

جامعة قاصدي مرباح ورقلة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، الطور الثالث

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الإستثمار

بغنوان

## دور الإرادة في حلّ منازعات عقود الإستثمار الدولية

تحت إشراف  
الدكتور خويلدي السعيد

من إعداد الطالب  
بوخالفة عبد الكريم

### لجنة المناقشة

|              |                         |                      |                      |
|--------------|-------------------------|----------------------|----------------------|
| رئيسا        | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | أستاذ التعليم العالي | الأخضري نصر الدين    |
| مشرفا ومقررا | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | أستاذ محاضر أ        | خويلدي السعيد        |
| مناقشا       | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | أستاذ محاضر أ        | عياض محمد عماد الدين |
| مناقشا       | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | أستاذ محاضر أ        | قدة حبيبة            |
| مناقشا       | جامعة حمه لخضر الوادي   | أستاذ محاضر أ        | محمودي بشير          |
| مناقشا       | المركز الجامعي تمنراست  | أستاذ محاضر أ        | جوادي إلياس          |

الموسم الجامعي: 2017 - 2018

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ  
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

الاية 1 من سورة المائدة

صدق الله العظيم.

قائمة المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

|    |            |                                     |
|----|------------|-------------------------------------|
| 01 | ج.ر.ج.ج    | الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية |
| 02 | من ص إلى ص | من الصفحة الى الصفحة                |
| 03 | ق إ م !    | قانون الإجراءات المدنية والإدارية   |
| 04 | ص          | صفحة                                |

ثانياً: باللغة الأجنبية

|    |         |  |
|----|---------|--|
| 01 | ICC     | International Chamber of Commerce  |
| 02 | ICSID   | International Centre for the Settlement of Investment Disputes                         |
| 03 | CIRDI   | Centre international pour le règlement des différends des relatives aux investissement |
| 04 | NAFTA   | North American Free Trade Agreement  |
| 05 | P       | Page   |
| 06 | I.B.I.D | الهامش السابق  |

# مقدمة

## مقدمة

تعد الإرادة المحرك الأساسي الذي تدور حوله معاملات الأفراد في نطاق المال والأعمال، وتسود الإرادة بصفة جلية خاصة في التشريعات التي تأخذ بالمذهب الفردي، يقوم على تبجيل الإرادة ويعتبرها كافية ومستوفية بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية وصولاً إلى الآثار المتعلقة بالمنازعات التي تنشأ عنها<sup>1</sup>. فلإرادة هي التي تُحدّد شروط وآثار التصرف القانوني، وعليه تستطيع هذه الأخيرة إنشاء تصرفات قانونية، ولو لم يكن القانون قد تولى تنظيمها؛ وتستطيع تغيير وتعديل آثار التصرف القانوني الذي تُصدى له القانون بالتنظيم<sup>2</sup>.

ولقد وصل هذا المبدأ إلى ذروة مجده ابتداءً من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر، ويعترف هذا المبدأ للإرادة بسلطان واسع من حيث الشكل الذي تظهر فيه، وكل ما يتطلبه هو أن تظهر الإرادة إلى العالم الخارجي، بصدور تعبير عنها أيًا كانت الصورة التي تم بها.

ويرى أنصار المذهب الاجتماعي عكس ذلك فيبجلون القانون على الإرادة ويمنحون نوعاً من الأولوية للقانون على إرادة الأطراف. وكما يقولون أن الصلة بين الإرادة والقانون على درجة كبيرة من الوثاقّة، فالقانون يهدف إلى تنظيم وضبط الإرادة ضمن إطار شامل يُحقق الغاية بالنسبة إلى الفرد والمجتمع على حد سواء.

وانطلاقاً من هذه المعطيات أصبح الكلام عن زوال واختفاء دور الإرادة في مجال العقود، ولم يبق للإرادة الحرية والدور المطلق الذي كانت تتمتع به من قبل، إذ تم تقييدها إلى الحدود التي يقتضيها استقرار المعاملات ومراعاة مصالح الجماعة. حيث لم تعد الحرية متفقة في القانون الحديث مع المبادئ الاجتماعية التي ظهرت، فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ هذا المذهب في رحابه، وسارت مختلف التشريعات الوضعية نحو الإعتداد بمصالح الجماعة قبل مصالح الفرد.

ومن خلال النظر إلى المتغيرات المعاصرة على الساحة الدولية والوطنية إقتصادياً واجتماعياً أصبحت الإرادة محل نظر فالإرادة تتأثر بفعل هذه العوامل، بالإضافة إلى ظهور أنماط جديدة من العقود

<sup>1</sup> حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقود، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2015، ص 5.

<sup>2</sup> إرتباط حرية الإرادة بهذا المبدأ يعني أن الإرادة هي أساس ومصدر الحقوق والالتزامات وهي أساس تنفيذها، بل من ذلك هي مصدر للقانون، و يُعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يُقدّس الحرية الفردية، و يعتبر الفرد هو محور المجتمع، علي فيلالي، مقدمة في القانون، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، 135.

