شركة تجارية اجنبية خاضعة للقانون المدني الاجنبي، و محل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية، اذ انه يمنح الشركة الاجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، و يلزم الشركة الاجنبية باقامة استثمارات ضخمة و منشات لها طابع الدوام)[6]، كما وصف الاستاذ "دابي Dupuy " في تحكيم "تيكساكوTEXACO " ضد الحكومة الليبية هذه العقود بانها عقود تنمية اقتصادية لها اهمية بالنسبة للدولة المضيفة، و توفر نوعا من

---

[1] P .Lalive :Probleme relatifs a l'arbitrage international commercial.
مجلة الاكاديمية لاهاي1967،ج-ا، ص569-711، و راجع خصوصا ص574.

[2] عرف مجمع الفقه الاسلامي التحكيم بانه: (اتفاق طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم يطبق الشريعة الاسلامية)، انظر قرارات و توصيات مجمع الفقه الاسلامي بجدة، القرار رقم 91 في مؤتمره التاسع بتاريخ 06 ابريل سنة 1995.

[3] المقصود بالارادة القصد الى الشيئ و الاتجاه اليه، انظر الى: الزيلعي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، المطبعة الاميرية، مصر، 366/6.
– و الارادة هي قوة في النفس تحمل صاحبها على فعل الشيئ او تركه، و فيها معنى التصميم و التنفيذ اللذين يؤديان الى احداث الاثر، و هي في العقود تحدث اثرا قانونيا.
– و تمر الارادة بمراحل هي: الهاجس و هو ما يلقى في النفس، الخاطر و هو ما يجري في النفس، حديث النفس و هو ما تردد بين فعل الشيئ او عدمه، الهم و هو ما يرجح قصد الفعل، العزم و هو قوة ذلك القصد و هي الارادة، قال تعالى: (فاذا عزمت فتوكل على الله)، فالمراحل الاربعة مراحل تمهيدية للعزيمة، و هي الارادة المقيدة شرعا، و لا يعتبر الهاجس لقوله (ان الله تجاوز لامتي ما حدثت به انفسها ما لم تعمل به او تكلم) رواه مسلم في كتاب الايمان116/1، كما لا يعتبر الهم قال الرسول عليه الصلاة و السلام(من هم بسيئة فلم يفعلها لم تكتب له) رواه مسلم فيكتاب الايمان، و لكن كتب الهم بالحسنة اذ ورد في الحديث الشريف: (من هم بحسنة فلم يعملها كتبت له حسنة) رواه مسلم في كتاب الايمان.

[4] قضت محكمة التمييز الاردنية: (استقر قضاء محكمة التمييز على ان التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية و ما تكلفه من ضمانات و يقتصر على ما تنصرف اليه ارادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم)، تمييز حقوق رقم 94/1774 صفحة 1985، سنة 1995، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية الصادرة عن نقابة المحامين الاردنيين، الجزء الثامن، ص807، و في ذات المعنى (تمييز حقوق رقم 2005/10)، مجلة نقابة المحامين الاعداد7-9، لسنة 2006، ص1099.

[5] عمر مشهور حديثة الجازي: التحكيم في عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، العددان التاسع و العاشر، سنة 2002، ص8.

[6] انظر تحكيم Sapphire منشور في:.I.L.R.vol35,1967,pp.136-192

التعاون الطويل المدة بين الدولة المتعاقدة و الطرف الاجنبي، و تتضمن نصوصا تهدف الى تحقيق الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و اخضاعه لنظم خاصة او للقانون الدولي، حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد او انهائه بارادتها المنفردة[1].

و يعالج هذا الفصل مشكلة كيفية تسوية منازعات عقود الاستثمار البترولية التي تتمتع بطبيعة خاصة، و التي تنبع اساسا من كون احد اطراف هذه العقود يمثل شخصا عاما يتمتع بالسيادة مقارنة بالشخص الخاص الاجنبي، اذ ان وجود الدولة كطرف في النزاع يصبغ عملية تسوية النزاع صبغة خاصة، لذلك يتعين توفير وسائل محايدة و فعالة في تسوية أي نزاع استثماري ينشا بين الطرفين بما يتلاءم و طبيعة هذه العقود، و الذي يعد التحكيم الوسيلة الاكثر ملاءمة فيحسم المنازعات التي من الممكن ان تثار.

و عليه نقسم دراستنا في هذا الفصل الى مبحثين، في المبحث الأول سنقوم بتحديد ماهية التحكيم و إجراءاته القانونية في المنازعات الاستثمارية ، و سنخصص المبحث الثاني لشروط ابرام اتفاق التحكيم و آثاره على السيادة الوطنية.

المبحث الأول: ماهية التحكيم و إجراءاته القانونية في المنازعات الاستثمارية

ساهمت التطورات الاقتصادية داخل الدولة الواحدة او بين اكثر من دولة على قيام العديد من المشروعات الاقتصادية[2]، ما ادى الى اتساع نطاق المعاملات التجارية الدولية و هو ما يعرف بالاستثمار[3]، و ذلك من خلال ابرام عقود دولية ذات طبيعة خاصة نظرا لتعلق موضوعها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، و هذه العقود الدولية التي تبرمها الدولة او احد الاجهزة التابعة لها مع شخص خاص اجنبي طبيعي او اعتباري، يلتزم بمقتضاها هذا الاخير بنقل موارد اقتصادية الى الدولة المضيفة لاستغلالها في المشروعات على ارضيها[4]، حيث اصبحت المنازعات الاستثمارية اكثر تعقيدا اذ تجاوزت نطاق الاختصاص القضائي، مما ادى الى التحول الى الية ودية لتسوية النزاعات عن طريق التحكيم التجاري الدولي سواء عن طريق اتفاقيات استثمارية ثنائية او وفق قواعد التحكيم بغرفة التجارة الدولية[5] و من امثلة هذه العقود الاستثمار في مجال الطاقة لما للبترول من اهمية بالنسبة للدول المنتجة له و التي غالبا ما تنتمي الى الدول النامية، اذ يمثل لها المصدر الرئيسي للدخل القومي من اجل تحقيق تنميتها الاقتصادية و الاجتماعية، او بالنسبة للدول المستهلكة له و التي تنتمي الى الدول الصناعية

---

[1] انظر تحكيم Texaco منشور في:.I.L.M.1978,vol17,pp.3-37

[2] فاصل حمر صالح الزهراوي: المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار، بدون ناشر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1984، سنة 33.

[3] منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الاجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1990، ص 5.

[4] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006، ص 88.

[5] Leigh-Ann A.Buchanan :Eleventh circuit in consorcio Ecua toriano,vol 12,Issue 03,Spring 2014,P01.

المتقدمة لاعتمادها على البترول في تقدمها الصناعي[1]، و من ثم تعد الاستثمارات الاجنبية وسيلة تمويلية في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية التي تسعى اليها البلدان النامية[2]، و مما لا ريب فيه ان عقود البترول تهدف الى تقديم خدمات للدولة من خلال استثمار الثروات الطبيعية و التي لا تستطيع الدولة القيام بتنفيذها، حيث تقوم الوزارات المختصة بتحديد متطلبات المشروع و بالاشراف و السيطرة الاستراتيجية على الخدمات، كما تضمن تنفيذ مشاريع استغلال الثروات الطبيعية التي تؤول ملكيتها الى الدولة في نهاية مدة التعاقد[3]، و مع اتجاه النظام الدولي نحو العولمة الاقتصادية و تحرير التجارة الدولية ازدادت اهمية العقود الادارية الدولية و خاصة عقود البترول، ما ادى الى ظهور نظريات تؤطر نشاط الدولة من خلال الاستثمار الاجنبي باقامة مشاريع اقتصادية بنيوية تساهم في انعاش الاقتصاد الوطني، الا انه قد ينتج عن تنفيذ مشروع استثماري اجنبي اضرارا نتيجة الاجراءات التي تتخذها حكومة الدولة المضيفة للاستثمار بارادتها المنفردة، حيث يحق للمستثمر الاجنبي الخاص اذا رغب في الحصول على تعويض عن الاضرار اللجوء الى وسائل التقاضي الداخلية في الدولة المضيفة مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، الا ان التسوية القضائية الداخلية لهذه المنازعات قد تثير عدة صعوبات مصدرها اختلاف المركز القانوني لاطراف النزاع[4]، لذا يتم اللجوء الى التحكيم الذي يرد في نفس العقد الاصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقدا مدنيا او عقدا تجاريا او اداريا، فيتفق طرفا العقد على ان ما ينشا من نزاع حول تفسير هذا العقد او تنفيذه يحل بواسطة محكمين، و قد لا يتفق الطرفان على التحكيم في العقد الاصلي و لكن بعد قيام نزاع معين اذ بامكانهم ابرام اتفاق خاص لعرض هذا النزاع على المحكمين، حيث اشتملت المنظومة التشريعية العربية بما في ذلك التشريع الجزائري قواعد منظمة للتحكيم التجاري الدولي كعنصر اساسي في التجارة الدولية، و ذلك بعد عدة عقود نظرا لعدة صعوبات واجهته أهمها تحديد مكان التحكيم أمام اقتصاد أكثر عولمة، حيث يرى البعض أن القوة الاقتصادية العالمية تفرض ضرورة الاعتراف بالتحكيم في العلاقات بين الدول[5].

و عليه سنبحث تلك الجوانب القانونية للتحكيم من خلال ثلاث مطالب وفق التقسيم التالي: مفهوم التحكيم و تحديد طبيعته القانونية في المطلب الاول، ثم التنظيم القانوني للتحكيم في الاتفاقيات الدولية و القوانين الداخلية في المطلب الثاني، و اخيرا الإجراءات القانونية المتبعة أمام الهيئة التحكيمية في المطلب الثالث.

---

[1] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص49.

[2] عبد العزيز يحي النعماني: المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في اليمن و مصر،الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص7.

[3] انظر الى الجديد عن البرنامج القومي للشراكة مع القطاع الخاص، ص07.

[4] عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، نفس المرجع، ص167.

[5] Mostefa Traritani :droit Algérien de l'arbitrage commercial, Berti editions,Alger,2007,p13.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم و تحديد طبيعته القانونية

يعتبر القضاء الاجراء العادي لفض المنازعات التي تثور بين الافراد، و مع تطور الحياة الاقتصادية ظهرت وسائل اخرى اختيارية يلجا اليها الاطراف بمحض ارادتهم بدلا من اللجوء الى التقاضي امام المحاكم التي تنظمها الدولة[1]، و من اهم هذه الوسائل الاختيارية نظام التحكيم الذي ارتبط بفكرة التنمية الاقتصادية و جذب الاستثمارات الاجنبية، نظرا لما يحمله من مميزات لا تتوافر في قضاء الدولة كبساطة وسرية الاجراءات وسرعتها، و اعطاء الحرية للاطراف في اختيار محكمين لهم الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، كما يوفر الثقة و الطمانينة للمستثمرين الاجانب[2]، و نظرا للاهمية الخاصة التي يتمتع بها نظام التحكيم فقد ابرمت بشانه العديد من الاتفاقيات الدولية[3] و انشئت له الكثير من المراكز الدولية لتقديم الخدمات التحكيمية[4] كما عنى المقنن في مختلف الدول على وضع تنظيما عاما له[5]، حيث يفضل الاطراف في عقود الاستثمار اللجوء الى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة نظرا لعاملين، العامل الاول هو الزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الاطراف كاصل عام، فقوانين التحكيم و مواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب الا يتجاوزها المحكم عند اصدار قراره[6]، اما العامل الثاني فانه يتعلق بان التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة[7]، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية بحجية الامر المقضي و لا يجوز الطعن فيه باي طريق من طرق الطعن العادية، مع امكانية رفع دعوى

---

[1] جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الادارية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص 5.

[2] محمد سعيد حسين امين: العقود الادارية، دون ذكر الناشر، سنة 2003، ص333 و ما بعدها.

[3] من اهم هذه الاتفاقيات: اتفاقية نيويورك بشان تنفيذ احكام المحكمين الاجنبية الموقعة سنة 1958، و الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961، و اتفاقية البنك الدولي بشان تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الاخرى المبرمة سنة 1965.

[4] من اهم هذه المراكز :غرفة التجارة الدولية بباريسCCI، جمعية التحكيم الامريكية AAA، جمعية التحكيم الفرنسية AFA، مركز الوساطة و التحكيم بباريس CMPA، جمعية التحكيم الايطالية AIA، غرفة التحكيم البحري بباريسCAMP، المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI، محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي و مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

[5] فقد نظم المقنن الفرنسي التحكيم في قانون الاجراءات المدنية بموجب المرسوم الصادر سنة 1980 الخاص بالتحكيم الداخلي، والمرسوم الصادر سنة 1981 الخاص بالتحكيم الدولي، والمقنن المصري القانون رقم 27 لسنة 1994 بشان التحكيم في المواد المدنية و التجارية و المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997، و بالنسبة لدول مجلس التعاون الخليجي فقد نظم المشرع الاماراتي التحكيم في قانون الاجراءات المدنية في المواد من 203 الى 218، و نطمة المقنن القطري في قانون المرافعات المدنية و التجارية في المواد من 190 الى210، و نظمه المقنن الكويتي في قانون المرافعات المدنية و التجارية في المواد 190 الى 210، و نظمه المقنن الكويتي في قانون المرافعات المدنية و التجارية من المواد 173 الى 188، و اصدار القانون رقم 11 لسنة 1995 بشان التحكيم القضائي في المواد المدنية و التجارية، و نظمه المقنن السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم م/46 الصادر بتاريخ 1403/03/12هجري الموافق ل1983/04/25، بشان اصدار نظام التحكيم، و اللائحة التنفيذية له الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم21/20/07 بتاريخ 1405/09/08هجري، و نظمه المقنن العماني بموجب المرسوم السلطاني رقم 2007/03، و المقنن البحريني في قانون المرافعات المدنية و التجارية في المواد من 233 الى 243 و تتعلق هذه النصوص بالتحكيم الداخلي، و في المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم الدولي، و المقنن الجزائري بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هجري، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية في المواد من 1006 الى 1061.

[6] ابراهيم احمد ابراهيم: اختيار طريق التحكيم و مفهومه في اطار (مركز حقوق عين الشمس للتحكيم)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز سنة 2001، ص 124.

[7] الاصل ان نظام التقاضي في التحكيم من درجة واحدة، و استثناءا يمكن ان يرد على درجتين.

البطلان بشان و للاسباب الواردة حصرا في القانون[1]، مع مراعاة ان الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كاصل عام[2]، فالتحكيم قضاء متخصص يكفل المعرفة و الخبرة القانونية المتخصصة و الفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار التي يتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية و فنية حديثة و خبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الاجنبي، و مما لاشك فيه ان وجود قضاء متخصص من شانه ان يحقق عدالة تحقق رغبات الاطراف و لعله مما يساعد على ذلك ان الاطراف عموما هم الذين يختارون المحكمين[3]، و نظرا لان عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات السيادة من ناحية و المستثمر الاجنبي الخاص من ناحية اخرى[4]، فان قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب جانب المستثمر الاجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء اليها[5]، اذ نجد المستثمرين الاجانب الاجانب حريصين على ان يتم ادراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة[6].

من خلال ما سبق سنقوم بتحديد التعريف اللغوي و الاصطلاحي للتحكيم في الفرع الاول، ثم نميز بين التحكيم و النظم المشابهة له في الفرع الثاني، و أخيرا نبين الطبيعة القانونية للتحكيم في الفرع الثالث.

---

[1] تنقسم احكام التحكيم الدولية الى قسمين:
-احكام تحكيم دولية صادرة في الجزائر: تكون قابلة للطعن فيها بالبطلان امام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، و هذا الطعن يوقف التنفيذ (انظر الى المواد 1058-1059-1060 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري).
-احكام تحكيم دولية صادرة خارج الجزائر:تقبل الطعن بالاستئناف و يتم توقيف تنفيذ الحكم (انظر الى المواد 1056-1057-1060 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية).

[2] حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004، ص 18.

[3] Boisard(M.A) :Settling foreign investment disputes,op.Cit,p.7.

[4] يصف الفقهاء الفرنسيين الذين عالجوا اشكالية التحكيم في العقود الادارية العلاقة القائمة بين التحكيم و العقد الاداري بانها علاقة في صراع دائم، انظر الى:.P.Delvolvé,Commnication au coll.de L'AFA,Paris le17 Septembre1990,P.13.,spéc,p.13.
و وجود استحالة التعايش بينهما، انظر الى: Y.Gaudemet,in A.Patrikois,L'arbitrage en matière administrative,L.G.D.J.1997.,P.XVIL.

[5] Bouchez L.J :The prospect for international arbitration :Disputes Between states and private enterprises,op.cit,p.82.

[6] عبد الحميد الاحدب: اليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الاوربية، بحث مقدم الى مؤتمر افاق و ضمانات الاستثمارات العربية–الاوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي–الاوربي في بيروت بتاريخ 13/15–02–2001 و منشور ضمن مؤلف بعنوان: (افاق و ضمانات الاستثمارات العربية–الاوربية)، اعداد مركز الدراسات العربي–الاوروبي، ط1، سنة 2001، ص83.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للتحكيم

لقد عرفت البشرية في ظل المجتمعات القديمة نظام التحكيم حيث كان وسيلة للفصل في المنازعات التي تقع بين الناس بموجب القواعد العرفية و التقاليد السائدة في تلك العصور[1].

اولا: التعريف اللغوي للتحكيم

1-في اللغة اللاتينية

تعد كلمة تحكيم "Arbitrage" مشتقة من كلمة "Arbitre"، و التي تعني في اللغة الفرنسية المحكم، و اذا نظرنا الى كلمة "Arbitre" نجدها مشتقة من الاصل اللاتيني للكلمة "[2] Arbitèr" ، و التي استخدمت بمعاني كثيرة فقد كانت تعني شاهد "témoin"، و استخدمت بمعنى السيد "maitre" و ايضا بمعنى قاض "Juge".

و في اللغة اليونانية كانت كلمة "arbitre" تعني فكرة عن المفهوم المبدئي للتحكيم، فقد ذكرت في "Iliad" و "Odyssée" بكلمة "Istor" و كانت تعني المحكم الوحيد او المنفرد "Arbitre unique" ، اي الشخص الذي يعهد اليه الاطراف بمهمة الفصل في المنازعات المثارة بينهم على مقتضى قواعد العدل و الانصاف[3]، اما في اللغة الفرنسية فيعود استخدام كلمة محكم الى سنة 1213 و كانت لها معنيين، المعنى الاول قانوني و تعني الشخص الذي يختاره الاطراف المتنازعة للحكم بينهم، و المعنى الثاني اعم و اشمل و يرادف كلمة الارادة "Volonté"، و لكن هذا المعنى الاخير لم يعد يستخدم الان و تم هجره "tombé en désuétude"[4]، و بالاضافة الى هذين المعنيين فقد كانت هذه الكلمة تستخدم في اللغة الدارجة و كانت تحمل في مضمونها معاني كثيرة، فقد كانت تعني الحيادية "Impartialité"، او الحكمة "Sagesse"، او الامن "Sécurité"، او المعرفة "Savoir"، او اتخاذ القرار "Décision"، او التقييم "Evaluation"[5]، و قد كانت تستدعي لدى العامة الصورة المطمئنة لشخص من الغير محايد يتدخل لحل لحل المشاكل التي تثور بين الافراد، ثم اشتقت من كلمة "Arbitre" كلمة "Arbitrage" و التي تعني في اللغة الفرنسية تسوية خلاف او الحكم في نزاع بواسطة شخص او عدة اشخاص الذين قرر الاطراف اللجوء اليهم لحل خلافاتهم[6].

---

[1] ماهر محمد صالح عبد الفتاح: اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، نفس المرجع، ص 14.

كما يعتبر التحكيم في العصور القديمة هو الاصل في الفصل في المنازعات بين الافراد و الجماعات، انظر الى: صوفي ابو طالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1967، ص69 و ما بعدها، و كذلك: محمد نور عبد الهادي شحاتة: النشاة الاتفاقية لسلطات المحكمين، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993، ص 5 و ما بعدها.

[2] L.Quicherat,A.Daveluy,Dictionnaire Latin-Français,Librairie Hachette,p.103.

[3] J.Velissaropoulos-karakostas,L'arbitrage dans la grèce antique,Epoque archaique et classique,Rev.arb.2000.,p.9.,spéc,p.13.

[4] Ch.Jarrosson,la notion d'arbitrage,préface de B.Oppetit,L.G.D.J/1987.,P.5.

[5] Ch.Jarrosson,la notion d'arbitrage,op.cit.,p.5.

[6] Larousse :Dictionnaire étymoligique.,p.43.

2-في اللغة العربية

يعد اصل كلمة التحكيم في اللغة العربية من مصدر الفعل (حكم) بتشديد الكاف مع الفتح، يقال حكم بالامر حكما اي قضى، او حكم فلانا في الشيئ و الامر جعله حكما، (احتكم) الخصمان الى الحاكم اي رفعا خصومتهما اليه، و احتكم في الشيئ و الامر اي تصرف فيه كما يشاء و يقال احتكم في مال فلان و احتكم في امره[1]، و جاء في معجم مختار الصحاح ان التحكيم في اللغة يعني التفويض و مصدره حكم بتشديد الكاف مع الفتح، و يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما، اذا فوضت اليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك و استحكم فلان في مال فلان اذ جاز فيه حكمه، و حكموه فيما بينهم اموره ان يحكم في الامر اي جعلوه حكما فيما بينهم[2]، و في المعجم العربي الحديث مصدر قانوني اي تسوية منازعة بين فريقين عن يد فرد او هيئة، و في الفقه يعني تفويض القاضي الى عدلين للفصل بين الزوجين في حالة الشقاق[3]، و في الصحاح يقال حكم، الحكم اي مصدر قولك حكم بينهم يحكم اي قضى، و حكم له و حكم عليه[4]، و في المعجم الوسيط حكم بالامر حكما اي قضى، و يقال حكم له و حكم عليه و حكم بينهم و حكم فلانا في الشيئ و الامر، جعله حكما و حكمه الخصمان الى الحاكم، اي رفعا خصومتهما اليه و حكمه في الشيئ و الامر اي تصرف فيه كما يشاء[5]، و في تاج العروس الحكم بالضم القضاء في الشيئ بانه كذا او ليس بكذا سواء لزم ذلك غيره ام لا، و حاكمه الى الحاكم دعاه و خاصمه في طلب الحكم و رافعه، و حكمه في الامر تحكيما اي امره ان يحكم بينهم او اجاز حكمه فيما بينهم[6].

و مما سبق فالتحكيم مصدره معناه تفويض الأمر إلى الغير و إطلاق اليد في الشيء، و يقال حكمته في الأمر و الشيء أي جعله حكما و فوض الحكم إليه، و استحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه، و من معاني التحكيم و مشتقاته الدعوة إلى الفصل في الخصومة، فنقول حاكمته إلى الحاكم أي دعوته إلى حكمه، و حاكمته إلى الله تعالى اي دعوته إلى حكمه سبحانه، و منه قوله تعالى: { يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت و قد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضللا بعيدا}[7]، و منه قوله صلى الله عليه و سلم: (و اليك حاكمت)[8]، أي رفعت أمري و خصومتي إليك فلا حكم إلا إليك، و هو

Dictionnaire Hachette,encyclopédique.,p.86.

Robert :Dictionnaire méthodique du Française actuel.,p.69.

[1] المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم، سنة 1990، ص165.

[2] مختار الصحاح: دار القلم بيروت، سنة 1999، ص138، القاموس المحيط للفيروز ابادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، سنة 1978، معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء العاشر، المؤسسة المصرية العامة للتاليف و النشر، القاهرة، ص 31-32.

[3] المعجم العربي الحديث لاروس: مكتبة لاروس، باريس، سنة 1973، ص277.

[4] الصحاح في اللغة العربية و العلوم، دار الحضانة العربية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، ص285.

[5] المعجم الوسيط،ج 1، ط2، دون ذكر الناشر و تاريخ النشر، ص190.

[6] تاج العروس من جواهر القاموس، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان،ج 8، ص 252.

[7] سورة النساء، الآية رقم 60.

[8] صحيح البخاري، 2 /61.

من أسماء الله تعالى، قال الله تعالى: { افغير الله ابتغي حكما}[1]، و هو من الأسماء المشتركة التي تطلق على الذات الإلهية و على العباد[2]، و من ثم فالتحكيم شرعا يعني تولية و تقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعاه[3]، و مما سبق نخلص الى ان التحكيم في المعنى اللغوي يفيد اطلاق اليد في الشيئ او تفويض الامر للغير[4].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتحكيم

يعتبر التحكيم الطريقة الخاصة لفصل المنازعات بين الافراد و المؤسسات من قبل محكم او هيئة تحكيم يستند اليها مهمة البت في هذه المنازعة بموجب اتفاقية تحكيم، و يجوز ان يتم الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين او عدة عقود[5]، و اختلفت التعاريف الاصطلاحية حول التحكيم في التشريع و الفقه و القضاء حسب الزاوية التي ينظر اليه منها، حيث ترتكز بعض التعاريف على الطبيعة الرضائية للتحكيم، و البعض الاخر على صور التحكيم، و الاخر على استبعاد القضاء من نظر هذه المنازعات[6]، و منه تباينت و تعددت التعاريف الخاصة بالتحكيم و ذلك وفقا للزاوية التي يتناوله كل فقيه، و لم يتعرض المقنن الجزائري و المصري اسوة بالمقنن الفرنسي ومقننو دول مجلس التعاون الخليجي لتعريف التحكيم، حيث اكتفى بتبيين عناصره و خصائصه الذاتية التي تميزه عن اية وسيلة اخرى من وسائل فض المنازعات بين الاطراف كالصلح و التوفيق على سبيل المثال، تاركا الباب لاجتهاد الفقه و القضاء في هذا الشان[7].

1-التعريف التشريعي للتحكيم

اشار القانون النموذجي"Model law" للتحكيم التجاري الدولي الى ان: (اتفاق التحكيم بين الطرفين حسب نص المادة 2/2 يقصد به شرطا التحكيم في العقد، او اتفاق التحكيم الموقع عليه من الاطراف او الاتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة[8]، بان يحيلا الى التحكيم جميع او بعض المنازعات التي نشات او قد تنشا بينهما بشان علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية، و يجوز ان يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد او في اتفاق مستقل)، اما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 عرفته المادة العاشرة من قانون التحكيم التجاري المصري الجديد الفقرة الأولى بأن: (اتفاق التحكيم هو

---

[1] سورة الانعام، الاية رقم 114.

[2] محمود علي السرطاوي: التحكيم في الشريعة الاسلامية، د.ط، دار الفكر، عمان، الاردن، دون سنة، ص8-9.

[3] احمد غسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص 19.

[4] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة 2004، ص 244.

[5] الياس ناصيف: العقود الدولية (التحكيم الالكتروني)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2012، ص 13.

[6] مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، الاردن، سنة 2015، ص 21.

[7] انظر الى:.Loi Mauritanianne portant code de l'arbitrage(n°2000-6),Rev.arb.2001.,Document,p.935.,article1)

[8] مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 22.

اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشا أو يمكن أن تنشا بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية)[1]، و نصت المادة ذاتها على انه يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقا على النزاع سواء قام مستقلا بذاته او ورد في عقد معين، كما يجوز ان يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع و لو كانت قد اقيمت في شانه دعوى امام جهة قضائية[2]، و نصت المادة الثانية من القانون اليمني رقم 22 لسنة 1992 المعدل بالقانون رقم 32 لسنة 1997 بشان التحكيم: (التحكيم اختيار الطرفين برضاهما شخصا اخر او اكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات او نزاعات)[3]، و من التشريعات الاخرى التي وضعت تعريفا لاجراء التحكيم القانون التونسي رقم 42 لسنة 1993 المتعلق باصدار مجلة التحكيم، فقد نص الفصل الاول منه على انه: (التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض اصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند اليها الاطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم)، و هذا التعريف اخذ به المقنن الموريطاني في قانون التحكيم رقم 6 لسنة 2000، أما التشريع الجزائري فلم يتطرق إلى تعريف اتفاقية التحكيم و انما اعطى تعريفا لشرط التحكيم، و اكتفى بالنص على الشروط الشكلية و الموضوعية لاتفاقية التحكيم، فنظم مختلف أحكام التحكيم ضمن الباب الثاني من الفصل الأول من قانون الإجراءات المدنية الإدارية بمقتضى المواد من 1006 إلى 1065، و حسب نص المادة 1007 فان شرط التحكيم هو: (الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الإطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 اعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشان هذا العقد على التحكيم)[4]، و اتفاقية التحكيم قد تكون عبارة عن شرط في العقد الأساسي يذكر في صلبه و هو ما يعرف بالشرط التحكيمي، و قد تكون بمناسبة نزاع قائم بالفعل فيتفق على اللجوء إلى التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي و هو ما يعرف بمشارطة التحكيم أو عقد التحكيم[5]، و تجدر الإشارة إلى أن شرط التحكيم مستقل عن كل قانون يؤدي إلى بطلانه، و يمكن أن نجد أساسه في القواعد العامة في القانون المدني في نص المادة 104، و التي جاء فيها : (إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للإبطال فيطل العقد كله) [6].

---

[1] قانون رقم 27 لسنة 1994، متضمن قانون التحكيم المصري.

[2] عادل محمد خير: حجية و نفاذ احكام المحكمين و اشكالاتها محليا و دوليا، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص85.

[3] كتيب صادر عن المركز اليمني للتوثيق و التحكيم، دون ناشر، صنعاء، اليمن، الطبعة الثالثة، سنة 2004، ص 46.

[4] http://www.re7la.net/showthread.php?t=17270 في:22 /11:10/05/2013سا.

[5] دامن العربي، شنوف الجيلاني، عمور محمد علي: التحكيم التجاري الدولي وفق التشريع الجزائري، رسالة تخرج، معهد العلوم الانسانية و الاجتماعية، المركز الجامعي بورقلة، سنة 2000، ص24.

[6] زهيرة كيسي: مبدا استقلالية مبدا التحكيم التجاري عن العقد، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 24 و25ا فريل سنة 2013، ص4.

2-التعريف الفقهي للتحكيم

تباينت آراء الفقه سواء الفقه العربي او الفرنسي حول تعريف التحكيم، فقد عرف الفقه الفرنسي التحكيم بانه: (وسيلة ودية او سلمية لتسوية الخلافات بواسطة شخص او عدة اشخاص عاديين يسمون محكمين)[1]، و يعني في اصطلاح الفقهاء: (تولية الخصمين حكما يحكم بينهما)[2]، كما عرف التحكيم بانه: (النظر في نزاع بمعرفة شخص او هيئة، يلجا اليه او اليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع)[3]، و هناك راي اخر يعرفه بانه: (الطريق الخصومي للفصل في نزاع بواسطة الغير بمساعدة قضاء الدولة و تحت رقابته)[4]، كما يعرفه الفقه بان : (التحكيم عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر، على إحالة نزاع نشا بينهما أو ما ينشا بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين، على محكمين للفصل فيه بدلا من الالتجاء إلى القضاء المختص)[5]، او هو : (نظام يتمتع الافراد في ظله بحرية تعيين محكمين يعهد اليهم مهمة حسم نزاعاتهم)[6]، و جاء ايضا: (التحيكم تقنية تهدف الى اعطاء اعطاء الحل لمسالة تهم العلاقات بين شخصين او عدة اشخاص بواسطة شخص او عدة اشخاص اخرين "محكم او محكمين "، يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يشكل القاعدة التي ترتكز عليها تلك السلطة دون ان توليهم الدولة تلك المهمة)[7]، و تقترب تعريفات الفقه العربي لنظام التحكيم مع تعريفات الفقه الفرنسي فقد عرفه البعض بانه: (نظام لتسوية المنازعات عن طريق افراد عاديين يختارهم الخصوم اما مباشرة او عن طريق وسيلة اخرى يرتضونها)[8]، او هو: (الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين او او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به)[9]، كما يعرفه البعض الاخر بأنه: (نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاؤهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشا او نشأت بالفعل بينهم، بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية و التي

---

[1] و ترجمة التعريف باللغة الفرنسية كالاتي:(Mode amiable ou pacifique de règlement d'un diférend par une ou plusieurs personnes privées applées arbitres)

A.Héraud,A.Maurin,la justice,sirey1996.,p.149.

[2] نجيب احمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني، منشورات مركز الصادق، اليمن، سنة 2004، ص 16.

[3] علي صادق ابو هيف: القانون الدولي العام، الطبعة التاسعة، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1971، ص795.

[4] علي سالم ابراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص377.

[5] محمد كامل مرسى باشا: شرح القانون الدني (العقود المسماة)، ج1، د.ط، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2005، ص638.

[6] و ترجم التعريف باللغة الفرنسية كالاتي:(L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres librement désignés par elles,la mission de trancher leurs litige)

M.de Boisséson,le droit français de l'arbitrage interne et international,preface de P.Bellet,G.L.N.1990.,p.5.

[7] R.David,L'arbitrage dans le commerce international,Economica1982.,P.9.

[8] ابو زيد رضوان: الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981، ص19.

[9] احمد ابو الوفا: التحكيم الاختياري و الاجباري، منشاة المعارف، مصر، سنة 2001، ص 14، احمد مليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، سنة 1996، ص13، محمد انس قاسم جعفر: العقود الادارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات و المناقصات في مصر و لائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 253.

يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقا لمقتضيات القانون و العدالة بإصدار قرار قضائي ملزم لهم)، او هو: (وسيلة بمقتضاها يستغني الاطراف عن قضاء الدولة، فكما ان الافراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعتهم بالصلح فيما بينهم، فانهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص او اشخاص يختارونهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة)[1]، و يعرف التحكيم ايضا بانه وسيلة الفصل في المنازعات المدنية و التجارية يقوم على ارادة الخصوم باتفاقهم على عرض تلك المنازعات على اشخاص (محكمين)، يختارونهم و يحددون لهم مهمة التحكيم متضمنة القواعد القانونية التي تتبع امام هيئة التحكيم[2].

هذا و قد ذهب راي في الفقه[3] مقررا ان المقنن المصري قد تعرض لتعريف التحكيم حين نص في المادة 1/10 من القانون رقم 94/27 بشان التحكيم في المواد المدنية و التجارية على انه: (اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي نشات او يمكن ان تنشا بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت او غير عقدية)، و عرفه البعض بانه: (نظام لتسوية المنازعات عن طريق افراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة او عن طريق وسيلة اخرى يرتضونها، او هو مكنة اطراف النزاع باقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون، فيما تحل عن طريق اشخاص يختارونهم و لذلك لابد من اشتمال تعريف التحكيم على عنصرين هما، العنصر الاول هو اختيار المحكم من قبل اطراف النزاع بارادتهم الحرة لفض النزاع، و العنصر الثاني هو قيام المحكم باصدار حكم في النزاع المعروض عليه[4].

و نستخلص من هذه التعاريف، أن الفكرة التي يقوم عليها التحكيم تقوم أساسا على مبدأ سلطان الإرادة، وفق الشكل الذي يجيزه القانون بخصوص علاقاتهم القانونية، و مثاله نص المادة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31، على انه : (تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات و المتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم و باستخدام الوسائل التكنولوجية المعروضة في العالم الالكتروني، و في مجتمع المعلومات في فض المنازعات)[5].

يتضح من التعريفات السابقة ان الفكرة التي يقوم عليها التحكيم هو عدم اخضاع النزاع لمحاكم الدولة، و ذلك بناء على اتفاق الخصوم، و هذا الاتفاق قد يكون مدرج في بند في العقد المبرم بين الاطراف و يتم التوقيع عليه من قبل الاطراف عند توقيع العقد و هو ما يسمى بشرط التحكيم، و قد يكون الاتفاق منفصل

---

[1] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، سنة 2002 ، ص 37-38.

[2] حفيظة الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر، ص 7و ما بعدها.

و انظر ايضا، احمد سلامة: مفهوم و تعريف التحكيم مؤسسات التحكيم، مركز تحكيم عين الشمس، سنة 2008، ص40 و ما بعدها.

– محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص1.

[3] محمود السيد عمر التحيوي: اركان الاتفاق على التحكيم و شروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2001، ص 55، و كذلك: صبري احمد محسن الذيابات: اجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 2004، ص 3.

[4] مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 23.

[5] عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الالكتروني، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2009، ص37-44.

عن العقد و هو ما يسمى بمشارطة التحكيم[1]، و الواقع ان شرط التحكيم هو الاكثر شيوعا من الناحية العملية لانه يتم ابرامه في وقت يسود الوئام بين الاطراف، عكس المشارطة التي يتم ابرامها بعد حدوث النزاع مما يؤدي الى صعوبة ابرام اتفاق التحكيم[2].

الفرع الثاني: التفرقة بين التحكيم و النظم المشابهة له

اذا كان التحكيم كما سبق القول يعد وسيلة ودية للفصل في المنازعات التي تثور بين الافراد عن غير طريق القضاء العام في الدولة، فانه بذلك يتشابه مع غيره من الانظمة الودية الاخرى لذا لزم التمييز بينه و بين الانظمة المشابهة له لابراز ذاتيته و استقلاله عنهم، اذ ينبغي التفرقة بين التحكيم الدولي و القضاء الدولي من ناحية، و بين التحكيم الدولي و غيره من وسائل تسوية المنازعات من ناحية أخرى، و الفرق بين التحكيم و بين القضاء في القانون الدولي العام يعود الى ان التحكيم طريق قضائي يعتمد في وجوده و في تشكيل الهيئة التي تفصل في الخصومة على ارادة اطراف تلك الخصومة، الا ان المحكمة و تشكيلها و الاجراءات التي تطبقها يتولى القانون الدولي العام تحديد ذلك قبل قيام الخصومة، و قبل اتفاق ارادة الاطراف المنازعة على عرضها على المحكمة الدولية[3]، و مسالة التمييز بين التحكيم و الانماط البديلة لتسوية المنازعات ذات اهمية باعتبار ان التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر لا يصنف ضمن فئة الانماط البديلة لتسوية النزاعات، لانه يعتبر النمط السائد لتسوية منازعات التجارة الدولية في حين ان الوفاق و الوساطة يؤديان الى البحث عن اتفاق يعمل على تجنب النزعات، و يعتبر التحكيم اجراء يؤدي الى فض النزاع و اصدار حكم نافذ، بينما يعمل الوفاق و الوساطة على تفادي تكاليف الاجراءات القضائية و يحافظ على السرية و الكتمان، و لكن من الضروري عدم الخلط بين الوفاق و التحكيم بالرغم من تقاربهما و الصلة الوثيقة بينهما[4].

اولا: التمييز بين التحكيم الدولي و القضاء الدولي

يعتبر القضاء الدولي وسيلة لتسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهم على أساس احترام القانون، و من هنا نجد أوجه التشابه بينه و القضاء الدولي كما بينهما أوجه اختلاف.

1-أوجه التشابه

-يتفق التحكيم الدولي و القضاء الدولي في الهدف اذ يهدفان الى تسوية المنازعات بين الدول، على أساس احترام القانون، و كلاهما يقوم على أساس رضائية الأطراف.

---

[1] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين الشمس، القاهرة، رسالة الدكتوراه، سنة 2004، ص 347.

[2] و هند عزمي مسعود، ابو مغلي: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بدون ناشر، جامعة عين الشمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، سنة 2005، ص 160.

[3] عبد العزيز محمد سرحان: دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، الطبعة الثانية، دون ناشر، القاهرة، سنة 1986، ص 7.

[4] فيليب لوبولونجيه: الانماط البديلة لتسوية النزاعات (الاستثمار و العقود التجارية الدولية)، مركز الحقوق (اوراق مقدمة في مؤتمر قانوني)، جامعة بيروت-لبنان-، بتاريخ 14 و15 جوان سنة 1996، ص111 فما فوق.

2-أوجه الاختلاف

يعد التحكيم الدولي وسيلة مؤقتة و متجددة يبرم باتفاق الأطراف، بينما القضاء الدولي وسيلة دائمة تختص بالنظر في النزاعات القائمة قبل نشوب النزاع بغض النظر عن اتفاق الأطراف، كما يلعب القضاء الدولي دورا في إرساء مبادئ القانون الدولي بينما التحكيم الدولي دوره اقل في هذا المجال، و يتميز التحكيم الدولي بالسهولة في الإجراءات بينما القضاء الدولي يتطلب إجراءات معقدة، و يرى البعض التحكيم الدولي يتواءم أكثر مع سيادة الدولة في حين يرى البعض الأخر أن القضاء الدولي لا يتناقض مع سيادة الدولة، خاصة انه يتم اللجوء إليه بإرادة الدول المتنازعة.

ثانيا: التمييز بين التحكيم الدولي و الوسائل الدبلوماسية

يعد التحكيم الدولي وسيلة دبلوماسية غير انه يختلف عن الوسائل الدبلوماسية الأخرى، فإذا كانت المنازعات السياسية يلائمها الطرق الدبلوماسية فان النزاع الاقتصادي يلائمه عادة نظام التحكيم الدولي، في حين أن النزاع القانوني يناسبه التسوية عن طريق القضاء الدولي، حيث نصت المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة على انه : (يجب على أطراف كل نزاع أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضات و التحقيق و التحكيم و التسوية القضائية، أو أن يلجؤوا إلى الوكالات و المنظمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارهم) [1].

1-الوساطة

تتمثل الوساطة في قيام الاطراف بتعيين شخص يعمل على مساعدتهم في البحث عن اتفاق مبني على الصلح، كما يعمل الوسيط على تحرير مقترحات تبدو معقولة حول تسوية الخلاف على اساسه يصل الاطراف الى اتفاق[2]، و تعرف الوساطة بين الدول بانها قيام دولة محايدة أو منظمة دولية بنشاط لتقريب وجهات النظر و المصالح المتضاربة بين الدولتين المتنازعتين، و الوساطة عمل تطوعي و اختياري من قبل الطرف الوسيط الذي عادة ما يكون من الشخصيات المرموقة كرؤساء الدول أو وزراء الخارجية، و ابرز مثال على ذلك الدور الذي قام به الرئيس المصري في الوساطة بين قطر و المملكة العربية السعودية في تسوية الخلاف بشان الحدود سنة 1992، كما تعتبر الوساطة نوع من التوفيق بين الخصوم بتدخل شخص يسمى الوسيط ليقرب وجهات النظر و اقتراح الحلول المناسبة، و تشترك الوساطة مع التحكيم في الهدف المراد تحقيقه و هو فض النزاع بين الاطراف بتدخل شخص اخر محايد[3].

[1] خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، د.ط، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص120-125

[2] فيليب لوبولونجيه: الانماط البديلة لتسوية النزاعات (الاستثمار و العقود التجارية الدولية)، نفس المرجع، ص 112.

[3] عبد الباسط محمد الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، نفس المرجع، ص 36.

2-المساعي الحميدة

و تعني قيام دولة بمحاولة التقريب بين دولتين متنازعتين، و حثهما الدخول في مفاوضات دون أن تشترك تلك الدولة في المفاوضات بطريقة مباشرة، و ابرز مثال على ذلك المساعي الحميدة لفرنسا في النزاع القائم بين "كمبوديا" و "تايلاندا" سنة 1973.

3-التوفيق

يعتبر التوفيق و الوساطة[1] بجانب التحكيم من اهم الوسائل الودية لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية، و حتى عند اللجوء الى التحكيم نجد ان الاطراف يتفقوا غالبا على اللجوء الى التوفيق او الوساطة كاجراء تمهيدي سابق قبل عرض النزاع على التحكيم، و نظام التوفيق ليس بالجديد، حيث نصت عليه المادة 06 من الفصل الخامس من الباب الثالث من الدستور الفرنسي لسنة 1791 على انه : (لا يمكن للقضاء العادي ان يقبل اية قضية مدنية دون ان يتاكد من ان الاطراف حضروا و ان المدعي كلف خصمه بالحضور امام وسيط من اجل التوفيق بينهما)[2]، و يقصد به إحالة النزاع القائم بين الدولتين إلى لجان أطلق عليها اسم لجان التوفيق و هي لجان محايدة مهمتها التمهيد لحل هذا النزاع، و ذلك من خلال فحص الوقائع موضوع النزاع و التقرير الذي تعده ليس إلزامي بالنسبة لأطراف النزاع، و عادة ما تشكل عن معاهدة بهدف مواجهة أي نزاع في المستقبل، و يعرف بعض الفقهاء التوفيق بانه النظام الذي يقوم على: (تدخل شخص او جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما، و تسوية النزاع الذي ثار فيما بينهما، و ذلك عن طريق حل يستند الى ارادة الطرفين، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق الا باتفاق الطرفين)[3].

4-الصلح

يعتبر التحكيم و الصلح من طرق تسوية المنازعات بدلا من القضاء، و كليهما يعتبران من العقود الرضائية استنادا الى ارادة اطراف النزاع، و المنازعات التي يتم فصلها بالتحكيم و الصلح هي التي ترتب حقوقا مالية و لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي فانها تقبل الصلح و التنازل[4]، و هي وسيلة من وسائل حل المنازعات يتم في صورة عقد و بمقتضاه يتفق أطراف النزاع أو من يمثلونهم، على حسم الخلاف الناشئ أو الذي يمكن أن ينشا بينهم، بتنازل كل منهم على وجه التقابل عن جزء من الحق الذي يطالب به

---

[1] معظم الفقهاء في فرنسا لا يفرقون بين التوفيق و الوساطة Médiation باعتبارهما وسيلتان متطابقتان لتسوية المنازعات بطريقة ودية، و مما يؤكد ذلك معالجة هؤلاء الفقهاء للتوفيق و الوساطة معا، و خاصة عند التعرض لمسالة التمييز بينهما و بين التحكيم، انظر الى :

B.Oppetit,Arbitrage,médiation et conciliation,Rev.arb.1984.,PP.307-324.

Ph.Fouchard,E.Gaillard,B.Goldman,Traité de l'arbitrage commercial international,Litec1996.,pp.16 et s

Ch.Gavalda et C.Lucas de Leyssac,L'arbitrage,Dalloz1993,PP.16-17.

[2] Ch.Jarrosson,la notion d'arbitrage,op.cit.,p.178.,note10.

[3] يسري محمد العصار: التحكيم في المنازعات الادارية العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001، ص 44.

[4] ماهر محمد صالح عبد الفتاح: اتفاق التحكيم وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، نفس المرجع، ص99.

خصمه و له أهمية في الحفاظ على صلات الود والتآخي، و يتفق الصلح و التحكيم في أن كليهما يعد من وسائل حسم النزاع دون اللجوء إلى القضاء، و يختلفان من حيث ان الصلح يتم بالتنازل عن بعض أو كل ما يتمسك به طرفا عقد الصلح أما التحكيم فيحسم النزاع بحكم ملزم صادر عن المحكم، كما ان الصلح يتم بحوار مباشر بين الأطراف أو ممثليهم، و إذا تدخل المصلح فدوره يقتصر على تقريب وجهات النظر بين الطرفين، أما المحكم فيتمتع بمركز قانوني خاص يملك بمقتضاه إصدار قرار ملزم للأطراف المحتكمة أمامه، و اما حكم المحكم يجوز الطعن فيه و فقا للقواعد العامة المعمول بها بالقانون في حين عقد الصلح فانه يلزم طرفيه، و لكنه يمكن أن يكون قابلا للفسخ أو البطلان وفقا للقواعد العامة في القانون المدني، و عقد الصلح غير قابل للتنفيذ بذاته، إلا إذا ورد في عقد رسمي أو اقر به الخصوم أمام المحكمة و تم اثباته في ضبط الجلسة، أما حكم التحكيم فيعتبر سندا تنفيذيا متى صدر الأمر بتنفيذه من القضاء المختص[1]، و مادام الصلح يقتضي التنازل عن كل او بعض ما يتمسك به طرفا عقد الصلح فهذا يقتضي معرفة كل خصم مقدما ما سوف يتنازل عنه، بينما في التحكيم فان كل خصم يجهل الحل الذي سينتهي اليه النزاع لان ذلك يرجع الى تقدير المحكم[2]، كما تجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى هذه الوسائل السلمية لا تخضع لأي قيود أو مواعيد، حيث يجوز البدء فيها في أي وقت و إنهاؤها في أي حال يكون عليه النزاع[3].

و بالرجوع الى القانون المدني الجزائري تعرف المصالحة حسب المادة 459 بانها عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك أن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه[4]، و عقد الصلح من العقود الملزمة لجانبين يلتزم كل طرف فيه اتجاه الآخر بالتنازل عن ادعاءاته و بالتالي يقطع الخصومة وديا بناء على إرادة المتخاصمين، و حسب المادة 58 من القانون رقم 10/06 المعدل و المتمم للقانون رقم 07/05 المتعلق بالمحرقات، تسوى النزاعات الناشئة عن عقد امتياز النقل بواسطة الأنابيب عن طريق المصالحة أو التحكيم[5].

الفرع الثالث: تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

اذا كان الفقه و القضاء قد اتفقا على ان التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الافراد، إلا أنه ظهر الخلاف بينهما حول تحديد طبيعته القانونية، فذهب اتجاه الى أن أساس التحكيم

---

[1] محمد السيد عرفه: التحكيم و الصلح و تطبيقهما في المجال الجنائي، نفس المرجع، ص36-39.

[2] خالد عبد الله الياقوت، طارق عبد الرؤوف صالح: التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي، الطبعة الاولى، دون ذكر دار النشر، سنة 2004، ص44.

[3] جلال وفاء محمدين: تسوية منازعات التجارة الدولية في منظمة التجارة العالمية (الخصائص-القواعد و الاجراءات-التنفيذ)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، الاسكندرية، الجامعة الجديدة، العدد الاول، سنة 2001، ص 92.

[4] المادة 459 من الامر 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 29 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

[5] نعيمة اكلي: الاطار القانوني الناظم للقطاع- عقود الشراكة، البحث و/او الاستغلال و الامتياز نموذجا- ، نفس المرجع، ص15 فما فوق.

يكمن في ارادة الاطراف في الالتجاء اليه و اختيار افراد عاديين ليست لهم في الاصل اية سلطة قضائية لحل النزاع القائم بينهم، و الخضوع لما يصدرونه من قرارات ليست لها طبيعة قضائية، و ذهب اتجاه آخر الى اضفاء الطابع القضائي على التحكيم استنادا الى ممارسة المحكم لوظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي و هي الفصل في المنازعات المثارة بين الاطراف المحتكمة بواسطة حكم له طبيعة الاحكام القضائية، في حين اتجه راي اخر ثالث يجمع بين الاتجاهين معا ياخذ بالطبيعة المختلطة للتحكيم.

اولا: التحكيم ذو طبيعة تعاقدية

يرى انصار هذا الاتجاه ان أساس التحكيم يكمن في ارادة الاطراف في الالتجاء اليه، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الخضوع لما يصدرونه من احكام[1]، فالمحكمون في نظر هذا الاتجاه ليسوا بقضاة و ليست لهم في الاصل ولاية الحكم، و احكامهم تنتفي فيها الطبيعة القضائية ذلك انها تستمد اثارها من ارادة الخصوم الذين اتفقوا سلفا على الخضوع للتحكيم[2]، و يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن تشريعات التحكيم التي تسنها الدول لا تخضع لأحكام آمرة، فعملية التحكيم تشبه بالهرم قاعدته الاتفاق وقمته الحكم، و من ناحية الغاية فان التحكيم يختلف عن القضاء في أن الأخير يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أما التحكيم فهدفه تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم[3]، لذلك فقد أجمل بعض الفقه أسانيد هذه النظرية في ان التحكيم جوهره التقاء إرادة المحتكمين بقرار المحكم، و سلطة المحكم مصدرها الإرادة الذاتية للأطراف حيث ان عمل المحكم ليس عمل قضائي فقد يكون المحكم أجنبيا، و نصت المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 72-626 الصادر في جويلية سنة 1972، على انه يجوز الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيع الأطراف التصرف فيها بإرادتهم، ثم تولت المادة 2060 تحديد المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم، و رغم أن هذا الاتجاه الفقهي لا يخلو من وجاهة إلا انه خلط بين استناد التحكيم في البداية على إرادة الأطراف و بين كون المحكم ذاته لا يرتكن إلى هذه الإرادة، فمهمة المحكم ليس الكشف عن إرادة الخصوم و إنما هي حل النزع[4].

---

[1] محمد مختار احمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، نفس المرجع، ص 8.

[2] محمد حامد فهمي: تنفيذ الاحكام و السندات الرسمية و الحجوز التحفظية، الطبعة الاولى، مطبعة فتح الله الياس النوري و اولاده، سنة 1973، ص 62، و اشارت المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 حين قررت صراحة بان: (حكم المحكمين ليس حكما =قضائيا)، انظر الى: احمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية و الاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1979، ص 204.

[3] ذهب البعض من فقهاء المالكية و الزيديةالى ان نظام التحكيم له طبيعة تعاقدية فهو من باب الوكالة، لذلك لا يشترطون في المحكم ما يشترط في القاضي، كما انهم يجيزون للخصوم عزل المحكم في اي مرحلة، و ذهب اكثر فقهاء المسلمين الى ان التحكيم له صفة قضائية، و لذلك اشترطوا في المحكم ما يشترط في القاضي كما جعلوا لحكم المحكم قوة الزامية كقوة الحكم القضائي، و لم يجيزوا عزل المحكم الا باتفاق الخصمين و قبل ان يصدر حكمه، انظر الى: البحر الرائد،ج5، ص 25، المنتقى، ج 5، ص227، مغني المحتاج، ج3، ص261 ، المغني، ج7 ص 321، البحر الزخار، ج 6، ص 114، المحلى، الجزء العاشر، ص 87.

[4] حسن محمد هند: التحكيم في المنازعات الادارية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004، ص46-50.

ثانيا: التحكيم ذو طبيعة قضائية

بخلاف الاتجاه السابق ذهب الجانب الاخر الى اضفاء الطابع القضائي على التحكيم استنادا الى تطابق وظيفة المحكم مع الوظيفة القضائية التي يباشرها القاضي[1]، فقد ذهب هذا الراي الى ان القضاء ذو طبيعة تسمح باستيعاب كل الطرق التي توصل اليه و اهمها طريق التحكيم[2]، فالوظيفتان متطابقتان لا اختلاف بينهما من حيث المصدر[3] باعتبار ان المحكم يختاره الاطراف اما القاضي فيتم تعيينه من قبل الدولة[4]، فالمحكم شخص يخول له القانون سلطة حسم الادعاء و القول ما اذا كان الادعاء يتطابق او لا يتطابق مع قاعدة التشريع، و منه فان المحكم يباشر ذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي و هي حسم المنازعات بين الافراد، و ان تحديد هذه الوظيفة تكون بالنظر اليها من خلال طبيعة المهمة الموكولة للمحكم و الدور الذي يقوم به التحكيم كنظام لحل المنازعات[5]، و الراي الغالب اليوم ان التحكيم قضاء الا ان ذلك لا يعني ان حكم المحكم له نفس خصائص حكم القاضي حيث ان اتفاق التحكيم عقد فبتالي طبيعة التحكيم ستكون خاصة، و نظرا لان الصفة القضائية للتحكيم لا يجب ان تؤدي الى تطبيق قواعد قضاء الدولة، فيمكن ان يكون المحكم اجنبيا كما انه لا يخضع للمسؤولية التي يخضع لها القاضي[6].

ان القرار التحكيمي هو عمل من اعمال القضاء[7]، و المحكم لا يعمل بارادة الخصوم وحدها بل المنازعة هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الخصوم، فمهمة المحكم اختصاص النظر في النزاع المعروض عليه و هو يمارس في ذلك وظيفة تعود في الاصل لقضاء الدولة، كذلك فان الطبيعة القضائية للتحكيم تظهر بمجرد صدور القرار التحكيمي و قبل اعطائه الصيغة

---

[1] R.David,Arbitrage et droit comparé,RIDC1959.,p.1.,spéc,p.7.

[2] B.Oppetit,justice étatique et justice arbitrale,in etude offertes à p.Bellet,Litec1991.,p.415.,spec,pp.415et s.

[3] V.E.Krings,L.Matray,Le juge et l'arbitre,RDIDC1982.,P.227.,Spéc,p.241.

[4] محمد الحبيب الشريف: القاضي و المحكم، مقال مقدم الى ملتقى وطني بالمعهد الاعلى للقضاء حول التحكيم في ظل العولمة، تونس، بتاريخ 24 ابريل سنة 1998،ص 37.

[5] عزمي عبد الفتاح عطية: قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1990، ص 23.

[6] شعيب احمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر، العراق، سنة 1981، ص 14-15.

[7] ذهب بعض المالكية و منهم العلامة ابن الماجشون الى ان المتخاصمين يصيرا ملزمين بحكم المحكم منذ ارتضائهما بالمحكم، و قبل ان ينظر في البينة، و على ذلك لا يجوز عزل المحكم من احد الطرفين بعد الاتفاق على التحكيم و حتى صدور الحكم، و استدلوا بالطبيعة القضائية للتحكيم من باب الولاية تختص بالحكم على الخصمين بخلاف ما يرضيانه، على خلاف الوكالة اذ لا تكون بحضرة الموكل الا بما يرضاه، ثم ان الحكم اوجب لخصمه حقا بالتحكيم و هو فصل النزاع عن طريق التحكيم فليس له ان يرجع على ذلك الا برضاه.

انظر الى: المنتقى شرح الموطا، ج5، ص 227 و الفروق للقرافي 13/4 الفرق رقم 204.

المنتقى227/5، حاشية الرهوني علي الزرقاني301/7.

– و قد ذهب بعض الحنابلة و قول مرجوح عند الزيدية حيث يرون انه لا يجوز لاحد الخصوم عزل المحكم بعد اتفاقهما على تحكيمه، و استدلوا بان ارادة كلا الخصمين هي المنشئة لولاية المحكم فلا يمكن ان يستبد احدهما بعزله، بل لابد من اتفاق ارادتهما على عزله، انظر الى: المغني و الشرح الكبير، ج11، ص 484، و البحر الزخار 114/6

التنفيذية[1]، و ذهب إلى هذا الاتجاه الرأي السائد في الفقه الفرنسي و الرأي الغالب في الفقه العربي، و معظم التشريعات الحديثة كالتشريع اليمني، المصري و الفرنسي[2]، و استندوا الى ان وظيفة المحكم كوظيفة القاضي يطبق القانون و يصدر منه حكما فكلاهما يهدفان إلى الفصل في النزاع، كما ان أحكام المحكمين تستند إلى اتفاق التحكيم و المقنن هو الذي يعترف بها شانه شان القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه، و حكمه يجب تسبيبه كما يمكن استئنافه و تصف اغلب التشريعات قرار المحكم بأنه حكم، و ذهب فريق من الفقهاء بان التحكيم هو القضاء الأصلي في المنازعات التجارية الدولية و ليس البديل الموازي لانعدام وجود قضاء دولي، كما ان المرافعة و إبراز المستندات و المدد من الأمور الإجرائية أمام التحكيم، لذا فالتحكيم ليس ذو طبيعة تعاقدية، مما سبق يتضح أن الطبيعة القضائية للتحكيم هي التي تحظى الآن بتأييد واسع في أحكام القضاء في فرنسا و بلجيكا، فقد اتجه القضاء الفرنسي منذ نهاية القرن الماضي على اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، أما القضاء العربي فقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في عدد من أحكامها و كذلك محكمة التمييز الأردنية التي قضت بأنه: (يتضح من نصوص المواد 12 و 13 من قانون التحكيم أن قرار المحكمين حكما)، و هذا الاتجاه لم يسلم بدوره من النقد لان المحكم و ان كان يقوم بنفس وظيفة القاضي أي الفصل في النزاع إلا انه لا يتمتع بأهم صفات القاضي و هي سلطة الأمر، غير أن هذا الاتجاه الذي يقرر قضائية التحكيم يجعل منه قضاء استثنائيا[3].

ثالثا: الطبيعة المختلطة للتحكيم

أمام الإنتقادات التي وجهت الى أنصار النظريتين السابق بيانهما، ظهر إتجاه ثالث يضفي عل التحكيم طبيعة مركبة "Complexe" او مختلطة "Mixte"، ذلك ان القول بان التحكيم ذو طبيعة عقدية فقط او ذو طبيعة قضائية فقط يثير كثيرا من الاشكالات لان عملية التحكيم لا تسير على وتيرة واحدة، لذا من

---

[1] و تجدر الاشارة الى ان الفقهاء قد اتفقوا على ان للمتخاصمين الحق في عزل المحكم قبل شروعه في الحكم و لا يعتد بحكمه بعد عزله، اما بعد شروعه في الحكم فذلك ما اختلف فيه العلماء، انظر البحر الرائد28/7، الطبعة الاولى، المنتقى شرح موطا مالك، مطبعة السعادة،1331هجري، 266/5،الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الاميرية، بولاق146/7، الشرح الصغير للدردير، طبعة دار المعارف، مصر، سنة 1972،516/2،المغني لابن قدامة، طبعة مكتبة القاهرة، سنة 1968، 95/10، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1975، ص 94، مجلة الاحكام العدلية، المادة 1847.

[2] و استشهد بعض الفقهاء على انه ليس للمتخاصمين ان يرجعا عن المحكم بعد سماعه لدعواهما– و لو لم يكن قد حكم بينهما– بما فعله علي ابن ابي طالب رضي الله عنه عندما اعترض عليه الخوارج و احتجوا على التحكيم قبل ان يحكم الحكمان، اذ قالوا له: (انا اخطانا حين رضينا بالمحكمين و قد بان لنا زللنا فرجعنا الى الله و تبنا، فارجع يا علي و تب الى الله)، فقال لهم رضي الله عنه: (و يحكم ابعد الرضا و الميثاق نرجع؟ اليس الله قد قال: " و اوفوا بعهد الله اذا عاهدتم و لا تنقضوا الايمان بعد توكيدها و قد جعلتم الله عليكم كفيلا "، و قال الله تعالى: " يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود "، انظر الى ابن ابي الحديد: شرح نهج البلاغة 238/2 و انساب الاشراف 352/2، و انظر كذلك: مسعود الجهني: التحكيم في الشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، طبعة مكتبة دار الايمان، المدينة المنورة، السعودية، سنة 1994، ص 142.

[3] نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي: التحكيم في القوانين العربية (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و الانظمة الوضعية)، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، سنة 2006، ص50–54.

الأجدر الجمع بين الصفة الاتفاقية و الوظيفة القضائية، بحيث يستفيد من مزايا العقد و مزايا الحكم في ذات الوقت[1]، فقد ذهب راي الى ان الصفة العقدية للتحكيم تبدا بمجرد الاتفاق على الالتجاء اليه ثم تنتهي في مرحلته الاخيرة الى قضاء و هو قرار التحكيم[2]، و يذهب أنصار النظرية المختلطة إلى أن أصحاب النظريتين السابقتين يقفون موقف متشدد وإذا كان التحكيم هو نتيجة للتوتر المستمر بين مقتضيات احترام سلطان الإرادة و مقتضيات أحكام التنظيم القانوني، فانه يبدو و كأنه من الحلول التي تقيم التوازن بين هذين التناقضين ففكرة العقد هي تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة، و من ناحية أخرى يتمثل في فكرة القضاء أي اقتضاء الحق في حالة نشوب النزاع عن طريق الانصياع لحكم القانون و العدالة، بمعنى ان التحكيم ليس اتفاقا محضا و لا قضاء محضا و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، فهو من أوله اتفاق و في وسطه إجراء و في أخره حكم، لهذا قالوا أن التحكيم ذو طبيعة مركبة فصفة التعاقدية مفادها فض النزاع بواسطة المحكمين، و الصفة القضائية مفادها حسم النزاع بواسطة المحكمين بحكم قضائي بدلا من القضاء[3]، و رغم ما يتضمنه هذا الرأي من و جاهة و محاولة الجمع بين الرأيين سالفي الذكر، إلا أن البعض وجه له أسهم النقد باعتبار انه اختار للرأي الأسهل ولم يتصدى للمشكلة كما انه اخذ بالفكرة التحويلية للتحكيم من عقد إلى قضاء، و القول بالطبيعة المختلطة لا معنى له إذ يجب تحديد طبيعة التحكيم[4]، و الراجح ان التحكيم له طبيعته الخاصة فهو يجمع بين حقيقتين حقيقة كونه يتبع الاسس و الاجراءات القضائية المتبعة امام المحاكم، و حقيقة كونه يقوم على اساس اتفاق منشؤه ارادة الخصوم و يطبق بشانه القواعد القانونية الواجبة التطبيق، و بهذا فان حكم المحكم ليس له صفة تعاقدية لانه و ان كانت بدايته ارادية باتفاق الخصوم، إلا أنه ينتهي بحكم قضائي نافذ جبرا على المحكمين[5].

[1] احمد مليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، نفس المرجع، ص52.

[2] محمد شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة، ص 20.

[3] ذهب بعض فقهاء الحنفية الى ان التحكيم ذو طبيعة خاصة يعني انه يجمع بين كونه وكالة عن الخصمين و بين كونه حكما قضائيا، فهو بذلك ارقى من الوكالة و ادنى من القضاء، فالقضاء ولاية عامة و التحكيم ولاية خاصة، و بناء على هذا جعلوا لحكم المحكم صفة الحكم القضائي اذا ارتضاه الخصمان، فيكون بذلك قد اخذ الصيغة التنفيذية، و لكنه ايضا لا يكون له صفة الحكم القضائي اذا اتفق الخصمان على رفض الحكم و عدم تنفيذه، انظر الى: فتح القدير، ج5، ص 498، و لمناقشة الاراء حول طبيعة التحكيم ادلة كل راي الرجوع الى: قحطان الدوري:عقد التحكيم في الشريعة الاسلامية، نجيب احمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و الانظمة الوضعية، ص41-58.

[4] حسن محمد هند: التحكيم في المنازعات الادارية، نفس المرجع، ص53-54.

[5] مسعود عواد احمد الرقاني الجهني: التحكيم في الشريعة الاسلامية و النظم الوضعية، الطبعة الاولى، مكتبة دار الايمان، المدينة المنورة، السعودية، سنة 1994، ص 266.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم في الاتفاقيات الدولية و القوانين الداخلية

يقصد بالتحكيم في الاساس منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية، و ذلك لان الشركات العملاقة و التي تعتبر طرفا هاما في عقود الاستثمار لا ترغب في تطبيق القوانين الوطنية بما تقتضيه المصالح الاقتصادية للدولة المستثمرة[1]، و بظهور النظام العالمي الجديد و مؤسسات التمويل و صناديق الاستثمار الاقليمية و الدولية ادى الى ظهور نظام جديد لتسوية منازعات الاستثمار و التي تتعلق بتلك الانشطة العالمية، و بذلك ظهر التحكيم الدولي و هو الاسلوب المتميز و الذي قبلت به الدول اختيارا لتسوية منازعاتهم بالطرق السلمية، وباخذ الدول بهذا النظام حدث تطورا في قواعد القانون الدولي العام خاصة فيما يتعلق بالعقود الدولية، فظهرت لاجل ذلك فروع جديدة منها على سبيل المثال القانون الاقتصادي الدولي و قانون التجارة الدولي، و وجدت هذه القوانين لتخدم التحكيم الدولي بين الدول و المؤسسات العامة ذات الجنسيات المختلفة[2].

يدل استقراء الاتفاقيات الدولية العربية على التوجه نحو الاخذ بنظام التحكيم كاجراء لتسوية منازعات الدولة المضيفة مع شركات البترول المستثمرة[3]، و يمكن أيضا أن يتم اختيار اللجوء إلى التحكيم الدولي عند نشوب النزاع بين الطرفين كحل وسط فالشركة كطرف في النزاع يجب أن تأخذ في عين الاعتبار المبلغ المتنازع حوله و مدى تأثير ذلك في مستقبل العلاقات الاستثمارية مع الدولة المضيفة[4]، كما يكتسب التحكيم شرعيته و مجال التطبيق الداخلي بموجب انضمام الدولة الى اتفاقية دولية تتصل به، حيث تعد تلك الاتفاقية بمثابة قانون داخلي تلتزم به الدولة الموقعة على الاتفاقية[5]، و قد عبر عن ذلك الفقيه " كرلستون Carlston " بقوله: (قد يحجم المستثمرون عن استثمار اموالهم في دولة يعلمون ان اللجوء الى القضاء الوطني في الدولة المضيفة هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها ضرر من جراء تصرف تاتيه هذه الدولة، ذلك انه يعني ان الدولة المضيفة تصبح خصما و حكما في ان واحد، و يؤدي هذا الامر الى تضييق نطاق الاستثمار في تلك الدول و عائقا لنمو نشاطهم التجاري او الصناعي)، كما اخذت منظمة الاوبك بنظام التحكيم و دعت الى العمل به كاجراء لتسوية المنازعات

---

[1] محمود مختار احمد البريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، نفس المرجع، ص15.

[2] رقية رياض اسماعيل: خضوع الدولة للتحكيم و نظرية السيادة التقليدية، دون ناشر، القاهرة، رسالة دكتوراه، سنة 2001، ص5.

[3] تنقسم عقود الدولة الدولية الى: الاتفاقيات الدولية و تخضع لاحكام القانون الدولي العام، و عقود الدولة ذات الطابع الدولي و هي العقود التي تبرم بين دول نامية و مشروع خاص اجنبي يكون موضوعه استغلال ثروة طبيعية او اقامة منشات صناعية بهدف التنمية لاجل طويل، انظر الى: مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي–دراسة مقارنة– ، نفس المرجع السابق، ص49، و من هذه الاتفاقيات، اتفاقية السعودية و ارامكو سنة 1933 (م31)،العراق و شركة نفط العراق سنة 1925 (م41)، العراق و شركة نفط الموصل سنة 1932 (م39)، العراق و شركة نفط البصرة سنة 1938(م41)، السعودية و شركة جيتي سنة 1949 (م21)،السعودية و الشركة اليابانية سنة 1957 (م55).

[4] Mathias Collot et Laurent Debeand Pekin :annales des mines,2000,p9.

[5] نذكر على سبيل المثال: اتفاقية نيويورك سنة 1958، اتفاقية جنيف سنة 1961، اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965، انظر الى عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية (دراسة تحليلية في ضوء احدث احكام قضاء مجلس الدولة)، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص 143.

البترولية بدلا من القضاء الوطني لمرونة إجراءاته و إختصار وقته و تكاليفه فضلا عما يمنحه من اطمئنان لدى المستثمرين الاجانب، كذلك أوضح مجمع القانون الدولي في دورته التاسعة و الاربعين انه لصالح التطور الاقتصادي العالمي ينبغي ان تتضمن الاتفاقيات الاقتصادية و المالية المتعلقة بمشروعات التنمية و التي تبرمها الدول فيما بينها او مع المنظمات و المؤسسات الدولية اتفاق التحكيم، كما تضمن هذه المعاني تقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي للانشاء و التعمير و الملحق باتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الاخرى[1]، و يحتل التحكيم في الوقت الراهن مكانا بارزا سواء على المستوى الداخلي او على المستوى الدولي، فالواقع الاقتصادي خاصة على الصعيد الدولي يجد ان الافراد يتجهون اكثر و هم بصدد حل منازعاتهم الى التحكيم لما يتميز به من بساطة في الاجراءات و سرعة الفصل في المنازعات لذا كان اللجوء الى التحكيم[2]، و التحكيم له الدور الهام في تسوية المنازعات الدولية سواء كانت منازعات بين الدول او بين الدول و اشخاص القانون الدولي الاخرى، او بين هذه الاخيرة او بين شخص عادي و شخص من اشخاص القانون الدولي[3]، كما يهدف نظام التحكيم الى تحقيق الحلول الذاتية التي تتناسب مع معاملات عقود التجارة الدولية[4]،

من خلال ما سبق ذكره يمكن تقسيم هذا المطلب الى الفروع التالية، نتناول في الفرع الأول تضمين قواعد التحكيم في بنود الإتفاقيات الدولية ، ثم إدراج قواعد التحكيم في قوانين الاستثمار الوطنية في الفرع الثاني.

الفرع الاول: تضمين قواعد التحكيم في بنود الاتفاقيات الدولية

تتضمن بعض العقود الدولية القواعد التي تنظم اجراءات التحكيم، و ذلك بان تحدد بعض العقود مباشرة القواعد الاجرائية التي تحكم المنازعات الاستثمارية، فقد تتبنى في ذلك اجراءات قضائية محلية او دولية، و تطبيقا لذلك الاجراء ما نصت عليه المادة 1/45 من العقد المبرم بين مصر و شركة " فيلبس" سنة 1963 من انه : (يحال الى التحكيم طبقا لقانون الاجراءات المدنية للجمهورية العربية المتحدة اي نزاع بين الحكومة و الاطراف يتعلق بتفسير هذا العقد او الادعاء بمخالفته...)، اما عقود التنمية الليبية التي ابرمت في ظل احكام القانون رقم 25 لسنة 1955 فانها تخضع في تنظيمها الى احكام هذا القانون الذي تقضي المادة 28 منه باحالة المنازعات الى التحكيم و تطبيق القواعد الاجرائية الواردة في المواد من

---

[1] انشات هذه الاتفاقية مركزا دوليا لتسوية المنازعات الاستثمارية، و جاء في التقرير المشار اليه في المتن ما يلي:
البند 09 : (ان القصد من انشاء مؤسسة لتبسيط وسائل تسوية المنازعات بين الدول و المستثمرين الاجانب يشكل مرحلة من الثقة المتبادلة، و من ثم يحث على المزيد من دخول راس المال الخاص الدولي على نطاق واسع الى البلاد التي ترغب في اجتذابه...)، انظر الى: احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع السابق، ص338-340.

[2] وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الادارية ذات الطبيعة التعاقدية-دراسة مقارنة في فرنسا، مصر و دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي- دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2010، ص 13.

[3] رياض صالح ابو العطا: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص 295.
و كذلك سامية: اثر التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1984، ص529.

[4] ماهر محمد صالح عبد الفتاح: اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، القاهرة، سنة 2004، ص5.

39 الى 64 من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية، و قد انتهجت بعض العقود الدولية اسلوبا غير مباشر في تحديد القواعد الاجرائية و ذلك اما بتخويل طرفي النزاع سلطة تحديد هذه القواعد و اما بترك ذلك لمجلس التحكيم ليقرر ما يشاء بشانها، كما تبنت بعض الاتفاقيات حكم القواعد العامة التي تقضي بخضوع التحكيم للقواعد الاجرائية المحلية في الدولة التي ينعقد فيها مجلس التحكيم.

و جاءت بعض العقود الدولية تخلو من القواعد التي تنظم اجراءات التحكيم و عند الاطلاع على هذه العقود يمكن معها الاستدلال بطريق مباشر او غير مباشر على تلك القواعد، و يثور التساؤل حول ماهية القواعد الاجرائية واجبة التطبيق عندما يتضمن عقد دولي الاخذ بنظام التحكيم كوسيلة لفض النزاع ثم يغفل تنظيم اجراءاته؟، اجاب عن ذلك الاستاذ " فوشارد Fouchard " بقوله انه: (لما كان التحكيم يتاسس على مبدا الرضائية، فانه يتعين على اطراف النزاع عند وضع عقد لتحكيم الخاص الاتفاق حول القواعد التي تنظم التحكيم، و في حالة غياب مثل هذا الاتفاق فان على محكمة التحكيم ان تقوم باستخلاص هذه القواعد من النية المشتركة للاطراف، و عندما تعجز المحكمة عن ذلك فلا مجال من تطبيق القواعد العامة في القانون الدولي الخاص، و التي تقضي بخضوع المسائل الاجرائية لقانون محل الفصل في النزاع، اي انه على محكمة التحكيم ان تتبع و تحترم الاجراءات المقررة في الدولة التي تعقد فيها جلساتها، و يجد هذا القول تاييدا في العمل الدولي حيث تضمنته اتفاقية جنيف الخاصة بالتحكيم الصادرة بتاريخ 24 سبتمبر سنة 1923، كما تبنته اتفاقية نيويورك الموقعة بتاريخ 10-06- 1958، و التي اقرها مؤتمر الامم المتحدة و الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، و على ذلك فان النص على اجراء التحكيم في بلد اجنبي مثل " لاهاي بهولندا " يوجب اخضاع اجراءات التحكيم الى ذلك القانون عند غياب اتفاق اطراف النزاع[1].

و باعتبار منازعات الاستثمار ذات طابع اقتصادي فانه من الافضل ان نصل الى حلول تحقق العدالة و توفق فيما بين الاطراف المتنازعة، و بما ان معظم الدول المستوردة لراس المال لا ترتبط بمواثيق دولية و التي تحملها التزامات معينة و تفضل هذه الدول في تنظيم علاقاتها مع المستثمرين الاجانب عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية او القوانين الداخلية التي تتضمن من القواعد ما يتناسب و ظروفها المختلفة، فالنصوص ذات المصدر الدولي و اهمها الاتفاقيات الدولية كثيرا ما تتضمن التعبير عن القواعد الحاكمة للمعاملات الدولية و تطبق نصوصا قانونية وطنية كلما تعلق الامر بنزاع بين اطراف ينتمون الى دولة مصادقة على الاتفاقية، كما انه و في بعض العقود الدولية اجريت عدة تحكيمات استنادا الى شرط التحكيم الوارد بها، و بما ان التحكيم بموجب اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار اصبح اكثر استخداما، فالدولة لها الحرية في تقرير موافقتها او عدم موافقتها باخضاع المنازعات الاستثمارية الحالية و المستقبلية لاختصاص المركز و ايضا للمستثمر الاجنبي كامل الحرية في عرض

[1] احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار(دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 79-84.

النزاع على المركز من عدمه، و في السنوات الاخيرة قامت هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالتوسع في تفسير الطابع الاختياري التي نصت عليه المادة 1/25 من الاتفاقية، فقد اكتفت تلك الهيئات لاقرار اختصاصها في نظر هذه القضايا بوجود نص يشير الى تحكيم المركز سواء كان ذلك النص في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة، او في اتفاقية للاستثمار سواء ثنائية ام متعددة الاطراف و ذلك عندما يلجا المستثمر الاجنبي الى طلب التحكيم امام المركز، حيث يمكن للدولة ان تعطي موافقتها باختصاص المركز الدولي في نظر المنازعات اما بتشريع وطني او في اتفاقية دولية للاستثمار و التي تبرمها مع الدول الاخرى، فعند قبول المستثمر هذا العرض خطيا فان القبول و التراضي باختصاص المركز يكونان قد تطابقا[1]، و نظرا لحاجة البلاد النامية للاستثمارات الاجنبية الخاصة و ما تحمله من خبرة فنية و ادارية للاسهام في التنمية الاقتصادية لتلك البلدان، و هي بذلك تضمن للراسمال الاجنبي وسائل حيادية لحل النزاعات الناشئة في ميدان الاستثمار[2].

أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات دولية ثنائية و متعددة الأطراف و ذلك في إطار تشجيع و حماية الاستثمار، و من بين هذه الاتفاقيات المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 1994/01/02 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية بشأن الحماية المتبادلة للاستثمارات، و كذلك المرسوم التنفيذي رقم 97-103 المتضمن التصديق على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية و حكومة المملكة الأردنية الموقع عليها بتاريخ 1996/08/01، بالاضافة الى الاتفاقية الجزائرية المصرية حول تشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار، و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 320/98 [3].

و لقد انضمت معظم الدول العربية الى العديد من الاتفاقيات الدولية التي تجيز التحكيم و تعتبره كطريق مواز لنظام القضاء، لذلك سعت هذه الدول و بهدف جذب الاستثمارات الاجنبية الى ابرام اتفاقيات ثنائية بينهما و بين دول المستثمرين، و ذلك محاولة منها لتحرير التجارة الداخلية و التخلي عن دورها الاقتصادي و خصوصا في حقل الانتاج السلعي، و كذا محاولة تغيير نظم التعامل مع الاستثمار الاجنبي المباشر عن طريق تقليل الصعوبات و تيسير طرق تدفق هذا الاستثمار في الدول النامية فتقوم باعطائه الاستقلالية و الامان، كما انه قد ابرمت اول اتفاقية ثنائية للاستثمار و التي تتضمن قبول اطرافها اخضاع المنازعات مع مواطني الدولة الطرف الاخر لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و المبرمة بين الحكومة الايطالية و دولة " تشاد " في شهر جوان سنة 1969.[4]

---

[1] فؤاد محمد محمد ابو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لاحكام القانون الدولي العام-دراسة مقارنة- ، نفس المرجع، ص 229-232.

[2] قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)، نفس المرجع، ص 220.

[3] لقمان بامون: التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي،ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و19 نوفمبر سنة 2015، ص 03.

[4] فؤاد محمد محمد ابو طالب: نفس المرجع، ص 243-244.

أولا: اتفاقية نيويورك سنة 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية

و هي الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية و التي اقرها مؤتمر الامم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة بين 20 ماي و 10 جوان سنة 1958، و نصت على تطبيق الاتفاقية للاعتراف و تنفيذ احكام المحكمين و الاحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم اليها الافراد والمؤسسات، و كانت من الدول العربية الموقعة مصر و الاردن و الكويت و المغرب و تونس، و قد اودعت الاتفاقية بنصوصها الرسمية ذات 16 مادة باللغات الانجليزية و الصينية و الاسبانية و الفرنسية و الروسية في محفوظات الامم المتحدة، و ارسل سكريتيرها العام صور من هذه الاتفاقية مطابقة للاصل الى الدول الموقعة.

ثانيا: اتفاقية واشنطن لسنة 1972 الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار

و هي اتفاقية دولية خاصة بتسوية النزاعات الناشئة من الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى و الموقعة في واشنطن بتاريخ 11-02-1972، و التي اقرت فيها التحكيم التجاري الدولي، و نصت في مادتها الاولى بالباب الاول على : (يتم انشاء المركز الدلي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار)، و الغرض من المركز هو توفير الوسائل اللازمة للتوفيق والتحكيم لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول المتعاقدة الاخرى طبقا لاحكام هذه الاتفاقية، و في المادة الثانية نصت على انه: (سوف يكون مقر المجلس الاداري و الذي يصدر باغلبية ثلث الاعضاء)، و في المادة الثالثة من الباب الاول: (و سوف يكون للمركز مجلس اداري و سكرتارية كما سيشكل هيئة توفيق و هيئة اخرى للتحكيم، غير ان اتفاقية واشنطن تنص على ان حكم المحكمين ملزما للاطراف و لا يمكن ان يستانف او يستبعد الا ما ذكرته المعاهدة نفسها، غير ان الاتفاقية لم تنتقص من حق الدولة المتعاقدة في الدفع بعدم التنفيذ على اساس اعتبارات السيادة)، و الذي انضمت اليه الجزائر بموجب الامر رقم 95-04 المؤرخ في 21-09-1995.

ثالثا: قواعد التحكيم الخاص بلجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لسنة 1976

اعتمدت صيغته لجنة الامم للقانون التجاري الدولي بتاريخ 30-06-1958، و كانت الخطوات الرئيسية على مستوى الدولي للاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي و الذي دعمه بروتوكول جنيف سنة 1923، تلتها الخطوة الثانية بابرام اتفاقية جنيف سنة 1927 و قد اعاقت الحرب العالمية الثانية المبادرات لتطوير اتفاقيتي " جنيف "، و عندما اسست الامم المتحدة و سمحت الفرصة لميلاد اتفاقية نيويورك للاعتراف بالاحكام التحكيمية الاجنبية و تنفيذها سنة 1958، و بعد ذلك اصدار قواعد لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي " اليونسترال " للتحكيم التجاري الدولي سنة 1976، و قانون التحكيم النموذجي سنة 1985.

و الأهداف التي تبناها القانون النموذجي ترجع الى:

- قيام التحكيم التجاري على مبداي سلطان الارادة و الحد من دور المحاكم.

– وضع قواعد إلزامية تكفل العدالة و ضمانات الدفاع.

– وضع اطار لادارة التحكيم التجاري بحيث يكون من الممكن استكمال التحكيم حتى اذا لم تستطع الاطراف الاتفاق على المسائل الاجرائية.

– وضع بعض القواعد الاضافية التي تساعد على تنفيذ احكام التحكيم[1].

اقرته الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 15–12–1976، و هو المعمول به في مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم الدولي و هو ايضا مقر مؤقت للمركز العرب للتحكيم التجاري، و قد نصت المادة الاولى من اليونسترال على: (عندما يتفق طرفا عقد ما كتابة على ان تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد الى التحكيم وفقا لقواعد يونسترال للتحكيم، فان تلك المنازعات ستسوى وفقا لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق الطرفان عليها كتابة).

و يدل استقراء قوانين الاستثمار في العديد من اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية[2] على اتجاه هام يكاد يغدو ظاهرة مشتركة ذلك هو الاخذ بنظام التحكيم كاجراء تسوى به خلافات الدولة المضيفة مع المستثمرين، نظرا لضرورات التجارة الدولية من حيث ان اجراء التحكيم يعتبر في راي الفقهاء اكثر ملاءمة بالنسبة لهذا النوع من النشاط الاقتصادي[3]، و قد عبر عن ذلك الفقيه " كرلستون Carlston " بقوله: (قد يحجم المستثمرين عن استثمار اموالهم في دولة يعلمون ان اللجوء الى القضاء الوطني في الدولة المضيفة هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها ضرر من اجراء تصرف تاتيه هذه الدولة، ذلك انه يعني ان الدولة المضيفة تصبح خصما و حكما في ان الوقت، و يؤدي هذا الامر الى ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدول و يشكل عائقا لنمو نشاطهم التجاري او الصناعي، و على خلاف ذلك فان الاخذ بنظام التحكيم يخلق مناخا استثماريا مفضلا لدى المستثمرين الاجانب، حيث يتمتع اطراف التحكيم بحرية اختيار قضاتهم على الخبرة و المعرفة اللازمة بموضوع النزاع، و لهم ايضا حرية تحديد

---

[1] محمد شهاب: التحكيم التجاري الدولي (ملحق القوانين والتفاقيات المنظمة للتحكيم في مصر والدول العربية)، مركز الاسكندرية للكتاب، الاسكندرية، مصر، سنة 2008، ص35–37.

[2] انظر على سبيل المثال عقود الاستثمار و اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية التالية: مصر، رومانيا الاشتراكية و عقد تمويل السلع، الجريدة الرسمية العدد 17، بتاريخ 26–04–73، المادة 6، مؤسسة البترول و الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية، تنمية الاستغلال حقل غازات ابو قير البحرية، الجريدة الرسمية، العدد8، بتاريخ 21–02–1974، المادة 2/6، و مصر و صندوق الكويت، ضمان القرض، الجريدة الرسمية، م3/8 هيئة قناة السويس و الصندوق الكويتي، مشروع اعادة فتح قناة السويس، الجريدة الرسمية العدد 27 مكرر بتاريخ 06–07–1974، م3/6، مصر و الدانمارك، هيئة السكك الحديدية و الصندوق السعودي للتنمية، تطوير السكك الحديدية، الجريدة الرسمية العدد 18.

= بتاريخ 29–04–76، م3/6، الهيئة المصرية للبترول و الصندوق الكويتي،مشروع خط انابيب راس شقيرة، الجريدة الرسمية العدد 33 بتاريخ 18–08–1977، م 3/6، هيئة البترول و الصندوق الكويتي، مشروع انابيب البترول خط السويس، الجريدة الرسمية، العدد 13 بتاريخ 18–08–1977، م 3/6.

[3] ابراهيم شحاتة: معاملة الاستثمارات الاجنبية في مصر، سنة 1972، ص 86، و في ذات المعنى:.Fahmy,pp.476,1981

الإجراءات الواجبة الاتباع امام محكمة التحكيم، و اكثر من ذلك لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع)[1].

و قد أبرمت 70 اتفاقية استثمار ثنائية كانت اولاها الاتفاقية المبرمة بين المانيا و باكستان المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمارات بتاريخ 25-11-1959 التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 28-11-1962، و قد نصت هذه الاتفاقيات على تسوية النزاعات التي تنشا فقط بين الدول الاطراف عن طريق التحكيم، و لم تتضمن بنودا تشير الى تسوية النزاعات التي يمكن ان تثور بين احدى الدول المتعاقدة و مواطني الدولة المتعاقدة الاخرى[2]، و في سنة 1969 قام المركز بنشر شروط نموذجية تتعلق بامكانية ادراج شرط التحكيم امام المركز في اتفاقيات الاستثمار الثنائية لكن كان استخدامها في نطاق محدود، و في شهر جوان من نفس السنة ابرمت اول اتفاقية استثمار ثنائية بين ايطاليا و دولة التشاد التي عبرت فيها كلتا الدولتين على موافقتها على اخضاع النزاعات مع مواطني الدولة الاخرى لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[3].

و مع بداية العقد الاخير من القرن الماضي ادركت الدول اهمية توسيع نطاق الحماية للمستثمرين الاجانب، فابرمت العديد من اتفاقيات الاستثمار متعددة الاطراف وضمنت ايضا احكامها شروطا تقضي باللجوء الى تحكيم المركز كالية لتسوية المنازعات الاستثمارية، فهذه الشروط تعتبر عرضا من جانب الدولة الطرف في الاتفاقية يكتسي الطابع الالزامي باقترانه بقبول احد مواطني الدول المتعاقدة الاخرى من خلال التقديم الى تحكيم المركز، و من ابرز هذه الاتفاقيات، اتفاقية امريكا الشمالية للتجارة الحرة "NAFTA"، اتفاقية ميثاق الطاقة " ECT "، اتفاقية التجارة الحرة بين جمهورية الدومينيك، امريكا الوسطى، الولايات المتحدة الامريكية " DR-CAFTA "، اتفاقية " Mercosur "، اتفاقية قرطاجة للتجارة الحرة...[4]، و بغية تشجيع و تعزيز التعاون الدولي في مجال الطاقة وقعت 52 دولة اوربية على اتفاقية ميثاق الطاقة " ECT " التي ابرمت سنة 1994 و دخلت حيز النفاذ بتاريخ 16-04-1998 [5]، حيث

---

[1] Carlston,kenneth c.,International role of concession Agreement,52Northwestern University law Review,1957,p.640.

[2] Christie,R.H,(15-02-2007),International Arbitration,Protection of Foreign Direct investments and foreign investment dispute settlement under ICSID and Bilateral investment treaties,Lars Glowinski,Berlin,Germany,p22.Available at : http://lawspace.law.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/1/GLWLAR001.pdf.

[3] http://icsid.worldbank.org/ICSID.

[4] مصلح احمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي، ج1، ط1، دار وائل، عمان الاردن، سنة 2013، ص194.

[5] الدول الموقعة على اتفاقية ميثاق الطاقة تتمثل في :البانيا، ارمينيا، استراليا، النمسا، اذربيجان، بيلاروس، بلجيكا، البوسنة، الهرسك، بلغاريا، كرواتيا، قبرص، الجمهورية التشيكية، الدانمارك، استونيا، الاتحاد الاوروبي، فنلندا، فرنسا، جورجيا، المانيا، اليونان، هنغاريا، ايسلندا، ايرلندا، ايطاليا، اليابان، كازاخستان، قيرغيزستان، لاتفيا، ليختشتاين لوكسمبورغ، مالطا، مولدوفا، منغوليا، هولندا، النرويج، بولندا، البرتغال، رومانيا، الاتحاد

تضمنت النص على التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، و ذلك بموجب المادة 26 الفقرة "ب" و التي تنص: (تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية و الاجنبية المشمولة مشاريعهم باحكام هذا القانون و بين الجهات و المؤسسات العامة السورية وفق ما يلي: -عن طريق الحل الودي اذا لم يتوصل الطرفان الى الحل الودي خلال فترة ستة اشهر من تاريخ تقديم اشعار خطي للتسوية الودية من قبل احد طرفي الخلاف، يحق لاي منها اللجوء الى احدى الطرق التالية: اللجوء الى التحكيم...)[1].

الفرع الثاني: إدراج قواعد التحكيم في قوانين الاستثمار الوطنية

يخضع الاستثمار في البلاد العربية لقوانين خاصة تنظم عملية الاستثمار باكملها من حيث طريقة استثمار راس المال الاجنبي و اللجان المختصة بذلك و الضمانات الكفيلة لهذا الاستثمار، و نظرا لاهمية موضوع الاستثمارات الاجنبية و دورها المحوري في عملية النهوض بالاقتصاد الوطني تضمت قوانين البلاد العربية (الجمهورية الجزائرية، الجمهورية اللبنانية، الجمهورية العربية السورية، المملكة العربية السعودية، المملكة الاردنية الهاشمية، دولة الكويت، دولة قطر، سلطنة عمان، فلسطين، الجمهورية التونسية، مملكة المغرب، جمهورية مصر، السودان، جمهورية العراق، موريتانيا، الجمهورية اليمنية و الجماهرية الليبية) نصوص قانونية مشجعة للاستثمار[2]، اذ يعد من الاهمية بمكان عند وضع قانون ينظم اسس الاستثمار في البلد المضيف و يحدد حوافزه و ضماناته للمستثمر الاجنبي، كما تتعرض تلك النصوص لتحديد المجالات التي يمكن الاستثمار فيها[3].

ان الدول المضيفة قد تضمن تشريعاتها الخاصة بالاستثمار بنودا تشير بشكل صريح بموافقتها على تسوية النزاع الاستثماري امام هيئات التحكيم التابعة للمركز، حيث تنص المادة 2/8 من قانون الاستثمار الالباني لسنة 1993 مثلا على انه: (قد يقدم المستثمر الاجنبي النزاع ليتم تسويته، و هنا تقبل جمهورية البانيا تقديمه الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)[4]، كما يشير ايضا قانون الاستثمار لدولة "غينيا" و "بوتستوانا" و "سريلانكا" و "الطوغو" الى تحكيم المركز باعتباره الوسيلة الوحيدة لتسوية المناعات الاستثمارية بين الدولة المضيفة و المستثمرين الاجانب[5]، و قد يحيل قانون الاستثمار الى تحكيم المركز كاحد الاساليب الممكنة لتسوية منازعات الاستثمار التي من بينها التحكيم امام غرفة التجارة الدولية "

الروسي، سلوفاكيا، سلوفينيا، اسبانيا، السويد، سويسرا، طاجيكستان، جمهورية يوغسلافيا السابقة مقدونيا، تركيا و تركمانستان، اوكرانيا، المملكة المتحدة، ازبكستان، ليتونيا.

نقلا عن: مصلح احمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي، نفس المرجع السابق، ص197.

[1] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع السابق، ص 356.

[2] وسيم حسام الدين الاحمد: قوانين الاستثمار العربية،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2011، ص7.

[3] حفيظة السيد الحداد: الموجز في احكام الجنسية اللبنانية و مركز الاجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002، ص428.

[4] Tradex Hellas S.A.V Republic of Albania(ICSID Case No.ARB/94/2),Decision on jurisdiction(December24,1996),p173-174.

[5] Aliyev,consent to jurisdiction of the ICSID,p19.

ICC " او التحكيم الخاص وفقا لقواعد اليونسترال " UNCITRAL "[1]، و تبقى هذه الطريقة الاكثر شيوعا في تعبير الدولة عن رضاها في قانون الاستثمار و من امثلة ذلك نص المادة 10 من قانون الاستثمار لجمهورية افريقيا الوسطى لسنة 1984، و نص المادة 30 من قانون الاستثمار لدولة " كوت ديفوار" لسنة 1988، و كذلك نص المادة 2/7/د من قانون الاستثمار الموريتاني الصادر سنة 1989 [2].

في حين ان بعض التشريعات تتضمن احكاما اقل وضوحا في دلالتها على موافقة الدولة على تحكيم المركز، اذ تنص المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري في الباب الثالث بعنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين على: (يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر او بسب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة الا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم او في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند التسوية او بند يسمح للطرفين بالتوصل الى اتفاق بناء على تحكيم خاص)[3]، و كما تنص المادة 22 من قانون الاستثمار الاردني رقم 68 لسنة 2003 على انه : (يراعى في تطبيق احكام ها القانون الاتفاقيات العربية و الدولية ذات العلاقة بالاستثمار وحمايته وتسوية النزاعات المتعلقة به، التي تكون المملكة طرفا فيها او منضمة اليها)[4]، و العديد من قوانين الدول الاخرى تضمنت تنظيم الاستثمار الاجنبي و اعتبار التحكيم وسيلة ملائمة لتسوية النزاع بين الحكومة و الشركات الاجنبية في عقود الاستثمار الدولية، فنجد القانون الجابوتي، الاندونيسي و الافغاني من القوانين التي احالت الى مركز تحكيمي للفصل في النزاع، و القانون الزائيري " الكونغو الديمقراطية " احال هو الاخر الاطراف المتنازعة الى مركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن[5].

---

[1] انشات الجمعية العامة لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الاونسيترال سنة 1966 القرار رقم 2205 د-21 المؤرخ بتاريخ 17 ديسمبر سنة 1966، و اصبحت اللجنة منذ انشائها الهيئة القانونية الاساسية بمنظومة الامم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، و تتكون من 60 دولة عضوا تنتخبها الجمعية العامة، بحيث تكون العضوية ممثلة للاقاليم الجغرافية المختلفة في العالم و نظمه الاقتصادية و القانونية المختلفة، و ينتخب اعضاء اللجنة لفترة 06 سنوات، و تعمل هذه اللجنة مجال البيع الدولي للبضائع و المعاملات المتصلة به (اتفاقية نيويورك سنة 1974)، النقل الدولي للبضائع (اتفاقية الامم المتحدة للنقل البحري للبضائع- قواعد هامبورغ سنة 1978-)، التحكيم و التوفيق التجاريين الدوليان (قانون الانسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة 1958)، الاشتراء العمومي و تطوير البنية التحتية (قانون الاونسيترال النموذجي لاشتراء السلع و الانشاءات و الخدمات سنة 1994)، للمزيد من التفصيل انظر الى محمد شهاب: التحكيم التجاري الدولي (ملحق القوانين و الاتفاقيات المنظمة للتحكيم في مصر و الدول العربية)، نفس المرجع السابق، ص17-22.

[2] Schreuer,ICSID Convention,p200.

[3] الامر رقم 03/01 المؤرخ بتاريخ 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل و المتمم بالامر رقم 08/06 المؤرخ بتاريخ2006/07/15.

[4] مصلح احمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي، نفس المرجع السابق، ص167-169.

[5] انظر على سبيل المثال المادة 8 من القانون المصري رقم 43 لسنة 1974، و قانون المغرب رقم1-58-227، المادة رقم 39، الصادر بتاريخ 31 يوليو سنة 1958، الجريدة الرسمية 24 يوليو سنة 1958، الكاميرون القانون رقم60-64 الصادر في 27 يونيو سنة 1960، المادة 30، الجريدة الرسمية العدد 45، فقرة 1384، ص875، جمهورية افريقيا الوسطى القانون رقم 62-355، الصادر بتاريخ 19 فبراير سنة 1963، الجريدة الرسمية العدد الخامس في اول مارس سنة 1963، ص209، الكونغو القانون رقم 39-61 الصادر بتاريخ 20 يونيه سنة 1961، الجريدة

و بعد استعراض بعض الامثلة لقوانين استثمارية تضمنت اجراء التحكيم، سنذكر على سبيل المثال اهم التشريعات العربية مع القليل من التفصيل في الشكل الاتي:

اولا: قانون حوافز وضمانات الاستثمارات في جمهورية مصر العربية لسنة 1997

منذ سنة 1974 صدر قانون الاستثمار رقم 43 الذي استهدف بشكل رئيس تشجيع رؤوس الاموال العربية و الاجنبية و حفزها على الاستثمار الخاص في مصر، الا انه ظل قاصرا على الرغم من الميزات التي يقدمها للمستثمر، ذلك لان سعر العملة الاجنبية اخذ بالارتفاع في مقابل العملة الوطنية[1]، و بعد ذلك عدل هذا القانون بقانون رقم 50 لسنة 1979 الذي حاول جذب الاستثمارات الاجنبية و الذي اعفيت فيه الشركات من ضرائب الارباح التجارية و الصناعية لمدة 10 سنوات لبعض المشروعات مع امكانية تمديد المدة ثم جاء القانون رقم 159 لسنة 1981، و في سنة 1989 اقر قانون رقم 230 بشان استثمار راس المال العربي و الاجنبي، ثم صيغ قانون قطاع الاعمال رقم 203 لسنة 1991 الذي يعتبر هو السند القانوني لعملية الخصخصة التي تعد في نظر بعضهم العمود الفقري للاستثمار،[2]، و قد اصدر المقنن المصري سنة 1994 اول قانون مستقل عكس اهتمام المقنن بالاستثمار، ثم تناولت تنظيم هذا المجال تشريعات متلاحقة عكست الرغبة في جذب الاستثمارات الاجنبية، و قد اتى القانون رقم 08 لسنة 1997 لاصدار قانون ضمانات و حوافز الاستثمار[3]، و نصت المادة 07 منه بانه: (يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ احكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق بين الاطراف المعنية على تسوية المنازعات في اطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية و الدولة المستثمرة او في اطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الاخرى التي انضمت اليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 90 لسنة 1971، و ذلك بالشروط و في الاحوال التي تسري فيها تلك الاتفاقيات، او وفقا لاحكام قانون

الرسمية العدد 40، يوليه سنة 1961 ص 396،الجابون القانون رقم 4،6/55 في ديسمبر سنة 1961، الجريدة الرسمية العدد الرابع بتاريخ 15 يناير سنة 1962، ص3، تونس القانون رقم 35-69، الصادر بتاريخ 26 يونيه سنة 1969، المادة 20، 24 و انظر المزيد من هذه القوانين: Robert,J,(Avec la collaboration de B.Moreau),L'arbitrage,Paris,5ed,pp.22 et seq.1983.

[1] البسيوني عبد الله البسيوني: تقييم فعالية القانون رقم 8 لسنة 1997 بخصوص ضمانات الاستثمار، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 449-450، السنة التاسعة و الثمانون، القاهرة يناير، ابريل سنة 1998، ص275.

[2] رضا عبد السلام: محددات الاستثمار الاجنبي المباشر في عصر العولمة، دراسة مقارنة لتجارب كل من دول شرق و جنوب شرق اسيا و امريكا اللاتينية مع التطبيق على مصر، منشور في مجلة جامعة المنصورة، مصر، سنة 2002، ص82.

[3] انظر الى الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر بتاريخ 11 ماي سنة 1997، الجريدة الرسمية العدد 29 بتاريخ 20 جويلية سنة 1989 الذي الغى القانون رقم 43 سنة 1974 بشان الاستثمار المالي العربي و الاجنبي و المناطق الحرة، و سبقه القانون رقم 65 سنة 1971 المتعلق باستثمار المال العربي و المناطق الحرة، انظر الى ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم و التنمية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، نفس المرجع، دون عدد، دون سنة، ص17-18.

التحكيم في المواد المدنية و التجارية الصادرة بالقانون رقم 27 لسنة 1994، كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار اليها بطرق التحكيم امام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي)[1].

ثانيا: نظام الاستثمار السعودي

تعد المملكة العربية السعودية من بين اغنى الدول في مجال النفط، و لعل من الاهمية بمكان ان نتعرض لاحدث القوانين المنظمة لمجال الاستثمار في المملكة، و هو المرسوم الملكي رقم 11 الصادر بتاريخ 05-01-1421، حيث عرفت المادة الاولى من هذا المرسوم المقصود براس المال الاجنبي على سبيل المثال[2]، و حددت المادة الثانية و الثالثة من النظام مجالات الاستثمار و المجالات التي يحظر الاستثمار فيها[3]، و تتمتع منشات الاستثمار الاجنبي بالمزايا و الضمانات التي تتمتع بها المنشات الوطنية وفقا لانظمة المملكة و منها ما نصت عليه المادة الرابعة من النظام:

-حرية تدفق الرساميل و البضائع من المملكة و اليها.

-احترام الملكية الخاصة بما في ذلك عدم جواز مصادرة الاستثمارات الا بحكم قضائي او نزع ملكيتها الا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل.

-الحصول على قروض ميسرة و اعفاءات جمركية.

-السماح للمنشات بتملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط المرخص بها و لسكن العاملين فيها وفقا لاحكام نظام تملك غير السعوديين للعقارات، كما يحق استقدام و كفالة المستثمر الاجنبي و موظفيه غير السعوديين، حسب نظام الكفالة المعروف في المملكة[4].

و صدر نظام التحكيم السعودي بالمرسوم الملكي رقم م/46 بتاريخ 1403/07/12هـ، حيث يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في اي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين (المادة 01)، و لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء الى التحكيم لفض منازعاتها مع الاخرين الا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم (المادة 03)، و تصدر القرارات اللازمة لتنفيذ هذا النظام من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير العدل بعد الاتفاق مع وزير التجارة و رئيس ديوان المظالم (المادة 24)[5].

---

[1] يراجع قانون الاستثمار المصري، قانون ضمانات و حوافز الاستثمار في مصر رقم 8 لسنة 1997، ط5، المطابع الاميرية، القاهرة، سنة1997.

[2] النقود و الاوراق المالية و التجارية الموظفة في المنشاة الاستثمارية، ارباح الاستثمار الاجنبي بشرط ان توظف في زيادة راس المال، او توسعه منشات قائمة، او اقامة منشاة جديدة، الآلات و المعدات و التجهيزات و قطع الغيار و وسائل النقل و مستلزمات الانتاج ذات الصلة بالاستثمار، الحقوق المعنوية كالترخيص و حقوق الملكية الفكرية و المعرفة الفنية، و المهارات الادارية و اساليب الانتاج.

[3] من الانشطة المستثناة من مجالات الاستثمار الاجنبي في قطاع الصناعة استكشاف المواد البترولية و التنقيب عنها و انتاجها.

[4] يراجع نظام الاستثمار الاجنبي الصادر بالمرسوم الملكي بتاريخ 05-01-1421 هجري.

[5] وائل انور بندق: موسوعة التحكيم (الاتفاقيات الدولية و قوانين الدول العربية)، الطبعة الثانية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 311 فما فوق.

ثالثا: المناخ الاستثماري في دولة الامارات العربية المتحدة

اهم ما يميز الاستثمار في دولة الامارات يختلف من امارة الى اخرى و عدم وجود تشريع جامع مانع للاستثمار يحكم تنظيم عملية الاستثمار بشكل كامل و التي تنظمها التشريعات التالية:

1-القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984[1]:

مما تقدم يتضح تاثر الدول العربية بالاتجاه العالمي نحو تشجيع الاستثمار من خلال اصدار قوانين لحماية الاستثمار، باعتبار الدول العربية من الدول النامية التي تجعل من الاستثمار حلا لمشكلتها الاقتصادية.

2-القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993

و هو ينظم المعاملات التجارية و تسري احكامه على التجار و الاعمال التجارية و بين العمليات المصرفية، و يفرض على كل من يزاول اعمال الوكالة التجارية خلافا لاحكام هذا القانون، مهام لجنة الوكالات التجارية المشكلة من قبل وزارة الاقتصاد[2]، و من المجالات التي سمحت دولة الامارات الاستثمار فيها على سبيل المثال لا الحصر قطاع الصناعة المستخدمة للبترول و الغاز الطبيعي، الصناعات التركيبية ذات التقنية الحديثة و الكثافة الراسمالية كصناعة السماد و الفحم البترولي[3]، و قد قدمت الحكومة في دولة الامارات عدة حوافز للمستثمر الاجنبي و منها على سبيل المثال:

- تقديم الارض اللازمة من قبل الدولة للمشروع الصناعي بمقابل منخفض او بغير مقابل.
- تاجير المباني الصناعية اللازمة للمشروع بشروط افضل و اسعار اقل.
- الاعفاء من الرسوم الجمركية على الالات و المعدات و قطع الغيار ومواد البناء التي يحتاجها المشروع، و كذلك المواد الاولية و الوسيطة و نصف المصنعة التي تلائم الانتاج و التغليف و التعبئة.
- اسهام الدولة في نفقات الدراسة و البحوث اذا كان المشروع الاستثماري الاجنبي ذا فائدة للاقتصاد القومي الوطني.
- تبسيط شروط الموافقة على دخول الاستثمار الاجنبي و تشجيع المستثمرين للاهتمام بالخصخصة و غيرها[4].

و يعد قانون التحكيم الاماراتي قانون مستخرج من قانون الاجراءات المدنية، اذ يجوز للمتعاقدين بصفة عامة ان يشترطوا في العقد الاساسي او باتفاق لاحق عرض ما قد ينشا بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم او اكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة (المادة

[1] حسين غنايم: الشركات التجارية الدولية ط1، منشور بالتعاون مع قسم الشؤون القانونية بغرفة تجارة و صناعة الفجيرة، مطبعة الفجيرة الوطنية، دولة الامارات العربية المتحدة، دون سنة.

[2] يراجع مرشد الوكيل التجاري: الصادر عن غرفة تجارة و صناعة ابو ظبي، منشورات ادارة الاعلام و النشر، ابو ظبي، دون سنة، ص5.

[3] Annual Report2000,Abo dabi,Chamber of commerce and industry,2000,p64.

[4] كتاب دبي 98، مدينة الفرص الصادرة عن غرفة تجارة و صناعة دبي، دبي سنة 1998، ص 56.

01/203)، و لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة (المادة 02/203)، و يجب ان يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم او اثناء نظر الدعوى و لو كان المحكمون مفوضين بالصلح و الا كان التحكيم باطلا (المادة 03/203)، و لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح و لا يصح الاتفاق على التحكيم الا ممن له اهلية التصرف في الحق محل النزاع (المادة 04/203)[1].

رابعا: قانون الاستثمار الجزائري[2]

يجد التحكيم الدولي الذي يعتمد كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار مصدره في النصوص القانونية للاستثمار التي كثيرا ما تتناوله بالتنظيم، حيث تراعي الدولة المضيفة مصلحة المستثمر و ذلك بتمكينه من إحالة النزاع الذي يثور بينه و بينها على التحكيم، فالدولة الجزائرية عرفت تطورا في اعتماد التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار حيث تميزت المرحلة الأولى التي امتدت من سنة 1966 إلى غاية سنة 1980 برفضها للتحكم الدولي، ثم تراجعت الدولة عن هدا الاتجاه و ذلك بمصادقها على عدة اتفاقيات دولية مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادر بتاريخ 1988/06/10، كما صادقت الدولة الجزائرية على المعاهدة المنشأة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-5 المؤرخ بتاريخ 1995/01/21، ثم أدرج المقنن الجزائري التحكيم في إصدار القانون رقم 93-12 المتعلق بالاستثمار المؤرخ في 05 اكتوبر 1993، حيث نصت المادة 41 منه على أن الاختصاص يؤول الى المحاكم المتخصصة في حالة نشوب نزاع بين الدولة و المستثمر، أما إذا كانت هناك اتفاقية تتضمن شرط التحكم يحال النزاع الى التحكيم، و حافظ المقنن الجزائري على نفس التوجه بصدور الامر رقم 03-01 المتعلق الاستثمار[3]، حيث تنص المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري على انه : (يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر او بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة الا في حالة

---

[1] وائل انور بندق: موسوعة التحكيم (الاتفاقيات الدولية و قوانين الدول العربية)، نفس المرجع السابق، ص301 فما فوق.

[2] صدر قانون تطوير الاستثمار بموجب الأمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 غشت سنة 2001 و نشر في ج ر عدد 47، ملغيا كل الأحكام المخالفة لهذا الأمر و لا سيما تلك التي تضمنها المرسوم التشريعي رقم 12-93 المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1993 المتعلق بترقية الاستثمار.

إلاّ أنّ هذا النص لم يعرف الاستقرار إذ منذ صدوره إلى غاية نهاية سنة 2014 مسّه التعديل سبع مرّات، ستة منها تمت بواسطة قوانين المالية السنوية و التكميلية، حيث تم تعديل الأمر رقم 01-03 أعلاه لأول مرة بموجب الأمر رقم 06-08 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 ج ر عدد 47، حيث عُدلت المواد: 3 ، 4 ، 6 ، 7 ، 9 ، 11 ، 12 ، 18 و 33؛ وتمم الأمر بمواد: 7 مكرر، 12 مكرر، 12 مكرر1، 32 مكرر و32 مكرر1؛ كما ألغى هذا الأمر المادتين 19 و 20 من الأمر 01-03.

ثم تم إدخال تعديلات ثانية بموجب الأمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ج ر عدد 44، حيث عدّل المواد 7 ، 7 مكرر1، 9 و 12 مكرر1 وتمّم الأمر بمواد 4 مكرر، 4 مكرر1، 4 مكرر2، 4 مكرر3، 7 مكرر1، 9 مكرر، 9 مكرر1 و12 مكرر.

ثم تعديلات ثالثة بموجب الأمر رقم 10-01 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، ج ر عدد 49، حيث تم تعديل المواد: 4 مكرر، 4 مكرر3 و9 و تمم الأمر بالمواد: 4 مكرر4 و4 مكرر5،انظر الى:محمد بكرار شوش:تحفيز و تشجيع الاستثمار الاجنبي في الجزائر(دراسة نقدية)، ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح ورقلة،يومي 18 و19 نوفمبر 2015،ص03.

[3] لقمان بامون: التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي، نفس الرجع السابق، ص 06 فما فوق.

وجود اتفاقية ثنائية او متعددة الاطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم او في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية، او بند يسمح للطرفين بالتوصل الى اتفاق تحكيم خاص)[1]، و في سنة 2016 صدر قانون رقم 16-09 و المتعلق بترقية الاستثمار، حيث جاء في نص المادة 24 منه بأنه:(يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، او يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة اقليميا، الا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، او في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص)[2].

و من خلال استقراء هذه النصوص يتضح لنا اتجاه هذه الدول المنتجة نحو هدف مشترك هو تشجيع الاستثمار على اراضيها بهدف تمويل مشاريع التنمية من خلال التنافس في تقديم الضمانات و الحوافز المغرية، و لعل ابرز هذه الضمانات اجراء التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تثور بشان تنفيذ عقود الاستثمار البترولي، من اجل استهداف الاستثمارات الاجنبية تحقيقا لسياساتها العامة من جهة و تكوين رؤوس مالية ربحية من قبل الشركات البترولية من جهة اخرى، و هو ما يؤكد ان الاستثمار و التحكيم وجهان لعملة واحدة.

المطلب الثالث: الإجراءات القانونية المتبعة أمام الهيئة التحكيمية

تختلف احكام القواعد القانونية التي تحكم اجراءات التحكيم باختلاف نوع التحكيم هل هو تحكيم حر او تحكيم تتولاه احدى هيئات و مراكز التحكيم الدائمة، الا انه هناك اجراءات تتمثل في القواعد التي يختارها الخصوم اعمالا لمبدا سلطان الارادة، او بتطبيق قانون الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم، او القواعد الاجرائية التي تتضمنها لائحة مركز او هيئة التحكيم الدائمة التي يتضمنها الخصوم، و في جميع الاحوال يتعين احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام بمفهومه الدولي لكل دولة يكون بينها و بين التحكيم صلة مباشرة مثل دولة مكان التحكيم و دولة تنفيذ القرارات الصادرة في المنازعة[3].

يتضح من دراسة القوانين العربية المنظمة للتحكيم أن إجراءات التحكيم تتم أمام هيئة التحكيم، حيث يتفق الأطراف على تشكيلها وفق إجراءات تحددها اللوائح و النظم و تبدأ منذ لحظة تقديم طلب التحكيم إلى مركز التحكيم، و يتم تحديد مكان و لغة التحكيم كما أن هناك إجراءات لإصدار حكم التحكيم[4]، و المقنن الجزائري سواء في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08، أو في

[1] الامر رقم01-03 المؤرخ بتاريخ 20-08-2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل بالامر رقم 06-08ا لمؤرخ بتاريخ 15-07-2006، الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 22 غشت سنة 2001 ص 4، و المتمم بالقانون رقم 16-09 المؤرخ في 03-08-2016 و المتعلق بترقية الاستثمار(ج.ر.ع 46 سنة 2016)، منشور على موقع www.joradp.dz

[2] قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03-08-2016 و المتعلق بترقية الاستثمار(ج.ر.ع 46 س 2016).

[3] عبد المنعم دسوقي: التحكيم التجاري الدولي الداخلي في القانون الجديد رقم67 سنة 1994 (تشريعا و فقها و قضاءا)، مكتبة مربولي، القاهرة، مصر، سنة 1995، ص75.

[4] محمد السيد عرفه: التحكيم و الصلح و تطبيقهما في المجال الجنائي، نفس المرجع، ص 370.

المرسوم التشريعي رقم 09/93 سلك نهجا واضحا نحو تكريس استقلالية المحكمة التحكيمية، و ترك للأطراف الحرية الكاملة في وضع القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة و على موضوعها، و كان محترما لأهم مبادئ الخصومة و خاصة مبدأ الوجاهية و حقوق الدفاع و المساواة بين أطراف الخصومة[1]، و بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات و الاتصالات في إنجاز المعاملات القانونية و إبرام العقود، يجب أن ينصبّ التفكير ويوجه إلى فض المنازعات الناجمة عن ذلك بنفس التقنيات لتكون العملية التحكيمية أيضاً إلكترونية، و للوصول إلى هذه النتيجة يجب التصدي للأنظمة القانونية الإجرائية الناظمة لسير العملية التحكيمية و تحليل أبرز المعاهدات الدولية ذات الصلة، و إجراءات التحكيم في قوانين التحكيم في القانون المقارن و كذلك معرفة مدى إمكانية تطويرها لتتلاءم و حكم التحكيم الإلكتروني[2].

من خلال ما سبق سيتم دراسة الإجراءات القانونية أمام الهيئة التحكيمية وفق فروع كما يلي: إجراءات رفع الدعوى التحكيمية من خلال الفرع الأول، ثم إجراءات نظر الدعوى و إنعقاد الجلسة التحكيمية في الفرع الثاني، و أخيرا آثار صدور الحكم التحكيمي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى التحكيمية

للبدء في الفصل في النزاع لابد ببعض الإجراءات العامة المحددة في النظام التحكيمي إلى جانب إجراءات خاصة متبعة امام الجهة المختصة للفصل في النزاع، و عند البدء في الفصل في النزاع يتم اعتماد وثيقة التحكيم و القيام بالتبليغات و الإخطارات اللازمة، حيث تبدا اجراءات التحكيم بان يوجه احد الطرفين الى الطرف الاخر طلبا كتابيا يحدد فيه موضوع النزاع الذي يرغب في عرضه للتحكيم ثم يقوم المحكمان بالاتفاق حول تحديد شخص محكم ثالث، إلا ان بعض العقود تنص بان اجراءات التحكيم تبدا بطلب يقدمه المدعي الى الطرف الاخر، و يقوم كل طرف بتعيين محكمه خلال 30 يوم من تاريخ بدء الاجراءات، و تنص بعض العقود على ان تبدا اجراءات التحكيم باعلان يرسله احد الاطراف الى الطرف الثاني يبين فيه رغبته في احالة النزاع للتحكيم، هذا و قد حرصت لوائح مراكز و مؤسسات التحكيم على تحديد وقت بدء الاجراءات و تنص بعض العقود على ان تبدا اجراءات التحكيم باعلان يرسله احد الاطراف الى الطرف الثاني يبين فيه رغبة غي احالة النزاع للتحكيم، و هذا و قد حرصت لوائح مراكز و مؤسسات التحكيم على تحديد وقت بدء الاجراءات و وفقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية من تاريخ تلقي المحكمة طلب التحكيم و كذلك الامر بالنسبة لمؤسسة التحكيم الامريكية "AAA" [3]، ففي النزاع بين حكومة المملكة العربية السعودية و شركة " ارامكو" تشكلت هيئة التحكيم من الدكتور "حلمي بهجت بدوي" محكما عن الحكومة السعودية و قد توفي رحمه الله اثناء نظر القضية و عين خلفا له السيد

[1] عبد الرحمان خلفي: الخصومة التحكيمية الدولية، نفس المرجع، ص15-16.

[2] مساعد صالح العنزي: خصوصية الاجراءات في التحكيم الالكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 36، العدد3، لسنة 2012، ص1.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص 379.

"محمود حسين " السفير المصري السابق، و قد عينت شركة " ارامكو " الدكتور " سابا حبشي " محكما لها و هم جميعا من رجال القانون المصري و قد قاما محكما الطرفين باختيار السيد " جورج سوز هول " من رجال القانون السويسري محكما ثالثا، كما خولت بعض العقود الدولية منذ البداية سلطات الدولة المضيفة للاستثمار خولت اعضاء التحكيم مثل ما نصت عليه المادة 03/35 من اتفاقية المقاولة المبرمة بين العراق " شركة النفط الوطنية العراقية " و شركة " ايراب " الفرنسية سنة 1968 بانه: (...تطلب شركة النفط الوطنية العراقية من رئيس محكمة التمييز العراقية و عند غيابه، من الحاكم الاعلى رتبة في المحكمة ان يعين الحكم الاخر)[1]، و من خلال ما سبق سنقوم بذكر اهم المراحل التي تمر عليها الخصومة التحكيمية وفق الاتي:

اولا: اعتماد وثيقة التحكيم

يعد مشارطة التحكيم الوثيقة الأساسية للتحكيم، و بما أن محكمة التحكيم ليست دائمة يتم تشكيلها بموجب إرادة الأطراف أو طبقا للقواعد التي وضعتها اتفاقية " لاهاي" سنة 1899-1907، حيث يعهد بالتحكيم إلى أشخاص يتمتعون بالاستقلال و التجرد، كما يتصفون بالكفاءة العلمية أي لهم ثقافة قانونية و دراية في العلاقات الدولية و عادة ما تعهد إلى فرد أو هيئة يحدد عدد أعضائها بخمسة محكمين، كما يشترط مراعاة العوارض التي تؤثر في أهلية المحكم مثل الوفاة أو فقدان الأهلية[2]، بعد أن يتم اختيار المحكمين يقوم الخصوم بصياغة وثيقة التحكيم، فنقطة البداية في اللجوء إلى التحكيم هو وجود إتفاق تحكيم يعبر عن إرادة الأطراف في رغيتهم عدم اللجوء الى قضاء الدولة، و لقد انقسم الفقه و القضاء فيما يتعلق بكتابة اتفاق التحكيم إلى اتجاهين، الاتجاه الاول ذهب إلى ضرورة كتابة شرط التحكيم و هو ليس لمجرد الإثبات بل شرط لصحة الانعقاد، و الاتجاه الثاني يرى عدم ضرورة كتابة شرط التحكيم و الاخذ بمبدأ رضائية العقود حيث أن الكتابة شرط للإثبات فقط، و يمثل هذا الاتجاه الدول الإنجلوسكسونية، و أوجبت اتفاقية نيويورك في المادة الثانية أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً في العقد نفسه أو بالرسائل المتبادلة بين الأطراف، كما أن هناك بعض الدول لم تشترط الكتابة الرسمية و تكتفي بالكتابة العرفية كما هو الحال في بريطانيا و الولايات المتحدة الأمريكية، و اتجهت بعض القوانين إلى الإعفاء من الكتابة كما هو الحال في ألمانيا[3]، أما بالنسبة للقوانين العربية فمثلا قانون المسطرة المغربية رقم 66-154 الصادر بتاريخ 08-06-1966 في المادة 307 اجازت أن يكون كتابة عقد التحكيم بمحضر أمام المحكم او

[1] انظر ايضا اتفاق مشروع البترول الارجنتيني Y.P.F مع " امركان انترنا شيونال اويل كوماني"، و كذلك اتفاق الجزائر/جيتي رئيس المحكمة العليا في الجزائر، و اتفاق اليونان "تكساكو" سنة 1968 بواسطة محكمة استئناف "اثينا"، انظر الى غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص381.

[2] زكية توباخ، ربيعة قيطون: التحكيم الدولي في المنازعات الدولية، مذكرة تخرج، قسم الحقوق، جامعة ورقلة، سنة 2003، ص42.

[3] بنان احمد البياري: شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، منشورة على موقع المكتبة الالكترونيةwww.4shared.com، كلية الحقوق، الجامعة الاردنية، سنة 2009، ص 12.

بوثيقة أمام الموثق او حتى بسند عرفي[1]، و بالنسبة للمقنن الجزائري فاشترط تحت طائلة البطلان أن يثبت شرط التحكيم بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، و يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم او المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم (انظر الى المادة 1008 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد)، حيث تتضمن وثيقة التحكيم البيانات الآتية: –التاريخ (اليوم... الموافق... /.../ السنة)، –حرر هذا العقد بين كل من: (الاسم، المهنة، الجنسية، الإقامة)، –اقر المتعاقدان بأهليتهما و اتفقا على ما يأتي: (عين المتعاقدان كمحكمين السادة:...، مواد الخلاف الموكول للمحكمين الفصل فيها هي الآتية:...)[2]، و بعد أن يتم التوقيع عليها من الخصوم و من المحكم يتم إيداعها لدى الجهة المختصة بالفصل في النزاع، و يجب أن ترفق بها صورة من المستندات الخاصة بالنزاع حيث تقوم هذه الجهة باعتماد وثيقة التحكيم و المصادقة عليها، و يعد قرار اعتماد وثيقة التحكيم قرارا قضائيا يتم التظلم منه أمام الجهة التي أصدرته، و لا يمكن إجراء التحكيم بدون اتخاذ هذا الإجراء الذي يهدف إلى إسباغ الرقابة الرسمية القضائية.

ثانيا: التبليغ بالدعوى

يتولى كاتب الجهة المختصة (سكرتيرا التحكيم) مهمة إشعار المحكمين بقرار الاعتماد، و القيام بكافة الإخطارات و الإعلانات أثناء نظر الدعوى عن طريق المراسلات أو الجهات الرسمية، كما يحرر الإخطار باللغة العربية من نسختين أو أكثر حسب عدد المحكمين، و يتضمن التحرير البيانات التالية: – تاريخ التبليغ (السنة، الشهر، اليوم، الساعة) بالإخطار، –تحديد طالب الإخطار(الاسم، اللقب، المهنة و الموطن)، –اسم المراسل الذي اجرى التبليغ، توقيعه و الجهة التي يعمل بها، –اسم الشخص المطلوب إبلاغه، لقبه، مهنته و موطنه و ظيفته، –اسم هيئة التحكيم و مقرها، موضوع الإجراء و التاريخ المحدد له، أما بالنسبة للإخطارات إلى الأشخاص المعنوية يتم وفق الحالات التالية: بالنسبة للدولة تسلم الإخطارات للوزراء أو من يقوم مقامهم، بالنسبة للأشخاص العامة تسلم الإخطارات للنائب عنها، الشركات الخاصة و الجمعيات تسلم لمراكز إدارتها المبين في السجل التجاري، أو لمن يقوم مقامها من العاملين بالنسبة للشركات الأجنبية[3]، في حين نجد أن المقنن الجزائري في المادة 1010 من القانون السالف الذكر سمح بعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل.

[1] عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الادارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، د.ط، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1995، ص 285.

[2] عمرو عيسى الفقى: الجديد في التحكيم في الدول العربية، د.ط،المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، سنة 2003، ص343.

[3] محمد بن ناصر بن محمد البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، د.ط،مركز الطباعة و النشر بمعهد الادارة العامة، السعودية، سنة 1999، ص 165–171.

الفرع الثاني: إجراءات نظر الدعوى و انعقاد الجلسة التحكيمية

بعد اعتماد و تبليغ وثيقة التحكيم يبدأ المحكم باتخاذ الإجراءات اللازمة لبدء النظر في الدعوى.

أولا: انعقاد الجلسة

تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، و طبيعة العلاقة التي تربط بين الاطراف و المحكمين اختلف فيها الفقه الى رايين، الراي الاول اعتبار العلاقة بينهم علاقة وكالة و السبب في ذلك ان المحكم يستمد سلطته في التحكيم من اتفاق الطرفين و ان لهؤلاء الحق في العدول عن التحكيم، و يعاب على هذا الراي ان الوكيل يجب ان يتبع التعليمات التي يصدرها اليه موكله، اما الراي الثاني يرى ان العلاقة بين المحكم و الطرفين هي اجارة عمل مع ملاحظة ان المحكم يخول بعض السلطات القانونية الغير مستمدة من العقد، و هذا الراي ياخذ به المقنن المصري في المادة 22 من قانون رقم 27 سنة 1994 [1]، و في القانون الجزائري تتشكل هيئة التحكيم من محكم او عدة محكمين بعدد فردي و يمكن للاطراف مباشرة الرجوع الى نظام التحكيم بتعيين المحكم او المحكمين او تحديد شرط تعيينهم و شروط عزلهم او استبدالهم في غياب التعيين[2]، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام برفع الامر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم اذا كان التحكيم يجري في الجزائر، او رفع الامر الى رئيس محكمة الجزائر اذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر، و اذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد او مكان تنفيذه[3] و لا تتقيد هيئة التحكيم بشكليات محددة فلها أن تعقد جلساتها في أي يوم تشاء غير أن للطرفين الحق في الاتفاق على أوقات معينة لعقد الجلسة، فالتشريع المصري في المادة 33 من قانون التحكيم رقم 27-1994 قد راعى مبدأ احترام حقوق الدفاع لتمكين كل طرف بعرض مذكراته و وثائقه المكتوبة، و قد سار على هذا النهج المقنن الجزائري في المادة 1022 من قانون الاجراءت المدنية و الادارية في اجل خمسة عشر (15 يوم) على الأقل ، كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على وجوب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات، و قد سار على هذا النهج نظام غرفة التجارة الدولية بباريس (المادة15/ 1)، و فيما يخص مكان التحكيم يكون بواسطة اتفاق أطراف

---

[1] شعيب احمد سليمان: التحكيم في منزعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، نفس المرجع، ص 140-141.

[2] يتحمل تكاليف التحكيم ما في ذلك اتعاب هيئة التحكيم التابعة للمركز ICSID حيث تقسم بالتساوي بالمناصفة بين المدعى عليه و المدعي، انظر الى: Girlbert Guillaume,Jean-Denis Bredin,Ahmed Sadek El Kosheri :Centre international pour le règlement des differends relatifs aux investissements/affaire CIRDI n°ARB/01/2012,p101.

و بالرجوع الى دليل الصرف من اجل تحديد تكاليف التحكيم فانه يستلزم الامر الاعتماد على الاساليب الاحصائية و التاريخية من اجل معرفتها، انظر الى: Marie thérèse Boyer-Xambeu chislain deleplace et Lucien Gillard :Les arbitrages sur les changes et les métaux précieux entre Londres,Paris et hambourg(1821-1873),les serpent bimétalliques,2013/02,p211.

[3] انظر الى المواد:1017،1041،1042 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08- 09 السابق الذكر.

التحكيم (التحكيم الخاص)، مع مراعاة مكان إقامة المحكمين و مكان وجود المشروعات الدولية، أما التحكيم المؤسسي فان قواعد لوائح مراكز التحكيم تحدد مكان التحكيم، كما أن النظام الفرنسي يحترم إرادة الأطراف و في التحكيم الداخلي فالأصل انه يجري في فرنسا[1].

ثانيا: سير الدعوى

تسير إجراءات الدعوى التحكيمية مثلما هو معمول في نظام سير الدعاوى العادية (المادة 1019 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية) من حيث نظام الأدلة و سلطات الجهة الفاصلة في الدعوى، و في ظل تطبيق القانون الدولي، و على ضوء الاحكام التي اصدرتها محاكم التحكيم التابعة للمركز الدولي اتجه الفقه الى البحث في نطاق تطبيق القانون الدولي في المنازعات التي تثور بين اطراف عقود الدولة[2]، حيث حدد تقرير مجلس المحافظين بشان اتفاقية انشاء المركز ان مفهوم القانون الدولي يجب ان يفسر بالمعنى الوارد في نص المادة 1/38 من اتفاقية انشاء محكمة العدل الدولية، و من المسلم ان القانون الدولي يطبق اساسا في العلاقات بين الدول و المستثمر الخاص الاجنبي في ظل اتفاقية البنك الدولي يصبح طرفا مباشرا في نزاع يواجه فيه الدولة امام هيئة تحكيم دولية المنشا، تجري امامها اجراءات تسوية النزاع و فق قواعد القانون الدولي و تصدر حكما دوليا يرتب عدم تطبيقه اثار دولية[3].

1-نظام الأدلة

يمكن التذكير هنا أن دعوى التحكيم تبدأ عندما يرفع احد الأطراف دعوى أمام المحكم او المحكمين، و يتعين على الأطراف توضيح طلباتهم و مستنداتهم، ثم تباشر محكمة التحكيم الأدلة بنفسها و يتم تقييم هذه الأدلة وفقا للقوانين الموضوعية و الإجرائية، إضافة إلى الخبرة و مقارنة بين النظام الإنجلوسكسوني الذي لا يحتاج للخبرة أمام هيئات التحكيم حيث يكون المحكمون من الخبراء، و النظام اللاتيني الذي لا يشرط تشكيل هيئة التحكيم من الخبراء و يسمح بندب الخبراء، و لما كان القانون الكويتي خالياً من تنظيم قانوني للخبرة أمام هيئات التحكيم، لذلك فإن القواعد التي وردت في قانون تنظيم الخبرة 40 لسنة 1980 هي واجبة الإتباع مع الأخذ بعين الاعتبار إرادة الخصوم في هذا الشأن [4].

[1] خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع، ص219-222.

[2] في ظل سكوت اتفاقية التحكيم يطابق المحكم الاجراءات بالعقد اللازم مباشرة او بالاحالة الى قانون التحكيم، انظر الى: محكمة باريس-الغرفة المدنية- بتاريخ 06 نوفمبر سنة 2008،a.c.R،RG، رقم 01898/07، مجلة التحكيم العدد 03، سنة 2009، ص 898.

[3] شعيب احمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، نفس المرجع، ص 106-107.

[4] عزمي عبد الفتاح عطي: الخبرة أمام هيئات التحكيم دراسة في القانون الكويتي مقارناً بالقانون الفرنسي و قانون التحكيم المصري، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 33، العدد 2 لسنة 2009، ص1.

2-سلطات جهة التحكيم

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان، و إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت الهيئة القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين أو بالاختصاص ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، و إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى فيه الأكثر اتصالا بالنزاع، و على هيئة التحكيم أن تراعي عند الفصل في النزاع شروط العقد موضوع النزاع و الأعراف الجارية بشأنه في مكان تنفيذ العقد، اما إذا اتفق أطراف التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون على أن تراعي الإجراءات الجوهرية في التقاضي[1]، و يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاما مؤقتة أو في جزء من الطلبات و ذلك قبل إصدار الحكم النهائي، و في هذه الحالة يعتبر التحكيم ممدوداً إلى أن يتم الفصل في كامل النزاع، كما يحق لأي من طرفي التحكيم مراجعة قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لاتخاذ إجراء تحفظي وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية[2]، و يمكن لجهة التحكيم أن تتخذ بعض الإجراءات التحفظية ذات الطابع المؤقت بطلب من احد الأطراف، كما يمكن لمحكمة التحكيم أيضا أن تصدر قرارات تحكيمية جزئية[3]، و قد تتمسك الدولة المتعاقدة في سعيها لعرقلة عملية التحكيم و بعد صدور الحكم التحكيمي في مواجهتها بحصانتها عند تنفيذه ، مما يثير التساؤل عن اثر اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة ، فهل لها أن تتمسك بها؟، يذهب البعض من الفقه إلى أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب ان يمتد في أثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم، و يذهب البعض الأخر بان اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ[4]، في حين ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 09-07-1990 الى ربط فكرة الإجراءات التحفظية بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ في القضية القائمة بين شركة " نوربرت بايررد "[5]ضد حكومة " الكوت ديفوار "، حيث تم إدانة هذه الأخيرة بدفع ما يقارب 07 مليون فرنك إلى الشركة و تحصلت هذه الأخيرة على أمر بتنفيذ حكم التحكيم، و بناء على الالتماس المقدم من دولة "الكوت ديفوار" الى قاضي

---

[1] مهمة المحكمين يحددها العقد التحكيم و هي محصورة بموضوع النزاع وفقا لما تحدده ادلاءات الاطراف، انظر الى محكمة استئناف باريس، الغرفة الاولى-مدنية-حكم صادر بتاريخ 30-11-2008،Raquix C/Sanitmbal Holding، مجلة التحكيم العدد 03، سنة 2009، ص891.

[2] http://alfarabiarbitration.com/procedures.htm في: 2013/05/22.

[3] محمد زغداوي: دروس في مقياس التحكيم التجاري الدولي،جامعة التكوين المتواصل، محاضرات متوفرة على موقع المكتبة الالكترونية www.4shared.com، ص37-39.

[4] رشا خليل عبد: التحكيم في المنازعات و مدى تاثره بسيادة الدولة، مجلة القادسية، المجلد4، العدد4، لسنة2011، ص 94.

[5] حفيظة السيد الحداد: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشانها على التحكيم، د.ط،دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، دون سنة، ص 240-241.

الأمور الوقتية قام هذا الأخير بالاستجابة لها من حيث تمتعها بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ، و اعتبرت محكمة استئناف باريس حكم التحكيم قضائيا يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه و يعتبر سندا يحق بمقتضاه الشروع في اتخاذ الإجراءات التحفظية[1].

الفرع الثالث: أثار صدور الحكم التحكيمي

بعد أن يتم نظر الدعوى التحكيمية، تصدر هيئة التحكيم الحكم في النزاع المعروض عليها، حيث عرفت اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية أحكام المحكمين بقولها في المادة الأولى الفقرة (2) أنه: (يقصد بأحكام المحكمين ليس الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف) و عليه يمكن تحديد المقصود بحكم التحكيم القابل للتنفيذ دولياً بأنه: (هو حكم التحكيم الملزم المنهي للخصومة ، أي الحكم الفاصل في موضوع النزاع المنهي للخصومة، سواء كان صادراً بإجابة المدعي إلى طلباته كلها أو بعضها أو برفضها جميعاً)[2]، حيث تتعلق اتفاقية نيويورك المبرمة سنة 1958 بتنفيذ قرار التحكيم الاجنبي باعتبارها اتفاقية دولية تتجاوز نطاق المحلية، كون ان قرار التحكيم الوطني يختلف عن قرار التحكيم الاجنبي، حيث اعتبرت الاتفاقية القرار اجنبي بالنظر الى الدولة المطلوب منها الاعتراف كما في حالة صدوره في دولة اجنبية يتم تنفيذه في دولة متعاقدة اخرى يسري عليها احكام الاتفاقية، و تشترط الاتفاقية ان يكون موضوع النزاع تجاريا و منها العقود الادارية الدولية، وفقا لما جاء بنص المادة 03/25 من ضرورة الاعتراف باتفاق التحكيم اذا اقيمت دعوى امام محكمة دولية موضوعها نزاع يوجد بشانه اتفاق التحكيم فانه يجب عليها احالة النزاع بناء على طلب احد الاطراف الى هيئة التحكيم[3]، و قد انشات اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار الية لتنفيذ احكامها تتمثل في المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، حيث حددت المادة 25 من الاتفاقية اختصاصه بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول و المستثمرين الاجانب فيها شريطة ان تكون الدولة منضمة للاتفاقية، و وفقا لنص المادة 54 من الاتفاقية فان الدول المنضمة اليها تعترف بحجية احكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، باعتبار ان احكامها كانها صادرة عن المحاكم القضائية الوطنية، و تتصف بانها نهائية لا يجوز الطعن فيها امام اية محكمة تابعة للدولة المنضمة للاتفاقية و بهذا تكون الاتفاقية حققت الفائدة للمستثمر الاجنبي

[1] للمحكم الاولوية و تحت اشراف القاضي ان يثبت اختصاصه الا في حال البطلان او عدم امكانية تطبيق اتفاق التحكيم، و ذلك بغية الاعتراض على اعمال هذا الشرط، و يعود الى المحكمين ان يفسروا الملحق العام لتوضيح نية الاطراف الحقيقية، انظر الى: Telekom-RG 13409/ 08°n، مجلة التحكيم العدد رقم 03، سنة 2009، ص873.

[2] http://ama2.alafdal.net بتاريخ: 2013/05/22.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، المركز القومي للاصدارات القانونية، دون بلد، سنة 2008، ص 14 فما فوق.

في الدول النامية، حيث اصبحت ملزمة باللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي تثور مع المستثمر الاجنبي نتيجة لانضمامها للاتفاقية[1].

و أثار تحديد الطبيعة القانونية لحكم المحكم خلافا فقهيا واسعا سببه اختلاف الفقهاء في تحديد طبيعة التحكيم نفسه، حيث ذهب البعض إلى القول انه يغلب عليه الطابع التعاقدي في حين رجح البعض الأخر فكرة الطابع القضائي، و ذهب البعض الأخر أن الحكم التحكيمي ذو طبيعة مختلطة، و انتهى البعض الأخر إلى أن الحكم التحكيمي ذو طبيعة مستقلة له نظام خاص[2]، و خلاصة لما تقدم نرى أن حكم المحكم يعد حكما قضائيا ذا طبيعة خاصة.

اولا: آجال صدور الحكم التحكيمي

تتطلب بعض العقود اصدار الحكم في النزاع خلال مدة معينة تتراوح بين شهر و ثلاثة اشهر، و مثال ذلك العقد المبرم بين العراق و شركة " ايراب " الفرنسية سنة 1968 حيث نصت المادة 03/34 ج منه على ان: (يصدر المحكمان حكمهما في المرحلة الاولى من التحكيم خلال 60 يوم من تاريخ بدء الاجراءات)، و في بعض العقود لم تحدد المدة مثل العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية و شركة " ارامكو " سنة 1955، حيث لم يحدد مدة معينة يتعين خلالها على هيئة التحكيم ان تصدر حكمها، حيث عرض النزاع على محكمة التحكيم سنة 1954 الا ان المحكمة لم تصدر حكمها الا بتاريخ 28 اوت سنة 1958، كما نصت المادة 176 من البروتوكول الملحق بالاتفاق الجزائري الفرنسي سنة 1965 على انه: (يتعين على هيئة التحكيم ان تصدر حكمها في النزاع خلال 06 اشهر تبدا من تاريخ تشكيل المحكمة[3]، و طبقا للقانون المصري رقم 37 سنة 1994 يجب ان يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد الذي اتفق عليه الاطراف، فاذا لم يكن هناك اتفاق يتعين على هيئة التحكيم ان تصدر حكمها خلال 12 شهر من تاريخ بدء الاجراءات[4]، اما قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري نصت المادة 1018 على: (يكون اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يحدد اجلا لانهائه و في هذه الحالة يلزم المحكمون باتمام مهمتهم في ظرف 04 اشهر تبدا من تاريخ تعيينهم او من تاريخ اخطار محكمة التحكيم، غير انه يمكن تحديد الاجال بموافقة الاطراف او وفقا لنظام التحكيم[5].

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، نفس المرجع، ص 148-149.

[2] سليم بشير: الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2012، ص56.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص388-389.

[4] انظر الى المادة 1/45 و 2 من قانون التحكيم المصري، و اذا لم يصدر الحكم خلال الميعاد جاز لاي من طرفي التحكيم ان يطلب من رئيس المحكمة المشار اليها في المادة 09 من نفس القانون ان يصدر امرا بتحديد ميعاد اضافي او بانهاء اجراءات التحكيم.

[5] انظر الى المادة 1018 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09 السابق الذكر.

ثانيا: إجراءات صدور الحكم التحكيمي

عندما يقفل باب المرافعة و المداولة في الدعوى، يتم إصدار الحكم وفق إجراءات معينة تتمثل في كيفية صدور الحكم و كذلك البيانات التي يجب أن يحتويها.

1-كيفية صدور الحكم

في حال كون من قام بالفصل في النزاع محكما واحدا، يتم إصدار الحكم بناءا على قناعته و رايه الشخصي، و يعتبر حكمه باطلا إذا أشرك غيره في المداولة، أما إذا تم نظر النزاع من قبل هيئة التحكيم يصدر الحكم بأغلبية الآراء (التحكيم بالقضاء)، اما التحكيم بالصلح فيصدر الحكم بالإجماع في حدود الصلاحية الممنوحة للمحكم[1]، و بالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري تصدر احكام التحكيم باغلبية الاصوات[2]، و تختلف الاغلبية المطلوبة لاصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمار بحسب عدد المحكمين، فاذا كانت مكونة من ثلاثة محكمين فان حكم التحكيم اما ان يصدر بالاجماع او ان يصدر بالاغلبية، و تسود قاعدة صدور الحكم بالاغلبية كافة المؤسسات الخاصة بالتحكيم كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كما تبنى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي و القانون المصري رقم 27 سنة 1995 قاعدة الاغلبية كطريقة لاصدار حكم التحكيم ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك[3] و حرصا على نزاهة و حياد المحكم لكل من الاطراف أن يرد المحكم دون الإدلاء بسبب مبرر، و للطرف الأخر الحق في أن يعين محكما جديدا حسب المادة 22 من نظام التوفيق و التحكيم و الخبرة للغرف التجارية العربية الأوروبية[4].

2-بيانات الحكم

يتضمن الحكم التحكيمي البيانات الآتية: -التاريخ (اليوم، الشهر، السنة)، -تحديد هوية المحكمين و مكان التحكيم و هوية أطراف اتفاق التحكيم، -ذكر المستندات المقدمة من الأطراف، -ذكر عبارة (و بعد سماع أقوال الطرفين الشفوية و مناقشتهما فيها، كما ثابت بمحاضر الجلسات)، -توضيح مواد النزاع بالتفصيل، -ذكر أسباب الحكم و منطوقه (حكمنا بصفة نهائية غير قابلة للطعن ب: ...مع إلزام(ا)، (ب) بالمصروفات و الأتعاب التي قدرناها بمبلغ: ... أو مناصفة بينهما[5].

و قد بين المقنن المصري البيانات التي يشتمل عليها حكم التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 43 من قانون التحكيم التي نصت: (يجب ان يشتمل حكم التحكيم على اسماء الخصوم و عناوينهم و اسماء المحكمين و عناوينهم و جنسياتهم و صفاتهم، و صورة من اتفاق التحكيم و ملخص لطلبات الخصوم و

[1] محمد بن ناصر بن محمد البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، نفس المرجع، ص 207-210.

[2] انظر الى المادة 1026 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09 السابق الذكر.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص 391.

[4] جعفر مشيمش: التحكيم في العقود الادارية و المدنية و التجارية و اسباب بطلان القرار التحكيمي و اثاره، د.ط، منشورات زين الحقوقية، دون بلد و سنة النشر، ص377.

[5] عمرو عيسى الفقى: الجديد في التحكيم في الدول العربية، نفس المرجع، ص 346.

أقوالهم و مستنداتهم و منطوق الحكم و تاريخ و مكان إصداره و أسبابه اذا كان ذكرها واجب[1]، ان المادة 1028 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري نصت على: (يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية:- اسم و لقب المحكمين، - تاريخ صدور الحكم، - مكان الصدور، - اسماء و القاب الاطراف و موطنهم، - اسماء و القاب المحكمين[2].

ثالثا: طرق الطعن في الحكم التحكيمي

تتجه غالبية قوانين التحكيم و الاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم الى انه بصدور حكم التحكيم لا يستنفذ المحكمون ولايتهم و من ثم يجوز لهم اجراء تصحيح الاخطاء المادية او الكتابية او تنفيذ حكم التحكيم او اصدار حكم تحكيم اضافي[3]، و يكون حكم التحكيم حائزا فور صدوره على قوة الامر المقضي و واجبا تنفيذه، و يختص باصدار الامر بتنفيذ الحكم التحكيمي رئيس المحكمة الاستئنافية التي يتفق عليها الاطراف، و يتقدم المحكوم لصالحه بطلب على عريضة مرفوقة باصل الحكم و صورة من الاتفاق و ترجمة مصادق عليها الى اللغة العربية و صورة من محضر ايداع اصل الحكم، و ذلك بعد نفاذ مدة رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي و هي 90 يوم تبدا من تاريخ اعلان حكم التحكيم[4]، و بالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري فان احكام التحكيم تحوز حجية الشيئ المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع، و يكون الامر القاضي برفض الاعتراف او برفض التنفيذ قابلا للاستئناف، و ذلك للاسباب المتعلقة بغياب اتفاق التحكيم او بطلانه، و في حالة تشكيل محكمة التحكيم مخالفا للقانون، و في حالة عدم احترام مبدا الوجاهية او عدم ذكر اسباب الحكم او مخالفته للنظام العام الدولي، و يرفع الاستئناف امام المجلس القضائي خلال اجل شهر و احد (01) ابتداء من تاريخ التبليغ، و يمكن ان يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 امام المجلس القضائي ابتداءا من تاريخ النطق بالحكم في اجل شهر واحد (01) من تاريخ التبليغ[5].

