وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون علاقات الدولية الخاصة

إعداد الطالبة: مسعودة غطاس

بعنوان:

فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الطاقة

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 2018/06/06

أمام اللجنة المكونة من السادة:

د.هميسي رضا	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
د. لعجال يسمينة	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
أ. مجوج انتصار	أستاذ محاضر ب	مناقشا

الموسم الجامعي:2018/2017

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون علاقات الدولية الخاصة

إعداد الطالبة: مسعودة غطاس

بعنوان:

فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الطاقة

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 2018/06/06

أمام اللجنة المكونة من السادة:

د.هميسي رضا	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
د. لعجال يسمينة	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
أ. مجوج انتصار	أستاذ محاضر ب	مناقشا

الموسم الجامعي:2018/2017

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم والمعرفة وأعانني على أداء هذا الواجب ووفقني إلى انجاز هذا العمل

وفاءً وتقديراً وإعترافاً مني بالجميل أتقدم بجزيل الشكر لأولئك المخلصين الذين لم يألوا جهداً في مساعدتي ، وأخص بالذكر الأستاذة الفاضلة:

يسمينة لعجال

على هذه الدراسة وصاحبة الفضل في توجيهي ومساعدتي في تجميع المادة البحثية، فجزاها الله كل خير.

ولا أنسى أن أتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذة قسم الحقوق بجامعة ورقلة

إلى كل عمال مكتبة قسم الحقوق بجماعة ورقلة

وأخيراً، أتقدم بجزيل شكري إلى كل من مد لي يد العون في إخراج هذه الدراسة على أكمل وجه

غطاس مسعودة

الإهـــــداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه فأظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدايا العزيزين اللذين لم يبخلا علي يوماً بشيء إلى إخواني وزوجاتهم،

إلى أخواتي

إلى من لست أنساه فإن غاب عن العين في القلب ذكراه أخي سعيد رحمه الله وأدخله فسيح جناته .

إلى البراءة: شهرزاد ، فردوس، عماد الدين، دعاء آية الرحمان، حسام الدين، نور اليقين، تسنيم و رنيم

الى عائلة غطاس و غيلاني

إلى كل رافع راية العلم

غطاس مسعودة

مقدمة

مقدمة:

تعاظم دور الاستثمارات بشكل كبير الأمر الذي أدى إلى اشتداد التنافس بين الدول لاستقطابها واستيعابها على أقاليمها، نظرا لحاجة الدول إلى التمويل الخارجي ونقص مصادر التمويل بها، حيث تعتبر عقود الاستثمار من العقود التي تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.

تعد التنمية الاقتصادية مطلب أساسي للدول النامية، ومنها الجزائر التي عملت على إجراء إصلاحات اقتصادية، ووضع استراتجيات تنموية لتحقيق الرقي والتقدم، إن الجزائر تعتبر نموذجا للبلدان النامية التي أخذت بالأشكال الجديدة للاستثمار في صلاحيتها الاقتصادية ومن خلال تبني ترسانة قانونية تهدف في مجملها إلى توفير بيئة استثمارية أمنة وقادرة على منح كافة الضمانات الضرورية لبعث الثقة لدى المستثمرين الأجانب .

إن الاستثمار في مجال عقود الطاقة باعتبارها الشريان النابض للاقتصاد الوطني، وتوفرها لفوائض مالية تعتبر ضرورية لتمويل التنمية الاقتصادية، بل قد لعب النفط دورا أساسيا في تحديد مسار وطبيعة التنمية منذ السبعينات وسواء الأمر في الدول المنتجة أو المستهلكة. فتكمن أهميته بكونه سلعة إستراتيجية لتأثيره المتعددة الأوجه على مختلف أوجه النشاط الاقتصادي المالي والمصرفي ، وعقود الطاقة من العقود الطويلة المدة مما قد يترتب عن طول هذه المدة تعرض العقد لعدم الاستقرار بسبب الأحداث المفاجئة وغير متوقعة كحالة القوة القاهرة والظروف الطارئة ، أو كتصرفات الدولة الانفرادية، وبالتالي اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، وعليه يجدر التفرقة بين حالتين الحالة الأولى وهي اختلال التوازن بسبب الأحداث غير إرادية وهي الأحداث المفاجئة وغير متوقعة ، والحالة الثانية اختلال التوازن بسبب التصرفات الإرادية للدولة.

وبالرجوع إلـى القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار نجد أن المشرع قد نص على النزاعات المؤدية إلى اختلال العقد والتي تعود إلى التصرفات الإرادية للدولة، إلا انه لم ينص على النزاعات المؤدية لاختلال توازن العقد والتي تعود للأحداث المفاجئة وغير متوقعة ، وعليه يمكن القول أن هذه التصرفات والتي من الصعب توقعها خلاف التصرفات الإرادية التي يسهل توقعها من قبل المستثمر الأجنبي والتي تؤدي إلى اختلال توازن العقد يمكن الرجوع لها للتحكيم ، باعتباره القضاء السالب لاختصاص القضاء العادي وبالتالي تدخل في اختصاص هيئة التحكيم. وبالرجوع إلى الأمر 75_85 المتضمن القانون المدني نجده انه حتى وان لم يعرف الأحداث المفاجئة وغير متوقعة إلا انه حدد ما يمكن إن يعتبر من قبيل الأحداث المفاجئة وغير متوقعة.

وكون أن عقود الاستثمار من العقود التي تتميز بعدم تكافئ المراكز القانونية (المستثمر الأجنبي ، الدولة)، حيث تتميز الدولة بسلطتها السيادية يقابلها القوة الاقتصادية للمستثمر الأجنبي. مما كانت الضرورة إلى البحث عن وسائل تشريعية واتفاقية وقضائية غايتها خلق التوازن الاقتصادي والمالي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي ، فالضمانة القضائية تعطي للمحكم الحق في اللجوء إلى التحكيم في مقابل التقيد بالضمانة التشريعية وهو خضوعه للتشريع الوطني ،ومع ذلك فالتغيرات في الظروف الاقتصادية والسياسية المصاحبة لعقود الاستثمار ظلت تطرح صعوبات قانونية ، تهدد تنفيذ العقد، هذا ما دعي أطراف علاقة الاستثمار بمحاولة أجاد آليات وضمانات تضمن لهم تنفيذ العقد واستقراره فكانت الشروط التعاقدية الحل الأمثل لذلك، بما لها من فاعلية في تحقيق التوازن الاقتصادي والمالي للعقد، ومن أهم الشروط التعاقدية التي يتناولها موضوع بحتنا هي، شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض وشرط الثبات التشريعي.

تبرز أهمية الدراسة على عدة مرتكزات منها الاقتصادية، والقانونية.

على المستوى الاقتصادي : تتجسد الأهمية من خلال الدور الذي تلعبه عقود الاستثمار الدولية بصفة عامة وعقود الطاقة بصفة خاصة في الاقتصاد القومي ، مما يجعل الاستثمار عاملا أساسيا حيويا ورئيسا لتحقيق خططها الاقتصادية.

أما على المستوى القانوني: بعد أن كانت الشروط التعاقدية كشروط تدرج في العقد بين المستثمر والدولة للحفاظ على التوازن الاقتصادي والمالي ، إلا أنها اليوم لم تعد مجرد بنود تعاقدية وإنما أصبحت ضمانة قانونية تدرجها العديد من الدول في قوانينها الخاصة بالاستثمار.

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة تحديد الدور الذي تلعبه الشروط التعاقدية وأثارها على توازن الاقتصادي لعقد الطاقة عن طريق تحديد مفهومها وشروطها وما يمكن أن يشكل سبب يحول دون تمكين تنفيذ المستثمر الأجنبي لالتزامه ، بالإضافة إلى محاولة تشجيع المستثمرين بأن يضمنوا عقودهم التي يبرمونها مع الدولة لمثل هذه الشروط بشرط تحديد مضمونها بوضوح وبدون غموض

أما أسباب اختيار الموضوع_توجد أسباب ذاتية وأخرى موضوعية. فالأسباب الذاتية لاختيارنا الموضوع تتمثل في رغبتنا وميولنا ومحاولة التوسع في مجال عقد الاستثمار بصفة عامة، والبحث ودراسة هذا الموضوع بصفة خاصة.أ ما الأسباب الموضوعية فتعود إلى الدور الفعال للشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الطاقة.

ومما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: **ما مدى فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الطاقة أمام هيئة التحكيم؟**

وفي سبيل هذا البحث اعتمدنا على المنهج التحليلي باعتبار المنهج التحليلي الأنسب لدراسة هذا الموضوع.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة إرتئينا تقسيم البحث إلى فصلين الفصل الأول خصصناه شروط إعادة التوازن في ظل العوامل غير إرادية والذي يحوي مبحثين المبحث الأول عوامل اختلال توازن عقد الاستثمار في مجال عقود الطاقة والمبحث الثاني فعالية التحكيم في عقود الاستثمار في مجال عقود الطاقة أما الفصل الثاني تركناه شروط إعادة التوازن في ظل التصرفات الإرادية للدولة والذي يتضمن مبحثين المبحث الأول إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار في مجال عقود الطاقة أما المبحث الثاني إجراءات الدولة الانفرادية وصعوبة التوازن الاقتصادي.

الفصل الأول

شروط إعادة التوازن في ظل العوامل غير الإرادية

الفصل الأول: شروط إعادة التوازن في ظل العوامل غير إرادية

في هذا الفرض يواجه المحكم أكثر حالات عدم التوازن بسبب الأحداث المفاجئة وغير متوقعة والتي غالبا ما تتركز حول القوة القاهرة حيث يظهر احتمال تعرض العقد للإلغاء من أحد الطرفين أو في حالات الظروف الطارئة والتي يكون فيها تنفيذ المدين للعقد مرهقا، فهذه الأحداث المفاجئة وغير متوقعة تمنع استمرار تنفيذ العقد وتؤدي الى الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وهنا يبرز الدور الفعال للشروط التعاقدية التي يدرجها الأطراف في عقد الاستثمار، وتختلف سلطة المحكم في التعامل معها وترتيب أثارها وفقا للقانون الواجب التطبيق من ناحية والشروط التعاقدية من ناحية أخرى حيث يعتمد المحكم في توازنه للعقد على القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف ليطبق على عقدهم، لكن قد يكون هذا القانون غير كاف مما تكون هناك الحاجة إلى الشروط التعاقدية كما في حالات القوة القاهرة ، وقد يعتمد المحكم في توازنه للعقد على الشروط التعاقدية بشكل أساسي كما هو الحال في شرط إعادة التفاوض. وعلى هذا الأساس سنعالج هذا الفصل في نقطتين، وذلك بالتعرف على الأحداث المفاجئة وغير متوقعة التي تؤدي لاختلال التوازن الاقتصادي (المبحث الأول) ثم إعادة التوازن الاقتصادي له عن طريق اللجوء إلى التحكيم (المبحث الثاني)

المبحث الأول: عوامل اختلال توازن عقد الاستثمار في مجال عقود الطاقة

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة وتتعاظم أهميته في مجال الاستثمار بصفة خاصة، هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بلا شك بفعل التغير في الظروف التي عاصرت إبرام العقد، تلك الظروف التي تعرض هذا التوازن للانهيار التام كما في حالات القوة القاهرة(المطلب الأول)، وقد تصيب هذا التوازن بالخلل مما يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد، بما يترتب عليه خسائر تجاوز في حدثتها الخسارة العادية المألوفة من التعامل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القوة القاهرة عاملا لاختلال التوازن

من اجل التعرف على القوة القاهرة كعامل من عوامل اختلال التوازن الاقتصادي سواء في العقود الداخلية أو العقود الدولية ومنها عقد الطاقة، ولتحديد الأحداث والظروف التي تعتبر ظرفا غير متوقع ويمكن أن تشكل حالة قوة قاهرة وجب علينا التطرق إلى مضمونها (الفرع الأول) إذ يلعب القانون الواجب التطبيق دورا مهما وأساسيا في إعادة توازن، إلا انه قد يكون هذا القانون غير كاف وبالتالي الحاجة إلى الشروط التعاقدية كشرط القوة القاهرة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون القوة القاهرة

تحول بعض الظروف غير متوقعة دون تنفيذ الالتزامات المترتبة على احد الطرفين أو كلاهما كما هو متفق عليه في عقد الاستثمار الدولي وقت إبرامه، وقد تؤدي هذه الظروف إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة نهائية ودائمة أو بصورة مؤقتة وتعرف بحالة القوة القاهرة.

ولقد عرف البعض حالة القوة القاهرة بأنها " حدث أو مجموعة من الأحداث لم يكن في وسع المدين توقعها عند إبرام العقدلا تداركها وهي خارجة عن سلطان إرادته ويترتب عليه انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ[1].

و القوة القاهرة بصفة عامة تعرف بأنها عبارة عن حدث خارج إرادة الشخص المتمسك به غير متوقع وقت إبرام العقد ويؤدي إلى استحالة تنفيذه.[1]

[1] حنين أمين **رمزي مقبول ، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولي** مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بيرزيت، كلية الحقوق و الإدارة العامة، فلسطين، 2014،ص 67.

أما في مفهومها الاصطلاحي تعني حدث أو مجموعة من الأحداث ليس في وسع المدين توقيعها أو تداركها يترتب عليه انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعة ذلك[2]. فتعرف أنها مجموعة من الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة والتي تؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية ولا يعد ارتكابها لهذا الفعل المخالف لالتزاماتها موجب للمسؤولية.[3]

وبالرجوع إلى معظم التشريعات نجد أن تنظيم فكرة القوة القاهرة، أصبح مبدأ مسلما به، وعلى ضوئه تنتفي مسؤولية المدين بنصوص صريحة، ولا يخرج عن هذا الإجماع سوى القانون الانجليزي، إذ أن مفهوم القوة القاهرة في هذا النظام مفهوم اتفاقي يستمد وجوده ونطاق تطبيقه من تنظيم الأطراف له، فعلى صعيد التشريع، ليس من ثمة تعريف تشريعي للقوة القاهر.لا بل إن التشريعات لم تتفق على استعمال مصطلح واحد للدلالة على الحدث المكون للقوة القاهرة.[4] إلا أنها جميعا تدور في فلك واحد وهو انه لوصف حدث ما بالقوة القاهرة يجب أن يتوافر فيه صفات محددة هي عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين.[5]

ولأهمية هذه الأحداث وتأثيرها الكبير على حياة العقد ، تم العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية لمواجهة هذه الأحداث غير متوقعة في حال وقوعها. إلا أن مجرد إدراج شرط القوة القاهرة قد لا يحول دون نشوء المنازعات، وهنا يبرز دور التحكيم كوسيلة مثلى لفض مثل هذه المنازعات. ولكن السؤال الذي يطرح هو ما الأساس القانوني لتنظيم حالة القوة القاهرة في العقود الدولية؟

فمعظم الدول تعترف بالقوة القاهرة، و المشرع الجزائري قد نص على حالة القوة القاهرة في المادة (127) من القانون المدني على أنه " إذا اثبت الشخص أن الضرر لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". ونصت المادة (138) من نفس القانون على " ويعفى من هذه

[1] علاء التميمي عبده ، دور **التحكيم في معالجة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار**، مقال منشور، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات، العدد الثالث والستون، السنة التاسعة والعشرون، ص 51 .

[2] **خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (الطبعة الأولى)، 2014 ،ص 116.

[3] مشهور عمر، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، مجلة النقابية للمحامين العدد 9و 10 الأردن 2002 ص 05 .

[4] ياسر باسم دندون،**القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية، مجل منشور، مجلة** الرافدين للحقوق، المجلد العاشر، العدد السادس والثلاثون، 2008 ، ص 59 .

[5] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 18 .

المسؤولية الحارس للشئ الذي إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة "[1].

ونخلص في الأخير أن التشريعات الوطنية للدول لا تعطي تعريف محددا للقوة القاهرة ، كما أن مفهومها في المجال الداخلي أوسع من المجال الدولي وحسب رأينا فإنه لا يوجد تعريف محدد للقوة القاهرة .

عرفنا القوة القاهرة على إنها حدث فجائي مستقل عن إرادة المتعاقدين لم يكن متوقعا منهم عند إبرامهم للعقد، يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية جميعها آو جزء منها. ذا تتمثل الشروط في مايلي:

أولا: استقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين(شرط الخارجية): يعد شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين شرطا جوهريا لقيام حالة القوة القاهرة[2]، ويطلق بعض الفقهاء على هذا الشرط مصطلح الخارجية. ويقصد بهذا المصطلح، أن تكون الواقعة خارجة عن إرادة الخصوم أو أطراف الرابطة الإجرائية فلا يتسبب الخصم في حدوثها ولا يسبقها ولا يقترن بها خطأه، ولا أن تكون الواقعة ناتجة عن إهمال الخصم أو تقصيره[3]. وعليه فان شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين يعد شرطا ضروريا لقيام حالة القوة القاهرة سواء بمفهومها التقليدي أو بمفهومها الحديث، وإن أهميته لا تقل عن أهمية باقي شروط القوة القاهرة كما أنه يتمتع بذاتية خاصة تميزه عن باقي الشروط، وبالتالي فلا غنى عنه لوجود حالة القوة القاهرة[4].

ثانيا:عدم توقع الحدث عند إبرام العقد: يشترط في الواقعة لكي تعد قوة قاهرة أن تكون من غير الممكن توقع حدوثها، ولا ينكر ما لهذا الشرط من أهمية، إذ أن توقع الحدث أو عدم توقعه، يمثل الفاصل بين قدرة الخصم على تحاشي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق له إذا كان يتوقعه، أو عدم قدرة الخصم على ذلك متى لم يكن ممكنا بالنسبة إليه توقع الحدث[5]. ويجب أن يكون الحدث غير ممكن التوقع لا من جانب المدعي إليه فقط، بل حتى من أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمور. فالمعيار هنا معيار موضوعي لا ذاتي بل معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا

[1] الآمر 75-85 المؤرخ في 26سبتمبرسنة1975 ، المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم.
[2] خالد كمل عكاشة، المرجع السابق، ص 119.
[3] ياسر باسم دنون ، المرجع السابق ص 66 .
[4] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 11 .
[5] ياسر باسم دنون ، المرجع نفسه، ص 64 .