التي من بينها عقود الاستثمار، التي أصبح لها أهمية خاصة لما لها من دور مباشر ومؤثر في إقتصاد الدولة المستقبلية للإستثمار. بحيث يعد هذا الأخير شكلاً من الأشكال التي تساهم في تنمية المجالات الإقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمالٍ أو عمل وخبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقاً للقانون.

ذلك أن الاستثمار يستطيع أن يلعب دوراً أساسياً في عملية التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة، فهو يمكنها من خلق آليات لتدعيم خزيرتها العامة، إلى جانب إستغلال مواردها الطبيعية، كما يساهم في تنمية بنيتها التحتية، وتنمية وتطوير مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة والوصول إلى الأسواق الأجنبية كما يعزز بناء القدرات التكنولوجية اللازمة للإنتاج والإبتكار وروح المبادرة داخل الإقتصاد المحلي.

إن هذه الاستثمارات تتم بواسطة عقود تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي الذي يملك رؤوس الأموال التي تتطلبها خطط التنمية لهذه الدول كإبرام عقود بناء المصانع، عقود نقل التكنولوجيا، عقود امتياز المرافق العامة وغيرها.

لقد كانت الجزائر في مثل هذه العقود قبل التحول الذي عرفته نهاية سنوات الثمانينيات من القرن العشرين وبالخصوص في مجال عقود البترول، تبنت موقفاً متحفظاً بشأن الإستثمارات الأجنبية، وكانت كلها خاضعة إلى القانون الوطني ومنازعاتها إلى القضاء الوطني.

إلا أن إنبهار أسعار المحروقات أدى إلى نقائص وسلبيات مست النظام الإقتصادي، حيث أدى إنخفاض العائدات النفطية إلى تدني حجم الواردات وتقليص الاستثمارات العمومية الشيء الذي نتج عنه إنخفاض محسوس في النمو الإقتصادي، لذا كان من الطبيعي أن تبذل الدولة جهوداً معتبرة لإرساء مصداقية هذه التنمية، عن طريق إرساء نظام قانوني فعال يعمل على دعم إقتصاد السوق، وعليه عرف النظام القانوني للإستثمار في الجزائر تطوراً معتبراً مستمداً بذلك أساسه من تطور وتحويل الإقتصاد من إقتصاد موجه إلى إقتصاد منفتح على السوق<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2010/2009، ص 1.

وقد منح هذا التحول الإقتصادي وإستجابة الدولة الجزائرية لمتغيرات الحياة الإقتصادية ودخولها إلى الإقتصاد الحر، الفرصة للمبادرة الخاصة لولوج هذا المجال وذلك سعياً منها لإستقطاب المستثمرين الأجانب من أجل تدعيم البنية الإقتصادية والبنية التحتية لها<sup>4</sup>.

وعلى هذا الأساس أصبحت الدولة بحاجة ماسة وكبيرة إلى عقود الإستثمار الأجنبي الذي فرض نفسه كخيار حتمي للنهوض بالإقتصاد الوطني ومواكبته للتطورات التي تشهدها الدول المتطورة في مجال الإستثمارات الأجنبية. على غرار كل الدول النامية التي أصبحت تتنافس بشدة على إستقطاب أكبر عدد من الإستثمارات<sup>5</sup>.

لكن أهم ما يلاحظ في هذه العلاقة التعاقدية في عقد الإستثمار الدولي هو أن طرفي هذه العقود ينتميان إلى نظامين قانونيين مختلفين، الدولة من جهة، حيث تتميز بسلطاتها الإستثنائية الممنوحة لها بموجب القانون، يقابلها القوة الإقتصادية للمستثمر ومحاولته لتحصيم هذه السلطة، فالثابت أن العلاقة بينهما وإن ظهرت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتغير نتيجة تعارض المصالح بين الطرفين، فضلاً عن التغيرات السياسية، الإقتصادية والاجتماعية التي قد تطرأ عليها بصفة فجائية. هذا يؤدي حتماً لنشوب نزاعات قد تقع في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد.

وتتسم منازعات عقود الإستثمار بطبيعة خاصة تتجم عن ذاتية وخصوصية عقود الإستثمار التي يطلق عليها في الغالب عقود التنمية الإقتصادية نظراً لارتباطها في الكثير من الأحيان بجوانب التنمية في الدول الواغبة في النمو<sup>6</sup>، وتتجم هذه الطبيعة الخاصة إبتداءً من التعقيدات الخاصة بهذه العقود بشكل خاص، ويتجلى ذلك في مسألة أولية هي تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، فهي تعد من أكثر المسائل القانونية تعقيداً، بالإضافة إلى الوسيلة التي تسوى بها المنازعات الناشئة عنها.