رابعا: تنفيذ الحكم التحكيمي

يثير موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية إشكالية قانونية تكمن في الموازنة بين أمرين هما، الاول الأخذ بعين الاعتبار حاجة المعاملات الدولية في حماية مصالح الأفراد الخاصة و ضمان احترام سيادة الدولة، من خلال حقها في الامتناع عن تنفيذ الأحكام الأجنبية على إقليمها إذا كان يتعارض مع النظام السائد

[1] و الجدير بالذكر ان اغفال هذه البيانات لا يترتب عليه بطلان الحكم التحكيمي التي نص عليها قانون التحكيم في المواد 52-53-54 و المواد من 19 الى 24 من قانون المرافعات المصري.

[2] انظر الى المادة 1028 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم 08-09 السابق الذكر.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص 412-413.

[4] انظر الى المادة 54 من قانون التحكيم المصري.

[5] انظر الى المواد 1031-1055-1057-1058-1059 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم 08-09 السابق الذكر.

في الدولة[1]، و الأصل أن تنفيذ الحكم التحكيمي يكون طواعية من الذي صدر ضده، أما إذا رفض فانه للذي صدر حكم التحكيم في صالحه أن يلجا إلى القضاء العادي للحصول على أمر التنفيذ يضفي الصيغة التنفيذية عليه أي التنفيذ الجبري لحكم التحكيم[2]، و لم تحدد اتفاقية نيويورك الإجراءات الواجبة إتباعها للاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي او تنفيذه، تاركة هذه المسالة لقانون الدولة التي يجري الاعتراف بالحكم و تنفيذه على إقليمها طبقا لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، لذلك يتم تنفيذه وفقا للإجراءات المقررة في القانون الجزائري متى طلب تنفيذه في الاقليم الجزائرية (المادة 1035 الى 1038 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية)، و تتلخص هذه الإجراءات في، الاعتراف بقرار التحكيم الدولي في الجزائر قبل تنفيذه، –أن يكون القرار المراد تنفيذه حائزا للشيء المقضي به، و اثبات صدور قرار التحكيم و إيداع الوثائق الخاصة بالقرار[3]، كما اشترط المقنن الجزائري لإصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي شرطين، احدهما شكلي يتمثل في إثبات وجود الحكم التحكيمي و الأخر موضوعي يتعلق بمطابقته للنظام العام الدولي، اذ لازالت فكرة النظام العام تستعصي على الباحثين من حيث إمكانية وضع تعريف جامع مانع، ذلك أنها فكرة مطاطة مرنة كونه يتغير بتغير المذاهب الفكرية و الاجتماعية و السياسية، فهي فكرة نسبية تتغير من زمان و مكان و تشمل المسائل ذات الصلة بالإجراءات أمام هيئة التحكيم إضافة إلى المسائل المتعلقة بالنزاع، فالنظام العام مجموعة من القيم و المبادئ و الأصول العامة التي تشكل كيان الدولة المعنوي في النواحي السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الخلقية، تظهر غالبا في صورة قواعد قانونية آمرة و هو نوعين:

1–نظام عام داخلي: و هو مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي و الاقتصادي و الأخلاقي للدولة، تضع في عين الاعتبار سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية.

2–النظام العام الدولي: و هو مجموعة من المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي، يتعلق بالقواعد المشتركة التي يتعين معاقبة مخلها من قبل المحكم الدولي بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع، و من أمثلتها مبدأ حسن النية في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية و احترام حق الدفاع[4]، و كذلك من الأمثلة التقليدية على مخالفة النظام العام الدولي العقود المتعلقة بالفساد و الاحتيال، الرشوة، التمييز العنصري، غسل الأموال، الاتجار بالمحذرات و الرقيق و الأطفال و الاتجار

[1] عمر بلمامي: تنفيذ الاحكام الاجنبية و اشكالية الدفع بالنظام العام،الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص 2.

[2] كمال قربوع عليوش: التنفيذ الجبري لحكم التحكيم في التحكيم التجاري الدولي الجزائري، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص1.

[3] مظفر جابر ابراهيم الراوي: تنفيذ قرارات المحكمين الاجنبية، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص9–10.

[4] سامية كسال: تأثير فكرة النظام العام على تنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص3–7.

الغير المشروع بالأسلحة[1]، و تختلف أثار الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق في بلد القاضي عن مرحلة التمسك بآثارها في هذا البلد، ففي المرحلة الأولى ينتج الدفع بالنظام العام أثاره كاملة فيمنع إنشاء العلاقة أما في المرحلة الثانية فان الدفع بالنظام العام لا يواجه نشأة الحق و إنما يتعلق بمدى قبول التمسك بآثاره في بلد القاضي[2]، فالتنفيذ الجبري للحكم التحكيمي يستوجب حسب المادة 1051 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية إثبات من تمسك بوجوده عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم، و يتم إيداعها من طرف المعني بالتعجيل بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة، أما بالنسبة للشرط الثاني المتعلق بالنظام العام الدولي فقد بين المقنن المقصود به، أي انه الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية[3]، و يتم إيداع طلب الاعتراف و التنفيذ اما من قبل المحكم او احد الأطراف لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة –محكمة مكان صدور الحكم– إذا جرى التحكيم في الجزائر و محل التنفيذ خارج التراب الوطني مع تحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق، و تصبح هذه القرارات قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة، يتضمن إذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية لمن يطلبها من الأطراف، و في هذه الحالة الحكم التحكيمي إذا استوفى كامل شروطه يكون غير قابل لاي نوع من الطعون إلا إذا توافرت إحدى الحالات في المادة 1056 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية[4]، لكن ما تجدر الإشارة إليه أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 قد أثار عدم الطعن بالاستئناف في مجال أحكام التحكيم ، و يعود ذلك لتغليب الأصل الاتفاقي للتحكيم على طابعه القضائي[5]، و الجدير بالذكر أن أحكام التحكيم الدولي لا يحتج بها اتجاه الغير[6]، و الأصل أن السلطة

---

[1] امال يدر: الطعن بالبطلان في قرار التحكيم، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص 14.

[2] كمال كيحل: تنظيم العلاقات الدولية الخاصة (من اجل تعاون قضائي دولي)، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص 2.

[3] تعويلت كريم: دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الاكادمية للبحث القانوني، مجلة سداسية، عدد01، لسنة2010 ، ص149 .

[4] تنص المادة 1056 من ق.ا.م.ا على: (لا يجوز استئناف الامر القاضي بالاعتراف او بالتنفيذ، الا في الحالات الاتية:

1–اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم،او بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،

2–اذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانو،

3–اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها،

4–اذا لم يراع مبداالوجاهية،

5–اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها،او اذا وجد تناقض في الاسباب.

6–اذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي.

[5] فريدة بن عثمان: تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي الباطل، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص 2.

[6] كهينة عقون، سليمة مسيس: النظام القانوني للاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي، مذكرة تخرج، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم قانون اعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، سنة 2011، ص16–18.

المختصة في البلاد المراد تنفيذ الحكم التحكيمي لا تقوم بالبحث عن أصل النزاع، بل مهمتها تقتصر على الرقابة على مدى صحة ذلك الحكم و إتباع المبادئ الأساسية لحماية حقوق المتنازعين، و عدم احتواء الحكم التحكيمي ما يتعارض مع النظام العام الدولي[1]، و في هذا الإطار تلعب جامعة الدول العربية دور مشهود حيث شكلت لجنة من خبراء و وزارات العدل في الدول الأعضاء لوضع نظام موحد لتنفيذ الأحكام فيما بينها، كما تم إقرار مشروع اتفاقية حول تنفيذ الأحكام في الدورة السادس عشر لانعقاده بتاريخ 14-09-1952، و احتوت على اثني عشرة مادة تتكلم عن الاعتراف بالحكم و تنفيذه و حالات رفض التحكيم بالنسبة لأحكام المحاكم أو التحكيم[2]، و على الرغم من تمتع أحكام التحكيم بخصائص الأحكام القضائية و حيازتها لحجية الشيء المقضي فيه، إلا أنها تخضع لرقابة قضاء دولة المقر التي انعقدت فيها جلسات التحكيم على إقليمها، فالتحكيم بالرغم من الدور الذي يلعبه إلا انه يبقى التساؤل عن الفعالية الدولية لإحكام التحكيم[3]، و المثير للجدل مسالة تنفيذ حكم التحكيم المرسل وضده الحكم المقَّيد ، يثير البحث سؤالاً جوهرياً حول مدى إمكان أن يكون حكم التحكيم مرسلًا من حيث هو؟، أو أن إرساله يعتمد على القانون الوطني و إرادة أطراف التحكيم؟، من مواقف بعض الدول من إرسال أحكام التحكيم الصادرة على أقاليمها، الرأي المثير للجدل في ظل قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996 الذي يقبل إرسال حكم التحكيم و يذكر معللا بحجج تاريخية و قضائية و تشريعية[4].

و قد اكدت الاتفاقيتين " نيويورك " سنة 1985 و اتفاقية " جنيف " سنة 1927 في المادة الثالثة بنصها: (تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم، و تامر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الاقليم المطلوباليه التنفيذ)، و اضافت اتفاقية جنيف سنة 1927 تكملة اساسية نصت على: (و لا تفرض للاعتراف او تنفيذ احكام المحكمين التي تطبق عليها احكام الاتفاقية الحالية شروط اكثر شدة... من تلك التي تفرض للاعتراف و تنفيذ احكام المحكمين الوطنيين)، و اهم ما جاءت به اتفاقية نيويورك سنة 1985 و اتفاقية جنيف سنة 1927 انها قبلت قواعد الاثبات و نصت على انه لا يجوز رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الا اذا قدم المنفذ عليه للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليه الاعتراف او التنفيذ دليلا و اثباتا بهدم الحكم التحكيمي، و قد حددت هذه الحالات على سبيل الحصر و اصبح الحكم التحكيمي الدولي قائما بذاته يحمل طابع التنفيذ و يشترط في من يطلب التنفيذ ان يرفق بطلبه اصل الحكم التحكيمي (شرط تحكيم او اتفاق تضمنته الخطابات المتبادلة و البرقيات)، و ترجمة

[1] سهيلة تواتي، حسينة تونس: تنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مذكرة تخرج، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم قانون اعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، سنة 2011، ص 37.

[2] احمد عبد الكريم سلامة: نظام تنفيذ الاحكام القضائية في دول مجلس التعاون الخليجي، الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع، ص6.

[3] سناء بولقواس: الفعالية الدولية لاحكام التحكيم الدولية، غير منشور،الملتقى الدولي حول تنفيذ الاحكام و السندات الاجنبية و قرارات التحكيم الدولي، نفس المرجع السابق، ص 2.

[4] محمد حسين بشايره: حكم التحكيم المرسل(مفهومه و تنفيذه)، مجلة الحقوق الكويتية، مجلد رقم 31، العدد3، لسنة 2007، ص1.

هذه الاوراق الى اللغة الرسمية للبلد المطلوب فيه التنفيذ[1]، و يتضمن القرار التحكيمي الحكم على احد اطراف النزاع و اعطاء الحق للطرف الاخر، و لابد لمن صدر القرار ضده تنفيذه و القاعدة هي احترام القرار التحكيمي من قبل الاطراف و تنفيذه اختياريا اما الاستثناء هو الامتناع في التنفيذ، اما الطرف الذي تم الحكم لصالحه بموجب قرار تحكيمي يلجا الى التنفيذ الجبري من الجهات المختصة باضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي في المكان الذي اموال المدين المطلوب تنفيذ القرار ضده، و يعتبر التحكيم وطنيا اذا صدر في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه عند الاخذ بالمعيار الجغرافي، و قد جاءت اغلب التشريعات العربية متفقة مع هذا المعيار، و بالعكس يعتبر القرار اجنبي و ان صدر في نفس البلد محكمة هذا البلد بينت عدم اختصاصها بالنظر في النزاع، اما اعطاء الصفة التنفيذية فهناك بعض قوانين المرافعات المدنية تعطي للمحكم السلطة في اضفاء القوة التنفيذية مثل القانون النرويجي و النمساوي و الروماني و الهنغاري، و هناك قوانين اخرى تستوجب اتخاذ اجراء اداري لاضفاء الصفة التنفيذية كما هو الحال في القانون السويدي و القانون الفلندي[2]، لكن بعض القوانين العربية و كذلك القانون الفرنسي في المادة 1477 جعل رئيس المحكمة الابتدائية هو الذي يصدر الامر بتنفيذ قرار التحكيم بناء على طلب احد الاطراف و بعد ايداع قرار التحكيم و نسخة من الاتفاق الخاص بالتحكيم، و يجب في هذا الصدد الاشارة الى انه عندما يتعلق الامر بقرار اجنبي نجد ان الحديث يتطرق الى الاعتراف و التنفيذ و هذا ما نجده في نصوص الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك سنة 1958 و اتفاقية جنيف سنة 1937، و تتم اجراءات الاعتراف و التنفيذ وفقا للقواعد حسب الاتفاقيات الدولية الجماعية و الثنائية ثم القوانين الوطنية، حيث اشترطت اتفاقية جنيف ان يكون القرار صدر بناء على اتفاق تطبق عليه احكام بروتوكول سنة 1923، و قد صدر في دولة من الدول الاطراف في اتفاقية جنيف و ان يكون اطراف النزاع خاضعين لقضاء احدى الدول الاطراف في الاتفاقية، و حول تنفيذ القرارات التحكيمية الاجنبية بموجب القوانين الوطنية تقسم الى ثلاث اقسام، القسم الاول جاءت نصوص خاصة حول كيفية الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الاجنبية مثل قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية، اما القسم الثاني فهي سكتت عن معالجة امر التنفيذ كما هو الحال في القانون العراقي، و القسم الثالث من القوانين نصت على معاملة القرارات التحكيمية الاجنبية معاملة الحكم القضائي الاجنبي مثل القانون الجزائري و التونسي و الليبي و المصري...[3].

[1] عبد الحميد الاحدب: التحكيم الدولي، الجزء الثالث، نوفل للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1990، ص385 فما فوق.

[2] فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لاحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد و الاتفاقيات الدولية و الاقليمية و العربية)، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، سنة 1997، ص 367-369.

[3] فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لاحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد و الاتفاقيات الدولية و الاقليمية و العربية)، نفس المرجع، ص 371-383.

المبحث الثاني: شروط إبرام إتفاق التحكيم و آثاره على السيادة الوطنية

يتاسس اتفاق التحكيم على التراضي و هذا المبدا تضمنته اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية، فنصت المادة 1/25 منها على انه: (يشمل اختصاص المركز المنازعات ذات الصبغة القانونية، التي تنشا بين دولة متعاقدة او اية مؤسسة عامة او هيئة تابعتين لها و تعينها هذه الدولة للمركز و بين رعايا دولة اخرى متعاقدة بشرط ان يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار...)، كما اخذت محكمة العدل الدولية بهذا المبدا حيث قضت بتاريخ 19-05-1953 في قضية " امباتيلوس " بما يلي: (... عدم امكان الزام الدولة باحالة منازعاتهم على التحكيم دون رضاها هو احد المبادئ المستقرة تماما في القانون الدولي، و على ذلك يستمد الحكم الصادر من محكمة التحكيم قوته الالزامية من اتفاق الطرفين)[1].

اذ يجب توافر شروط معينة في اتفاق التحكيم، فيتعين في حالة ما اذا كان الاتفاق على التحكيم سابقا على قيام النزاع تحديد موضوع النزاع، اما اذا كان اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع فيتعين ان يحدد الاتفاق المسائل التي يشتملها التحكيم و الا كان الاتفاق باطلا، و يؤدي تحديد محل النزاع الى امكان تحديد ولاية المحكمين و لهذا فانه يعتبر باطلا العقد المبرم بين شخصين و الذي يتفقان فيه على عرض اي نزاع ينشا بينهما في المستقبل على المحكمين، و يجب التقيد بموضوع التحكيم في شان النزاع حول عقد معين لا يمتد الى عقد اخر ولو كان مرتبطا به و بين نفس الخصوم، و لا يمتد اثر الاتفاق على التحكيم الى غير اطرافه او الى غير النزاع الوارد فيه، كما يتعين توافر الاهلية-اهلية التصرف في الحقوق المتنازع عليها-، ذلك ان الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع الى قضاء الدولة و يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و الا كان باطلا، و يكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا تضمنه محرر وقعه الطرفان او اذا تضمن ما تبادله الطرفان من رسائل او برقيات او غيرهما من وسائل الاتصال، و لا يلزم في الكتابة شكل خاص او الفاظ معينة[2].

و من خلال هذه الدراسة سنحاول تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الشروط الموضوعية و الشكلية لصحة اتفاق التحكيم، ثم نبين آثار اتفاق التحكيم على الحصانة السيادية في المطلب الثاني.

---

[1] احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانونيي للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص351.

[2] عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي (في المواد المدنية و التجارية و الادارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994)، نفس المرجع، ص 27-31، انظر الى: المواد 10، 12 من القانون رقم 27 لسنة 1994 المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادر بتاريخ 21 ابريل سنة 1994.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية و الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

لما كان شرط التحكيم يعتبر اتفاق مستقلا عن شروط العقد الاخرى فانه يلزم لنفاذه توافر اركان و شروط من رضاء صحيح غير مشوب بعيب من العيوب و محل قابل للتعامل فيه و سبب مشروع، و قد قيد المقنن المصري شرط التحكيم في المنازعات الادارية بضرورة الحصول على موافقة مسبقة من الوزير المختص و الا كان باطلا[1]، و لصحة الاتفاق التحكيمي هناك عدة شروط يلزم من توافرها في هذا الاتفاق ففضلا عن تطابق الايجاب و القبول[2]، فلابد ان يصدر هذا القبول من شخص ذو اهلية و في العقود البترولية فان الاتفاق يتم بين شخصيين معنويين احدهما من اشخاص القانون العام و هو الدولة البترولية المالكة لابار البترول او المؤسسة العامة التابعة للدولة، و تجدر الاشارة الى ان مجمع القانون الدولي ب " امستردام " سنة 1957 حدد في المادة 04 منه انه: (يسري على اهلية التحكيم القانون الذي تعينه قواعد الاسناد النافذة في الدولة التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم)، كما يمثل الدولة رئيسها او الوزير المختص في تعاقداتها او رئيس مجلس ادارة المؤسسة العامة البترولية[3]، و بموجب اتفاقية جنيف الاوروبية المبرمة سنة 1961 اصبح لاشخاص القانون العام الحق في اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية، و تهدف تلك الاتفاقية الى ابراز دور التحكيم كوسيلة مثلى لفض المنازعات الناشئة في اطار المعاملات التجارية في منطقة اوروبا شريطة ان تكون الدولة منظمة للاتفاقية[4].

---

[1] عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي(في المواد المدنية و التجارية و الادارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 09 سنة 1997 ، رقم 08 لسنة 2000)، نفس المرجع، ص17.

[2] وقد اختلف الفقهاء في المجالات التي يجوز فيها التحكيم و ذلك الى ثلاثة اراء:

– الراي الاول و اليه ذهب جمهور الاحناف و جمهور المالكية و فريق من الشافعية وفريق من الحنابلة الى جواز التحكيم في كل شيئ الا في الحدود و القصاص و النكاح واللعان،لان التحكيم تفويض والتفويض يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه و لا يصح فيما لا يملك كالتوكيل، و لان حكم المحكم بمنزلة الصلح و لا يجوز استيفاء القصاص و الحد بالصلح، و لانها تندرئ بالشبهات.

– الراي الثاني: و اليه ذهب جمهور الحنابلة وفريق من الشافعية، جواز التحكيم في كل شيئ، لان من صح حكمه في حكم من الاحكام صح في جميع الاحكام كالحاكم الذي و لاه الامام.

– الراي الثالث و اليه ذهب بعض الشافعية و بعض الحنابلة وبعض المالكية جواز التحكيم في الاموال فقط، و لا يجوز فيما عدا لان الباقي امور نص عليها الشرع فلا يجوز ان يتولاها الا الامام، اما جوازه في الاموال فلانه من الحقوق الخالصة للفرد فله الخيرة ان شاء استوفاها او اسقطه فجاز فيه التحكيم.

انظر الى: فتح القدير ج5/499، البحر الرائق ج7 ص27،تبيين الحقائق ج4، ص193، القوانين الفقهية لابن جزي ص255، تبصرة الحكام لابن فرحون ج1 ص 44، المهذب ج2 ص291، مغني المحتاج ج4 ص376، المغني مع الشرح الكبير ج11، ص 484.

[3] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 163-167.

[4] انضمت الى الاتفاقية كوريا و الاردن وباكستان و سلفادور و هي دول غير أوروبية.

و عليه يمكن تقسيم هذا المطلب الى الفروع التالية، الفرع الاول حول التراضي في عقد الإستثمار البترولي عند إبرام اتفاق التحكيم ، اما الفرع الثاني سيكون عن محل اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية، و أخيرا نتناول الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية في الفرع الثالث.

الفرع الاول: التراضي في عقد الاستثمار البترولي عند ابرام اتفاق التحكيم

يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر اركان العقد من الرضا و المحل و السبب، و حتى يكون التراضي صحيحا يجب ان يصدر من ذي اهلية و خاليا من العيوب، و هذا التراضي يمكن ان يصدر من الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك حق التصرف في حقوقه، و قد يحق للشخص الاعتباري ابرام عقد الاستثمار البترولي و ليس له حق توقيع اتفاق التحكيم فاذا تضمن العقد الاداري شرطا بالتحكيم و لم يكن العقد موقع من الوزير او من يتولى اختصاصه بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة، فينعقد العقد و يقع شرط التحكيم باطلا غير منتج لاثر، و ذلك اعمالا لنص المادة الاولى من القانون رقم 09 لسنة 1997 بتعديل احكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 التي ذهبت الى انه: (مع عدم الاخلال باحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع)، حيث تتفق ارادة طرفي التعاقد على الالتجاء الى التحكيم او وفق اتفاق خاص، و من ثم فلا يجوز فرض تسوية المنازعات التي يكون الافراد طرفا فيها عن طريق التحكيم لما في ذلك من مصادرة لحق الافراد في التقاضي امام قاضيهم الطبيعي[1]، و الايجاب بالنسبة لعقود التجارة الدولية هو حصيلة المفاوضات بين الاطراف و من ثم قبول صاحب العرض كافة الشروط التي نتجت عن المفاوضات حتى يصل الى مرحلة الايجاب النهائي، لذا فالعرض عن طريق الاعلانات لا يعتبر ايجابا و انما دعوة لابرام العقد، و هذا يعني ان الفرق بين الايجاب الكامل و الدعوة لانشاء علاقة تعاقدية هو ان الايجاب يجب ان يتضمن كل العناصر الضرورية لانشاء اتفاق ملزم قانونا، و هو ما اشارت اليه المادة 14 من اتفاقية " فيينا " للبيع الدولي للبضائع[2]، و بناء على ذلك فالقبول في العقود التجارية الدولية يكون هو التعبير عن الرضا ممن وجه اليه الايجاب و التي تكون عادة ثمرة المفاوضات التمهيدية، و بهذا يشترط ان يكون القبول صادرا ممن وجه اليه الايجاب لذلك لابد من مطابقة القبول للايجاب على محل العقد و ان يكون موافقا له، و يعتبر قبولا اي بيان او اي تصرف اخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الايجاب، و يشترط ان يكون القبول خلال المدة المحددة في الايجاب ان كانت هناك مدة محدد، و الا فخلال مدة معقولة يتم تقديرها وفقا للظروف التي تمت فيها الصفقة، فقانون البيوع الدولي للبضائع نص على: (يبدا

[1] صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث و الدراسات الادارية، دون بلد النشر، سنة 1998، ص 35.

[2] حمدي ياسين: موسوعة العقود الادارية و الدولية (العقود الادارية في التطبيق العلمي، المبادئ و الاسس العامة)، الكتب القانونية، منشاة المعارف سنة 1998،ص124.

سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول في برقية أو رسالة من لحظة تسليم البرقية للارسال او من التاريخ المبين بالرسالة)[1]، و قد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة الى تبني الراي القائل بعدم صحة شرط التحكيم بعد العمل بالقانون رقم 27 لسنة 1994 لاسباب قائمة على طبيعة العقد الاداري و على قواعد الاهلية و الاختصاص الا ان يكون ذلك بتفويض صريح من المقنن، في حين ذهب اصحاب الراي الثاني الى جواز لجوء الاشخاص المعنوية العامة الى التحكيم لان القانون رقم 27 لسنة 1994 قد اجاز في مادته الاولى للاشخاص المعنوية اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، و قد اكد التقرير الصادر عن لجنة الشؤون الدستورية و التشريعية عن مشروع القانون رقم 09 لسنة 1997 بانه اعمالا بضوابط الالتجاء الى التحكيم في منازعات العقود الادارية حظر مشروع القانون التفويض في ذلك الاختصاص فلا يباشرها الا من اوكل له القانون هذه المهمة لخطورتها و لاعتبارات الصالح العام[2]، اما قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم 08-09 فقد نصت المادة 1006 منه انه: (...لا يجوز للاشخاص المعنوية العامة انتطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية...)، و من خلال تحليلنا لهذا النص يتبين لنا انه انه يحق للاشخاص المعنوية العامة ابرام اتفاق التحكيم لفض منازعاتها المترتبة عن علاقاتها الاقتصادية ذات الطبيعة الدولية[3]، و تكريسا لهذا النص في مجال المحروقات اجازت المادة 58 من قانون المحروقات رقم 13-01 للوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات " النفط " و المتعاقد، و كذا الخلاف القائم بين المؤسسة الوطنية " سوناطراك " و الاشخاص المكونين للمتعاقد.

و بالرجوع الى اتفاقية نيويورك سنة 1958 نجد انها لم تورد اي قواعد موضوعية في خصوص النظام العام و اهلية ابرام اتفاق التحكيم، و اكتفت اعمالها التحضيرية بايضاح ان مؤتمر الامم المتحدة حرص على تاكيد استبعاد اي قيود فيما يتعلق بالاشخاص الذين يحق لهم ان يكونوا اطرافا في اتفاق التحكيم الخاضع لقواعد الاتفاقية، و بعبارة اخرى فان الاعمال التحضيرية تستبعد اي قيد يتعلق بجنسية او موطن اطراف اتفاق التحكيم عند تطبيق التنظيم السائد في ظل الاتفاقية، فقد ذهب جانب من الفقه الى امكان تحديد قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء الى التحكيم طبقا لقانونها الشخصي حسب المادة 5/ا من الاتفاقية، و يقوم نص المادة على افتراض ان قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء

---

[1] حمدي ياسين: موسوعة العقود الادارية و الدولية(العقود الادارية في التطبيق العلمي، المبادئ و الاسس العامة)، نفس المرجع، ص125 فما فوق.

[2] تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريع للقانون رقم09 لسنة1997 منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة ملحق العدد الثاني، السنة الحادية و الاربعون ابريل-يونيو سنة 1997، ص29، في حين ذهب جانب من الفقه الى ان موافقة الوزير تتضمن ضررا بالمصلحة العامة و بالحكومة المصرية، انظر الى عصام احمد البهجي: التحكيم في عقود البوتBOT، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2008، ص81-86.

[3] يقدر الطابع الدولي للتحكيم بناء على طبيعة العلاقة الاقتصادية بين الاطراف في اساس النزاع و لا يكون لجنسية الاطراف و لا لمكان التحكيم و لا للقانون الواجب التطبيق موضوع النزاع أي اثر على الطابع الدولي للتحكيم، انظر الى: C.Paris 1er ch.D,21 Janvier 2009,El Assidic.N est et sys-RG n°08/18859.، مجلة التحكيم العدد 3، سنة 2009، ص878.

للتحكيم تعد من مسائل الاهلية، اذا خلصنا الى ان هذه القدرة هي نوع من السلطة و الاختصاص و يعني اننا امام مجال من مجالات القانون العام التي تخرج اساسا من دائرة تنازع القوانين، و مفاده ان المرجع في تحديدها للقانون الذي عاصر ميلاد هذا الشخص و حدد اهدافه و منحه الشخصية القانونية التي تكفل تحديد هذه الاهداف (قانون محل التاسيس)[1]، و تنص المادة 501 من قانون المرافعات المصري على مايلي: (لا يصح الاتفاق على التحكيم الا ممن له اهلية التصرف)، و قد الغي نص المادة 501 بالمادة 11 من قانون رقم 27 سنة 1994 حيث نصت: (لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه و لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح)، و في القانون المدني الفرنسي نصت المادة 2059 على:(الشخص الذي لا يملك اهلية التصرف في حقوقه كالقاصر و المحجور عليه لا يستطيع ابرام عقود اتفاق التحكيم الا عن طريق الوصي او القيم بعد الحصول على اذن بذلك من المحكمة، و البطلان الناشئ عن نقص الاهلية هو بطلان نسبي غير متعلق بالنظام العام و لا يستطيع الطرف الاخر التمسك بهذا البطلان، اما انعدام الاهلية فيترتب عليه بطلان مطلق)[2]، و وضعت المادة 1003 من تقنين المرافعات الفرنسي مبدا الاهلية لابرام اتفاق التحكيم فقالت: (يجوز لكل شخص الاتفاق على التحكيم بشان الحقوق التي يملك التصرف فيها و معنى هذا ان لا يكفي ان تكون للشخص اهلية التعاقد فحسب، و انما يجب ايضا ان يكون اهلا للتصرف في الحق موضوع النزاع)، و للوكيل الاتفاقي ان يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن موكله بشرط ان يكون مفوضا في ذلك بتوكيل خاص، فاذا كان وكيلا عاما او وكيلا خاصا في الصلح وحده يمنع عليه ابرام اتفاق التحكيم، و على هذا الاساس ثبت عن القضاء الفرنسي على ان (المحامي) الموكل في اقامة دعوى والمرافعة فيها لا يجوز له ان يتفق مع الخصم على التحكيم لانه وكيل في الخصومة فحسب [3]، حيث عدم توافر شرط الاهلية في الاطراف يؤدي الى اعتبار شرط التحكيم باطل، اذ اعتبرته محكمة النقض الفرنسية بطلان مطلق و لا يمكن لمدير الشركة ابرام اتفاق التحكيم ما لم يفوض بمستند كتابي صريح، و في هذا الشان صدر الحكم الفرنسي الصادر بتاريخ 08 جويلية سنة 1954 من محكمة " دواي " و قد طبقت قواعد التنازع، و قرر ان القانون الفرنسي هو وحده الذي يحدد من له السلطة في ابرام اتفاق التحكيم لاسيما في المنازعات التجارية مع شركة بلجيكية و لابد من تفويض كتابي صريح.

[1] عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 53-55.

[2] اشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، نفس المرجع، ص 255-260.

[3] محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)، نفس المرجع، ص174-182.

اولا: اهلية الشركات الاجنبية الخاصة في ابرام اتفاق التحكيم

اقرت الاتفاقيات الدولية خضوع اهلية التحكيم في العلاقات القانونية للقانون الشخصي، حيث نصت الفقرة الاولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك سنة 1958 برفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه اذا اثبت المدعى عليه ان الاطراف في اتفاق التحكيم كان يصيبهم نقص في الاهلية وفقا للقانون واجب التطبيق عليهم، و الفقرة الثانية من المادة السادسة من الاتفاقية الاوروبية سنة 1961 اكدت على ان تفصل محاكم الدولة المتعاقدة فيما يتعلق باهلية الاطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق على الاطراف، حيث نصت الفقرة الاولى من المادة التاسعة من ذات الاتفاقية على ان: (الاطراف في اتفاق التحكيم يكون قد عابهم نقص في الاهلية وفقا للقانون الواجب التطبيق)، و لم تتعرض اي اتفاقية دولية لتحديد المقصود بالقانون الشخصي هل هو المعيار الخاص بالجنسية او الموطن، و الراجح فقها هو اخضاع اهلية التحكيم للقانون الشخصي للاطراف المتعاقدة سواء اكان قانون الموطن او قانون الجنسية[1].

و يثور التساؤل حول الوقت الذي يعتد فيه باهلية الشركات البترولية المستثمرة في ابرام الاتفاق التحكيمي، و التي غالبا ما تاخذ شكل شركات مساهمة تكتسب الشخصية المعنوية بعد اشهارها في السجل التجاري و التي اغلبها تنتمي لجنسية امريكية و انجليزية و فرنسية و الصينية، و هي شركات يمثلها قانونا رئيس مجلس الادارة و له اهلية ابرام اتفاق التحكيم او عن طريق المحامي المفوض كتابيا عن الشركة، اذ تنص المادة 11 من قانون التحكيم المصري ان الوقت الذي يعتد فيه بالاهلية و الانابة هو وقت ابرام العقد، و اما الشركة المستثمرة الاجنبية اذا وقعت في الافلاس فان اتفاق التحكيم يصح ابرامه من امين التفليسة المعين من قبل محكمة الافلاس، اما اذا كانت الشركة في فترة التصفية فيصح ابرام اتفاق التحكيم من المصفي المختار رضائيا من الاطراف او المعين من المحكمة[2].

ثانيا: أهلية الدولة و الاشخاص العامة في إبرام اتفاق التحكيم

لصحة الاتفاق التحكيمي هناك عدة شروط يجب توافرها في هذا الاتفاق فضلا عن تطابق الايجاب و القبول، اذ لابد ان يصدر هذا القبول من شخص ذو اهلية، و في مجال العقود البترولية فان الاتفاق بين شخصين معنويين احدهما من اشخاص القانون العام و هو الدولة البترولية المالكة لابار البترول او المؤسسة العامة التابعة لها، و اذا نظرنا الى اهلية الدولة فان الذي يمثلها رئيسها او وزير الخارجية، و بعد انشاء وزارة الطاقة و المناجم (البترول و التعدين) اصبح الوزير المختص بالبترول هو المختص في تمثيل الدولة في الاتفاقيات التي تبرمها مع الشركات الاجنبية المستثمرة، او عبر المؤسسة البترولية العامة في الدول العربية التي انشات نظام المؤسسات العامة المسؤولة عن البترول، مثل جمهورية مصر العربية التي انشات المؤسسة العامة سنة 1956، و الدولة الليبية التي انشات مؤسستها العامة سنة 1968، و

[1] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 345.

[2] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية–دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم–،نفس المرجع، ص 179–191.

دولة قطر التي انشات شركة قطر النفطية للبترول سنة 1970، و دولة العراق التي انشات الشركة الوطنية للنفط سنة 1964، و امارة ابو ظبي التي انشات شركة بترول ابو ظبي سنة 1971، و في المملكة العربية السعودية تنص المادة 03 من المرسوم رقم 49 الصادر بتاريخ 25 افريل سنة 1983 و التي تنص على انه: (ان المؤسسات الحكومية في المملكة لا يجب عليها ان تدخل كطرف في اتفاق التحكيم الا بعد موافقة مجلس الوزراء السعودي[1]، اما في الجزائر نشات الشركة الوطنية سوناطراك بموجب مرسوم رقم 63-491 بتاريخ 31-12-1963 لنقل المحروقات و تسويقها، و هي شركة ذات اسهم تملكها الدولة تقوم بمباشرة النشاط الاقتصادي، و قد حدد راسمال الشركة باربعون مليون دينار جزائري، ثم صدر المرسوم رقم 66-292 بتاريخ 22-11-1966 ليعدل من نظامها الاساسي و يحول دورها من مجرد النقل و بيع المنتجات الى دور المسؤولية الكاملة في مباشرة النشاط البترولي بالاقليم الجزائري و اصبحت تدعى " الشركة الوطنية للتنقيب عن المحروقات و انتاجها و نقلها و تحويلها و تسويقها "، و على اثر هذا التوسع صدر مرسوم بتاريخ 12-12-1966 يرفع ميزانية الشركة الى اربعمائة مليون دينار، و قد نصت المادة الرابعة من امر رقم 12-04-1971 على ان اجهزة الشركة تتالف من متصرف و مجلس مكون من ممثلي اعضاء الشركة و يفوض هذا المجلس بمباشرة سلطات مديرية التسيير و الادارة، و بعد التاميم النهائي تولت المؤسسة الوطنية " سوناطراك " ممارسة كل النشاطات البترولية في الجزائر و زيادة سيطرتها الى 56% سنة 1971 و 82% سنة 1980 و بلغت سيطرتها 100% على الحقل البترولي " حاسي مسعود "، و قد تميزت الجزائر بوضع قانوني مميز يمنحها السيادة الكاملة على ثرواتها الطبيعية منذ اتفاقيات التعاون سنة 1965.[2]

تم تقنين تسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية لأول مرة في التشريع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية رقم-09 93 بتاريخ 25 افريل سنة 1993 الملغى بموجب قانون رقم 08-09 بتاريخ 25-02-2008، و يعد هذا التغيير إيجابي نظرا إلى المستجدات المتعلقة بالتجارة الدولية و الواقع أن تشجيع الاستثمار و التجارة الدولية مع الشركاء الأجانب لا يمكن تصورها من دون إطار قانوني مما يتيح لهم اتخاذ القرارات الصحيحة[3].

[1] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية-دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم-،نفس المرجع، ص166 و ما بعدها.

[2] يسرى محمد ابو العلا: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2008، ص703فما فوق.

[3] Yahia Amnache :L'arbitrage commercial international en droit Algérien,droit des affaire d'Algerie,p4.

و بالرجوع الى قانون المحروقات الجزائري نظمت المادة 58 من قانون رقم 13- 01 المتضمن قانون المحروقات كيفية تسوية المنازعة التي تحدث بين الوكالة و المتعاقدين و شركة سونطراك، و قد ميز هذا النص بين طريقتين للتسوية:

1- طريقة التسوية الودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد في تسوية كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) و المتعاقد حسب الفقرة الاولى من نص المادة 58 من قانون رقم 13-01، و بالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية و الادارية نتساءل عن المقصود بالتسوية الودية في الكتاب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات هذا الاخير مقسم الى بابين، الباب الاول بعنوان في الصلح و الوساطة و الباب الثاني بعنوان في التحكيم، و نلاحظ ان المقنن في قانون المحروقات رقم 07-05 في المادة 58 حدد التسوية الودية بالمصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، و في حالة عدم الوصول الى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد، كما يستفاد من هذه الطريقة انها اجراء اجباري لاي تسوية حيث يجب على الاطراف اختيار هذه التسوية قبل اي اجراء اخر و تتميز هذه الطريقة بانها اتفاقية تهدف الى تقليص مدة النزاع و تقليل كلفته، وتتكفل بالمصالحة هيئة يتفق على تشكيلها اطراف عقد البحث او الاستغلال وتتخذ في العادة شكل لجنة متساوية الاعضاء، و أراء هذه اللجنة غير ملزمة بل هي مجرد حلول توفيقية بين الاطراف لا يمكن تنفيذها الا بعد موافقة جميع الاطراف، و نحن نرى ان عدم تحديد مصطلح التسوية الودية اما بالمصالحة او التحكيم التجاري الدولي قد يفسر تطبيق المادة لدى البعض بالجوء الى الوساطة و هذا ما استبعده المقنن في القانون رقم 07-05، لذا من المستحسن اعادة صياغة نص المادة 58 بضبط المقصود بالتسوية الودية.

2-التسوية عن طريق التحكيم في حالة فشل الاطراف في الوصول الى حل عن طريق المصالحة المسبقة، يمكن للاطراف الاكثر استعجالا عرض النزاع على هيئة التحكيم و تخضع هذه الهيئة للقواعد العامة للتحكيم التجاري الدولي[1]، كما اخضع المقنن الجزائري منازعات المؤسسة الوطنية " سوناطراك " شركة ذات اسهم كقاعدة عامة الى قواعد التحكيم التجاري الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد، و وفق نصوص قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09 المؤرخ في المواد من 1039 الى 1065، اما في نص المادة 58 من قانون رقم 07-05 اذا كانت "سوناطراك" هي المتعاقد الوحيد يسوى النزاع بتحكيم من الوزير المكلف بالمحروقات)[2]، كما نلاحظ في نفس نص المادة من قانون رقم 13-01 في الفقرة الثالثة و الرابعة هناك تكرار في الاحكام من جهة ان التحكيم الدولي يخص الاشخاص المكونين للعقد دون المؤسسة الوطنية سونطراك، ثم في الفقرة الاخيرة أعاد المقنن ادخال المؤسسة الوطنية و الاشخاص المكونين للمتعاقد عرض نزاعاتهم على التحكيم التجاري الدولي.

[1] عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار-الانشطة العادية و قطاع المحروقات-،نفس المرجع، ص 730-731.

[2] المادة رقم 58 فقرة 02 من قانون المحروقات، انظر الى عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، نفس المرجع، ص 738.

ثالثا: موقف الاتفاقيات و مختلف الاتجاهات القانونية و الفقية

سنين من خلاله على سبيل المثال موقف أهم الإتفاقيات الدولية من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم، ثم موقف التشريعات العربية و الأجنبية و كذا الفقه وفق الآتي:

1-موقف الاتفاقيات الدولية من اهلية الدولة في ابرام اتفاق التحكيم

بعد الحرب العالمية الثانية ظهرت حاجة الدول الى ابرام الاتفاقيات الدولية نذكر منها على سبيل المثال:

ا-اتفاقية نيويورك الصادرة بتاريخ 10 جوان سنة 1958: لم تنص الاتفاقية على اهلية الاشخاص الاعتبارية العامة في ابرام اتفاق التحكيم، و ذهب بعض الفقهاء الى تفسير الفقرة الاولى من المادة الخامسة من الاتفاقية كون مصطلح الشخص المعنوي الوارد بالفقرة جاء دون قيد و دون تمييز بين الشخص الاعتباري الخاص او العام[1]، حيث ان اهلية الشخص المعنوي العام يحكمها قانون الدولة المنشئة للشخص العام، فقد تركت اتفاقية نيويورك سنة 1958 لكل دولة الحرية في تقرير اهلية اشخاصها العامة في اللجوء الى اتفاق التحكيم.

ب-الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي بجنيف سنة 1961: نصت الفقرة الاولى من المادة الثانية على ان: (الاشخاص العضوية التي تعتبر وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها، من اشخاص القانون العام تكون لها القدرة على ابرام اتفاقات تحكيم صحيحة)، و قد قيدت الاتفاقية من الاعتراف المطلق للاشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم، و نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية على انه: (يجوز لكل دولة عند التوقيع او التصديق على الاتفاقية او الانضمام اليها ان تقيد من القدرة وفق الشروط المعينة في اعلانها)، حيث ان الدولة هي المنظمة لمسالة اهلية الاشخاص الاعتبارية العامة في الاتفاق على التحكيم، تهدف الاتفاقية السابقة الى السماح لاشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية، و بهذه الاتفاقية اصبح الشخص العام في الدول المتعاقدة يتمتع بالاهلية التي تمكنه من اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي يكون طرفا فيها، و قد ضيقت الاتفاقية من نطاق تطبيقها و قصرت ذلك على اتفاقات التحكيم بين الاشخاص الطبيعيين او المعنويين بشرط ان يكون لهم محل اقامة او مقر في دولة متعاقدة و مختلفة، و تهدف الاتفاقية الى ابراز دور التحكيم كوسيلة مثلى لفض المنازعات الناشئة في اطار المعاملات التجارية في منطقة اوروبا[2].

ج-اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى بواشنطن سنة 1965: سمحت هذه الاتفاقية للاشخاص المعنوية العامة التابعة للدولة المتعاقدة بالدخول طرفا في اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، و التوقيع على الاتفاقية يعطي الاشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدول

[1] تنص المادة الخامسة الفقرة الاولى من اتفاقية نيويورك سنة 1958على: (...الاحكام التي تصدر في منازعات ناشئة عن علاقات بين اشخاص طبيعية او اشخاص معنوية...).

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، نفس المرجع، ص147.

المنتجة الاتفاق على شرط التحكيم، و لم تتضمن الاتفاقية اي التزام على الدول للاعتراف باهليتها و اهلية اشخاصها الاعتبارية العامة بالاتفاق على التحكيم، و نصت المادة 25 على ان: (رضاء الهيئة العامة او المؤسسة التابعة لدولة متعاقدة يجب التصديق عليه من هذه الدولة ما لم تخطر هذه الدولة المركز بان هذه الموافقة ليست ضرورية)، و حددت الفقرة الثالثة من المادة 25 الشروط و هي:

– توافر رضاء هذا الشخص بنظام المركز و الاعتراف باختصاصه.

– تاييد الرضاء من جانب الدولة التي يتبعها الشخص الاعتباري، ما لم تخطر الدولة المركز الدولي لتسوية المنازعات بان هذا القبول ليس ضروريا[1].

2– موقف التشريعات العربية و الأجنبية من اهلية الدولة في ابرام اتفاق التحكيم

العديد من القوانين تنص على قدرة الشخص العام في اللجوء الى التحكيم في بعض المنازعات التي ينبغي ان تخضع اجباريا للتحكيم، حيث استقر الفقه الفرنسي في مجال التحكيم الدولي على اعتبار المنع الوارد في نص المادة 2060 من القانون المدني لا يتعلق بالنظام العام الدولي، و بموجب الحكم الصادر بتاريخ 02 ماي سنة 1966 اعتبرت الغرفة المدنية الاولى ان هذا المنع لا يطبق على العقد الدولي[2] تنص المادة التاسعة من قانون التحكيم السوري على انه: (لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وفقا للقانون الذي يحكم اهليته)، اما بالنسبة للمقنن السعودي فقد نص في المادة 03 من نظام التحكيم السعودي على انه: (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الاخرين الا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم)، اما المقنن الجزائري في تعديله لقانون الاجراءات المدنية و الادارية سنة 2008 اجاز لجوء الاشخاص المعنوية العامة الى التحكيم في علاقاتها التجارية ذات الطابع الدولي و في الصفقات العمومية بنص المادة 1006، و لا يوجد نص في القانون النموذجي للتحكيم في البحرين و سار على نفس النهج المقنن الكويتي و اللبناني و المغربي و السوداني و الاماراتي في اخضاع احكام الاهلية للقواعد العامة[3]، و في اعتقادنا حول مسالة اهلية الاشخاص المعنوية العامة في ابرام اتفاق التحكيم في التشريعات القانونية في الاصل هو الجواز الا ما استثناه القانون بنص صريح، و في حالة السكوت يفهم ضمنيا من القواعد العامة صحة اهلية الاشخاص المعنوية العامة في ابرام اتفاق التحكيم ما لم يخالف النظام العام، و يحدد مضمون النظام العام الدولي في القانون المقارن الدولي بمجموعة السياسات العامة وفقا لمعايير داخلية مماثلة لمتطلبات دولة القانون الذي يمكن الاحتجاج به لمنع تطبيق

[1] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 346–348.

[2] اشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، سنة 2003، ص 273–277.

[3] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 168–169.

قانون الأجانب في التحكيم التجاري الدولي[1]، و مع تحليل دقيق لموضوع النظام العام فان الجوانب الفلسفية لقانون التحكيم الدولي يتضمن قواعد غير مألوفة في القانون الدولي الخاص و القانون الدولي العام[2].

و نظرا لمتطلبات التجارة الدولية فيما يتعلق بالاعمال التجارية للمرافق العامة نجد اتفاقية الحكومة الايرانية و الشركة العامة الايرانية للبترول وقعت سنة 1954 من خلال شركة " كونسر تيم "، و قد ابرمت الحكومة التركية اتفاق مع الشركة العامة الايرانية للبترول سنة 1958، و نشير الى امكانية ابرام اتفاق التحكيم بالنسبة للدول و مثاله التشريع البرازيلي في المادة الاولى، و في التشريع الفنزويلي يتطلب الحصول على ترخيص مسبق من الوزير المختص اذا كانت الدولة تشارك بنسبة 50% من المؤسسة، و في القارة الافريقية نجد المادة 03 من التشريع الجيبوتي للتحكيم تقرر اهلية الدولة في ابرام اتفاق التحكيم، كما نصت المادة 315 من قانون الاجراءات المدنية الاثيوبي على ذلك مالم يتعارض مع النظام العام الدولي، و في قانون الاجراءات المدنية الفرنسي سنة 1806 نص صراحة على حق الدولة و المؤسسات العامة و الاقاليم باللجوء الى التحكيم[3].

3-موقف الفقه من اهلية الدولة في ابرام اتفاق التحكيم

اثيرت مشكلة ابرام الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة اتفاق التحكيم، و قد ذهب الفقه الى ان الدولة لها الاهلية في الاتفاق على التحكيم و السبب في ذلك ان الدولة تقوم بادارة مشروعات اقتصادية عملاقة و مؤسسات كبيرة ذات نفع عام، و قد اخذ بذلك القانون السويسري حيث نص في المادة 2/177، و قد ايدت ذلك ايضا محكمة استئناف باريس باعتبارها تنظر الطعون في احكام التحكيم التي تصدر عن غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 13 جوان سنة 1996، و من ذلك القانون المصري رقم 09 لسنة 1997، و التشريع السعودي في المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 سنة 1983 التي اشترطت موافقة رئيس مجلس الوزراء[4].

الفرع الثاني: محل اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع حيث يشترط لصحة التحكيم الا يكون موضوعه اي محله مخالفا للنظام العام و إلا وقع الاتفاق باطلا و ينسحب البطلان الى قرار التحكيم، و حكمه عدم جواز

---

[1]Gaston Kenfack Douaini :La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA, revue camerounaise de l'arbitrage,n29,2005,p8.

[2] Pierre Lalive : L'ordre public transnational et l'arbitre international, nouveaux instruments du droit international privé, liber fausto pocar,Guiffré editore(AG),2009,p601-602.

[3] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 181-182.

[4] علاء محي الدين ابو احمد: التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و احكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008، ص 300-303.

الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، و هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة و اشرافها[1]، و منه فانه يقصد بالمحل في اتفاق التحكيم ان يخضع الاطراف للتحكيم كل او بعض المنازعات الناشئة او التي قد تنشا بينهم بمناسبة موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدي او غير التعاقدي بشان مسالة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، حيث يشترط لصحة التحكيم وجود المنازعة و تحديدها و ذلك في حالة مشارطة التحكيم، و اما شرط التحكيم يعد فيه محل العقد معدوما اي تحكيم ضمني كما يشترط ان تكون المنازعة مما يجوز فيها التحكيم.

و قد ربطت اغلب التشريعات في جواز التحكيم بين قابلية هذه المنازعة للصلح يكون التحكيم فيها جائزا[2]، حيث ان اتفاق التحكيم لا يكفي ان يتوفر فقط التراضي انما يلزم ايضا تحديد محل الاتفاق على التحكيم حتى يمكن مراقبة مشروعيته، و يشترط في المحل ان يكون مشروعا لا يخالف النظام العام و الذي يختلف من دولة الى اخرى، لذلك قام مؤتمر الامم المتحدة الذي تولى وضع اتفاقية نيويورك سنة 1958 بشان الاعتراف و تنفيذ احكام المحكمين بتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، و ذلك لان قابلية محل النزاع للتحكيم تختلف من دولة الى اخرى، و لذلك فان قضاء التحكيم ياخذ بفكرة النظام العام الدولي، حيث ان المحكمين مكلفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي، حيث اثبت قضاء التحكيم ان هناك توافق بين النظام العام الداخلي و الدولي و انقسمت احكام التحكيم حول هذه المسألة الى اتجاهين، الاتجاه الأول بطلان اتفاق التحكيم و عدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع، و الاتجاه الثاني يرى اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع[3].

و يعد تحديد موضوع النزاع كشرط لصحة عقد التحكيم من اجل عدم اثارة منازعات فرعية بين الخصوم، و من اجل تيسير مهمة القاضي في مراقبة المحكم و التاكد من عدم خروجه عن الاتفاق على التحكيم، و اخيرا حتى لا يخرج المحكم عن موضوع النزاع و يقضي بما يطلبه الخصوم، كما يقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد مجموع الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم و يكفي ان يقال ان موضوع النزاع هو حسم الخلافات التي نشات بمناسبة دعوى معينة، كما يتعين تعيين المحكمين تحت طائلة البطلان كما هو الشان بالنسبة لموضوع النزاع، و يشمل التعيين الصفة و الطريقة التي يعين هؤلاء بالاضافة الى ذلك هناك بيانات اخرى يجوز اثارتها في عقد التحكيم حتى تكون هذه البيانات صحيحة، و نذكر على سبيل المثال هذه البيانات في جواز تحديد مهمة المحكمين و ان يتضمن العقد تفويضا لاحد المحكمين، و يجوز للخصوم ان يعدلوا عن الحق في الطعن بالاستئناف، او ان يحتفظوا بحق رفع الطعن بالاستئناف بالنص على ذلك صراحة بالاضافة الى بيانات اخرى يمكن ادراجها في عقد التحكيم او اتفاق

[1] صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، نفس المرجع، ص 36.

[2] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية)،ط2، نفس المرجع، ص 126-130.

[3] علاء محي الدين ابو احمد: التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و احكام محاكم التحكيم(دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 294-295.

مستقل، مثل تحديد طبيعة التحكيم كان يكون عاديا او مطلقا و تحديد اسباب انتهاء الخصومة، كما يمكن للاطراف تنظيم مسالة اتعاب المحكمين[1] فالاتفاقيات الدولية علقت التزام الدول الاعتراف باتفاقات التحكيم كون النزاع محل الاتفاق يقبل التسوية عن طريق التحكيم.

و اجمعت الانظمة القانونية المختلفة على ان المسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، لذلك سنقوم بعرض موقف الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية من قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم.

أولا: موقف الإتفاقيات الدولية من قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم

نصت الفقرة الاولى من المادة الاولى من بروتوكول جنيف سنة 1923 منه على ان: (تعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم...في المسائل التجارية او المسائل الاخرى التي تقبل التسوية بطريق التحكيم...)، و نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك سنة 1958 على ان: (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق على التحكيم المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الاطراف بان يخضعوا للتحكيم كل او بعض المنازعات التي نشات او يمكن ان تنشا بينهم بشان علاقة قانونية معينة، سواء اكانت علاقة تعاقدية او غير تعاقدية، متى تعلقت بمسالة يجوز تسويتها بطريق التحكيم، اما الاتفاقية الاوربية بجنيف سنة 1961 نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة منها على: (تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود او صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق باهلية الاطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم و في المسائل الاخرى: ا- وفقا للقانون الذي اخضع له الاطراف اتفاق التحكيم...)، كما نصت الفقرة الرابعة من المادة 25 من اتفاقية " واشنطن " سنة 1965 على انه: (يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع او الموافقة او التصديق على الاتفاقية او في اي تاريخ لاحق، ان تخطر المركز بالنزاع او المنازعات التي ترى امكانية خضوعها لاختصاص المركز)[2].

ثانيا: موقف التشريعات الدولية و العربية من قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم

من التشريعات التي تعرضت لتحكيمية المنازعات التشريع الفرنسي في المادة 2060 التي منعت التحكيم في مسائل الاهلية و منازعات المؤسسات العامة، اما المقنن الالماني في قانون الاجراءات المدنية الصادر سنة 1988 نص على استبعاد عدد من المنازعات من التسوية بطريق التحكيم، و منها منازعات الاحوال الشخصية ومنازعات الامن البوليسي و الايجار في المدن الالمانية، المسائل الجنائية و الصلح بشانها و مسائل الاحوال الشخصية و مسائل منح الجنسية او سحبها، و منازعات العقود الادارية و منازعات الوكالات التجارية، و اذا كانت المنازعات الناشئة عن عقود البترول و الغاز الطبيعي هي من المنازعات القابلة للتسوية بطريق التحكيم، فان هناك عدد من التشريعات البترولية التي صدرت من اجل التاكد على امكانية اللجوء الاختياري الى التحكيم التجاري الدولي لتسوية المنازعات التي تنشا عن العقود

[1] شعيب احمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، نفس المرجع، ص 36-41.

[2] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 354-356.

المبرمة في قطاع الاستثمار البترولي، فمثلا دولة " كولمبيا " صدر قانون رقم 26 اكتوبر سنة 1955، و ايضا القانون الاثيوبي سنة 1967، اما عن التشريعات العربية التي تناولتها قوانينها البترولية و التعدينية اكدت على التحكيم في العقود و منها القانون الليبي رقم 25 سنة 1955[1]، و القانون الايراني للبترول الصادر سنة 1957، و تحظر بعض التشريعات تسوية المنازعات البترولية عن طريق التحكيم، اما القانون المصري فقد نصت المادة 298 من قانون المرافعات المدنية و التجارية التي تشترط لتنفيذ حكم التحكيم في مصر ان يكون صادرا في مسالة يجوز فيها التحكيم طبقا للقانون المصري، و قد ذهبت محكمة النقض المصرية الى ان المستفاد من نص المادة 841 من قانون المرافعات المدنية و التجارية انها اوجبت صدور حكم المحكمين في مصر و الا اتبعت في شانه القواعد المقررة للاحكام الصادرة في بلد اجنبي[2]، في حين نجد المقنن الجزائري يؤكد على جوازية التحكيم الدولي في نص المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية بانه:(لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية)[3].

الفرع الثالث: الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية

اذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضاء الاطراف المتعاقدة، فهل يكفي هذا الرضاء لقيام التحكيم؟، ام يجب ان يتم افراغه في شكل معين، اي هل يجب ان يكون مكتوبا؟، للاجابة على هذا التساؤل ينبغي ان نعرض موقف القوانين الوطنية ثم موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، و في مجال عقود الاستثمارات البترولية لابد ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى يمكن اعتبارها صحيحا، مما يرتب انعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية و تلتزم بناء عليه المحكمة القضائية باحالة الخصوم الى المحكمة التحكيمية، و قد اختلفت التشريعات العربية حول اشتراط كتابة اتفاق التحكيم هل هو لاثباته؟، او من اجل صحة انعقاد اتفاق التحكيم؟، في الاتجاه الاول اعتبر المقنن المصري و الاردني و البحريني و المغربي و السوري و السوداني ان كتابة اتفاق التحكيم شرط انعقاد و ليس شرط اثبات[4]، و في اتجاه اخر فقد اعتبرت العديد من التشريعات العربية الاخرى كتابة اتفاق التحكيم للاثبات و ليس للانعقاد مثل المقنن العراقي و الجزائري و الكويتي و الاماراتي و الليبي و اللبناني و التونسي و اليمني و السعودي[5]، لهذا فان الاتجاه العام لدى المقنن العربي هو اعتبار كتابة اتفاق التحكيم شرط

---

[1] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 210-217.

[2] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 357 فما فوق.

[3] قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، السابق ذكره.

[4] انظر الى المادة 10 من قانون التحكيم المصري، المادة 10 من قانون التحكيم الاردني، الفصل307 من المسطرة التشريعية المغربية، المادة 12 من التقنين العماني، المادة08 من قانون التحكيم السوري، المادة 08 من قانون التحكيم السوداني.

[5] انظر الى المادة 252 من قانون الاجراءات العراقي، المادة 1008 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، المادة 173 من قانون الاجراءات الكويتي، المادة 2/203 من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي، المادة 766 من قانون المحاكمات اللبناني، المادة 742 من قانون الاجراءات الليبي، المادة 04 من قانون التحكيم اليمني، الفصل السادس من قانون التحكيم التونسي.

للاثبات و ليس للانعقاد[1]، و تعد الكتابة شرط لاثبات عقد التحكيم و هي ليست مطلوبة كركن شكلي لعقد التحكيم اي انه يصح العقد التحكيمي و لو لم يكن مكتوبا، و حين لا يوجد نموذج واحد للكتابة فقد يثبت عقد التحكيم في صورة سند رسمي او سند عادي او ورقة اخرى لها قيمة السند العادي من حيث الاثبات، او بموجب محضر يتم امام المحكمين يوقعه الاطراف و المحكمين معا[2].

اتجه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الى توحيد شكل اتفاق التحكيم فاوجب الكتابة كشرط لانعقاد الاتفاق، و هو ما نصت عليه المواد 32 من قانون التحكيم الصادر سنة 1950 و المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد بالمادة 1677 من القانون البلجيكي الصادر سنة 1972، كما تطلبه ايضا اتفاقية نيويورك (مادة 1/2)، و لتسهيل ظروف التجارة الدولية و تحررها من القيود لم تحدد هذه النصوص شكلا كتابيا معينا، فاكتفت بورود هذا الاتفاق في صورة مراسلات او برقيات بين الطرفين او غيرها من رسائل الاتصال السلكي او اللاسلكي، طالما كانت قاطعة في الدلالة على ارادة اللجوء الى التحكيم من جانب الطرفين[3]، لهذا سنقوم بعرض موقف مختلف الاتجاهات بشيئ من التفصيل، و لو كان ذلك على سبيل المثال.

أولا: موقف القوانين الوطنية من كتابة اتفاق التحكيم

اشترطت معظم القوانين الوطنية ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، و اختلفت فيما بينها حول شكل الكتابة المطلوبة ما اذا كانت رسمية او عرفية، وحول ما اذا كانت الكتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم او انها مجرد كتابة للاثبات، حيث تذهب بعض القوانين الوطنية الى ضرورة الكتابة الرسمية لاتفاق التحكيم، ذلك باعتبار ان الاتفاق يمثل الاساس القانوني للتحكيم كما هو الحال في " كوستاريكا " و " بيرو " و " فنزويلا " و " المكسيك " و " البرتغال "، في حين ان غالبية القوانين الوطنية الاخرى لم تتطلب ان تكون الكتابة رسمية وتكتفي بالكتابة العرفية كما هو الحال في " بريطانيا "، " امريكا "، " روسيا " و بقية الدول الاشتراكية و في بعض دول امريكا اللاتينية " كالارجنتين " و " شيلي " و " البرازيل " و في " بوليفيا " بالنسبة للتحكيمات التجارية، و هناك بعض القوانين التي لم تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم كما هو الحال في " المانيا " و ايضا " كولومبيا " وفقا للقانون الجديد للتحكيم الصادر بتاريخ 07 اكتوبر سنة 1989 و المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1991، و من ناحية اخرى فان معظم القوانين التي اشترطت كتابة اتفاق التحكيم نصت على الكتابة كشرط للاثبات و ليس شرطا لصحة اتفاق التحكيم كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية و بلجيكا و بريطانيا، و في فرنسا تنص المادة 1443 من قانون المرافعات بالنسبة للتحكيم الداخلي على انه: (يجب ان يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد الاصلي او في مستند

[1] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 220 فما فوق.

[2] شعيب احمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، نفس المرجع، ص 34-35.

[3] منير عبد المجيد: الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، دون دار و بلد النشر، سنة 2005، ص 92.

يحيل إليه هذا العقد و إلا كان باطلا)، و تنص المادة 1495 من هذا القانون على أنه: (عندما يكون التحكيم الدولي خاضعا للقانون الفرنسي، لا تنطبق نصوص الباب الاول و الثاني و الثالث من هذا الكتاب الا اذا اتفق الاطراف على خلاف ذلك و فيما عدا المادتين 1493 و 1494)، و بناء عليه يجوز للاطراف مخالفة القاعدة الواردة في المادة 1443 و أن يختاروا أي شكل آخر لاتفاق التحكيم، و لكن اذا كانت كتابة اتفاق التحكيم ليست شرطا لصحته و لكن لازمة لاثباته اذ أن المادة 1499 من هذا القانون تتطلب لتنفيذ حكم التحكيم و الاعتراف به تقديم النسخة الاصلية من حكم التحكيم مصحوبة باتفاق التحكيم، كما تتطلب معظم قوانين البلدان العربية الكتابة كشرط للاثبات من ذلك القانون الكويتي و البحريني و اليمني و العراقي و قانون الامارات الجديد بشان التحكيم رقم 11 الصادر بتاريخ 08 مارس سنة 1992، اذ تنص المادة 203 الفقرة الثانية من هذا القانون على ان : (اثبات اتفاق التحكيم لا يتم الا بالكتابة)، أما المقنن المصري اشترط الكتابة كشرط للاثبات حيث نصت المادة 501 من قانون المرافعات على أنه: (لا يثبت التحكيم الا بالكتابة) و لكن المقنن في القانون الجديد للتحكيم رقم27 لسنة 1994 اشترط كتابة اتفاق التحكيم و رتب على تخلفها بطلان الاتفاق بنص المادة 13 منه، و لم يشترط صيغة معينة في الكتابة و ذلك بنصه: (و يكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا تضمنه محرر وقعه الطرفان او اذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل او برقيات او غيرهما من وسائل الاتصال المكتوبة)، و قد صار في نفس الاتجاه القانون الإجرائي الجزائري الصادر بتاريخ 23 افريل سنة 1993[1]، و كذا قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09 في المادة 1008 التي تنص على:(يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الاصلية او في الوثيقة التي تستند اليها).

و حسب رأينا فإن المقنن الجزائري حرص على كتابة شرط التحكيم، و لم يقيد ذلك في اصل الاتفاق و انما جعل امكانية الكتابة في اي وثيقة لها علاقة بشرط التحكيم، و ذلك تسهيلا للاطراف مسالة اثبات الاتفاق و كذا حرصا منه على تفادي اي نزاع مستقبلي ، لهذا نفهم من صياغة المادة ان المقنن الجزائري جعل الكتابة شرطا للانعقاد كما اعتبرها وسيلة للاثبات في نفس الوقت.

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم الدولية من كتابة اتفاق التحكيم

نصت الفقرة الاولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف باحكام التحكيم الاجنبية و تنفيذها سنة 1958 على أنه: (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الاطراف بمقتضاه بان يخضعوا للتحكيم كل او بعض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشا بينهم...)، و في الفقرة الثانية من نفس المادة اوضحت المقصود بالاتفاق المكتوب بنصها: (يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد او اتفاق التحكيم الموقع عليه من الاطراف او الاتفاق الذي تضمنته الخطابات او البرقيات المتبادلة بينهم)، و قد ذهب رأي من الفقه الى القول بان الكتابة تعد ركنا أساسيا يجب توافره في

[1] سراج حسين ابو زيد: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص271-276.

لقيام إتفاق التحكيم في مفهوم اتفاقية نيويورك، في حين ذهب رأي آخر إلى القول بان الكتابة وفقا لاتفاقية نيويورك تعتبر شرط وجود وليس للاثبات فالنص لم يرتب البطلان او الانعدام على عدم الكتابة، وذهب بعض الفقهاء الى القول بان القاعدة الموضوعية التي قررتها المادة الثانية من الاتفاقية تعتبر قاعدة موحدة لا يجب ان تختلف في تفسيرها و تطبيقها تبعا للقوانين الوطنية، في حين يرى جانب من الفقه انه يمكن للدول المصادقة على الاتفاقية الابقاء على قوانينها الاكثر تحررا في نطاق علاقات القانون الداخلي، بل ويمكن الابقاء على هذه القوانين حتى في اطار التحكيمات ذات الطابع الدولي.

و بالنسبة للاتفاقية الاوربية بشان التحكيم التجاري الدولي سنة 1961 فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من هذه الاتفاقية على انه: (يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم او اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو المتضمن في رسائل متبادلة بينهم او برقيات او تلكسات، و في العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب، كل اتفاق مبرم في الاشكال التي تقرها هذه القوانين).

و اما بالنسبة لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و المبرمة في واشنطن سنة 1965 فقد اكتفت بالنص في المادة 25 /1 على ان يكون اتفاق الاطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي مكتوبا، و قد سارت في نفس الاتجاه قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية و نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجي سنة 1985 على ان: (يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، و يعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا اذا ورد في مستند موقع عليه من الاطراف او في تبادل رسائل او تلكسات او برقيات او غيرهما من وسائل الاتصال السلكي و اللاسلكي التي تدل على وجوده او في تبادل المطالبة و الدفاع و التي يدعى فيها احد الطرفين وجود هذا الاتفاق و لا ينكره الطرف الاخر، كما ان الاحالة في عقد ما الى مستند متضمن لشرط تحكيم تعتبر بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة ان يكون العقد المحيل مكتوبا و أن تكون الاحالة جزءا من هذا العقد).

و قد ذهب رأي في الفقه الى القول بانه في الحدود التي يثبت فيها اتفاق التحكيم من تبادل المذكرات فان اتفاق التحكيم الشفوي من حيث الاصل يكون صحيحا في شكله، و قد تطلبت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1976 ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، و كذلك الامر بالنسبة للائحة محكمة لندن للتحكيم فطبقا للمادة الاولى من اللائحة فان على الطرف الذي يرغب في بدء اجراءات التحكيم ان يقدم طلب تحكيم مكتوبا على ان يكون مصحوبا بصور من المستندات التعاقدية، و نفس الشيئ بالنسبة للائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية و بناء عليه يمكن القول بان اللائحة تستلزم ان يكون اتفاق التحكيم واردا في مستند مكتوب[1].

[1] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 276-281.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم

أجمعت الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية على اخضاع شكل الاتفاق لقانون محل الابرام باعتبارها قاعدة اختيارية، و اوضحت المادة السابعة من توصية " مجمع القانون الدولي المنعقد بمدينة " امستردام " الهولندية سنة 1957 على أنه: (يسري على شكل اتفاق التحكيم القانون النافذ في البلد الذي ابرم فيه هذا الاتفاق، مشارطة التحكيم او شرط التحكيم الذي لا يكون مستوفيا المتطلبات الشكلية المقررة في قانون البلد محل الابرام، و يكون صحيحا متى كانت قد وافقت فيه الاشكال المقررة في قانون المكان الذي يوجد به مقر محكمة التحكيم).

و قد نصت المادة 20 من القانون المدني المصري على أن: (العقود ما بين الاحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، و يجوز ايضا ان تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية، كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك)[1]، في حين تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على: (تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، و يجوز ايضا ان تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين او لقانونها الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية)[2].

المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم على الحصانة السيادية

مع انتشار ابرام معاهدات الاستثمار الدولية الأمر الذي ساهم في تطور التحكيم و توسع نطاقه و الذي انعكس على مفهوم السيادة، اذ صدرت مجموعة متنوعة من القرارات التحكيمية التي تهدف إلى حل مستقبلي في تحديد مفهوم السيادة[3]، حيث يدخل مبدا سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية في نطاق القانون الدولي و هو تعبير صريح عن ارادة الشعوب النامية و طموحها، و خاصة اسلوب عقود الامتياز الذي احدث ردود فعل قوية بعد الحرب العالمية الثانية و قد لعبت المنظمات الدولية و خاصة منظمة الامم المتحدة الدور الفعال في تعديل تلك العقود بشكل يضمن حقوق الدول صاحبة الموارد الطبيعية و يعطيها حق السيادة عليها[4]، و بالتالي ترسيخ مبدا السيادة الدائمة على ثرواتها الطبيعية و اعتباره جزء من القانون الدولي المعاصر، و ذلك عن طريق قراراتها المصادق عليها من طرف الجمعية العامة لها، و يظهر موقف المقنن الجزائري من هذا المبدا من خلال تبنيه مبدا ملكية الدولة للثروات الطبيعية، و على الصعيد

[1] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية واسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 362-363.

[2] قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن تعديل القانون المدني.

[3] Susan D.Franck :The legitimacy crisis in investment treaty arbitration,fordham law review,volume 73,issue 04,2005,p1536-1613.

[4] في الدولة الاسلامية حكم الامة يعتمد على مبدا الشورى، و يقول الله تعالى: (و الذين استجابوا لربهم و اقاموا الصلاة و امرهم شورى بينهم) سورة الشورى الاية 38، و الدولة قادرة على الدخول في علاقات دولية قائمة على المعاملة بالمثل، انظر الى احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون و السيادة و امتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الاسلامية)، الطبعة الثالثة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 182-183.

الدولي و دراسة الاليات القانونية المستعملة من طرفه لتحقيق التوازن بين مبدا سيادة الجزائر على ثرواتها الطبيعية و فتح المجال للاستثمار الاجنبي[1].

ظهر مبدا السيادة الدائمة في اوائل الخمسينات من خلال قرار الامم المتحدة رقم 523 الصادر بتاريخ 12 جانفي سنة 1952، و للسيادة الدائمة على المصادر الطبيعية اثر على الدول المنتجة للبترول، فقد اصبح بامكانها ان تعيد النظر في اتفاقيات الامتياز و في نهاية سنة 1951 تثبيت صيغة المحاصصة في الارباح على اساس 50/50 بين الدول المنتجة و الشركات صاحبة الامتياز، و تضمن بيان صدر عن اوبك في جوان سنة 1968 تصريحا عن السياسة النفطية في الدول الاعضاء و الذي اكد: (الحق الثابت للاقطار كافة في ممارسة سيادة دائمة على مصادرها الطبيعية خدمة للتنمية القومية فيها...)[2].

ظلت الحصانة السيادية عائقا يحول دون مقاضاة الدولة او التنفيذ على اموالها، و انطلاقا من مبدا سيادة الدولة و الذي كان مبررا على اتجاه الدولة لاداء وظائفها التقليدية كدولة حارسة، اذ تميزت هذه الحصانة بالصفة المطلقة حتى اواخر القرن الحالي سواء كانت قضائية او حصانة ضد التنفيذ.

و أمام التطورات التي حدثت في العلاقات الاقتصادية و التجارية المعاصرة و التي دفعت بالدولة الى التطوير في وظائفها و نزولها الى ميدان القطاع الخاص و التعامل مع الافراد على قدم المساواة، و اذا كان مبررا تمسك الدولة بحصانتها السيادية فيما يتعلق بما تمارسه من أعمال الادارة العادية التي يمارسها الافراد، اذ بسبب تمسك الدولة بحصانتها بخصوص اعمال الادارة ان يؤدي الى اعاقة نمو المعاملات الخاصة عبر الحدود، و ذلك فيما لو دخلت الدولة في علاقات تعاقدية ذات طابع استثماري او تجاري مع طرف خاص اجنبي.

و أصبح تمسك الدولة بحصانتها امرا مسلما به على المستوى الدولي حتى ان دول النظام الانجلوامريكي قبلت بالحصانة النسبية او المقيدة بشان ما تمارسه من اعمال الادارة العادية، بل ان دول انجلترا، الولايات المتحدة الامريكية، كندا و استراليا سارعت الى اصدار تشريعات خاصة تنظم حصانات الدول الاجنبية، و ايراد استثناءات على هذا المبدا فيما يتعلق بما تمارسه الدولة من نشاط تجاري او نشاط استثماري مما يمارسه الافراد، و ان شرط التحكيم الوارد في العقد بان الدولة تتنازل عن حق الحصانة هو صياغة عمومية لا يعبر عن ارادة واضحة للدولة، حيث لا يحق للطرف الاخر ان يحجز على الاموال العائدة للسفارات التابعة لتلك الدول، كما لا تجيز اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ 18 ابريل سنة 1961 الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية اعاقة الوظائف الديبلوماسية لتلك السفارات الا اذا جاءت

[1] ايتعمر جهان: دراسة الاليات القانونية للسياسة الجزائرية الجديدة للاستثمارات المنجمية، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، سنة 2010، ص 13-14.

[2] احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون و السيادة و امتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الاسلامية)، نفس المرجع، ص 145.

الصياغة صريحة تشمل تنازل الدولة عن حصانتها، و لكن هناك حالات يمكن ان يلاحظ فيها ان الدولة لا تعتبر متخلية عن حصانتها السيادية لان جواز الحجز على اموال السفارات يؤدي الى عرقلة وظائفها[1].

و عليه نقسم دراستنا في هذا المطلب الى ثلاث فروع، الفرع الاول حول اثار اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية، و في الفرع الثاني خصصناه لدراسة اثار شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة امام القضاء الوطني، و اخيرا نتناول اثار اتفاق التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية في الفرع الثالث.

الفرع الأول: أثار اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية

اصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام ان الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطني للدول الاخرى، و قد سادت نظرية الحصانة القضائية في معظم بلاد العالم تقريبا في القرن التاسع عشر و قد تبناها الفقه و القضاء، و طبقا لنظرية الحصانة المطلقة فان الدولة لا تخضع الا للقانون الدولي و بالتالي فان منازعاتها مع الافراد لا تخضع لقضاء دولة اخرى.

ظل القضاء الانجليزي يعمل بهذه النظرية الى ما قبل انضمام انجلترا الى الاتفاقية الاوربية لحصانات الدول الاجنبية لسنة 1972، و كذلك القضاء الامريكي حتى سنة 1952، و اول تقنين دولي لمبدا الحصانة الاتفاقية الاوروبية لحصانة الدول الاجنبية الصادرة في ماي 1972 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1979، و قد نصت المادة السابعة من الاتفاقية الاوروبية بشأن الحصانات القضائية الاجنبية سنة 1972 بعدم جواز الدفع بالحصانة القضائية من الدول الاجنبية عندما تمارس على اقليم دولة القاضي انشطة تجارية او صناعية او مالية كباقي الاشخاص الخاصة العادية، وقد تم النص على ذلك المبدا في القانون الامريكي الصادر سنة 1976 الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 19 جانفي سنة 1977 و طبق مبدا الحصانة القضائية المقيدة و استبعد الانشطة التجارية التي تمارسها الدول الاجنبية من نطاق الحصانة المطلقة للدولة، و في بريطانيا صدر قانون الحصانة القضائية للدولة سنة 1978 الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 22 نوفمبر سنة 1978 حيث استبعد المقنن الانجليزي الانشطة التجارية التي تمارسها الدول الاجنبية من نطاق الحصانة المطلقة المستقرة للدولة[2].

انتقد تأسيس الدفع بالحصانة القضائية على فكرة السيادة و الاستقلال و المساواة التي تتمتع بها كل دولة في مواجهة الدولة الاخرى بحجة ان مثل هذا الاساس يقتضي الاعتراف للحصانة بصفة الاطلاق، و هذا يخالف الاتجاه الغالب فقها و قضاء و الذي يسعى الى تقييد الحصانة، و هناك من يرى ان الاساس السليم للدفع بالحصانة القضائية يكمن في فكرة التعايش المشترك بين الدول و تحقيق التناسق بين النظم القانونية المختلفة، و هناك من يرى أنه الى جانب فكرة التعايش المشترك بين الانظمة القانونية، فان منح الحصانة يستند ايضا الى مبررات عملية واقعية و هي تمكين من يتمتع بالحصانة من اداء وظيفته، و الى جانب هذه الأسس التقليدية فانه تم اللجوء الى بعض الاسس الاخرى ذات الصفة

[1] طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، الطبعة الالى الاصدار السادس، دار الثقافة، عمان، الاردن، سنة 2008، ص 236-237.

[2] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 381-382.

الثانوية أو التكميلية لتبرير الدفع بالحصانة القضائية و افتراض تنازل المتعاقد الخاص مع الاخيرة عن اللجوء الى قاضيه الطبيعي و خضوعه لقضاء الدولة المتعاقدة معها.

كثيرا مايسلتزم تنفيذ الاحكام الالتجاء الى القوة الجبرية و ليس مقبولا استعمالها ضد دولة اجنبية، لكن انتقد هذا التبرير على اساس انه يتضمن خلطا بين نشاة الحق و فاعليته فمعظم احكام القضاء الدولي لا يتضمن اجراءات تنفيذية كما ان الجزاء لا يعتبر عنصرا ضروريا في القاعدة القانونية في كل الاحوال و مثاله قواعد القانون الدولي، و يظهر دور الاستثمار الاجنبي في تحول الحصانة القضائية للدولة من الاطلاق الى النسبية حيث لم يعد هناك من الفقه او القضاء من يدافع عن الحصانة المطلقة في هذا الخصوص، بل اصبح السائد حاليا هو الاخذ بالحصانة النسبية او المقيدة او المعدلة، حيث ان الدولة اصبحت تدخل كثيرا طرفا في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين اجانب لاسيما الدول النامية التي تحاول استقطاب راس المال الاجنبي من اجل تنمية مصادر ثرواتها الطبيعية.

و في الغالب يكون هناك شرط تحكيم قد يخرج العقد كلية من اطار اختصاص المحاكم الوطنية للطرفين و يسند الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تنشا عنه الى قضاء خاص من اختيارهم، لذلك كان لابد من الحد من الحصانة القضائية المطلقة و الاخذ بالحصانة القضائية المقيدة التي اصبحت هي السائدة في الوقت الحالي، و لذلك كان القضاء الفرنسي اكثر دقة عندما استقر على عدم تمتع الدولة الاجنبية بالحصانة القضائية بالنسبة للدعاوى التي ترفع عليها بشان ممارستها لنشاط تجاري، و يعتبر ان الروابط الاستثمارية ذات طبيعة مختلطة يغلب عليها الطابع العام نظرا لمساسها بالمصلحة العامة للدولة اكثر من غيرها من العقود، حيث تدور هذه الروابط حول مسائل التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و التصنيع و استغلال الثروات الطبيعية للبلاد، و حرية الدولة التعاقدية مرتبطة بالتشريع اذ ان التحكيم ليس من ادوات القانون العام او القانون الخاص، ففي قضية " Sapphire int.peteroleum ltd.V.national Iranian oil" رفضت محكمة استئناف " لاهاي " الاعتماد على ما تتمتع به الشركة الايرانية من امتيازات القانون العام كسلطة نزع الملكية مقابل تعويض بوصفها ملك للدولة و تخضع لاشرافها، و ان هدفها هو اكتشاف و استغلال البترول و مصادر الغاز الطبيعي بالاضافة الى تطوير صناعة البترول في ايران، و من ثم انتهت المحكمة الى ان تصرفات هذه الشركة يتعين النظر اليها باعتبارها من الاعمال التجارية العادية و هو مجال لا تستطيع فيه الشركة الايرانية التمسك بالحصانة القضائية[1].

و قد اثار اتفاق التحكيم المدرج بعقود الاستثمار البترولية العديد من الاراء حول المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة التعاقدية، و ظهرت مشكلة حصانة الدول القضائية امام هيئات التحكيم والمحاكم القضائية

[1] صفوت احمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي، نفس المرجع، ص 375-392.

الأجنبية، و ذلك من خلال عرض موقف الاتفاقيات الدولية و احكام هيئات التحكيم و كذا موقف القضاء و الفقه فيما يتعلق باثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية للدول:

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية و أحكام هيئات التحكيم من حصانة الدول القضائية

تحرص بعض اتفاقيات التحكيم التي تعرض على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة و مواطني الدول الاخرى المتعاقدة، في ضوء معاهدة واشنطن على النص صراحة على تنازل الدولة الطرف في العلاقة عن الاحتجاج بالحصانة بهدف تجريد هذه المنازعات من الطابع السيادي، كما ان الدفع بالحصانة يستهدف اساسا القول بان القضاء لا يمكنه ان يقضي في امور ينبغي ترك البت فيها للسلطة التنفيذية للدولة، و ان الدولة يمكنها ان تدفع بالحصانة لحماية الملكية او الاموال المخصصة لخدمة عامة، و هذا الاتجاه أخذت به محكمة النقض الفرنسية –الدائرة المدنية– في حكمها الصادر بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1986.[1]

1- اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية واشنطن سنة 1965:

نصت المادة 1/25 على ان اتفاق الاطراف على اللجوء الى التحكيم لدى المركز اتفاقا لا يمكن العدول عنه بالارادة المنفردة من الطرفين، و نصت المادة 26 من الاتفاقية على ان رضا و قبول الاطراف المتعاقدة للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة وفقا للاطار العام للاتفاقية بمثابة تنازل عن اللجوء لاي طريق اخر خلاف التحكيم، و يترتب على ذلك ان كافة الدول الموقعة على الاتفاقية لا يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية امام المركز في المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية الاستثمارية، و نصت المادة 1/125 من الاتفاقية الاوروبية الخاصة بالحصانات القضائية " CEI " على انه: (في حالة قبول الدولة المتعاقدة كتابة على خضوع منازعاتها الناشئة عن العلاقات التجارية او المدنية للتحكيم على اقليمها او بموجب قانونها، بموجب الموافقة الصريحة من الدولة)، و نصت الفقرة الاولى من المادة 12 من الاتفاقية الاوروبية لحصانات الدول الاجنبية سنة 1972 على انه: (لو ان دولة متعاقدة قبلت كتابة ان تخضع للتحكيم للمنازعات التي نشات من قبل او التي يمكن ان تنشا في المسائل المدنية و التجارية فلا يجوز لها ان تتمسك بحصانتها القضائية امام محكمة دولة اخرى متعاقدة يجري على اقليمها التحكيم وفقا لقانونها)[2].

2- موقف احكام التحكيم من حصانة الدول القضائية:

جاء في الحكم التمهيدي الصادر بشان الدعوى رقم 2321 سنة 1974، قرار المحكم ان فكرة الحصانة القضائية للدولة لا يتم العمل بها الا امام المحاكم القضائية الاجنبية، اما المحكم لا يمثل دولا و لا ينتمي لاجهزتها القضائية، و يستمد سلطته من اتفاق الاطراف المتعاقدة و هو ما يعني عدم وجود

[1] منير عبد المجيد: الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، نفس المرجع السابق، ص89.

[2] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية واسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 386-390.

محل للدفع بالحصانة فيما يخص اجراءات التحكيم، و كذلك حكم تحكيم "Liamco" الصادر ضد الحكومة الليبية بتاريخ 12 افريل سنة 1977 حيث رفضت الحكومة الليبية قبول التحكيم لتعارضه مع سيادتها، الا ان المحكم "محمصاني" رفض الدفع و اكد على ان الدولة يمكنها التنازل عن حقوقها السيادية من خلال الاتفاق على التحكيم، و هو ما يعني ان الدولة المبرمة لعقود البترول عند قبولها لاتفاق التحكيم لا يمكن لها التنصل من الشرط عند نشوء النزاع، و يذكر ايضا في هذا المقام حكم التحكيم التمهيدي الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس بشان الدعوى رقم 3879 الصادر بتاريخ 25 مارس سنة 1984، حيث قامت الحكومات المصرية، السعودية، الامارات العربية المتحدة و قطر بتاريخ 19 افريل سنة 1975 بابرام اتفاقية بهدف انشاء الهيئة العربية للتصنيع لتطوير صناعة السلاح في الدول الاربعة الاعضاء فيها، و تم ابرام عقد مع شركة "ويست لاند" البريطانية لانشاء شركة مختلطة لتصنيع و بيع الطائرات الهيلوكوبتر من نوع "Lynx" في الفترة من 27 فيفري سنة 1978 و بتاريخ 14 ماي سنة 1979 صدرت قرارات القمة العربية المنعقدة في مدينة بغداد العراقية و قررت الدول الثلاث انهاء الاتفاقية الى 01 جويلية سنة 1979 و تصفية اعمال الشركة و الغاء كافة العقود المبرمة نتيجة توقيع مصر اتفاقية السلام مع اليهود، فلجات الشركة البريطانية للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس و امتنعت الدول الثلاث عن المشاركة في اجراءات التحكيم و تم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا للحصانة القضائية لمصر، و اختارت هيئة التحكيم " جنيف " سويسرا مقرا للتحكيم، و اصدرت حكمها التمهيدي باختصاصها لتسوية النزاع و اكدت على ان اتفاق التحكيم يعد تنازلا من الدولة عن حصانتها القضائية، و في دعوى تحكيم " تكساكو Texaco " سنة 1977 ضد الحكومة الليبية حيث ذهب المحكم الى ان عدم وجود اتفاق بين الاطراف المتعاقدة حول القانون الاجرائي الواجب التطبيق فانه يتعين عليه وجود اتفاق بين الاطراف المتعاقدة حول القانون الاجرائي الواجب التطبيق، حيث ان الدولة ذات السيادة و الطرف في اجراءات التحكيم يعتبر الدفع بحصانتها القضائية و عدم الخضوع لقضاء اجنبي يتعارض مع ما تمارسه السلطات القضائية في دولة مقر التحكيم لحقها في الرقابة عليه و التدخل في اجراءاته[1].

ثانيا: موقف القضاء و الفقه من حصانة الدول القضائية

ان الراي المستقر في الفقه الفرنسي مثلا انه يتبين من العلاقة بين موضوع النزاع –محل التحكيم– و الظروف المحيطة انها تعتبر من قبيل المنازعات الخاصة ذات الطابع الاقتصادي، و اما الدولة تتجرد من الحصانة ضد اجراءات التنفيذ بمجرد الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم و لا يقطع بانها متعلقة بالنشاط الاقتصادي، و هذا المعيار ماخوذ به في القانون الانجليزي بتاريخ 02 جويلية سنة 1978، كما اعتد به القضاء الفرنسي و تطبيقا لهذا المعيار استبعدت محكمة باريس في حكمها الصادر في دعوى الحصانة القضائية " ET Sofidif C/Etat Iranien–Société Eurodif "، كما ان العقود المبرمة بين

[1] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 387–391.

الدولة الإيرانية عن طريق وكالتها الحكومية في اطار الخطة التجارية هي عقود من طبيعة تجارية، طالما كانت هذه الاموال مخصصة لنشاط تجاري خاص لا تقع في منطقة الحصانة، و يصف بعض الفقه ان الدولة لا تتمتع بالحصانة القضائية الا في مواجهة قضاء دولة اخرى تتكافئ معها في السيادة، و يمكن تفسير ذلك بانه لا وجود لفكرة السيادة الا داخل اقليم الدولة على رعاياها[1].

1-موقف القضاء

حرصت الهيئات القضائية الاوروبية على اقرار مبدا الحصانة القضائية المقيدة للدولة في علاقاتها التجارية، اذ لا يجوز للدولة التمسك بحصانتها المطلقة القضائية، كما طبق القضاء الفرنسي الحصانة القضائية المقيدة على اعمال السلطة العامة بالنسبة للحصانة المطلقة، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تمتع الممثل التجاري للاتحاد السوفياتي بالحصانة القضائية المطلقة استنادا الى ان التصرفات الصادرة عن الهيئة التابعة لها ليست سوى تصرفات تجارية و رفضت محكمة الدفع النرويجي بالحصانة استنادا الى ان التصرفات الصادرة كانت لاشباع حاجات خاصة طبقا للقواعد القانونية الخاصة، والغت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 29 جانفي سنة 1957، و قامت المحكمة باحالة الدعوى لمحكمة استئناف " Rauen " و التي اصدرت بتاريخ 10 فيفري سنة 1957 حكمها و الذي قضت فيه بان الدولة التركية ضمنت تنفيذ الالتزامات التعاقدية المبرمة بواسطة مدينة " Constantinople " تكون قد انجزت عملا يعد من اعمال القانون المدني بطبيعته، كما تصرفت باعتبارها شخصا طبيعيا و بالتالي لا يعمل فيها بفكرة السلطة العامة، و في القضاء المصري طبقت محكمة النقض المصرية مبدا الحصانة القضائية المقيدة، حيث ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 29 افريل سنة 1986 الى: (...الاصل هو ان تتمتع الدولة الاجنبية بالحصانة القضائية و هو ما يبنى عليه عدم خضوعها لقضاء دولة اخرى، الا انه لما كانت الحصانة القضائية غير مطلقة فلا تندرج فيها المعاملات المدنية و التجارية، و طالما ان العقد يبرم بالارادة الكاملة للدولة فيمكن النص صراحة عن التنازل عن هذه الحصانة، و قد يتم النص في العقد على اختصاص محاكم الدول الاجنبية بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية بين اطرافه،...).

2-موقف الفقه

انقسم الفقه القانوني الى ثلاث اتجاهات فيما يتعلق باثر اتفاق التحكيم بالنسبة للحصانة القضائية، الاتجاه الاول يرى ان الدولة و الاجهزة التابعة لها عند الاتفاق على التحكيم تتنازل عن سيادتها فيما يخص موضوع الاتفاق، على اساس ان المحكم مكلف بالفصل من الاطراف المتعاقدة نفسها وبارادتها، حيث ان شرط التحكيم المدرج بالعقد يعد تنازلا ضمنيا من الدولة عن حصانتها القضائية، على اساس قدرة الدولة على رفض ادراج شرط التحكيم بموجب سيادتها عند الابرام، و لما قبلت الدولة اختصاص

[1] منير عبد المجيد: الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، نفس المرجع، ص 90-91.

هيئات التحكيم بتسوية المنازعات فلا حصانة لها بموجب إرادتها الحرة، مستندين في ذلك الى أن نظام التحكيم نظام خاص لا ينتمي لسلطة اي دولة اجنبية، حيث ان التحكيم يوفر الضمانات للطرفين معا و لا يتعلق بسيادة الدولة كما ان الحصانة تتنافى و مبدا حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية.

أما الاتجاه الثاني فيرى ان وجود الدولة امام هيئات التحكيم يمس بسيادتها و حصانتها القضائية، على أساس ان سيادة الدولة القضائية تعني عدم خضوعها لقضاء اي دولة اجنبية، و بالتبعية لا يمكن خضوع الدولة امام شخص عادي و هو المحكم، في حين يميز الاتجاه الثالث بين الاعمال الخاصة بالسيادة المتعلقة بالقانون العام و الاعمال المتعلقة بالانشطة الخاصة التجارية و الاقتصادية و التي تمارسها الدولة، اذ ان اللجوء للتحكيم لا يمس بحصانة الدولة القضائية، حيث تهدف الدولة من خلالها الى ادارة مرافق اقتصادية من خلال ابرام العقود البترولية مع الاشخاص الاجنبية الخاصة، و تتمتع الدول بالحصانة عندما تقوم بتسيير المرافق العامة و اعتنق هذا الاتجاه الفقه الفرنسي و القانون المصري[1].

من خلال تحليل تلك الاتجاهات القضائية و التحكيمية يتبين لنا ان الدولة باعتبارها ذات سيادة على اقليمها و ثرواتها الطبيعية فان استغلال تلك الموارد البترولية عبر عقود الاستثمار يندرج ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية، و التي تبرم وفقا للاتفاقيات الدولية و كذا التشريعات الوطنية التي تسعى للحفاظ على البنية التحتية من جهة، و تقديم مختلف الحوافز و الضمانات القانونية الحمائية و المشجعة للمستثمر الاجنبي من جهة اخرى، لذا فاللجوء الى التحكيم الدولي كوسيلة ودية لفض المنازعات البترولية يعد اجراء قانوني ذو طبيعة اتفاقية يسعى فيها الاطراف المتنازعة الى الوصول الى حل وسط يرضي الجميع.

الفرع الثاني: أثار شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة امام القضاء الوطني

قد ينظر القضاء الوطني منازعات ناشئة عن عقد دولي يتضمن شرطا تحكيميا، و قد يكون هذا اثناء نظر المحكم للنزاع او بناء على طلب الاخير فيما لو اقتضى الامر اتخاذ اجراءات عاجلة او وقتية او تحفظية، كما قد يكون هذا النظر بعد صدور حكم التحكيم و ذلك للنظر في الطعون المقدمة من الاطراف في هذا الحكم او من اجل اصدار امر تنفيذه، فاذا ما عرض امام القضاء الوطني منازعة ناشئة عن عقد دولي يتضمن شرطا تحكيميا، فهل يفيد هذا الشرط تنازل الدولة عن تمسكها بالحصانة القضائية امام هذا القضاء الخاضع لسيادة دولة اخرى؟.

يعتبر تنازلا صريحا من الدولة عن حصانتها القضائية الحالة التي تلجا فيها الدولة الى القضاء الوطني لدولة اخرى بشان المنازعات الناشئة عن عقد يربط بينهما وبين طرف خاص اجنبي، رغم تضمين هذا العقد شرطا تحكيميا، اذ حسب البعض ليس هناك وسيلة اكثر دلالة عن التعبير عن التنازل عن الحصانة القضائية من طريق رفع الدعوى مباشرة، و في هذه الحالة يكون مسلك الدولة هو القرينة التي يستفاد منها تنازلها عن الحصانة، حيث لا يعد وجود شرط التحكيم قرينة في حد ذاته على هذا التنازل.

[1] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 382-386.

لكن المشكلة تثور في حالة قيام الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة برفع دعواه امام المحاكم الوطنية رغم اشتمال العقد على شرط التحكيم، فهل يعد وجود هذا الشرط بمثابة تنازل من الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية في مواجهة القضاء الوطني الذي رفعت امامه الدعوى؟.

انقسم الفقه في ذلك الى رايين، الراي الاول يرفض مطلقا ان يكون هناك ثمة تنازل من الدولة عن الحصانة في هذه الحالة، حيث ان الامر في هذه الحالة خصوصا و ان شرط التحكيم باعتباره قضاء خاصا لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة و استقلالها، الا ان هذا الشرط لا يمنع الدولة من التمسك بحصانتها اذا ما عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم امام القضاء الوطني، حيث تسترد الدولة الطرف في النزاع في هذه الحالة مالها من ميزة كاملة في مواجهة هذا القضاء، و اذا اتضح ان التصرف محل النزاع من التصرفات التي تتعلق بالادارة العامة و الذي ابرمته الدولة بوصفها سلطة عامة ذات سيادة، فان ادراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود محل التصرف لا يغير من طبيعتها و تحويلها الى عقد تجاري، و بالتالي فان الدولة تظل متمتعة بحصانتها القضائية الكاملة في هذا الخصوص و لا تخضع للقضاء الوطني، في حين يميل الراي الثاني نحو الاتجاه الحديث الرامي الى تقييد الحالات التي يجوز التمسك فيها بالحصانة القضائية، و يرى ان مجرد الاتفاق على حل المنازعات الناشئة عن عقد الدولة بطريق التحكيم يعد تنازلا ضمنيا عن الحصانة، و بالتالي فان وجود شرط التحكيم في مثل هذا العقد يحول دون الدولة و التمسك بحصانتها القضائية، و الذي تبنته الاتفاقية الاوربية لحصانات الدول الاجنبية لسنة 1972، و كذلك القانون الانجليزي لسنة 1978 و كذلك اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات بين الدول و رعايا الدول الاخرى المبرمة سنة 1965.

اما اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لم تتناول في نصوصها مسالة التنازل الضمني عن الحصانات السيادية، فان النظام الذي وضعته لعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، يقود الى الاعتراف بان الدولة الطرف في النزاع و التي قبلت اختصاص المركز، تكون قد تنازلت عن الحصانة و هذا ما اكدته المادة 25 [1]، و لقد تاكد ذلك عملا في قضية " Letco " ضد حكومة ليبريا، حيث ذهب القضاء الامريكي في هذه القضية الى انه لا مجال للتمسك بالحصانة القضائية من جانب الدولة التي ارتضت اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[2].

[1] تنص المادة 25 على انه : (فضلا عن ذلك فانه يصدر من السكرتير العام لICSID قرار تنفيذ حكم التحكيم الصادر عن هذا المركز وهذا القرار يكون قابلا للتنفيذ دون حاجة للحصول على امر تنفيذ من القضاء الوطني، بل رفض الدولة المدينة تنفيذ هذا القرار خلال 30 يوما من صدوره يؤدي الى عرض المر على مجلس المحافظين بالبنك الدولي للانشاء و التعمير التابع له هذا المركز للنظر في تجميد عضوية الدولة الممتنعة عن التنفيذ).

[2] صفوت احمد عبد الحفيظ احمد: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي، نفس المرجع، ص 417-421.

و مما سبق عرضه نرى ان التعبير الصريح للدولة بقبولها اللجوء الى التحكيم بشان المنازعات الدولية ذات الطابع الاقتصادي يقيد من تمسكها بالحصانة القضائية، الا انه لا يحق للمتعاقد معها اللجوء الى قضاء وطني غير قضائها مادام لم يرد الاتفاق على ذلك صراحة في العقد.

الفرع الثالث: آثار اتفاق التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية

تعني هذه الحصانة انه لا يجوز توقيع الحجز على اموال الدولة الواقعة خارج اقليمها سواء اكانت واقعة في دولة المحكمة او في دولة ثالثة، و سواء كان هذا الحجز حجزا تنفيذيا او حجزا تحفظيا او حجزا لدى الغير، و قد اخذت الحصانة ضد التنفيذ الشكل المطلق عند ظهورها، فتحول الحصانة القضائية من الاطلاق الى النسبية ادى الى ضرورة مراجعة اطلاق الحصانة ضد التنفيذ لاسيما في مجال النشاط الاقتصادي و التجاري الذي تمارسه الدولة.

1-موقف الفقه و القضاء من آثار التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية

لازال جانب من الفقه من يصر على ضرورة تمتع هذه الحصانة بالصفة المطلقة، نظرا لخطورتها فلا يجوز تنفيذ حكم ضد دولة اجنبية الا باللجوء الى الطرق الدبلوماسية و ذلك استنادا الى العرف الدولي الذي قننته المادة 32 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1961 التي تنص على ان: (التنازل عن الحصانة القضائية فيما يخص دعوى مدنية او ادارية لا ينطوي على التنازل عن الحصانة بالنسبة الى تنفيذ الحكم بل لابد في الحالة الاخيرة من تنازل مستقل)، و هذا ما اخذت به ايضا المادة 4/45 من اتفاقية " فيينا " لسنة 1963، كما اختلف الفقه حول ما اذا كان يعتبر شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الاجنبي بمثابة تنازل ضمني من الدولة عن التمسك بحصانتها ضد التنفيذ، فالتنازل عن الحصانة القضائية لا يشمل التنازل عن الحصانة ضد التنفيذ طبقا للفقه الغالب و هذا ما اخذت به الاتفاقية الاوروبية للحصانات الاجنبية لسنة 1972.[1]

و هناك جانب قوي من الفقه يؤكد على ان هناك ارتباط بين الحصانة القضائية و الحصانة ضد التنفيذ و يضيف هذا الاتجاه ان هناك ارتباط تلازمي بين الحصانتين، و انه لا توجد حصانة قضائية ضد اجراءات التنفيذ، فمتى تنازلت الدولة عن حصانتها القضائية فلا يجوز ان تدفع بالحصانة في مواجهة اجراءات التنفيذ المتخذة ضدها، ففي 18 جانفي سنة 1981 امرت محكمة استئناف " Stockhom " بتنفيذ حكم تحكيم الصادر بتاريخ 12 افريل سنة 1977 في " جنيف " لصالح شركة " LIAMKO " ضد ليبيا، على اساس ان هذا الحكم صادر بصدد نشاط اقتصادي مارسته الدولة بالاتفاق مع الشركة المذكورة و ان الاموال المطلوب الحجز عليها تتعلق بهذا النشاط، و من ثم لا يجوز التمسك بصددها بالحصانة ضد التنفيذ، و نفس النهج نجده في حكم المحكمة الدستورية الالمانية في حكمها الصادر بتاريخ 12-04-1998 في قضية " NIOC "، حيث رفضت المحكمة الدفع بالحصانة ضد

[1] صفوت احمد عبد الحفيظ احمد: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، نفس المرجع، ص 426-427.

إجراءات التنفيذ الذي تمسكت به الشركة الايرانية بخصوص الدعوى التي رفعتها بعض الشركات البريطانية و الامريكية للحجز على الحسابات البنكية التي تحتفظ بها الشركة الايرانية في البنوك الالمانية، كما ان الشركة المذكورة تقوم بتحويل عائدات البترول الى الخزانة العامة الايرانية في البنوك الالمانية، حيث تمسكت هذه الشركة بعدم جواز الحجز على اصولها نظرا لان هذه الحسابات تستخدم لاغراض خاصة بالدولة نفسها، و قد بررت المحكمة رفض الدفع بالحصانة ضد التنفيذ على اساس ان الشركة الايرانية لها الكيان القانوني المستقل عن الدولة الايرانية، و ان هذه الشركة ارتبطت باتفاقات ذات طبيعة تجارية لا يجوز التمسك في المنازعات الناشئة عنها بالحصانة السيادية، بينما اتجه راي اخر الى اعتبار ان شرط التحكيم في عقد الدولة يعني تنازلها الضمني عن الحصانة القضائية و الحصانة ضد التنفيذ و هو ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1986.

و من المعمول به ان للدولة حصانة قضائية ضد التنفيذ الجبري و لا يوجد صعوبة بشان الحصانة القضائية للدولة، اذ يعتبر توقيع الدولة على شرط التحكيم تنازلا عن تلك الحصانة اما الحصانة ضد التنفيذ فهي قائمة رغم الاتفاق على التحكيم ما لم يتم تنازل الدولة صراحة عنها، و في هذا الشان تنص المادة 35 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على ان انضمام الدولة الى الاتفاقية لا يعني تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ قرار التحكيم و التي تتمتع بها طبقا للقوانين الوطنية و لكن اجراء التنازل صراحة، و هذا نصه: (تتنازل الدولة المضيفة عن اي حق لها في حصانتها السيادية فيما يخصها او يخص اموالها و ذلك فيما يتعلق بالتنفيذ الجبري لاي قرار تحكيم تصدره هيئة التحكيم مشكلة طبقا لاحكام هذه الاتفاقية)[1].

2-موقف التشريعات الوطنية من اثار التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية

أما موقف التشريعات الوطنية الحديثة التي اخذت بالحصانة النسبية ضد اجراءات التنفيذ فان القانون الامريكي الخاص بحصانات الدول الاجنبية الصادر سنة 1976 يقرر مبدا تمتع الدولة الاجنبية بالحصانة ضد التنفيذ كقاعدة عامة و ذلك في الفصل 1609 منه، بينما الباب 1610 من هذا القانون يتضمن استثناءات على هذه القاعدة منها:

- تنازل الدولة الصريح او الضمني عن التمسك بالحصانة ضد التنفيذ.
- ممارسة الدولة لنشاط تجاري حيث يجوز التنفيذ على الاموال المتعلقة بهذا النشاط.

كذلك ينظم القانون الانجليزي سنة 1978 و الخاص بالحصانات الدول الاجنبية، و ذلك في الباب الثالث عشر منه حيث يتمتع طبقا لهذا القانون التنفيذ على أموال الدولة الاجنبية (2/B/13) باستثناء حالات منها: - رضاء الدولة المكتوب بالتنفيذ على اموالها و ممتلكاتها.

[1] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع ص 214.

– اذا كانت الاموال المطلوب الحجز عليها مستخدمة في نشاط تجاري[1].

و بعد عرض مختلف الاراء الفقهية و التشريعية و كذا القضائية، يتبين لنا ان قبول الدولة لشرط التحكيم بشان العقود التي تبرمها في اطار الاستثمار الاجنبي لا يعني بالضرورة تنازلها عن الحصانة ضد التنفيذ، ثم ان تنازل الدولة الصريح لحصانتها القضائية في إطار إنجاز مشاريع تنموية ذات طابع اقتصادي لا يعني تنازلها عن حصانتها ضد التنفيذ، اذ يقتضي الأمر تنازل صريح و مستقل من طرف الدولة نفسها.

الفصل الثاني: التنظيم القانوني لإبرام عقود الاستثمار البترولية

تقسم البلدان العربية المنتجة للبترول الى ثلاث مجموعات، البلدان التي يوجد بها نظام قانوني بترولي مستقل و متكامل و هي الجزائر و ليبيا[2]، و البلدان العربية البترولية التي لا توجد فيها قوانين بترولية متكاملة و بها تشريعات تعالج موضوع التنقيب عن البترول واستغلاله كجزء من خامات الوقود عامة في مجال التعدين و ما يتصل به و هي مصر وسوريا، ففي مصر يوجد القانون الخاص بالمناجم و المحاجر و خامات الوقود القانون رقم 66 سنة 1953، ثم القانون رقم 86 سنة 1956 الخاص بالاستثمار البترول المادة 51، اما في سوريا فيوجد النظام القانوني الخاص بالمناجم و البترول جزء من المواد المنجمية و هو القانون رقم07 سنة 1953 الصادر في ديسمبر سنة 1953، و كذا المرسوم التشريعي رقم 294 بتاريخ 30 جانفي سنة 1954 و في 22 ديسمبر سنة 1964 المتعلق باجراءات تقديم طلبات الحصول على اجازات التحري عن المواد المنجمية او رخص التنقيب او امتياز استثمارها، و اخيرا البلدان العربية البترولية التي لا يوجد فيها قوانين بترولية مستقلة متكاملة منها المملكة العربية السعودية، الكويت، الامارات، قطر، البحرين والعراق، و مثاله نظام التعدين في السعودية الصادر بتاريخ 05-02-1963 بمقتضى المرسوم الملكي رقم 40 الذي استثنى في المادة 02 مادة البترول و الغاز الطبيعي و مشتقاته[3]، حيث تضع قوانين عقود النفط و الغاز و التعدين الاسس العامة حول مكاسب الدول المضيفة من عملية الاستخراج ما يمكنها من الحصول على عوائد كاملة من ثروتها الطبيعية، لهذا فان شفافية العقود مهمة

---

[1] صفوت احمد عبد الحفيظ احمد: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتواه، نفس المرجع، ص 399-412.

[2] من النصوص القانونية الجزائرية المنظمة لقطاع المحروقات نذكر مايلي: القانون رقم84-06المؤرخ في07 يناير سنة 1984 المتعلق بالانشطة المنجمية، قانون رقم 86-14الموافق ل19غست سنة 1986 المتعلق بانشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالانابيب المعدل بالقانون رقم91-21المؤرخ في 02 ديسمبر سنة 1991 المعدل بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 ابريل سنة 2005 المتمم بالقانون رقم 13-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2013 و المتعلق بالمحروقات، المرسوم التنفيذي رقم 07-294 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2007 يحدد اجراءات وشرط منح رخصة التنقيب عن المحروقات ،المرسوم التنفيذي رقم07-184المؤرخ في 09 يونيو سنة 2007 يحدد اجراءات ابرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، القانون رقم90-30المؤرخ في01 ديسمبر سنة 1990 المتضمن قانون الاملاك الوطنية المعدل بالقانون 08-14 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المتضمن قانون الاملاك الوطنية.

[3] غسان رباح: الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، سنة 2008، ص 45-47.

لضمان الامتثال للقوانين و الحصول على الحد الاقصى[1]، و في ظل غياب تنظيم قانوني في بعض التشريعات الوطنية لعقود البترول فضلا عن ان هيئات التحكيم الدولية ليست على وتيرة واحدة في الاحكام التي تصدرها بشانها، و من ثم تنوعت اسس تنظيم عقود البترول و حل الاشكالات التي تحكمها[2].

و عليه من خلال هذه الدراسة سنحاول تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، سنخصص المبحث الأول لماهية عقود الإستثمار البترولية و إجراءات إبرامها ، ثم نقوم بدراسة التراضي في عقود الاستثمار البترولية في المبحث الثاني، و أخيرا تحديد أنواع عقود الاستثمار البترولية و أثارها على سيادة الدولة في المبحث الثالث.

المبحث الاول: : ماهية عقود الاستثمار البترولية و إجراءات إبرامها

تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الاجانب باهمية بالغة، فهي بالنسبة للدول المضيفة– و التي غالبا ما تكون من الدول النامية– الوسيلة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية للدولة و ادارة مرافقها العامة، على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق خطتها الاقتصادية[3]، كما تحقق تلك العقود للدول مزيدا من فرص العمل و نموا لراس المال[4]، لما يمثله الاستثمار من دور مهم وبارز في النشاط الاقتصادي حسب نظرية الدخل و التشغيل، فهو مصدر للتوسع في الطاقة الانتاجية من ناحية و جزء مهم من الطلب الكلي من جانب اخر[5].

يتم إبرام عقود الاستثمار الدولية ضمن منظور التنمية المستدامة في البلدان التي تهدف إلى جذب الاستثمار و المتمثل في تحسين المستوى المعيشي مع حماية البيئة [6]، في شكل اتفاقيات بترولية لاسيما في الدول التي بها المواد الخام من البترول ذو اهمية خاصة، و ذلك كون هذه الدول لا تتوفر لديها الامكانيات المادية و التقنية الكافية للبحث و استغلال البترول، لذا تلجأ تلك الدول الى عقد اتفاقيات

[1] ماتيو بيليجريني: تعزيز شفافية العقود، مجلة Watch، عدد ديسمبر، سنة 2011، ص 01.

[2] عبد الكريم محمد السروي: النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون، الطاقة بين القانون و الاقتصاد، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، يومي 20،2013/05/21، ص 700.

[3] حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة2001،ص19.

[4] محمد عبد العزيز علي البكر: منازعات الاستثمار في اسيا بين القانون و المصلحة، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، القاهرة، مصر، سنة 2001،ص4.

[5] علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة الحقوق، القاهرة ،سنة 1998، ص 58.

[6] lorenzo cotula : Contrats investissement dans la perspective du développement durable :contrat investisseur état et développement durable, un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable,n01,volume02,2011,p4.

دولية مع الدول التي تتكامل معها بالخبرات و الكفاءات البشرية و الفنية اللازمة [1]، و تعد دولة مصر من اولى الدول في العالم في اللجوء الى هذا النوع من التعاون في مجال البترول و الذي يعتبر عصب صناعة البترول و يساهم بنسبة 97% من انتاج البترول في مصر، بينما يشارك القطاع العام ممثلا بالشركة العامة للبترول بنسبة 3% من حجم الانتاج البترولي في مصر، حيث بمجرد العثور على البترول يتم عقد اتفاقية انتاج بين الحكومة كطرف وطني و الجانب الاجنبي ثم تعرض على البرلمان لمناقشتها و الموافقة عليها ثم تاخذ باقي الاجراءات من القوانين المتبعة من تصديق رئيس الجمهورية و نشرها في الجريدة الرسمية، و تشمل الاتفاقية البترولية جميع الاحكام المالية و القانونية و الادارية و مدة سريان الاتفاقية و حقوق و التزامات الاطراف و نسب استرداد التكاليف و نسب اقتسام الانتاج[2].

و من خلال هذا المبحث سنحاول تقسيم موضوع الدراسة الى المطالب التالية، في المطلب الأول نحدد مفهوم عقود الاستثمار البترولية و تحديد طبيعتها القانونية، و في المطلب الثاني نتطرق الى المرحلة السابقة لإبرام عقود الاستثمار البترولية، و أخيرا في المطلب الثالث سندرس المناقصة كاجراء جوهري لابرام عقود الاستثمار البترولية.

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار البترولية و تحديد طبيعتها القانونية

اتجهت الدول النامية بهدف انجاز عملية الانماء الاقتصادي فيها الى جذب الاستثمارات الاجنبية الخاصة[3]، حيث تلجا الدول عادة الى ابرام العقود مع اصحاب رؤوس الاموال من الاجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية و عقود نقل التكنولوجيا و عقود بناء المصانع و عقود الاشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية و عقود امتياز المرافق العامة و عقود المساعدة و الاستشارات الفنية...مما يدخل في اطار عقود الاستثمار[4]، من خلال الاتفاقيات التي تشير في الغالب الى العلاقات التي تكون الدولة او احدى اجهزتها طرفا فيها من اجل مشروع استثماري معين[5]، و تمثل عقود البترول الاداة القانونية لاستغلال تلك الثروات الطبيعية و التي لا تظهر الى حيز الوجود الا بعد

[1] و يعتبر نفط الفحم ثاني اهم مصدر للطاقة في الصين الشعبية حيث ساهم في العقد الماضي في زيادة كبيرة في حصة النفط في ميزان الطاقة، أنظر الى: Thierry Kellner :La politique pétrolière de la république populaire de chine stratégies et conséquences internationales,Bruxelle,Février 2006,p426.

[2] خالد محمد قاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة(مع اشارة خاصة لاحدث احكام القضاء المصري)، نفس المرجع، ص 54-57.

[3] ازدادت اهمية هذه الاستثمارات خصوصا في اعقاب ازمة المديونية الخارجية التي انفجرت في بداية الثمانينات، و ذلك سنة 1982عندما اكتشف المكسيك عدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها، مما وضع البنود التجارية العالمية امام ازمة، للمزيد من التفصيل انظر الى حازم الببيلاوي: النظام الاقتصادي الدولي المعاصر(من نهاية الحرب العالمية الثانية الى نهاية الحرب الباردة)، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الاداب، الكويت، سنة 2000، ص 109.

[4] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها،القانون الواجب التطبيق عليها،وسائل تسوية منازعاتها)، نفس المرجع، ص 2.

[5] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص 11.

إكتشاف البترول و تطور صناعته[1]، و نظرا لأن البنك الدولي للإنشاء و التعمير يمتنع عن مساعدة الدول التي لا تطبق سياسات التحرير الاقتصادي، الأمر الذي يدفع تلك الدول الى اللجوء الى ابرام عقود البترول باعتبارها من العقود الاستثمارية التي ترفع عبء التمويل الاقتصادي عن عاتق الموازنة العامة، فيمكن من خلال المشاركة بين الدولة و شركات القطاع الخاص الحصول على تمويل يساعدها في اقامة المشروعات و خاصة التي تتعلق بالبنية الاساسية، الأمر الذي يؤدي الى تحسين ميزان المدفوعات و خفض العجز في الموازنة العامة و تعزيز حصيلتها من النقد الاجنبي[2].

و من أجل تحقيق تنمية اقتصادية وطنية من مصادر إستثمارية أجنبية ينبغي حسب راينا انجاز دراسة اولية قانونية و فنية من قبل خبراء مختصين توضح الابعاد الاقتصادية و الاجتماعية للمشروع و مدى تاثيره الايجابي على تنفيذ السياسات العامة المنتهجة من قبل الدولة المستثمرة و كذا انعكاساته السلبية على الميزانية العامة، ثم محاولة موازنة النتائج على تغليب الصالح العام في تحقيق الهدف من المشروع الاستثماري الاستراتيجي الذي محله ثروة ذات قيمة مالية ضخمة و قيمة حيوية للصناعة البترولية في التجارة الدولية.

و من خلال ما سبق سنحاول تقسيم المطلب الى فرعين، الفرع الأول حول تعريف عقود الاستثمار البترولية و مدى اعتبارها عقود دولية، و في الفرع الثاني الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار البترولية.

الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار البترولية و مدى اعتبارها عقود دولية

سنقوم بتحديد المعنى الاصطلاحي الذي وضعه فقهاء القانون لعقود الاستثمار البترولية، و التي تعددت حسب اتجاه كل فقيه، و خاصة ان التعاريف الفقهية تاثرت بالجوانب الاقتصادية نظرا لخصوصية العقد، هذا الاخير الذي ثار من شانه جدل حول مدى اعتباره عقد دولي من عدمه، و هذا ما سنحاول تبيانه في الاتي.

أولا: المعنى الاصطلاحي لعقود الاستثمار البترولية

تعددت الاراء حول تحديد ماهية العقود الاستثمارية نظرا للخلط الذي وقع بينها و بين عقود الدولة الاخرى[3]، فقد وصفها احد الاساتذة بقوله: (ان تعبير اتفاقات الاستثمار الدولية يشير الى العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها، و التي تكون عموما من اقطار العالم الثالث او شركاتها في اتفاق مع

[1] مصطفى خليل: تطور الصراع نحو السيطرة على البترول العالمي، الكتاب الاول، منشاة المعارف، الاسكندرية ، مصر، سنة 1970، ص 20 و ما بعدها.

[2] جابر جاد نصار:عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام –دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام– الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002، ص 55 و ما بعدها.

[3] يخلط البعض بين مصطلح عقود الاستثمار و مصطلح عقود الدولة بمعناها الواسع، فبالرغم من كون عقود الاستثمار تمثل الموضوع الاصيل لعقود الدولة، فقد تتعاقد الدولة مع شخص طبيعي كالمحامي او الصحفي او الخبير في مجال معين، وهو ما لا ينطبق عليه وصف عقود الاستثمار، و مثال ذلك العقد الذي ابرمته الحكومة الكويتية عن طريق وكالة الانباء الكويتية مع صحفي بريطاني، انظر الى حفيظة السيد الحداد العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع، ص 164–165.

مستثمر اجنبي، و الذي عادة ما يكون شركة دولية او اكثر مما يدخل تحت هذا التحديد، من اجل اقامة مشروع استثماري)[1]، كما وصفها اخر بانها: (العقود المبرمة من قبل الدولة او الهيئات التابعة لها مع طرف خاص اجنبي في حقل الاستثمار)[2].

و في الفقه العربي يصفها احد الاساتذة بانها: (كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من اشخاص القانون الخاص الاجنبي، و التي تتعلق بمباشرة الانشطة التي تدخل في اطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد)[3]، و في هذا الشان يقول استاذ اخر بانها: (اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة اجنبية او مشروع اجنبي بتقديم المساعدة الفنية و المالية، بهدف المساهمة في انجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادي و الاجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية او عينية)[4]، اذ اختلف الفقه في تعريف العقود الادارية الدولية حيث ذهب الفقيه " نير Mc Nair " الى ان العقد الاداري الدولي هو: (عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب و بين شخص اجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب اخر و يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية، و يتضمن شروطا غير مالوفة في العقود الداخلية مثل شرط الاعفاء الجمركي، و يخضع هذا العقد في بعض جوانبه للقانون العام و في جوانبه الاخرى للقانون الخاص).

و في قضية " سافير Sapphire " تعرض المحكم " Cavin كافا " الى تعريف المقصود بالعقود الادارية الدولية، فذهب الى انه عقد يبرم بين شركة وطنية تاخذ شكل المشروع العام و شركة تجارية خاضعة للقانون المدني الاجنبي، و محل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية العادية لانه يلزم الشركة صاحبة الامتيازات القيام باستثمارات ضخمة و اقامة منشات لها طابع الدوام و يتضمن شروطا غير مالوفة، و يعرفه احد الاساتذة بانه: (عقد يبرم بين جهة الادارة من ناحية و بين شخص اجنبي طبيعي او اعتباري من ناحية اخرى، و يهدف الى انتقال القيم الاقتصادية و المالية عبر الحدود بهدف اقامة منشات لها طابع الدوام او استثمارات ضخمة لاحدى المرافق العامة، و يتضمن هذا العقد شروطا استثنائية غير مالوفة في القانون الخاص[5]:

في حين يرى البعض الاخر انه ليس من المستحسن وضع تعريف شامل للعقد التجاري الدولي تاركين ذلك للتقارير الدولية حسب مقتضيات كل قضية، و يشير البعض الاخر الى ان دولية العقد اقرب الى اللغة الاقتصادية كونها معاملات تتخطى حدود دولة واحدة، كما تعنى الاتفاقيات بتحديد معنى الدولية

---

[1] Peter.W :Arbitration and Renegotiation of international investment Agreement,Kluwer law international,The Hague/Boston/London,1995,P211.

[2] . Bernardini.P :The renegotiation of the investment contract,ICSID Rev-F.I.L.J,vol 13,n2,1998,p.411

[3] عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص1.

[4] علي ابراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص317.

[5] علاء محي الدين ابو احمد: التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و احكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص61-63.

كونها مناط تطبيق الاحكام في المسائل التي تنظمها، فحسبهم يعتبر العقد الدولي اتفاق بين شخصين احدهما مقيم و الاخر غير مقيم و يخضع لقانون الصرف و التحويل الخارجي، وان معيار الدولية يكمن في شكل العقد عندما يتخذ شكل العقد النموذجي او تم وفقا للشروط العامة[1]، و ذهب بعض الفقهاء في قولهم الى عدم اخضاع عقود التجارة الدولية للقواعد القانونية سواء الوطنية او الدولية، اذ بينت بعض الدراسات ذات الصبغة الواقعية عن وجود جماعات من المتعاملين على المستوى الدولي تزاول التجارة الدولية و احتكارها في كثير من الاحيان دون تدخل من جانب سلطات الدول، فعلى ذلك فان عقود التجارة الدولية تخضع للقواعد المتبعة بين هؤلاء المتعاملين كما في صناعة البترول، حيث يشبه العقد الدولي بالنسبة للمتعاقدين بالعملية التشريعية... و الشروط التعاقدية تشكل قانونا خاصا، و يقول في هذا الشان الاستاذ " هنري باتيفول ": (ان شيوع هذه الصيغ النموذجية دفع الى القول بان الراي العام تنبه منذ خمسين سنة الى مظاهر الحياة القانونية خارج النطاق الحكومي في النمو الاقتصادي و الاجتماعي الذي نشا عقب الثورة الصناعية التي انبثقت عن التقدم العلمي).

و تحت تأثير تدخل الدولة تراجع مبدأ سلطان الارادة حيث اكد القضاء في ميدان عقود التجارة الدولية ان هذه العقود تخضع للقانون الذي يختاره الاطراف، فبدلا من ان تلعب الارادة دورها كقاعدة اسناد في تحقيق التنسيق بين سيادات الدول، فان سلطان الارادة يظهر كوسيلة دفاعية عن النظام القانوني الدولي في مواجهة النظام القانوني الداخلي، و بذلك ظهرت تسمية العقود الطليقة و غالبا ما يكون من عقود الدولة اي يكون طرفها الدولة و الطرف الاخر شركة اجنبية، كالعقد المبرم بين دولة الكاميرون و احدى شركات البحث عن البترول فقد نص على: (لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرا على القوانين النافذة حين إبرام العقد)، و ما جاء في العقود المبرمة بين تونس و إحدى شركات البترول الامريكية سنة 1978 على انه يكون واجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري بتاريخ توقيع العقد، و يلاحظ هذا الاتجاه الذي ياخذ بمبدا التجميد الزمني لقانون العقد من اجل الحرص على استقرار الرابطة العقدية و حفظ توقعات الأطراف[2].

يتضح لنا من الاراء الفقهية السابقة ان تحديد ماهية عقود الاستثمار البترولية من اختصاص الفقهاء في المجالين القانوني و الاقتصادي و ليس للمقنن القدرة على الاحاطة الشاملة بمكونات العقد نظرا لاتساعها و تجددها حسب التطورات الحاصلة داخليا ودوليا، الا انه من اختصاص المقنن ايجاد الاليات القانونية الحمائية لابرام هذه العقود التي يرد محلها على احد اهم الثروات الطبيعية المشكلة للجماعة الوطنية و هي البترول، و نظرا لارتباط العقد كاداة قانونية بالظروف الاقتصادية المحيطة بابرامه من جهة و كون ان العملية القانونية الاستثمارية و ما لها من انعكاسات على الواقع الاقتصادي من جهة اخرى، لذا نقترح ان يشتمل تحديد ماهية العقد الاستثماري على ثلاث أسس و هي: الاساس الاول ان

[1] طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، الطبعة الاولى الاصدار السادس، دار الثقافة، عمان، الاردن، سنة 2008، ص 26-27.

[2] طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، نفس المرجع، ص 23-25.

يتضمن المفهوم إجراء إبرام العقد بتطابق الإيجاب و القبول بين الدولة المستثمرة أو أحد مؤسساتها و المستثمر الاجنبي، و الاساس الثاني توضيح كيفية ادارة العملية الاقتصادية من بحث و تنقيب الى انتاج و تسويق للمادة البترولية مقابل ارباح مادية و علمية للطرفين، و الاساس الثالث و الاخير تحديد الهدف من ابرام هذه العقود و التي تتمثل اساسا في التنمية الاقتصادية للدول المستثمرة و الارباح المالية للشركات البترولية الاجنبية.

و يمكن لنا تعريف عقود الاستثمار البترولية بأنها: (تلك العقود التي تكون الدولة او احد مؤسساتها العامة طرفا فيها مع شركة اجنبية خاصة او عامة ذات شخصية معنوية كطرف اخر، هذه الاخيرة تلتزم بالبحث و التنقيب و استغلال و انتاج البترول خلال مدة زمنية معينة، مقابل حصول الدولة على مقابل مالي معين و احتفاظها بملكيتها للثروة البترولية).

ثانيا: مدى اعتبار عقود الاستثمار البترولية عقود دولية

إختلف القضاء[1] و الفقه في معيار اعتبار العقد دوليا[2]، و منه المعيار الاقتصادي الذي يربط العقد بمصالح التجارة الدولية، بحيث تكون هذه الغاية محل اعتبار و لا ريب ان ذلك يساعد على تحقيق المرونة في المعيار الاقتصادي لدولية العقد[3]، و المعيار القانوني الذي يعتمد على ارتباط العقد بانظمة قانونية لدول مختلفة، فمتى كان سبب ابرام عقود البترول او تنفيذها يرتبط باكثر من نظام قانوني يعتبر العقد دولي، غير انه يتعين ان يتوافر العنصر الاجنبي في العقد حتى يتصف العقد بانه ذو طابع دولي و

---

[1] ذهبت المحكمة العليا الامريكية في حكمها الصادر في قضية شهيرة تسمى WILKO الى ان اتفاق التحكيم بخصوص المنازعات المستقبلية المترتبة عن عقد معين مبرم بين مستهلك ومؤسسة يعتبر باطلا،علما ان المفاوضات السابقة للعقد تمت على التراب الامريكي و الخصوم مقيمين داخل امريكا، مما يتوجب تطبيق القوانين الامريكية على النزاع، و قد اعتمدت المحكمة العليا الامريكية على ثلاثة معايير لتحديد الطبيعة الدولية لعقد معين وهي:

-ان يكون طرفا العقد مختلفي الجنسية.

-ان المفاوضات التي سبقت ابرام العقد محل النزاع قد تمت في عدة دول.

-ان موضوع العقد محل النزاع متعلقا بمجموعة كبيرة من الدول، انظر الى:

Gallic Dillema,International and comparative law quarterly,vol.28,April1979,p .261-262 .

اما عن القضاء العربي فكل من القضاء المصري(حكم غيرمنشور صادر من محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية والتجارية بتاريخ 1989/12/04 في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم1114لسنة52)، البحريني(حكم صادر عن محكمة التمييز البحرينية بتاريخ1994/12/25 في الطعن رقم1994/153، بخصوص القضية رقم 1992/586و1992/3529غير منشور)، القانون القطري (الحكم الصادر من محكمة الاستئناف العليا القطرية، جلسة1997/02/03عن القضايا ارقام:1995/723،1995/751، المحكمة المدنية الكبرى بالدوحة قطر،غير منشور)، و القضاء العراقي (راجع الحكم الصادر عن محكمة التمييز العراقية،جلسة1968/11/28، القرار رقم627/ حقوقية 1968، مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة التمييز العراقية، القسم المدني، سنة 1968)، اعتنقت المعيار القانوني في تحديد العقد الدولي، نقلا عن هشام خالد: ماهية العقد الدولي، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2007، ص 44-48.

[2] يرى البعض ان العقد الاداري الدولي هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق او بمناسبة تسييره مستخدما وسائل القانون العام، و تتصل عناصره باكثر من دولة واحدة، و يحكمه القانون الداخلي بغض النظر عن الظروف المحيطة به، انظر الى عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2008، ص 708.

[3] سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1999، ص 32.

يعد انتفاء هذا العنصر نفي للصفة الدولية عن العقد[1]، و لهذا يكيف بعض القانونيين الغربيين عقد الامتياز البترول الذي توقعه شركة خاصة اجنبية مع احدى الدول على انه عقد دولي لا يخضع للقانون الوطني بل للقانون الدولي او للمبادئ القانونية المعترف بها من قبل الامم المتمدينة، و قد اثار هذا الموقف جدلا بين القانونيين الغربيين و القانونيين من العالم النامي الذي يؤيدون اخضاع عقود امتيازات البترول للقانون الوطني و بين اولئك القانونيين من الغرب الذين يصرون على اخراج هذا النوع من العقود من نطاق القانون الداخلي[2].

و في هذا الشأن قضت محكمة العدل الدولية بعدم اختصاصها في نظر النزاع الذي حصل بين حكومة ايران و شركة النفط الانجليزية بسبب التاميم للنفط الايراني، كون الاتفاق الذي كان مبرما بين الطرفين لا يدخل في نطاق القانون الدولي العام و لا يرقى ان يكون معاهدة و انما يخضع للعرف الدولي، و ذهب البعض الاخر الى اعتبار هذه العقود دولية لانها غير مؤسسة على نظام قانوني، الا ان هذه الحجة غير مؤسسة اذ ان بعض العقود التي تكون الدولة طرفا فيها تستند اما صراحة او ضمنا الى القانون الدولي العام او المبادئ العامة للقانون او المبادئ المشتركة في بعض الدول او التي تتضمن مجرد النص على التحكيم كوسيلة لحسم ما قد يثور من منازعات، و هذا الراي ينتج عنه تقسيم العقود الى طائفتين الاولى عقود ذات الطابع التقليدي حيث يكون القانون الداخلي واجب التطبيق و الثانية العقود المدولة اي التي تكون الدولة طرفا فيها و هي التي تطلق على معظم العقود التجارية التي تعقد بين مشاريع الجنوب و مشاريع الشمال اذ يستوجب مراعاة مبدا حرية التعاقد اثناء التفاوض، و قد يبقى العقد دوليا ولو خضع لقانون وطني معين، فتكييف العقد و ما اذا كان يعد عقدا دوليا من عدمه هو امر لا يتوقف على ارادة الاطراف و انما يستنبطه القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية[3].

1-المعيار القانوني و الإقتصادي في تحديد دولية العقد

يرى كل من الفقه و القضاء ضرورة البحث عن معايير يتم على اساسها وضع اسس الدولية مثله مثل نظرية العقد في القانون الداخلي بعد فشل محاولات لتعريف العقد التجاري الدولي، فالبعض من الاراء اخذت بالمعيار القانوني وتبعته بذلك بعض القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم و حتى القضاء الوطني اضافة الى بعض الاتفاقيات الدولية، و رغم اتفاق غالبية الفقهاء على ان مسالة الدولية هي مسالة اولية ضرورية لاعمال قواعد القانون الدولي و خاصة تطبيق قانون الارادة على العقد التجاري، و يكون مستثنى من مجال عقود التجارة الدولية كل العقود الداخلية التي ينظمها القانون الوطني، و لا شك ان تكييف العقد

[1] احمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الحادي و العشرون، سنة 1965، ص73.

[2] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي،العدد الثاني، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد و الادارة، العدد الثاني، سنة 2001، ص 173.

[3] طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، نفس المرجع، ص28-31.

إذا كان يعد عقدا دوليا من عدمه لا يتوقف على ارادة الاطراف و انما يستمده القاضي من العلاقة العقدية في حد ذاتها، لكن المقصود الحقيقي بالمعيار القانوني للاخذ بصفة الدولية هو ان يكون العقد متصلا باكثر من نظام قانوني واحد، و هذه العناصر قد تكون شخصية كاختلاف جنسية المتعاقدين او اختلاف محل اقامتهم، و قد تكون موضوعية متعلقة بموضوع العقد كمحل ابرام العقد او محل تنفيذه، غير ان انصار هذا المعيار اختلفوا حول مدى فعالية العناصر القانونية للرابط العقدية و اتسامها بالصفة الدولية، و على الرغم من وضوح افكار هذا الاتجاه الا انه تعرض لانتقاد نظرا لاتسامه بالجمود و تطبيق القانون الدولي على العقد بمجرد توفر العنصر الاجنبي في العلاقة دون الاخذ بعين الاعتبار بالارادة المتعاقدة، و يرى الفقه بان محل تنفيذ العقد و اختلاف موطن المتعاقدين و لو اتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة في العقد عند اكتساب الطابع الدولي[1].

أما المعيار الاقتصادي فوفقه لا يمكن تحديد صفة الدولية للعقد عن طريق الرجوع الى عناصر العقد سواء لجنسية الاطراف او مقر اقامة المتعاقدين او مكان ابرام العقد، و حتى يخضع هذا العقد لمبادئ عقود التجارة الدولية يجب ان يتوفر فيه المعيار الاقتصادي و يتحقق ذلك من خلال ادراج شروط في العقد او بنود تكون باطلة اذا وجدت في العقد الداخلي، فعلى القاضي اذا عرض عليه نزاع بشان اعتبار العقد دوليا من عدمه، ان يتاكد من مدى توفر مصالح التجارة في العقد لاخراج هذه الاخيرة من النظام القانوني الداخلي الى المجال الدولي، و يرجع بعض المؤلفين ذلك الى وجود حركة اموال او خدمة او معاملة عبر الحدود، اضافة الى ان موضوع المعيار الاقتصادي هو تسهيل التجارة الدولية بابعاد القواعد القانونية الداخلية التي يعرقلها سواء المتعلقة بصحة بنود الدفع او صحة البنود التحكيمية او غيرها من الحالات[2]، كما اخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار منذ الثلث الاول من القرن العشرين في مجال القروض الدولية، من خلال عنصرين مهمين:

أ-معيار حركة رؤوس الأموال

و يطلق عليه ايضا اسم معيار مد و جزر حركة رؤوس الاموال الذي ظهر بموجب قضية " بيلسيه " سنة 1927 و هو المعروف بمعيار " MAtter " نسبة الى المحامي الذي توصل الى ان العقد الدولي يترتب عليه تحركات الاموال عبر الحدود الدولية، الا ان هذا الراي تعرض هو الاخر الى انتقاد لعدم شموليته كافة التحركات المالية مما ادى الى ظهور معيار اخر.

---

[1] هشام علي صادق: عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، سنة 2007، ص ص 73-74، نقلا عن سناء بولقواس: الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي-التحكيم نموذجا-، بحثمقدم لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون اداري و ادارة عامة، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة2011، ص51-52.

[2] خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، سنة 2008، ص 14-18.

ب-معيار مصالح التجارة الدولية (معيار مصالح الاقتصاد الدولي)

يعد العقد دوليا متى تعلق بمصالح التجارة الدولية، و قد ارتبط بمسالة التحكيم في العقود الدولية، حيث يتم بموجبه اخضاع المنازعات المترتبة عنه على التحكيم، و هو ما ذهبت اليه محكمة باريس في حكمها القاضي بان: (الطابع الدولي للتحكيم لا يرتبط لا بمكان التحكيم و لا بجنسية المحكمين، و انما بمجرد ان النزاع المطروح على المحكمين نزاع دولي)، اي ان الصفقة محل النزاع تدخل في مصالح الاقتصاد الدولي، الا ان هذا المعيار هو الاخر انتقد اذ لا يصلح تطبيقه في الواقع العملي، و انما جاء ليخدم مصالح المؤسسات الفرنسية لتطبيق القانون الفرنسي، و مثاله النزاع الذي ثار بين شركة "سونطراك " الجزائرية و الشركتين الفرنسيتين في عقد نقل البترول عندما رفضت المحكمة الفرنسية اضفاء الطابع الدولي على العقد بالرغم من كون موضوعه له بعد دولي يتمثل في نقل البترول الى اوروبا[1].

2-المعيار المزدوج لدولية العقد

يمكن الجمع بين المعيارين السابقين القانوني و الاقتصادي في تحديد دولية العقد بالرجوع الى الاحكام القضائية في تحديد الصفة الدولية للعقد، نجد ان المعيار الاقتصادي يستخدم الى جانب المعيار القانوني في تحديد الطابع الدولي للعقد فاذا كان المعيار الاقتصادي يتعلق بحركة رؤوس الاموال عبر الحدود و كان المعيار القانوني يتعلق بارتباط العقد باكثر من نظام قانوني، فمن الممكن ان يتصل العقد باقتصاد و بنصوص قانونية لاكثر من دولة، و مثاله " اتفاقية فيينا " سنة 1980 بشان البيع الدولي للبضائع التي اخذت بالمعيارين و كذلك في اتفاقية " لاهاي " سنة 1986، و يتضح مما تقدم ان تكييف العقد يمكن الوصول اليه بالجمع بين المعيار القانوني و الاقتصادي في تحديد دوليته من عدمه، الا ان المعيار القانوني هو الافضل في تحديد دولية العقود بالنظر الى مرونة هذا المعيار و شموله للعلاقات ذات العنصر الاجنبي التي ترتبط باكثر من نظام قانوني، اما المعيار الاقتصادي و الذي يمنح العقد صفة الدولية لارتباطه بمصالح التجارة الدولية فقد يشكل خطورة على الطرف الضعيف في العقود الدولية[2].

و ايا ما كان وجه الراي بشان المعيار اللازم توافره لتحديد دولية العقد فان المعيار الذي اعتمد عليه بعض الفقهاء هو المعيار الاقتصادي الذي يعبر عن مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية، في حين رجح البعض الاخر المعيار القانوني نظرا لمرونة هذا المعيار و شموله للعلاقات ذات العنصر الاجنبي التي ترتبط باكثر من نظام قانوني[3]، و ينتج عن ذلك انه لا يؤدي تضمن العنصر الاجنبي الى اكتساب العقد صفة الدولية و نفس النتيجة بالنسبة للعقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

---

[1] نقلا عن سميرة حصايم: عقود البوت(اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية)، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،الجزائر، سنة 2011، ص 38-40.

[2] خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2009، ص 64-69.

[3] عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2008، ص 6.

فعلى الشخص الذي يعرض عليه النزاع قاضيا كان ام محكم البحث عن كلا العنصرين السابقين و في حالة انعدامهما فيكيف العقد بانه داخلي، مما يؤدي الى استبعاد العديد من العقود منها:

ا- العقود التي تبرمها الدولة او مؤسساتها العامة مع شخص اجنبي تابع للقانون الدولي الخاص: و هذا العقد هو كذلك من عقود التجارة الدولية لسببين الاول ان العقد يخضع للمعيارين الاقتصادي و القانوني، و الثاني ان الدولة لا تتمتع فيه بالسيادة [1].

ب- العقود التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها من اشخاص القانون العام: تعرف " بعقد الدولة "، و هذه العقود نوعين عقود تبرمها الدولة او مؤسساتها العامة مع شخص اجنبي تابع للقانون الدولي الخاص و مثاله عقود الاستثمار الدولية كعقود البترول مثلا الذي هو محل دراستنا، هذه الاخيرة تعتبر عقود التجارة الدولية و التي احد اطرافها يتمتع بالسيادة، الا ان القانون الواجب التطبيق عليها ثار جدل قضائي و فقهي بشانها، و هو ما سوف ندرسه في الباب الثاني.

3-موقف التشريع الجزائري

لتحديد صفة الدولية في العقد التجاري الدولي ليس هناك نص صريح يحدد هذه الصفة سوى ما جاء في المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 افريل سنة 1993 الملغى بالقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، و ذلك في الباب الثاني تحت عنوان في التحكيم من الفصل السادس بعنوان في الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت المادة 1039 على: (يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الاقل)[2] ، و الذي عرف صفة الدولية في التحكيم وفق معايير محددة و هي وجود عقد تجاري دولي و ذلك راجع الى:

- الصلة الموجودة بين التحكيم التجاري الدولي و العلاقة التجارية الدولية التي تحتل فيه عقود التجارة الدولية الصدارة في العلاقة الدولية.
- الارتباط النسبي بين التحكيم و العقد التجاري الدولي الذي يجعل من الدولية عنصرا مشتركا.
- صفة الدولية لا يختلف تعريفها في القانون السابق عما اقره كل الفقه و القضاء فيما يتعلق بالمعايير التي تحدد به صفة الدولية في العقد الدولي و حتى في العقد التجاري الدولي.

[1] خالد بن شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، نفس المرجع، ص 21-24.

[2] انظر الى كذلك الى المادة 1006 التي تنص على:(يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الاشخاص و اهليتهم، لا يجوز للاشخاص المعنوية العامة ان تطلي التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية)، انظر الى قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

و نلاحظ ان المادة نصت على معيارين، و يتطلب مصطلح الدولية وفقا لهذه المادة المعيارين معا بحيث جمع المقنن بين المعيار الاقتصادي باخذه بمصالح التجارة الدولية، و المعيار القانوني المستمد من اختلاف المقر او موطن المتعاقدين اي انتماء كل منهما الى دولة اخرى خارج الجزائر[1].

مما سبق يتبين لنا ان تحديد دولية العقد من عدمه يتوقف على المعيار القانوني و الاقتصادي معا، اذ لا يمكن الاعتماد على احدهما دون الاخر لانهما يكملان بعضهما في التكييف القانوني للعقد ان كان وطنيا ام دوليا، و يلاحظ ان المقنن الجزائري ربط دولية التحكيم التجاري الدولي بطبيعة العقد كون ان التحكيم ما هو الا وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن تفسير او تنفيذ تلك العقود، و تتحدد طبيعة كليهما بالنظر الى الموضوع و الاطراف معا و هو ما صرح به المقنن في المادتين 1006 و 1039 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، الا انه في المادة 1039 حصر المقنن العلاقات الاقتصادية الدولية في تحديد دولية التحكيم بين دولتين فاكثر، و حسب راينا كان من المستحسن ذكر لفظ الاشخاص المعنوية العامة انسجاما مع نص المادة 1006 من نفس القانون و لان لفظ الاشخاص المعنوية العامة يشمل الدولة و مؤسساتها العامة، كما يتضح لنا من الاراء الفقهية و كذا التوجه القضائي و ما تبناه المقنن الجزائري ان عقود الاستثمار البترولية تعد من عقود التجارة الدولية نظرا لتعلق موضوعها بمصالح اقتصادية عابرة للحدود تربط بين طرفين على الاقل احدهما الدولة او المؤسسة العامة المستثمرة و الطرف الآخر يتمثل في الشركات الاجنبية البترولية الذان ينتميان لنظامين قانونيين مختلفين.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار البترولية

تستمد عقود الاستثمار البترولية الطبيعة الخاصة من خلال موضوعها و ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة التي انتهجت سياسات استثمارية تحفيزية بهدف جذب الاستثمار من خلال الضمانات و الامتيازات، و بالتالي استبعاد العقد من الطبيعة الادارية لان هذا التكييف قد لا يحقق اهداف المستثمر الاجنبي الذي يسعى الى تحقيق الربح بالدرجة الاولى[2]، و حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار البترولية اختلف الفقه الى ثلاث اتجاهات:

أولا: الاتجاه الأول يرى أن عقود البترول لا تكتسب الصفة الادارية

حيث ان عقود استغلال الثروات الطبيعية كالبترول و الفحم و الغاز و عقود الطاقة المتجددة لا تعد عقود ادارية نظرا لكونها لا تنطوي على شروط استثنائية غير مالوفة، تاسيسا على انها لا تتصل بمرفق عام لان استغلال الطاقة بواسطة الشركة لا يعد مشروعا يعمل بشكل منتظم و مستمر بقصد اداء خدمات

[1] خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، نفس المرجع، ص 26-27.

[2] ذهبية صراح: التوفيق بين القانون الوطني و القانون الاجنبي في عقود الاستثمار،مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012، ص 21 فما فوق.

عامة للجمهور، و من ثم فهي اقرب للعقود المدنية تخضع منازعاتها للقانون الخاص[1]، فضلا عن ان عقود البترول التي تم ابرامها في منطقة الشرق الاوسط لا تتضمن امتيازات لجهة الادارة مع الشركة المتعاقدة معها، بل تضع القيود التي تحد من سلطات جهة الادارة، فمواجهة الطرف الاخر من تعديل العقد و التنازل عنه، و من ثم لا تنطوي هذه الطائفة من العقود على الطابع الاستثنائي المميز للعقود الادارية[2]، ثم ان الدولة تلجا الى الشركات الاستثمارية الاجنبية للحصول على عائد مالي عن طريق ابرام عقود البترول، و في الغالب ما تحجم تلك الشركات عن التعاقد مع الدولة خشية تعرضها للمخاطر التشريعية و القضائية و الادارية التي يمكن ان تتعرض لها ما لم تقدم تنازل عن امتيازاتها التي تستمدها من القانون العام[3]، كما تتضمن عقود البترول شروط تتعلق بتحديد حقوق و التزامات طرفي العقد، و كذلك ما يتعلق بتسوية المنازعات الناتجة عن العقد و ايضا تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و من اهم هذه الشروط ما يسمى بالثبات النسبي و عدم المساس بالعقد[4]، فضلا عن ضرورة تضمين العقد التوازن المالي بين طرفي العقد و تقييد سلطة الادارة في المساس بالعقد و عدم تعديله الا لضرورة شديدة[5]، و في الغالب تتنازل الدولة عن القوانين التي تلحق الضرر بالطرف الاخر و هو ما حدث في القانون رقم 100 لسنة 1996 بشان قطاع الكهرباء، فقد تضمن النص على عدم تطبيق احكام القانون رقم 129 لسنة 1947 ، فضلا عن تضمين عقود البترول شرط الثبات التشريعي بحيث لا يجوز لاي طرف تغيير نصوص العقد بارادته المنفردة[6]، و ظهر في مؤتمر البترول العربي سنة 1967 جدل حول فكرة اعتبار عقد البترول عقدا اداريا ام عقدا مدنيا و مدى اعتبار المصادر البترولية مرفقا عاما، و قد تزعم مستر "كاري" و مستر "جورج" فكرة اعتبار المصادر البترولية من الناحية القانونية مرفقا عاما و انكر اعتبار عقد البترول عقدا اداريا، و اما الفقيه الثاني فهو من الفريق الذي حاول اطلاق تسميات قانونية جديدة " اتفاقية تنمية اقتصادية دولية " ثم تم حذف كلمة "الدولية"، و حاول هؤلاء الفقهاء اعطاء الشركات قيمة و ذلك بوصف شركة " ارامكو " سنة 1960 بانها حكومة مقابل الحكومة العامة التي هي

---

[1] دويب حسين صابر: الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، نفس المرجع، ص179، و عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، نفس المرجع، ص87.