نسبيا[1]. 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 بأنه(يعتبر قوة قاهرة بالمعنى الضيق الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع بمعنى انه لحظة وقوعه لا يوجد أي سبب خاص يجعلنا نعتقد أنه قد سيقع)[2].

ثالثا: وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية: ويشترط لكي توصف الواقعة بأنها قوة قاهرة، أن تكون مستعصية على الخصم ولا يكون بإمكانه دفع وقوقعها أو تلافيها، والتغلب على نتائجها بعد وقوعها ولو ببدل جهد كبير. أما إذا أمكن دفع الواقعة، حتى لو لم تكن متوقعة فأنها لا توصف بكونها قوة قاهرة[3]، وعليه يشترط لتحقق حالة القوة القاهرة وانقضاء التزام المدين كنتيجة لها أن يطرأ ما يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا استحالة مطلقة، ويستوي في ذلك أن تكون الاستحالة مادية أو معنوية.

ويقصد بالاستحالة المطلقة أن يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه أو يمتنع عما يجب عليه أن يمتنع عن فعله وبمعنى آخر عندما لا تكون لديه أية قدرة أو وسيلة يستطيع بها أن يدفع أو يتجنب وقوع الحدث أو يقاوم أو يعل جبها الآثار التي تترتب على وقوع هذا الحدث، وضرورة توافر هذه الاستحالة أمر يتفق عليه الفقه وتتواتر عليه أحكام القضاء، حيث أكدت محكمة النقض المصرية(انه يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام أن تكون أمرا لا يقبل للمدين بدفعه أو التحرر منه ويترتب عليه استحالة تنفيذ لالتزام استحالة مطلقة)[4].

الفرع الثاني: اعتماد القانون الواجب التطبيق أساس لإعادة التوازن والحاجة الى شرط القوة القاهرة

إن تحديد مسألة القانون واجب التطبيق على العقد لها أهمية بالغة لما يترتب على هذا التحديد من أثار قانونية هامة، حيث يشكل القانون المطبق على العقد من الناحية العملية الأساس الذي يجري في إطاره تحديد حقوق والتزامات أطرافه ، كما يمثل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته، حيث يعد القانون الواجب التطبيق أولى آليات المحكم في إعادة توازن العلاقة العقدية (الفرع

[1] أحمد عبد رزاق السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 ، ص 878 .

[2] **غسان علي علي ، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين الشمس، 2004، ص 204 .

[3] أحمد عبد رزاق احمد السنهوري ، المرجع نفسه، ص 64 .

[4] **كمل عكلشة، المرجع السابق ص121** .

الأول) إلا انه هذا لا ينفي حاجة القانون الواجب التطبيق لشروط القوة القاهرة كشرط بجانب القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني).

أولا: القانون الواجب التطبيق أساس لإعادة التوازن

يفترض أن القانون الواجب التطبيق هو المختص بضمان الحفاظ على استقرار العقد حتى يتم تنفيذه بالشكل الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، من خلاله يتكفل المشرع بتحديد المتغيرات الاقتصادية الخارجة عن التوقيع، والتي تظهر صعوبة كبيرة في تنفيذ العقد، بسبب طبيعتها الخاصة، والتي تقضي بعدم الالتزام بالقواعد القانونية[1]، في الواقع إن الغرض من إدراج شرط القوة القاهرة في مجال العقود بصفة عامة هو تحديد المقصد بها وذلك إما بالإحالة في هذا الصدد إلى نظام قانوني معين، وهو ما يغلب أن يكون القانون الواجب التطبيق نفسه، أو بإجراء تنظيم حصري يتضمن بيانا جامعا بالإحداث التي تندرج ضمن هذا المصطلح، وهنا قد تكون لعقود الاستثمار خصوصياتها لارتباط هذه الأحداث بالحياة الاقتصادية، والاجتماعية، أو لصقها بطبيعة النشاط الاقتصادي نفسه[2]، إلا انه وتفاديا لهذا النقض يتعين دائما الرجوع إلى قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتبار قواعد هذا القانون أكثر ارتباطا بموضوع العقد. فالتغيير في ظروف العقد الخارجية بسبب القوة القاهرة، تؤثر على جملة الحقوق والالتزامات الخاصة بالأطراف وقت نشوء العقد، وهو ما يجلب نتائج عكسية تتنافى معها قواعد العدالة والأمن التعاقدي. هذا الخلل التعاقدي يطرح صعوبة، في التحديد وفي التكيف الدقيق للشروط اللازمة للإثبات حالة القوة القاهرة وقدرة النصوص الوطنية على مواجهتها، وامتدادها لترتيب أثرها التي لا تستوعبها الطبيعة الخاصة للعقود الدولية وخاصة عقد الاستثمار[3]، ومن نافلة القول أن عبئ إثبات حالة القوة القاهرة إنما تقع على عاتق من يدعيها، ولا يقتصر الأمر هنا على إثبات هذه الأحداث وإنما يتعين أيضا على المدين أن يقيم الدليل على أن هذا الحدث لم تكن لإرادته دخل في وقوعه كما أنه لم يكن بوسعه توقعه أو تداركه عقب حدوثه[4]، هنا يمكن بالسماح بتدخل إرادة الأطراف لوضع ضوابط تعاقدية من خلال إدراج شرط القوة القاهرة كشرط مستقل لتحاول مواجهة كافة الفروض المحتملة في تحديد مفهوم وشروط القوة القاهرة وفقا

[1] يسمينة لعجال ، **فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية**،مقال منشور ،مجلة العلوم القانونية والسياسية،جامعة ورقلة ،العدد 17 ،2018 ،ص 770 .

[2] عصام الدين القصبي، **التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر**(التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الامارات، 207 .

[3] يسمينة لعجال ،المرجع السابق ص 790 .

[4] عصام الدين القصبي، المرجع السابق 208 .

لطبيعة العقد، للحفاظ على التوازن الاقتصادي الذي يجب أن يتمتع به العقد خلال مدة تنفيذه حيث تتغير مجموعة الحقوق والالتزامات الخاصة بالأطراف وقت نشوء العقد[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 58 من قانون المحروقات الجزائري[2] والتي تنص في فقرتها الأخيرة " يطبق القانون الجزائري ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات." ومن ذلك يظهر لنا أن المشرع الجزائري حاول أن يحافظ على استقرار العقد من خلال القانون الواجب التطبيق، أما الفقرة الأولى من نفس المادة تنص على "يسوي كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد ينجم عن تفسير و/ أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/ أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها، وأيضا في الفقرة الثانية نصت على"في حالة إخفاق هذا الإجراء، يمكن عرض النزاع للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

ونحن نتفق مع رأي الأستاذة يسمينة لعجال في أن المشرع قد سمح لإرادة الأطراف بالتدخل من خلال الشروط التعاقدية ومن بينها شرط القوة القاهرة للحفاظ على استقرار العقد .

ورغم انه درج العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار وتحديد مفهومها وفقا للقانون الواجب التطبيق إلا أن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناتجة عن إعمال هذا الشرط والتي أكدت في الوقت نفسه أن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات العقود الدولية بصفة عامة[3].

ثانيا: حاجة القانون الواجب التطبيق لشرط القوة القاهرة

كما أوضحنا فان القوة القاهرة في العقود التي تتميز بالزمنية كما هو الحال في العقد الماثل لا يجعل تنفيذ العقد مستحيل، فالتنفيذ قد يكون ممكنا، ولكن بشروط قد تحمل احد الأطراف في العقد أعباء مالية غير متوقعة ، فالمحكم حينما يتعامل مع هذا الوضع فهو يواجه فرض جديد على الأطراف، يعود مصدره إلى سبب أجنبي لا دخل للإرادة فيه ، يؤدي وفقا للقانون الواجب التطبيق إلى تعليق تنفيذ العقد بشكل مؤقت أو نهائي ولذلك يذهب جانب من الفقه ، إلى توسيع سلطة هيئة التحكيم في التعامل مع أثار القوة القاهرة . تأسيسا على إرادة الأطراف المتمثلة في صياغة شرط القوة القاهرة وتحديد المقصود بها بخصوص علاقتهم التعاقدية، [4] في هذه الحالة تتفق الدولة والمستثمر مند البداية على منح هيئة التحكيم

[1] يسمينة لعجال ،المرجع السابق 790 .
[2] قانون 13-01 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1434ه الموافق 20 فبراير 2013 المتعلق بقانون المحروقات.
[3] عمر مشهور حديثة الجازي، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، مجلة نقابة المحامين، العدد (9) (10) الاردن سبتمبر 2002 ص05 .
[4] يسمينة لعجل ، المرجع السابق، ص 791 .

السلطة في اتخاذ ما تراه مناسبا لظروف الواقعة، حيث يعد هذا بمثابة تفويض لهذه الهيئة بتقرير ما تجده محققا لمصلحة الأطراف على انه في حالة وقوع حالة من حالات القوة القاهرة فإن الأمر يحال لهيئة التحكيم لاتخاذ ما تراه مناسبا[1]، وبالتالي مهمة المحكم تتأسس من التحقق من شرط القوة القاهرة ثم تحديد مدى انطباقها على الوقائع المقدمة أمامه حتى يتمكن من الفصل، إلا انه يواجه صعوبة تتعلق بوسائل ثبات هذه الوقائع خاصة لوجود فترة زمنية بين حدوثها وبين عرض النزاع على هيئة التحكيم،[2] هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على هيئة التحكيم، فحتى على فرض تعين هذه الهيئات التحكمية لخبراء على مستوى عال من التخصص في هذا المجال فإن مرور الوقت بين أحداث القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم ثم تعين خبراء يجعل من المعتذر الوصول إلى نتائج تتفق وظروف النزاع خاصة إذا ما أخدنا بعين الاعتبار من أن اللجوء إلى التحكيم غالبا ما لا يحدث إلا بعد مناقشات ومفاوضات بين أطرافه محاولة للوصول إلى تسوية سليمة للنزاع.[3]

المطلب الثاني: الظروف الطارئة عامل لاختلال توازن العقد

أذا كانت القوة القاهرة كما سبق وان رأينا تعد عاملا من عوامل اختلال توازن العقد فكذلك الحال بالنسبة للظروف الطارئة ، لكن إذا كان العامل الأول يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد فإن الظروف الطارئة تجعل التنفيذ مرهقا على المدين وليس مستحيلا فتؤدي إلى اختلال توازن العقد إذا توافرت شروطها (الفرع الأول)، وكما سبق وذكرنا فان عقود الاستثمار فيما فيها عقود الطاقة تعتبر من العقود الدولية والتي يستغرق تنفيذها سنوات عدة، مما تكون عرضت لظروف سياسية واقتصادية واجتماعية متقلبة تؤدي إلى إعادة النظر وإعادة التفاوض على شروط العقد، لذا حرص المتعاقدون على تضمين العقد ما يعرف بشروط المراجعة أو إعادة التفاوض التي تهدف إلى إعادة تعديل بنود العقد عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف على ضوء الظروف الجديدة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الظروف الطارئة

لمعالجة مضمون الظروف الطارئة وجب علينا التطرق الى تعريفها ثم شروطها .

أولا: تعريف الظروف الطارئة

[1] علاء التميمي عبده ، المرجع السابق، ص 71.
[2] يسمينة لعجال المرجع نفسه، ص 791 .
[3] عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 07 .

مؤدى نظرية الظروف الطارئة أو الحوادث الطارئة انه عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالا جسيما نتيجة ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ويؤدي هذا الاختلال إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد، بما يترتب عليه من خسائر تجاوز في حدثتها الخسارة العادية المألوفة من التعامل، فإن للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف ومشاركته في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به[1]. وتعود الجذور التاريخية لنظرية الظروف الطارئة إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أرسى دعائم هذه النظرية في حكمه الشهير الصادر في 30 مارس 1916 والمتعلق المتعلق بقضية ارتفاع الفحم الحجري، وحيث كانت الشركة العامة لتنوير مدينة بوردو الفرنسية قد رفعت دعوى على المدينة وحصرت طلباته في رفع سعر الغاز المستعمل للإضاءة وتعويضها عن الخسائر التي أصابتها من جراء ارتفاع أسعار الفحم نظرا لاحتلال أقاليم أوروبا خاصة المناطق التي يتم توريد الفحم منها إلى فرنسا، وقد اشتملت هذه القضية على حكم طويل ومفصل احتوى مبادئ وقواعد أساسية ترتكز عليها نظرية الظروف الطارئة[2].

تتلخص وقائع هذه القضية في انه في عام 1904 حصلت الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو على امتياز توريد الغاز والكهرباء لمدينة بوردو لمدة 30 سنة. وكانت قائمة الشروط تتحدد سعر الغاز والكهرباء الواجب على الشركة البيع للجمهور. وروعي في تحديد هذا السعر ثمن الفحم من ذلك الوقت حيث انه المادة الأساسية لصنع الغاز واستخراجه[3]، وبعدما قامت الحرب العالمية الأولى واجتاح الجيش الألماني المدن التي تحتوي على الفحم في فرنسا. تعذر على الشركة الاستمرار في توريد الغاز لمدينة بوردو واضطرت إلى إستراد الفحم من الخارج وكانت باهظة الثمن ولذا طالبت بتعديل العقد مع بلدية بوردولكي يتناسب مع الأحداث الجديدة. ويلاحظ من هذه القضية أن أداء الالتزام لم يكن مستحيلا على المدين كما هو الحال في القوة القاهرة، وإنما أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين عندما أصبح هناك ارتفاع في أسعار المحروقات لسبب خارج عن سيطرة أطراف العقد، وهو جوهر نظرية الظروف الطارئة[4].

كما تبنى المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في المادة(107 –3) من القانون المدني إذ تنص على مايلي" غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة

[1] محمد السنارى، **الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود**,دار النهضة العربية، القاهر(دط)، ص 13 .
[2] حنين رمزي مقبول ، المرجع السابق، ص72 .
[3] محمد السنارى، المرجع نفسه، ص17 .
[4] حنين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص 73 .

جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك"[1]. وقد نصت بعض الهيئات التحكمية على حالة الظروف الطارئة ومنها هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 2758 لسنة 1976 كمايلي: " أن خشية تغير الظروف في المجال التجاري بصفة خاصة ، هو الذي يحث الأطراف على إبرام العقود تحقيقا لمصالحهم الاقتصادية ، وكل طرف متعاقد يستفيد من التغيرات التي تحدث، لذلك يقبل بشكل ضمني تحمل مخاطر هذا التغير التي تكون غير ملائمة أو مفيدة بالنسبة له..."[2]

وبذلك أصبحت نظرية الظروف الطارئة على الرغم من أراء بعض المعترضين، مقرر في معظم التشريعات بنصوص قانونية.

ومما سبق يمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة هي الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة كما في حالة القوة القاهرة، إلا أنها تجعل تنفيذ الموجب العقدي مرهقا وليس مستحيلا لأن الحدث الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا وتؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقا للمبادئ العامة.[3]

ونحن نتفق مع هذا التعريف لأنه يعطي تعريف وتحديد الصفات التي توصف حالة الظروف الطارئة، وكذالك فهو يفرق بين حالة الظروف الطارئة وحالة القوة القاهرة فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين أم القوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلا.

ثانيا: شروط الظروف الطارئة

إن اختلاف التوازن الاقتصادي في العقد بسبب الظروف الطارئة يرجع إلى وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة لا يمكن دفعها, تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة, وحتى يمكن إعادة التوازن الاقتصادي المختل عن طريق تطبيق النظرية لا بد من توفر شروط وهي:-

[1] الامر 75-85 المؤرخ في 26سبتمبرسنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[2] حسين نوارة، **الحماية القانونية للمستثمر الاجنبي في الجزائر**، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق 2013 ، ص 137 .

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 123 .

أولا: وقوع ظرف استثنائي وعام: حيث يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع حادث أو ظرف طارئ ويشترط في هذا الظرف الطارئ أن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة. ويقتضي تحقق هذا الشرط، أن يتصف الحادث الذي يطرأ على العقد- والذي يكون سببا في تطبيق النظرية- بصفتين تتمثل الصفة الأولى في كونه حادث استثنائي، وتتمثل الثانية في كونه حادث عام.[1]

كونه حادث استثنائي، أن نظرية الظروف الطارئة تؤلف استثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد والعامة الأساسية لهذا الاستثناء هو أن يكون الظرف طارئ نادر الوقوع فكل شيء لا يحدث كثيرا يعتبر استثنائي[2].أما كون الحادث عام فيجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي "عاما"، أي يجب أن يكون شاملا لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الأراضي[3]. فلا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصا بالمدين وحده مهما كانت فداحته كإفلاسه أو موته فلا يسوغ له أن يتذرع بذلك في سبيل الوصول إلى تعديل العقد، وأيضا لا يلزم بالضرورة أن يكون شاملا للناس جميعهم فكل ما يتطلب هنا أن يكون المدين قد شارك طائفة من الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع كالحرب.[4]

ثانيا: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه: حيث لا يمكن أن يكون الحادث الطارئ استثنائيا عاما بل يجب كذلك أن يكون غي متوقع ولا يمكن دفعه. ويعتبر هذا الشرط من ابرز شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومنه استمد النظرية أساسها فهي تسمى نظرية الحوادث او الظروف غير المتوقعة.[5] فيكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد فإذا كانت الحوادث متوقعة، أو كان يمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فنظرية الظروف الطارئة لا تكون إلا بالنسبة للأحداث التي لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الوسع توقعها عند أبرام العقد، وان اعتبار الحادث متوقعا أو غير متوقع يختلف تقديره من شخص إلى آخر فيتعين في مثل هذه الحالة استبعاد المعيار الذاتي أو الشخصي، فيجب أن يكون المعيار موضوعي وقوامه الشخص العادي.