وعليه يسمح هذا الموضوع على ضوء التطورات الحاصلة بتتبع التفكير والتحليل المنصب حول مسألة مطروحة على الدوام، تلك المتعلقة بالتفاوت القانوني المتعلق ما بين مركز الدولة ومركز المستثمر

<sup>4</sup> بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، "دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009، ص 07.

<sup>1</sup> لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008، ص 18.

<sup>6</sup> صفوت عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المعارف الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000 ص 5.

الأجنبي في مجال حل منازعات عقود الإستثمار ، هذا المنظور ، بمفرده، يستطيع أن يغطي مجال هذه الدراسة بالنظر إلى خصوبة مسالك البحث التي يوفرها.

هذا ما يكشف عن أهمية الموضوع، لا سيما بالنسبة لرجل القانون الذي يريد تجاوز المسلمات القانونية وهدوء أطره التقليدية للكشف عن التفاوت ما بين إرادة الدولة من جهة وإرادة المستثمر الأجنبي من جهة أخرى في مجال حل المنازعات التي تثور بمناسبة عقود الإستثمار.

ورغم أهمية هذا الموضوع فإنه لم يول هذا الموضوع إهتمام الباحثين في الجزائر والذين إنصب إهتمامهم حول نوعين من الدراسات، الإستثمار بشكل عام، والمنازعات الناشئة عنه بشكل خاص،<sup>7</sup> لكن موضوع الإرادة في حل هذه المنازعات فهذا ما لم يتم دراسته، وهذا ما منح لهذا العمل أصالته ، ومبرراته فهو يبرز تضارب وتعارض إرادتين، إرادة عامة، هي إرادة الدولة، وإرادة خاصة، هي إرادة المستثمر الأجنبي.

فعلى صعيد أول، تكشف إرادة دولة عن تمسكها بصفة مباشرة بقانونها الوطني، الذي لا يمكنها الخروج عنه إلا بنص القانون ، الذي يمكنها من ممارسة سلطاتها في إلغائه أو تعديله، الأمر الذي ينعكس بشكل أو بآخر على الاستثمارات التي تمت بالفعل وفقا لأحكام هذا القانون.

ولا تتوقف سلطة الدولة عند هذا الحد بل تمتد إلى قدرتها على إتخاذ تصرفات تحت غطاء امتيازات السلطة ومبررات المصلحة العامة، من شأنها أن تؤثر في حقوق المستثمر وتبعث فيه الريبة، وتساهم في زعزعة الإستقرار المنشود لمناخ الإستثمار، إذ أنه ليس هناك من عمل يضر بتدفق رؤوس الأموال الأجنبية الى دولة معينة أكثر من عدم الاستقرار التشريعي<sup>8</sup> ، وقد لا يقتصر الأمر على إحداث تعديلات تشريعية، وإنما قد يتعداه إلى قيام الدولة بما تملك من سلطة في العقد وبما تتمتع به من سلطة بالقيام ببعض الأعمال أو الإجراءات التي قد تؤدي إلى إبطال أو فسخ عقد الإستثمار ذاته.

<sup>7</sup> في هذا السياق راجع حسن طالبي، تسوية منازعات الاستثمارات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006،/2005، وكذا أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.

<sup>8</sup> عبد الله عبد الكريم، ضمانات الإستثمار في الدول العربية، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة الى منظمة التجارة الدولية ودورها في هذا المجال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 12.



وفي المقابل يبحث المستثمر دوماً في المنظومة القانونية للدولة عن سد النقائص لتحسين عقده وفقاً لشروط تعاقدية يسهم في وضعها، من أجل تحديد نطاق حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة على نحو يرسخ في ذهنية كل طرف أثناء إبرام العقد، الصورة الواضحة والمسبقة عن حقوقه وواجباته.

وإذا كان منبع الصعوبات والمشكلات الناجمة عن عقود الاستثمار هو التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، فإن هذا التفاوت لا يقتصر على المركز القانوني للأطراف فحسب، بل يتعداه إلى عدم المساواة من الناحية الاقتصادية في معظم الأحيان، فالدولة على الرغم من أنها شخص سيادي يتمتع بمزايا استثنائية لا تتوافر للطرف الأجنبي المتعاقد معها<sup>9</sup>، فإنها تعد في الكثير من الأحيان في مركز اقتصادي أضعف بكثير من المركز الاقتصادي الذي يتمتع به هذا الأخير، لا سيما إذا كان شركة متعددة الجنسيات تبلغ ميزانية بعضها الميزانيات المجتمعة للدول المضيفة لاستثمارها في آن واحد<sup>10</sup>.

هذا التفاوت في القوة الاقتصادية للأطراف المتعاقدة يؤدي للتشدد من قبل الدول المتعاقدة في مواقفها حيال المستثمرين، وذلك خشية أن تصبح لقمة سائغة أمام التفوق الاقتصادي الكبير لهذه الشركات العملاقة على نحو يدفع تلك الدول إلى التمسك بخضوع المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين هذه الشركات لقضائها الوطني ولقانونها الداخلي.