[2] في قضية "تكساكو" ضد الحكومة الليبية رفض المحكم الاخذ بفكرة العقد الاداري بناء على ان عقود الامتياز محل المنازعة لا يتحقق فيها الشروط التي يتطلبها القانون الليبي بوجود عقد اداري،انظر الى عصمت عبد الله الشيخ:التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، نفس المرجع السابق، ص129.

[3] محمد بهجت قايد: اقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء و التشغيل ونقل الملكية–البوت–،دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص28.

[4] حفيظة حداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع، سنة 1996، ص 220.

[5] احمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية، دراسة تاصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1979، ص90، و هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1995، ص116 و ما بعدها.

[6] محمد عبد العزيز بكر: فكرة العقد الاداري عبر الحدود،الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص230 و ما بعدها.

حكومة المملكة العربية السعودية، و تهدف تلك الافكار الى اخضاع عقود البترول الى نظام قانوني جديد تتمثل في القواعد التي تقررها هيئات التحكيم و التي تستمدها من المبادئ العامة للقانون، و السائدة في الدول المتمدينة وصفوا هذه الاتفاقيات بانها شبه دولية "Quaxi-international agreement"، و القانون الجديد وصفوه بقانون عبر الدول" Transnational law "، و انكر الفقيه الدكتور "حامد سلطان" ادعاء الشركات البترولية الاجنبية باعتبار عقود البترول اتفاقيات دولية اذ ان المعاهدة هي اعمال قانونية تصدر عن جانبين متمتعين بالشخصية القانونية الدولية و التي تحكمها قواعد القانون الدولي، و فقا لهذا فلا يعتبر عقد البترول معاهدة دولية او شبه دولية[1].

و قد انتقد البعض من فقهاء القانون العام هذا الاتجاه، باعتبار ان عقود البترول تختلف عن عقود الالتزام و من الصعب تطبيق احكامها على عقود البترول، و يتشابه العقدين في ان المستثمر يتحمل المخاطر الناجمة عن الادارة و يقوم بتشغيل المرفق و ادارته، في حين انهما يختلفان في ان عقد البترول يقوم المستثمر او شركة المشروع ببنائه من امواله الخاصة، الامر الذي يتطلب مبالغ ضخمة في حين ان المستغل في عقود التزام المرافق العامة لا يتكبد اي مبالغ مالية[2].

ثانيا: الإتجاه الثاني يعتبر عقود البترول انها عقود ادارية

ان العقد الاداري يتم بتوافق ارادتين تتجهان لاحداث اثر قانوني هو انشاء الالتزام او تعديله، و العقود التي تبرمها الادارة تنقسم الى فئتين: الفئة الاولى تخضع لقواعد القانون الخاص فتكون عقودها دولية و الفئة الثانية تخضع لقواعد استثنائية حيث تاخذ باساليب القانون العام فتكون عقود ادارية، و في بيان طبيعة اتفاق الامتياز نص القانون رقم 58/1111 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر سنة 1958 الذي كان ينظم استثمار الثروة البترولية في الجزائر ابان الاحتلال الفرنسي، و اشارت المادة 26 ان الشروط العامة للاستغلال تحيل الى القانون النموذجي الواجب التطبيق لاسيما شروط استغلال المنجم المعدني الغير قابل للتعديل من جانب حامل الامتياز المدني[3]، و يرى البعض من فقهاء القانون العام ان عقود البترول تعتبر عقود ادارية و هي صورة حديثة لعقود الامتياز فضلا عن انها تعد عقود التزام مرافق عامة، و ينبغي تطبيق قواعد العقود الادارية عند ابرامها و من ثم تعد عقود ادارية[4]، و يتجه البعض الى وصف عقود البترول بانها عقد امتياز[5]، فضلا على ان عقد البترول يتعلق موضوعه بتسيير مرفق عام و يتطلب

---

[1] عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص195.

[2] ماهر محمد حامد: النظام القانوني لعقود البوت، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، سنة 2006، ص 172.

[3] نصت المادة41 من القانون الصحراوي على: (ان النزاع بين حامل الامتياز و مانح الامتياز فيما يتعلق بتطبيق الاتفاقية يتبع ابتدائيا و نهائيا مجلس الدولة الذي يفصل في هذا النزاع)، و هكذا فان عقد البترول في النظام الفرنسي الجزائري المتمثل في القانون الصحراوي يعتبر عقدا اداريا، نقلا عن عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص199-210.

[4] جيهان حسن سيد احمد:عقود البوت و كيفية فض المنازعات الناتجة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص47.

[5] يتميز عقد الامتياز بان السلطة المانحة فيه تكون شخص عام، وانه عقد اداري وفقا للراي الغالب فيها، يخضع اعداد المرفق لرقابة السلطة مانحة الالتزام، يرتب العقد امتيازات في مواجهة الغير مثل الاستفادة من اجراءات نزع الملكية والاستيلاء المؤقت على الملكية الخاصة، انظر الى محمد محمد عبد اللطيف: الاتجاهات الحديثة في ادارة المرافق الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص24.

يتطلب موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على استغلاله، كما يتضمن على وجود شروط استثنائية غير مالوفة في مجال القانون الخاص سواء بالنسبة للدولة مثل التفتيش على نشاط الشركة المتعاقدة و فحص دفاترها و سجلاتها في اطار الرقابة، او بالنسبة للمتعاقد مع الادارة و تضمين تلك العقود شروط استثنائية غير مالوفة[1]، كما ان هذه العقود و ان كانت تهدف الى الربح بالنسبة للطرف الاجنبي الا انها بنظر الدولة المتعاقدة تهدف الى تسيير المرفق العام، لان هذا العقد احد اطرافه يتميز بصفة السلطة العامة و يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية لتلك الدول لعدم امتلاكها تقنية علمية متطورة الى جانب ازدياد الحاجيات الاقتصادية لهذه الدول[2]، فعلى سبيل المثال تنص المادة الخامسة من قانون رقم 08-14 المتضمن قانون الاملاك الوطنية على: (تسير الاملاك الوطنية و تستغل و تستصلح بحكم طبيعتها و غرضها او استعمالها لتحقيق الاهداف المسطرة لها، اما مباشرة من قبل هيئات الدولة و الجماعات العمومية الاخرى، و اما بموجب رخصة او عقد من قبل اشخاص معنويين تابعين للقانون العام او القانون الخاص او اشخاص طبعيين)[3]، يفهم من هذا النص ان ادارة الاملاك الوطنية و التي من بينها موارد البترول كاصل عام يكون مباشرة من قبل الدولة و هيئاتها العامة، و استثناءا يتم منح ترخيص او ابرام عقد امتياز مع اشخاص اخرى طبيعية او معنوية خاصة وفق اجراءات تحقق الاهداف المسطرة و التي تتمثل اساسا في المصلحة العامة، و لم تحدد المادة جنسية هؤلاء الاشخاص ما يعني انه بامكان اللجوء الى عقود امتياز مع اطراف اجنبية بهدف ادارة تلك الموارد.

ثالثا: الإتجاه الثالث يرى أن عقود البترول ذات طبيعة خاصة

يرى البعض من الفقهاء ان عقود البترول يتم ابرامها من خلال اليات متعددة، و لكل عقد ظروفه الخاصة بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة في هذا الصدد يمكن معها القول بانها عقد اداري او عقد مدني، و يكون من المناسب تكييف كل عقد على حدى في ضوء شروطه و الظروف المحيطة به، و عليه يختلف العقد من حالة الى اخرى[4]، و يرى الاستاذ عبد الكريم السروي ان عقود البترول من العقود الادارية اذ تعد صورة حديثة لعقود الامتياز، و تتوافر فيها اركان العقد الاداري و هي ان يكون احد اطرافها من اشخاص القانون العام، و ان يكون الهدف من ابرامها تسيير احد المرافق العامة و ان يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مالوفة في القانون الخاص، لان الادارة تملك سلطة التدخل بتعديل العقد دون حاجة الى موافقة المتعاقد معها، و ينبغي تحقيق طابع المرفق العام في استغلال الثروة

[1] حمدي ياسين: موسوعة العقود الادارية الدولية، منشاة المعارف، مصر، دون سنة نشر، ص 4.

[2] ذهبية صراح: التوفيق بين القانون الوطني و القانون الاجنبي في عقود الاستثمار، نفس المرجع، ص 15 فما فوق.

[3] انظرالى قانون رقم 08-14 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2008، متضمن قانون الاملاك الوطنية.

[4] دويب حسين صابر: الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، نفس المرجع السابق، ص 191، و محمد انس جعفر: العقود الادارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002، ص 75.

البترولية اذ يشترط موافقة الدولة على المشروع البترولي ما يجعل تطبيق قواعد القانون الخاص غير ممكن، كون هذه الاخيرة تقوم على مبدا المساواة بين المصلحة العامة و الخاصة[1].

و بتطبيق هذه الشروط على عقود الطاقة يتضح ان عقد البترول يتضمن شروطا استثنائية غير مالوفة[2] في مجال القانون الخاص، كتلك التي تتمتع بها الشركة المتعاقدة مثل حقه الشركة في شغل الاراضي و استخدام عمال اجانب، فضلا عما تتمتع به من الاعفاء من الضرائب و الرسوم الجمركية، في مقابل ما تتمتع به الادارة الوطنية في مواجهة المتعاقد معها من ذلك حقها في التفتيش على نشاط الشركة المتعاقدة و فحص دفاترها و سجلاتها و حقها في فسخ العقد في حالات معينة[3]، و بالرجوع الى قانون المحروقات الجزائري رقم 13-01 حول كيفية استغلال الموارد البترولية[4] نصت المادة 20 منه على: (يمكن ان تمنح الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) رخصة التنقيب بعد موافقة الوزير المكلف بالمحروقات لكل شخص يطلب تنفيذ اشغال التنقيب عن المحروقات في مساحة واحدة او اكثر)، اذ احال نص المادة الى مرسوم تنفيذي رقم 07-294 و نصت المادة الثانية منه على: (تسمح رخصة التنقيب لصاحبها في حدود مساحة محددة، التنفيذ على نفقته و على مسؤوليته اشغال التنقيب عن المحروقات، لاسيما باستعمال الاساليب الجيولوجية و الجيوفيزيائية و الجيوكيميائية، بما في ذلك انجاز اعمال الحفر في الطبقات الارضية، لا تخول رخصة التنقيب لصاحبها اي حق في ابرام عقد بحث و استغلال او عقد استغلال ، او في التصرف في المنتجات المستخرجة، في حالة انتاج محروقات بمناسبة اشغال التنقيب)، كما نصت المادة 32 منه على: (يبرم عقد البحث و الاستغلال بناء على مناقصة للمنافسة طبقا للاجراءات المحددة عن طريق التنظيم)، و هي الاخرى احالت الى مرسوم تنفيذي اخر رقم 07-184 مؤرخ بتاريخ 07 جوان سنة 2007 الذي بين الاجراءات الخاصة بالمناقصة حول ابرام عقد البحث و الاستغلال للموارد الطبيعية[5].

و في نطاق العقد البترولي فانه عند متابعة بنود عقود البترول القديمة و الحديثة ما يكفي لتطبيق هذا العقد على انه عقد مختلط و من نوع خاص، و ذلك يظهر من خلال ان محل عقد البترول ينصب على استخراج الموارد البترولية و تصديرها كما هو الشان في عقود المقاولة البترولية، و اذا اقتصر الطرف الاجنبي في العقد البترولي على ايجار اعمال الحفر دون مشاركة، حيث تقوم الدولة بدور منفذ الاعمال

[1] جمال عثمان جبريل: الطبيعة القانونية لعقود البوت، بحث منشور في مركز بحوث اكادمية السادات للعلوم الادارية، الاصدار الرابع، القاهرة، مصر، ص 83.

[2] جابر نصار:عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، نفس المرجع، ص 111.

[3] عصمت الشيخ: التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، نفس المرجع، ص 131.

[4] قانون رقم13-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2013 يعدل و يتمم قانون رقم 05-07 مؤرخ في28 ابريل سنة 2005 يتضمن قانون المحروقات.

[5] انظر الى مرسوم تنفيذي رقم 07-184 مؤرخ في 09 يونيو سنة 2007 يحدد اجراءات ابرام عقود البحث و الاستغلال و عقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، و انظر كذلك الى مرسوم تنفيذي رقم07-294 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2007 يحدد اجراءات منح رخصة التنقيب عن المحروقات.

عن طريق شركاتها الوطنية، و يعتبر اداريا اذا قدم الطرف الاجنبي مهمات الحفر و تولى المشاركة في النشاط البترولي، و خلاصة القول أن عقد البترول عقدا مركبا من طبيعة خاصة ذو طبيعة مزدوجة، اذ يحتوي على عناصر متنوعة بين وسائل القانون العام و القانون الخاص[1].

من خلال إستقراء مواد النص القانوني المنظم للمحروقات و التنظيمات اللائحية الخاصة به يتبين لنا ان اجراءات البحث و الاستغلال في ميدان المحروقات تتم بابرام عقد او بموجب ترخيص من الوكالة، حيث ميز المقنن بين الاجرائين من خلال اختلاف المرسوم التنفيذي الخاص بهما من جهة، و من جهة اخرى صرح المقنن ان الرخصة لا تعطي لصاحبها الحق في التعاقد، و لم يحدد المقنن طبيعة هذا التعاقد و لا التسمية الخاصة به و انما اكتفى بتوضيح اجراء المناقصة للمنافسة، و هذا ما يعني لنا ان العقد بشان الموارد البترولية ذو طبيعة خاصة من حيث اجراءاته اذ لا يمكن تصنيفه ضمن فئة العقود الادارية و لا ضمن العقود المدنية المحضة و هذا لا يمنع من الاخذ بالمبادئ العامة للقانون في شأن التعاقد.

المطلب الثاني: المرحلة السابقة لإبرام عقود الاستثمار البترولية

يعد التوسع في مجال التجارة الدولية سببا رئيسي في ايجاد انواع كثيرة من العقود ذات قيمة اقتصادية، و هذه العقود انطوت على مخاطر عديدة الامر الذي يجعل من ابرامها يستلزم ان تسبقه مرحلة تمهيدية و مفاوضات متعددة الابعاد، كما انها في كثير من الاحيان تكون باهضة التكاليف[2]، و في إطار المشاورات بشأن عقود الاستثمار الدولية و أثناء التفاوض بين الممثلين من المؤسسات العامة للبلدان النامية و الشركات الأجنبية بغية الوصول الى كيفية تحسين الاستثمار لصالح الطرفين المتفاوضين[3].

تعتبر المرحلة السابقة على التعاقد اهم مرحلة و اخطرها في ابرام العقود الدولية، لما ينبغي ان تنطوي عليه من تحديد لاهم التزامات و حقوق طرفي العقد، و لما ينشا عن ذلك من مشاكل قانونية متعددة يتعلق بعضها بما يعقب الالتزامات المحددة سابقا و الذي يتسبب عن عدم اكتمال العقد و ايقاف الخطوات التي اتخذت من قبل الطرفين و قطع المفاوضات حيث ابرام هذا النوع من العقود يتطلب جهود في مرحلة المفاوضات، و نجد ان قوانين البلاد العربية تهتم اكثر بموضوع ابرام العقد و مدى التزام الطرفين بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، كما نجد من النادر ان تفرد هذه التشريعات تنظيما خاصا بالمرحلة السابقة على التعاقد على الرغم من الدور الذي تلعبه المفاوضات في فروع القانون المختلفة على المستويين الداخلي و الدولي، و في المجال المالي حيث يجب بحث كيفية التمويل و الحصول على القروض و تقديم الضمانات للتسديد، اما المجال الفني فمن المهم البحث عن الحل الامثل لتنفيذ

[1] عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص 239-240.

[2] هاني صلاح سري الدين: المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والانجليزي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص 5.

[3] Howard Mann :La stabilisation dans les contrats d'investissement, un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable, n01,volume02,2011,p06-09.

المشروع الذي يستلزم توفير الخبرة المناسبة لتقديم افضل الخدمات للدولة المضيفة، و فيما يتعلق بالايدي العاملة فيتعلق الأمر بأهميتها و تخصصها و مميزاتها الطبيعية و الاجتماعية، اما ما يتعلق بالبنية التحتية أو الاساسية القائمة في الدولة او المراد اقامتها غالبا ما تقوم الشركات العملاقة التي تسعى الى انشاء او تجهيز منشاة صناعية بدراسات اولية وتحليلات متتابعة، فان الهدف منها هو التاكد من الملاءمة الاقتصادية للاستثمار و ارساء القواعد الفنية الاولى[1].

و عليه سنبحث هذه الجوانب من خلال ثلاث فروع، الفرع الأول نحدد فيه مفهوم المرحلة السابقة لإبرام عقود الاستثمار البترولية، و في الفرع الثاني نبين فيه خصائص المرحلة السابقة و المبادئ التي تقوم عليها، و أخيرا نحدد طبيعة المسؤولية القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد في الفرع الثالث.

الفرع الأول: مفهوم المرحلة السابقة لإبرام عقود الاستثمار البترولية

اذا كان مفهوم الادارة بصفة عامة هو الاشراف و التوجيه لعمل قصد تحقيق هدف معين، فكذلك الشان بالنسبة لمرحلة ما قبل التعاقد التي تتطلب الادارة القانونية الصحيحة لعملية المفاوضات حتى توقيع العقد النهائي، و من شان الادارة الصحيحة لعملية المفاوضات تفادي الوقوع في الغلط او التدليس و تفادي المسؤولية عن الاخلال بالالتزامات الخاصة سواء المسؤولية التقصيرية او العقدية، و لعل هذا ما يدعو الشركات الكبرى الى تكوين فريق من المفاوضين يتولى الاعداد لابرام العقود ذات الاهمية كعقود الاستثمار البترولية، و يقوم هذا الفريق بالتخطيط للمفاوضات و ابرام العقد ليس فقط من الجوانب الاقتصادية و الفنية، بل و ايضا من الجانب القانوني حتى تؤدي مرحلة ما قبل التعاقد الى اتفاق لا يثير مشكلات في التنفيذ[2].

حاول الفقه تعريف المرحلة السابقة على التعاقد و تكريس المفهوم القانوني لهذه المرحلة، خاصة ان المقنن في اكثر من البلدان اغفلها، فقد عرفها بعض الفقه الفرنسي بانها: (تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحث و المساعي و المشاورات و تبادل وجهات النظر بهدف التوصل الى اتفاق) [3]، و عرفت ايضا بانها: (تلك المرحلة التي يتم فيها تبادر الاقتراحات و المساومات و المكاتبات و التقارير و الدراسات الفنية بل و الاستشارات القانونية التي يتم تبادلها من قبل اطراف المرحلة السابقة على العقد ليكون كل منهم على بينة، و هي من افضل الطرق القانونية التي

---

[1] حسن علي كاظم: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية القانون جامعة الجزائر، سنة 2004، ص52-55.

[2] احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-القانون الواجب التطبيق و ازمته)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة2001، ص05.

[3] J.Garbonnier,Droit civil,4-Lesobligation,20ed puf1996,n°28-b,p.72

نقلا عن رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة، مصر، سنة 2000، ص60.

تحقق مصلحة الاطراف للتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق و التزامات على عاتق الاطراف)[1]، و تلعب المفاوضات دورا وقائيا هاما في إبرام عقد إرتضاه أطرافه و تفادي الدخول في منزعات أمام قضاء التحكيم، حيث ذهب البعض أيضا الى تعريف المفاوضة بأنها: (عملية يطرح فيها مقترحات او مشروعات صريحة لغرض التوصل لاتفاق بالتبادل او المقايضة او على اساس تحقيق مصلحة مشتركة عندما توجد المصالح المتفاوضة)، و جاء في الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية ان المفاوضات هي شكل من اشكال التفاعل تحاول فيه الحكومات او المنظمات ادارة بعض مصالحهم[2].

و إنطلاقا مما سبق، يمكن لنا تعريف المرحلة السابقة للتعاقد بأنها: (تلك المرحلة الاولية السابقة لابرام العقد بشكل نهائي، يتبادل فيها الاطراف وجهات نظرهم حول الجوانب القانونية و الاقتصادية و الفنية المتعلقة بحقوقهم و التزاماتهم، من اجل الوصول الى اتفاق يرضي الطرفين بما يخدم مصالحهما، و يتحقق ذلك إعتمادا على دراسات سابقة للمشروع محل التعاقد)، فالمرحلة السابقة للعقد في حالة العقود الدولية تتالف من مرحلتين: مرحلة المفاوضات و مرحلة الاتفاقات التمهيدية[3].

ألا: اتفاق المرحلة السابقة للتعاقد

تسمى هذه الاتفاقات السابقة للتعاقد بالاتفاقات التحضيرية، و تحرر في مستندات يعبر من خلالها الاطراف عن ما تم الاتفاق عليه او عن التصور المستقبلي للعلاقة العقدية المراد الانخراط فيها، و من اهم هذه الاتفاقات في مجال العقود الدولية نذكر:

1-اتفاق التفاوض

تبدأ إرادة الأطراف الساعية للتعاقد بدعوة الى التفاوض التي تدور حوله جهود الاطراف في سبيل تكوين رابطة عقدية، و يمكن القول بوجود اتفاق بينهما على التفاوض اذا ما سلمنا بفكرة الاتفاق الضمني[4]، و قد تتجاوز الاطراف ذلك لموقف اكثر وضوحا و ايجابية، و تتعدد اشكال هذا الاتفاق تبعا للالتزامات المترتبة عنها فقد يتم الاتفاق بين الاطراف بمناسبة بدء التفاوض بينهم على تنظيم معين لعملية التفاوض و اجراءاتها،كان يتم الاتفاق على الاطار الزمني للمفاوضات و المكان الذي تباشر فيه، او يتم الاتفاق على تشكيل لجان مشتركة لدراسة الجوانب الفنية و المالية أو الاقتصادية و القانونية للعملية المراد تحقيقها[5]، و من خلال التطبيق العملي لأسلوب التفاوض لوحظ انه غالبا ما تتبعه الدولة و

---

[1] حسام كامل الاهواني: المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية و مراحل إعداد العقد الدولي، ورقة بحث قدمت امام ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 2.

[2] محمد علي جواد: العقود الدولية-مفاوضات، ابرامها، تنفيذها)، دار الثقافة، دون بلد النشر، سنة 2010، ص 61.

[3] بعض الفقهاء يقسم مرحلة ما قبل العقد الى ثلاث مراحل: مرحلة المفاوضات، مرحلة الاتفاق او المشروع و اخيرا مجلس العقد، انظر الى جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 22.

[4] رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 204.

[5] احمد عبد الكريم سلامة: النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، نفس المرجع، ص 388 و ما بعدها.

مؤسساتها بالنسبة للعقود التي يمكن وصفها بالاستراتيجية، و الوضع المالوف في التفاوض افتتاحه بعدة طرق كان يتقدم احد الطرفين بايجاب يناقش فيه الطرفان معا المشروع محل التعاقد بغية الوصول الى صيغة مشتركة مقبولة بين الطرفين، و قد يتبادل الطرفان خطابات تسمى بخطابات تبادل النوايا و ان تحديد طبيعة هذه الخطابات لا تعني الوصول الى ابرام الاتفاق، في حين يذهب راي اخر الى ان العبرة في تحديد طبيعتها هو بالرجوع الى ما قصدت اليه ارادة الطرفين صراحة[1]، و الاصل ان تتطابق كل من الارادة الظاهرة و الارادة الباطنة، اي تطابق بين القرار النفسي الداخلي مع الارادة المعلنة، و لكن قد يحدث اختلاف بين الارادة الباطنة و الارادة المعلنة فتعلن الشركة الاولى ان مشروع العقد مناسب في حين أن قرارها غير المعلن هو عدم التعاقد أو العكس، من ذلك يثور التساؤل عندئذ عن اي الارادتين يؤخذ بهما؟، فالتعبير عن الشيئ لا يكون الا بظاهره؟، و مع ذلك فان التعبير غير الصادق عن الارادة لا يجب ان يترك هكذا بغير اثر قانوني، و من ثم فان الاصل عند اختلاف الارادة المعلنة و الباطنة هو الاعتداد بالارادة الباطنة ما لم يترتب القانون اثار قانونية على الارادة المعلنة، و في حالة نجاح المفاوضات و التوصل الى مشروع العقد فهل يكون صالحا لتكوين العقد بمجرد التوقيع؟، و في حالة فشل المفاوضات فهل يمنع ذلك قيام العقد؟[2].

و من اجل إبرام عقود الطاقة بطريقة جيدة يتعين أداء المفاوضات بمهارة، و التي تعد خير ضمان لوجود عقد لا تشوبه المنازعات فيما بعد، و يؤكد البعض على اهمية التفاوض فيقول بان: (مصير العقد يتوقف على مدى نجاح عملية التفاوض)[3]، حيث يتم في هذه المرحلة الاعداد و التحضير للعقد و البحث في كافة الجوانب الفنية و القانونية و المالية و تحديد مضمون العقد، كما تزداد اهمية التفاوض في العقود الدولية المركبة التي تبرمها الشركات العملاقة ذات النشاط الدولي مع الدول النامية و خاصة في العقود الدولية التي تمتد لسنوات طويلة حيث تستدعي تغير الظروف اجراء مفاوضات لتعديل الالتزامات على ضوء المستجدات[4].

ذهب بعضهم إلى تعريف التفاوض بانه: (قيام اطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات و المساومات و الدراسات و التقارير الفنية و الاستشارات القانونية و مناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية او ينفرد بوضعها احدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول الى افضل النتائج التي تحقق مصالحها، و للتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما و التزامات عليهما[5]، كما

[1] طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، نفس المرجع، ص 107-115

[2] احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية-القانون واجب التطبيق و ازمته)، نفس المرجع، ص 52-53.

[3] ابو العلا النمر: دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص33.

[4] محمد حسين منصور: العقود الدولية(ماهية العقد الدولي و انواعه و تطبيقاته، مفاوضات العقد و ابرامه ، مضمونه و اثاره و انقضاؤه، الصياغة والجوانب التقنية و الائتمانية و الالكترونية، الاختصاص القضائي و القانوني)، التحكيم و قانون التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، طبعة سنة 2006، ص 21.

[5] عزيز سليمان شيراز: حسن النية في ابرام العقود، دار دجلة،عمان، الاردن، سنة 2008، ص 336.

تعرف المفاوضة بأنها: (التحاور و المناقشة لتبادل الافكار و الاراء و المساومة بالتفاعل بين الاطراف من اجل الوصول الى اتفاق معين حول مصلحة او حل مشكلة ما اقتصادية و قانونية و تجارية و سياسية)[1]، و جاء في حكم تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية ان المفاوضات هي: (مرحلة يتعهد فيها الطرفان بالتفاوض او متابعة التفاوض بغرض التوصل الى ابرام عقد لم يتحدد موضوعه الا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الاحوال لانعقاده)[2].

و الملاحظ انه ليس هناك إجماع بين مختلف الانظمة على طريقة التفاوض، لذلك يتم الرجوع الى قوانين دول الاطراف التي يعلن فيها عملية التفاوض و تنقسم الى فريقين، دول ليس لها اجراءات محددة للتعاقد مثل: " بريطانيا "، " فلندا "، " ايرلندا " و " هايتي " حيث تترك كامل الحرية للمتعاقد في اختيار الطريق الذي يراه مناسبا على ان تتولى رقابته ادارة الهيئة التي يتبع اليها المشروع، و دول تعتمد اجراءات منظمة تنقسم الى طائفتين، الطائفة الاولى تجعل اللجوء الى الطريق المنظم اختياري و منها " اليونان "، " هولندا "، " المانيا "، " سويسرا " و " الدنمارك " و طائفة ثانية تجعل اللجوء اليه اجباري و منها " بلجيكا "، " الشيلي "، " اسبانيا "، " فرنسا "، " مصر " و " الجزائر " نظرا لطبيعة النظام القانوني الخاصة بالمشاريع العامة التي يكون المال فيها مملوكا للمجموعة الوطنية، و تعتبر الاجراءات المعتمدة و تتمثل هذه القواعد في:

أ- الدعوى للمنافسة: هو اجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاملين مع تخصيص العقد للعارض الذي يقوم بتقديم افضل عرض من حيث السعر و مدة التنفيذ و شروط التموين و الضمانات التقنية و المالية و شروط دعم المنتوج و شروط الصيانة و خدمات ما بعد التسليم...

ب- أسلوب التراضي او الممارسة: هو اجراء يعتمد بمقتضاه المتعامل التعاقد مع متعامل واحد يختاره دون الدعوى الى المنافسة، و يطبق في الحالات التالية:

- حالة متعاقد مع متعامل اجنبي في اطار اتفاقية حكومية مشتركة و اوضح مثال لذلك شراكة في مجال المحروقات.

- حيث لا يمكن تنفيذ الخدمات او الحصول على السلع الا من قبل متعامل وحيد له وضعية احتكارية او صفة امتيازية في امتلاك التكنولوجيا التي تم اختيارها.

- في الحالات الاستعجالية لحماية الاقتصاد او الممارسة بالاتفاق المباشر مع الطرف الاخر بكل وسائل الاتصال.

---

[1] احمد عبد الكريم سلامة: النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الامن والقانون، اكاديمية الشرطة، السنة الحادية عشر، العدد الاول يناير سنة 2003، ص 232.

[2] هذا الحكم التحكيمي يدور حول تطبيق احدى قواعد التجارة الدولية التي يشار اليها بمصطلح Lexmercotaria فالمحكمة رفضت اعتبار العقد بيع و جرى تكييفه على انه مجرد عملية تفاوض، انظر الى رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد،دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 235.

– عندما يتضح ان دعوى المنافسة غير مجدية[1].

حيث كانت عقود البترول الدولية تبرم بناء على مفاوضات مسبقة مثل العقود الدولية التجارية ما يتطلب وقتا طويلا للوصول الى اتفاق نهائي و لكن بعد سنة 2005 صدر قانون المحروقات 05-07 اعتمدت الدولة اجراء المناقصة للمنافسة، و يرجع اعتماد الدولة الطريق المنظم في المعاملات الدولية الى حرصها المتزايد على مراقبة هذه المعاملات فهي من جهة تحاول ان تضمن سيطرتها على التجارة الخارجية و تنظم المعاملات حفاظا على المعالم العامة و ذلك وفقا لخططها و استراتيجياتها التنموية[2]، و قد تفشل المفاوضات كما قد تنجح و يقوم الاطراف و قبل امضاء الاتفاق النهائي بتحرير و اعتماد بعض المحررات لتجسيد اوجه الاتفاق و الاختلاف و تبادل وجهات النظر بينهم، ذلك ان العمليات التعاقدية للدولة قد تحتاج الى تدقيق في بعض المسائل، و قد تصاغ في محررات تحت عناوين مختلفة منها بروتوكول اتفاق " تعهد الشرفي " او" اتفاق اولي "، " اتفاق مبدئي "، " خطاب النوايا "، " عقد تمهيدي " و النجاح في المفاوضات يتريب عليه توقيع العقد النهائي و تنفيذه، و لكن بالنسبة لعقود البترول يجب ان تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم من قبل مجلس الوزراء، حيث جاء في نص المادة 06 من قانون رقم 91-21 المتضمن قانون المحروقات: (تحقيقا للاشتراك المذكور في المادة 20 السابقة يبرم مقدما عقد بين المؤسسة الوطنية يحدد الشروط التي يخضع لها الاشتراك، لاسيما فيما يخص الاستثمارات و برامج العمل و كذا انتفاع الشريك الاجنبي، و تتم الموافقة على العقد المشار اليه اعلاه بمرسوم يتخذ من مجلس الوزراء)[3]، كما نصت المادة 11 من قانون رقم 05-07 المتمم بالقانون رقم 13-01 المتعلق بالمحروقات على: (يسهر الوزير المكلف بالمحروقات على التثمين الامثل للموارد الوطنية للمحروقات، و يكلف باقتراح السياسة التي تتبع في مجال المحروقات و تنفيذها بعد المصادقة عليها، و يتولى الوزير المكلف بالمحروقات عرض طلبات الموافقة على عقود البحث و/او استغلال المحروقات التي تتم الموافقة عليها بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء)[4]، و مثال ذلك نجد المرسوم رقم 81 -77 الذي يتضمن المصادقة على عقد البحث و استغلال النفط المبرم بتاريخ 12 نوفمبر سنة 1981 بين سونطراك و الشركة الاسبانية للبترول[5]، و المرسوم رقم 81-76 المتضمن المصادقة على عقد البحث عن البترول

[1] مسعود محمودي: اساليب و تقنيات ابرام العقود الدولية، د،م،ج، بن عكنون الجزائر، سنة 2006، ص80-91.

[2] فاطمة عاشور: العقد الدولي للنفط، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر1، سنة 2011.

[3] قانون رقم 91-21 الصادر بتاريخ 04 ديسمبر سنة 1991 يعدل و يتمم قانون رقم 86-14 المتعلق بانشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالانابيب، الجريدة الرسمية العدد63.

[4] قانون رقم 13-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2013 متضمن قانون المحروقات(ج.ر العدد11 سنة 2013).

[5] مرسوم رقم 81-77 مؤرخ في 25 افريل سنة 1981 المتضمن المصادقة على اتفاقية البحث عن البترول الخام و استغلاله المبرمة في الجزائر بتاريخ 12 نوفمبر سنة 1980، بين مؤسسة سونطراك من جهة و الشركة الاسبانية من جهة اخرى، جريدة الرسمية عدد17، سنة ثامنة و عشرون الصادر بتاريخ 28 افريل سنة 1981.

المبرم بين الشركة الوطنية " سونطراك" من جهة، و شركة "اجيب افريكا"من جهة اخرى المنعقد بتاريخ 01 اكتوبر 1980.[1]

من خلال استقراء النصيين القانونين يتبين لنا ان المقنن في تعديل نص المادة 06 اكد على ضرورة موافقة مجلس الوزراء على عقود البحث و/ او استغلال المحروقات بموجب مرسوم، و هذا دليل على أهمية العقود المتعلقة بالبترول نظرا لاهمية هذه المادة الحيوية من الناحية الاقتصادية، لذا منحها المقنن الحماية القانون اللازمة بما يضمن الرقابة الكافية عليها بل و اسند للوزير المكلف بالمحروقات مهمة التثمين الامثل للموارد الوطنية للمحروقات و اقتراح السياسة المتبعة في مجال المحروقات، الى جانب هذه الاليات نقترح الية قانونية رقابية اخرى تسند الى السلطة البرلمانية بشان منح عقود الامتياز البترولية الطويلة المدى للشركات الاجنبية حفاظا على استغلال الثروات الطبيعية التي تعود ملكيتها للدول المستثمرة و ذلك في شكل قانون نموذجي وطني يوضح اجراءات المناقصة و منح رخص التنقيب.

2-الإتفاق المبدئي

عرفته الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية بانه: (شكل من اشكال التفاعل تحاول فيه الدول او الافراد او المنظمات ادارة بعض مصالحهم المتصارعة، او هو عملية صريحة تتعلق بمشروعات او مقترحات مضادة)[2]، كما يعني اتفاق على الهدف المراد تحقيقه من ابرام العقد، بمعنى انه اتفاق لا يكون الاطراف فيه قد توصلوا الى حسم العناصر الجوهرية اللازمة لابرام العقد المنشود، اما المعنى الاخر فينصرف الى اتفاق تام العناصر من حيث الشروط النهائية الا انه يحتاج الى ارادة باتة تضفي عليه صفة الالزام، و يلاحظ ان هذا المصطلح معمول به في الاحكام القضائية[3].

نستنتج من تسمية المصطلح ان الإتفاق اولي يكون في بداية مرحلة النقاش الدائر بين الاطراف المتعاقدة بهدف التعرف على المصالح المتبادلة بينها، دون التطرق الى التفاصيل الجوهرية للعقد و هذا ما يجعل من الاتفاق غير ملزم للاطراف، و تظهر اهميته في معرفة كل طرف وجهة نظر الطرف الاخر في مدة زمنية قصيرة و خاصة ان مثل عقود البترول ذات قيمة اقتصادية تتاثر بالمستجدات الحاصلة.

3-خطاب إعلان النيات

نشأت خطابات النيات في القوانين الانجلوساكسونية بتاثير مقتضيات التجارة الدولية وما تستلزمه من ضرورة توفير الثقة و حسن النية في التعامل، و كان من الصعب تقبل هذه الفكرة في القوانين اللاتينية و لكن سرعان ما انتشرت في البلدان العامل بذلك النظام و على راسها فرنسا[4]، حيث وجد الفقه صعوبة في

[1] مرسوم رقم 81-76 المؤرخ في25 افريل سنة 1981 المتضمن المصادقة على اتفاقية البحث عن البترول المبرم بين مؤسسة سونطراك من جهة و شركة "اجيب افريكا" المحدودة المسؤولية بتاريخ الاول اكتوبر سنة 1980، الصادر بالجريدة الرسمية العدد17، السنة الثامنة و العشرون بتاريخ 28 افريل سنة 1981.

[2] احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، الطبعة الاولى، نفس المرجع، ص31 و ما بعدها.

[3] مصطفى العوجي: القانون المدني (العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص192.

[4] مصطفى احمد عبد الجواد: خطابات النيات الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2000، ص 3.

وضع تعريف واحد لخطاب اعلان النيات، فهذا الأخير يشتمل على وثائق لم يستقر الفقه القانوني على مدلول منظبط لها[1]، فمن حيث التكييف القانوني يقصد بخطاب اعلان النية ذلك التصرف القانوني الذي يترجم رغبة الاطراف في ابرام العقد النهائي، و الاصل ان خطاب اعلان النيات لا يعد ملزما لمن صدر عنه لاسيما ان هذا الخطاب غالبا ما يصاغ بعبارات لا تدل على الالزام اتجاه الطرف المقابل، و الهدف من هذا الخطاب هو ارساء الاطار المعرفي للمفاوضات المستقبلية تمهيدا لابرام العقد النهائي، و قد يترتب عن هذا الخطاب عقد معلق على شرط او عن ايجاب مكتمل العناصر ينتظر القبول من الطرف الاخر، و من جهة اخرى فان المشروع يحتاج الى تمويل كبير من البنوك فمتى صدقت نوايا الطرفين و اتجهت الى ابرام التعاقد ساعد ذلك على الحصول على التمويل الكافي من البنك، و لن يتحقق ذلك الا اذا توافرت الجدية في التعاقد[2].

الفرع الثاني: خصائص المرحلة السابقة و المبادئ التي تقوم عليها

تعد المرحلة السابقة على العقد اجراء اولي من خلاله يمكن لكل طرف تحديد حاجاته، و من ثم يتمكن من تقدير مدى اهمية اتخاذ القرار النهائي بشان التعاقد ، حيث تعد المفاوضات مرحلة سابقة لابرام العقد الدولي و ذات اهمية لعدة اسباب اولها موضوعي يرجع الى ان العقود الدولية المعاصرة عقود مركبة و معقدة فنيا، و ثانيها شخصية ترجع الى اطراف تلك العقود فغالبا ما يتنافس على الفوز بتلك العقود شركات عملاقة ذات نشاط دولي، كما ان الطرف الاخر غالبا ما يكون من الدول النامية التي تسعى الى اقامة مشروعاتها و تحقيق اهدافها التنموية اجتماعيا و اقتصاديا و فق افضل الشروط التي تتلاءم مع امكانياتها المادية[3]، لذا تقوم هذه المرحلة على جملة من الخصائص نذكر منها على سبيل المثال مايلي:

اولا: خصائص المرحلة السابقة للتعاقد

تتميز المرحلة السابقة للتعاقد بانها تمهيدية ذات نتيجة احتمالية، بحيث يكون الهدف منها هو الوصول الى اتفاق نهائي يرضي جميع الاطراف، و يظهر ذلك من خلال الخصائص التالية:

1-المرحلة السابقة على العقد هي مرحلة تمهد لإبرام العقد

في هذه المرحلة يناقش فيها الاطراف شروط العقد للوصول إلى أفضل صيغة ممكنة، و يبرم الأطراف إتفاقات مرحلية تمثل خلاصة ما تم التوصل اليه، و يمكن أن تكون الغاية من مثل هذه

[1] من أسباب غموض المصطلح في فقه القانون الخاص كون هذا المصطلح تم استيراده من فقه القانون الدولي العام الذي تستخدم فيه مفردات تنطوي على معاني مرنة، ثم استخدم المصطلح في القانون الخاص الذي ينظم علاقات الافراد التعاقدية سواء كانت داخلية ام دولية.

[2] عصام البهجي: عقود البوت الطريق لبناء مرافق دولة حديثة، نفس المرجع، ص 144، و دويت حسين صابر: الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام و تطبيقاتها على عقود البناء و التشغيل ونقل الملكية-البوت-رسالة الدكتوراه، جامعة اسيوط، مصر، سنة 2006، ص 272 و ما بعدها.

[3] محمد علي جواد: العقود الدولية-مفاوضات، ابرامها، تنفيذها)، نفس المرجع، ص58.

الإتفاقات تسجيل ما تم الاتفاق عليه و الانتقال الى التفاهم على امور اخرى يتضمنها العقد، إذ يمكن تشبيه العقد بسلسلة متعددة الحلقات[1].

2-المرحلة السابقة على العقد مرحلة ذات نتيجة احتمالية

تخضع المرحلة السابقة على العقد لمبدا حرية التعاقد، لذا فالاطراف ليسوا ملزمين بالوصول الى الاتفاق النهائي، و عليه يمكن لهذه المرحلة ان تنتهي بالنجاح ببلوغ الغاية المطلوبة و هي ابرام العقد او العكس، فعملية التفاوض عملية بالغة التعقيد خصوصا في العقود التي تحظى باهمية كبيرة اذ تواجهها متغيرات تؤثر في الغاية من عملية التفاوض، و نخلص الى نتيجة مفادها انه ليس كل تفاوض على العقد يؤدي الى ابرامه، ما دام القانون الذي يسود هذه المرحلة هو: (كل شخص حر في ان يتعاقد او ان لا يتعاقد)[2].

ثانيا: مبادئ المرحلة السابقة للتعاقد

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، الا ان الظروف السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية او الامنية قد تؤدي الى الاخلال بتوازن العقد تستدعي الى تعديل العقد حماية للطرف الضعيف استجابة للظروف الطارئة[3]، و يعتبر الحفاظ على التوازن المالي للعقد من المبادئ المسلم بها في العقود الادارية، بحيث تتجه اليه نية المتعاقدين مالم يوجد نص صريح يخالف ذلك[4]، و من المبادئ التي تحكم المرحلة السابقة للعقد:

1-مبدأ سلطان الارادة

يقوم المبدأ على فكرة بسيطة مفادها ان للارادة السلطان الاكبر في بناء أي كيان تعاقدي و التحكم فيه نشوءا و استمرارا و انتهاء، بل و في كل اثر قانوني يترتب على العقود حتى لو خرج هذا الاثر عن دائرة التعاقد[5]، و يكون لكل من اطراف هذه العملية التفاوضية الحق في الانسحاب منها وهذا الحق مكفول بمبدا قانوني و هو مبدأ حرية التعاقد[6]، و لا يجب على الطرف المنسحب ان يبدي سببا مبررا لانسحابه، ثم ان ترتيب مسؤولية ما على عاتق الطرف المنسحب قد يخلق صعوبة في التعامل يخشى معها ان

---

[1] جمال فاخر النكاس: العقود و الاتفاقات الممهدة للتعاقد و اهمية التفرقة بين العقد و الاتفاقات السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الاول، سنة 1996، ص 133، و انظر ايضا الى مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2001، ص237.

[2] جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، نفس المرجع، ص 39.

[3] سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية وحق الشعوب في الموارد النفطية، نفس المرجع، ص 11-16.

[4] حمدي علي عمر: المسؤولية التعاقدية للادارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996، ص 222 و ما بعدها.
انظر ايضا الى عزيز الشريف: دراسات في نظرية العقد الاداري و تطبيقاتها في الكويت، مكتب الدراسات و الاستشارات القانونية، الطبعة الاولى، سنة 1998، ص 123.

[5] محمد محمود عبد الله: الموجز في التصرف القانوني المجرد، دراسة تاريخية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، سنة 1997، ص 23.

[6] جرى الاعتراف بهذا المبدا و اقراره بصورة جلية من خلال المبادئ التي تبناها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص،فقد نصت المادة 1/1 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي اقرها المعهد سنة 1994، على انه : (يكون الاطراف احراراقي ابرام العقد و في تحديد مضمونه).

يحجم الشخص عن مفاوضة الغير في امر يرغب في التعاقد فيه دفعا لما قد يترتب عليه من مسؤولية[1]، و يرجع اختلاف المفاوضات[2] في عقود التجارة الدولية الى انها ليست عملا ماديا، خاصة و ان هذه العقود تحتوي على الكثير من المسائل الفنية و المالية و من ثم يجب ان تتوافر ضوابط محكمة لتنظيم الحرية التعاقدية لاطراف العقد[3].

2-مبدأ حسن النية

يعد العقد[4] مؤسسة قانونية تخدم مصلحة اجتماعية و اقتصادية لذلك يجب ان يبنى على المصالح المشتركة و الثقة المتبادلة، و حسن النية سلوك اخلاقي باطني خلال عملية التفاوض[5]، و يمكن تعريف حسن النية بانه: (اقدام المتفاوضين او الراغبين في التعاقد على هذه العملية على اساس الثقة و الاستقامة في التعامل و الابتعاد عن اساليب الخداع و التضليل التي من شانها اشاعة عدم الطمانينة لدى الاطراف)، و قد عرفها البعض بانها: (تبادل الاقتراحات و المساومات او المكاتبات و التقارير و الدراسات الفنية بل الاستشارية القانونية التي يتبادلها الاطراف و للتعرف على ما يفرضه الاتفاق من حقوق و التزامات للطرفين)[6]، مما سبق يمكن لنا تعريف سلوك حسن النية في اجراء التفاوض بانه ذلك السلوك الداخلي الذي يسعى في تلك العملية التمهيدية للتعاقد من خلالها يجتهد كل طرف على عرض رغباته بصدق و اقناع الطرف الاخر دون تحايل، من اجل الوصول الى عرض يخدم مصلحة الطرفين الذي ينتهي بالتعاقد النهائي.

و بمجرد البدء في المفاوضات تنشا حالة واقعية مفادها ان كل طرف ملزم بالتناقش مع الطرف الاخر بجدية و رغبة صادقة حول ظروف العقد المتوقعة، و انه اذا سارت الامور في وضعها المالوف فتنتهي الامور بتوقيع عقد نهائي كون المتفاوض دخل المفاوضات بقصد ابرام العقد و لكن لا يكون ملزم بابرام العقد النهائي، فهو التزام ببذل عناية معينة تتمثل في اتباع سلوك الرجل المعتاد و لا يكون ملزم بتحقيق نتيجة ابرام العقد[7]، و يقتضي هذا الالتزام ان يدخل الاطراف في عملية التفاوض و لديهم نية حقيقية في

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، الجزء الاول، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 238.

[2] يقصد بخطاب النوايا انه اثناء المفاوضات يتم تدوين ما تم الاتفاق عليه في مستندات تمهيدية،وذلك من اجل الحفاظ على البنود التي تم الاتفاق عليها، و قد عرفها البعض بانها: (مستندات مكتوبة توجه من طرف يرغب في التعاقد على امر معين الى الطرف الاخر يعرب فيها عن رغبته تلك، و يطرح فيها الخطوط العريضة للعقد في المستقبل المزمع ابرامه ويدعوه الى التفاوض و الدخول في محادثات حولها)، انظر الى احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، نفس المرجع، ص 34.

[3] وائل محمد السيد اسماعيل: المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت و ما يماثلها، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، سنة 2009، ص56.

[4] الالتزام و العقد في الفقه الاسلامي اوسع منه في القانون، فالالتزام في القانون يشمل نقل الحق العيني، القيام بعمل ما، الامتناع عن عمل ما، بينما الالتزام في الفقه الاسلامي يشمل الالتزام بالدين، الالتزام بالعمل، الالتزام بالعين،الالتزام بالتوثيق، انظر الى ضوابط العقود للبعلي/53.

[5] P.D.V Marsh,contract negotiation,op cit,p20.

[6] حسام الدين الاهواني: المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية و مراحل اعداد العقد الدولي، الانظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1994، ص 50.

[7] فاطمة عاشور: العقد الدولي للنفط، نفس المرجع، ص 20.

الوصول إلى إتفاق، اذ ان هذا الطرف يجعل التفاوض وسيلة للحصول على معرفة الاسرار الصناعية للمتفاوض الاخر[1]، و قد تستهدف عدم الجدية تفويت الفرصة للتعاقد مع الغير بقصد الاضرار بالطرف المتفاوض معه او بقصد تحقيق مصلحة شخصية، و عندما يتحقق هذا الغرض يلجا الطرف السيئ النية الى جملة من الأساليب لإنهاء المفاوضات كرفع الأسعار بطريقة جائرة[2].

و في اشارة للقواعد الموضوعة من طرف المعهد الدولي لتوحيد القانون التجاري ال" UNIDROIT " في نص المادة 1/15 و تحت عنوان التفاوض بسوء نية نص على: (...3- ان سوء النية بوجه خاص بان يدخل الطرف او يستمر في التفاوض عندما لا يقصد التوصل الى اتفاق مع الطرف الاخر)[3]، كما ورد في مشروع قانون العقود الاوربي في نص المادة 2/301 على: (...2- على اية حال فان الطرف الذي تفاوض او قطع التفاوض علة نحو مخالف لحسن النية و نزاهة التعامل يكون مسؤولا عن الاضرار التي يسببها للطرف الاخر، و يخالف حسن النية و نزاهة التعامل على وجه الخصوص الطرف الذي يدخل او يستمر في المفاوضات مع عدم وجود نية حقيقية للتوصل الى اتفاق مع الطرف المقابل).

3-الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

و هو من اهم الالتزامات التي يجب على الاطراف في عقود الاستثمار البترولي في مدة المفاوضات بالنظر الى طبيعة المحل في هذه العقود، سواء بشان المسائل الفنية او التكنولوجية او القانونية وسائر الاسرار الاخرى ذات الصلة بالكيان المادي و المعنوي للمحل موضوع التفاوض، و في المقابل حسب الاستاذ يوسف الاكياني يكون المتلقي حريصا على الحصول على اكبر قدر من المعلومات و الاسرار عن التكنولوجيا محل التفاوض ليتمكن من تقدير قيمتها[4]، و تزداد اهمية هذا الالتزام في المرحلة التي تسبق العقود الدولية بالنظر الى خصوصية المحل، فاذا ما انتهت المفاوضات بين الاطراف دون الوصول الى اتفاق و قام الطرف الذي حصل على اسرار المعرفة بافشائها، فان من شان ذلك ان يرتب عليه مسؤولية قانونية[5].

فقد تكون هذه المعلومات عامة متداولة و قد تكون هذه المعلومات خاصة بالطرف الذي قدمها، و مثاله امتلاك شركة نفطية في منطقة معينة تصاميم و بحوث قام بها هذا الطرف المتعاقد، او تعلن الشركة عن رغبتها في زيادة القدرة الانتاجية لشركتها بواسطة وسائل تكنولوجية حديثة، فالقواعد العامة لا

---

[1] شيراز عزيز سليمان: حسن النية في ابرام العقود، نفس المرجع، ص 342.

[2] ورد في القانون الالماني نص خاص يتعلق حسن النية في ابرام العقود، انظر الى شيراز عزيز سليمان: حسن النية في ابرام العقود، نفس المرجع السابق، ص 342 فما فوق.

[2] ورد في القانون الالماني نص خاص يتعلق بالتعويض عن عدم التزام الجدية في التفاوض اذ ورد في المادة122من هذا القانون اذا كان الاعلان باطلا وفقا للمادة 118(لعدم جديته)...التزم صاحب هذا الاعلان بتعويض من وجه اليه.

[3] الترجمة باللغة الانجليزية:" It is cotrary to good faith and fair dealing in particular,for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party."

[4] يوسف الاكياني: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الخاص، ص96.

[5] شيراز عزيز سليمان: حسن النية في ابرام العقود، نفس المرجع، ص387.

تلزم الشخص الحفاظ على سرية هذه المعلومات الا اذا كان هناك نص في القانون يحضر الكشف عنها، و يمكن تقسيمها الى نوعين، النوع الاول يشمل معلومات تكون غير قابلة للنشر او الاعلان عنها بطبيعتها مثل معلومات تشمل اسرار الدولة النفطية و مخزونها النفطي...، و النوع الثاني المعلومات التي اسبغ عليها صاحبها طابع السرية[1]، حيث كان لاتفاق " Trips " كبير الاثر في قوانين الدول الانجلوساكسونية و غيرها من الدول الاطراف في هذه الاتفاقية اذ اعادت هذه الدول النظر في تشريعاتها و اصدرت قوانين تتلاءم و بنود هذه الاتفاقية[2].

4-الإلتزام بالإعلام

الأصل ان المتعاقد لا يلتزم اتجاه المتعاقد الاخر الا بما ارتضاه، في حين انه يجب على كل شخص ان يتحرى بنفسه عن ظروف العقد اما الاعلام و النصيحة من طرف اخر فهي واجبات اخلاقية، و لكن الفقه و القضاء في العصر الحديث يريان ان هناك التزام حقيقي يقع على عاتق المتفاوض بان يحيط الطرف الاخر علما بكل ما يعرفه من ظروف العقد و الا كان مسؤولا، و قد اختلفت الاراء حول اساس هذا الالتزام فذهب الراي الاول الى انه يجب على كل متعاقد ان يسعى للدفاع عن مصالح نفسه و الا يكتم المتعاقد عن الاخر ما يعلمه من امور تهمه، و من ثم يفسر الالتزام بالاعلام قبل التعاقد بانه واحد من مظاهر حماية قواعد الاخلاق، و يرى الاتجاه الثاني ان الالتزام بالاعلام قبل التعاقد يجد اساسه في قصور نظرية عيوب الارادة، و من ثم فان كل متفاوض يلتزم بان يحيط المتفاوض الاخر علما عن ظروف العقد حتى يقوم على اساس التكافؤ[3].

يتضمن العقد تحديد الحقوق المالية للمتعاقد و الشروط التي و فقها يجرى حساب حقوق المتعاقد، اذ يجب على اطراف العقد المتفاوضة ان يتبعوا مجموعة من الضوابط التي تساعد على حماية اطراف هذا العقد و التي تكفل تبصير اطراف العقد بكل جوانبه لتفادي النزاعات القانونية بعد الالتزام بالاعلام، و يقصد بالالتزام بالاعلام انه: (التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين سواء كان طرفا في العقد المراد ابرامه او من الغير باعلام الدائن سواء كان احد طرفي العقد او كليهما في ظروف معينة اعلاما صحيحا و صادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد ابرامه، و التي يعجز عن الاحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاءه بالعقد)[4]، و نتيجة التطورات التكنولوجية المعاصرة التي ادت الى تزايد التفاوت في درجة المعرفة بشكل ملحوظ بين الاطراف المتعاقدة، مما دفع بالفقه و القضاء الى التدخل من خلال فرض التزام بالادلاء بالمعلومات في المرحلة السابقة على التعاقد، حتى يكون

---

[1] هاني صلاح سري الدين: مجلة اتحاد الجامعات العربية و البحوث القانونية، جامعة القاهرة، العدد الرابع، سنة 1996، ص115.

[2] نقلا عن: See,economic Espionage acts(USA-1996)available at the website :http://www.tesm .com /USCI1890html بتاريخ:2012/02/23.

[3] احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-القانون واجب التطبيق و ازمته)، نفس المرجع، ص76-77.

[4] نزيه الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقدي بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 1982، ص 15.

المتعاقد على بينة و يتخذ قراره بالتعاقد بصورة تنسجم مع حاجته و هدفه من ابرام العقد، و تختلف التشريعات في الاخذ بهذا المبدا، فقد عمدت جل التشريعات الحديثة بما في ذلك التشريعان السوري و المصري على تكريس الالتزام بالاعلام، ففي المادة 126 من القانون المدني السوري الفقرة الثانية نص المقنن: (و يعد تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة، اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة)، و في اطار العقود الدولية نجد بان المقنن المصري في قانون التجارة الصادر سنة 1999 في المادة 76 منه رتب التزاما بالاعلام على مورد التكنولوجيا في المرحلة التي تسبق ابرام العقد (المفاوضات) بان يبن للمتلقي الاخطار المترتبة عن التكنولوجيا محل التفاوض، خاصة تلك التي تتصل بالبيئة و الصحة العامة و سلامة الاموال و الارواح او سبل الوقاية منها، و كذلك الدعاوى القضائية و غيرها من العقابات التي تحول دون استخدام الحقوق ذات الصلة بالتكنولوجية محل التعاقد، و لم يخلو القانون الفرنسي من اشارات بشان الالتزام بالاعلام في المرحلة السابقة ما قبل التعاقد، فهناك العديد من مواد القانون المدني الفرنسي استنتج منها القضاء الالتزام بالاعلام في المرحلة السابقة على التعاقد منها المادة 1110 المتعلقة بالغلط[1]، اذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الثالثة المدنية الى ان الاخلال ما قبل التعاقدي بالالتزام بالاعلام يعد من قبيل التدليس المفضي الى الغلط ومن ثم الى ابطال العقد[2]، و المادة 1645 المتعلقة بضمان العيوب فقد اخذت الغرفة التجارية في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 06 ديسمبر سنة 1981، على محكمة استئناف باريس بانه: (قبلت الضمان في حين انها بينت ان الشاري عند التفاوض في مادة الاشغال العامة كان عليه ان يكشف استنادا الى تجاربه شوائب عمل الالة التي اصبح مكتسبا لملكيتها ويبرز صفته كشار مهني)[3].

الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد

يشهد العالم تطورات اقتصادية و مساعي الشركات الاجنبية على فرض سيطرتها على اسواق المال الدولية و مع تزايد حاجة البلدان النامية الى دعمها لتحقيق التنمية الاقتصادية، تزايدت اوجه حماية المستثمر الاجنبي عن طريق ابرام اتفاقات دولية لتشجيع الاستثمارات الاجنبية، ليظهر بذلك اتجاه متصاعد في تشبيه العقود التي تبرمها الدول مع الاشخاص الاجنبية بالمعاهدات الدولية، و بالتالي اثارة مسالة المسؤولية الدولية للدولة عن اخلالها بالتزاماتها المترتبة عن عقود الاستثمار الدولية، لتتمكن

[1] Article1110 L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance meme dela chose qui en est l'objet.Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on aintention decontracter,à moins que la cosidération de cette personne ne soit lz cause principale de la convention).

[2] الحكم رقم 186 الصادر في 4 يناير سنة 1974، نقلا عن نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، نفس المرجع، ص 267.

[3] محمود جمال الدينزكي: مشكلات المسؤولية المدنية،الجزء الاول، دون ذكر دار النشر، القاهرة، مصر، سنة 1978.

الشركات الاجنبية عن احراز مكانة مهمة في العلاقات الاقتصادية الدولية[1]، و اعمالا لمبدا الحرية العقدية فلاي من الطرفين ان ينهي المفاوضة و يرفض التعاقد بوضعه حدا للمفاوضة و عدم الاستمرار فيها، فالمفاوضة بذاتها لا تقيم رابطة عقدية بين طرفيها و لا يترتب عليه اي اثر قانوني، و لهذا فالعدول في حد ذاته لا تسبب المسؤولية و لكن في حالة اقتران العدول بالخطا التقصيري، فالمسؤولية تكون عن السوك غير المالوف و الذي اقترن بالعدول في حد ذاته، الا انه لا يجوز لاي من الطرفين ان يتخذ اجراء ما من شانه ان يوقع الطرف الاخر في فهم خاطئ للظروف، و لا شك ان تنفيذ العقود يجب ان يتم بحسن نية[2]، و بعد تطور القانون المقارن انتهى الامر الى التفرقة بين العقود بحسب ما اذا كانت طبيعتها تنشئ بين طرفيها علاقة ثقة و تعاون تبرر ثقة احدهما في الاخر، و لهذا فان الخطا في مرحلة التفاوض يتمثل في الاخلال بمبدا حسن النية، و يقع عبء اثبات الخطا و الضرر على عاتق من يدعي ان العدول قد اقترن بخطا يؤدي الى مسؤولية العادل طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، و التعويض يكون عما لحق المدعي من خسارة دون ما فاته من كسب كما يجوز التعويض عن فوات الفرصة، و اذا كان هناك اتفاق او التزاما بالتفاوض فان الخطا الذي يرتكب يؤدي الى انعقاد المسؤولية العقدية[3] اذا اخل احد اطراف العلاقة التعاقدية خلال مرحلة التفاوض باحد التزاماته القانونية، و كان فعله يشكا خطا ففي هذه الحالة يكون شانه ان يرتب مسؤوليته عن كل ضرر يحصل للطرف الاخر، و هذا ما يدفع بنا لاثارة سؤال حول موقف الاتفاقيات الدولية و مختلف التشريعات و كذا احكام القضاء عن طبيعة المسؤولية القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد؟، كما حاول الفقه تحديد هذه الطبيعة القانونية للمسؤولية و انقسم الى اتجاهين احدهما يرى انها مسؤولية عقدية و اتجاه اخر يرى انها مسؤولية تقصيرية.

اولا: موقف التشريعات المقارنة و أحكام القضاء من المسؤولية ما قبل التعاقد

الأصل أن كل طرف في العملية التفاوضية حر في ان يقطع المفاوضات متى شاء دون ان يترتب عليه اي تبعة، وليس ملزم ان يثبت سبب عدوله عن المفاوضات، و لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، فبخصوص موقف الاتفاقيات الدولية من هذه المسالة فاننا لا نجد في اتفاقية " فيينا " للبيوع الدولية 1980 ما يشير الى تبنيها نصا يتلق بالالتزام بعدم قطع المفاوضات[4]، أما عن القضاء اكدت الاحكام

[1] سميرة حصايم: عقود البوتBOT اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري–تيزي وزو–الجزائر، سنة 2011، ص121.

[2] تنص المادة 107 على: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية...) من قانون المدني الجزائري رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007(ج.ر رقم 31 مؤرخة في 13 ماي سنة 2007).

[3] حسام الدين كامل الاهواني: المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية و مراحل اعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، دون عدد، دون سنة، ص11 فما فوق.

[4] تجدر الاشارة الى ان المادة 1/15 من القسم الثاني من المبادئ التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص يظهر وجود الالتزام اذ ورد فيه:(على اي حال فان الطرف الذي يتفاوض او يقطع التفاوض بسوء نية مسؤول عن الاضرار التي يتسبب بها الطرف الآخر)، و يبدو ان مشروع قانون العقود الاوروبي قد تبنى نصا مماثلا اذ نصت المادة 2/301 منه: (على اي حال فان الطرف الذي يتفاوض او يقطع المفاوضات على نحو

القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية ان المفاوضات يحكمها مبدان مبدا حرية التعاقد ومبدا حسن النية، و من خلال الاحكام المختلفة للمحاكم الفرنسية يمكن ان نستنتج ان القضاء الفرنسي يجعل قطعا غير مبرر للمفاوضات في عدة حالات نذكرها:

– إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة و بقرار منفرد: و قد ورد في احدى القضايا المعروضة امام احدى المحاكم الفرنسية (قطع المفاوضات و دون مبرر مشروع بعد ان بلغت مبلغا متقدما مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية، و يعد ذلك من قبل الخطا التقصيري الموجب للمسؤولية)[1]، و اكدت احكام القضاء الفرنسي مسؤولية الطرف المخل بواجب الاعلام، فقد ورد في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية: (ان امتناع شخص عن الادلاء بالبيانات التي يقع على عاتقه تقديمها بمقتضى التزام اتفاقي او قانوني او حتى مهني يعد خطا و يثير مسؤوليته التقصيرية)، و باعتبار ان المفاوضات التي تسبق العقد هي من قبيل الوقائع القانونية و من ثم فالالتزامات الناشئة خلالها التزامات ببذل عناية، فالاخلال بهذه الالتزامات يشكل خطا ذا طبيعة تقصيرية،[2] و ذهبت ايضا المحاكم الالمانية مذهبا مماثلا اذ رات المحكمة العليا الالمانية ان الاطراف المتفاوضة بامكانها التعويل على الثقة المشروعة التي يوليها المتفاوض للاخر، بحيث يكون من حقه ان يحصل على التعويض عما يصيبه من اضرار نتيجة الاخلال بهذه الثقة[3]، و نفس الاتجاه تبنته المحاكم الايطالية ففي احد قراراتها قضت ب: (اذا كان احد الطرفين في اثناء المفاوضة قد احدث في نفس الاخر ثقة معقولة في ابرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول، أو بسوء نية فانه يكون مسؤولا بتعويض الضرر)[4].

أما عن موقف التشريعات فمعظم القوانين الاوربية و كذلك العربية تجعل من الاخلال بالالتزام بالاعلام سببا لاثارة المسؤولية التقصيرية، و فيما يتعلق بالاتفاقيات فقد جاءت اتفاقية "فيينا" للبيوع الدولية خاليا من اي نص يوجب الالتزام بالاعلام، و على الرغم من ان المدونة الدولية للسلوك الخاصة بعقود نقل التكنولوجية أكدت الالتزام الخاص بالاعلام المرتب على طرفي التفاوض[5]، و بالرجوع الى التقنين المدني الجزائري حسب نص المادة 124 تقوم المسؤولية التقصيرية اذا ارتكب الشخص بخطئه و سبب ضرار للغير تعويض المضرور إذا كان الشخص المخطئ سببا في ذلك، حيث يثبت للدائن حق التعويض بتوافر

مخالف لحسن النية ونزاهة التعامل يكون مسؤولا عن الاضرار التي يسببها للطرف الاخر)،وقد اضافت عبارة " نزاهة التعامل" مدى اوسع لهذه المادة مقارنة بسابقتها.

[1] Cass.Civ.9Mai1973.JCP.1974.176432 espese larret c.d appeal de versailles.21Juillet 1993(2Cas)D.S.1993 IR.235. نقلا عن مصطفى العوجي: القانون المدني(العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص165.

[2] شيراز عزيز سليمان: حسن النية في ابرام العقود، نفس المرجع، ص 387.

[3] رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2000، ص 266.

[4] حكم محكة نقض الايطالية في الرابع من نيسان سنة 1960، نقلا عن شيراز عزيز سليمان: حسن النية في ابرام العقد، نفس المرجع، ص352.

[5] وفاء فلحوط مزيد: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 86-87.

أركان المسؤولية التقصيرية من خطا عمدي، ضرر و علاقة سببية[1]، و يتطلب قيام الحق في التعويض في المسؤولية التعاقدية ضرورة ان يقوم الدائن باعذار المدين بوجوب تنفيذ التزامه كما نصت عليه المادة 179 الا اذا اعفاه القانون وفقا للماة 181 من التقنين المدني الجزائري[2]، و اقر المقنن المدني الجزائري في المادة 127 بالاعفاء من المسؤولية العقدية اذا ثبت استحالة التنفيذ بسبب لا يد للمدين فيه[3]، و الجذير بالذكر ان احكام المسؤولية العقدية في التقنين الجزائري ليست من النظام العام كون أن المقنن نص في المادة 178 عن الاعفاء منها ما لم يحدث غش من المدين[4]، و هذه الاحكام القانونية من خلال تحليلنا للمواد السابقة الذكر تطبق على العلاقة التعاقدية القائمة بين الاطراف المتعاقدة و ليس في المرحلة السابقة للتعاقد، لذا يمكن لنا الاستنتاج ان االمرحلة السابقة للتعاقد تطبق عليها احكام المسؤولية التقصيرية في المواد 124 الى 140 من التقنين المدني.

ثانيا: رأي الفقه في طبيعة المسؤولية بين مسؤولية تعاقدية و مسؤولية تقصيرية

إنقسم الفقه في تحديد طبيعة المسؤولية ما قبل التعاقد الى رايين، الراي الاول يذهب انصاره الى ان المسؤولية قبل التعاقد هي مسؤولية تعاقدية استنادا الى فكرة العقد الضمني، أما الاتجاه الثاني يذهب الى الاخذ بمفهوم المسؤولية التقصيرية باعتبار الخطا مادي ادى الى الحاق ضرر مع وجود العلاقة السببية بينهما.

و من خلال ما سبق نذكر أسس الاتجاهين في تحديد طبيعة المسؤولية ما قبل التعاقد فيما يلي:

1- المسؤولية ما قبل التعاقد مسؤولية تعاقدية

يرى انصار هذا الاتجاه ان المسؤولية في ما قبل العقد انما هي مسؤولية عقدية، و زعيم هذا التوجه هو الفقيه الالماني "اهرنغ" في مقاله شهير له بعنوان (الخطا في تكوين العقد)، اذ يرى ان الخطا في المدة السابقة على التعاقد سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد ام ادى الى بطلان هذا العقد هو خطا عقدي يثير المسؤولية العقدية، وعلى هذا الاساس يرى نفس الفقيه ان العقد على الرغم من بطلانه يجعل منه معدوما

---

[1] انظر الى الفصل الثالث بعنوان الفعل المستحق للتعويض، القسم الاول حول المسؤولية عن الافعال الشخصية، حيث تنص المادة 124 بموجب قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 على: (كل فعل ايا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض).

[2] تنص المادة 179 من التقنين المدني السابق الذكر على: (لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك)، كما تنص المادة181 من نفس التقنين على : (لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الاتية: -اذا تعذر تنفيذ الالتزام او اصبح غير مجد بفعل المدين،-اذا =كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،-اذا كان محل الالتزام رد شيئ يعلم المدين انه مسروق، او شيئ تسلمه دون حق و هو عالم بذلك،-اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه).

[3] انظر الى المادة 127 من التقنين المدني: (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشا عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ او قوة قاهرة او خطا صدر من المضرور او خطا من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني او اتفاق يخالف ذلك)، الامر رقم 75-58 الموافق 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 78مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990.

[4] تنص المادة 178 من التقنين المدني على: (... و كذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، الا ما ينشا عن غشه...)، راجع سميرة حصايم: عقود البوتBOTا طار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، نفس المرجع ، ص 122-124.

و لا يخرج عن كونه واقعة مادية ينشئ التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية، و بذلك فان دعوى التعويض تستند الى اساس الخطا العقدي، و يرى هذا الفقيه ان الخطا العقدي يكمن في اقدام المتعاقد الذي تسبب بخطئه ببطلان العقد على التعاقد و هو يعلم انه اتى سببا من اسباب البطلان، و اما عن تكييف هذا الخطا فانه يستند الى فكرة العقد الضمني الذي بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد للطرف الاخر بصحة التصرف، و في هذا الشان قال الفقيه: (ان التصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات هو عبارة عن عقد ضمني بين المتفاوضين يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين اتجاه الاخر بان يجعله في وضع يسمح له بابرام العقد محل التفاوض، كما يلتزم في الوقت ذاته بالامتناع عن اي عمل من شانه اعاقة عملية ابرام العقد[1].

لقد إستقر الفقه على عدم صلاحية النظريات التي اسست المسؤولية ما قبل التعاقدية على خطا عقدي، و ذلك لانها تقوم على افتراض محض اذ يصعب معه الاخذ بالراي القائل ببناء المسؤولية على العقد الاصلي الذي لم يبرم بعد، و هذا ما يفسر لنا ظهور نظرية اخرى تجعل من المسؤولية تقصيرية تستوجب التعويض متى توفرت شروطها، و التي تبنها اغلب الفقه في كل من فرنسا و مصر.

2-المسؤولية ما قبل التعاقدية مسؤولية تقصيرية

تعتبر عملية فسخ المفاوضات فشلا ذريعا قد يتسبب بالحاق الضرر اذا كانت قد وصلت الى مرحلة متقدمة أو أدت الى دفع مبالغ مالية، و المحاكم في القانون العام او الخاص تصدر احكامها على اساس التعسف في استعمال الحق اي بناء على المسؤولية التقصيرية عملا بالمبدا القائل انه يحق لكل اطراف التفاوض فسخ المحادثات طالما لم يتم ابرام العقد[2]، و ذهب جانب واسع من الفقه الى ان المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد هي مسؤولية تقصيرية، كون ان كل ما ياتيه الطرفان في هذه المرحلة انما يندرج في إطار الوقائع المادية التي لا يعتد بها قانونا، و اعتمد اصحاب هذه النظرية على حقيقة و هي انه لا يمكن التسليم بوجود عقود مفترضة، و عليه فالمسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية فاذا ما راتكب احد طرفي عملية التفاوض خطا ما ادى الى احداث ضرر، و وجود علاقة سببية بين الخطا و الضرر تكون دعوى

---

[1] و فيه من قال بتاسيس المسؤولية في المرحلة ما قبل العقدية على اساس نظرية تحمل التبعة،فقد ذهب الفقيه الالماني"فينشيد"الى ان كل شخص يقدم على التعاقد يجب ان يتحمل تبعة نشاطه و يكون من ثم مسؤولا عن الاضرار الناجمة عن ذلك الت قد تلحق بالطرف الاخر او حتى بالغير جراء بطلان العقد او اعاقة ابرامه، بصرف النظر عن السبب الذي ادى الى هذا البطلان، تمتاز هذه النظرية بسرعة الاثبات،اذ يكفي ان يثبت الطرف المتضرر وقوع ضرر عليه جراء النشاط التعاقدي الذي بادر به الطرف الاخر،فالضرر واقعة مادية من السهل اثباتها،يؤخذ على هذه النظرية انها لم تبحث في طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد،كما انها تلقي بالتبعة دوما على عاتق الطرف المبادر الى النشاط التعاقدي، و هذا لا يتفق مع الواقع العملي،كما انها تجعل الاشخاص يعزفون عن المبادرة على أي نشاط تفاوضي حتى لابرام العقود التي يرغبون بابرامها خوفا من تبعة هذا النشاط، انظر الى: محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية القانونية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري و الفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، سنة 1995، ص45.

[2] بيرنارد فيليون دوفولور: الاستثمار و العقود التجارية الدولية: دراسات قانونية (اوراق مقدمة في مؤتمر قانوني)، مركز الحقوق، جامعة بيروت-لبنان-، بتاريخ 14 و15 جوان سنة 1996، ص 05 فما فوق.

التعويض قد إستجمعت أركانها و يحق للمضرور ان يطلب جبر ما اصابه من ضرر، و على هذا استقر الراي السائد في الفقه الحديث و كذلك في الاجتهاد القضائي في كل من مصر و فرنسا.

و بعد استطلاع مختلف الاتجهات القانونية و القضائية و كذا الفقهية، نرى انه من الضروري تحديد طبيعة المسؤولية للمرحلة السابقة عن التعاقد النهائي في التشريعات الوطنية و كذا الاتفاقيات الدولية، و بعد إستطلاع الاراء الفقهية حول المسالة يتبين لنا ان طبيعة المسؤولية للمرحلة السابقة للتعاقد هي مسؤولية تقصيرية و ذلك باعتبار ان العقد لم يبرم بعد فبتالي لم تنشا عنه اي التزامات تعاقدية من جهة، ثم ان الاخلال بمبدا الاعلام و السرية و كذا مبدا حسن النية كلها التزامات قانونية تسبق التعاقد.

المطلب الثالث: المناقصة كإجراء جوهري لإبرام عقود الاستثمار البترولية

يعمل قطاع البترول في الدول العربية كالجزائر و مصر و غيرهما على جذب اكبر عدد من الشركات العالمية و ذلك عن طريق الاعلان عن مزايدات عالمية و مستمرة، بحيث انه في اي وقت من الاوقات على مدار العام تكون مزايدات عالمية حول احواض ترسيبية متنوعة ذات احتمالات بترولية، مما يتيح على الشركات العالمية ان تتخذ قرارها المناسب في استثمار اموالها، و قد نجحت هذه السياسة في جذب عدد من الشركات الجديدة، بالاضافة الى ان قطاع البترول في السنة الاخيرة فتح للقطاع الخاص المصري للمساهمة في اعمال البحث و التنقيب من اجل اكتساب الخبرة في هذا المجال، كما يقوم خبراء الهيئة المصرية العامة للبترول بعقد ندوات علمية في جميع المناطق المطروحة في المزايدات المختلفة مع كبرى عواصم العالم المهتمة بصناعة البترول مثل " لندن " باوروبا، و " هيوستن " بامريكا، و يتم التخطيط لندوات مماثلة في اليابان من اجل مناقشة اسلوب الاتفاقيات البترولية المصرية و شروطها[1].

تستخدم المناقصة في حالة ما اذا ارادت الادارة العامة تنفيذ اعمال معينة عن طريق الغير، في حين تستخدم المزايدة في حالة ما اذا ارادت ان تتصرف في بعض ممتلكاتها الى الغير سواء عن طريق البيع أو الإيجار، مع مراعاة ما يلي:

– إعداد دفتر الشروط الذي يتضمن الشروط العامة و الخاصة و المواصفات الفنية و قوائم الاعمال و ملحقاته، و يجب اعتمادها من مدير المشتريات و تسلم الى كل من يطلبها بالثمن الذي تحدده جهة الادارة بشرط ان يكون بالتكلفة الفعلية لجميع المستندات، و اذا كانت المناقصة دولية فيتم ترجمتها و يظل النص العربي هو المعتمد في حالة الخلاف بين النصين.

– يجب أن تقوم الإدارة بتقسيم الأشياء إلى مجموعات متجانسة، مسترشدة بدليل التصنيف و الترقيم للمخزون السلعي بالجهاز الاداري للدولة، و الحصول على التراخيص اللازمة من الجهات المعنية.

– ان تقوم اللجنة الفنية بوضع القيمة التقديرية للعملية محل التعاقد بحيث تكون مماثلة لاسعار السوق.

[1] حمدي البنبي: البترول بين النظرية و التطبيق، نفس المرجع، ص 39 فما فوق.

– إخطار رئيس اللجنة مدير ادارة المشتريات بمبلغ التامين، ثم يضع التقرير في ظرف مغلق و يحتفظ به لدى مدير ادارة المشتريات و لا يفتح الا بمعرفة الرئيس[1].

مما سبق يمكن تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول مدى خضوع إبرام عقود الاستثمار البترولية لإجراء المناقصة (الفرع الاول)، ثم نحدد مفهوم إجراء المناقصة في القانون الجزائري و المبادئ التي يقوم عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى خضوع إبرام عقود الاستثمار البترولية لإجراء المناقصة

يكون اختيار الشركة المتعاقدة او هيئة تابعة للدولة بنفس طرق الاختيار في جميع العقود الادارية، و هي طريقة المناقصات و المزايدات، طريقة الممارسة و طريقة الاتفاق المباشر، و من الملاحظ ان مشروعات الالتزامات التي يتم الاتفاق عليها حتى الان تم طرحها في مناقصات عامة عالمية[2]، و اختلف الفقه حول خضوع عقود البترول لقانون المناقصات و المزايدات الى رايين:

أولا: رأي يرى خضوع عقود البترول لقانون المناقصات و المزايدات

و ذلك تاسيسا على ان عقود البترول ادارية حيث انها عقود التزام مرافق عامة، و يؤكد انصار هذا الراي على انه عادة ما يتم اختيار المتعاقد وفقا لقانون المناقصات و تحديد دفتر الشروط الذي يتضمن المواصفات الفنية و الشروط اللازمة لابرام العقد، ثم تبدا اجراءات تلقي العروض و اختيار المتعاقد مع الادارة[3].

ثانيا: رأي آخر يرى عدم خضوع عقود البترول لقانون المناقصات و المزايدات

و يستند هذا الراي الى ان الطبيعة الخاصة لعقود البترول تجعلها ذات خصوصية، و من ثم لا تسري عليها احكام قانون المناقصات و المزايدات رقم 89 لسنة 1998، و فيه راي اخر يعتبر عقود البترول عقود ادارية يتعين خضوعها لقانون المناقصات و المزايدات لانها تتعلق بانشاء و تشغيل مرافق عامة حيوية، و اذا كان قانون المناقصات قد فرض العديد من القيود من اجل تحقيق العلانية و النزاهة و هكذا فان تطبيق هذا القانون على عقود البترول يساعد على تحقيق الشفافية و الحيادية[4]، كما يرى البعض ان عقود البوت يتم ابرامها باسلوب المناقصات المحدودة[5].

---

[1] محمد انس قاسم جعفر: العقود الادارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات مع دراسة للقانون رقم 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات و المناقصات في مصر و لائحته التنفيذية)، مطبعة جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، سنة 1999، ص 95–97.

[2] محمد محمد عبد اللطيف: الاتجاهات الحديثة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية، نفس المرجع، ص 31.

[3] جيهان حسن احمد:عقود البوت و كيفية فض المنازعات الناشئة عنها، نفس المرجع، ص 47.

[4] قامت الهيئة العامة المصرية للطيران المدني بطرح عملية انشاء مطار"العلمين" وفقا لنظام البوت طبقا للشروط الواردة بالدفتر المعلن عنها الذي يخضع لقانون المناقصات، انظر الى حماده عبد الرزاق حماده: النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2012، ص 328.

[5] ابراهيم الشهاوي:عقد امتياز المرفق العام–البوت–دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة 2003، ص 194.

و قد ساعد انتشار شبكة الانترنت على زيادة الاعداد المتنافسة و دعم حرية المتنافسين، الامر الذي يساعد على الحصول على افضل العطاءات الفنية المتقدمة لتنفيذ المشروع، و لا ريب ان الادارة ليست حرة في اختيار الشركة و انما تخضع في اختيارها الى اعتبارين، الاعتبار الاول هو تحقيق اكبر وفر مالي للخزانة العامة و هو ما يتطلب ان تلتزم الادارة باختيار المتعاقد الذي يحقق اكبر قيمة مالية و يقدم افضل الشروط و الضمانات المالية، و الاعتبار الثاني هو تحقيق المصلحة الفنية لجهة الادارة، الامر الذي يتطلب اختيار المتعامل الكفء من المتقدمين لاداء الخدمة التي تحرص المصلحة المتعاقدة على تحقيقها[1].

[1] اذا تضمنت شروط العطاء الخاصة بتجزئته و توزيعه بالتساوي على الشركات المؤهلة و قبلت المستدعية هذا العرض و دخلت في المناقصة فيكون، القرار باحالة العطاء على الشركات المؤهلة و لا ترد عليه اسباب الطعن، انظر الى: عدل عليا رقم 2000/387، ص117، بشان نزاع بين مؤسسة "فايز الفندقي للنقل و التجارة، و المستدعي ضدهم لجنة العطاءات الخاصة بوزارة الطاقة و الثروة المعدنية.

المناقصات	عدد العقود المبرمة	المحيط	المتعاملين
المناقصة الأولى مارس 2001	عقدان (02)	فركان	غولف كيستون
		غار تيسليت	روز النفط
المناقصة الثانية أكتوبر 2001	5عقود	لجمت	فرست كالغاري بتروليوم
		فرست	كالغاري بتروليوم
		أكفادو	بورلنغتون
		رورد سيد	طوطال
		رورد فارس	أنادركو
المناقصة الثالثة جوان 2002	7 عقود	تيميمون	توتال
		توات	غاز فرنسا
		رقان	ريبصول
		زملت ناقا	أنادركو
		تقرت	PIDC
		بوررحط شمال	ميدكس
		عرق إصونو	ميدكس
المناقصة الرابعة ديسمبر 2003	5 عقود	الشلف	CNPC
		قرن الشيخ	PIDC
		زوتي	
		مصاري	ريبصول
		بشار	توتال
المناقصة الخامسة سبتمبر 2004	8 عقود	قصر الحيران	BHI
		لمزايدة	CNPC
		حجيرة	سينوبك
		قرارة	
		عقرب شمال غرب	أميرا داهس
		قاسي شرقي غرب	ريبصول
		اسارن	بتروسلتيك
		حاسي موينة	ستات وويل
المناقصة السادسة أفريل 2005	9 عقود	بوطينة	غولف كيستون
		حاسي باحمو	
		حاسي بيركايز	BHP
		أودومي	
		حاسي مطماط	بريتش بتروليوم
		بوررحاط جنوب	
		جنوب شرق إليزي	
		زرافة	شل
		رقان جبل حيران	
أول مناقصة في القانون 07/05	4عقود	قرن القصة	BG
		كرزاز	ENI
		رورد يعقوب	ايون رور غاز
		العسل	غاز بروم
ثاني مناقصة في قانون 07/05	4 عقود	كرزاز	ENI
		قرن قوسى	بتريتش غاز
		العسل	روز غاز بروم
		رورد بويعقوب	أون رور غاز

الشكل رقم01: الجدول يبين العقود المبرمة عن طريق المناقصة من سنة 2000 الى سنة 2009.[1]

[1] تقارير المؤسسة الوطنية سوناطراك خلال الفترة من سنة 2000 الى سنة 2009 .

الفرع الثاني: مفهوم إجراء المناقصة في القانون الجزائري و المبادئ التي يقوم عليها

تعتبر المناقصة اجراء قانوني يستهدف الحصول على عدة عروض، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم افضل عرض و ذلك وفقا لدفتر الشروط، و تقوم اساسا على مبدا المنافسة الذي يتحقق من خلال مبدا العلانية و الاشهار، و هذا ما سنبينه في الاتي:

أولا: تعريف إجراء المناقصة للمنافسة في ابرام عقود الاستثمار البترولية

نص المقنن في تنظيم الصفقات العمومية في الباب الثالث عن اجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، القسم الاول تحت عنوان كيفيات ابرام الصفقات العمومية في نص المادة 25 من قانون 10-236، و عرف إجراء المناقصة بموجب المادة 26 من نفس القانون حيث جاء فيها: (المناقصة هي اجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم افضل عرض)[1]، و نلاحظ ان المقنن الجزائري في قانون المحروقات رقم 05-07 منح الادارة اسلوب المناقصة كاسلوب وحيد لاجراء العقد، بينما يمنح قانون الصفقات العمومية الادارة عدة اساليب يمكن استخلاصها من كيفيات الابرام هو ان كل واحدة تقوم على معيار محدد يستخدم في مرحلة تخصيص او اسناد الصفقة[2]، كما انه ادخل اسلوب المناقصة كاجراء جوهري في ابرام العقود بعدما احدث الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "النفط" كهيئة ادارية تابعة للدولة مكلفة بابرام عقود النفط بعد ان كانت عقود النفط الدولية عقودا تجارية يرجع الاختصاص في ابرامها الى شركة سونطراك[3].

و تطبيقا لما جاء في نص المادة 32 من قانون المحروقات رقم 05-07 انتهجت سياسة الدولة الجزائرية اسلوب المناقصة في ابرام عقد النفط، حيث أعلنت على اول مناقصة سنة 2008 و تم التقدم بناء على هذا الاعلان ب 16 عرض ادت في الاخير الى ابرام اربعة عقود، العقد الاول عقد بحث و استغلال في المساحة المسماة " قرن القصبة " بين وكالة النفط و شركة " B.G "[4]، العقد الثاني في المساحة المسماة " كرزاز" بين وكالة النفط و شركة " ENI "[5]، العقد الثالث في محيط " رودرد يعقوب " بين وكالة النفط و شركة " ايون روزكار "، العقد الرابع و الأخير في محيط " العسل " بين وكالة النفط و شركة " غار بروم "، اما المناقصة الثانية تم الاعلان عنها في جوان سنة 2009 و التي أسفرت على توقيع ثلاث عقود للبحث و الاستغلال في جانفي سنة 2010، حيث يتعلق موضوع العقد الاول بعقد

[1] انظر الى المادتين 25 و 26 من نفس مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 اكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات المعدل، الجريدة الرسمية العدد 55.

[2] حمامة قبوج: عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، د،م،ج، سنة 2008، ص07.

[3] فاطمة عاشور :العقد الدولي للنفط، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، نفس المرجع، ص 25-26.

[4] تمت المصادقة على العقد بموجب المرسوم الرئاسي رقم 09-144 المؤرخ في27 افريل سنة 2009، يتضمن الموافقة على عقد البحث عن المحروقات و استغلالها في المساحة المسماة "قرن القصبة"

[5]تم المصادقة على هذا العقد بموجب المرسوم الرئاسي رقم09-191المؤرخ في16 مايو سنة 2009، يتضمن الموافقة على عقد البحث و استغلالها في المساحة المسماة "كرزاز"الكتل 316 ب،319ا،321ا المبرم في الجزائر بتاريخ17يناير سنة 2009، بين وكالة النفط و الشركة الوطنية "سونطراك"، و شركة "اني الجيريا اكسبلوريتش ب.ف اني"، الجريدة الرسمية العدد 26 لسنة 2009.

البحث و الاستغلال في محيط المسمى " بركين " بين وكالة النفط و شركة " الكنسورتيوم التيلندي الصيني CNOOC–PTTEP "، العقد الثاني يتعلق بعقد البحث و الاستغلال في المحيط المسمى " دلييز " بين وكالة النفط و الكنسورتيوم الاسباني الفرنسي" GDF "، العقد الثالث يتعلق بعقد البحث و الاستغلال في المحيط المسمى " دهنات" بين وكالة النفط و الكنسورتيوم الفرنسي البرتغالي " TOTAL PARTEX "[1].

ثانيا: مبادئ المناقصة للمنافسة في ابرام عقود الاستثمار البترولية

لقد اولى المقنن اسلوب المناقصة اهمية باعتباره الوسيلة الوحيدة لابرام عقود الاستثمار البترولية في القانون رقم 05–07 المعدل و المتعلق بالمحروقات، كما اعتبره القاعدة العامة في مجال التعاقد في قانون الصفقات العمومية 10–236 المعدل و التي تتمثل في:

1–مبدأ المنافسة:

كفل تنظيم الصفقات العمومية الجزائري لجميع المترشحين المشاركة في المناقصة و تقديم عروضهم تطبيقا لمبدا المساواة بين العارضين، الا انه لا يمنع على الاطلاق من فرض شروط معينة للمنافسة و اخضاعها فقط على من تتوفر فيهم شروط محددة تعلن عنها الادارة سلفا[2].

2–مبدأ الإشهار:

تخضع المناقصات لمبدا الاشهار الذي يعتبر وسيلة لضمان المنافسة العادلة، بدعوى المؤسسات و الشركات و كل من تتوفر فيه المواصفات المطلوبة ليتقدم بعرضه كما يعتبر مبدا الاشهار الوسيلة التي تحقق الشفافية و احترام القانون، و يتم الاشهار بكافة وسائل الاعلام سواء المكتوبة مثل الجرائد او المرئية او حتى الوسائل الحديثة مثل شبكات الانترنت.

3–الخضوع لدفتر الشروط الإدارية:

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفتر الشروط الادارية، و الى يومنا هذا لم يتوصل الفقه الاداري الى اعطاء التوضيحات الكافية حول هذه الفكرة، فالجدال قائم حول معرفة ما اذا كانت الشروط التي تحتويها هذه الدفاتر ذات طابع تنظيمي، و ذهب مجلس الدولة الفرنسي في رأي له صادر سنة 1982 الى أن هذه الدفاتر لا تعتبر مجرد تدابير داخلية لها أية قوة قانونية إتجاه الغير[3].

3–مبدأ العلانية:

يمثل هذا المبدا ضمان هام لاختيار افضل الشركات و الذي يمثل قيد على الادارة، و هو ما يمثل تطور مع الإتجاهات الحديثة[4]، حيث يساعد مبدا العلانية على تقييم عدد كبير من الشركات الوطنية

[1] فاطمة عاشور:العقد الدولي للنفط، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، نفس المرجع، ص26–27.

[2] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 اكتوبر سنة 2010)، الطبعة الثالثة، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر، سنة 2011، ص 154.

[3] فاطمة عاشور: العقد الدولي للنفط، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، نفس المرجع، ص 28.

[4] محمد محمد عبد اللطيف: الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية، نفس المرجع، ص 37.

الأجنبية و هو ما يساعد الادارة على اختيار الافضل منها، و يتحقق ذلك من خلال الاعلان في الصحف المحلية و الاجنبية و توجيه الدعوة لكافة المستثمرين لتنفيذ المشروع[1].

فقد رأى البعض انه يتعين مراعاة قواعد العلانية و المنافسة لان العبرة دائما بالنصوص، و من ثم لا يجوز لجهة الادارة ان تلجا الى التعاقد مباشر دون ان تسلك هذه الخطوات[2]، بينما يرى البعض ان النص على العلانية و المنافسة لا يمثلان قيدا على جهة الادارة و لها ان تختار الاسلوب الذي يناسبها و يحقق المصلحة العامة فضلا عن استخدامها أسلوب الممارسة أو التعاقد المباشر وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة التي تتصل بخدمات المرفق التي يقدمها للجمهور[3]، و عن موقف المقنن الجزائري أشارت المادة 32 من قانون المحروقات رقم 07-05 في فقرتها الاخيرة انه يمكن للوزير المكلف بالمحروقات العمل استثناءا باحكام هذا القانون وفق مقرر مبرر و شامل لأسباب تتعلق بالصالح العام و في إطار سياسة المحروقات، و حسنا فعل المقنن لما اعطى صلاحية للوزير المكلف بالمحروقات في العمل استثناء باحكام القانون وفق ما تقتضيه المصلحة العامة بموجب مقرر يذكر فيه الأسباب المنطقية لذلك.

ثالثا: إجراءات المناقصة للمنافسة في قانون المحروقات الجزائري

نظم المقنن الجزائري اجراءات المناقصة التي تخضع لها عقود النفط بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-184 [4]، استثناء عن تلك الاجراءات التي تخضع لها العقود الادارية الاخرى في قانون الصفقات العمومية، كون عقود البترول تمثل التعامل في الثروات النفطية و التي تعد عصب حياة الاقتصاد الجزائري و تتمثل هذه الإجراءات في:

1-تشكيل لجنة المناقصة للمنافسة:

ألزم المقنن الجزائري بموجب مرسوم تنفيذي رقم 07-184 الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات"النفط" بصفتها طرف متعاقد يمثل الدولة في عقد النفط من اجل اختيار المتعاقد معها ان تشكل لجنة المناقصة للمنافسة، هذه اللجنة تكلف بسير اجراءات المناقصة من بدايتها الى نهايتها[5].

---

[1] تم ذلك في تعاقدات الحكومة المصرية مع الشركات التي تتولى تنفيذ مشروعات الكهرباء، انظر الى معتز مرسي: تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام البوت، مشار اليه لدى محمد المتولى: ادارة مشروعات البنية الاساسية، نفس المرجع، ص168.

[2] هاني سرى الدين: التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الاساسية عن طريق القطاع الخاص، ص25.

[3] علي عوض مسفر: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل، نفس المرجع، ص 83.

[4] المرسوم التنفيذي 07-184 مؤرخ في 09 يوليو سنة 2007 يحدد اجراءات ابرام عقود البحث و الاستغلال و استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، جريدة رسمية العدد 40 الصادر بتاريخ 17 يونيو سنة 2007.

[5] انظر الى المادة 21 من مرسوم رقم 07-184 حيث تنص: (تنشا ضمن الوكالة الوطنية لتثمين المحروقات النفط من أجل كل مناقصة للمنافسة لجنة تدعى لجنة المناقصة للمنافسة...).

و تتشكل هذه اللجنة حسب نص نفس المادة 21 من:

أ-رئيس اللجنة: يتولى رئيس اللجنة مدير القسم المكلف بالترقية في الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات، فهو عضو من بين اعضاء اللجنة المديرة لوكالة النفط و الذي يعين بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح الوزير المكلف بالمحروقات.

ب-أمين لجنة المناقصة: يتولى تسيير لجنة المناقصة امين اللجنة الذي يتلقى العروض، و يشرف على الاعمال الادارية و الاجرائية، و هو عضو من بين 05 اعضاء المشكلين للجنة المديرة للوكالة المحددين بموجب نص المادة 12 من قانون 05-07 المتعلق بالمحروقات.

ج-أعضاء اللجنة: تتكون لجنة المناقصة بالاضافة الى الرئيس و الامين المشار اليهما سابقا من خمسة أعضاء آخرين:

- عضوين عبارة عن اطارين قانونيين.
- عضو عبارة عن اطار اقتصادي.
- عضوين عبارة عن اطارين تقنيين.

و تتولى لجنة المناقصة عدة مهام طبقا للمادة 22 من نفس المرسوم و تتمثل في:

- نشر و اشهار المناقصة على نطاق واسع باستعمال الدوريات المكتوبة الوطنية و الدولية.
- تتولى مهمة التدقيق في الضمانات المقدمة من اصحاب العروض و مراقبة صحة هذه الضمانات.
- تحدد دفتر الشروط على ان لا يقل رسم الاطلاع عن قيمة 1000.000 دج طبقا لنص المادة 24 من نفس المرسوم.
- تعيين المساحة المعنية بالبحث و الاستغلال.
- تتولى مهمة توضيح المعلومات بشان موضوع المنافسة من قبل العارضين حسب نص المادة 29 من نفس القانون.
- تحديد الاجراءات القانونية و الادارية التي يجب ان يمتثل لها الشخص من اجل تاهيله لتوقيع العقد مع الوكالة.
- اعداد العقد النموذجي و التوقيع عليه و الذي يصبح عقدا نهائيا و اعداد قائمة المعطيات المتوفرة في الورشات.
- تحدد اخر اجل لطلب توضيحات ذات طابع تقني و قانوني و اداري، من اجل عرض الاقتراحات و التعديلات على مشروع العقد النموذجي.
- تحدد الاجراءات الادارية و القانونية التي يجب ان يمتثل لها العارضون التي تؤهلهم لابرام.
- تحديد المعيار الوحيد الذي على اساسه ينتقى احسن عرض.
- تحديد تاريخ و مكان و وقت استلام العروض و الشكل الذي تفرغ فيه.

و يجب على لجنة المناقصة للمنافسة ان ترد في اجل اقصاه ثمانية (08) ايام على كل سؤال مكتوب قانوني او تقني او اداري يطرحه كل شخص اخذ ملف المناقصة للمنافسة[1].

2-مرحلة الإعلان عن المناقصة:

عند تحليل احكام نص المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 نجد بأن المقنن قد الزم جهة الادارة بالاشهار الصحفي كلما كان تعاقدها بطريقة المناقصة المفتوحة او المحدودة او الدعوة الى الانتقاء الأولي أو المسابقة أو المزايدة، تجسيدا لمبدا المنافسة و كذا العلنية في ابرام الصفقة، كما حدد المقنن البيانات الواجبة توافرها في إعلان المناقصة بنص المادة 46 من نفس المرسوم، و قد نص المقنن على ان الاعلان يكون محررا باللغة العربية و بلغة اجنبية واحدة على الاقل كما يتم نشره اجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و على الاقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني[2].

3-مرحلة إيداع العروض

يعرف العرض او العطاءات بانها: (العروض التي يتقدم بها المشاركون في الصفقة و التي يتبين من خلالها ما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة، و كذلك تحديد السعر الذي يقترحه و الذي على اساسه يتم ابرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة)، و ينبغي ان يتم تقديم العروض خلال المدة المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة من اول يوم صدور الاعلان عن المناقصة في الدوريات الوطنية و الدولية، و اعطى المقنن السلطة التقديرية للادارة في اختيار الاجل غير انه قيدها بعناصر معينة في تحديدها مثل تعقيد موضوع الصفقة و كذا المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض و ايصال التعهدات، و تشتمل العطاءات المقدمة على عرضين عرض تقني و عرض مالي يوضع كل منهما في ظرف مستقل و مغلق ومختوم يبين في كل منهما مرجع المناقصة و موضوعها، و يتضمنان عبارة "تقني" او " مالي " و يوضعان في ظرف واحد يحمل عبارة (لا يفتح- مناقصة رقم...).

حدد المقنن الوثائق التي يتضمنها كل عرض بالتفصيل، و تعلن اللجنة علنا و فورا نتائج المناقصة و تعلن بقبول العرض فيما يخص المساحة او المكمن المعروض[3].

4-مرحلة فحص العطاءات و تقييم العروض

تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد مع مراعاة الاحكام المتعلقة برقابة الصفقات العمومية من خلال الرقابة الداخلية في اطار لجنة دائمة لفتح الاظرفة، تضطلع هذه الاخيرة بجملة من المهام المحددة في قانون الصفقات العمومية، و تقوم لجنة تقييم العروض بتحليل العروض و بدائل العروض عند

[1] انظر الى المواد من 21 الى 29 مرسوم تنفيذي رقم 07-184 مؤرخ في 09 يونيو سنة 2007، يحدد اجراءات ابرام عقود البحث و الاستغلال و عقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة.

[2] انظر الى المواد 46 الى 1/49من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

[3] انظر الى المادة 34 من قانون رقم 07-05 المتعلق بالمحروقات، و المواد19 الى37 من مرسوم التنفيذي رقم 07-184 السابق الذكر.

الإقتضاء من أجل ابراز الاقتراح او الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية كما تقوم باقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط[1].

و مما سبق يتبين لنا من خلال الرجوع الى قانون الصفقات العمومية الجزائري رقم 10-236 المعدل[2]، و عند تحليلنا لنص المادة الثانية منه المدرجة في الباب الاول تحت عنوان الاحكام التمهيدية ذكر المقنن على سبيل الحصر الهيئات العمومية الخاضعة لقانون الصفقات العمومية، ثم استثنى في الفقرة الثالثة من نفس المادة المؤسسات العمومية الاقتصادية الغير الخاضعة لاحكام تنظيم الصفقات العمومية و الزامها بتكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية، و العمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة كما يتعين على مجلس مساهمات الدولة اعداد جهاز للمراقبة الخارجية، و سمح تنظيم الصفقات العمومية في الفقرة الاخيرة منه و عند الضرورة مخالفة احكامه الا ان لفظ الضرورة له العديد من الدلالات، و حسب راينا اعادة ضبط المصطلح بتحديد معايير قانونية تضبط حالة الضرورة التي يجوز فيها مخالفة تنظيم الصفقات العمومية، ثم ان اخراج عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية كعقود الاستثمار البترولية المبرمة من طرف الشركة الوطنية سونطراك يعني انها في الاصل عقود ادارية لتعلق موضوعها بادارة املاك وطنية عمومية، الا ان المقنن و استثناءا خصها باجراءات خاصة مما يضفي على العقد طبيعة خاصة نظرا لحساسية محل التعاقد الذي يرد على مورد طبيعي و استراتيجي و الذي هو جزء من السيادة الوطنية، له من الاهمية ما ينبغي احاطته باجراءات قانونية و رقابية اكثر ضبطا، ثم ان تنظيم الصفقات العمومية هو في الاصل القاعدة العامة و بالتالي الاجراءات الخاصة ما هي الا قواعد تنظيمية خاصة تتكيف مع موضوع البحث و التنقيب عن المحروقات و استغلالها، من اجل تسهيل المهام على الشركات الاجنبية من جهة و لتحقيق مرونة تنفيذ التزامات الطرفين من جهة اخرى.

و بالرجوع الى قانون المحروقات الجزائري رقم 05-07 المعدل بالقانون رقم 13-01 هو الآخر استحدث وسيلة جديدة و هي وجوب إجراء مناقصة للمنافسة كإجراء وجوبي لإبرام عقود البترول الاستثمارية، حيث نصت المادة 32 منه على: (يبرم عقد البحث و الاستغلال و عقد الاستغلال بناء على مناقصة للمنافسة، طبقا للاجراءات المحددة عن طريق التنظيم...)[3]، حيث أولى المقنن لاسلوب

[1] انظر الى المواد 38 الى 40 من مرسوم تنفيذي رقم 07-184 السابق ذكره.

[2] انظر الى مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 اكتوبر سنة 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل بموجب قانون رقم 12-23 و قانون رقم 13-03 مؤرخ في 13 جانفي سنة 2013 (ج.ر02 ص 05).

[3] المادة 32 من الامر رقم 06-10 الصادر بتاريخ 29 جويلية سنة 2006 المعدل و المتمم لقانون05-07 المتعلق بالمحروقات، الصادر في جريدة رسمية العدد 48 الصادرة في 30 جويلية سنة 2006.

المناقصة أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، من منطلق ان أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للادارات العمومية[1].

المبحث الثاني: التراضي[2] في عقود الاستثمار البترولية

تشمل الوحدات القانونية الاصلية للمجتمع الدولي على الدول، و الدولة باعتبارها مظهر من مظاهر التنظيم السياسي و القانوني الذي عرفه القانون الدولي باعتباره مجموعة القواعد القانونية المنظمة للعلاقات بين اشخاص القانون الدولي[3]، نجدها كطرف في العقود الاستثمارية في مجال البترول بهدف احداث اثر قانوني عند توافر باقي اركانه الثلاث[4] الرضا و المحل و السبب، حيث تكون الدولة كطرف في العقد البترولي مما يجعل منه في حالة تتباين في المراكز القانونية و الاقتصادية للطرفين، و لهذا ياتي التعريف لهذا العقد بانه: (كل عقد تبرمه الدولة مع شخص من اشخاص القانون الخاص و الذي يتعلق بمباشرة الانشطة التي تدخل في اطار خطط التنمية الاقتصادية لدولة ما) [5].

---

[1] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في07 اكتوبر سنة 2010 المعدل و المتمم و النصوص التطبيقية له)، نفس المرجع، ص 116.

[2] يذهب فقهاء المذاهب الاسلامية الى ان العقد لا يوجد الا بوجود العاقدين و اهليتهما و صيغة العقد اي تحقق الايجاب و القبول و محل يرد عليه موضوع العقد، اي ينصب عليه هذا الايجاب و القبول ويظهر اثر العقد فيه راجع البحر الرائق،ج5،ص284 و ما بعدها في باب البيع، فتح القدير،ج5، ص74 و ما بعدها.

مواهب الجليل،ج3، ص419 و ما يليها، شرح الرسالة، ج2، ص 239 و ما بعدها في باب البيوع، نهاية المحتاج، ج3، ص12، المبسوط، ج30، ص 172، الاشباه و النظائر للسيوطي، ص 111 و ما يليها، اعلام الموقعين عن رب العاملين، ج3، ص 82 وما بعدها، الفتاوى البزازية، ج2، ص 440، الأشباه و النظائر لابن نجيم، ص 81 و ما بعدها.

[3] ابراهيم محمد العناني: التنظيم الدولي(النظرية العامة–الامم المتحدة)، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1975، ص 03–04.

[4] الركن في اللغة الجانب القوي للشيئ الذي عليه الاعتماد،وفي الاصطلاح الشرعي ما يتوقف عليه وجوده لانه جزء منه فلا يكون وجوده في الخارج الا بوجوده، و تقوم اركان العقد الاساسية على: الايجاب و القبول، و الاركان الثانية: الاهلية و المحل و السبب، و يعبر عن الايجاب و القبول ب "التراضي"، قالى تعالى: (يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم)، سورة النساء/29، و قوله عليه الصلاة و السلام :(لا يحل مال امرئ الا بطيبة نفسه) رواه احمد و الترميذي، و الايجاب ما صدر ابتداء من الطرف الاول، انظر الى عبد العزيز الخياط، كتاب الشركات، سنة1971،76/1، و الايجاب هو اول بيان يصدر من احد المتعاقدين معبرا عن جزم ارادته في انشاء العقد بغض النظر عمن كان البادئ منهما، انظر الى المدخل الفقهي للزرقا/272، و القبول ما يصدر من الطرف الثاني موافقا للكلام الاول، فاذا وافق القبول الايجاب انعقد العقد، و هذا في رأي الحنفية، اما المالكية و الشافعية و الحنابلة فيرون ان الايجاب ما صدر من المملك و ان تاخر، و ان القبول ما صدر من المتملك و ان تقدم، انظر الى: المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني 98/1، و بالرجوع الى كتاب حطاب على الخليل 229/4، و حاشية الدسوقي على الدردير3/3 و المهذب للشيرازي657/1 و المغني لابن قدامة 3/4–4.

[5] يعرف عقد الاستثمار الاجنبي بانه: (قيام شخص طبيعي او معنوي في بلد غير بلده باستخدام جهوده او امواله في انشاء مشروع اقتصادي بمفرده او بالاشتراك في مشروع محلي او اجنبي قائم فعلا او في صورة الاشتراك مع الدولة او مواطنيها في انشاء مشروع مشترك، و الشخص المعنوي عادة ما يكون في شكل شركة وليدة او تابعة لشخص معنوي)، انظر الى يحي عبد الرحمن رضا: الجوانب القانونية لمجموعة الشركات غير الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994، ص718، و يعرف ايضا بأنه: (انتقال رؤوس الاموال والخبرات الفنية و الادارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة المستثمر التي تتمثل في تحقيق اكبر ربح ممكن و تتمثل في احداث اضافة اقتصادية تضاف للثروة القومية)، أنظر الى احمد عبد الحفيظ صفوت، دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، دون دار و بلد النشر، سنة 2000، ص10.

تقوم عقود الاستثمار على تلاقي ارادتين بقصد احداث اثر قانوني معين[1] و تتميز بالتفاوت في المراكز القانونية لاطرافها، و الذي يترتب عنه ان احد الاطراف الذين يشتملهم العقد هو شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في اطار القانون الداخلي او الدولي و هو ما يتمثل في الدولة[2]، في حين ان الطرف الثاني هو شخص خاص اجنبي لا يتمتع باية سيادة على الرغم من قوته الاقتصادية و المالية و هو المستثمر الاجنبي[3]، فقد عرفت المدونة الدولية للسلوك الطرف بانه: (اي شخص طبيعي او اعتباري خاضع لقانون عام او خاص سواء كان فردا او جماعة، مثل المؤسسات او الشركات او المنشات و شركات التضامن و غيرها من انواع المشاركة، سواء انشاتها او امتلكتها او تولت ادارتها الدول او الهيئات التابعة لها، و كذلك الدول و الوكالات الحكومية و المنظمات الدولية حين تشارك في صفقة نقل دولي للتكنولوجيا ذات طابع تجاري)، و عرفه مشروع قانون نقل التكنولوجيا المصري انه: (كل شخص طبيعي او اعتباري من اشخاص القانون العام او الخاص فردا او جماعة او شركة، ايا كان مقر مركز ادارته الرئيسي او مزاولته لنشاطه، و تعد طرفا الدول، الوكالات الحكومية، المنظمات الدولية و الاقليمية و غيرها حين تتعاقد في صفة نقل تكنولوجيا ذات طابع تجاري، و تعد فروع الشركات و الشركات الوليدة و المشروعات المشتركة و غيرها بغض النظر عن طبيعة العلاقة الاقتصادية و غير الاقتصادية القائمة بينها)[4]، و من ثم فان اطراف المشروع الدولي المشترك في الدول الاخذة في النمو اشخاصا طبيعية او اشخاصا معنوية او دول او هيئات حكومية[5]، و الطرف الاجنبي غالبا ما يكون شخصا طبيعيا او شخصا شخصا معنويا ينتمي لدولة اخرى صناعية، بينما قد تكون حكومات الدول الاخذة في النمو او احد هيئاتها الطرف المحلي في معظم الحالات[6].

---

[1] و يعرف فقهاء القانون العقد بانه: (توافق ارادتين او اكثر،على احداث اثر قانوني، سواء اكان هذا الاثر هو انشاء التزام ام نقله ام تعديله ام انهائه)، انظر الى: مهند عزمي مسعود ابو مفلى: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بدون ناشر، جامعة عين الشمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، سنة 2005، ص34.

[2] يقصد بالدولة الحارسة ان الدولة تقصر وظائفها على توفير الامن الداخلي و الخارجي، و الفصل في المنازعات التي تنشا بين المواطنين.

[3] Riad(T.F) :THE applicable law governing transnational Development Agreement,Harvard university,cambridge,Massachusetts,1985,p.1.

[4] جميل محمد حسين: تقرير عن اعمال لجنة مشروع قانون تنظيم نقل التكنولوجية، و قد ورد فيه: (ان اللجنة وافقت على ان يتخذ ميثاق قواعد السلوك كاساس مهم يستند اليه عمل اللجنة كمصدر اولي).

[5] يقوم نمو الاقتصاد الوطني لدولة اذربيجان على انتاج النفط الذي ارتفعت نسبته الى 47% خلال الاشهر العشرة الاولى من سنة 2006، مقارنة بنفس الفترة خلال سنة 2005،انظر الى: Raphaelle Mathey :Azerbaidjan 2006,croissance hors norme et consolidation du pouvoir,le courrier des pays de l’est 2007/1 n°1059,P94.

[6] عصام الدين مصطفى بسيم: الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذة في النمو، مكتبة المنهل، شارع فهد السالم، الكويت، دون تاريخ النشر، ص 23.

و تأسسيا لما سبق سنكتفي في هذا المبحث بتسليط الضوء على ركن التراضي بين الطرفين، من خلال دراسة أهلية الدولة المضيفة للاستثمار في إبرام عقود الإستثمار في المطلب الأول، و أهلية المستثمر الأجنبي في إبرام عقود الاستثمار البترولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أهلية[1] الدولة المضيفة في ابرام عقود الاستثمار البترولية

تبرم الدولة بصفتها شخص قانوني عام عقود[2] ذات صبغة ادارية في اطار القانون العام، و يشترط لصحتها توفر التراضي بين الطرفين و الخلو من عيوب الارادة، تحديد محل العقد و السبب الدافع لابرامه في اطار شكل معين، فالعقود الادارية تبرمها الادارة بصفتها سلطة عامة بهدف تحقيق مصلحة عامة، يتضمن هذا العقد بنود استثنائية غير مالوفة في القانون الخاص، و المنازعات الناشئة حولها تخضع لقواعد القانون العام و من اختصاص القضاء الاداري، مما يجعل الادارة في مركز قانوني غير متكافئ مع الطرف الاخر، و بالتالي لها سلطة الاشراف و التوجيه و تعديل بنود العقد بخلاف قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) بما تقتضيه متطلبات تسيير المرفق العام، كما لها الحق في انهاء العقد مقابل تعويض الطرف المتعاقد معها اذا اخل التوازن المالي للعقد[3]، و مما لا شك فيه ان ذلك يثير العديد من التساؤلات، فبالنسبة للدولة هل يشترط ان تقوم بابرام العقد مباشرة عن طريق حكومتها ام يجوز لها ذلك بطريقة غير مباشرة بواسطة المؤسسات و الهيئات العامة التابعة لها؟، و بالنسبة للمستثمر الاجنبي هل يشترط فيه ان يكون شخصا اعتباريا عاما ام يمكن ان يكون شخصا طبيعيا؟، و متى يعتبر هذا المستثمر اجنبيا اي ما هو المعيار المعتمد في تحديد كونه اجنبي؟، حيث في الغالب ما يكون الطرف الوطني يتمثل في الدولة او احد مشروعاتها العامة، اما الطرف الاجنبي قد يكون شركة او مجموعة شركات تنتمي جنسيتها لدولة واحدة و قد تنتمي مجموعة الشركات لجنسية اكثر من دولة[4]، و لقد عمل السلوك الدولي الحالي على ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية و المحلية الهادفة الى انشاء شركات او مشروعات اجنبية او مشتركة، و ذلك للقيام باستثمارات اجنبية في دولة معينة[5].

---

[1] الاهلية بصفة عامة الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة للشخص او وجوبها عليه و صحة التصرفات منه، انظر الى المدخل الفقهي العام للزرقا/729. و هي نوعان: اهلية وجوب و هي صلاحية الشخص للالزام او الالتزام، انظر الى عبد العزيز الخياط: المدخل في الفقه الاسلامي، سنة 1991، ص127، و اهلية الاداء و هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات من على وجه يعتد به شرعا، انظر الى الفقه الاسلامي للزحيلي 121/4.

[2] العقد لغة يعني الربط بين طرفين، و في الاصطلاح الشرعي يعني ارتباط الايجاب الصادر عن احد العاقدين بقبول الاخر بشكل يثبت اثره في المعقود عليه، اما في الاصطلاح القانوني فهو توافق موجبات ملزمة لطرفيه اللذين رضا بانشاء علاقة الزامية بارادتهما و ما ينتج عنها من اثار قانونية، انظر الى سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية و حق الشعوب في الموارد النفطية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2015، ص10.

[3] سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية وحق الشعوب في الموارد النفطية، نفس المرجع، ص 22-23.

[4] عوض الله شيبة الحمد السيد: النظام القانوني لعقود انشاء المنشات الصناعية بين الدول و الشركات الاجنبية الخاصة،بدون ناشر، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة اسيوط، سنة 1992، ص 122.

[5] احمد ابو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004، ص 597.

و نظرا لحاجة الدولة المضيفة للاستثمار الاجنبي اذ أن الدولة لا تستطيع فرض امتيازاتها النظامية على المستثمر الاجنبي الذي يشارك مع المستثمر الوطني في اقامة المشروع، خاصة اذا كان هذا الاخير يقدم معظم راس المال و الخبرة الفنية و التقنية، اذ يتضمن عقد الاستثمار الاجنبي في معظم الاحوال شروط نقل المعرفة الفنية[1]، و تميز العقود الدولية بالتفاوت و عدم التساوي في المراكز القانونية بين اطرافها اذ تبرم بين طرفين غير متكافئين احدهما الطرف الوطني الذي يتمثل في الادارة اما ان تكون الدولة او أحد الأجهزة التابعة لها او الاشخاص التي اعترفت لهم بالشخصية المعنوية العامة، و يرجع عدم التكافؤ الى ان جهة الادارة تتمتع بسلطات و مزايا استثنائية خاصة اضافة الى عدم التكافؤ الاقتصادي، فجهة الادارة غالبا ما تتعاقد مع شركة عملاقة ذات ميزانية ضخمة مما يجعلها في مركز قانوني اضعف[2].

و عليه سنبحث هذه المسائل القانونية المتعلقة بالدولة المضيفة ممثلة في مؤسساتها العامة كطرف في التعاقد من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول المؤسسات العامة ممثلة للدولة في ابرام عقود الاستثمار البترولية، ثم نحدد معايير استقلالية المؤسسة العامة كطرف في ابرام عقود الاستثمار البترولية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المؤسسات العامة ممثلة للدولة في إبرام عقود الاستثمار البترولية

تعتبر الطاقة المحرك الرئيسي للحفاظ على الرخاء الاقتصادي للشعوب، حيث تلعب الدول العربية اهمية عالمية كبرى نظرا لما تملكه من احتياطها من البترول و الذي يقدر ب 56% و من الغاز ب 28% من اجمالي الاحتياطي العالمي، و استطاعت المملكة العربية السعودية المحافظة على مركزها الريادي في الصناعة البترولية كاكبر مصدر للبترول في العالم باحتياط وصل الى نحو 265 مليار برميل من اجمالي الاحتياطيات العالمية، و قد تم انشاء شركة صدارة مشتركة بين "ارامكو" السعودية و شركة "داو كيميكال الامريكية" سنة 2007[3]، و تكتسب الدولة الشخصية المعنوية العامة تلقائيا بمجرد توافرها على مقومات ثلاث، السيادة (السلطة) و الاقليم و الشعب، و هي المانحة للشخصية المعنوية العامة للهيئات الادارية الأخرى بموجب قانون او قرار سواء الاشخاص المعنوية المحلية او الاقليمية الخاضعة لوصاية السلطة المركزية او المؤسسات العامة المرفقية الخاضعة لرقابة السلطة المركزية، اذ انتجت الثروة الاقتصادية مبادئ تعد من الاليات الاساسية للحفاظ على سلامة الؤسسات الاقتصادية و

[1] سمير برهان: مشاركة القطاع العام مع الخاص في عقود الاستثمار، اعمال مؤتمرات المنظمة العربية الادارية، سنة 2008، ص101.
و انظر كذلك الى اسامة محمد عثمان خليل: تحديد القانون الواجب التطبيق (حل التنازع) في منازعات عقود الاستثمار الاجنبي–القانون السوداني و القانون الاماراتي نموذجا– ص 1219 فما فوق.

[2] علاء محي الدين مصطفى ابو احمد: التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و احكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة، مصر، دون سنة، ص 83.

[3] علي ابراهيم النعيمي: السياسة البترولية السعودية و التعاون العربي في زمن متغير، مؤتمر الطاقة العربي العاشر، بتاريخ 21–12/23 سنة 2014، ص 06–14.

خاصة في إطار الرقابة الداخلية[1]، حيث استقر الفقه على ان الهيئات الادارية[2] مهما كان شكلها القانوني لها الحق في ابرام العقود باسم الدولة و خضوع هذه الاجهزة لقواعد القانون العام الداخلي، و مثاله الشركة الوطنية الايرانية للبترول " نيوك " اول جهاز اداري للبترول سنة 1958، " المؤسسة العامة للبترول و المعادن السعودية " سنة 1963، الشركة الجزائرية " سوناطراك "، الشركة الاندونيسية " برمينا "، " شركة البترول الارجنتينية "، " شركة البترول البوليفية "، " الشركة العامة للنفط السورية "، " شركة البترول الوطنية الكويتية "، " شركة النفط الوطنية العراقية "، " المؤسسة الوطنية للنفط في ليبيا "، " شركة بترول ابو ظبي "، " المؤسسة العامة القطرية للبترول "، " شركة نفط البحرين الوطنية " سنة 1976، و قد اقر القضاءين اللاتيني و الانجلوسكسوني و الاتفاقيات الدولية و احكام التحكيم بالشخصية المعنوية العامة لكافة الاجهزة البترولية المتعاقدة مع الشركات الاجنبية باسم الدولة و لحسابها[3].

و قد ظهر دور المؤسسات و شركات البترول الوطنية في كافة انحاء العالم العربي، حيث سعت جميع الدول المنتجة للنفط الى انشاء المؤسسات الوطنية التي منحت اليها مهام نفطية باسم و لمصلحة الدولة[4] و منها:

أولا- المؤسسة المصرية العامة للبترول" EGPC ": التي انشات بموجب القانون رقم 167 لسنة 1958، و قد ادخل على هذا القانون الكثير من التعديلات.

ثانيا- الهيئة العامة للبترول السورية سنة 1958.

ثالثا- شركة البترول الوطنية الكويتية " KNPC ": التي اسست بموجب المرسوم رقم 09 المؤرخ بتاريخ 05 اكتوبر سنة 1960، من اجل القيام بجميع العمليات و الصناعات النفطية في الكويت من تنقيب و انتاج و تكرير و تصنيع و نقل و تخزين المواد و توزيعها و بيعها و تصديرها، و تطوير وتنمية الصناعة النفطية و تحسينها.

---

[1] Eustache Ebondo et Benoit Pigé :l'arbitrage entreprise/marché,le role du contrôle interne outil de réduction des couts de transaction,comptabilité-contrôle audit/Tome 8-volume 2-Novembre 2002,p65.

[2] يعمل الفقه و القضاء بعدة معايير في تحديد تبعية الجهاز المتعاقد للدولة هي:

معيار الشخصية المستقلة، معيار مرفق الدولة، معيار تحقيق المصلحة الوطنية، معيار تصرف السلطة العامة، بالاضافة الى معايير حديثة تمخضت عنها احكام القضاء والاراء الفقهية و التي تتميز بعدم الارتكاز على معيار واحد، و هو ما اخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 21 يوليو سنة 1987 بشان نزاع بين حكومة الكونغو و شركة ايطالية، حيث ذهبت الى ان الرقابة التي تمارسها الدولة على احد الاجهزة لا تكفي، لاعتبار هذا الجهاز المتصل بها جهازا تابعا لها و منبثقا عنها، انظر الى حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع السابق، ص44.

[3] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتهادون طبعة، دار الفتح للطباعة و النشر، الاسكندرية، مصر، سنة 2013، ص 196- 199.

[4] و قامت الدولة الروسية باعادة تنظيم قطاع النفط و الغاز من خلال انشاء شركات بترولية التي ساهمت في انهاء نظام الاقتصاد المخطط، انظر الى: Catherine Locatelli :Les stratégies d'internationlisation de Gaz prom,le courrier des pays de l'est,2007/3 n°1061,p33.

رابعا– المؤسسة العامة للبترول و المعادن " بترومين " السعودية: اسست بمقتضى المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 30 نوفمبر سنة 1962 و يقع على عاتق هذه الهيئة القيام بالنشاط في حقول النفط و البتروكيماويات و المعادن و الصناعات النفطية، و تنشيط استثمار النفط و المصادر المعدنية في البلاد و مراقبة الاستثمارات الصناعية الحكومية.

خامسا– شركة النفط الوطنية العراقية: انشئت بموجب قانون رقم 11 سنة 1964 الصادر 08 فيفري سنة 1964، و قد تم تعديل هذا القانون عدة مرات كان اول تعديل بموجب القانون رقم 123 الصادر بتاريخ 04–09–1967، ثم عدل بموجب قانون رقم 149 لسنة 1971.

سادسا–المؤسسة الليبية العامة للنفط: انشئت بموجب قانون رقم 13 الصادر في 16–04–1968 الذي الغي بموجب القانون رقم 31 سنة 1971.

سابعا–شركة بترول ابو ظبي الوطنية: اسست بالقانون رقم 08 سنة 1971.

ثامنا–شركة بترول قطر الوطنية: انشئت بالقانون رقم 13 الصادر بتاريخ 22–04–1972[1].

و بعد استقلال الجزائر اولت الدولة الاهمية لقطاع المحروقات، باعتبار الثروات النفطية من الاملاك العمومية حسب ما جاء في المادة 17 من الدستور سنة 1996 على انه: (الملكية العامة هي ملك للمجموعة الوطنية و تشمل باطن الارض و المناجم و المقالع و الموارد الطبيعية و الثروات المعدنية الطبيعية و الحية في مختلف مناطق الاملاك الوطنية البحرية و المياه و الغابات)[2]، نلاحظ ان المقنن الجزائري ادرج الموارد النفطية ضمن الملكية العامة و جعلها ملك للمجموعة الوطنية و ذكرها على سبيل المثال، لذا تسعى الدولة من خلال ممارسة السيادة و السلطة الحفاظ عليها، و لكن مع احتكار الشركات الاجنبية الفرنسية خاصة للانشطة البترولية، قررت الدولة انشاء شركة وطنية فاسست الشركة الوطنية سونطراك " Sonatrach " بتاريخ 31–12–1964، اذ لابد لكل دولة مصدرة للبترول ان تكون لها سياستها البترولية المستقلة، و كان من مهام شركة سونطراك القيام بجميع انشطة التنقيب و الانتاج و النتقل و تسويق المحروقات الجزائرية، تطورت لتصبح اول شركة افريقيا و تحتل المرتبة 12 في مجال البترول عالميا، و تجدر الاشارة الى ما قبل تاميمات سنة 1971 كانت الدولة الجزائرية باشرت سياسات تدريجية للرقابة على قطاع المحروقات، منها تشغيل انبوب نقل البترول سنة 1966 ثم شراء حقوق شركة

[1] فاطيمة عاشور: العقد الدولي للنفط، نفس المرجع، ص 39–41.

[2] انظر الى المادة14 من دستور سنة 1976: (الثروات النفطية الباطنية تغير قانونيا من الاموال الفائدة مركبها للدولة)، و انظر الى المادة 01 من قانون البترول الليبي، المادة 02 من قانون المناجم المصري، المادة 20 من الدستور المصري، نص المادة 61 من دستور الكويت، المادة 01 من =نظام التعدين السعودي، للمزيد من التفاصيل انظر الى: محمد خليل خليل: تطور التشريعات النفطية في العالم العربي، بحث منشور في كتاب الدراسات و الابحاث، دورة اساسيات صناعة النفط و الغاز التي عقدت في الكويت من 05–01–1976 الى غاية 04–03–1976 منظمة الاقطار العربية المصدرة للنفط(اوابك)، مؤسسة نوفل للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، سنة 1976، ص 202، نقلا عن فاطيمة عاشور: العقد الدولي للنفط، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، نفس المرجع، ص 39.

" بريتش بتروليومB.P " في جانفي سنة 1967، و تاميم شركات التوزيع سنة في اوت سنة 1967، كما قامت بعملية شراكة بنسبة 51/49% بين شركة " سونطراك " و شركة " غيت " الامريكية[1].

الفرع الثاني: معايير استقلالية المؤسسة العامة كطرف في إبرام عقود الاستثمار البترولية

تبرم الدولة عقود الاستثمار الاجنبي بهدف تنميتها الاقتصادية بطريقة مباشرة عن طريق قيام من يمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء، احد الوزراء...) ، او بطريقة غير مباشرة عن طريق احدى المؤسسات او الهيئات العامة التابعة لها[2]، و اذا كان تحديد الدولة كطرف في عقود الاستثمار لا يثير اية صعوبة في حالة قيامها بابرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة، حيث ان الدولة بوصفها شخصا من اشخاص القانون الدولي العام[3]، حيث نتساءل عن ما هو المعيار الذي بواسطته يمكن اعتبار الدولة طرفا في العقود التي تبرمها هذه الهيئات و المؤسسات العامة؟.

بالرجوع الى الفقه و القضاء يوجد معيارين اساسيين يمكن اللجوء اليهما للقول بانصراف اثار العقد الذي تبرمه مؤسسة او هيئة عامة الى الدولة التي تتبعها.

أولا: المعيار القانوني

المعيار الاول قانوني[4] يعتمد على الاستقلالية القانونية التي تتمتع بها المؤسسة او الجهاز الذي قام بالتوقيع على العقد، بمعنى انه طالما ان المؤسسة او الهيئة التي ابرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فيجب ان تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدها دون ان تشاركها الدولة في هذه المسؤولية، و من ثم لا تعد الدولة ذاتها طرفا في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة، و قد اخذت بهذا المعيار العديد من احكام التحكيم مثل الحكم الذي اصدرته احدى هيئات التحكيم في اطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس[5] بتاريخ 24 جويلية سنة 1985، و كذلك الحكم الذي

---

[1] عيسى مقليد: قطاع المحروقات الجزائرية في ظل التحولات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع اقتصاد التنمية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2008، ص 27-28.

[2] Sornarajah(M),The srttlement of foreign investment disputes,the hague :Kluwer,2000

Peter W :Arbitration and renegotiation of international investment agreement,Op.cit,p.5.

[3] و على خلاف ذلك يذهب البعض الى ان مفهوم الدولة كطرف في التعاقد يختلف عن مفهوم الدولة كاحد اشخاص القانون الدولي العام، و يرى استبعاد مفهوم الدولة كاحد اشخاص القانون الدولي العام، و هو مجموعة الافراد التي تقيم بصفة دائمة على اقليم معين و تخضع لسلطة حاكمة ذات سيادة، اما المفهوم الذي يرى الاخذ به فهو مفهوم الدولة في القانون الدولي الخاص المعاصر، و هو دخول الدولة في علاقات خاصة كما لو كانت احد الاشخاص الخاصة و ما يتبع ذلك من تنازل عن حصانتها، انظر الى عوض الله شيبة الحمد السيد: النظام القانوني لعقود انشاء المنشات الصناعية بين الدول و الشركات الاجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، سنة 1992، ص126-130.

[4] سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1998، ص 98.

[5] انظر الى الحكم الموجو في: محي الدين اسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الاول، دون دار و بلد النشر، سنة 1986 ، ص 224.

أصدرته محكمة استئناف باريس في قضية هضبة الاهرام[1] بشان عقد ابرم بتاريخ 23 سبتمبر سنة 1974 بين وزير السياحة المصري ممثلا لحكومة جمهورية مصر العربية و الهيئة المصرية العامة للسياحة و الفنادق " Egoth " من جانب و شركة جنوب " الباسفيك SPP " من جانب اخر، و مما ورد في حكم محكمة استئناف باريس: (ان الهيئة العامة للسياحة و الفنادق " Egoth " لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية، و توقيعها على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني الزام الحكومة المصرية بهذا الشرط، فهذه الشركة تحمل الشخصية المعنوية الخاصة بها و لها ميزانية مستقلة كما انها تخضع لقواعد المحاسبات المالية التي تخضع لها شركات المساهمة المصرية، و بالتالي تكون هذه الشركة هي الطرف في العقد و ليست الحكومة المصرية).

و نرى أن الهيئات و المؤسسات العامة جزء لا يتجزا عن الدولة، و بالتالي اكتسابها للشخصية القانونية المستقلة ما هو الا صغة ادارية تكتسبها تلك الهيئات مما يكسبها الاهلية في ابرام العقد. و منه نقول ان هذا المعيار يضيق من دائرة الاطراف الادارية مما يؤدي الى فصل الهيئات التنفيذية التي هي في الحقيقة تابعة لهرم واحد بشكل متدرج هو السلطة التنفيذية.

ثانيا: المعيار الاقتصادي

أما المعيار الثاني فهو اقتصادي و وفقه فان مجرد تمتع الهيئات و المؤسسات العامة بالشخصية القانونية يجب الا يحول دون القول بانها تمثل الدولة على المستوى القانوني، طالما ان الهيئة او المؤسسة العامة التي ابرمت العقد و قامت ماديا بالتوقيع عليه تسهر على تطبيق و تنفيذ سياسات مرسومة سابقا من قبل الدولة التي تنتمي اليها، و تمثل مصالحها العامة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، على نحو تبدو فيه هذه المؤسسة رغم كونها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة في حالة تبعية بالنسة للدولة، بمقتضاها تمارس الدولة عليها سلطة الرقابة و الاشراف و التوجيه سواء فيما يتعلق بادارتها او بالاعمال التي تقوم بها[2].

ففي الحكم الصادر عن احدى هيئات التحكيم في اطار مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية[3] رقم 94/5، و ذلك بشان النزاع بين احدى شركات المقاولات الافريقية و وزير اسكان و جهاز حكومي افريقي خاص بالصرف الصحي، و قد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الذي اصدرته بتاريخ 23 مارس 1996 الى انه لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي للعاصمة قد ادرجت ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير من موازنة 1982/81 الى 1985/84 كما تم ادراج اعتماداته ضمن موازنة قطاع الاسكان من موازنة 1986/85، الامر الذي يؤكد ان هذا الجهاز اضحى

[1] ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، نفس المرجع، ص 105 و ما بعدها.

[2] عوض الله شيبة الحمد:النظام القانوني لعقود انشاء المنشات الصناعية، نفس المرجع، ص178، و كذلك شريف محمد غنام: اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة و "اعادة التفاوض"، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص299.

[3] محي الدين اسماعيل علم الدين:احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي(1984-2000)، الطبعة الاولى، نفس المرجع، ص 48.

واجهة الدولة التي تهيمن على مشروع الصرف الصحي سواء تحت مظلة الجهاز المركزي للتعمير ثم من بعده وزارة الاسكان.

الفرع الثالث: المؤسسة الوطنية سونطراك أنموذجا

من خلال هذا الفرع نتساءل عن نشاة المؤسسة الوطنية الجزائرية " سونطراك " و عن كيفية اكتسابها للشخصية القانونية المستقلة، و ذلك وفق دراسة تحليلية لقانون المحروقات الجزائري و كذا مختلف الاصلاحات القانونية للقطاع بعدالانفتاح الاقتصادي، من اجل الوقوف على اهم التعديلات للنصوص القانونية و انعكاساتها على مهام المؤسسة الوطنية التي اصبح تلعب دور اقتصادي فعال خاصة بعد تطبيق قاعدة الالزامية للمساهمة في الشراكة الاجنبية بنسبة 51%.

أولا: نشأة المؤسسة الوطنية سوناطراك و خصائصها

نشات هذه المؤسسة الوطنية سوناطراك بموجب المرسوم رقم 06-491 المؤرخ في 31-03-1963 من اجل التحكم في قطاع المحروقات قصد احتكاره و تاميم الاملاك العائدة لاشخاص اجنبية، اين اكتفت في البداية باحتكار قنوات التوزيع ولم تستطع احتكار انشطة البحث و الاستغلال نظرا لما تتطلبه هذه الانشطة من قدرات تقنية و مالية ضخمة، و اتجه التفكير الى البحث عن صيغ قانونية تمكن " سوناطراك " من الهيمنة على هذه الانشطة و تبني تقنية المشاركة بالاغلبية بعد مفاوضات مع شركة " قيتي "، و تمت المصادقة على هذه المشاركة بموجب الامر رقم 68-591 المؤرخ في 31-10- 1968 و اكتسبت " سوناطراك " وفق هذا الاتفاق ما يلي:

- صفة الشريك بالاغلبية بنسبة تقدر ب 51% للشركة الوطنية و 49% لشركة " قيتي " .
- حيازة الطرف الوطني على دور المتعامل و الذي كان في السابق حكرا على الشركات الاجنبية نظرا لارتباطه بعامل التكنولوجيا.

و مع بداية السبعينات شرعت الدولة في حركة تاميمات واسعة بموجب الامر رقم 71-22 المؤرخ في 12-04-1971، و مع تراجع الدولة عن النظام الاشتراكي شرعت في اصدار جملة من قوانين الاصلاحات الاقتصادية و لعل اهمها القانون رقم88-01 المؤرخ في 02-01-1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية و الذي اطلق عليه الفقه (قانون استقلالية المؤسسات)، و استمر الوضع على حاله الى صدور الامر رقم 25-09-1995 المتعلق بكيفيات تسيير رؤوس الاموال التجارية المملوكة للدولة، بموجبه أصبحت " سوناطراك " خاضعة للقواعد العادية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي، و لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الدولة نظرا لاكتساب الشركة للشخصية المعنوية طبقا لمقتضيات نص المادة 50 من القانون المدني[1]، و مع صدور القانون رقم 05-07 المؤرخ

[1] تنص المادة 50 من قانون المدني الجزائري على: (يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان، و ذلك في الحدود التي يقررها القانون، يكون لها خصوصا.ذمة مالية...)، انظر الى قانون رقم05-10 مؤرخ في20 يونيو سنة 2005(ج.ر رقم31 مؤرخة في 13 مايو سنة2007).

في 28-04-2005 المتضمن قانون المحروقات نصت المادة الثانية منه على: (يؤدي انشاء هذا الاطار المؤسساتي الى تطبيق مبدا الحركية او القابلية للتكيف الذي يميز نشاط الدولة، و منه يعيد لهذه الاخيرة احدى صلاحياتها التي كانت تمارسها سوناطراك شركة ذات اسهم من قبل، و هكذا تستفيد "سوناطراك" شركة ذات اسهم بعد التخلي عن مهمة تعاكس و تعرقل مهمتها الاقتصادية الطبيعية بموجب هذا القانون، من تقوية متزايدة و ديمومة دورها الاساسي في جعل الثروات لصالح الجماعة الوطنية)[1]، مما سبق يتضح لنا ان المؤسسة الوطنية سوناطراك لها العديد من الخصائص نجملها في الاتي:

1-المؤسسة الوطنية سوناطراك شركة عمومية اقتصادية ذات اسهم(شركة قابضة): حيث تنص المادة 552 من القانون التجاري على انه: (شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم راسمالها الى حصص، و تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر الا بقدر حصتهم، ولا يمكن ان يقل عدد الشركاء عن سبعة(7)، و لا يطبق الشرط المذكور في المقطع 2 اعلاه على الشركات ذات رؤوس اموال عمومية)، و تنص المادة 594 من نفس القانون على انه: (يجب ان يكون راسمال شركة المساهمة بمقدار خمسة (5) ملايين دينار جزائري على الاقل، اذا ما لجات الشركة علنية للادخار، و مليون دينار على الاقل في حالة المخالفة...)[2].

2- خضوع عقود المؤسسة الوطنية سوناطراك لقانون المحروقات و النصوص التنظيمية له: و ابرام عقود البترول للمؤسسة بناء على مناقصة للمنافسة طبقا للاجراءات المحددة في التنظيم[3].

3-خضوع المؤسسة الوطنية سوناطراك لقواعد الافلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري: الا ان القانون التجاري في نص المادة 217 منه يضع احكام خاصة لتطبيق هذا النظام على الشركات العمومية التي تؤول اموالها كليا او جزئيا الى الدولة[4]، و مثل هذا الخضوع يفتح المجال الى امكانية الخوصصة الجزئية او الكلية لراسمال " سوناطراك " كما يسمح لها بالدخول الى البورصة و الدعوة الى الاكتتاب في سوق الاسهم الوطنية او الخارجية[5].

---

[1] انظر الى المادة الثانية من قانون رقم05-07 مؤرخ في 28 ابريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات.

[2] انظر الى المادتين593 و594 من الامر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر1975،المعدل بالامر رقم 96-27 مؤرخ في09-12-1996، المتمم بالقانون رقم05-02 مؤرخ في06 فيفري سنة 2005 (ج.ر 11 مؤرخة في9-2-2005).

[3] مرسوم تنفيذي رقم 07-183 مؤرخ في 9 يونيو سنة 2007، يحدد اجراءات الانتقاء و تحديد المساحات موضوع طلب فترة الاستبقاء و مساحات الاستغلال و المساحات المردودة من مساحة البحث، مرسوم تنفيذي رقم07-185 مؤرخ في 09 يونيو سنة2007، يحدد اجراءات ابرام عقود البحث و الاستغلال و عقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، مرسوم تنفيذي رقم 07-185 مؤرخ في9 يونيو سنة 2007، يحدد شروط تسليم =السندات المنجمية لنشاطات البحث و/او استغلال المحروقات، مرسوم تنفيذي رقم 07-294 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2007، يحدد اجراءات و شروط منح رخصة التنقيب عن المحروقات.

[4] اعتمد قانون المحروقات في مرجعيته على الامر رقم 04-01 المتعلق بالمؤسسات العمومية.

[5] عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار-الانشطة العادية و قطاع المحروقات-، دارالخلدونية، القبة، الجزائر، سنة 2006، ص 733-738.

ثانيا: مهام المؤسسة الوطنية سوناطراك في مجال النشاط البترولي

تسعى المؤسسة الوطنية " سوناطراك " ضمن استراتيجيتها الى فرض نفسها على المستوى العالمي و ضمن المجموعة التي تتحكم في قطاع البترول، و قد تمكنت من ذلك نظرا لما يمثله هذا القطاع من اهمية استراتيجية في التجارة الدولية و في الاقتصاد العالمي، و كان من مهامها استعادة السيطرة على الثروة البترولية و بصفة تدريجية و القيام بجميع انشطة التنقيب و الانتاج و النقل و تسويق المحروقات، و من بين اهم المشاريع التي انجزتها هذه الشركة خط انابيب البترول الخام الذي يمتد من مصدره الى سكيكدة، مصفاة لاستخلاص غاز البترول في حاسي مسعود و مد انابيب عبر البحر الابيض المتوسط لنقل الغاز الطبيعي الى اوروبا الغربية[1]، و يصل مجموع المؤسسات التابعة لها الى غاية سنة 2005 الى 17 مؤسسة بما فيها شركة سوناطراك نفسها التي احتفظت بالاسم و العلامة التجارية لما لها من التزامات دولية، و 16 مؤسسة تابعة لها في مختلف التخصصات منها ما هي تابعة لها بنسبة 100% و منها ما تملك سوناطراك من اصولها ما بين 51% و 50% و 45%، و تتبوا المؤسسة الوطنية حاليا المرتبة الاولى في افريقيا و المرتبة 12 في مجال البترول العالمي برقم اعمال يقدر ب 3536 مليار دينار جزائري في سنة 2005، و نتيجة صافية لنفس السنة تبلغ 575 مليار دينار، و توظف ما يقارب 50 الف عامل في الشركة الام، و 70 الف عامل بالمؤسسات التابعة لها بنسبة 100% حيث يصل مجموع العاملين الى ما يقرب 120 الف عامل[2].

ثالثا: دراسة تحليلة لقانون المحروقات الجزائري في ظل الانفتاح على الاستثمار الاجنبي

شهد قانون المحروقات الجزائري عدة تعديلات تزامنت مع التطورات الاقتصادية الدولية، الامر الذي ترتب عنه الاستجابة لهذه التحولات و الدخول في اقتصاد السوق، مما ادى الى اعادة النظر في مواد القانون تكيفا مع الوضع الاقتصادي الراهن، لذا سنحاول تتبع هذه المراحل المتعاقبة و توضيح اهم المستجدات القانونية، و يظهر ذلك من خلال الاتي:

1- إعادة التفاوض حول البنود الخاصة بالمحروقات الواردة في اتفاقية "افيان"

بعد استقلال الجزائر استمر العمل في السنوات الاولى بالقانون رقم 58-111 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر سنة 1958 المعروف بالقانون البترولي الصحراوي، و تم تعديله مرتين سنة 1959 من اجل توسيع صلاحيات الدولة الفرنسية و سنة1961 من اجل إلغاء اللجوء الى مجلس الدولة بشأن المنازعات النفطية و اللجوء الى التحكيم الدولي، و قد فرض المفوض الفرنسي على الجزائر استمرار سريان مفعول التعهدات الفرنسية و استمرار العمل بالشهادات المنجمية الممنوحة من قبل، و حاولت الجزائر بعد

[1] بوجمعة قويدري قوشيح: انعكاسات تقلبات اسعار البترول على التوازنات الاقتصادية الكلية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي بشلف، الجزائر، سنة 2009، ص44.

[2] انظر الى التقرير السنوي للمؤسسة الوطنية سوناطراك سنة 2005، ص 74، للاطلاع اكثر انظر الى الموقع الالكتروني للشركة:www.sonatrach-dz.com

الاستقلال مباشرة بتاريخ 19-10-1963 اعادة التفاوض من اجل مراجعة البنود الخاصة بالمحروقات الواردة في اتفاقية "افيان"، حيث انشئت المؤسسة الوطنية " سوناطراك" سنة 1963 من اجل استعادة سيطرتها على ثروتها البترولية، و في سنة 1971 اصبحت الجزائر الفاعل الرئيسي في قطاع المحروقات[1]، و بتاريخ 24 فيفري سنة 1971 تم الاعلان عن التاميم بالغاء الامتيازات الممنوحة للشركات الاجنبية و اخذ حصة 51% من الشركات الفرنسية مما يحقق الرقابة الفعلية على المحروقات و تاميم النقل البري للبترول و الغاز المتواجدة على التراب الجزائري، ثم صدر بعد ذلك المرسوم التشريعي رقم 71-22 بتاريخ 12 افريل سنة 1971 الذي انهى الامتيازات الممنوحة للشركات الاجنبية، و تحويل ملكية حقول النفط و اغلب اسهم الشركات النفطية الى ملكيات الدول المضيفة غير قواعد العمل في صناعة البترول من الناحية التنظيمية[2].