فيتفرع عن كون الحادث غير متوقع انه لا يمكن دفعه أو تفاديه ببدل جهد المعقول فإذا كان من الممكن أو تلافي النتائج المترتبة عليه ببدل الجهد العادي أو المعقول فإن هذا الحادث لا يكون سببا لتطبيق

[1] محمد السنارى، المرجع السابق، ص 44 .
[2] محمود علي الرشدان، **نظرية الظروف الطارئة** ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع،عمان،2016 ، ص73 .
[3] محمد السنارى، المرجع نفسه ، ص 45 .
[4] محمود علي الرشدان، المرجع السابق ، ص 74 .
[5] محمد السنارى، المرجع السابق، ص 53 .

نظرية الظروف الطارئة، وتتساوى هذه الحالة مع نظرية الظروف الطارئة سواء بسواء أ ان المدين هنا يعتبر مقصرا ولا يمكن أن يحمل دائنه نتائج تقصيره، وعليه أن يتحمل وزر خطئه،[1]

ويترتب منطقيا بضرورة القول أن الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، انه يجب أن يكون خارجا عن إرادة المتعاقدين. ومن اجل هذا يرى الفقه التقليدي انه يجب ألا يكون لأحد المتعاقدين يد في حدوث الظروف الطارئة يكمن في الحوادث الخارجية عن إرادة المتعاقدين.[2]

ثالثا: أن يكون تنفيذ العقد مرهقا: فكما سبق وذكرنا يشترط في الظرف الذي يراد التمسك به في حالة الظرف الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا[3]، وشرط الإرهاق هو الشرط الوحيد من بين الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، الذي ينتج عن العقد ذاته، أما باقية الشروط الأخرى فخارجة عن نطاق العقد. فالحادث الطارئ، وكونه استثنائيا عامان وغير متوقع الحدوث، كل هذه الشروط لا علاقة للعقد بها، إلا من حيث الأثر الذي تحدثه في هذا العقد. وهذا الأثر يتمثل في شروط الإرهاق، الذي هو صعوبة تنفيذ الالتزام مخل التعاقد، والذي يؤدي إلى إرهاق المتعاقد وتهديده بخسارة فادحة.[4] والإرهاق هو الأثر المترتب على نشوء حالة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها . وهذا يعني أن يخل هذا الظرف بالتوازن الاقتصادي للعقد بحيث في حال استمر المتعاقد بتنفيذ التزامه يتجاوز القدر المألوف أو المتوقع من تنفيذ الالتزام في الظروف العادية أو وقت إبرام العقد وقد عرفت مبادئ UNIDROIT الخاصة بعقود التجارة الدولية الكلفة أو المشقة على أنها " أحداث تؤثر بشدة على توازن العقد سواء بزيادة تكلفة احد الأطراف أو تخفيض قيمة العائد وتكون هذه الأحداث غير معروفة آو غير متوقعة وقت إبرام العقد آو كانت خارج سيطرة الطرف المضار..."[5] ومعيار الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له معيار ثابت بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين لا يكون مرهقا لمدين آخر[6]. وفي طبيعة الحال يخضع شرط الإرهاق للسلطة التقديرية للمحكم.

الفرع الثاني: إعادة التفاوض في ظل الظروف الطارئة نتيجة حتمية لإعادة التوازن

[1] محمود علي الرشدان، المرجع نفسه، ص 76 .
[2] محمد السناري، المرجع السابق ، ص 68 .
[3] حنين رمزي مقبول ، المرج السابق، ص 22 .
[4] محمد السناري، المرجع السابق ، ص 72 .
[5] حنين رمزي مقبول ، المرجع السابق ، ص 22 .
[6] محمود علي الرشدان، المرجع السابق ، ص 77 .

يلعب شرط إعادة التفاوض دورا مهما في الحفاظ على توازن العقد في مجال عقود الاستثمار بصفة عامة وفي مجال عقود الطاقة بصفة خاصة، وفي مايلي سنتطرق إلى المقصود بشرط إعادة التفاوض (الفرع الأول) ثم دور هذا الشرط في العقد(الفرع الثاني)

اولا: المقصود بشرط إعادة التفاوض

قد يتعرض عقد الاستثمار الدولي إلى ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية متقلبة تؤدي إلى إعادة النظر وإعادة التفاوض على شروط العقد، وذلك بهدف الوصول إلى مراكز قانونية واقتصادية جديدة وغالبا ما يكون حرص الدولة على تضمين عقودها لشرط إعادة التفاوض اشد منه لدى الدولة من المستثمر، وذلك لان المستثمر عادة ما يرى عقد الاستثمار كوثيقة دستورية جامدة، أما الدولة فتراه وثيقة مرنة تعدلها وفق مصالحها العامة. ولذا قد يؤدي إعمال شرط إعادة التفاوض بحد ذاته نشوء منازعات بين المستثمر والدولة المضيفة والتي يكون التحكيم أكثرها ملائمة لحلها على أساس من احترم القانون والتعهد بالتفاوض بحسن نية.[1] فطبيعة عقود الاستثمار تقتضي من واضعها تضمينها شرطا يسمح للإطراف بإعادة التفاوض حول شروط العقد إذا حدثت متغيرات معينة.

ويذهب جانبا من الفقه إلى انه إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق حول هذا الشرط فانه يتعين عليهم السماح لهيئة التحكيم بتعديل شروط العقد للحفاظ على التوازن الاقتصادي الذي كان في يقينهم عند إبرام هذا العقد. ويؤكد هذا الرأي على تلك الشروط تعد مفيدة في عقود الاستثمار الدولية المبرمة مع كيان خاص وآخر حكومي .. فهذه العقود ذات أجال طويلة نسبيا وان المناخ السياسي والاقتصادي والاجتماعي عرضة للتغير خلال هذه الفترة مما قد يؤثر بشدة من العائد الاقتصادي الذي ينتظره الطرفان من وراء هذه العقود . هذا الشرط لا يقتصر على توفير الحماية لطرف دون آخر فهو يحقق المكنة للدولة في تغير قانونها وفي نفس الوقت يوفر تدبير حمائي للمستثمر.[2]

ويمكن تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث طبيعية معينة ، وتكون هذه الأحداث مستقلة على إرادتهم وتوقعاتهم، عند إبرام العقد ويكون من طبيعتها إخلال بطبيعة العقد وإصابة أحد الطرفين بالضرر.[3]

[1] حنين امين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص 60
[2] عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 203 .
[3] غسان علي علي، المرجع السابق، ص 187 .

فقد يحدث أن يتفق أطراف العقد على عدد من النقاط من ثم يجد احدهم بعد مرور فترة أن شروط العقد لم تعد ملائمة في ظل المستجدات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة التي تأثر على سريان العقد وعلى توقعات المتعاقدين مثل ارتفاع العملة أو انخفاضها ، أو ارتفاع أسعار المادة الخامة الأساسية التي يقدمها المستثمر أو غيرها من التغيرات التي تأثر بشكل كبير على المراكز الاقتصادية لأطراف العقد. ولهذا يقوم أطراف العقد الحارصين على تضمين عقودهم شرط إعادة التفاوض لما يوفره من حماية للأطراف، فهذا الشرط يساعد الأطراف على التقارب من اجل التوصل إلى حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي إصابة العقد ويمنح للأطراف فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكام العقد.كما أن هذا الشرط يرتب على الأطراف التزاما بالجلوس على مائدة المفاوضات في حال وقوع أحداث معينة غالبا ما يتم تحديدها العقد مسبقا.

فقد يحدث أن يتفق الأطراف على المفهوم القانوني للعقد ولكن في ظل المستجدات والظروف المتقلبة قد يجد احدهم أن شروط العقد المتفق عليها مسبقا أضحت غير ملائمة في ظل هذه المستجدات، ولأن منازعات إعمال شرط إعادة التفاوض لا تقوم بشكل رئيسي على أسس قانونية قائمة في قانون معين ، وإنما قوامها هو تعارض المصالح بين الأطراف وعدم إمكانية التوصل إلى حل يحمي مصلحة الأطراف، فيكون اللجوء إلى التحكيم أو الاتفاقيات التحكمية القائمة على أسس مراعاة العدالة ومبدأ حسن النية، أكثر قبولا وملائمة من اجل الوصول إلى حل يناسب كل الأطراف ، على اعتبار أن المحكم يمكن أن يسوي هذه المنازعة من خلال حلول ملزمة للأطراف. وهذا لا يتم إلا من خلال إخضاع نية الأطراف بشكل مؤكد وواضح إلى إخضاع هذه المنازعات غير القانونية لاختصاص هيئة التحكيم لان الدور الذي ستقوم به هيئة التحكيم خارج عن دائرة القضاء التقليدي الذي تمارسه المحاكم عادة.[1]

ولابد من الإشارة إلى إن المفهوم الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض وان كان يقدم مزايا كبيرة للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية، إذ انه يترك لهم الحرية الكاملة في صياغة الشرط وتحديد كافة عناصره، الأمر الذي يخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان الشرط معالجاً ضمن نصوص وطنية أو اتفاقيات دولية، إلا أن هذا المفهوم يثير بعض الصعوبات عند التطبيق للأسباب الآتية :

بالنظر لعدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط ، فإن تطبيقه يتطلب أتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد. إذ لا يمكن تطبيق الشرط إلا إذا تم الاتفاق عليه صراحة في العقد . وأن مجرد إشارة الأطراف

[1] حنين امين رمزي، المرجع السابق، ص 61 .

في العقد إلى مصطلح (إعادة التفاوض) لا تعد كافية لتطبيق الشرط، إذ أن إدراج المصطلح أعلاه في بنود العقد قد ينصرف إلى أكثر من معنى.

كذلك عند وجود نقص أو غموض أو تعارض يعتري تنظيم الإطراف لشرط إعادة التفاوض ، لا يكون بمقدور القاضي أو المحكم التصدي لتحديد مضمون الشرط من تلقاء نفسه ، كما قد يواجه القاضي آو المحكم صعوبة كبيرة في تفسير النوايا الداخلية للأطراف وما يقصدون إليه .[1]

ولكي تكن عملية إعادة التفاوض على شروط العقد فعالة ولتسهيل مهمة هيئة التحكيم في الحفاظ على توازن العقد الاقتصادي لا بد من تحديد أدوات ومعايير إعادة التوازن للعقد، مثل المدة التي يجب القيام خلالها بالتفاوض، والظروف التي يمكن أن تكون مدعاة لمراجعة العقد مثل زيادة الضرائب أو حدوث ثورات داخلية أو وقوع أحداث غيرت من توقعات أطراف العقد.

أضف إلى ذلك أن من أهم المبادئ التي تساهم في ضمان فعالية إعمال شرط إعادة التفاوض هو التأكد من حسن نية الأطراف في التفاوض على العقد .[2] ويعتبر حسن النية فعلا نموذجا قانونيا مرتبط بالسلوك البشري وحاصة هذه الفكرة المرونة النى تتيح للعقد التكيف والتأقلم مع الظروف المحيطة بالعقد والمتعاقدين.[3]

أن شرط إعادة التفاوض ليس دواء شاملا لحل المتوقعات الواقعة على العقد ، هذا الشرط قد يكون بحد ذاته سببا للتأثير على استقرار العقد. فأحيانا ترفض هيئة التحكيم إعمال شرط إعادة التفاوض والنظر في النزاع الناشئ عن تغير الظروف لعدم وجود منازعة قانونية فعلا قائمة وفق القانون، فكما سبق وذكرنا المنازعات القائمة على أساس تغير الظروف يكون قوامها تعارض المصالح بين أطراف العقد . وأكثر من ذلك، قد تقبل هيئة التحكيم النظر في النزاع إلا انه حكمها قد لا يلقي نفادا لنفس السبب.[4]

وأخيرا، على الرغم من أن شرط إعادة التفاوض قد يكون له تأثيرا سلبي في بعض الحالات على احد طرفي العقد، إلا انه لا يمكن إغفاله لأنه يوفر ضمانة هامة للمستثمر والدولة في حال تغيرت ظروف العقد . ومن غير المنطقي والمعقول أن يلجأ الأطراف إلى فسخ العقد بسبب مواجهتهم لظروف غيرت من

[1] اسيل جاسم، المرجع السابق، ص 118 .
[2] حنين امين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص 62
[3] عرعار عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة الجزائر(1) ، ص282 .
[4] عصام الدين القصبي، المرجع السابق،ص 204 .

مراكزهم القانونية ا المالية أو أثرت على توقعاتهم الاقتصادية بعدما، بذلوا الكثير من الوقت الجهد والنفقات من اجل إبرام العقد.ولذا نرى أن التوظيف الجيد والمناسب وإعمال مبدأ حسن النية في هذه الشروط يوصل الأطراف إلى بلوغ هدفهم والحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد.[1]

ونخلص في الأخير أن شرط إعادة التفاوض والذي يعتبر كضمانة حيث يجب ان يحرص عليها أطراف علاقة الاستثمار لأنها تنقد العقد من الانهيار وبالتالي إعادة التفاوض في بنود العقد إذا ما حدثت حوادث استثنائية.

ثانيا : دور شرط إعادة التفاوض في العقد

يهدف شرط إعادة التفاوض بشكل رئيسي إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد، حيث يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساس في توازن الاداءات العقدية، ومن جانب آخر فإن وجود مثل هذا الشرط في عقود الاستثمار لا يؤدي إلى تقديم حلول مباشرة لمواجهة المتغيرات في الظروف التي سببت اختلالا في توازن اداءات الأطراف فهو لا يطبق بشكل آلي، لذا فأن الالتزام الذي يفرضه هذا الشرط عند حدوث تغير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يتمثل في جلوس الأطراف عند مائدة التفاوض. وعليه فإن وجود شرط إعادة التفاوض في العقد الاستثمار يؤدي إلى أمرين:الأول هو السماح للأطراف الاقتراب بشكل مرن، ومن تم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة الأضرار التي لحقت بأحدهما والتي سببها تغير الظروف، والثاني هو أن هذا الشرط يعطي للعقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل بعض أحكامه.

حيث يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض وبالرغم من أهمية إدراج هذه الشروط، والتي يطلق عليها الشروط الحكيمة أو المتبصرة، فإن البعض يرى أن أثر هذه الشروط محدود للغاية إذ أنها تفرض على الأطراف فقط التزام بإعادة مناقشة أحكام العقد ولا ترتب أي التزام بضرورة أن تنتهي هذه المناقشة إلى اتفاق حول تعديل نصوص هذا العقد. فهناك فارق كبير بين الالتزام بإعادة التوازن الضروري للاداءات العقدية على ضوء الظروف الجديدة وبين مجرد الالتزام بالتفاوض أو مراجعة العقد.[2]

المبحث الثاني: : فعالية التحكيم في عقود الاستثمار في مجال عقود الطاقة

[1] حنين أمين رمزي مقبول، المرجع نفسه،ص62
[2] عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 218 .

يلعب التحكيم التجاري الدولي دورا كبيرا في فض النزاعات التي تكون بين الدولة والمستثمر الأجنبي، حيث يعتبر الطريق الأمثل لفض النزاعات الاقتصادية من طرف أشخاص يطلق عليهم اسم محكمين، وفي نفس الوقت فيعد التحكيم ضمانة إجرائية تسعى الدولة منحها للمستثمر بناء عليها يخضع أطراف العقد إلى اللجوء إلى التحكيم بدلا من قضاء الدولة(المطلب الأول)، لتسوية منازعتهم التي كانت نتاج انقلاب الظروف، فيكون للمحكم سلطة في محاولة إعادة توازن العقد الاقتصادي للعقد(المطلب الثاني).

المطلب الأول : التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار

تلجا الدول الجاذبة للاستثمار إلى التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمارات على أرضيها وهو الأمر الذي دفع الكثير من الدول إن تدرج في صلب قوانينها المشجعة للاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار بما فيها منازعات عقود الطاقة . ونظرا لما يتمتع به التحكيم عموما من سرعة وسهولة في الإجراءات وتوفير النفقات، لقي تأيدا كبيرا في النزاعات الوطنية منها الدولة، وازداد هذا التأييد وتعاظم شأنه بشكل خاص في التحكيم التجاري الدولي للمزايا الخاصة التي يتمتع بها (الفرع الأول)، كما يستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية تبني العديد من المبادئ (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مزايا اللجوء إلى التحكيم الدولي

يعتبر التوفيق والوساطة [1]من اهم الوسائل الودية لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية ،فهو يتميز عن القضاء العادي بجملة من المميزات .

أولا: الشك في حياد السلطة القضائية:أن الدولة احد أطراف العقود النفطية على الرغم من أنها مجرد طرف متعاقد في العقد محل الدراسة ، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السياسية التي تتمتع بها والتي تمكنها–بالإضافة إلى إمكانية الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد – الإخلال أيضا بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حال نشأته.[2]

[1] Ph.Fouchard ,E.Gaillard,B.Goldman,**Traitè de l'arpitage commmercial intrnational** Litec 1996 . p 307 .
[2] حفيضة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت (**الطبعة الثالثة**)، 2003 ص 257 .

فبالنسبة للنزاعات التي تكون الدولة أو احد أجهزتها طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة، وبهدف درء هذا الخطر في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لمصالحها،يلجأ الطرف الأجنبي عادة إلى سلب الاختصاص من القضاء الوطني للطرف الأخر ، ومنحه إلى قضاء أخر محايد وموثوق فيه، إلا وهو قضاء التحكيم ، وهو الشرط الذي تتمسك بها الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه ولو على حساب عدم إتمام العقد.[1]

ثانيا: السرية: يتسم التحكيم بقدر كبير من السرية حيث أن المعلومات Information تبقى سرا بين الأطراف والمحكم، وعدم حضور الجلسات إلا من قبل الأطراف والمحكم، وعدم حضور الجلسات إلا من قبل الأطراف فقط آو ممثليهم ، وعدم نشر الأحكام إلا بموافقة أطراف النزاع.[2] وتؤكد على مبدأ السرية العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وأنظمة الهيئات الدولية للتحكيم وكذلك التشريعات الوطنية ذات الصلة فأثناء سريان جلسات المرافعة مثلا "تكون جلسات المرافعة وسماع الشهود سرية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

ثالثا: السرعة : أن سرعة الفصل في النزاع ميزة يحققها التحكيم، وهي بهذه الصفة، بالنظر إلى واقع قضاء الدولة الذي يتسم بطول مساطره وقدسية بعض قواعده الشكلية مما يطول معه أمد التقاضي، ولهذا تحرص التشريعات المختلفة الاتفاقية أو الوطنية وكذلك أنظمة وقواعد مؤسسات ومراكز التحكيم على تحقيق هذه السرعة عن طريق تحديد أجال قصيرة لسير التحكيم.[3] ونظرا لما تتميز به عقود الاستثمار بارتباطها بمشاريع ومصالح اقتصادية بالغة الأهمية، و رؤوس أموال ضخمة، لذلك فإنها تستوجب السرعة في فصل النزاعات المتعلقة بها لتجنب تعطيل تنفيذها، والتحكيم التجاري بما يضمنه من سهولة وسرعة في الإجراءات فإنها يوفر لها ذلك.[4]

رابعا: خبرة المحكمين: يتيح التحكيم التجاري الدولي عرض على محكمين أصحاب خبرة سابقة ومتمرسين في أمور التجارة الدولية، أما القاضي فلا يملك تلك الخبرة التي يمتلكها المحكم التي تعود على الاحتكاك

---

[1] بوالخضرة نورة، **التحكيم التجاري في العقود النفطية دراسة في قانون المحروقات**، دراسة تأصيلية في قانون الاستثمار الجديد رقم 16-09 وقانون المحروقات الجزائري ص 05 .