وعلى صعيد مقابل نجد أن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة نظراً لشعوره بضعف مركزه القانوني يرغب من أجل حماية مصالحه إلى سلخ العقد المبرم بينه وبين الدولة المتعاقدة من سيطرة القانون الوطني للدولة المتعاقدة ومحاولة تسكينه في إطار القانون الدولي العام أو المبادئ القانونية المعترف بها بين الدول المتقدمة أو بإخضاعها للمبادئ عابرة الدول أو للقانون التجاري الدولي.

هذا ما يبرر تركيز الباحث في هذه الدراسة على المنازعات التي تثيرها هذه العقود إذ تعمل على إبراز التفاوت ما بين إرادة الدولة وإرادة المستثمر، على هذا الصعيد، وتلازم خضوع هذه المنازعات إلى قانون الدولة ولقضائها الوطني كأداة للنهوض بالوظيفة القضائية تأميناً للتوافق بين الواقع والقانون عن طريق العمل القضائي، أم خضوعها لإرادة الأطراف من خلال إختيارهم للقانون الواجب التطبيق وإختيارهم للوسيلة التي تحقق لهم فض نزاعاتهم.

<sup>9</sup> بلحسان هوارى، تسوية المنازعات الاقتصادية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مسنغانم، 2016/2017، ص 3.

<sup>10</sup> حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 16.

بداية وبالرجوع إلى القواعد العامة في العقود، يلاحظ أن عقود القانون العام لاسيما عقود الإستثمار تخضع للقانون أكثر من الإرادة وذلك على اعتبار أن الدولة طرفاً أصيلاً فيها.

وعلى خلاف هذا المنطق وبالنظر إلى حاجة الدول النامية إلى الإستثمار الأجنبي، تنازلت هذه الأخيرة على العديد من مظاهر سيادتها، لاسيما حصانتها القضائية، وكرست نظاماً بديلاً عن القضاء<sup>11</sup>، فضلاً عن منح هامش من الحرية وسلطان أوسع لجانب المفاوضات وإدراج شروط تعاقدية غير مألوفة في عقود الدولة، من شأنها أن تحقق ضماناً لاستقرار العقد وتوازنه اقتصادياً وقانونياً، ومحاولة لتوفير مناخ خصب للاستثمارات وتوطينها.

هذه المعطيات هي التي أدت إلى بروز الإرادة من جديد في مجال تسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية، الأمر الذي يبرز دور الإرادة في حل منازعات عقود الإستثمار الدولية، على نحو يتحاشى فيها الطرف الأجنبي القضاء الوطني وفقاً لمبررات الحياد والكفاءة، وتتجنب فيها الدولة مقاضاتها خارج إقليمها وبغير تشريعاتها لاعتبارات السيادة، فالتركيز سينصب إذن على تبيان المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، من خلال التعرض إلى مكانة الإرادة وفعاليتها في هذا المجال، إنطلاقاً مما كانت تحوز عليه من مركز معتبر وصولاً ما طرأ عليها نتائج التطورات في عقود الإستثمار وفي مجال التسوية. وفضلاً عن تدخل الدولة في تطبيق قانونها الوطني، وكيفيات سعي المستثمر في التحصن وتثبيت هذا القانون وذلك من خلال إتفاق يبرمه المستثمر مع الدولة المضيفة، الذي بمقتضاه تلتزم الدولة بمعاملة المستثمر وفقاً لمضمون هذا الإتفاق، وبذلك لا يؤثر تغيير قانون الإستثمار على مصالح المستثمر الأجنبي، إذ أنها تتعامل معه بمقتضى عقد أو إتفاق خاص بين الدولة والمستثمر وغالباً ما يسمى إتفاق التنمية الاقتصادية، بالإضافة إلى ما يسعى إليه الأطراف في مرحلة إبرام عقود الإستثمار، في إدراج شروطاً تعاقدية تكون لها دور مهم في إحداث التوازن الإقتصادي للعقد . بالإضافة إلى دور إرادة الأطراف في إختيار الوسائل الودية والقضائية الفاعلة في تسوية منازعات عقود الإستثمار .

<sup>11</sup> وهذا ما نجد له تجسيد في التطورات الحاصلة على قانون الإستثمار الجزائري، حيث أن المشرع قد فتح المجال أمام المستثمرين الأجانب وقد وفر ضمانات أكثر، وذلك منذ صدور المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الإستثمار ليعلن عن نية الدولة في إعتماد نظام تشجيع الإستثمارات وترقيتها، بدلاً من الرقابة الإدارية ورقابة المساهمة، وإعطاء ضمانات أكثر للمستثمر الأجنبي في مجال تسوية المنازعات، وإعتمد التحكيم كوسيلة للتسوية، وبعد هذا المرسوم جاء القانون 03/01 ليوضح مساعي الدولة الجزائرية في الإنفتاح أكثر على الإستثمار، إلى حين صدور قانون 09/16 المتعلق بتطوير الإستثمارات وأعطى مجالاً واسعاً للمستثمر من حيث ضمانات تسوية المنازعات، ونجد ذلك في نص المادة 24 من نفس القانون التي تنص على كيفية تسوية المنازعات.