2-الإصلاحات القانونية لقطاع المحروقات بعد الانفتاح الاقتصادي

عملت الدولة الجزائرية بسبب تراجع اسعار البترول و ضعف الانتاج على اصدار القوانين المنظمة للنشاط البترولي ابتداء من سنة 1986 نظرا للتحولات في اسعار البترول، و الذي كان يهدف الى جلب موارد جديدة للخزينة و تكنولوجيا جديدة عن طريق الشركات المتعددة الجنسيات ، خاصة و ان معظم الدول قد شهدت تطورات هامة في مجال الصناعة البترولية، و انشاء مخطط تمويلي بهدف احتياطات الدولة من البترول و الغاز، و تم تعديله سنة 1991 بهدف تحرير الموارد المالية الضرورية لتطوير قطاع المحروقات، خاصة تطوير علاقات الشراكة بين المؤسسة الوطنية سوناطراك و الشركات الاجنبية حيث حقق القطاع 13 اتفاق و ما يقارب 15000 كلم اي 10% من الميدان المنجمي، و من اهم الاجراءات التي نص عليها هذا القانون تغيير اساليب استخدام خطوط النقل و اساليب التعاون كما قدم تسهيلات و تخفيضات جبائية[3]، و قد جرى تطبيق الاصلاحات الاقتصادية في قطاع المحروقات بالجزائر في ظرف سياسي و اجتماعي استثنائي، و عليه فان اي تقييم موضوعي لنتائج الاصلاح القطاعي لابد من الاخذ بعين الاعتبار بالاوضاع السائدة في تلك الفترة التسعينية، و بهذا تشير عدة مصادر ان ادنى مستويات الاستثمار في ميدان الاستكشاف منذ صدور قانون 1986 في الفترة 1995-1998 [4]، و في الميدان سجل القطاع في السنوات الاولى للاصلاحات انطلاقة جيدة حيث كان المعدل المتوسط لعقود الاستكشاف و الاستغلال المبرمة حتى سنة 1994 يتجاوز اربعة عقود سنويا و كانت افضل نتيجة

[1] بلقاسم سرايري: دور و مكانة قطاع المحروقات الجزائري في ضوء الواقع الاقتصادي الدولي الجديد و في افق الانضمام الى المنظمة العالمية للتجارة، نفس المرجع، ص95-96.

[2] عيسى مقلد: قطاع المحروقات الجزائرية في ظل التحولات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر-، ص31-33.

[3] امينة طيبوني: تمويل الاستثمارات في الجزائر بالرجوع الى قطاع المحروقات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2004، ص 63-74.

[4] Paul Horsneli,opt.,p.68.

سجلت سنة 1992 بإبرام 8 عقود كاملة، حيث انخفض المعدل السنوي المتوسط الى ابرام عقدين في الفترة ما بين سنة 1995-2000، و قد اكد اعتماد طريقة المناقصات الدولية في منح تراخيص الاستكشاف بعد تخلي الجزائر عن المفاوضات الثنائية ارتفاع عدد العقود المبرمة مع الشركات الاجنبية في سنة 2001 إلى 10 عقود كاملة و في سنة 2005 بلغت الى اربعين عقدا[1]، و هناك شبه اجماع على ان رغم الظروف الاقتصادية التي جرى فيها تطبيق قانون رقم 86-14، الا انه اثبت دوره في جذب الاستثمار الاجنبي حيث تمكنت الجزائر سنة 2001 من تحقيق اعلى معدل للاستثمار الاجنبي في قطاع المحروقات[2].

و نظرا لتطور العلاقات الدولية في مجال الاستثمار، حيث استمرت التعديلات الى غاية سنة 2005 بصدور القانون رقم 05-07 و الذي تم تعديل بعض نصوصه، حيث تعتبر سنة 2005 كنقطة انعطاف نحو مرحلة جديدة [3]، من اجل فتح المجال للمساهمة و الشراكة الاجنبية في قطاع المحروقات و الذي فصل بين الدولة و المؤسسة الوطنية سوناطراك التي دخلت مجال المنافسة الدولية القائمة على حرية الاسعار و المنافسة الحرة بين شركة سوناطراك و الشركات الاجنبية البترولية، و من اجل ذلك تم انشاء وكالتي الضبط و النفط من اجل السهر على التسيير الحسن لشركة سوناطراك و الاستغلال العقلاني للثروات البترولية بصفة خاصة، حيث اسس القانون الجديد للمحروقات مرجعيته على المواد 12-17-18-19-20-37-119-124-125-126 من دستور سنة 1996، و لكن ما مدى انسجام هذه النصوص مع فحوى القانون الجديد للمحروقات؟، تضمنت نصوص القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28-04-2005 إصلاحات في قطاع المحروقات الجزائري في ظل الانفتاح الاقتصادي، حيث اعتبر المقنن في المواد 12 و 17 و 18 من الدستور الجزائري الموارد الطبيعية على انها ملكية المجموعة الوطنية او بتعبير اخر ملك للدولة، و يزداد قانون المحروقات انسجاما مع احكام المادة 12 من ذات الدستور و التي تنص بأنه: (تمارس سيادة الدولة على مجالها البري و مجالها الجوي و على مياهها، كما تمارس الدولة حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع اليها)، و معنى ذلك ابقاء سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية، كما اقرته منظمة الامم المتحدة في ميثاقها و ميثاق حقوق و واجبات الدول الاقتصادية[4]، و عند استقراء لنص المادة 17 السالفة الذكر نجد ان تلك الاملاك المذكورة بما في ذلك الموارد الطبيعية كالبترول من الدومين العام، و لكن اذا

---

[1] بلقاسم سرايري: دور و مكانة قطاع المحروقات الجزائري في ضوء الواقع الاقتصادي الدولي الجديد و في افق الانضمام الى المنظمة العالمية للتجارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، سنة 2008، ص140 فما فوق.

[2] Mohamed Hachmaoui :La nouvelle loi Algérienne sur les hydrocarbures,France-Etalie :AKI,2004,p04.

[3] بلقاسم سرايري: دور و مكانة قطاع المحروقات الجزائري في ضوء الواقع الاقتصادي الدولي الجديد و في افق الانضمام الى المنظمة العالمية للتجارة، نفس المرجع السابق، ص94-95.

[4] صادقت الجزائر على هذا الميثاق بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16-05-1989، الجريدة الرسمية رقم17، انظر الى عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار-الانشطة العادية وقطاع المحروقات-، نفس المرجع، ص 699-706.

ما أخذنا عند مقارنة نصوص قانون المحروقات مع نص المادة 18 من الدستور و بمضمون المادتين 14 و 15 من قانون 90-30 الذي يتضمن قانون الاملاك الوطنية[1]، و المعدل بموجب القانون رقم 08 -14 مؤرخ في اول ديسمبر سنة 2008 و المتضمن قانون الاملاك الوطنية حيث نصت مادته 12 على انه: (تتكون الاملاك الوطنية العمومية من الحقوق و الاملاك المنقولة و العقارية التي يستعملها الجميع و الموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل اما مباشرة و اما بواسطة مرفق عام...، تدخل ايضا ضمن الاملاك الوطنية العمومية الثروات و الموارد الطبيعية المعرفة في المادة 15 من هذا القانون)، و هذا ما اكدته المادة 03 من قانون رقم 05- 07 في نصها الاتي: (تعد المواد و مواد المحروقات المكتشفة او غير المكتشفة الموجودة على التراب الوطني و في باطنه و في المجال البحري الذي هو جزء من السيادة الوطنية، ملكا للجماعة الوطنية التي تجسدها الدولة...)[2]، يتضح لنا من هذه النصوص ان هذه الموارد اصبحت خاضعة لمتطلبات و احكام الدومين العام الغير قابلة للتصرف و التنازل عنها.

حددت المادة الأولى من القانون الجديد للمحروقات على ان دور الدولة ينحصر في وضع الاطار يؤدي (المؤسساتي الذي يسمح بممارسة النشاطات المتعلقة بالمحروقات، و عرفته في المادة الثانية بانه: انشاء هذا الاطار المؤسساتي الى تطبيق مبدا الحركية و القابلية للتكيف الذي يميز نشاط الدولة منه و يعيد لهذه الاخيرة احدى صلاحياتها التي كانت تمارسها سوناطراك شركة ذات اسهم من قبل)، و انطلاقا من هذين النصين استرجعت الدولة صلاحياتها في ضبط نشاط المحروقات بعد ان فوضتها في القوانين السابقة لشركة سونطراك، و تتميز هذه السلطة بانها ذات طابع مرفقي تتولاها ادارة عمومية تسمى في فقه القانون الاداري بسلطة الضبط المستقلة، و قد عرف الفقه هذه السلطة بانها: (شكل مستحدث للمرفق العمومي فوضته السلطة العمومية بعض صلاحياتها الادارية يتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلالية المالية)، و مع صدور القانون الجديد للمحروقات اضفى المقنن صفة السلطة المستقلة على وكالة ضبط من قانون المحروقات 12المحروقات و كذا وكالة تثمين موارد المحروقات المنشاتين بموجب نص المادة و الى جانبهما وسع المقنن من صلاحيات وزير الطاقة في ضبط قطاع المحروقات[3]، حيث نصت المادة على انشاء وكالتان وطنيتان مستقلتان تتمتعان بالشخصية القانونية و الاستقالالية المالية هما وكالة 12 وطنية لمراقبة النشاطات و ضبطها في مجال المحروقات تدعى سلطة ضبط المحروقات، و وكالة وطنية لتثمين موارد المحروقات و لهما ذمة مالية خاصة و تخضعان لمراقبة الدولة طبقا للتنظيم المعمول

[1] تنص المادة 14 على : (تتكون الاملاك الوطنية العمومية في مفهوم هذا القانون من الاملاك العمومية الطبيعية و الاملاك العمومية الاصطناعية)، كما تنص المادة 15 من نفس القانون على: (تشمل الاملاك الوطنية العمومية الطبيعية خصوصا على ما ياتي:...الثروات و الموارد الطبيعية السطحية و الجوفية المتمثلة في الموادر المائية بمختلف انواعها، و المحروقات السائلة منها و الغازية و الثروات المعدنية الطاقوية و الحديدية...).

[2] انظر الى المادة 03 من قانون رقم05-07 المعدل بالامر رقم06-10 مؤرخ في 28 ابريل سنة 2006، يتعلق بقانون المحروقات.

[3] اكثم خولي: الشخصية المعنوية للمشروعات العامة، الدار الجامعية، بيروت، سنة1983، نقلا عن عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار -الانشطة العادية و قطاع المحروقات-، نفس المرجع، ص707.

من قانون المحروقات، 12به[1]، و من حيث التسيير تخضع الوكالتين لاحكام خاصة نصت عليها المادة و تتمثل الهيئة المسيرة في لجنة مديرة تتالف من رئيس و خمسة مديرين يعينون بموجب مرسوم رئاسي بناءا على اقتراح من الوزير المكلف بالمحروقات، و مديريات متخصصة منبثقة عن اللجنة المديرة، بالاضافة الى هيئة استشارية تدعى مجلس استشاري تتشكل ممثلين اثنين عن الدوائر الوزارية المعنية و عند الاقتضاء من كل الاطراف المهتمة (متعاملون، مستهلكون، عمال...)[2]، اما من حيث المهام تكلف سلطة ضبط المحروقات بالخصوص بالسهر على احترام التنظيم التقني المطبق على النشاطات التي يحكمها قانون المحروقات، و التنظيم المتعلق بتطبيق التعريفات و مبدا الاستعمال الحر لمنشات النقل من قبل الغير، و كذا التنظيم في مجال الصحة و الامن الصناعي و البيئة و الوقاية من المخاطر الكبرى، اعداد دفتر الشروط الخاص بانجاز منشات النقل بواسطة الانابيب و التخزين، كما تعمل على تطبيق المقاييس و المعايير الدولية و كذا العقوبات و الغرامات التي تسدد للخزينة العمومية في حالة مخالفة القوانين و التنظيمات، كما تكلف بدراسة منح امتياز النقل بواسطة الانابيب و تقديم التوصيات للوزير المكلف بالمحروقات و التعاون معه في مجال السياسة القطاعية و اعداد النصوص التنظيمية[3]، اما الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات تعمل على ترقية الاستثمارات في مجال البحث و استغلال الحر و تسليم رخص التنقيب، كما تعمل بطرح المناقصات و تقييم العروض المتعلقة بنشاط البحث و/او الاستغلال، منح مساحات البحث و ابرام عقود البحث و/او الاستغلال، كما تراقب مدى تنفيذ الطرف المتعاقد معها لالتزاماته و التاكد من ان الاستغلال يتم ضمن المحافظة المثلى عليها، كما تسهر على جمع كافة المعلومات الجبائية فيما يخص العقود المبرمة في مجال البحث و/او الاستغلال و كذا التعاون مع الوزير المكلف بالمحروقات في مجال السياسة القطاعية و اعداد النصوص التنظيمية[4]، و بخصوص صلاحيات الوزير المكلف بالمحروقات فتعد بمثابة سلطة ضبط تقليدية تم العمل بها في ظل القوانين السابقة لقطاع المحروقات، و من ناحية اخرى تعتبر الوزارة المسؤول الاول عن هذا القطاع حيث تسهر على رسم سياسة القطاع، و مراقبة المناقصات و تقييم العروض و منح الامتياز او سحبه بقرار اداري من الوزير ذاته، المصادقة على أعمال الوكالتين " وكالة الضبط " و " وكالة النفط " [5]، و نجد ان القانون كان تمهيدا لسيطرة الشركات الاجنبية على الابار البترولية و هذا ما ادى الى تعديله بموجب الامر رقم 10-06 و الذي يمثل 51% الذي يمثل بداية عودة الدولة الجزائرية في مراقبة حقولها النفطية بنسبة مظهر السيادة الوطنية على الثروة البترولية، بالإضافة الى ان سلطات الضبط في قطاع المحروقات هي

[1] انظر الى المادة 12 من قانون رقم 05-07 السابق الذكر.

[2] انظر الى المادة12 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في28-04-2005 المتعلق بالمحروقات.

[3] انظر المادة 13 من قانون رقم 05-07 المعدل و المتمم.

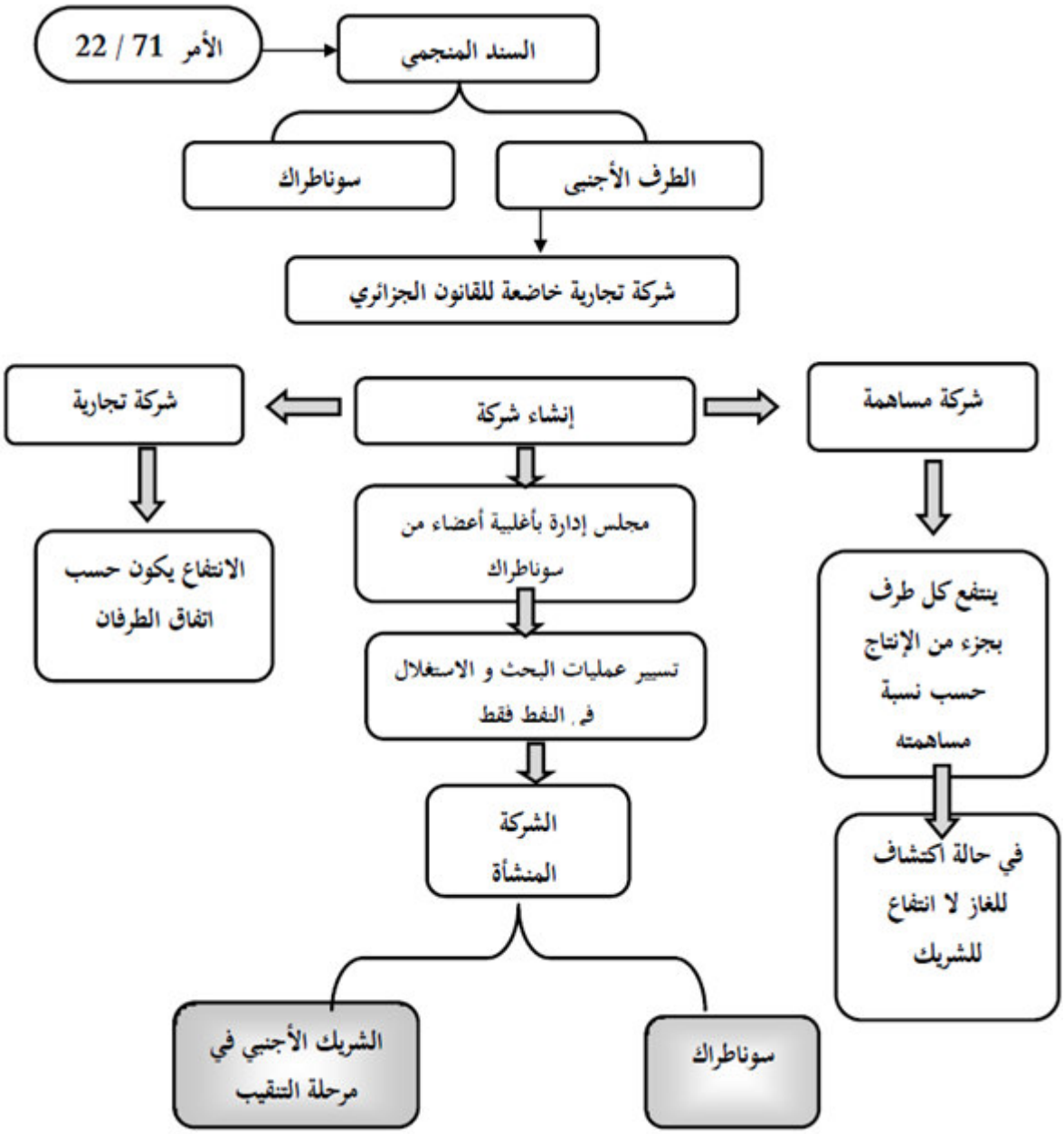
[4] انظر الى المادة 14 من قانون رقم 07-05 السابق الذكر.

[5] عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار-الانشطة العادية وقطاع المحروقات-،نفس المرجع، ص 704.

مؤرخ 12-08 من قانون رقم 03 سلطة إدارية مستقلة، مهمتها ضبط النشاط الاقتصادي حسب المادة و ذلك بموجب قانون رقم 2013 المتعلق بالمنافسة[1]، و جاء تعديل اخر سنة 2008-06-25بتاريخ حيث مكن المتعاقد من امتياز بواسطة الانابيب 05-07 الذي عدل احكام بعض مواد قانون رقم01-13 و الاستفادة من مزايا في مجال شغل الاراضي و حقوق الارتفاق، كما يمكن لشركة سوناطراك اكتساب الاراضي عن طريق التنازل او نزع الملكية، كما زود وكالتا المحروقات بمحافظ حسابات كما تقوم الوكالة النفط بتكييف الاحجام القصوى للمساحات الخاصة بالمناطق ا،ب،ج،د المنجمية كما تمنح رخصة التنقيب وجوبا لمشاركة 51% حسب الاجراءات المعمول بها في التنظيم، كما اشترط المقنن نسبة 02لمدة سنتين المؤسسة الوطنية سوناطراك في عقود البحث و الاستغلال قبل كل مناقصة، و احال المقنن الخلافات الناشئة عن وكالة النفط و المتعاقد الى التسوية الودية و في حالة اخفاقه يتم اللجوء الى التحكيم الدولي[2].

[1] لمياء شعوة: سلطات الضبط لقطاع المحروقات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2013، ص 51-52.

[2] انظر الى المواد من 5،7،9،10،12 الى 14،17 الى 22،24 الى 38،43 الى 69،71 الى 78،82 الى 89،90،91،101،109 من قانون رقم 13-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2013.



الشكل رقم02: مخطط يبين كيفية ابرام عقد الشراكة بين المؤسسة الوطنية سوناطراك و الشريك الاجنبي[1].

[1] امينة مخلفي: اثر تطور انطمة استغلال النفط على الصادرات (دراسة حالة الجزائر بالرجوع الى بعض التجارب العالمية)، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة–الجزائر–، سنة 2013.

المطلب الثاني: أهلية المستثمر الاجنبي في إبرام عقود الاستثمار البترولية

يقصد بالمستثمر الاجنبي في الدولة ذلك الشخص الذي لا يتمتع بجنسيتها فيظل اجنبيا و ان كان مقيما بها[1]، فالمراد بالاجنبي في القانون الدولي الخاص بالنسبة لدولة ما كل من لا يحمل جنسيتها[2]، و هذا التعريف السلبي لتحديد من هو الاجنبي يشمل جميع الاجانب الطبيعين و الاعتباريين سواء من كان منهم منتميا الى جنسية دولة معينة، او من يكون مجردا من الجنسية التي يعرفها احد الاساتذة بانها: (رابطة قانونية و سياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة)[3]، و سواء اكان عابرا ام مقيما ام مواطنا في اقليم الدولة[4]، و لا يوجد معيار معين يحدد مسالة وصف الشركة بانها اجنبية حيث يعتبر الفقه ان المعيار الغالب هو الجنسية لتحديد كون الشركة وطنية او اجنبية، و في ضوء ذلك تكون الشركة المتعاقدة لتنفيذ عقد البترول اجنبية متى كانت لا تتمتع بجنسية الدولة المضيفة المتعاقدة و تكون وطنية اذا كانت تحمل جنسيتها[5]، و يلاحظ ان عدم انعقاد الاختصاص للمركز في هذه الحالة وجوبي و مطلق و من القواعد الامرة التي لا يجوز الاتفاق بين المستثمر الاجنبي و الدولة المضيفة على مخالفتها[6]، و لان الدولة لا تستطيع الانفراد عن الساحة الدولية لوجود الترابط بين مصالح الدول في المجتمع الدولي، و سهولة الاتصال المتبادل فيما بينها في مختلف النواحي الاقتصادية و التجارية و السياسية...هذه الظروف ادت بالدول الى عقد اتفاقيات دولية بشان تنظيم مركز الاجانب، و بهذه الصورة تخضع للقواعد العامة و المقررة في القانون الدولي العام بشان الزامية المعاهدات الدولية باعتبارها مصدرا اساسيا من مصادر هذا القانون، حيث توجد معاهدات الاقامة و معاهدة التجارة و الصداقة و التعاون تتنوع حسب عدد اطرافها فتكون ثنائية او دولية[7]، و من المستقر عليه ان المستثمر الاجنبي قد يكون شخصا طبيعيا او اعتباريا، فقد اشترطت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 [8] لانعقاد الاختصاص للمركز ان يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا اجنبيا منتميا لدولة اجنبية اخرى طرف في الاتفاقية، و يستوي في ذلك ان يكون هذا

---

[1] شمس الدين الوكيل: الموجز في الجنسية و مركز الاجانب، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الاسكندرية، مصر، سنة 1968، ص 331.

[2] محمد كمال فهمي: اصول القانون الدولي الخاص،الطبعة الثانية، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1985، ص275.

[3] هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 114.

[4] عبد العزيز سعد يحي النعماني: القانون الدولي الخاص(مركز الاجانب)، دار الشوكاني، صنعاء، اليمن، سنة 2004، ص16.

[5] عوض الله شيبة الحمد: عقود المنشات الصناعية بين الدول و الشركات الاجنبية الخاصة،دار النهضة العربية، مصر، سنة 1992، ص189.

[6] علي غسان علي: الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة،مصر، سنة 2004، ص 458.

[7] اشرف وفا: المركز القانوني للاجانب، الطبعة الاولى، دون ناشر، القاهرة، سنة 1997، ص55.

[8] اطلق عليها اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الاخرى، و تعرف باتفاقية واشنطن بموجبها تم انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار International centre for settlement of investment Disputes، و يشار اليه اختصارا ICSID، و قد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ بتاريخ 1966/10/14 بعد مضي ثلاثين يوما على اكتمال تصديق عشرين دولة على الاتفاقية وفقا للمادة 2/26 من الاتفاقية، و قد بلغ عدد الدول الموقعة على الاتفاقية لغاية الان158دولة، وقعت الجزائر على اتفاقية واشنطن بتاريخ17-04-1995 و صادقت عليها بتاريخ 21-02-1996، اما الاردن فقد وقعت عليها بتاريخ 14-07-1972 وصادقت عليها بتاريخ30-10-1972، انظر الى فاطمة الزهراء محمودي، مصلح احمد الطراونة: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، ، ص11.

المستثمر شخصا طبيعيا او شخصا اعتباريا[1]، فنصت المادة 2/25 منها على أنه: (يقصد بعبارة احد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع...ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية احدى الدول المتعاقد الاخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع...)، و قد حددت المادة 2/25 من الاتفاقية المقصود بمواطن دولة متعاقدة اخرى على النحو التالي: (ا- اي شخص طبيعي كان يحمل جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع للتوفيق او طرحه على التحكيم، و كذلك ايضا في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق او التحكيم طبقا للفقرة 03 من المادة 28 او الفقرة 03 من المادة 36، على ان هذه العبارة لا تشمل اي شخص كان يحمل ايضا في اي من التاريخين جنسية الدولة الطرف في النزاع، ب- اي شخص اعتباري كانت له جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع للتوفيق او طرحه على التحكيم، و أيضا أي شخص اعتباري كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع،...)[2]، و كذلك ايضا مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الاطراف " MAI " و الذي اعدته منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية " OECD " [3] الذي عرف المستثمر بانه: (ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة و لكنه أيضا من المقيمين بصفة قانونية دائمة على اراضي دولة موقعة، و هو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى و إن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح)[4]، كما عرف نظام الاستثمار الأجنبي السعودي الصادر بتاريخ 10 افريل سنة 2000 في المادة الاولى من المستثمر الاجنبي بأنه: (الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية)[5].

و من خلال هذا المطلب سنحاول تقسيمه إلى فرعين، سندرس الشخص الطبيعي كمستثمر أجنبي في مجال الاستثمار البترولي في الفرع الاول، ثم نتطرق الى الشخص الاعتباري كمستثمر اجنبي ممثلا في الشركات البترولية الكبرى في الفرع الثاني.

---

[1] خالد محمد الجمعة: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق الكويتية،السنة الثانية والعشرون، العدد الثالث، سنة 1998، ص 220، و كذلك جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الاجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة2001، ص28، وكذلك: Sutherland P.f:The world bank convention on the settlement of investment dispute,Op.cit,p.383-384.

[2] مصلح احمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي، نفس المرجع، ص 61.

[3] Lesson from the MAI :Unctad series on issues on in international investment agreement,Unctad/IIT/misc.22,UN,NEW York and Geneva,1999.

[4] ماجدة بركة: اتفاقية الاستثمار المتعددة الاطرافMAI والتحديات التي تطرحها بالنسبة لمستقبل الاقتصاد العربي في القرن الواحد و العشرين، ضمن مؤلف بعنوان الاقتصاد العربي في مواجهة تحديات القرن الواحد و العشرين، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم، معهد الدراسات العربية، سنة 1998، ص195.

[5] انظر نظام الاستثمار الاجنبي السعودي منشور على الانترنت:
http://www.arifonet.org.ma/data/dalil%20investment/countries/07 saudia/law ar.htm

الفرع الأول: الشخص الطبيعي كمستثمر أجنبي في مجال الإستثمار البترولي

إن طبيعة عقود الاستثمار لا تتاثر بان يكون الطرف الاجنبي المتعاقد مع الدولة شخصا طبيعيا، طالما ان محل العقد و مضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة و المساهمة في تطورها[1]، و لعل من ابرز الامثلة على ذلك العقد الذي ابرمته المملكة العربية السعودية بتاريخ 20 جانفي سنة 1954 مع رجل الاعمال اليوناني " اوناسيس "، و الذي بمقتضاه منحت لهذا الاخير الحق في ان يؤسس شركة ناقلات البحرية السعودية و التي يطلق عليها " SATCO "[2]، و التساؤل الذي يمكن لنا طرحه عن ما هو المعيار الذي بواسطته يعتبر هذا الشخص اجنبيا بالنسبة للدولة المتعاقدة؟، و اجابة عن هذا التساؤل فان المعيار الماخوذ به للتمييز بين المواطنين و الاجانب هو معيار الجنسية[3]، و يعرفها احد الاساتذة بانها: (رابطة قانونية و سياسية ينتمي بمقتضاها الشخص لدولة معينة)[4]، و لما كانت الشركات البترولية الاجنبية بمثابة الطرف الاخر المتعاقد مع الدولة او احدى مؤسساتها العامة، فالسائد في مجال القانون الدولي الخاص التمييز بين الاجنبي و الوطني بواسطة معيار الجنسية، فالشركة المتعاقدة تعد اجنبية عندما لا تتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في العقد، و في هذا الشان يقول الاستاذ"برلين" ان الصفة الاجنبية تلحق بكل شخص يتمتع بجنسية دولة اخرى غير الدولة الطرف في العقد، كما اخذت بهذا المعيار اتفاقية واشنطن سنة 1965 الفقرة الثانية من المادة 25 التي تنص على انه: (يقصد برعايا الدول الاخرى المتعاقدة:

ا-كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة اخرى غير الدولة الطرف في النزاع...

ب-كل شخص معنوي يحوز جنسية دولة اخرى غير الدولة الطرف في النزاع...[5]، و في غالب الاحيان فان الشركة الاجنبية الطرف في عقود البترول تكون شركات خاصة، و رغم ذلك تخضع لرقابة و اشراف الدولة التي تنتمي اليها، و مثاله شركة " البرتش ترولیمB.P " البريطانية التي تحوز فيها الحكومة البريطانية على 51% من راس مالها و لها عددا من الممثلين في مجلس ادارتها.

---

[1] فليس كل عقد تبرمه الدولة مع شخص طبيعي يعتبر من عقود الاستثمار محل الدراسة، و مثال ذلك العقد الذي ابرمته الحكومة الكويتية عن طريق وكالة الانباء الكويتية مع صحفي بريطاني، راجع ذلك في: حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، نفس مرجع، ص 164.

[2] و هو العقد الذي ادى تعارضه مع العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية و شركة Aramco الى نشاة النزاع الذي تم الفصل فيه بواسطة تحكيم ارامكو، انظر الى ابراهيم احمد ابراهيم: بعض المشاكل العملية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات القضايا التحكيمية، مجلة التحكيم، العدد الثاني، يناير سنة 2000، ص 129.

[3] ابراهيم احمد ابراهيم: القانون الدولي الخاص (الموطن ومركز الاجانب)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001، ص 86.

[4] هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 114.

[5] يترجم هذا النص بالفرنسية كما يلي:: ressortissant d'un autre état contractant signifie«

A /toute personne physique qui possède la nationalité d'un état contractant que l'état partie au différend.

B /toute personne morale qui possède la nationalité d'un état contractant autre que l'état partie au différend... ».

و في أحيان أخرى نجد بعض الشركات الاجنبية تعتبر من قبيل اشخاص القانون العام، و مثاله الشركة الوطنية الايطالية للموارد الهيدروكاربونية " ENI " بموجب القانون الايطالي المنشئ لها في10 فيفري سنة 1953، و كذلك الشركة الفرنسية " ايراب ERAP " تعتبر مؤسسة عامة ذات طبيعة صناعية و تجارية وفقا للمرسوم الصادر بتاريخ 17 ديسمبر سنة 1967، و يرى جانب من الفقه انه لايوجد ضرورة للتفرقة بين العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية العامة و تلك التي تبرمها مع الاشخاص الاجنبية الخاصة[1].

و من جهتنا نعتبر ان المنازعات التي تثور في مجال عقود البترول ذات صبغة دولية في معظم الحالات، و ليس للطرف الاجنبي سواء كان شخص عام او خاص تاثير في مسالة الاختصاص و القانون الواجب التطبيق، و خلاصة القول انه يكون الطرف الاخر في ابرام العقود البترولية شركة اجنبية ذات امكانيات فنية و مادية ضخمة، و ذلك اخذا بمعيار جنسية الشركة بالنظر الى الدولة او المؤسسة العامة الطرف الاخر في نفس العقد، سواء كانت شركة عامة ام خاصة على اعتبار ذلك لا يؤثر على الطبيعة القانونية لنظام العقد.

الفرع الثاني: الشخص الإعتباري كمستثمر أجنبي ممثلا في الشركات البترولية الكبرى

يأخذ الشخص الاعتباري الاجنبي كطرف في عقود الاستثمار في الغالب شكل الشركة[2]، و يثير تحديد الشخص الاعتباري الاجنبي كطرف في عقود الاستثمار مسالة تحديد صفته، او ما هو المعيار الذي يمكن بواسطته اعتبار هذا الشخص اجنبيا بالنسبة للدولة المضيفة؟، لقد ثار خلاف في الفقه بداية حول امكانية تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية[3]، قبل ان يستقر الامر لدى الفقه[4] و القضاء و معظم التشريعات الوطنية[5] على الاعتراف للشركات و غيرها من الاشخاص الاعتبارية بالشخصية القانونية، تمكينا لها من مباشرة نشاطها التجاري او الاقتصادي و تسهيلا لها على ممارسة التصرفات القانونية التي تلزم لتحقيق الغرض الذي تسعى من اجله[6]، و على ضوء الاتجاه نحو الاستثمار الدولي في مجال

---

[1] نقلا عن سراج حسين ابو زيد: التحكيم في عقود التحكيم، نفس المرجع، ص 30-33.

[2] تعرف الاشخاص الاعتبارية بانها: (مجموعات اشخاص او اموال لها كيانها الذاتي، وثقلها الاقتصادي المؤثر ليس فقط في التطور الاجتماعي و الاقتصادي للدولة بل في توجيه ايديولوجيتها و سياستها الخارجية، انظر الى احمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، الجنسية و المعاملة الدولية للاجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 42.

[3] ابراهيم احمد ابراهيم: القانون الدولي الخاص(الجنسية)، نفس المرجع، ص 43.

[4] عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الاول،الجنسية و الموطن و تمتع الاجانب بالحقوق، ط11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1986، ص 739.

[5] مثاله القانون التجاري الجزائري في المادة 547 التي تنص على: (يكون موطن الشركة في مركز الشركة، تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري)، انظر الى الامر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل و المتمم.

[6] لم تحدد اتفاقية واشنطن جنسية الشخص الاعتباري و لم تشر الى المعيار الواجب اتباعه لتحديد ذلك، و في اطار ما استقر عليه القانون الدولي اخذ بعدة معايير: معيار مكان التاسيس، فوفقه يكتسب الكيان القانوني جنسية الدولة التي تاسس بمقتضى قوانينها، انظر الى قاسم طه احمد علي: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2008، ص 63.

البترول اذ لم يعد من الممكن لاقتصاد متطور ان يبقى داخل الاطار القومي، حيث اصبحت الشركات المتعددة الجنسية من اخطر الادوات التي يتم بها الاستثمار المباشر في الدول النامية، اذ بدا هذا النوع من الاستثمار يسيطر على اهم مجالات الاقتصاد (معادن، طاقة، صناعة تحويلية و خدمات...).

و يؤدي دورا مهيمنا على عدد من الصناعات، و كان من نتيجة ذلك ان كان موضوع الشركات المتعددة الجنسية محل الدراسة في مطلع السبعينات من قبل منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية " OECD " و السوق الاوروبية المشتركة و الجمعية العامة للامم المتحدة، و انتهى الامر سنة 1973 الى تشكيل مجموعة من الخبراء الدوليين تحت اشراف المجلس الاقتصادي و الاجتماعي التابع للامم المتحدة وقدمت المجموعة تقريرها سنة 1974، و تم اقتراح انشاء لجنة خاصة بالشركات متعددة الجنسية تحت اشراف المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، كما اصدرت الجمعية العامة للامم المتحدة القرار رقم 3202 بتاريخ 01-05-1974 الذي يتضمن وضع مدونة سلوك الشركات عبر الوطنية، و تنفيذا لهذا القرار انشئ المجلس الاقتصادي و الاجتماعي في اواخر سنة 1975 و لجنة الشركات عبر الدولية و مقرها " UNCTC "، ثم وضع صيغة شبه نهائية لمشروع المدونة المقترحة قام رئيس اللجنة بعرضه على المجلس الاقتصادي و الاجتماعي في ماي 1990 لاقراره الا انه لم يقر حتى الان[1].

معيار مركز الادارة الرئيس يقوم على فكرة تمتع الشركة الاجنبية بجنسية الدولة التي توجد فيها اجهزتها المختصة باتخاذ القرارات، مثل مجلس الادارة، الجمعية العامة، الاجهزة المالية و الادارية و الفنية، انظر الى سلامة احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص (الجنسية و المعاملة الدولية للاجانب)ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة2002، ص51، و معيار الرقابة ومفاده ان الشركة تتمتع بجنسية المساهمين المسيطرين عليها، ثم امتد ليشمل جنسية القائمين بالادارة و حقوق التصويت المرتبطة بملكية الاسهم، انظر الى سلامة احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص، نفس المرجع السابق، ص 60.

[1] صفوت احمد عبد الحفيظ احمد: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، دون سنة، ص37-41.

المصطلح	مراحل النشاط
الشركات الأجنبية "Les sociétés étrangères"	وهو المصطلح الأكثر شمولية، فهو يحوي كل شركة لها تسهيلات للنشاط خارج البلد الأم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ومهما كانت طبيعة النشاط: إنتاجي أو تجاري
الشركات متعددة الجنسيات "Les firmes multinationales"	يكفي أن ينتقل مستوى النشاط إلى بلدين أجنبيين
الشركات عبر الوطنية "Les firmes trans-nationales"	نفس المصطلح السابق، إلا أنه رفض استعماله من طرف الأمم المتحدة من أجل تفادي الآثار النفسية التي يمكن أن يتركها في شعوب الدول النامية.
الشركات متعددة الجنسيات الشمولية	يجب أن يشتمل نشاط هذه الشركات بالإضافة إلى انتقال نشاطها إلى بلدان أجنبية، أن يشتمل أيضا على منتجات أخرى من غير المنتج الأصلي ومن غير القطاع الأصل أيضا.
الشركات متعددة الجنسيات العابرة للقارات "Les firmes multinationales trans-continents"	وهي شركات لها فروعا إنتاجية أو تسويقية في العديد من الدول الأجنبية من قارات مختلفة، وهي مرحلة متقدمة من مراحل النشاط لهذه الشركات.
الشركات العالمية متعددة الجنسيات Les firmes multinationales mondiales "	وهي شركات لها فروعا إنتاجية أو تسويقية في العديد من الدول الأجنبية وفي كل قارات العالم الخمس.
الشركات متعددة الجنسيات الكوكبية "Les firmes multinationales globales"	وهي شركات لها فروعا إنتاجية أو تسويقية في كل الدول الأجنبية وفي كل قارات العالم الخمس من هذا الكوكب وكمثال على ذلك: شركة كوكا-كولا التي وصل نشاطها، خاصة التسويقي إلى كل منطقة من كوكب الأرض.

الشكل رقم03: الجدول يبين اهم التسميات المطلقة على الشركات المتعددة الجنسيات و نشاطها[1].

سيطرت مجموعة من الشركات على صناعة البترول العالمية اصطلح على تسميتها تاريخيا بالشقيقات السبع و هي مملوكة اساسا لمصالح الولايات المتحدة، بريطانيا و هولندا حيث كانت تسيطر على حوالي 80% من الانتاج البترولي العالمي خارج الولايات المتحدة و المنظومة الاشتراكية، كما انها تملك اكثر من 70% من صناعة التكرير العالمية و هي تعمل بشكل مباشر او عن طريق شركات مملوكة، كما انها تملك اكثر من 50% من ناقلات البترول تتواجد في الولايات المتحدة ادارة خمسة من هذه الشركات على الاقل، و تقوم هذه الاخيرة برسم السياسات العامة لها حيث ان حملة معظم اسهمها مواطنون او مؤسسات امريكية[2]، فمثلا حتى سنة 1911 كانت قد برزت ثلاث شركات امريكية احتكارية كبرى في السوق الامريكية و هي: شركة " ستاندارد نيوجرسي "، شركة " سوكوني موبيل "، شركة

[1] بوبكر بعداش: مظاهر العولمة من خلال نشاط العالمية المتعددة الجنسيات حالة قطاع البترول، نفس المرجع، ص72.

[2] وهيبة مشدن: اثر تغيرات اسعار البترول على الاقتصاد العربي خلال الفترة بين 1973-2003، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2005، ص 46.

كاليفورنيا "، و التي تكونت من الشركة الام " ستاندار اوبل اوف او هايو" الاحتكارية بعد حلها بموجب القانون الامريكي سنة 1890 " قانون شيرمان "، مكونة ما يطلق عليه " الكارتيل البترولي او احتكار القلة oligopoly "، و يمكن تقسيم دور و تاثير هذه الشركات و نوعها الى ثلاثة مراحل تاريخية كالاتي:

– المرحلة الاولى: و هي الممتدة من بداية نشوء الصناعة البترولية سنة 1858 حتى سنة 1911، حيث برزت في هذه المرحلة ثلاث شركات عالمية منها: شركة "ستاندارد اويل اوف اوهايو" و هي شركة امريكية لرجل الاعمال " روكفلر "، و شركة " شيل " هولندية و انجليزية في راسمالها، و شركة البترول الانجليزية " B.P " انجليزية في ملكية راسمالها.

– المرحلة الثانية: في الفترة الممتدة منذ سنة 1911 فترة زوال التروست البترولي الامريكي و لغاية فترة الحرب العالمية الثانية، و في هذه المرحلة برزت وسادت فيها خمسة شركات بترولية كبرى سيطرت على الصناعة البترولية و هي كالاتي: شركة " ستاندارد اويل اوف نيوجرس "، شركة " ستاندراد اويل اوف موبيل "، شركة " ستاندراد اويل اوف كاليفورنيا "، شركة " شيل " الهولندية الانجليزية، " شركة البترول الانجليزية " B.P ".

– المرحلة الثالثة: و هي تمتد من فترة الحرب العالمية الثانية الى وقتنا الحالي، و من اهم الشركات البارزة نذكر:

– شركة " ستاندارد اويل اوف نيوجرسي" الامريكية، شركة " سوكوني موبيل" الامريكية، شركة "ستاندرد اوف كاليفورنيا" الامريكية، شركة "قولف" الامريكية، شركة "تكساس" الامريكية، شركة "شيل" الهولندية الانجليزية، شركة البترول الانجليزية –الانجليزية و شركة البترول الفرنسية، و تعد هذه الشركات هي المحتكرة الكبرى للنشاط الصناعي و الاقتصادي البترولي في السوق الدولية سواء ما تعلق بالانتاج الخام او المنتجات او النقل او التوزيع، و من امثلة كبريات الشركات " شركة نيوجرسي " او المسماة شركة " ايكسون " حيث تستخدم حوالي 140 الف عامل و تملك نسبة 50% من اسهم شركات بترولية فرعية يبلغ عددها 275 شركة، منها 175 شركة في امريكا الشمالية و 43 شركة في امريكا الجنوبية، 77 شركة في اوروبا، 14 شركة في اسيا، 9 شركات في افريقيا و حوالي 18 شركة في انحاء العالم، و قد بلغت قيمة استثماراتها سنة 1962 اكثر من 11 مليار دولار اميريكي، اما مقدار انفاقها الاستثماري سنة 1960 فقد بلغ حوالي 8,9 مليار دولار و انتاجها من البترول الخام بلغ 114 مليون طن سنة 1960[1].

[1] محمد احمد الدوري: محاضرات في الاقتصاد البترولي، د.م.ج،بن عكنون، الجزائر، سنة 1983، ص87–93.

الشركة	الدولة الأم
1. إكسون " Exxon " (وكانت تسمى Standard Oil Company of New Jersey حتى سنة 1973)	الولايات المتحدة الأمريكية
2. موبيل أويل " Mobil oil"	
3. تكساكو " Texaco"	
4. ستاندارد أويل أوف كاليفورنيا " Standard Oil Company of California "	
5. جولف أويل " Golf oil "	
6. بريتش بيتروليوم " British petroleum "	بريطانيا
7. رويال دتش شل " Royal Dutch- Shell "	بريطانيا – هولندا

الشكل رقم04: الجدول يبين اسماء الشركات البترولية العملاقة السبعة الكبار(الشقيقات السبعة)[1].

تميزت الشركات العالمية متعددة الجنسيات بخصائصها في التاثير على الاقتصاد العالمي، حيث هناك اتجاه رافض و اخر مؤيد لاستقطاب هذه الشركات، و ربما تكون حجة تهديد السيادة الوطنية سببا في رفض هذه الشركات على الاراضي الوطنية حيث كثيرا ما تتدخل في الشؤون الداخلية للدول المضيفة، و لعل احتكار[2] الشركات المتعددة الجنسيات للتكنولوجيا و البحث العلمي المتقدم تعتبر من اهم الاسباب التي تجعلها تفرض هيمنتها على اقتصاديات الدول المضيفة و خاصة النامية منها[3]، و في الاحتكار الدولي للبترول[4] نجد الشركات النفطية المتعددة الجنسية سيطرت على الثروات النفطية[1] للدول المالكة له،

---

[1] بوبكر بعداش: مظاهر العولمة من خلال نشاط العالمية المتعددة الجنسيات حالة قطاع البترول، نفس المرجع، ص 175، بالاعتماد على المرجع التالي: Nor eddine Benfreha :Les multinationales la mondialisation enjeux et perspectives pour L'Alérie.Alger,ed.Dahlab,1999,p.153.

[2] قال الله تعالى: (يا ايها الناس كلوا مما في الارض حلال طيبا)، سورة البقرة الاية 168.

–و قال تعالى: (امنوا بالله و رسوله و انفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه فالذين امنوا منكم و انفقوا لهم اجر كبير)، سورة الحديد الاية 7.

–قال رسول الله عليه الصلاة و السلام: (من احتكر فهو خاطئ) اخرجه مسلم في صحيحه كتاب المساقاة ، باب تحريم الاحتكار في الاقوات (1228/3).

–(نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحتكر الطعام) حديث حسن، اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه كتاب البيوع و الاقضية باب احتكار الطعام (47/5).

–(من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله، و برئ الله منه، و ايما اهل عرصة اصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله)، حديث ضعيف اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه كتاب البيوع و الاقضية باب احتكار(46/5).

–(من دخل في شيئ من اسعار المسلمين ليغيله عليهم فان حقا على الله تبارك وتعالى ان يقعده بعظم من النار يوم القيامة)، حديث ضعيف اخرجه احمد في مسنده مسند معقل بن يسار(27/5).

–(اهل المدائن الجلساء في سبيل الله ردء للمسلمين و ثغرهم، فلا تغلوا عليهم، و لا تحتكروا، و لا بيع حاضر لباد، و لا يسوم الرجل على سوم اخيه، و لا يخطب خطب على خطبته، و لا تكتفئ المراة اناء اختها، فكل رزقه على الله عز وجل) حديث منكر، اخرجه الطبراني في "المعجم الكبير" باب سليمان بن حبيب المحارب (116/8)، حديث رقم 7478.

– (من حبس طعاما اربعين يوما ثم اخرجه فطحنه و خبزه و تصدق به لم يقبله الله منه) حديث موضوع ،اخرجه ابن عدي في الكامل ترجمة دينار بن عبد الله (109/3).

عن كعب رضي الله عنه قال: (من احتبس طعاما اربعين ليلة ليغليه، ثم باعه فتصدق بثمن،لم يقبل منه) حديث ضعيف، اخرجه عبد الرزاق في مصنفه كتاب البيوع باب الحكرة (205/8)، حديث رقم 14896.

[3] بوبكر بعداش: مظاهر العولمة من خلال نشاط العالمية المتعددة الجنسيات حالة قطاع البترول، نفس المرجع، ص 94 فما فوق.

[4] اورد الدكتور لبيب شقير اسباب تزايد الطلب على النفط في كتابه: التنظيم الاحتكاري للسوق العالمية للنفط، و هي بشكل اساسي:

و استغلت القطاع النفطي لأجل تحقيق مصالحها الشخصية على حساب مصالح الشعوب في حقها في موارد الثروات النفطية التابعة لبلادهم[2]، فقد أسس الاحتكار الدولي للبترول بناء على اتفاقيات تتمثل في اتفاق بتاريخ 19 مارس سنة 1914، اتفاق " سان ريمو " بتاريخ 19 افريل سنة 1920، اتفاق " الخط الأحمر " بتاريخ 31 مارس سنة 1928، و اتفاق " أكنا كاري" بتاريخ 19 سبتمبر سنة 1928، حيث بداية الاحتكار الدولي للبترول بموجب اتفاق بتاريخ 19 مارس سنة 1914، و كانت ألمانيا و بريطانيا تتنافسان للسيطرة على الشرق الأوسط، و كان المصرف الألماني يدعم شركة النفط التركية في مواجهة النفط " الانكلو ايرانيان" المدعومة من الحكومة البريطانية، هذه الأخيرة نجحت في امتلاك نصف الشركة التركية و 25 بالمائة للحكومة الألمانية و 25 بالمائة الاخرى من أسهم الشركة ل " شل "، و تخلت " الانكلو ايرانيان " عن 2.5 بالمئة من حصتها لصالح " كالوستي غولبنكيان "، فبعد الاتفاقات التي أسست للاحتكار البترولي لاسيما اتفاقات" سان ريمو " و " اكنا كاري " بتاريخ 07-09-1954 تم التوقيع على اتفاقية بين اتحاد شركات النفط الغربية (شركة الانكلو-ايرانيان، جرسي، تكساكو، ستناندرد، ستاندر اف كاليفورنيا، غولف، ايرانيان في الكويت، شل، سي.ف.ب الفرنسية و شركة النفط الوطنية الايرانية)، و قد نصت على أن مصادر النفط تعود إلى إيران و يتولى اتحاد شركات النفط الغربية مسؤولية تنظيم صناعة

=-التزايد السكاني في العالم

-التنمية الاقتصادية

-الاهمية الاستراتيجية للنفط و سيادة الدولة على مواردها الطبيعية،وصدر عن اللجنة الخاصة بالسيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية قرار رقم 1803 اقرته الجمعية العمومية سنة 1962، منقول عن غسان رباح: قانون الموارد البترولية في الحياة البحرية في ضوء مبادئ العقود النفطية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2012، ص13.

[1] حق الشعوب في استغلال ثرواتها الطبيعية عبارة عن مجموعة من قواعد قانونية دولية التي تعطي الشعوب حق التمتع و الانتفاع بالثروات الطبيعية على نحو تكفل لها و لافرادها حياة لائقة وتنمية متكاملة لشخصيتها، دون الاخلال لما عليها من واجب صيانة البيئة و مواردها، و العمل على تحسينها و تنميتها، انظر الى احمد عبد الكريم سلامة: قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث وتنمية الموارد الطبيعية)، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، سنة 2003، ص 100.

- فقد صدرت العديد من القرارات بشان الموارد الطبيعية منها القرار رقم 626 عن الامم المتحدة في دورتها السابعة حول السيادة على الموارد الطبيعية، القرار رقم 1535 في 12 كانون الاول سنة 1958 الصادر عن المجلس الاقتصادي الاجتماعي في دورته التاسعة و الاربعين الذي انشا لجنة السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية...انظر الى مصطفى احمد سهركول: الوضع القانوني لملكية الموارد الطبيعة النفط و الغاز(دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2015، ص 229 و ما بعدها.

[2] قسم فقهاء الشريعة الإسلامية المعادن الى معادن ظاهرة و معادن باطنة، و معادن سائلة كالنفط و الزئبق، انظر الى : ابي حسن علي بن حبيب الماوردي، الاحكام السلطانية و الولايات الدينية، دار الحرية، بغداد، العراق، سنة 1989، ص 189.

و قد اتفقت المذاهب على ان المعادن المستخرجة من باطن الارض مملوكة لبيت المال، اما اذا كانت الارض مملوكة لغير بيت المال فعند المالكية تعد الثروة المعدنية ملكا للدولة سواء وجدت في ارض مملوكة للافراد او غير مملوكة تتصرف بها بما يحقق المصلحة العامة، و يستند فقهاء المالكية الى ان المعادن التي توجد في باطن الارض اقدم من ملك المالكين لها، انظر الى وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي و ادلته، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 1997، ص 4646-4651.

و انظر كذلك الى فهد محمد العفاسي:عقود الثروات الطبيعية في ظل اتفاقية المشاركة الاجنبية،-العقود النفطية نموذجا-، مكتبة الدار الاكاديمية، الكويت، سنة 2007، ص 22، مشار اليه في كاوان اسماعيل ابراهيم: عقود التنقيب عن النفط و انتاجه-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2014، ص 55-56.

النفط في إيران و تقرر كل شركة في الاتحاد مصير حصتها من النفط عبر نظام تسويقها، و ظلت شركة " الانكلو–ايرانيان " الشريك المهيمن بامتلاكها 40 بالمائة من الشركة المساهمة، " شل " 14 بالمائة، الشركة الفرنسية 06 بالمائة و 08 بالمائة للشركات الأمريكية الخمس، و هكذا وضع هذا الاتحاد حدا للمنافسة بين السلطات الغربية على البترول في إيران[1].

و منذ سنة 1967 بدات الجزائر تفرض حضورها في قطاع المحروقات و ذلك من أجل القيام بالتأميمات في السنوات بين سنة 1967–1970، حيث تم في هذا المجال تاميم ما يلي: – شركة " BP " (British Petroleum) سنة 1967، شركة " Mobil Oil " و" ESSO " بتاريخ 24 اوت 1967 و شركة " SHELL " بتاريخ 20 ماي سنة 1968، و قد استمرت المحادثات الجزائرية– الفرنسية في الفترات بين سنة 1969–1970 و سنة 1970–1971، و استقرت ان يقدم الطرف الفرنسي مساهمته في مجال التصنيع و تكوين اليد العاملة و رفع مستوى الانتاج، كما يستفيد الطرف الاجنبي من نظام الامتياز و التراخيص المتضمن في قانون المالية سنة 1970، الا انه في 04 فيفري سنة 1971 اوقفت الحكومة الفرنسية كل المحادثات مع الجزائر، فصدر مرسوم تشريعي بتاريخ 12 فيفري سنة 1971 يلغي نظام الامتياز و تعويضه بنظام تكوين شركة تجارية بين المؤسسة الوطنية سوناطراك و الشركات الاجنبية و التي تخضع للقانون التجاري[2]، و من ذلك الوقت تجاوز عدد الشركات البترولية العالمية العاملة في الجزائر في قطاع المحروقات اكثر من 20 شركة حتى بداية سنة 2008، و هي تتوزع بين طرفي الاستثمار في قطاع المحروقات من استكشاف البترول و انتاجه و بين نقله و تسويقه في اطار عقود الشراكة مع المؤسسة الوطنية للمحروقات سوناطراك وفق قانون المحروقات الجزائري[3].

و خلاصة لما تقدم نرى ان مسالة تنظيم الاستثمار البترولي بتدخل الشركات المتعددة الجنسيات خاصة في الدول النامية من الاهمية بمكان اعادة النظر فيه، و ذلك باحداث التوازن بين المصالح المستهدفة من الطرفين في ظل الايجابيات التكنولوجية التي تقدمها تلك الشركات من جهة، و العمل على الحد من السلبيات التي تمس اساسا بالسيادة الوطنية و خاصة الحد من التدخل في الشؤون الداخلية من جهة اخرى، و ذلك يتطلب ايجاد آليات قانونية للحد من الاحتكار الدولي للبترول مما يوفر مناخ تنافسي قائم على قانون العرض و الطلب الذي من شأنه الحفاظ على التوازن المالي للإتفاقيات البترولية.

[1] سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية و حق الشعوب في الموارد النفطية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2015، ص 51–56.

[2] امينة طيبوني: تمويل الاستثمارات في الجزائر بالرجوع الى قطاع المحروقات،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، نفس المرجع، ص111–112.

[3] بعداش بوبكر: مظاهر العولمة من خلال نشاط الشركات العالمية متعددة الجنسيات–حالة قطاع المحروقات–، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر3، سنة 2010، ص 240.

المبحث الثالث: أنواع عقود الاستثمار البترولية و أثارها على سيادة الدولة

يعد قطاع البترول في العالم من اهم قطاعات الدولة لما له من دور مؤثر في السياسة الاقتصادية لها، و نظرا لديناميكية البترول المتغيرة التي تستدعي ضرورة مراجعة السياسات و الاستراتيجيات، و تعد الاتفاقيات البترولية من اهم الموضوعات المتطورة في ظل المنافسة العالمية لما لها من تاثير كبير على عمليات الحفر و الاستكشاف و انتاج البترول، و التي تكلف مبالغ طائلة تصل الى بلايين الدولارات اضافة الى احتياجاتها لتكنولوجيا متقدمة لا تتوافر الا لدى بعض الشركات العالمية الكبرى[1].

و في هذا الاطار تبرم عقود الاستثمار البترولية التي تاخذ اشكال متعددة و ما تتطلبه من التقنيات و الاموال و الادارة و الخبرات، و اختيار الشكل المناسب يعتمد على الظروف الاقتصادية، و الامكانيات و الحاجات لكل بلد من البلدان النامية و على قوته التفاوضية مع الشركات الاجنبية المستثمرة، و على مجموعة من المحددات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية للاستثمار الاجنبي المباشر اثار اقتصادية في مجال التنمية و زيادة الانتاج و التوظيف، و التاثير على موازين المدفوعات للدول المضيفة للاستثمار و تجديد البنى الداخلية لها[2]، حيث تتميز عقود البترول باشتمالها على شروط تعاقدية غير مالوفة في العقود المبرمة بين الاشخاص الخاصة سواء في اطار المعاملات الداخلية او المعاملات الدولية الخاصة، و تنشئ عقود البترول مجموعة من الحقوق و الالتزامات على عاتق اطرافها تختلف في مداها بحسب الشكل القانوني الذي يفرغ فيه الاطراف عقدهم، و ما اذا كان العقد قد اتخذ صورة عقد من عقود الامتياز او المشاركة او المقاولة او عقد من عقود اقتسام الانتاج[3]، حيث تنشئ العقود المبرمة بين الدول و المشروعات الاجنبية التزامات عديدة على عاتق اطرافها، و من الضروري الاشارة الى اثار الالتزامات تتنوع تبعا لاختلاف نوع العقود المبرمة بين الدولة و المشروع الاجنبي المتعاقد معها، فعقود الامتياز المبرمة في اطار استغلال الثروات المعدنية تنشئ على عاتق اطرافها التزامات تختلف بالضرورة عن عقود البناء و التشييد و غيرها من العقود الاخرى المبرمة بين الدولة و المشروعات الاجنبية، و مع ذلك يظل صحيحا ان هذه العقود ايا كان نوعها تنشئ على عاتق اطرافها مجموعة من الالتزامات ذات الطبيعة العامة و المشتركة على نحو يمكن القول معه بتواجدها في غالبية عقود الدولة، حيث تنشئ عقود الدولة التزاما اساسيا و هو التعهد بتحقيق و انجاز التنمية الاقتصادية[4].

و تتسم العقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الاجنبية بتنوعها اذ تشمل العديد من عقود نقل التكنولوجيا، و يمكن في هذا المجال التفرقة بين عقود امتياز البترول و بين عقود التنمية الاقتصادية و

---

[1] حمدي البنبي: البترول بين النظرية و التطبيق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، سنة 1999، ص 38-39.

[2] باسم حمادي الحسن: الاستثمار الاجنبي المباشر(FDI)، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2014، ص 42،23.

[3] سراج حسين ابو زيد: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع السابق، ص89-90 .

[4] حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية و اثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، دون سنة، ص 204.

التي تعد الشكل الحديث الذي اصبحت عليه عقود الدولة، و من ناحية اخرى فان صراع المصالح بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الاجنبية المتعاملة في هذا المجال كان العامل الاساسي الذي يترتب عنه تطور عقود البترول من شكلها التقليدي من عقود امتياز الى عقود المشاركة و عقود المشروعات المشتركة، حيث بدات مرحلة التغييرات الكبرى في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الاجنبية بصدور القانون الفنزويلي سنة 1948 الذي كرس مبدا تقسيم الارباح بين الشركات الاجنبية و الدول المنتجة بالتساوي[1]، و تغيرت التسميات التي اعطيت لعقود امتياز البترول خلال النصف الثاني من القرن العشرين و اصبحت تاخذ تسميات مثل عقد مشاركة و عقد خدمة او عقد مقاولة، و قد تطورت عقود الامتياز تبعا للتحولات الاقتصادية و السياسية على ان هذه العقود تتميز بشكل عام انها موقعة من قبل الدولة مع شركة خاصة اجنبية او مؤسسة وفق لقانون اجنبي، و هو عقد استثمار الثروات الطبيعية (البترول) لمدة طويلة تتراوح بين 20 الى 30 سنة بالنسبة للعقود الحديثة، حيث تنفق الشركات اموال ضخمة خلال فترة التنقيب و تطوير الحقول المكتشفة، كما تستخدم احدث التقنيات في صناعة البترول حيث تقوم الشركة الاجنبية بدور الوكيل الذي يتولى تنفيذ عمليات التنقيب و تنفيذ و تسيير عمليات التنمية و الاستغلال بعد الاكتشاف التجاري[2].

و من خلال ما سبق سنقسم الدراسة في هذا المبحث الى ثلاث مطالب، نحدد في المطلب الاول مفهوم عقود الامتياز و المشاركة البترولية، ثم نبين مفهوم عقود المقاولة و اقتسام الانتاج البترولي في المطلب الثاني، و أخيرا نوضح مفهوم عقود الخدمات البترولية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم عقود الامتياز و المشاركة البترولية

يشكل عقد البترول الاسلوب المباشر لاستغلال الثروات البترولية، و يمكن تقسيم هذه العقود الى مرحلتين، المرحلة التقليدية و هي المرحلة التي ابرمت خلالها عقود الامتيازات التقليدية[3]، و هي تشكل مرحلة سابقة على استقلال الدول العربية، و قد ظلت عقود الامتياز لاستغلال الطاقة فترة طويلة باعتبارها الشكل القانوني السائد في تنظيم العلاقة بين الدول المنتجة لها و الشركات الاجنبية العاملة في هذا المجال طوال النصف الاول من القرن الحالي[4]، و المرحلة الحديثة التي تاتي عقب استقلال البلدان العربية و كان من الطبيعي ان تعدل شروط الامتياز التقليدي، و ظهور عقود جديدة تقوم على اساس

[1] حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية و اثرها على القانون الواجب التطبيق، نفس المرجع، ص174-177.

[2] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، العدد الثاني، الاقتصاد و الادارة، سنة 2001، ص172.

[3] يقصد بعقود الامتياز البترولية التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الاجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكامنة في اقليمها،او في جزء منه،والحق في استغلال تلك الموارد والتصرف فيها،و ذلك خلال فترة زمنية معينة في مقابل حصول هذه الدولة على فرائض مالية معينة، انظر الى عبد الباري احمد عبد الباري: النظام القانوني لعمليات البترول، بدون دار النشر، بدون بلد و سنة النشر، ص13.

[4] ابو زيد محمد سيراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 44 و ما بعدها.

المشـاركة بنسـب لا تقـل عـن 50 بالمئـة، و ترتـب علـى تغييـر الظـروف السياسـية و الاقتصـادية و الاجتماعية للمنطقة العربية ما يلي:

– ظهور افكار جديدة تعتمد على التحرر من نظام الامتيازات التقليدية.

– تعديل العقود القديمة لتحل محلها صيغ جديدة اتخذت عدة صور رئيسية:

– عقود التعاون[1]، عقود الخدمات[2]، عقود المساهمة في الانتاج[3] و عقود التمويل و المشاركة[4].

و جدت المشاركة في اقدم امتياز للنفط و هو عقد امتياز من ايران سنة 1901، اذ تنص المادة العاشرة منه بان: (تتلقى الحكومة الايرانية اسهما مدفوعة بكاملها في الشركة العاملة بقيمة 2000 جنيه استرليني و ذلك في غضون شهرين من تاسيس الشركة)، و تمثل هذه الاسهم واحد من ثلاثين من اسهم الشركة الذي حدد راسمالها ب 600000 جنيه استرليني الى ان تم تعديل المادة بالمادة 21 سنة 1933 الذي ينص: (على صاحب الامتياز ان يطرحوا الاسهم التي قد يصدرونها في المستقبل للاكتتاب في طهران و الخارج في نفس الوقت)، و بقي النص دون تطبيق الى ان الغي بتاميم النفط الايراني سنة 1951، و تجدر الاشارة الى انه تم الاخذ في الاعتبار بمشاركة الدول المنتجة للطاقة منذ سنة 1957 عن طريق الشركات الأجنبية المتعاقدة و التي عدلت بنود التعاقد و سمحت للدول المنتجة بالشراكة معها في استغلال ثرواتها من الطاقة[5]، كما كان موجودا من حيث المبدا في اتفاق شركة "جيتي" للزيت، المبرم مع المملكة العربية السعودية سنة 1949 اذ نصت المادة 15 منه بانه: (يكون للشركة استثناء خلال السنة الاولى حق تحويل حقوقها لشركة تشغيل تكونها لذلك الغرض، و اذا قامت شركة التشغيل بطرح اسهم راسمالها في السوق فانه يحق للحكومة او الرعايا السعوديين بموافقة الحكومة الاكتتاب بنسبة 25 بالمئة من الاسهم بنفس السعر و الشروط المطروحة به للاخرين)، و في الكويت نصت المادة 23 من اتفاقية " شل " بأنه: (للحكومة الحق في المشاركة بنسبة 20 بالمئة من اسهم الشركة صاحبة الامتياز في غضون تسعين يوما من اكتشاف النفط بكميات تجارية)، و في الجزائر عندما أبرمت اتفاقية " ايفيان " في مارس سنة 1962 التي بموجبها حصلت الجزائر على إستقلالها، حيث فرضت هذه الاتفاقية سريان

---

[1] مثاله عقد ايران العراق.

[2] طبقته فنزويلا في مباشرة نشاطها البترولي.

[3] طبقته اندونيسيا.

[4] أخذت الجزائر بنوع آخر من المشاركة ذات الهدف الخاص وتسمى المشاركة الضيقة، و يتمثل في وضع ترتيبات لتزيد الخدمات الفنية او الادارية و عقود الادارة و العلاقات التجارية و اتفاقيات استثمار براءات الاختراع، و هي محدودة وتنتهي بانتهاء الغرض، و تختلف عن الطريقة الاولى كونها تهدف الى الربح، و يكون ذلك باتفاق الشريكان باقتسام الربح و الخسارة او الاتفاق على انشاء شركة وسيطا البداية يتم بالتساوي فيه للقيام بذلك مادام الاتفاق في النفقات و ثمار المشروع.

انظرالجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 30، السنة الثامنة، بتاريخ 1971/04/13، و راجع ايضا عبد الرحيم محمد سعد: النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه، نفس المرجع.

[5] وجدت بعض الشركات التي تحتكر صناعة البترول في العالم في ايطاليا و فرنسا، للمزيد انظر الى ابو زيد محمد سيراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 66.

نصوص قانون البترول الصحراوي الذي وضع في عهد الاحتلال لحماية المصالح المالية الفرنسية، غير ان الثورة الجزائرية لم تقبل هذا الوضع المخالف للقواعد الدولية التي تنص على مبادئ السيادة الدائمة للشعوب على ثرواتها الطبيعية، فطالبت الجزائر سنة 1965 بتطبيق مبدا المشاركة، و قد اسفرت هذه المفاوضات عن اتفاق فرنسي جزائري لتطوير الامكانيات البترولية عن طريق وضع مساحة من التراب الجزائري قدرها 180 الف كيلو متر مربع بين شريكتين احداهما جزائرية و الاخرى فرنسية و تقسم مصروفات الانتاج مناصفة بين الشريكتين، على ان تقرض الشركة الفرنسية 60 بالمئة من مصروفات البحث و التنقيب[1]، و تضمنت الاتفاقية تحسينا لبعض البنود المالية في قانون البترول الصحراوي الواجب التطبيق على الامتيازات و التي تقرر رفع حصة الحكومة من 50 بالمئة الى 53 بالمئة خلال السنوات المالية 1965-1967 و الى 54 بالمئة سنة 1968 و 55 بالمئة خلال السنوات الاخرى، و اعمالا لهذه الاتفاقية قدمت تسهيلات مالية مقدارها 400 مليون دولار امريكيا تقدم خلال خمس سنوات، 40 مليون دولار في شكل منح و 160 مليون دولار في شكل قروض واجبة التسديد خلال عشرين عام، و 200 مليون دولار تقدم ضمانة لقروض الموردين الفرنسيين[2]، و كرس الامر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الحرية التامة للاستثمار المحلي أو الأجنبي، غير أنه بموجب تعديل قانون المالية لسنة 2009 يستلزم تطبيقا للمادة 04 مكرر إنجاز الاستثمارات الأجنبية في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة % 51 على الأقل من رأس المال الاجتماعي، كما تحدد مساهمة الاستثمارات الأجنبية بنسبة % 49 من رأس المال الاجتماعي في إطار الاستثمارات المنجزة بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية[3]، و يقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء[4]، كذلك تنص القاعدة على أن امتلاك الطرف الوطني المقيم أكثر من % 50 من رأسمال الشركة المختلطة يعد قرينة لإخضاعها للقانون الجزائري حتى و إن كانت المساهمة الوطنية في الشركة المختلطة مُجزّأة، الا انه ليس دائما من يملك أغلبية رأس المال يملك الرقابة على الشركة، و المساهمة بأقلية في رأس المال لا تمنح الطرف الوطني المقيم المساهم حق الملكية ولكن فقط حق المساهمة في تسيير الشركة، و يترتب عن هذه

[1] و توجد مشاركة اخرى في مجال الصناعة عن طريق مشاركة حكومة البلد المنتج مع شركات اجنبية سواء في عمليات الانتاج او في كافة مراحل العملية البترولية، كما هو الحال في اتفاقيات المشاركة الجزائرية، راجع يعقوب سليمان: الهياكل النفطية الجديدة في الوطن العربي، مقال منشور بمجلة الاقتصاد، السنة الخامسة، سبتمبر، اكتوبر سنة 1983.

[2] يسرى محمد ابو العلا: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المأمول (دراسة تاريخية، اقتصادية و سياسية مع الاشارة للنماذج التشريعية البترولية العالمية)، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2008، ص 593-595.

[3] انظر الى المادة 04 مكرر 1 للأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 .

[4] انظر الى نص المادة 04 مكرر من الأمر 01-03 المتممة بموجب المادة 56 من قانون المالية لسنة 2014 الصادر بموجب القانون 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، على مايلي: (لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51 % على الأقل من رأسمالها الاجتماعي ، و يقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء...).

التدابير عدم الاستفادة من نقل التكنولوجيا للاقتصاد الوطني من خلال استفادة المساهمين المحليين من التجارب الأجنبية و إنما المنتظر منهم التصرف كمساهمين فقط[1] .

و عليه سنقسم دراستنا في هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول تعريف عقود الامتياز البترولية و طبيعتها القانونية، ثم نقوم بتحديد علاقة عقود الامتياز و المشاركة بمبدا السيادة على الثروات البترولية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف عقود الامتياز و المشاركة البترولية و تحديد طبيعتهما القانونية

كانت الشركات الاجنبية صاحبة الامتياز هي المخولة بعمليتي الانتاج و التصدير، لذا سعت الدول المنتجة لالغاء نظام الامتياز كليا او جزئيا، و منذ بداية القرن العشرين دعت الاقطار المنتجة للنفط الشركات الاجنبية الى تعديل اتفاقيات الامتياز المنعقدة معها، استنادا الى قاعدة تغير الظروف و هو ما يعرف في القانون الداخلي بنظرية الظروف الطارئة القائمة على التوازن بين طرفي العقد، و من اجل فرض السيطرة الوطنية حاولت بعض الدول الغاء او منح الامتياز بموجب قوانين تصدرها او عن طريق التاميمات الكلية او الجزئية في بعض الدول النفطية، او تملك بلدان اخرى لجزء من الشركات صاحبة الامتياز كما في المملكة العربية السعودية و ابوظبي، او التملك الكامل لهذه الشركات من قبل بلدان اخرى كالكويت و قطر، مما ادى الى نهاية نظام الامتياز في ملكية و ادارة الصناعة النفطية، كما تراجع المقنن الجزائري على ضوء القانون الجديد للمحروقات عن الصيغ القانونية التي استحدثها بفضل ثورة التاميمات ليعود الى نفس التقنيات المعمول بها في النظم الراسمالية التي وردت في قانون البترول الصحراوي رقم 58-111 المؤرخ بتاريخ 22-11-1958 الذي اعتمد في الاساس على تقنية عقد الامتياز لتسيير نشاط النقل بالانابيب، و القاعدة العامة في عقود الامتياز التقليدية المبرمة خلال فترة الاستعمار الاوروبي لا ملكية و لا سيادة للدولة على منطقة الامتياز او الخام المنتج من هذه المنطقة، و التبعية الادارية للشركات الاجنبية لكافة العمليات دون تدخل الدولة حيث لا سيادة للدولة على الارض و الخام المنتج معا[2]، ثم بعد ذلك جاءت عقود المشاركة كبديل عن عقود الامتياز التي فرضتها الشركات الكبرى و ذلك بعد سيطرة الدول المنتجة على قطاع المحروقات تاكيدا لقاعدة السيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية، و بعد ان اصبحت للدول المضيفة شركات وطنية تعمل في مجال البترول حيث انتشرت عقود المشاركة خاصة في بداية السبعينات، و حاليا تاخذ الجزائر في مجال البحث و استخراج البترول في انشطة المنبع (الحلقات العليا) بعقود تقاسم الانتاج 51% للجزائر مقابل 49% للشريك الاجنبي طبقا

[1] سميحة حنان خوادجية: تقييد الاستثمار الاجنبي المباشر في الجزائر، ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر سنة 2015، ص06 فما فوق.

[2] مثال هذه العقود ،العقد المبرم بين الحكومة البحرينية و شركة "بايكو" سنة ،العقد المبرم بين الحكومة العراقية و شركة نفط الموصل سنة 1925، العقد المبرم بين الحكومة الكويتية و شركة نفط الكويت سنة 1934، العقد المبرم بين الحكومة القطرية و شركة نفط قطر سنة 1935، العقد المبرم بين سلطنة عمان و شركة امتياز البترول سنة 1937، و عقود البترول المصرية المبرمة سنة 1954، و العقود الجزائرية قبل سنة 1965، للمزيد من التفاصيل انظر الى المرجع حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، الطبعة الاولى، نفس المرجع، ص 193.

لقانون المحروقات الجديد، اما في انشطة المصب (التكرير و النقل بالانابيب و التوزيع) فتاخذ باسلوب عقود التشارك (التعاون) مع اطراف عديدة بغض النظر عن نسبة مشاركة كل طرف في المشروع[1].

أولا: تحديد المقصود بعقود الامتياز البترولية و طبيعتها القانونية

سنقوم بتعريف عقد الامتياز البترولي في قانون المحروقات الجزائري، و من خلاله نبين الاتجاهات الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية له و التي انقسمت الى رايين، الراي الاول الذي يعتبر عقد الامتياز عقد دولي، في حين يذهب الراي الثاني الى اعتباره ذو طبيعة ادارية.

1- المقصود بعقد الإمتياز البترولي

وضع المقنن الجزائري تعريف خاص لعقد الامتياز في المادة 05 الفقرة 10 من قانون المحروقات على انه: (وثيقة يرخص بموجبها الوزير المكلف بالمحروقات لصاحب الامتياز بانجاز و استغلال منشات النقل بواسطة الانابيب لمدة محدودة مع مراعاة تنفيذ الالتزامات المكلف بها بموجب هذه الوثيقة)، و عرف المقنن صاحب الامتياز في الفقرة الموالية بانه: (الشخص الذي يستفيد من امتياز النقل بواسطة الانابيب متحملا في ذلك الاخطار و التكاليف و الخسائر المترتبة على ذلك)، ما يجعل من عقد الامتياز شبيه بعقود الامتياز المنظمة في القانون الاداري و قانون البترول الصحراوي، و الملاحظ ان هذا القانون لم يضع تعريف لعقد الامتياز و ترك ذلك للفقه الذي عرفه بانه بانه: (عقد جامد و ملزم للاطراف لا يمكن تعديله الا بتراضيهم)[2]، و يعرف الاستاذ "دي لوبادير" عقد الامتياز بانه: (الامتياز هو عبارة عن اجراء تمنح السلطات الادارية في الدولة بموجبه بعض الحقوق لاشخاص طبيعيين او شركات وفقا لشروط يحددها سجل التزامات)، و التعريف الراجح لعقد الامتياز انه: (اتفاق بين دولة او هيئة وطنية تمثلها و بين شركة من الشركات المستثمرة للبترول في مساحة معينة من اراضي الدولة المنتجة او مياهها الاقليمية و ذلك لمدة زمنية معينة، و لها في سبيل ذلك كافة الحقوق التي تمكنها من ممارسة حقها و نشاطها في البحث و الاستغلال، و في مقابل ذلك فان الدولة تحصل على مقابل مادي و خدمات يحددها عقد الامتياز)[3].

و الملاحظ ان تعريف العقد في المادة 05 من القانون رقم07-05 يتقارب الى حد ما مع التعريف الوارد في قانون البترول الصحراوي الذي عرف عقد الامتياز على انه: (اتفاقية نابعة من دفتر شروط مبرمة بين الدولة المضيفة و الشركة صاحبة الامتياز)، في حين اعتبرته المادة 05 من قانون المحروقات وثيقة يرخص بموجبها الوزير المكلف بالمحروقات لصاحب الامتياز بانجاز و استغلال منشات النقل بالانابيب، حيث استخدم المقنن تارة مصطلح وثيقة و تارة اخرى مصطلح اتفاقية رغم اختلاف معنى و مضمون كلا المصطلحين، اذ ان الوثيقة هي اقرب الى معنى الرخصة التي تمنح بموجب قرار اداري من

[1] عيسى مقلد: قطاع المحروقات الجزائرية في ظل التحولات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، نفس المرجع، ص 113-114.

[2] انظر الى المادة 05 من قانون رقم 07-05 مؤرخ في 28 ابريل سنة 2007، الجريدة الرسمية العدد 50.

[3] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 561.

الوزير المختص، في حين الاتفاقية تكون بين طرفين على الاقل و تقوم على مبدا التراضي، كما يتبين لنا من نص المادة ان المقنن حصر موضوع الامتياز بتسيير نشاط النقل بالانابيب دون غيرها من الاعمال البترولية، في حين نجد ان الفقه في تعريفه للامتياز اشتمل جميع مراحل البحث و التنقيب مقابل مبلغ مالي كحق للدولة، حيث اكتفى المقنن باسناد مهام النقل بالانابيب للشركات الاجنبية عن طريق وثيقة الامتياز و اعتمد في الانشطة البترولية الاخرى على صيغ اخرى للتعاقد سنذكرها لاحقا.

من التعريفات السابقة يمكن لنا تعريف عقود الامتياز بانها: (وثيقة قانونية ترخص لصاحب الامتياز من طرف المؤسسة الوطنية للبترول بالقيام بالانشطة البترولية بما في ذلك خدمات النقل بالانابيب خلال مدة زمنية متفق عليها، مقابل حصول هذه الاخيرة على ارباح مادية و احتفاظها بملكية البترول).

2-الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي

و بشأن طبيعة عقد الإمتياز إنقسم الفقهاء إلى ثلاث إتجاهات ، حيث يرى الإتجاه الأول انه عقد دولي يستمد احكامه من مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة التي تفرض حسن النية عند ابرام و تنفيذ العقد، اما الاتجاه الثاني يعتبره عقد داخلي يخضع لقانون البلد المضيف، و يقوم هذا العقد على مبدا سلطان الارادة و مبدا المسؤولية العقدية لاطراف العقد، و مثل هذين المبداين يراعيان فائدة الدول المستهلكة للمحروقات و التي وجدت في عقد الامتياز اداة قانونية تتيح لها فرصة الرقابة على موارد المحروقات، و هو ما دفع بالدول المنتجة الى نقده و اعادة صياغته من حيث الجوانب التالية:

- تخفيض مدة سريانه بعد ان كان في السابق يبرم لمدة قد تصل الى 99 سنة.
- التقليص من المساحة المذكورة في العقد بعد ان كان يشمل قطع ارضية شاسعة.
- اخضاعه لاتاوة تصاعدية و ضريبة على المداخيل قد تصل الى 58% بعد ان كانت لا تتجاوز 30%، غير ان الدول المستهلكة رفضت التعديلات و تمكنت في بداية الستينات من ابرام عقود امتياز مع دول الخليج العربي تتميز بما يلي:
- عدم جواز نقض العقد خلال مدة سريانه و التي تتراوح ما بين 15 سنة و 75 سنة.
- تزويد العقد بنظام جبائي خاص تطغى عليه الاعفاءات الجبائية.
- سعة مساحات الامتياز و التي تجعل هذه المساحات مناطق منزوعة السيادة، ذلك ان الدولة الجزائرية في بداية السبعينات لم ترض بهذه البنود وسعت الى ازالتها من قانون المحروقات الجزائري من منطلق اعتبار العقد اداة للهيمنة و الاستغلال، و ذلك بموجب الامر رقم 86-14 المؤرخ بتاريخ 19 اوت سنة 1986 المعدل بالقانون رقم 91-21 المؤرخ بتاريخ 07-12-1991، اين تمكنت السلطة في القانون رقم 07-05 المؤرخ في 28-04-2005 من استعادة هذا العقد من قانون البترول الصحراوي، اما الاتجاه الثالث و الاخير، فحسبهم يعد العقد ذو طبيعة ادارية لانه ينشا بالتقاء ارادتين ارادة الدولة و ارادة صاحب الامتياز، و تبعا لذلك يخضع هذا العقد لرقابة القضاء الاداري "مجلس الدولة"، و يرى الفقيه "وايل بروكين" بانه عقد اقتصادي و ذلك يعود في الواقع الى خوف الدول المستهلكة من اخضاع العقد لرقابة

القضاء الوطني و هكذا يصبح العقد محل رهانات سياسية و قانونية اكثر منها اقتصادية، و تتم المصادقة على العقد في شكل مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء[1]، و يبرم العقد عن طريق المناقصة لانجاز المنشاة الخاصة بالامتياز و ذلك على مرحلتين، المرحلة التقنية الخاصة بالعرض الاقتصادي الذي يجب ان يستجيب لدفتر الشروط، اما المرحلة الثانية تسمى مرحلة اقتصادية موجهة لانتقاء احد المتعهدين و يكون معيار الاختيار هو تعريفة النقل على اساس عودة الاستثمار المعقولة من قبل سلطة ضبط المحروقات، و يمنح الانجاز فورا لصاحب احسن عرض[2]، و يخضع الطلب لتقدير سلطة ضبط المحروقات التي تتولى اعداد توصية تقدمها للوزير المكلف بالمحروقات، و يمكن لهذا الاخير بناء على تقرير مبرر و شامل ان يسمح لسوناطراك شركة ذات اسهم اذا لم تكن طرفا باخذ مشاركة في كل امتياز نقل المحروقات بالانابيب، و تقدر مدة الامتياز ب 50 سنة و تضمن السلطة حق الاستعمال الحر لمنشات النقل باستثناء الانابيب العابرة للحدود الوطنية التي تخضع للسلطة التقديرية للوزير المكلف بالمحروقات[3]، و يلتزم صاحب الامتياز بعدم تعليق نشاطه الا في حالة القوة القاهرة كما هي معرفة في نص المادة 05 من قانون المحروقات[4].

و خلاصة القول نرى ان عقد الامتياز في الاستثمارات البترولية اصبح اداة قانونية في ادارة الموارد البترولية خاصة في مرحلة النقل بالانابيب التي خصها المقنن باحكام قانونية في قانون المحروقات و التنظيمات الخاصة به، و حسب راينا يعد عقد الامتياز ذو طبيعة خاصة كون اجراءات ابرامه الخاضعة للمناقصة و المستعملة في العقود الادارية، و كذا تضمن العقد العرض الاقتصادي الذي يضفي عليه الطابع الدولي الاقتصادي كون ان موضوع الامتياز و احد اطرافه متعامل اقتصادي يمكن ان يكون دوليا، و حسنا فعل المقنن لما سمح لشركة سوناطراك باخذ مشاركة في كل امتياز نقل بالانابيب تفعيلا للدور الرقابي للشركة الوطنية على اهم مورد استراتيجي و هو البترول.

[1] تنص المادة 73 من قانون رقم 13-01 المتضمن قانون المحروقات على: (فيما يخص الانابيب الدولية القادمة من خارج التراب الوطني لتعبره كليا او جزئيا، و الانابيب الدولية التي يكون منطلقها التراب الوطني، يمكن الوزير المكلف بالمحروقات، بعد موافقة مجلس الوزراء ان يمنح امتياز النقل).

[2] تنص المادة 70 من قانون رقم 07-05 المتضمن قانون المحروقات على: (من اجل منح امتياز للنقل بواسطة الانابيب كما هو مبين في الفقرتين 3 و4 من المادة 69 اعلاه، حيث يتطلب طرح طلب على المنافسة بشانه، تقوم سلطة الضبط بطرح طلب على المنافسة يكون فيها المعيار الوحيد للاختيار تعريفة النقل بواسطة الانابيب على اساس عودة الاستثمار المعقولة المطلوبة من سلطة الضبط مع مراعاة احترام النصوص التقنية لدفتر الشروط).

[3] انظر الى المادة71 و 73 من نفس القانون.

[4] عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار-الانشطة العادية و قطاع المحروقات-،نفس المرجع، ص 726-730.

من خلال هذا الفرع سنقوم بتحديد المقصود بعقد الامتياز البترولیو طبيعته القانونية، ثم المقصود بعقود المشاركة البترولية و صورها المختلفة، و اخيرا علاقة كلا العقدين اي عقد الامتياز و عقد المشاركة بمبدا السيادة على الثروات الطبيعية، و هذا وفق التقسيم الاتي:

ثانيا: تحديد المقصود بعقود المشاركة البترولية و صورها المختلفة

سنقوم بتحديد المقصود بعقود المشاركة البترولية حسب التعاريف الفقهية لها، و من خلاله نتعرف على اهم الصور التي تتخذها عقود المشاركة البترولية و التي تتمثل اساسا في الاشتراك بالمساهمة و الشراكة التجارية، ثم نشير الى موقف قانون المحروقات الجزائري و اهم عقود المشاركة البترولية التي نص عليها صراحة.

1-المقصود بعقد المشاركة البترولية

تعرف عقود المشاركة[1] بانها: (ذلك الاتفاق الذي يبرم بين الدولة المانحة للامتياز باعتبارها طرفا في العقد او احدى مؤسساتها الوطنية و مستثمر اجنبي كطرف اخر، و يحصل بمقتضاه المستثمر الاجنبي على حق امتياز البحث و استغلال الثروات البترولية في مساحة محددة من اقليم الدولة و لمدة زمنية معلومة)، نتوصل من هذا التعريف الى ان نظام المشاركة قائم على اشتراك الدول المنتجة للنفط او احدى مؤسساتها النفطية مع شركة اجنبية في التنقيب عن النفط و استغلاله اشتراكا متكافئا في الالتزامات و الحقوق، فالدولة من جهة شريك في المشروع و من جهة اخرى مانحة للامتياز او الترخيص، و يترتب على ذلك التزامات تقع على عاتق الشركة اتجاه الدولة، و في تعريف اخر: (عقد المشاركة هو عقد بين حكومة او احدى مؤسساتها او شركاتها و بين شركة اجنبية يكون للاخيرة بمقتضاه حق البحث عن البترول في منطقة معينة و زمن معين، فاذا وفقت الشركة في اكتشاف البترول يبدا في تكوين شركة مشتركة بين الطرفين مهمتها استغلال البترول المكتشف مناصفة)، و من ثم يتضح ان عقد المشاركة يتكون من عنصرين الاول يتعلق بالمرحلة السابقة على اكتشاف البترول و الشريك الاجنبي الذي يتحمل عنصر المخاطرة وحده، و العنصر الثاني يبدا من تاريخ اكتشاف البترول حيث تتدخل الدولة كشريك حسب النسب المتفق عليها في العقد، و الذي يبدا من تاريخ اكتشاف الموارد البترولية[2].

مما سبق يمكن لنا تعريف عقود المشاركة البترولية بانها شكل تعاقدي جديد لعقد الامتياز بحيث تكون المؤسسة الوطنية المانحة للامتياز كطرف في التعاقد مع الشريك الاجنبي الذي يقوم باعمال البحث و التنقيب عن البترول مقابل تقاسم تلك الارباح مع الدولة المضيفة.

---

[1] يطلق على هذا النوع من الاستثمار بالمشروع المشترك، حيث يقوم المستثمر الاجنبي بالاشتراك مع راس المال الوطني، انظر الى يوسف عبد الهادي خليل الاكياني: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1989، ص61، او تكون هذه المشاركة بنسبة متساوية بين راس المال الوطني و الاجنبي، انظر الى عبد الواحد الفار: احكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، القاهرة، مصر، سنة 1979، ص99.

[2] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 579-580.

2- صور عقد المشاركة البترولية

تتحقق المشاركة البترولية بعدة صور منها اقتسام الارباح مناصفة او المشروع المشترك او المشاركة في الانتاج، و بعضها يقتصر على الحصول على جزء من الارباح فقط و البعض الاخر يكون مالكا في راس المال، و يكون له حق الاشتراك في الادارة و الاشراف على الانتاج، كما تتنوع المشاركة وفقا لنصوص العقد او الاتفاقية التي تنظمها و تكون المشاركة في مرحلة معينة من العمليات دون ان تمتد الى غيرها، و قد ترد المشاركة في اطار عقود الامتياز ذاتها و قد يرد النص عليها في اتفاقيات خاصة[1]، كما تتحقق هذه المشاركة اما عن طريق انشاء شركة تشمل كلا من الدولة و المشروع الاجنبي، و اما عن طريق انشاء مشروع مشترك لا يتمتع بالشخصية المعنوية، و يتصرف كل طرف من اطراف المشاركة فيه من خلال المشروع على نحو المستقبل لصالح الطرف الصادر عنه التصرف[2]، و اما ان يمنح الامتياز الى المؤسسة الوطنية للنفط وتقوم هي باشراك الشركة الاجنبية المعنية معها بحق النصف[3]، او ان يمنح الامتياز للشركة الاجنبية على ان تتعهد هذه الاخيرة بان تؤسس بعد اكتشاف كميات تجارية من النفط شركة يكون للمؤسسة الحكومية نصف اسهمها او اقل او اكثر حسب الاتفاق[4].

ا-الاشتراك بالمساهمة "L'association en participation":

يتميز هذا النوع من الشراكة بتمويل استثمارات البحث من طرف الشريك الاجنبي، وكمثال عن نسبة المشاركة حصة المؤسسة الوطنية سوناطراك 51% حيث يسحب الشريك الاجنبي حصته من انتاج الحقل حسب نسبة المساهمة، وعند اكتشاف حقل قابل للاستغلال فان الشركة الاجنبية تتمتع بحقها في انتاج الحقل بنسبة مساهمتها و التي لا تتجاوز 49% من الانتاج المكتشف، و هذا النوع من الشراكة ظهر في الجزائر قبل صدور قانون سنة 1986، و كان اول اشتراك بالمساهمة بمنطقة " Stah-Méreksen "

[1] طارق عزت رخا: دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروة البترولية، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر،ص120.

[2] مثال ذلك نماذج اتفاقيات المؤسسة المصرية العامة للبترول حيث تم عقد مشروع مشترك بين شركة البترول المصرية الدولية(JEOC) والجمعية التعاونية المصرية للبترول(ECPC) و الهيئة العامة للبترول(GPA) من جهة اخرى وعهد اليهما استغلال حقول البلاعم في شبه جزيرة سيناء، و ابرمت مصر عدة اتفاقيات مشاركة مع شركات اجنبية في العامين1963-1964، و كلها لا تخرج عن الاطار العام للمشاركة بالمناصفة، انظر الى المرجع: حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الارض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي العام، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، سنة1978، ص497.

[3] نموذج اتفاقية السعودية مع شركة"ايني" الايطالية و"سنكلير" الباكستانية، انظر الى المرجع رباح غسان: الوجيز في العقد التجاري الدولي(نموذج عقد نفطي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص30.

[4] مثال ذلك اتفاقية السعودية مع"اوكسيراب"الفرنسية سنة1965،وهي تغطي ثلاث مناطق على ساحل البحر الاحمر، و تقضي الاتفاقية بانه عند اكتشاف النفط تؤسس شركة مختلطة بين المؤسسة العامة للبترول و المعادن (بترومين) و"اوكسيراب"الفرنسية، و نصت المادة التاسعة من هذه الاتفاقية على ان للحكومة حق المشاركة بنسبة 40 بالمئة من اسهم الشركة تكتتب فيها بنفسها او عن طريق احدى وكالاتها او مؤسساتها او بواسطة رعاياها السعوديين، انظر الى المرجع سعد علام القاضي: موسوعة التشريعات البترولية في الدول العربية، دون دار نشر، الدوحة، قطر، سنة 1978، ص 358.

بين المؤسسة الوطنية " سوناطراك " و شركة " TOTAL " سنة 1973، و في سنة 1990 مع الشركة الفنلندية " Nasteoy "[1].

ب-الشراكة التجارية " Société commerciale action ":

يتطلب هذا الشكل من المشاركة قيام شركة جديدة مكونة من اطراف العقد تكون وكيلة عنهما و تتحمل اعباء و مسؤوليات عقد المشاركة، و هي تعرف بشركة التشغيل او المنفذة للاعمال، و يؤسس بين الطرفين مشروع مشترك لرعاية المصالح الشائعة في الامتياز و هو ما يعني ملكية الشيوع للامتياز و مرافقه[2]، حيث تخضع الشركة التجارية المختلطة للقانون الجزائري و تكون نسبة مساهمة سوناطراك ب 50% على الاقل، اما ما يخص طرق التمويل فهي نفسها كما في حالة الاشتراك بالمساهمة و تكون في حالتين الاولى يوزع الانتاج بين الشركات بحيث يدفع كل طرف الاتاوة على حصته، و الثانية الشركة التجارية التي تقوم بتسويق الانتاج و عليها دفع الاتاوة، و مثاله الشركة المختلطة ALEPCO " Algéro Libyenne "، التي نشات بموجب اتفاقية ثنائية سنة 1986 و استفادت من البحث و الاستغلال في منطقة غرداية، و هي شركة ذات حصص مساهمة متساوية بين سوناطراك و الشركة الليبية " NOC "[3].

يتبين من النماذج السابقة ان المشاركة في هذه العقود مجرد مشاركة صورية سواء هذا الشريك الوطني الدولة ام رعاياها، بالاضافة الى ان هذه المشاركة لم تغير جوهر الامتياز الذي يتمثل في السيطرة التامة للشركة الاجنبية على الصناعة النفطية في الدولة التي منحت الامتياز لها، و بدات المشاركة الحقيقية بفضل اتفاقيات المشاركة بالمناصفة، اذ ابرمت مصر مع شركة " ايني " الايطالية سنة 1958 و اصدرت مصر قانون ينص بان 51 بالمئة على الاقل يجب ان يملكها المصريون، و في سنة 1957 ساهمت ايران في دفع نظام المشاركة بتاسيس شركة البترول الايرانية التي ابقت الحق المنفرد في القيام بالنشاط النفطي في ايران، و لكن اول الخطوات للاخذ بنظام المشاركة في الاتفاقيات النفطية بشكل اكثر وضوحا، حصلت فيها الدولة على نسب عالية تتراوح بين 40-60 بالمئة من راس المال مع بداية سنة 1965، حيث ابرمت مؤسسة البترول و المعادن السعودية "بترومين" اتفاقا مع شركة "اوكسيراب" الفرنسية، تضمن حق الحكومة في المشاركة بنسبة 40 بالمئة من اسهم الشركة تكتب فيها بنفسها او عن طريق احدى وكالاتها او مؤسساتها بواسطة رعايا سعوديين، الا ان القرار الاهم حول المشاركة هو القرار رقم 2158 الصادر بتاريخ 25-11 -1966، الذي اكد ان الاستثمار الاجنبي يجب ان يتم تحت رقابة

[1] امينة طيبوني: تمويل الاستثمارات في الجزائر بالرجوع الى قطاع المحروقات، نفس المرجع، ص152.

[2] اخذت الجزائر بهذا الشكل حيث نص المرسوم الخاص بتنظيم القواعد البترولية بتاريخ 12-04-1971 على ان تتولى شركة سوناطراك دور منفذ الاعمال يعاونها في ذلك الشريك الاجنبي، انظر الى محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 581.

[3] امينة طيبوني: تمويل الاستثمارات في الجزائر بالرجوع الى قطاع المحروقات، نفس المرجع، ص 152.

الدولة بما يوافق مصالحها التنموية و قوانينها و حق الدول في ممارسة السيادة على مصادرها الطبيعية[1]، كما اكدت منظمة الاوبيك[2] في قرارها الشهير رقم 99 الصادر بتاريخ 25 جوان سنة 1968 في مؤتمرها السادس عشر في " فيينا " و الذي نص على انه: (اذا لم تكن اتفاقية النفط القائمة تتيح مشاركة الحكومة تستطيع طبقا لمبدا تغيير الظروف ان تشارك مشاركة معقولة في الامتيازات المذكورة)[3].

و في إطار إصلاح قطاع المحروقات أصدر المقنن الجزائري قانونا جديدا سنة 1986[4] الذي ألغى بموجبه الأمر لسنة 1971[5]، و تضمن هذا القانون أهم البنود الخاصة لفتح القطاع أمام الاستثمار الأجنبي المباشر و حدد إطار الشراكة بين الشركة الوطنية " سوناطراك " و الشركات البترولية الأجنبية، و قد تضمن القانون رقم 86-14 العديد من الاحكام الهادفة لإصلاح قطاع المحروقات بالجزائر حيث حيث سمح هذا القانون بأربع صيغ للشراكة و هي:

- الشراكة في صيغة عقد تقاسم الإنتاج.
- الشراكة في صيغة عقد خدمات.
- الشراكة في صيغة شركة تجارية تخضع للقانون الجزائري و يكون مقرها بالجزائر لكنها لا تحمل الشخصية المعنوية.
- الشراكة في صيغة شركة أسهم تخضع للقانون الجزائري و يكون مقرها بالجزائر[6].

كما جعل المقنن الجزائري الشركات الوطنية الفاعل الأصلي في القطاع من خلال حيازتها على نسبة 51% من نسبة الشراكة، و أن لا تتجاوز نسبة الشركات الأجنبية نسبة 49% و ذلك بموجب المادة 24-25 من القانون أعلاه، و قصر منح الشهادات المنجمية -تراخيص الاستكشاف و/أو الاستغلال-

---

[1] ترجمة نص القرار باللغة الانجليزية: " Recognizes the right of all countries,and in particular of the developing countries,to secure and increase their share in the administration of enterprises which are fully or partly operate d by foreign capital and to have a greater share in the advantage and profits derived there from on an equitable basis,with due regard to the development needs and objectives of the people concerned and to mutuality acceeptable contractual practices,and calls upon the countries from which such capitals originates to refrain from any action wich would hinder to exercise of that right".

Available at :www .un.org /doc/GA at :12/01/2009.

[2] جاء الاهتمام للاوبيك في الاعلان الرسمي حول السياسة البترولية في الاقطار الاعضاء الذي صدر بموجب القرار رقم 90 في25 حزيران سنة 1968، و كانت الحكومات تستشهد بالمبدا القانوني الوارد في القرار"مبدا تغير الظروف" في تلك الايام كاساس لاعادة النظر بشروط الامتياز، انظر الى ايان سيور: الاوبك اداة تغيير، منظمة الاقطار العربية المصدرة للبترول، الكويت، سنة 1983، و سيروب استيبيان: منظمة البلدان المصدرة للنفط، منشورات النفط و التنمية، بغداد، العراق، سنة 1980، ص 103-104

[3] اسماعيل ابراهيم كاوان: عقود التنقيب عن النفط و انتاجه (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، نفس المرجع، ص183-193.

[4] قانون رقم 86-14 مؤرخ في 19 اوت سنة 1986 المتعلق باعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالانابيب،ج.ر.ع 35 مؤرخة في اوت سنة 1986.

[5] امر رقم 17-28 مؤرخ في 12 افريل سنة 1971، و المتضمن تحديد الاطار الذي تمارس فيه الشركات الاجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله، ج.ر.ع 30 الصادرة بتاريخ 13 افريل سنة 1971.

[6] بلقاسم سراري: دور و مكانة قطاع المحروقات الجزائري في ضوء الواقع الاقتصادي الدولي الجديد، نفس المرجع، ص 109 فما فوق.

على الشركة الوطنية " سونطراك " فقط، و التي تقوم مقام الدولة و تمارس لحساب هذه الأخيرة شكلا من أشكال الاحتكار على نشاط الاستكشاف و الاستغلال، و لها خيار التفاوض مع الشركاء الأجانب و اختيار الكيفية المثلى لاستغلال المحروقات وفق إحدى الصيغ الأربع المذكورة سابقا وفقا للمادة 9 من القانون أعلاه، كما أن المقنن حصر مجال تطبيق القانون في قطاع البترول فقط دون قطاع الغاز بنص المادة 23، و حصرت المادة 65 مجال تطبيق القانون من حيث الزمان، حيث قررت أن القانون أعلاه لا يسري إلا على الاكتشافات النفطية الجديدة فقط و أن كل الحقول المكتشفة قبل تاريخ صدور هذا القانون هي خارج مجال الشراكة، و لا يمكن أن تكون موضوعا للتعاقد بين الشركة الوطنية " سونطراك " و شركائها الأجانب، من اجل احتفاظ الشركة الوطنية سونطراك بأهم الحقول النفطية و التي اهمها تتواجد ب " حاسي مسعود "[1].

الفرع الثاني: علاقة عقود الامتياز و المشاركة بمبدأ السيادة على الثروات البترولية

تؤدي عقود الامتياز الى تجميد السلطة التشريعية فيما يتعلق باستبعاد خضوعها للقانون و القضاء الوطنيين اما صراحة او ضمنيا، و مثاله ادراج مواد صريحة في المادة 186 من اتفاقية امتياز شركة نفط الكويت سنة 1934 التي تنص: (يتعهد الشيخ بالا ينقض هذه الاتفاقية سواء عن طريق تشريع خاص او عام او عن طريق لوائح ادارية او اي قانون اخر)، و عن التجميد الضمني مثل النص على حصول الدولة على نسبة معينة من الاتاوات لا تستطيع الدولة تجاوزها[2]، و في حالات اخرى ينص العقد على شرط عدم فسخ العقد الا باتفاق ثنائي لاطراف التعاقد، اي تجميد صلاحيات السلطة التشريعية للدولة مانحة الامتياز في سن القوانين الخادمة للخطة الاقتصادية و يحدث بالتالي انفصال بين ثروات الدولة و تنميتها الاقتصادية، ثم جاءت عقود المشاركة لممارسة الدول سيادتها على ثرواتها البترولية و مساهمة العناصر الوطنية في تطويرها بواسطة ممارستهم الفعلية في العمليات البترولية الادارية، و ممارسة هذه السيادة لا يعتبر هدفا بذاته بل خطوة لتحويل صناعة البترول من سيطرة النفوذ الاجنبي نحو سيطرة العناصر الوطنية للنهوض بالصناعة و التنمية الاقتصادية و هذا ما ركزت عليه منظمة الاوبك في مؤتمرها الوزاري العشرين الذي عقد بالجزائر [3].

---

[1] مشار اليه في امينة ركاب: الشراكة كوسيلة قانونية لتشغيل الاستثمار الاجنبي في الجزائر،ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،يومي 18 و 19 نوفمبر سنة 2015، ص 09 فما فوق.

[2] مثاله نص المادة66 من العقد المبرم بين الشركة الايطالية "ايني" و الجمهورية العربية المتحدة التي تنص: (يخضع هذا العقد للشروط و الاحكام التي يشتمل عليها و لا يمكن تعديلها باتفاق بين الفرقاء المتعاقدين).

[3] انظر الى المادة21 من العقد الذي ابرم بين العربية السعودية و الشركة الايطالية "اجيب" و الذي ينص على: (ان هذا العقد سيكون اتفاقا ثنائيا جامدا غير قابل للتغيير و ملزما للاطراف و لا يمكن تعديله الا كتابيا و بالرضى المتبادل)، كما اوصت منظمة الاقطار المصدرة للبترول بتطبيق نظام المشاركة عوضا عن نظام الامتياز التقليدي تاكيدا على السيادة الوطنية على الثروات البترولية و استغلالها من اجل تحقيق التنمية الاقتصادية، و مما يجدر ذكره خصوصا ما قامت به الكويت بعد تامينها للمشاركة بنسبة60% و بعدها لجات الى التفاوض من اجل الوصول الى الملكية الكاملة للثروة النفطية و ذلك من خلال الاتفاق الذي ابرمته مع شركة"برتش بتروليوم وجولف"، و ذلك في سبتمبر سنة 1975، انظر الى محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 570-578.

و تجدر الاشارة الى الى ان الدولة المضيفة في حالة عقود الامتياز لا تتحمل اي مخاطر و غير ملزمة بتحمل تكاليف الاستخراج و الاستغلال كما انها غير معنية بتحديد اسعار البترول، و قد سادت هذه العقود لفترة طويلة نتيجة للسيطرة السياسية للدول الاجنبية على الدول المنتجة، حيث تم استغلال النفط بشروط مجحفة و لم تقدم الشركات العالمية على اقامة اي صناعات نفطية محلية او تشغيل للعمالة الوطنية، هذه المزايا تم الغاؤها من طرف الدول المنتجة فيما بعد سواء عن طريق المفاوضات او عن طريق اجراء التاميم المباشر للبترول[1]، لذلك تضمنت عقود الامتياز البترولية الجديدة العديد من الحقوق و الامتيازات الخاصة بالطرفين نذكر بعضها في الاتي:

أولا: حق البحث و الاكتشاف و الانتاج في عقد الامتياز و المشاركة البترولية

يترتب عن عقد الامتياز و المشاركة البترولية جملة من الاثار القانونية للطرفين، تتمثل اساسا في التزام الشركات البترولية في البحث و الاكتشاف و الانتاج في عقود الامتياز البترولية، و كذا سلطة الدولة في الرقابة و الاستفادة من التكنولوجيا التي توفرها الشركات الاجنبية في عقود المشاركة البترولية.

1- حق البحث و الاكتشاف و الانتاج في عقد الامتياز البترولي

تتضمن كافة اتفاقات الامتياز منح صاحب الامتياز عديدا من الحقوق بالنسبة للمخزون البترولي الذي قد يوجد في منطقة الامتياز، و قد تضمنت المادة الثانية من الاتفاقية المبرمة بين شيخ الكويت و شركة "شل" في ماي سنة 1961 تفاصيل هذه الحقوق نصت على أنه: (1- يمنح الامير وفقا لهذا الاتفاق الشركة لمدة 45 سنة تبدا من تاريخ التوقيع عليه:

- الحق المطلق في البحث و الاكتشاف و الحفر لانتاج البترول و الحصول عليه في منطقة الامتياز.
- الملكية الخالصة لكل البترول المنتج من منطقة الامتياز.
- الحق في التكرير و النقل و البيع للاستهلاك داخل الكويت، او للتصدير بحرية الى خارجها، او خلافا لذلك التعامل او التصرف في اي جزء من هذا البترول او فيه جميعه...)، و تمنح غالبية اتفاقيات الامتياز البترولية صاحب الامتياز هذه الحقوق الثلاثة، كما هو الحال في اتفاقية الكويت و شركة "شل" سنة 1961، بينما تمنح بعض الاتفاقيات الحديثة هذه الحقوق على مرحلتين متتاليتين: في المرحلة الاولى تخوله الحق المطلق في الاستكشاف و الحفر لاكتشاف البترول في منطقة الامتياز، و على سبيل المثال الاتفاقية التي ابرمتها السعودية مع الشركة اليابانية سنة 1957 التي نصت على: (تمنح الحكومة بمقتضى هذه الاتفاقية للشركة منفردة رخصة للتنقيب عن البترول و للقيام باكتشافه لمدة لا تزيد عن سنتين ابتداء من توقيع هذه الاتفاقية...)، كما تنص المادة الرابعة من نفس الاتفاقية على انه: (تتعهد الحكومة بموجب هذا بمنح الشركة امتيازا للاستثمار لمدة اربعين عاما وفقا للشروط الاتي بيانها، فيما يتعلق بالنصف المشاع الذي تملكه الحكومة في نفس المنطقة المحددة في المادة الثانية، عندما ينتهي

[1] عيسى مقلد: قطاع المحروقات الجزائرية في ظل التحولات الاقتصادية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع اقتصاد التنمية، نفس المرجع، ص 112-113.

تاريخ رخص التنقيب و الاستكشاف او بناء على طلب الشركة قبل ذلك الموعد اذا اكتشفت الزفت بكميات تجارية)[1].

إلا أنه يرد على حق البحث و الاكتشاف و الانتاج جملة من القيود، فاذا كانت بعض الاتفاقيات البترولية تصف حق صاحب الامتياز في البحث و الاكتشاف و الانتاج بانه حق مطلق، فلا يخل بهذا الوصف ان تضع الدولة المضيفة اطارا مبعثه المصلحة العامة، و تظهر هذه القيود في شكل معيار الاجتهاد الواجب و الاستخدام الحسن لحقل البترول، فقد نصت المادة 1/13 من الاتفاق المبرم بين الشركة الوطنية الايرانية و شركة " سفير " سنة 1958 على انه: (يخضع الطرفان العاملان من خلال شركة " Iracan " [2] و يتقاسمان تكاليفها و نفقاتها للالتزامات التالية: – بذل قصارى جهدها في تنمية اي حقول تكتشف و ذلك للحد الاقصى الذي يتفق مع السلوك الحسن المتبع في صناعة البترول، كما يستخرجان البترول المكتشف بالمعدل الذي يضمن استخراج كافة الاحتياطات المكتشفة بطريقة اقتصادية و بأحد السبل المتبعة في صناعة البترول، على ان يراعوا بصفة خاصة المبادئ الفنية الصحيحة في حفظ الاحتياطي الهيدروكربوني، و بصفة عامة تنفيذ كافة العمليات التي يخولها هذا الاتفاق...)، و تثور في هذا المجال مشكلة كيفية رسم الخط الفاصل بين ما يعد ممارسة سليمة لهذا الحق و ما يشكل اعتداء على الاشتراطات العقدية، و توضح المادة 42 من الاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية و شركة " جيتي " سنة 1949 حيث تنص: (يجب ان تكون تحت تصرف الشركة كل الشؤون الفنية في هندسة البترول و الانتاج و صناعة التكرير، الحفر، السد، الاغلاق و التصرف بالغاز و غير ذلك و كل الشؤون المتعلقة بطريقة بناء و صيانة و تشغيل الوسائل التي تبنيها و تصونها الشركة بموجب هذه الاتفاقية...)[3]، كما يقيد هذا الحق شرط التخلي الاقليمي الذي يرتبط بالاشتراطات العقدية التي تعين منطقة الامتياز، و من امثلة المساحات الشائعة التي منحت لشركات الامتياز ما نصت عليه المادة الاولى من الاتفاقية المبرمة بتاريخ 17 ماي سنة 1935 بين شيخ قطر و شركة البترول "الانجلو فارسية" من انه: (يمنح الشيخ الشركة في امارة قطر حق البحث و التنقيب و الحفر و استخراج و شحن و تصدير و تكرير و بيع البترول مدة خمسة وسبعين عاما) و يقصد بامارة قطر كل المنطقة التي يمتد لها

[1] و على سبيل المثال اتفاقية حضرموت وبان امريكان سنة 1961 (المادتان2–4)، اتفاقية السعودية و اوكسيراب سنة 1965 (المادتان1–8)، و تجدر الاشارة الى ان التفرقة بين رخصة البحث و عقد الاستغلال عرفت لاول مرة في البلاد العربية في العقود التي ابرمتها مصر سنة 1913 مع شركة ابار الزيوت الانجلو مصرية بين رخصة البحث و مدتها 05 سنوات (المادة02)، و عقد الاستغلال و مدته ثلاثون سنة (المادة03)، راجع احمد عبد الحميد عشوش،عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات ونظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص 17–20.

[2] هي الشركة التي انشاتها شركة النفط الوطنية الايرانية و شركة سفير مشاركة بينهما.

[3] و منذ قيام منظمة الاوبكOPEC في نهاية سنة1961حتى نهاية سنة1971 فانه تم انتاج اكثر من104ترليون(مليون مليون) قدم مكعب من الغاز ومن هذا الناتج الاجمالي تم حرق حوالي 76% اي حوالي13,2 بليون قدم مكعب من البترول السائل ، انظر الى احمد عبد الحميد عشوش،عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص 35–39.

حكم الشيخ، كذلك حصلت شركة امتياز البترول الانجليزية بتاريخ 24 جوان سنة 1937 على امتياز شمل كل اقليم سلطنة عمان بما في ذلك المياه الاقليمية (م1)، و حددت المادة الاولى من الاتفاقية المبرمة بين شيخ البحرين و شركة " بابكو " سنة 1925 مدة الامتياز بتسعة و تسعين سنة تنتهي في سنة 2024، و كذلك حددت المادة الاولى من الاتفاقيات التي ابرمتها العراق مع شركة نفط العراق و شركة نفط الموصل و شركة نفط البصرة مدة الامتياز بخمسة و سبعين سنة[1].

و تلزم بعض الاتفاقيات فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية الاخرى صاحب الامتياز التخلي تدريجيا عن اجزاء من المنطقة غير المستغلة، و على سبيل المثال فان اتفاق السعودية و " أرامكو " سنة 1933 الذي كان يغطي وقت ابرامه حوالي 44,000 ميلا مربعا، نص في مادته التاسعة على انه: (خلال تسعين يوما من تاريخ الشروع في عمليات الحفر، تتخلى الشركة للحكومة عن بقع اخرى من المنطقة المشمولة التي قد تقرر الشركة انذاك عدم المضي في استكشافها او التنقيب فيها، او عدم استعمالها فيما له علاقة بهذا المشروع، ان جميع البقع التي تكون قد تخلت الشركة عنها ستطلق من قيود و شروط هذه الاتفاقية، انما يكون للشركة الحق الدائم في استعمال هذه الاراضي المتخلية عنها في تسهيل النقل و المواصلات طوال مدة هذه الاتفاقية)، حيث عدلت المادة التاسعة من اتفاقية السعودية و " ارامكو " سنة 1933 اربع مرات، و مثال اخر فمن خلال سلسلة طويلة من المفاوضات امتدت اكثر من ثلاث سنوات (من 28 سبتمبر 1958 الى غاية 11 اكتوبر سنة1961)، عجزت حكومة العراق و الشركات الثلاثة المستفيدة من الامتياز العاملة في اقليمها عن التوصل الى اتفاق شامل في شان التخلي عن الاقاليم غير المستغلة[2].

2- سلطة الدولة المضيفة في الرقابة و الاستفادة من التكنولوجية[3] في عقود المشاركة البترولية

تنشئ عقود البترول لصالح الدولة المتعاقدة عدة حقوق منها الحق في الاشراف و الرقابة على عمليات الشركة المتعاقدة و انشطتها، حتى تتاكد الدولة من قيام الشركة باداء التزاماتها وفقا لما هو متفق عليه في العقد، فقد تضمنت معظم عقود البترول نصوصا تعطي لممثلي الحكومة المفوضين قانونا الحق في

[1] راجع مدة الامتياز في الاتفاقيات التالية: الكويت و شركة"امينويل" سنة 1948 (60سنة)، الكويت و شركة امينويل (كاليفورنيا)، سنة 1949. (60 سنة)، قطر و شركة نفط قطر سنة1935(75سنة)، السعودية و شركة ارامكو سنة 1933 (66 سنة)، السعودية و شركة "جيتي" سنة 1949 (60 سنة)، انظر الى بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات ونظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص 39-41.

[2] قامت وزارة النفط العراقية بنشر المفاوضات التي دارت بين الحكومة العراقية و الشركات العاملة في اقليمها والتي استمرت من28 سبتمبر سنة 1958 حتى11اكتوبر سنة 1961، في تقرير مؤرخ في17اكتوبر سنة1961 بعنوان: تقرير عن نتائج المفاوضات مع شركات البترول.

=راجع احمد عبد الحميد عشوش،عمر ابو بكر باخشب:النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات ونظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص47-49.

[3] التكنولوجية بحسب مؤتمر الامم المتحدة للتنمية و التجارة (الاونكتاد) هي كل ما يمكن ان يكون محلا لبيع او شراء او تبادل، و على وجه الخصوص براءات الاختراع و العلامات التجارية والمعرفة الفنية غير الممنوح عنها، انظر الى نبيل اسماعيل الشبلاق: الطبيع القانونية لمسؤولية الاطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجية)، نفس المرجع، ص 303.

الدخول الى مواقع العمليات و فحص دفاتر و سجلات الشركة المتعاقدة، و إجراء عمليات المسح و الرسومات و الاختبارات بغرض تنفيذ العقد، لهذا الغرض يحق لهم استعمال آلات و ادوات الشركة بشرط ان لا يتسبب ذلك في أي خطر على نشاط العملية موضوع العقد، كما الزمت الشركة بان تقدم لهؤلاء الممثلين كافة المزايا و التسهيلات و تقديم مكان مناسب لمكاتبهم و مساكن بغرض تيسير مهمتهم[1].

تضمنت غالبية هذه العقود نصوصا تلزم الشركة بمسك دفاتر حسابية وفقا للاوضاع المحاسبية المعمول بها في صناعة البترول، و كذلك الدفاتر و السجلات اللازمة لبيان ما ينفذ من اعمال بما في ذلك كمية و قيمة البترول المنتج[2]، كما تضمنت بعض عقود البترول نصوصا تتعلق بالرقابة على كميات البترول و مشتقاته.

و قد ألزمت هذه بعض النصوص القانونية الشركة المتعاقدة ان تقيس بالطريقة التي توافق عليها الحكومة المنتجات و المستخرجات التي يشتملها العقد، و اعطت الحق لمندوبي الحكومة المعينين رسميا بفحص المقاس و الوزن المستعملة في ذلك و اختبارها[3]، و مما تجدر الاشارة اليه ان جانب من الفقه استند على هذه الشروط التعاقدية التي منحت للدولة للقول باضفاء الطابع الاداري على عقود البترول[4]، و في جانب اخر قدمت عقود المشروعات المشتركة للدول البترولية النامية فرصة المشاركة مع الشركات الاجنبية، و بالتالي الاستفادة من التكنولوجيا و الخبرة العلمية المتقدمة التي تملكها هذه الشركات، خاصة ان الصناعة البترولية من الصناعات التي تتطلب معرفة تكنولوجية كبيرة.

---

[1] على سبيل المثال العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة "كونوكو وست فيران انك"، و شركة "توتال بروش اوريون" في 22 فبراير سنة 1982، المادة 19 منشور في الجريدة الرسمية، العدد 8 في25 فبراير سنة 1982 ، و العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة "تيفادا" الامريكية في 26 مارس سنة 1983، المادة 19، الجريدة الرسمية العدد 12 مكرر في26 مارس سنة 1983، و العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة "شل وينتج" و شركة "شل قارون" في 8 ابريل سنة 1983، المادة 27، منشور في الجريدة الرسمية العدد 13مكرر(ا) في 21 مارس سنة 1983.

العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول و شركة "شل وينتج" سنة 1984 ،المادة 16 منشور في الجريدة الرسمية العدد13 مكرر(هـ)في 31 مارس سنة 1984، و العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول و شركة "اسو البنمية" في 27 اغسطس سنة المادة 14 ، منشور في الجريدة الرسمية العدد31 في2 اغسطس سنة 1984.

[2] العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة العامة للبترول و شركة "كونوكو"،"بلاسيد"،"هيسبانويل"، في 27 اغسطس سنة 1984، المادتين13-14 منشور في الجريد الرسمية العدد في 2 اغسطس سنة 1984، و العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة "فيليبس بيتروليم" الليبيرية في2 اغسطس سنة1987 المادتين13-14منشور في الجريدة الرسمية، العدد27 مكرر(د) في يوليو سنة 1987.

[3] مثال ذلك العقود المبرمة بين المملكة العربية السعودية و شركة "الباسفيك" سنة 1949، المادة14، و الشركة اليابانية سنة 1957 المادة 30، و شركة"اوكسيراب" سنة 1965، المادة 25، و العقود المبرمة بين العراق و شركة نفط العراق سنة 1925، المادة11 ، و شركة نفط الموصل سنة 1932 المادة 13، و شركة نفط البصرة سنة 1938 المادة 15.

[4] نقلا عن سراج حسين ابو زيد: التحكيم في عقود التحكيم، نفس المرجع، ص 103-105.

و تعد عقود المشروعات المشتركة النموذج الامثل لتدريب العمالة البشرية في ظل وجود خبرات اجنبية و هو الامر الذي لم تحققه عقود الامتياز التقليدية، و التي كانت عبارة عن اطلاق يد الشركات الاجنبية في البحث و التنقيب دون ادنى مشاركة من الدول المضيفة التي تتلقى العائدات المالية فقط[1].

الشركات	الدولة الأم	تاريخ العقد	المناطق	المساحة كلم^2
Anadarko	و.م.أ	92.01.25	أهارا	9,377
Arco	و.م.أ	92.05.10	قرارة/ حوض بئر رقيس	4,945+9,952
Mobil	و.م.أ	92.06.15	تقرت	12,700
Philips	و.م.أ	92.07.11	حوض مسعودة	6,047
Saskoil	كندا	92.01.17	حوض زاباط	6,278
LL et E	و.م.أ	92.11.11	أم نصير/ لمجات	2,885+3,399
Pluspetrol	الأرجنتين	92.12.06	حوض الشمال	9,24
Konsalp	ألمانيا	93.01.12	حوض حمادت/ العسل	2,408+8,74
BP	بريطانيا	93.01.30	صور الغزلان	5,993
Petro Canada	كندا	92.04.26	تينهارت	11,277
Mobil	و.م.أ	94.02.28	تقرت	12,770
Repsol	إسبانيا	95.05.12	زيرارا	6,423
Plus Petrol	الأرجنتين	94.06.14	العرف	4,405
Pedco,Daewoo	كوريا	94.06.14	بورارهات	5,583
Samsung,Hanbo	كوريا	94.06.14		

الشكل رقم 05: الجدول يبين عقود الاستكشاف منذ سنة 1992.[2]

[1] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 115.

[2] Pétrole et Gaz Arabes,Octobre,1995.P18.

ثانيا: الحق في ملكية البترول[1] المنتج و التصرف فيه بموجب عقود الامتياز و المشاركة البترولية

يترتب عن تنفيذ عقود الامتياز و المشاركة البترولية جملة من الالتزامات و السلطات التي تتمتع بها الدولة المضيفة، مقابل جملة من الحقوق و الالتزامات التي تقع على عاتق الشركة البترولية المستثمر، و يظهر ذلك من خلال ما يلي:

1-سلطة الدولة في ملكية البترول و التصرف فيه بموجب عقد الامتياز

تتمتع الدولة بالحق في تنظيم ملكية و استغلال و تسويق مواردها و ثرواتها الطبيعية، و تخول غالبية الاتفاقيات صاحب الامتياز صراحة الحق في ملكية البترول المنتج و التصرف فيه طبقا للشروط المحددة في الاتفاق[2]، و على سبيل المثال تنص المادة الثانية من الاتفاق المبرم بين الكويت و شركة "شل"سنة 1961 على أنه: (يمنح الامير الشركة الحق المطلق في ملكية البترول المنتج من منطقة الامتياز...)، و هكذا نجد ان اتفاق السعودية و شركة " اوكسيراب " سنة 1965 لا يمنح صاحب الامتياز الحق في ملكية البترول المنتج، إنما يمنحه فقط: (الحق المنفرد في ان يستكشف و ينقب و يحفر و يستخرج و يعالج و يصنع و ينقل و يعامل و يأخذ و يصدر البترول و الغاز الطبيعي و المنتجات البترولية الاخرى

---

[1] اختارت بعض البلدان العربية مثل السعودية الامتياز كاطار وشكل قانوني لاستثمار النفط، فالمملكة لم تلجا الى وضع تشريعات مدنية بل جعلت مذهب الدولة و تشريعها هو الشرع الاسلامي، و قد ذكر هذا صراحة قانون الحجاز بايجابه العمل باحكام الشرع وفقا للقران الكريم والسنة النبوية الشريفة ونظام المعادن الصادر في05 شباط سنة 1963 بموجب المرسوم الملكي رقم 40 المنشور في الجريدة الرسمية ام القرى في 08 شباط 1963، انظر الى غسان رباح: الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، الطبعة الأولى، نفس المرجع، ص 88-89.

[2] بعد توسع الفتوحات الاسلامية ظهرت ثلاث قواعد لنشوء الملكية: -ترك بعض الاراضي في الجزيرة العربية بيد اصحابها على ان يدفعوا الخراج. -بعد فتح مكة رد الرسول عليه الصلاة والسلام الاراضي لاصحابها (من احي الارض فهي له) بشرط الا تكون مملوكة لاحد، -انتزاع ملكية الاراضي التي فتحها المسلمون و توزيعها على المقاتلين كغنيمة حرب، و قد فرق فقهاء الشريعة بين 03 انواع من كنوز الارض:-صلب كالذهب و الفضة و النحاس و الحديد، -صلب يتفتت بالطرق كالالماس،- سائل كالزئبق و النفط، و هناك ثلاث اجتهادات في ملكيتها: -لاشيئ من هذه الثلاث مباح و لا يتملكها من يستولي عليها، و انما هي ملك للجميع امرها للحاكم يستغلها في مصالح الناس او يقطعها انتفاعا لمدة معينة او مدى الحياة مقابل مال يصرف للصالح العام، و هذا ما ذهب اليه المذهب المالكي و الذي طبقته السعودية في اتفاقياتها البترولية.

- جميع انواع المعادن هي ملك لصاحب الارض و الا فانها اموال مباحة يتملكها من يستولي عليها.

- المعادن هي ملك لمالك الارض الا الفضة و الذهب فهما للناس امرهما للحاكم الا ما استثنى الامام احمد ابن حنبل المعدن السائل لانه كالماء، و في الراي الراجح شرعا فهي ملكا للدولة على ان يعوض صاحب الارض من فقدان انتفاعه بالارض بسبب استخراج المعادن منها، و يؤكد الفقهاء ان للدولة ان تقطع الاراضي التي لا مالك لها و اراضي المعادن اقطاع تمليك او اقطاع تاجير و تطبيقا لاحكام الشريعة نص قانون المعادن السعودية في المادة الاولى: (تعتبر ملكا للدولة وحدها جميع الرواسب الطبيعية لمعادن ايا كان شكلها او تركيبها سواء كانت في تربة ام تحتها و يشمل ذلك اقليم الدولة البري و البحري)، و هناك اجماع في المذاهب الاربعة على ان المعادن و المناجم منها النفط ملك الجماعة الاسلامية و ان السلطة السياسية تمنح امتياز التنقيب عنها نيابة عن تلك الجماعة، و القران الكريم له دور عام في توجيه فكرة التعاقد في قول الله تعالى: (و اوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا) سورة الاسراء34، انظر الى غسان رباح: الوجيز في العقد التجاري الدولي(نموذج العقد النفطي)، نفس المرجع ، ص 89-97.

-و على الصعيد الدولي فان ملكية الارض التي تتبع فيها الثروة النفطية تخضع الى ثلاث انظمة:-نظامThe res Nullius systemطبقا لهذا النظام لا تكون الثروات الطبيعية الكامنة في باطن الارض مملوكة لاحد و تؤول ملكيتها للمكتشف.

-نظام الاتصالThe Accession systemو تبعا له يعد مالك السطح مالك لما في باطن الارض من ثروات طبيعية، و معمول به في امريكا.

-نظامThe regalia or royalty بمقتضاه ملكية الثروات الطبيعية الكامنة في باطن الارض تكزن للدولة بصرف النظر عن مالك السطح، و معمول به في السعودية و فرنسا، انظر الى غسان رباح: الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، نفس المرجع، ص97-98.

و مشتقاتها و مستخرجاتها من منطقة الامتياز، و تنص بعض هذه الإتفاقيات ايضا على حق الدولة المضيفة في شراء نسبة معينة من البترول المنتج اللازمة لاستهلاك بعض الدول الصديقة، و مثاله اتفاقية السعودية و الشركة اليابانية سنة 1957 على انه: (بالاضافة الى حقوق الحكومة في الحصول على منتجات عينية طبقا للمادة الرابعة عشر، يكون للحكومة الحق في ان تشتري لاستعمالها الخاص و للاستعمال في البلاد العربية السعودية، و لكن ليس لاعادة البيع للغير في الخارج او للتصدير،...طبقا لنفس الشروط التي تباع بها نفس المنتجات لمشترين اخرين بما في ذلك نوع العملة التي يدفع بها الثمن، مقدارا لا يتجاوز من جهة الثمن العشرة بالمائة من مجموع البترول و منتجات البترول و مستخرجاته التي تنتجها الشركة و تحتفظ بها لحسابها في البلاد العربية السعودية...)[1].

و بالرجوع لقانون المحروقات الجزائري رقم 07-05 المعدل و المتمم بالقانون رقم 13-01 في الباب السابع بعنوان تحويل الملكية عند نهاية العقد او مدة الامتياز في المواد من 80 الى 82، فعند انقضاء مدة امتياز النقل بواسطة الانابيب تتحول ملكية جميع الهياكل و المنشات الى الدولة مجانا (م 81 /1)، و تبلغ سلطة ضبط المحروقات صاحب الامتياز بقائمة المنشات التي لا ترغب الدولة في تحويل ملكيتها خلال 03 سنوات على الاقل قبل نهاية مدة الامتياز، و يتعين على صاحب الامتياز ان يتكفل بكل المصاريف المترتبة على عملية التخلي و/او تجديد الموقع الذي ينص عليه الامتياز طبقا للنصوص التنظيمية في مجال الامن و البيئة (م 81 /4)، و فيما يخص انابيب النقل و المنشات المرتبطة بها يجب على صاحب الامتياز دفع مبلغ مؤونة كل سنة مدنية لتغطية تكاليف عمليات التخلي و اعادة المواقع الى حالتها الاصلية، و تحدد سلطة ضبط المحروقات مبلغ هذه المؤونة على اساس دراسة خبرة كما تتولى التاكد من دفعه في حساب الحجز (م 82 /6 و 7)[2].

2- التزام الشركة الاجنبية بالتنقيب عن البترول و الحفاظ على البنية التحية في المشاركة البترولية

يقع على الشركة الاجنبية التزام جوهري يتمثل في جدية القيام بتنفيذ العقد وفقا للمدى الزمني المتفق عليه، و على الشركة الاجنبية الالتزام بتنفيذ المشروعات البترولية وفقا لافضل المعايير الفنية و الادارية المعمول بها على المستوى الدولي، و حرصا من الدول على ضمان جدية الشركات الاجنبية لعمليات البحث و التنقيب، يتم النص على التزام الشركة المنفذة بحد ادنى من النفقات اثناء تنفيذ العملية و النفقات تشمل الابحاث و الاختبارات اثناء عملية البحث، و بعد اكتشاف البترول تلتزم الشركة الاجنبية بانشاء معامل التكرير[3]، حيث يتضمن عقد البحث و الاستغلال مرحلتين الاولى مرحلة البحث و مدتها 7 سنوات ابتداء من تاريخ سريان مفعوله مع مرحلة ابتدائية مدتها 03 سنوات و تكون متبوعة بمرحلة ثانية و ثالثة

[1] احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص 55-58.

[2] انظر الى قانون المحروقات الجزائري07-05 المعدل و المتمم بالقانون رقم01/13 السابق الذكر.

[3] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية واسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 287-288.

مدة كل واحدة منها سنتان (02)، و مرحلة الاستغلال مدتها 25 سنة ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على مخطط التطوير من قبل وكالة النفط[1]، و عند انقضاء مرحلة البحث ينتهي عقد البحث بقوة القانون و يمكن للمتعاقد ان يطلب تمديد المرحلة لمدة اقصاها سنتان (02)، كما يمكن ان يمنح للمتعاقد تمديد استثنائي مدته 06 اشهر انهاء اشغال حفر البئر، و في حالة اكتشاف يتم تمديد مرحلة البحث بمدة اقصاها سنتان (02) تنقص منها مدة التمديد الاستثنائي[2]، كما تتضمن عقود البحث و الاستغلال و عقود الاستغلال وجوبا بندا يسمح بمشاركة المؤسسة الوطنية سوناطراك شركة ذات اسهم بنسبة لا تقل عن 51% قبل كل مناقصة، و يحدد كل عقد بحث و استغلال نسبة مشاركة المؤسسة الوطنية سوناطراك شركة ذات اسهم، و يجب ان يحدد خصوصا مستوى الاستثمار الذي يقع على عاتقها في حدود نسبة مشاركتها[3]، و المعروف ان البحث و التنقيب عن البترول يحتاج خبرة علمية و تكنولوجية كما يخضع لنظرية الاحتمالات التي يصعب التكهن بها، فهو اما الوصول الى كشف بترولي كبير يحقق عائد على الدولة و الشركات يقدر بالمليارات عند الوصول الى الكميات التجارية من البترول او ينتهي البحث الى الفشل مع خسارة الشركة لاموال باهضة، فعلى سبيل المثال نجد ان كافة الاتفاقيات التي ابرمت في النرويج بعد سنة 1973 لا تعطي الشركة المنقبة الحق في استرداد تكاليف البحث حتى في حالة اكتشاف البترول بكميات تجارية، و قد ينص عقد المشاركة على ان تتحمل الشركة المنقبة كافة التكاليف في مرحلتي البحث و التنمية على ان تستردها من قيمة الانتاج وفق نسب سنوية محددة تخصم من قيمة الانتاج، و قد تقتصر التكاليف التي تتحملها الشركة المنقبة على مرحلة البحث فقط[4]، كما تلتزم الشركة الاجنبية بالحفاظ على البنية التحتية و حماية البيئة بشكل عام و عند وقوع أضرار تلوث البيئة بمناسبة تنفيذ الشركة لالتزاماتها المترتبة عن المشاركة في عقود إنتاج البترول، فقد يشتمل العقد على بنود ينظم مسألة المسؤولية على أن تكون مسؤولية بالتضامن بين الدولة المضيفة للاستثمار و الشركة الأجنبية[5].

[1] انظر الى المادة35 من قانون المحروقات الجزائري رقم 13-01 السابق الذكر.

[2] انظر الى المادة 37 من نفس القانون السابق.

[3] انظر الى المادة32 و48 من نفس القانون السابق.

[4] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 114.

[5] Kyla Tien heara : contrat d'investissement étranger dans le secteur pétrolier et gazier un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable, n01,volume02,2011,p14.

	الشركاء	تاريخ العقد
01	ALEPCO	1987.06.16
02	TOTAL	1987.10.07
03	AGIP	1987.12.15
04	CIEPSA	1988.02.09
05	BHP	1989.06.24
06	ANADARKO	1989.10.23
07	TOTAL	1989.11.08
08	NESTE OY	1990.03.13
09	TOTAL	1990.05.20
10	AGIP	1990.12.20
11	REPSOL	1990.12.02
12	TOTAL	1991.05.12
13	JNOC	1991.08.18
01	AGIP	1991.12.17
02	TOTAL	1991.05.12
03	TOTAL	1991.05.12
04	ARCO	1992.05.10
05	ARCO	1992.05.10
06	PHILIPS	1992.07.11
07	WASCANA	1992.11.17
08	LLE	1992.11.24
09	PLUS PETROL	1992.12.06
10	KON SALP	1993.01.12
11	BP	1993.01.31
12	PETRO CANADA	1993.04.26
13	MOBIL	1994.02.27
14	REPSOL	1997.05.12
15	PLUS PETROL	1994.06.14
16	DEDCO	1994.11.14
17	AGIP	1995.05.13

الشكل رقم 06: يبين عقود الشراكة بين سوناطراك و الشركات البترولية الاجنبية بعد صدور قانون رقم91-21.[1]

[1] Narjes Boudjemai.op.cit.p100

المطلب الثاني: مفهوم عقود المقاولة و اقتسام الإنتاج البترولي

تتميز عقود اقتسام الانتاج بقصر مدتها مقارنة بعقود الامتياز و عقود المشاركة، يتحمل فيه الطرف الاجنبي كافة المصاريف الخاصة بالبحث عن البترول و تطويره و انتاجه مع النص على حد ادنى لقيمة المصروفات التي يتعهد الطرف الاجنبي بانفاقها و توزيعها على فترات زمنية متعاقبة، على ان يسترد الطرف الاجنبي كافة التكاليف و المصروفات الخاصة بجميع عمليات البحث و التنمية و الانتاج في شكل نسبة معينة من البترول المنتج يتم الاتفاق عليها في العقد[1]، و من ناحية اخرى تتشابه عقود اقتسام الانتاج مع عقود المقاولة، هذه الاخيرة يحتفظ فيها للدولة بحق البحث و استغلال البترول ثم تستعين بشركة اجنبية تسند اليها عمليات الحفر و التنقيب عن البترول باعتبارها مقاول ينوب عن الدولة و له حق ثابت في نسبة الانتاج البترولي في حالة نجاحه في الاكتشاف، و يتحمل المقاول اعباء التمويل و المخاطرة و لا تلتزم الدولة بدفع اي تعويض له اذا لم يعثر على البترول[2].

و عليه سنحدد في هذا المطلب تعريف عقود المقاولة و اقتسام الانتاج البترولي في الفرع الاول، ثم نحدد اثار ابرام عقود المقاولة و اقتسام الانتاج على الاستثمار البترولي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف و نشأة عقود المقاولة و اقتسام الإنتاج البترولي

سنحاول في هذا الفرع تحديد المقصود بعقود المقاولة وفقا للقانون المدني، ثم ابراز النشاة التاريخية لهذا الشكل من التعاقد، و كذا تحديد المقصود من عقد اقتسام الانتاج البترولي و نشاته القانونية، و ذلك وفق ما يلي:

اولا: تعريف و نشأة عقد المقاولة البترولية

يعرفها المقنن الجزائري في التقنين المدني في الباب التاسع تحت عنوان العقود الواردة على العمل، في الفصل الأول تحت عنوان عقد المقاولة، و ذلك بنص المادة 549 كما يلي: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا او ان يؤدي عملا مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الاخر)[3]، كما عرفها المقنن المصري بان: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا و ان يؤدي عملا مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الاخر)، و من هذين التعريفين يتبين ان عقد المقاولة كنظام حديث لاستغلال الثروة البترولية يقوم على اساس المشاركة بين الشركة الأجنبية صاحبة راس المال و الشركة الوطنية الممثلة للدولة المضيفة، و اقامة التعاون بينهما لتنفيذ عمليات النشاط البترولي حيث يكون

[1] اعتمدت مصر على هذه الصورة التعاقدية في العقد البترولي المبرم بين المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة سومطرة سنة 1970، كما اخذت به دولة قطر سنة 1976.

[2] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 597-598.

[3] انظر الى المادة 549 من التقنين المدني الامر رقم75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 معدل و متمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (جريدة رسمية رقم31 مؤرخة في 13 مايو 2007).

الطرف الاجنبي مجرد مقاول اما الملكية فتبقى للدولة، حيث يعمل المقاول في هذا العقد لحساب الشركة الوطنية مقابل عوض و له الحق في الحصول على الارباح[1].

ظهر هذا النوع من العقود في المكسيك سنة 1949، ذلك ان المكسيك قامت بتاميم البترول سنة 1938 من شركات البترول البريطانية و الامريكية التي كانت تعمل وفقا لعقود الامتياز التي تدخلت في الشؤون الداخلية، و بناء عليه قامت الحكومة المكسيكية بتاميم صناعة البترول و انشات مؤسسة "بمكس" الوطنية هذه الاخيرة قامت بالاستعانة بالراس المال الاجنبي لحداثتها في الميدان البترولي، و انتهجت الحكومة صيغ جديدة في التعاقد تضمن لها سيادتها و كانت عقود المقاولة تعبيرا عن روح الوطنية فابرمت مؤسسة " بمكس " عقود المقاولة مع شركات " سيتي سيرفيس " سنة 1948 و مع شركة " شارميكس " سنة 1950، و منحت لها الحق في استرداد نفقاتها و الحصول على نسبة انتاج تتراوح بين 15%-18% من البترول[2].

ثانيا: تعريف و نشأة عقود إقتسام الإنتاج البترولي

تعرف عقود اقتسام الانتاج بأنها: (تلك العقود التي تنظم علاقة استكشاف و استغلال البترول بين الشركة الوطنية في البلد المنتج و الشركة الاجنبية التي يوكل اليها مهمة المقاول، هذه الاخيرة تتحمل وحدها التكاليف مقابل الحصول على حصة من الانتاج و معفاة من الضرائب بسعر التكلفة)، اذا عقود اقتسام الانتاج تكون فيها الشركة الاجنبية مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية لذا يدرج عقد اقتسام الانتاج ضمن عقود المقاولة النفطية[3]، مما سبق يمكن لنا تعريف عقود اقتسام الانتاج بانها علاقة تعاقدية تضم الطرف الوطني المنتج باعتباره مالك الثروة البترولية و الطرف الاجنبي كمستثمر يلتزم بانشطة البحث و الاستغلال مقابل حصوله على حصة من الانتاج.

ظهر هذا النوع من التعاقد في اندونيسيا منذ صدور قانونها البترولي رقم 476 لسنة 1961، و ذلك بعد اعتماد الرئيس " سوكارنو" سياسة نفطية جديدة سنة 1959 عقب صدور قانون النفط رقم 44 سنة 1960، الذي امم بموجبه العمليات النفطية و نقل الاشراف عليها الى القطاع العام، و لم تنتشر على نطاق واسع في اندونيسيا إلا سنة 1968 التي أبرمت حوالي 40 عقد إقتسام إنتاج بين السنوات 1982-1968، ففي منطقة الشرق الاوسط تعتبر جمهورية مصر العربية رائدة في الأخذ بعقود إقتسام الانتاج،

---

[1] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 597-598.

[2] اما في الشرق الاوسط فقد ابرم اول عقد مقاولة بترولي سنة 1966 بين الشركة الايرانية للبترول و مؤسسة ايران الفرنسية، و عقد بين شركة الكونتنتال الامريكية بتاريخ 07 ابريل سنة 1959، و من الدول العربية نجد العراق حيث ابرمت عقد بين شركة النفط الوطنية العراقية و شركة "ايراب" الفرنسية بتاريخ 04 فيفري سنة 1968، انظر الى محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 597-599.

[3] بعض الخبراء القانونيين في مجال اتفاقيات البترول يصنفون عقد اقتسام الانتاج منفرد،على اساس انه نوع قائم بذاته، اذ انه لا يوجد أي اختلاف في الراي حول مضمون عقود المقاولة او الخدمة ومضمون عقود اقتسام الانتاج،انظر الى احمد المفتي: اتفاقيات استثمار البترول، متاح على الموقع الالكتروني:WWW.Sjsudan.org.

و كان أول عقد اقتسام انتاج ابرمته المؤسسة المصرية العامة للبترول و شركة شمال سومطرة "نوسوديكو" بتاريخ 16 ماي سنة 1970[1]، و ابرمت المؤسسة المصرية العامة للبترول مع الشركة اليابانية "نوسو" حيث حصلت هذه الاخيرة على ترخيص لمئة كيلومتر مربع في البحر في خليج السويس، و لم تحقق حفريات التنقيب بين السنوات 1972-1970 عن نتيجة فتخلت الشركة عن حقوقها سنة 1973، و كان الحد الادنى للتنقيب تحدد بثلاثة ملايين دولار لثلاث سنوات و سمح بتخصيص 40 بالمئة من الانتاج لتغطية النفقات، على ان توزع 60 بالمئة الباقية على الشريكتين بنسبة 5,69 بالمئة للشركة المصرية العامة للبترول و 5,30 لشركة "نوسو" ، اما اذا بلغ الانتاج 000,50 برميل في اليوم تصبح نسبة اقتسام الانتاج للشركة المصرية العامة للبترول 75 بالمئة و لشركة " نوسو" 25 بالمئة [2].

بالإضافة الى مصر ابرمت دول اخرى عقود اقتسام الانتاج منها ليبيا حيث أبرمت بين 07 فيفري سنة 1974 و جويلية سنة 1975 تسعة عقود إقتسام الانتاج مع مجموعة من الشركات الاجنبية، مثل العقد مع شركة "بترولاوكسيدنتال" بتاريخ 07-02-1974 بنسبة 81 بالمئة للشركة الوطنية الليبية، و19 بالمئة "لاوكسيدنتال" و عقد اقتسام الانتاج بتاريخ 16-04-1974 مع كل من " ايكسون " و " موبيل " و لهما 15 بالمئة على اليابسة و 19 بالمئة في البحر، و ابرمت مع "الف" بتاريخ 09-06-1974 و " براسيترو " بتاريخ 04-09-1974 و مع " اجيب " بتاريخ 21-09-1974 و مع شركة النفط الفرنسية بتاريخ 13-10-1974 و مع لجنة النفط و الغاز الطبيعي الهندية في شهر جويلية 1975 بنفس النسبة، كما ابرمت سلطنة عمان مع " الف سوميتومو " و " نترشال " عقد اقتسام انتاج النفط بتاريخ 14 ماي سنة 1975 بنسبة 85 بالمئة لسلطنة عمان و 15 بالمئة للشركة الاجنبية، و عقد اخر مع شركة " كوينتال-كولف " بتاريخ 07 ديسمبر 1975، و ابرمت عقدا اخر لاقتسام الانتاج في اكتوبر سنة 1978 مع "بريتش بتروليوم-ديمنكس-اجيب-هيسبانويل"، و ابرمت دولة قطر عقدا لاقتسام الانتاج مع شركة "ونترشال" بتاريخ 10 افريل سنة 1976، و عقد اخر مع " هولكار " بتاريخ 1971/01/01 ، كما ابرمت الجمهورية السورية عقود اقتسام انتاج النفط مع كل من " تريبكو " بتاريخ 17 مارس سنة 1975 ، و مع شركة النفط السورية-الامريكية في شهر جويلية سنة 1977، و مع لجنة النفط و الغاز الهندية بتاريخ 06 نوفمبر سنة 1977، و مع "شل" بتاريخ 19 ديسمبر سنة 1977، و في السودان اجاز تعديل قانون الثورة البترولية سنة 1975 في المادة 35 لوزير الطاقة و التعدين بموافقة رئيس الجمهورية ان يعقد اتفاقيات للبحث عن البترول و تنميته و استغلاله على شكل اقتسام الانتاج بين الحكومة و الطرف

[1] سراج حسين ابو زيد: التحكيم في عقود التحكيم، نفس المرجع، ص 82.

[2] هذه الشركة انشئت في 01 حزيران سنة 1960 في طوكيو، وقت في العام نفسه عددا من العقود مع "بترامينا" الاندونيسية حول منطقة تقع شمال سومطرة.

المتعاقد الاخر، و به عدلت اتفاقيتي الامتياز مع " بول و كلينز " و مع " شيفرون " بتاريخ 12 اكتوبر سنة 1975[1].

الفرع الثاني: أثار إبرام عقود المقاولة و اقتسام الإنتاج على الاستثمار البترولي

يترتب عن ابرام عقود المقاولة و اقتسام الانتاج البترولي جملة من الاثار القانونية للطرفين، كما تتميز عقود المقاولة بقصر مدتها خلال فترة البحث و التنقيب عن البترول، الا انه يعاب عليها في اقتصار دور الدولة المضيفة على الاشراف على المشروع في حين تتولى الشركة الاجنبية كافة اجراءات التنفيذ بمفردها.

أولا: آثار إبرام عقود المقاولة على مبدا السيادة على الموارد الطبيعية

تضمنت قرارات الامم المتحدة التوصيات التي تؤكد تدعيم حق الشعوب في السيادة على ثرواتها الطبيعية من اجل تحقيق التنمية الاقتصادية[2]، و خلاصة القول فان مفهوم مبدا السيادة وفقا لقرارات الامم المتحدة يعني السيادة الدائمة على الثروات و الموارد الطبيعية، و قاعدة السيادة تشكل احدى القواعد الاساسية التي لا يجوز مخالفتها في اي اتفاق او تصرف و تشكل جزءا لا يتجزا من النظام المالي و الاقتصادي للبلدان، و في ضوء ما سبق ذكره فان البترول مرفق عام اقتصادي تمنح الدولة حق استغلاله بواسطة اللوائح و القوانين، و يعني ذلك ان البترول كمرفق عام يجب ان يكون خاضعا لسياسة و سلطة الدولة و دور الشركات البترولية هو قبول الشروط التي تفرضها الدولة مقدما و التي تتعلق بمبادئ السيادة[3].

1-مزايا عقود المقاولة البترولية في مجال اكتشاف البترول و استغلاله

تتميز هذه العقود بقصر مدتها بالمقارنة مع مدد عقود الامتياز و عقود المشاركة، كما تميزت هذه العقود ايضا بان المساحات التي كانت تشملها محدودة، و كان نظام التخلي عن المناطق غير المستغلة شديد الصرامة بالمقارنة بعقود الامتياز و عقود المشاركة، ففي العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية و الشركة الفرنسية "ايراب" التزمت الشركة الفرنسية بالتخلي عن 50% من المساحة التي يشملها العقد خلال الثلاث سنوات الاولى، و عن 25% خلال السنتين التاليتين، و عن كافة المساحات غير المستغلة بانتهاء فترة البحث و التنقيب المنصوص عليها في العقد[4].