[2] مرا محمود المواجدة ، **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي**،دار الثقافة للنشر والتوزيع،(الطبعة الاولى)،2010 ، ص 39 .

[3] الطاهر برايك، **تسوية منزعات الاستثمار الاجنبي عن طريق التحكيم لدى التشريع الجزائري، مقال منشور، مجلة الحقوق والعلوم** الانسانية،العدد02 ، ص 265

[4] رفيقة بسكري،**التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية، مقال منشور، مجلة الباحث** للدراسات الاكاديمية ، العدد **التاسع**،2016 ص 18

بالعقود النفطية أو العقود الصناعية عموما، مما يترتب عن ذلك عدم الاستعانة بخبرة خارجية وما في ذلك إضاعة للوقت وتحمل نفقات باهظة.[1]

خامسا: الرضائية: حيث أن أطراف النزاع يلجأ ون إلى التحكيم بإرادتهم الحرة ، أن يكونوا مجبرين على اللجوء إليه، ولذلك فان التحكيم يحافظ على العلاقة بين الأطراف، حيث لا يعتبر طريقا هجوميا عنيفا بل هو طريق اقرب إلى التفاهم بين الأطراف.[2]

الفرع الثاني: المبادئ التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي

أولا: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم: ويقصد بهذا المبدأ أن لا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط تحكيم أو مشارطه التحكيم بصحة العقد المتعلق بالعقد الأصلي . وتستند استقلالية الاتفاق التحكيمي إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الأخر وبتعبير آخر فان الاتفاق التحكيمي يشكل عقدا معادلا للعقد الأصلي ويرجع ذلك أن لكل من العقدين موضعا خاصا به يختلف عن الآخر. وبهذا فان تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم الدولي يقتضي الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الأمر الذي من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين ويحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي وكذلك قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانون يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم.[3] حيث أن بطلان عقد الاستثمار لا يؤثر على اتفاق التحكيم ، وهو ما يؤدي إلى تحقيق الفاعلية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي[4].

ثانيا: مبدأ اختصاص باختصاص: ويقصد بمبدأ اختصاص باختصاص؛ أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه فهو الذي يقرر صحة اتفاق التحكيم، فلن يختص المحكم إلا بناء على وجود اتفاق صحيح على ذلك.[5] ويهدف هذا المبدأ إلى تجنب أن يكون التمسك بعيب يتعلق بطريق مباشر باتفاق التحكيم من قبل احد الأطراف سببا في إعاقة إجراءات التحكيم وذلك من خلال منح المحكم الصلاحية لأن يقوم بنفسه للفصل في مسألة اختصاصه مع خضوعه في نفس الوقت للرقابة اللاحقة من قبل القضاء الوطني

[1] بوالخضرة نورة، **التحكيم التجاري في العقود النفطية دراسة في قانون المحروقات**، دراسة تأصيلية في قانون الاستثمار الجديد رقم 16-09 وقانون المحروقات الجزائري. ص 56.
[2] مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 40
[3] منى بوختالة ، المرجع السابق، ص 119
[4] رفيقة بسكري، المرجع السابق، ص 181
[5] خالد كمل عكاشة، المرجع السابق ،صَ 188 .

المختص مما يكون من شانه أن يتفادى إعاقة إجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الآخر الذي يمكن أن يثبت البطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم أمام السلطات المختصة في الوقت المناسب.[1]

وهكذا فانه يترتب على مبدأ اختصاص باختصاص يرتب اثرين هامين احدهما أجابي والأخر سلبي

فالأثر الايجابي هو توجه المحكمين في مرحلة أولى إلى إفساح المجال لتجاوز الحجة القائمة بأنه" لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع، إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص " بمعنى أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبث في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية، دون أن ينتظر منحه هذا الاختصاص من قضاء الدولة .[2]أما الأثر السلبي يتمثل في سماحه للمحكم إضافة إلى البت في مسألة اختصاصه الفصل فيها أولا قبل أية جهة أخرى. ويستند مبدأ اختصاص باختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم وكذلك الاتفاقيات وقرارات الهيئات الدولية ذات الصلة وأيضا لوائح هيئات التحكيم التي حرصت على النص على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. فقد احتوت معظم التشريعات الوطنية نصوصا صريحة تأكد على مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال منح هيئة التحكيم سلطة الفصل باختصاصها بنظر النزاع.

هكذا فقط حرصت معظم الاتفاقيات الدولية على تكريس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، حيث أن المادة 3/5 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري 1961 تعترف للمحكم بسلطة تحديد اختصاصه ووجود أو صحة اتفاق بعدم بطلانه أو شموله لموضوع النزاع.[3]

كما أشارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار 1965 على مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في نص المادة 1/فقرة1 من الاتفاقية.أما بالنسبة لقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1985 قد أشار إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك بنص المادة 16/ف1 حيث أشارت على انه:" يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك المدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم...".[4] ومن جانب القوانين الوطنية، نجد إقرارا صريحا من المشرع الجزائري [5]على مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث نصت المادة 1044 من قانون إجراءات المدنية والإدارية على:" تفصل

---

[1] بشار محمد الاسعد، المرجع السابق، ص 89.
[2] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق، ص188 .
[3] منى بو ختالة، المرجع السابق، ص 119 .
[4] بوجلطي عز الذين ، **النظام القانوني للاستثمار في قطاع المناجم في الجزائر" والمتغيرات الدولية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، جامعة الجزائر1 ،2016 ، ص 487 .
[5] لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي** ، دار هومة للنشر والتوزيع،الجزائر،2012،ص 87 .

محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب أثارة الدفع بعد الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع"[1]. وبهذا يكون مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تم تكريسه كواحد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي والتي من شأنها تيسير سير التحكيم وعدم مقاطعة الطرف الذي يعتبران المحكمة التحكمية غير مختصة وان اتفاق التحكيم لا يشمل موضوع النزاع وبالتالي فان مثل هذه المدفوع لا تؤدي إلى وقف التحكيم.[2]

المطلب الثاني: سلطة المحكم في التصدي لعوامل اختلال توازن

يعطي للمحكم الدور في إعادة توازن العقد الذي اختل بسبب القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، هذا الدور الذي يستمده من إرادة أطراف العلاقة التعاقدية وبناء على اتفاقهم، إلا انه في حال عدم اتفاق الأطراف قد تتقلص سلطة المحكم (الفرع الأول)، وعلى العموم فيلزم على المحكم أعادة توازن العقد ورد الالتزام إلى الحد المعقول(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى جواز التوسع في سلطة المحكم حال عدم اتفاق الأطراف

أن تعديل العقد بهذه إعادة التوازن من قبل المحكم قد يكون أوسع نطاقا عند فشل المفاوضات حيث يصبح تدخل هيئة التحكيم ضروريا ولازما، وإن كان يؤسس على إرادة الأطراف من خلال الشروط التي تمنح هيئة التحكيم هذا الدور سواء بطريقة صريحة أو ضمنية[3]، حيث تتفق الدولة والمستثمر منذ البداية على منح هيئة التحكيم السلطة في إتخاد ما تراه مناسبا لظروف الواقعة[4]، فيستطيع المحكم وقف تنفيذ العقد للحفاظ عليه، أيضا يستطيع المحكم وقف التنفيذ من تلقاء نفسه[5]، وهنا يلعب التحكيم دورا مهما مهما في حال طلب احد طرفي العقد وقف التنفيذ في حين طلب الآخر استكمال التنفيذ، إذ يحق للمحكم الحكم بوقف التنفيذ من تلقاء نفسه حينما يجد ضرورة لذلك[6].

إلا انه في المقابل قد أثار تدخل المشرع لتعديل العقد بصورة ضمنية جدلا باعتباره توسع في اختصاص هيئة التحكيم بالشكل الذي وصفه البعض خارج نطق اختصاص"، وهذا ما تعرضت له غرفة

[1] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[2] مونى بوختالة، المرجع السابق، ص 120 .
[3] يسمينة لعجال ، المرجع السابق، ص 793 .
[4] علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص 71 .
[5] يسمينة لعجل، المرجع نفسه، ص 793 .
[6] حنين أمين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص 95 .

التجارة الدولية في قرارها رقم 5754 الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1988 حيث قررت يجب تفسير هذا الشرط في طار العقد الذي ورد فيه ، وإذا ورد في عقد طويل الأجل إلى جانب العديد من الشروط التي توجب التعديلات، بحيث يثار التساؤل هنا عما إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى إقرار دور التحكيم للتحكيم في هذه التعديلات، وهي عبارة عن الشرط رقم 20 واسعة كفاية لإقرار هذه التعديلات كما هو بالنسبة لهذه الحالة، إذن يجب تفسير هذا العقد في هذا السياق، وان كان يمكن تفسيره بصورة ضيقة في سياق أخر.

ولكن هل يمكن أن تمتد سلطة المحكم إلى إجراء التعديل حال عدم توصل الأطراف إلى اتفاق؟

يذهب جانبا من الفقه، يتعين عليهم السماح لهيئة التحكيم بتعديل شروط العقد للحفاظ على التوازن الاقتصادي الذي كان في إبرامهم عند إبرام العقد، وهذا قول مردود إعادة التوازن للعقد يتوقف في هذا الفرض سيكون خارج اختصاصها الفعلي ، وهو ما قد يؤدي إلى عدم احترام التوقعات لأطراف العقد. إذ أن اثر هذا الشرط محدود للغاية حيث يقتصر على مجرد إعادة مناقشة شروط وأحكام عقد الاستثمار، دون أن يكون هناك التزام بان تؤدي هذه المناقشة الى تعديل العقد على أساس التفرقة بين الالتزام بإعادة توازن العلاقة التعاقدية في ضوء الظروف الجديدة ن مجرد الاتفاق على إجراء التفاوض في حالة حدوث هذه الظروف، وهذا الاتجاه تبنته العديد من أحكام التحكيم والتي ذهبت إلى انه إذ لم تتمكن أطراف العقد من التوصل لاتفاق في حالة وجود شرط إعادة التفاوض فإن هدا لا يعد خرقا للعقد لان الالتزام بالتفاوض لا يعني الالتزام بتعديل العقد.وفي كل الأحوال يجب ان نفرق في هذا الفرض بين سلطة المحكم في ملئ الفراغ التعاقدي، حيث لا يستطع الأطراف الاتفاق على بعض هذه التغيرات، في الحالة الأخيرة نجد أن تدخل المحكم ضروري لإعادة التوازن بما يراه مناسبا وخاصة إذا كان هذا التدخل مسألة لازمة للفصل في النزاع، وهذا لا يعد توسعا لسلطة المحكم أو تجاوز لإرادة الأطراف كما هو الحال إذا قام بالتعديل، بل يمكن اعتباره تطبيقا لسلطته في اتخاذ ما يراه مناسبا في ضوء العرف السائد وطبيعة العرف الدولي. فوجود الشرط يسهل من مهمة هيئة التحكيم في إعادة التوازن عند مراجعة العقد ليصبح أكثر توافقا مع مستجدات الظروف.[1]

الفرع الثاني: الضوابط الخاصة بسلطة المحكم في رد الالتزام إلى الحد المعقول

[1] يسمينة لعجل ، المرجع السابق، ص 794 .

أذا ما اعترى العقد خلال تنفيذه اختلال بسبب القوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، فللمحكم الصلاحية في رد الالتزام إلى الحد المعقول ، حيث وبعد التأكد من توافر شروط القوة القاهرة أو الظروف الطارئة

فيمكن أن يختار أحدى الطرق الآتية حسب كل ظرف.

أولا: فسخ العقد ترتب قواعد القوانين الوطنية غالبا الأثر التقليدي عند وقوع حالة القوة القاهرة وهو الأثر الاعفائي، والذي يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقائي نفسه في حال تحقق شروط القوة القاهرة، وهذا هو التنظيم القانوني الموجود في القوانين الوطنية العامة إلا انه قد يرتب أثار قانونية سلبية على عقود التجارة الدولية الضخمة ومنها عقد الاستثمار الدولي الذي تكبد الكثير لإبرامه. ولذا يفضل إدارة هذه الظروف غير المتوقعة بصورة أخرى من اجل انقاد العقد من الفسخ فمن الممكن أن يتم اللجوء إلى وقف الأعمال وطالت الأجل التعاقدي أو مشاورة الأطراف أو تعويض المتضرر أو إبرام عقد جديد أو غيرها من الحلول مع مراعاة تأثير القوة القاهرة على العقد الأصلي، وغالبا ما يكون دور هيئة التحكيم في إيجاد حل مناسب يحاكي توقعات أطراف العقد. وقد يلجأ الأطراف إلى إعادة التفاوض على العقد بهدف الوصول إلى حل يناسب أطراف العقد.[1] لكن يعد نظام الفسخ في عقود الاستثمار وضعا استثنائيا يتطلب معاملة خاصة من قبل هيئة التحكيم، حيث تحرص كل الحرس على ألا تلجا إليه إلا في حالات محدودة تنذر بعواقب وخيمة وإذا ما بقي عقد الاستثمار قائم ففي بعض الحالات يكون هو الوسيلة والحل الأمثل لتحقيق توازن عقد الاستثمار.[2]

وعلى الرغم من انفساخ العقد يكون غالبا في حالة القوة القاهرة إلا انه في بعض الحالات قد تجتمع القوة القاهرة والظروف الطارئة معا وبهذا يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، ولعل العلة تكمن في أن القوة القاهرة تعد سببا لفسخ العقد وتحلل المتعاقد من التزامه، وفي حالة الانفساخ يكون دور القاضي في التأكد على أن التزام المدين أصبح مستحيل التنفيذ بسبب لا يد له فيه.

ثانيا: وقف تنفيذ العقد يقصد بوقف تنفيذ العقد توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهم العقدية المتبادلة لحين أجاد حلول بديلة والتوصل إلى اتفاق جديد لتنظيم الالتزامات، ويعد الوقف الأثر الأول والمباشر الذي

[1] حنين أمين رمزي مقبول ، المرجع السابق، ص 92 .
[2] زكريا عليوط ، **دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017 ، ص 26 .

يترتب على حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة، كما يمكن أن يطبق نظام الوقف على العقد في حالة القوة القاهرة إن كانت استحالة التنفيذ استحالة جزئية أو مؤقتة، وعلى الرغم من ان نصوص التشريعات الوطنية نظمت حالة القوة القاهرة إلا أنها لم تنص على إمكانية وقف العقد في الحالة الاستحالة الجزئية آو المؤقتة ، وتوفر فترة الوقف للمتعاقدين الفرصة لمراجعة العقد ومراجعة التزاماتهم والتفاوض بشأنها.[1]

وقد أشارة غرفة التجارة الدولية في قرار لها صادر سنة 1971، انه لا يترتب على القوة القاهرة إنهاء العقد بل وقف تنفيذه في انتظار انقضائه، حيث يباشر المتعاقدين مجددا التزاماتهم ، وقد ظهر ذلك في نص المادة 24 من الاتفاقية بين دولة الكويت وشركةTrades Limited البريطانية عام 1933 والتي نصت على " أي تقصير من قبل الشركة في قيام بتنفيذ أي من الاشتراطات والتعهدات الواردة في العقد المبرم بينهما لسبب يعود لحدوث القوة القاهرة، فان دولة الكويت لا يكون لها الحق في مطالبة الشركة بأي اشتراطات أو تعهدات نص عليها العقد، وإذا مترتب على حدوث القوة القاهرة تأخير في تنفيذ احد شروط العقد فإن مدة التأخير بالإضافة لأي مدة تكون لازمة لإصلاح الضرر الذي يكون قد وقع إثناء التأخير تضاف إلى المدة المحددة في هذا العقد.

ثالثا: انقضاء الوقف ورد الالتزام إلى الحد المعقول: و يكون الطريق الطبيعي لانقضاء الوقف أما بانتهاء مدة الوقف أو التوصل إلى وسيلة لإعادة توازن التزامات طرفي العقد ورده إلى الحد المعقول، وغن المعنى القريب لكلمة"رد" هي تقليل عبئ الإرهاق، فالمحكم عليه أن يقوم بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يتوقعها وقت التعاقد ويقسم ما يزيد عن ذلك بين المتعاقدين سوية .[2]

ففي حال اتفق أطراف العقد على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن القوة القاهر أو الظرف الطارئ فان المحكم السلطة الكامل في إدارة النزاع على الطريقة التي يراها مناسبة. فيصار إلى طرق أخرى لتسوية النزاع بدلا من الانفساخ، فللمحكم سلطة أن ينقص الالتزام المرهق أولا وثانيا أن يزيد في الالتزام المقابل وثالثا أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحدث.[3] قد يرى المحكم أن إزالة الإرهاق وإعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد يستلزم إنقاص لالتزامات المترتبة على المدين، وقد يكون الإنقاص من الناحية الكمية أو الكيفية[4]، فقد يمثل الظرف الطارئ الذي يرهق المدين، في صورة زيادة السعر، زيادة

[1] عبد رزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 621 .
[2] حنين امين رمزي مقبول ، المرجع السابق، ص 33 .
[3] عبد رزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 528 .
[4] حنين أمين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص 96 .