وأمام هذه الوضعية يثور التساؤل حول صدقية مسلمات رجحان العلاقة غير المتكافئة بين إرادة الدولة وإرادة المستثمر ومدى وجود ولاية أصلا لإرادة الدولة على إرادة المستثمر في مجال تسوية منازعات عقود الإستثمار؟

للإجابة على هذه الإشكالية فقد تم الإعتماد بالمنهج الوصفي أساسا، فمن دونه يتعذر تتبع موقف المشرع بهذا الشأن، إلا أنه من المفيد التأكيد على صعوبة الإحاطة بالعناصر الأساسية لموضوع البحث إستنادا إلى هذا المنهج بمفرده، لكن من دون أن يشكل ذلك دعوة إلى إستبعاده لعدم جدواه فهذا الموقف ينبه فقط إلى قصور الدراسة إذا ما إكتفت بدراسة شكلية للنصوص القانونية النازمة لهذا الموضوع وعلى ذلك فهي تدعو إلى تعضيده بالمنهج التحليلي الذي يوجب إدراج موضوع البحث ضمن تفكير قانوني أشمل.

وعلى هدي ما تقدم، جاء تنظيم هذه العلاقة غير المتكافئة بين إرادة الدولة وإرادة المستثمر في مجال تسوية منازعات الإستثمار تتميز على مستويين موضوعي وإجرائي.

فعلى مستوى موضوعي ومن خلال دراسة النصوص التشريعية والإتفاقية، منذ مرحلة إبرام العقد وإيجاد آليات تعاقدية، ضمانا لإستقراره وفقا للتوازنات التي يبحث عنها الأطراف، تتمسك الدولة المضيفة بإقليمية قانون العقد وفقا لقانونها الوطني الذي تفرضه إستنادا إلى إعتبرات قانونية وسياسية وبناء على القانون الإتفاقي، بالإضافة إلى مقتضيات الضرورة الإقتصادية، ولا يبقى للمستثمر الأجنبي إلا تثبيت هذا القانون من خلال شرط الثبات التشريعي، إلا أن هيمنة وألوية الدولة هذه تعرف حدودا، من خلال إدراج شروط تعاقدية إستباقية يشارك المستثمر الأجنبي في وضعها لإعادة التوازن الاقتصادي والمالي للعقد (الباب الأول).

أما على صعيد إجرائي يلاحظ تدخل متكافئ لإرادات الأطراف في إختيار الوسائل الفاعلة في تسوية منازعاتهم، تترواح بين إلزامية المرور بالوسائل الودية إبتداء لما لها من أهمية في تسوية هذا النوع من المنازعات، والتي توصف بالمنازعات ذات الطبيعة الخاصة، وفي حالة عدم كفايتها يتم اللجوء الى وسيلة مصدرها إرادة الأطراف على حساب اللجوء الى القضاء (الباب الثاني)

الباب الأول

أولوية إرادة الدولة في تحديد

القانون الواجب التطبيق

## الباب الأول

### أولوية إرادة الدولة في تحديد القانون الواجب التطبيق

تحظى مسألة تحديد القانون المطبق على عقود الإستثمار بأهمية كبيرة لما يترتب على هذا التحديد من آثار قانونية هامة، حيث يشكل القانون المطبق على العقد الأساس الذي يجري في إطاره تقدير مدى صحة العقد من ناحية، وما تركز عليه حقوق والتزامات أطرافه من ناحية أخرى، كما يشكل تحديد هذا القانون مسألة أولوية لازمة للفصل في منازعاته، سواء بالطرق الودية أو القضائية.

يعتبر موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية من المواضيع الشائكة ويرجع ذلك إلى الخصوصية التي تتمتع بها هذه الطائفة من العقود والناجمة عن ارتباطه بخطط التنمية الإقتصادية في الدولة المضيفة للإستثمار، حيث تظهر إرادة الدولة في إخضاع هذه العقود لقوانينها الوطنية، بناء على إعتبارات سياسية وإقتصادية وتنموية وعلى أن هذه الإستثمارات تكون دائما مبنية على أساس المصلحة العامة، ويضاف إلى ما تقدم أن التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف هذه العقود يجعل من كل طرف يحس بأنه هو الطرف الضعيف في العقد والذي يتعين حمايته، مما يدفع الدول المضيفة إلى محاولة تأمين العقد أو توطينه قانونيا أو إقتصاديا بإخضاعه لقانونها الوطني، مما يحاول المستثمر الأجنبي أمام ذلك في تثبيت القانون الوطني من خلال إدراج شرط الثبات التشريعي، ومؤدى ذلك أن تتوعد الدولة بعدم المساس بالعقد وعدم تأثره بالمتغيرات التشريعية (الفصل الأول).