---

[1] اسماعيل ابراهيم كاوان: عقود التنقيب عن النفط و انتاجه (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، نفس المرجع، ص 233-239.

[2] راجع قرار الامم المتحدة رقم1803 بتاريخ 14-12-1962.

[3] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 584-590.

[4] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 81.

و خلاصة القول يتميز عقد المقاولة البترولي بجملة من الخصائص يمكن اجمالها فيما يلي:

– تتمثل في تحمل الشركات الاجنبية عند التنقيب المخاطر و تكاليف هذه العملية منذ بدايتها الى غاية بدئ الانتاج، اما في حالة اكتشاف البترول فتعتبر تلك النفقات بمثابة قرض بدون فائدة على الجانب الوطني و يسدد على اقساط.

– في مرحلة الاستغلال التجاري فان الحقول التي تحتوي على البترول منقسمة الى قسمين، قسم يخضع الى مليكة الدولة و الاخر يخضع للاتفاق يجوز للشركات الاجنبية شراء جزء منه.

– تقوم الشركة الوطنية بتسويق البترول في الاسواق العالمية مقابل عمولة تدفعها للشركة الاجنبية، و تلتزم هذه الاخيرة بان تبيع كمية حسب ما يحدده العقد في مدة معينة منذ بداية الانتاج كما تتولى ادارة عملية البحث و التنقيب في مرحلة الانتاج بالتعاون مع الشركة الوطنية[1].

2– عيوب عقود المقاولة البترولية بسبب هيمنة المقاول و انخفاض العائد المالي

وجه لعقود المقاولة البترولية نقد تمثل في ترك تنفيذ المشروع للشركة الاجنبية و اقتصار دور المؤسسة الوطنية على تخطيط المشروع اداريا و اقتصاديا، و قد حاولت العراق في عقد مقاولة مع الشركة الفرنسية "ايراب" تفادي هذا العيب فاشترطت ان تنقل مسؤولية الادارة من المقاول الاجنبي الى المؤسسة الوطنية بعد خمس سنوات من بدء التصدير، تلك الاجراءات تمنع الخبرة الوطنية من مباشرة جميع العمليات البترولية و انتقال المسؤولية بعد خمس سنوات الى المؤسسة الوطنية بعد ان يتم اكتشاف البترول و بدء مرحلة الانتاج، بعدها تفقد المؤسسة الوطنية دورها لان انفراد الشركة الاجنبية يضعف من فرص استخدام العاملين الوطنيين، و من العيوب التي تنسب الى عقود المقاولة استرداد المقاول الاجنبي ما يدفعه في عمليات الاستكشاف و بنسب مرتفعة مما يترتب عليه خفض وعاء الربح في السنوات الاولى من مرحلة الاستغلال، و معنى ذلك ان عقود المقاولة تمنح الدولة عائدا منخفضا في السنوات الاولى ثم يرتفع حجم العائد بعد استرداد المقاول مصاريف الانتاج[2].

ثانيا: أثار عقود إقتسام الإنتاج على استغلال الثروة البترولية

ينتج عن تنفيذ عقود اقتسام الانتاج على استغلال الثروة البترولية حقوق و التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين، تتمثل اساسا في سلطة الدولة المضيفة في المقابل المالي و حقها في الاحتفاظ بملكية البترول، مقابل التزام الشركة الاجنبية بالبحث و التنقيب و ادارة العمليات البترولية.

1–سلطة الدولة المضيفة في المقابل المالي و الاحتفاظ على البترول

من مزايا اتفاقيات اقتسام الانتاج بالنسبة للدول المضيفة انها تمكنها من الحصول على العائد المالي منذ بدئ الانتاج، و من جانب اخر فان اتفاقيات الانتاج تنص على زيادة نصيب الحكومة في حالة ازدياد معدلات الانتاج او ارتفاع اسعار البترول، و لقد ابتكرت ماليزيا طريقة معقولة لحل مشكلة زيادة

[1] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 602–604.

[2] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول، نفس المرجع، ص 604–605.

الأسعار حيث الزمت المقاول بدفع 70 بالمئة من تلك الزيادة الى الحكومة في شكل ضريبة ارباح اضافية، كما ابرمت اندونيسيا سنة 1974 اتفاقية مع "فيلبس" و "تنكو" الزمتهما بدفع ضريبة ارباح قدرها 85 بالمئة في حالة حدوث زيادة في اسعار البترول، و من ايجابيات اتفاقيات اقتسام الانتاج ان جميع البترول المكتشف يظل مملوكا للحكومة بما في ذلك حصة الشركة في ذلك البترول الامر الذي يعكس سيادة الدولة على مواردها البترولية، بالاضافة نجد ان اندونيسيا قد خطت باتفاقيات اقتسام الانتاج اذ ضمنتها نصا يجعل ملكية المعدات التي تشتريها الشركة الاجنبية تؤول الى شركة البترول الوطنية عند وصول تلك المعدات الى اندونيسيا،كما ان الحكومة لا تفرض الضرائب و انما تكتفي بنصيبها من الانتاج، و قد اثر ارتفاع اسعار البترول في بداية السبعينات على محتوى عقود اقتسام الانتاج حيث ابرمت ليبيا مع شركة "موبيل" عقد اقتسام الانتاج نص على ان تتحمل الشركة كافة تكاليف عمليات البحث و لا تستردها، و ان الحكومة الليبية تدفع للشركة 85 بالمئة من تكاليف عملية التنمية، اما فيما يتعلق بالمناطق البحرية تدفع الحكومة الليبية للشركة 305 من تكاليف عمليات التنمية بدون فوائد[1]، و 305 من تكاليف عملية التنمية على ان تستردها الشركة وفق الشروط التي سبق ذكرها و ان تاخذ ليبيا 85 بالمئة من الانتاج على اليابسة و 81 بالمئة من المناطق البحرية[2].

2-إلتزام الشركة الاجنبية بالبحث و التنقيب و إدارة العمليات البترولية

من من اهم البنود التي تشتملها الاتفاقيات البترولية بند استرداد الشريك الاجنبي تكاليفه على عدد كبير من السنوات حسب طبيعة الانفاق سواء كان انفاق استكشافي او انفاق تنمية طيلة مدة 05 سنوات، كما ستعطي الفرصة للشريك الاجنبي ان يسترد نفقاته في فترة زمنية معقولة بين 30% الى 40% طبقا لاحتمالات المناطق المختلفة، كما ان جهاز الرقابة على الشركات الاجنبية جهاز فعال على نوعية انفاق الشريك، كما تم زيادة مساحة المناطق المعرضة للبحث من7-9 سنوات حتى يتمكن الشريك الاجنبي من عمل الدراسات الجيولوجية و الجيوفيزيائية لعمليات البحث قبل البدء في الحفر، و تساهم زيادة مساحة المناطق المعروضة في المزايدات اعطاء الشريك الاجنبي فرصة في تجريب تقنيات البحث عن البترول، و يؤدي ذلك الى استفادة هيئة البترول المصرية من الاجراء و بالتالي الحصول على المعلومات الفنية[3].

تكون عملية البحث و التنقيب و اكتشاف ابار بترولية جديدة على نفقة الشركة الخاصة، و مثاله عقد سلطنة عمان مع شركة " الف سوميتو " سنة 1973، و عقد المشاركة في الانتاج بين الحكومة القطرية و شركة " شل " العالمية في العقد المبرم بينهما سنة 1973 كان المبلغ المتفق عليه حوالي 18 مليون

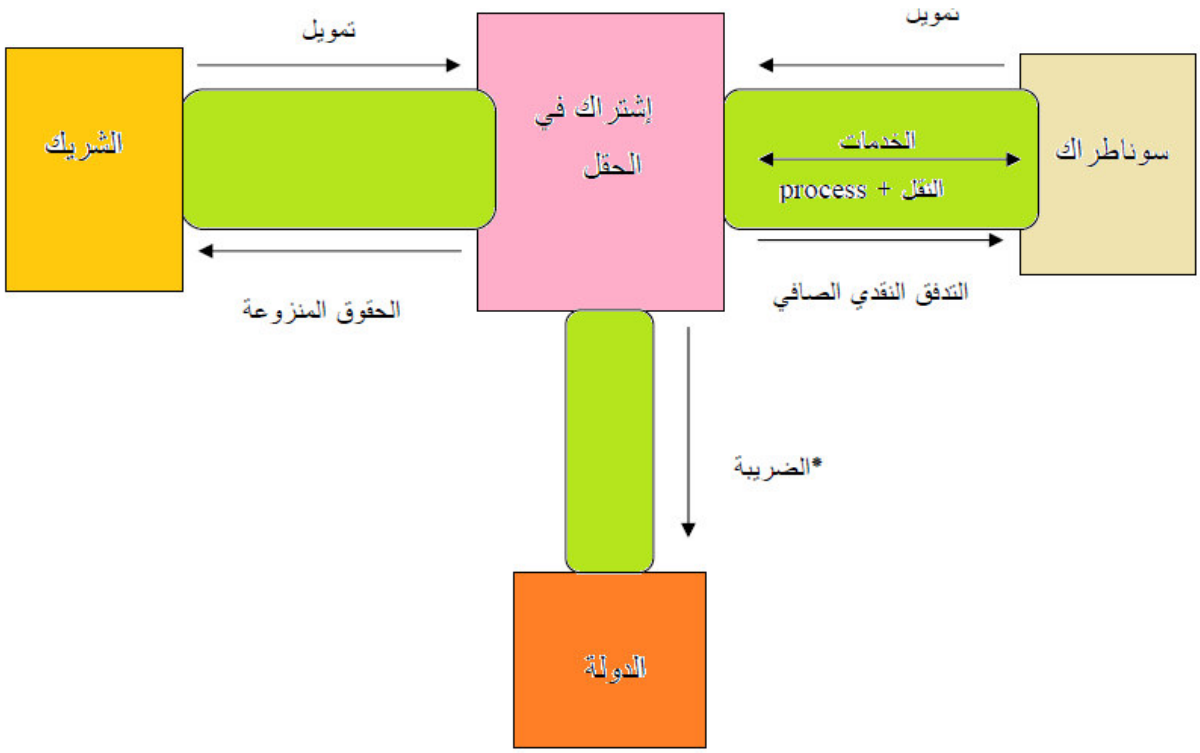
[1] تسبب شيوع الربا اثار سلبية ضارة على الافراد والمجتمعات والنشاط الاقتصادي ككل، فتعثرت المشروعات و هربت رؤوس الاموال و ارتفعت الاسعار، وانخفضت القوة الشرائية للنقود، و زادت نسبة البطالة، و كل هذه الامور نتائج حتمية للتعامل بالربا، يقول الله تعالى: (يمحق الله الربا و يربي الصدقات...) سورة البقرة، الاية 276، و يقول الله ايضا: (فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله و رسوله...) سورة البقرة، الاية 279، نقلا عن: حسن صلاح الصغير عبد الله: احكام التمويل و الاستثمار ببيع السلم في الفقه الاسلامي، نفس المرجع، ص3-4.

[2] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص125-127.

[3] حمدي البنبي: البترول بين النظرية و التطبيق، نفس المرجع، ص39.

دولار، او يكون الالتزام تمويل و تنفيذ عمليات التطوير و التشغيل و الانتاج لابار بترولية قائمة خلال مدة معينة، مع تحديد المساحات التي يشملها النشاط المتفق عليه و اضافة التحديثات الفنية و التكنولوجية على نظم الصناعة و الانتاج، كما تقوم الشركة البترولية الاجنبية بادارة العمليات النفطية المتفق عليها طيلة الفترة المتعاقد عليها بالتعاون مع المؤسسة البترولية العامة او الوطنية، من خلال تكوين لجنة ادارية مشتركة بينهما تجتمع دوريا لمناقشة المشروعات الجاري تنفيذها، ففي العقد الذي ابرمته الحكومة المصرية سنة 1987 مع شركة "شل" تم الاتفاق بين الطرفين على ان تتولى ادارة العمليات المشتركة بين البلدين لجنة متكونة من ثمانية اعضاء من الطرفين، و في العقد المبرم مع الحكومة القطرية كانت اللجنة مكونة من ستة اعضاء و في العقد المبرم من الحكومة العمانية تتكون اللجنة من خمسة اعضاء، و اشترطت الدول العربية ان تكون المناصب القيادية في اللجنة من اعضائها من اجل ضمان السيطرة و المراقبة الفعالة على عمليات الانتاج و التكرير[1].

و قد اخذت بنظام اقتسام الانتاج في عقود الاستثمار البترولية المؤسسة الوطنية سوناطراك، و يظهر تاثير هذا النظام من خلال البيان التالي.



الشكل رقم 07: مخطط يوضح كيفية اقتسام الانتاج بين سوناطراك و الشريك الاجنبي و العائدات المالية على الدولة[2].

المطلب الثالث: مفهوم عقود الخدمات البترولية

[1] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص 128-131.

[2] Sonatrach la revue,p32.

من اهم السياسات التي ينتهجها قطاع البترول في مجال الاتفاقيات الحفاظ على الشركات العالمية و خاصة الكبرى منها العاملة في مصر مثلا، حيث تقوم بالعمليات 21 شركة منها 07 شركات امريكية و 09 شركات اوروبية و الباقي من جنسيات مختلفة، و في جميع مراحل الاستكشاف و الانتاج تتوفر على عمالة وطنية ذات تدريب عالمي و كذلك تسهيل مهمة شركات الخدمات البترولية، و التي اغلبها تملك مكاتب اقليمية في القاهرة مما يساعد الشركات العاملة على القيام باعمالها و متابعة التحاليل و العمليات الخاصة بها، كما يتيح لها متابعة التحاليل و العمليات الخاصة بها مع شركات الخدمات.

من خلال ما سبق سنقوم بتقسيم المطلب الى فرعين، اولا نحدد تعريف عقود الخدمات البترولية و كيفية نشاتها في الفرع الاول، ثم نبين اثار عقود خدمات النقل و الاتصال على ملكية البترول في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف عقود الخدمات البترولية و نشاتها

تعتبر عقود الخدمات البترولية الاحدث في مجال الاستثمار الاجنبي في ظل التطور المستمر في صناعة البترول من تنقيب و كشف و تكرير الى الوصول الى المرحلة النهائية و هي النقل و التصدير، و قد بدات هذه العقود في الظهور في حقبة الستينات من القرن الماضي و ساعد على انتشارها ارتفاع اسعار البترول في السبعينات، فعلى سبيل المثال ابرمت ايران سنة 1974 عقد خدمة مع شركة " دينمكس " الالمانية التزمت بموجبه بدفع منحة توقيع قدرها 32 مليون دولار امريكي مقابل حصولها على شراء 35-40 من الانتاج السنوي لمدة 15 سنة بسعر يقل عن سعر السوق بنسبة 35 بالمئة مقابل تحملها لكافة مخاطر عمليات البحث تستردها في حالة اكتشاف البترول بكميات تجارية، و قد زاد عدد الشركات العاملة في مجال الخدمات البترولية ففي الاسكندرية وصل عددها الى حوالي 130 شركة، و من امثلة عقود الخدمة الشهيرة تعاقد شركة "ايراب" التي تملكها الحكومة الفرنسية بنظام عقود الخدمة في ايران و العراق في السنتين 1966 و 1968 على التوالي، التزمت الشركة الفرنسية بتوفير الاموال اللازمة للعمليات البترولية، و في حالة عدم اكتشاف البترول لا تسترد الشركة الفرنسية المبالغ التي صرفتها اما في حالة اكتشاف البترول تعتبر المبالغ المصروفة قرضا دون فائدة لمدة 15 سنة تسدده الحكومة في شكل قرض خام، و يكون للشركة الفرنسية مقابل خدماتها الحق في شراء جزء من البترول المنتج (35-40 بالمئة في ايران و 30 بالمئة في العراق) بسعر مخفض، و لا تخضع الشركة الفرنسية لاي ضريبة دخل في الدولة المضيفة باعتبار انشطتها غير ربحية، و من عقود الخدمة ما ابرمته شركة الخليج العربي للنفط في ليبيا سنة 2009 لتشغيل عشرة ابار ومصفتين لتكرير البترول[1]، و تقسم عقود الخدمة البترولية الى نوعين هما عقد الخدمة ذات المخاطر الذي يطلق عليه عقد المؤسسة او الوكالة حيث يتحمل الشريك الاجنبي تمويل عمليات البحث، و في النوع الثاني و هو عقد المساهمة التقنية دون المخاطر تقدم الشركة

[1] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص135-138.

الاجنبية خدمات للشركة الوطنية التي تتحمل وحدها المخاطر المالية للاستغلال و الانتاج، حيث يدفع للشركة الاجنبية مبلغ نقدي او عيني الذي يجب الا يتجاوز 29 % من الانتاج المكتشف و في حالة الدفع العيني تسلم حصة الشريك الاجنبي بقيمة التسليم في ميناء الشحن[1]، فعلى سبيل المثال في السعودية بلغت الرسوم التي دفعت لشركة " ارامكو " نظير خدماتها اقل من 20 سنتا للبرميل، و لقد اثر ارتفاع اسعار البترول الذي بدا سنة 1973 في تغيير محتوى عقود الخدمة لصالح الحكومات، و مثاله ايضا نجد ايران ابرمت سنة 1973 عقد خدمة مع شركة " دينمكس " الالمانية التزمت بموجبه بدفع منحة توقيع قدرها 32 مليون دولار امريكي بالاضافة الى دفع منحة انتاج، و المقابل الوحيد الذي تحصلت عليه الشركة الالمانية هو شراء 40-35 من الانتاج السنوي لمدة 15 سنة بسعر يقل عن سعر السوق بنسبة 3-5 بالمئة و التزمت الشركة الالمانية مقابل ذلك بتحمل كافة مخاطر عمليات البحث على ان تستردها في حالة اكتشاف البترول بكميات تجارية[2].

الفرع الثاني: أثار عقود خدمات النقل و الاتصال على ملكية البترول

يترتب عن تنفيذ عقد الخدمات البترولية سلطة الدولة المضيفة في ملكية و انتاج البترول، مقابل التزام الشركة الاجنبية بخدمات الاتصال و النقل البترولي، و ذلك ما سنوضحه في الاتي:

أولا: سلطة الدولة المضيفة في ملكية و إنتاج البترول[3]

تاخذ الملكية شكلين نظام خاص و هي ملكية فردية و نظام عام و هي ملكية عامة و هذان النظامين يحكمان ملكية البترول، فالنظام الاول سائد في الولايات المتحدة الامريكية و الثاني هو النظام السائد في معظم الدول الاخرى، كما ان هناك نظام اخر اوجدته اتفاقية الامم المتحدة للبحار سنة 1982 و هو ما يدعى بنظام الارث المشترك لبني البشر، حيث يسود في معظم دول العالم نظام يعتبر ان الدولة هي مالكة البترول و الغاز الموجودين في باطن الارض بغض النظر عن مالك سطح الارض، و نظام ملكية الدولة للبترول ينتشر في امريكا اللاتينية و الشرق الاوسط، ففي الكويت مثلا فان الدستور نص على ان الثروات الطبيعية جميعها ومواردها كافة ملك للدولة، كما ان القانون البريطاني الخاص بانتاج البترول

[1] امينة طيبوني: تمويل الاستثمارات في الجزائر بالرجوع الى قطاع المحروقات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، نفس المرجع، ص 152-153.

[2] نسرين عبد الحميد نبيه:عقود شركات البترول ومستقبلها في الدول العربية و العالم، نفس المرجع، ص 408-411.

[3] يتصف النفط والغاز بالحركة اثناء وجودهما في باطن الارض، فهما مادتان مهاجرتان اذا تغير الضغط الجوي عليهما، و هذه الخاصية لها تاثير في طبيعة الملكية التي يتمتع بها مالك الارض، فالقانون الدولي لم يعطي دولة الساحل ملكية النفط على الجرف القاري و اعطاها حقوقا سيادية للعمل على اكتشافه و استخراجه، اما الموجودة في قاع البحار العالية و المحيطات فانه طبقا لمعاهدة قانون البحار لسنة 1982 اعتبرتها ارثا مشتركا لبني البشر، لا يجوز لاي شخص طبيعي او معنوي العمل على اكتشافها و استغلالها الا من خلال تصريح يصدر عن سلطة قاع البحار الدولية، و يتم اقتسام العوائد المالية بين الدول بصورة عادلة.

انظر الى يزيد انيس نصير: طبيعة حق الملكية الوارد على النفط (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق الكويتية، العدد1، مارس سنة 2009، ص347-348.

الصادر سنة 1934 عهد بملكية البترول الى الدولة و إعطاها حقا حصريا بالبحث عنه و إنتاجه[1]، ثم إن إعطاء الدولة إمتيازا لشركة ما يثير بخصوص الحقوق التي يعطيها مثل هذا الإمتياز، هل هي حقا بالملكية أو لا؟[2].

تخضع غالبية الدول المالكة للبترول استغلال مواردها البترولية لنظام خاص للملكية يتاسس على ملكية الدولة لهذه الموارد[3]، و ذلك باستثناء قليل من الدول حيث يمتد لمالك سطح الارض ملكية الثروات في باطنها و لعل المثال التقليدي في هذا المجال ما يجري عليه العمل في الولايات المتحدة الامريكية[4]، و في الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية تنص المادة 20 على ان الملكية العامة هي ملكية الشعب، و كل مال و مشروع يكون لاستغلاله صفة المرفق العام و يكون احتكارا فعليا يجب ان يصبح مملوكا للشعب، و الثروات الطبيعية سواء باطن الارض او في المياه الاقليمية وجميع مواردها تعتبر ملكية عامة

---

[1] Petroleum(production)Act1934(The property in petroleum existing in its natural conditio in strata in Great Britain is hereby vested in his majesty shall have the exclusive right of searching and borinng for and getting such petroleum .

[2] و في هذا المجال هناك اختلاف بين مفهوم الملكية في القانون الفرنسي و مفهومها في القانون الانجليزي،ففي قضية مطالبة "رايبل" اكدت لجنة تعويضات الحرب ان كلمة (Property is not synonymous with the french-bien-does not therefore correspond to property in the sense of the real right of continental legal systems,but must be regaarded as a subjective patrimonial right comprehending claims based on the law of contract) .

Raibl claim-Anglo-Italian cociliation commission .40l .L.R.1970 P.200.Par .4.

[3] تقسم النظم المختلفة ملكية الثروات الطبيعية في باطن الارض تقليديا على اساس ما اذا كانت ملكية السطح تتضمن ملكية المعادن الموجودة في باطن الارض من عدمه، و نتيجة لذلك ذهب بعض الكتاب الى تقسيم الثروات الطبعيية الى ثلاث نظم رئيسية:

-النظام الاول: نظام الاتصال وطبقا لهذا النظام يعد مالك السطح مالكا لما في باطن الارض من ثروات طبيعية وهو النظام المعمول به في الولايات المتحدة الامريكية.

-The Res Nullius System وفق هذا النظام لا تكزون الثروات الطبيعية الكامنة في باطن الارض مملوكة لاحد الى ان يتم اكتشافها، و عندئذ تؤول الملكية للمكتشف.

-The Regalia or Royalty بمقتضاه فان ملكية الثروات الكامنة في باطن الارض تكون للدولة بصرف النظر عن مالك السطح، و هو المعمول به في غالبية التشريعات الوطنية.

[4] ظهرت في الفكر الامريكي نظريات متعددة حول ملكية الثروات البترولية:

-نظرية عدم الملكية: و التي تتاسس على افتراض ان البترول والغاز الطبيعي في باطن الارض من الاشياء المجهولة، و على ذلك لا يمكن لاحد ان يتملك البترول و الغاز حتى يمكن اكتشافه، و من الولايات التي تاخذ بها: ولاية الالباما، وكاليفورنيا، والينوي، وانديانا، وكانتيكي، ولوزيانا، نيويورك، واوهيو.

-نظرية الملكية المقيدة: تختلف هذه النظرية عن سابقتها في انها تضع قيودا شديدة على حقوق وواجبات مالك الارض، فتلزمه بعدم تبديد طاقة هذا البئر وعدم انتاج البترول او الغاز بطريقة تضر مصالح الاخرين، ويعمل بهذه النظرية كل من: ولاية او كلاهما.

-نظرية الملكية المحلية: اخذت بها ولاية اركانساس، كولورادوا، كانساس، ميرلاند، مسيسبي، مونتانا، نيو مكسيكو، دكوتاالشمالية، بنسلفانيا، تكساس، واشنطن،غرجيانا الغربية، و مفادها ان البترول في باطن الارض يعد موضوعا حقيقيا للملكية.

-نظرية ملكية الطبقات: و مفاد هذه النظرية ان مالك السطح يملك الطبقات الحتوية على البترول و الغاز في حدود الخطوط الراسية لارضه، انظر الى احمد عبد الحميد عشوش،عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص156-158.

و تكفل الدولة حسن استغلالها...، و هو نفس المعنى الذي تضمنته المادة التاسعة من الدستور العراقي[1] الصادر في19-04-1946 و التي نصت على: (موارد الثروة الطبيعية وريعها ملكا للدولة)، و بالمثل نصت المادة 21 من الدستور الكويتي[2] الصادر بتاريخ 11 نوفمبر سنة 1962 على ان: (الثروات القومية و الموارد الطبيعية ملكا للدولة)، كذلك تنص المادة الاولى من قانون المناجم السعودي[3] الصادر بتاريخ 20 ماي سنة 1963، و قد اسهمت عدم مرونة فكرة سيادة الدولة في ان تحيل الحدود الفاصلة بين حقوق سيادة الدولة و حقوق الملكية الى حدود واهية، فضلا عن ذلك فانه من المعترف به انه يمكن للدولة ان تقرر لنفسها حقوقا على كافة الاشياء التي تقع داخل اقليمها، حيث جرى التمييز بين نوعين من الملكية العامة بالنسبة لفئتين متميزتين من الاشياء، الاولى اشياء تعد من الاموال العامة ذلك ان قانون الدولة يخول الافراد حق استخدامها، و تقود الدولة استنادا الى حقها في السيادة بوضح لوائح منظمة لاستخدام هذه الاشياء، اما الفئة الثانية فهي اشياء يمكن تصنيفها باعتبارها مالا عاما، ذلك ان قوانين الدولة تحظر على اي شخص استخدامها قبل ان يحصل على ترخيص بذلك و تندرج الموارد البترولية في البلاد العربية تحت هذه الفئة، و قد ذهب الدكتور الانباري للقول: (انه اذا كان واقعة الملكية الخاصة يتولد عنها حق الاستخدام الشامل و المطلق لموضوع الملكية، فان الامر يختلف بالنسبة للموارد البترولية في الشرق الاوسط، ذلك ان الدولة لا تخول حقوقه ملكية كتلك المخولة للمالك الخاص فيها بالنسبة للاشياء التي يتملكها)[4].

ثانيا: إلتزام الشركة الاجنبية بخدمات الاتصال و النقل البترولي

يتم النقل بعدة وسائل:

– نقل المنتجات البترولية بواسطة السيارات من اماكن تصنيعها الى سوق الاستهلاك، او النقل بالسكك الحديدية.

– النقل البحري حيث توجد اساطيل ضخمة لنقل البترول.

– نقل البترول بواسطة الانابيب و هي الطريقة الاقتصادية، حيث تم انشاء خط انابيب سنة 1865 بالولايات المتحدة الامريكية على المسافات القصيرة، و في سنة 1874 بني خط انابيب طوله 96,5 كيلو متر يربط بين المنطقة البترولية في الشمال من "بنسلفانيا" ببنتسبورغ.

[1] الجريدة الرسمية العدد رقم 949 الصادر في 10 مايو سنة 1964.

[2] الجريدة الرسمية العدد الخاص الصادر في 12 نوفمبر سنة 1962.

[3] جريدة ام القرى، العدد الصادر في 20 مايو سنة 1963.

[4] احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص 159-163.

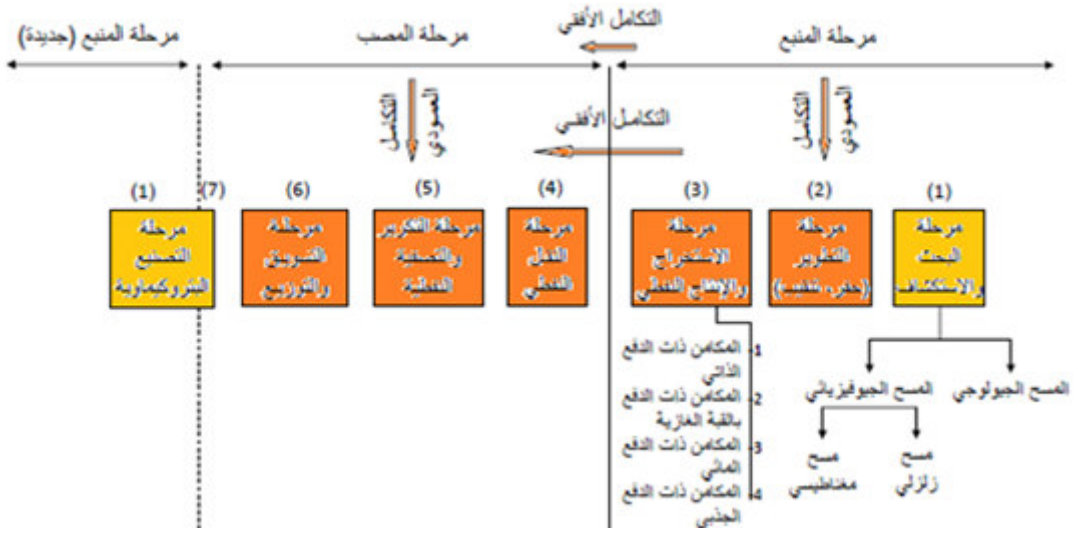
إهتمت البلدان العربية المنتجة للبترول بموضوع النقل من خلال التعاون مع منظمة البلدان العربية المصدرة للبترول[1]، و وقعت اتفاقية تاسيس الشركة العربية البحرية لنقل البترول بتاريخ 04-03-1972 براس مال قدره 500 مليون دولار، و بالكويت بتاريخ 06-05-1972 في الاجتماع الثامن للمجلس الوزاري، و تتكون الشركة من: الجزائر، السعودية، العراق، ليبيا، قطر، الامارات العربية و البحرين، و تقوم الجزائر حاليا بنقل الغاز الطبيعي بواسطة انابيب تمر تحت سطح البحر ، كما انجز مشروع لنقل الغاز بين الجزائر و ايطاليا منها:

- خط انابيب يربط بين مستغانم و قرطاجة سمي بمشروع " غاز فرنسا " .
- خط انابيب يجتاز جبل طارق " مشروع سيجان " .
- خط انابيب يربط تونس " صقلية " ايطاليا.

و اذا كانت الشركات الاجنبية ظلت تحتكر عمليات النقل قبل الاستقلال فان جميع عمليات النقل من اختصاص شركة " سونطراك "، التي قامت ببناء خطوط انابيب بين مدينة " بني منصور" و الجزائر، مما وفر النقل بالسفن من " بجاية " الى معمل التكرير " الحراش "، و انبوب اخر من " حاسي مسعود " الى " سكيكدة " التي اصبحت من اهم الموانئ الجزائرية، و انبوب اخر من " حاسي الرمل " للغاز الطبيعي يصل ب " سكيكدة " [2].

[1] المصدر تقرير موجز عن نشاط المنظمة سنة 1973، الكويت ص 21 و التقرير السنوي الاول الصادر عن المنظمة بالكويت، نوفمبر سنة 1974 ص 21، و تقرير الامين العام للمنظمة في ديسمبر سنة 1977، ص110.

[2] يسرى محمد ابو العلا: نظرية البترول بين التشريع والتطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول (دراسة تاريخية، اقتصادية و سياسية مع الاشارة للنماذج التشريعية البترولية العالمية)، نفس المرجع السابق، ص441-447.



الشكل رقم08: مخطط يوضح مراحل النشاط البترولي بداية بالبحث و الاستكشاف الى غاية التصنيع البيتروكيميائي[1].

[1] امينة مخلفي: اثر تطور انظمة استغلال النفط على الصادرات (دراسة حالة الجزائر بالرجوع الى بعض التجارب العالمية)، نفس المرجع، ص 380.

الباب الثاني:

منازعات عقود الإستثمار البترولية

و

القانون الواجب التطبيق على التحكيم

الباب الثاني

منازعات عقود الاستثمار البترولية و القانون الواجب التطبيق على التحكيم

أصبح في وقتنا الحاضر من الضروري تنظيم أحكام عقود الاستثمار البترولية بشكل خاص على ضوء تزايد و انتشارها و كثرة منازعاتها، لأن مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود تزداد صعوبة بسبب تضارب مصالح الأطراف المتعاقدة، خاصة و أن المستثمر الأجنبي يرغب في أن يظل قانون العقد ثابت كما هو وقت إبرامه، تجنبا لأي تغيير قد يطرأ في المستقبل من شأنه أن يمس بمصالحه الاقتصادية[1]، حيث استقرت هيئات التحكيم الدولية على أن الدولة التي تقبل بشرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع أطراف أجنبية لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم ، و هو من المبادئ المستقرة في المعاملات الدولية يضاف إلى ذلك أن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم مع طرف أجنبي بذريعة الحصانة القضائية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الجهات الحكومية، و يجعل المستثمرين الأجانب يمتنعون عن الاستثمار في الدولة التي لا تحترم تعهداتها[2]، و ارتبط التحكيم بالعديد من الاتفاقيات الدولية المبرمة و الخاصة بحماية و تشجيع الاستثمارات، و منها ضمانات الدولة المضيفة في العمل بثبات التشريع و معاملة المستثمر معاملة عادلة و التعويض في حالة التاميم[3]، ثم ان التطورات الاقتصادية المعاصرة و ما فرضته في الاتجاه نحو تشجيع الاستثمارات الاجنبية و ما تم حله من منازعات استثمارية بواسطة التحكيم، ادى ذلك الى اعتباره اكثر الوسائل انتشارا و ملاءمة لتسوية المنازعات الاستثمارية، و ان كان هناك محاكم قضائية متخصصة في مجال الاستثمار وشؤونه الا ان وسيلة التحكيم وسيلة واقعية و ذلك للفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي[4].

و تأسيسا على ما سبق سنحاول في هذا الباب الثاني تسليط الضوء على منازعات عقود الاستثمار البترولية و القانون الواجب التطبيق على التحكيم، و عليه سنقسم دراستنا الى فصلين، نتناول في الفصل الاول منازعات عقود الاستثمار البترولية و علاقتها باتفاق التحكيم، ثم نقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم البترولي في الفصل البترولية.

---

[1] يوسف مسعودي: ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر سنة 2015، ص 03.

[2] http://forum.univbiskra.net/index.php?topic=21249.0;wap2في22-05-2013-10:55سا.

[3] منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1997، ص9.

[4] عبد العزيز سعد يحي النعماني: المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في اليمن و مصر، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص 76-77.

الفصل الأول: منازعات عقود الإستثمار البترولية و علاقتها باتفاق التحكيم

تعد عقود الاستثمار ذات آجال طويلة و ترتبط بشكل وثيق بكيان الدولة المضيفة للاستثمار، سواء كان هذا الارتباط مباشرا اي يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية لهذا البلد او غير مباشر و يرتبط بخطط التنمية الاقتصادية للبلد المضيف، و بما ان الدولة طرف في هذه الروابط فان ذلك يعطيها صلاحيات و امتيازات واسعة تعطي المنازعات التي تثار بسببها طابعا خاصا، و لهذا فان المنازعات التي تنشا عن الاستثمارات ترتبط بشكل وثيق بتغير الظروف السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية التي تصاحب نشاة رابطة الإستثمار، سواء اكانت بعقد ام ترخيص صادر من الدولة المضيفة او عبر اتفاقية دولية للاستثمار مما يدعو الى ضرورة إعادة النظر فيه و مراجعته، و قد تؤدي هذه الظروف المستجدة الى قيام الدولة المضيفة باتخاذ بعض الإجراءات و اللجوء الى اعمال نابعة من سلطتها السيادية[1]، و نظرا لاختلاف مجالات الاستثمار الا انها تتميز بسمات خاصة تميزها عن عقود التجارة الدولية التقليدية مما يضفي عليها نوعا من الخصوصية، و من هذه السمات عدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدة نتيجة لمظاهر السيادة التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة مما يقوي المركز القانوني لها[2]، و مما يؤثر ايضا في الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار ما تتميز به من طبيعة فنية، كما تتميز بتنوعها بالنظر الى الموضوع الذي تنصب عليه و منها عقود البترول التي تساهم في مجالات التنمية عند الدول الراغبة في النمو[3].

و من خلال هذه الدراسة سنقوم بتقسيم هذا الفصل الى ثلاث مبحثين، نتناول في المبحث الاول المنازعات البترولية الناتجة عن اخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها، ثم نقوم بدراسة المنازعات البترولية الناتجة عن التغير في ظروف تنفيذ العقد البترولي في المبحث الثاني، و أخيرا نخصص المبحث الثالث لتوضيح دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار البترولية.

المبحث الأول: المنازعات البترولية الناتجة عن إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها

تقوم الدولة باحداث تغييرات في قوانينها بهدف التجاوب مع التطورات الدولية، مما يؤدي الى التاثير في السلطة التي تتمتع بها في اللجوء الى التحكيم[4]، و قد تتخذ الدولة المضيفة للاستثمارات الاجنبية في علاقتها بالمستثمر الاجنبي عدة تعديلات من شأنها ان تؤثر في حقوق هذا الاخير، و قيام الدولة

[1] لما احمد كوجان: التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الاجنبي، وفقا لاحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 74 و ما بعدها.

[2] للتفصيل حول مظاهر السيادة انظر طه احمد قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية مقارنة لاهم التشريعات العربية و المعاهدات الدولية مع الاشارة الى منظمة التجارة العالمية و دورها في هذا المجال،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، سنة 2008، ص 32 و ما بعدها.

[3] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن)، نفس المرجع، ص 111.

[4] لما احمد كوجان: التحكيم في عقود الاستثمار، نفس المرجع، ص 91.

المضيفة بتغيير تشريعاتها الوطنية المنظمة للاستثمار يساهم في زعزعة الإستقرار المطلوب لمناخ الاستثمار[1]، فقد تواجه الاستثمارات الاجنبية الخاصة في اقاليم الدول المضيفة لها العديد من المخاطر المحتملة، و منها المخاطر السياسية و هي: (تلك الاجراءات التي تتخذها الحكومة او السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواء بطريق مباشر او غير مباشر و يكون من شانها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه و سلطاته الجوهرية)، و يرجع السبب الأساسي في هذه المخاطر السياسية الى تعارض الاهداف بين الاستثمارات الاجنبية الخاصة و بين اهداف الادارة العليا و تطلعاتها السياسية، و تتدرج تحت هذه المخاطر اجراء نزع الملكية و المصادرة و اخيرا التاميم[2]، و يقابل حق الادارة في انهاء العقد دون خطا المتعاقد معها حق الاخير طلب التعويض عما لحقه من اضرار بسبب استخدام الادارة لهذه السلطة، و قد بينت المبادئ القانونية حدود هذا الحق عند انهاء الادارة العقد، حيث تنفيذ العقد بحسن النية هو اصل مطبق في العقود الادارية مثل العقود المدنية مع عدم الاخلال بحق المتعاقد مع الادارة في التعويض، و يحق للجهة الادارية تعديل شروط العقد و اضافة شروط جديدة اذا رات انه يحقق الصالح العام، و ليس للمتعاقد الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و له الحق في التعويضات ان كان له وجه حق[3].

و عليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول المنازعات البترولية الناتجة عن التغيير التشريعي في المطلب الاول، ثم المنازعات البترولية الناتجة عن الاجراءات الانفرادية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المنازعات البترولية الناتجة عن التغيير التشريعي

تنعكس التطورات الدولية على مستوى الاقتصادي و السياسي على الضمانات الاجنبية و المناخ السياسي في جذب الاستثمار الذي يتاثر باي تغيير طارئ في عقد الاستثمار، الا ان الامر لا يقتصر على توفير مناخ سياسي و اجتماعي و اقتصادي لينجح الاستثمار، حيث يبحث المستثمر في دراسته لنظم الاستثمار عن المعايير التي يعمل في اطارها و الحوافز التي يتمتع بها و مدى مرونة نظام فض المنازعات[4]، تشمل عقود البترول العديد من الشروط و تتنوع هذه الشروط حسب المسائل التي تتناولها فمن هذه الشروط ما يعنى بتحديد حقوق و التزامات الاطراف المتعاقدة، و منها ما يعنى بكيفية تسوية المنازعات التي يمكن ان تثور بين الاطراف بمناسبة العقد المبرم بينهم، و منها ما يعنى بتوفير بعض

[1] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم، نفس المرجع، ص73 و ما بعدها.

[2] من امثلة الاجراءات المباشرة نزع الملكية، المصادرة و التاميم، اما الاجراءات غير المباشرة فتتمثل في فرض ضرائب او رسوم خاصة على الشركات الاجنبية، اعفاء الشركات الوطنية من تلك الضرائب و الرسوم، او تشجيع مقاطعة الشركات الاجنبية، انظر الى عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2008، ص31-32.

[3] محمد ابراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، الادارة العامة للبحوث، دون بلد النشر، سنة 1995، ص254-258.

[4] قيس جواد الغزاوي: الضمانات السياسية الاقتصادية و الاجنبية للاستثمار عربيا و اوربيا، ط1، افاق و ضمانات الاستثمارات العربية الاوروبية، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي الاوروبي في بيروت، بتاريخ 13 الى15 فيفري سنة 2001، ص 53.

الضمانات لصالح الشركة الاجنبية و يسمى بشرط الثبات التشريعي و شروط عدم المساس بالعقد[1]، حيث تسعى معظم الدول على تطبيق قوانينها الوطنية على عقد الاستثمار و في نفس الوقت تنص على ادراج شرط الاستقرار التشريعي في قوانينها الذي يطلبه المستثمر الاجنبي حفاظا على مصالحه و الاهداف التي سطرها عند ابرام هذا العقد، و الهدف من كل هذا هو تحقيق الاستقرار التشريعي لتنفيذ الالتزامات المتفق عليها من قبل الاطراف و هو ضمانة اضافية للمتعاقد مع الدولة للعمل على ارضية قانونية معروفة مسبقا، و تظل مسالة الثبات التشريعي محل خلاف فقهي بسبب تجاذب مصالح الاطراف بينها، فهو من جهة اقرار لمصالح الطرف الاجنبي عند الاعتداد به و من جهة اخرى يحق لكل دولة تعديل او الغاء تشريعها بارادتها المنفردة مادام هذا التصرف لا يمثل اخلالا بتعهد دولي، لذا تحرص الدول على تشجيع الاستثمار للمساهمة في تحقيق تنميتها ما يدفعها للتعهد الصريح في تشريعها الداخلي بعدم تعديل او الغاء قوانينها السارية عند ابرام العقد، رغم ان لها الحق في تعديل انظمتها القانونية لتحقيق تنميتها الاقتصادية التي هي صميم حقوقها السيادية[2].

و مما سبق ذكره نقسم دراستنا في هذا المطلب الى ثلاث فروع، نقوم بتحديد المقصود بشرط الثبات التشريعي في الفرع الاول، ثم نوضح المقصود بشرط عدم المساس ببنود العقد في الفرع الثاني، و اخيرا نبين الاثار المترتبة عن شروط الثبات و عدم المساس بالعقد في الفرع الثالث.

الفرع الأول: المقصود بشرط الثبات التشريعي

ظهر شرط الثبات التشريعي لاول مرة من خلال الاتفاقيات البترولية في الاتفاق المبرم بين شيخ البحرين و شركة " بابكو " سنة 1925 اذ نصت المادة الثامنة منه على: (لا يجوز للشيخ الغاء الاتفاقية بتشريع عام او خاص او اي اجراء اداري او اي طرق اخرى مهما كان نوعها)، و اخذ بهذا المبدا في عقد الامتياز المبرم بين ايران و الشركة الانجليزية " Anglofrom " سنة 1933 في المادة 11 منه التي تنص: (لا يجوز الغاء العقد او تعديله بتشريع عام او خاص او اجراء اداري او اي عمل قانوني ايا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية،...)، و ما يمكن قوله في اصل نشاة هذا الشرط انه اتفاقي التكوين ثم تدرج ليكون تشريعيا فيما بعد[3].

يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق اي تشريع جديد على العقد الذي تبرمه مع الشركة الاجنبية[4]، فشرط الثبات يهدف الى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها مع الشركة الاجنبية المتعاقدة معها على الحالة التي كانت عليها من تاريخ ابرام العقد بغية

---

[1] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 108.

[2] نقلا عن صراح ذهبية: التوفيق بين القانون الوطني و القانون الاجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2012، ص 50-51.

[3] غسان عبيد محمد العموري: شرط الثبات التشريعي و دور التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الاول، العدد الثاني، سنة 2009، ص174.

[4] Leboulanger(ph) :Op.Cit.,p.92,N°.179.

حماية هذه الشركة ضد المخاطر التشريعية، و التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد[1]، و تتخذ شروط الثبات اشكالا متنوعة فقد تكون هذه الشروط شروطا عامة تهدف الى تجميد كل القواعد القانونية النافذة في الدولة المتعاقدة و عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد، و قد تكون شروطا خاصة تنص على عدم سريان بعض التشريعات النافذة كالتشريعات المتعلقة بالضرائب و الجمارك...، كما ان هذه الشروط قد تكون مطلقة و ذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق قانون جديد صادر منها على العقد، و قد تكون نسبية و ذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي من شانها الاضرار بالمتعاقد الخاص الاجنبي[2].

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي في ابرام عقود الاستثمار البترولية

يقصد بشرط الثبات التشريعي بانه: (ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق اي تشريع جديد او لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الاجنبية)، كما عرف بانه: (تلك الشروط التي تهدف الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية و طرف في العقد، و في الوقت نفسه بمنعها من التغيير القواعد القانونية النافذة وقت ابرامها اذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الاجنبي المتعاقد معها، على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد و يترتب عليه الاضرار بالطرف الاجنبي المتعاقد معها)، و يعرف ايضا بانه: (اداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد عبر تجميد دور الدولة في التشريع، و الذي يحد من سلطتها التشريعية و لكن لا يجردها منها)، و في اطار عقود الاستثمار البترولية فإن أطراف العلاقة العقدية يضمنون العقد العديد من الشروط خاصة في عقود البترول طويلة الاجال التي يحاول فيها الطرف الاجنبي تامين نفسه من مخاطر تغيير التشريعات[3]، و من جهة اخرى يقصد بشرط الثبات النسبي ان الدولة تتعهد بموجبه بعدم تطبيق اي تشريع جديد او لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الاجنبية، و يهدف هذا الشرط الى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها مع الشركة الاجنبية المتعاقدة معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ ابرام العقد، بغية حماية هذه الشركة ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، و ذلك من خلال تغيير تشريعها الواجب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد او بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري[4].

مما سبق يمكن لنا تعريف شرط الثبات الشريعي بأنه: (ذلك البند الذي يرد النص عليه في العقد يقتضي عدم المساس بالنصوص التشريعية المنظمة للعلاقة التعاقدية التي يكون احد اطرافها الدولة او

---

[1] Kahn(ph) ;Contrat d'etat et nationalisation...op.cit.,p.p.848,849.

[2] Riad(F),Les contrats de développoment ,...Op.p.261.

[3] غسان عبيد محمد العموري: شرط الثبات التشريعي و دور التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 172.

[4] ابو زيد محمد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 111.

مؤسساتها العامة و الطرف الاخر شخص معنوي خاص، حفاظا على حقوق الطرف الضعيف في العقد من جهة و حماية للمال الاجنبي من تعسف الادارة من جهة اخرى).

ثانيا: موقف التشريع و الفقه و احكام التحكيم من شرط الثبات التشريعي

يرجع حرص الشركات الاجنبية المتعاقدة على ادراج هذه النوعية من الشروط الى المخاوف التي تنتاب هذه الشركات من جراء المزايا السيادية التي تتمتع بها الدولة الطرف في العقد، فالدولة بما تملك من سلطة تشريعية يمكنها تعديل او تغيير تشريعها على النحو الذي يؤدي الى الاخلال بالتوازن العقدي الذي كان قائما عند ابرام العقد[1]، لذا تباينت مختلف الاتجاهات حول شرط الثبات التشريعي و مدى مساسه بسيادة الدولة المستثمرة بين مواقف مؤيدة و اخرى معارضة، و هذا ما سنحاول دراسته في الاتي:

1-موقف التشريع و احكام التحكيم الدولية من شرط الثبات التشريعي

يعد الهدف من إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو ضمان تحقيق التوازن العقدي و استقرار المعاملات التجارية و تجنب إلحاق الضرر بالمستثمرين الأجانب، و ذلك من خلال التزام الدولة بعدم استغلال سلطتها التشريعية في فرض قواعد تحقق مصالحها على حساب الحقوق الاقتصادية للمستثمرين الأجانب، و هذا ما يحقق نوعا من الأمان التشريعي الذي يعتبر ضمانا إضافيا لاستثمار الطرف الآخر و الذي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص في مواجهة الدولة بصفتها شخص عام و ما تتمتع به من مزايا استثنائية، و من التطبيقات الشهيرة لهذا المبدأ اتفاقية الامتياز المبرمة بين إيران و شركة النفط " الانجلو-إيرانية " حيث ألزمت هذه الاتفاقية القوانين الوطنية بعدم تغيير الامتياز أو شروطه[2].

ا-موقف التشريع الوطني و التشريعات المقارنة من شرط الثبات التشريعي

لقد أخذ قانون الإستثمار الجزائري بمبدا شرط الثبات التشريعي حيث نص في المادة 15 منه على أنه: (لا تطبق المراجعات أو الإعفاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة)[3]، و جاء في المادة 22 من قانون الاستثمار 16-09 انه:(لا تسري الاثار الناجمة عن مراجعة او الغاء هذا القانون، التي تطرا مستقبلا، على الاستثمار المنجز في اطار هذا القانون، الا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة)[4]، و ذلك بغرض تحفيز المستثمرين الأجانب لإنشاء مشروعاتهم الاقتصادية ذات الأثر المباشر في تحقيق التنمية الاقتصادية، و الذي اساسه هو احترام مبدأ سلطان الإرادة بالإضافة إلى مسألة مراعاة الحقوق المكتسبة، إلا أن الجدل ثار حول هذا القيد الذي يمنع الدولة من تعديل تشريعاتها ، كما ان الامر لا يمنع الدولة من ممارسة سلطتها التشريعية

[1] هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، نفس المرجع، ص118.

[2] مشار اليه في يوسف مسعودي: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، نفس المرجع السابق، ص10.

[3] انظر الى امر رقم 01-03 مؤرخ في 20 اوت سنة 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع 47 المعدل بالامر رقم 06-08 مؤرخ في 15-07-2006.

[4] قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 اوت سنة 2016، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 2016

في تعديل القوانين التي تقتضيها المصلحة العامة مرتكزة على سيادتها، و لكن ينبغي عدم المساس بالمصالح الاقتصادية للمستثمر الأجنبي و إلا كانت الدولة ملزمة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الجديدة[1]، و اثبتت الممارسة التعاقدية ان شروط الاستقرار اصبحت من الشروط المالوفة في عقود الاستثمار عموما لاسيما في اواخر القرن العشرين التي عرفت انفتاح البلدان النامية على استقبال الاستثمارات الاجنبية، فقد تضمنت قوانين الاستثمار التي تلت فترة التسعينات في الجزائر على شروط الاستقرار التشريعي، و هو ما جاء في نص المادة 32 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، و كذا في سياق نص المادة 15 من الامر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، و طبقا لأحكام هذه المواد و إن كان من حق الدولة السيادي القيام بالتعديلات الضرورية في قوانينها الداخلية يبقى المستثمر الاجنبي خاضعا للتشريع المعمول به الذي تم فيه ابرام العقد[2]، و باستقراء نص المادة 15 من الباب الثالث بعنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين من الامر رقم 01-03 الذي يتعلق بتطوير الاستثمار و التي تنص على: (لا تطبيق المراجعات او الالغاءات التي قد تطرا في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في اطار هذا الامر الا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة)، يتبين لنا ان المقنن قيد عدم تطبيق التعديلات التشريعية الحاصلة في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في اطار الأمر رقم 01-03، كما أعطى المقنن حرية الاختيار للمستثمر بالتصريح برغبته في الخضوع للتشريع الجديد اذا راى مصلحة في ذلك، و ادراج هذا النص القانوني يدخل ضمن الاجراءات التحفيزية التي اتخذتها الدولة الجزائرية من اجل منح الضمانات القانونية الكفيلة بتشجيع المستثمرين على الاقبال بطمانينة نحو استقرار تشريعات الاستثمار ذات العلاقة، ثم ان فتح المجال امام المستثمر في اختيار التشريع الجديد دليل على حرص المقنن الجزائري على تطوير المنظومة القانونية الاستثمارية بما يخدم مصلحة المستثمرين و يرغبهم اكثر في التماشي مع المستجدات الداخلية باكثر مرونة.

سمحت عديد التشريعات في الدول النامية خاصة بادراج شروط الثبات التشريعي في عقودها مع الشركات الاجنبية و ذلك في إطار السياسة التي تتبعها هذه الدول من اجل جذب الاستثمارات الاجنبية لما يحققه من اطمئنان المستثمر الاجنبي، و من بين هذه القوانين القانون الليبي للبترول رقم 52 سنة 1955 الذي نصت مادته 24 على عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره، كما انتهى مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة ب " اثينا " سنة 1979 الخاص بمناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و اشخاص الاجنبية الاخرى، الى الاعتراف بمشروعية اتفاق الاطراف على التجميد الزمني للقانون المختار، حيث نصت المادة الثالثة منه على: (يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها

[1] يوسف مسعودي: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، نفس المرجع، ص11 فما فوق.

[2] حصايم سميرة: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، نفس المرجع، ص102-103.

لحظة ابرام هذا العقد)[1]، و من امثلة شروط الثبات التي تضمنتها عقود البترول المبرمة بين الدول و الشركات الاجنبية يمكن ان نذكر ما نصت عليه المادة 41 من العقد المبرم بين " L'equateur " و شركة " Petroleum Texac "، و ذلك بتاريخ 21 فيفري سنة 1964 بانه: (يلتزم الاطراف بقوانين البترول و التعدين السارية وقت التوقيع على العقد، تلك القوانين التي ادمجت نصوصها في العقد، تتولى حكم العمليات التي تتم بين الاطراف في اي مجال لم يتفق الاطراف صراحة على تنظيمه)[2]، و كذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من العقد المبرم بين موريطانيا و شركة " Mouritanie Texac " بتاريخ اول جانفي سنة 1971 من ان: (1- تضمن الحكومة للشركة طوال مدة الاتفاق الحالي، ثبات الشروط العامة القانونية و الاقتصادية و المالية و الضريبية التي تمارس الشركة نشاطها في اطارها، كما هي مستمدة من التشريع و القواعد النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق ...، 2- ان قانون التعدين الذي تم تثبيته طوال مدة سريان هذا الاتفاق ثم ادراج نصوصه ضمن قائمة النصوص الواردة في الملحق رقم 01 المرفق بهذا العقد و يعد جزءا لا يتجزا منه...، 3- تتعهد الحكومة طوال مدة هذا الاتفاق اتجاه الشركة بعدم تطبيق او اصدار اي تشريع يتضمن بطريق مباشر او غير مباشر تعديلا لا يتفق مع النصوص التشريعية النافذة في تاريخ ابرام هذا الاتفاق...)[3]، و من الامثلة ايضا عن هذا الشرط ما نصت عليه المادة 41 من العقد المبرم بين ايران و مجموعة من الشركات المكونة " للكونسرتيوم " في اكتوبر سنة 1954 على انه: (1-ب- لا يمكن لاي اجراء تشريعي عام او خاص او اي اجراء اداري او اي تصرف اخر ايا كان نوعه صادر عن ايران ان يلغي هذا الاتفاق او يعدل نصوصه او يمنع او يحول دون التنفيذ الضروري و الفعال لبنوده)[4].

ب-موقف احكام التحكيم الدولية من شرط الثبات التشريعي

اثيرت مسالة صحة شرط الثبات التشريعي و الاثار المترتبة عليه امام محاكم التحكيم من اجل الفصل في المنازعات التي تثور بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الخاصة الاجنبية العاملة في مجال المحروقات بمناسبة العقود المبرمة بينهم، و يعد حكم تكساكو " Texaco "، و ليامكو " Liamco "، و اجيب " Agib " و امنيؤيل " Aminiol " من اهم الاحكام التي عالجت موضوع شرط الثبات التشريعي[5].

---

[1] محمد عبد الكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان-الجزائر-، سنة2011، ص163-164.

[2] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية و تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، سنة1978، ص 222.

[3] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 112-113.

[4] و نصت على ذلك ايضا المادة2/28 من العقد المبرم بين الشركة الوطنية الايرانية للبترول"نيوك و "شركة"سافير" سنة 1958.

[5] غسان عبيد محمد العموري: شرط الثبات التشريعي و دور التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 178.

و هذا ما سنوضحه في الامثلة التالية:

-حكم " تكساكو " بتاريخ 19 جانفي سنة 1977: تتلخص وقائع النزاع في ابرام الحكومة الليبية عقود امتياز البترول مع الشركتين الامريكيتين " California Asiatico il company et Texaco Overseas petroleum company " في الفترة من شهر ديسمبر سنة 1955 الى غاية شهر افريل سنة 1971، و بتاريخ اول سبتمبر سنة 1973 اصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 66 سنة 1973 بتاميم 51% من كل الاموال المملوكة للشركتين، و قد اخطرت هاتان الشركتان الحكومة الليبية بتاريخ 02 سبتمبر سنة 1973 بعزمها اللجوء الى التحكيم و ذلك اعمالا لنص المادة 28 من عقود الامتياز المبرمة بينهما و الحكومة، و اكد المحكم الفرنسي " Dupuy " على حق الدولة في اتخاذ اجراءات التاميم تعبيرا عن سيادتها، و قد اوضح المحكم عدم وجود اي شرط في عقد الامتياز المبرم بين الشركتين و الحكومة يحظر اللجوء الى التاميم، كما تضمن العقد المادة 16 التي تهدف الى تثبيت مركز المتعاقد الاجنبي و تثبيت النظام التشريعي في مجال البترول من تاريخ التوقيع على الاتفاقية، و انتهى المحكم الى انه بالنظر الى القانون الدولي للعقود فان التاميم لا يمكن التمسك به في عقد امتياز للبترول يتضمن شروط الثبات[1].

-تحكيم اجيب " Agip " بتاريخ 30 نوفمبر لسنة 1979: تتلخص وقائع هذا الحكم في ابرام شركة " اجيب " الايطالية و حكومة الكونغو عقدا بموجبه اسست الشركة الايطالية " اجيب " في دولة الكونغو شركة خاضعة للقانون الكونغولي، و كانت شركة اجيب تملك 90% من اسهمها بينما تملك الشركة السويسرية الدولية نسبة 10% المتبقية، و لقد قامت هذه الشركة بممارسة نشاط تجاري في توزيع البترول شهر ماي سنة 1965، و بتاريخ 12 جانفي 1974 اممت حكومة " الكونغو " قطاع توزيع المنتجات البترولية بموجب قانون رقم 01 لسنة 1974 و الذي حول اموال الشركات المؤممة الى الشركة الوطنية " هيدرو كونغو Hydro-Congo "، و بتاريخ 12 ابريل سنة 1975 اصدر رئيس جمهورية الكونغو القرار رقم 06 سنة 1975 بتاميم الشركة، ثم ثار النزاع بين الطرفين تم اللجوء الى التحكيم الوارد في الاتفاق المبرم بينهما بتاريخ 02 جانفي سنة 1974 و تم تشكيل محكمة تحكيم للفصل في هذا النزاع مكونة من الاستاذ " ترول J.Trolle " رئيسا و الاستاذ " روهاني Rohani " كمحكمين، و لاحظت محكمة التحكيم ان الحكومة قد تعهدت بموجب المادة 04 من الاتفاق المبرم بان تحتفظ الشركة بطابعها كشركة مساهمة، و لقد ذهبت محكمة التحكيم الى ان فسخ العقد من جانب واحد بقرار رقم 06 لسنة 1975 يخالف شرط الثبات التشريعي الذي لا يمس بسيادة الحكومة، و انتهت المحكمة الى تقرير عدم شرعية اجراءات التاميم التي اتخذتها الحكومة مع الزامها بالتعويض[2].

[1] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 126-131.

[2] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 134-136.

2-موقف الفقه من شرط الثبات الشريعي:

تباين موقف الفقهاء حول شرطي الثبات التشريعي[1] إلى ثلاث إتجاهات:

الإتجاه الأول يرى أن شرط الثبات و عدم المساس بالعقد من الشروط الصحيحة و تنتج كافة الاثار القانونية، و من ثم تلتزم الدولة بهما و لا يجوز لها القيام بتعديل في قوانينها[2]، و الاتجاه الثاني الذي يرى بان الدولة لا يجوز لها التخلي عن حقها السيادي او التنازل عن امتيازات السلطة العامة، و تاسيسا على ذلك يمكن للدولة التدخل بالتعديل متى تطلبت المصلحة العامة ذلك[3]، اما الاتجاه الاخير يرى ان هذه الشروط تخضع للنظام القانوني[4] الذي يستند اليه العقد، و من ثم فان القانون الوطني يكون هو واجب التطبيق على العقد و هو الذي يحدد مدى صحة هذه الشروط، فشرط الثبات لا يؤدي الى انتزاع العقد كلية من السياق الطبيعي له، فتثبيت نصوص القانون الوطني واجب التطبيق على العقد لا يرفعه الى مرتبة اعلى من القانون الذي يحكمه[5].

و مما سبق نحاول التفصيل في الاتجاهات الثلاث حول شرط الثبات التشريعي مع عرض حجج كل اتجاه:

أ-الإتجاه المؤيد لشرط الثبات التشريعي: يرى أصحاب هذا الاتجاه ان شرط الثبات التشريعي في العقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الخاصة الاجنبية و منها عقود الاستثمار البترولية هي شروط صحيحة و منتجة لاثارها، و يترتب عنه التزام الدولة المتعاقدة بعدم احداث اية تعديلات في قوانينها الا في الحالات المنصوص عليها بموجب العقد او عن طريق الاشارة الى نظام قانوني بذلك.

ب-الإتجاه المعارض لشرط الثبات التشريعي: أما أصحاب هذا الاتجاه يعتبرون ان هذه الشروط ليس لها اي قيمة قانونية و لا يترتب عليها اي اثر، فهي عبارة على شروط تعاقدية فبتالي ليس لها قوة ملزمة اكثر

---

[1] تحرص عقود الاستثمار على النص في الاتفاق المبرم بشانها على اثبات الموقف لطرفي العقد في حالة تغير القوانين و اللوائح، اذ يترتب على تعديل القوانين زيادة او نقصان الحقوق و الالتزامات، و من الاهمية بمكان ان تبقى العقود خاضعة للقوانين التي ابرمت في ظلها،وفي هذا الصدد قضت المحكمة الادارية العليا بانه (صدور القانون رقم 204 سنة 1960 خلال فترة الامتداد للعقد يترتب عليه ان تتحمل الهيئة دون الشركة بقيمة الزيادة في رسم الاحصاء الجمركي المقرر بموجب هذا القانون، دون الحاجة الى الخوض في نظرية فعل الامير، لان هذه النظرية انما يلجا اليها في حالة طلب التعويض عن امر غير متوقع وقت ابرام العقد، و لكن الثابت ان المتعاقدين قد توقعا عند ابرام العقد زيادة الرسوم الجمركية و الضرائب و اجور النقل او نقصها و وضعها نص البند الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة...)، انظر الى: حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 147 لسنة 11، جلسة بتاريخ 11-01-1966.

- كذلك انتهت الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية للقسم الاستشاري الى ان الشركتين لا يخضعان لقانون العمل، و من ثم لا يكون لهما الحق في التعويض عن التكاليف الاضافية المترتبة على تطبيق قانون العمل الموحد رقم 91 لسنة 1959 بسبب تطبيقه، انظر الى الفتوى الصادرة برقم 619 بتاريخ 20-07-1960 جلسة 15-06-1960 مشار اليه في كتاب عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الاداري و تطبيقاتها في الكويت، الطبعة الاولى، جامع الكويت، كلية الحقوق مكتب الدراسات و الاستشارات القانونية، سنة 1998، ص 309.

[2] حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية و تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، نفس المرجع، ص 244.

[3] ابو زيد محمد سيراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 120.

[4] ليس المقصود به القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الموضوع، و انما يقصد به النظام القانوني الذي يستمد منه العقد صحته و الذي يحدد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع العقد.

[5] حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، نفس المرجع، ص 268.

من العقد نفسه فهو يخضع للسلطة السيادية مثل بقية الشروط التعاقدية الاخرى بالاضافة الى ان الدولة لا يجوز لها ان تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها، و بناء عليه وفق هذا الاتجاه فان من حق الدولة التدخل اذا اقتضت المصلحة العامة بارادتها المنفردة، و لا يشكل شرط الثبات التشريعي اي قيد على سيادة الدولة، و من اجل منح المستثمرين الاجانب ضمانات في اطار العلاقات العقدية يمكن الاتفاق حول احترام المبادئ العامة عند تنفيذ التزام اعادة التفاوض حول بعض البنود من اجل الحفاظ على المصلحة العمومية و ضمان استقرار العلاقة العقدية، كما يمكن الاستفادة من الشروط المعمول بها في مجال القوة القاهرة مما يسمح للاطراف تحقيق تطابق بين العقد و المعطيات الجديدة و بالتالي تسهيل عملية تنفيذ العقد[1].

ج-الاتجاه التوفيقي: ذهب هذا الاتجاه الى خضوع شرط الثبات التشريعي من حيث صحته و قيمته الى النظام القانوني الذي يستند اليه العقد و الذي يعد نتيجة مترتبة على تدويل العقد، و لا يتضمن هذا الشرط اي تنازل من قبل الدولة عن ممارسة اختصاصها التشريعي، و يترتب عن مخالفتها من قبل الدولة المتعاقدة اثارة مسؤوليتها اتجاه الطرف الاخر[2]، و حسب راينا نستنتج ان ابرام عقد الاستثمار البترولي يترتب عنه الاثار القانونية للطرفين من حقوق و التزامات في ظل التشريع الذي ابرم فيه العقد، الا انه استثناءا و بموافقة الطرف الضعيف اي الشركة البترولية الاجنبية باعتبار ان التشريع الجديد يخدم مصالحها الاقتصادية يمكن اخضاع العلاقة التعاقدية لهذا التعديل القانوني الجديد، كما انه و بمقتضى المصلحة العامة لما للدولة من امتيازات السلطة العامة في اتخاذ الاجراءات التشريعية بصفة انفرادية يحق لها التعديل القانوني في نصوصها، الا انه و حفاظا على حقوق الطرف المتعاقد معها في حالة وقوع اضرار به تتكفل الدولة بالتعويضات العادلة له لتفادي الحاق الخسائر المادية او المعنوية بالشركة الاجنبية، و ذلك حفاظا على الثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة و المستثمر الاجنبي و المبنية على ضمانات قانونية بما في ذلك الاستقرار التشريعي.

الفرع الثاني: المقصود بشرط عدم المساس ببنود العقد

يقصد بشرط عدم المساس ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تعديل العقد بارادتها المنفردة، دون رضاء الطرف الاخر مستخدمة في ذلك امتيازات السلطة العامة التي يعترف لها قانونها الوطني[3]، فشرط عدم المساس يهدف الى منع اي تعديل للعقد من قبل الدولة المتعاقدة بارادتها المنفردة من اجل حماية الشركة الاجنبية المتعاقدة مع الدولة ضد المخاطر الادارية، و التي تتمثل في حق الادارة في

[1] حصايم سميرة: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون،نفس المرجع، ص 102.

[2] غسان عبيد محمد العموري: شرط الثبات التشريعي و دور التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 174-175.

[3] احمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية، دراسة تاصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، سنة 1989، ص 94، مشار اليه في حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 113.

بعض الانظمة القانونية، و تتضمن عقود البترول غالبا شرطا من شروط عدم المساس بالعقد من ذلك يمكن أن نذكر على سبيل المثال المادة 41 من العقد المبرم بين ايران و مجموعة الشركات المكونة " للكونسرتيوم " في اول اكتوبر سنة 1954 حيث نصت على ان: (ب–لا يمكن لاي اجراء تشريعي عام او خاص او اي اجراء اداري او اي تصرف اخر ايا كان نوعه صادر عن ايران او اي سلطة حكومية في ايران سواء مركزية او محلية ان يلغي هذا الاتفاق او يعدل نصوصه او يمنع او يحول دون التنفيذ الضروري و الفعال لبنوده الغاء الاتفاق او تعديله لا يتم الا برضاء الاطراف)[1]، و من ذلك ايضا المادة 21 من العقد المبرم في 21 ديسمبر سنة 1967 بين المؤسسة السعودية العامة " بترومين " و شركة " اجيب " الايطالية حيث نصت على ان: (يكون هذا العقد اتفاقا باتا وملزما فيما بين الطرفين و ذلك بمجرد توقيع الطرفين عليه و لا يجوز تعديله او تغييره الا بموافقة الطرفين خطيا بالتراضي فيما بينهما)[2]، و المادة 30 من العقد المبرم بتاريخ 23 اكتوبر سنة 1963 بين الحكومة المصرية و المؤسسة المصرية العامة للبترول و شركة " بان امريكان " ، حيث نصت: (ب– حقوق و التزامات المؤسسة و بان امريكان و الحكومة الواردة في هذه الاتفاقية و السارية طوال اجلها، تكون خاضعة لاحكام هذه الاتفاقية و طبقا لها و لا يمكن تعديلها او تغييرها الا باتفاق مشترك بين الاطراف المتعاقدة)[3].

الفرع الثالث: الأثار المترتبة عن شروط الثبات و عدم المساس بالعقد

تعرض الفقه لمسالة القيمة القانونية لشروط الثبات و عدم المساس و الاثار التي تترتب عليها، و كذا على محاكم التحكيم التي شكلت للفصل في المنازعات التي نشات بين بعض الدول المنتجة للبترول و الشركات الاجنبية المتعاقدة معها و ذلك بمناسبة العقود المبرمة بينهم.

أولا: موقف الفقه من شروط الثبات و عدم المساس بالعقد

انقسم الفقه حول الاثار المترتبة عن شروط الثبات و عدم المساس بالعقد الى ثلاث اتجاهات فقهية، الاتجاه الاول يرى انها شروط صحيحة منتجة للاثار القانونية، في حين يذهب الاتجاه الثاني الى اخضاعها للسلطة السيادية للدولة، اما الاتجاه الثالث و الاخير فيخضعها للنظام القانوني الذي يحكم العقد.

1–الإتجاه الأول

يذهب اتجاه الى اعتبار شروط الثبات و عدم المساس المدرجة في العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية بما في ذلك عقود البترول، شروطا صحيحة و منتجة لكافة اثارها و هي عدم جواز

---

[1] انظر الى:.64. Rev.Arb.,1956,p وقد ورد نفس الشرط في المادة3/38من العقدين المبرمين بين الشركة الوطنية الايرانية للبترول "نيوك"و شركة "سافير" سنة 1958، و بينهما و بين شركة "بان" امريكان سنة 1958، راجع هذان النصين في:

Logie(j),Les contrats pétroliers iranians,R.B.D.I.,1965,p.392,Spéc.,p.400.

[2] و كذلك المادة 21 من العقد المبرم بين المؤسسة السعودية "بترومين" و شركة "سانكلير" و "ناتوماس"وباكستان في 23 ديسمبر سنة 1967.

[3] انظر الى محمد لبيب شقير،صاحب ذهب: اتفاقيات و عقود البترول في البلاد العربية، ج1، ط2، المطبعة العالمية، سنة 1969، ص688 و ما بعدها، مشار اليه في حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 114–115.

قيام الدولة المتعاقدة بانهاء العقد او تعديله بارادتها المنفردة او احداث تعديلات في قوانينها من شانها المساس بشروط العقد، الا في الحالات المنصوص عليها بموجب العقد ذاته اما عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد او تعديله، و يرى اصحاب هذا الاتجاه ان هذه الشروط تعد شروطا صحيحة في حد ذاتها باعتبارها من القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، فشروط الثبات و عدم المساس شانها في ذلك شرط التحكيم في العقود الدولية، فكما ان هذه الشروط الاخيرة تم الاعتراف لها بالاستقلال و الذاتية عن العقود التي ترد فيها، و ذلك استقلالا عن كل نظام قانوني وطني فكذلك الشان بالنسبة لشروط الثبات و عدم المساس[1].

تعرض هذا الاتجاه الى النقد من عدة اوجه: فمن ناحية فان شروط الثبات التشريعي تؤدي في نهاية الامر الى افلات العقد من الخضوع للقانون، و من ناحية اخرى فان هذه الشروط باعتبارها من خصائص عقود الدولة المبرمة مع الاشخاص الاجنبية فانها تستغرق سنوات عديدة تلزم الدولة بالابقاء طوال سنوات العقد على مجموعة النظم الغربية ليس لها صلة بتشريعها الساري، كما ان انكار حق الدولة في تعديل بعض نصوصها التشريعية المثبتة بموجب شرط في العقد، معناه الزام الدولة باتباع سياسة الجمود القانوني و هو ما يتنافى مع دور الدولة في تطوير قانونها بما يلائم الظروف الجديدة[2]، و من ناحية اخرى فان هذا الاتجاه يعيبه انه يقوم على افتراض يحتاج الى اثبات، حيث انه يقيس استقلالية شروط الثبات على استقلالية شروط التحكيم، و اذا كان مبدا استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه يعد مبدا مسلما به، فان الادعاء باستقلالية شروط الثبات يحتاج الى اقامة الدليل عليه[3].

2-الإتجاه الثاني

طبقا لهذا الاتجاه فان شروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد المدرجة في العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الاشخاص الاجنبية بما في ذلك عقود البترول ليس لها اية قيمة قانونية، فهذه الشروط عبارة عن شروط تعاقدية شانها في ذلك شان بقية الشروط الاخرى التي يتضمنها العقد، و من ثم فان هذه الشروط ليس لها قوة ملزمة اكثر من العقد نفسه الذي يتضمنها، و بالتالي فان شروط الثبات و عدم المساس تخضع بدورها للسلطة السيادية للدولة مثلها في ذلك مثل بقية الشروط التعاقدية الاخرى التي يتضمنها العقد بالاضافة الى ان الدولة لا يجوز لها ان تتخلى عن حقها السيادي، كما لا يجوز لها ان تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها[4]، و بناء عليه فان من حق الدولة التدخل اما لانهاء

---

[1] انظر الى:.Kahn(ph),Contrat d'etat et nationalisation...op.cit.,pp.849-850

و للمزيد من التفاصيل انظر ايضا حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع، ص 344 و ما بعدها.

[2] .Berlin(D).Op.Cit.,p.213 و ايضا حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، نفس المرجع، ص347.

[3] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية،نفس المرجع السابق، مشار اليه في حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص116-118.

[4] .Weil(p) :Problémes relatifs...p.232

العقد او تعديله بارادتها المنفردة اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك بصرف النظر عن تضمن هذا العقد لشروط الثبات او عدم المساس، كونها لا تشكل قيدا على سيادة الدولة في انهاء هذه العقود او تعديلها[1]، و تعرض هذا الاتجاه هو الاخر للنقد و ذلك كونه من الصعب رفض كل قيمة قانونية للتعهد الصادر عن الدولة بعدم المساس بحقوق و التزامات الطرف المتعاقد معها، فالاطراف يدرجون عادة شروط الثبات و عدم المساس في العقود التي يبرمونها لانهم يرون ان هذه الشروط تعد صحيحة و فعالة في ان واحد و لا يعتبرونها عديمة الجدوى، اذ الدولة قد توافق على ادراج مثل هذه الشروط في العقود التي تبرمها مع الاشخاص الاجنبية مع معرفتها بان هذه الشروط لن يكون لها اثر على ممارسة سلطتها السيادية، كما ان القول بان هذه الشروط لا يكون لها قوة ملزمة اكثر من العقد ذاته الواردة فيه يعد تلاعبا بالالفاظ، فشروط الثبات و عدم المساس تعتبر من الشروط الاساسية التي لا يجوز للدولة المساس بها شانها في ذلك شان شروط التحكيم، و في معظم الاحيان فان المتعاقد الاجنبي عندما يصر على ادراج هذا الشرط ذلك لان الحق في التعويض المقرر له في حالة ممارسة الدولة لسلطتها السيادية لا يبدو له كافيا و انه يطمح في المزيد من الحماية، و فيما يتعلق بالادعاء بان الدولة لا يجوز لها ان تتنازل عن ممارسة سلطتها السيادية فان ذلك ربما يكون صحيحا بالنظر الى القانون الداخلي لهذه الدولة، فالدولة لا يمكنها ان تحد من بعض امتيازاتها التي تتمتع بها بطريق المعاهدة او العقد[2].

3-الإتجاه الثالث

ذهب جانب من الفقه الى القول بخضوع شروط الثبات و عدم المساس من حيث صحتها و قيمتها القانونية الى النظام القانوني الذي يستند اليه العقد و الذي يحدد القواعد واجبة التطبيق على موضوع العقد، و على هذا النحو فان الامر لا يخرج عن احد الفرضين: الفرض الاول و هو الذي يتم فيه اسناد العقد الى القانون الوطني للدولة المتعاقدة و يكون خاضعا من حيث الموضوع لقواعد هذا القانون و خصوصا قاعدة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة، ففي هذا الفرض فان القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الذي يختص بتحديد ما اذا كانت هذه الشروط صحيحة ام انه يجب اعتبارها كان لم تكن، و القول بغير ذلك يعني في الواقع استبعاد هذه الشروط من الخضوع للقانون الداخلي الذي يخضع له العقد في مجموعه

---

[1] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع السابق، ص352، مشار اليه في حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع السابق، ص120.

[2] مثاله المملكة المتحدة قدمت مذكرة امام محكمة العدل الدولية في قضية الشركة الانجلو ايرانية ضد ايران، فطبقا وجهة نظر الحكومة البريطانية، و هناك تفرقة اساسية يتعين الاخذ بها بين الامتياز العادي و الامتياز الذي تتنازل فيه الدولة صراحة عن سلطتها في فسخ الامتياز بموجب عمل سيادي، و في الحالة الاولى يعرف المتعاقد الاجنبي ان الدولة بامكانها ان تضع نهاية للامتياز قبل الميعاد المتفق عليه في مقابل الحصول على تعويض وفقا للقانون الدولي، و في الحالة الثانية فان المتعاقد الاجنبي يقدر انه ليس هناك ما يضع نهاية للامتياز قبل اوانه، و انه على اساس الوفاء يقوم باستثمارات مهمة طويلة المدة،فعلى الرغم من ان العقد يخضع للتدخل الانفرادي والسيادي للدولة في مقابل الحصول على تعويض،فان ادراج شرط الثبات يجعل هذا التدخل غير مشروع، انظر الى: Weil(p),problémes relatifs...Op.cit.,p.233
مشار اليه في حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص121.

و هو ما لا يمكن قبوله، فليس هناك ما يدعوا الى افلات هذه الشروط التعاقدية وحدها من الخضوع للقانون الذي يحكم العقد باكمله، و يترتب على خضوع شروط الثبات للقانون الوطني للدولة المتعاقدة اختلاف الاثار القانونية التي تترتب عليها من قانون وطني لاخر، فهناك انظمة قانونية تجيز هذه الشروط و تعتبرها صحيحة و هناك انظمة قانونية اخرى تحظر هذه الشروط و تعتبرها باطلة، و في الحالة التي يحظر فيها القانون الداخلي ادراج مثل هذه الشروط فان هذه الشروط تعتبر باطلة و لا يترتب على مخالفتها من قبل الدولة اية مسؤولية اتجاه الطرف الاخر، و في الفرض الثاني و هو الذي يتم فيه اسناد العقد الى النظام القانوني الدولي و يتحقق هذا الفرض عندما تتفق الاطراف المتعاقدة اخضاع العقد للنظام القانوني الدولي، و ذلك على الرغم من كون هذا العقد يخضع جزئيا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة و في هذا الفرض فان شروط الثبات تعتبر صحيحة و منتجة لكافة اثارها، فشرط الثبات يؤدي الى تقويض القرينة التي مفادها ان القانون الجديد يكون ذو تطبيق فوري و مباشر، و لم يسلم هذا الاتجاه من النقد هو الاخر اذ انه يستند على اقامة التفرقة بين النظام القانوني الذي يستند اليه العقد و يستند منه صحته و قوته الملزمة، فلو ان العقد المبرم بين الدولة و الشخص الاجنبي اشار الى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فان هذا العقد لا يخضع فقط من حيث الموضوع للقواعد القانونية التي يتضمنها هذا القانون بل يندرج كلية تحت سلطان هذا القانون، بحيث ان كل تغيير او تعديل لهذا القانون يكون واجب التطبيق عليه بشكل تلقائي، و من ثم يتعين الرجوع في هذا الفرض الى القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتحديد ما اذا كان شرط الثبات الوارد في العقد صحيحا ام لا[1].

ثانيا: موقف احكام التحكيم من شروط الثبات و عدم المساس بالعقد

لقد اثيرت مسالة صحة شروط الثبات و عدم المساس و الاثار المترتبة عليها امام محاكم التحكيم، التي شكلت للفصل في المنازعات التي ثارت بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الخاصة الاجنبية العاملة في هذا المجال بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم، و يعتبر حكم تحكيم " تكساكو Texaco " و " ليامكو Liamco " و اجيب " Agip " و امنيويل " Aminoil " ، من اهم احكام التحكيم التي تعرضت لهذه المسالة.

1-حكم تحكيم " تكساكو" بتاريخ 19 جانفي سنة 1977 :

تتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم في ان الحكومة الليبية قد ابرمت في الفترة من ديسمبر سنة 1955 و حتى ابريل سنة 1971 بعض عقود امتياز البترول مع الشركتين الامريكيتين " California Asiatico il company et texaco overseas petroleum company "، و في اول سبتمبر سنة 1973 اصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 66 لسنة 1973 بتاميم 51 بالمائة من كل الاموال و الحقوق و الاصول المملوكة للشركتين المذكورتين، و في 11 فيفري سنة 1974 اصدرت الحكومة

[1] Leboulanger(ph),Op.97,n°.186

مشار اليه في: حسين ابو زيد سراج، التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 122-125.

القانون رقم 11 لسنة 1974 بتاميم كل الاموال و الحقوق و الاصول المملوكة للشركتين سالفتي الذكر، و لقد اخطرت هاتان الشركتان الحكومة الليبية في 2 سبتمبر 1973 بعزمها اللجوء الى التحكيم لحسم النزاع الناشئ بينهما اعمالا لنص المادة 28 من عقود الامتياز المبرمة بينهما و بين الحكومة، و لما امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكمها و رفضت اللجوء الى التحكيم، توجهت الشركتان الى رئيس محكمة العدل الدولية طبقا لشرط التحكيم الوارد في المادة 28 سالفة الذكر، من اجل تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع الناشئ بينهما و بين الحكومة، و تم تعيين الاستاذ " دابي Dupuy " للفصل في النزاع، و تعرض للعديد من المسائل منها صحة شروط الثبات و عدم المساس و الاثار المترتبة عليها و خصوصا الاثر المترتب على ادراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ اجراءات التاميم، و اجاب المحكم بالتاكيد على ان حق الدولة في اتخاذ اجراءات التاميم لم يعد محل نقاش و انه يعتبر تعبيرا عن سيادتها، و تساءل عما اذا كانت ممارسة الدولة لهذا الحق لا تعرف اية قيود على الصعيد الدولي، و عما اذا كان الحق في التاميم يعد تعبيرا عن سيادة الدولة، و اجاب المحكم بان القانون الدولي يعترف باجراءات التاميم، سواء اتخذت في مواجهة المواطنين او في مواجهة الاجانب الذين لم تتعهد الدولة قبلهم باي التزام خاص يضمن لهم الاستمرار في مراكزهم، ثم فرق المحكم بين فرضيتين، الفرضية الاولى من خلالها تبرم الدولة المؤممة مع الشركة الاجنبية عقدا يجد اساسه في القانون الداخلي و يخضع له بالكامل، و في هذه الفرضية فان تسوية المركز الجديد الناشئ عن التاميم يخضع للنصوص القانونية و اللائحية النافذة في هذه الدولة، اما الفرضية الثانية و هي التي تبرم فيه الدولة مع المتعاقد الاجنبي عقدا مدولا، سواء لانه يخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة المطبق في تاريخ نفاذ العقد و المثبت في هذا التاريخ ذاته بموجب شروط خاصة، او لان هذا العقد كان موضوعا مباشرة تحت سلطان القانون الدولي، و في هذه الفرضية فان الوضع يختلف تماما عن الوضع في الفرض السابق فالدولة وضعت نفسها في اطار النظام القانوني الدولي لكي تتعهد اتجاه المتعاقد معها الاجنبي بضمان الاوضاع القانونية و الاقتصادية خلال فترة زمنية معينة، و في مقابل هذا التعهد يلتزم الطرف الاجنبي بالقيام باستثمارات ضخمة و بعمليات اكتشاف و استغلال للموارد البترولية في اقليم هذه الدولة متحملا كافة المخاطر الناجمة عن ذلك، و على هذا النحو فان القرار الذي تتخذه الدولة باجراء التاميم و ان كان يعتبر بمثابة ممارسة لاخصاص من القانون الداخلي بيد انه يتضمن اثارا دولية منذ اللحظة التي تمس فيها اجراءات التاميم علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي التي تعد الدولة المؤممة طرفا فيها، و لقد اوضح المحكم عدم وجود اي شرط في عقد الامتياز المبرم بواسطة الاطراف يحظر على الحكومة الليبية اللجوء الى التاميم، و لاحظ المحكم ان العقد يتضمن المادة 16 و التي تنص على انه: (الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الاجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، و ان الحقوق التعاقدية المنشاة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الاطراف، و يتم تفسير هذا الامتياز وفقا لقانون البترول و اللوائح النافذة في تاريخ التوقيع على هذا

الاتفاق، و كل تعديل او الغاء لهذه القوانين و اللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها[1]، و لقد ذهب المحكم الى ان هذا النص الذي يهدف الى تثبيت مركز المتعاقد الاجنبي لا يحمل من حيث المبدا مساسا بسيادة الدولة الليبية، لان الشرط الذي يثبت النظام التشريعي و اللائحي في مجال البترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس من حيث المبدا السيادة التشريعية و اللائحية لدولة ليبيا، فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها في اصدار القوانين و اللوائح في مجال البترول اتجاه كل المواطنين و الاجانب على السواء الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذا الالتزام، و ينحصر دور المادة 16 في عدم الاحتجاج بمثل هذه الاعمال التشريعية و اللائحية في مواجهة الاطراف الذين التزمت الحكومة تجاههم بمثل هذا التعهد طوال الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد، و من ثم فان التعديلات التي يمكن ان تنجم عن تبني قوانين و لوائح جديدة لا يمكنها المساس بحقوق هؤلاء الاطراف الا بالموافقة المتبادلة من قبل كل من الطرفين، و لا يقال بذلك ان سيادة الدولة الليبية تعد ناقصة بل الامر يتعلق بان الدولة الزمت نفسها بما لها من سيادة مثل هذا الالتزام في اتفاق دولي طوال فترة تنفيذ هذا الاتفاق، و الذي يعد بمثابة القانون المشترك للاطراف و هكذا فان الاعتراف بالتاميم من قبل القانون الدولي لا يكفي لتخويل الدولة الحق في ان تتجاهل تعهداتها، اذ ان القانون الدولي ذاته يعترف ايضا للدولة بالقدرة على ان تتعهد دوليا بعدم مباشرة هذا الحق، و ذلك بقبولها ادراج شرط الثبات في عقد مبرم مع شخص خاص اجنبي، و يترتب على ما تقدم انه بالنظر الى القانون الدولي للعقود فان التاميم لا يمكن التمسك به ضد العقد المدول المبرم بين دولة و شخص خاص اجنبي يتضمن شروطا للثبات[2].

2-حكم تحكيم " امينويل Aminoil " الصادر بتاريخ 24 مارس سنة 1982:

تتلخص وقائع النزاع في انه سنة 1948 ابرم امير الكويت عقدا مع الشركة الامريكية " امينويل " حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث عن البترول و استغلاله في دولة الكويت لمدة ستين عاما، و تضمن هذا العقد شرطا للثبات و عدم المساس يحول دون قيام الدولة باجراء اي تعديل للعقد خلال مدة سريان العقد، و عندما رفضت الشركة طلبت الحكومة الكويتية بتعديل العقد طبقا للاتفاقيات التي ابرمت بين الدول المصدرة للبترول و التي تم التوقيع عليها في طهران سنة 1971، و في جنيف سنتي 1972 و 1973 اقامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية للعقد و تاميم الشركة بموجب القرار بقانون رقم 124 لسنة 1977.

و تمسكت الشركة باللجوء الى التحكيم و تم ابرام اتفاق تحكيم بين الطرفين بتاريخ 23 جويلية سنة 1979، و تم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة من اساتذة القانون الدولي هم: " P.Reuter " رئيسا، " G.Fitzmaurice " و حامد سلطان عضوين، و من بين المسائل التي عرضت على محكمة التحكيم المسالة محل البحث و هي مدى صحة شروط ثبات و عدم المساس و الاثار المترتبة عليها، و الاثر

[1] Ibid,pp.370-371,N°.70.

[2] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 126-130.

المترتب على ادراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ اجراءات التاميم، و في هذا الخصوص اكدت محكمة التحكيم على ان حق الدولة اتخاذ اجراءات التاميم ليس محل النقاش، و ان شروط الثبات و عدم المساس المدرجة في العقد قصد الاطراف من ورائها الاجراءات التي يمكن ان تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لاصافها بطابع المصادرة اذ انه يخضع وفقا للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع التعويض المناسب، و لقد رفضت محكمة التحكيم وجهة النظر التي تمسكت بها الشركة و التي مفادها ان شروط الثبات الواردة في العقد قد تم صياغتها بعبارات مطلقة بحيث تكفي بذاتها لحظر اللجوء الى التاميم، و من ثم فان التعهد بعدم التاميم لا يمكن استخلاصه من شروط الثبات التي ورد في العقد بعبارات عامة، و لمدة طويلة تستغرق مدة عقد الامتياز ذاته المبرم لمدة ستين عاما[1]، و مما تجدر الاشارة اليه ان محكمة التحكيم قد حرصت على تاكيد على انه اذا كان من غير الممكن تفسير شروط الثبات على انها تعد بمثابة عقبة في طريق التاميم، فليس معنى ذلك ان هذه الشروط تفقد كل مالها من قيمة و فعالية، فهذه الشروط نظرا لكونها تقتضي ضمنيا ان لا يكون للتاميم طابع المصادرة فانها تعزز من ضرورة التعويض المناسب باعتباره شرطا لصحة التاميم[2].

المطلب الثاني: المنازعات البترولية الناتجة عن الإجراءات الإنفرادية للدولة

يعتبر حق الدولة في الاستيلاء على اموال الاجانب الموجودة على اقليمها من الحقوق السيادية التي لا يجوز التنازل عنها ما لم يكن هناك اتفاقية على خلاف ذلك، و لكن ممارسة هذا الحق يتطلب توفر 03 شروط و هي المصلحة العامة، و شرط عدم التمييز و اخيرا شرط دفع التعويض، حيث تعتبر الدول المتقدمة ان التعويض يجب ان يكون كافيا و حالا و فعالا و تقديره يتم وفقا للقيمة السوقية، اما الدول النامية تتمسك بدفع تعويض مناسب و تقديره وفقا لقيمتها الدفترية[3]، حيث تتعدد الاساليب التي تتبعها الدولة في الاستيلاء على المصالح المالية الاجنبية الموجودة على اقليمها، الا انها تتشابه جميعها في كونها اجراءات تتم بالارادة المنفردة للدولة و تهدف الى حرمان المستثمر الاجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من امواله سواء بطريق مباشر او غير مباشر[4]، و هناك ثلاث طرق تتبعها الدولة المضيفة للاستيلاء على ممتلكات المستثمر الاجنبي و هي نزع الملكية للمنفعة العامة و المصادرة و التاميم لتحقيق المصلحة العامة[5]، اذ لم يثر كل من نزع الملكية و المصادرة مشكلات في المجال الدولي، و بذلك ظلا كافيين لمواجهة متطلبات الحياة القانونية في ظل المجتمعات الراسمالية التي تشجع الملكية

[1] Clunet,1982,PP.894-895,N°.93-95.

[2] Ibid,p.895,N°.96 et p.904,N°.159.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص117 فما فوق.

[4] عصام الدين بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة الاخذة في النمو، نفس المرجع، ص 243 و ما بعدها.

[5] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، نفس المرجع، ص138.

الفردية و تعتبرها حقا طبيعيا للانسان، الى ان ظهرت ظاهرة التاميم بعد انتشار الافكار الاشتراكية في عدد من دول العالم و ظهور انواع اخرى للملكية غير الفردية الذي استخدم التاميم كوسيلة لبلوغها[1].

و عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نبين اجراء التاميم البترولي كمظهر سيادي للدولة على ثرواتها الطبيعية في الفرع الاول، ثم نتناول اجراء نزع الملكية و المصادرة البترولية كمظهر لممارسة السيادة الوطنية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التأميم البترولي كاجراء سيادي للدولة على ثرواتها الطبيعية

سنقوم بتحديد المقصود بالحق في التاميم و نشاته، ثم نبين طرق اتخاذ اجراء التاميم البترولي مع امثلة من هذا الاجراء في بعض الدول العربية، و بعض الدول الاجنبية الاخرى.

أولا: المقصود بالحق في التاميم نشاته و تطوره[2]

عرفت النظم القانونية المختلفة منذ القدم صورا لتدخل السلطة في مسائل الملكية عن طريق تجريد بعض الاشخاص من حقوقهم على الاشياء بمقتضى سلطتها العامة، و التي يطلق عليها نزع الملكية و لكن تجرى التفرقة بين نزع الملكية التي يدفع عنها تعويض كامل و المصادرة التي هي اخذ الملكية دون تعويض او تعويض غير كاف، و ظهرت في النظم القانونية ظاهرة التاميم مع انتشار الافكار الاشتراكية و تعد ظاهرة التاميم من الظواهر الحديثة التي يرجع اول تطبيقاتها الى سنة 1917 عندما اهتزت الملكية الفردية في المكسيك و روسيا، و لعل صناعة البترول في الدول النامية هي اكثر الصناعات التي صادفت تطبيقا واسعا لنظام التاميم، حيث تعتبر منه وسيلة للتخلص من التبعية الاقتصادية التي يتميز بها الاستعمار الجديد، و بين اعتبارات التخلص من التبعية الاقتصادية و الحاجة للاستثمارات الاجنبية و المعونة الفنية [3].

يعتبر التاميم جزءا من حركة عامة يمكن ان ينجح تبعا لتوفر شروط داخلية و اخرى خارجية، فالدولة الوطنية التي تلجا الى التاميم تكون في الغالب مدفوعة بالحرص على مصالحها بعد ان تستنفذ جميع الامكانيات ازاء تعنت الشركات و الاستغلال و التهديد الذي يمس مستقبل البلد المنتج، و الشركة الاجنبية تضطر للانتقال من مرحلة لاخرى عندما تتاكد ان المرحلة السابقة لم تعد قادرة على الصمود و الاستمرار مما يدفع بها الى تقديم بعض التنازلات لحماية مصالحها، فالمصالح بين البلدان المنتجة و الشركات

---

[1] عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات في القانون الدولي، نفس المرجع، ص39.

[2] ان التاميم في مجال صناعة البترول يكتسب اهمية، كون ان هذه الصناعة قد صادفت تطبيقات واسعة لنظام التاميم، ذلك اذا كان التاميم قد استقرت مشروعيته من الناحية الدولية، لكن مضمون التعويض العادل مازالت من الامور القابلة للجدل في مجال صناعة البترول، فضلا عن وجود العديد من المنازعات بين الدول العربية المضيفة و الشركات الاجنبية المستثمرة.

[3] و قد عبر عن هذه الحقيقة الفقيه الفرنسي Paul de le Pradelle بقوله: (بالرغم من ازدهار التاميم الا انه ما زال يعد بالنسبة للاخرين اجراء يسبب لهم مخاوف لا نهاية لها، و لا يمكنهم تجاهلها اذ انهم يسلبهم الحياة فهو بجانب ما له من مزايا ...)، انظر الى احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات ونظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص270-274.

المستغلة في حالة تناقض دائم و لا يزول الا باقامة علاقة متوازنة، و باعتبار البترول سلعة سياسية لذلك فان الاستراتيجية العامة لدول الشركات لا تزال تتحكم بهذه السلعة من حيث تحديد حجم الانتاج او اتجاه السوق او تحديد طبيعة العلاقة، اذ لا تخلو معاهدة او موقف سياسي للدول الغربية اتجاه المنطقة لما لاثر البترول على البلدان المستهلكة، و يظهر ذلك من خلال الخسائر التي لحقت اوروبا من توقف البترول و ارتفاع اسعاره نتيجة ازمة قناة السويس سنة 1956 و السياسات الجديدة من حيث تنويع مصادر الامداد و اقامة سعات تخزينية كبيرة اضافة الى علاقاتها ببلدان الانتاج، و من المعلومات التي دونها تاريخ البترول و تاريخ الشركات البترولية خاصة الامريكية بعد ان قامت هذه الاخيرة بترتيب اوضاعها الداخلية باحكام سيطرتها على السوق الداخلية، و بعد انهاء المنافسة الداخلية و اتجاه الشركات الامريكية الى الخارج و تحولها الى مرحلة الاحتكار لتنافس الشركات الانجليزية و الهولندية، بدات عن طريق الديبلوماسية محاولة توفير شروط المنافسة المتكافئة لشركاتها ثم لجات الى الضغط ثم التهديد و استطاعت بالتنسيق مع الحكومة ان تفرض سيطرتها نحو الخارج، و قد علق احد اعضاء مجلس الشيوخ الامريكي على احدى الحوادث فقال: (ان شركات البترول الامريكية متوغلة في سياسات الشرق الاوسط كما ان ادارة و رجال المخابرات متوغلين في الاثنين معا)[1].

و منذ استثمار الشركات الامريكية لبترول المملكة العربية السعودية لجات الحكومة الامريكية عن طريق " مؤسسة احتياطي البترول " الى التدخل في الجزيرة العربية و السيطرة على سياستها من خلال مشروعين:

– خولت الحكومة الامريكية مؤسسة احتياطي البترول صلاحية مفاوضة شركة " ارامكو" و " يابكو" لشرائهما، من خلال تقديم قروض و مساعدات للسعودية لتقضي نهائيا على النفوذ البريطاني هناك.

– قيام المؤسسة المذكورة ببناء خطوط انابيب لنقل البترول الى الشرق المتوسط مقابل ان تضع الشركة تحت التصرف البحرية الامريكية كميات كبيرة من الاحتياطي و الا تبيع البترول لجهة اخرى الا بموافقة الحكومة الامريكية [2].

و قد اصبح اللجوء الى التاميم ظاهرة شائعة في كل الدول رغم اختلاف انظمتها الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية، مستندا الى العديد من الاسس اهمها حرية الدولة في اختيار نظامها السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي، و مبدا السيادة الدائمة لكل دولة على مواردها الطبيعية و حريتها في التصرف فيها، كما اصبح التاميم في العصر الحديث من الوسائل المعترف بها في الجماعة الدولية تحقيقا لصالح الجماعة الوطنية، و قد نصت على التاميم العديد من قوانين الاستثمار و الدساتير كما اكدته العديد من

[1] عبد الرحمن منيف: مبدا المشاركة و تأميم البترول العربي، دار العودة، بيروت، لبنان، سنة 1973، ص 28–38.

[2] عبد الرحمن منيف: مبدا المشاركة و تأميم البترول العربي، نفس المرجع، ص 45.

الإتفاقيات المتعددة الاطراف و المعاهدات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الاجنبية[1]، حيث اصبح حق الدولة في التاميم مشروعا دوليا و قانونيا، و صدرت بشانه العديد من القرارات الدولية من الامم المتحدة و منها القرار رقم 626 الصادر بتاريخ 21-12-1952 الذي ينص على حق الدولة على ثرواتها و مواردها الطبيعية كحق لصيق بسادتها، و القرار رقم 1803 الصادر بتاريخ 14-12-1962 الذي ينص على ان يستند الى اسباب تقوم على النفع و الامن العام و ان يتم في مقابل تفويض مناسب طبقا للقوانين السارية و وفقا للقانون الدولي العام و القرار رقم 3201 بتاريخ 01-05-1974 الذي تنص المادة الرابعة منه على ان من حق كل دولة ان تؤمم مواردها و لا يجوز اخضاعها لضغوط اقتصادية او سياسية ...، و متى اعتبر التاميم عملا مشروعا فانه لا يمكن تطبيق القواعد العامة في التعويض عن الخطا التعاقدي و في هذا الشان ما حدث في قضية " اموبل " مع دولة الكويت حيث قضت لهيئة التحكيم بتعويض عن الضرر اللاحق و الكسب الفائت[2].

1-تعريف إجراء التأميم البترولي

تعددت تعاريف التاميم فالبعض اعتمد في تعريفه للتاميم على الدافع او الاهداف المرجوة من قرار التاميم و هي تحقيق النفع العام، بينما استند البعض الاخر على مدى الاجراء و محله اي الاموال و الممتلكات التي يرد عليها التاميم، حيث يذهب بعض الفقه الى تعريف التاميم بانه: (عمل من اعمال السيادة تنتقل بموجبه وسائل الانتاج و بعض الانشطة المعينة من الافراد و الهيئات الخاصة الى الدولة من اجل استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية)، كما يعرف التأميم بأنه: (اجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الاموال التي تكون في صورة مشروع الى الامة، اما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الانتاج و يسمى التاميم الايديولوجي، او لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الاموال الاجنبية على الاقتصاد الوطني و يسمى التأميم الاصلاحي)[3].

---

[1] و منه على سبيل المثال نص المادة 35 من الدستور المصري سنة 1971 بقولها: (لا يجوز التاميم الا لاعتبارات الصالح العام و بقانون و مقابل و تعويض)، المادة7/ج من الدستور اليمني لسنة 1994 بقولها: (لا يجوز التاميم الا لاعتبارات الصالح العام وبقانون، و مقابل تعويض عادل).

و من الاتفاقيات على سبيل المثال اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات بين الجمهورية اليمنية و جمهورية مصر العربية سنة 1996، في المادة الخامسة و التي نصت: (لا تخضع استثمارات اي من الطرفين للتاميم او المصادرة او اية اجراءات اخرى بشكل مباشر او غير مباشر الا اذا كان ذلك لاغراض عامة و على اساس غير تمييزي و في مقابل دفع تعويض عادل طبقا للاجراءات القانونية، انظر الى عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، نفس المرجع، ص 40-42.

[2] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص218 فما فوق.

[3] عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، نفس المرجع، ص 39-40.

كما يقصد بالتأميم أن تضع الحكومة اليد على مصدر طبيعي من فئة الصناعة كجزء من إصلاح إجتماعي أو إقتصادي[1]، و يعرف كذلك بانه اجراء من اجراءات التغيير العام في حياة الدولة الاقتصادية و الاجتماعية[2]، و يرى الاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بأن: (التأميم قيد يرد على حق الملكية، فتنزع الدولة ملك الشخص جبرا عنه، و يؤول الملك للدولة في مقابل تعويض يتقاضاه المالك)، و ينصب التاميم عادة على ملكية مشروع خاص باعتباره اداة من ادوات الانتاج فينقل المشروع من نطاق الملكية الخاصة الى نطاق الملكية العامة [3]، و عند تحليل هذا التعريف نجد هناك عناصر تبرز خصوصية التاميم منها ان يكون ناقلا لملكية المشروع الخاص الى نطاق الملكية العامة، و ان يكون ذلك من خلال عمل تشريعي تحقيقا للصالح العام مقابل تعويض عادل، بالاضافة الى التاميم هناك صور عديدة سبقته او لحقته لنزع الملكية مثل اجراء نزع الملكية للمنفعة العامة او المصادرة "confiscation" التي تاخذ الطابع الجزائي، كما ظهر الاستيلاء "Requisition" باعتباره إجراء مؤقتا تفرضه ظروف طارئة و مستعجلة[4]، و من نتائج التاميم ان يحصل المستهلكون للبترول بصورة دائمة و باسعار عادلة دون تصور امكانية قيام احتكار من قبل المنتج، و في اطار المقارنة بين المشاركة و التاميم في نطاق تاثيرهما على الاسعار، تكتب مجلة النفط الصادرة من لندن العدد نوفمبر سنة 1972 ان الاسعار حسب التقديرات المتوقعة سترتفع نتيجة المشاركة لان الزيادة في تكاليف المواد الخام لابد من استرجاعها من المستهلك الذي يستعمل المنتجات اذا اريد للاموال الداخلية على الشركات الا تتعرض للمزيد من الاستنزاف[5]، فالتاميم اذا يعني انهاء كل شكل من اشكال الاستغلال الذي ادى الى سلب دول الانتاج الثروة الوحيدة التي تشكل اساسا لتطورها، و يعني ان مرحلة جديدة ستبدا من خلال سيطرة الدولة على ثروتها لتضعها في خدمة الاقتصاد الوطني و استقلالها في اتخاذ القرارات الملائمة لمصالحها بمعزل عن الشركات الاجنبية اي القضاء على التبعية السياسية و الاقتصادية، و في حالة التاميم تكون فرص توفير الاستثمارات و الخبرة الفنية اكثر من الحالة القائمة و لهذا كان التاميم حلا عادلا للمنتجين و المستهلكين معا[6].

يتم التأميم وفق شروط و اجراءات يحددها القانون حيث تنص المادة 678 على: (لا يجوز اصدار حكم التاميم الا بنص قانوني على ان الشروط و اجراءات نقل الملكية و الكيفية التي يتم بها التعويض

---

[1] Leslie L.Rood,compensation for Takeover in Africa,Journal of international law and economic,vol.N.1977,p526.

[2] Martin Domke,foreign nationalization ;Some Aspects of contemporary international law,American Journal of international law,vol.55.N°3 July.1961 ,p588.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، دار احياء الثراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة، ص626.

[4] سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1992، ص 288.

[5] عبد الرحمن منيف: مبدا المشاركة و تاميم البترول العربي، نفس المرجع، ص 107.

[6] عبد الرحمن منيف: مبدا المشاركة وتاميم البترول العربي، نفس المرجع، ص 134-136.

يحددها القانون)[1]، لذا يرتبط التاميم بسيادة الدولة اذ يمارس لغرض السيطرة على الثروات الطبيعية مع دفع تعويض عادل لصاحب المشروع المؤمم تجسيدا للصالح العام و المنفعة العامة الوطنية[2]، و رغم اتجاه المقنن الوطني لافراد التاميم بنظام تتميز احكامه عن القواعد المتبعة في شان نزع الملكية و المصادرة، فقد سعى بعض الفقهاء الغربيين في مجال العلاقات الدولية الى التسوية بين التاميم و الظاهرتين السابقتين، فقد اختلفوا في تاسيسها بين القول بانه ليس ثمة فارق من الناحية القانونية بين التاميم و الصورة التقليدية لنزع الملكية، بينما ذهب البعض الى القول بانه و ان كان هناك اختلاف بين التاميم و ما عداه من نظم قانونية مشابهة، الا انه يتعين تسويتها في احكام النظم القانونية و يسعى هذا الاتجاه الذي تبناه الفقه الغربي التقليدي الى محاربة التاميمات و معاملتها مثل المصادرة، و على ذلك اقترحت عدة معايير للتفرقة بين صورتي نزع الملكية و المصادرة و بين التاميم باعتباره ظاهرة قانونية مستقلة و متميزة[3].

و مما سبق يعد التأميم حق مشروع للدولة صاحبة الثروة، و هذا ما أكدته القرارات الصادرة عن الامم المتحدة و التي اقرت حق الدول في التاميم و نزع ملكية الاجانب بشرط تعويض المتضرر، و يحق للشعوب ان تستعمل و تستغل بحرية ثرواتها و موارده الطبيعية كحق لصيق بسيادتها، و لا يجوز لاية دولة تعطيل ممارسة دولة أخرى لسيادتها على مواردها الطبيعية (القرار رقم 626 بتاريخ 21-12-1952)، و في قرارها رقم 3201 بتاريخ 01-05-1974 اكدت الامم المتحدة على حق كل دولة ان تؤمم مواردها و لا يجوز اخضاعها لضغوط اقتصادية او سياسية لمنعها من ممارسة هذا الحق (انظر المادة 04)، و اذا كان هذان القراران قد اقرا من حيث المبدا حق الدول صاحبة الثروات في التاميم و نزع ملكية الاجانب، الا ان هناك من القرارات الصادرة عن الامم المتحدة تطرقت الى ضرورة قيام قرارات التاميم و نزع الملكية على سبب مقبول، كما اشترطت تلك القرارات تعويض الطرف المضرور في نصها بأن: (التأميم و نزع الملكية يجب ان يستند على أسس و أسباب تقوم على النفع العام أو الأمن و

---

[1] انظر الى المادة 678 من التقنين المدني الجزائري الامر رقم75-58 المذكور سابقا.

[2] ذهبية صراح: التوفيق بين القانون الوطني و القانون الاجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، ص 62-63.

[3] لعل اهم هذه المعايير معيار الباعث الذي مفاده ان التاميم عملية تتعلق باسياسة العليا، تقوم به الدولة من اجل تغيير بنائها الاقتصادي كليا او جزئيا، و يختلف عن نزع الملكية الذي يتعلق بالمصالح المحلية، الذي لا تتناول الكيان الاقتصادي للدولة.

-معيار النطاق: و مفاده ان نزع الملكية و المصادرة يتناولان اموال معينة، اما التاميم فيرد على قطاع باسره من النشاط الاقتصادي.

-معيار المحل: يقول انصار هذا المعيار بان ما يميز التاميم عن غيره هو وروده على نوع معين من الاموال تكون مشروعا، و رغم ان فكرة المشروع جذبت انتباه عدد من الفقهاء لما تترتب عليها من نتائج هامة في مجال التاميم، حيث قد تلجا الدولة الى الاستيلاء على المشروع الانتاجي.

-المعيار الوظيفي: و العبرة عند انصار هذا المعيار بما يستهدفه الاجراء من غاية قانونية، فان اقتصر الامر على مجرد حرمان المالك السابق من حقه في ملكيته تحقيقا لمصلحة عامة او كجزاء له،اما اذا تعلق الامر باخراج مجموعة الاموال من دائرة التملك الخاصة كلية، فان المسالة تكون عندئذ تاميما بالمعنى الصحيح، انظر الى: احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات ونظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، نفس المرجع، ص 276-278.

المصلحة القومية، و ان يتم تعويض الطرف المضرور تعويضا مناسبا طبقا للقوانين السارية في الدولة مصدرة قرار التامين او نزع الملكية)، و طبقا للقانون الدولي (قرار رقم 1803 الصادر في 14-12-1962)، و اخيرا و في قرارها رقم 3281 الصادر في 26-07-1974 المادة الثانية منه تطرقت الامم المتحدة الى امور اكثر تفصيلا تقول: (من حق كل دولة ان تؤمم او تنزع ملكية الممتلكات الاجنبية نظير تعويض ملائم، مع اخذ قوانين الدولة نازعة الملكية و كافة الظروف التي تعتبرها تلك الدولة مؤثرة في الاعتبار، و يسوى النزاع طبقا للقانون المحلي للدولة القائمة بالتاميم و بواسطة محاكمها، ما لم يتفق على اللجوء الى طرق سليمة اخرى لحل النزاع) [1]، و في الواقع ليس هناك مفهوم موحد للتعويض بين الدول و لا حتى بين هيئات التحكيم التي تنظر منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي و الذي جرى العمل عليه سواء في القضاء او اتفاقيات التسوية التي ابرمتها دول المستثمرين، فمثلا لم تدفع الحكومة المكسيكية تعويض الى المستثمرين الامريكيين عن ممتلكاتهم البترولية بسبب التاميم قبل مرور 09 سنوات من التاميم و على اقساط، و من الملاحظ على السوابق الدولية انها اعتمدت بدلا من الدفع الفوري الدفع المؤجل للتعويض و هو دفع مقبول و شرعي، و هذا ما اكدته الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من مشروع الاتفاقية التي اعدتها جامعة " هارفارد " بشان المسؤولية الدولية للدول عن الاضرار التي تلحق بالاجانب في حالة الاستيلاء على ممتلكاتهم، و عارضت الدول النامية ان يكون التعويض وفقا للقيمة السوقية في الدولة المضيفة و قت المصادرة او الاستيلاء، و طالبت ان تكون تلك الممتلكات وفقا لقيمتها الدفترية[2].

2-طرق اجراء التاميم البترولي

يتم التاميم بطريقتين، الطريقة الاولى و هي نقل المشروع مباشرة الى الدولة فتزول شخصيته الاعتبارية، و ياخذ شكلا قانونيا قد يكون مؤسسة او هيئة عامة او شركة مساهمة عامة و هذا لا يتم الا بقانون يقرر التاميم، و الذي ينص على كيفية تعويض مالك المشروع الخاص، كما حدث في العراق عندما صدر قانون رقم 69 لسنة 1972 بتاميم عمليات شركة نفط العراق و انشاء الشركة العراقية للعمليات النفطية بدلا عنها[3]، الطريقة الثانية احتفاظ المشروع بكيانه كما كان قبل التاميم و يقتصر الامر على نقل ملكية الاسهم الى الدولة كلها او بعضها، فتنتفع الدولة بما كان ينتفع به المساهمون مع بقاء شخصية المشروع الاعتبارية قائمة مع احتفاظ الشركة بنظامها القانوني، و مثاله تاميم الشركات النفطية مع استمرارها في مباشرة اعمالها كشركة تجارية طبقا لنظامها الاساسي مثل شركة نفط الكويت بالقانون

[1] مجدي دسوقي: تدويل الحلول في منازعات البترول، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2012، ص62-63.

[2] غسان علي علي:الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، نفس المرجع، ص111-113.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني،نفس المرجع السابق،ص622، مشار اليه في: كاوان اسماعيل ابراهيم:عقود التنقيب عن النفط و انتاجه-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الامارات، سنة 2014، ص288-289.

رقم 10 لسنة 1976، و شركة ناقلات النفط الكويتية بالمرسوم رقم 34 لسنة 1979، و شركة البترول الوطنية الكويتية بالقانون رقم 08 لسنة 1975 و شركة صناعة الكيمياويات البترولية بالقانون رقم 11 لسنة 1976، و انشات سنة 1980 مؤسسة البترول الكويتية لتكون المالكة لجميع الشركات[1].

ثانيا: تأميم البترول في بعض البلدان العربية

من اشهر التاميمات للصناعة البترولية قيام ايران سنة 1951 بتاميم البترول الايراني الذي كانت تستغله شركة البترول الانجلوا ايرانية، قابله ضغط وصل الى حد استخدام انجلترا الاساطيل الحربية و وسائل الضغط الدبلوماسي و المؤامرات السياسية لاسقاط حكومة ايران و انهاء التاميم[2]، و بعد تاميم النفط في ايران و اندونيسيا قامت بعض البلدان العربية لاسيما الجزائر و العراق و ليبيا بتاميم نفطها، اما البلدان العربية الاخرى فالبعض منها كالسعودية، الكويت و الامارات العربية المتحدة لجات منذ سنة 1974 الى شراء حصة من الشركات الاجنبية تقدر ب 40 بالمائة بمقتضى اتفاقات المساهمة او المشاركة و المقاسمة.

1-في الجزائر:

قامت دولة الجزائر بتاميم مواردها البترولية سنة 1971 و اتخذت تدابير التاميم الاولى بالنسبة للشركات غير الفرنسية " Shell,Philips-Mobil,Newmont,Elwerath et AMIP "، و من ثم شملت تدابير التاميم الجديدة الشركات الفرنسية فاعترضت فرنسا على هذا التاميم مستندة الى الحجج التالية:

- التاميمات هي تدابير متخذة بشكل احادي الجانب من قبل الحكومة الجزائرية، الا انه لا يمكن الاعتماد عليها لتبرير اعتراض فرنسا على التاميم، حيث ان اجراء التاميم لا يمكن ان يكون الا انفرادي لانه يتعلق بسيادة الدولة المؤممة، كما ان الاتفاق المبرم سنة 1965 يحيل في شان كل تفسير متعلق بالتشريع البترولي الى القانون الاداري الفرنسي الذي يشدد على الصفة الادارية للامتيازات البترولية.

- التاميمات تشكل مخالفة للمعاهدات المبرمة بين الجزائر و فرنسا سنة 1962 و سنة 1965، و هذه الحجة ليست صحيحة لان كل تاميم سببه المصلحة العامة هو شرعي على الصعيد الدولي، و بالتالي يعتبر مخالفا للمعاهدات المبرمة بين الجزائر و فرنسا سنتي 1962 و 1965، و على اي حال لا يمكن الحد من سيادة الدولة الجزائرية في ممارسة حقها المتعلق بالتنظيم القانوني للملكية على مواردها الطبيعية.

- التاميمات تمس بالحقوق المكتسبة، فالدولة الجزائرية وافقت على التعويض و حددت اسس حسابه و عقدت اتفاقات بين الجزائر و الشركات البترولية الفرنسية كان من شانها وضع حد للنزاع الفرنسي

[1] نفط الكويت حقائق و أرقام: منشورات وزارة النفط الكويتية، سنة 1983، ص 54-82، مشار اليه في: كاوان اسماعيل ابراهيم: عقود التنقيب عن النفط وانتاجه-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، نفس المرجع، ص 289.

[2] محمد لبيب شقير، صاحب ذهب: اتفاقيات و عقود البترول في البلاد العربية،نفس المرجع السابق، ص7-8، مشار اليه في سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية و حق الشعوب في الموارد النفطية، نفس المرجع، ص 64.

الجزائري، و هذه الاتفاقات تضمنت ما ينص على قبول التعويض المقترح من قبل الدولة الجزائرية، الذي اتفق على تسديده في مدة ست سنوات ابتداء من سنة 1972، و فضلا عن ذلك نص الاتفاق المبرم مع الشركة الفرنسية للبترول سنة 1971 على ما يلي:

– تاسيس شركة بين الفريقين " C.F.P و سونطراك Sonatrach " تعطي للدولة الجزائرية نسبة 51 بالمائة من الانتاج البترولي، على ان يرجع دور العامل الى الشركة الجزائرية.

– نقل الاستثمار الكامل للغاز من قبل الشركة الفرنسية للبترول" C.F.P " الى شركة " Sonatrach " الجزائرية.

– خضوع الشركة للتشريع البترولي الجديد و التشريع الضريبي الجزائري سنة 1971.

– خضوع كل النزاعات القابلة للنشوء بين الفريقين في موضوع هذا الاتفاق للمحاكم الجزائرية.

– تعهد الشركة الفرنسية للبترول بتوظيف 100 مليون دولار في الخمس سنوات الاولى من الاتفاق.

– مدة هذا الاتفاق هي خمس سنوات قابل للتجديد مرة واحدة، في حال عدم التجديد يتم نقل اموال الشركة المختلطة الى شركة " Sonatrach " الجزائرية[1].

2– في ليبيا:

بدا تاميم البترول منذ سنة 1971 ، و قد تم بموجب قانون تاميم البترول الصادر بتاريخ 01 سبتمبر من سنة 1973، نقل51 بالمائة من حصص خمس شركات عاملة في ليبيا الى الشركة الوطنية للبترول " N.O.C "، و الشركات التي كانت عاملة في ليبيا هي: " Mobil,Exxon,Grace,W.R,Altanic Rich Field"، و هذا القانون اعطى الشركات مهلة شهر للتوقيع على اتفاق مع الحكومة و بعد مرور هذه المهلة تقوم الحكومة بتاميم كامل لحصص الشركات المذكورة، و قد اعترض المسؤولون عن الشركات على هذه التاميمات و هددوا باتخاذ التدابير الضرورية لحماية حقوقهم، واصفين اجراءات التاميم بانها تعسفية، و في 26 و 29 سبتمبر وقعت الشركتان " Gelsenberg et Grace Petroleum " على التوالي اتفاقات تعويض مع الحكومة الليبية للاجال التي يمكن من خلالها حساب التعويض مع الحكومة الليبية للاجال التي يمكن من خلالها حساب التعويض على اساس القيمة الصافية الحسابية لاعمال الشركات، و بتاريخ سبتمبر سنة 1973 انشئت لجان لتخمين مقدار التعويض الذي يتوجب دفعه لشركات اخرى " Mobil,Shell,Hunt,Bunker,Texaco,Esso "، و جاء هذا التدبير كرد ضد اجتماع في واشنطن للبلدان المستهلكة المعتبر من قبل ليبيا بانه تحد ضد البلدان المنتجة، و بتاريخ 30 مارس 1974 صدر القانون الذي تم بموجبه تاميم شركة " Dutch–shell "، و اعطاء تعويض للشركة يحدد مقداره من قبل لجنة مختصة بذلك، و بتاريخ 16 ماي 1974 وقعت شركتا "ايكسو Exxon " و " موبيل Mobil " اتفاقا مع الحكومة الليبية بعبارات تقر من خلالها الشركتان بقانون صادر بتاريخ 01 سبتمبر

[1] سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية و حق الشعوب في الموارد النفطية، نفس المرجع، ص 92–94.

سنة 1973، و هذا الاتفاق حدد التعويض الواجب للشركتين بسبب التاميم على قاعدة القيمة الحسابية الصافية، و فضلا عن ذلك حصلت بموجبه الشركتان على شركة متصلة مع الشركة الوطنية للبترول "N.O.C" (49 بالمائة–51 بالمائة لصالح الشركة الوطنية)[1].

ثالثا: موقف أحكام التحكيم من إجراء التأميم البترولي

هناك بعض القضايا التي اثيرت في مسالة ملكية البترول و منها قضية عرضت على محكمة استئناف سنغافورة [2]، و كانت تتعلق بثلاث شركات مسجلة في هولندا تقوم بانتاج البترول و تكريره في " سومطرة " بناء على امتياز و التي تملك مصفاتي نفط في الجزيرة ايضا، و في سنة 1941 و قبل بداية الحرب العالمية الثانية كانت هذه الشركات تملك ثلاثة و ثلاثين حقلا نفطيا منجا حصلت على امتيازها من الحكومة القائمة " الاندونيسية "، قامت القوات اليابانية بالاستيلاء على هذه الحقول عندما غزت "سومطرة" و استولت على مصفاتي النفط، و قامت باستغلال كل ذلك لصالحها حيث كان يتم شحن البترول الى سنغافورة و يحتفظ به في خزانات هناك ثم يتم التصرف به، و عندما دخلت القوات البريطانية سنغافورة بتاريخ 05–09–1945 قامت بالاستيلاء على هذه الخزانات حيث وجدت فيها ما يقارب خمسة و خمسين مليون جالون من النفط المكرر و احدى عشر مليون جالون من النفط الخام، و ادعت الشركات ان هذا البترول لا يزال مملوكا لها و ليس مملوكا لليابان كما تدعي القوات البريطانية فالشركات اكتسبت ملكية البترول بموجب القانون الوطني، لقد ايد القاضي موقف الشركات و اعلن ان البترول في باطن الارض لا يعتبر مالا مباحا لا يملكه احد في كلا القانونين الانجليزي و الاندونيسي، لقد ادعى المدعى عليه ان المصلحة التي يعطيها الامتياز تشبه المصلحة التي يعطيها شخص لاخر للحصول على ما في ارضه من تراب او حجارة او رمال، و لذلك فان البترول لا يصبح ملكا لصاحب الامتياز بعد ان تتم حيازته و الاستيلاء عليه، في حين اكد المدعي من جهته ان الحق الممنوح بالامتياز هو اكثر شبها بما يمنحه عقد الايجار للحصول على معادن، و لهذا فان الامتياز يعطي صاحبه الحق بملكية البترول و هو في باطن الارض.

لقد قامت المحكمة بالتمييز بين عقد الايجار للحصول على معادن من ارض المؤجر و بين تصريح الحصول على احجار او رمال او تراب او اعشاب و اعلنت ان من الصعب التفرقة بينهما، فاذا ما تبين ان قصد الطرفين قد انصرف الى اعطاء حق حصري مع عدم منح اي شخص اخر حقا متزامنا معه فان العقد عندها يعتبر ايجارا، اما اذا تبين ان الوثيقة تعطي شخص الحق باستغلال ارض شخص اخر للحصول على اشياء منها مع بقاء الارض تحت سلطة مالكها و رقابته، فان الوثيقة تكون تصريحا بالحصول على ما في الارض، و توصلت المحكمة الى ان العقد هو عقد ايجار على اساس ان صاحب الامتياز يتمتع بسلطة حصرية للبحث و التنقيب و انتاج البترول في منطقة الامتياز و لمدة محددة و

[1] سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية و حق الشعوب في الموارد النفطية، المرجع السابق، ص 96–97.

[2] N.V.de Bataafsche Petroleum Maatschappi v.War Damage Commission ,23I.L.R 1956 P.810.

بينت المحكمة ان الحيازة تكتمل عندما ينتقل البترول او يتحرك الى الانبوب الممتد عموديا على مكان وجود البترول في باطن الارض، و اعلنت المحكمة ان السيطرة المادية تكون بحفر الابار و ادخال الانابيب بشكل عمودي من السطح الى مكمن النفط و ان فعالية السيطرة تعتمد على عدد الابار، و على اثر قيام ليبيا بتاميم امتياز الشركة البريطانية " B.P " سنة 1970 قامت هذه الشركة بمحاولات لتاكيد ملكيتها للبترول المستخرج من منطقة الامتياز امام بعض المحاكم و منه محكمة " سيراكوز الايطالية " [1]، و الحقيقة ان ما توصلت اليه المحكمة الايطالية يختلف كليا ما توصلت اليه المحكمة العليا في عدن[2]، فقد كان النزاع بخصوص شحنة من النفط تم استخراجها من قبل ايران بعد قيامها بتاميم الشركة الانجلوايرانية للبترول سنة 1951، لقد ادعت الشركة امام المحكمة بانها تملك الشحنة على اساس ان قانون التاميم الذي اصدرته ايران يعتبر باطلا لمخالفته قواعد القانون الدولي لعدم تطرقه لمسالة التعويض اللازم اداؤه للشركة، لقد استجابة المحكمة لهذا الطلب و قامت بالتمييز بين قراراتها السابقة[3]، التي اعلنت فيها ان القضاء الانجليزي لا يستطيع مناقشة مدى صحة قانون تصدره دولة معترف فيها من قبل الحكومة البريطانية اذا كان القانون يتعلق برعاياها و باموال تقع ضمن حدودها الوطنية و بين قانون التاميم الايراني، لقد انتقد هذا القرار ليس فقط لقيام القوات البريطانية باجبار الناقلة على الدخول في ميناء " عدن " لكي يستطيع القضاء البريطاني ممارسة اختصاصه، بل ايضا على اساس ان ما توصلت اليه المحكمة لا يتفق مع مبادئ القانون الدولي[4].

و قد أثيرت مسألة ملكية البترول في قضية التحكيم بين شركة " ارامكو " و المملكة العربية السعودية[5]، حيث لم يتضمن العقد اي ذكر بخصوص ملكية البترول، و ادعت الحكومة ان الشركة لا تملكه على اساس انها لا تستطيع التصرف فيه بحرية بحسب احكام الفقه الاسلامي، فطبقا لقواعد المذهب الحنبلي و هو السائد في المملكة فان الشركة لا تستطيع الادعاء بملكيتها للبترول على اساس انها المكتشف الاول له، لأن حق المكتشف يمنح فقط للمسلمين و غير المسلمين المقيمين في الدولة الاسلامية، بالاضافة الى ان الشركة لا تستطيع الادعاء بانها المكتشف الاول بسبب ان الحق في البحث و النتقيب كان مقتصرا عليها، كما ان امتياز " ارامكو " قد يكون من شانه تعطيل قواعد المذهب الحنبلي، التي بموجبها لا يستطيع المكتشف الاول منع الاخرين من الحصول على ما يحتاجون اليه من المعدن المكتشف، و لقد اشارت هيئة التحكيم الى ان القواعد الخاصة بالمذهب الحنبلي هي قواعد جرى تطويرها في عصور سابقة

---

[1] B.P,Exploration Co.Libya Ltd v.Astro protactor naviaxa S.A and Sincat 13I.L.M.P.106.

[2] Anglo-Iranian Oil Company v .Jaffrate20 I.L.R 1953 P.316.J.W.L.R.P.246.

[3] Princess Paley Olga v.Weisz,1929,1 K.B.718.

[4] M.Sornarajah,The Pursuit of Nationalized Property .Martin Nijholf Pub .1986PP.294-295.

[5] Saudi Arabia v.Aramco,27 I.L.R.1955 P.117.

و بخصوص معادن اخرى غير البترول، و بالتالي الرجوع الى عقد الامتياز ذاته حيث ان حق الشركة في بيع البترول قد تم الاشارة اليه في المادة الاولى من العقد[1].

و قد تعرضت هيئة التحكيم في قضية شركة البترول البريطانية لمسالة ملكية البترول بعد ان اقامت الحكومة الليبية بتاميم امتياز الشركة في ليبيا سنة 1970، و ادعت الشركة انها لا تزال تملك البترول الذي تم استخراجه من منطقة الامتياز بعد التاميم على اساس ان التاميم يخالف اتفاقية الامتياز و قيام احد الطرفين بالاخلال بالاتفاق لا يخضع بحد ذاته نهاية له، فلا يستطيع احد طرفي العقد بارادته المنفردة إنهاء العقد إلا اذا وافق الطرف الاخر على ذلك، و من ثم فان الشركة تعتبر انها ما زالت مالكة لحصتها من البترول المستخرج من منطقة الامتياز، و المدعى عليه ليس له الحق بنقل هذا البترول و تصرفه به هو تصرف شخص بما لا يملك، لقد رفضت هيئة التحكيم هذا الادعاء واعلنت ان من المشكوك فيه انه حينما يتم الاخلال بالتزامات عقدية دولية بصورة غير قانونية فان الطرف الاخر يمكن له ان يعتبر ان الاتفاق لا يزال قائما الى ان يقوم في وقت مناسب بالغاء العقد من قبله، و اعلنت المحكمة ان قرار التاميم قد وضع حدا نهائيا لاتفاق الامتياز مما يعني ان الشركة لا تملك ما تدعي، و لقد اعقب التاميم الذي اجرته الحكومة الايرانية قيامها بنقل الاموال المؤممة الى مشروع عام هو الشركة الوطنية الايرانية للبترول، و لقد واجهت الحكومة الايرانية ازمة حقيقية تمثلت في هبوط انتاج البترول الايراني نظرا لاتفاق كافة الشركات العاملة في مجال البترول الايراني نظرا لاتفاق كافة الشركات العاملة في مجال البترول على عدم التعامل في البترول الايراني، و وصل الامر الى حد مصادرة البترول الايراني في موانئ الدول الاخرى و اجراء الحجز التحفظي عليه، و بتاريخ 19 سبتمبر 1954 صادق البرلمان الايراني على عقدين الاول بين الشركة الوطنية الايرانية للبترول من جهة و مجموعة الشركات العاملة في مجال البترول في الشرق الاوسط و تم تبني مبدا اقتسام الارباح بالتساوي، اما العقد الثاني فبمقتضاه تلزم الحكومة الايرانية بدفع تعويض ب 25 مليون جنيه استرليني الى الحكومة الانجليزية مقابل التاميم[2].

لقد تعرض القرار لكثير من الانتقادات فقد قيل ان المحكم قد اتخذ قراره بان التاميم قد انهى عقد الامتياز على أساس أن إعادة الامر الى ما كان عليه لا يمكن الاخذ به اتجاه طرف هو في الواقع دولة، في حين ان الاصل ان اعادة الحال يعتمد على العقد[3]، و يشترط في المشاريع الاستثمارية ان يكون

---

[1] Article1 :(The Government hereby grant to the company on the terme and condition hereinafter mentioned,and with respect to the area defined below,the exclusive right,for a period of 60years from the effective date hereof ,to explore,prospect ,drill for,extract,tract,manufacture,transport,deal with, carry a way and export petroleum,asphalt,naphtha,natural greases,ozokertie and other hydrocarbons,and the derivatives of all such product.It is understood however, that such right does not include the exclusive right to sell crude or refined products within the area described below or within Saudi Arabia).

[2] حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية، نفس المرجع، ص 178-179.

[3] G.Green wood,State Contract in International Law.The Libyan Oil Arbitration.53 B.Y.I.L,1982,P.27,71.

التاميم– و هو حق كفله القانون الدولي – من اجل المصلحة العامة[1]، و ان يكون التاميم مقابل تعويض عادل و مناسب، فاذا توفر هذان الشرطان تحققت المصلحة المشتركة للطرفين فالتاميم من جهة حق للدولة يكفله القانون الدولي الذي ينكر على الدولة ان تتنازل عن حقها في التاميم لما فيه من معنى التنازل عن سيادتها على مصادر ثروتها الطبيعية و القومية [2]، ان القول باستمرار بقاء العقد ساريا له نتائج قانونية منها ان الشركة يمكن لها ان تدعي باستمرار ملكيتها للبترول المستخرج من منطقة الامتياز اذا استطاعت دحض قانون النفط الليبي لسنة 1955 الذي نص في مادته الاولى على ملكية الدولة للبترول [3]، و مع حصول الدول على استقلالها نصت كافة نصوصها الدستورية و القانونية على ملكية الدولة و سيادتها على مواردها الطبيعية و حقها في التصرف في المواد الخام المنتجة وفقا لمقتضيات المصلحة العامة [4]، و بتاريخ 24-03-1982 اصدرت هيئة التحكيم الدولية في باريس حكمها باحقية الشركة الامريكية " امينيول Aminioil " بالتعويض بمبلغ 179 مليون دينار كويتي عن الخسائر التي لحقتها من جراء التاميم الصادر من الحكومة الكويتية سنة 1977 و تبين من الحكم الصادر ان هيئة التحكيم طبقت المبادئ القانونية العامة المتعارف عليها بين الدول المتحضرة استنادا الى المادة 12 من الجزء الثاني من اتفاق سنة 1973 الذي نص: (...ان الاطراف في هذا العقد تستند في علاقتها على مبادئ حسن النية و الود المتبادل و على أساس المبادئ المشتركة بين القانون الكويتي و قانون ولاية نيويورك الامريكية و كذلك العقود البترولية مع المملكة العربية السعودية و الشركات الاجنبية الاخرى مثل عقد الامتياز البحري لشركة النفط العربية سنة 1958 عندما اخذت المادة 39 من العقد بالصياغة ذاتها..)، و كذلك العقد المبرم بين شركة الكويت الوطنية للبترول و شركة البترول الاسبانية سنة 1967 و التي نصت على المبادئ المشتركة في القانون الكويتي و القانون الاسباني[5].

و قد ثار جدل فقهي و قضائي حول الطبيعة القانونية للمشروعات الاقتصادية المؤممة فهل تحتفظ بالشخصية المعنوية الخاصة ام انها بعد التاميم اكتسبت الشخصية المعنوية العامة، فعلى سبيل المثال في

---

[1] صفوت احمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القنون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، سنة 1999، ص 486.

[2] حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على احكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 1997، دون صفحة.

[3] يزيد انيس نصير: طبيعة حق الملكية الوارد على النفط(دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 369-378.

[4] نصت المادة 20 من الدستور المصري سنة 1971على ان :(كل مال عام او مشروع عام يكون لا لاستغلاله صفة المرفق العام و يكون احتكارا فعليا يجب ان يصبح مملوكا للشعب، و الثروات الطبيعية سواء في باطن الارض او في المياه الاقليمية و جميع مواردها و قواها تعتبر ملكية عامة و تكفل الدولة حسن استغلالها).

و نصت المادة الاولى من قانون المناجم السعودي الصادر بتاريخ 20 مايو سنة 1963، جريدة ام القرى السعودية العدد 20 مايو سنة 1963 على ان: (تملك الدولة ملكية خالصة كافة الثروات الطبيعية).

– و نصت المادة21 من الدستور الكويتي الصادر بتاريخ 11 نوفمبر سنة 1962، الجريدة الرسمية الكويتية، العدد الصادر في 12 نوفمبر1962 على ان : (الثروات القومية و الموارد الطبيعية و ريعها ملكا للدولة).

[5] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 206.

تحكيم " تيكساكو Texaco " سنة 1955 منحت الحكومة الليبية الشركتين:" Clai fornia Asiatic oil company Texaco overseas Petcoleum Company" امتياز في مجال استخراج البترول سنة 1973-1974، و قامت الثورة الليبية بتاميم هاتين الشركتين بالقانون رقم 11 سنة 1974 بتاريخ 11 ديسمبر سنة 1974.

و يلاحظ ان المقنن المصري يعمل بكلا الاتجاهين في ادارة المشروعات المؤممة، الاتجاه الاول: اضفى على المشروعات وفقا للقانون الصادر سنة 1975 الشخصية المعنوية العامة صراحة، و من ثم من حق هذه المشروعات ممارسة السلطات العامة المقررة طبقا للنظام القانوني للهيئات العامة، و الاتجاه الثاني و هو ان ياخذ المشروع صورة شركة عامة مساهمة تخضع للقانون الخاص في مزاولة نشاطها فيما عدا الاحكام التي استثناها المقنن صراحة او التي لا تتفق و تملك الدولة لجميع اسهمها بينما راى البعض " الاستاذ اكثم الخولي و الاستاذ سليمان الطماوي " ان شركات المساهمة تخضع للقانون الخاص[1]، و في هذا الاطار قامت المكسيك سنة 1938 بتاميم كافة امتيازات البترول الممنوحة للشركات الاجنبية على اقليمها، كما تمكنت فنزويلا سنة 1943 من التوصل عن طريق التفاوض الى اقتسام عوائد البترول مناصفة مع الشركات العاملة في اراضيها، اما حق الدولة مانحة الامتياز سواء في استرداد الامتياز او تعديل شروطه انما يستمد الى قاعدة تغير الظروف، تلك القاعدة المقررة في القانون الدولي و التي بموجبها يكون استمرار الطرفين في تنفيذ التزاماتهما مرتبطا ببقاء الظروف الجوهرية التي صاحبت ابرام الاتفاق دون تغيير، و من ثم اذا تغيرت الظروف الجوهرية التي ابرم العقد في ظلها ادى ذلك الى انهاء الاتفاق او تعديله، و قد طبقت هذه القاعدة فعلا على كثير من اتفاقات الامتيازات البترولية [2].

الفرع الثاني: نزع الملكية و المصادرة البترولية كمظهر لممارسة السيادة الوطنية

يوصف حق الملكية في فقه القانون الخاص بأنه حق جامع مانع، إذ ان هذا الحق يكون عرضة للمساس به من قبل الدولة باستخدام أدوات قانونية مختلفة ، و من هنا فإن اجراء نزع الملكية يؤثر في استقطاب رأس المال الاجنبي[3]، فنزع الملكية هو الإجراء الذي تتخذه الدولة أو أحد هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار يصدر عن الجهة المختصة[4]، و لتشجيع المستثمر الأجنبي و تحفيزه تعمل بعض القوانين على حظر نزع الملكية و قد يكون هذا الحظر مطلقا أو مشروطا بشروط معينة بحسب كل دولة، كما قد تصدر الدولة قوانين تسمح

[1] علاء محي الدين مصطفى ابو احمد: التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية واحكام محاكم التحكيم-دراسة مقارنة-، نفس المرجع، ص85-87.

[2] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص175.

[3] احمد مصطفى: دور الدولة إزاء الاستثمار، دار النهضة، بغداد، العراق، سنة 2010، ص 664.

[4] ناصر عثمان محمد عثمان: ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 2009، ص 49.

للأجانب بالتملك على أراضيها و ذلك بغية تشجيع الاستثمارات الأجنبية ، و بقصد إحداث تغيرات اقتصادية و سياسية من اجل عملية تنمية تضمن لها مستقبل أفضل و توفير الرخاء لشعبها، و بالنسبة للحظر المطلق لنزع الملكية معظم الدول لا تنادي به و ذلك لاعتبار الملكية حق سيادي للدولة [1].

تتعرض الاستثمارات الاجنبية الى مختلف المخاطر و لعل اهمها استيلاء الدولة المضيفة للاستثمار على المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الاجنبي من حقوق على مشروعه، و لا يبقى امامه سوى المطالبة بالتعويض العادل، و تتعدد الاساليب التي تتبعها الدولة في الاستيلاء على المصالح المالية الموجودة على اقليمها، و لكنها تعتبر اجراءات تتم بالارادة المنفردة للدولة و تهدف الى حرمان المستثمر الاجنبي من حقوقه [2] تملك الدولة المضيفة للاستثمار الامكانيات اللازمة للموازنة بين حق المستثمر الاجنبي في الملكية كحق مكتسب على اراضيها، و حقها في استعمال سيادتها باسترجاع املاكها و ثرواتها متى تطلب ذلك تحقيق منفعتها العامة مقابل دفع تعويض، كما يمكن للسلطة العامة في الدولة بغرض الاستيلاء على الاموال العقارية و المنقولة لبعض الاشخاص سواء كانوا مواطنين او اجانب دون مقابل عن طريق المصادرة[3]، و من المتفق عليه لدى فقهاء القانون الدولي ان لكل دولة السيادة المطلقة على اقليمها فلها الحق في تنظيم الاستثمارات الاجنبية و ملكية الاجانب، و يؤسس الفقه الدولي مشروعية ممارسة هذا الحق في القانون الدولي على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تؤكد حق الدول و الشعوب في تقرير مصيرها الاقتصادي و حقها في سيادتها الدائمة على موارد ثرواتها الطبيعية، و اذا كان الفقه الدولي استقر ان للدولة الحق على الاستيلاء على ممتلكات المستثمر الاجنبي اعمالا لسيادتها الاقليمية الا انه يتطلب هذا الحق توافر ثلاث شروط الاول ان يكون الاستيلاء قد تم من اجل تحقيق مصلحة عامة، و الثاني الا تكون هناك تفرقة بين المستثمرين الاجانب او بينهم و بين المواطنين، و اخيرا ان يكون هناك تعويض كافي يستطيع ان يبدا المستثمر الاجنبي به مشروعا جديدا اخر[4]، و تجدر الاشارة الى ان قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم 1803 سنة 1962 الخاص بسيادة الدولة الدائمة على ثرواتها قد نص على ضرورة توافر شرط المصلحة العامة لاعتبار التاميم مشروعا و ذلك خلافا لميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول سنة 1974 [5]، و يميز الفقه الدولي بين نوعين من نزع

---

[1] صالح الدين شرقي: سبل تشجيع الاستثمار الاجنبي في الجزائر،ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، يومي18 و19 نوفمبر سنة 2015، ص 05 فما فوق.

[2] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 2004، ص 75-85.

[3] ذهبية صراح: التوفيق بين القانون الوطني و القانون الاجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، نفس المرجع، ص 63-64.

[4] غسان علي علي: الاستثمارت الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص 99.

[5] نصت المادة 2/ج من ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول سنة 1974 التي نصت على: (على ان لكل دولة الحق في التاميم او المصادرة او نقل ملكية الاموال الاجنبية و في كل الاحوال يجب عليها ان تدفع تعويض كافي...مع الاخذ بالاعتبار جميع الظروف التي ترى انها

الملكيـة للمنفعـة العامـة الاول هـو نـزع الملكيـة الفـردي" Expropriation Individual "، و يقصـد بـه الاجراءات التي تتخذها الدولة في مواجهة فرد او عدد محدود من الافراد، بحيث لا تشمل هذه الاجراءات بـاقي افراد المجتمـع، و الثـاني هو نـزع الملكيـة العـام " Central Expropriation " فيقصـد بـه اجـراء تغييرات اقتصادية او اجتماعية في هيكل المجتمع، و بالتالي فان هذا النوع يتشابه مع التاميم و يشترك معه في نفس الاحكام [1]، و تظهر اهمية التفرقة بين النوعين من نزع الملكية عند تقدير التعويض، و يمكن القول بان فقه الدولة اخذ بمفهوم واسع لتعبير الملكية بحيث يشمل كافة صور المساس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الاجنبي، سواء اكانت الاجراءات التي تلجا اليها الدولة المضيفة في صورة ضرائب او بيع جبري او الحد من سيطرة المستثمر على ممتلكاته او حرمانه منها او التصرف فيها او منعه من انشاء المشروع او تشغيله[2].

و اذا كان الاستيلاء على ملكية الافراد بشكل مباشر يعد نزعا للملكية في القانون الداخلي، فان القانون الدولي اضاف صور اخرى تتمثل في قيام الدولة باتخاذ اجراءات تؤدي بشكل غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية مثل اجباره على بيع مشروعه، ففي دعوى " Gover and copelands " ضد دولة " فنزويلا " سنة 1885، و في دعوى اخرى " Computer seiences co-operation " ضد ايران اعتبرت هيئة التحكيم دخول اعضاء من اللجنة الثورية في الشركة و امرهم اجلاء الموقع يدل ان المدعية منعت من استعمال معدات تابعة لها، و من هذه الاجراءات ايضا الامتناع عن منح الشركة تراخيص الاستيراد و التصدير اللازمة لاستمرار مشروعه[3].

أولا: المقصود بنزع الملكية و انواعها المختلفة

ان النظام السائد في ملكية الثروات البترولية هو ان مالك السطح لا يملك الباطن و الذي يصبح في هذه الحالة ملكا للدولة، و تعطي الدولة للثروات البترولية معنى خاص هو السيطرة على الاحتياطي المخزون من البترول ما ظهر منه و ما بطن، و ايضا ملكية راس المال الذي يستغل في النشاط البترولي و ملكية اسطول النقل و الانابيب العابرة لنقله، و لقد ساد مبدا ملكية الدولة لثرواتها البترولية و استمرت الدول العربية تخضع لقانون الشريعة الاسلامية، و الجدير بالملاحظة ان نظام ملكية الدولة للثروات البترولية في البلاد العربية ليس ثابتا بموجب النصوص العامة الواردة بدساتيرها و قوانينها التاسيسية، بل بموجب قوانينها الخاصة كقانون المناجم في النصوص العامة الواردة بالدساتير المصرية كدستور سنة 1956 في المادة 26 و دستور سنة 1964 في المادة 11، و المتضمنة حق ملكية الدولة للثروات

=ذات صلة، و في جميع الاحوال كثير يثير فيها التعويض نزاعا هذا النزاع يجب تسويته وفقا للتشريع الداخلي للدولة التي اجرت التاميم و بواسطة محاكم هذه الدول ما لم تتفق الدول المعنية و بحرية على البحث عن طرف اخر على اساس المساواة للدول...).

[1] Lin(L.L)and Allison(J.R)Expropriation and International risk in China Y.J.IL.,vol.19,1994,p.139.

[2] عكاشة محمد عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات العربية-الاوروبية، ط1، بحث مقدم الى مؤتمر افاق وضمانات الاستثمارات العربية و الاوربية في بيروت، بتاريخ 13 الى15 فيفري سنة 2001، مركز الدراسات العربي-الاوروبي، ص 7.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص 88.