تهدد بخسارة فادحة، وفي هذه الحالة يكون الظرف الطارئ قد جاء في مصلحة الدائن للالتزام ، وذلك في حالة ارتفاع سعر محل الالتزام، فيقضي بزيادة الثمن المحدد في العقد إذ يتحصل الدائن نوعا من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشئ محل الالتزام ،أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة.[1] وقد تقتضي الموازنة بين مصلحة طرفي إزالة الإرهاق عن المدين وذلك بزيادة التزامات الدائن، فيوزع المحكم الزيادة الغير مألوفة على طرفي العقد وهو بذلك يحقق نوعا من التوازن الاقتصادي بين الالتزامات التي يرتبها العقد بين الطرفين،[2]

ومثال على ذلك إذا تعهدت شركة على توريد الغاز بسعر 37 دولار للبرميل آلة احد وزاد السعر لسبب خارج عن إرادة المدين ليصل إلى 65 دولار وزاد السعر لسبب خارج عن إرادة المدين ليصل إلى 65 دولار، فهنا للمحكم ان يوزع الضرر بحيث يتحمل المدين الخسارة المألوفة والباقي توزع على الطرفين، أما لو كانت الزيادة 10 دولار في زيادة معقولة ومتوقعة في الأسعار يتحملها المدين لوحده. وقد تكو بعض العقود ملزمة لجانب واحد ا وان احد طرفي العقد نفد التزامه بإعطاء قطعة ارض على ان يشيدها الطرف الأخر ويديرها خلال مدة معينة مثل عقود الاستثمار،وهنا يكون الحل إما إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول أو وقف تنفيذ العقد،لان في بعض العقود لا يتصور زيادة الالتزام المقابل لأنه لا يوجد التزام مقابل، كما انه انتقاص الالتزام آو زيادة الالتزام المقابل لا يكون إلا بالجزء الذي لم يتمكن المدين من تنفيذه.

أما فيما يخص تنفيذ الالتزام إلي حين زوال الحدث الغير متوقع،فلا يمكن تعليق القبول بتعليق تنفيذ الالتزام إلا إذا كان هناك آمل من استكماله وعودة الظروف إلى الوضع الطبيعي، فإن رأى المحكم أن هناك أمل من زوال الحدث في وقت قصير يمكن له تعليق الالتزام،ويكون الباحث لتنفيذ تعليق الالتزام لفترة زمنية مؤقتة ومحددة، التريث لبعض الوقت آو إعطاء فرصة للمدين للبحث مورد جديد للحصول على المبيع ن وتقع حالة تعليق تنفيذ العقد أيضا في حالة القوة القاهرة أن كانت الاستحالة جزئية آو مؤقتة، ولا يمس التعليق جوهر العقد من الناحية المادية فتبقى الالتزامات متحفظة بقيمتها دون أن تتأثر بالتعليق المؤقت، وبكل الأحوال يخضع التعليق لضوابط معينة وهي:

_ أن تكون فترة التعليق ثابتة أو محددة نسبيا.

[1] دعمار محسن كزار، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد**، مقال منشور، مجلة مركز دراسات الكوفة (ص مجلة فصلية محكمة)، العدد الثامن والثلاثون، 2015،ص100 .
[2] حنين أمين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص97.

_ وأن يوضح الباعث من تعليق تنفيذ العقد.[1]

خلاصة الفصل

نخلص في نهاية هذا الفصل أن أطراف عقد الاستثمار في مجال عقد الطاقة تسعى إلى تنفيذ التزاماتها بالشكل الذي اتفقوا عليه وقت التعاقد ، إلا أن عقد الاستثمار الطاقوي تعرف بعقود الطويلة الأمد والتي قد تستغرق سنوات لتنفيذها، فهي عرضة للتأثر بالأحداث الفجائية وغير متوقعة وهي عوامل غير إرادية، تتمثل في القوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، ولكي يحافظ الأطراف على استمرار سريان عقدهم فهم يسعونا إلى تضمين عقدهم مجموعة من الشروط كشرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض من اجل الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد، ويكون التحكيم التجاري الدولي الطريق الفعال لحل هذه النزاعات عن طريق رد الالتزام للحد المعقول.

[1] حنين أمين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص 97 .

الفصل الثاني

شروط إعادة التوازن في ظل التصرفات الإرادية للدولة

الفصل الثاني : شروط إعادة التوازن في ظل التصرفات الإرادية للدولة

إذا كان الاختلال في التوازن التعاقدي قد يكون مرجعه حوادث مفاجئة وغير متوقعة مما يمنع تنفيذ العقد فقد يكون أيضا بسبب التصرفات الإرادية للدولة المضيفة ، حيث يظهر ذلك جليا عندما تقوم هذه الأخيرة بتعديل تشريعها الوطني أو اتخاذ بعض التصرفات الإرادية ففي هذا الفرض تأتي الشروط التعاقدية لتواجه خطر يسهل توقعه، وهو تغير ظروف العقد بسبب التصرفات الإرادية للدولة المضيفة ، حيث إن هذه التصرفات لا تكون من الغير الممكن توقعها ، فكل دولة تملك سلطة تغير تشريعها وفقا للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ا (المبحث الأول)، وان تتخذ إجراءات كنزع الملكية والمصادرة والتأميم، مما تقع هذه الإجراءات حاجزا أمام المستثمر الأجنبي فيكون الحل هو تعويض الدولة المضيفة للاستثمار المستثمر الأجنبي (المبحث الثاني)

المبحث الأول : إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في مجال عقود الطاقة

لا يخفي على احد أن غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد هي استقرار الرابطة العقدية، وحفظ توقعات الأطراف، فقد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد، مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن التعاقدي، وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح احد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر. وهذه الشروط التي جاءت لتحقق ضمانا من بين الضمانات التي يحاول الطرف الأجنبي حماية نفسه من مخاطر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، خشية أن تضيع حقوقه، فالدولة بوصفها سلطة تشريعية تتمتع بمزايا استثنائية من جهة، والمستثمر الأجنبي الذي لا يتمتع بهذه المزايا والذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى. فيحرص على الثبات التشريعي وتضمينه في عقده مع الدولة (المطلب الأول)، إلا انه قد اختلف الفقهاء حول صحة هذا الشرط في العقد فظهرت أراء مختلفة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الثبات التشريعي كشرط لإعادة التوازن

تعد شروط الثبات من الشروط المألوفة في عقود الدولة لأنها تسمح بضمان التنفيذ الجيد للعقد طوال مدته ، حيث تستهدف بالدرجة الأولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد من تغير قانونها النافذ وقت إبرام العقد وتعدها بعد إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي باختلال توازن العقد, وهو ما يتم التعرف عليه من خلال دراسة مضمون شروط الثبات التشريعي(الفرع الأول)، وكذا التحول الوظيفي لشروط الثبات التشريعي(الفرع الثاني)

الفرع الأول : مضمون شروط الثبات التشريعي

تعرف شروط الثبات التشريعي، بأنها نصوص قانونية ترد في القانون الوطني للدولة المتعاقدة تنص على إلزام هذه الدولة بعدم تعديل أو إلغاء القانون الناظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء العقد في مواجهة المتعاقد الأجنبي، عادة ما يدرج هذا النص في قوانين الاستثمار في البلد المضيف وقد تدرج أيضا في القوانين الخاصة الناظمة للقطاع محل الاستثمار مثل قطاع النفط.[1]

[1] غسان المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق،2009، العدد التاسع، ص173 .

ويعرف شرط الثبات التشريعي بأنها أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، والتي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد بنفس الوقت ، بمنعها من تغير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، حيث تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين المستثمر المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأخر المتعاقد (المستثمر).

وفي إطار العقود الدولية ومنها عقود الاستثمار، فان أطراف العلاقة العقدية يرغبون في تضمين العقد الاستثماري العديد من الشروط، ويدفع إلى ذلك أسباب عديدة تتنوع مع تنوع هذه الشروط، ولعلى من بين هذه الأسباب هو أن عقود الاستثمار تعتبر من العقود ذات المدة الطويلة، وان الطرف المتعاقد مع الدولة يحاول تامين نفسه ضد الكثير من المخاطر التشريعية أو المشاكل التي تستجد من خلال التنفيذ الذي يستمر لمدة طويلة من الزمن، ومن هذه الشروط هو شرط الثبات التشريعي الذي يجهد أطراف العلاقة التعاقدية في تضمينها عند إبرامهم لعقود الاستثمار. [1]

فنجد أن المشرع الجزائري قد كرس هذا الشرط في قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في مادته 22 على انه " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذالك صراحة"،[2] والواضح أن المشرع الجزائري قد تبنى بشكل صريح شرط الثبات التشريعي للقانون، فلا تطبق التعديلات أو الإلغاءات التي تطال ذلك القانون على الاستثمارات المنجزة،على انه يجوز للمستثمر أن يطلب سريانها على مشروعه بشكل صريح، وطبيعي أن هذا الطلب سيكون في الحالات التي يرى فيها أن مصلحته تكمن في سريان القانون الجديد على مشروعه بدلا من القانون القديم ، وهذا يعني ايضا أن عدم إدلاء المستثمر برغبته الصريحة المتضمنة طلب انطباق التعديلات او المراجعات بشأن العقد الذي ابرمه مع الدولة يفيد قبوله الضمني بذلك الشرط .[3]

إلا انه تجدر بنا أن نفرق شرط الثبات التشريعي على شروط عدم المساس بالعقد حيث، يعد الأستاذ "Prosper Weil " أول من ابرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد حيث

[1] محمد عمارشنجار، المرجع السابق، ص 45 .
[2] القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29شوال 1437 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، العدد46 الصادرة بتاريخ غشت 2016.
[3] محمد فياض، **دوشروط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الاجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات واشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي** الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد ، 2013 ص 608 .

ينصرف معنى شروط عدم المساس بالعقد إلى تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها "سلطة تنفدية" مما يعطي للطرف المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناجم عن" هذه الصفة الإدارية" .

أما شرط الثبات التشريعي فهو يهدف إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من" المخاطر التشريعية" اي ما ينجم عنها بوصفها "سلطة تشريعية " على وجه التحديد.[1]تقوم الدولة المضيفة عند إبرامها لعقود الاستثمار بالتعهد دائما بعدم قيامها بأي إجراء قد يؤدي إلى إحداث إخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، ولذلك غالبا ما نجد العقد المبرم بينها وبين المستثمر متضمنا للشرطين معا، حيث أن شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد يعتبران شرطين أساسيين للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة وذلك لما يضيفانه من القدرة على التوقع للمستقبل وفضلا على ذلك توفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي[2]. فهما يعتبران عنصرا مهما من عناصر الأمان التي تبحث عنها الشركات المتعاقدة مع الدولة، فهذه الشركات تتحصن ضد الإجراءات السيادية التي تقوم به الدولة المضيفة للاستثمار[3].

الفرع الثاني: التحول الوظيفي لشرط الثبات التشريعي :

إذا كان التحليل الفني لتلك الشروط كشف في وقت سابق عن كونها شروطا تعاقدية قد تدرج كبند في العقد مابين المستثمر والدولة وذلك للحفاظ على التوازن العقدي، إلا أنها اليوم لم تعد مجرد بنودا تشريعية وإنما أصبحت ضمانة قانونية تدرجها العديد من الدول في قوانينها الخاصة بالاستثمار ويحتج بها المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار، وفي ضوء ما ذكرناه سنشير في هذا الفرع إلى تحول شروط الثبات التشريعي من شروط اتفاقية ترد في شكل بند في العقد إلى شروط تشريعية ترد في شكل نص قانوني في التشريع المنظم للاستثمار.[4]

[1] عدلي محمد عبد الكريم، **تكيف بنود الاستقرار التشريعي وتقيم دورها في عقود الدولة** ، مقال منشور في مجلة الحقيقة،العدد الثامن عشر، ص14.
[2] حفيضة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 20 .
[3] محمد عمارشنجار، المرجع السابق ، ص 36.
[4] احمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 307.

اولا: **شروط الثبات التعاقدية**

تعتبر شروط الثبات التعاقدية الأكثر تواجدا في عقود الطاقة على الصعيد الدولي، حيث يرد هذا الشرط صراحة ضمن نصوص العقد الموقع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.[1] وتعرف أنها تلك الشروط التي ترد ضمن بنود العقد الدولية ذاته وتنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة، بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد اي تعديلات لاحقة تطرأ عليها.[2] حيث يظهر الشرط إعمالا لمبدأ الحرية في الاتفاقيات والعقود أو مبدأ سلطان الإرادة، حيث يمتلك سلطة التجميد الزمني لقانون العقد إلا أن هناك شروطا تعاقدية تعمل أيضا على إرساء التوازن في ظل التغيرات المحتملة والتي يمكن وقوعها سواء بشكل معتمد كما هو الحال في شروط التوازن الاقتصادي، ويختلف هذا الشرط في كونه لا يعفي المستثمر الأجنبي من الالتزام بأي تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق بل على العكس من ذلك سيؤكد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لمثل هذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة المضيفة.[3]

لم يكتف المشرع الجزائري بتكريس تثبيت النظام القانوني للاستثمار في القانون الداخلي المتعلق بالاستثمار، بل تم إدراج هذا المبدأ بموجب اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها وصادقت عليها الدولة الجزائرية، كما تم إدراج هذا المبدأ في مختلف العقود التي أبرمتها الجزائر مع المستثمرين الأجانب ، والهدف من إدخال هذا البند هو تفادي المساس بسلامة العقود المبرمة ، وضمان استمرار سريان الإطار القانوني التي اتخذت وفقا له الالتزامات التعاقدية.[4]

وتجسيدا لهذا المبدأ، ما جاء بأحد العقود المبرمة ما بين دولة تونس وإحدى الشركات البترولية على انه يكون القانون الواجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي ويفصل المحكيون في النزاع على أساس العدالة والقانون التونسي في تاريخ الاتفاق الحالي .[5]

أما الجزائر أقرت هذا الشرط في بعض العقود التي أبرمتها مع مستثمرين أجانب، حيث نصت المادة (6) من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة اوراسكوم تيليكوم القابضة المبرمة في 05 أوت 2001 على مايلي :" تمنع الدولة الجزائرية على نفسها، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ

[1] محمود فياض، المرجع السابق، ص 608 .
[2] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص190 .
[3] يسمينة لعجال المرجع السابق ، ص 796 .
[4] والي نادية، المرجع السابق، ص 232
[5] عيبوط محند وعلي، **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، الطبعة الأولى) ، دار هومة للنشر، الجزائر ،2014، ص 217.

إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بطريقة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية .

إذ تضمنت القوانين و التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استفاء الشروط المقررة التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية ".[1] كل هذه النصوص وغيرها تأكد أن استقرار القانون المطبق لا يقصد منها عدم القيام بأي تعديلات في الإحكام القانونية الخاصة بالاستثمار، وإنما تعني عدم تطبيق هذه التعديلات على الاستثمارات محل الاتفاق المبرم مع الدولة المضيفة قبل صدرها، إلا إذا وافق على ذلك المستثمر، أو تمسك بتطبيقها عليه، لكن يمكن القول أيضا أن هذه الشروط يقصد بها عدم قيام الدولة بأي إجراء من شأنه تعديل بنود وشروط العقد المتفق عليها دون موافقة المستثمر الأجنبي.[2]

وتعد ابرز القضايا التحكمية التي تناولت شرط الاستقرار والثبات حكم التحكيم في دعوى Lexaco، حيث أبرمت الحكومات الليبية المتعاقدة في الفترة من ديسمبر 1955 إلي غاية ابريل 1971، مجموعة من عقود الامتياز لصالح شريكتين أمريكيتين ، مع نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر سنة في المادة 16 على انه: " لا يمكن تعديل النصوص الناجمة صراحة عن الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف، ويتم تفسير هذا الاتفاق وفقا للقانون الحاكم للبترول واللوائح السارية وقت توقيع العقد...وأي تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد، والتي تقررت لشركة بمقتضاها طالما تمت دون رضائها". ولقد تم تعديل القانون الليبي أكثر من مرة ، وفي كل مرة كان هذا التعديل يقابله تعديل في الشروط التعاقدية للعقود بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين ، ويلاحظ أن كافة التعديلات أو التعاقدية، كانت دائما محلا للاتفاق بين الأطراف المتعاقدة احتراما لنص المادة 16 المذكورة ، وذلك قبل دخول هذه التعديلات حيز النفاذ[3]. لكن بعد ان قامت ليبيا بالتأميم من خلال قانون 1974 وبعد عدم حصول اتفاق بين الإطراف تم عرض النزاع على التحكيم، هذا الأخير قرر أن شروط الثبات تتميز بطبيعة استثنائية ، وبوجود هذا الشرط يحول العقد الإداري عن طبيعته ، ويرفع عن الدولة تلك السلطات التي يمنحها لها القانون الإداري وبالتالي فان الدولة تلتزم شروط

[1] ملحق المرسوم التنفيدي رقم 01-116 المؤرخ في 20 ديسنبر 2001 المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم الجزائر ،ج ر ج ج عدد 80 الصادرة في 26 ديسمبر 2001.

[2] وليد لعماري استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الاجنبي، مقال منشور، مجلة الباحث للدراسات الاكادمية، جامعة الجزائر1 ،العددالتاسع ، 2016 ، ص 340 .

[3] حفيضة السيد الحداد ،المرجع السابق، ص373.

الاستقرار، وأي تعديل للعقد يرتب لها المسؤولية ولا يمكن لها التذرع بمسؤوليتها ، والاستناد إلى إجراءات القانون الدولي من اجل تبرير تنصلها عن العقد.

تسعى الدول المصدرة للرأسمال الأجنبي إلى توفير الحماية القانونية الكافية لأموال مواطنيها في الخارج ، ولما كانت الضمانات التشريعية التي يقررها قانون الاستثمار في الدولة لا تحقق تلك الحماية الكافية بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء لذلك فإنها تلجأ إلى وسائل قانونية أخرى أهمها إبرام اتفاقيات ثنائية للاستثمار بينها وبين الدول المستقطبة له[1].