وجدير بالذكر أنه رغم أن الدولة المضيفة تفرض تطبيق قانونها الوطني بدرجة أولى في حل منازعات عقود الإستثمار، إلا أن هذا لا يلغي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث يكون هناك تساوي ما بين الدولة والمستثمر في إدراج شروط في شكل بنود يتم الاتفاق عليها من شأنها الوقاية من منازعات عقود الإستثمار، وكذا إحداث التوازن الإقتصادي للعقد وتتمثل في شرطين مهمين في عقد الإستثمار هما شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### تطبيق القانون الوطني للدولة المستقبلية

يعد تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على منازعات عقود الإستثمار من أهم المسائل القانونية التي تثيرها هذه العقود إذ أن مسألة اختيار نظام قانوني معين لحكم علاقة الإستثمار ليست مجرد مسألة تفضيل نظام قانوني على نظام قانوني آخر تتم على نحو نظري مجرد دون تحسب للنتائج المترتبة على هذا الاختيار، بل أن هذا الاختيار تحركه أساسا النتائج المترتبة على أعمال قواعد النظام القانوني الذي أختير ليحكم أصول وقواعد رابطة الإستثمار، كما تبرز أهمية إختيار النظام القانوني على مستوى إقرار حقوق الطرف الواقع به الضرر والمترتبة على إنهاء العقد، ومدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة لتغير الظروف.

تدخل مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار ضمن تلك الجوانب الخلافية ما بين الأطراف المتعاقدة وقد يؤدي تعثرها إلى الفشل في إبرام العقود، ولعل الحاجز البارز هو أن الدولة تظهر بمبدأ سيادي دائما في هذه العقود وتفرض تطبيق قانونها الوطني (المبحث الأول)، في حين تظهر بالمقابل إرادة المستثمر الأجنبي في مظهر وحيد يبرز في تثبيت هذا القانون (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### فرض الدولة تطبيق قانونها الوطني: مظهر سيادي

إن خضوع عقود الإستثمار الدولية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يرتكز على عدة أسباب يغلب عليها الطابع الاقتصادي والطابع السيادي للدولة المتعاقدة، حتى إن تم تطبيقها في إطار قانوني كفكرة الإحتكار المطلق للدولة في المجال القانوني ورفض معاملة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة معاملة تؤدي إلى مساواته بالدولة المتعاقدة، لأن المستثمر الأجنبي دائما ما يضع شروطا في العقد تمنحه امتيازات، وهو ما تحاول الدولة المضيفة للإستثمار الحيلولة دون وقوعه بإخضاع عقود الإستثمار لقانونها الوطني، وتؤسس ذلك إما على أسس قانونية أو تحاول تحقيق هذا المسعى عن طريق ما يعرف بالقانون الإتفاقي (المطلب الأول) بالإضافة إلى إعتبرات التنمية والضرورات الإقتصادية (المطلب الثاني)، وما نجد كذلك في بعض الحالات أن الأطراف يختارون قانون الدولة المستقبلية للإستثمار صراحة، وفي حالة عدم الإختيار فقد تظهر من ملابسات وظروف العقد توجه إرادة الأطراف لتعيين القانون الوطني ليحكم العقد (المطلب الثالث) .

## المطلب الأول

### الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني للدولة

تحرص الدولة على إخضاع عقود الإستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب لقانونها الوطني معتمدة في تبرير ذلك على التكييف القانوني لهذه العقود، باعتبارها عقوداً ذات طابع إداري خاص تجسد الدولة إحدى طرفيها مما يحتم إخضاعها لقواعد القانون الوطني لكونها القواعد التي تستجيب لمتطلبات تمتع الدولة بالسلطة والسيادة (الفرع الأول). كما تدعم مبررها هذا بمبرر آخر يتمثل في حتمية إحترامها لمضامين المعاهدات الدولية التي نصت على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الإستثمار (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار

يرجع تكييف عقود الإستثمار على أنها عقود إدارية خاصة، إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية والمتمثل في دخول الدولة كطرف في العقد وإتصال هذا الأخير بالمرفق العام<sup>12</sup>، وبالتالي من المنطقي أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للدولة المضيفة التي ينفذ على مستواها المشروع الإستثماري (أولاً)، لكن مع ذلك أثارت مسألة إخضاع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة جدلاً قضائياً وفقهياً خاصة ما يتعلق بتكييف عقود الإستثمار على أنها عقود إدارية (ثانياً).