الطبيعية، و مثلها ما ورد بنصوص الدستور السوري سنة 1950 في المادة 07/21 و الدستور الكويتي، و اما النصوص الخاصة فنذكر قانون التعدين السعودي بتاريخ 05 فيفري سنة 1963 التي تنص في المادة الاولى على انه: (تعتبر ملكا للدولة وحدها جميع الواسب الطبيعية للمعادن و كذا المرسوم السعودي الصادر بتاريخ 28 ماي سنة 1949، و مثاله ايضا القانون العراقي رقم 80 لسنة 1961 و المرسوم الجزائري سنة 22-61 و قانون البترول الليبي رقم 09 لسنة 1953 و القانون رقم 25 لسنة 1955 .[1]

يذهب البعض الى تعريف نزع الملكية بانه: (الاجراء الذي تتخذه الدولة او احدى هيئاتها العامة لنزع ملكية اموال عقارية مملوكة لاشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار اداري يصدر عن الجهة المختصة، و يقول الاستاذ " رود " بان نزع الملكية في معناه الواسع هو ان تاخذ الحكومة الممتلكات من اجل استعمالها الخاص، كما يطلق مصطلح نزع الملكية عادة على الاجراءات التي تتخذ في قضايا الافراد، و يعد القرار الاداري الصادر بنزع الملكية من اجراءات السيادة التي تباشرها السلطة العامة في الدولة في حدود اختصاصها الاقليمي، و اذا كان من حق الدولة وفقا لمبدا السيادة الاقليمية ان تتدخل و تستولي على ممتلكات الاجانب الخاصة، فان من حق الاجانب المطالبة بالتعويض باعتباره من الحقوق التي تدخل في مضمون الحد الادنى المقرر للاجانب بمقتضى العرف الدولي، و لعل حق الاجانب في التعويض هو الذي يميز قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة عن القرار الخاص بالمصادرة، و يميز الفقه بين نوعين من نزع الملكية للمنفعة العامة:

1-نزع الملكية الفردي " Individual expropriation "

و هي الاجراءات التي تتخذها الدولة في مواجهة فرد او عدد محدود من الافراد.

2-نزع الملكية العام " General Exproprition "

فيقصد به الاجراءات التي تشمل جميع افراد المجتمع من اجل اجراء تغييرات اقتصادية او اجتماعية في هيكل المجتمع، و بالتالي فان هذا النوع يتشابه مع التاميم، و تبدوا اهمية التمييز بين النوعين عند تقدير التعويض، فاذا كان الفقه الدولي قد اتفق على دفع التعويض الكامل في حالة نزع الملكية الفردية فانه في المقابل قد اختلف حول مقدار التعويض في حالة نزع الملكية العامة[2].

كرس المقنن الجزائري في الدستور حماية للمستثمر الاجنبي بضمان عدم نزع الملكية حيث نصت المادة 20 دستور سنة 1996 على: (لا يتم نزع الملكية الا في اطار القانون، و يترتب عليه تعويض قبلي عادل و منصف)[3]، و في تعديل لهذا النص بموجب الدستور الصادر بالقانون رقم 16-01 نصت المادة 22: (لا يتم نزع الملكية الا في اطار القانون، و يترتب عليه تعويض عادل و منصف)، كما

[1] عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص 34-49 فما فوق.

[2] عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، نفس المرجع، ص 33-35.

[3] انظر الى المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل و المتمم المذكور سابقا.

تنص المادة 81 من نفس الدستور على: (يتمتع كل اجنبي يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونيا، بحماية شخصه و املاكه طبقا للقانون)[1] ، كما اولى المقنن المدني الحماية القانونية اللازمة للملكية في الباب الاول بعنوان حق الملكية المدرج تحت الكتاب الثالث بعنوان الحقوق العينية الاصلية، نصت المادة 674 على: (الملكية هي حق التمتع و التصرف في الاشياء بشرط ان لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الانظمة)، كما نصت المادة 677 على: (لا يجوز حرمان اي احد من ملكيته الا في الاحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون، غير ان للادارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية او بعضها، او نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف و عادل...)[2]، كذلك يعد القانون رقم 19-11 المؤرخ في 27 افريل سنة 1991 الاطار القانوني من حيث الشروط و الاجراءات الذي بموجبه يتم فيه نزع الملكية الخاصة من اجل المنفعة العامة و في اطار القانون[3]، و هكذا يتضح لنا ان حق الدولة في نزع الملكية ليس حق مطلق، و انما يتعين عليها ان تراعي احكام الحماية المقررة للاستثمارات الاجنبية بمقتضى الاتفاقيات الدولية التي ابرمتها و المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمارات و القانون الداخلي، و عليها ان تلتزم بالقيود الواردة على حقها في نزع الملكية[4]، ثم اذا كان من حق الدولة وفقا لمبدا السيادة الاقليمية ان تستولي على ملكية الاجانب الخاصة عندما تقتضي المصلحة ذلك فان من حق الاجانب المطالبة بالتعويض، و اذا كان استيلاء الدولة على ملكية الافراد يعتبر بمثابة نزع للملكية وفق القانون الداخلي، فان العرف الدولي يعتبرها بمثابة قيام الدولة باتخاذ اجراءات تهدف الى نزع الملكية بطريق غير مباشر، و ذلك من اجل تقييد سيطرة المستثمر على ممتلكاته الخاصة[5].

ثانيا: المقصود بالمصادرة و انواعها المختلفة

تعد ملكية الاستثمار ذات اهمية عند المستثمر الأجنبي بصدد اتخاذه لقرار الاستثمار، بحيث أن اتجاهه للاستثمار في بلد معين قد يتوقف على مدى الضمانات و الحماية التي يقدمها هذا البلد للملكية، و أن أي إخلال بها قد يجعله يعرض عن الاستثمار مهما توافرت فيه فرص تحقيق الربح، لذلك كان من اللازم إعطاء أهمية لها ضمن السياسة القانونية لتحفيز الاستثمار الأجنبي و إحاطتها بضمانات تزيل مخاوف المستثمر و تجعله يقبل على الاستثمار دون تردد، لذلك أقرت معظم التشريعات الوطنية و الدولية بحماية ملكية المستثمر و عدم مصادرتها إلا للمنفعة العامة مع الالتزام بالتعويض، و بالرجوع إلى قانون الاستثمار الجزائري قانون رقم 01-03 نص في المادة 16 منه على حماية ملكية المستثمر

[1] قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 (ج.ر رقم 14 مؤرخة في 07 مارس 2016)، المتضمن التعديل الدستوري.

[2] انظر الى المواد من 674 الى 681 مكرر3 من التقنين المدني الجزائري الامر رقم75-58 المعدل و المتمم المذكور سابقا.

[3] مسعود شيهوب: المسؤولية عن الاخلال بمبدا المساواة و تطبيقاتها في القانون الاداري، د.م.ج،بن عكنون، الجزائر، سنة 2000، ص 34 فما فوق.

[4] سمية كمال: النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2003، ص 150.

[5] عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات في القانون الدولي، الطبعة الاولى، نفس المرجع، ص 34-36.

الأجنبي من المصادرة و التي تنص على: (لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة ادارية، الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، و يترتب على المصادرة تعويض عادل و منصف)[1]، و في سنة 2016 صدر قانون رقم 16-09 و الذي نصت فيه المادة 23 منه على ان:(زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف)، و في التشريع السوري و بعد صدور مراسيم التاميم في الدولة سنة 1965 صدر مرسومين تشريعيين رقم 22 و 26 بتاريخ 25 و 26 جانفي سنة 1965، و الذي اكدت حوله وزارة العدل بكتابها رقم 8162 بتاريخ 04-06-1968 و الموجهة الى وزارة المالية، انه لابد من اللجوء الى المصادرة التي تقرر بالتشريع او الاستملاك اذا كان المال عقارا[2]، و كما هو معلوم مصادرة الملكية يقصد بها: (الإجراء الذي تمارسه الدولة أو تتخذه عن طريق سلطاتها العامة لتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق العينية المملوكة لأحد الأشخاص ، و ذلك دون أي مقابل) ، فالمصادرة هي في الواقع عقوبة توقع على الشخص وطنيا كان أم أجنبيا، الذي يمارس نشاطه الاستثماري في الحالات التي يحددها القانون كون أن أعماله أو تصرفاته هي جريمة ، و هذا يقصد به أن المصادرة إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن و السلامة و الصحة و النظام العمومين ، أو هي بمثابة إجراء جزائي مترتب عن النظم القانونية العقابية التي تنص على أن المصادرة جزء من العقاب الموقع على الجريمة، و هي تكميلية للعقوبة الأصلية الغير قابلة للتعويض، فالمصادرة تكون في الأصل عقوبة لا يكون فيها تعويض لكن بالنظر إلى نص المادة 23 من قانون الإستثمار 16-09 نجد أنها تؤكد على التعويض ، مما يفهم أن المقصود هنا هو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة الذي يقترن بالتعويض العادل و المنصف حسب القانون المنظم لها و ليس المصادرة التي لا تستلزم التعويض، و بالتالي يكون المقنن الجزائري قد ضمن للمستثمر الأجنبي عدم حصول أي نزع للملكية إلا في إطار ما نص عليه القانون المتعلق بنزع الملكية و هو القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل سنة 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الذي حدد الحالات التي يمكن فيها نزع الملكية و كيفية ذلك بشرط أن يكون مقابل تعويض عادل و منصف ، بحيث أن أي نزع للملكية خارج هذه الحالات دون احترام الشروط المنصوص عليها يعد باطلا، و هذا ما يشجع المستثمر الأجنبي على الاستثمار دون تخوف مادام أن الملكية محمية بموجب هذا القانون، ثم ان إجراء نزع الملكية يترتب عنه تعويض المتضرر، و هذا التعويض ثابت دستوريا بنص المادة 20 من دستور سنة 1996 التي تنص: (لا يتم نزع الملكية إلا في اطار القانون، و يترتب عليه تعويض قبلي عادل، و منصف)، و المعدلة بموجب

[1] انظر الى المادة 16 من الامر رقم 01-03 الموافق ل 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار.

[2] عصام جميل العسلي: الاستثمار العربي و الاجنبي(المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها مع الاشارة الى الجمهورية العربية السورية)، مطبعة طربين، دمشق، سوريا، سنة 2002، ص107.

نص المادة 22 من التعديل الدستوري بتاريخ 06 مارس سنة 2016[1]، و هذا التعويض يعتبر بحد ذاته تشجيعا للمستثمر الأجنبي لأن نزع الملكية للمنفعة العامة حق لجميع الدول في العالم بموجب القانون الوطني و الاتفاقيات الدولية[2]، و ما يمكن لنا ملاحظته حول تعديل نص المادة 20 من الدستور ان المقنن استغنى عن ادراج مصطلح التعويض القبلي، و اكتفى بالاحتفاظ بالتعويض العادل و المنصف، اذ حسب راينا فان وقت دفع التعويض يتحدد بمدة الاجراءات الخاصة بنزع الملكية، مما يؤثر على قيمة التعويض التي تتغير حسب مقتضيات الطلب و العرض في السوق الدولية، لذا نعتبر تعديل نص المادة بالصيغة القانونية الجديدة جاء في محله طالما ان التعويض يكون عادلا و منصفا.

عرف بعض الفقه المصادرة بانها اخذ الممتلكات الخاصة من قبل الدولة بدون تعويض مهما يكن شكل ذلك و بموجب اي اسم ينفذ، و اجراء المصادرة على هذا النحو قد يتم عن طريق السلطة القضائية و تسمى " المصادرة الجنائية " او عن طريق السلطة التنفيذية و تسمى " المصادرة الادارية "، و في الحالتين يجب ان تستند المصادرة الى نص قانوني يخول السلطة القضائية او التنفيذية حق المصادرة و في الحدود المرسومة قانونا:

1-المصادرة الادارية:

هو اجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الامن و السلامة و الصحة و الاداب العامة، كما ان المصادرة الادارية قد تتم في اعقاب التغييرات السياسية او في اعقاب الحروب بهدف توقيع الجزاء على من تعاونوا مع الاعداء.

2-المصادرة الجنائية:

فقد عرفها البعض من الفقه بانها: (اضافة مال يملكه الجاني الى ملك الدولة دون مقابل، و قد تصدر عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية لاحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في القانون، او عن المحاكم الاستثنائية لمواجهة ظروف سياسية).

كما تنقسم المصادرة من حيث مشروعيتها الى:

1-مصادرة عامة:

و هي محظورة و غير مشروعة سواء على الصعيد الداخلي او الدولي، و اغلب الدساتير التي تجيز نزع الملكية و التاميم حرصا من الدساتير على صون الملكية الخاصة و حمايتها.

---

[1] انظر الى القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، و المتضمن تعديل الدستور(ج.ر 63 ل16 نوفمبر سنة 2008، ص 08)، و تم تعديلها بموجب المادة 22 من قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

[2] صالح الدين شرقي: سبل تشجيع الاستثمار الاجنبي في الجزائر، ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر سنة 2015، ص 06 فما فوق.

2-المصادرة الخاصة:

و هذه المصادرة مسموح بها و لكنها لا تصح الا بموجب حكم قضائي طبقا لنص عقابي، مثل المصادرة كعقاب على التهريب الجمركي او لاسباب تتعلق بالصحة العامة، او لحماية النظام العام و الاداب العامة سواء كان مرتكب الجريمة وطنيا او اجنبيا، و من ثم لا يجوز لاي منشاة استثمارية ان تتذرع بالنصوص الواردة في قانون الاستثمار اذا ارتكبت فعلا مجرما يستوجب مصادرة الاموال[1]، فالمصادرة اذا هي اجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة و تستولي بمقتضاه على ملكية كل او بعض الاموال او الحقوق المالية لاحد الاشخاص دون مقابل[2]، و لعل ما يميز المصادرة عن نزع الملكية هو انتفاء عنصر التعويض من ناحية ورودها على المنقولات من ناحية فهي تعد من اجراءات السيادة التي تتسم بطابعها الاقليمي البحت، و يتضح من ذلك ان المصادرة عقوبة جزائية تستولي بمقتضاها الدولة على كل او بعض الاموال المملوكة لبعض الاشخاص دون اداء تعويض[3]، فالمصادرة اما ان تكون مصادرة ادارية او مصادرة قضائية، و في كلتا الحالتين يجب ان تستند الى نص قانوني يخول السلطة القضائية او السلطة التنفيذية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانونا[4].

و بالرجوع الى قانون الاستثمار الجزائري رقم 16-09 في نص المادة 23 السابق ذكرها، قد اعترف المقنن الجزائري بحق التعويض و لم يرد النص على التعويض القبلي المكرس في المادة 20 دستوريا، و القول بالتعويض المنصف و العادل يستبعد التعويض الرمزي، و هكذا يعتبر القانون الجزائري مطابق لاحكام القانون الدولي حيث يشترط في التعويض ان يكون مناسبا و حالا و فعليا، اي ان يكون التعويض الذي يغطي الخسارة الفعلية وفق للسعر السائد في السوق بالاضافة الى ما فات المستثمر المالك من كسب كالارباح المستقبلية، و ان يؤدى التعويض قبل اتخاذ اجراء المصادرة، و يكون منصفا بان ياخذ بعين الاعتبار القيمة الحقيقية للشركة المستثمرة[5]، كما يلاحظ من نص المادة ان المقنن استعمل مصطلحين الاستيلاء و نزع المليكة للتعبير عن المصادرة، في حين نجد انه بموجب المادة 16 من الامر رقم 01-03 المعدل استعمل المقنن مصطلح المصادرة الادارية، لهذا نرى ان المصطلحات الثلاث حتى و ان كان نتيجتها واحدة و هي التعويض العادل و المنصف، الا انها تختلف من حيث الموضوع و الاجراءات المتخذة بشانها، فمن المستحسن توظيف كل مصطلح على حدى.

---

[1] عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمرات الاجنبية في القانون الدولي، نفس المرجع، ص 36-38.

[2] هشام صادق: الحماية الدولية للمال الاجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الموال العامة في الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 19.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم، نفس المرجع، ص 90-91.

[4] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز و اشنطنICSID)، نفس المرجع، ص 138-139.

[5] سمية كمال: النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، نفس المرجع، ص 160-161.

و لعل اهم ما يميز المصادرة عن نزع الملكية هو انتفاء عنصر التعويض من ناحية و ورودها على المنقولات دون العقارات من ناحية اخرى، فهي تعد من اجراءات السيادة التي تتسم بطابعها الاقليمي الا انها تسري على الاجانب و المواطنين معا، و طبقا لاحد التقديرات نلاحظ ان من اكثر الدول التي تعرضت للمصادرة هي الدول المتقدمة اقتصاديا صاحبة الاستثمارات فعلى سبيل المثال نجد الولايات المتحدة الامريكية تعرضت لمصادرة استثمارات مملوكة لها تزيد قيمتها عن ثلاثة الاف بليون دولار خلال الخمسين عاما الاخيرة [1].

المبحث الثاني: المنازعات البترولية الناتجة عن التغير في ظروف تنفيذ العقد البترولي

تعتبر عقود الاستثمار عقود طويلة المدة تتاثر بتغير الظروف المحيطة بها، لذا كان من الطبيعي ان تدور معظم منازعات الاستثمار بمختلف انواعها حول تغير الظروف المحيطة بالعقد، تلك الظروف قد تؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام كما في حالة القوة القاهرة، و قد تؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد مما يدعو الاطراف الى مراجعته او اعادة التفاوض بشان شروطه[2].

تحرص الشركات الاجنبية التي تتعاقد مع الدول المنتجة للنفط او مؤسساتها العامة على تضمين العقود المبرمة بينهم شروط تهدف من خلالها الى تحديد المقصود بالقوة القاهرة و تحديد الاحداث التي تعتبر ظروفا غير متوقعة و شروط تطبيقها و كيفية صياغتها[3]، كما تعلقت نظرية التوازن المالي كالتزام للادارة لما يرتبط به تنفيذ العقد من حاجات المرفق العام، و هو التزام يوجب على الادارة ان تمتنع عن اصدار اية اجراءات بارادتها المنفردة و ان تعمل على تجنب ما يطرا على ظروف تنفيذ العقد من اجراءات ادارية و تشريعية، و تحدث التوازن المالي اللازم بتعويض المتعاقد معها بما يسمح باعادة التوازن بين مزايا العقد و اعبائه المالية[4]، و يعني التوازن المالي للعقد ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد و حقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، و فكرة التوازن هي مجرد توجيه عام للعقد يستهدف الابقاء على طبيعته كما ورد عند اول تعاقد، لذا فان الحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة، مما يستوجب من ذلك الزام الدولة المستثمرة بتعويض المتعاقد معها [5].

و من خلال هذا المبحث سنقوم بتقسيمه الى مطلبين، في المطلب الاول نحدد المقصود بالقوة القاهرة و شروط قيامها، ثم نبين المقصود بالظروف الطارئة على تنفيذ العقد في المطلب الثاني.

---

[1] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، نفس المرجع، ص91.

[2] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة 2004، ص 156.

[3] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص157.

[4] محمد ابراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، نفس المرجع، ص295 فما فوق.

[5] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الاسس العامة للعقود الادارية (الابرام–التنفيذ–المنازعات)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2007، ص212–213.

المطلب الأول: المقصود بالقوة القاهرة و شروط قيامها

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة و خصوصا في مجال الاستثمار، هذا التوازن الاقتصادي يتاثر بلا شك بفعل التغير في الظروف المحيطة بابرام العقد، ما يدعو الاطراف الى مراجعة العقد و اعادة التفاوض بشان شروطه و لهذا فقد جرى العمل على ادراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار[1]، و هذه الظروف قد تؤدي الى الانهيار التام للعقد و الغائه من قبل الاطراف، و عقود الاستثمار البترولية عقود طويلة المدة تتاثر بالظروف المحيطة لذا كان طبيعيا ان تدور منازعاتها في جل صورها حول تغيير تلك الظروف المحيطة بالعقد و التي تؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام تماما، و قد تؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد مما يدفع بالاطراف الى مراجعته او اعادة التفاوض بشان شروطه[2]، لذا يكون الهدف من ادراج شرط القوة القاهرة هو تحديد المقصود بها و تضمينها ما يشكل الاحداث التي تندرج ضمنها بالنسبة لعقود الاستثمار البترولية، و بما ان هذه الاحداث ترتبط عادة بالظروف الاقتصادية و الاجتماعية او تتصل بطبيعة النشاط الاستثماري، فان تحديد تلك الاحداث تندرج تحت القوة القاهرة و بالتالي تحديد النظام القانوني الذي تخضع له و الذي هو في اغلب الاحوال يكون القانون الواجب التطبيق، و بهذا يكون الهدف من ادراج شروط القوة القاهرة هو التمكن من مواجهة الاحداث المستقبلية عند وقوعها حتى و لو لم يكن بالامكان توقعها[3].

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للقوة القاهرة في تنفيذ العقد

يقصد بالقوة لغة من قوى، قوة و قواية اي صار ذا قوة و طاقة على العمل فهو قوي و الجمع اقوياء و اقوى صار ذا قوة و طاقة، و ضدها زالت قوته و طاقته و تقوى بالشيئ اتخذه سببا لقوته، و القوة تكون في البدن و العقل و هي ضد الضعف، اما القاهرة لغة من قهر يقهر قهرا اي غلبه و اخذه من فوق و من غير رضا، و قهر فلان صار امره الى القهر و الذل و القهرة الذي يقهر كل احد، و منه اسم الجلالة سبحانه " القاهر و القهار" لانه غلب خلقه بقدرته و سلطانه فصرفهم الى ما اراد طوعا او كرها، و عليه فالقوة القاهرة تعني القوة و الطاقة الغالبة للامر او الشيئ، الاخذ له من فوق من غير رضا و لا اختيار بحيث تغير حاله، و يعد مصطلح القوة القاهرة مستعمل لدى فقهاء القانون في النصوص و الشروح القانونية، و يطلقون عليه أحيانا مصطلح الاستحالة فهما بمثابة السبب و المسبب تربطهما علاقة سببية

[1] عمر مشهور حديثة الجازي: التحكيم في منازعات الاستثمار، نقابة المحامين، العددان التاسع و العاشر، ايلول و تشرين الاول، سنة 2002، ص 4-5.

[2] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطنICSID)، نفس المرجع، ص 114.

[3] لما احمد كوجان: التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الاجنبي وفقا لاحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، نفس المرجع، ص 78.

حيث تعد القوة القاهرة السبب الذي ينتج عنه المسبب و هو استحالة التطبيق[1]، و يقصد بالقوة القاهرة في مفهومها الاصطلاحي مجموعة من الاحداث لم يكن في وسع احد من الاطراف توقعها او تداركها، و يترتب عليها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه دون ان يتحمل تبعية ذلك[2]، و بعبارة اخرى هو مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة و تؤدي بها الى عدم الالتزام بالقواعد القانونية بحيث لا يعد ارتكابها فعلا مخالفا لالتزاماتها موجبا للمسؤولية[3]، ففكرة القوة القاهرة تنظمها القوانين و الشرائع القديمة و الحديثة كما اخذت معظم احكام التحكيم الدولي بفكرة القوة القاهرة باعتبارها حدثا تتوافر فيه شروط عدم التوقع و استحالة الدفع و الاستقلال عن ارادة المدين و يؤدي الى جعل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة[4]، و في هذا الشان جاء في نص المادة الخامسة من قانون المحروقات الجزائري تعريف للقوة القاهرة بانها: (كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته و خارج عن ارادة الطرف الذي يثيره، و الذي يجعل تنفيذ هذا الاخير لاحد التزاماته التعاقدية او العديد منها انيا او نهائيا غير ممكن)[5]، في حين نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على: (...غير انه اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها او تنفيذ الالتزام التعاقدي، و ان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)[6]، حيث يظهر تعارض بين نص المادة 05 فقرة 19 من قانون المحروقات و نص المادة 107 من القانون المدني، اذ يشترط المقنن المدني في القوة القاهرة ما يلي:

- حدوث حادث استثنائي عام غير متوقع من قبل اطراف العقد،
- ان يترتب عن الحادث ارهاق للمدين حتى و ان لم يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا،
- تدخل القاضي الوطني لاعادة التوازن الى العقد من خلال رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول.

بينما يشترط المقنن في المادة 05 من قانون المحروقات في القوة القاهرة ما يلي:

- ان يكون الحادث مثبت و غير متوقع،
- ان يكون الحادث لا يمكن مقاومته و خارج عن ارادة الاطراف،

---

[1] خالد بني احمد: الفرق بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، العدد الاول، سنة 2006، ص 176-177.

[2] عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993، ص131.

[3] نبيل بشر: المسؤولية الدولية في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994، ص 262، مشار اليه في خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن)، نفس المرجع، ص 262.

[4] محي الدين اسماعيل: منصة التحكيم التجاري الدولي،ج1، دون ناشر، سنة 1986، ص 224.

[5] انظر الى المادة 05 من قانون رقم 05-07، نفس المرجع.

[6] انظر الى الامر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد78المؤرخة في30-09-1975 معدل متمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في13 مايو سنة 2007.

– ان يترتب عن الحادث عجز احد الاطراف عن تنفيذ التزاماته،

– ان يكون هذا العجز انيا او نهائيا.

و أمام هذا التعارض بين النصين نكون امام احد التفسيرين، اما تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام و بالتالي اعتبار نص المادة 05 من قانون المحروقات في مرتبة الحكم الخاص و المادة 107 من القانون المدني في مرتبة الحكم العام، و اما الاكتفاء بتطبيق نص المادة الخامسة من قانون المحروقات بحجة تماشيها مع قواعد القانون الدولي التجاري، لكن من جهة اخرى نجد ان بعض العقود المتعلقة بالمحروقات كعقود التنقيب و البحث لا تقع تحت طائلة تطبيق القوة القاهرة حيث ان هذه العقود تنتمي الى طائفة العقود الاحتمالية التي يكون فيها الارهاق او العجز عن التنفيذ متوقع[1].

مع الملاحظة ان هناك فرق بين الحالتين في نص المادتين السابقتين، اذ ان المادة 107 من القانون المدني نصت على حالة الظرف الطارئ الذي يجعل من تنفيذ العقد مرهقا و ليس مستحيلا، في حين نص المادة 05 في فقرتها 19 عرفت القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ العقد، مع العلم ان لكل حالة اثار مترتبة عن العقد اذ بامكان اعادة التفاوض في حالة الظرف الطارئ في حين يترتب عن القوة القاهرة الغاء العقد، لذا بامكان الاخذ بالحالة الاولى و هي نظرية الظرف الطارئ في كلا النصين تحقيقا للانسجام القانوني في الاحكام، لذا نقترح اعمالا بالشريعة العامة للقوانين تعديل نص المادة الخامسة من قانون المحروقات بحيث تنسجم مع نص المادة 107 من القانون المدني و ذلك كالاتي: (كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته و خارج عن ارادة الطرف الذي يثيره، و الذي يجعل تنفيذ هذا الاخير لاحد التزاماته التعاقدية مرهقا و ان لم يصبح مستحيلا).

الفرع الثاني: شروط قيام حالة القوة القاهرة في تنفيذ العقد

يقوم وجود حالة القوة القاهرة على عدم مقدرة المدين تنفيذ التزاماته، لهذا فان الاطراف يملكون عدة خيارات في النصوص العقدية حيث تتحدد القوة القاهرة وفق معيارين، المعيار الاول يتمثل في القوة القاهرة في حالة ظرف غير متوقع وقت ابرام العقد دون ان يكون الطرف المعني ارتكب خطا و يجب ان يكون هذا الظرف لا يمكن مقاومته، و لكن وجود القوة القاهرة لا يعني الاستحالة النهائية للتنفيذ، فان الاطراف يسعون الى النص في العقد على الاستمرار في التنفيذ، و للاطراف الحق في فسخ العقد بعد مرور مدة معينة محددة في العقد و التي تكون على العموم 06 اشهر سواء تعلق بالجزء الذي توقف تنفيذه بسبب القوة القاهرة او كل العقد، و خلال فترة توقيف تنفيذ العقد فان بامكان الاطراف النص على تحمل النفقات كاملة او بالقسمة وفق نسب بين الطرفين حسب الضرر اللاحق بهما، و اذا تقرر فسخ العقد فان على الاطراف التسوية الرضائية للحقوق الناتجة عن الفسخ، و على الطرف الراغب بالتمسك به ان يبلغ الطرف الاخر بصفة الظرف المتعلق بالقوة القاهرة [2].

[1] عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار –الانشطة العادية و قطاع المحروقات–، نفس المرجع، ص731–733.

[2] محمد علي جواد: العقود الدولية (مفاوضات، ابرامها، تنفيذها)، دار الثقافة، دون بلد النشر، سنة2010، ص 206 فما فوق.

أولا: إستقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين

يعد شرط استقلال الحدث عن ارادة المدين شرطا جوهريا لقيام حالة القوة القاهرة و يطلق عليه البعض من الفقهاء شرط الخارجية [1]، و من الواضح ان هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقدين من التدخل المباشر و غير المباشر من المتعاقد الاخر سيئ النية [2]، اذ لا يعتد بالحدث الناشئ عن فعل احد المتعاقدين من اجل التخلص من تنفيذ التزاماته و الذي من شانه الحاق الضرر بالطرف الاخر، كما يشترط ان يكون الحدث عاما لا يخص الفئة المتعاقدة فقط و هذا الشرط من شانه ان يخدم مصلحة الطرفين بالدرجة الاولى حتى لا يكون اي فعل سببا لتعرض العقد للفسخ، اذ ياخذ بعين الاعتبار الحوادث الاستثنائية العامة دون غيرها.

ثانيا: عدم توقع الحدث عند ابرام العقد

تشكل القوة القاهرة حدثا غير متوقعا و غير قابل للمقاومة و هي تحدث بفعل مستقل عن ارادة احد المتعاقدين و لم يكن باستطاعته توقعه او الوقاية منه، و يترتب على حدوثها انقضاء التزام الطرف المرهق لعدم امكانية تنفيذه دون ان يتحمل تبعية ذلك[3] و يجب ان يكون عدم الامكان مطلقا لا نسبيا[4]، كما يؤكد قضاء التحكيم بدوره على ضرورة توافر شروط عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة ففي القضية رقم 2139 لسنة 1974 عرفت هيئة التحكيم حادث القوة القاهرة بانه : (يعتبر قوة قاهرة بالمعنى الضيق الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع ، بمعنى انه في لحظة وقوعه لا يوجد اي سبب خاص يجعلنا نعتقد انه سيقع) [5]، و هذا الشرط اساسي في الاخذ بحالة القوة القاهرة لتفادي النية السيئة في ابرام العقد لانه لو كان بامكان افتراض هذا الحدث لما اقدم المتعاقدين على التعاقد كون ان العقد عرضة للفسخ مستقبلا و هذا قد لا يخدم مصلحة احد المتعاقدين بل قد يلحق به اضرار مادية.

ثالثا: وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية

يقصد بالاستحالة المطلقة ان يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه ان يفعل ما هو ملزم به او يمتنع عما يجب عليه ان يمتنع عن فعله، و بمعنى اخر عندما لا تكون لديه اية قدرة او وسيلة مشروعة يستطيع بها ان يدفع او يتجنب وقوع الحدث او يقاوم بها الاثار التي تترتب على وقوع هذا الحدث، و ضرورة توافر هذه الاستحالة امر يتفق عليه الفقه و احكام القضاء، حيث اكدت محكمة النقض المصرية انه: (يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام ان تكون امرا لا قبل للمدين بدفعه او التحرز منه

---

[1] محمد لبيب شنب: المسؤولية عن الاشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة1957، ص97.

[2] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و در التحكيم، نفس المرجع، ص 169 و ما بعدها.

[3] مصطفى العوجي: العقد و المسؤولية المدنية، الجزء الاول العقد، الطبعة الثالثة، مؤسسة مجسون، بيروت، لبنان، سنة 2003، ص285.

[4] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني–نظرية الالتزام بوجه عام–مصادر الالتزام، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1988، بند 588، ص 878.

[5] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم، نفس المرجع، ص 172.

و يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة)[1]، و يختص قضاء التحكيم بالفصل في اثار القوة القاهرة في حالات معينة من خلالها يستمد المحكم اختصاصه بالفصل في تلك الاثار، او من مشارطة تحكيم عام تستند بموجبه الاطراف الى هيئة التحكيم للفصل في كل نزاع ينشا بينهم اثناء تنفيذ العقد و من ضمنها النزاعات الناشئة عن شرط القوة القاهرة [2]، و تطبيقا لذلك حدث قبل نشاة منظمة الدول المصدرة للبترول تغير هيكل النظام الضريبي في الامتيازات البترولية، حيث انتهج مبدا المناصفة في الارباح و طبقت نظرية تغير الظروف في زيادة الاسعار العالمية و زادت نسبة الحكومة من صافي الارباح و الغيت العلاوات الاضافية التي تتمتع بها شركات الامتياز البترولي، و ذلك استنادا الى نظرية تغير الظروف بما يتفق مع مبدا سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية [3].

و من الحالات التي تصدى فيها المحكم من تلقاء نفسه لتحديد المقصود بالقوة القاهرة الحكم الصادر في القضية رقم 2142 لسنة 1974، حيث أكدت فيه هيئة التحكيم ان التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها لانتفاء مسؤوليتها من عدم تسلمها المنتجات البترولية لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة لغياب شرطي عدم التوقع و استحالة الدفع[4]، و اذا توافرت شروط القوة القاهرة التي اعترضت تنفيذ العقد فان ذلك يعد سببا لاعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، و في هذه الحالة تعد القوة القاهرة سببا لاعفاء المتعاقد من المسؤولية، ففي اتفاقات البترول تضمنت شرطا واحدا في صياغة مضمونه يقرر الاعفاء من المسؤولية[5]، و يعود إختصاص قضاء التحكيم في الفصل في اثار القوة القاهرة اما بنص صريح من الاطراف ففي هذه الحالة يقتصر دور هيئة التحكيم في اعلان فسخ العقد بسبب الاستحالة الناتجة عن القوة القاهرة، و قد لا يتفق الاطراف ففي هذه الحالة قد تصل هيئة التحكيم في النهاية الى فسخ العقد مثل الشرط الذي اتفق فيه الاطراف على أنه: (اذا استمرت القوة القاهرة اكثر من 04 اشهر فان المشتري و البائع يمكنهم الوصول الى اتفاق جديد بهدف اتخاذ اجراءات تكون اكثر ملاءمة، و اذا لم يتوصلوا الى اتفاق يحال الامر الى التحكيم)[6].

---

[1] نقض مدني، جلسة 1970/12/10،الطعن رقم 145 السنة 36 القضائية، مجموعة احكام النقض، السنة الحادية و العشرون، ص 216، انظر الى غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم، نفس المرجع، ص173.

[2] Peter,W :Arbitration and Renegotiation,op,cit,p.231.

[3] محمد ابو العلا يسرى: نظرية البترول بين التشريع والتطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المامول (دراسة تاريخية اقتصادية وسياسية مع الاشارة للنماذج التشريعية البترولية العالمية)، نفس المرجع، ص591.

[4] راجع حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم المنعقدة في اطار غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 2142 سنة 1974، وارد في المجموعة الاولى من الاحكام الصادرة عن هيئة التحكيم هذه الغرفة سنة 1971-1985، ص1915.

[5] الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية و احدى الشركات الاجنبية الخاصة بالبحث عن البترول، الجريدة الرسمية العدد 14 بتاريخ 08 افريل سنة 1995.

[6] شريف محمد غنام: اثر تغير الظروف في عقود التجارة (مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة و اعادة التفاوض)، نفس المرجع، ص 66.

المطلب الثاني: المقصود بالظروف الطارئة على تنفيذ العقد البترولي

تتمسك حكومات الدول المضيفة للاستثمار و النامية منها بصفة خاصة و الشركات الخاصة بضرورة تحقيق المزيد من المرونة في النظام التعاقدي الذي يربطهما حتى يتسنى لها استيعاب المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية للبلاد، في حين ان الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه العلاقات التعاقدية و استمرارها دونما تعديل في نصوصها، فالشركات الاجنبية تبحث عن ثبات النصوص التعاقدية و ترى ان اتفاقات الاستثمار لا تعدو ان تكون عقود عادية قائمة على الاتفاق الحر بين اطرافها، فعلاقة الشركة الاجنبية بحكومة الدولة المضيفة او من يمثلها قد افرغت ضوابطها في قالب جامد تضمن نطاقا محدودا للالتزامات و الحقوق، و ان اي تعديل في هذا المضمون الثابت المحدد تمثل الاخذ بالقوة الملزمة لهذه الاتفاقات[1]، و بذلك فان الظرف الطارئ يختلف عن القوة القاهرة في ان هذه الاخيرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا في حين ان الظرف الطارئ يجعل التنفيذ مرهقا فقط، و الجذير بالذكر ان مفهوم عدم التوقع الذي يقوم على اساس تغير غير متوقع للظروف و الذي يغير اقتصاديات العقد يتقارب مفهومه مع اقتصاديات " الهارت شيب " التي تتضمنها العقود الاقتصادية الدولية، و التي تعني الشروط التي يسمح فيها للاطراف بطلب اعادة تنظيم العقد في حالة حدوث تغييرات في المعطيات الاولية، فتغير توازن العقد و الحاق باحد الاطراف اعسار مالي و التي تعد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة [2].

و تعد الاحداث الطارئة او الاستثنائية هي الاحداث غير المالوفة النادرة الوقوع، كما انها غير متوقعة كما في حالة القوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مرهقا و ليس مستحيلا، لان الحدث الطارئ لا يصل الى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا و تؤدي الى انهاء العقد وفقا للمبادئ العامة[3]، و يكون تعديل العقد هو الحل في حالات الظروف الاستثنائية الطارئة بدلا من الغائه، فهو قد يحصل عن طريق وقف تنفيذ العقد مؤقتا او منح المتعاقد المرهق مهلة للتنفيذ او تعديل مقدار الالتزام ورده الى الحد المعقول[4]، و لقد جرى العرف في التعامل التجاري الدولي على وضع شروط في عقود الاستثمار بحيث تسمح باعادة النظر في مقومات العقد و التفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللا في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين[5]، و يعتبر موضوع التعويض عن الحوادث الغير المتوقعة بشان اختلال التوازن المالي للعقد في مجال النفط و الغاز من قضايا التحكيم الدولي خاصة في ظل التغييرات المترتبة عن

---

[1] عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، بحث منشور، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص11.

[2] سميرة حصايم: عقود البوتBOTاطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، نفس المرجع، ص119.

[3] ادوارد عيد: موسوعة اصول المحاكمات المدنية، ج12، ص164، مشار اليه في خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن)، نفس المرجع، ص 123.

[4] لما كوجان: التحكيم في عقود الاستثمار، نفس المرجع، ص 86.

[5] مصطفى العوجي: العقد والمسؤولية المدنية، ج1، نفس المرجع، ص 125.

أسعار النفط الخام بالنسبة للعقود الطويلة الأجل[1]، و يرى جانب من الفقه ان حق المتعاقد في التعويض يستند لنظرية الظروف الطارئة و يرجع الى تطبيق مبدا التوازن المالي للعقد، أي انه اذا حدث طارئ خارج عن ارادة المتعاقدين و غير متوقع بحيث يؤدي الى قلب التوازن المالي للعقد فانه يحق للمتعاقد الحصول على تعويض من الادارة من اجل تحقيق التوازن المالي للعقد، و بالتالي من واجب الادارة المتعاقدة السهر على دوام سير المرفق العام اثناء تنفيذ العقد بحيث يستطيع المرفق ان يستمر في اداء خدماته، و هناك تبريرات اخرى لتعويض المتعاقد تتمثل في مبدا العدالة و بذلك اخذ القضاء الاداري الفرنسي و المصري و الاردني حيث تقضي المحكمة الادارية العليا في مصر ب: (و من حيث ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الاداري، كما ان هدفها تحقيق المصلحة العامة فهدف الادارة هو حسن سير المرافق العامة باستمرار و انتظام[2]، و تتمتع الدولة ذات السيادة بحق سن الانظمة او اتخاذ قرارات تراها لازمة لتحقيق المصلحة العامة، و تظهر الصعوبات العملية و القانونية عندما تقوم الدولة بعد التوقيع على العقد باستحداث زيادات جديدة في الرسوم او الاجور ما يؤثر على ارباح الشركة و يؤدي احيانا الى انقلاب ميزان العقد و انهيار التوازن الاقتصادي فيه، و جانب كبير من هذه الاجراءات ينشئ للشركة حق التعويض عما لحقها من اضرار و ذلك اذا توفرت شروط معينة مثل ان تكون الاعمال غير متوقعة و ان تلحق بالطرف الخاص ضررا، الا ان هذه النظرية " نظرية الامير" هي نظرية في العقد الاداري التي لا تاخذ بها هيئات التحكيم الدولي في عقود البترول[3].

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للظروف الطارئة على تنفيذ العقد

يقصد بالظروف الطارئة لغة ان الظروف جمع ظرف و هو الوعاء مطلقا و منه ظرفا الزمان و المكان عند النحويين، و ظرف الشيئ وعاؤه و هو ما يستقر غيره فيه و يقال الابريق ظرف لما فيه، اما الطارئة لغة من طرا، يطرا طروءا أي حدث فجاة و الطارئ الغريب و الطارئة الحادثة، و الجمع طوارئ و طرات على القوم اذا اتيتهم من غير ان يعلموا و الطارئة حالة مفاجئة تحتاج الى معالجة سريعة و الجمع طوارئ، اما اصطلاحا جاء مفهوم الظروف الطارئة عند القانونيين عاما حيث نص القانون المدني الاردني في المادة 205 على: (اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن الالتزام التعاقدي و ان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعا للظروف و بعد

[1] Manuel A.Abdala : Key damage compensation issues in oil and gas international arbitration cases,American university international law review,volume24,issue03,2009,p31.

[2] منصور ابراهيم العتوم: اثر الظروف الطارئة على اعادة التوازن المالي للعقد الاداري (دراسة مقارنة)، مؤتة للبحوث و الدراسات (سلسلة العلوم الانسانية و الاجتماعية)، المجلد الثالث و العشرون، العدد الرابع، عمان، الاردن، سنة 2008، ص15-17.

[3] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 215.

الموازنة بين مصلحة الطرفين ان ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، و على ضوء ما تقدم يمكن تعريف الظروف الطارئة بانها: (حوادث استثنائية عامة خارجة عن ارادة المدين لا يمكن توقعها وقت انشاء العقد، و تطرا عند تنفيذه فتجعله مرهق للمدين لا مستحيلا تهدده بخسارة فادحة)[1]، و بالرجوع الى القانون المدني الجزائري في الفصل الثاني حول العقد، القسم الثالث حول اثار العقد، تنص المادة 107 من قانون مدني على: (...غير انه اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي و ان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)[2]، و هذا يدل على حرص المقنن المدني على الحفاظ على التوازن المالي للعقد حماية للطرف المدين، و باعتبار التقنين المدني الشريعة العامة للقوانين و تكريسه في العقود الدولية الاقتصادية يعتبر ضمانة قانونية للمستثمر الاجنبي الذي يهدف بالدرجة الاولى تحقيق الربح، لذا منح المقنن الية قانونية مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، و في هذا الشان يقول الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي: (تختلف احكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني عنها في القانون الاداري و مرجع الخلاف ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي ان يعدل من التزامات المتعاقدين، في حين ان القاضي لا يستطيع في نطاق القانون الاداري ان يحكم الا بالتعويض)[3]، و من وجهة نظرنا بالرجوع الى طبيعة عقود الاستثمار البترولية و صلاحيات المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد، نرى ان نظرا للطبيعة الاتفاقية للعقد فان المحكم ليس بامكانه التدخل في تعديل بنود العقد بقدر ما يمكن له تحديد مقدار الخسارة و الحكم بالتعويض للطرف المتضرر، و ذلك ليس من اجل الاستمرار في العلاقة التعاقدية بقدر ما هو محاولة لجبر ضرر الطرف الضعيف في العقد و غالبا ما يكون الشركة البترولية الاجنبية.

تتميز عقود الاستثمار الدولية التي تربط المستثمرين الاجانب و الدول المضيفة خاصة الدول النامية، و مثاله عقود البترول التي تعد عقود طويلة الاجل نظرا لطبيعة المشاريع المراد انجازها، و هو ما يجعلها تتاثر بتغير الظروف المحيطة بها امام التغيرات الاقتصادية و الاجتماعية التي تستلزم التماشي مع معطياتها سواء بتعديلات تشريعية، و التي قد تمس بالاتفاق المشترك بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي[4].

---

[1] خالد بني احمد: الفرق بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 179.

[2] انظر الى المادة 107 من القانون المدني رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (جريدة رسمية رقم31 مؤرخة في13 مايو2007).

[3] منصور ابراهيم العتوم: اثر الظروف الطارئة على اعادة التوازن المالي للعقد الاداري (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 24.

[4] رفيقة قصوري: النظام القانوني للإستثمار الاجنبي في الدول النامية، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الاعمال، جامعة الحاج لخضر -باتنة-، الجزائر، سنة 2011، ص 195.

الفرع الثاني: إعادة التفاوض حول شروط العقد في ظل الظروف الطارئة

يحرص المتعاقدون على تضمين العقد ما يعرف بشروط المراجعة او اعادة التفاوض التي تهدف الى اعادة تعديل بنود العقد عن طريق اعادة التفاوض بين الاطراف على ضوء الظروف الجديدة، و من هذه العقود العقد المبرم بين حكومة " غانا " و شركة " دشل " لاكتشاف و انتاج البترول المبرم سنة 1924، و الذي نص على حق الاطراف في حالة تغير الظروف المالية او الاقتصادية المتعلقة بصناعة البترول و ظروف التسويق حق مراجعة العقد مع الاخذ بعين الاعتبار راس المال الذي انفقه المتعاقد مع الدولة و المخاطرات التي تحملها[1]، و كذلك العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة " ريسول اكسبلور سيون ايجبت اس.ايه." و شركة "موبيل اكسبلوريشن ايجيبت انك" حيث نصت المادة 19 منه على: (في حالة حدوث اي تعديل تشريعي او لائحي يؤدي الى انتقاص او زيادة حقوق احد الاطراف فانه يسمح بتعيين يوما للتفاوض يجوز للاطراف بعدها احالة الموضوع للتحكيم اذا لم تنجح المفاوضات)[2]، و الجدير بالذكر ان معظم عقود البترول ابرمت بين حكومات دول تحت الانتداب و نفوذ الدول الاحتلالية، و مفاد ذلك ان عقود البترول التي ابرمت وقتها لم يتم التفاوض بشانها و لم تبرم، و لو افترضنا انها ابرمت بحرية كاملة و انه قد تم التفاوض بشانها فان الظروف المتغيرة تشكل سببا قويا لاعادة النظر في شروطها، الا ان الظروف التي كانت تحيط بابرام عقود البترول بالدول العربية المنتجة له لم تستمر كنتيجة لتغير الظروف التي كانت تحيط بابرام عقود البترول بالدول العربية المنتجة له، كما لم تكن الشركات البترولية تتوقع الظروف الجديدة التي جاءت متاثرة بالتطور الجديد في العلاقات الاقتصادية، و قد واكب ذلك ظهور مبدا اعادة التفاوض في الولايات المتحدة الامريكية و الذي بمقتضاه يتعين اعادة النظر في العقود، و ان اي مسعى للدول المنتجة للبترول الى تحقيق السيادة الاقتصادية على مواردها البترولية سواء عن طريق شركات و هيئات البترول الوطنية او عقود المشاركة مع الشركات المستغلة او المقاولة، و تنفيذ العمليات ينظر اليها كاسلوب لتحقيق درجة من التساوي في المنافع التعاقدية في علاقاتها مع الشركات الاجنبية[3]، و من المقرر في الانظمة القانونية الرائدة في العالم ان عدم المساواة في القوة التفاوضية و التي سادت وقت توقيع العقد من شانها تعديل عقد البترول لتنسجم مع مبدأ التساوي المشترك في المنافع العقدية في اطار نظرية الاكراه الاقتصادي[4]، حيث وردت العديد من التعاريف القانونية لشروط اعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية، فقد عرفها البعض بانها تلك

[1] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع، ص 359.

[2] طارق فؤاد رياض:التحكيم في عقود البترول،بحث مقدم الى الدورة المتعمقة لاعداد المحكم، مركز تحكيم عين الشمس، بتاريخ 24 مارس الى الاول من افريل سنة 2004، ص 684.

[3] عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص 84-85.

[4] تقوم نظرية الاكراه الاقتصادي على فكرة الاستغلال الاقتصادي الذي يتاتى من وجود راسمال اجنبي يستثمر بطريقة استقلالية ينتج عنها ضياع الثروات الطبيعية، و تتطلب تلك النظرية اعادة أي كسب زائد ينتج بسبب ضرورة اقتصادية، مشار اليه في عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص87-88.

الشروط التي بمقتضاها يلتزم الاطراف في حالة التغيير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على اساسها بالتفاوض مرة اخرى من اجل ايجاد توازن تعاقدي جديد و بالتالي اعادة تكييف الاتفاق المبدئي الذي فقد مبررات ابرامه[1]، كما عرف شرط اعادة التفاوض بانه ذلك الشرط الذي يدرجه الاطراف في عقد الاستثمار و يتفقون فيه على اعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع احداث طبيعية معينة، و تكون هذه الاحداث مستقلة عن ارادتهم و توقعاتهم عند ابرام العقد و يكون من طبيعتها الاخلال بتوازن العقد و اصابة احد المتعاقدين بضرر[2]، و قد وجد هذا الشرط في العديد من العقود نذكر على سبيل المثال عقد البترول المبرم سنة 1974 بين حكومة " غانا " و شركة " شال " لاكتشاف و انتاج البترول الذي ينص في بنوده على انه للاطراف في حالة تغيير الظروف المالية و الاقتصادية المتعلقة بصناعة البترول و ظروف التسويق بصفة عامة على نحو يمس بالتوازن الاقتصادي للعقد، حق مراجعة العقد من اجل اتخاذ التعديلات المعقولة مع الاخذ بعين الاعتبار راس المال الذي انفقه المتعاقد مع الدولة و المخاطر التي تحملها[3]، و حتى تحقق شروط اعادة التفاوض هدفها لاحد طرفي عقد الاستثمار فان ذلك يتطلب ان يتم تحديد عناصر هذه الشروط و نتائجها بدقة، و الاتفاق على الاحداث التي يستوجب تطبيق هذه الشروط المرتبطة بالظروف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و التي تؤدي الى احداث اخلال في التوازن المالي للعقد، كما يستلزم شرط اعادة التفاوض الاتفاق على كيفية تنفيذ العقد في فترة التفاوض و الاثار المترتبة عن ذلك، و في حالة فشل المفاوضات او رفض اجرائها من قبل احد الاطراف يجب ايجاد الحلول البديلة الواجب اتباعها[4]، بمعنى انه يحق لاي طرف في العقد التقيد بضرورة اعادة التفاوض حول بنود العقد و حالته او اعادة التوازن الى وضعيته الاولى متى طالب احد اطراف العقد المتضررين، و هي في غالب الاحوال ما يكون سبب هذا الضرر نتيجة تصرفات صادرة من الدولة المضيفة كصاحب سيادة، مما قد يتسبب بقيام منازعات بين طرفي العقد و عليه الى اي مدى يمكن في هذه الحالة القول بالفاعلية الايجابية لشروط اعادة التفاوض كالية للحد من منازعات الاستثمار الاجنبي؟[5].

الفرع الثالث: أثار شرط إعادة التفاوض على التوازن العقدي في ظل الظروف الطارئة

جعلت نظرية الظروف الطارئة لمواجهة اثار ظرف يقع اثناء مدة تنفيذ العقد، قد يتسبب بخسائر تخل باقتصاديات العقد الاداري، في حين ان المتعاقد لم يتوقع حدوث هذا الظرف حال ابرامه للعقد و لم يكن بوسعه توقعه او استطاعته دفعه، و يستوي في ذلك ان يكون مرجع الظرف الطارئ ظواهر طبيعية او ظروف اقتصادية او اجراءات ادارية، و هذه النظرية تعد من الاسس التي تقوم عليها العقود الادارية

[1] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص 302 فما فوق.

[2] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص187.

[3] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع، ص 359.

[4] شريف محمد غنام: اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة و اعادة التفاوض)، نفس المرجع، ص 41-42.

[5] رفيقة قصوري: النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الدول النامية، نفس المرجع، ص 196-197.

بحيث لا يجوز النص في هذه العقود على استبعاد تطبيقها اذا ما توافرت شروطها[1]، و تعد الظروف المحيطة بالعقد و التي قد يصيبها التغيير متنوعة فقد تكون ظروف سياسية كالقرارات السياسية بقطع علاقة بين حكومة دولة و حكومة اخرى مما يجعل تنفيذ التزامات المنتمي الى تلك الدول مستحيلا او مرهقا، و قد تكون هذه الظروف اقتصادية كوجود ازمة اقتصادية او ارتفاع مفاجئ في اسعار المواد الأولية، و قد تكون هذه الظروف تشريعية او قانونية كصدور بعض القوانين التي تمنع الاستيراد و التصدير[2]، و يعود الهدف الاساسي من ادراج شرط اعادة التفاوض ضمن بنود عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمر الاجنبي و الدول المضيفة هو الحفاظ بالدرجة الاولى على التوازن التعاقدي لضمان استقراره طيلة فترة التنفيذ، و من اجل ذلك فانه يجب على الدولة المضيفة الالتزام بالضمانات الممنوحة للمستثمر الاجنبي و في هذه الحالة يعتبر البعض ان اختلاف الاطراف على الشروط الخاصة باعادة التفاوض تسمح لاي منهما ان يفسخ العقد بارادته المنفردة، و التي يمكن ان تؤدي الى الزام المتعاقد بالتنفيذ الجبري للالتزام باعادة التفاوض، و يعتبر التحكيم الوسيلة المثلى لفض هذا النوع من النزاعات ذلك ان الاطراف في الغالب لا يرغبون في انهاء رابطتهم العقدية مع الظروف الجديدة، و بذلك تظهر اهمية شروط التفاوض كالية فعالة في تجنب المنازعات و ضمانا لاستقرار بنود العقد بما يتلاءم و مصلحة كل طرف، و قد عبر البعض عن ذلك انها نوع من التامين ضد رد فعل شديد يحدث نتيجة ادراك ان اتفاقية الاستثمار تحضير لاي عملية مراجعة مبررة[3].

و يرى كثير من فقهاء القانون في العالم النامي ان اعادة التوازن الاقتصادي لاتفاقات الامتيازات البترولية مسالة ضرورية يسعى الى تحقيقها قانون السيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية، و هو احد فروع القانون الدولي الحديث او القانون الاقتصادي الدولي، و لعل اتفاقات طهران و طرابلس سنة 1971 و اتفاق نيويورك سنة 1972 حول المشاركة في الامتيازات البترولية القائمة هو نتيجة الاجحاف بحقوق الدول المضيفة و استجابة لتغير الظروف و اعمال لاحكام قانون السيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية، حيث اصدرت منظمة " الاوبك " سنة 1968 قرارا تخضع فيه لجميع المنازعات التي تثور بين الحكومة و المشروعات الاجنبية لقضاء المحاكم الوطنية المختصة، ما لم ينص قانون الدولة العضو على خلاف ذلك[4].

و حتى يحقق هذا الشرط أثره فانه يجب على الاطراف ان يحددوا بدقة طبيعة هذه الاحداث حيث لا يحق لاي طرف ان يمتنع عن التفاوض، و في هذا الشأن يقول أحد الفقهاء: (التوظيف الجيد لمثل هذه

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم: الاسس العامة للعقود الادارية (الابرام–التنفيذ–المنازعات)، نفس المرجع، ص 219–220.

[2] شريف محمد غنام: اثر تغير الظروف في عقود التجارة (مساهمة في توحيد شرطي القومة القاهرةو اعادة التفاوض)، نفس المرجع، ص 01 و ما بعدها.

[3] رفيقة قصوري: النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الدول النامية، نفس المرجع، ص197–198.

[4] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 174.

الشروط من اجل بلوغ الهدف من ادراجها في عقود الاستثمار يظل مرهونا بطريقة و اسلوب وضعها موضع التنفيذ، سواء من حيث معايير تطبيقها و ذلك بسبب الظروف التي تقتضي تعديل العقد من حيث النتائج المترتبة)، و يتمثل الجزاء الوارد في قواعد التجارة الدولية باتفاق الاطراف على انه يجوز لاي منهما فسخ العقد بارادته المنفردة اذا رفض المتعاقد الاخر الدخول في اعادة التفاوض، او ان يلجا الاطراف الى طرف ثالث كالمحكم و تحدد مهمته و سلطاته و قوة القرارات الصادرة عنه، و يمكن لهيئة التحكيم ان تامر المتعاقد بالتنفيذ الجبري للالتزام بالتفاوض او دفع مبلغ مالي كتعويض للمتعاقد الاخر نتيجة رفضه اعادة التفاوض[1]، و لا شك ان سرعة التطور التكنولوجي و ارتفاع الاسعار المستمر و الظروف المستجدة، و التي قد تؤدي الى غلق الطرق البحرية او الجوية كلها تعد ظرفا مرهقا للمدين، و يتضمن هذا العقد كما تعارف عليه اطراف العقد ضرورة اللجوء الى فتح باب المفاوضة دون اللجوء الى انهاء العقد[2].

المبحث الثالث: دور إتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار البترولية

أدت الظروف المحيطة بفض المنازعات الاستثمارية في مجال العقود البترولية و ضعف ثقة المستثمرين الاجانب فيها وما قد يترتب على ذلك من اثر في حركة الاموال الاجنبية الخاصة، الى اقتناع العديد من الدول بمدى اهمية التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات الاستثمارية[3]، الامر الذي اسهم خلال القرن الحالي في تدفق الاستثمارات الاجنبية و تزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية و التوسع في حجم المبادلات التجارية الدولية[4]، و يعد اللجوء الى التحكيم في التجارة الدولية[5] تنفيذا لاحد شروط العقد الذي

---

[1] غسان علي علي: الاستثمارات الاجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، نفس المرجع، ص 192-194.

[2] وليد عودة الهمشري:عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي القاهرة، دار جيب الاردن، سنة 1995، ص418.

[3] راجع العديد من الكتابات الفقهية في هذا الشان سامية راشد: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة، مصر، سنة 1984.

=محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، سنة 1974.

Fahmy,E.G.M.,L'arbitrage et les contrats commercaux internationaux de l'arbitrage,thèse,2vol.,université de rennes,1982.

Regli,J.P.,contrats d'etat arbitrage entre etats et personnes privées,Genèe,1983.

[4] احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار-دراسة مقارنة-،مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، سنة 1990، ص 3-6.

[5] تتميز التجارة الدولية بانها تتم في ظرف خاص يختلف عن جو التجارة الوطنية بين مواطني دولة واحدة، ذلك ان الاولى تتم بين اشخاص متباعدين، فالتجارة الدولية تتطلب امرين، الامر الاول هو التمويل والائتمان لان البائع المصدر يحتاج الى نقود يمول بها عملية انتاج السلع محل البيع فهو لا يقبض الثمن، كما ان المشتري قد يحتاج الى التمويل او الائتمان لانه يدفع ثمن البضاعة قبل ان يتمكن من استلامها، و تقوم بهذه العملية البنوك عن طريق فتح اعتماد مصرفي للبائع او للمشتري، و هناك وسيلة نشات حديثا في القرن الثامن عشر ببريطانيا و تسمى وكالة التسويق ثم انتشرت في امريكا ثم عادت الى اوربا، و معناها ان يتعهد وكيل التسويق للبائع المصدر ان يشتري منه جميع فواتيره او حقوقه على المشترين الاجانب و يدفع له قيمتها مقدما ويتولى وكيل التسويق تحصيلها لحسابه وعلى مخاطره، اما الوسيلة الاخرى الاكثر انتشارا هي الاعتماد المستندي و مفادها رغبة كل من البائع والمشتري في اللجوء الى طرف ثالث و هو البنك، فيتفق في عقد البيع على ان البائع لا يبدا بتنفيذ التزاماته قبل ان يفتح المشتري اعتمادا لدى بنك و يخطر به البائع، فيلجا المشتري الى مصرف يطلب اليه ان يخطر البائع بخطاب يسمى خطاب اعتماد

تمخضت عنه المنازعة، و هو الأمر الشائع في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي[1]، و هذا الأخير يقوم على أمور ثلاث هي أن يوجه العقد للعامة و ليس لشخص معين بذاته، و أن يعد مسبقا من احد اطرافه الذي يتمتع بمقدرة كافية على التعاقد، كما يتعين ان يقبل من الطرف الاخر كما ورد دون تفاوض[2].

يبرم اتفاق التحكيم[3] من خلال الاتفاق الرضائي بين الاطراف، و الذي تحكمه القواعد العامة الواردة في القانون المدني للدول العربية و المتعلقة بصحة ابرام التصرفات القانونية، كما ورد تنظيم اتفاق التحكيم في القوانين التحكيمية التي اصدرتها الدول العربية لتنظيم التحكيم التجاري الدولي، و من المبادئ التي ارساها اتفاق القضاء التحكيمي مبدا افتراض صحة اتفاق التحكيم من الناحية الشكلية و الموضوعية الى حين ثبوت العكس من المحكمة التحكيمية، اذ ان من المراحل الاولية في التحكيم اتفاق الاطراف على قابلية النزاع للعرض على التحكيم[4]، و جرى الفقه[5] و تبعه العمل الدولي[6] بالنسبة لتحديد موضوع المنازعات

مستندي يقول فيه ان البنك يدفع للبائع مبلغا اذا قدم البائع للبنك مستندات معينة يبينها في الخطاب (سند شحن البضاعة،الفاتورة، و وثيقة التامين على البضاعة) خلال فترة معينة، و بوصول الخطاب يقدم البائع تعهدا نهائيا للبنك، انظر الى علي جمال الدين عوض: تحصيل الثمن في التجارة الدولية (الاعتماد المستندي و وكالة التسويق)، مجلة الحقوق و الشريعة، السنة الثانية، العدد الاول، الكويت، يناير سنة 1978، ص9 الى12.

[1] تحتل نماذج العقود حيزا شائعا في النشاط التجاري، تارة يشار اليها انها عقود اذعان واحينا تعتبر عقود اعدت من احد الاطراف ووقعت من طرف اخر دون تفاوض،انظر الى: Tood D.Rakoff,Contracts if adhesios,An Essay in Reconstraction,Hav,L.Rev .note10,P.1177 ,AP.1983.

[2] احمد عبد الرحمن الملحم: نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشر، العدد الاول و الثاني، الكويت، مارس، يونيو سنة 1996، ص245-246.

[3] قال الفيلسوف اليوناني"ارسطو" في"الريطوريقا" ان اطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، ذلك لان المحكم يرى العدالة بينما لا يعتقد القاضي الا بالتشريع، و اليوم يردد الفقه المعاصر ما قاله ارسطو حيث يقولR.Davidان تطور التحكيم التجاري هو بمثابة رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاة و يعبر عن رغبة اطراف المنازعة في التخلص منه، حيث تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ اكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي، راجع: Ch.Carabiber :L'evolution de l'arbitrage commercial international .Rev.Cours.Acad de droit international.

راجع مقالة بعنوان . Droit natural et arbitrage:

طوكيو1954، ص20 و ما بعدها، راجع خصوصا ص 21-22.

استعمل مصطلح التحكيم لاول مرة في مؤتمر الامم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد في نيويورك ما بين20 مايو و10 يونيو سنة 1958، و انتهى بالتوقيع على اتفاقية نيويورك سنة 1958بشان الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية، ثم الاتفاقية الاوربية في جنيف 21 ابريل سنة 1961، انظر الى:. Ph.Fouchard :Larbitrage commerciale international

رسالة دكتوراه، ديجون1963، طبعة باريس سنة 1963، ص 4 و ما بعدها.

[4] قابلية النزاع للعرض على التحكيم او موضوع التحكيم او مشكلة التحكيم، انظر تقريرGeorges Scelle المقدم للجنة القانون الدولي في18 مايو سنة1951،.Nations Unies,Doc.,Off.de L'A.G.,A/3.,CN,4/46,pp.9et,1951,seq

[5] Lauterpacht,H.,La théorie des differends non justicables en droit international,34R.C.A.D.I,pp.499,1930. Gabriele :les régles genérales de la paix,46R.C.A.D.I,t.4,pp.569 et seq.1933,le fur,louis-Erasme,Regles générales du droit de la paix,54 R.C.A.D.I,1935,t.4,pp.247-60,Kelsen,hans,Théorie du droit international public,84 R.C.A.D.L,t,3,1953,p.179.

[6] Sohn,Louis B.,The function of international arbitration today,108R.C.A.D.I.,1963,PP.24-25.

وقد قدم الكاتب في الفصلين الثالث والرابع عرضا وافيا للمعاهدات التي تميز بين المنازعات القانونية و السياسية.

التي يجوز عرضها على التحكيم أو القضاء الدولي الى التمييز بين نوعين من المنازعات، منازعات قانونية "Les differends juridiques" و منازعات سياسية "Les differends politique"[1].

و قد تضمنت المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية سنة 1965 انعكاسا لهذه التفرقة، حيث نصت الفقرة الاولى منها على: (يشمل اختصاص المركز و المنازعات ذات الصبغة القانونية، التي تنشا بين دولة متعاقدة مع اية دولة اخرى متعاقدة بشرط ان يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار)[2].

و تاسيسا لما سبق ذكره سنحاول تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الاول لتحديد صور اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية، ثم نوضح اثار الاتفاق التحكيمي على عقود الاستثمار البترولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: صور إتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية

يجري بعض الشراح التفرقة بين شرط التحكيم و بين اتفاق التحكيم فالاول يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة و بمقتضاه يتفق الاطراف قبل نشوب النزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم، و قد يكون شرط التحكيم عاما او خاصا فيكون عاما اذا احال الى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير او تنفيذ الاتفاقية[3]، و يكون شرط التحكيم خاصا اذا قصر الاحالة للتحكيم على بعض المسائل دون البعض الاخر، اما اتفاق التحكيم فهو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب و يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع و اسماء المحكمين و مكان و اجراءات التحكيم و قد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون و عادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب الخلاف، فاتفاق التحكيم هو اتفاق او عقد يبرمه الطرفان اما شرط التحكيم فطبيعته القانونية هي ذات طبيعة العلاقات الاصلية التي هو شرط فيها، و من ثم قد لا يكون ذات علاقة تعاقدية في بعض الصور ففي تحديد الطبيعة القانونية لشرط التحكيم الذي يرد في هذا الامتياز، و في هذا الشان ذهب

---

[1] تعددت معايير التفرقة بين المنازعة القانونية و المنازعة السياسية منها: المعيار الموضوعي يقوم على فكرة مفادها ان المنازعات القانونية هي تلك التي يصلح فيها تطبيق قواعد القانون الدولي، اما في حالة غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع يكون هذا النزاع سياسيا لا يصلح ان يكون موضوعا للتحكيم، انظر الى الكتاب السنوي لمعهد القانون الدولي، ع 29، ص 36، فقرة 26، سنة 1922 .

–المعيار الشخصي: العبرة ليست بطبيعة النزاع او بوجود قاعدة قانونية تنطبق عليه، بل بما يقرره الطرفان او احدهما في جعل النزاع قانونيا او سياسيا، انظر الى محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي العام، سنة 1967، ص 696، فعرفت المنازعة القانونية التي تلتزم الدول الاطراف باحالتها الى التحكيم او القضاء بانها: (كل منازعة ايا كانت طبيعتها يكون موضوعها حقا يتنازع فيه الطرفان بالتبادل)، انظر الى الحسين القطيفي: دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، نفس المرجع، ص63–65.

[2] كما تضمنت الفقرة(26) من تقرير المديرين التنفيذيين تحديد طبيعة المنازعات التي يجوز عرضها على مركز تسوية المنازعات الدولية الذي انشاته الاتفاقية، واشارت الى نص المادة 1/25بقولها: (يجب ان يكون النزاع قانونيا له علاقة مباشرة بالاستثمار، و قد استعملت عبارة المنازعات القانونية لتدل على ان المنازعات القانونية وان كانت من اختصاص المركز، الا ان الامر ليس كذلك بالنسبة لمنازعات البسيطة المتعلقة بالمصالح فيجب ان يتعلق نزاع ما بوجود حق او التزام قانوني او بطبيعة او مدى التعويضات المترتبة على فسخ التزام قانوني).

[3] و من امثلته ما تضمنته المادة31 من اتفاقية السعودية و ارامكو سنة 1933، حيث نصت على انه: (اذا نشا شك او اشكال او خلاف بين الحكومة والشركة في تفسير هذه الاتفاقية او تنفيذها،او تفسير شيئ منها او تنفيذه،او فيما له علاقة بها، او في حقوق احد الطرفين او تبعاته... تحال القضية الى المحكمين...، و كذلك اتفاقية السعودية و شركة جيتي سنة 1949(م45)، العراق و شركة ايراب سنة 1968(م34).

الدكتور الغنيمي الى ان هذا الامتياز عبارة عن تصرف قانوني مركب يتضمن بعض النصوص التي تعتبر رخصة و بعضها الاخر يتعبر عقدا[1].

يتم الاتفاق على التحكيم باحدى الصورتين مشارطة التحكيم و شرط التحكيم[2]، فاما المشارطة فتكون في حالة ما اذا تم الاتفاق على التحكيم بين الاطراف بشان نزاع معين قائم بينهم بالفعل، و اما شرط التحكيم فيكون في حالة ما اذا تم الاتفاق على التحكيم بين الاطراف في صورة شرط يرد في عقد من العقود، يتفق بموجبه الاطراف على حل ما قد ينشا بينهم من نزاع بسبب تنفيذ هذا العقد و تفسيره عن طريق التحكيم بدلا من المحكمة المختصة.[3]

و يترتب على اتفاق التحكيم سواء كان شرطا او مشارطة ان يتم الفصل في المنازعة الناشئة او التي قد تنشا بواسطة المحكمين و ليس بواسطة قضاء الدولة، و حل النزاع و حسمه عن طريق هيئة تحكيمية و لا يجوز رفع الدعوى امام القضاء الا بعد استنفاذ طريق التحكيم، و على ذلك فان شرط التحكيم او مشارطته تلزم اطرافها و لو الغي العقد طالما لا يتعارض مع نص تشريعي[4].

و قد فرقت بعض التشريعات التحكيمية فيما بينهم فمثلا نجد المقنن البولندي في المادة 246 نص انه يوجد تفرقة بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، و في قانون الاجراءات المدنية الالماني في المادة 1026 ميز بين الشرط التحكيمي و المشارطة التحكيمية، و بالنسبة للمقنن الفرنسي نظم اتفاقات التحكيم متناولا شرط التحكيم و مشارطة التحكيم في المواد 1442 الى 1491، و على صعيد الدول العربية فان الغالب من التشريعات المنظمة للتحكيم فرقت بين شرط و مشارطة التحكيم، باستثناء تشريع التحكيم السوداني الذي لم يفرق بين الشرط التحكيمي و المشارطة[5]، و في التشريع المصري جاءت في قوانين استثمار المال الاجنبي نصوص متعددة بشان التحكيم فالمادة 08 من القانون رقم 43 لسنة 1974

---

[1] يذهب الدكتور الغنيمي الى القول بان امتياز البترول يتميز بان موضوعه هو استغلال يترتب عليه استهلاك المادة محل الامتياز، و نظرا لان امتياز البترول يترتب عليه حق صاحب الامتياز في استنفاذ ما في الابار التي يكتشفها داخل منطقة الامتياز من بترول، فالراي الغالب يصف حق صاحب الامتياز على المنجم بانه حق ملكية، و من ثم فان امتياز البترول بما يخوله للملتزم من حق استغلال البترول،يعتبر بمثابة ترخيص من الدولة للملتزم يمنحه حق الاستغلال، الا انه من ناحية اخرى يجب ان تتحد فيه ارادة الدولة وارادة صاحب الامتياز، و لما كانت الدولة تمنح هذه الرخصة للملتزم في صورة امتياز، اذ يعتبر قرار اداري منفرد ولكنه مركب بناء على اتفاق بين الادارة و المستغل، انظر الى احمد عبد الحميد عشوش،عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص344-347.

[2] قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم و يسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم او اتفاق التحكيم، انظر الى احمد ابو الوفا: التحكيم الاختياري و الاجباري، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2000، ص15 و ما بعدها.

شريطة ان يقر المقنن بهذا الاتفاق شرطا كان ام مشارطة، انظر الى عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص21.

[3] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1987، ص894 وما يليها.

و انظر الى محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة، ص73.

و انظر ايضا امال احمد الفزايري: دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم، طبعة منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون سنة، ص46.

[4] احمد ابو الوفاء: التحكيم و القضاء بالصلح، الطبعة الاولى، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1964، ص19.

و انظر ايضا الى عامر علي رحيم: التحكيم بين الشريعة و القانون، دار الجماهرية الليبية، ليبيا، سنة 1987، ص67-68.

[5] هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية، نفس المرجع، ص153.

نصت على نظام إستثمار المال العربي و الاجنبي والمناطق الحرة، معدلا بالقانون رقم 33 لسنة 1977 و التي نصت على: (تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ احكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، او في اطار الاتفاقات السارية بين جمهورية مصر العربية و دولة المستثمر او في اطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة و مواطني الدولة الاخرى التي انضمت اليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الاحوال التي تسري عليها، و يجوز الاتفاق على ان تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم و تشكل لجنة التحكيم من عضو عن كل من طرفي النزاع و عضو ثالث مرجح يتفق على اختياره خلال 30 يوما من تعيين اخرهما، يتم اختيار الطرف المرجح بناء على طلب اي من الطرفين بقرار من المجلس الاعلى للهيئات القضائية من بين المستثمرين بجمهورية مصر، و تخضع اللجنة لقواعد الاجراءات الخاصة بها دون التقيد بقواعد المرافعات المدنية و التجارية الا ما تعلق بالضمانات و المبادئ الاساسية للتقاضي، على ان تراعي اللجنة سرعة البت في المنازعة)[1]، و على الرغم من ان اتفاق التحكيم يبدو يسيرا الا انه عند دراسته تظهر صعوبته و مثاله ان المقنن لم يشا حرمان المحكمين من الضمانات الاساسية التي احاطهم بها عند الالتجاء الى القضاء و التي قصد بها المحافظة على حقوقهم، و في التطبيق العملي اذا كان المقنن قد وضع نظام التحكيم ليعفي الخصوم عن القضاء فانه مع ذلك وضع قواعد اوجب اتباعها امام المحكمين و الا ما امكن تنفيذ احكامهم[2].

و الملاحظ ان الإتجاه الحديث يطلق اصطلاح اتفاق التحكيم على كلتا الصورتين دون تحديد ما اذا كان شرط تحكيم ام مشارطة تحكيم، لانه حسب راي هذا الاتجاه لا يوجد فرق بين الصورتين من حيث المضمون اذ انه في كلاهما تتفق بموجبه الاطراف على اللجوء الى التحكيم لتسوية النزاع[3].

و تاسسيسا على ما سبق ذكره، سنقوم بتقسيم هذا المطلي الى الفروع التالية: نتناول في الفرع الاول شرط التحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية، ثم مشارطة التحكيم في عقود الاستثمار البترولية في الفرع الثاني، و اخيرا شرط التحكيم بالاحالة في عقود الاستثمار البترولية في الفرع الثالث.

الفرع الأول: شرط التحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية

يقصد بشرط التحكيم ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي الذي تتعهد بمقتضاه الاطراف – قبل نشوء النزاع – باللجوء الى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشان هذا العقد فالعبرة اذا هي بلحظة ابرام اتفاق التحكيم ويستوي ان

[1] احمد ابو الوفا: التحكيم الاختيار و الاجباري، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2000، ص 397.

[2] احمد ابو الوفا: التحكيم الاختيار و الاجباري، نفس المرجع، ص13.

[3] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطنICSID)، نفس المرجع، ص212.

يأتي في العقد نفسه أو مستقلا عنه، و شرط التحكيم يحدد اجراءات عرض النزاع على هيئة التحكيم[1]، و كيفية تشكيل هذه الهيئة و مكان و زمان إجتماعها، و في الغالب فان القانون هو الذي يتكفل ببيان كيفية التصديق على حكم هيئة التحكيم من قبل المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع، فالحكم يصبح واجب النفاذ بنفس الطريقة التي تنفذ بها الاحكام القضائية، و غالبا ما يحيل شرط التحكيم الى الاجراءات الساري العمل بها لدى منظمة دولية للتحكيم، فعلى سبيل المثال محكمة الغرفة التجارية الدولية للتحكيم بباريس يحدد نظامها كيفية عرض الامر على التحكيم و كيفية اختيار المحكمين و كيفية سماع نظام الطرفين و اصدار الحكم في النزاع[2]، و قد عرفه المقنن الجزائري في المادة 1007 بأنه : (هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشان هذا العقد على التحكيم)[3].

يعد إدراج شرط التحكيم في مجال عقود الاستثمار كاجراء تم العمل به في بداية القرن الماضي، و في ظل غياب تشريعات وطنية خاصة بالاستثمار و استغلال الموارد الطبيعية عمل اطراف عقود الاستثمار البترولية و عقود الاشغال العامة على قبول شرط التحكيم، و خير مثال على ذلك معظم الاتفاقيات البترولية التي ابرمتها المملكة العربية السعودية مع الشركات النفطية الاجنبية في القرن الماضي نجد شرط التحكيم موجود في اغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرم بين الدولة المضيفة و المستثمر الاجنبي، و غالبا ما تمنح الاتفاقيات الحماية الكافية لرعايا الدول الاخرى الطرف في هذه الاتفاقية بما في ذلك الحماية من إجراءات الدولة المضيفة الاستثنائية و ما قد يلحق ذلك من اجراءات تمس اموال المستثمر و تعيق من حركة أمواله، و الهدف الرئيسي من هذه الاتفاقيات هو وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار، و تتضمن شروط هذه الاتفاقيات على سبيل المثال عدم التمييز في المعاملة و مبدا عدم التدخل في العلاقات التعاقدية و السماح بالتعويض السريع الكافي في حالة صدور قرارات بتاميم او نزع الملكية للمنفعة العامة من الدولة المضيفة، و يجري الشراح التفرقة بين شرط التحكيم

[1] اشترط علماء الشريعة ان يتوفر في المحكم الشروط التي يجب توفرها في القاضي المولى من جهة الامام لان المحكم صار بالتحكيم قاضيا و حكمه ملزم كحكم القاضي، بينما ذهب بعض العلماء الى انه لا يشترط في المحكم جميع الشروط التي يجب توفرها في القاضي لان التحكيم من باب الوكالة لا القضاء و الوكيل لا تشترط فيه شروط القاضي، فقد اتفق العلماء على انه يشترط في المحكم البلوغ و العقل والاسلام اذا حكم بين المسلمين، و اختلفوا في اشتراط العدالة و الذكورة و الاجتهاد وسلامة الحواس، فذهب الجمهور الى اشتراطها و لم يشترطها بعض العلماء، انظر الى تبيين الحقائق193/4، البحر الرائق 28/2، تبصرة الحكام لابن فرحون18/2، الاحكام السلطانية للماوردي ص65، ادب القضاة لابن ابي الدم ص140، المغني على الشرح الكبير37/12.

[2] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطنICSID)، نفس المرجع، ص 212-213.

[3] انظر إلى المادة 1007 من قانون رقم08-09 المؤرخ في18صفر عام1429الموافق ل25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

"La clause compro-missoire" و بين اتفاق التحكيم " Le compromis "[1]، اما الاول فيقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، و بمقتضاه يتفق اطراف العلاقة الاصلية قبل نشوء النزاع على حسم ما يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم[2]، و قد يكون شرط التحكيم عاما او خاصا[3]، فيكون عاما اذا احال الى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير او تنفيذ الاتفاقية، و يكون شرط التحكيم خاصا اذا قصر الاحالة للتحكيم على بعض المسائل دون البعض الاخر، اما اتفاق التحكيم فهو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب، و يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع و اسماء المحكمين و مكان و اجراءات التحكيم، و قد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون و غالبا ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب الخلاف[4].

و في كثير من الاحيان قد يتطلب شرط التحكيم الدخول في مفاوضات بين الاطراف قبل اللجوء الى التحكيم لتسوية النزاع و ربط ذلك بمدة زمنية معينة، و كثيرا ما تحيل بنود التحكيم هذه النزاعات الى مركز تسوية منازعات الاستثمار " ICSID " في واشنطن حيث ان هناك ما يزيد عن سبعمائة اتفاقية استثمار ثنائية من اصل الفي اتفاقية تحيل النزاعات اليه، و من الجدير بالذكر ان هناك ثلاث عشرة دولة عربية قد صادقت على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965، و هذه الدول هي: الجزائر، الاردن، البحرين، مصر، الكويت، المغرب، سلطنة عمان، المملكة العربية السعودية، السودان، تونس، الامارات العربية المتحدة، اما الجمهورية اليمنية فقد قامت بالتوقيع على الاتفاقية و لكنها لم تصادق عليها حتى الان، و من هذه الدول كالسعودية و الامارات من تشترط موافقة مجلس الوزراء المسبقة للدخول في اي اتفاقيات تحكيم، و عندما يضمن الاطراف اتفاقيتهم شرطا يقضي بالاخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات فلا يجوز لاي منهم نقض هذا الاتفاق باجراء انفرادي، و قد اوضحت هذا المعنى اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية سنة 1965 حيث نصت المادة 1/25 منها على: (

---

[1] El Kocheri.Ahmed Sadem :la notion de contrat international,thése pour le doctorat,Université de rennes,Faculté de droit et des sciences economiques,tome II,para.71,p.236,1962,Cattan,H.,op.Cit,p.131 ;carbiber,c .L'arbitrage commercial international,99 R.C.A.D.I,II.,pp.166 et seq.1951.

و انظر ايضا الى سامية راشد: اتفاق التحكيم، سنة 1984.

[2] يعرفه الدكتور الشقيري بانه: La convention par laquelle les parties s'un contrat s'engagent,avant toute contestation,à soumettre à entre elles à l'occasion du contrat.

C'est un avant-contrat promesse de compromis,El-Kocheri,op.cit,p.236.

[3] الحسين القطيفي: دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق بغداد، سنة 1969، ص 63-65.

[4] الحسين القطيفي: دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، نفس المرجع، ص62.

و كذلك ابراهيم العناني: اللجوء الى التحكيم، رسالة دكتوراه، ص135 و ما بعدها.

حينما يكون الاطراف قد ابدوا رغبتهم الرضائية في عرض ما قد يثور بينهم من منازعات على التحكيم، فلا يستطيع احد منهم ان يعدل عن هذا الرضاء بارادته المنفردة)[1].

ان اهم ما يميز التحكيم في المنازعات التي تنشا بين الدولة المضيفة و المستثمر الاجنبي عن المفهوم التقليدي للتحكيم التجاري الدولي يتمثل في ان الاختصاص و السند الاساسي لهذا النوع من التحكيم ينشا عن معاهدات الاستثمار المختلفة سواء الثنائية " BITs " المشتملة على بنود افقية " Horizontal " اي لتسوية المنازعات بين الدول او البنود قطرية " Diagonal " اي لتسوية المنازعات بين المستثمر الاجنبي و الدولة المضيفة الموجودة في عقود الاستثمار المبرمة مباشرة بين المستثمر و الدولة المضيفة، و مثال على ذلك اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين سويسرا و الاردن سنة 1976 و التي احتوت على بند افقي و قد حلت محل هذه الاتفاقية بعد ذلك اتفاقية جديدة بين البلدين ابرمت سنة 2001 و احتوت على بند قطري[2].

و قد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نية الاطراف الى الاخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات دون اي تفضيل يؤدي الى تطبيق هذا النص، كما لو نص على ان اي نزاع ينشا بين الاطراف يحال الى التحكيم ما لم يحسم بالمفاوضات، فمثل هذا النص لا يستفاد منه الا قبول نظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات و لا يمكن اعمال هذا النص الا باتفاق لاحق يحدد القانون الواجب التطبيق، لذلك اطلق على مثل هذه الشروط شرط التحكيم الفارغ "blank arbitration" او التعهد التحضيري[3]، و نجد مثالا له في شرط التحكيم الذي تضمنه الاتفاق بين " فارس " و " دارسي" سنة 1901 [4]، و قد يمتد مضمون شرط التحكيم الى تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة و اختيار المحكمين و معالجة اخفاق الاطراف في تعيين اي من المحكمين، و جنسيتهم و شروط اختيارهم و مكان انعقاد جلسات التحكيم و الاجراءات المتبعة و المواعيد و كيفية اصدار القرار التحكيمي في النزاع[5].

---

[1] النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 355.

[2] عمر مشهور حديثة الجازي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار،مجلة نقابة المحامين، العددلن التاسع و العاشر، ايلول و تشرين اول سنة 2002، ص 1-3.

[3] Simpson and fox,international Arbitration-law and practice,1959,pp.44 and 88.

يطلق البعض على شرط التحكيم الفارغ لفظ التعهد التمهيدي Engagement préparatoire ذلك ان شرط التحكيم في هذه الحالة مجرد تعهد تحضيري بان يعرض على المحكمة ما قد يثور بين الاطراف من منازعات، دون ان يتضمن اي قاعدة بشان تنظيم التحكيم، و يبرز الصفة التحضيرية لهذا الشرط ان الاطراف المتفقين عليه لا يستطيعون الانتقال مباشرة الى التحكيم، فيجب الاتفاق على تحديد موضوع الخلاف و تشكيل المحكمة، اي يجب ابرام اتفاق تحكيم خاص،انظر الى ابراهيم العناني: اللجوء الى التحكيم، نفس المرجع السابق، ص127.

[4] المادة 17 من الاتفاقية بين "فارس" و "دارسي" سنة 1901.

[5] راجع نص المادة الرابعة عشر من عقد انشاء خطوط الانابيب بين سوريا و مجموعة الشركات البريطانية سنة 1965 على انه :(...و تطبق اجراءات التحكيم على اي خلاف او نزاع ينشا قبل ان يعد انهاء هذه الاتفاقية او الغائها او خرقها)، كما تنص المادة الاربعون من اتفاقية العراق =و شركة النفط العراق سنة 1925، حيث نصت على انه: (اذا حصل في وقت ما خلال مدة هذه شك او خلاف او نزاع ما بين الحكومة و

و يحدث أن يرد شرط التحكيم مكتوبا بشكل غامض و تسمى بالفرنسية Les clause d'arbitrage pathologique"، و مثالها الشرط الذي يعطي صلاحية حل النزاع لما قد يثور عن العقد الى محكمة التحكيم و الى المحاكم العادية، فهذا الشرط يتضمن النقيضين، ففي قضية عرضت على القضاء الفرنسي سنة 2001 قضت المحكمة بصحة رجوع المدعي الى التحكيم و لم تلتفت الى دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص و بطلان القرار التحكيمي بحجة ان محكمة المدعى عليه هي المختصة، كما قضت محكمة استئناف باريس سنة 2002 بشان عقد ابرم بين شركة بلجيكية و شركة برازيلية، تضمن شرط التحكيم بهذه الصيغة: (في حالة نشوء نزاع بين المتعاقدين بشان العقد فيصار الى التحكيم في باريس وفقا لقواعد الجمعية الدولية للتحكيم)، فقضت بوجوب البحث عن النية الحقيقية للطرفين و ذلك من خلال مبدا حسن النية، و الذي يتعدى الالفاظ المكتوبة و من خلال اعطاء الاثر المفيد للشرط، فانه يمكن تفسيره بان المقصود به هو محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس بل يمكن ان تكون الارادة المحتملة الاكيدة للمتعاقدين "La volonte tres probable des prties"، ثم ان شرط التحكيم هو شرط اجرائي و يمكن تقديم هذا الدفع قبل الدخول في موضوع الدعوى[1].

أولا: شرط التحكيم العام

يراد به النص الذي يقضي بتعهد الاطراف المتعاقدة باحالة ما يحتمل ان يثور بينهم من خلافات بشان اي نقطة في المعاهدة دون استثناء او مع وجود استثناءات محددة صراحة الى التحكيم، و من امثلة شرط التحكيم العام نص الفقرة الثالثة من المادة 09 من الاتفاقية المبرمة بين حكومة جمهورية مصر العربية و برنامج الغذاء العالمي بتاريخ 06 جويلية 1963 الذي يقضي بان: (اي خلاف يقع بين الحكومة و البرنامج ناشئا عن هذه الاتفاقية و متعلقا بها و لا يمكن تسويته بالمفاوضات او باية وسيلة اخرى متفق عليها، يحال الى التحكيم بناء على طلب اي من الطرفين و يجري هذا التحكيم في مدينة " روما ")، و بالاشارة الى النص الوارد في اتفاق الولايات المتحدة الامريكية و " سيلان " –بطريقة تبادل المذكرات– فيما يتعلق بضمانات الاستثمارات بتاريخ 23 فيفري سنة 1956، حيث تضمنت المادة 06 من هذه الاتفاقية شرطين بخصوص اللجوء الى التحكيم، الشرط الاول خاص يقضي بان يحال الى محكمة تحكيم ما قد يثور بين الحكومتين من خلافات حول تفسير الاتفاق، و الشرط الثاني عام و ذلك لأنها تنص على إحالة أي دعوى موجهة ضد أحد من الحكومتين بخصوص الاستثمارات و التي كفلها هذا الاتفاق، و تشكل في نظر الحكومة الاخرى مسالة قانون دولي على محكمة التحكيم، أما التحكيم في عقود البترول خاصة هو إتفاق مسبق حيث يرد به نص في ذات عقد البترول يشترط بمقتضاه المتعاقدون قبل نشوب

الشركة، فيجب احالته –في حالة عدم الاتفاق على حسمه بطريقة اخرى– الى حكمين اثنين)، و لعل من الحالات التي يتقرر فيها ابتداء العمل بشرط التحكيم رغم انهاء الاتفاقية حالة الحرب مثلا.

[1] طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، نفس المرجع، ص 232–234.

أي نزاع أو خلاف بينهم على تسوية المنازعات التي قد تنشب في المستقبل من جراء تفسير او تنفيذ او تطبيق بنود العقد بواسطة المحكمين، و يتضمن تحديد لموضوع التحكيم و تشكيل محكمة التحكيم[1].

ثانيا: شرط التحكيم الخاص

يقصد به النص الوارد في المعاهدة و الذي يقضي بتعهد الاطراف المتعاقدة على احالة ما قد يثور بينهم من خلافات مستقبلية بخصوص مسالة او مسائل محددة على التحكيم و ذلك مثل المسائل المتعلقة بتفسير او تطبيق المعاهدة، و المثال على ذلك نص البند 38 من المادة 16 من اتفاقية انشات مركز الشرق الاوسط الاقليمي للنظائر المشعة للدول العربية بالقاهرة و الذي ينص بانه: (يتم تسوية المنازعات بين دولتين او اكثر من اطراف الاتفاقية المتعلقة بتفسير و تطبيق الاتفاقية، و التي لا يمكن تسويتها بالمفاوضات او بطريق اخرى يتفق عليها عن طريق التحكيم)، و تنص عادة الاتفاقات و المعاهدات الدولية سواء التي تكون بين الدول بعضها البعض او بين دول و شركات او هيئات دولية خاصة على تسوية اي خلاف ينشا عن طريق التحكيم، كما ان قاعدة حظر التحكيم لا تسري بالنسبة لاشخاص القانون العام على العقود الناشئة عن هذه الاتفاقات الدولية و بدون الحاجة الى نص صريح او خاص لها بذلك، و هذا و قد اوصى مجمع القانون الدولي نظرا لاهمية شرط التحكيم سنة 1959 في دورته التاسعة و الاربعين، و قد تبين في العمل ان شرط التحكيم هو الاكثر انتشارا حيث قد تبين ان ما يقرب 80% من عقود التجارة الدولية تتضمن التحكيم، و قد اكد على صحة شرط التحكيم عدة نصوص تضمنتها بروتوكولات و اتفاقيات دولية عديدة تؤكد صحة هذا الشرط كما يجد هذا الاجراء قبولا في الوسائط التجارية الدولية، فطبقا لبروتوكول جنيف بتاريخ 24-09-1923 بشان شروط التحكيم فكل دولة متعاقدة تعترف بصحة التحكيم كما انها تتعهد باحترامه على اراضيها، فهذه الشروط التي تعقد فيما بين الاطراف يخضعون للقضاء في الدولة المتعاقدة الاخرى (م/1، م/4)، و كل دولة متعاقدة تلتزم بان تنفذ احكام (قرارات) التحكيم الصادرة على اراضيها و التي بين الاطراف الذين ينتمون الى دولة اخرى متعاقدة (م3)، و في الاصل ان شرط التحكيم من مسائل التحكيم الدولي صحيح بدون اشتراط توافر صفة التجارية في العقد محل النزاع، و لاجل ذلك اعطى برتوكول جنيف سنة 1923 لكل دولة متعاقدة اجازة شرط التحكيم على العقود التي تعتبر تجارية طبقا لقانونها الوطني، و يلاحظ على اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية الموقعة في جنيف بتاريخ 26 سبتمر 1923 انها قد فرضت على الدول المتعاقدة الالتزام

[1] كان اقدم شرط تحكيم ورد في عقود البترول هو شرط التحكيم الخارجي المنصوص عليه في اتفاقية شركة بترول العراق بتاريخ 14 ماي 1925/ 40 و اتفاقية "ارامكو" بالمملكة العربية السعودية سنة 31/1950، و اتفاقية الانجلو ايرنيان و "الكونسورتيوم" سنة 22/1954-44 على التوالي و المادة 31 من اتفاقية السعودية و "ستاندرد اويل" سنة 1933، و عقد شركة ابار الزيوت الانجليزية المصرية سنة 1913، و في الجزائر فقد نتج عن التطبيق العملي للقواعد الواردة بقانون البترول الصحراوي و التي كانت تطبقه فرنسا ابان الاحتلال و ايضا اتفاقيات "ايفيان" سنة 1962 و الاتفاقيات الجزائرية الفرنسية ادرجت شرط التحكيم،عبد الرحيم محمد سعيد:النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص161-164.

بالإعتراف بشروط معينة اكثر تحررا لصحة قرارات التحكيم الصادرة تنفيذا او بناء على شرط التحكيم او مشارطة التحكيم[1].

و يأتي شرط التحكيم بصيغة عامة حيث لا يتطرق الى التفاصيل و لكنه يشير الى عرض النزاعات التي قد تنشا في المستقبل على التحكيم، و يتميز شرط التحكيم بان له فائدة وقائية اذ يستبعد الاختلاف في مسار عرض النزاع الذي قد ينشا عند ابرام مشارطة التحكيم، و الجدير بالذكر ان شرط التحكيم اكثر انتشارا من مشارطة التحكيم حيث حوالي 80% من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط تحكيم، خصوصا في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها و يكون الطرف الاخر شخصا اجنبيا خاصا، و يثار في هذا الصدد مسالة صحة شرط التحكيم و ذلك عندما يرد في عقد غير صحيح او باطل او منعدم، حيث يعد شرطا صحيحا حتى لو ورد في عقد غير صحيح و لذلك قيل ان مشارطة التحكيم لم يحكم بخطورتها مثل شرط التحكيم[2].

و إذا كان شرط التحكيم في مجال المنازعات الناشئة في مجالات الاستثمار يقوم على اساس الارادة منذ اختيار المبدا ذاته حسب نوع التحكيم سواء اكان مؤسسا او تحكيما خاصا " AD.HOC " الى اختيار المحكمين و الاجراءات المتبعة و مكان التحكيم و لغته و القانون الواجب التطبيق، الا انه يمكن التساؤل عما اذا التحكيم يعتبر من عقود الاذعان في هذا المجال كون احد اطرافه دولة ذات سيادة و الثاني طرف خاص قد يكون شخص طبيعي او اعتباري، حيث لا يعتبر الاذعان مفروضا من جانب الدولة على الطرف الاخر المتعاقد معها، فغالبا ما يفرض المستثمر على الدولة ضرورة حل ما يمكن ان يثور معها من منازعات بطريق التحكيم، و قد يصل الامر الى حد ان يكون هذا الشرط هو مقابل للاستثمار ذاته بحيث تعزف عنه اذا ما رفضت الدولة حل ما قد يثور مع المستثمر من منازعات بطريق التحكيم، و يرى الاستاذ ابراهيم احمد ابراهيم اعتبار التحكيم في هذا المجال من عقود الاذعان، فقبول الطرف شرط التحكيم يبنى على ارادة حقيقية وقع عليها اطراف العقد اذا كان احد الاطراف مضطرا الى القبول بشرط التحكيم[3].

[1] فؤاد محمد محمد ابو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية(وفقا لاحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 276-281.

[2] مراد محمود المواجدة:التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي(دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 25-27.

[3] ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم و التنمية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، دون العدد، دون سنة، ص 23-24.

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية

يقصد بمشارطة التحكيم بانها اتفاق خاص تبرمه الاطراف بعد قيام النزاع وبمقتضاها يتم تحديد موضوع النزاع واسماء المحكمين و مكان و اجراءات التحكيم و قد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون[1]، و تكون مشارطة التحكيم في اتفاق منفصل عن العقد الاصلي و قد تعقد مشارطة التحكيم تنفيذا لشرط تحكيم سبق الاتفاق عليه قبل قيام النزاع، و في هذه الحالة تكون وظيفة مشارطة التحكيم او وثيقة التحكيم استكمال العناصر اللازمة لاعمال هذا التحكيم و المسائل المتعلقة به من تحديد هيئة التحكيم و تعيين النزاع الذي يطرح عليها و المسائل المتعلقة بالاجراءات او بالقواعد الموضوعية التي تتخذ اساسا لحكم التحكيم، و تعتبر مشارطة التحكيم هي الوثيقة الاساسية للتحكيم الدولي و التي تضع قاعدة سلوك الزامي بالنسبة للاطراف الموقعين عليها و يقع على الاطراف التزام قانوني و هو تنفيذها بحسن نية وتطبيق ما يصدر عنها من حكم تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما انها تعد الميثاق الذي يحدد للمحكم حدود اختصاصه المخول له وصفته، و قد سمح المقنن الجزائري اللجوء الى التحكيم في المنازعات الناشئة مستقبلا في نص المادة 1040 من الفصل السادس بعنوان في الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من القسم الاول بعنوان احكام عامة، و التي تنص على: (تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة و المستقبلية)[2]، و تعد مشارطة التحكيم مبادرة عن اتفاق يبرمه الاطراف استقلالا عن العقد الاصلي بعد نشوء نزاع فعلي بينهما بهدف اللجوء الى طريق التحكيم لفض هذا النزاع، و تعد المشارطة عقدا في موضوع نزاع نشا فعلا و كما انه يجوز ابرام مشارطة التحكيم بعد قيام النزاع، فمن الجائز ابرامها بعد ان يلجا الاطراف الى القضاء العادي كما يجب تحديد المسائل المتنازع عليها و التي يرغب الاطراف في عرضها على المحكمين في صلب مشارطة التحكيم اما شرط التحكيم فهو ياتي بشكل مجمل[3].

و لكن التساؤل الذي يثار من الناحية العملية عما اذا كان من الممكن ابرام مشارطة تحكيم بشان نزاع قد اقيمت بشانه دعوى قضائية، وبالرجوع الى قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 اجاب على هذا التساؤل في المادة (02/10) منه حيث نص: (...كما يجوز اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع و لو كانت قد اقيمت في شانه دعوى امام جهة قضائية، و في هذه الحالة يجب ان يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم و الا كان باطلا)، و قد اخذت معظم التشريعات بجواز اللجوء للتحكيم عن طريق ابرام مشارطة التحكيم، فالمقنن الاردني في المادة (11) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة

[1] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 لم يعرف مشارطة التحكيم وانما عبر عن معناها في المادة(10) الفقرة الثانية بقوله:(...كما يجوز اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، و لو كانت قد احتجت في شانه دعوى امام جهة قضائية، و في هذه الحالة يجب ان يحدد الاتفاق المسائل التي يشتملها اتفاق التحكيم و الا كان باطلا...).

[2] انظر الى المادة 1040 من قانون رقم 08-09 السابق الذكر.

[3] مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي(دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص29.

2001 قد نصت على: (...كما يجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع و لو كانت قد اقيمت في شانه دعوى امام اية جهة قضائية، و يجب في هذه الحالة ان يحدد موضوع النزاع الذي يحال الى التحكيم تحديدا دقيقا و الا كان الاتفاق باطلا)[1]، كما اجازت المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لجوء الاطراف الى التحكيم اثناء سريان اجراءات التقاضي، و التي نصت: (يجوز للأطرف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية)[2].

و مما سبق نخلص للقول انه نظرا لطبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الاجنبية و خاصة التي يتطلب تنفيذها مدة زمنية طويلة، يكون من المناسب اللجوء الى وثيقة مشارطة التحكيم مستقلا عن العقد الاصلي و حتى بعد رفع الدعوى امام الجهات القضائية، مما يجعل من هذا الاجراء بمثابة ضمانة لحفظ حقوق الاطراف المتعاقدة متى استوفى الشروط القانونية تحت طائلة البطلان.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة في منازعات عقود الاستثمار البترولية

يكتفي الاطراف في هذه الصورة من التحكيم بالاشارة او الاحالة الى عقد سابق تضمن التحكيم، او الى عقد نموذجي او وثيقة فيها شروط عامة تضمنت التحكيم، و في هذه الحالة ينسحب اثر الشرط الى العقد الاصلي و تلتزم اطرافه به بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الاصلي بطريق التحكيم، سواء جاءت الاحالة الى الشروط العامة او العقود النموذجية او اية وثيقة اخرى، مع وجود صلة او ارتباط بين العقد المتضمن الاحالة و الوثيقة المحال اليها، و غالبا ما تثار صورة الاحالة في مجال عقود النقل البحري في احالة سند الشحن الى مشارطة ايجار سفينة تتضمن شرط التحكيم، و قد نص قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 على شرط التحكيم بالاحالة في المادة 10 فقرة (ب) منه بنصه: (يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل احالة في العقد الى احكام عقد نموذجي او اتفاقية دولية او اي وثيقة اخرى تتضمن شرط تحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد)، و هو نص منقول من الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، و التي جاء فيها: (و تعتبر الاشارة في عقد ما الى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة ان يكون العقد مكتوبا و ان تكون الاشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد)، و كذلك عن قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 الذي نص في الفقرة الثانية من المادة العاشرة منه على انه:(و يعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد)، و قد تكون احالة النزاعات الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واردة في نص تشريعي، و غالبا ما يكون هذا

[1] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطنICSID)، نفس المرجع، ص 212-215.

[2] انظر إلى المادة 1013 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

النص موجود في قوانين تشجيع الاستثمار كما هو الحال في المادة 33 من قانون تشجيع الاستثمار الاردني رقم 16 سنة 1995 حيث اعطت هذه المادة الخيار للحكومة و للمستثمر الاجنبي باحالة النزاع الى القضاء، او المركز اذا لم تتم تسويته وديا خلال مدة لا تزيد على ستة اشهر، و من خلال مطالعة القضايا المفصولة عن طريق المركز يتبن ان هناك اربع قضايا من اطراف عربية هي المغرب و مصر وتونس قد فصلت بعد عرضها على المركز، اما بالنسبة للقضايا المنظورة امام المركز حاليا فان هناك سبع قضايا من اطراف عربية ما زال المركز ينظر فيها وهذه الاطراف هي المغرب، الامارات و مصر[1]، و مثاله ما نص عليه المقنن الجزائري في الباب الثالث تحت عنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين، حيث تنص المادة 24 من قانون الاستثمار الجزائري رقم 16-09 على: (يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية المختصة اقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص)[2]، و تعد الوثيقة المحال اليها من قبل الاطراف و التي تتضمن شرط التحكيم جزءا لا يتجزا من العقد الاصلي و لا يتاثر في حالة بطلان العقد الاصلي، و متى وردت الاحالة يعترض علم الاطراف بما ورد في هذه الوثائق في المعاملات التجارية الدولية، حيث حكمت محكمت التحكيم في قضية " Bamarl Oil " من حيث ان نشاط الاطراف ينصب حول قطاع مهني خاص و هو البترول، و يكتب الاطراف صفة التاجر بانه لا يمكن ان يدعي عدم علمه بهذا الشرط، و يعتبر الاحالة بشكل عام الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم و التي يتضح منها عدم علم احد الاطراف بوجود شرط التحكيم ملزمة و لا ينتهي معها القول بوجود اتفاق مكتوب على شرط التحكيم، و هو ضرورة ملحة تلبي حاجات التجارة الدولية من حيث السرعة في انجاز المعاملات و الاخذ بالوسائل المتطورة، و اللجوء الى الشروط النموذجية عند ابرام العقود المتعلقة بالتجارة الدولية[3].

و نرى انه نظرا لطبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبية و خاصة التي يتطلب تنفيذها مدة زمنية طويلة، يكون من المناسب اللجوء إلى وثيقة مشارطة التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي، مما يجعل من هذا الإجراء بمثابة ضمانة لحفظ حقوق الأطراف المتعاقدة متى استوفى الشروط القانونية و ذلك تحت طائلة البطلان، و حسنا فعل المقنن لما أجاز التحكيم في نزاع أقيمت بشأنه دعوى قضائية، و هذا ما يدل على حرصه في حماية حقوق الأطراف، إذ لا مانع قانونا من لجوء الأطراف إلى التحكيم متى كان موضوعه محددا.

---

[1] خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الاجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطنICSID)، نفس المرجع، ص 216-218.

[2] انظر إلى المادة 24 من قانون رقم16-09 مؤرخ في 03 اوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار.

[3] مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي(دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 30-31.

أولا: مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع

نصت معظم القوانين الوطنية ان للمحكمين الحق في نظر النزاع عند اختصاصهم، مع مراعاة القوانين الوطنية التي تمنح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه بصفة نهائية، حيث يخضع المحكم في مسالة اختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة، ففي المانيا منحت المادة 1037 من قانون المرافعات الالماني للمحكمين سلطة الاستمرار في اجراءات التحكيم و حكمهم لا يلزم المحكمة القضائية، فعندما تطرح امام المحكمة القضائية مسالة صحة اتفاق التحكيم اثناء اجراءات منح القوة التنفيذية او دعوى بطلان حكم التحكيم، فان المحكمة تفصل بصفة نهائية في صحة اتفاق التحكيم و من ثم في اختصاص المحكمين، و في سويسرا نصت المادة 186 الفقرة الاولى من القانون الجديد بشان التحكيم الدولي الخاص سنة 1987 على ان: (تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها)، و هذا يعني ان للمحكم الاختصاص بالفصل في اختصاصه سواء اكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الاصلي او بطلانه او عدم وجود اتفاق التحكيم او بطلانه، و قد اقرت بعض الاتفاقيات الدولية مبدا اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، فقد نصت المادة 3/5 من الاتفاقية الاوربية لسنة1961 على انه: (مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي، لا يجب على المحكم المتنازع في اختصاصه ان يتخلى عن القضية، فالمحكم له السلطة في الفصل في اختصاصه و في مسالة وجود او صحة اتفاق التحكيم او العقد الذي يعتبر هذا الاتفاق جزءا منه)، فالاتفاقية الاوربية لم تاخذ بقاعدة الاختصاص بالاختصاص النهائي و انما اخذت بقاعدة الاختصاص بالاختصاص المؤقت، و قد اقرت قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي و كذلك لوائح التحكيم المعمول بها لدى مراكز التحكيم الكبرى ذات الطابع الدولي بمبدا اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، و من الاحكام الصادرة في اطار غرفة التجارة الدولية و التي اعملت مبدا الاختصاص بالاختصاص يمكن ان نذكر حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 1526 في سنة 1968، حيث رفضت الدولة المتعاقدة (المدعى عليها) المشاركة في اجراءات التحكيم و تعيين محكم لها، و قد تم تعيين محكم وحيد من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية ليفصل في النزاع، و قرر المحكم ان: (اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر قاعدة مسلما بها في مجال التحكيم الدولي...و ان هذه القاعدة ليست ملغاة في القانون الفرنسي و هو قانون مقر غرفة التجارة الدولية و لا في القانون السويسري قانون مقر التحكيم و لا في قانون الدولة المتعاقدة ذاتها...)، و يعتبر من اهم و احدث الاحكام حكم التحكيم التمهيدي " La sentence preliminaire " الصادر بالدنمارك بواسطة المحكم "B.Gomard" بتاريخ 14 جانفي سنة 1982 و ذلك في النزاع الذي ثار بين الشركة الوطنية الايرانية "نيوك" و الشركة الفرنسية " Elf Aquitaine" حيث اكد المحكم: (اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر مبدأ رئيسيا في

مجال التحكيم الدولي، و معترفا به بواسطة المعاهدات الدولية حول التحكيم، و العديد من أحكام التحكيم و الفقه المتخصص في قانون التحكيم)[1].

يتضح مما سبق انه اذا طعن احد الاطراف في اختصاص هيئة التحكيم و دفع بعدم صحة اتفاق التحكيم فانه يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها، هذا ان المبدا الاساسي الذي يسمح بلجوء احد الاطراف الى تاخير سير التحكيم عن طريق الادلاء بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية هو الذي يعطي المحكمين صلاحية البت باختصاصهم، و يعرف هذا المبدا ب " الاختصاص بالاختصاص "، يهدف هذا المبدا الى تفادي عرقلة اجراءات التحكيم عن طريق منح المحكم الصلاحية لان يقوم بنفسه بالفصل في مسالة اختصاصه مع خضوعه في ذات الوقت للرقابة اللاحقة من جانب القضاء الوطني المختص، و لهذا فانه يترتب على مبدا الاختصاص بالاختصاص اثرين هامين: احدهما ايجابي فهو يفسح المجال للمحكمين لتجاوز الحجة القائلة انه لا يحق للمحكم النظر في اساس النزاع الا اذا سبق ومنحه بصفة تلقائية قضاء الدولة هذا الاختصاص، و اما الاثر السلبي فهو السماح للمحكم للفصل في مسالة اختصاصه اولا بمعنى انه يمتنع على قضاء الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسالة تدخل في اختصاص المحكم، و يستمد مبدا الاختصاص بالاختصاص اساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم، و كذلك الاتفاقيات و قرارات الهيئات الدولية ذات الصلة و لوائح هيئات التحكيم و التي حرصت على النص على مبدا اختصاص المحكم بالفصل في مسالة اختصاصه، فقد تضمنت معظم التشريعات الوطنية نصوصا صريحة تؤكد على مبدا الاختصاص بالاختصاص من خلال منح هيئة التحكيم سلطة الفصل باختصاصها بنظر النزاع، حيث حرص المقنن المصري في قانون التحكيم على الاخذ بهذا المبدا فنص في المادة 22 منه على اختصاص هيئة التحكيم في ان تفصل في شان الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم، كما حرصت معظم الاتفاقيات الدولية على تكريس مبدا اختصاص المحكم بالفصل في مسالة اختصاصه، حيث تعترف اتفاقية جنيف الاوربية للتحكيم التجاري سنة 1961 في المادة 3/5 للمحكم بسلطة تحديد اختصاصه ووجود او صحة اتفاق بعدم بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع، كما اكد قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 على اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع، كما كرس المقنن الفرنسي هذا المبدا في المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد و التي تنص على: (اذا انكر احد الاطراف على المحكم سلطة الفصل في المنازعة او نازع في نطاق هذه السلطة، فان المحكم يختص بالفصل في صحة و حدود ولايته)، كما اخذت بذات المبدا اتفاقية واشنطن سنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا

[1] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 361 و ما بعدها.

الدول الاخرى حيث نصت في المادة 41 منها على ان: (هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها)، كما ذكرت ذات المادة في فقرتها الثانية ان اي اعتراض من جانب احد طرفي النزاع على اساس ان النزاع ليس من اختصاص المركز او لاسباب اخرى يقع في اختصاص المحكمة تقرر المحكمة ان كانت ستعالجه كمسالة مبدئية منفصلة او تقرر ضمه الى موضوع النزاع، و قد حرص مجمع القانون الدولي في المادة 03 من قراره الصادر سنة 1979 على التاكيد بان يختص المحكم بتحديد اختصاصه، كما اخذت به قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي و التي اكدت على ان هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم او الاتفاق المنفصل على التحكيم او بصحة هذا الشرط او هذا الاتفاق، و كذلك نص على ذلك نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية و ذلك في المادة 2/6 منه[1].

و يجيب المقنن المصري عن مسالة اثارت خلافات في الفقه و هي مدى سلطة المحكم في حسم المنازعات المتعلقة باختصاصه مؤصلا بذلك مبدا " الاختصاص بالاختصاص "، و هو ما اخذت به التشريعات الحديثة من قبل بهدف تبسيط اجراءات التحكيم و ربح الوقت لازالة العقبات التي تعترض التحكيم، و هذا المبدا من اهم المبادئ التي احتواها القانون الجديد و ذلك بنص المادة الثانية و العشرين منه على انه: (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع، يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار اليه في الفقرة الثانية من المادة 30 من هذا القانون و لا يترتب على قيام احد طرفي التحكيم بتعيين محكم او الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم اي من هذه الدفوع، اما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الاخر من مسائل اثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فورا و الا سقط الحق فيه، و يجوز في جميع الاحوال ان تقبل هيئة التحكيم الدفع المتاخر اذا رات ان التاخير كان لسبب مقبول، تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار اليها في الفقرة الاولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع و ان تضمها الى الموضوع لتفصل فيهما معا، فاذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به الا بطريق رفع دعوى البطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها وفقا للمادة 53 من هذا القانون)[2].

[1] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة(ماهيتها–القانون الواجب التطبيق عليها–وسائل تسوية منازعاتها)، ط1، نفس المرجع، ص 400–403.

[2] ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم (وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم27 لسنة 1994)، دراسة مقارنة (اتفاقية نيويورك، القانون الفرنسي، القانون النموذجي، الشريعة الاسلامية، التشريعات العربية، الطبعة الاولى، دار النهض العربية، القاهرة، مصر، سنة 1996، ص334.

ثانيا: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقود الاستثمار البترولية

الاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الاجراءات و لا يهدف الى تحديد حقوق و التزامات الاطراف الموضوعية، و لكن ينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الاصلي، و مسالة العلاقة بين اتفاق التحكيم و العقد الاصلي تثور في حالة التمسك ببطلان العقد الاصلي او انقضائه و مدى تاثير ذلك على اتفاق التحكيم و امكانية اللجوء الى هيئة التحكيم؟، و يؤدي تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي الى قبول اخضاع العقد الاصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، اما القول بعدم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي يعني اخضاع كل من العقد الاصلي و اتفاق التحكيم الى ذات النظام القانوني[1].

يقصد باستقلالية اتفاق التحكيم ان لا يتاثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط التحكيم او مشارطة التحكيم – اي سواء كان مندمجا في العقد او منفصلا عنه – ببطلان العقد، و هذا ما يترتب عنه استمرار اتفاق التحكيم رغم البطلان المحتمل للعقد الذي يكون قد ادمج فيه، و كما يقول الفقهاء: (ان استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي الى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق و العقد الذي يتضمنه ماديا)، اي يراد بمبدا استقلال التحكيم عن العقد الاصلي ان ننظر الى شرط التحكيم الوارد في العقد على انه يعتبر عقدا قائما بذاته رغم انه ليس الا جزءا من هذا العقد او احد بنوده[2].

يلعب التحكيم دور مهم في حسم منازعات عقود الاستثمار نظرا لخصوصية تلك العقود بوجود الدولة طرفا فيها من جهة، و تعلقها بمصالح حيوية من جهة اخرى، و لتحقيق فعالية التحكيم في منازعات الاستثمار يستلزم ان يقوم على مبادئ قانونية و التي تتجسد في مبدا استقلال اتفاق التحكيم، و بهذا تقطع فكرة استقلال شرط التحكيم الطريق على الخصوم من تطويل الاجراءات و هذه الميزة الاساسية هي التي دفعت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة النظر الى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى، و اي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم و لهذا يؤدي الى تحقيق ميزة اساسية تتمثل في عدم اطالة مدة التقاضي[3]، و تستند استقلالية الاتفاق التحكيمي الى ان هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن عقد اخر، فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الاصلي الا انه يظل متميزا عنه، اذ ان محل شرط التحكيم هو عمل اجرائي بشان حسم المنازعات الناشئة عن العقد الاصلي الذي يهدف الى تحديد حقوق و التزامات الاطراف الموضوعية[4].

---

[1] حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، سنة 2001، ص 20 فما فوق.

[2] ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2005، ص 106.

[3] عصام احمد البهجي: التحكيم في عقود البوتBOT، نفس المرجع، ص77–79.

[4] مصطفى الجمال: امتداد شرط التحكيم خارج الاطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز – يوليو سنة 2001، ص67.

و لقد نصت المادة 1426 من قانون المرافعات الجديد في فرنسا في هذا الشان على انه: (اذا كان شرط التحكيم باطلا فانه يعتبر غير مكتوب)، و هذا تاكيد لعدم بطلان العقد الاصلي و لو بطل شرط التحكيم و لكن الغالب هو دفع احد الطرفين بعدم قبول عرض النزاع على التحكيم نتيجة لبطلان العقد الاصلي او نظرا لالغاء ذلك العقد، اما على الصعيد الدولي فمثاله غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة الثانية من نظام تلك الغرفة في فقرتها الرابعة ان للمحكم سلطة النظر في القضايا المتعلقة بانعدام العقد الاصلي او بطلانه، و مدى تاثير ذلك على اتفاق التحكيم و على الاثار المترتبة على ثبوت ادعاء الانعدام او البطلان المذكورين، و هذا يعني ان انعدام العقد الاصلي او بطلانه لا يؤديان الى عدم امكانية نظر المحكمة في اتفاق التحكيم، و اذا ما راى المحكم صحة وجود اتفاق التحكيم يواصل النظر في القضية كما يبحث في الاعتراضات المتعلقة بانعدام العقد الاصلي او بطلانه و يقرر بعد ذلك حقوق كلا الطرفين، و مثال اخر عن العمل الدولي بالاشارة الى ان لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي "C.N.U.D.C.I" تضمنت المادة 21 من القواعد التي وضعتها لتنظيم التحكيم الدولي ما يلي: (- ان سلطات المحكم ان ينظر في موضوع اختصاصه و لو كان الاعتراض على اختصاصه يعود الى النزاع في وجود او صحة اتفاق التحكيم في احدى صورتيه: مشارطة تحكيم او شرط تحكيم وارد ضمن نصوص العقد الاصلي،- للمحكم الحق في بحث وجود وصحة العقد الاصلي تقرير انعدامه او بطلانه اذا ثبت لديه ذلك حتى لو كان التحكيم جزءا لا يتجزا من العقد الاصلي،- ان اتفاق التحكيم الذي يحتوي عليه العقد الاصلي لا يخضع بالضرورة لمصير ذلك العقد بحيث يجب اعتباره اتفاقا مستقلا عن سائر نصوص العقد الاصلي)، اما اتفاقية نيويورك فلم تتعرض صراحة لمبدا استقلالية التحكيم لكن يمكن القول انها تكرسه باعتبار انها تقول بالاعتراف و تنفيذ احكام التحكيم الدولية[1].

و السؤال الذي يمكن لنا اثارته حول العلاقة القانونية بين العقد المبرم و اتفاق التحكيم؟، هل هي علاقة استقلال ام علاقة تبعية؟، و هل يتاثر اتفاق التحكيم بما يلحق بالعقد من بطلان او فسخ او انقضاء؟، و هل يتاثر الاتفاق على التحكيم بما يطرا على العقد بعد الابرام؟.

و من الواقع العملي للإتفاقات التحكيم في العقود البترولية المبرمة بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية الخاصة يحتوي على اتفاقين الاول العقد و ما يحتويه من حقوق و إلتزامات، و الثاني اتفاق التحكيم و الذي يهدف الى تسوية المنازعات الناشئة بين الاطراف فيما يتعلق و تفسير العقد، فشرط التحكيم الوارد بالعقد البترولي هو المحدد للجهة المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن العقد، على الرغم من ارتباط شرط التحكيم بالعقد الا انه يحمل الطابع المستقل عن العقد[2].

و تقدير استقلال اتفاق التحكيم في مسائل التحكيم الدولي يكون بالنسبة لشروط العقد الاخرى و ايضا بالنسبة لكل قانون وطني لدولة معينة، و جرى القضاء الفرنسي على ان تجديد الالتزامات الناشئة عن

[1] قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)، نفس المرجع، ص 266-268.

[2] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 363-364.

العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان او انقضاء شرط التحكيم كما لا يؤدي الصلح في شان موضوع العقد الاصلي الى سقوط شرط التحكيم، و يترتب على مبدا استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي نتيجة مهمة في اطار تنازع القوانين هو ان اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الاصلي، فيجوز تطبيق المبادئ العامة و اعراف التجارة الدولية على اتفاق التحكيم بصرف النظر عن القانون المطبق على العقد الدولي[1].

يدرج شرط التحكيم في العقد الذي ينطوي على اتفاقين في نفس الوقت احدهما العقد و يتضمن حقوق و التزامات الاطراف، و الاخر هو الاتفاق على التحكيم الذي يهدف الى تسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ و تفسير العقد، فشرط التحكيم حسب قول بعض الفقهاء عبارة عن شرط يتولى تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاع، و اذا اخذنا في الاعتبار موضوع شرط التحكيم و هو حسم المنازعات التي يمكن ان تنشا عن العقد و شروطه، فهذا يعني تميز شرط التحكيم بالطابع المستقل و ذلك على الرغم من الصلة المادية التي تربطه بالعقد الاصلي[2].

1-موقف الإتفاقيات الدولية من مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم

لم يتضمن كل من بروتوكول جنيف سنة 1923، و اتفاقية جنيف سنة 1927، و اتفاقية نيويورك سنة 1958، و الاتفاقية الاوروبية سنة 1961 بشان التحكيم التجاري الدولي اي نص صريح يقرر استقلال التحكيم اتجاه العقد الاصلي المتعلق به، الا ان اتفاقية نيويورك قننت مبدا اتفاق التحكيم و ذلك ما تضمنته المادة الثانية من الاتفاقية من قواعد تنص بالزام الدول الاعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، و منع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الاطراف بشانها على اللجوء الى التحكيم، و يرى الاستاذ سراج ابو زيد ان المادة لم تتضمن اي بيان بشان مسالة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي و عدم تاثره بما قد يلحق بهذا الاخير من اسباب البطلان او الفسخ او الانقضاء[3].

كذلك لم تتضمن الاتفاقية الاوروبية بشان التحكيم التجاري الدولي التي تم توقيعها في جنيف بتاريخ 21 ابريل 1961 نصا صريحا يتضمن استقلال اتفاق التحكيم اتجاة العقد الاصلي، و مع ذلك ذهب جانب من الفقه الى القول بان نص المادة 3/5 من هذه الاتفاقية و الذي يعطي سلطة الفصل في اختصاصه و في صحة اتفاق التحكيم او العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزءا منه، بل ان هذا النص يؤكد ايضا على مبدا استقلال اتفاق التحكيم و ذلك بنصه على ان للمحكم سلطة الفصل في وجود او صحة

---

[1] منير عبد المجيد: الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مطابع الشرطة، سنة 2005، ص125-127.

[2] حيث يذكر ان" En raison du role essentiel revenant alors à la clause compromissoire il nous semble certain que c'est au contraire l'indépendance de cette clause qui doit etre régulièrement présumée"

[3] انظر في نفس المعنى الى ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 98-99.

اتفاق التحكيم او العقد الذي يتضمنه، و يرى الاستاذ سراج ابو زيد ان التفسير السابق للمادة يخلط بين مبداين مستقلين هما: مبدا الاختصاص بالاختصاص و مبدا استقلال اتفاق التحكيم اتجاه العقد الاصلي[1].

2- موقف القوانين الوطنية من مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم

أخذت معظم التشريعات الحديثة التي صدرت مؤخرا بشان التحكيم بمبدا استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي، و لقد جاء القانون المصري الجديد للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 نصت المادة 23 منه على انه: (يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى، و لا يترتب على بطلان العقد او فسخه او انهائه اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته)، وقد سار في هذا الاتجاه قانون التحكيم الصادر عن اقليم " الكيبك " بكندا سنة 1986 حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 1926 من هذا القانون على ان : (يعد اتفاق التحكيم الوارد في العقد اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى، كما ان تقرير المحكمين ببطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم)[2]، كما اشار المقنن الجزائري في الفقرة الاخيرة من المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على انه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الاصلي، و الذي يمكن استنتاجه من نص المادة ان اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الاصلي اذ يبقى الاتفاق صحيحا حتى و ان كان العقد الاصلي باطلا، و هذا دليل على ان المقنن الجزائري نص صراحة باستقلالية اتفاق التحكيم.

و كذلك الأمر بالنسبة للقانون الإيرلندي الجديد بشان التحكيم الصادر سنة 1988، حيث حرصت المادة 1053 منه على ابراز ان اتفاق التحكيم يعد اتفاقا مستقلا عن العقد الوارد فيه او المتعلق به، و ذلك قبل ان تعترف لمحكمة التحكيم بالسلطة في الفصل في مسالة صحة العقد الاصلي المتضمن لشرط التحكيم، و ذلك بنصها على ان: (يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة اتفاق مستقل، و لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في مسالة صحة العقد الاصلي الذي يكون اتفاق التحكيم جزءا منه أو مرتبطا به)[3].

و تشريعات اخرى نصت على مبدا استقلال اتفاق التحكيم على نحو غير مباشر، من خلال تاكيدها على عدم إرتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الاصلي الوارد فيه و هو إقرار بمبدأ إستقلالية شرط

---

[1] يعني مبدا الاختصاص بالاختصاص ان يكون من سلطة المحكم الفصل في اختصاصه عند المنازعة فيه،سواء كانت المنازعة في اختصاصه تنصب على وجود اتفاق التحكيم او صحته، او على وجود العقد الاصلي او صحته،بينما يعني مبدا استقلال اتفاق التحكيم ان اتفاق التحكيم لا يتاثر بما قد يلحق العقد الاصلي من اسباب البطلان او الفسخ او الانقضاء، فاتفاق التحكيم يبقى صحيحا و نافذا حتى و ان كان العقد الاصلي باطلا او تم فسخه او انقضاؤه، انظر الى سراج حسين ابو زيد: التحكيم في عقود التحكيم، نفس المرجع، ص197.

[2] فقد جاء في نص هذه الفقرة: " Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clause de ce contrat et la constatation de la nulité du contrat par les arbitres n'entraine pas de plein droit la nulité de la convention d'arbitrage"

[3] نصت المادة على:" La convention d'arbitrage est considérée et jugée comme constituant une convention autonome.Le tribunal arbitral a le pouvoir de statuer sur la validité du contrat principal dont la convention d'arbitrage fait partie ou à laquelle elle se rapporte"

نصوص هذا القانون منشورة في: Rev .Arb.,1988,p. 349

التحكيم اتجاه العقد الذي تضمنه[1]، و مثاله القانون السويسري الجديد المتعلق بالتحكيم الدولي الخاص الصادر سنة 1987، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 178 منه على: (لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بدعوى ان العقد الاصلي ليس صحيحا)[2]، و كذلك قانون التحكيم الجزائري الجديد رقم 08-09 الذي نصت المادة 458 مكرر 1 منه على: (لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بالاستناد فقط على عدم صحة العقد الاصلي)، و نفس الاتجاه يمكن ان يذكر ايضا في المادة الثامنة من قانون التحكيم الاسباني الجديد رقم 36 لسنة 1988 فقد نصت هذه المادة على ان : (بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به).

3- موقف احكام التحكيم حول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

اخذت احكام محاكم التحكيم بمبدا استقلال اتفاق التحكيم، فقد تم تطبيق هذا المبدا في قضية شركة "GOLDFILDS LENA" ضد حكومة الاتحاد السوفيتي سنة 1930 [3]، حيث رفضت الحكومة السوفيتية المشاركة في اجراءات التحكيم بحجة ان الشركة البريطانية " لينا جولد فيلدز" قد قامت بفسخ عقد الامتياز المبرم معها سنة 1925، و بالتالي فان شرط التحكيم الوارد في العقد يكون قد اصبح غير نافذ المفعول، و رفضت محكمة التحكيم وجهة نظر الحكومة السوفيتية و اكدت في حكمها الصادر بتاريخ 02 سبتمبر سنة 1930 انه على الرغم من ان الحكومة السوفيتية قد رفضت المشاركة في اجراءات التحكيم الا انها تظل ملزمة بالالتزامات الواردة في عقد الامتياز وبصفة خاصة شرط التحكيم الوارد في العقد، و يعد ذلك اعمالا ضمنيا لمبدا استقلال شرط التحكيم الوارد في العقد، كما تم اعمال هذا المبدا ايضا في قضية "LOSINGER" ضد الحكومة اليوغسلافية سنة 1936، و في هذه القضية تمسكت الحكومة اليوغسلافية امام محكمة التحكيم بان شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها و بين "LOSINGER" قد اصبح غير نافذ المفعول على اثر الغاء العقد من قبل الحكومة بارادتها المنفردة، و ان محكمة التحكيم رفضت هذا الادعاء و اكدت في حكمها على ان : (من الثابت قضائيا ان فسخ العقد من جانب واحد يبقى بدون اثر اتجاه شرط التحكيم، و الذي يظل قائما على الاقل الى حين الفصل في بواعث هذا الفسخ و كذلك في اثار الفسخ الذي لا مبرر له)[4].

---

[1] لشرط التحكيم استقلالية عن العقد الاساسي الذي يندرج فيه حيث تعزله عن التاثير ببطلان هذا العقد المحتمل، و في الدعوى بشان عقد التوزيع الدولي تنص المادة 2/13 منه على ا ن اي نزاع ينشا عن هذا العقد او يتعلق به يتم حسمها من خلال تحكيم نهائي يتولاه مركز نيويورك لفض النزاعات بموجب قواعد التحكيم الدولية للهيئة الامريكية للتحكيم، انظر الى: C.Paris (1er ch.c),18 decembre 2008-RG n°7/18878)، مجلة التحكيم العدد 03، سنة 2009، ص877.

[2] جاء في فقرة هذا النص: La validité d'une covention d'arbitrage ne peut pas etre contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valide"

[3] Vergopoulos Michail :Problèmes relatifs à l'arbitrage en matière d'investissements privés internationaux,Thèse,Paris 11,1978, p .137.

[4] Jimenez De Arechaga :L'arbitrage entre les état et les sociétés privées étrangères,Mélange en l'honneur de Gilbert Gdel ,Sirey,Paris,1961,P.376.

و من أحكام التحكيم المعتبرة في هذا الصدد يمكن ان نذكر حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 2476 سنة 1976 [1]، و التي تتعلق بمناسبة عقد ترخيص "Licence" بين شركة سويسرية و شركة ايطالية، تمسكت الشركة الايطالية (المدعى عليها) بعدم اختصاص المحكمين مستندة في ذلك على ان العقد المبرم بينها و بين الشركة السويسرية (المدعية) يعتبر كان لم يكن نظرا لتخلف ركن التراضي، و بناء عليه ادعت هذه الشركة بان شرط التحكيم الذي تتمسك به الشركة المدعية لا يمكنه احداث اي اثر، رفضت محكمة التحكيم هذا الادعاء و اكدت انه: (طبقا للمادة 4/12 من لائحة التحكيم السارية لدى الغرفة منذ اول جوان 1955، و المقابلة للمادة 4/8 من اللائحة الجديدة النافذة من اول جوان 1975)، فان الادعاء ببطلان او عدم وجود العقد لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم ما لم يوجد اتفاق مخالف، فاذا ما تمسك المحكم بصحة شرط التحكيم فانه يبقى مختصا حتى في حالة بطلان العقد، و قد اوضحت المحكمة ان هذا الحل لا يتفق مع لائحة تحكيم الغرفة فحسب، بل ايضا مع القانون السويسري الذي يؤكد على ان بطلان العقد الاصلي ليس له اي اثر على صحة شرط التحكيم[2].

كما اخذت احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن عقود البترول المبرمة بين الدول او الاشخاص العامة لها و شركات البترول العالمية بمبدا استقلال اتفاق التحكيم، ففي احكام التحكيم الثلاثة الصادرة في المنازعات التي ثارت بين الجماهيرية الليبية و شركات البترول الاجنبية على اثر قيام الحكومة الليبية باتخاذ اجراءات التاميم ضدها، طبق المحكمون مبدا استقلال اتفاق التحكيم و اكدوا على ان اتفاق التحكيم يظل قائما على الرغم من قيام الحكومة الليبية بوضع نهاية لعقود الامتياز المبرمة بطريق التاميم[3].

و نخلص الى القول ان مبدا استقلال اتفاق التحكيم عن العقد كرس في مجال العقود البترولية، و اخذت به الاتفاقيات الدولية كما نصت علية التشريعات الوطنية الى جانب احكات التحكيم التي سبقت الاشارة اليها، و هذا ما يعني اهمية هذا المبدا و ضرورة احترامه من قبل الاطراف المتعاقدة سواء الدولة او احد مؤسساتها العامة ام الشركات الاجنبية.

---

[1] Y.Derains :Sentece rendue dans l'affaire N0 2476 en 1976,clunet.1977,P .936,obs.

[2] حيث يستفاد من نص المادة 4/13 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية،ان استقلال شرط التحكيم و عدم تاثره ليس فقط ببطلان العقد، بل و ايضا بانعدام وجود العقد من اساسه،فان اسنادها الى القانون السويسري ليس مجديا في هذه القضية، لان الشركة المدعى عليها قد ادعت بانعدام وجود العقد بسبب تخلف ركن الرضا به، و القانون السويسري لا يواجه سوى حالة بطلان العقد فقط، دون ان يشير الى حالة عدم وجود العقد من اساسه، و هي مسالة محل خلاف.

انظر الى حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 212.

[3] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 209 و ما بعدها.

المطلب الثالث: أثار الاتفاق التحكيمي على عقود الاستثمار البترولية

تسعى الدول و خاصة النامية منها الى استقطاب المزيد من الاستثمارات الاجنبية لذا تعمل على تحسين المناخ الاستثماري، و ذلك من خلال توفير البيئة القانونية الملائمة لتسوية المنازعات التي تنشا بينها و بين المستثمرين الاجانب، من خلال نص الدولة المضيفة في تشريعاتها الداخلية على موافقتها على اللجوء الى مراكز التحكيم، و في هذا ضمانة اضافية للمستثمر اذ يطمئن هذا الاخير الى التزام الدولة باستثمارها و عدم اتخاذها اجراءات قد تلحق ضررا بمصالحة[1]، و أصبح من المسلم به أن للتحكيم أهمية على التنمية الاقتصادية للدول المضيفة للاستثمار، بحيث تعمل هذه الأخيرة جاهدة على توفير البيئة القانونية المناسبة لتشجيع المستثمرين الأجانب كما انه صمام أمان محايد ينتهي بحكم تحكيمي له ذات قوة تنفيذ الأحكام القضائية[2]، فوجود التحكيم يعد وسيلة اطمئنان كما انه يمنح اطراف العقد ضمانات اكثر اتجاه سرية الخلافات[3]، و تعد الإمارات العربية المتحدة من اكبر الدول العربية المستقطبة للاستثمارات الأجنبية، و عليه قام المقنن الإماراتي بإقرار مشروع قانون الاستثمار الأجنبي لما فيه من حوافز و امتيازات للمستثمرين الأجانب[4].

ان أهم خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة او احد اشخاصها الاعتبارية العامة طرفا في هذه المنازعات مما يضفي على هذا التحكيم طابعا خاصا، و نظرا الى اعتبارات السيادة التي تحيط ببعض التصرفات التي يجريها هذا الشخص الاعتباري اذ قد تتضمن بعض الاتفاقيات تحفظات من شانها استبعاد مسائل معينة من نظام التحكيم[5]، تحقيقا لسيادة الدولة تتضمن بعض الاتفاقيات النص على عدم خضوع المسائل المتعلقة بسيادة الدولة للتحكيم او القضاء، و يعد هذا التحفظ معيارا للقول بتصنيف المنازعات الى منازعات قانونية و اخرى سياسية، و خضوع الاولى دون الثانية لنظام التحكيم او القضاء[6]، و يخول مبدأ السيادة "Principe de la souveraineté" للدولة الحق في مباشرة اوجه النشاط المختلفة و استبعاد تصرفات الدول الأخرى، فإذا ما تضمنت اتفاقية تحفظ باستبعاد المسائل المتعلقة بسيادة الدولة فيكون لهذه الدولة اذا ما اثير نزاع حول أي من هذه المسائل ان

---

[1] مصلح احمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي، نفس المرجع، ص167.

[2] لافي محمد درادكه: اهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات و العقود الاستثمارية، كلية القانون، جامعة اليرموك،ا لاردن، دون سنة، ص1352-1354، محاضرة متوفرة على موقع المكتبة الالكترونيةwww.4shared.com.

[3] F.Prevet l'arbitrage et les milieux economiques revue d'arbitrage,Paris,1955,p.3.

Henri Bonneau,tribunaux administratif,J.C.A.faxe,p.635.

[4] عبد الناصر عبد الله: التحكيم في منازعات الاستثمار وفقا للقانون الاماراتي، مجلة مصر المعاصرة، العدد3، لسنة2011، متوفرة على الرابط الالكتروني:http://askzad.com.www.sndl1.arn.dz/genpages/contactus.aspx بتاريخ:18-04-2012 .

[5] Bastid,S.,Le droit des crises internationals,les cours de droit,Paris,1964,P.82.

[6] Berlia,Georges,Essai sur la portée de la clause de jugement en Equité en droit des Gens,thése,Paris,1937,P.103.

تدفع بعدم قابليتها للعرض على التحكيم[1]، و تضمنت المادة الخامسة من ميثاق جامعة الدول العربية هذا التحفظ فخولت مجلس الجامعة القيام بدور المحكم لتسوية ما قد يثور من منازعات و اشترطت لذلك اولا عرض الخلاف عليه بواسطة الاطراف المتنازعة، و ثانيا الا يمس الخلاف الاستقلال او السيادة او الاكتمال الاقليمي للدولة، و قد لاحظ الاستاذ محمد حافظ غانم ان هذه المادة و قد اخذت بمبدا الرضائية في التحكيم و اشترطت موافقة الاطراف لعرض النزاع على مجلس الجامعة و بالتالي ضرورة توقيع اتفاق تحكيم خاص، فليس ثمة حاجة الى التحفظ الثاني و النص على اشتراط عدم مساس الخلاف بالاستقلال او السيادة او الاكتمال الاقليمي للدولة[2]، و تحفظات اخرى مبنية على اسس موضوعية تتسم بالتحديد و الوضوح[3]، و من امثلة هذه التحفظات تلك التي ترد في الاتفاقيات و التي تنص على استبعاد المسائل المتعلقة بالحرب او القوة القاهرة من نطاق التحكيم[4].

من خلال ما سبق سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول الاتفاق التحكيمي كوسيلة لتنفيذ مشاريع الدولة المضيفة للاستثمار، و في الفرع الثاني نخصصه للاتفاق التحكيمي كضمانة لحماية المستثمر الاجنبي.

الفرع الأول: الإتفاق التحكيمي وسيلة لتنفيذ مشاريع الدولة المضيفة للاستثمار

شهد العالم خلال السنوات الماضية تطورا ملحوظا في دور الدولة و كذلك الاشخاص الاعتبارية التابعة لها بانشطة اقتصادية كانت تقتصر من قبل على المبادرات الفردية او اشخاص القانون الخاص الاعتبارية بوجه عام، و قد واكب التدخل المتزايد للدول في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية انتشار الاخذ باسلوب التحكيم كوسيلة خاصة لفض المنازعات المتعلقة بالانشطة التجارية الدولية لتتلاءم مع طبيعتها و تتفق مع مقتضياتها، فالدول النامية بحاجة لجذب اي استثمار يحقق لها اهدافها في تحقيق التنمية عبر منح هذه الاستثمارات حوافز قانونية و اقتصادية و ضمانات تحقق للمستثمر اطمئنانا على مشروعه الاستثماري[5].

و منذ بداية عقد السبعينات تدهور وضع الدول النامية في الاقتصاد العالمي ترتب عنه ارتفاع اسعار السلع المستوردة، و في مقابل ذلك تدهورت اسعار صادرات الدول النامية من المواد الخام مما ادى الى تدهور شروط التبادل التجاري في غير صالح الدول النامية، حيث انه سنة 1950 اكد مجلس الجامعة

---

[1] Bastid,s.,cours de droit international public,le cours de droit,Paris1968,PP.727.

[2] عز الدين فوده: مشروع محكمة عدل عربية، سنة 1957، ص42.

[3] Rousseau,op.cit.,pp.301-2.

[4] تنص المادة 27 من الاتفاقية المبرمة بين الحكومة المصرية و شركة الزيوت الانجليزية سنة 1922 على انه: (لا يعتبر المستاجر قد اخل بهذه الاتفاقية اذا كان عجزه او تقصيره في تنفيذ احد الشروط او النصوص راجعا الى احد الاسباب الاتية: قوة قاهرة، الاعتقال، تدخل الامراء، الثورات، اعمال القرصنة، الحرب، الاضطرابات، حوادث اشتعال النيران، الفيضان، او اي سبب اخر يمكن اعتباره قوة قاهرة).

[5] احمد شرف الدين: استثمار المال العربي (تاثير فكرته الاقتصادية في قواعده القانونية)، دراسة منشورة في مجلة مصر المعاصرة، العدد393-394، السنة الرابعة و السبعون، مطابع الاهرام، القاهرة ، يوليو سنة 1983، ص53.

العربية الترابط الوثيق بين الامن الاقتصادي و الامن القومي و تم ابرام معاهدة الدفاع المشترك، و في سنة 1957 صادق مجلس الجامعة و المجلس الاقتصادي على اتفاقية الوحدة الاقتصادية و تم دخولها حيز التنفيذ بتاريخ 30-04-1964 حيث تم انشاء مجلس الوحدة الاقتصادية العربية من اجل وضع السوق العربية الاقتصادية، و في بداية عقد الثمانينات سنة1981 انشئ مجلس التعاون العربي و في سنة 1989 انشئ الاتحاد المغاربي و مجلس التعاون العربي، و في القرن الماضي شهد الوضع الاقتصادي العربي نموا اقتصاديا بطيئا اذ انخفضت اسعار البترول و برزت مشكلة الديون الخارجية، و نتيجة للازمات و الحروب خسرت حوالي 700 مليار دولار، و قد بلغت صادرات الدول العربية من 103,2 مليار دولار سنة 1985 الى 172,4 مليار دولار سنة 1997 و ازدادت الواردات من 93,6 مليار دولار سنة 1985 الى 144 مليار دولار سنة 1997، و تجدر الاشارة الى ان حجم التدفقات الراسمالية التي تخرج من الدول العربية الى الاسواق الخارجية تفوق حجم التدفقات التي تدخل اليها، و تم تقديرها بحوالي 350 بليون دولار سنة 1995 و قدرت الاستثمارات العربية بالخارج ب 600-800 بليون دولار، ففي الجزائر مثلا تم فتح الباب امام جميع المستثمرين الاجانب في مجالات الصناعة و الزراعة مع منحهم العديد من الحوافز و الامتيازات[1].

ادت التطورات الاقتصادية الكبرى في العالم المعاصر الى حاجة الدول الى رؤوس الاموال الاجنبية خاصة، كما ان تشجيع الاستثمارات الاجنبية يمكن تلك الدول من الاستفادة من مختلف الوسائل العلمية الحديثة، و يمكن ان يساهم في تمكين الدولة من تحسين استغلال مواردها الاقتصادية و الطبيعية و تنمية البنية التحتية للدولة[2]، فضلا عن تدريب الايادي العاملة المحلية و كذا توفير رؤوس الاموال من اجل تحقيق التوازن في ميدان مدفوعاتها، و تزايد عقود الدول النامية مع شركات استغلال البترول اكبر دليل شاهد على ذلك[3]، حيث ساد في الدول العربية مع بداية النصف الثاني من القرن العشرين اتجاه حول اهمية الصناعة التحويلية في تحقيق انجازات تنعكس بصورة مباشرة على النمو الاقتصادي، و يؤكد هذا ما جاء في تقارير الامم المتحدة من ان معدلات نمو انتاج الصناعة التحويلية و الناتج المحلي الاجمالي في الدول النامية قد بلغ 0,76، و اثبتت هذه التقارير ان زيادات متوسط دخل الفرد ارتبط بارتفاع نصيب قطاع الصناعة التحويلية في الناتج القومي، و معظم الدول العربية التي بدات خطط التصنيع مع بداية السبعينات مثل الجزائر و المملكة العربية السعودية، و كذا الدول التي ركزت على مسيرة التصنيع مثل مصر و الاردن و تونس و سوريا حققت تقدما ملحوظا فانتقلت الى مجموعة الدول ذات المستوى الجيد

---

[1] السيد عبد المنعم المراكبي: التجارة الدولية وسيادة الدولة (دراسة لاهم التغيرات التي لحقت سيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2005، ص345 و ما بعدها.

[2] يلعب النفط دورا حيويا بالنسبة لدول افريقيا الا انه و حسب التقرير الخاص بتقييم الصناعات الاستخراجية، اشار الى ان الاضرار التي قد تنتج عن النفط بالنسبة لمشاكله البيئية، انظر الى: Sandra kloff clive wicks :getion environnemetable de l'exploitation de pétrole offshore et du transport maritime pétrolier,2004,p03.

[3] ابراهيم احمد ابراهيم: التحكيم و التنمية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، دون عدد، دون سنة، ص05.

من التصنيع، و بشكل عام فان ناتج الصناعة التحويلية لا يزال يشكل نسب محدودة لا تزيد عن 10% من الناتج المحلي في الدول العربية باستثناء الجزائر، الاردن، البحرين، تونس، سوريا، لبنان، مصر و المغرب، و قد اوضحت الدراسات التي قام بها مركز التنمية الصناعية للدول العربية ان نمط الصناعات الاستهلاكية لا يزال يمثل النمط المسيطر على مجهودات التصنيع باستثناء صناعة تكرير البترول، رغم ان هناك اتجاه في سنتي 1976-1984 في الخطط القطاعية لبعض الدول العربية لتنمية الصناعات الثقيلة بصفة عامة و الصناعات البتروكيميائية و المعدنية الاساسية بصفة خاصة بمعدلات اعلى من بقية الصناعات التحويلية[1].

و في المقابل لدى الكثير فان التحكيم لا يمثل ضمانات حقيقية للدولة المضيفة، و انه ليس الا وسيلة لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تاخذ في الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة او قوانينها الداخلية، فقبول الدول النامية اللجوء للتحكيم اساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الاموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية، و تجدر الاشارة هنا الى ان مفهوم الحصانة القضائية التي ارست دعائمها مبادئ القانون الدولي العام اصبح محلا للجدل عند الحديث عن منازعات الاستثمار، خاصة ان الاتجاه الفقهي و القضائي و الذي تبنته العديد من احكام التحكيم يرى في اتفاقات التحكيم التي تبرمها الدول تنازلا عن هذه الحصانة القضائية، و لقد استقر الامر في مختلف دول العالم على التفرقة بين تصرفات الدولة كسلطة عامة تتمتع بالحصانة و بين التصرفات الشبيهة بتصرفات الافراد، و في هذه الحالة لا تتمتع بالحصانة او ممارسة الدولة لسيادتها و هو الذي تتمتع به الدولة عند القيام بحصانتها، و اي ما كان ذلك المعيار فانه يتوقف على ظروف كل دولة و يخرج من ذلك الانشطة التجارية و الاقتصادية و المدنية[2]، و يرى اتجاه اخر ان تتمتع الدولة بحصانتها القضائية يتحدد بفكرة التعايش المشترك بين الدول، فالقاضي الوطني يمتنع عن الفصل في المنازعات التي تكون الدولة الاجنبية طرفا فيها كلما كانت المنازعة وثيقة الصلة بهذه الدولة، و لاعتبار النزاع مرتبطا بالدولة الاجنبية يجب ان يكون متعلقا باحدى وظائف الدولة الاجنبية، و ذلك الرجوع الى النظام الاقتصادي و السياسي في الدولة الاجنبية لمعرفة ما اذا كان النشاط محل النزاع يدخل في الاطار الوظيفي لهذه الدولة[3]، و في اتجاه اخر يرى بضرورة تمسك الدولة بالحصانة القضائية امام المحاكم القضائية و يفرق بين فرضين، الفرض الاول و ذلك عندما تكون الدولة ذاتها هي التي لجات الى القضاء الوطني لدولة اخرى، ففي هذه الحالة فان التجاء الدولة الى هذا القضاء يعد تنازلا ضمنيا من جانب الدولة عن حصانتها القضائية، اما الفرض

[1] رافت شفيق بسادة: التنمية الصناعية العربية في ظل الازمة الاقتصادية العالمية، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان، سنة 1986، ص67 وما بعدها.