أصبحت الاتفاقيات الثنائية وسيلة دولية من شأنها توفير الحماية القانونية نظرا للمسؤولية الدولية المترتبة عنها، خاصة وان الأحكام الواردة فيها ، تم الاتفاق عليها بين الدولتين بكل حرية، مما يسمح لها القيام بدور حمائي للاتفاقيات أو عقود الاستثمار في النظام الدولي،وذلك بعد فشل محاولات وضع الاستثمار في القانون الدولي ومعاملتها مثل الاتفاقيات الدولية [2]. لهذا فان اتفاقيات الاستثمار الثنائية تتضمن في حقيقتها أحكاما تكفل للاستثمار الحماية القانونية ن بما تتضمنه من التزامات تعاقدية بين الطرفين كشرط التجميد للنص التشريعي بحيث يسمح للمستثمر الأجنبي الاستفادة من المزايا الممنوحة له أثناء إنشاء الاستثمار، ثم ان الاتفاقيات الثنائية تنشئ حقوقا والتزامات بين الدولتين، بحيث لا يمكن تعديلها أو إلغائها بالإرادة المنفردة للطرفين ولعل هذا الآمر الذي يفسر لنا تعاظم دور الاتفاقيات المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، والتي تتضمن في أحكامه شرط تجيد النص التشريعي، ويمكن أن نستشهد في هذا بالاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر والتي أدرجت مبدأ الاستقرار التشريعي في بنودها منها الاتفاق الجزائري الفرنسي بموجب المادة السابعة منه. كما تم تقرير هذا المبدأ بموجب المادة 21 من اتفاقيات تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي[3].

ثانيا: شروط الثبات التشريعية

يقصد بالشروط التشريعية للثبات تلك المتعلقة بتشريعات الدولة التي تتعاقد مع احد الأشخاص الأجنبية، والتي تجعل الدولة تنص في صلب قوانينها نصوصا تمنع الدولة من تعديل أو إلغاء قوانينها واجبة التطبيق على العقد [4]. فهي نصوص قانونية ترد في القانون الوطني للدولة المستضيفة للمشروع

[1] والي نادية ، المرجع السابق، ص235.
[2] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 292 .
[3] والي نادية، المرجع نفسه، ص 336.
[4] احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص68.

الاستثماري الأجنبي تنص على التزام هذه الدولة بعدم تعديل أو إلغاء القانون الناظم للعلاقة التعاقدية النافد وقت إنشاء العقد، في مواجهة المشروع الاستثماري الأجنبي [1].

حيث أدرجت هذه الشروط بوضوح في جل القوانين الخاصة بالعقود النفطية وعقود الامتياز وكذلك نقل التكنولوجيا وإدراج هذا الشرط ضمن القوانين الداخلية للدول ويدرج غالبا في العقود الدولية الخاصة المتمثلة في عقود البترول فان أطراف العلاقة العقدية يجتهدون في تضمين العقد العديد من الشروط والسبب الرئيسي يعود إلى أن هذه العقود تكون طويلة المدى وأن الطرف الأجنبي يريد تأمين نفسه من المخاطر التشريعية لان القوانين الداخلية للدولة قابلة للتغير وغير ثابتة وللدولة السلطة الكاملة في تغير قوانينها ، وان كان التأكيد على القيمة التعاقدية لضمانات العقود النفطية وبشكل خاص شرط الثبات و تعهدات الوطنين فانه لا يمس مباشرة الدولة لسلطتها التشريعية كأحد مظاهر سيادتها اذ يعد هذا الشرط جزءا من العقد ولا يمكن أن يتعرض إلى إعادة النظر فيه بقوة اكبر من العقد نفسه وشرط الثبات التشريعي يتضمن تعهدا من قبل الدولة المضيفة المتعاقدة في عقد الاستثمار، وذلك بتثبيت القواعد القانونية والاقتصادية والمالية واجبة التطبيق على عقد الاستثمار ، وقد يقتصر التثبيت على عقد دون الأخر، كأن يقتصر التثبيت مثلا على النظام الضريبي للمشروع الاستثماري بحيث لا يجوز تعديل قواعد وعاء الضريبة وتحصيلها ومعدلها بعد إبرام العقد كما يقرر عدم إخضاع المشروع للضرائب والرسوم التي تستحدث أثناء سير عقد الاستثمار وتنفيذ عقد المشروع الاستثماري ، ويمكن ان يقتصر التثبيت على تصدير رأس المال [2]، عادة ما يدرج هذا النص في قوانين الاستثمار في البلد المضيف وقد تدرج أيضا في القوانين الخاصة الناظم للقطاع محل الاستثمار (قطاع النفط)[3]، وقد أكد المشرع الجزائري على مبدأ تجميد النص التشريعي المتعلق بالاستثمار بموجب المادة (39) من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقيه الاستثمار الملغى، وبعد إصدار الأمر 01- 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، واستمر مؤكدا عليه بموجب المادة (22) من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، السالفة الذكر.

وبهذه المثابة فان مصدر شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري يتمثل في مشروع الاستثمار نفسه، حيث ورد صراحة تعهد من قبل الدولة بعدم المساس بجميع المزايا التي قد تحصل عليها المستثمر

[1] غسان المعموري ، المرجع السابق ، ص173.
[2] بن الزوخ جمعة ، **شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي**، مذكرة لنيل شهادة ،الماستر جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2015 ص 16 .
[3] محمد فياض، المرجع السابق، ص 620.

الأجنبي بموجب قانون الاستثمار، وهو ليس مجرد شرط تعاقدي يجد مصدره في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين مما يجعله في الحالة الأخيرة نسبيا وخاصة بكل عقد على حدى، وذلك على خلاف الشرط الذي يجد مصدر في التشريع كما هو الشأن بالنسبة للقانون الجزائري، حيث يكون هذا الشرط مطلقا يخص جميع العقود التي تبرمها الدولة في مجال الاستثمار، ولكن مع استثناء الحالات التي يطلب المستثمر فيها صراحة رغبته في التنازل على الضمان الذي منحه إياه المشرع والمتمثل في عدم المساس بحقوقه المكتسبة بموجب القانون القديم مفضلا بذلك خضوعه للقانون الجديد[1].

المطلب الثاني: موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي

لقد اختلف الفقهاء حول صحة الشروط التعاقدية التي يتفق الأطراف على إدراجها في العقد فظهرت ثلاثة اتجاهات ، الاتجاه الأول يره أنها صحيحة اذ انه لا يحق للدولة إنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة استنادا لمبدأ سلطان الإرادة(الفرع الأول)، أما الاتجاه الثاني فيرى أن هذه الشروط ليس لها قيمة قانونية في تخضع للسلطة السيادية للدولة(الفرع الثاني)، وأمام هذين الرأيين ظهر رأي ثالث يود أن يوفق بين الرأيين(الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرأي المنادي بالحرية التعاقدية

يذهب جانبا من الفقه إلى اعتبار شرط الثبات وعدم المساس المدرجة في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية بما في ذلك عقود البترول، شروطا صحيحة ومنتجة لكافة أثارها وهي عدم جاز قيام الدولة المتعاقدة بإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة أو أحداث تعديلات في قوانينها من شأنها المساس بشروط العقد، الا في الحالات المنصوص عليها بموجب العقد ذاته إما عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو تعديله[2]،

ويستند هذا الرأي إلى مبدأ قداسية العقود وعدم المساس بها تلك المبادئ التي تتصارع في مجال عقود الدولة مع فكرة سيادة الدولة وحقها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى إذا اقتضى الصالح العم ذلك التعديل فبمجرد قبول الدولة التعاقد مع المستثمر الأجنبي هذا يعني أنها تتنازل مباشرة عن المزايا التي تتمتع بها الدولة كسلطة عامة، وبالتالي فإن القوة الملزمة للعقد هو

[1] بن ابراهيم جمال، **شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة**، مذكرة لنيل شهادة الماستر،جامعة سعيدة، 2014 ،ص 532.
[2] صخري سمية ، **النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية**، مذكرة دكتوراه، جامعة ورقلة ، 2017 ،ص 204 .

الذي يغلب على سيادة الدولة، وعليه فإن شرط الثبات سيخدم توقعاته.[1] وان الأطراف حين اختاروا صراحة تطبيق قانون وطني معين وفقا لما لديهم من حرية الإرادة، انصرفت نواياهم إلى القانون الساري وقت التعاقد دون أي تعديل يطرأ عليه بعد ذلك أي أن إرادتهم اتجهت إلى القواعد القانونية التي اختاروها وفق ما هي عليه وبأي صورة كانت وقت أبرام العقد نظرا لملائمتها للتطبيق دون غيرها من القواعد الأخرى، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان القانون المختار من قبل الأطراف يندمج ضمن نصوص العقد وفقا لمبدأ إطلاق حرية المتعاقدين ، ومن تم يفقد القانون وصفه كتعبير عن إرادة المشرع الذي اصدر هاذ قد صار جزء من العقد وحكما من أحكامه ، سواء أدرجت نصوصه بالعقد ذاته آو أشير إليها بنص من النصوص.[2]

إلا انه هدا الاتجاه وجهت لها مجموعة انتقادات منها أن شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد تؤدي في نهاية الأمر إلى إفلات العقد من الخضوع إلى القانون ، من ناحية أخرى فإن هذه الشروط باعتبارها من خصائص عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية فإنها تستغرق سنوات عديدة تلزم الدولة بالإبقاء طوال سنوات العقد على مجموعة النظم الغربية ليس لها صلة بتشريعها الساري، كما أن إنكار حق الدولة في تعديل بعض نصوصها التشريعية المثبت بموجب شرط في العقد معناه إلزام الدولة بإتباع سياسة الجمود القانوني وهو ما يتنافى مع دور الدولة في تطوير قانونها بما يلائم الظروف الجديدة[3].

الفرع الثاني: سيادة الدولة

أما الاتجاه الثاني فيرى أن شروط الثبات الشريعي المدرجة في العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية بما في ذلك عقود البترول ، ليس لها آية قيمة قانونية، فهذه الشروط عبارة عن شروط تعاقدية شأنها في ذلك شأن بقية الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، وبالتالي فان شروط الثبات تخضع بدورها للسلطة السيادية للدولة مثلها في ذلك مثل بقية الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد، بالإضافة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها[4]،

[1] محمد موسى خلف الجبوري ، **النظام القانوني لتصفية عقد النفط الخام**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013 ، ص 66 .
[2] بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 675.
[3] حفيضة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 350 .
[4] صخري سمية ، المرجع السابق، ص 204 .

وهذا الشرط لا يمنع الدولة ولا يحد من ممارستها لسيادتها في تعديل القانون الذي يحكم العقد نظرا لكون أن العقود الدولية غالبا مل تكون طويلة المدى مما يعطي الحق للدولة في مراجعة قوانينها حسب الظروف التي قد تطرأ بمرور الزمن، من هنا فإن شرط الثبات التشريعي يجرد الدولة من المزايا التي يمنحها إياها كل من القانون الوطني والقانون الدولي على سوى، مما لا يقبل احدهما تغليب المصلحة الخاصة على العامة آو وضع الدولة في مرتبة ادني من مرتبة الطرف الخاص، ونتيجة لمفهوم سيادة الدولة على أراضيها اعترفت كافة التنظيمات الدولية التي اهتمت بالاستثمار بحق الدولة المضيفة في تغير وإلغاء قوانينها متى تحتم الآمر عليها ولا يرتب على هذا التغير أي مسؤولية دولية[1].

وتعرض هذا الاتجاه هو الأخر للنقد وذلك كونه من الصعب رفض كل قيمة قانونية للتعهد الصادر عن الدولة بعدم المساس بحقوق والتزامات الطرف المتعاقد معها، فالأطراف يدرجون عادة شرط الثبات وعدم المساس في العقود التي يبرمونها لأنهم يرون أن هذه الشروط تعد صحيحة وفعالة في أن واحد ولا يعتبرونها عديمة الجدوى ، إذ الدولة قد توافق على إدراج مثل هذه الشروط في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية مع معرفتها أن هذه الشروط لن يكون لها اثر على ممارسة سلطتها السيادية ، كما أن القول بان هذه الشروط لا يكون لها قوة ملزمة أكثر من العقد ذاته الواردة فيه يعد تلاعبا بالألفاظ، فشروط الثبات وعدم المساس تعتبر من الشروط الأساسية التي لا يجوز للدولة المساس بها شأنها في ذلك شأن شروط التحكيم، وفي معظم الأحيان فإن المتعاقد الأجنبي عندما يصر على إدراج هذا الشرط ذلك لان الحق في التعويض المقرر له في حالة ممارسة الدولة لسلطتها السيادية لا يبدو له كافيا وانه يطمح إلى المزيد من الحماية، وفيما يتعلق بالادعاء بأن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة سلطتها السيادية فان ذلك ربما يكون صحيحا بالنظر إلى القانون الداخلي لهذه الدولة فالدولة لا يمكنها أن تحد من بعض امتيازاتها التي تتمتع بها عن طريق المعادة أو العقد[2].

الفرع الثالث: التوفيق بين الحرية التعاقدية وسيادة الدولة

أمام هذين الرأيين ظهر هنا رأي توفيقي يحول أن يوفق بين الرأي الأول و الثاني بمعنى أن هذا الرأي حاول أن يجمع بين فكرة العقد والسيادة ومحاولة أجال رأي وسط لشرط الثبات التشريعي ويعتبر

[1] بن الزوخ جمعة المرجع السابق، ص679 .
[2] صخري سمية، المرجع السابق ، ص 205 .

الأستاذ Proserpweill اول من ابرز التفرقة ببين شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، ووفقا له يتوقف الفصل على صحة شرط الثبات التشريعي أو عدم صحتها على الفصل في مسألة أولية هي تحدد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة للعقد ، ولا يقصد بهذا النظام القانوني، القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته، ولكن يقصد بذلك النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له، والذي يستمد منه العقد صحته والذي يحدد أيضا القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع العقد، وعلى هذا النحو فان الأمر لا يخرج من احد الفرضين: الفرض الأول وهو الذي يتمركز فيه العقد في إطار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويكون خاضعا من حيث شروطه الموضوعية للقواعد التي يتضمنها هدا القانون ولاسيما القواعد التي تقرر مبدأ التطبيق الفوري للقوانين الجديدة[1]، ففي هذا الفرض فأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الذي يختص بتحديد ما إذا كانت هذه الشروط صحيحة آو يجب اعتبارها كأن لم تكن، غير ذلك يعني في الواقع استبعاد هذه الشروط من الخضوع للقانون الداخلي الذي يخضع له العقد في مجموعه وهو ما يمكن قبوله فليس هناك ما يدعو إلى إفلات هذه الشروط التعاقدية وحدها للقانون الذي يحكم العقد بأكمله، والفرض الثاني وهو الذي يتم فيه إسناد العقد إلى النظام القانوني الدولي ، ويتحقق هذا الفرض عندما تتفق الأطراف المتعاقدة إخضاع العقد للنظام القانوني الدولي، وذلك على الرغم من كون هذا العقد يخضع جزئيا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وفي هذا الفرض فان شروط الثبات تعتبر صحية ومنتجة لكافة أثارها[2].

المبحث الثاني : إجراءات الدولة الانفرادية و صعوبات التوازن الاقتصادي

كلما كنا أما عقد يعني أن هناك التزامات تقابلها حقوق، وعقد الاستثمار وبما فيها عقود الطاقة هي الأخرى ترتب التزامات وحقوق على الأطراف المتعاقدة، والدولة كطرف في العقد وما تتمتع بها من سلطة سيادية فيحق لها الاستلاء على أموال الأجانب الموجودة على إقليمها وذلك بتوافر مجموعة من الشروط، حيث تتعدد الأساليب التي تتبعها الدولة في الاستلاء على المصالح المالية الأجنبية الموجودة على إقليمها (المطلب الأول)، مما يصعب التوازن الاقتصادي في هذه الحالة فيكون الحل هو تعويض المستثمر (الفرع الثاني).

المطلب الأول: اختلال التوازن الناتج عن الإجراءات الانفرادية للدولة

[1] حفيضة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 369 .
[2] صخري سمية ، المرجع السابق ، ص 206 .

هناك أساليب عدة تتبعها الدولة في الاستلاء على المصالح المالية الأجنبية الموجودة على إقليمها ، إلا انها تتشابه جميعها في كونها إجراءات تتم بالإرادة المنفردة للدولة وتهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة تتبعها الدولة المضيفة فقد تكون عن نزع الملكية للمنفعة العامة(الفرع الأول) أو المصادرة (الفرع الثاني) أو(التأميم).

الفرع الأول: نزع الملكية للمنفعة العامة

بالرغم من قدسية حق الملكية ، إلا انه قد تضطر الدول للمساس به أي أن هذا الحق ليس مطلقا ، وذالك تحت وطأة تلبية الحياة الاقتصادية أو الاجتماعية المختلفة التي لها صلة بالمنفعة العامة وليس للدولة المساس بالملكية الخاصة خارج نطاق تحقيق المنفعة العامة ، وهو الاستثناء المكرس دستوريا.

وتعرف نزع الملكية بوجه عام بأنها الإجراء الذي تتخذه الدولة أو أحد هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة .[1]

وتعرف كذالك :بأنها إجراء تتخذه السلطة العامة المختصة بغرض نقل ملكية الأموال العقارية من مالكها لفائدة هذه السلطة وذالك تحقيقا للصالح العام وأيا ما كان الأمر ، فأن أخد الملكية هنا يتم بموجب قرار إداري يصدر من الجهة المختصة ، والمحل الذي يرد عليه القرار هو العقار دائما ، فالمنقولات لا يمكن أن ننزع ملكيتها، [2]

أما صور نزع الملكية للمنفعة العامة فتتمثل فيما يلي:

يميز الفقه الدولي بين نوعين من نزع الملكية للمنفعة العامة، الأول هو نزع الملكية الفردي والثاني هو نزع الملكية العام. ويقصد بالنوع الأول الإجراء الذي تتخذه الدولة في مواجهة فرد أو عدد محدود من الأفراد، بحيث لا تشمل هذه الإجراءات باقي أفراد المجتمع، أما النوع الثاني فيقصد به غالبا إجراء تغييرات اقتصادية أو اجتماعية في هيكل المجتمع، وبالتالي فان هذا النوع يتشابه كثيرا مع التأميم بل ويشترك معه في نفس الأحكام[3] أن نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر من اخطر القيود التي تلجأ إليها

[1] محمد عمارشنجار، المرجع السابق ص 31 .
[2] هشام خالد، **عقد ضمان الاستثمار**، دار الفكر الجامعي الاسكندرية،(دط)، 2007، ص174.
[3] خالد كمل عكاشة، المرجع السابق، ص138.