### أولاً: تجسيد المبدأ

إن الطبيعة الإدارية التي تستلزم هذه العقود لكون أحد أطرافها الدولة أو احد المؤسسات التابعة لها، أي أنها عقود مبرمة من طرف سلطة عامة لتحقيق مصلحة عامة واعتماداً على الحقوق والسلطات المخولة لها بمقتضى القوانين<sup>13</sup>، لهذا فإنها لا تختلف عن العقد الإداري الداخلي وكما أن هذه العقود وإن كان مظهرها الخارجي يوحى إلى تحقيق الربح من قبل الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام<sup>14</sup>.

عكاش عبد الله، الحماية الوطنية الدولية الأجنبي ضماناً من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة

الماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الخاصة، جامعة الجزائر، 2002، ص 6 و 7.

منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء التحكيم ، منشأة المعارف،

الاسكندرية، القاهرة 2000، ص 272.

المواحدة مراد محمد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 211.

ومن هذا المنطلق فإنّ التكييف القانوني يعد من المسائل ذات الأهمية الكبرى في جميع العلاقات القانونية عموماً، وفي عقود الإستثمار على وجه الخصوص باعتبارها اهم انواع العقود التي تبرمها الدولة مع الاشخاص الخاصة الاجنبية<sup>15</sup>، وبالتالي في حالة تكييفها بأنها عقود إدارية فإن ذلك يستلزم إخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة لا غير، في حين اذا ما تم تكييفها بأنها معاهدة او اتفاقية دولية فإنها تخضع لقواعد القانون الدولي العام<sup>16</sup>.

في نفس السياق تؤسس الدول المضيفة للاستثمار إخضاع هذه العقود لقوانينها الداخلية بصفتها سلطة سيادية ، هذا ما أكده المشرع في المادة 10 من القانون المدني حينما نص على أنه "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية نشاطاتها في الجزائر فإنها تخضع إلى القانون الجزائري"<sup>17</sup>، وكذا المادة 38 من قانون الصفقات العمومية التي نصت على أنه "يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/ أو المؤسسات الأجنبية، طبقاً لأحكام هذا المرسوم"<sup>18</sup>.

هذا يعني أن كل العقود التي تبرم في مجال الصفقات العمومية هي خاضعة للقانون الجزائري وإشارة المشرع إلى المؤسسات الأجنبية هذا يعني أن المستثمرين الأجانب الذين يبرمون عقودهم في ظل هذا المرسوم مثل عقود الأشغال العامة أو الإنشاءات الهندسية فهي خاضعة للقانون الجزائري.

ويظهر هذا التوجه جلياً في نص المادة 76 الفقرة الثالثة من ال قانون رقم 14-05 المتعلق بالمناجم والتي جاء فيها أنه " في حالة نشوب نزاع بين المؤسسة العمومية الإقتصادية أو أي مؤسسة عمومية وبين شخص معنوي يخضع للقانون الأجنبي بسبب تأويل و/أو تنفيذ أحكام العقد المبرم يشرع في تسويته بالتراضي حسب الشروط المحددة في هذا العقد، وفي حالة عدم الاتفاق يمكن عرض هذا النزاع على التحكيم الدولي وفقاً للبنود المحددة في هذا العقد د، والقانون المطبق على النزاعات هو القانون الجزائري لاسيما هذا القانون ونصوصه التطبيقية"<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> حذيفة رعد علي الطائي ، القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية ، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على

درجة الماجستير في القانون الخاص، كل ية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016، ص 76

، 1977 القاهرة، العربي، الفكر دار الإداري، العقد حلمي، محمود<sup>16</sup>

أنظر نص المادة 10 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل .<sup>17</sup>

راجع نص المادة 38 من المرسوم الرئاسي رق 15 - 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية عدد 50 ، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.<sup>18</sup>

للمزيد أنظر نص المادة 76 من قانون المناجم الجزائري لسنة 2014 الجريدة الرسمية عدد 18 لسنة 2014.<sup>19</sup>



## الباب الأول: أولوية إرادة الدولة في تحديد القانون الواجب التطبيق

وكذا ماجاء في نص المادة 58 من قانون المحروقات والتي نصت في فقرتها الأخيرة منها على أنه يطبق القانون الجزائري، ولاسيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه، لتطبيقه لتسوية<sup>20</sup> التي تبرم في إطار الإستثمار في مجال المحروقات.

من خلال النصوص القانونية المشار إليها يتضح حرص المشرع الجزائري على تطبيق القانون الجزائري في تسوية كل المنازعات التي تنشأ بين الدولة أو أحد مؤسساتها مع المستثمر الأجنبي، وهو الوضع الذي يقر حق الدولة المتعاقدة في القيام بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أي مسؤولية تعاقدية، على خلاف الأمر في عقود القانون الخاص التي تحكمها مبادئ القوة الملزمة للعقد وعدم المساس به وثباته والمساواة القانونية المطلقة بين أطرافه<sup>21</sup>.