[2] ابراهيم احمد ابراهيم: القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي و الاثار الدولية للاحكام) الكتاب الاول، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1996، ص 92.

[3] فؤاد رياض، سامية راشد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1971، ص 466 و ما بعدها.

الثاني عندما يلجا الطرف الاخر و المتعاقد مع الدولة الى القضاء و هنا نتساءل عما اذا كانت موافقة الدولة على اللجوء الى التحكيم يعد تنازلا ضمنيا من جانبها عن التمسك عن حصانتها القضائية، حيث اجابت الاتفاقية الاوروبية الخاصة بحصانة الدول الاجنبية و المبرمة سنة 1972 على هذا التساؤل بالايجاب و نصت الفقرة الاولى من المادة 12 على انه: (لو ان دولة متعاقدة قبلت كتابة بان تخضع للتحكيم في المنازعات التي نشات او التي يمكن ان تنشا في المسائل المدنية و التجارية، لا يجوز ان تتمسك بحصانتها القضائية امام محاكم الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم او يجري التحكيم وفقا لقانونها...)[1].

يعد مبدأ السيادة المتساوية لكل الدول احد المبادئ الاساسية في القانون الدولي[2]، و لاكثر من عشر سنوات شغلت مشكلة تحديد مدى مضمون سيادة الدولة على مواردها الطبيعية اهتمام الجمعية العامة للامم المتحدة و المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، و لجنة حقوق الانسان و اللجنة الخاصة بالسيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية، و لعل من الاعمال الهامة لهذه اللجنة الاخيرة مشروع قرارها الذي أقرته الجمعية العامة سنة 1962، و الذي عرف هذا القرار بالاعلان الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية، فقد اصدرت الجمعية العامة للامم المتحدة في جلستها المنعقدة بتاريخ 12 جانفي سنة 1952 قرارا يتعلق بالتنمية الاقتصادية بصفة عامة و بالاتفاقيات التجارية على وجه الخصوص ، و نص هذا القرار على أن: (الدول المختلفة لها الحق في ان تحدد بحرية استخدام مواردها الطبيعية)، كما أوصى بأنه: (يجب على الدول الاعضاء ان تنظر بعين الاعتبار داخل اطار سياستها الاقتصادية العامة الى تسيير تنمية الموارد الطبيعية التي يمكن ان تخدم الاحتياجات الوطنية للدول النامية و كذا احتياجات التجارة الدولية، و ذلك من خلال الاتفاقيات التجارية بشرط الا تتضمن هذه الاتفاقيات شروطا سياسية او اقتصادية تعتدي على حقوق الدول النامية في السيادة او تفوض من تخطيطها الخاص بالتنمية الاقتصادية)، و اخذت الجمعية العامة بعين الإعتبار الحاجة إلى تشجيع الدول النامية الى حسن استخدام و استغلال ثرواتها و مواردها الطبيعية، معتبرة ان التنمية الاقتصادية للدول النامية إحدى الإحتياجات الأساسية لتدعيم السلام العالمي، مذكرة ان حق الشعوب في استخدام و استغلال مواردها الطبيعية بحرية ينبع من سيادتها وطبقا لاهدافها و مبادئ ميثاق الامم المتحدة، و في سنة 1952 اقرت لجنة حقوق الانسان التابعة للامم المتحدة في دورتها الثامنة اقتراحا مقدما من وفد "شيلي"، يدعو لاضافة فقرة على المادة المقترحة بحق تقرير المصير في مشروع ميثاق حقوق الانسان، و تنص هذه الفقرة المقترحة على انه: (يتضمن حق الشعوب في تقرير المصير سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية، و لا يجوز ان يحرم الشعب باي شكل من الاشكال من وسائله الخاصة في الحياة استنادا الى ان حقوقها تدعيها دول أخرى)، و يلاحظ أن موضوع سيادة الدولة على مواردها الطبيعية لم

[1] ابو زيد حسين سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 85.

[2] نص عليه ميثاق المم المتحدة في الفقرة الولى من المادة الثانية كما اشر اليه كذلك في المادة 78 منه.

يناقش في جميع القرارات و المشروعات و انما يعتبر موضوعا فرعيا لمشكلات اخرى اكثر عمومية، الى ان انشات الجمعية العامة للامم المتحدة سنة 1958 لجنة السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية، و قد خطت بعض الشركات الاحتكارية صاحبة الامتيازات الكبيرة في البلاد العربية خطوات واسعة بالموافقة على تعديل اتفاقاتها لصالح الدول المضيفة، فالدولة المضيفة تهدف لتحقيق مزايا اكثر من تلك التي يحصل عليها المستثمر الاجنبي الخاص[1]، و لكن قد تقوم الدولة المتعاقدة مع المستثمر بالتمسك بالحصانة ضد اجراءات تنفيذ حكم المحكمين بهدف عرقلة عملية التحكيم، و هنا يتم التساؤل هل مجرد ابرام الدولة لاتفاق التحكيم و الذي تتنازل فيه عن حصانتها القضائية يتبع تنازلها ايضا عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم؟، في اطار اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى و المنشئة للمركز الدولي لمنازعات الاستثمار، نصت المادة 54 من الاتفاقية على ان: (الدول الاعضاء في الاتفاقية تعترف بحجية احكام التحكيم الصادرة عن هذا المركز و تضمن على اراضيها تنفيذ الالتزامات المالية الناشئة عن هذه الاحكام)، و يستفاد من ذلك ان احكام التحكيم الصادرة من هذا المركز يجب تنفيذها في اقاليم الدول الاطراف في الاتفاقية كما لو كانت احكاما صادرة عن محاكمها القضائية، و من جانب اخر و تطبيقا للمادة 53 من اتفاقية واشنطن فان احكام التحكيم الصادرة عن هذا المركز لا يجوز الطعن فيها امام اي محكمة من محاكم الدول المنظمة لهذه الاتفاقية و هذه الاحكام تكون نهائية[2].

و من ناحية أخرى يرى جانب من الفقه ان التوفيق يعد اكثر ملائمة لتسوية منازعات الاستثمار بصفة عامة، و في مجال تسوية المنازعات المتعلقة باعادة التفاوض بصفة خاصة حيث ان معظم هذه المنازعات هي منازعات غير قانونية و لاتتعلق بالغالب بتفسير الشروط التعاقدية و انما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها، و لكن لا ينفي ان تكون هذه المنازعات محلا للتسويق بطريق التحكيم مع مراعاة مبادئ العدل و الانصاف[3]، كون الاستثمار حسب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية هو استخدام الراس المال العربي في احدى مجالات التنمية الاقتصادية، بهدف تحقيق عائد في اقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها لنفس الغرض وفقا لاحكام هذه الإتفاقية[4]، فعندما يتفق الخصوم على التحكيم تتجه ارادتهم نحو تحويل النزاع من قضاء الدولة و هو

[1] احمد عبد الحميد عشوش، عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 164-178.

[2] عصام الدين القصبي: النفاذ الدولي لاحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي و القانون المقارن، ص 9.

[3] عمر مشهور حديثة الجازي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار،نقابة المحامين، العددان التاسع و العاشر، ايلول و تشرين اول، سنة 2002، ص 6-9.

[4] عبد الله عبد الكريم عبد الله: الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات الاجنبية، دراسة قانونية في اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، العدد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2004، ص 19.

الأصل الى محكم ليقضي فيه وفقا لقواعد يختارها الخصوم او دون التقيد باية قواعد وضعية و الذي يبدو خروجا على سيادة الدولة من ناحيتين، من ناحية الاعتداء على حقها في احتكار توزيع العدالة و تجاهل قانونها بمنح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقا لقواعد اخرى، ففيما يتعلق باحتكار العدالة يرى الخصوم ان التحكيم يجب ان يبقى ملكا للدولة لأنه من مظاهر سلطتها و لانها وحدها القادرة على احاطة استعماله بضمانات تكفل سلامة العدالة، و من ناحية اخرى فعلاقة التحكيم بقانون الدولة فان خصوم التحكيم لا يسلمون بجواز الاتفاق على إقصاء القانون الوطني و تطبيق قواعد اجنبية عنه او اطلاق يد المحكم للفصل في النزاع دون التقيد باية قواعد وضعية، و لا تتوافر فيها ما يتضمنه قانون الدولة من ضمانات تكفل حماية النظام الاجتماعي و الاقتصادي القومي[1]، لذا كانت الاتجاهات العامة حول تسوية منازعات الاستثمار نحو تشجيع التحكيم كوسيلة بديلة اسهم في تدفق الاستثمارات الاجنبية و تزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية و التوسع في حجم المبادلات التجارية الدولية، و يدل استقراء قوانين و عقود الاستثمار و اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية على اتجاه عام يكاد يكون ظاهرة مشتركة نظرا لضرورة التجارة الدولية، و قد عبر على ذلك الفقيه "Caraton" بقوله : (قد يحجم المستثمرين عن استثمار اموالهم في دولة يعلمون ان اللجوء الى القضاء الوطني في الدولة المضيفة هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها ضرر من اجراء تصرف الدولة، ذلك انه يعني ان الدولة المضيفة تصبح خصما و حكما في ان واحد، و يؤدي هذا الامر الى ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدول و يشكل عائقا في نمو نشاطها التجاري و الصناعي)[2]، و من خلال ذلك يظهر دور الاستثمار الأجنبي المباشر في عملية التنمية الاقتصادية، و ما يمنحه من امتيازات تجمع بين البعد التكنولوجي و البشري من ناحية التخفيف من البطالة و بين توفير رأس المال، المعرفة التنظيمية و التسويقية و طرق الانتاج وتدريب العمالة، أي أن الاستثمار الأجنبي المباشر فهو يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال سياسات توجيهية و وقائية محكمة تمكن من الانتفاع بايجابياته، و هذا ما يحدد الخطوط العريضة للتنمية الاقتصادية[3]، و من هنا كان حرص المشروعات المتعاقدة مع الدولة او مع الاجهزة التابعة لها على ضرورة ادراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينها لتفادي الاخطار الناجمة عن طبيعة شخص الطرف المتعاقد معه، و كونه دولة تتمتع بالسيادة و المتمثلة في امكانية اعمال الحصانة القضائية تعد من الاسباب التي تدفع المستثمر المتعاقد مع الدولة الى عدم ابرام العقد الا بوجود شرط التحكيم[4]، و من جانب اخر اذا كان لابد من تشجيع الاستثمارات البترولية الاجنبية و زيادة اقبال شركات البترول لدفع عجلة التنمية في البلدان

[1] محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1997، ص 40-44.

[2] احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دار النهضة العربية، سنة 1990، ص 3-8.

[3] امال تخنوني، بلال ملاخسو:الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الاستثمار الاجنبي المباشر المحلي و الدولي و اثره على التنمية الاقتصادية، ملتقى وطني حول الاطار القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و19 نوفمبر سنة 2015، ص 14.

[4] حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، نفس المرجع، ص 08.

العربية، و بغرض زيادة دخولها من عائدات البترول و زيادة حصيلتها من النقد الاجنبي لتمويل عمليات التنمية الاقتصادية، فانه لابد من المحافظة على سيادة الدول المضيفة و سيطرتها الدائمة على مواردها الطبيعية باعتبارها دول ذات سيادة، و هذا الحق للدولة لا يتعارض مع انضمام بعض الدول العربية للاتفاقيات الدولية متعددة الاطراف بشان التحكيم بين الدول الاطراف و مواطني دول الاطراف الاخرى[1].

و نخلص مما تقدم الى ان الفقه الحديث قد ذهب الى ان اتفاق التحكيم الدولي–الذي يكون احد اطرافه دولة– يعد قبولا من هذه الدولة في الخضوع لقواعد القانون المشترك للتجارة الدولية و تكون كذلك قد تنازلت عن حضانتها القضائية و حصانتها ضد التنفيذ، الامر الذي يترتب عنه تنفيذ الاتفاقات بحسن نية و ذلك يعد مشجعا للمستثمر الاجنبي في حماية حقوقه و الدخول في اتفاقات استثمارية مع الدولة، و يكون لهذا اثر كبير في تطوير التحكيم الدولي الذي يكون احد اطرافه الدولة[2].

الفرع الثاني: الإتفاق التحكيمي كضمانة لحماية المستثمر الاجنبي

تتوفر حقائق معلوماتية تؤكد مدى تزايد الاهتمام بالاستثمارات الأجنبية و ذلك بفضل العمل الصحفي و وكالات الأمم المتحدة و البنك الدولي و المجتمع المدني الذي يعمل على تشجيع الاستثمارات في العديد من المجالات[3]، و يعد اخضاع المنازعات المتعلقة بالاستثمار للتحكيم من الضمانات التي يطالب بها المستثمر الاجنبي في البلاد النامية، و بذلك يكون ذلك الاجراء مشجعا على الاستثمار في البلدان التي تقبل به، و من الممكن ان يلجا المستثمر الى القضاء الداخلي لفض المنازعات المتعلقة باستثماره لكنه يخشى الصعوبات المترتبة عن اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع عندما يكون أحدهما دولة ذات سيادة و الآخر شخص تابع للقانون الخاص، بل ابدى بعض المستثمرين تخوفاتهم من محاكم قضائية يجهلون اجراءات التقاضي امامها و يخشون من تاثر القاضي الوطني بالاديولوجية السائدة في الدولة المستقبلة، كما قد يعتقد المستثمر الاجنبي ان قضاء الدولة المستقبلة غير كفء للنظر في المسائل التقنية و القانونية الكثيرة التعقيد، أو يرى قانون الدولة المستقبلة للاستثمار لا يستجيب لمتطلبات المعاملات الاستثمارية، و كل تلك الاسباب ادت الى تفضيل المستثمر الاجنبي التحكيم الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار[4]، لذلك يحرص المستثمر الاجنبي على ادراج شرط التحكيم في العقود التي يبرمها لعدم الثقة في موقفها اتجاة النزاع كون ذلك التعاقد ناشئا عن عقد يتعلق بمصالح اقتصادية او اجتماعية

---

[1] عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص 175–177.

[2] احمد مخلوف: اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،دار النهضة العربية،القاهرة، مصر، سنة 2001، ص320، و كذلك ابراهيم احمد ابراهيم: القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي و الاثار الدولية للاحكام)، الكتاب الاول، دون ناشر، القاهرة، سنة1996، ص213 و ما بعدها، انظر ايضا الى صفوت احمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، ص428، و كذلك احمد ابو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996، ص603 و ما بعدها.

[3] Carin Smaller :Rendre les contrats publics pour améliorer les investissement dans le secteur agricole, un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable, n01,volume02,2011,p11.

[4] قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 215–216.

و بسيادة الدولة، و بطبيعة الحال فان الشركات الاجنبية الخاصة لا تقبل ان تخضع اتفاقاتها للقانون الداخلي للدولة المضيفة او الطرف في العقد ثم ان الدولة ترفض اخضاع الامتيازات و العقود التي هي طرف فيها لقانون دولة اجنبية، لذلك فان الاطراف (الدولة و الشركات) تتفق على اخضاعها للقانون الدولي او بشكل عام للمبادئ العامة للقانون الدولي، لذلك فان الاطراف يضمنون اتفاقهم بالنص باللجوء للتحكيم في حالة قيام نزاع بينهما، فادراج شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية اصبح من الشروط الاساسية خاصة عندما تكون الدولة احد اطرافها، و لبقاء الدولة في المنظومة الاقتصادية الدولية و من اجل ذلك فان المستثمر الاجنبي رغبة منه في عدم الخضوع لقضاء الدولة المضيفة و قوانينها نتيجة لتدخل الدولة، ايضا و خوف المستثمر الاجنبي من قيام الدولة باحداث تعديلات فجائية التي تؤثر على مصالحه، لذلك تتجه ارادة المستثمر الاجنبي و حرصه على النص باللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار، و من ثم فان عدم خضوع التحكيم لاي جهة رسمية او دولة لها مصلحة معينة فذلك يؤكد في نظر المستثمرين الاجانب الحياد اللازم و الضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم، اما في عقود الاستثمار الدولية التي تتربط فيها الدولة مع المستثمر الاجنبي لا يثق عادة في قضاء الدولة المتعاقد معها او في قوانينها لان القاضي يتاثر بالدوافع الوطنية التي تتعارض مع مصالح المستثمر فضلا عن ان قوانين الدول النامية سهلة التعديل و ليست مستقرة[1]، في حين يرى اتجاه اخر من الفقه عكس ذلك الى القول بان التحكيم اصبح وسيلة بيد الدول صاحبة الاقتصاد الحر تستطيع من خلاله فرض وجهات نظرها الاقتصادية على دول العالم النامي، حيث يستطيع المحكم اختيار القانون الذي يحكم النزاع بعيدا عن قوانين تلك الدول، و هكذا تصبح المسالة هي اختيار القانون الذي يحقق مصلحة الطرف الاقوى المتمثل في الدول الراسمالية الصناعية و شركاتها الدولية[2].

و يعد البحث في مجال ضمانات الاستثمار[3] يفرض التعرف على الضمانات المقدمة اما على الصعيد الداخلي او الدولي، فربما تعددت الضمانات بهدف تحقيق فكرة الضمان التي يحرص المستثمر دوما على وجودها[4]، و التي توفرها القوانين المتكفلة بحماية فعالة تشجع المستثمر على قبول استثمار امواله وهو

---

[1] فؤاد محمد محمد ابو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية (وفقا لاحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2010، ص 142-144.

[2] عصاه احمد البهيجي: التحكيم في عقود البوتBOT، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، سنة 2008، ص 70-71.

[3] الضمان لغة: هو من الفعل ضمن، أي كفل الشيئ و قدم له الامان، انظر الى المنجد في اللغة و الاعلام، ط3، دار الشرق، بيروت، سنة 1994، ص455، و الضمان قانونا هو تقديم الوسائل الكفيلة بتحقيق امان قانوني لمن تقدم له،كي يقدم على العمل وهو ضامن لنتائجه، انظر الى نبيل ابراهيم سعد: محاضرات في الضمانات غير المسماة،القيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة بيروت العربية، سنة 2002، دون صفحة، اما الضمان قانونا فهو تقديم الوسائل الكفيلة بتحقيق امان قانوني لمن طلبه لكي يقدم على العمل وهو ضامن لنتائجه، انظر الى عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية-دراسة قانونية مقارنة-ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، سنة 2008، ص 23.

[4] ، عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية-دراسة قانونية مقارنة-ط1، نفس المرجع، دون صفحة.

مطمئن[1]، و مثاله ما نصت عليه المادة 43 من الدستور الجزائري في قولها: (حرية الاستثمار و التجارة معترف بها، و تمارس في اطار القانون، تعمل الدولة على تحسين مناخ الاعمال، و تشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية)[2]، فمعظم النزاعات التي تقوم بين حكومات الدول المضيفة النامية منها بصفة خاصة و الشركات الاجنبية، سببها تمسك هذه الحكومات بضرورة توفير المزيد من المرونة في النظام العقدي الذي يربطهما حتى يتسنى له استيعاب المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية للبلاد، في حين ان الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه العلاقات العقدية و استمرارها دونما تعديل في نصوصها، و هذه الشركات الاجنبية الخاصة لا تقبل ان تخضع اتفاقاتها للقانون الداخلي للدولة المضيفة الطرف في العقد اضافة الى ذلك فان الدولة ترفض اخضاع الامتيازات و العقود التي هي طرف فيها لقانون دولة اجنبية، لذلك فان الاطراف (الدولة و الشركات) تتفق على إخضاعها للقانون الدولي او بشكل عام للمبادئ العامة للقانون الدولي، لذلك فان الاطراف يضمنون اتفاقهم بالنص باللجوء الى التحكيم في حالة قيام النزاع بينهما[3]، و فيه تلتزم الدولة المتعاقدة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الاجنبي من خلال القوانين الخاصة المتعلقة بتشجيع الاستثمار الاجنبي على اقليمها و كذلك ابرام المعاهدات سواء كانت ثنائية او جماعية بهدف حماية الاستثمارات[4]، و عند دراسة الطبيعة السرية للتحكيم بشكل عام في العقود الدولية يلتزم المستثمرين بالحفاظ على المعلومات الواردة في الاتفاق، من خلال تقديم رؤية استشارية للعلاقات الرضائية بين الدولة و الأجانب في العقود الاقتصادية في منطقة جغرافية معينة[5].

يعود تفضيل الاطراف اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار نظرا لمزاياه[6]، حيث تتسم عقود الاستثمار بطبيعة خاصة من حيث اطرافه فالدولة المضيفة من جهة و المستثمر الاجنبي من جهة اخرى، يكون محل العقد مشروع بترولي ذو قيمة مالية ضخمة يستغرق عدة سنوات لتنفيذه يتطلب خبرات علمية و فنية عالية المستوى، فمرونة اجراءات التحكيم تؤدي الى ربح الكثير من الوقت فالتحكيم يكفل

---

[1] عكاشة عبد العال: الضمانات القانونية للاستثمار عربيا واجنبيا، محاضرة القيت في المؤتمر الدولي التاسع لمركز الدراسات العربي الاوربي المنعقد في بيروت فبراير سنة 2001، بعنوان افاق و ضمانات الاستثمار العربية و الاوربية، منشور في العدد الخاص بالمؤتمر التاسع، فبراير سنة 2001.

[2] انظر الى قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري.

[3] عبد الواحد عزيز الزنداني: السير والقانون الدولي، منشورات الجامعة اليمنية، اليمن، سنة 1995، ص119.

[4] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون سنة 1996، ص 237.

[5] Pierre Lalive :L'influence des clauses arbitrals, centre de droit international étranger,1974,p570-571.

[6] وفي مزايا الالتجاء الى التحكيم، انظر في الفقه العربي، انظر الى محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية(1973-1974)، مذكرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاهرة، ص1-2.

و ايضا محي الدين اسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الاول، سنة 1986، ص7-12.

وراجع ايضا: Leo J.Bouchez,The prospects for international arbitration :Duties between states and private Enterprises,volume 8 journal of international arbitration(1991),pp81,115.

المعرفة و الخبرة القانونية المتخصصة اللازمة حيث يكون المحكمين على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية و القانونية الذي من شانه ان يحقق عدالة تلبي رغبة الاطراف[1]، ذلك ما يتطلبه الفصل في منازعات عقود الاستثمار لانه قد تكون هناك استثمارات ذات مبالغ مالية كبيرة في انتظار صدور حكم القضاء ما يؤدي الى وجود خسارة محققة لتعطيل تلك المبالغ حتى الفصل في النزاع بشانها فالاطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء الى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة[2]، و بجانب سرعة اجراءاته بالمقارنة للاجراءات القضائية المعتادة[3]، فاختيار المحكمين المختصين في مجال الاستثمار يمنحهم ذلك القدرة على فهم المشاكل المعروضة عليهم و ايجاد افضل الحلول لها، فالتحكيم هو الاقدر على تطبيق الاحكام الموضوعية التي تحكم العلاقات المطروحة نظرا لطبيعتها الدولية[4]، اضافة لما في التحكيم من اختصار لدرجات التقاضي حيث تصدر هيئة التحكيم حكما بات غير قابل للطعن فيه[5]، مع امكانية رفع دعوى البطلان[6] بشانه و للأسباب الواردة حصرا في القانون و كأصل عام فان الطعن بالبطلان لا يوقف

---

[1] عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية–دراسة قانونية مقارنة–ط1، نفس المرجع، ص 350 فما فوق.

[2] احمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، تنظير و تطبيق مقارن، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2004، ص 126.

[3] يبرز دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار وذلك بالنظر الى الصعوبات التي قد تنشا عن مخاصمة الدولة امام القضاء، و لابراز دور التحكيم و افضليته كبديل عن الالتجاء الى القضاء انظر: Yates,Arbitration or court litigation for private international dispute resolution :The lesser of two evils,in resolving transnational disputes through international arbitration(carbonneau,1984).

=و من الملاحظ ان الدول النامية بدات في قبول التحكيم، و على نطاق واسع، كاداة اساسية لفض منازعات الاستثمار، انظر الى: Wilner,Acceptance of Arbitration by Developing countries,283in resolving transnational disputes through international arbitration(carbonneau1984).

[4] هشام محمد احمد خالد: عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه لتسوية المنازعات التي قد تثور بشانه)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، بدون ناشر، سنة 1986، ص 329.

[5] احمد ابو الوفا: التحكيم الاختياري و الاجباري، ط5، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2000، ص 94.

[6] تجدر الاشارة ان هناك اختلاف بين الابطال و الاستئناف، ففي الاستئناف يجوز للمحكمة ان تقوم بتاييد الحكم او تعديله، بينما يؤدي الابطال الى الغاء الحكم كليا او جزئيا و اعادة الاطراف الى الحالة التي كانوا عليها عند بداية الخصومة، كما ان الاستئناف يركز على التحقق من صحة الحكم من الناحية الموضوعية و كذلك على مشروعية الحكم، لكن لا يتعلق الابطال بصحة الحكم من الناحية الموضوعية و كذلك على مشروعية الحكم، لكن لا يتعلق الابطال فالابطال يتعلق اساسا بمشروعية الاجراء: Caron,Reputation and Reality in the ICSID Annulment process :Understanding the Distinction between annulment and Appeal,volume 7 No.1 ICSID Review,Foreign investment law Journal pp.21,56(spring1998).

و يلاحظ ان معظم التشريعات الوطنية تجيز دعوى بطلان احكام التحكيم، و دعوى البطلان ليست طريقا من طرق الطعن في الاحكام اذ هي ليست جزءا من خصومة التحكيم او مرحلة من مراحلها، كما تتميز دعوى البطلان بانها تتوجه الى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطا في التقدير، و لهذا فان العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان يجب ان لا تكون خطا في التقدير، و لهذا فان العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان يجب ان تكون خطا في الاجراء،اما الخطا في التقدير فانه مهما كانت جسامته لا يؤدي الى بطلان الحكم و بالتالي لا يجيز رفع الدعوى ببطلانه، انظر الى:

فتحي والي: دعوى بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية وفقا للقانون المصري رقم 27 لسنة 1994، ورقة عمل مقدمة الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد بالقاهرة من 25 الى27 مارس سنة 1995 و بصفة خاصة ص ص2–3، و راجع في اجراءات ابطال حكم التحكيم وفقا لقانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، انظر الى محمود سمير الشرقاوي: التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري، بحث مقدم الى مؤتمر

تنفيذ حكم التحكيم[1]، و يذكر ان محكمة استئناف باريس اكدت على ان: (القرار التحكيمي ليس عملا عاديا و لكن تجب مقابلته بالحكم القضائي الحقيقي و الذي يرتب نفس النتائج مع الاحتفاظ بالمقابل بالصفة التنفيذية التي لا يتخذها الا من خلال الامر بالتنفيذ)[2]، اضافة الى ما تقدم فالاتفاقيات الدولية و المختصة بالتحكيم لم تتعرض الى طرق الطعن بالبطلان و اجراءاته حيث جعلت ذلك متروكا للتشريعات الوطنية للدول، و هذه الاتفاقيات تعترف للقضاء الوطني بحقه في الرقابة على احكام التحكيم من خلال قوانين مختلف الدول المتضمنة طرق المراجعة و ابطال الاحكام التحكيمية حيث تتشابه هذه القوانين في تشريعات التحكيم لدى الكثير من الدول[3]، و يقول احد الاساتذة في ذلك: (ان اهتمام المشروع للاطراف بالتحكيم الدولي و حرصهم عليه لا ينبغي معه السماح بسلطة مطلقة تتمتع بها محاكم الدولة التي صدر فيها، فالاهتمام و الحرص يتطلب ان تكون سلطة المحكمة في اعلان بطلان او الغاء الحكم سلطة محددة)[4]، و من جهة اخرى فان قرارات التحكيم عادة لا تنشر بعكس ما يحدث للقرارات القضائية[5]، و لهذا السبب فان رجال الاعمال يفضلون التحكيم على القضاء العادي ذلك لان النشر يتنافى مع الطبيعة

التحكيم، بيروت مايو سنة 1999، و منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد التاسع، ص5-14، و راجع في طرق الطعن العادية على احكام المحكمين في القانون الكويتي عبد الفتاح عطية عزمي:قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1990، ص353-380.

[1] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص 351.

[2] جعفر مشيمش: التحكيم في العقود الادارية و المدنية و التجارية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، سنة 2009، ص66-71.

[3] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص 435.

[4] Lastenouse(p) :Why setting asidean arbitral award is not enough to remove it from the international scence,J.I.A.,vol.16,1999,p.25.

[5] يضمن التحكيم ميزة السرية لاطراف النزاع، فغالبا ما تتم اجراءات التحكيم في سرية تامة و ذلك من اجل الحفاظ على الثقة التي تقوم عليها العلاقات التجارية و التي يسعى الاطراف الى الاحتفاظ بجوانبها المختلفة لحساسيتها و سريتها، انظر الى:Forrest and al,Examples of reasons for increased use of international arbitration...

المقالة السابقة، ص ص 54-55 و انظر بصفة عامة في السرية المفروضة على احكام المحكمين في عقود التجارة الدولية، ثروت حبيب: دراسات في قانون التجارة الدولية، سنة1975، ص189، و راجع كذلك في ميزات التحكيم بصفة خاصة: مختار احمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشان التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، سنة 1995، ص8 و ما بعدها.

و يعد الالتجاء الى التحكيم التجاري الدولي لا يقل بحال من الاحوال في التكلفة عن مصاريف الالتجاء الى التقاضي، بل ان التحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية في باريس The International chamber of commerce(ICC) اكثر يكلفة من الالتجاء الى القضاء نفسه مما دفع بعض المحاكم الوطنية الى الحكم برفض استمرار العملية التحكيمية في هذه الغرفة لانها قد تلحق اضرارا مادية بالاطراف، كما ان العمل يدل على ان متوسط اجر المحكم في ظل التحكيم هيئة التحكيم الامريكية بلغ اكثر من 670 دولار عن اليوم الواحد، انظر في ذلك: American Arbitration Association,A report to the corporate counsel committee on the international commercial arbitration Survery12(Nov.5,1981).

اما اجر الحكم عن اليوم الواحد في ظل قواعد المركز فهي 600 وحدة حسابية SDR مضافا اليها مصروفاته، الا اذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، انظر الى:.ICSID Document,July1991

انظر في المقارنة بين تكلفة اللجوء الى التحكيم بالمقارنة الى اللجوء الى القضاء

Lalive,contracts between a state or a state Agency and a Foreign :وانظر ايضاYates arbitration or court litigation company 13 international and comparative law quarterly 987(1964).

السرية لأعمالهم مع الدول المضيفة[1]، و الاصل ان احكام التحكيم لا يجوز نشرها الا بموافقة المحتكمين و المحكمين[2]، اضافة الى ذلك فان للاطراف اختيار المحكمين ممن تتوفر فيهم الخبرة الكافية و التكوين المهني بدلا من عرضه على القضاء و قد يلجا الى الاستعانة باهل الخبرة في مسائل التجارة الفنية[3]، او قد لا تتوفر فيه الكفاءة اللازمة لحسم الموضوعات الفنية و القانونية المعقدة و التي تتضمنها المنازعات الاستثمارية، و من ثم فان التحكيم اقرب الى تحقيق العدالة لان المحكم المتخصص هو الاقدر على استيعاب موضوع النزاع و تعقيداته[4]، إضافة الى ذلك فان منازعات التجارة الدولية تتطلب الالمام باللغات الاصلية التي بموجبها تتم تلك المعاملات و ما يتعلق بها من اعراف و عادات دولية، هذه الامور ينبغي ان تتوفر في المحكم للفصل في المنازعات[5]، فهذه الشركات تحرص قبل دخولها في اتفاقات ذات اجال طويلة كعقود الامتياز و المشروعات المشتركة و عقود الخدمات، ان تجري دراسات مفصلة تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع و احتمالاته و تحليلات للتدفقات النقدية و تحديد المخاطر المتوقعة بغرض تحديد المردود المتوقع لاستثماراتها، و لكي تتمكن هذه الشركات من اقامة دراساتها على اسس علمية و عملية سليمة فانها تطلب من حكومات الدول المضيفة بيانا عن الحوافز الاستثمارية و بيان الاعفاءات التي ستحصل عليها، و من ناحية اخرى فالمستثمر غالبا لا يملك كل الاموال المستثمرة في المشروع و من ثم فان البنوك و المؤسسات المالية الاخرى التي تسانده في تمويل المشروع تطلب مراجعة العقود النهائية المتوقع ابرامها، حيث تبني قرارها النهائي على المضمون الفعلي للاعباء التي يتحملها المستثمر و عائدات المشروع و الضمانات التي يكون قد حصل عليها من الدولة المضيفة، و عليه فاننا نجد ان بعض اتفاقات الاستثمار بناء على رغبة المستثمر و طلبه تتضمن ما يعرف بشروط الثبات و الاستقرار "Stability clause"، و من ثم فانها تحظر على الحكومة اجراء اي تعديل او مخالفة لشروط الاتفاق او اتخاذ اي تدابير ادارية او تشريعية من شانها مخالفة هذه الشروط، نظرا لان عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات السيادة من ناحية و المستثمر الاجنبي الخاص من ناحية اخرى، فان قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا من جانب المستثمر الاجنبي بسبب الصعوبات التي قد تواجهها في اللجوء اليها، لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على ادراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، حيث ان ما تتمتع به الدولة من استقلال و سيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها امام القضاء الوطني لدولة اخرى، و على الرغم من ان الاتجاه الحديث يميل الى الاخذ بالحصانة المقيدة

[1] محمد يوسف علوان: مجلة الوحدة الاقتصادية العربية، السنة الثالثة، العدد السابع، يوليو سنة 1977، دون ناشر، ص 35.

[2] حسام الدين فتحي ناصف: قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999، ص 8.

[3] منير عبد المجيد: الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2002، ص10.

[4] عصام الدين مصطفى يسيم: النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول الاخذة في النمو، نفس المرجع، ص 168-169.

[5] سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الاول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984، ص3 و ما بعدها.

للدولة التي مفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها الا بصدد اعمالها السيادية دون التصرفات الاخرى المتعلقة بالانشطة التجارية و اعمال الادارة العادية، و هنا تظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول اخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، مما قد يؤدي الى اهدار الحقوق الخاصة بالمستثمر الاجنبي الطرف في النزاع الذي قد يتعرض لقرارات مفاجئة يمكن ان تصدرها الدولة بما لها من سيادة لتحقيق اعتبارات سياسية او اقتصادية[1].

الفرع الثالث: تكريس الإتفاق التحكيمي عبر مؤسسات تحكيمية دولية

من اهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الاجنبي منها إنشاء المراكز الاقليمية و كذا الدولية في مجال التحكيم الدولي، و ذلك بغرض تنفيذ الاحكام الصادرة في شان الفصل في منازعات القائمة بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي، و قد انشئت هذه المراكز بموجب اتفاقيات دولية معظمها جماعية تتضمن شروط معينة للانضمام اليها، و نذكر على سبيل المثال هذه المراكز[2]:

أولا: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

انشئت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار الية لتنفيذ احكامها تتمثل في المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، حيث حددت المادة 25 من الاتفاقية اختصاصه بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول و المستثمرين الاجانب فيها شريطة ان تكون الدولة منضمة للاتفاقية، و هي بمثابة ضمانة للمستثمرين الاجانب و ذلك عن طريق الفصل في اي نزاع ناشئ عن الاستثمار الى المركز الدولي دون اللجوء الى القضاء الوطني، و قد اتت هذه الاتفاقية لتحقيق نوع من كسب ثقة التجارة الدولية في بلدان العالم النامي بعلاقاتها الخاصة مع البلدان الصناعية و بتنظيم من البنك الدولي للانشاء و التعمير "IBRD"، و تستجيب هذه الاتفاقية لمتطلبات التعاون الدولي لتحقيق التنمية الاقتصادية سواء ما بين الدول الصناعية او ما بينها و بين دول العالم النامي[3]، و ميزة احكامها تتصف بانها نهائية بحيث لا يجوز الطعن فيها امام اية محكمة تابعة للدولة المنضمة للاتفاقية[4]، و يقوم المركز الدولي بفض منازعات الاستثمار و مقره الرئيسي في واشنطن بادارة التحكيم وفقا لما تقضي به الاتفاقية، و هذا المركز لا يقوم بنفسه باجراء التحكيم و انما يقوم بادارة العملية التحكيمية[5].

---

[1] بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص 352-353.

[2] وفقا للاتفاقية الثنائية الموقعة لحماية الاستثمارات بتاريخ 05-03-1966 عينت "كرواتيا" و جمهورية "التشيك" فان هذه المعاهدة لا تعطي اي مقياس لوصف المقصود بالاستثمار، و لكنها تعدد ليس على سبيل الحصر الحالات التي تعتبرها استثمارات من اجل معرفة ما اذا كانت العملية موضوع النزاع، انظر الى محكمة استئناف باريس/الغرفة الاولى-المدنية-حكم صادر بتاريخ 25-09-2008، Republique Tchéque c/Nreka، مجلة التحكيم العدد 03، سنة 2009، ص 890.

[3] عبد الحميد الاحدب: اليات فض المنازعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الاوربية، مقالة منشورة في مجلة الملف العربي الاوروبي، مركز الدراسات العربي الاوروبي، باريس، فبراير سنة 2001، ص23.

[4] احمد عبد المجيد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، نفس المرجع، ص138.

[5] تجدر الاشارة الى انه رغم ان المركز هي الهيئة الوحيدة المتخصصة في تحكيم عقود الدولة مع المستثمرين الاجانب الا ان الامر لا يمنع من ان ان يقوم هؤلاء الاطراف بالاتفاق على الالتجاء الى التحكيم تحت مضلة احد المراكز التحكيمية الاخرى،اذ نلاحظ كثيرا من عقود التجارة الدولية

1-العضوية في المركز الدولي

يعتبر هذا المركز ICSID الهيئة الوحيدة المتخصصة في المنازعات التي تنشب بين الدول المتعاقدة و المستثمرين الاجانب الافراد او الشركات الخاصة، اذ يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بمثابة ادارة دولية لتشجيع الاستثمار، فالغرض الاساسي له هو تحقيق الثقة المتبادلة بين المستثمرين الاجانب من جهة و الحكومات المضيفة لاستثماراتهم من جهة اخرى، بما يؤدي الى زيادة تدفق رؤوس الاموال و بشروط مناسبة[1]، و تقتصر العضوية في المركز على الدول المصادقة على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار كما تستطيع اي دولة عضو في البنك الدولي الانضمام الى هذه الاتفاقية، اما فيما يتعلق بالدول غير الاعضاء فليس لها الحق في الانضمام الا اذا كانت طرفا في النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية و بموافقة المجلس الاداري للمركز على ذلك باغلبية ثلثي اعضائه[2].

2- اختصاص المركز الدولي

يشترط لتقديم النزاع الى المركز الحصول على التراضي الكتابي لكلا طرفي النزاع، و هذا الشرط ذو اهمية لانه اذا ما صدر الرضا من الطرفين فلا يجوز لاي منهما ان يسحبه بمحض ارادته دون موافقة الطرف الاخر، كما ان للمركز اهمية من حيث انه يمكن للافراد الوقوف على قدم المساواة مع الدول ذات السيادة في اجراءات التحكيم[3]، و تحال المنازعة الناشئة عن الاستثمار الى المركز الدولي بتوفر شروط شكلية و شروط موضوعية حتى يكون المركز مختصا بالنظر في المنازعات الاستثمارية:

ا-الشروط الشكلية:

و تتمثل في وجود رضا متبادل بين الاطراف في اخضاع نزاعهما الاستثماري الى تحكيم المركز الدولي في شكل مكتوب بنص (المادة25/1)، و بتوقيع مشارطة التحكيم بين الدولة و الشخص التابع لدولة

تتضمن =شرطا يقضي بالتحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس(ICC)، انظر الى جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 1995، ص15.

[1] منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الاجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999، ص49.

[2] www.icsid.org

يشتمل المركز على مجلس اداري مؤلف من ممثل واحد عن كل دولة عضو في الاتفاقية، و يتراس هذا المجلس رئيس البنك الدولي دون ان يكون له حق التصويت (المادة4 و5)، و تتمتع كل دولة بصوت واحد في اتخاذ القرارات التي تصدر عن هذا المجلس، و يؤخذ بالقرار الذي يحوز على اغلبية ثلثي اعضاء المجلس، و تتمحور وظيفة المجلس الاداري في اعتماد انظمة المركز المالية و الادارية، و اعتماد اجراءات التوفيق و التحكيم، و يحتفظ بقائمة اسماء الموظفين و محكمين يتم الاختيار منهم او من غيرهم (المادة6).

[3] قام البنك الدولي للانشاء و التعمير بمجهودات ضخمة لايجاد وسيلة فعالة لتسوية منازعات الاستثمار، حيث صدرت الموافقة على انشاء مركز دائم لفض منازعات الاستثمار، ففي اغسطس من سنة 1961 تقدمت الجمعية العمومية للبنك الدولي باقتراح لعقد معاهدة لتسوية منازعات الاستثمار، و تم صياغة المعاهدة في سنة 1962، و تمت مناقشة المشروع في عدة اجتماعات عقدت على المستوى الاقليمي للخبراء القانونيين في اديس ابابا، و سان ديجو، جنيف، بانكوك، و في الثامن عشر من مارس سنة 1965، تمت الموافقة على اتفاقية بشان تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة و بين مواطني احدى الدول المتعاقدة الاخرى، و دخلت حيز التنفيذ في الرابع عشر من اكتوبر سنة 1966، و يلاحظ ان مصر كانت من اوائل الدول التي انضمت الى الاتفاقية المنشئة للمركز، و لقيت قبولا على المستوى الدولي حيث عدد الدول المنضمة اليها 88 دولة، انظر الى جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نفس المرجع، ص 16-17.

اخرى او من خلال نص في اتفاق استثماري على احالة ما قد ينشا في المستقبل من منازعات بخصوص العملية الاستثمارية الى المركز، كما يتحقق الرضا في شكل نص في قانون استثمار الدولة المضيفة كما لو صدر قانون للاستثمار يتضمن الخضوع الى تحكيم المركز[1].

ب-الشروط الموضوعية:

و يشترط ان تكون الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الاجنبي طرفين في اتفاقية انشاء المركز، و عليه وضعت لجنة التحكيم قاعدة مفادها ان شرط عضوية اطراف النزاع في المعاهدة يجب تحققه عند احالة النزاع الى المركز و ليس عند ابرام عقد الاستثمار[2]، و ان يكون المستثمر اجنبيا سواء اكان شخصا طبيعيا ام اعتباريا، و في هذه الحالة يجب ان تكون شركة خاصة لذلك تستبعد المنازعات التي يكون احد اطرافها شركات او مؤسسات عامة مملوكة للدولة كمنازعات الشركات التجارية الخاصة التي تملكها الدولة[3].

3-مهام المركز الدولي

تنحصر مهام المركز في التوفيق و التحكيم و بحثنا يقتصر على التحكيم، نحاول من خلاله الوقوف على كيفية تشكيل محكمة التحكيم و اجراءاته:

أ-تشكيل محكمة التحكيم:

تنص المادة 37 من اتفاقية المركز على تشكيل محكمة التحكيم بعد تسجيل الطلب من محكم واحد او عدد من المحكمين بحيث يكون العدد فرديا و الاصل قيام الاطراف بتعيين هيئة التحكيم، و في حالة غياب الاتفاق فتشكل المحكمة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما، اما المحكم الثالث فيتم تعيينه بالاتفاق بين الطرفين و تسند اليه رئاسة المحكمة، و يقوم رئيس المجلس الاداري بناء على طلب صاحب المصلحة بالتشاور مع الاطراف بتعيين المحكم او المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بعد شرط الا يكونوا من جنسية مماثلة لجنسية احد اطراف النزاع كما تجيز المادة 4 للاطراف اختيار محكمين من خارج القائمة، شرط توافر نفس الكفاءة و المؤهلات المطلوب توفرها في المحكمين الموجودين داخل القائمة من تخصص قانوني و استقلالية و كفاءة[4].

---

[1] عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية-دراسة قانونية مقارنة-ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، سنة 2008، ص114-115.

[2] جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الاجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، منشور في مجلة البحوث القانونية، جامعة الاسكندرية، سنة 1999، ص 294.

[3] حفيظة السيد الحداد: محاضرات في التحكيم و الياته، القيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا، القانون الخاص، جامعة بيروت العربية، سنة 2002، و في ذات المعنى انظر الى عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الاخذة بالنمو، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972، ص 211.

[4] عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية-دراسة قانونية مقارنة-ط1، نفس المرجع، ص 122.

ب-إجراءات التحكيم:

و يقصد بذلك تحديد اختصاص هيئة التحكيم و القواعد الاجرائية التي تحكم مسيرة عملية التحكيم، من حيث قواعد الاختصاص، و التي تختص هيئة التحكيم في مسالة الفصل في اختصاصها بالنظر في المنازعة او عدمه، كما تملك ايضا النظر في كل الطلبات العارضة و الاضافية التي ترتبط مباشرة بموضوع النزاع شرط ان يكون هناك اتفاق بين الاطراف على ذلك، و ان تدخل هذه الطلبات ضمن اختصاص المركز، كما تختص هيئة التحكيم و بعد موافقة الاطراف بالتوصية بما تراه مناسبا من اجراءات وقائية للمحافظة على حقوق كل طرف، ثم من حيث القواعد الاجرائية امام هيئة التحكيم، و ذلك حسب المادة 44 ، من خلالها تراعى الاجراءات التي اتفق عليها الخصوم، و في حالة غياب الاتفاق تطبق القواعد الواردة في اللائحة الموجودة لدى المركز و المعمول بها من تاريخ موافقة اطراف النزاع على التحكيم، و تنص المادة 45 من الاتفاقية على وجوب حضور الخصوم امام محكمة التحكيم، و لمحكمة التحكيم ان تستمر في نظر موضوع النزاع بناء على طلب الخصم الاخر بعد تبليغ الشخص المتغيب عن الحضور و منحه مهلة لتقديم دفاعه، ثم تصدر المحكمة التحكيمية حكما غيابيا غير ان عدم مثول احد الخصوم امام المحكمة لا يعني تسليم هيئة التحكيم بمطالب الخصم الاخر و ادعاءاته[1].

ج-القانون الواجب التطبيق على الموضوع امام هيئة التحكيم

ينبغي التفرقة بين القواعد القانونية الاجرائية و القواعد الموضوعية فالاولى يطلق عليها "Procedural law" و الثانية هي ما يطلق عليها "Substantive law"، و بصفة عامة فان محاكم التحكيم تميل الى تطبيق قانون المحكم على المسائل الاجرائية، الا ان اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و الخاصة بالاعتراف و تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية جعلت من هذه القواعد اهمية ثانوية حيث يرفض الاعتراف او تنفيذ الحكم اذا كان تكوين المحكمة او اجراءات التحكيم غير مطابقة لاتفاق الاطراف، و باعتبار الاتفاقية المنشئة للمركز عبارة على معاهدة دولية تكون هي قانون المحكم الا في الحدود التي تشير اليها الاتفاقية، كما اعطت للاطراف قدرا من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق و فرضت عليهم بعض القيود مثل وجوب مراعاة جنسية المحكمين[2].

تقوم هيئة التحكيم بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على معطيات النزاع الاستثماري و قد تبنت الاتفاقية مبدا حرية الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، و اقتصر دورها في التدخل عند غياب اتفاق الاطراف ففي حالة وجود اتفاق بين الاطراف نصت المادة 1/42 على تطبيق القانون المختار من قبل الاطراف، سواء تمثل هذا الاختيار في صورة نظام قانوني وضعه الاطراف من واقع بيئتهم المهنية او في صورة اختيار لقانون دولة معينة او اختيار صريح او ضمني، اما في حالة غياب اتفاق على قانون معين فان هيئة التحكيم تطبق قانون الدولة المتعاقدة اي الدولة المضيفة للاستثمار

[1] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدولة و الاشخاص الاجنبية، نفس المرجع، ص 261.

[2] جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نفس المرجع، ص 42.

بالإضافة الى قواعد القانون الدولي العام واجبة الاعمال بشان المنازعة[1]، و للمحكوم له ان يلجا الى القضاء طالبا تنفيذ حكم المحكم اذا لم ينفذه المحكوم عليه بالتراضي، و للمحكوم عليه حق الطعن في الحكم لدى القضاء و طلب نقضه، و يقبل طلبه اذا كان مع المتظلم حجة تجعل طلبه محتملا للصحة اما اذا خلا عن الحجة فلا ينظر فيه[2]، و قد وجدت تلك الاتفاقية تطبيقا في التشريع المصري حين اجاز المقنن بموجب القانون رقم 43 لسنة 1974 بشان استثمار المال العربي و الاجنبي و المناطق الحرة و المعدل بالقانون رقم 32 لسنة 1977 فصل المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ احكام هذا القانون، و تجدر الاشارة الى ان اجازة المقنن المصري لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وفقا للنظام الذي نصت عليه اتفاقية واشنطن امر ينطبق على جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمار بغض النظر عن طبيعتها القانونية سواء المنازعات التجارية او الادارية[3].

د-طبيعة الحكم التحكيمي الصادر من المركز

يعتبر الحكم الصادر عن المركز نهائيا لا يمكن استئنافه كما يمكن تنفيذه تلقائيا بدون الالتجاء الى اي اجراءات اخرى، فيجب على كل دولة الاعتراف بان حكم المركز ملزما لها بمجرد ابراز نسخة من الحكم مصدقا عليها من السكرتير العام للمركز، كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية التي فرضها الحكم التحكيمي على اقليمها و ذلك بمجرد تقديم النسخة المصادق عليها من السكرتير العام للمركز[4]، و مع ذلك اتاحت الاتفاقية ثلاثة اسباب يمكن بمقتضاها الطعن في الحكم الصادر عن المركز:

- طلب كتابي لمراجعة الحكم باخطار السكرتير العام للمركز، و تجوز المراجعة عند اكتشاف وقائع جديدة من شانها التاثير على الحكم الصادر، و يجب ان يقدم طلب المراجعة خلال تسعين يوما من تاريخ اكتشاف الواقعة وفي كل الاحوال خلال ثلاث سنوات بعد صدور الحكم (انظر الى المادة 51 من الاتفاقية).

---

[1] عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية-دراسة قانونية مقارنة-ط1، نفس المرجع، ص124.

[2] عبد المجيد محمد السوسوه: اثر التحكيم في الفقه الاسلامي، مجلة الشريعة و القانون، العدد الثاني و العشرون، ذو القعدة 1425، يناير سنة 2005، ص125، و في الشريعة الاسلامية على القاضي ان ينفذ حكم المحكم ما دام مستوفيا للاصول الشرعية، و ليس للقاضي ان ينقض الحكم اذا جاء مخالفا لمذهبه، و قد اشترط الحنفية ان يكون حكم المحكم يوافق مذهب القاضي، و انه اذا خالف مذهبه فللقاضي ان ينقضه انظر الى المبسوط للسرخسي11/16، فتح القدير500/5، بدائع الصنائع4081/9، الفتاوى الهندية398/3، القوانين لابن الجزي ص325، هذا هو الراي الثابت عند عامة فقهاء الحنفية المنصوص عليه في مصنفاتهم الشهيرة، الا ان بعض الحنفية كابن نجيم لم يسلم بهذا الراي و ذهب الى راي الجمهور، انظر البحر الرائق25/7.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص147-150.

[4] اثناء المداولات التي ادت الى اقرار الاتفاقية كان هناك راي ينادي باتاحة الفرصة للتخلص من الحكم التحكيمي الصادر عن المركز على اساس الدفع بالنظان العام، و استقر الراي على ان السماح باثارة هذا الدفع من شانه هدم كل ما قامت به الاتفاقية من اجله في سبيل تثبيت دعائم حكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار بين الدول و المستثمرين الاجانب، و ظهرت الصيغة النهائية للاتفاقية خالية من أي دفع متعلق بالنظام العام، انظر الى جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نفس المرجع، ص56-51.

– يمكن لاي من الطرفين ان يطلب من المحكمة تفسير معنى مضمون الحكم او نطاقه، و هذا الطلب يجب ان يكون في شكل طلب كتابي و يتم ايداعه لدى السكرتير العام للمركز (انظر الى المادة 50 من الاتفاقية).

– يجوز لاي من الطرفين ان يطلب ابطال الحكم و ذلك عن طريق تقديم طلب كتابي الى السكرتير العام للمركز بناء على احد الاسباب المحددة في الاتفاقية، و يجب تحرير طلب الابطال خلال مائة و عشرين (120) يوما بعد اصدار الحكم، اما في حالة الغش فيكون تقديم الطلب خلال مائة و عشرين (120) يوما من تاريخ اكتشافه، و يمكن تاسيس طلب الابطال على احد الاسباب التالية:

– اذا لم يتم تشكيل المحكمة تشكيلا صحيحا.

– اذا تجاوزت المحكمة بوضوح حدود سلطتها او لم تراع القواعد الاجرائية الاساسية.

– اذا وقع فساد او رشوة من احد اعضاء المحكمة.

– اذا لم يذكر الحكم الاسباب التي استند اليها[1].

ثانيا: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

ترجع فكرة الضمان الدولي في نشاتها الى الضمانات الحكومية المرتبطة بقروض دولية يقدمها أصحاب رؤوس اموال خاصة الى هيئات اجنبية عامة او خاصة لضمان حكومة المقرض و المقترض، و كانت للولايات المتحدة الامريكية الاولى في تطبيق نظام الاستثمارات الخاصة بالخارج بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، و قد ادى ذلك الى صدور قانون التعاون الاقتصادي سنة 1948 الذي انشا لضمان الاستثمارات الامريكية الخاصة في غرب اوروبا، بهدف توقيف منع تحويل العملة من البلاد المضيفة لهذه الاستثمارات، و مع مرور الوقت تطور هذا النظام من حيث نطاقه و ادارته و الياته[2]، و اصبح هذا الضمان و ما يرتبط به من اتفاقات بين الحكومة الامريكية و الدول المضيفة للاستثمارات الامريكية عاملا في حماية راس المال الخاص في الخارج، خاصة مع النص على حلول الولايات المتحدة محل المستثمر الذي يصيبه الضرر عند تحقق الخطر[3].

و بالعودة لمدى تقبل الدول المضيفة لمثل هذا الضمان نجد انها على اقتناع بان امكانية الضمان في ذاتها سوف تساعد على جذب رؤوس الاموال و الاستثمارات الاجنبية، و لكن وفق شروط محددة التي ربما تحافظ على مصالح الدولة المضيفة كالحدود التي تحكم تغطية الخسارة المشمولة بالضمان او القواعد التي تلزم الدول المنظمة لنظام الضمان الدولي، اما بالنظر الى المستثمرين الاجانب فهم يرغبون بفكرة انشاء نظام ضمان دولي يحمي استثماراتهم من اخطار قد تتسبب بها الدول المضيفة[4].

---

[1] جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نفس المرجع، ص50–52.

[2] ابراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة1971، ص144.

[3] ابراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية، نفس المرجع، ص16.

[4] ابراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية، نفس المرجع، ص30.

1- إختصاصات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تسوية المنازعات

تختص الوكالة الدولية عبر مجلسها الاداري بحسم الخلافات التي تثور حول تفسير او تطبيق بنود الاتفاقية المنشئة للوكالة، سواء كان الخلاف بين الوكالة و احدى الدول الاعضاء او بين الاعضاء بعضهم مع بعض اخر، و يصدر مجلس الادارة قراراته النهائية في هذا الشان لحسم الخلافات ، و من الامثلة على بعض المنازعات التي تثور بشان الاستثمارات ضمن اطار الوكالة:

- عدم وجود قواعد ثابتة و واضحة لمعاملة الاستثمارات الاجنبية.
- المنازعات المثارة حول الشروط الاصلية المتعلقة بالاستثمار.
- عندما عدم توازن شروط عقد الاستثمار بين الطرفين او جمودها و عدم تكيفها مع مع الظروف.
- الصعوبات المالية او الفنية التي تهدد بخسارة مشروع الاستثمار.
- عدم وضوح القواعد الواجبة التطبيق على منازعات الاستثمار[1].

2-المخاطر الصالحة للضمان

جاءت الاتفاقية لتغطية المخاطر غير التجارية مع الاخذ بعين الاعتبار مخاطر المشروع ذاته و مجاله و احتمالات الربح و الخسارة و مقدار مشاركة المستثمرين المحليين و الاجانب او المشاركة المقدمة من المؤسسات الدولية[2]، و بالعودة الى المخاطر التي تدخل ضمن نطاق الضمان نصت المادة 11 عليها على سبيل الحصر:

- مخاطر القيود على تحويلات العملة و مخاطر المصادرة و التاميم، مخاطر الحرب و العصيان المدني و مخاطر فسخ العقد او الاخلال به، و لعل اهم هذه المخاطر ما نصت عليه المادة 11 في فقرتها "ا" من الاتفاقية المنشئة للوكالة هو خطر التاميم، و تشمل هذه المخاطر اتخاذ الحكومة المضيفة اي اجراء تشريعي او اداري يترتب عليه حرمان المستفيد من ملكيته من شانه الاضرار بمنافع اساسية لاستثماره، و لا تشمل هذه الاجراءات تلك التي تتخذها الدولة في اطار الاجراءات العامة بقصد تنظيم النشاط الاقتصادي العام[3].

3- الإستثمارات الصالحة للضمان

نصت المادة 13 من الاتفاقية على ماهية الاستثمارات الصالحة للضمان و المتعلقة بحقوق الملكية و القروض المتوسطة او الطويلة الاجل التي يضمنها المشاركون في المشروع الاستثماري، و كذلك ما

---

[1] ابراهيم شحاتة: تعليق على اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد41 سنة 1985، و التي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، ص 201.

[2] انظر الى الموقع الالكتروني:www.miga.org

[3] Malcolm d.Rowat,Multilateral Approaches improving the investement climate of developing countries,Harvard international law journal 1vol.33,n.1,Winter1992,p.129.مشار اليه في:عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، نفس المرجع، ص 164-165.

تضمنته عقود الخدمات و الامتياز و الترخيص و اتفاقات الشراكة النقدية او العينية[1]، و كذلك تضم الاستثمارات الصالحة للضمان المشاريع التي تم خصخصتها كالاستثمارات المتعلقة بالمساعدة الفنية و عقود نقل التكنولوجيا، و تقوم الوكالة بضمان بقية انواع الاستثمارات التي يوافق عليها المجلس ادارتها و ذلك وفق شروط ينبغي توفرها عند القيام بالضمان و هي:

– ان تلبي المشاريع الاستثمارية حاجات الدول المضيفة كاشباع حاجاتها الاقتصادية و تحقيق نقل للتكنولوجيا.

– ان تتماشى المشاريع الاستثمارية مع القوانين و لوائح الدولة المضيفة.

– ان تكون المشاريع الاستثمارية ذات قيمة اقتصادية [2]، و تكون الحماية المعطاة للاستثمارات محققة عند ابرام الوكالة اتفاق مع الدولة المضيفة على اعطاء حماية للاستثمارات تحول دون وقوعها في مخاطر بشكل مباشر او غير مباشر للدولة[3]، كما تتطلب الاتفاقية للتمتع بصلاحية الضمان ان يكون المستثمر من مواطني دولة عضو في الوكالة غير الدولة المضيفة اذا كان المستثمر شخصا طبيعيا، و اذا كان المستثمر شخصا اعتباريا فيشترط ان يكون قد تاسس في دولة عضو او مقر اعماله الرئيس يقع في هذه الدولة او ان تكون غالبية راس ماله مملوكة لاشخاص يعتبرون اجانب حسب الدولة المضيفة و هذا ما نصت عليه المادة 13 من الاتفاقية، و في حال تمتع المستثمر باكثر من جنسية عندها يعتد بجنسية العضو في الوكالة اذا كانت الجنسية الاخرى هي لدولة غير عضو، اما ان كان يحمل جنسيتين احدهما جنسية الدولة المضيفة عندها يعتد بجنسية الدولة المضيفة[4]، فضلا على ما سبق فان ادراج المستثمرون شرط التحكيم في عقودهم يعد الوسيلة الافضل لطرح منازعاتهم على اشخاص ذوي خبرة فنية و مختصين في القانون الاقتصادي[5]، في حين هناك راي اخر يعتبر ان نظام التحكيم بتاييد من فقهاء التدويل و هيمنة الشركات متعددة الجنسيات ادى الى استبعاد قانون الدولة[6]، و ايضا تقدير المسالة من اختصاص قضاء الدولة المضيفة و من هنا تبدو اهمية التحكيم الدولي كوسيلة مناسبة لحسم منازعات الاستثمار بحيادية[7]، و لهذا فقد اصبح التحكيم احد اهم وسائل حسم المنازعات التجارية ليس فقط على الصعيد الدولي بل كذلك على الصعيد المحلي لما يتمتع به من مزايا مستندة في اساسها الى مبدا سلطان الارادة.

---

[1] ابراهيم شحاتة: تعليق على اتفاقية انشاء الوكالة الدولية، المرجع السابق، ص193.

[2] راجع الموقع الالكتروني للوكالة الدولية لضمان الاستثمار WWW.miga.org

[3] ابراهيم شحاتة: تعليق على اتفاقية انشاء الوكالة الدولية، المرجع السابق، ص195، مشار اليه في عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، المرجع السابق، ص168.

[4] الموقع الالكتروني:www.miga.com

[5] محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القنون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة لنيل درجة دكتوراه، مقدم الى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، بدون ناشر، سنة 1998، ص336 و ما بعدها.

[6] حسام عيسى: دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية (التحكيم التجاري الدولي) نظرة نقدية، بدون ناشر،القاهرة، سنة 1990، ص10–59.

[7] عادل خير: التحكيم و القانون، مركز الدكتور عادل خير للقانون و التحكيم، المجلد الثالث، القاهرة، يوليو سنة 1997، ص81.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم البترولي

يعد موضوع القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي على منازعات الاستثمار الدولي بوجه عام و الاستثمار البترولي بوجه خاص ذو اهمية بالغة، سواء اكان القانون الواجب التطبيق يتعلق باجراءات التحكيم او بموضوع النزاع، و تزداد اهمية هذه المسالة لدى المحكم الدولي الذي ليس له قانون اختصاص او ما يسمى بقانون القاضي الذي يحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق، مما يترتب عنه مسالتين، المسالة الاولى و هي من خلالها يمكن للاطراف في اتفاق التحكيم اختيار القانون الذي يطبق على النزاع اذا كان يتسم بصفة الدولية سواء من حيث الاجراءات او من حيث الموضوع، و ذلك من حيث اجراءاته اذا كان المحكم اجنبيا او في حالة قيام اجراءات التحكيم في دولة اجنبية يكون التحكيم دوليا بطبيعته و يخضع بالتالي لمفاهيم القانون الدولي الخاص، اما المسالة الثانية حيث انه ليس من السهل وضع معيار واضح يفصل بين ما هو اجرائي و ما هو موضوعي، ذلك ان هناك من القواعد القانونية ما يمس الموضوع و الاجراءات معا، و تذهب الاغلبية الفقهية الى اعتبار ان مسالة التفرقة بين ما هو اجرائي و ما هو موضوعي عملية تكييف يحكمها القاضي المعروض عليه النزاع[1]، و هو ذو اهمية من جانبين[2]، الجانب الاول من خلاله قد يعفى المحكم من اتباع القواعد التي تنظم الاجراءات دون الموضوع نظرا لان القواعد الاجرائية هي مجرد وسيلة لاظهار كافة جوانب الحقيقة امام المحكم و ليست غاية في ذاتها، اما الجانب الثاني من خلال ضابط الاسناد الذي يمثل عنصرا في قاعدة تنازع القوانين الى تحديد القانون الواجب التطبيق على المسالة المتنازع فيها[3]، و الراجح ان التفرقة بين المسائل الموضوعية و الاجرائية هي مسالة تكييف تخضع للقانون المختص من حيث الاجراء و من حيث الموضوع، و لكن يثور التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون؟، يذهب البعض الى انه اذا اختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على اجراءات الخصومة يتعين عليه اعماله، و اما اذا لم يعبر المتعاقدان عن ارادتهم الصريحة يتعين على المحكمة ان تبحث عن ارادتهم الضمنية، و يذهب اتجاه اخر الى تطبيق القانون الاجرائي السائد في الدولة التي سيجري فيها تنفيذ الحكم باعتباره النظام القانوني الذي سيتكفل بالتنفيذ، في حين يذهب اتجاه اخر الى حق محكمة التحكيم اختيار القانون الذي يحكم اجراءات الخصومة امامها و بهذه المثابة فلمحكمة التحكيم حق الخيار بين الانظمة المطروحة عليها للوصول للقانون الاكثر ملاءمة.[4]

---

[1] احمد عبد الكريم سلامة: اصول المرافعات المدنية و الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، مصر، سنة 1984، ص 298.
و كذلك عزت البحيري: تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة1997، ص207-208.

[2] خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الشروق، القاهرة، مصر،سنة 2002، ص248.

[3] خالد ابراهيم التلاحمة: القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم التجاري الدولي، جهينة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، سنة 2006، ص11-12

[4] هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص533-535.

تظهر المشكلة التي يعاجها هذا الباب من خلال الاجابة عن عدة تساؤلات نذكرها في النقاط التالية: ما القانون الواجب التطبيق على اجراءات و موضوع التحكيم البترولي؟، فهل تخضع عقود الاستثمار البترولي لقانون ارادة الاطراف؟، و في حالة سكوت الاطراف فما هو القانون الواجب التطبيق؟، هل هو القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الطرف في العقد او لقانون اخر يتضمن احكام اكثر ملاءمة لاجراءات و موضوع النزاع؟...

و تاسيسا لما سبق ذكره سنسلط الضوء في هذا الفصل الى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم البترولي، و ذلك بتقسيمه الى مبحثين، نخصص المبحث الاول لدراسة القانون الواجب التطبيق على اجراءات اتفاق التحكيم البترولي، في حين سنتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم البترولي في المبحث الثاني.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات اتفاق التحكيم البترولي

يقصد باجراءات التحكيم و سير المنازعة تلك القواعد الاجرائية التي يتعين اتباعها بعد تعيين المحكم او تشكيل هيئة التحكيم الى صدور قرار التحكيم، و يثور التساؤل حول القانون الذي يحكم اجراءات سير المنازعة فهل لارادة اطراف النزاع بهذا الشان اي دور في اختيار القانون الواجب التطبيق؟، و دور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم يختلف حسب نوع التحكيم فيما اذا كان هو التحكيم الحر او التحكيم المنظم، فبالنسبة للتحكيم الحر او الخاص فان لارادة الخصوم عند غالبية الفقه و القضاء و في القواعد التشريعية الوطنية دورا في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الاجراءات المتبعة لفض النزاع و قد تكون هذه الارادة صريحة او ارادة ضمنية[1]، اما بالنسبة للتحكيم امام هيئات التحكيم التجاري الدولي الدائمة، فان التحكيم المنظم تسري عليه الاحكام اللائحية من حيث الاجراءات التي يتم اتخاذها من قبل هيئات التحكيم المشكلة ضمنه و ينحصر دور ارادة اطراف العقد في اختيار

[1] ففي المادة الخامسة(1،د) نصت اتفاقية نيويرك على جواز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم اذا قدم الخصم الدليل على: (ان تشكيل هيئة التحكيم او اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الاطراف او لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق).

و قد ذهبت محكمة التمييز الكويتية الى غير هذا الراي في حكمها رقم1980/62(تجاري) الصادر في1981/05/27(غير منشور)حيث استخلصت من حكم الفقرة(1–د) من المادة الخامسة من الاتفاقية ان على الخصم الذي يعارض تنفيذ حكم التحكيم ان يقدم الدليل "ان هذا التشكيل لم تقتصر مخالفته على نص مشارطة التحكيم فحسب وانما امتدت هذه المخالفة الى الاحكام القانونية المكملة والمفسرة لارادة المتعاقدين في قانون البلد الذي تم فيه التحكيم بما مقتضاه ان يقدم النصوص القانونية الرسمية لهذه الاحكام مع بيان وجه مخالفتها" و كان شرط التحكيم في العقد يشير الى تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين بينما صدر حكم التحكيم المطعون ضده امام التمييز من محكم فرد وفقا للقانون الانجليزي و هو قانون بلد التحكيم، و قد اعترض الطاعن على وضع الصيغة التنفيذية عليه لمخالفته لشرط التحكيم ومشارطته والذي يقضي بالتشكيل الثلاثي بناء على اتفاق الاطراف الصريح، و في ردها على نعي الطاعن نسبت محكمة التمييز اليه انه لم يقدم ما يثبت ان حكم التحكيم و اجراءات التحكيم مخالفة للقانون الانجليزي، بل ذهبت المحكمة الى ان "حكم المحكم و اجراءات التحكيم توافق القانون الانجليزي و هو قانون البلد الذي صدر الحكم فيه".

و في هذا القول وذلك ايجاد بان ليس هناك الاولوية في اتفاقية نيويورك للارادة كما هو النص بالفعل، و اكثر من ذلك ان هذا الحكم جعل الاولوية لقانون محل التحكيم دون الاتفاق بالنسبة لمسالة التحكيم و اجراءاته و هو ما يخالف ما قصدته اتفاقية نيويورك.

مكان التحكيم و لغته[1]، يعهد التحكيم النظامي او المنظم[2] الى هيئات دولية او اقليمية او وطنية تطبق قواعد و اجراءات محددة بواسطة محكمين يختارون من قوائم معدة مسبقا لهذا الغرض، و هيئات التحكيم المنظم متعددة منها ما هو وطني مثل هيئة التحكيم بالمحكمة الكلية ب " الكويت " التي نصت عليها المادة 177 من قانون المرافعات الكويتي[3]، و منها ما هو دولي مثل محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس[4] و جمعية التحكيم الامريكية[5] و محكمة تحكيم لندن[6] و معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة " استوكهولم "، كما تختلف القواعد و الاجراءات المطبقة على التحكيم فالتحكيم الوطني او الداخلي يميل الى اتباع القواعد و الاجراءات التي تنصت عليها القوانين الوطنية الداخلية[7]، و اما التحكيم الدولي او الاجنبي فتختلف اجراءاته وفقا للهيئة التي تقوم به[8]، حيث تضمن قانون الأونسيترال لسنة 1985 و أهم التعديلات التي اعتمدت سنة 2006 الملامح الرئيسية للقواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي كقانون نموذجي وذلك بهدف إعادة النظر في التشريعات الوطنية للدول المنضمة[9].

و عليه سنبحث هذه الجوانب من خلال مطلبين، نبين كيفية خضوع اجراءات التحكيم لقانون الارادة المستقلة في المطلب الأول، ثم نتطرق للقانون الواجب التطبيق عند غياب الارادة المستقلة في المطلب الثاني.

---

[1] احمد السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشرة، العدد الاول و الثاني، الكويت، مارس–يونيو سنة 1993، ص 188–192.

[2] و يسمى ايضا تحكيم المؤسسات، و بالفرنسية Arbitrage institutionel و بالانجليزية Arbitral institutions.

[3] تنص المادة 177 المذكورة اعلاه: (يجوز لوزارة العدل ان تشكل هيئة تحكيم او اكثر تنعقد في مقر المحكمة الكلية او اي مكان اخر يعينه رئيس الهيئة، و تكون رئاستها لمستشار او قاض تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة، و عضويتها لاثنين من التجار او ذوي التخصصات الاخرى، يتم اختيارهما من الجداول المعدة في هذا الشان و ذلك وفق القواعد و الاجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل، و يقوم بامانة سر الهيئة احد موظفي المحكمة الكلية.

و تعرض عليها–بغير رسوم–المنازعات التي يتفق ذوو الشان كتابة على عرضها عليها، و تسري في شانها القواعد المقررة في هذا الباب، و مع ذلك يجوز لها ان تصدر الاحكام والاوامر المشار اليها في الفقرات ا،ب،ج من المادة (180).

[4] و مثاله ايضا مركز التحكيم الاقليمي في"كولومبور" و يتبع هذان المركزان اللجنة الافرو–اسيوية القانونية الاستشارية (AALCC).

[5] الجمعية الامريكية للتحكيم American Arbitration Association(AAA).

[6] محكمة لندن للتحكيم الدولي London Court of Arbitration(LCIA).

[7] يعتبر القانون الكويتي التحكيم وطنيا اذا صدرت احكامه في الكويت، و يكون اجنبيا اذا صدرت احكامه في بلد اجنبي بصرف النظر عن القانون الذي تمت بمقتضاه اجراءات التحكيم.

[8] ابراهيم الدسوقي ابو الليل: قواعد و اجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق،السنة السابعة عشرة، العدد الاول و الثاني، الكويت، مارس–يونيو 1993، ص59–61.

[9] Loi turpide la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006 publication des nations unies, printed in Austria,p28 .

المطلب الأول: خضوع إجراءات التحكيم لقانون الارادة المستقلة

يعتمد تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البترول على الإرادة المستقلة للأطراف المتعاقدة التي يمكن التعبير عنها في أي وقت كمبدأ مكرس في النصوص القانونية الدولية و الوطنية، و هذا يثبت بأنه من الممكن التأكيد على وجود المبدأ العام في القانون إلا انه لا يطبق بصفة مطلقة، فمثلا يتم تحديد النظام القانوني المطبق على العقود الدولية البترولية بالرجوع إلى أعراف التجارة الدولية في مسالة تنازع القوانين[1]، و في اطار مناقشة الأساس النظري للقانون الذي يحكم عقود الدولة الاستثمارية يتضح انه القانون الذي يستمد قوته الإلزامية من إرادة الأطراف المتعاقدة [2].

و مع تطور فكرة نظرية تنازع القوانين لم يعد دور مبدا قانون الارادة يقتصر على تلك الوظيفة التفسيرية بل اصبح يستخدم كمبدا سابق "Principe a posteriori" يسمح بذاته بحل تنازع القوانين في العقد ذي الطابع الدولي، بحيث وفقا لهذا المبدا يخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف صراحة او ضمنا او الذي يحدده القاضي استخلاصا من ظروف الحال و وقائع القضية المعروضة، و رغم ان قانون الارادة في مفهومه يعني خضوع العقد للقانون الا انه تعرض من جانب الفقه التقليدي للنقد بحجة انه يجعل من المقبول ان قانونا ملزما في الروابط بين المواطنين يصبح اختياريا عندما يتعلق الامر بروابطهم مع الخارج و الى اختيار القانون الاكثر استجابة لمصالحهم، على خلاف القانون الذي يربط العقد موضوعيا، و مهما يكن فان العقد الدولي وفقا لهذا المبدا ذاته يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة و تلك هي القاعدة الموروثة التي لا تخرج عنها القوانين الوضعية و احدث التشريعات في ميدان القانون الدولي الخاص[3].

و عليه نقسم دراستنا في هذا المطلب الى ثلاث فروع، نتناول كيفية خضوع اجراءات التحكيم لقانون ارادة الاطراف و قانون التحكيم في الفرع الاول، ثم نبين قانون الارادة و الدور الاحتياطي لقانون مكان التحكيم في الفرع الثاني، و اخيرا نتطرق لقانون الارادة المستقلة و القانون المختار من قبل المحكمين في الفرع الثالث.

الفرع الأول: خضوع إجراءات التحكيم لقانون ارادة الاطراف و قانون مكان التحكيم

اخضعت نظرية الاحوال الايطالية في القرنين الثاني و الثالث عشر العقد لقانون محل ابرامه سواء من حيث الشكل او الموضوع، و قد علل فقهاء هذه النظرية خضوع العقد لقانون محل لابرام بالرضاء

[1] Carmen Otero Garcia-Castrillon : Determining the law applicable to oil,the journal of world energy law and advance access,2013,p07-33.

[2] FA Mann:The theoritical approach to wards the law governing contracts between states and private persons,centre de droit international étranger,1974,p01.

[3] خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، سنة 2008، ص 12-13.

الضمني للمتعاقدين حين ابرامها للعقد تحت ظل هذا القانون[1]، و اختيار القانون الذي يحكم العقد اما ان يكون صريحا او ضمنيا، و الصريح يعبر عنه بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق كما في العقود النموذجية[2]، و اما الارادة الضمنية و هي التي يستنبطها القاضي من الظروف المحيطة بالعقد و من تفسيره، و من الدلائل التي يمكن ان يستعان بها في استخلاص الاختيار الضمني للاطراف هي مكان تنفيذ الالتزام و مكان التنفيذ او محل الدفع...الخ[3].

و نصت المادة الثانية من بروتوكول جنيف على ان: (تخضع اجراءات التحكيم، بما في ذلك تشكيل محكمة التحكيم لارادة الاطراف و لقانون البلد الذي يجرى على اقليمه التحكيم)، ذهب راي من الفقه[4] في تفسير هذا النص الى ان التحكيم يجب ان يخضع لقانون الدولة التي يوجد بها مقر التحكيم، في حين ذهب الفقه الغالب[5] الى ان اجراءات التحكيم تخضع في المقام الاول لقانون ارادة الاطراف و ان قانون الدولة مقر التحكيم يطبق بصفة احتياطية، و بالنسبة لاتفاقية جنيف بشان تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية فانها لم تقدم الجديد، فقد احالت في شان القانون الواجب التطبيق على اجراءات الى نص المادة الثانية من البروتوكول السالف بيانها و لعل ذلك يرجح الى ان اتفاقية جنيف كان موضوعها الوحيد هو تنفيذ احكام التحكيم الصادرة بناء على اتفاقات التحكيم التي تدخل في اطار البروتوكول[6]، و الاتجاه الغالب لدى الفقه[7]ذهب الى الاعتراف للاطراف بالحرية المطلقة في اختيار قانون دولة ليس له اي صلة باطراف او اجراءات التحكيم ذاتها شريطة احترام القواعد الامرة و النظام العام في الدولة التي يجري فيها التحكيم، و هذه الاجراءات تختلف حسب نوع التحكيم الذي يلجا له الاطراف فيما اذا كان هو التحكيم الحر ام كان التحكيم منظم، فبالنسبة للتحكيم الحر او الخاص فان للارادة الخصوم عند غالبية الفقه دورا في صياغة القواعد الاجرائية و اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الاجراءات المتبعة لفض النزاع، و قد تكون

---

[1] ماجد الحلواني: القانون الدولي الخاص و احكامه في القانون الكويتي، دون بلد النشر، سنة 1971، ص 268، و كذلك حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، سنة1997، ص146.

[2] علاء الدين محمد عبابنة: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الاردني و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، سنة 2004، ص 190

[3] حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، نفس المرجع، ص 152.

[4] Pallieri(B) :OP .Cit.,PP .388-389 ;SAUSER-HALL :Op.Cit. ,1952,P .532etS,1957,P.395etS.

[5] BERNARD(A) :Op.Cit .P.430 ,N° 741 ;CARABIBER(Ch) :L'arbitrage international entre gouvernement et particuliers,Recueil des cours,1950,P .262 etss . ;

FOUCHARD(ph). :L'arbitrage commercial...,Op.cit.,P.326,N 503 et P. 331,N° 511 ;GOLDMAN(B) :Les conflits de lois...,Op.Cit.,PP .382-382,N°17.

[6] انظر في التعليق على الاتفاقية:

BERNARD(A) :Op.Cit.,478 etS .Spéc P.493,N°827 .

[7] محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة، ص292، و كذلك عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي، بدون ناشر، سنة 1995، ص 51.

الارادة صريحة او ارادة ضمنية و في هذا الشان يلعب قانون مقر التحكيم دورا احتياطيا[1]، و كثيرا ما يكتفي الاطراف ببعض التفصيلات المهمة في التحكيم الخاص ككيفية تشكيل هيئة التحكيم، اختيار الرئيس و مكان انعقاد التحكيم، تاريخ اصدار القرار و نفقات التحكيم و يتركون غيرها من الاجراءات الى قانون يتم اختياره من قبلهم الى المحكم نفسه[2]، اما التحكيم المنظم فيقصد به التحكيم الذي يجري بواسطة هيئات التحكيم الدائمة التي لها نظمها و اجهزتها المتخصصة و التي يكفي فيها التحكيم بالاحالة عليها لحل النزاع [3]، و باستقراء لوائح هيئات التحكيم الدائمة نجد ان هناك اتفاق بينها فيما يتعلق بالمسائل الاجرائية و هذا يدل على الطابع الموحد لاجراءات التحكيم، فعلى صعيد المسائل الاجرائية نجد ان اغلبية لوائح التحكيم تستبعد اللجوء و لو احتياطيا الى اي قانون وطني كما انها تجيز للمحكمين تكملة النصوص الاجرائية التي تعتريها دون ان تلزمهم باللجوء الى احكام هذا القانون الوطني[4].

الفرع الثاني: قانون الإرادة المستقلة و الدور الاحتياطي لقانون مكان التحكيم

نصت الفقرة الاولى من المادة السادسة من اتفاقية نيويورك على انه: (لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه بناء على طلب الطرف المتمسك ضده بالحكم الا اذا قدم هذا الطرف للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيه الاعتراف بالحكم و تنفيذه الدليل على ان: – تشكيل محكمة التحكيم او اجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لاتفاق الاطراف او لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف)، و في تفسير هذا النص يرى الفقه الغالب[5] ان مضمون المادة اعطى للاطراف الحرية الكاملة في تنظيم اجراءات التحكيم فيجوز لهم الاتفاق في شرط التحكيم الوارد في العقد او في اتفاق التحكيم على المحكمين الذين تتشكل منهم محكمة التحكيم، في حين يرى بعض الفقهاء[6] انه عند قراة النص في البداية يظهر انه يعطي للاطراف امكانية فصل اجراءات التحكيم عن القانون الوطني، في حين يعتبر هذا التفسير لا يتوافق مع مضمون الاعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك، و الاكثر اتفاقا مع مضمون اتفاقية نيويورك هو تقرير مبدا استقلال ارادة الاطراف في اختيار نظام قانوني معين.

---

[1] اشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام و القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الاجنبي، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2003، ص 3-4.

[2] احمد السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العدد الاول و الثاني، سنة 1993، ص 190.

[3] سامية راشد: التحكيم في اطار المركز الاقليمي بالقاهرة، دون ناشر، مصر، سنة 1986، ص 13.

[4] ابو زيد حسين سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 474.

[5] SANDERS(P) :Vingt annéees...,Op. Cit ., p.361 et P.368 ;La convention de New York, ...,OP.Cit .,P 316 ;Aspects de l'arbitrage international,R.D.I.D.C.,1976, P 138 ;LOUSSOUARN(y),et BREDIN (J-D),Op.Cit.PP.114-115 ;GOLDMAN(B) :Arbitrage ...Op .Cit ...Dalloz,Dr.int.129 ,N°208-209 ;BOISSESON :Le droit Français...Op.Cit.,P .662 ,N°708 .

[6] FRAGISTAS :(ch .N),Op.cit .P .16,Note 1.

انظر ايضا:.KLEIN(F .E),L'arbitrage international...Op.Cit.,p. 51 ,Note 30

الفرع الثالث: قانون الإرادة المستقلة و القانون المختار بواسطة المحكمين

نبين من خلال هذه الدراسة كيفية خضوع اجراء التحكيم لقانون الارادة و القانون الذي يختاره المحكمين، و ذلك بالرجوع الى راي الاتفاقيات الدولية في هذا الشان، و بالتحديد الاتفاقية الاوربية بشان التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، و اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، و يرافق ذلك استطلاع لراي الفقه حول هذه المسالة و قراءاتهم لبنود الاتفاقيات الدولية.

أولا: الاتفاقية الاوربية بشان التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961

نصت المادة التاسعة من الاتفاقية الاوربية على انه: (ان بطلان حكم التحكيم الداخل في نطاق هذه الاتفاقية في احدى الدول المتعاقدة لا يشكل سببا في رفض الاعتراف بهذا الحكم او تنفيذه في دولة اخرى متعاقدة الا اذا كان هذا البطلان قد قرر في الدولة التي صدر فيها الحكم او في الدولة التي صدر الحكم وفقا لقانونها وذلك لاحد الاسباب التالية: – اذا لم يكن تشكيل محكمة التحكيم او اجراءات التحكيم مطابقا لاتفاق الاطراف او لاحكام المادة الرابعة من هذه الاتفاقية في حالة عدم وجود هذا الاتفاق)، و هكذا فان الاتفاقية الاوربية قد اخذت مثلها في ذلك –مثل اتفاقية نيويورك– بمبدا استقلال الارادة في تحديد القواعد واجبة التطبيق على اجراءات التحكيم، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة على انه: (اذا اتفق الاطراف على تسوية منازعاتهم بطريق التحكيم الحر...دون ان يتضمن اتفاق التحكيم اي بيان حول الاجراءات اللازمة لتنظيم التحكيم...كان من حق المحكمين اتخاذ هذه الاجراءات)، و نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على ان: (لرئيس الغرفة التجارية المختص او اللجنة المختصة حسب الاحوال القدرة على تحديد القواعد الاجرائية الواجب مراعاتها من قبل المحكمين، سواء مباشرة او باللجوء الى لائحة مركز دائم للتحكيم ذلك اذا لم يقم المحكمون بتحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف في هذا الصدد)، و قد ذهب بعض الفقهاء[1] الى ان هذا النص يفهم منه تدويل اجراءات التحكيم التجاري الدولي من جهة، و من جهة اخرى في حالة اتباع الاطراف اسلوب التحكيم الحر (تحكيم الحالات الخاصة)، وضعت الاتفاقية ثلاث قواعد متتابعة على التوالي و هي:

1– من حق الاطراف تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين،

2– و في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف في هذا الصدد يكون من حق المحكمين القيام بهذه المهمة،

3– في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف و عدم قيام المحكمين بتحديد القواعد الاجرائية مثل رئيس الغرفة التجارية المختصة او اللجنة الخاصة المختصة تحديد هذه القواعد باللجوء الى لائحة مركز دائم للتحكيم.

[1] RIDEAU (J) :L'arbitrage international (Public et commercial),librairie Armand colin,p.25.

و الملاحظ من هذا النص أنه لم يشر الى تطبيق اي قانون وطني و لو بصفة احتياطية، الا انه لا يمنع الاطراف طبقا للحرية الممنوحة لهم في تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين في حالة التحكيم الحر من النص على تطبيق قانون وطني معين ليحكم الاجراءات[1]، و يرى جانب اخر من الفقه[2] ان هذا النص بالنظر الى الحلول المختلفة التي وضعها لمسالة القانون واجب التطبيق على اجراءات التحكيم دون ان يشير الى تطبيق اي قانون وطني معين يكشف عن ارادة واضعي هذه الاتفاقية في تحرير اجراءات التحكيم، و كذلك الابتعاد عن اي تدخل محتمل من جانب السلطات القضائية في الدول المتعاقدة حيث ان الاتفاقية قد اسندت الدور الذي يمكن ان يقوم به القضاء الوطني، سواء عند بدء إجراءات التحكيم او اثناء سيرها الى رؤساء الغرف التجارية المختصة او اللجان الخاصة حسب الاحوال.

ثانيا: اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965

تنص المادة 44 من هذه الاتفاقية على انه: (تسير اجراءات التحكيم طبقا لنصوص القسم الحالي، و طبقا للائحة التحكيم النافذة في التاريخ الذي اتفق فيه الاطراف على اخضاع النزاع للتحكيم ما لم يوجد اتفاق مخالف للاطراف، و اذا ثارت مسالة اجرائية غير منصوص عليها في القسم الحالي او في لائحة التحكيم او في اي لائحة اخرى معتمدة من قبل الاطراف يتم حسم هذه المسالة بواسطة محكمة التحكيم)، يتضح من هذا النص ان القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على التحكيم الذي يتم في اطار المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، و هي:

1- القواعد الإجرائية الواردة في الاتفاقية تعتبر ملزمة للاطراف و لمحكمة التحكيم و ذلك فيما عدا القواعد التي اجازت الاتفاقية للاطراف الاتفاق على مخالفتها.

2- القواعد الاجرائية التي يتفق عليها الاطراف مع الاعتراف للاطراف بحرية واسعة في اختيار هذه القواعد مثل لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1976، او اختيار قانون وطني معين بشرط عدم مخالفة القواعد الامرة في الاتفاقية[3].

3- و في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف تطبق القواعد الاجرائية الواردة في لائحة التحكيم لدى المركز الدولي في اللحظة التي اتفق فيها الاطراف على اللجوء الى التحكيم لدى المركز.

4- اذا ثارت اي مسالة اجرائية غير منصوص عليها في الاتفاقية او في اللائحة الاجرائية التي تبناها الاطراف او اللائحة النافذة لدى المركز يكون من سلطة محكمة التحكيم ذاتها اختيار القانون الواجب التطبيق دون التقيد بقانون دولة معينة[1].

---

[1] GOLDMAN (B) :Arbitrage…Op.Cit. ,Dalloz,Dr .int.,PP .129-130,N°211 etSS,Spéc,N°213.

[2] KLEIN (F.E) :L'arbitrage international… ,Op.Cit . ,P .51 et la convention européenne …,Op.Cit. ,P .635 ,N° 12 ;RIDEAU (J) :Op.Cit.,P .25 ;GOLDMAN :Arbitrage…Op.Cit.,Dalloz,P.130,N°214-215 :KOPELMANAS :La place de la convention …,Op.Cit.,P.341 ;HUYS(M),et KEUTGEN(G),Op.Cit.,P .558,N°785.

[3] انظر في نفس المعنى:.VERGOPOULOS-MICHAIL(A) :Op.Cit.,PP.513-514

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق عند غياب الإرادة المستقلة

قد لا يتفق اطراف النزاع على تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، فهل تخضع اجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم؟ او انها تخضع للقانون المختار بواسطة الاطراف ليحكم موضوع النزاع؟، او يكون من سلطة المحكم اختيار القواعد الواجبة التطبيق على اجراءات التحكيم؟.

و عليه سنبحث هذه الجوانب من خلال فرعين، نتناول قانون مقر التحكيم في الفرع الاول، ثم نبين القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم بواسطة المحكمين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: قانون الدولة مقر التحكيم

قد يتفق الاطراف في اتفاق التحكيم على مكان اجراء التحكيم و ذلك دون تحديد للقانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، و في هذه الحالة يثور التساؤل عن امكانية تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على اجراءات التحكيم، و في هذا الشان اختلف الفقه في الاجابة على هذا التساؤل الى عدة اراء، فقد ذهب جانب من الفقه[2] الى ان تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم طبقا لارادة الاطراف الا ان هذا الراي يختلف مع الراي الغالب في الفقه والذي لا ياخذ بارادة الاطراف في تحديد اجراءات التحكيم ما لم تكن هذه الارادة صريحة، و مع ذلك يرى جانب من انصار الاتجاه[3]انه اذا كانت عملية تحديد مقر التحكيم في دولة معينة ذات دلالة على اتجاه ارادة الطرفين الى اختيار قانون الدولة مقر التحكيم ليحكم اجراءات التحكيم، و يرى جانب اخر من الفقه في تحديد القانون الواجب التطبيق يتعلق باختيار القانون الملائم من الناحية الموضوعية ليحكم المسائل الاجرائية في التحكيم و يعد قانون مقر التحكيم هو القانون الانسب[4]، و يذهب راي ثالث[5] الى القول ان اخضاع اجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم لا يتلاءم مع الحاجات الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي، و ذلك بحجة ان القوانين الوطنية للتحكيم غالبا ما تكون موجزة، في حين اتجه جانب من الفقه[6] الى القول ان قانون الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم هو القانون الذي يطبق على اجراءات التحكيم بالاستناد الى ان المحكم انما يقيم العدالة في الدولة التي

---

[1] GOLDMAN (B) :Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D.,du 18Mars1965pour lr règlement des différends relatifs aux investissements entre Etat et ressortissants d'autres Etats,L'ouvrage collective dans l'investissements étrangères et l'arbitrage entre un Etat et une personne privé,pédone, Paris,1969,P.138 ;VERGOPOULOS-MICHAIL(A) :Op.Cit.,P.443.

[2] ابو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص3-4.

[3] ابو زيد حسين سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص482.

[4] ابو زيد رضوان: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، السنة الثالثة، العدد الاول، سنة1979، ص99.

[5] ابو زيد حسين سيراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع السابق، ص480.

[6] خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع، ص 256، و كذلك سراج حسين ابو زيد: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 458.

يجرى على إقليمها التحكيم، كما يحتج اصحاب هذا الاتجاه بانه في حالة انعقاد جلسات التحكيم في اكثر من دولة فانه يجب تطبيق قانون الدولة التي عقدت فيها محكمة التحكيم جلساتها بصفة رئيسية و خصوصا الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم، و يرى بعض الفقه من مؤيدي هذا الاتجاه[1] انه يجب عند تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم الاخذ بعين الاعتبار ان طبيعة التحكيم ليست تعاقدية بحتة و ليست قضائية بحتة و انما له طبيعة مختلطة، فاذا اتفق الاطراف على تطبيق قانون بلد معين بدون تحديد مكان التحكيم فانه يتعين تفسير ارادتهم المشتركة على انها قد اتجهت الى اختيار مكان التحكيم في البلد الذي تم اختيار قانونه ليحكم الاجراءات، و في حالة عدم اتفاق الاطراف على مكان التحكيم و على القانون الذي يحكم الاجراءات فانه يجب ان يستنتج من ذلك ان الاطراف اتفقوا على ان يتركوا للمحكمين انفسهم تحديد المكان الذي تنعقد فيه محكمة التحكيم، و خلص اصحاب هذا الاتجاه الى ان تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على الاجراءات هو الحل الذي يحقق التوازن بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية لنظام التحكيم الدولي الخاص[2]، حيث يتم التحكيم في المنازعات الاستثمارية الإيرانية بموجب معاهدات الاستثمار المتعلقة بالإختصاص الموضوعي الذي يشير إلى متطلبات الولاية القضائية في تحديد طبيعة التحكيم حول ما إذا كان يدخل في النشاط الاقتصادي و يشكل أداة من أدوات حماية الاستثمار، و ذلك سواء ما ورد في قانون العقود الاستثمار الوطني أو معاهدة دولية للاستثمارات[3]، في حين نص التشريع الجزائري المنظم للمحروقات حسب المادة 58 من قانون رقم 13-01 في فقرتها الاخيرة على: (يطبق القانون الجزائري، و لاسيما هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه، لتسوية الخلافات)[4]، إلا أننا عند تحليل مضمون هذا النص القانوني حول مسالة تطبيق القانون الوطني لتسوية الخلافات، نتساءل عن محل تطبيقه هل يشمل الناحية الاجرائية فقط؟ ام انه يطبق على اجراءات اتفاق التحكيم و موضوعه معا؟، و حسب ظاهر النص يتبين لنا ان المقصود بتطبيق القانون الجزائري لتسوية الخلاف انه يطبق على الحالتين معا لان المقنن لم يستثني حالة دون اخرى، كون انه بامكانه ذكر ذلك الا انه سكت و هذا ما يعني انه يطبق على اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية و الموضوعية.

و انعكس إختلاف آراء الفقهاء في مسالة القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم بين من يدعو لتطبيق قانون الدولة مقر التحكيم وقائل يدعو لتطبيق قانون الارادة، على مختلف التشريعات

---

[1] ابراهيم العناني: تطبيق القانون الداخلي على التحكيمات الدولية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد2، سنة 1996، ص6.
و كذلك فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، سنة 1997، ص 169.

[2] حسين الماحي: انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي حول الاتجاهات الحديثة في التحكيم، حقوق المنصورة، سنة 2000، ص 27.

[3] Ardeshir Atana Atai:Arbitration of investment disputes under Iranian investment treaties,journal of money laundering control,vol 14,n 02,2011,p138.

[4] انظر الى المادة 58 من قانون رقم13-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2013، يعدل و يتمم القانون رقم05 -07 المؤرخ في28 ابريل سنة 2005 و المتعلق بالمحروقات.

المقارنة المتعلقة بالتحكيم سمحت للاطراف باختيار القانون الواجب التطبيق، بما في ذلك قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25-02-2009 و التي نصت مادته رقم 1043 على ما يلي: (يمكن ان تضبط اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا على نظام تحكيمي، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الاطراف في اتفاقية التحكيم، اذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات عند الحاجة مباشرة او استنادا الى قانون او نظام التحكيم)، و حرية الاطراف تتجسد في الاتفاق على اختيار القانون الاصلح لكليهما يمكن لهما ان يتفقا على القواعد الاجرائية لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة مثل الغرفة التجارية الدولية، و هذا الموقف اخذ به المقنن الفرنسي في نص المادة 1494 من قانون الاجراءات المدنية و المقنن المصري في المادة 25 من قانون المرافعات، اما المقنن الجزائري فقد استبعد الاحالة الى القواعد الاجرائية لقانون مكان ابرام اتفاق التحكيم او امكانية اعمال قواعد تنازع القوانين[1].

و تضمنت بعض الاتفاقيات البترولية القواعد التي تنظم اجراءات التحكيم، اما ان تقوم مباشرة بتتحديد القواعد واجبة التطبيق، و اما ان تتبع طريقا غير مباشر بان تشير الى الوسيلة التي من خلالها يمكن تحديد هذه القواعد، و تطبيقا للنوع الاول من هذه الاجراءات ما نصت عليه المادة 1/45 من الاتفاقية المبرمة بين مصر و شركة " فيليبس " سنة 1963 من انه: (يحال الى التحكيم طبقا لقانون الاجراءات المدنية للجمهورية العربية المتحدة، اي نزاع بين الحكومة و الاطراف يتعلق بتفسير هذا الاتفاق او الدعاء بمخالفته، و لا تستطيع الحكومة و الاطراف الوصول الى اتفاق بشانه فيما بينهم)، اما الاتفاقيات البترولية الليبية التي ابرمت في ظل احكام القانون رقم 25 لسنة 1955 فانها تخضع في تنظيمها الى احكام هذا القانون الذي تنص المادة 28 منه بالحالة المنازعات البترولية الى التحكيم و تطبيق القواعد الاجرائية الواردة من 39 الى 64 من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية[2]، كما نصت اتفاقية مصر و شركة "فيليبس" على الاحالة للائحة التحكيم و المصالحة الخاصة بالغرف التجارية الدولية[3]، و تضمنت بعض الاتفاقيات نصوصا اكثر تفصيلا لمعالجة بعض الجوانب الاجرائية في التحكيم، مثل مكان انعقاد مجلس التحكيم[4] و اللغة المعتمدة و تبادل المذكرات و الدفاع و الطلبات الاضافية و نظام الجلسات و

[1] عبد الرحمن خلفي: التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول (مع الاشارة الى التشريع الجزائري)، نفس المرجع، ص 1409-1410.

[2] عدلت المادة 28 من القانون رقم 25 لسنة 1955 بمقتضى قانون البترول الليبي الصادر في 03 يوليو سنة 1961، و نص هذا التعديل بان يقوم الحكم الثالث بتحديد اجراءات التحكيم الواجب التطبيق.

[3] تنص المادة2/45 على: (كما احالت لنفس اللائحة الاتفاقية المبرمة بين سوريا ومجموعة الشركة البريطانية سنة 1965 لانشاء خط الانابيب) (م34).

[4] راجع الاتفاقيات التالية: العراق و شركة نفط الموصل سنة 1932(م39) ببغداد، العراق و شركة نفط البصرة سنة 1938(م41) ببغداد، السعودية و ارامكو سنة 1933(م31) بهولندا، السعودية و الشركة اليابانية سنة 1957(م55) بالمملكة العربية السعودية، مصر و كونتنال سنة 1974(م23) بالسويد، انظر الى احمد عبد الحميد عشوش،عمر ابو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 411-412.

الشهود و الادلة و المستندات و الخبراء و المدة اللازمة لاصدار القرار و عدد الاصوات اللازمة لاصداره و حجيته و نفاقات التحكيم، و قد انتهجت بعض الاتفاقيات البترولية اسلوبا غير مباشر في تحديد القواعد الاجرائية اما بتخويل طرفي النزاع سلطة تحديد هذه القواعد و اما بترك ذلك لمجلس التحكيم، كما تبنت بعض الاتفاقيات حكم القواعد العامة التي تقضي بخضوع التحكيم للقواعد الاجرائية المحلية في الدولة التي ينعقد فيها مجلس التحكيم[1].

و الجدير بالذكر ان المحاكم الفرنسية طبقت مبدا خضوع العقود المبرمة بين الشركات الخاصة و دولة ذات سيادة للقانون الداخلي عندما ثار نزاع بين شركات " شل " البريطانية للبترول و " وارسو " الامريكية و بين الحكومة الفرنسية من جانب اخر، بشان نزاع حول تنفيذ المرسوم الفرنسي الصادر في جانفي سنة 1959 و الذي فرض قيودا على انشاء محطات خدمة بترولية في فرنسا، حيث طعنت الشركات الاجنبية في هذا المرسوم امام مجلس الدولة الفرنسي في شهر جويلية سنة 1964، الا انه في نفس الشهر كانت الحكومة الفرنسية قد نازعت الحكومة الجزائرية حول حق الجزائر في انشاء خطوط انابيب البترول الخام من منطقة " حاسي مسعود " الى مدينة " ارزو " بالجزائر، و اختارت الشركات الفرنسية اللجوء الى محكمة العدل الدولية " لاهاي " و لم تلجا الى القضاء الوطني الجزائري و ذلك لاضفاء الطابع الدولي على العقود البترولية، و اكدت محكمة العدل الدولية مبدا خضوع عقد البترول لاحكام القانون الداخلي، و كذلك مثاله النزاع بين الشركة " الانجلو ايرانية " و الحكومة الايرانية و الذي اخضعته المحكمة للقانون الايراني[2].

الفرع الثاني: القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم بواسطة المحكمين

تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد اجراءات التحكيم عند غياب قانون الارادة او عند تفويضها بذلك من قبل اطراف النزاع، فقد ذهب جانب من الفقه[3] الى انه من حق هيئة التحكيم المختصة تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم مع الاعتراف لها بسلطة تقديرية في هذا الخصوص مع وجود رقابة وطنية تمارس من قبل السلطات المختصة في الدولة مقر التحكيم، اذ يتعين على المحكم الالتزام بالنصوص الاجرائية الامرة في قانون مقر التحكيم[4]، و دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم يختلف حسب نوع التحكيم، ففي التحكيم الحر او الخاص في حالة عدم التحديد

---

[1] تنص المادة 67/ب من اتفاقية مصر و الشركة الدولية للزيت المصري سنة 1963 على انه:(...2- للحكم يقصد الحكم الثالث الحرية التامة في اختيار الدولة التي تكون مقرا للتحكيم، و يتم في هذه الحالة طبقا لقوانين هذه الدولة...(4) يجوز لاي طرف من الاطراف المعنيين تقديم القرار المذكور الى المحكمة المختصة للحصول على الامر بتنفيذه طبقا لقانون بلد هذه المحكمة...)، انظر الى النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 414.

[2] عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، نفس المرجع، ص 166-167.

[3] مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، ص227، و كذلك عز الدين اسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، دون ناشر، سنة 1986، ص 10-16.

[4] خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع، ص 259.

الصريح او الضمني من قبل اطراف النزاع يلجا الاطراف الى اعطاء الحرية للمحكمين لاختيار القواعد الاجرائية الملائمة مع عدم الاخلال بحقوق و ضمانات الدفاع بين الخصوم، اما في التحكيم المنظم فان دور المحكمين قد ينعدم اذ هم ملزمون بتطبيق القواعد الاجرائية الواردة في لوائحها و الاذعان لها[1].

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع إتفاق التحكيم البترولي

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم مجموعة القواعد القانونية الموضوعية الاكثر ملاءمة للتطبيق مهما كان مصدرها، و قد يظهر انه يمكن تطبيق قانون واحد على مراحل التحكيم الاجرائية و الموضوعية، و لكن اكد القضاء الفرنسي على مبدا الفصل بين القانون الواجب التطبيق على الاجراءات و الموضوع من حيث ان سلطة المحكم في الخروج على القاعدة القانونية في تنظيم الاجراءات دون القواعد الموضوعية، و كذا من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص اذ يتوقف على تحديد طبيعة هذه المسالة و ادراجها في احد الافكار المسندة تمهيدا لاعمال القانون الذي سعى ان يشير اليه ضابط الاسناد[2]، لذا تقوم فكرة تنازع القوانين[3] على اساس اختلاف القواعد القانونية الموضوعية من دولة الى اخرى[4] اي عدم التطابق بين الاحكام الموضوعية للقوانين المطبقة على موضوع النزاع[5]، ذلك ان عدم التطابق هو الذي يشكل مشكلة التنازع من اجل اختيار اصلح القوانين من أجل تطبيقها على النزاع[6].

و من خلال هذا المبحث الذي سنقسمه الى ثلاث مطالب، نتناول خضوع موضوع التحكيم لقانون الارادة المستقة في المطلب الاول، ثم نبين كيفية خضوع موضوع التحكيم لقانون الدولة المتعاقدة في

---

[1] احمد السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع، ص199.

[2] خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع اشارة خاصة لاحدث احكام القضاء المصري، د.ط، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص 247-249.

[3] اصطلاح التنازع يقصد به في اللغة التخاصم،ونازعه منازعة،جاذبه في الخصومة، انظر الى ابن منظور: لسان العرب، دار صابر للطباعة و النشر، بيروت، سنة 1956، المجلد الثامن، كتاب المعين، ص325، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مطبعة مصر، سنة1961، الجزء الثاني، في باب النون، ص921،ا و كذلك لرازي: مختار الصحاح، ترتيب محمد خاطر، ط9، الهيئة العامة لشئون المطابع الاميرية، سنة 1962، ص654، و في الحديث النبوي: (اني اقول ما لي انازع القران)، فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله عليه الصلاة و السلام فيما جهر به رسول الله، انظر الى الامام مالك الموطا، مطبعة دار احياء الكتب العربية،ج1، كتاب الصلاة، ص86، ابو داود: سنن،ج1 دار الريان للتراث، سنة1988، كتاب الصلاة، ص 216.

وفي المعنى الاصطلاحي يراد بتنازع القوانين عند فقهاء القانون الدولي الخاص: (تزاحم قانونين متعارضين او اكثر لدولتين او اكثر بشان حكم علاقة قانونية اجنبية في احد عناصرها على الاقل)، انظر الى ماجد الحلواني: الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة، ط2، مطبعة جامعة دمشق، سنة 1960، ص22، جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، سنة1963، ص 5، و انظر الى علي علي سليمان: شرح القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان طبقا لاحكام القانون المدني الليبي، دار صابر، بيروت، لبنان، سنة1969، ص41، و كذلك ماهر ابراهيم السداوي: مبادئ القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون دار النشر، سنة 1980، ص4.

[4] فؤاد عبد المنعم رياض: اصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1995، ص 54.

[5] احمد عبد الكريم: مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، دون دار النشر، بدون تاريخ، ص 126.

[6] فؤاد عبد المنعم رياض: الوسيط في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، سنة 1987، ص 82.

المطلب الثاني، و اخيرا نوضح كيفية خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام و القانون عبر الدولي في المطلب الثالث.

المطلب الأول: خضوع موضوع التحكيم لقانون الارادة المستقلة

يتعلق التحكيم اساسا بعناصر ثلاثة هي، العنصر الأول يتمثل في البحث عن القواعد القانونية الملاءمة للفصل في النزاع حول اتفاق التحكيم، اما العنصر الثاني فهو تحديد الاجراءات الواجب اتباعها في اتفاق التحكيم و اخيرا حل النزاع الموضوعي دون ارتباط بقانون وطني معين، فقد اولى مقننوا الدول و واضعوا الاتفاقيات الدولية للارادة دورا مهما في تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي[1]، و عليه يصبح اختيار اطراف عقد الاستثمار الاجنبي للقانون المختص مسبقا على ما قد يثور من منازعات في المستقبل من اهم البنود التي يتفاوض عليها الاطراف[2].

و اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد اما ان يكون صريحا عندما يعين المتعاقدان في العقد ذلك القانون، و قد يكون اختيار القانون الواجب التطبيق هو اختيار ضمني يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد، الا انه يمكن التساؤل عن طبيعة هذه الارادة هل تتمتع بحرية مطلقة في اختيار القانون المطبق على العقد؟، و هل يمكن تجزئة العقد و اخضاع كل جزء منه الى قانون معين؟[3].

حاول الفقه الاجابة عن هذا السؤال حيث يرى فقه القانون الدولي الانجلوساكسوني الى عدم وجود صلة بين العقد و القانون المختار في المقابل اتجاه معاكس يرى وجود صلة مباشرة بين العقد و القانون المختار، اما الاتجاه الثالث فقد ذهب الى ضرورة وجود صلة و لكن يكفي فيها ان تكون صلة غير مباشرة، اما حرية المتعاقدين في تجزئة العقد و اخضاع كل جزء لقانون مختلف عن الاخر، و يرى جانب اخر من الفقه على ان ليس للمتعاقدين الا اختيار قانون واحد يسري على العقد ككل، في حين ذهب الجانب الاخر من الفقه الى انه يمكن تحت مبدا سلطان الارادة عدم تقييد حرية المتعاقدين في تجزئة

---

[1] وقد نادى الفقيه الفرنسي"ديمولان" بتحرير العقد من قانون بلد الابرام و اخضاعه الى اي قانون اخر يرتضيه اطرافه على اساس مبدا سلطان الارادة العقدية و اعمال ارادة المتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم العقد، فان للمتعاقدين ان يختاروا صراحة قانونا اخر غير قانون ابرامه دون تكليفهما مشقة الانتقال الى بلد القانون الذي يرغبان بتطبيقه على عقدهما و ابرامه فيه، انظر الى عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء2، دون دار وبلد النشر، سنة1969، ص411، و كذلك ماجد الحلواني: القانون الدولي الخاص و احكامه في القانون الكويتي، دون دار وبلد النشر، سنة1971، ص293.

[2] حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الخاصة الاجنبية، ص 108.

[3] يذكر فقهاء الشريعة الاسلامية ان الاحكام نوعان، نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الازمنة و لا الامكنة و لا اجتهاد الائمة، كوجوب الواجبات و تحريم المحرمات و الحدود المقدرة بالشرع على الجرائم و نحو ذلك، فهذا لا يتطرق اليه تغيير و لا اجتهاد يخالف ما وضع عليه، و النوع الثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا و مكانا وحالا، كمقادير التعزيرات و اجناسها و صفاتها فان الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة، انظر الى الامام ابن القيم: اغاثة اللهفان، تحقيق محمد سيد كيلاني،ج1، الطبعة الاخيرة، مطبعة الحلبي، سنة 1961، ص346 و ما بعدها، و الشرع الاسلامي مرن قابل لمجابهة كل ما يستجد من وقائع و احداث، و الجهل بذلك غلط عظيم على الشريعة اوجب من الحرج و المشقة ما لا سبيل اليه، كما يقول الامام ابن القيم في اعلام الموقعين: (فصل في تغيير الفتوى و اختلافها بحسب الازمنة والامكنة و الاحوال و العوائد)، انظر الى الامام ابن القيم: اعلام الموقعين،ج3، تحقيق عبد الرحمن الوكيل، دار الكتب الحديثة، القاهرة، سنة 1969، ص5.
يقول تعالى: (اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الاسلام دينا) سورة المائدة، الاية 3.

العقد[1]، و ما اتجه اليه الفقه و سارت عليه التشريعات الى اسناد العقد للقانون الاوثق صلة و هو اتجاه قائم على مبدا الصفة الاقوى بالرابطة العقدية، و هي احدى المبادئ الرئيسية الذي تقوم عليها قواعد تنازع القوانين خاصة في عقود التجارة الدولية عند غياب الارادة الصريحة او الضمنية[2]، و كما راينا فانه في التشريعات الوطنية و الدولية و عند غالبية الفقه في القانون الدولي الخاص ان للارادة المشتركة لاطراف العقود في التجارة الدولية الحق في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا لحكم عقودهم، و حرية اطراف الخصومة في العقود الدولية لاختيار القانون الواجب النطبيق لا يحدها عند غالبية الفقه و في التشريعات الوطنية المختلفة الا ضرورة وجود صلة بين العقد و القانون المختار مع ترجيح الصلة غير المباشرة دون الصلة المباشرة[3]، فدور الاطراف في الوصول الى حل تنازع القوانين ينصب على القواعد الفنية و التي لا تظهر فعاليتها امام القضاء في التطبيق حتى لا تحسب من الاطراف خاصية التوقع و من ثمة لا تحقق الوظيفة الوقائية مما يؤثر في المشروع الاستثماري[4]، اذ يحق لاطراف العقود المتعلقة بالتجارة الدولية تحديد القانون الذي يحكم العقد محل النزاع مادام ان ذلك لا يصطدم بالقواعد الامرة في النظم القانونية ذات الشان، و قد يكون اختيار هذا القانون خاليا من اي اذعان يتم عن طريق احد بنود العقد، او بمقتضى اتفاق او مشارطة مستقلة للتحكيم، و يعد اختيار الخصوم لقانون وطني تطبيقا للمبادئ التي تقرها الغالبية الكبرى من التشريعات المقارنة عند تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الاجنبي[5].

و من خلال هذا المطلب سنحاول تقسيمه الى فرعين، نتناول خضوع موضوع التحكيم لقانون الارادة المستقلة وفقا للاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم الدولية في الفرع الاول، ثم نبين موقف القوانين الوطنية و الاتجاهات الفقهية في الفرع الثاني.

---

[1] اوردت المواد 59 الى 65 من القانون رقم 05 لسنة 1961 بشان العلاقات ذات العنصر الاجنبي الاحكام المتعلقة بالعقود بصفة عامة، و قد وضعت المادة 59 القاعدة العامة بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع العقد من حيث انعقاده و اثاره بقولها: (سري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده و من حيث الاثار التي ترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا الاخر هو الذي يراد تطبيقه).

اما من حيث الشكل فقد وضع المقنن ايضا قاعد عامة في المادة 63 و لم يخرج بها عن الارادة،حيث نصت المادة على ان: (يسري على العقد من حيث الشكل، قانون البلد الذي تم فيه، و يجوز ايضا سريان القانون الذي يخضع له العقد في احكامه الموضوعية، كما يجوز سريان قانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك).

و قد ورد في الفقرة1(ا–د) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك التي جاءت بمناسبة تنفيذ حكم التحكيم اشارة الى ارادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم.

[2] هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1995، ص 20.

[3] احمد السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع، ص175 و ما بعدها.

[4] احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي،الطبعة الاولى، نفس المرجع، ص 43.

[5] ابو زيد رضوان: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي(القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع)، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الثاني، افريل سنة 1980، ص 14–15.

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات و قواعد التحكيم الدولية

يعتبر خضوع العقد لقانون ارادة الاطراف معمول به في مجال التحكيم الدولي الخاص، فقد اخذت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بمبدا استقلال الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، منها الاتفاقية الاوربية لسنة 1961 التي نصت في المادة 07 منها على انه: (للاطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على الحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...)، و ذهب راي في الفقه الى ان الاتفاقية الاوروبية قد كرست الاستقلال المطلق لارادة الاطراف بحيث يجوز لهم اختيار اي قانون وطني و لو لم يكن له صلة بالعقد،كما اخذت بنفس المبدا قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية فقد نصت المادة 28 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1958 على ان: (تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الاطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، و اي اختيار لقانون دولة ما او لنظامها القانوني يجب ان يؤخذ على انه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة و ليس بقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، مالم يتفق الاطراف صراحة على خلاف ذلك)، و تقر هذه الطريقة في اختيار الخصوم للقانون الوطني الذي يحكم موضوع منازعاتهم التي تطرح على التحكيم بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مثل اتفاقية نيويورك سنة 1958 بشان الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية و ان يكون ذلك بطريقة غير مباشرة[1]، و مثل اتفاقية جنيف 1961 بشان التحكيم التجاري الدولي التي تنص الفقرة الاولى من المادة السابعة منها على: (الاطراف هم احرار في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون على موضوع المنازعة)[2]، و في حالة غياب اشارة الاطراف الى القانون الواجب التطبيق فيجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة، كذلك تقر هذه الطريقة اتفاقية واشنطن (B.I.R.D) الموقعة بتاريخ 18 مارس سنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الاخرى اذ تقضي المادة 1/42 منها على: (المحكمة "محكمة التحكيم" ان تتصدى للفصل في المنازعة وفقا للقواعد القانونية التي يحددها الاطراف، و الا فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما فيه من قواعد تنازع القوانين و مبادئ القانون العام).

و كذلك الامر بالنسبة لاتفاقية " انتر–امريكان " (O.A.S) الموقعة في " بنما " سنة 1975م[3]، و تقر لائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس بحرية اختيار الخصوم لقانون وطني يحكم موضوع النزاع ، اذ تنص المادة 3/13 من اللائحة على ان: (للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون

---

[1] راجع نص المادة 15 لفقرة 1.

[2] ترجمة النص بالفرنسية: Les parties sont libres de determiner le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litigne...

[3] راجع المادة 03 من الاتفاقية.

الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فاذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص)[1]، و كذلك الامر بالنسبة للائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الاوربية التابعة للامم المتحدة في جانفي سنة 1966، اذ تنص المادة 38 منها على انه: (مع عدم الاخلال بحكم المادة 39- و هي الخاصة بالتحكيم الودي اذا كان ذلك هو رغبة الاطراف- فانه يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي يحدده الاطراف لحكم موضوع النزاع، و في حالة عدم الاستدلال على هذا الاختيار فانه يكون للمحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة)، و يقترب من هذا الحكم ما تقضي به المادة 4/7 الفقرة "ا" من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الاقتصادية للامم المتحدة لدول اسيا و الشرق الاقصى المسماة لائحة " C.E.A.E.O " التي تنص على ان: (يؤسس قرار التحكيم على القانون الذي يختاره الاطراف لحكم موضوع المنازعة، و اذا لم يعين الاطراف القانون الواجب التطبيق فان المحكم او المحكمين يطبقون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في هذا الخصوص)، كما اخذت بنفس المبدا قواعد التحكيم التي وضعتها نفس اللجنة المذكورة سنة 1976 اذ تنص المادة 33 منها على ان: (تطبيق محكمة التحكيم القانون المختار بواسطة الاطراف بوصفه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع...)، كذلك الامر بالنسبة لقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية قد نصت المادة 1/13 من هذه القواعد على ان: (للاطراف الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع...)، كذلك الوضع بالنسبة لقواعد التحكيم لدى الجمعية الامريكية للتحكيم ابتداء من اول ماي سنة 1992 فقد نصت المادة 1/19 من هذه القواعد على ان: (تطبق محكمة التحكيم القانون او القوانين الموضوعية المختارة بواسطة الاطراف لتحكم موضوع النزاع...)، كذلك تقر هذه الطريقة الاولوية بين القوانين المحتمل لحكم موضوع النزاع الذي يطرح على التحكيم التجاري الدولي، نص المادة 33 من لائحة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الامم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1976 و التي تقرر بان: (تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يحدده الاطراف لحكم موضوع النزاع، و في حالة غياب مثل هذا الاختيار فان المحكمة تطبق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها ملائمة في هذا الخصوص، و اذا كان مؤتمر لاهاي لسنة 1899 قد قرر انشاء المحكمة الدائمة للتحكيم، فان ذلك لا يعد سوى قائمة تضم الاشخاص و الذين تعينهم حكوماتهم، مستعدون للقيام بوظيفة التحكيم متى تمت الموافقة من اطراف النزاع على ذلك)[2]، و بصفة خاصة فان التحكيم تحت مظلة المركز الدولي الاستثمار "ICSID" هو اكثر الاشكال التحكيمية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية بين الدول المضيفة للاستثمار و المستثمرين الاجانب من الافراد و الشركات الخاصة، و مثال ذلك امكانية التطبيق التلقائي

[1] هذا النص هو نص اللائحة الجديدة الصادرة سنة 1975، و السارية اعتبارا من اول يونيه سنة 1975، و قد كان هذا ايضا هو موقف اللائحة القديمة حسبما يبين من نص المادة 16 منها.

[2] احمد ابو الوفا: العلاقات الدولية (دراسة مقارنة لبعض جوانبها القانونية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1999، ص 400.

للقانون الوطني لهذه الدولة عند غياب النص في عقد الاستثمار ذاته على القواعد القانونية الواجبة التطبيق، و لاشك ان في ذلك ميزة كبرى للدول النامية اذ تكون قوانينها الداخلية و خاصة تلك المتعلقة باستغلال الموارد الطبيعية هي الواجبة التطبيق في عقود التنمية الاقتصادية[1].

الفرع الثاني: موقف القوانين الوطنية و الاتجاهات الفقهية

أخذت القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم بمبدا استقلال الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و من ذلك القانون الفرنسي للتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1496 من هذا القانون على انه: (يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الاطراف...)، و كذلك الامر بالنسبة للمقنن الجزائري حيث نصت المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على انه: (تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع اذا استجابت للشروط التي يضعها اما القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره او القانون المنظم لموضوع النزاع او القانون الذي يراه المحكم ملائما)، و يذكر في هذا المقام ان قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994 فقد سار في نفس الاتجاه و نصت المادة 1/39 من هذا القانون على: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك)، و مما تجدر الاشارة اليه ان العديد من احكام التحكيم عملت بمبدا استقلال الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، و مثاله حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 1512 سنة 1971 حيث اكد فيه المحكم على مبدا استقلال الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و قد يثور التساؤل هل يمكن الاخذ بهذا المبدا في مجال العقود ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة او احد الاشخاص العامة طرفا فيها، كما هو الشان بالنسبة لعقود البترول؟، يرى الفقه الغالب ان الدولة و الاشخاص العامة شانها شان اي متعاقد اخر لها الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفا فيه مع احد الاشخاص الخاصة الاجنبية، فان مبدا استقلال الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق يظل هو المبدا الرئيسي واجب الاتباع و اذا اختار الاطراف القانون الذي يحكم عقدهم كان المحكمون ملزمون بهذا الاختيار فالدولة ليست ملزمة عند دخولها في علاقة تعاقدية مع شخص خاص اجنبي بتطبيق قانونها الوطني، انما تتمتع بحرية مساوية لتلك التي يتمتع بها الشخص الخاص في تحديد القانون واجب التطبيق، كما اعترفت اتفاقية واشنطن سنة 1965 انه للدولة والاشخاص العامة عموما القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع الذي تكون طرفا فيه، فقد نصت المادة 1/42 من هذه الاتفاقية على انه: (تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الاطراف...)، في حين ذهب راي في الفقه الى ان النص قد تكلم عن ضرورة قضاء المحكمة وفقا "لقواعد القانون" و المراد هو القانون الوطني الذي يختاره الاطراف كما اخذ بنفس الحل مجمع القانون الدولي عند تناوله

[1] جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الاجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (القواعد، الاجراءات، الاتجاهات الحديثة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 100-101.

مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الخاصة الاجنبية المنعقد بمدينة " اثينا " سنة 1979 الذي نص: (تخضع العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الخاصة الاجنبية للقواعد القانونية المختارة بواسطة الاطراف...)، كما ان القضاء التحكيمي لم ينازع في قدرة الاطراف في ان يختاروا بانفسهم القانون الواجب التطبيق على العقد، ففي قضية " سافير الدولية " ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول، فان المحكم الوحيد القاضي السويسري "Cavin" قد اكد في حكمه الصادر بتاريخ 15 مارس سنة 1962 على ان ارادة الاطراف الصريحة او الضمنية هي التي تحدد القانون واجب التطبيق في المسائل التعاقدية، و بعد ان اتضح له ان العقد المبرم بين الطرفين لا يتضمن أي إختيار صريح للقانون واجب التطبيق اكد المحكم انه هو الذي سوف يتولى تحديد النظام القانوني واجب التطبيق في المسائل التعاقدية، و بعد ان اتضح له ان العقد المبرم بين الطرفين لا يتضمن اي اختيار صريح للقانون واجب التطبيق اكد المحكم انه هو الذي سوف يتولى تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق الاكثر ملاءمة طبقا للمؤشرات الدالة على ارادة الاطراف و خصوصا تلك التي يتضمنها العقد)، و في قضية " Elf-Aquitaine " ضد الشركة الوطنية الايرانية " نيوك " اكد المحكم ان للاطراف في مجال العقود الدولية مصلحة مشروعة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، و ذلك بان يدرجوا على سبيل المثال في العقد شرطا صريحا يقضي بتطبيق نظام قانوني معين[1].

و إذا كان الإتجاه الغالب في احكام القضاء المقارن[2] و قرارات التحكيم التجاري الدولي[3]و معها الفقه[4] يقررون بحق اطراف التجارة الدولية اعمالا لمبدا سلطان الارادة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع منازعاتهم بغض النظر عن اية صلة بينه و بين العقد محل المنازعة ما دام ان ذلك الاختيار بحسن النية.

---

[1] يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد: القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط،عمان، بتاريخ 26-28 اغسطس سنة 2014، ص4-13.

[2] القضاء الفرنسي بتاريخ 15 مايو سنة 1935، سيري 1935،-2441 نقض 4 نوفمبر سنة 1958، مجلة التحكيم سنة 1959، ص117، نقض12 يناير سنة 1960، ص573، استئناف باريس، يناير سنة 1957، مجلة الاسبوع القانوني،1957- 2 رقم 10165 نقض 14 يونيه سنة =1960، المجلة السابقة سنة 1961- 2 رقم 12273 تعليق مونوليسكي، نقض7مايو سنة 1963 مجلة التحكيم 1963 سنة ، ص 60، نقض 4 يوليه سنة 1972، المجلة الفصلية للقانون التجاري سنة 1973، ص 499، تعليق هوان.

و في القضاء الايطالي: نقض27 مارس سنة 1954 قضيةDelfino، المجلة الانتقادية سنة 1956، ص511، تعليق موتوليسكي، و في القضاء السويسري محكمة مقاطعة جنيف 2 يوليه سنة 1959، مجلة التحكيم سنة 1959، ص 90-94.

[3] قرار التحكيم الصادر في الدعوى رقم1641 لسنة 1969، عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، رقم1717 لسنة 1972، جريدة القانون الدولي كليني1974، ع4، ص 888-892.

[4] فوشار: رسالة الدكتوراه المشار اليها فقرة 537، ص355-356، جان روبير، نفس المرجع فقرة 353، ص 426-429.

و راجع كذلك: F.E Klein :Autonomie de la volonté et arbitrage in.Rev.critique dr.int.Prive.1958 P.225,284 P.479,494.spec.P.276.

لندن الطبعة السابعة 1974 الفصل 12 ص 404 و ما بعدها، و راجع ايضا تقرير الاستاذ CL.H.Schmitthoff امام مؤتمر لندن لمصادر القانون التجاري الدولي، منشور في المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية سنة 1963، ص 267-273، و يشير بهذا الصدد الى ان هذا الاتجاه هو السائد في معظم الدول مثل: المانيا، انجليترا، فرنسا، الولايات المتحدة الامريكية، الاتحاد السوفيتي.

المطلب الثاني: خضوع موضوع التحكيم لقانون الدولة المتعاقدة

أوضحنا فيما سبق انه اذا لم يعين اطراف المنازعة المطروحة على التحكيم القانون الذي يحكم موضوع منازعتهم بشكل صريح او ضمنيا، فانه يقع على عاتق المحكم الدولي اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين، و تذهب قرارات التحكيم التجاري الدولي[1] الى القول بان المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص يستطيع على هداه تطبيق قواعد تنازع القوانين[2]، و في قرار اخر فانه اذا كان من المعروف ان للقضاة سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال اتباعهم لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالدولة التي يقيمون العدل باسمها، فان المحكمين الدوليين لا يستطيعون الالتجاء الى مثل هذه الطريقة و تلك القواعد، كونهم لا يستمدون سلطاتهم في المنازعات من اية دولة[3].

إلا أن المحكم يتمتع على خلاف القاضي الداخلي بقدر من الحرية او السلطة التقديرية من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين، و اكدت ذلك بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مثل المادة السابعة الفقرة الاولى من الاتفاقية الاوربية بشان التحكيم التجاري الدولي بجنيف سنة 1961 بانه في حالة غياب اختيار الاطراف للقانون لحكم موضوع النزاع فانه: (يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة)، و كذلك الامر بالنسبة للمادة الثالثة من اتفاقية " انتر–امريكان " الموقعة في "بنما" سنة 1975 تقر تلك الحرية للمحكمين المادة 3/13 من اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية الصادرة في جوان 1975، و التي تنص في حالة غياب قانون الارادة الصريحة او الضمنية بأن يطبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة بهذا الخصوص، كذلك تقر لائحة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الامم المتحدة بتاريخ 15 ديسمبر سنة 1976 هذه الحرية للمحكمين اذ تنص المادة 1/33 بانه: (في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لاطراف المنازعة للقانون الذي يحكم الموضوع فان محكمة التحكيم تطبق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها ملائمة في هذا الخصوص)[4]، و في نزاع شركة " ليبامكو Liamco" الامريكية مع الحكومة الليبية اثر التأميمات الليبية، حيث قام المحكم بالبحث عن قاعدة الاسناد الى احد الانظمة القانونية دون الاخر بدون اهدار مبدا المساواة بين الاطراف، و انما بالاستناد الى المبادئ العامة لتنازع القوانين فالمبادئ العامة للقانون اساس يستند اليه المحكم لتبرير الحل الذي يقتنع به، و في قضية "تكساكو" يبرز فيها بوضوح اتجاه التدويل بما فيها الاسناد الى الاستخلاص الضمني في العقد المبرم بين

[1] راجع قرار التحكيم الصادر في الدعوى رقم 1526 لسنة 1968 من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، جريدة القانون الدولي سنة 1974،ع 4، ص 915–918.

[2] راجع القرار1776 لسنة 1970، و القرار رقم 1512 لسنة 1971، و القرار رقم 1869 لسنة 1972 من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، منشورة في مجلة التحكيم سنة 1972 ، ص 99 و ما بعدها.

[3] القرار منشور في جريدة القانون الدولي 1974، ص 904–909.

[4] راجع القرار رقم 1763 لسنة 1970 من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية.

الحكومة الليبية و شركة " تكساكو " التي تعتبر من العقود الدولية فهو لا يخضع للقانون الداخلي و لا للاعراف التجارية[1].

و لكي نبين الوضع الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المحكم في التحكيم التجاري الدولي، نقوم بدارسة المشكلة من خلال نظريتين متعارضتين في وجهات النظر هما النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية، و هذه المشكلة قد اثيرت لفترة طويلة من الزمن في القانون الدولي الخاص فيما يخص القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد محل النزاع[2].

لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين، في الفرع الاول نتطرق الى خضوع موضوع التحكيم للقانون وفق نظرية اندماج الإرادة في العقد الدولي، و في الفرع الثاني نبين كيفية اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على موضوع التحكيم.

الفرع الأول: خضوع موضوع التحكيم للقانون وفق نظرية اندماج الإرادة في العقد الدولي

ظهرت نظريتين حول خضوع موضوع التحكيم للقانون، النظرية الشخصية التي تاخذ بمبدا الارادة المستقلة للاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، و النظرية الموضوعية التي يرى اصحابها بضرورة اخضاع العقد للقانون الذي يحدده القاضي او المحكم الفاصل في النزاع.

أولا: النظرية الشخصية و اندماج قانون الارادة في العقد الدولي

ظهرت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر، و حسب فكرهم فان الجماعة وجدت من اجل مصلحة الفرد، فالمدرسة الشخصية لا تعترف باي قانون يطبق على العقد التجاري الدولي طالما ان الاطراف لم يقرروا ذلك صراحة[3]، و يترتب على ذلك نتيجتين هامتين، النتيجة الاولى و هي ان تطبيق قانون ما على عقد دولي يستند دائما على ارادة الاطراف، و اذا غابت الارادة ينبغي على القاضي ان يستنبط ما ستكون عليه ارادة الاطراف لو انهم كانوا قد اختاروا القانون الواجب التطبيق على عقدهم، اما النتيجة الثانية تتلخص في ان القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لا يكون له قوة الزامية الا بالقدر الذي تعطيه ارادة الاطراف، و الذي يسمى " ادماج القانون داخل العقد "، و هذا المفهوم يسمح للاطراف عدم اخضاع عقدهم لاي قانون حسب نظرية العقد الطليق[4]، و هذه الفكرة الحديثة للعقد المسماة "بلا قانون" او العقد الطليق التي اخذت بها بعض احكام التحكيم استجابة لمصالح الراسمالية، و الذي يترتب عليه افلات عقود التجارة الدولية من الاحكام الامرة للقوانين الداخلية، و تبدو من خلاله الارادة المفترضة لدى انصار المدرسة الشخصية

[1] اشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، نفس المرجع، ص 28-29.

[2] للمزيد من التفصيل راجع هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

[3] شمس الدين الوكيل: النظرية العامة للقانون، الاسكندرية، مصر، سنة 1963، ص 50.

[4] للمزيد من التفصيل انظر الى احمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية، الجزء الاول و الثاني، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1989.

بوصفها إرادة المتعاقدين كما يراها المقنن او المحكم، و حسبهم يعتبرونها ارادة تعلو في جميع الاحوال القواعد الامرة للقانون[1]، و الملاحظ ان القرارات التي استندت على مفاهيم النظرية الشخصية ظلت قليلة، و مثاله حكم محكمة النقض الفرنسية [2] الصادر بتاريخ 05 ديسمبر سنة 1910 بخصوص عقد ايجار سفينة اخضع النزاع صراحة لقانون نيويورك و يحتوي هذا العقد على شرط اعفاء مالك السفينة من المسؤولية، حيث قررت المحكمة ان: (القانون الواجب التطبيق على العقود هو القانون الذي تبنته ارادة المتعاقدين)، و بهذه المثابة يعتبر القانون الذي اختاره المتعاقدين جزءا من العقد[3]، و مع ذلك قل سريعا الاعتماد على النتائج الاكثر تطرفا للمدرسة الشخصية و يوضح ذلك نص المادة 1/3 من " اتفاقية روما " المبرمة و التي تنص: (يجب ان يخضع العقد للقانون الذي تم اختياره من قبل الاطراف ايا كان نطاق تطبيقه الجغرافي)، و الملاحظ ان نصوص الاتفاقية حين قررت ان العقد يحكمه القانون الذي اختاره الاطراف قد كشف بذلك عن رفضها للنظرية الشخصية، و على هذا النحو قد اتخذت موقفا رافضا للعقد المتحرر من سلطان الارادة)[4]، و عندما تشير قاعدة الاسناد الى قانون ما فان العقد يخضع له ايا كان الدور الذي تلعبه ارادة الاطراف في هذا الصدد، و لهذا فان قواعد النظام العام لهذا القانون يجب ان يطبقها القاضي حتى و لو ادى ذلك الى اعادة النظر في الاتفاق التعاقدي للاطراف[5].

ثانيا: النظرية الموضوعية و خضوع العقد الدولي لحكم القانون

يرى انصار هذه النظرية الموضوعية بانه من الضروري ان يخضع العقد الدولي لقانون ما و يحدده القاضي انطلاقا من عدة معايير كمكان ابرام العقد او مكان تنفيذه، و يرى جانب من الفقه[6] ان القانون الواجب التطبيق ليس شرطا في العقد فهو واجب التطبيق كقانون مع النتائج التي تترتب عنه، و هذه النتائج تترتب من القانون الواجب التطبيق سواء تم اختياره من قبل الاطراف ام لا و هذا القانون لا يندمج مع العقد، و مثاله قانون الاستثمار الجزائري فقد أشارت المادة 24 منه الى ان الاصل ان القضاء الجزائري هو المختص في النظر في النزاع، الا في حالة وجود اتفاقية صادقت عليها الجزائر تنص على التحكيم، او وجود اتفاقية تحكيم[7]، و نصت المادة 63 من القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19-08-1986 المتعلق بانشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالانابيب على:(تخضع

---

[1] هشام علي صادق:القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2001، ص40-46.

[2] Cass.Civ,5Décembre1910cluent1912,P1156 ;rev.Cit1911,p395

وفي نفس المعنى انظر :.Cass.req.19.Oct1938Rev.Crit.dr int,1939.p.127

[3] Donnedieu de vabre,l'evolution de la juris prudence français en matiere de conflit des depuis le debut du xx eme siecle,these Paris,1937,p548 et s.

[4] Jean christophe pommier :Principe d'autonomie.op.cit n15.

[5] اشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، نفس المرجع السابق، ص 50.

[6] Yves derains (L'ordre public et le droit applicable),op.cit,p386.

[7] قانون رقم 06-09 مؤرخ في 03 اوت 2016(ج.ر.ع 46 سنة 2016)، و المتعلق بترقية الاستثمار.

الإعتراضات و المنازعات الناجمة عن تطبيق هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه للجهات القضائية الجزائرية طبقا للتشريع المعمول به، غير انه يمكن ان ترفع الاعتراضات و المنازعات المتعلقة بالاشتراك في مجال المحروقات مقدما الى لجنة التوفيق طبقا للتشريع المعمول به)، في حين نصت المادة 12 من قانون رقم 91-21 مؤرخ في 04-12-1991 المعدل و المتمم للقانون رقم 86-14 المؤرخ في 19-08-1986 المتعلق بانشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالانابيب على: (تخضع المنازعات التي تنشب بين الدولة و احد اطراف عقد الاشتراك للجهات القضائية الجزائرية المختصة، اما المنازعات الناجمة عن تفسير او تطبيق عقد الاشتراك بين المؤسسة الوطنية و شريكها الاجنبي فتكون محل مصالحة مقدما حسب الشروط المتفق عليها بين الاطراف في عقد الاشتراك، و في حالة فشل عملية المصالحة يمكن اطراف العقد عرض النزاع على التحكيم الدولي، يطبق القانون الجزائري لاسيما هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه لحل النزاع)، و جاء في المادة 58 من الامر رقم 06-10 المؤرخ في 29-07-2006 المعدل و المتمم للقانون رقم 05-07 المؤرخ في 28-04-2005 المتعلق بالمحروقات:(يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "النفط" و المتعاقد ينجم عن تفسير و/او تنفيذ العقد او عن تطبيق هذا القانون و/او النصوص المتخذة لتطبيقه عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، في حالة عدم التوصل الى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد، و في جميع الحالات مشاركة المؤسسة الوطنية سونطراك شركة ذات اسهم فان اجراءات التحكيم الدولي لا تخص الا الاشخاص الاخرين دون المؤسسة الوطنية سونطراك شركة ذات اسهم هي المتعاقد الوحيد فان النزاع يسوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات، يطبق القانون الجزائري و لاسيما القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلاف)، و ذهبت المادة 58 من القانون رقم 13-01 المؤرخ في 20-02-2013 المعدل و المتمم للقانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات الى:(...المتخذة لتطبيقه عن طريق اجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد،...في حالة اخفاق هذا الاجراء يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد)، و يخص اللجوء الى التحكيم الدولي المذكور أعلاه الأشخاص المكونين للمتعاقد دون سواهم، و لا يخص المؤسسة الوطنية سونطراك شركة ذات اسهم، و في حالة ما اذا كان هذا الخلاف قائما بين المؤسسة الوطنية سونطراك شركة ذات اسهم و الاشخاص المكونين للمتعاقد، فإنه يمكن عرض هذا الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد بتطبيق القانون الجزائري...لتسوية الخلافات).

الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على موضوع التحكيم

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري التي درج الفكر التقليدي على تسميتها بقوانين البوليس و الامن من الافكار الاساسية التي تحتل مكانا بارزا في كافة مباحث القانون الدولي الخاص[1]، و الذي يبرز مبدا تدخل الدولة في مجال النشاط الاقتصادي[2] و الاجتماعي[3] تحقيقا للصالح العام و حماية للطرف الضعيف الضعيف في العلاقات العقدية، و يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرا، دون النظر الى تصنيفها و انتمائها الى القانون العام او القانون الخاص و دون حاجة الى اعمال منهج قواعد الاسناد[4]، و يعد الفقيه اليوناني "Francescakis فرونسيسكاكيس" اول من تعرض لنظرية القواعد ذات التطبيق الضروري، و ذلك في رسالته للدكتوراه حول نظرية الاحالة و تنازع الانظمة[5] و الذي يرى ان القواعد ذات التطبيق المباشر هي التي تتولى تحديد مجال تطبيقها، و الفقيه الايطالي " سباغدوتي Sperduti" [6] و الذي يرى انها قوانين ضرورية التطبيق، و يكاد يجمع الفقه المعاصر على ضرورة الاعمال المباشر لهذه القواعد بصرف النظر عن مضمون القواعد المماثلة التي قد يتضمنها القانون الاجنبي المختص بمقتضى منهج التنازع او غيره من القوانين المرتبطة بالعلاقة العقدية، و هو ما يفيد اسبقية قواعد البوليس التي تنتمي لقانون القاضي في التطبيق على غيرها من القواعد المشابهة عند التنازع بين قواعد البوليس التي تتصل بالرابطة العقدية[7]، و و يبقى التساؤل قائما حول مركز هذه القواعد امام المحكمين الدوليين كون انهم لا يملكون وفقا للراي الراجح قانون داخلي يستمدون منه اختصاصهم و خلافا للقضاء[8].

---

[1] احمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة، ص19-40.

[2] احمد صادق القشيري: نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص،مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الاول، سنة 1968، ص119 و ما بعدها.

[3] راجع في النظام العام الاجتماعي: J le griel :La legislation de la securite sociale et l'ordre public in droit docial,1950,p54et s.

انظر في النظام العام الاقتصادي:.G.Farjat :l'odre public economique these,Dijon ed L.G.D.J 1963

Gripert :L'ordre public et la liberte contractuelle in Melanges F.Geny,t11,1935p,347 et s.

R.savatier :L'Ordre public economique D.1965,chronique p.37 et s.

انظر في النظام العام الاجتماعي: J.Legriel :La legislation de la securite sociale et l'ordre public in droit social,1950 p54 et s.

[4] Ph.Francescakis,quelque precisions sur les lois d'application immediate,et leurs raport avec les règles de conflis de loi,rev .crit.Dr.international privé1966.P2.

[5] Ph.Francescakis,la theorie du revoi et les conflits de systemes en droit international privé,ed,direy1958.

[6] G sperduti les lois d'application necessaire en tant que lois d'ordre public,rev crit Dr int,1977,p.257 et s.

[7] هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، نفس المرجع، ص 579 و ما بعدها.

[8] Jean christhophe pommier:La resolution du conflit de loit.op.cit p5 et s.

أولا: طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري

و تثور صعوبة تطبيق قواعد البوليس نظرا لطبيعتها كونها لا تنتمي لقانون العقد بمقتضى منهج التنازع، اذ يترتب عليه عدم وجود قانون اختصاص داخلي للمحكمين، ما يجعل من الصعب تطبيق قواعد البوليس من خلال الاعمال المزدوج لمعايير سريان القواعد المماثلة كما في قانون القاضي، اذ لا يملك المحكم قانون اختصاص داخلي حتى يمكن استخدام معايير انطباقه بطريقة مزدوجة وصولا الى الكشف عن قواعد البوليس الاجنبية الواجبة التطبيق [1] ، حيث ثار الخلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية لتلك القواعد بين ثلاث اتجاهات:

1- القواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد البوليس و الامن

يذهب الفقه التقليدي "Bouhier **بوهيي**" و "**بولينوا**"[2] الى اطلاق مصطلح قوانين البوليس و الامن على القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني و التي تحمي المصلحة العامة، و التي تنتمي الى قواعد القانون الخاص التي تتصل بالمصلحة العليا و الاسس التي يقوم عليها المجتمع[3]، و يلاحظ ان اصطلاح قواعد البوليس و الامن يبين انها تهدف الى اقامة النظام على اقليم الدولة، و يقرر البعض انه ينبغي استبقاء تعبير " قوانين البوليس " و اسقاط اصطلاح " قوانين الامن " و على عكس هذا يميل الفقه الحديث في غالبه الى استعمال اصطلاح " قوانين البوليس "[4]، و يحدد مضمون النظام العام الدولي في القانون المقارن الدولي بمجموعة السياسات العامة وفقا لمعايير داخلية مماثلة لمتطلبات دولة القانون الذي يمكن الاحتجاج به لمنع تطبيق قانون الأجانب في التحكيم التجاري الدولي[5]، و مع تحليل دقيق لموضوع النظام العام فان الجوانب الفلسفية لقانون التحكيم الدولي يتضمن قواعد غير مألوفة في القانون الدولي الخاص و القانون الدولي العام[6].

---

[1] هشام خالد: تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الاول، منشاة المعارف، مصر، سنة 2008، ص 758.

[2] Boullenois :Traite de la personnalite et de la realite des lois,coutumes et statuts,t.I,p.3.

[3] Lerbours,Pigeonnere et Loussouarn,Precis de droit international prive,8ed1962,n317p.373.

[4] P.Mayer :precis de droit international prive,Paris1977n.115 et s.p96 et s.Loussourain et Bourel :Precis et droit international prive paris1980n126 p.145 et s.

P.Graulich :Principes de droit international prive Dalloz1961n40 et s.P.36 et s.

P.Mayer :Les lois de police etrangers clunet 1981p.277 et s.

[5]Gaston Kenfack Douaini :La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA, revue camerounaise de l'arbitrage,n29,2005,p8.

[6] Pierre Lalive : L'ordre public transnational et l'arbitre international, nouveaux instruments du droit international privé, liber fausto pocar,Guiffré editore(AG),2009,p601-602.

2- القواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد فورية التطبيق

يظهر هذا الاصطلاح ان تطبيق و اعمال هذه القواعد لحماية الاسس الاقتصادية و الاجتماعية للمجتمع يتم مباشرة في تحديد مجال تطبيقها دون الاستعانة بقاعدة الاسناد، فهذه الاخيرة هي وسيلة لا يتلاءم منهجها مع التطبيق اللازم والمباشر للقواعد السابقة[1]، و من ناحية اخرى فان مصطلح القواعد "فورية التطبيق" يطبقها القاضي مباشرة دون الاستعانة بمنهج قاعدة الاسناد على الاشخاص حتى خارج الاقليم عكس قوانين البوليس و الامن التي لا تطبق الا تطبيقا اقليميا[2]، و يميل جانب من الفقه الى استعمال هذا المصطلح الذي اقترحه الاستاذ " **فرنسيس كاكيس** "[3]، كما اخذت به محكمة النقض المصرية[4] في حكمها الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1960 بخصوص المادة 14 من القانون المدني في قولها: (نص المادة 14 امر يتعلق بالنظام العام).

3-القواعد ذات التطبيق االفوري هي قواعد النظام العام (الوقائي او التوجيهي)

يذهب اتجاه في الفقه و القضاء الى التعبير عن هذه القواعد المسماة قواعد البوليس او الامن بقوانين النظام العام، منهم الفقيه الايطالي " **مانشي** " في قوله: (لكل دولة ان ترفض الاعتراف للاجنبي باية صفة او اية رخصة يكون من شانها الاضرار بالقانون العام للدولة التي تستضيفه بل و ان تجبره على احترام لوائحها و كافة احكام قوانين النظام العام و البوليس)[5]، و يرى جانب من الفقه الفرنسي ان قوانين البوليس ليست الا من قوانين النظام العام الاقليمي لان هدفها الاساسي هو المحافظة على سيادة الدولة، و صفة الاقليمية فيها تعني انها تمتد الى كل الاقليم الفرنسي لتحكم كل شخص و كل رابطة قانونية تدخل في نطاق سريانها[6]، و يؤيد جانب من الفقه هذا الاتجاه و يقرر ان نص الفقرة الاولى من المادة 03 من القانون المدني الفرنسي يضع ثلاث مبادئ اساسية من بينها اقليمية قوانين النظام العام اي قوانين البوليس[7]، و تتجه احكام القضاء الى استعمال مصطلح قوانين النظام العام بدلا من مصطلاح قوانين البوليس و الامن و مثاله ما صدر في قرار محكمة استئناف " كولمار" بتاريخ 09 نوفمبر سنة 1949 [8]، [8]، و قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 20 فيفري سنة 1963 و 02 افريل سنة 1967 [1]، و اذا كان

---

[1] Francescakis quelques precision sur les lois d'application imediate op.cit p1.sp.p3.