الإدارة لاستفاء مطالبها واحتياجاتها؛ وذالك لما فيه من طابع الاعتداء على الملكية الخاصة؛ لذالك لا يحق للإدارة أن تتخذ قرارات نزع الملكية بإرادتها المنفردة إلا إذا أجاز لها القانون ذالك، وفي الحدود التي يرسمها لها، وان هذا التصرف يجب أن تتوافر فيه الشروط التي تسوغ للإدارة القيام به وهي المنفعة العامة والتعويض العادل. [1] إن التكريس الصريح للمشرع الجزائري في منح حق الدولة للجوء إلى نزع الملكية، لكن كما لحضنا أن هذا التكريس لم يكن مطلقا بل تم في إطار حماية للملكية وتقديم كافة الضمانات لمن نزعت ملكيته، ثم إن هذا الحق معترف به وأقرته مختلف المواثيق والاتفاقيات الدولية، وأصبح أمر مألوف في نظر الفقه الدولي، شرط ممارسته وفقا للإجراءات القانونية التي تكفل حماية المال الأجنبي، وعد اتخاذ ضده إجراءات تعسفية مما يضر بمشروعه الاستثماري.[2]

الفرع الثاني : المصادرة

هو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية بعض أو كل الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص ، وهي أخد الممتلكات العائدة للأجانب دون تعويض[3] ، ويتخذ قرار المصادرة عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفدية استنادا إلى نص قانوني يخول السلطة القضائية أو السلطة التنفدية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانونا [4].

وتنقسم المصادرة إلى قسمين:

مصادرة إدارية: وهو عبارة عن إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة ، فالسلطة الإدارية تقوم بمصادرة الأغذية ذات الصلاحية المنتهية (الفاسدة) ، ويجب على السلطة المختصة إن تحترم القانون عند اتخاذ هذا الإجراء ، ولكن لا يلزم صدور قرار إداري لمباشرته .

مصادرة قضائية: وهي المصادرة التي تتم عن طريق السلطة القضائية كعقوبة تكميلية لجرائم جنائية معينة ، كمصادرة الأشياء المتحصلة من الجريمة إذا كان استعمالها أو حيازتها يعد جريمة في ذاته ،

[1] محمد عمارشنجار، المرجع نفسه، ص 32 .
[2] والي نادية ، المرجع السابق ، ص 169 .
[3] عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص129 .
[4] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص139 .

ويترتب على المصادرة أيلولة المال المصادر إلى الدولة دون مقابل[1] تملك الدولة المضيفة للاستثمار حق اللجوء إلى مصادرة الأموال سواء كانت وطنية أو أجنبية دون تعويض ، في حالة قيام المستثمر بمخالفة أحكام القانون، وبذالك تعد المصادرة عبارة عن عقوبة تطبق عند ارتكاب بعض الجرائم أو القيام بأفعال غير مشروعة وهو الأمر الذي يبرر انتقاء التعويض عند إجراء الدولة للمصادرة [2].

الفرع الثالث : التأميم

تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو احد الأجهزة التابعة لها بتأميم المشروع الاستثماري من المستثمر مما يؤدي إلى نشوب النزاع بينهما، ويقصد بالتأميم الإجراء الذي يراد به نقل مشروع أو مجموعة المشاريع الخاصة من ملكية الإفراد أو الشركات– الملكية الخاصة –إلى ملكية الأمة– الملكية العامة– ممثلة في الأمة بقصد تحقيق الصالح العام.[3]

كما يعرف كذالك انه إجراء سيادي، بتحويل كلي لملكية المشروع الاستثماري، من ملكية خاصة إلى ملكية دولة دون أن يكون هنالك حق للمالك مناقشة ذالك، فالأمر يتعلق بقرار انفرادي سيادي للدولة، وفي أكثر الأحيان يكون له طابع سياسي اديولوجي، ولقد لجأت إلى هذا الأسلوب الكثير من الدول النامية، الجزائر،العراق، مصر، ليبيا، ...الخ.[4]وترفض الدولة خضوع قراراتها المتعلقة بتأميم ممتلكاتها الأجانب للتحكيم نظرا لاعتبارها من إعمال السلطة العامة[5].

و يفترض التأميم توافر ثلاثة عناصر

من حيث الشكل فيجب أن يتم التأميم بقرار من السلطة العامة (التنفيدية أو التشريعية) لذا لا يتصور عن السلطة القضائية. و من حيث الموضوع: يرد التأميم على أموال خاصة(عقارية أو منقولة) لذالك لا يتصور أن يتعلق بأموال داخلة في الملكية العامة للدولة التي تقوم بالتأميم.

[1] محمد عمارشنجار ، المرجع السابق، ص36 .
[2] والي نادية ، المرجع السابق ، ص 168 .
[3] محمد عمارشنجار ، المرجع السابق، ص 36 .
[4] والي نادية، المرجع نفسه، ص 167 . .
[5] STERN Brigitte : **Trois arbitrages , un mem propléme solutions** ,Revue de l'arbitrage p 3

أما من حيث الغاية يرمي التأميم إلى تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، وذلك بوضع الأموال تحت سيطرة الدولة إما بصورة كلية(تأميم كلي)، أو بصورة جزئية (تأميم جزئي)، وفي هذه الحالة تسيطر الدولة عادة على الأموال المؤمنة[1]. وكانت المكسيك أول بلد بعد الاتحاد السوفياتي يقوم بتأميم بعض الشركات النفطية العامة هناك مثل شركة (شال) وذلك تحقيقا للمنفعة العامة ومصالح الأمة (مرسوم 18 مارس 1938) .كما أممت فنزويلا، ونجيريا، واندونسيا،وهي دول منتجة رئيسية لصناعة النفط وكان ذلك على التوالي في سنة1975، 1979 و1962 مع أن اندونيسيا بدأت حينئذ بتحويل امتيازات الشركات العالمية العاملة في أرضيها إلى عقود مقاولة قبل التأميم الكامل.

وفي البلدان العربية، اعتمدت كل من الجزائر،وليبيا، والعراق، وسوريا بتأميم ممتلكات بعض الشركات العملاقة، بخلاف دول الخليج التي اعتمت على مسابق سياسة التملك الكامل.[2] وهذا الإجراء عرفته الجزائر سنة 1963 إلى غاية 1971 غير انه المشرع الجزائري تطرق إلى التأميم في قانون أخر ولم يدرجه في قانون الاستثمار إلا وهو القانون المدني حيث له مادة وحيدة المادة 678 التي جاء فيها " لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط ونقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض حددها القانون"[3]

المطلب الثاني : التعويض كآلية لإعادة التوازن الاقتصادي

أمام صعوبة إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المختل بسبب استلاء الدولة لممتلكات المستثمر الأجنبي الموجودة على إقليمها، فإن الدولة وفي مقابل استعمالها لهذا الحق المكرس لها دستوريا تكون ملزمة بتعويض المستثمر الأجنبي، إلا أن هذا التعويض قد اختلفت الدول بالأخذ به (الفرع الأول)، حيث إذا تم تقريره يكون للشروط التعاقدية دورا مهما في تقدير هذا التعويض(الفرع الثاني).

الفرع الأول : موقف الدول من دفع التعويض

أولا : التعويض بين مؤيد ومعارض

[1] خالد كمل عكلشة، المرجع السابق، ص 140 .
[2] محمد خيتاوي، **الشركات النفطية المتعددة الجنسيات وتأثيرها في العلاقات الدولية**، دار رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، 2010،ص 378 .
[3] الأمر 75-85 المؤرخ في 26سبتمبرسنة 1975 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإجراءات التي تقوم بها الدولة تعد ترجمة لحق الشعوب في تقرير مصيرها الاقتصادي، إلى جانب مصيرها السياسي، وعليه حسبهم الدولة غير ملزمة بتقديم التعويض، والقيد الذي يرد عليها هو التزامها بعد التميز بين الوطنين والأجانب وعليه لا يجوز للأجانب المطالبة بالتعويض إذا كان هذا الحق غير مقرر للوطنيين، وتطبيقا لهذا رفضت روسيا تقديم أي تعويض لرعايا الأجانب الذين شملتهم إجراءات التأميم التي اتخذتها الحكومة سنة 1917.

سارت الدول الغربية عكس موقف الدول الاشتراكية وهو أمر طبيعي ومنطقي يبرره صراع المصالح بين الدول الاشتراكية ومع الدول النامية صاحب الثروات الطبيعية والتي تطالب في حقها في ممارسة سيادتها الكاملة عليها، وبين مصالح الدول الرأسمالية التي ترى أن حق التعويض في حال لجأت إلى إجراءات نزع الملكية عبر هذا الرأي وزير الخارجية الأمريكي بقوله " عندما ترغب دولة في إقامة علاقات ودية مع دولة أخرى تضع القوانين التي تستثمر بمقتضاها الأموال، وتعقد العقود، وتكسب الحقوق المالية بواسطة مواطني الدول الأخرى بطريقة قانونية، ومن شروط الأساسية لإقامة علاقات ودية أن تتقابل الالتزامات الدولية وإلا يكون هناك لجوء إلى المصادرة ".

أما دول العالم الثالث لطالما اعتبرت أن إجراءات نزع الملكية يدخل في صميم حقها في ممارسة سيادتها الكاملة على ثروتها الطبيعية وانه إجراء من حيث كونه يمس بالملكية الخاصة لا يشكل أي التزام معين في أوصاف التعويض ما عدا في التزامها بالتعويض من حيث المبدأ على أساس جبر الضرر، الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي والوطنين، كما أن الدول النامية تطالب دائما أن يكون التعويض متناسبا لقدرتها المالية والاقتصادية بمبدأ عن التعويض بالأوصاف التي تطالب به الدول الرأسمالية الغربية[1]

ثانيا : الأسانيد القانونية للتعويض

يعتبر مبدأ الحقوق المكتسبة أساس للتعويض عدم رجعية القانون (La non rétroactivité) والتي معناها أن القانون لا يسري إلا بالنسبة للمستقبل إذ ليس له اثر رجعي، فمفهوم هذا المبدأ لا يمكن

[1] والي نادية، المرجع السابق، ص 182.

لقاعدة قانونية جديدة أن تمحو بصفة تلقائية ما تم إنتاجه من حقوق في إطار تطبيق قاعدة قانونية سابقة.[1]

وفي إطار نشاطاتها الاقتصادية في الدول المضيفة تستفيد الشركات الأجنبية من بعض المزايا التي تعتبرها حقوقا مكتسبة ينبغي على الدولة احترامها لأنها تكتل بالنسبة لها (قاعدة دولية) ثابتة، ويترتب المساس بها مسؤولية دولية والتزام الدولة بالتعويض الكامل عن الإضرار الملحقة به، لذالك فان إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدولة في إطار سيادتها الاقتصادية بالرغم من أنها تصرفات مشروعة فانه تتعارض مع قاعدة دولية مفادها ضرورة احترام الدولة لحقوق الأجانب المكتسبة.

وعليه فمبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يمنع من مصادرة الممتلكات التابعة للمستثمر الأجنبي أو تأميما إنما يدل على انه في حالة لجوء الدولة لمثل هذه الإجراءات تلتزم بأداء مقابلا لذلك،لان حق التعويض يبقى مضمون ومبررا وقانونيا.[2]

إلى جانب فكرة الحقوق المكتسبة، تتميز الدول المصدرة لرؤوس الأموال بمبدأ الإثراء بلا سبب المعروف في القانون الداخلي،[3]ومن القوانين التي نصت عليه نجد نص المادة 179 من القانون المصري، وقد جرت بمايلي " كل شخص ،ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما اثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء بلا سبب "[4] كذلك نصت المادة 141 من القانون المدني الجزائري ، على مايلي" كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شئ له منفعة ليس له من يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه ، بقدر ما استفاد من العمل أو الشئ "[5].

وقد اخدت به لجنة التحكيم في قضية LINA GOLDT, LDZ في حكمها المؤرخ في 02_09 _1930 ، والذي أكدت فيه إلزامية الأخذ بالإثراء بلا سبب عند الاستيلاء على أموال المستثمرين كمايلي:"... وقد انتهت المحكمة إلى الحكم للشركة بمبلغ125.965.000 جنيه إسترليني كمقابل نقدي لما حققته الحكومة

[1] ايت جبارة محفوظ، **إشكاليات قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي العام**،مدكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002 ، ص 14 .

[2] خالد محمد جمعة، **انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار من المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية ، الشروط)**، مجلة الحقوق، العدد الثالث، الكويت، 1992 ، ص90 .

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 312 .

[4] عبد رزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 945 .

[5] الامر 75-85 المؤرخ في 26سبتمبرسنة 1975 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم.

السوفياتية من إثراء على حساب الشركة لا سبب له، تمثل استيلائها على استثمارات الشركة في لإقليم السوفياتي وحرمانه لها من الاستفادة من هذه الاستثمارات المتصلة بعقد الامتياز".

حيث تتضمن اتفاقيات أو عقود الاستثمار بند يحظر لجوء احد الطرفين إلى إنهاء العقد دون موافقة الطرف الأخر ، وبالتالي لجوء الدولة للمصادرة مثلا ، إخلالا بمضمون العقد المتفق عليها سلفا. حيث يعتبر التعويض إلزاما يقع على الدولة لحماية حق الملكية الذي تعرض لإجراءات النزع المختلفة، وقيد يواجه الدولة لحد مباشرتها إلا تحت طائلة التعويض.[1]

الفرع الثاني: العلاقة بين شروط الثبات التشريعي و تقدير التعويض

من أجل إبراز العلاقة بين شروط الثبات التشريعي وتقدير التعويض لا بد للتطرق أولا إلى طرق تقدير التعويض (أولا) ثم يتعين علينا التعرف على دور هذه الشروط التعاقدية في تقدير التعويض (ثاني)

أولا : طرق تقدير التعويض

لدينا طرق القيمة الحالية، فحسب هذه الطريقة يشمل التعويض كافة المبالغ المالية المستثمرة والإرباح المتوقعة، على أساس الرفع من قيمة التعويض من اجل الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات التأميم أو نزع الملكية والملاحظ أن هذه الطريقة لا تخدم مصالح الدولة النازعة للملكية أو المؤممة، لأنها لا تدرج في تقدير التعويض كل ما تتوقعه الشركة المستثمرة من أرباح[2]

وبالتالي الرفع من قيمة التعويض وقد تبنت هذه الطريقة لجنة التحكيم في قضية Aminiolعندما قضت بإلزامية التعويض على أساس هذه الطريقة عن كل الفوائد المحتمل تحققها من المؤسسة [3]

كما يمكن أن يعتمد على القيمة الحسابية الصافية، وتسمى كذالك بطريقة الحصيلة (Bilan) لأنها تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الحالية مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الإرباح

[1] والي نادية، المرجع السابق، ص 81 .
قرفي محمد رؤوف، **ضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر،جامعة بسكرة، كليه
[2] الحقزق والعلوم السياسية، 2016 ، ص 89.
[3] زكريا عيلوط، المرجع السابق ، ص 45 .

المحققة الواردة في حصيلة الشركة المؤمنة أو المسخرة، مقارنة معدل الإرباح التي تحققها شركة أخرى شبيهة، في المدة نفسها لكن في بلد أخرى .[1]

وتوجد القيمة السوقية، هذه الطريقة تمسكت بها الدول المصدرة لرأس المال،[2] حيث تأخذ قيمة التعويض عندما تحدد بسبب قيمة المشروع في السوق بعين الاعتبار الفوائد المحتملة استنادا إلى معطيات السوق، الأمر الذي يجعلها تحقق نوعا من العدل بالنسبة للطرفين، لأنه تقدير فعلي بقيمة الحقيقية للأموال المؤممة والمنزوعة.

يشترط حتى يعتبر التعويض عادلا أن يكون تقيم ممتلكات المستثمر الأجنبي التي صادرتها الدولة المضيفة للاستثمار وفقا لقيمتها السوقية في الدولة المضيفة للاستثمار في يوم المصادرة.[3]

بالإضافة إلى الطرق السابقة يمكن أن نعتمد على طريقة المقاصة، ترتكز هذه الطريقة على تقدير قيمة التعويض بالمقارنة مع قيمة رأس المال المستثمر والأرباح التي حققتها المؤسسة في الدولة المضيفة ، وبين الأضرار التي تلحقها بالاقتصاد الوطني من جزاء عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية او نتيجة التسرع في إعادة تحويل رؤوس الأموال وأرباحها المحقق إلى الخارج بشكل لا يحقق للدولة الأهداف الأساسية المتوقعة من تشجيع الاستثمار الدولي أي الإنعاش الاقتصادي المساهمة في التنمية.

أو أن يأخذ بطريقة القيمة في البورصة حسب هذه الطريقة يتم تحديد مقدار التعويض على أساس أسهم الشركة المؤممة، وبالتالي فإنها لا تخص سوى الشركات التي لها قيمة في البورصة ولذا تم الاعتماد عليها عند تأميم شركة قناة السويس.

في مثل هذه الظروف، ونظرا لتعدد الحلول المقترحة لتقدير التعويض ، كان من الصعب التوصل إلى قاعدة دولية متفق عليها ، ويحاول كل طرف فرض الطريقة التي تخدم مصالحه بحيث أن الدولة المصدرة لرأس المال تسعى إلى الرفع من قيمة التعويض لتغطية كل الأضرار اللاحقة بها، في حين تحاول الدول المستقبلة رأس المال الأجنبي التخفيض من مقدار التعويض لتفادي أثار السلبية على اقتصادها.[4]

[1] قرفي محمد رؤوف، المرجع السابق، ص 89 .
[2] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 207 .
[3] خالد محمد الجمعة، المرجع السابق، ص 110 .
[4] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 329 .