[2] Francescakis.conflits de lois.op.cit no103,107,133.

[3] نذكر على سبيل المثال: J.KaraquillomEtude de quelque manifestation des lois d'application immediate dans le jurisprudence française de droit international prive,these limoge1972,ed,P.U.F,1977.

[4] احمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري و قواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، نفس المرجع، ص 33.

[5] Mancini :De l'utite de rendre onligatiores les regles generales du driot international prive clunet1874,p.285 et s.

[6] Valery Traite de driot international prive paris1914 no423 p578-579 weiss traite theorique et pratique de droit international prive,Paris,t.lll1902.p.170.

[7] R.Savatier :cours de droit internatinal prive paris,L.G.D.J1847n.288p.149,et n250,p164.

[8] Colmare9nov 1949.rev,crit1950 p437 note H motulsky.

كان الاتجاه الفقهي و القضائي يفضل مصطلح قوانين النظام العام الا ان بعضهم قد تفرقوا بصدد تمييز هذه القوانين عن غيرها مما يتعلق بالنظام العام عموما الى عدة مذاهب[2].

ثانيا: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري من طرف المحكمين

في حالة غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون وطني معين لحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم، فان ثمة مشكلة على درجة من الاهمية تثور امام المحكم الدولي و هي التصدي لبيان ما اذا كان اطراف الخصومة قد استظهروا نيتهم في اخضاع موضوع المنازعة لقانون معين، و اذا كان من المستقر عليه في قضاء التحكيم التجاري الدولي فان المحكم يتمتع بقدر من السلطة التقديرية[3]، و يتعين على المحكم الدولي البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على ان ارادة الاطراف قد اتجهت الى هذا القانون بحيث تصبح ارادة الاطراف مفترضة من واقع ظروف الحال[4]، و مؤشرات الارادة الضمنية التي يتصدى المحكم للبحث من خلالها على القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم منها مؤشرات عامة مثل قانون محل ابرام العقد و قانون محل التنفيذ، و اخرى يمكن اعتباره مؤشرات خاصة مثل محل اقامة المتعاقدين و موضوع العقد ومكان التحكيم، و مفاد هذه المؤشرات اقامة قرينة على اتجاه ارادة الخصوم على اختيار القانون الانسب لحكم موضوع منازعاتهم[5]، و يتبين من قضاء التحكيم التجاري الدولي ان القرارات الصادرة في المنازعات التي تطرح على هذا التحكيم تميل في غالبيتها الى المؤشرات العامة للاستدلال على الارادة الضمنية اذ انها كثيرا ما ترجع الى قانون محل ابرام العقد او قانون محل التنفيذ باعتبارهما القانون الانسب موضوعيا[6]، و يعود اصل شرعية التحكيم الدولي الى اعراف التجارة الدولية بشان ما يثار فيها من منازعات من الخضوع لقواعد تنازع القوانين كما تعرفها التشريعات الوطنية في ذات الوقت التي تحسم فيه هذه المنازعات على ضوء قانون او قواعد موضوعية تكون الانسب موضوعيا لطبيعة المنازعة و لاطرافها على حد سواء، و يكون المحكم هو في الواقع بمثابة قاضي المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية مع فارق جوهري هو عدم ارتباط المحكم بدولة ما او بقانون اختصاص " Lex foiri "، و رغم ذلك فانه يعتبر مغالاة في القول باستقلالية التحكيم التجاري الدولي بشكل قطعي عن القانون الدولي الخاص فيما يتعلق ببيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع و ابتعاده تماما عن الحاجة الى تدخل القانون الوطني[7]، و من ناحية اشار تقرير لجنة القانون التجاري الدولي للامم

---

[1] Rev crit 1968 P.446 note jacquers Foyer cluent 1968 p.98 note ph.kahn.

[2] احمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، نفس المرجع، ص 36 و ما بعدها.

[3] على سبل المثال قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعاوى رقم 1422 لسنة 1966، رقم1717 لسنة 1972، منشورة في جريدة القانون الدولي، كليني سنة 1974، ص 884.

[4] راجع الحكم المنشور في جريدة القانون الدولي"كليني" سنة 1974-44، ص 890-891.

[5] دراسات جان دابان-بروكسل/باريس سنة 1975، ص 151-167، راجع خصوصا ص 156.

[6] راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم 1422 لسنة 1966، منشور في جريدة القانون الدولي سنة 1974،ع 4، ص 884-888.

[7] راجع في هذا المعنى جولدمان: تنازع القوانين في التحكيم الدولي في القانون الخاص، المقال السابق، مجلة اكاديمية لاهاي سنة 1963،ج2، ص 351 -480.

المتحدة بتخلص التحكيم التجاري الدولي تماما من تدخل القانون الوطني لاسيما بالنسبة لقانون الدولة التي ابرم فيها اتفاق التحكيم او قانون الدولة مكان التحكيم[1]، و الواقع ان ما يواجه المحكم البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع و ذلك من خلال البحث عن ارادة خصوم المنازعة الصريحة او الضمنية، او من خلال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص اي قاعدة تنازع القوانين كما تذهب احيانا بعض قرارات التحكيم[2] او قواعد تنازع القوانين التي يراها المحكمون مناسبة، كما ترى بعض قرارات التحكيم الاخرى[3] او قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الاخاص لاحد اطراف المنازعة[4]، و من ناحية ناحية اخرى فان المحكم يواجه بخصوص القانون الواجب التطبيق بتساؤل حول مدى ارتباط هذا القانون بنية وارادة الطرفين و مدى علاقته المباشرة او غير المباشرة بالعقد محل المنازعة[5]، كذلك كثيرا ما يواجه المحكم بعض الحالات التي يتعين فيها الحكم على موضوع النزاع وفقا لقواعد و اعراف التجارة الدولية و المبادئ القانونية العامة او المشتركة المعمول بها في المجتمع الدولي[6]، يتضح من الاحكام السابقة ان المحكم الدولي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق، كون ان المحكم ليس له قانون اختصاص " lex fori " في حين ان القاضي يكون مقيدا باتباع القواعد القانونية في قانون دولته، و يترتب على ذلك نتيجتين هامتين النتيجة الاولى انه لا يوجد بالنسبة للمحكم قانون له افضلية التطبيق، و القانون الذي يختاره الاطراف يشكل استثناء في هذا المجال، النتيجة الثانية انه لا يوجد قانون اجنبي في التحكيم فكل القوانين الوطنية على قدم المساواة، فالمحكم لا يلتزم بتحديد القانون على النزاع بنفس تصور المحاكم الوطنية[7].

و خلاصة ما تقدم ان العمل الذي يواجه المحكم في منازعات التجارة الدولية بشان اختيار القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع يتلخص في البحث عن ارادة الخصوم الصريحة او الضمنية و في

---

[1] راجع تقرير لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للامم المتحدة، المؤتمر الثالث سنة 1970، المشار اليه في حوليات اللجنة المذكورة، سنة 1968-1970،ج1، الفصل الثالث ص 278-304.

[2] راجع قرار التحكيم الذي اصدره الاستاذ "بيير شافان" بين شركتي Sapphire international، و شركة البترول الوطنية الايرانية، الحوليات السويسرية سنة 1962، ص 273-302.

[3] راجع على سبيل المثال قرار تحكيم ارامكو/السعودية، بتاريخ23 اغسطس سنة 1958.

[4] راجع على سبيل المثال حكم المادة1/42 من اتفاقية واشنطن سنة 1956الخاصة بالمنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و بين مواطن الدول العربية الاخرى، و تذهب هاتان الاتفاقيتان الى تطبيق المبادئ الخاصة بقانون الدولة المضيفة الطرف في الاتفاقية، و مما يجدر ذكره ان المادة10 من قانون البترول الليبي المعدل20 نوفمبر سنة 1965، تقضي بسريان الاحكام و المبادئ العامة في القانون الليبي.

[5] راجع في هذا قرار التحكيم رقم 1759-2096 لسنة 1972 من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، مجلة التحكيم سنة 1972، ص 99 و ما بعدها.

[6] و مما يجدر ذكره ان المادة 26 من بروتوكول الهيئة القضائية لمنظمة الاقطار العربية المصدرة للبترول"اوابيك" تشير من بين المصادر التي تستمد منها الاحكام التي تصدرفي المنازعات،"ب" الاعراف الملزمة دوليا،"ج" المبادئ العامة المشتركة في قوانين الدول الاعضاء.

[7] اشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، نفس المرجع، ص 30-31.

غياب مثل هذه الارادة او الاختيار يكون البحث عن قانون وطني من خلال اعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين[1]، حيث يتسم إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام المحكمين بطابع خاص لسببين رئيسيين، الاول ان المحكمين لهم اختصاص داخلي[2] وفقا للراي السائد في قضاء التحكيم الدولي المعاصر و يترتب على ذلك ان تصبح كافة القواعد ذات التطبيق الضروري لدى المحكمين بمثابة القواعد الأجنبية على هذا الاساس، باستثناء الوضع الخاص بالاعمال المشار المباشر لأحكام القانون التجاري الدولي المشترك، اما السبب الثاني الذي يؤدي الى خصوصية اعمال قواعد البوليس أمام المحكمين فهو الطابع الاتفاقي للتحكيم[3].

1-قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد

يعتبر تردد المحكم في تطبيق قوانين البوليس كون هذا التطبيق يجعله مثل قاضي الدولة عند حمايته للمصالح العليا العامة في حين ان مهمته هي رعاية المصالح الخاصة للاطراف، و يرى جانب من الفقه ان عدم وجود قانون اختصاص بالنسبة للمحكم الدولي تجعل قوانين البوليس بالنسبة له اجنبية و في هذه الحالة ينبغي عليه شانه في ذلك قاضي الدولة البحث عن التطبيق المحتمل لقوانين البوليس المتنازعة مع القانون الذي اختاره الاطراف، و يرى جانب اخر انه ينبغي على المحكم تطبيق قوانين البوليس المنتمية الى النظام القانوني الذي يختاره المتعاقدين شرط الا تتعارض مع النظام العام الدولي[4]، و هو ما اعلنته احكام التحكيم البترولية لاسيما في تحكيم ابو ظبي بشان امتياز بترولي سنة 1939 للشركة لتنقيب على البترول في الاقليم البري و المياه الاقليمية للامارة ثم منحت امتياز آخر لشركة أخرى للتنقيب عن البترول في منطقة الجرف القاري، و اعتبرت الشركة الأولى ذلك مخالفا للعقد حيث ذهب المحكم عند البحث عن

---

[1] يجدر القول ان المحكم الدولي على خلاف القاضي الوطني لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاصLex fori، يستطيع على ضوئه تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الاسناد، راجع في ذلك قرار التحكيم رقم 1512 لسنة1971 الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية.
جريدة القانون الدولي سنة 1974، ع 4، ص 904-912، و راجع كذلك: P.Lalive :les règle de conflit de lois appliquees au fond du litige par l'arbitre international.
مجلة التحكيم سنة 1976،ع3، ص155-183.

[2] يرى جانب من الفقهاء ان المحكمين يملكون قانون اختصاص داخلي راجع:
Y .derains les normes d'application immediate dans la juris prudence arbitral international etudes offerts a B.Goldman.op.cit p 32.

[3] هشام صادق: بحث مقدم الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في معهد قانون العمال بالاشتراك مع السفارة الفرنسية بالقاهرة في اكتوبر سنة1993، بعنوان:.Les règles applicables a la procedure d'arbitrage commercial international

[4] A.von Meher dans son Rapporte preparatoir presente a la session de1989de l'I .D .I sur l'arbitrage entre etat et entranageres cite par jean christoph pommier,la resolution du conflit de lois en matier contractuelle en presence d'une election de droit le role de l'arbitre J.D.I1992 P35.

القانون الواجب التطبيق انه يطبق القانون الوطني لامارة ابو ظبي حيث يقضي شيخ الامارة مستخدما نصوص القران الكريم[1].

2-تحديد قانون العقد من قبل الأطراف

ان التنازع بين الشروط التعاقدية و النظام العام الداخلي للقانون الذي اختاره الاطراف يمكن تسويته عن طريق البحث عن ارادة الاطراف اختيار القانون، و على عكس من ذلك فان البحث فقط عن ارادة الأطراف لن يسمح بتسوية التنازع بين الشروط التعاقدية، فلو افترضنا ان الاطراف بدلا من اختيار القانون الفرنسي اختاروا القانون الالماني و حددوا بدقة ان اتفاقهم لا يخضع لقانون المنافسة للمجموعة الاوربية، فهل في هذه الحالة يجوز للمحكم عدم تطبيق هذه القواعد بحجة ان الاطراف قد اختاروا القانون و استبعاد بعض قواعد البوليس في هذا القانون؟، يرى جانب من الفقه[2] ان الاجابة عن هذا السؤال تكون بالنفي لان هدف قوانين البوليس ضبط العملية التعاقدية لا تعتمد بالضرورة على اختيار قانون للعقد يتعارض مع النظام العام الداخلي، و يرى جانب اخرانه عندما يتفق الاطراف على استبعاد قوانين البوليس ينبغي على المحكم في هذه الحالة ان يعلن عدم اختصاصه[3].

3-تحديد قانون العقد من طرف المحكم

صدر حكم عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية 4132 سنة 1983 [4]، حيث باشر المحكم الفصل في نزاع متعلق بعقد ينبغي تنفيذ جزء منه في كوريا و جزء منه في اقليم المجموعة الاقتصادية الاوروبية، و قد قرر المحكم فيما بعد بان القانون الكوري هو القانون الواجب التطبيق على العقد حيث نفذ جزء من الاتفاق موضوع النزاع اعلاه في ايطاليا و الجزء الاخر في جمهورية كوريا، و لم يحدد الاطراف وقت ابرام الاتفاق بصورة صريحة القانون الواجب التطبيق، و يتضح من هذا الحكم ان قوانين البوليس المنتمية الى قانون العقد تطبق على قدم المساواة مع قوانين البوليس التي تهدف الى التطبيق على اتفاق الاطراف، و الذي يمكن ان يقود المحكم الى ان يستنبط بان القانون الذي ينتمي اليه قانون البوليس هو قانون العقد، و مثال عن ذلك الحكم الذي صدر من غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1982 في القضية رقم 2930 [5]، و المحكم و هو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الممكن ان يتعارض مضمون القانون مع النظام العام في الدولة مكان تنفيذ الحكم التحكيمي، و على سبيل المثال

---

[1] حيث كان نص المادة 17 من اتفاقية امتياز البترول ينص على ان الاطراف قد اسسوا علاقتهم على مبادئ حسن النية و الثقة، حيث استبعد المحكم تطبيق قانون الامارة بعد ان وصفه بعدم ملاءمته- لعدم معرفته باحكام الشريعة الاسلامية-انظر الى صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحى: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية (دراسة في ضوء اهم واحدث احكام التحكيم الدولي)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2004، ص 61-71.

[2] Y derains(L'ordre public)op.cit p397.

[3] Jean christoph pomier(principe d'autonomie)op,cit.p334.

[4] راجع ملخص الحكم باللغة الانجليزية في:.Y.derains(l'ordre public...)op.cit p398-399

[5] هذا الحكم منشور :.Yearbook,1984,p105cite par Y.derains l'ordre public...op.cit P400

فإن حكم تحكيم يطالب احد الاطراف بدفع فوائد لا يمكن تنفيذه في المملكة العربية السعودية بصرف النظر عن كون الحكم يستند على القانون الالماني او الانجليزي او الفرنسي او اي قانون اخر بسبب انه يقرر حلا يتعارض مع مفهوم النظام العام في الشريعة الاسلامية[1]، فحينما اعترضت شركة "ارامكو " على تعاقد المملكة السعودية مع " اونانيس " لنقل البترول الذي تصدره حددت هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالبحث في اتفاق التحكيم، الذي يقضي بان يفصل المحكم في النزاع وفقا للقانون السعودي فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في الاختصاص القانوني للسعودية[2]، و اثار تفسير اصطلاح الاختصاص القانوني التساؤل حول مدى تعلقه بالاختصاص القضائي ام بالاختصاص التشريعي، و من التفسيرات التي اتيحت لهيئة التحكيم اعتبار ان النظام السعودي ينطبق فيما يتعلق بالاختصاص السعودي كدولة اي فيما يتعلق بمسائل القانون العام، و قد استندت هيئة التحكيم في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على الموضوع الى البحث عن الارادة الضمنية للاطراف و كان لابد من البحث في احكام القانون السعودي لان الامر يتعلق بحقل بترول يقع في اقليم الدولة مما يخضع لقانون الموقع، و قد اتضح لهيئة التحكيم ان الشريعة الاسلامية المطبقة في السعودية تعتبر الاتفاق محل النزاع عقدا و فقهاء الشريعة الاسلامية يعتبرون العقود ميثاقا يجب الوفاء بها، و بالرغم من ذلك قرر المحكم انه بالنسبة للمسائل غير المسندة للقانون السعودي يتعين البحث عن اكثر الانظمة اتفاقا مع طبيعة العلاقات حتى يتفق القانون الواجب التطبيق مع الطبيعة الاقتصادية التي يجب ان يحققها العقد و انتهت الى اخضاع المسائل المتعلقة بالقانون العام كقاعدة عامة للقانون السعودي[3]، و عند الضرورة يستكمل هذا القانون بمبادئ القانون الدولي المتبعة في صناعة البترول و انتهت هيئة التحكيم الى ان عقد استغلال البترول الممنوح " لارامكو " لا يترتب عليه تقييد حرية الحكومة السعودية بشان وسيلة نقل بترولها الى الخارج[4]، حيث قامت هيئة التحكيم بتحديد لقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و الذي يقضي بان يفصل المحكم في النزاع وفقا للقانون السعودي في المسائل تدخل في الاختصاص القانوني للسعودية، و من التفسيرات التي قدمتها هيئة التحكيم حول الاختصاص القانوني اي فيما يتعلق بالاختصاص السعودي كدولة في مسائل القانون العام و استندت هيئة التحكيم على الارادة الضمنية للاطراف، و قد اتضح لهيئة

[1] اشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، الطبعة الاولى، نفس المرجع، ص6-7.

[2] راجع تفصيل هذا الحكم في ابراهيم احمد: التحكيم في القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، سنة 1986، ص 105 و ما بعدها.

[3] Rev Criti.1963,p310

[4] اشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، نفس المرجع، ص 26-28.

التحكيم ان الشريعة الاسلامية المطبقة في السعودية تعتبر الاتفاق محل النزاع عقدا، و فقهاء الشريعة يعتبرون العقود ميثاقا يجب الوفاء به و قد انتهى الحكم الى عدم وجود ارادة ضمنية[1].

و قد أكدت تلك الحقيقة الكثير من قرارات التحكيم التجاري الدولي[2]حيث قررت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ان المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص يستطيع من خلاله تطبيق قواعد تنازع القوانين، و في حكم اخر لغرفة التجارة الدولية قررت المحكمة ما يلي: (و اذا كان من المعروف ان للقضاة سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال اتباعهم لقواعد تنازع القوانين الخاص بالدولة التي يقيمون العدل باسمها، فان المحكمين الدوليين لا يستطيعون الالتجاء الى مثل هذه الطريقة و تلك القواعد، لانهم لا يستمدون سلطاتهم في القضاء في المنازعات من اية دولة) [3].

المطلب الثالث: خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام و القانون عبر الدولي

تطورت قواعد تنازع القوانين بسبب تنوع مصادرها الوطنية و الدولية كما اخذت بعض المبادئ من القانون الدولي العام، و ادى ذلك الى التداخل بين القانون الدولي العام و الخاص منه الحصانة الدبلوماسية، بالاضافة الى مبادئ ماخوذة من القانون المقارن و من احكام القضاء الاجنبي لهذا يكون لها جانب دولي، و للتشريع اهمية في تفعيل المواثيق الدولية الا ان احكام القضاء اكثر اهمية بكثير من التشريع في تطوير تنازع القوانين في انظمة قانونية مختلفة، و قد اخذت اخذت اتفاقيات امتياز البترول منذ الثلاثينيات بنصوص القانون الدولي و المبادئ العامة للقانون في حالة عدم انطباق القانون الاصلي للاتفاقية، مثال ذلك اتفاقية نفط " الكونسورتيوم الدولي " مع ايران سنة 1954 اذ جاء في المادة 46 منها: (تطبق مبادئ القانون المعترف بها في الامم المتحضرة عموما اذا كانت مبادئ القانون المالوفة بين الامم التي هي في العقد ليست موضع اتفاق)، و في الستينيات جاء في قانون النفط الليبي في الامتيازات القائمة بتاريخ 20 جانفي سنة 1966 انه في غياب مبادئ القانون المتفقة مع القانون الليبي تطبق المبادئ العامة للقانون بما في ذلك المبادئ المطبقة في المحاكم الدولية[4]، و يلاحظ البعض ان الية تنازع القوانين التي قدمتها المادة 01/32 في فقرتها الثانية تدعو الى تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع و تلك القواعد التي يمكن تطبيقها من القانون الدولي، الا ان النص لم يبين بصورة واضحة الحدود التي تطبق فيها المحكمة قواعد كل من القانون الوطني و الدولي، و يتجه جانب من الفقه الى انه اذا كانت محاكم التحكيم التي تنشا بموجب اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات تنتمي للمحاكم الدولية، فان عليها ان تطبق قانون القاضي و هو القانون الدولي، ذلك ان وثائق اتفاقية انشاء المركز

---

[1] اشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، نفس المرجع، ص26-27.

[2] القرار رقم 1869 لسنة 1972 الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية منشور في Rev.arb 1972 p99 et s

راجع هذه القرارت مشارا اليها في ابو زيد رضوان: الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1981، ص 101.

[3] راجع القرار رقم 1762 لسنة 1970 مشارا اليه في ابو زيد رضوان، نفس المرجع، ص102.

[4] احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون و السيادة و امتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الاسلامية)، نفس المرجع، ص 41-57.

الدولي تؤكد ان تلك الاتفاقية قد وضعت اساسا لايجاد هيكل للتحكيم الدولي، يستطيع فيه الاشخاص و الشركات الخاصة ان تحصل على نفس الوضع الذي تحصل عليه الدول في ادعاءاتها امام محكمة العدل الدولية[1].

و من خلال ما سبق يمكن تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول موقف احكام التحكيم و الفقه من خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام، ثم نخصص الفرع الثاني لكيفية تطبيق القانون عبر الدولي على موضوع التحكيم.

الفرع الأول: موقف أحكام التحكيم و الفقه من خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام

اختلفت المواقف بين احكام التحكيم و الفقه حول مسالة خضوع التحكيم للقانون الدولي، و هذا ما سنحاول توضيحه من خلال امثلة عن احكام صدرت في هذا الشان، و ما تبناه الفقه الدولي حول تطبيق القانون الدولي على موضوع التحكيم.

أولا: احكام القضاء الدولي بشان خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام

يتجه قضاء التحكيم التجاري الدولي الى الاخذ بفكرة النظام الدولي حيث صدرت احكام بقبول شرط التحكيم في العقود الدولية، ففي قضية امام القضاء الفرنسي اطرافها شركة الكهرباء التونسية (شركة قطاع عام) و شركة " اونديبوز ENDEPOSE " الفرنسية المتعلقة بنزاع نشا في عقد نقل الغاز من تونس، حيث اعترضت الشركة الفرنسية في نظر المحكمة التونسية للنزاع مستندة الى عدم اختصاص المحكمة بموجب الشرط التحكيمي المنصوص في العقد المبرم بين الشركتين والذي يقتضي بان يفصل في النزاع امام غرفة التجارة الدولية بمدينة جنيف، و ردت شركة الكهرباء التونسية في دفاعها بان القانون التونسي يحظر على الجهات الحكومية و القطاع العام اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود التي تبرمها، و قضت المحكمة التونسية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى و رفضت دفاع الشركة التونسية وذلك على اساس الحظر المنصوص عليه في القانون التونسي لا يطبق على العقود الدولية[2]، و باعتبار ان حماية ارباح المستثمر الاجنبي من اختصاص القانون الدولي العام و هذا ما طبقه قرار تحكيم " ارامكو " سنة 1958، و ذهبت في اختيار القانون الواجب التطبيق الى ان القانون العام للدولة هو القانون الذي يجب تطبيقه على اثار عقد الامتياز و السبب في ذلك موضوعي مفاده ان بعض المسائل لا يمكن تنظيمها بقاعدة وطنية لاي دولة كانت، لاسيما ما يتعلق بمسؤولية الدول عند مخالفتها التزاماتها الدولية و هكذا ادرجت المحكمة القانون الدولي ضمن النظم القانونية التي تحكم العلاقة بين الشركة و المملكة العربية السعودية، و في ضوء الاحكام التي اصدرتها محاكم التحكيم التابعة للمركز الدولي حدد تقرير مجلس المحافظين بشان اتفاقية انشاء المركز ان مفهوم القانون الدولي يجب ان يفسر بنص المادة 1/38 من

[1] شعيب احمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، نفس المرجع، ص 110-111.

[2] اسامة محمد عثمان: دروس في نظام التحكيم السعودي، دون دار وبلد النشر، سنة 2000، ص 18.

ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية[1]، و في قضية اخرى عرفت بقضية قطر سنة 1953 حول امتياز منحه حاكم قطر للشركة البحرية الدولية للبترول سنة 1935 هذه الاخيرة رفضت المبالغ المالية المستحقة في السنة الاخيرة، اقر المحكم " الفريد بكنيل Alfred Bucknill" وجوب تطبيق احكام الشريعة الاسلامية باعتبار الحكومة القطرية طرفا في العقد و اقليمها مقر لمحكمة التحكيم، الا انه استبعد تطبيق القانون الاسلامي بحجة ان الطرفين ارادا اخضاع العقد لمبادئ العدل و الانصاف و الضمير اليقظ[2]، كما يتضح في حكم التحكيم في قضية " امن اويل Amin oil" ضد الحكومة الكويتية اذ ان الطرف الكويتي طبق حكم القانون العام و المبادئ العامة للقانون جزءا من القانون الدولي العام، و لان العقد يطبق و يرتب اثاره وفقا للمبادئ المشتركة في قانون دولة الكويت و قانون ولاية نيويورك بالولايات المتحدة الامريكية، و في مناسبة اخرى نصت المادة 2/3 من اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين بتاريخ 22 جويلية سنة 1979 على ان: (القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى محكمة التحكيم تحديده مع مراعاة صفة الاطراف والطابع غير الدولي...)، اذ قررت المحكمة ان: (هذا النص يبين بوضوح ان الكويت دولة ذات سيادة) [3]، و امام هذا النص افصحت محكمة التحكيم عن تشجيعها للدول البترولية في اتجاه تدويل الحلول في عقود الامتياز[4]، كما تفيد مؤسسات التحكيم الدولية الكبرى ازدياد عدد قضايا التحكيم التجاري الدولي في أمريكا اللاتينية، و فيما يتعلق بإجراءات سير الدعوى التحكيمية في حالة استبعاد القانون الوطني يتم الرجوع إلى المبادئ الدولية في القانون العام الدولي[5]، و في نزاع اخر بين مجموعة "ميرسك الدنمركية" و شركة سونطراك بخصوص تطبيق المادة 101 مكرر من قانون المحروقات رقم 05-07 المتعلقة بالرسم على الارباح الاستثنائية عندما يتعدى سعر البترول صقف 30 دولار للبرميل، حيث اعتبرت هذه الشركة ان هذا الرسم لا يطبق باثر رجعي على العقود المبرمة في ظل القانون القديم، فرفعت النزاع امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، و لكن تم سحبه بعد توصل الطرفين الى

---

[1] تنص المادة1/38على ان للمحكمة تطبيق القانون الدولي لتسوية النزاع و يتضمن ذلك تطبيق:-المعاهدات الدولية =-العرف الدولي،-المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الامم المتمدينة،-القواعد التي تضمنتها احكام المحاكم و اراء الفقهاء باعتبارها مصادر احتياطية لتحديد قواعد هذا القانون،انظر الى صلاح الدين جمال الدين،محمود مصيلحى: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية(دراسة في ضوء اهم واحدث احكام التحكيم الدولي)، نفس المرجع السابق، ص82-83.

[2] ترجمة القرار باللغة الانجليزية جاءت كما يلي:(In my opinion neither party intended Islamic law to apply and intended that the agreement was to be gouerment by the principles of juotice equity and good conscience)،انظر الى مجدي دسوقي: تدويل الحلول في منازعات البترول، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2012، ص 153-154.

[3] مجدي دسوقي: تدويل الحلول في منازعات البترول، نفس المرجع السابق، ص161-162.

[4] ابو زيد رضوان: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، السنة الثالثة، العدد الاول، سنة 1979، ص 99.

[5] James L.Loftis,Adrianne L.Goins , Miranda-Lingong vinson and other :arbitration overview,Latin America,2007,p14.

صلح، و نفس المنحى سار عليه نزاع بين شركة "انادارکو" حول نفس المادة السابق ذكرها حيث رفع النزاع امام محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.

ثانيا: موقف الفقه من خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام

يعد النظام العام في مجال التنازع دفع استثنائي يقيد من حكم قواعد الاسناد كظابط فني يستخدمه القاضي عند تطبيق احكام القانون الاجنبي، اذ الحاجة ملحة للسعي في ايجاد فكرة مشتركة كظابط لهذه العلاقات التجارية الدولية كعقود الاستثمار الاجنبية التي تضم اطراف ينتمون لجنسيات مختلفة، و المصلحة المعنية ليست مصلحة مجتمع معين في دولة معينة انما هي مصلحة حماية التضامن الدولي اي الارادة المشتركة للدول و مساهمة كل دولة في تنمية العلاقات بين الشعوب[1]، و بالنسبة لعقود الاستثمار الاجنبي رغم خصوصية هذا العقد مما يدعوا الى عدم كفاية المصادر العامة و العمل على وضع احكام موضوعية اساسها الاعراف و المبادئ المتعلقة بالاستثمار الاجنبي، و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 21 الفقرة الاولى، من العقد المبرم بين شركة اجنبية و شركة النفط الوطنية لراس الخيمة من انه: (جميع المنازعات التي تنشا بخصوص تفسير هذا العقد وتطبيقه سوف تتم تسويتها بموجب قواعد بموجب قواعد التوفيق و التحكيم لغرفة التجارة الدولية)[2]، و في هذا الصدد نجد العديد من النصوص الحاكمة للموضوع وردت في بنود الاتفاقيات الدولية منها ما جاء في الفقرة الاولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك سنة 1958 التي تنص: (اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم)، و كذلك ما ورد في قواعد لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعتمدة في دورتها التاسعة و التي نصت في المادة 33 من الفصل الرابع منها و تكاد تتطابق تلك المادة مع الفقرة الاولى من المادة 39 من الباب الخامس في القانون المصري[3]، و قد ذهب الفقيه "Fouchard فوشارد" الى ان الاتفاقية الاوربية لسنة 1961 في نص المادة 07 في قولها: (1- للاطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع)، انها اقرت بمبدا حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، و راي اخر في استعمال النص مصطلح "Le droit" بدلا من اصطلاح "La loi" يستفاد منه ان للاطراف حرية اختيار القواعد المهنية و العادات او المبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية، و هذا ما ذهب اليه الفقيه " قولد مانGold Man" اذ راى لا جدال في ان لفظ قواعد تشمل

[1] عبد الحميد ثابت عنايت: اساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة1998، ص5.

[2] جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في سنة 2003، دعاوى التحكيم، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،دون سنة، ص102.

[3] تنص المادة 33 منها على:(1-تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينة الطرفان، فاذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون وجب ان تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة انها الواجبة التطبيق في الدعوى،2-لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والانصاف او كحكم غير مقيد باحكام موقعة من المحكمين من الامر باقفال اجراءات التحكيم او من قرار التحكيم بشروط)، و تنص الفقرة الاولى من المادة 39 من الباب الخامس اجراءات التحكيم في القانون المصري ما يلي:-التزام هيئة التحكيم بالفصل في هذا النزاع على اساس القواعد التي يتفق الطرفان على تطبيقها على النزاع وفضه وفقا لحكمها، وفي هذا الاتجاه نص المادة 07 من الاتفاقية الاوربية لسنة1961 على انه: (1-للاطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع).

القواعد التي يتضمنها التشريع محل اختيار الاطراف بل يشمل القواعد المهنية و العادات و المبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية، و من توجهات الفقه التحكيمي نص المادة 3/13 من قواعد التحكيم النافذة في نظام غرفة التجارة الدولية بباريس"ICC" على انه: (في حالة غياب اي بيان من قبل الاطراف بصدد القانون واجب التطبيق، يطبق المحكم القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في القضية)، و من تطبيقات هذه المادة ما صدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 3130 في سنة 1980 حيث انتهى المحكم استنادا على غياب ارادة اطراف العقد حقه في تحديد القانون الموضوعي باعمال قاعدة تنازع القوانين الاكثر ملاءمة، و يفضل جانب من الفقه استخدام قاعدة التنازع الملائمة بدلا من تعبير قاعدة التنازع واجبة التطبيق تاسيسا على ان التعبير الاخير عند هذا الراي يظهر ان للمحكم قانون اختصاص يشتمل على قواعد اسناد يتعين عليه تطبيقها، حيث لا توجد قواعد اسناد يلتزم المحكم بتطبيقها، حيث ذهب الفقيه " مو Man" الى تطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين الدول من الاشخاص الخاصة كون العقود المبرمة بين الاشخاص الدولية تخضع بلا تردد لقواعد القانون الدولي العام تاسيسا على ان مسالة اذا كان للشخص الدولي و الشخص الخاص اخضاع عقدها للقانون الدولي العام امر يتعلق بنظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص اكثر من تعلقه بالقانون الدولي العام، و من جانب اخر ذهب الفقيه "Mann مان " الى انه يمكن تدويل هذه العقود في الحالات التي لا تجد حلا عمليا الا في احكام القانون الدولي العام، و يتبين مما تقدم ان الالتجاء الى قواعد القانون الدولي العام امر اتفاقي و هذا ما ايده غالبية الفقهاء اعضاء اللجنة الواحدة و العشرين المخصصة لبحث مسالة النظام القانوني الذي يحكم العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الخاصة الاجنبية، و هذا ما تضمنته المادة الثانية من التوصيات التي اصدرها مجمع القانون الدولي ب "اثينا" سنة 1979، و خطى الفقه الى القول بان العقود المبرمة بين الدول و الشركات الخاصة الاجنبية من اهمها عقود البترول عبارة عن اتفاقيات تخضع للقانون الدولي العام[1]، و بالتالي لا يتفق الكثير من القانونيين مع الراي الذي يعتبر العقد ما بين دولة و بين شخص اجنبي من دولة اخرى عقدا دوليا باعتبار ان ذلك يتعارض مع احكام القانون الدولي الحالي، و التي هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الدولية ما بين اشخاص القانون الدولي العام و باعتبار ان اشخاص القانون الخاص لا يعتبرون حتى الان من اشخاص القانون الدولي العام، فليس هناك من اساس قانوني لتكييف عقد ما بين دولة و شخص اجنبي كعقد دولي، حيث قضت محكمة العدل الدولية في قضية شركة الزيت " الانجلو ايرانية " ضد ايران حيث رفضت الراي الذي تبنته الشركة بان عقد الامتياز بين الحكومة الايرانية و الشركة " الانجلوايرانية " له صفة مزدوجة فهو معاهدة دولية و عقد امتياز بين حكومة و شركة خاصة اجنبية[2].

[1] مجدى دسوقي: تدويل الحلول في منازعات البترول، نفس المرجع، ص 138-150.

[2] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع ، ص 186-187.

تعرضت الآراء الفقهية السابقة الى العديد من الانتقادات، حيث ذهب الفقيه الاستاذ "سرني Sereni " الى القول: (ان قواعد هذا القانون لا تسري الا على العلاقات التي تتم بين اشخاصه، فكل قاعدة قانونية في نظام قانوني معين تميز المخاطبين بها سواء بطريق مباشر او بطريق غير مباشر و ذلك بالاضافة الى قواعد اخرى في نفس النظام القانوني تحدد المخاطبين بها...ان القواعد القانونية يتم صياغتها تبعا لطبيعة ونوعية وسلوك اشخاص النظام القانوني التي تعد القواعد ذاتها جزءا منه)، و يرى الاستاذ " بتيفول Batiffol " انه من المشكوك فيه ان يكون للاشخاص الخاصة ان تعترف لنفسها بانها من اشخاص القانون الدولي، و من الناحية القضائية يظهر لا يمكن ان ينعقد لمحكمة العدل الدولية الاختصاص بمجرد ان بعض الاشخاص الخاصة اعترفوا لانفسهم انهم من اشخاص القانون العام، كما ذهب الاستاذ " وونقلرWengler" الى القول بان النظام القانوني الدولي لا يجيز لكل الاشخاص القانونية بان يدرجوا اتفاقاتهم التعاقدية في اطار هذا النظام لمجرد انصراف ارادتهم الى ذلك، و ذهب بعض الفقهاء الى القول ان ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة و الشركة الاجنبية الخاصة يندرج ضمن اتفاقات القانون الدولي العام و انما فقط الاتفاقات التي تبرم في مستوى مرتفع " Niveau élevé "، و تعرض هذا الراي للنقد من ناحية ان التفرقة بين العقود ذات المستوى المرتفع مرتبط بالقانون الدولي العام ويقوم المعيار على التقدير الشخصي المحض، فعندما تتصرف الدولة بوصفها من اشخاص القانون الدولي فانها تخضع لاحكام القانون القانون الدولي، و من ناحية اخرى فان اللجوء الى التحكيم ليس من شانه تدويل العقد "Internationalisé" الا في حالة محاكم التحكيم الدولية المنشاة بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد[1]، و اكد الفقيه "Mcnair منار " على ضرورة ان النظام القانوني للعقود يتاسس على نية الاطراف صراحة او ضمنا من خلال بنود العقد حيث ان قانون محل العقد "Lex locicontractes" و قانون محل التنفيذ "loci solutionis Lex"، منتقدان على اساس ان العقود البترولية و ظروف ابرامه تستبعد القانون الدولي العام استنادا الى ان هذا الاخير مخصص ليحكم العلاقات بين الدول "Inter-state"، و قدم الفقيه "ماكنير" عدة اقتراحات بشان عقود الامتياز البترولية تتمثل في:-ضرورة اتفاق الاطراف المتعاقدة على النظام القانوني الواجب التطبيق كون العقود البترولية ليست عقود دولية لعدم ابرامها بين دولتين وفقا لمبدا السيادة، الامر الذي يتطلب من هيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق لعدم قدرة النظامين القانونين للطرفين المتعاقدين فتكون المبادئ العامة للقانون هي الاكثر ملاءمة.[2]

الفرع الثاني: تطبيق القانون عبر الدولي على موضوع التحكيم

يعتمد خضوع عقود التنمية الاقتصادية كعقود البترول نموذجا لقواعد القانون الدولي على مبدا العقد شريعة المتعاقدين، و هو نفس الاتجاه الذي ايدته التوصية الصادرة عن مؤتمر الاتحاد الدولي للمحامين سنة 1958 حيث نصت على: (لمبدأ العقد شريعة التعاقدين تطبيقا واضحا في الإرتباطات التي تنشأ

[1] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 628-636.

[2] احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 512-513.

بين الدول بعضها البعض او بينها و بين مواطني الدول الاخرى)، و نتيجة ذلك ان الاعتداء على الملكية الخاصة "Private Property" بمخالفة عقد معين من عقود التنمية يخالف القانون الدولي، و هو الاتجاه الذي ايده انصار تدويل العقود المبرمة بين الشركات الاجنبية، و حسبهم يستمد مشروعيته من قاعدة قانونية دولية تسمو على ارادة الدولة كما تطبق قواعد المسؤولية الدولية عند الاخلال ببنود العقد، الا ان هذا الاتجاه لاقى اعتراض من غالبية احكام المحاكم الدولية مفاده ان عند غياب اتفاق صريح من الاطراف فان القانون الدولي لا يطبق بل يطبق القانون الوطني، و اوضحت الاعمال التمهيدية للاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار نطاق تطبيق القانون الدولي في حالة غياب الارادة الصريحة في الحالات التالية: اذا اشار القانون الوطني ذاته تطبيق القانون الدولي، و اذا ما كانت المسالة المعروضة تتصل بصورة مباشرة بقواعد القانون الدولي، و في حالة ما اذا كان القانون الوطني مخالفا للقانون الدولي[1].

و يقصد بمصطلح قانون عبر الدول تلك القواعد المنظمة للتصرفات التي تتعدى حدود الدولة الواحدة لذلك فهو يشمل القانون الدولي العام و القانون الدولي الخاص، و يرى الفقيه " فيليب جيسوب " ان قانون عبر الدول يبدا تطبيقه من الفرد حتى الوصول الى العائلة الدولية اي ينظم العلاقات التي تتجاوز دولة واحدة كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول، و ضابط اختيار القانون الواجب التطبيق حسب الفقيه هو القانون الاكثر ملاءمة مع العقل و العدل، و يعتبر الفقيه "J.Lalive" من الفقهاء المناصرين لاخضاع العقود المبرمة بين الاشخاص العامة و الشركات الخاصة الاجنبية مثل عقود البترول لقانون عبر الدول، و يشمل هذا القانون المبادئ العامة و اعراف التجارة الدولية و التنظيم الداخلي للمؤسسات الدولية العامة و القانون الاداري الدولي و قضاء محاكم التحكيم، كما اوضح هذا الاتجاه ان المبادئ العامة تعد مصدرا مشتركا في القانون الدولي و القوانين الوطنية و قانون عبر الدول[2]، و من ثم يتكون هذا النظام من مجموعة الاعراف الدولية و المبادئ القانونية العامة التي تستخلصها محاكم التحكيم و تستمد الزاميتها من الشعور بانها مبادئ يعمل بها في المجتمع الدولي[3]، اما الفقيه "Jessup جسوب" يرى ان العقود الخاصة الدولية و منها بطبيعة الحال عقود امتيازات البترول يمكن اخضاعها لقانون ليس بالقانون الدولي العام او الخاص بل قانون يسمى قانون عبر الدول "Transnational law" الذي ينظم علاقات المجتمع الدولي

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحى: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية (دراسة على ضوء اهم واحدث احكام التحكيم الدولي)، نفس المرجع، ص 84-87.

[2] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 664-669.

[3] M.Boulouis :Les principes generaux du droit :Aspects de droit international public,dans journes de la societe de legeslation comparee,anne1980,p263.

و ذهب هذا الفقيه الى بيان دور المبادئ العامة للقانون في تجنيب القضاء انكار العدالة، اذ يمكن للمحكم ان يستنبط من المبادئ العامة الحلول للمشكلات المعروضة امامه، انظر الى صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحى: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية (دراسة في ضوء اهم واحدث احكام التحكيم الدولي)، نفس المرجع، ص 101-102.

و يتألف من مجموعة من القواعد التي تحكم التصرفات القانونية و الوقائع التي تجاوز الحدود و هي ماخوذة من القانونين الدولي العام و الخاص، و يعرفها الاستاذ " قولدمان Goldman" بانها: (مجموعة الاعراف التي استقرت نتيجة التعامل الدولي المستمر لها من قبل المتعاقدين في العلاقات الاقتصادية الدولية)، و بالنتيجة هي مجموعة الاعراف التجارية الدولية التي اطلق عليها قانون التجارة الدولية "International law of trade"، الا انها منتقدة من حيث ان عقود امتيازات البترول لا يمكن القول ان الدول قد تعارفت على قواعد معينة ضمنتها عقودها، فهذه العقود تتغير طبقا للتحولات السياسية و الاقتصادية التي تعرفها كل دولة[1].

أولا: أعراف التجارة الدولية كمصدر للقانون عبر الدولي

يذهب انصار هذا الاتجاه الى تطبيق احكام القانون التجاري الدولي بشان التحكيم للاطراف الذين لا يرغبون تطبيق قانون وطني على نزاعهم، و اشاروا الى الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي العام لسنة 1961 في المادة 07 و اتفاقية لاهاي بشان البيع الدولي للمنقولات المادية، اضافة الى بعض القوانين الوطنية من ذلك القانون الفرنسي بشان التحكيم الدولي في المادة 1496 استخدمت تعبير "قواعد القانون" و كذلك الامر بالنسبة لقانون التحكيم الايرلندي الصادر بتاريخ 02 جويلية سنة 1986 في المادة 1054، و كذلك بالنسبة لقانون التحكيم السويسري في المادة187 [2] التي مكنت الاطراف اخضاع العقد الى القانون التجاري الدولي، كما اعتنقت بعض احكام التحكيم هذا الراي في القضية رقم 3131 بتاريخ 26 اكتوبر سنة 1979 في النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية "Norsolor نورسلور" و الشركة التركية " بابالك Pabalk" و قررت محكمة التحكيم انه :(بالنظر الى الطابع الدولي للعقد و صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق عليه، فان المحكمة تستبعد اللجوء الى قانون وطني معين سواء القانون الفرنسي او القانون التركي و تطبق القانون التجاري الدولي "Lex mercatoria"[3]، و كثيرا ما يجد المحكم الدولي نفسه مضطرا الى حل النزاع على ضوء قواعد عادات و اعراف التجارة الدولية، و يعني تطبيق المحكم الدولي لعادات و اعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع و تكون تلك العادات و الاعراف بمثابة قانون القاضي بالنسبة لمحكم دولي[4]، و من الملاحظ ان علاقات التجارة الدولية تبتعد عن سيطرة القوانين الداخلية، لتنظم عن طريق قواعد عرفية لا تنتمي الى قانون دولة ما، و هي مستمدة من واقع مجتمع دولي للتجارة ذلك لان قواعد و اعراف التجارة الدولية و ليس حكم حالات فردية و انما هي كما اشار الاستاذ "B.Goldman" قواعد عامة و مجردة، و في واقع الامر ان اهمية هذه القواعد التي يرجع

[1] عمر ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 191-192.

[2] تنص المادة187 من قانون التحكيم السويسري على: (تفصل محكمة التحكيم طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الاطراف).

[3] حسين ابو زيد سراج: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 681-682.

[4] ابو زيد رضوان: الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981، ص 167.

تاريخها إلى سنة 1920 عندما عقد المؤتمر تنظيما ذاتيا للعلاقات التعاقدية بين اطراف التجارة الدولية، و خلاصة لما تقدم ان قواعد اعراف التجارة الدولية تعتبر بمثابة قانون القاضي "lex foi" بالنسبة للمحكم الدولي، و تتمتع بفعالية القواعد القانونية تشبع حاجيات مجتمع التجارة الدولية[1].

و امام اتجاه الفقه و قضاء التحكيم الى تحرير التجارة الدولية من القوانين الداخلية و اخضاعها للقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، يمكن ان نتساءل عن كيفية تطبيق هذه القواعد على منازعات العقود الدولية و من اهمها عقود الاستثمار البترولية التي هي محل الدراسة؟، حيث انقسم الفقه حول تطبيق قواعد التجارة الدولية الى رايين:

1- الرأي الأول يرى باسناد قواعد القانون التجاري الدولي الى ارادة الاطراف الصريحة او الضمنية:

و حسب هذا الاتجاه بالرغم من دور اعراف التجارة الدولية الا انها قواعد مكملة، و في اتجاه اخر من يرى عدم توقف تطبيق احكام القانون التجاري الدولي على ارادة الاطراف، و عليه فتدخل ارادة المتعاقدين كشرط للاعمال المباشر لهذا القانون.

2- الرأي الثاني يأخذ بالتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي:

و ذلك لان التنظيم الموضوعي لهذه القواعد تجعل منه منهجا مستقلا عن قاعدة الاسناد ذلك انها تشكلت في اطار مجتمع التجار العابر للحدود[2].

و نرى أنه في مجال عقود التنمية الاقتصادية ذات الطابع الدولي يقوم العقد أساسا على إرادة الأطراف و توجههم في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه الإرادة قد تكون غائبة، في هذه الحالة يظهر دور المحكم في إعمال قواعد القانون التجاري الدولي المستمدة من الاعراف الدولية كقواعد مكملة مستقلة لها قوة الزامية طالما لا تتعارض مع النظام العام الوطني و الدولي.

ثانيا: تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الإستثمار البترولية

يؤدي خضوع العقد الدولي لقواعد القانون التجاري العابر للحدود الى تطبيق احكام هذا القانون بصرف النظر عن ارادة المتعاقدين، و وفقا لما يراه البعض الاخر فان اختيار المتعاقدين للاحكام المادية للقانون التجاري الدولي هو اختيار تنازعي و ليس اختيار مادي حيث تظل هذه الاحكام ذات صفة قانونية و لا تختلط بباقي شروط العقد، بل و قد يجري تطبيق المبادئ المشتركة امام قضاء التحكيم بوصفها قانونا للارادة، و على هذا النحو يرى جانب من الفقه ان المبادئ العامة للقانون هي مبادئ مشتركة بين القوانين الداخلية لا تتمتع بخصوصية مستقلة، و مهما كان من امر فقد استطاع قضاء التحكيم ان يستخلص من المبادئ العامة للقانون عدة مبادئ تتناسب و العلاقات الاقتصادية الدولية مثل مبدا القوة

[1] ابو زيد رضوان: الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع، ص 169-174.

[2] يرى جانب من الفقه ان قواعد القانون التجاري الدولي لا يمكن ان تكون بمثابة قانون اختصاص و انما يستمد اختصاصه من ارادة الاطراف، ثم يطبق مباشرة هذه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي التي وضعت خصيصا للعقود الدولية، انظر الى محمود محمد ياقوت: نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية(دراسة تحليلية)، نفس المرجع، ص 111 فما فوق.

الملزمة للعقد و مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية و مبدا تفسير العقد وفقا للارادة المشتركة، و على هذا النحو توصف هذه المبادئ احدى مكونات القانون التجاري الدولي فاذا كانت نظرية الظروف الطارئة في المبادئ العامة تبيح للقاضي سلطة تعديل العقد رعاية للعدالة[1]، و بهذه المثابة قد يؤدي تحكيم العدالة الى تحرير العقد من سلطان القوانين الداخلية، و اذا كان القضاء الحديث يتجه نحو السماح بتنفيذ احكام المحكمين التي طبقت الاعراف التجارية الدولية فهذا يعني اعتراف القضاء بوجود هذا النظام الذي يقوم على تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القوانين الداخلية، و يتجه جانب اخر من الفقه الى تفضيل تطبيق الاحكام الموضوعية في قانون التجارة الدولية اذا كان النزاع مطروحا للتحكيم من منطلق ان تدويل الروابط القانونية يقتضي تدويل القواعد القانونية التي تحكمها، و مع ذلك لا يجوز للمحكم استبعاد قواعد القانون التجاري الدولي ذات الطابع المفسر اذا تعارضت واحكام القانون الداخلي بمقتضى نظرية التركيز و على حد قول البعض: (فقط عند سكوت العقد و العادات الدولية فان القانون الوطني يجد محلا لتطبيقه[2]، و الجدير بالذكر في هذا المقام غالبية فقهاء اعضاء اللجنة الواحدة و العشرين المخصصة لبحث مسالة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الخاصة الاجنبية قد اعربوا اثناء اعمال مجمع القانون الدولي عن رفضهم التفرقة بين القانون الذي يحكم العقد و القانون الاساسي الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة و بهذا يكون المجمع قد أخذ بقانون الارادة المستقلة و في المقام الثاني نظرية التوطين الموضوعي التي تقتضي تطبيق القانون الاكثر اتصالا بالعقد، و قد سار على هذ النهج محكمة العدل الدولية في قضية الشركة الانجلو ايرانية للبترول، حيث رفضت وجهة نظر المملكة المتحدة التي مفادها ان عقد البترول المبرم بتاريخ 29 افريل سنة 1933 بين حكومة ايران و الشركة الانجلو ايرانية معتبرة ان هذا العقد عقد امتياز[3]، و في هذا الصدد لابد من الاشارة الى أنه يوجد من القانونيين الغربيين الذين اخرجو عقد امتياز البترول عن نطاق القانون الوطني و تطبيق نظام قانوني اخر مثل الفقيه " مكنMacnain" الذي نادى بتطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الامم المتحضرة "Verdross" الذي قال بان عقد التنمية الذي توقعه دولة مع العقد شريعة المتعاقدين، و لم يقولوا بوجوب اخضاع عقد امتياز البترول للقانون الدولي العام انما لنظام قانوني آخر افترضه كل واحد منهم، في القضية التي فصل فيها المحكم "Asquith اسكيث" سنة 1951 بين ابو ظبي و شركة

[1] تحكيم العدالة نصت عليه بعض التشريعات والاعمال الاتفاقية مثل المادة 1474 من قانون المرافعات الفرنسي و المادة 39 من قانون التحكيم الجديد، و هو ما ذهبت اليه ايضا المادة2/7 من الاتفاقية الاوربية للتحكيم سنة 1961 و ايضا المادة 3/42 من اتفاقية البنك الدولي للتعمير و التنمية التي تنص:(...احكام الفقرات السابقة لا تمس رخصة المحكمة في ان تقضي وفقا للعدالة اذا اتفق الاطراف على ذلك)،

[2] و هذا ما نصت عليه المادة1/7 من الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجا ي الدولي في افريل سنة 1961 من ان: (يكون الاطراف احرارا في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون على موضوع النزاع، و في حالة انعدام اشارة الاطراف الى القانون الواجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الي تعينه قاعدة الاسناد التي يقدرون ملاءمتها للنزاع، و في كل من الحالتين السابقتين ياخذ المحكمون في الحسبان شروط العقد و عادات التجارة)، انظر الى محمود محمد ياقوت: نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية–دراسة تحليلية مقارنة–، نفس المرجع، ص51 فما فوق.

[3] حسين ابو زيد: التحكيم في عقود البترول، نفس المرجع، ص 649 فما فوق.

"Petroleum Development co."، حيث اخذ المحكم بقانون ابوظبي و ذهب المحكمون الى نفس الحكم في قضية "Aramco" و في قضية بين قطر و شركة "Iternational" و القضية بين الكويت و شركة "Aminoil"، و يرى "Verdross" ان اخضاع العقد لنظام قانوني قائم يتعارض مع الواقع الذي تقبل فيه الدول المتعاقدة احالة نزاعها مع الشركة الاجنبية الى محكمة تحكيم دولية تفوضها بان تفصل في النزاع بالاستناد الى مبادئ العدل و الانصاف، و حسب راي الفقيه " فيردروس Verdross" ليس هناك ما يمنع من ان توقع دولة اتفاق مع شركة اجنبية استنادا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و من المبادئ العامة للقانون ان العقد قد تم ابرامه من قبل السلطة المختصة التي تلتزم الدولة في علاقاتها الخارجية و الالتزام الكامل بنصوصه، بما في ذلك عدم احقية الدولة في علاقاتها الخارجية و الالتزام الكامل بنصوصه بما في ذلك عدم احقية الدولة في تعديل او الغاء هذا العقد بصورة منفردة دون موافقة الطرف الاخر، و من امثلة ذلك القرار الذي صدر بين ابو ظبي و شركة " Petroleum Development co." و حكم التحكيم الصادر في النزاع بين قطر و شركة " Shppire and international Marine oil co." و النزاع بين المملكة العربية السعودية و شركة "Aramco". و قد عبر الاستاذ "Salmon سلمون" بشكل جيد عن عدم كفاية هذه المبادئ لان تكون قانونا يطبق على مثل هذه العقود باعتبارها قاصرة[1].

أقر القضاء و المحكمين و كذا الفقه العديد من المبادئ القانونية العامة على كافة المنازعات الناشئة بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الاجنبية المتعاقدة، حيث نصت المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية ان المبادئ العامة للقانون التي تقرها الامم المتحضرة تكون مصدرا للقانون الدولي، و ينتقد الفقيه "هاريس" عبارة " الامم المتحضرة " اذ ان عبارة "المبادئ العامة التي يقرها النظام القانوني في الدول المستقلة" تفيد معنى الامم المتالفة من دول مستقلة، و تختلف الاراء حول ما اذا كانت هذه المبادئ العامة نظام قانوني مستقل او انها مجرد مصدر من مصادر القانون الدولي، ففي الاتفاقيات الدولية وقضايا التحكيم ان مبادئ القانون العامة ما هي الا مصدر من مصادر القانون الدولي، اذ انه ليس هناك تعريف مقبول للمبادئ العامة للقانون حيث يقول الفقيه " لورد مكنير" عن هذه المسالة من الجانب الاقتصادي بان المبادئ العامة للقانون هي القابلة للتطبيق على العقود المبرمة بين شركات الاقطار ذات المال و التكنولوجيا و بين حكومات في اراضيها مصادر طبيعية تنتظر التطوير و لكنها لا تملك ما يكفي من رؤوس الاموال و المهارات اللازمة[2]، و استنادا الى قصور التشريعات الوطنية عن مواكبة التطورات الحديثة في مجال استخراج و تصنيع و تصدير البترول و مشتقاته مما يستوجب تطبيق القانون المشترك للمتعاقدين "المبادئ القانونية العامة المتعارف عليها بين الدول المتحضرة"، و هناك امثلة عديدة على

[1] عمر ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، نفس المرجع، ص 190.

[2] احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون و السيادة و امتيازات النفط(مقارنة بالشريعة الاسلامية)، نفس المرجع، ص 126-129.

تبني هذا الاتجاه في بداية عهد استغلال الثروات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي منها الاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية و شركة " استنادر اويل " سنة 1933، و اتفاقية المنطقة المحايدة بين المملكة ايضا و شركة " باسيفيك و سترف اويل كوربوريش " سنة 1949، و اتفاقية البترول بين المملكة و الشركة التجارية اليابانية للبترول سنة 1957، و في دولة الكويت الاتفاقية المبرمة بين حكومة الكويت و شركة البترول الامريكية المستقلة "American Independant oil company" سنة 1948 المعدلة سنة 1973، و الاتفاقية الكويتية اليابانية في المنظمة المحايدة البحرية و غيرها من عقود الامتيازات البترولية في الاربعينيات و حتى نهاية الستينيات[1].

لهذا الغرض سوف نعرض اهم هذه المبادئ الشائعة في عقود البترول:

1-مبدأ الظروف الطارئة:

يرتكز هذا المبدا على الطبيعة الزمنية الطويلة لعقود البترول و هو ما يفرض حق تعديل بعض شروطه امام التحولات الدولية السياسية و الاقتصادية المؤثرة على الوضع المالي للعقد، و الملاحظ ان هيئات التحكيم استبعدت التشريعات الوطنية للدول المتعاقدة بحجة عدم ملاءمتها لحسم النزاع، الاانها طبقت المبادئ العامة تحت اسم "امم القانون الحديث" في تحكيم ابو ظبي، او " المبادئ المتاصلة في الفهم الواعي و الممارسة الشائعة لكافة الدول المتمدينة " في تحكيم قطر او " المبادئ العامة للقانون " في تحكيم " ارامكو ".

2-مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

مفاد هذا المبدأ وجوب احترام الاطراف المتعاقدة للحقوق و الالتزامات الواردة في العقد و تنفيذ محتواه بحسن نية، و على القضاء و التحكيم مراعاة المبدا عند نظر النزاع.

3-مبدأ الحقوق المكتسبة:

تتمتع الشركات الاجنبية الخاصة في عقود البترول بحقوق مكتسبة لا يجوز انتهاكها، وقد طبقت هيئة التحكيم المبدا في قضية تحكيم " ارامكو " و اكدت ان الحقوق المترتبة عن العقد البترولي تستند الى اتفاق حر و على الدولة المتعاقدة احترامها.

4-مبدأ عدم اساءة استعمال السلطة:

مفاده ان الحقوق القانونية يجب ان تمارس بحسن نية دون ان يترتب عن استعمال السلطة نتائج ضارة، و قد اوضح القاضي "Carneiro كرنيرو" في قضية شركة البترول الانجلو ايرانية سنة 1952، الذي راى عدم استخدام الدولة المتعاقدة لسلطتها التشريعية او الادارية تعسفا يشجع الاستثمارات الاجنبية.

[1] عمر بن ابو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، مجلة جامعة الملك عبد الغزيز، الاقتصاد و الادارة، العدد الثاني، سنة 2001، ص169.

5-مبدأ الاثراء بلا سبب:

مفاده وجوب قيام من اثرى ايجابا من خلال جني منفعة مادية الى ذمته المالية، و قد يتحقق سلبا من خلال تحاشي المثرى ضرارا محققا او خسارة كان وقوعها حتميا بسببه او فعل غيره على حساب شخص اخر و تعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة[1]، و طبقت هيئات التحكيم مبدا الاثراء بلا سبب عند نظر المنازعات الناشئة عن عقود البترول[2]، ففي قضية "Isaiah" ضد " Bank Mellat Award" بتاريخ 30 مارس 1983 ادعى المدعي ان البنك قد اثرى على نحو غير عادل بتسلمه اموالا لقاء صك من دون رصيد، حيث استندت المحكمة الى المبادئ العامة للقانون و قررت: (ان من غير الانصاف الا يكون البنك مسؤولا اتجاه صاحب المال المستفيد، و هو المال الذي يمثله الصك المذكور و لا يجوز للبنك الاحتفاظ بهذا المال من دون وجه حق)، و صدر القرار من الهيئة بدفع المبلغ للمدعي.[3]

نصت العديد من عقود البترول على ان تطبق هيئة التحكيم المبادئ القانونية المشتركة في النظام القانوني للدولة المتعاقدة كقانون ينظم العقد و احيانا بصفة احتياطية، و من امثلة هذه العقود العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية بتاريخ 26 جوان 1963 الخاصة بالتحكيم في المنازعات البترولية بين الدولتين، حيث تنص المادة 06 منها على: (تؤسس محكمة التحكيم حكمها على قانون بترول الصحراوي، و في حالة عدم وجود نص يحكم الموضوع فانها تلجا الى المبادئ العامة للقانون السائد في الدول المتمدينة)، و كذلك العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية و شركة "Getly petroleum" بتاريخ 31 اكتوبر سنة 1968 التي نصت على ان تفصل المحكمة تبعالاحكام القانون استنادا النصوص اللائحية و الاتفاقية السارية و يمكن الرجوع بشكل احتياطي للمبادئ العامة للقانون، كما تم النص على تطبيق المبادئ المشتركة في الانظمة القانونية على العقود التي ابرمتها الحكومة المصرية مع الشركات الأجنبية " بان امريكان " العاملة في مجال صناعة البترول بتاريخ 23 اكتوبر سنة 1963 في المادة 42 على انها تفسر وفقا للمبادئ المشتركة في الجمهورية العربية المتحدة و الولايات المتحدة الامريكية، كما تطبق المبادئ القانونية للمحاكم الدولية[4].

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام: مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1981، ص 1573 و ما بعدها.

[2] قضية "لينا جولد فيلدز" شركة ذات المسؤولية المحدودة ابرمت اتفاقا مع الحكومة السوفيتية في 14 نوفمبر سنة 1925 حصلت الشركة على حق امتياز التنقيب عن المعادن و استغلالها، و خلال سنتي 1929-1930 نشات منازعات بين الطرفين و طلبت الشركة بتطبيق مبدا الاثراء بلا سبب باعتباره من المبادئ العامة للقانون المنصوص عليه في المادة 38 من النظام الاساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي، و قضت هيئة التحكيم بمبلغ 125965000 جنيه استرليني لفائدة الشركة على اساس مبدا الاثراء بلا سبب، انظر الى احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و اسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 515-524.

[3] احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون و السيادة و امتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الاسلامية)، نفس المرجع، ص 134-135.

[4] راجع المادة 42 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية و شركة بان امريكان في12 فبراير سنة 1964، و المادة 23 من العقد المبرم مع شركة "كونوكو الامريكية و شركة توتال الفرنسية" في22 فبراير سنة 1982، و المادة 31 من العقد المبرم مع شركة "وينتج الهولندية" في 08 ابريل سنة 1984، للمزيد راجع احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع، ص 479-482.

خاتمة

تقوم المشروعات الإقتصادية عن طريق عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، و التي تبرمها الدولة أو احد الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، يلتزم بمقتضاها بنقل موارد اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في المشروعات على أراضيها، و نظرا لأهمية البترول كمصدر للطاقة إذ يتطلب استغلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها من ناحية، و بين طرف يقوم بالتنقيب و الإنتاج و التسويق من ناحية أخرى، و غالبا ما يكون هذا الطرف من الشركات الكبرى المتخصصة و التي تملك من الأموال و الخبرة التكنولوجية.

و من أجل فض المنازعات الاستثمارية الناشئة بمناسبة إبرام عقود البترول أو عند تنفيذها ، يتم الاتفاق على التحكيم بإحدى الصور الثلاث، شرط التحكيم و مشارطة التحكيم و شرط التحكيم بالإحالة، فأما الشرط فيكون في حالة ما إذا تم الاتفاق على التحكيم بين الأطراف بشان نزاع معين قائم بينهم بالفعل، و أما مشارطة التحكيم فيكون في حالة ما إذا تم الاتفاق على التحكيم بين الأطراف على حل ما قد ينشا بينهم من نزاع بسبب تنفيذ هذا العقد و تفسيره بدلا من المحكمة المختصة، أما شرط التحكيم بالإحالة فهو إشارة المتعاقدين في العقد الأصلي إلى وثيقة أو عقد نموذجي يتضمن شرط التحكيم و اعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد.

و يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم البترولي في غاية من الأهمية، سواء أكان القانون الواجب التطبيق يتعلق بإجراءات التحكيم أو بموضوع النزاع، و تزداد أهمية هذه المسالة أمام المحكم الدولي الذي ليس له قانون اختصاص، و هذا ما يقتضي أمرين هما، الأمر الأول يتعلق بإعفاء المحكم من إتباع القواعد التي تنظم الإجراءات، إلا انه ليس بإمكانه اجتناب القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، أما الأمر الثاني فيتعلق بكيفية تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يتوقف على طبيعة المسالة المتنازع عليها، تمهيدا لأعمال القانون الذي يسعى أن يشير إليه ضابط الإسناد و الذي يمثل عنصرا في قاعدة تنازع القوانين.

و من خلال ما سبق، نبين ما توصلنا إليه من النتائج التالية:

– يلعب التحكيم دورا هاما في حسم منازعات عقود الاستثمار نظرا لما تتميز به هذه العقود من طبيعة خاصة، و تحقيق فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يستلزم تبني العديد من المبادئ القانونية و التي تتمثل أساسا في استقلال اتفاق التحكيم، الإختصاص بالإختصاص، الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد.

– يترتب عن إبرام عقد الاستثمار البترولي آثار قانونية للطرفين من حقوق و التزامات في ظل التشريع الذي ابرم فيه العقد، إلا انه استثناءا و بموافقة الشركة البترولية الأجنبية باعتبار أن التشريع الجديد يخدم

مصالحها الاقتصادية، يمكن إخضاع العلاقة التعاقدية لهذا التعديل القانوني الجديد، كما أنه و بمقتضى المصلحة العامة لما للدولة من إمتيازات السلطة العامة في اتخاذ الإجراءات التشريعية بصفة انفرادية، يحق لهذه الأخيرة التعديل القانوني في نصوصها.

– حفاظا على حقوق الطرف المتعاقد مع الدولة المضيفة في حالة وقوع أضرار عليه بسبب التعديل القانوني الجديد، تتكفل الدولة بالتعويضات العادلة له لتفادي إلحاق الخسائر المادية أو المعنوية بالشركة الأجنبية، و ذلك حفاظا على الثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي و المبنية على ضمانات قانونية بما في ذلك الاستقرار التشريعي.

– و بعد إستطلاع الآراء الفقهية حول طبيعة المسؤولية للمرحلة السابقة للتعاقد في عقود الاستثمار البترولية، يتبين لنا أنها مسؤولية تقصيرية، و ذلك باعتبار أن العقد لم يبرم بعد فبتالي لم تنشا عنه أي التزامات تعاقدية من جهة، ثم إن الإخلال بمبدأ الإعلام و السرية و كذا مبدأ حسن النية كلها التزامات قانونية تسبق التعاقد، لذا يكون الخطأ تقصيري يوجب التعويض عن الضرر متى تحققت العلاقة السببية بينهما، و مسالة تقديرها تخضع للقضاء المختص.

– يلاحظ أن المقنن الجزائري ربط دولية التحكيم التجاري الدولي بطبيعة العقد، كون أن التحكيم ما هو إلا وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ تلك العقود، و تتحدد طبيعة كليهما بالنظر إلى الموضوع و الأطراف معا، و هو ما صرح به المقنن في المادتين 1006 و 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

– بالرجوع إلى قانون المحروقات الجزائري رقم 05–07 المعدل بالقانون رقم 13–01 هو الآخر استحدث وسيلة جديدة و هي وجوب إجراء مناقصة للمنافسة كإجراء وجوبي لإبرام عقود البترول الاستثمارية، حيث نصت المادة 32 منه على: (يبرم عقد البحث و الاستغلال و عقد الاستغلال بناء على مناقصة للمنافسة، طبقا للإجراءات المحددة عن طريق التنظيم...). ، حيث أولى المقنن لأسلوب المناقصة أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، من منطلق أن أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية.

– إشترط قانون المحروقات الجزائري في تعديل نص المادة 06 منه موافقة مجلس الوزراء على عقود البحث و/ أو استغلال المحروقات، و هذا دليل على أهمية العقود المتعلقة بالبترول نظرا لأهمية هذه المادة الحيوية من الناحية الاقتصادية.

– إختلفت مواقف القوانين الوطنية للدول بشان اللجوء إلى التحكيم في منازعات تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، حيث ذهب جانب منها إلى قبول اللجوء إلى التحكيم مع وضع بعض القيود الإجرائية كوجوب الحصول على موافقة جهة معينة قبل الاتفاق على التحكيم، و اخذ بهذا الاتجاه مثلا المقنن المصري و السعودي و القطري، أما القانون الجزائري فقد حظر اللجوء إلى التحكيم في نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966، إلا أن الواقع التعاقدي للجزائر و تحت الضغط

المزدوج الذي فرض عليها، الأزمة الاقتصادية من جهة و الضغط الأجنبي من جهة أخرى، ما أدى إلى الانفتاح على التحكيم بموجب قانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، في نص المادة 1006 منه، و بالمقابل تبنى الجانب الأخر و الذي يتزعمه أساسا القانون الفرنسي مبدأ عام و هو حظر اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن العقود ذات الطبيعة الإدارية، باستثناء الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم.

-بعد عرض مختلف الآراء الفقهية و التشريعية و كذا القضائية حول أهلية الدولة و مؤسساتها العامة في إبرام اتفاق التحكيم، يتبين لنا أن قبول الدولة لشرط التحكيم بشان العقود التي تبرمها في إطار الاستثمار الأجنبي لا يعني بالضرورة تنازلها عن الحصانة ضد التنفيذ، ثم إن تنازل الدولة الصريح لحصانتها القضائية في إطار إنجاز مشاريع تنموية ذات طابع اقتصادي لا يعني تنازلها عن حصانتها ضد التنفيذ، إذ يقتضي الأمر تنازل صريح و مستقل من طرف الدولة نفسها.

- يمكن اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقية واشنطن إذا لم يوافق الطرفان كتابيا على ذلك، حيث أن نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن اشترط موافقة الدول المصادقة على الاتفاقية على الخضوع للتحكيم عند وقوع المنازعات وفقا لقواعد المركز، إلا انه اكتفى المركز لتقرير اختصاصه بوجود نص يشير إلى تحكيم المركز، إما في القانون الوطني الاستثماري للدولة المضيفة أو في اتفاقية دولية للاستثمار سواء ثنائية أو متعددة الأطراف.

- إن الاتجاه السائد لدى الفقه و القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، يتمثل في الاعتداد أولا بالإرادة المستقلة للأطراف، حيث يجوز لهم أن يتفقوا على تطبيق قانون وطني معين أو الاتفاق على إتباع القواعد السارية لدى إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، و في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف كان للمحكمين سلطة القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، و يستثنى من ذلك اتفاقية نيويورك التي نصت على تطبيق قانون الدولة مكان التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف.

- إذا اتفق الأطراف على التحكيم و من ثم يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق استنادا إلى قاعدتين أساسيتين من قواعد القانون الدولي الخاص، القاعدة الأولى هي خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه، و القاعدة الثانية تطبيق قانون موقع العقار.

و نظرا لأهمية التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار البترولية، نرى انه من الأهمية إصدار تشريع مستقل ينظم آلية التحكيم في عقود الاستثمار البترولية، نظرا لقيمة محل هذا العقد الذي يرد على مورد حيوي و استراتيجي ألا و هو البترول، لذلك من الأهمية بمكان تقديم جملة من الاقتراحات المستخلصة من نتائج موضوع دراستنا و المتمثلة في الآتي:

– يتعين على الجهة المكلفة بإصدار قانون المحروقات و القوانين ذات الصلة المباشرة به و كذا اللوائح التنظيمية له، الاهتمام بصياغة شرط التحكيم و إسناد هذه المهمة إلى خبراء قانونيين لهم دراية بقواعد التحكيم الدولي و القانون الدولي الخاص، و تقنيين تتوفر فيهم القدرات العلمية في مجال منازعات البترول.

– توحيد القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم الدولي خاصة تلك الناشئة عن عقود الاستثمارات البترولية، و تضمينها شرطا صريحا ينص على تطبيق أحكام قانونها الوطني و الذي يمثل مظهرا لسيادتها.

– صياغة قانون تحكيم بترولي جزائري مستقل عن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و عن قانون المحروقات، مع عدم تعارضه مع القوانين ذات العلاقة به خاصة قانون الاستثمار و الاتفاقيات الدولية.

– ضرورة جمع الهيئة المكلفة بالاستثمار جميع الأحكام القانونية و التنظيمية الخاصة بالاستثمار في مدونة قانونية واحدة.

– تعديل قوانين الاستثمار بما يتفق مع التوجهات الحديثة للتحكيم، مع التعريف الدقيق لمفهوم الاستثمار البترولي في الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدول العربية بما في ذلك الجزائر مع الشركات البترولية الأجنبية، و ذلك من اجل تقييد سلطة هيئة التحكيم في التفسير.

– نظرا لارتباط عقد الاستثمار البترولي بالظروف الاقتصادية المحيطة بإبرامه من جهة، و كون أن الآلية القانونية الاستثمارية و ما لها من انعكاسات على الواقع الاقتصادي من جهة أخرى، لذا نقترح أن يشتمل تحديد ماهية العقد الاستثماري على ثلاث أسس و هي: الأساس الأول أن يتضمن مفهوم إجراء إبرام العقد تطابق الإيجاب و القبول بين الدولة المستثمرة أو احد مؤسساتها و المستثمر الأجنبي، و الأساس الثاني توضيح كيفية إدارة العملية الاقتصادية من بحث و تنقيب إلى إنتاج و تسويق للمادة البترولية، مقابل أرباح مادية و عملية للطرفين، و الأساس الثالث و الأخير تحديد الهدف من إبرام هذه العقود و الذي يتمثل أساسا في التنمية الاقتصادية للدول المستثمرة من جهة، و الأرباح المالية للشركات البترولية الأجنبية من جهة أخرى.

7– إعادة النظر في تنظيم أحكام جميع قوانين الاستثمار في الدول العربية و الخاصة بالملكية، بحيث لا يجوز مصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري إلا بحكم قضائي حائز على الصيغة التنفيذية، و ذلك من اجل حماية الأموال الأجنبية المستثمرة.

– توفير ظروف موضوعية لجذب الاستثمار الأجنبي (الثبات التشريعي و عدم المساس ببنود العقد)، دون الاكتفاء فقط بالحوافز المادية، مع تفعيل دور الوكالات الوطنية الخاصة بالاستثمار.

– إلى جانب تلك الآليات القانونية المعمول بها، نقترح آلية قانونية رقابية أخرى تسند إلى السلطة البرلمانية بشان منح عقود الامتياز البترولية الطويلة المدى للشركات الأجنبية، من اجل الحفاظ على استغلال الثروات الطبيعية التي تعود ملكيتها للدول المضيفة للاستثمار، و ذلك في شكل قانون عضوي يوضح إجراءات المناقصة و إجراء منح رخص التنقيب، و وجوب موافقة مجلس الوزراء على ذلك.

– و من أجل تحقيق تنمية اقتصادية وطنية من مصادر استثمارية أجنبية، ينبغي حسب رأينا انجاز دراسة أولية قانونية و فنية من قبل خبراء مختصين، توضح الأبعاد الاقتصادية و الاجتماعية للمشروع و مدى تأثيره الايجابي على تنفيذ السياسات العامة المنتهجة من قبل الدولة المستثمرة، و كذا انعكاساته السلبية على الميزانية العامة، ثم محاولة موازنة النتائج على تغليب الصالح العام في تحقيق الهدف من المشروع الاستثماري الاستراتيجي، و الذي محله ثروة ذات قيمة مالية ضخمة و قيمة حيوية للصناعة البترولية في التجارة الدولية.

– نظرا لطبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار البترولية و خاصة التي يتطلب تنفيذها مدة زمنية طويلة، يكون من المناسب اللجوء إلى وثيقة مشارطة التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي، مما يجعل من هذا الإجراء بمثابة ضمانة لحفظ حقوق الأطراف المتعاقدة متى استوفى الشروط القانونية و ذلك تحت طائلة البطلان، و حسنا فعل المقنن لما أجاز التحكيم في نزاع أقيمت بشأنه دعوى قضائية، و هذا ما يدل على حرصه على حماية حقوق الأطراف، إذ لا مانع قانونا من لجوء الأطراف إلى التحكيم متى كان موضوعه محددا.

– التأكيد على أهمية إدراج البدائل الأخرى مثل المراجعة أو إعادة التفاوض– في حالة تغير ظروف العقد و انعدام التوازن العقدي– في الحفاظ على استقرار العلاقة التعاقدية، و من ثم الاستفادة اقتصاديا و اجتماعيا من هذا الاستثمار الأجنبي الخاص.

– و بعد استطلاع مختلف الاتجاهات القانونية و القضائية و كذا الفقهية، نرى انه من الضروري تحديد طبيعة المسؤولية للمرحلة السابقة عن التعاقد النهائي، و يذكر ذلك صراحة في مواد نصوص التشريعات الوطنية و كذا بنود الاتفاقيات الدولية باعتبارها مسؤولية تقصيرية سابقة للتعاقد.

– فيما يتعلق بصياغة شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار البترولية الدولية، ينبغي الدقة في صياغة هذا الشرط من خلال تطبيق القانون الوطني على التحكيم، و عدم الاكتفاء فقط بالإشارة إليه في القانون الوطني.

– انضمام الدول النامية بما في ذلك الدول العربية إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، و المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

– توخي الدقة في صياغة اتفاقيات الاستثمار الدولية التي تبرمها الدول العربية، و ذلك باشتراط الموافقة المسبقة من الجهة المختصة في قطاع المحروقات.

–نرى أن مسالة تنظيم الاستثمار البترولي بتدخل الشركات المتعددة الجنسيات خاصة في الدول النامية من الأهمية بمكان إعادة النظر فيه، و ذلك بإحداث التوازن بين المصالح المستهدفة من الطرفين في ظل الايجابيات التكنولوجية التي تقدمها تلك الشركات من جهة، و العمل على الحد من السلبيات التي تمس أساسا بالسيادة الوطنية و خاصة الحد من التدخل في الشؤون الداخلية من جهة أخرى.

– ينبغي أن تقوم الدول العربية بتهيئة مناخ ملائم للاستثمار في إقليمها و توفير الآليات القانونية الفعالة في اللجوء إلى التحكيم، و ذلك بتوفير مراكز تحكيم تقوم على أسس علمية يديرها إطارات ذوي خبرة في قضايا التحكيم البترولية.

– ضرورة إنشاء مراكز تحكيم عربية و متخصصة بحل منازعات الاستثمار البترولية، و أن تعتمد اللغة العربية في أحكام التحكيم، كما يمكن الاستعانة بالخبرات الأجنبية.

– إعداد متخصصين في مجال التحكيم البترولي، لتبني قضايا الدول العربية المرفوعة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

– و على إثر العرض السابق، تنتهي الدراسة إلى التوصية بأهمية دعوة المقنن الجزائري لصياغة نظرية عامة لعقود البترول الدولية المبرمة بالطرق التقليدية أو عبر الانترنت، على أن يكون ذلك في إطار قانون متكامل للمعاملات التجارية الدولية مع كافة النظم القانونية ذات العلاقة، و أن يتم وفق قواعد و مبادئ قانونية موحدة تقوم على مبدأ احترام قواعد الشريعة الإسلامية، و تماشيا مع ما افرزه العلم من تطور في نظم التعاقد و أشكال الكتابة الالكترونية.

	عناوين الأشكال	رقم الصفحة
01	الجدول يبين العقود المبرمة عن طريق المناقصة من سنة **2000** إلى سنة **2009**	**123**
02	مخطط يبين كيفية إبرام عقد الشراكة بين المؤسسة الوطنية سوناطراك و الشريك الأجنبي.	**146**
03	الجدول يبين أهم التسميات المطلقة على الشركات المتعددة الجنسيات و نشاطها.	**152**
04	الجدول يبين أسماء الشركات البترولية العملاقة السبعة الكبار(الشقيقات السبعة)	**154**
05	الجدول يبين عقود الاستكشاف منذ سنة **1992**.	**174**
06	الجدول يبين عقود الشراكة بين سوناطراك و الشركات البترولية الأجنبية بعد صدور قانون رقم **91-21**.	**178**
07	مخطط يوضح كيفية اقتسام الإنتاج بين سوناطراك و الشريك الأجنبي و العائدات المالية على الدولة.	**185**
08	مخطط يوضح مراحل النشاط البترولي بداية بالبحث و الاستكشاف إلى غاية التصنيع البيتروكيميائي.	**191**

أولا: المصادر و المراجع باللغة العربية

1-النصوص التشريعية و التنظيمية

أ-الدستور

- المرسوم الرئاسي 96-438 مؤرخ في07 ديسمبر سنة 1996 المتضمن تعديل الدستور(الجريدة الرسمية رقم 76 ل 08 ديسمبر سنة 1996، ص 6)، و المعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في15 نوفمبر سنة 2008 (ج.ر 63 ل 16 نوفمبر سنة 2008)، المعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016(ج.ر14 مؤرخة في 07 مارس سنة 2016).

ب-الاتفاقيات الدولية

-اتفاقية نيويورك بشان تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الموقعة سنة1958.
-الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، المبرمة في جنيف سنة1961.
-اتفاقية البنك الدولي بشان تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى، المبرمة سنة 1965.

ج-الأوامر

- أمر رقم 71-28 مؤرخ في 12 افريل سنة 1971، و المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله،ج.ر.ع 30 الصادرة بتاريخ 13 افريل سنة 1971.
-أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 29 سبتمبر 1975، معدل و متمم.
-أمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل بالأمر 96-27 المؤرخ في 09-12-1996 (ج.ر 77 مؤرخة في 11-12-1996 ص4)، المتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06-02-2005 (ج.ر 11 مؤرخة في 09-02-2005 ص8).
- أمر رقم 03/01 الصادر بتاريخ 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل و المتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ بتاريخ 2006/07/15.
- أمر06-10الصادر بتاريخ 29 جويلية 2006 المعدل و المتمم لقانون 05-07 المتعلق بالمحروقات، الصادر في جريدة رسمية العدد 48 الصادرة في 30 جويلية سنة 2006.

د-القوانين

- قانون المغرب رقم1-58-227، الصادر بتاريخ 31 جويلية 1958، الجريدة الرسمية 24 جويلية 1958.
- قانون الكاميرون رقم60-64 الصادر بتاريخ 27 جوان سنة 1960، الجريدة الرسمية العدد 45.
- قانون جمهورية إفريقيا الوسطى رقم62-355، الصادر بتاريخ 19 فيفري سنة 1963، الجريدة الرسمية العدد الخامس، الصادرة في أول مارس سنة 1963.
- قانون الكونغو رقم39-61، الصادر بتاريخ 20 جوان سنة 1961، الجريدة الرسمية العدد40، جويلية سنة 1961.
- قانون الجابون رقم6/55، الصادر بتاريخ 4 ديسمبر سنة1961، الجريدة الرسمية العدد الرابع 15 يناير سنة 1962.
-قانون تونس رقم35-69، الصادر بتاريخ 26 جوان سنة 1969.
- قانون رقم 84-06 المؤرخ في07 جانفي سنة 1984 المتعلق بالأنشطة المنجمية.
-قانون رقم 86-14 الموافق ل19 غست 1986المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب المعدل بالقانون رقم91-21 المؤرخ في 02 ديسمبر سنة 1991 المعدل بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في28 ابريل سنة 2005، المتمم بالقانون 13-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2013 و المتعلق بالمحروقات.
- قانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل بالقانون رقم08-14 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المتضمن قانون الأملاك الوطنية (ج.ر العدد 44 سنة 2008).

-قانون رقم91-21 الصادر بتاريخ 04 ديسمبر1991 يعدل و يتمم قانون 86-14 المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب، الجريدة الرسمية العدد 63.
- القانون رقم 27 لسنة 1994 بشان التحكيم في المواد المدنية و التجارية المصري، المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997.
- قانون رقم 11 لسنة 1995 المرافعات المدنية و التجارية الكويتي .
- قانون التحكيم الموريطاني رقم 06 لسنة 2000، الجريدة الرسمية لجمهورية موريطانيا الإسلامية بتاريخ 15 مارس سنة 2000.
- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

-قانون رقم 13-01 مؤرخ في20 فبراير سنة 2013 يعدل و يتمم قانون رقم 05-07 مؤرخ في 28 ابريل سنة 2005 يتضمن قانون المحروقات.
-قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت سنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار (الجريدة الرسمية العدد 46 سنة 2016).

هـ-المراسيم

-المرسوم الفرنسي الصادر سنة 1980 الخاص بالتحكيم الداخلي، المرسوم الصادر سنة1981 الخاص بالتحكيم الدولي.
- المرسوم الملكي السعودي رقم م/46 الصادر بتاريخ 1403/03/12هجري، الموافق ل 1983/04/25، بشان إصدار نظام التحكيم.
-مرسوم رئاسي رقم09-144المؤرخ في27 افريل 2009 يتضمن الموافقة على عقد البحث عن المحروقات و استغلالها في المساحة المسماة "قرن القصبة".
- مرسوم رئاسي رقم 09-191 المؤرخ في 16 مايو سنة 2009، يتضمن الموافقة على عقد البحث و استغلالها في المساحة المسماة "كرزاز" الكتل 316 ب، 319 ا، 321 ا ، المبرم في الجزائر بتاريخ 17 يناير سنة 2009، بين وكالة النفط والشركة الوطنية "سونطراك"، و شركة "اني الجيريا اكسبلوريتش ب.ف اني"، الجريدة الرسمية العدد 26 لسنة 2009.
- مرسوم رئاسي رقم10-236 مؤرخ في07 أكتوبر سنة2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل بموجب قانون رقم12-23 و قانون رقم13-03 مؤرخ في 13 جانفي2013(ج.ر02 ص05).
-مرسوم رقم 81-76 المؤرخ في25 افريل 1981 المتضمن المصادقة على اتفاقية البحث عن البترول المبرم بين مؤسسة سونطراك من جهة و شركة "اجيب افريكا" المحدودة المسؤولية بتاريخ الأول أكتوبر1980، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 17 ، السنة الثامنة و العشرون بتاريخ 28 افريل1981.
-مرسوم رقم 81-77 المؤرخ في 25 افريل1981 المتضمن المصادقة على اتفاقية البحث عن البترول الخام و استغلاله المبرمة في الجزائر بتاريخ 12 نوفمبر1980، بين مؤسسة سونطراك من جهة و الشركة الاسبانية من جهة أخرى، جريدة الرسمية عدد17، سنة ثامنة و عشرون الصادر بتاريخ 28 ابريل1981.
-اللائحة التنفيذية للمرسوم الملكي رقم م/46 الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 21/20/07 بتاريخ 1405/09/08هجري.
-مرسوم تنفيذي رقم 07-183 مؤرخ في 9 يونيو سنة 2007، يحدد إجراءات الانتقاء و تحديد المساحات موضوع طلب فترة الاستبقاء و مساحات الاستغلال و المساحات المردودة من مساحة البحث.

-مرسوم التنفيذي 07-184 المؤرخ في 09 يوليو سنة 2007 يحدد إجراءات إبرام عقود البحث و الاستغلال و استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة، جريدة رسمية العدد40الصادر بتاريخ 17 يونيو سنة 2007.

-مرسوم تنفيذي رقم07-185 مؤرخ في 09 يونيو2007، يحدد إجراءات إبرام عقود البحث و الاستغلال و عقود استغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة.

-مرسوم تنفيذي رقم 07-294 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2007، يحدد إجراءات منح رخصة التنقيب عن المحروقات.

2-المعاجم و القواميس

-لسان العرب، المجلد الثامن، كتاب المعين، دار صابر للطباعة و النشر، بيروت، سنة 1956،.

-مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، سنة 1961.

- محمد خاطر: الرازي، مختار الصحاح، ط9، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، سنة 1962.

- المعجم العربي الحديث لاروس: مكتبة لاروس، باريس، سنة 1973.

-القاموس المحيط للفيروز أبادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، سنة 1978.

- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربة و التعليم، سنة 1990.

- المنجد في اللغة و الأعلام، ط3، دار الشرق، بيروت، سنة 1994.

- مختار الصحاح: دار القلم بيروت، سنة 1999.

-تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء الثامن، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، دون سنة.

- الصحاح في اللغة العربية و العلوم، دار الحضانة العربية، بيروت، دون سنة.

-معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء العاشر، المؤسسة المصرية العامة للتأليف و النشر، القاهرة، دون سنة.

- المعجم الوسيط، ج1، ط2، دون ذكر الناشر، دون سنة.

3-الكتب

أ-الكتب العامة

-احمد سلامة: مفهوم و تعريف التحكيم مؤسسات التحكيم، مركز تحكيم عين الشمس، سنة 2008.

-احمد مليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، سنة 1996.

-إبراهيم محمد العناني: اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1970.

-إبراهيم احمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي و الآثار الدولية للأحكام) الكتاب الأول، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1996.

- إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997.

-إبراهيم احمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص(الموطن ومركز الأجانب)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة2001.

-إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2005.

-احمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية و المعاملة الدولية للأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.

-إبراهيم احمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص(الجنسية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003.

-أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981.

- أبي حسن علي بن حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية و الولايات الدينية، دار الحرية، بغداد، العراق، سنة 1989.

- أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1981.

-هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1995.

-احمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة الطبع.

- احمد أبو الوفا: العلاقات الدولية (دراسة مقارنة لبعض جوانبها القانونية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1999.

–أمال احمد الفزايري: دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم، طبعة منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة.

- احمد أبو الوفاء: التحكيم و القضاء بالصلح، الطبعة الأولى، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1964.

-احمد أبو الوفا: التحكيم الاختيار و الاجباري، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2000.

-احمد ابو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004.

-إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000.

- إبراهيم محمد العناني: التنظيم الدولي (النظرية العامة-الأمم المتحدة)، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1975.

- احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري و الإجباري، منشاة المعارف، مصر، سنة 2001.

-احمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996.

-احمد غسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998.

-احمد عبد الحفيظ صفوت: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دون دار و بلد النشر، سنة 2000.

-احمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، تنظير و تطبيق مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2004.

-احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري و الإجباري، ط5، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2000.

-احمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية و الاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 1979.

-احمد سلامة بدر: العقود الإدارية و عقود البوت، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2003.

-احمد عبد الكريم: مبادئ القانون الدولي الخاص المقارن بالشريعة الإسلامية، دار النهضة، مصر، سنة 1987.

-اشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام و التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة.

- اشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، سنة 2003.

-الياس ناصيف: العقود الدولية (التحكيم الالكتروني)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2012.

-اشرف وفا: المركز القانوني للأجانب: الطبعة الأولى، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1997.

-باسم حمادي الحسن: الاستثمار الأجنبي المباشر(FDI)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2014.

-حفيظة السيد حداد:العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الخاصة الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون سنة النشر.

- خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 2002 .
- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1987.
- فؤاد عبد المنعم رياض: أصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1995.
- فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص(الجنسية)، الطبعة السادسة، جامعة دمشق، سوريا، دون سنة.
- احمد عبد الكريم سلامة: اصول المرافعات المدنية و الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، مصر، سنة 1984.
- احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة2001.
- جعفر مشيمش: التحكيم في العقود الإدارية و المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، سنة 2009.
- جيهان حسن سيد احمد: عقود البوت و كيفية فض المنازعات الناتجة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002.
- جابر جاد نصار: عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام –دراسة نقدية للنظرية التقليدية–، دار النهضة العربية ، مصر، سنة 2002.
- جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
- جعفر مشيمش: التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية و أسباب بطلان القرار التحكيمي و أثاره، د.ط، منشورات زين الحقوقية، دون بلد وسنة النشر.
- حسن محمد هند: التحكيم في المنازعات الإدارية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004 .
- حمامة قبوج: عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، د،م،ج، سنة 2008.
- حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
- حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، سنة 2001.
- حمدي البنبي: البترول بين النظرية و التطبيق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، سنة 1999 .
- حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة2004.
- حفيظة الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر.
- حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون سنة.

-حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

- حفيظة السيد الحداد: الموجز في أحكام الجنسية اللبنانية و مركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002.

-حمدي ياسين: موسوعة العقود الإدارية الدولية، منشاة المعارف، مصر،دون سنة نشر.

- حمدي علي عمر: المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996.

-حسين غنايم: الشركات التجارية الدولية، دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، منشور بالتعاون مع قسم الشؤون القانونية بغرفة تجارة و صناعة الفجيرة، مطبعة الفجيرة الوطنية، دون سنة.

-حفيظة السيد الحداد: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون سنة.

-حماده عبد الرزاق حماده: النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2012.

- خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، د.ط، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 2002.

-خالد عبد الله الياقوت، طارق عبد الرؤوف صالح: التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي، الطبعة الأولى، دون ذكر دار النشر، سنة 2004.

-رأفت شفيق بسادة: التنمية الصناعية العربية في ظل الأزمة الاقتصادية العالمية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان، سنة 1986.

-رياض صالح أبو العطا: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، سنة 2000.

-السيد عطية عبد الواحد: العلاقات الاقتصادية الدولية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2004.

-سامية راشد: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة، مصر، سنة 1984.

- سيد احمد محمود احمد: مفهوم التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة 2003.

-سامية راشد: التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، دون ناشر، مصر، سنة 1986.

-سامية اثر: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1984.

-سلامة احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص (الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب)، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002 .

-سامية راشد:التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984.

- سيد عبد المولى: أصول الاقتصاد، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1977.
-سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص(تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية–تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.
-سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1992.
- شمس الدين الوكيل: الموجز في الجنسية و مركز الأجانب، منشاة المعارف، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، مصر، سنة 1968.
-شعيب احمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر، العراق، سنة 1981.
-صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث و الدراسات الإدارية، دون بلد النشر، سنة 1998.
–صلاح الدين جمال الدين:الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2000.
-صالح بن بكر الطيار: العقود الدولية لنقل التكنولوجية، دار بلال، بيروت، سنة 1999.
–صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1967.
- طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية،الطبعة الأولى، الإصدار السادس، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2008.
-عادل محمد خير: حجية و نفاذ أحكام المحكمين و إشكالاتها محليا و دوليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1995.
-عبد المجيد دراز: السياسة المالية، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، سنة 2000.
-عزمي عبد الفتاح عطية: قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1990.
-عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972.
-عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الالكتروني، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2009 .
- عبد العزيز محمد سرحان: دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، الطبعة الثانية، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1986.
-عصام احمد البهيجي: التحكيم في عقود البوتBOT، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

-عبد الواحد الفار: أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، القاهرة، مصر، سنة 1979.

-علي إبراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998.

-عزيز الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري و تطبيقاتها في الكويت، مكتب الدراسات و الاستشارات القانونية، الطبعة الأولى، سنة 1998.

-عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون سنة.

-عامر علي رحيم: التحكيم بين الشريعة و القانون، دار الجماهرية الليبية، ليبيا، سنة 1987.

-عبد الحميد الأحدب: التحكيم الدولي، الجزء الثالث، نوفل للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1990.

-عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي (في المواد المدنية و التجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994)، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1995.

-عصام احمد البهجي: التحكيم في عقود البوتBOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

-عصام الدين مصطفى بسيم: الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الأخذة في النمو، مكتبة المنهل، شارع فهد السالم، الكويت، دون تاريخ النشر.

-علاء محي الدين مصطفى أبو احمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة، مصر، دون سنة.

-عصام جميل العسلي:الاستثمار العربي و الأجنبي (المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها مع الإشارة إلى الجمهورية العربية السورية)، مطبعة طربين، دمشق، سوريا، سنة 2002.

-عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام-، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1988.

-عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010)، الطبعة الثالثة، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر، سنة 2011.

-عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

- علي سالم إبراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997.

-علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، الطبعة التاسعة، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1971.

-عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة2008.

-علاء محي الدين أبو احمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008.

-عبد العزيز سعد يحي النعماني: القانون الدولي الخاص(مركز الأجانب)، دار الشوكاني، صنعاء، اليمن، سنة 2004.

-عوض الله شيبة الحمد: عقود المنشات الصناعية بين الدول و الشركات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1992.

-عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية و الموطن و تمتع الأجانب بالحقوق، ط11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1986.

-عبد الباسط محمد الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الثانية، دون دار النشر، دون بلد النشر، سنة 2008.

-علي إبراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998 .

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، دون بلد، سنة2008.

-علاء محي الدين أبو احمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008.

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة.

-علي الزيني: القانون الدولي الخاص المصري و المقارن، ج1، دون دار النشر، سنة 1928.

- عبد الرزاق احمد السنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام، مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة1981.

-عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، د.ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1995.

-علي علي سليمان: شرح القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان طبقا لأحكام القانون المدني الليبي، دار صابر، بيروت، لبنان، سنة 1969.

-عمرو عيسى الفقى: الجديد في التحكيم في الدول العربية، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.

- عبد المنعم دسوقي: التحكيم التجاري الدولي الداخلي في القانون الجديد رقم67 سنة 1994 (تشريعا و فقها و قضاء)، مكتبة مربولي، القاهرة، مصر، سنة 1995.

-عبد الحميد ثابت عنايت: أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998.

-عزت البحيري: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1997.
-عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000.
-عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.
-فؤاد رياض، سامية راشد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1971.
- فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، دون سنة.
- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، سنة 2002.
-فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد و الاتفاقيات الدولية و الإقليمية و العربية)، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة1997.
-لما احمد كوجان: التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008.
-ماجد الحلواني: القانون الدولي الخاص و أحكامه في القانون الكويتي، دون بلد النشر، سنة 1971.
- محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دون دار وبلد النشر، سنة 1986.
-ماجد الحلواني: القانون الدولي الخاص و أحكامه في القانون الكويتي، دون دار وبلد النشر، سنة 1971.
-محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة.
-حمدي ياسين: موسوعة العقود الإدارية و الدولية (العقود الإدارية في التطبيق العلمي، المبادئ و الأسس العامة)، الكتب القانونية، منشاة المعارف، سنة 1998 .
-ماجد الحلواني: الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة، ط2، مطبعة جامعة دمشق، سنة 1960.
-محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة.
-حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 1997.
-ماهر إبراهيم السداوي: مبادئ القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون دار النشر، سنة 1980.

-محمد انس قاسم جعفر: العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات مع دراسة للقانون رقم 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات و المناقصات في مصر و لائحته التنفيذية)، مطبعة جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، سنة 1999.

- محمود مختار احمد البريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2004.

-محمود مختار احمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشان التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، سنة 1995.

-محي الدين إسماعيل: منصة التحكيم التجاري الدولي، ج1، دون ناشر، سنة 1986.

-محمد سمير الشرقاوي: العقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة.

-محمد بن ناصر بن محمد البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، د.ط، مركز الطباعة و النشر بمعهد الإدارة العامة، السعودية، سنة 1999.

- محمد كامل مرسى باشا: شرح القانون المدني (العقود المسماة)، ج1، د.ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.

-محمد لبيب شنب: المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة 1957.

-مصطفى العوجي: العقد و المسؤولية المدنية، الجزء الأول العقد، الطبعة الثالثة، مؤسسة مجسون، بيروت، لبنان، سنة 2003.

-محمد عبد العزيز بكر: فكرة العقد الإداري عبر الحدود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة 2000.

-محمد شهاب: التحكيم التجاري الدولي (ملحق القوانين و الاتفاقيات المنظمة للتحكيم في مصر و الدول العربية)، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

-محمد علي سكيكر: تشريعات التحكيم في مصر و الدول العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.

-محمد شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة.

-مسعود عواد احمد الرقاني الجهني: التحكيم في الشريعة الإسلامية و النظم الوضعية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الإيمان، المدينة المنورة، السعودية، سنة 1994.

- مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2010.

- محمد حامد فهمي: تنفيذ الأحكام و السندات الرسمية و الحجوز التحفظية، الطبعة الأولى، مطبعة فتح الله الياس النوري و أولاده، سنة 1973.

-منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، دون دار و بلد النشر، سنة 2005.

-محمد محمود عبد الله: الموجز في التصرف القانوني المجرد، دراسة تاريخية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، سنة 1997.

-محمد نور عبد الهادي شحاتة: النشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993.

-محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، سنة 1999.

-محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي(دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1997.

-منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1995.

-محمد إبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، دون بلد النشر، سنة 1995.

-منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1997.

- محي الدين إسماعيل علم الدين: أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، الطبعة الأولى، دون دار النشر، سنة 2002.

-محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دون ناشر، القاهرة، مصر، سنة 1985.

- محمد مختار احمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2004.

-منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2002.

- منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، دون دار و بلد النشر، سنة2005.

- محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء و التشغيل ونقل الملكية-البوت-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000.

-محمد انس جعفر: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002.

- محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم و شروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2001.

–مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة2001.

- مصطفى العوجي: القانون المدني(العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1995.

- مصطفى احمد عبد الجواد: خطابات النيات الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2000.

- محمود جمال الدينزكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، دون ذكر دار النشر، القاهرة، مصر، سنة 1978.

–مصطفى العوجي: القانون المدني(العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1995.

- وفاء فلحوط مزيد: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008.

- محمد محمد عبد اللطيف: الاتجاهات الحديثة في إدارة المرافق الاقتصادية، دار النهضة العربية،

- محمود علي السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الفكر، عمان، الأردن، دون سنة.

–محمد انس قاسم جعفر: العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات و المناقصات في مصر و لائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، سنة 2003.

- نجيب احمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني، منشورات مركز الصادق، اليمن، سنة 2004.

- ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996.

- نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي: التحكيم في القوانين العربية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية)، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.

- هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الموال العامة في الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2002.

- هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة.

- وائل أنور بندق: موسوعة التحكيم (الاتفاقيات الدولية و قوانين الدول العربية)، الطبعة الثانية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.

- وائل محمد السيد إسماعيل: المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت و ما يماثلها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة 2009.

-وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية –دراسة مقارنة في فرنسا، مصر و دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي–، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2010.

- وسيم حسام الدين الأحمد: قوانين الاستثمار العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2011.

-وليد عودة الهمشري: عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي القاهرة، دار جيب الأردن، سنة 1995.

–وليد عودة الهمشري : عقود نقل التكنولوجيا(الالتزامات المتبادلة و الشروط التقليدية)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009.

–وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 1997.

- يسري محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001.

–يحي عبد الرحمن رضا: الجوانب القانونية لمجموعة الشركات غير الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994.

-يوسف عبد الهادي خليل الاكياني: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1989.

ب–الكتب المتخصصة

-إبراهيم شحاتة: المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، سنة 1969.

-إبراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1971.

- أبو العلا النمر:القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000.

-احمد عبد الكريم سلامة: قانون حماية البيئة،(مكافحة التلوث و تنمية الموارد الطبيعية)، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، سنة 2003.

–احمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، الجزء الأول و الثاني، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1989.

-احمد حلمي خليل هندي: عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها، دون طبعة، دار الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2013.

-اشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية(دراسة فقهية قضائية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.

-احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار(دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، سنة1990.

-احمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، مصر، سنة1979.

- احمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، سنة 1990.

- احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، سنة 1990.

-احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون و السيادة و امتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية)، الطبعة الثالثة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، سنة 2009.

- احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية–القانون الواجب التطبيق و أزمته)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001.

-احمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، دون طبعة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، سنة 1990.

-احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار،دار النهضة العربية، سنة 1990.

-احمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2001.

-احمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار–دراسة مقارنة–، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، سنة 1990.

- احمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة.

-اشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام و القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.

-بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة(ماهيتها-القانون الواجب التطبيق عليها-وسائل تسوية منازعاتها)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006.

- بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006.

-جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة2001.

-جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، مصر، سنة 1995.

-جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، مصر، سنة 1959.

-جابر جاد عبد الرحمن:تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1963.

-جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعاوى التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003.

- جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة2001.

-جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، منشور في مجلة البحوث القانونية، جامعة الإسكندرية، سنة 1999.

-حازم الببيلاوي: النظام الاقتصادي الدولي المعاصر(من نهاية الحرب العالمية الثانية إلى نهاية الحرب الباردة)، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، الكويت، سنة 2000.

-حسام الدين فتحي ناصف: قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999.

-حسام كامل الاهواني: المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية و مراحل إعداد العقد الدولي، ورقة بحث قدمت أمام ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية، القاهرة، مصر، سنة 1993.

-حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1997.

-حفيظة حداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996.

- حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة2001.
- حفيظة الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
- حمد الله حمد الله: النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002.
- خالد إبراهيم التلاحمة: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، جهينة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2006.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2009.
- خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، د.ط، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 2002.
- سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2004.
- سعدي محمد الخطيب: العقود البترولية وحق الشعوب في الموارد النفطية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2015.
- سعد علام القاضي: موسوعة التشريعات البترولية في الدول العربية، دون دار نشر، الدوحة، قطر، سنة 1978.
- شريف محمد غنام:اثر تغير الظروف في عقود التجارة (مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة و إعادة التفاوض)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000.
- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحى: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية (دراسة في ضوء أهم و احدث أحكام التحكيم الدولي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.
- طارق عزت رخا: دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروة البترولية، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.
- عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار-الأنشطة العادية وقطاع المحروقات-، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، سنة 2006.
- عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2008.
- عبد الرحمن منيف: مبدأ المشاركة و تأميم البترول العربي، دار العودة، بيروت، لبنان، سنة 1973.

- عبد العزيز يحي النعماني: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002.

-عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1993.

-عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية–دراسة قانونية مقارنة–ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.

-علاء محي الدين أبو احمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008.

-عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم(دراسة تحليلية)، ط2، دون دار و بلد النشر، سنة 2008.

-عبد العزيز سعد النعماني: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.

– عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية–دراسة قانونية مقارنة–ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.

-عبد السلام أبو قحف: اقتصاديات الاستثمار الدولي، الطبعة الثالثة، المكتب العربي الحديث، سنة 1991.

-عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1993.

-فؤاد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية (وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2010.

-فؤاد عبد المنعم رياض: الوسيط في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، سنة 1987.

–فهد محمد العفاسي: عقود الثروات الطبيعية في ظل اتفاقية المشاركة الأجنبية،–العقود النفطية نموذجا– ،مكتبة الدار الأكاديمية، الكويت، سنة 2007.

-قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.

-قاسم طه احمد علي: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

-عبد العزيز سعد يحي النعماني: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002.

-بسمان نواف فتحي حسين راشد: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2014.

-عزيز سليمان شيراز: حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، الأردن، سنة 2008.

-هشام خالد: ماهية العقد الدولي، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.

-عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2008.

- سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1999.

-احمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الحادي و العشرون، سنة1965.

-علي مقلد، علي زيغور: الاستثمار الدولي، مكتبة الفكر الجامعي، ط1، منشورات عويدات، بيروت، لبنان، سنة 1970.

-غسان رباح: الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008.

-غسان رباح: العقد التجاري الدولي(العقود النفطية) ، ط1، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1988.

-منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1990.

-مجدى دسوقي: تدويل الحلول في منازعات البترول، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2012.

- محمود محمد ياقوت: نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية(دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، سنة 2012.

-مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2015.

- ماهر محمد صالح عبد الفتاح: اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، القاهرة، سنة 2004.

-مصطفى خليل: تطور الصراع نحو السيطرة على البترول العالمي، الكتاب الأول، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1970.

-محمد عبد العزيز علي البكر: منازعات الاستثمار في أسيا بين القانون و المصلحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 2001.

–محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية القانونية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري و الفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، سنة 1995.

-محمد علي جواد: العقود الدولية(مفاوضات، إبرامها، تنفيذها)، دار الثقافة، دون بلد النشر، سنة 2010.

-محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2006.

-محمد علي جواد: العقود الدولية (مفاوضات، إبرامها، تنفيذها)، دار الثقافة، دون بلد النشر، سنة 2010.

-منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999.

–محمد لبيب شقير، صاحب ذهب: اتفاقيات وعقود البترول في البلاد العربية، ج1، ط2، المطبعة العالمية، دون ذكر بلد النشر، سنة 1969.

-مسعود شيهوب: المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة و تطبيقاتها في القانون الإداري، د.م.ج،بن عكنون، الجزائر، سنة 2000.

-محمد احمد الدوري: محاضرات في الاقتصاد البترولي، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، سنة 1983.

–مصطفى احمد سهركول: الوضع القانوني لملكية الموارد الطبيعة النفط والغاز(دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2015.

-محمد لبيب شقير، صاحب ذهب: اتفاقيات و عقود البترول في البلاد العربية، ج1، سنة 1996.

-مجدي دسوقي: تدويل الحلول في منازعات البترول، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2012.

- مسعود محمودي: أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، د،م،ج، بن عكنون الجزائر، سنة 2006.

-نزيه الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقدي بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته، دراسة فقهية و قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 1982.

- نعيم عطية: الموسوعة القانونية للاستثمارات و العقود الدولية (التعاقد الدولي و تجهيز مشروعات التنمية –اختيار المتعاقد–)، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة.

-ناصر عثمان محمد عثمان: ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2009.

–هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1995.

-هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.

-هشام علي صادق: عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.
-هاني صلاح سري الدين: المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الانجليزي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998.
-يسرى محمد أبو العلا: نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المأمول(دراسة تاريخية،اقتصادية و سياسية مع الإشارة للنماذج التشريعية البترولية العالمية)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

4-المقالات و الدوريات

-إبراهيم العناني: تطبيق القانون الداخلي على التحكيمات الدولية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد 2، سنة 1996.
- إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم و التنمية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، دون العدد، دون سنة.
- إبراهيم احمد إبراهيم: بعض المشاكل العملية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات القضايا التحكيمية، مجلة التحكيم، العدد الثاني، يناير سنة 2000.
- إبراهيم احمد إبراهيم: اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار(مركز حقوق عين الشمس للتحكيم)، العدد السابع، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، تموز سنة 2001.
-إبراهيم الدسوقي أبو الليل: قواعد و إجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشرة، العدد الأول و الثاني، الكويت، مارس-يونيو سنة 1993.
-أبو زيد رضوان: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، السنة الثالثة، العدد الأول، سنة 1979.
- أبو زيد رضوان: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي (القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع)، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الثاني، افريل سنة 1980.
- احمد جويلي: حوافز الاستثمار و المزايا و الإعفاءات التي تضمنتها قوانين الاستثمار في دول مجلس الوحدة الاقتصادية العربية، مجلة الوحدة الاقتصادية العربية، العدد 20، يوليو/تموز سنة2000.
-احمد السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العدد الأول و الثاني، سنة 1993.
- احمد صادق القشيري: نطاق و طبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الأول، سنة 1968.
- احمد عبد الرحمن الملحم: نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشر، العدد الأول و الثاني، الكويت، مارس و يونيو سنة 1996.

-احمد عبد الكريم سلامة: النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن و القانون، أكاديمية الشرطة، السنة الحادية عشر، العدد الأول ، شهر جانفي 2003.

-اكثم أمين الخولي: التحكيم في منازعات الطاقة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، شهر جانفي، سنة 2000.

-أمينة مخلفي: النفط و الطاقات البديلة المتجددة و غير المتجددة، مجلة الباحث العدد 09، سنة 2011.

- براكاش لونجاني، عساف رزين: ما مدى فائدة الاستثمار الأجنبي المباشر للدولة النامية؟، مجلة التمويل و التنمية الصادرة عن صندوق النقد الدولي، المجلد 38، العدد 2، في جوان سنة 2001.

- البسيوني عبد الله البسيوني: تقييم فعالية القانون رقم 08 لسنة 1997 بخصوص ضمانات الاستثمار، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد449-450، السنة التاسعة و الثمانون، القاهرة، شهر جانفي و افريل، سنة1998.

- تعويلت كريم: دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية، عدد01، لسنة2010.

-جمال عثمان جبريل: الطبيعة القانونية لعقود البوت، بحث منشور في مركز بحوث أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الإصدار الرابع، القاهرة، مصر، دون سنة.

- جمال فاخر النكاس: العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد والاتفاقات السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، سنة 1996.

-جلال وفاء محمدين: تسوية منازعات التجارة الدولية في منظمة التجارة العالمية (الخصائص-القواعد و الإجراءات-التنفيذ)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، العدد الأول، صادرة عن كلية الحقوق، الإسكندرية، الجامعة الجديدة، سنة 2001.

-حسام الدين كامل الاهواني: المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية و مراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، دون عدد، دون سنة.

-خالد بني احمد: الفرق بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد الأول، سنة 2006.

-خالد محمد الجمعة: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية و العشرون، العدد الثالث سنة 1998.

- رشا خليل عبد: التحكيم في المنازعات و مدى تأثره بسيادة الدولة، مجلة القادسية، المجلد 4، العدد 4، لسنة 2011.

- رضا عبد السلام: محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في عصر العولمة، دراسة مقارنة لتجارب كل من دول شرق و جنوب شرق أسيا و أمريكا اللاتينية مع التطبيق على مصر، منشور في مجلة جامعة المنصورة، مصر، سنة2002.
- عبد الحميد الأحدب: آليات فض المنازعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوربية، مقالة منشورة في مجلة الملف العربي الأوروبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي، باريس، فبراير، سنة2001.
- عبد الله عبد الكريم عبد الله: الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات الأجنبية، دراسة قانونية في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، العدد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2004.
- عبد المجيد محمد السوسوه: اثر التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة و القانون، العدد الثاني و العشرون، يناير سنة 2005.
- عمر بن أبو بكر باخشب: التحكيم التجاري الدولي في عقود امتيازات البترول مع الشركات العاملة في دول مجلس التعاون الخليجي، العدد الثاني، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد و الإدارة، العدد الثاني، سنة2001.
- علي جمال الدين عوض: تحصيل الثمن في التجارة الدولية(الاعتماد المستندي و وكالة التسويق)، مجلة الحقوق و الشريعة، السنة الثانية، العدد الأول، الكويت، يناير سنة 1978.
- عمر مشهور حديثة الجازي: التحكيم في منازعات الاستثمار، نقابة المحامين، العددان التاسع و العاشر، أيلول و تشرين الأول، سنة 2002.
- غسان عبيد محمد العموري: شرط الثبات التشريعي و دور التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، سنة 2009.
- ماتيو بيليجريني: تعزيز شفافية العقود، مجلة Watch، عدد ديسمبر، سنة 2011.
- محمد حسين بشايره: حكم التحكيم المرسل(مفهومه وتنفيذه)، مجلة الحقوق الكويتية، مجلد31، العدد 3، لسنة 2007.
- مساعد صالح العنزي: خصوصية الإجراءات في التحكيم الالكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 36، العدد 3، لسنة 2012.
- محمد عبد الرؤوف علي: دراسة تحليلية للقضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام المحكمين، مجلة التحكيم، صادرة عن المركز اليمني للتوفيق و التحكيم، عدد57، مايو سنة 2006.
- محمد يوسف علوان: مجلة الوحدة الاقتصادية العربية، السنة الثالثة، العدد السابع، يوليو سنة 1977.
- محمود حافظ غانم: ضمان استثمار الأموال العربية، بحث قانوني منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 349، السنة الثالثة و الستون، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، مصر، جويلية سنة 1972.

-مصطفى الجمال: امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز و يوليو سنة 2001.

-منصور إبراهيم العتوم: اثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، مؤتة للبحوث و الدراسات (سلسلة العلوم الإنسانية و الاجتماعية)، المجلد الثالث و العشرون، العدد الرابع، عمان، الأردن، سنة 2008.

-يزيد أنيس نصير: طبيعة حق الملكية الوارد على النفط(دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق الكويتية، العدد1، مارس سنة 2009.

-يعقوب سليمان: الهياكل النفطية الجديدة في الوطن العربي، مقال منشور بمجلة الاقتصاد، السنة الخامسة، سبتمبر، أكتوبر سنة 1983.

5-مذكرات و رسائل جامعية

أ-رسائل دكتوراه

-أمينة مخلفي: اثر تطور أنظمة استغلال النفط على الصادرات (دراسة حالة الجزائر بالرجوع إلى بعض التجارب العالمية)، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة-الجزائر-، سنة 2013.

-إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام-البوت-دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة 2003.

- بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، رسالة الدكتوراه، سنة 2004.

-بعداش بوبكر: مظاهر العولمة من خلال نشاط الشركات العالمية متعددة الجنسيات-حالة قطاع المحروقات-، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر3، سنة 2010.

- حازم جمعه: المشروعات الدولية العامة و قواعد حمايتها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الحقوق، عين الشمس، سنة 1980.

-حسن علي كاظم: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية القانون جامعة الجزائر، سنة 2004.

-خالد احمد محمد عبد الحميد: فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا سنة 1980، بدون ناشر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2000.

- خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، سنة 2008.

- رفيقة قصوري: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر –باتنة–، الجزائر، سنة2011.
- رقية رياض اسماعيل: خضوع الدولة للتحكيم و نظرية السيادة التقليدية، دون ناشر، القاهرة، رسالة دكتوراه، سنة2001.
- فاطمة عاشور: العقد الدولي للنفط، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر1، سنة2011.
- سليم بشير: الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة2012.
- صفوت احمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، سنة 1999.
- عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق عين الشمس، سنة1973.
- علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة الحقوق، القاهرة، مصر، سنة 1998.
- عوض الله شيبة الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشات الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، سنة 1992.
- علاء الدين محمد عبابنة: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، سنة 2004.
- عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، دون سنة.
- غسان علي علي: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة2004.
- سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1998.
–صبري احمد محسن الذيابات: إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 2004.
- فاصل حمر صالح الزهراوي: المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1982.

- مسعود وهند عزمي ، أبو مغلي: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بدون ناشر، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، رسالة دكتوراه، سنة 2005.
- نجيب احمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، رسالة مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، سنة 1996.
- ماهر محمد حامد: النظام القانوني لعقود البوت، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، سنة 2006.
- محمود محمد ياقوت:مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة لنيل درجة دكتوراه، مقدم إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون ناشر، سنة 1998.
- مهند عزمي مسعود أبو مفلى: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، بدون ناشر،جامعة عين الشمس، القاهرة، سنة 2005.
- محمد عبد الكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان–الجزائر–،سنة2011.
- هشام محمد احمد خالد:عقد ضمان الاستثمار(القانون الواجب التطبيق عليه لتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، بدون ناشر، سنة 1986.

ب–مذكرات ماجستير

- أمينة طيبوني: تمويل الاستثمارات في الجزائر بالرجوع إلى قطاع المحروقات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2004.
- بنان احمد البياري: شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، سنة 2009.
- جهان ايتعمر: دراسة الآليات القانونية للسياسة الجزائرية الجديدة للاستثمارات المنجمية، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، سنة 2001.
- رنا سيد بيومي: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النيلين، سنة 2008.
- بلقاسم سرايري: دور و مكانة قطاع المحروقات الجزائري في ضوء الواقع الاقتصادي الدولي الجديد و في أفق الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، سنة 2008.
- بوجمعة قويدري قوشيح: انعكاسات تقلبات أسعار البترول على التوازنات الاقتصادية، الكلية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي بشلف، الجزائر، سنة2009.

-ذهبية صراح: التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.

-سميرة حصايم: عقود البوتBOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-الجزائر، سنة2011.

-سمية كمال: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2003.

-سناء بولقواس: الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي-التحكيم نموذجا-، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون إداري و إدارة عامة، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2011.

-صراح ذهبية: التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2012.

-عيسى مقلد: قطاع المحروقات الجزائرية في ظل التحولات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، دون سنة.

- لمياء شعوة: سلطات الضبط لقطاع المحروقات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2013.

- وهيبة مشدن: اثر تغيرات أسعار البترول على الاقتصاد العربي خلال الفترة بين 1973-2003،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،سنة2005.

6-مؤتمرات و ملتقيات

-أمال تخنوني، بلال ملاخسو: الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر المحلي و الدولي و أثره على التنمية الاقتصادية، ملتقى وطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و19 نوفمبر سنة 2015.

-أمينة ركاب: الشراكة كوسيلة قانونية لتشغيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر،ملتقى وطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر سنة 2015.

- بيرنارد فيليون دوفولور: الاستثمار و العقود التجارية الدولية: دراسات قانونية (أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني)، مركز الحقوق، جامعة بيروت-لبنان-، بتاريخ 14 و15 جوان سنة 1996.

-حسين الماحي: انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي حول الاتجاهات الحديثة في التحكيم، حقوق المنصورة، سنة 2000.

-زهيرة كيسي: مبدأ استقلالية التحكيم التجاري عن العقد، الملتقى الدولي حول تنفيذ الأحكام و السندات الأجنبية و قرارات التحكيم الدولي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي24-25 افريل سنة 2013.

- سميحة حنان خوادجية: تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، ملتقى وطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر سنة 2015.

-سمير برهان: مشاركة القطاع العام مع الخاص في عقود الاستثمار، أعمال مؤتمرات المنظمة العربية الإدارية، سنة 2008.

-صالح الدين شرقي: سبل تشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر، ملتقى وطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، يومي18 و19 نوفمبر سنة 2015.

- طارق فؤاد رياض: التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم إلى الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، مركز تحكيم عين الشمس، بتاريخ 24 مارس إلى الأول من افريل سنة 2004.

-عبد الكريم محمد السروي: النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون، الطاقة بين القانون و الاقتصاد، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 20- 2013/05/21.

-علي إبراهيم النعيمي: السياسة البترولية السعودية و التعاون العربي في زمن متغير، مؤتمر الطاقة العربي العاشر، بتاريخ 21-12/23 سنة 2014.

- عبد الحميد الأحدب: آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوربية، بحث مقدم إلى مؤتمر أفاق و ضمانات الاستثمارات العربية-الأوروبية، مركز الدراسات العربي-الأوربي-، بيروت، لبنان، بتاريخ 15/13-02-2001، منشور ضمن مؤلف بعنوان: (آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية-الأوربية)، ط1، إعداد مركز الدراسات العربي-الأوروبي- سنة2001.

-عكاشة محمد عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات العربية-الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر أفاق و ضمانات الاستثمارات العربية و الأوربية في بيروت، بتاريخ 13 إلى15 فيفري سنة2001، مركز الدراسات العربي-الأوروبي، ط1، يوليو و تموز سنة 2001.

-فتحي والي: دعوى بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية وفقا للقانون المصري رقم27 لسنة 1994، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد بالقاهرة من 25 إلى27 مارس 1995.

-فيليب لوبولونجيه: الأنماط البديلة لتسوية النزاعات (الاستثمار و العقود التجارية الدولية)، مركز الحقوق (أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني)، جامعة بيروت، لبنان، بتاريخ 14 و15 جوان سنة 1996.

- قيس جواد الغزاوي: الضمانات السياسية الاقتصادية و الأجنبية للاستثمار عربيا و أوربيا، أفاق و ضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، ط1، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت، بتاريخ 13 إلى15 فيفري سنة 2001، تموز سنة 2001.
-عكاشة عبد العال: الضمانات القانونية للاستثمار عربيا و أجنبيا، محاضرة ألقيت في المؤتمر الدولي التاسع لمركز الدراسات العربي الأوربي المنعقد في بيروت، بعنوان أفاق و ضمانات الاستثمار العربية و الأوربية، منشور في العدد الخاص بالمؤتمر التاسع، فبراير سنة 2001.
- لقمان بامون: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، ملتقى وطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و19 نوفمبر سنة 2015.
-محمد بكرار شوش: تحفيز و تشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر(دراسة نقدية)، ملتقى وطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و19 نوفمبر سنة 2015.
-محمد الحبيب الشريف: القاضي و المحكم، مقال مقدم إلى ملتقى وطني بالمعهد الأعلى للقضاء حول التحكيم في ظل العولمة، تونس، بتاريخ 24 ابريل سنة 1998.
–محمود سمير الشرقاوي: التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم، بيروت مايو سنة 1999، و منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، العدد التاسع.
-هشام صادق: بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في معهد قانون العمال بالاشتراك مع السفارة الفرنسية بالقاهرة، في أكتوبر سنة 1993.
-يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد: القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط، عمان، بتاريخ 26–28 أغسطس سنة 2014.
-يوسف مسعودي: ملتقى وطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر سنة 2015.

7–المجلات القضائية

–قرار تحكيم ارامكو/السعودية، بتاريخ 23 أغسطس سنة 1958.
- الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة/الفتوى رقم 301، جلسة 23–03–1960 بتاريخ 12–04–1960.
– الحكم الصادر عن محكمة التمييز العراقية، جلسة 1968/11/28، القرار رقم627 /حقوقية 1968.
–مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز العراقية، القسم المدني، سنة 1968).

- قرار التحكيم رقم 1759- 2096 لسنة 1972 من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، مجلة التحكيم، سنة 1972.
- قرار التحكيم رقم 1512 لسنة1971، الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية.
جريدة القانون الدولي1974،ع4، مجلة التحكيم سنة 1976.
- قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعاوى رقم 1422 لسنة 1966، و رقم 1717 لسنة 1972، منشورة في جريدة القانون الدولي، كليني سنة 1974 .
-حكم الصادر في الدعوى رقم 1422 لسنة 1966،ع 4، منشور في جريدة القانون الدولي سنة 1974.
- قرار رقم 1869 لسنة 1972 الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، منشور في Rev.arb 1972 p99 et s.
-محكمة التمييز الكويتية في حكمها رقم 1980/62(تجاري) الصادر في1981/05/27(غير منشور) .
-حكم غير منشور صادر من محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية و التجارية بتاريخ 1989/12/04 في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم 1114 لسنة 1952.
- راجع حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم المنعقدة في إطار غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 2142 سنة 1974، وارد في المجموعة الأولى من الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم هذه الغرفة سنة 1971-1985.
- حكم صادر عن محكمة التمييز البحرينية بتاريخ 1994/12/25 في الطعن رقم 1994/153، بخصوص القضية رقم 1992/586 و1992/3529 غير منشور.
-الحكم الصادر من محكمة الاستئناف العليا القطرية، جلسة 1997/02/03 عن القضايا أرقام: 1995/723، 1995/751، المحكمة المدنية الكبرى بالدوحة قطر، غير منشور.
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم94/1774، سنة 1995.
-المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية الصادرة عن نقابة المحامين الأردنيين، الجزء الثامن.
- تمييز حقوق رقم2005/10، مجلة نقابة المحامين، الأعداد 7-9، سنة 2006.
- انظر تحكيم "Sapphire" منشور في:I.L.R.vol35,1967,pp.136-192
- انظر تحكيم "Texaco" منشور في:I.L.M.1978,vol17,pp.3-37
- حكم محكمة باريس-الغرفة المدنية- بتاريخ 06 نوفمبر 2008،a.c.R،RG، رقم 01898/07، مجلة التحكيم العدد 03، سنة 2009.
- حكم محكمة استئناف باريس، الغرفة الأولى-مدنية- حكم صادر بتاريخ 30-11-2008، Raquix C/Sanitmbal Holding، مجلة التحكيم العدد 03، سنة 2009.

- قرار رقم: C.Paris 1er ch.D,21 Janivier 2009,El Assidic.N est et sys-RG n°08/18859.، مجلة التحكيم العدد 3، سنة 2009.
- قرار رقم 13409/ 08°n Telekom-RG،مجلة التحكيم العدد رقم 03، سنة 2009.
- نقض مدني، جلسة 1970/12/10، الطعن رقم 145 السنة 36 القضائية، مجموعة أحكام النقض، السنة الحادية و العشرون.
- محكمة استئناف باريس/الغرفة الأولى-المدنية-حكم صادر بتاريخ 25-09-2008، Republique Tchéque c/Nreka، مجلة التحكيم العدد 03، سنة 2009.

ثانيا: المصادر و المراجع باللغة الأجنبية

-المراجع باللغة الانجليزية

- Alexia Brunet, Juan Agustin Lentini: arbitration of international oil, gas and energy disputes in latin America,northwestern journal of international al law and business, issue3, spring2007.
- Carmen Otero Garcia-Castrillon : Determining the law applicable to oil,the journal of world energy law and advance access, 2013.
-Bernardini.P :The renegotiation of the investment contract,ICSID Rev-F.I.L.J, vol 13, n2, 1998.
-FA Mann:The theoritical approach to wards the law governing contracts between states and private persons,centre de droit international étranger,1974.
-James L.Loftis,Adrianne L.Goins, Miranda-Lingong vinson and other: arbitration overview ,Latin America, 2007.
-José Miguel Judice,Tomas Timbane,Joao Ilhao Moreira: Arbitration in Mozambique in the oil and mines sectors, PLMJ international legal network think global, act local, 2014.
-Leo J.Bouchez,The prospects for international arbitration :Duties between states and private Enterprises,volume 8 journal of international arbitration,1991.
-Lastenouse(p) :Why setting asidean arbitral award is not enough to remove it from the international scence, J.I.A.,vol.16,1999.

-Lesson from the MAI: Unctad series on issues on in international investment agreement, Unctad/IIT/misc.22,UN,NEW York and Geneva, 1999.

-Leslie L.Rood,compensation for Takeover in Africa,Journal of international law and economic,vol.N.1977.

-Martin Domke,foreign nationalization ;Some Aspects of contemporary international law,American Journal of international law,vol.55.N°3 July.1961.

- M.Sornarajah: The Pursuit of Nationalized Property .Martin Nijholf Pub,1986.

-Lin(L.L)and Allison(J.R)Expropriation and International risk in China Y.J.IL.,vol.19,1994.

-Manuel A.Abdala: Key damage compensation issues in oil and gas international arbitration cases, American university international law review, volume24, issue03, 2009.

-Nor eddine Benfreha: Les multinationales la mondialisation enjeux et perspectives pour L'Alérie.Alger, ed.Dahlab, 1999.

-Peter.W :Arbitration and Renegotiation of international investment Agreement, Kluwer law international,The Hague/Bosto n/London, 1995.

- Pierre Lalive :L'influence des clauses arbitrals, centre de droit international étranger,1974.

-Resolution:The lesser of two evils,in resolving transnational disputes through international arbitration,carbonneau,1984.

-Riad(T.F):THE applicable law governing transnational Development Agreement, Harvard university, cambridge, Massachusetts, 1985.

-Sandra kloff clive wicks :getion environnemetable de l'exploitation de pétrole offshore et du transport maritime pétrolier,2004.

- Sornarajah(M), The srttlement of foreign investment disputes, the hague, Kluwer, 2000.

- Stephan E.Bbecker and Christopher D.Gumson :Abu Dhabi oil and Gas update,Upstrem opportunities for new entrants,2012.

-Sutherland :The word bank convention on the settlement of investment disputes volume28international and comparative law Quarterly367,1979.

-Susan D.Franck: The legitimacy crisis in investment treaty arbitration, fordham law review, volume 73,issue 04, 2005.

-Tood D.Rakoff, Contracts if adhesios, An Essay in Reconstraction, Hav, L.Rev .note10, 1983.

- المراجع باللغة الفرنسية

1-Les livres

-B.Oppetit, Arbitrage, médiation et conciliation, Rev.arb.1984.

-Ch.Jarrosson, la notion d'arbitrage, préface de B.Oppetit, L.G.D.J, 1987.

-Ch.Gavalda et C.Lucas de Leyssac, L'arbitrage, Dalloz, 1993.

- Carin Smaller :Rendre les contrats publics pour améliorer les investissement dans le secteur agricole, un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable, n01,volume02,2011.

-J.Velissaropoulos-karakostas, L'arbitrage dans la grèce antique, Epoque archaique et classique, Rev.arb.2000.

-Mohamed Hachmaoui:La nouvelle loi Algérienne sur les hydrocarbures, France-Etalie,AKI, 2004.

- Mostefa Traritani : Droit Algérien de l'arbitrage commercial, Berti editions, Alger, 2007.

-M.de Boisséson, Le droit français de l'arbitrage interne et international, preface de P.Bellet, G.L.N.1990.

-P.Delvolvé, Commnication au coll.de L'AFA, Paris le 17 Septembre 1990.

-Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec1996.

- Pierre Lalive: L'ordre public transnational et l'arbitre international, nouveaux instruments du droit international privé, liber fausto pocar, Guiffré editore(AG), 2009.

-P.Graulich:Principes de droit international prive Dalloz, n40, 1961.

-Pierre Lalive : L'ordre public transnational et l'arbitre international, nouveaux instruments du droit international privé, liber fausto pocar, Guiffré editore (AG), 2009.

-s.Loussourain et Bourel: Precis et droit international prive paris, n126, 1980.

-GOLDMAN (B) :Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D,L'ouvrage collective dans l'investissements étrangères et l'arbitrage entre un Etat et une personne privé, pédone, Paris, 1969.

-Y.Gaudemet, in A.Patrikois, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J.1997.

-S.Guinchard, L'expertise judiciare civile, L'expert, le juge et les parties, in thème et commentaires sur l'expertrise, Dalloz, 1995.

-Robert,J,(Avec la collaboration de B.Moreau), L'arbitrage,Paris,5ed, 1983.

-V.E.Krings, L.Matray, Le juge et l'arbitre, RDIDC1982.

2-Les articles et les études

-Ardeshir Atana Atai: Arbitration of investment disputes under Iranian investment treaties, journal of money laundering control, vol 14,n 02,2011.

-Catherine Locatelli:Les stratégies d'internationlisation de Gaz prom, le courrier des pays de l'est, 2007/3 n°1061.

-Eustache Ebondo et Benoit Pigé: l'arbitrage entreprise/marché, le role du contrôle interne outil de réduction des couts de transaction,comptabilité-contrôle audit/Tome 8-volume 2-Novembre 2002.

-Fahmy,E.G.M.,L'arbitrage et les contrats commercaux internationaux de l'arbitrage,thèse,2vol.,université de rennes,1982.

- Howard Mann: La stabilisation dans les contrats d'investissement, un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable, n01, volume02, 2011.

-Gaston Kenfack Douaini: La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA, revue camerounaise de l'arbitrage, n29, 2005

-Girlbert Guillaume, Jean-Denis Bredin, Ahmed Sadek El Kosheri: Centre international pour le règlement des differends relatifs aux investissements, affaire CIRDI n°ARB/01/2012.

-Gaston Kenfack Douaini :La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA, revue camerounaise de l'arbitrage, n29, 2005.

- Kyla Tien heara: contrat d'investissement étranger dans le secteur pétrolier et gazier un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable, n01, volume02, 2011.

-Leigh-Ann A.Buchanan : Eleventh circuit in consorcio Ecua toriano, vol 12, Issue 03, Spring 2014.

-lorenzo cotula: Contrats investissement dans la perspective du développement durable, contrat investisseur état et développement durable, un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable, n01, volume02, 2011.

-Mohamed s.Abdel wahad :La protection des investissements et l'arbitrage en matière d'investissement dans les pays arabes de la méditerranée, économie et territoire relation commerciales.

- Mathias Collot et Laurent Debeand Pekin: Annales des mines, 2000.

-Marie thérèse Boyer-Xambeu chislain deleplace et Lucien Gillard: Les arbitrages sur les changes et les métaux précieux entre Londres, Paris et hambourg(1821-1873), les serpent bimétalliques, 2013/02.

-Regli,J.P.,contrats d'etat arbitrage entre etats et personnes privées,Genèe,1983.

-Raphaelle Mathey :Azerbaidjan 2006, croissance hors norme et consolidation du pouvoir, le courrier des pays de l'est 2007/1 n°1059.

-Thierry Kellner :La politique pétrolière de la république populaire de chine stratégies et conséquences internationales, Bruxelle, Février 2006.

-Tradex Hellas S.A.V Republic of Albania(ICSID Case No.ARB/94/2), Decision on jurisdiction , December 24, 1996.

- Yahia Amnache: L'arbitrage commercial international en droit Algérien, droit des affaire d'Algerie.

ثالثا: المصادر و المراجع الإلكترونية

1-مجلات و محاضرات إلكترونية

-عبد الناصر عبد الله: التحكيم في منازعات الاستثمار وفقا للقانون الإماراتي، مجلة مصر المعاصرة، العـــــدد3، لســـــنة2011، متـــــوفرة علـــــى الـــــرابط الالكترونـــــي: http://askzad.com.www.sndl1.arn.dz/genpages/contactus.aspx-بتـــــاريخ:18-04-2012 .

-لافي محمد درادكه: أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات و العقود الاستثمارية، كلية القانون، - جامعـــة اليرمـــوك، الأردن، دون ســـنة، محاضـــرة متـــوفرة علـــى موقـــع المكتبـــة الالكترونيـــة www.4shared.com

-محمد زغداوي: دروس في مقياس التحكيم التجاري الدولي، جامعة التكوين المتواصل، محاضرات متوفرة على موقع المكتبة الالكترونية

www.4shared.com

2-مواقع أنترنت

-http://www.arifonet.org.ma/data/dalil%20investment/countries/list.htm

-website :http://www.tesm .com /USCI1890html بتاريخ 2012/02/23

-www .un.org /doc/GA بتاريخ 12/01/2009

-http://www.krr-law.com

-http://www.re7la.net/showthread.php?t=17270 بتاريخ 22/05/2013

-http://icsid.worldbank.org/ICSID.

-www.joradp.dz

-http://alfarabiarbitration.com/procedures.htm بتاريخ 2013/05/22

-http://ama2.alafdal.net .بتاريخ 2013/05/22

-www.icsid.org

-www.miga.org

-WWW.miga.org

-http://www.miga.org/documents/miga covention novembre 2010.pdf.

-http://www.arifonet.org.ma/data/dalil%20investment/countries/07 saudia/law ar.htm

-WWW.Sjsudan.org

http://forum.univbiskra.net/index.php?topic=21249.0;wap2-2013-05-22 بتاريخ

-www.sonatrach-dz.com

عناوين الموضوعات	رقم الصفحة
مقدمة	01
الباب الأول: خضوع منازعات عقود الاستثمار البترولية للتحكيم	10
الفصل الأول: إجراءات إبرام اتفاق التحكيم و علاقته بالسيادة الوطنية	12
المبحث الأول: ماهية التحكيم و إجراءاته القانونية في المنازعات الاستثمارية	13
المطلب الأول: مفهوم التحكيم و تحديد طبيعته القانونية	15
الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للتحكيم	17
الفرع الثاني: التفرقة بين التحكيم و النظم المشابهة له	23
الفرع الثالث: تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم	26
المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم في الاتفاقيات الدولية و القوانين الداخلية	31
الفرع الأول: تضمين قواعد التحكيم في بنود الاتفاقيات الدولية	32
الفرع الثاني: إدراج قواعد التحكيم في قوانين الاستثمار الوطنية	38
المطلب الثالث: الإجراءات القانونية المتبعة أمام الهيئة التحكيمية	44
الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى التحكيمية	45
الفرع الثاني: إجراءات نظر الدعوى و انعقاد الجلسة التحكيمية	48
الفرع الثالث: آثار صدور الحكم التحكيمي	51
المبحث الثاني: شروط إبرام اتفاق التحكيم و أثاره على السيادة الوطنية	59
المطلب الأول: الشروط الموضوعية و الشكلية لصحة اتفاق التحكيم	60
الفرع الأول: التراضي في عقد الاستثمار البترولي عند إبرام اتفاق التحكيم	61
الفرع الثاني: محل اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية	69
الفرع الثالث: الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية	72
المطلب الثاني: أثار اتفاق التحكيم على الحصانة السيادية	76

الفرع الأول: أثار اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية	78
الفرع الثاني: أثار شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة أمام القضاء الوطني	83
الفرع الثالث: أثار اتفاق التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية	85
الفصل الثاني: التنظيم القانوني لإبرام عقود الاستثمار البترولية	87
المبحث الأول: ماهية عقود الاستثمار البترولية و إجراءات إبرامها	88
المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار البترولية و تحديد طبيعتها القانونية	89
الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار البترولية و مدى اعتبارها عقود دولية	90
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار البترولية	98
المطلب الثاني: المرحلة السابقة لإبرام عقود الاستثمار البترولية	103
الفرع الأول: مفهوم المرحلة السابقة لإبرام عقود الاستثمار البترولية	104
الفرع الثاني: خصائص المرحلة السابقة و المبادئ التي تقوم عليها	110
الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد	115
المطلب الثالث: المناقصة كإجراء جوهري لإبرام عقود الاستثمار البترولية	120
الفرع الأول: مدى خضوع إبرام عقود الاستثمار البترولية لإجراء المناقصة	121
الفرع الثاني: مفهوم إجراء المناقصة في القانون الجزائري و المبادئ التي يقوم عليها	124
المبحث الثاني: التراضي في عقود الاستثمار البترولية	130
المطلب الأول: أهلية الدولة المضيفة في إبرام عقود الاستثمار البترولية	132
الفرع الأول: المؤسسات العامة ممثلة للدولة في إبرام عقود الاستثمار البترولية	133
الفرع الثاني: معايير استقلالية المؤسسة العامة كطرف في إبرام عقود الاستثمار البترولية	136
الفرع الثالث: المؤسسة الوطنية سونطراك أنموذجا	138
المطلب الثاني: أهلية المستثمر الأجنبي في إبرام عقود الاستثمار البترولية	147
الفرع الأول: الشخص الطبيعي كمستثمر أجنبي في مجال الاستثمار البترولي	149
الفرع الثاني: الشخص الاعتباري كمستثمر أجنبي ممثلا في الشركات البترولية الكبرى	150
المبحث الثالث: أنواع عقود الاستثمار البترولية و أثارها على سيادة الدولة	157
المطلب الأول: مفهوم عقود الامتياز و المشاركة البترولية	158
الفرع الأول: تعريف عقود الامتياز و المشاركة البترولية و تحديد طبيعتها القانونية	161
الفرع الثاني: علاقة عقود الامتياز و المشاركة بمبدأ السيادة على الثروات البترولية	169

المطلب الثاني: مفهوم عقود المقاولة و اقتسام الإنتاج البترولي	179
الفرع الأول: تعريف و نشأة عقود المقاولة و اقتسام الإنتاج البترولي	179
الفرع الثاني: أثار إبرام عقود المقاولة و اقتسام الإنتاج على الاستثمار البترولي	182
المطلب الثالث: مفهوم عقود الخدمات البترولية	186
الفرع الأول: تعريف عقود الخدمات البترولية و نشأتها	186
الفرع الثاني: أثار عقود خدمات النقل و الاتصال على ملكية البترول	187
الباب الثاني: منازعات عقود الاستثمار البترولية و القانون الواجب التطبيق على التحكيم	192
الفصل الأول: منازعات عقود الاستثمار البترولية و علاقتها باتفاق التحكيم	193
المبحث الأول: المنازعات البترولية الناتجة عن إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها	193
المطلب الأول: المنازعات البترولية الناتجة عن التغيير التشريعي	194
الفرع الأول: المقصود بشرط الثبات التشريعي	195
الفرع الثاني: المقصود بشرط عدم المساس ببنود العقد	202
الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن شروط الثبات و عدم المساس بالعقد	203
المطلب الثاني: المنازعات البترولية الناتجة عن الإجراءات الانفرادية للدولة	209
الفرع الأول: التأميم البترولي كإجراء سيادي للدولة على ثرواتها الطبيعية	210
الفرع الثاني: نزع الملكية و المصادرة البترولية كمظهر لممارسة السيادة الوطنية	222
المبحث الثاني: المنازعات البترولية الناتجة عن التغير في ظروف تنفيذ العقد البترولي	230
المطلب الأول: المقصود بالقوة القاهرة و شروط قيامها	231
الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للقوة القاهرة في تنفيذ العقد	231
الفرع الثاني: شروط قيام حالة القوة القاهرة في تنفيذ العقد	233

المطلب الثاني: المقصود بالظروف الطارئة على تنفيذ العقد البترولي	236
الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للظروف الطارئة على تنفيذ العقد	237
الفرع الثاني:إعادة التفاوض حول شروط العقد في ظل الظروف الطارئة	239
الفرع الثالث: أثار شرط إعادة التفاوض على التوازن العقدي في ظل الظروف الطارئة	240
المبحث الثالث: دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار البترولية	242
المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية	244
الفرع الأول: شرط التحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية	246
الفرع الثاني: مشارطة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية	253
الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة في منازعات عقود الاستثمار البترولية	254
المطلب الثاني: أثار الاتفاق التحكيمي على عقود الاستثمار البترولية	265
الفرع الأول: الاتفاق التحكيمي وسيلة لتنفيذ مشاريع الدولة المضيفة للاستثمار	266
الفرع الثاني: الاتفاق التحكيمي كضمانة لحماية المستثمر الأجنبي	272
الفرع الثالث: تكريس الاتفاق التحكيمي عبر مؤسسات تحكيمية دولية	278
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم البترولي	286
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات اتفاق التحكيم البترولي	287
المطلب الأول: خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة المستقلة	289
الفرع الأول: خضوع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف و قانون مكان التحكيم	289
الفرع الثاني: قانون الإرادة المستقلة و الدور الاحتياطي لقانون مكان التحكيم	291
الفرع الثالث: قانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار بواسطة المحكمين	292
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق عند غياب الإرادة المستقلة	294
الفرع الأول: قانون الدولة مقر التحكيم	294
الفرع الثاني: القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم بواسطة المحكمين	297
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم البترولي	298
المطلب الأول: خضوع موضوع التحكيم لقانون الإرادة المستقلة	299
الفرع الأول: موقف الاتفاقيات و قواعد التحكيم الدولية	301

الفرع الثاني: موقف القوانين الوطنية و الاتجاهات الفقهية	**303**
المطلب الثاني: خضوع موضوع التحكيم لقانون الدولة المتعاقدة	**305**
الفرع الأول: خضوع موضوع التحكيم للقانون وفق نظرية اندماج الإرادة في العقد الدولي	**306**
الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على موضوع التحكيم	**309**
المطلب الثالث: خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام و القانون عبر الدولي	**317**
الفرع الأول: موقف أحكام التحكيم و الفقه من خضوع موضوع التحكيم للقانون الدولي العام	**318**
الفرع الثاني: تطبيق القانون عبر الدولي على موضوع التحكيم	**322**
خاتمة	**330**
جدول الملاحق	**336**
قائمة المصادر و المراجع	**337**
الفهرس	**376**