ثانيا : دور شروط الثبات التشريعي في تقدير التعويض

تحقق شروط الثبات التشريعي ضمانات أكثر في جدب الاستثمارات الأجنبية من حيث ضمان التعويض والحصول على الأرباح في كل الأحوال، حيث يفضل المستثمر ان يتضمن العقد شروط تقرر له التعويض في حال إخلال الدولة بالتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروط تقيد يد الدولة عن تغير عقودها أو قوانينها.[1]

و طبقا لقواعد القانون الدولي يجب أن يغطي التعويض الملائم القيمة التجارية أو الحقيقية للاستثمار ويتم تحديدها بطرق موضوعية نأخذ بعين الاعتبار الأضرار والخسائر الملحقة بالمستثمر وليس الإرباح المحتملة[2]. أن تقدير قيمة التعويض تزداد بوجود شرط الثبات التشريعي من خلال وضع الطرف المستثمر في موقف مالي مماثل للحالة التي توقعها وقت التعاقد، وعادة ما تأخذ غرف التحكيم بالمركز المالي للمستثمر وقت التعاقد من خلال مراجعة دراسات الجدوى التي أعدها لتعويضه عن أية خسائر قد إصابته نتيجة هذا الإخلال ، وتعد شروط الثبات احد أسباب التشدد في تحديد قيمة التعويض، حيث قضت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار في عام 1982 بحق شركة الاستثمار AGIP بمبلغ تعويض كامل يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت نتيجة قيام حكومة الكونغو الثورية بتأميم مشاريع النفط القائمة على أراضيها بسبب وجود شروط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الموقع بين هذه الشركة والحكومة الوطنية السابقة.

كما أن قضيت LIMACO عام 1977 تعد من أهم الإحكام التحكمية التي أبرزت أهمية الالتزام بشروط الثبات التشريعي وجعلت لها أثرا كبيرا في الحل النهائي للنزاع ، حيث جاءت التعويضات بقيمة 66 مليون دولار تشمل كل من الخسارة اللاحقة والكسب الفائت الذي أصاب المستثمر، حيث تم منح امتياز تنقيب واستخراج النفط للشركة المذكورة بموجب عقد امتياز نصت المادة 16 منه على" سوف تتخذ الحكومة الليبية كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، وان الحقوق التعاقدية المنشاة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف ويتم تفسير هذا الامتياز، وفقا لقانون البترول واللوائح النافدة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها" ومع ذلك

[1] جبايلي صبرينة،**شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجب الاستثمارات الأجنبية**، مقال منشور،مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد التاسع ، جامعة خنشلة، 2018 ، ص 267 .
[2] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص223 .

قمت الحكومة الليبية بتأميم النشاط الاستثماري لهذه الشركة،وهنا يطرح بوضوح أن هيئة التحكيم خلصت إلى رفض مبدأ التنفيذ العيني من خلال إلغاء تشريعات أو قرارات الدولة، وبالتالي لا يجوز رفض مبدأ التنفيذ العيني لقوانين التأميم[1]

خلاصة الفصل

يظهر لنا من خلال هذا كيف يحاول المستثمر الأجنبي ضمان استقرار وتنفيذ العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة فيسعى إلى ضمان الثبات التشريعي من قبل الدولة المضيفة ،لأن الدولة المضيفة لها الحق في إلغاء وتغير تشريعها بما تراه مناسب كما لها الحق في

[1] يسمينة لعجال، المرجع السابق، ص 778 .

القيام بتصرفات انفرادية عن طريق الاستلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي في مقابل تعويض المستثمر الأجنبي.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال ما تقدم وما تم عرضه فيما يخص موضوع دراستنا، حاولنا أن نبرز فعالية الشروط التعاقدية و الدور الذي تلعبه في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الطاقة، هذه الشروط التعاقدية التي يتفق أطراف عقد الاستثمار عليها في عقودهم الدولية من اجل الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد، الذي قد يختل بسبب العوامل غير إرادية كما في حالة القوة القاهرة او الظروف الطارئة ومنه يظهر دور هذه الشروط كمصدر لإعادة التوازن المختل بجانب القانون الواجب التطبيق كما هو في حالة القوة القاهرة . كما قد يعتمد على الشروط التعاقدية بشكل أساسي كما هو في شرط إعادة التفاوض بشرط ان يكون محددا ودقيقا وخاليا من الفضفضة والعموميات، بل أن هذا الشرط يمكن أن يستخدم كآلية لمواجهة التصرفات التي تقوم بها الدولة بصيفتها سلطة سيادية ، وذلك في حال اتحاد إجراءات انفرادية ضد المستثمر الأجنبي، فيظهر هذا الشرط في محاولة الحفاظ على التوازن الاقتصادي والمالي ،من خلال شروط الثبات التشريعي. وتبعا لذالك توصلنا في دراستنا هذه إلى جملة من النتائج والتوصيات التالية:

- **النتائج:**

1. يتغير التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي بتغير الظروف المحيطة به، وهذه الظروف تتمثل في حالة القوة القاهرة أو حالة الظروف الطارئة.
2. تؤدي حالة القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد، فيكون القانون الواجب التطبيق أساس لإعادة توازن العقد وقد لا يكفي القانون الواجب التطبيق وحده لأعمال التوازن فتأتي شرط القوة القاهرة كشرط مكمل له.
3. تؤدي الظروف الطارئة إلى إرهاق المدين في تنفيذ التزامه وبالتالي اختلال التوازن الاقتصادي ، فيكون شرط إعادة التفاوض أساس لإعادة التوازن.هذا الشرط الذي يرمون من خلاله الى تعديل بنود العقد من خلال إعادة التفاوض فيه .
4. للمحكم سلطة إعادة توازن العقد وبالتالي رد الالتزام إلى الحد المعقول.
5. يعتبر شرط الثبات التشريعي شرطا تعاقديا يسعى المستثمر على إدراجه في العقد لكي يضمن تنفيذ واستقرار العقد المبرم بينه وبين الدولة، لكن هذا لا يمنع من الدول على مخالفة هذا الشرط.
6. للدولة الحق في ممارسة حقها السيادي وذلك بالاستلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي الموجودة في أراضيها لتحقيق المنفعة العامة

7. في حال قيام الدولة بالإجراءات الانفرادية في مواجهة الطرف الأجنبي وبالتالي عم تحقيق أهدافه يكون له الحق بمطالبة الدولة بالتعويض

- **الاقتراحات**

1. يقتضي على المشرع تحديد مفهوم القوة القاهرة والظروف الطارئة بوضوح لأنه على أساسه يتم إعادة توازن الاقتصادي للعقد.

2. ضرورة الأخذ بالشروط التعاقدية في عقود الاستثمار بصفة عامة و في مجال عقود الطاقة بصفة لأنها تضمن تنفيذ والعقد.

3. تؤدي الأحداث المفاجئة وغير متوقعة إلى اختلال التوازن الاقتصادي، ويتم إعادة التوازن عن طريق رد الالتزام إلى الحد المعقول.

4. تؤدى تصرفات الدولة الانفرادية إلى اختلال التوازن الاقتصادي، ويتم إعادة التوازن عن طريق التعويض.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

النصوص القانونية:

1. القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال 1437 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، العدد46 الصادرة بتاريخ غشت 2016 .

2. قانون 13-01 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1434هـ الموافق 20 فبراير 2013 المتعلق بقانون المحروقات.

3. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر العدد 21 سنه 2008 .

4. الآمر 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة1975 ، المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ملحق المرسوم التنفيذي رقم 01-116 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم الجزائر ،ج ر عدد 80 الصادرة في 26 ديسمبر 2001.

الكتـب:

1.أحمد عبد رزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

2.احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 .

5. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 2006 .

6. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت (الطبعة الثالثة)، 2003.

7. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (الطبعة الأولى)، 2014.

8. عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري،الطبعة الأولى) ، دار هومة للنشر،الجزائر ،2014.

9. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي ، دار هومة للنشر والتوزيع،الجزائر،2012

10. مرا محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي،دار الثقافة للنشر والتوزيع،(الطبعة الأولى)،2010.

11. محمد خيتاوي، الشركات النفطية المتعددة الجنسيات وتأثيرها في العلاقات الدولية، دار رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، 2010.

12. محمد السنارى، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود, دار النهضة العربية، القاهر(د ط)،(د س ن).

13. محمد موسى خلف الجبوري ، النظام القانوني لتصفية عقد النفط الخام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

14. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة ،دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع،عمان،2001.

15. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، دار الفكر الجامعي الاسكندرية،(د.ط)، 2007.

<u>الرسائل والاطروحات الجامعية:</u>

1. بوجلطي عز الذين ، النظام القانوني للاستثمار في قطاع الطاقة"في الجزائر" و المتغيرات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر 1 ،2016.

2. حسين نوارة، الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة تيزي وزو،، كلية الحقوق، 2013.

3. صخري سمية، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تحولات الدولة، جامعة ورقلة.2017 .

4. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة الجزائر(1)، 2014.

5. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدده، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين الشمس، 2004.

6. ايت جبارة محفوظ، إشكاليات قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون الدولي و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2001.

7. منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في لقانون العام، جامعة قسنطينة(1)، كلية الحقوق، 2014.

8. حنين امين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بيرزيت، كلية الحقوق و الإدارة العامة،2005.

9. بن إبراهيم جمال، شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص،جامعة سعيدة، كلية الحقوق،2014 .

10.بن الزوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015.

11.زكريا عليوط ، دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.

12.قرفي محمد رؤوف، ضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2016.

المقـالات:

1. الطاهر برايك، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم لدى التشريع الجزائري، مقال منشور، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية،العدد02 .

2. بوالخضرة نورة، التحكيم التجاري في العقود النفطية دراسة في قانون المحروقات، دراسة تأصيلية في قانون الاستثمار الجديد رقم 16-09 وقانون المحروقات الجزائري .

3. جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الادارية كضمانة لجدب الاستثمارات الأجنبية، مقال منشور،مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد التاسع ، جامعة خنشلة 2018 .

4. خالد محمد جمعة، انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار من المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية ، الشروط)، مجلة الحقوق، العدد الثالث، الكويت، 1992.

5. رفيقة بسكري،التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية ، مقال منشور، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد التاسع،2016.

6. عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، العدد (9) (10) الأردن سبتمبر 2002 .

7. علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، مقال منشور، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات، العدد الثالث والستون، السنة التاسعة والعشرون.

8. عدلي محمد عبد الكريم، تكيف بنود الاستقرار التشريعي وتقيم دورها في عقود الدولة ، مقال منشور في مجلة الحقيقة،العدد الثامن عشر.

9. عمار محسن كزاز، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مقال منشور، مجلة مركز دراسات الكوفة(ص مجلة فصلية محكمة)، العدد الثامن والثلاثون.

10. غسان المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق،2009، العدد التاسع.

11. مشهور عمر، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة النقابية للمحامين العدد 9و 10 الأردن 2002 .

12ياسر باسم دندون، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية، مجال منشور، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد العاشر، العدد السادس والثلاثون، 2008 .

13.وليد لعماري استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مقال منشور، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الجزائر 1 ،العدد التاسع ، 2016.

14.يسمينة لعجال ، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية،مقال منشور ،مجلة العلوم القانونية والسياسية،جامعة ورقلة ،العدد السابع عشر ،2018 .

المؤتمرات:

1. عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات.
2. محمد فياض، دور شروط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، 2013.

المراجع باللغة الأجنبية:

1. Ph.Fouchard ,E.Gaillard,B.Goldman,**Traitè de l’arpitage commmercial intrnational** Litec 1996.
2. STERN Brigitte **: Trois arbitrages , un mem propléme solutions** ,Revue de l’arbitrage.

المحتوى	الصفحة
الشكر والتقدير	I
الاهداء.....	II
المقدمة.....	أ
الفصل الأول: شروط إعادة التوازن في ظل الأحداث المفاجئة وغير متوقعة	
تمهيد.....	02
المبحث الاول: عوامل اختلال توازن عقد الاستثمار في مجال عقود الطاقة.....	03
المطلب الاول: القوة القاهرة عاملا لاختلال توازن العقد.....	03
الفرع الاول: مضمون القوة القاهرة.....	03
الفرع الثاني: اعتماد القانون الواجب التطبيق اساس لاعادة التوازن والحاجة الى شرط القوة القاهرة.....	06
المطلب الثاني: الظروف الطارئة عاملا لاختلال توازن العقد.....	09
الفرع الاول: مضمون الظروف الطارئة.....	10
الفرع الثاني: اعادة التفاوض في ظل الظروف الطارئة نتيجة حتمية لاعادة التوازن	14
المبحث الثاني: فعالية التحكيم في عقود الاستثمار في مجال عقود الطاقة.....	18
المطلب الاول: التحكيم كضمانة اجرائية لتشجيع الاستثمار.....	18
الفرع الاول: مزايا التحكيم التجاري الدولي.....	19
الفرع الثاني: المبادئ التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي.....	20
المطلب الثاني: سلطة المحكم في التصدي لعوامل اختلال التوازن.....	22
الفرع الاول: مدى جواز التوسع في سلطة المحكم حال عدم اتفاق الأطراف.....	23
الفرع الثاني: الظوابط الخاصة بسلطة المحكم في رد الالتزام الى الحد المعقول.....	24
خلاصة الفصل.....	28
الفصل الثاني: شروط اعادة التوازن في ظل التصرفات الإرادية للدولة	
تمهيد.....	32
المبحث الأول: إدراج: شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في مجال عقود الطاقة	33
المطلب الأول: الثبات التشريعي كشرط لإعادة التوازن.....	33
الفرع الأول: مضمون شرط الثبات التشريعي.....	33
الفرع الثاني: التحول الوظيفي لشرط الثبات التشريعي	35

المطلب الثاني: موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي..... 40
الفرع الأول: الرأي المنادي بالحرية التعاقدية..... 40
الفرع الثاني: الرأي المنادي بسيادة الدولة..... 41
الفرع الثالث: الرأي التوفيقي بين الحرية التعاقدية وسيادة الدولة..... 43
المبحث الثاني: إجراءات الدولة الانفرادية وصعوبة التوازن الاقتصادي..... 43
المطلب الأول: اختلال التوازن الناتج عن الإجراءات الانفرادية للدولة..... 44
الفرع الأول: نزع الملكية للمنفعة العامة..... 44
الفرع الثاني: المصادرة..... 44
الفرع الثالث: التأميم..... 46
المطلب الثاني: التعويض كإلية لإعادة التوازن الاقتصادي..... 47
الفرع الأول: موقف الدول من دفع التعويض..... 48
الفرع الثاني: العلاقة بين شروط الثبات التشريعي وتقدير التعويض..... 50
خلاصة الفصل..... 54
الخاتمة..... 57
قائمة المراجع..... 60
الفهرس 65

الملخص:

لا جدال في أن عقود الاستثمار أهم ما تعتمده الدول في تنمية وتطوير اقتصادها الوطني، وباعتبار أن عقود الاستثمار بما فيها عقود الطاقة من العقود الطويلة المدة فلا شك من نشوء نزاعات بين أطراف العلاقة التعاقدية قبل انتهاء العقد ، لذلك يسعى كل من المستثمر والدولة المضيفة إلى تضمين عقودهم جملة من الشروط التعاقدية غاية لتحقيق التوازن الاقتصادي والمالي ، هذه النزاعات التي ترجع إلى الأحداث المفاجئة وغير متوقعة أهمها القوة القاهرة والظروف الطارئة ، فيسعى الطرفين إلى الحرص على تضمين عقدهم شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض أين يرجع الدور للمحكم في إعادة التوازن الاقتصادي، بما له من سلطة في تعديل العقد، في المقابل قد تكون النزاعات بسبب تصر وفات إرادية للدولة ، بأن تغير او تعدل في تشريعها الوطني أو أن تتخذ إجراءات انفرادية تضر بالمستثمر الأجنبي الطرف في العلاقة التعاقدية، إلا انه هنا يجد المحكم صعوبة في إعادة التوازن الاقتصادي بين المستثمر والدولة المضيفة لكي يكون الحل المناسب هو التعويض.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار، التوازن الاقتصادي، الأحداث المفاجئة وغير متوقعة ، الاستقرار التشريعي ، الشروط التعاقدية .

Résumé :

Les contrats d'investissement, y compris les contrats d'énergie, sont des contrats à long terme et il ne fait aucun doute que des différends surviennent entre les parties à la relation contractuelle avant la fin du contrat, de sorte que l'investisseur et le pays hôte cherchent à inclure contrats clause des conditions contractuelles du très équilibre économique et financier, ces conflits en raison des événements soudains et inattendus les plus importants cas de force majeure et les circonstances d'urgence, vise les parties à assurer l'inclusion de leurs besoins en puissance du contrat du Caire et l'obligation de renégocier où, en raison du rôle d'un arbitre dans la Déclaration Le conflit peut résulter de l'insistance volontaire de l'État à modifier ou à modifier sa législation nationale ou à prendre des mesures unilatérales qui nuisent à la partie contractante étrangère dans la relation contractuelle, mais l'arbitre trouve ici difficile de Restaurer l'équilibre économique entre l'investisseur et le pays d'accueil afin que la solution appropriée soit une compensation.

Mots clés: investissement, équilibre économique, événements soudains et imprévus, stabilité législative, conditions contractuelles.

Abstract:

Investment contracts, including energy contracts, are long-term contracts. There is no doubt that disputes arise between the parties to the contractual relationship before the end of the contract, so both the investor and the host country seek to include Their contracts are a set of contractual conditions that aim at achieving economic and financial balance. These disputes are due to sudden and unexpected events, the most important of which are force majeure and emergency circumstances. The parties seek to ensure that their contract includes a force majeure condition and a renegotiation clause. The conflict may result from voluntary insistence on the state to change or amend its national legislation or to take unilateral measures that harm the foreign investor party in the contractual relationship, but here the arbitrator finds it difficult to Restoring the economic balance between the investor and the host country so that the appropriate solution is compensation.

Key words: investment, economic equilibrium, sudden and unexpected events, legislative stability, contractual conditions