يدعم ما هو معمول به في كل عقود الإستثمار التي تبرم ما بين الدولة والأشخاص الأجانب الخاصة مبدأ اللامساواة في المراكز القانونية للأطراف<sup>22</sup>، فمن جهة تخضع الدولة باعتبارها صاحبة سيادة إلى القانون الإداري لكونها طرف عام تهدف إلى إدارة مرافقها العامة وتقرض تضمين العقد شروطا غير مألوفة على عكس العقود الأخرى التي تبرمها في ظل أحكام القانون الخاص انطلاقا من أن عقود الإستثمار تتمتع بخصوصية إقتصادية<sup>23</sup>. كما تخضع عقود الإستثمار في حد ذاتها إلى نظام خاص يرتكز على فكرة المصلحة العامة التي تستوجب خضوعها للقانون الإداري وتخول سلطات وامتيازات خاصة للدولة تتعكس جلها في سلطة هذه الأخيرة في وضع بنود العقد بإرادتها المنفردة<sup>24</sup>، مراقبة تنفيذه، وكذا الحق في مراجعته وفسخه، فضلا عن حقها في التأميم عندما يتعلق الأمر بعقود استغلال المصادر الطبيعية<sup>25</sup>.

القانون رقم 13 - 01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1434 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2013 يعدل ويتم القانون رقم 05 - 07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005 والمتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11. 24 فبراير 2013.

حفيظة السيدة الحداد، المرجع السابق، 2003، ص 463.

<sup>22</sup> Philippe KAHN, « Contrats d'Etat et nationalisation », J.D.I., n° 04, 1982 . p 855.

<sup>23</sup> عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015 ص 150.

<sup>24</sup> علي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، محمد عبدالعزيز زيد، ابن جامعة الأردن، 2007/2006، ص 16.

<sup>25</sup> سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، 2000، ص 50 و 51.

وإضافة لما ذكر قد يحتوي عقد الإستثمار على شروط استثنائية غير مألوفة التي لا يوجد لها مثل في العقود الخاصة مثل المزايا التي تقرها الدولة للمستثمر الأجنبي من إعفاءات جبائية وامتيازات جمركية مما يستلزم اعتبار العقود الإستثمارية عقوداً إدارية يجب أن تخضع إلى القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار<sup>26</sup>. في هذا الإطار توصل أحد "الأساتذة"<sup>27</sup>، الى أن القانون الذي يقرر منح الإمتياز لشركة أجنبية هو قانون داخلي يقصد به إعطاء صفة قانونية للإمتياز حتى تلتزم به السلطات الوطنية، وهو بهذا عمل من جانب واحد، فلدولة حق تشريع قانون يلغي بموجبه الإمتياز برمته ويجعله غير ذي أثر يذكر، كما لها (الدولة) من باب أولى حق تعديل أحكام هذا الإمتياز، بل أكثر من ذلك هناك من الفقهاء<sup>28</sup>، من توصل الى أنه يظهر لنا بأن هذا الإمتياز "إمتياز النفط" إنما هو امتياز خدمات عامة. وهكذا يتبين بأن تطوير الثروة النفطية إنما هو أمر حيوي جداً للبلد ذي العلاقة<sup>29</sup>. وعلى هذا فإن معيار "المنفعة العامة" يكون قد طبق لكل ما تقدم يمكن القول بأن إعتبار إمتياز النفط كعقد اداري لخدمات عامة هو أمر لا يمكن مناقشته".

### ثانياً: الخلاف الفقهي والقضائي حول تكييف عقود الإستثمار

يقصد بالتكييف في مجال القانون الدولي الخاص، تلك العملية الفنية التي تهدف إلى تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للمسألة التي تثيرها وقائع المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وإدراجها ضمن طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية تمهيداً لتحديد القضاء الذي ينظرها والقانون الذي يحكمها<sup>30</sup>.

أثارت فكرة تكييف عقود الإستثمار كعقود إدارية في الوسط القضائي والفقهي العديد من الإشكالات والتضاربات في الآراء فيذهب جانب من الفقه إلى تجاوز الحلول التي استخلصها القضاء ولا سيما القضاء الفرنسي حول هذه الفكرة بصدد العقود الإدارية وإعمالها على عقود الإستثمار الدولية التي تبرمها الدولة<sup>31</sup>. ويرى بعض الفقه إلى أن العقود التي تقوم الدولة بإبليهما، كعقود النفط<sup>32</sup>، مع شخص

عبد الهادي الأكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، دار الكتب والوثائق الوطنية، القاهرة، 2000، 26، ص 65.

شباب توما منصور، حق الدولة في تعديل شروط امتيازات النفط، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان الاول، مطبعة دار التضامن للتجارة<sup>27</sup> والطباعة والنشر، بغداد، أبريل 1982، ص 73.

<sup>28</sup> HAMED SULTAN, Legal Nature of Oil Concession, AL-QADHA, Law Quarterly review, The Iraqi Bar Association, Baghdad, No.2, 21st year, 1966.

<sup>29</sup> عمار معاشو، الضمانات القانونية في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية ، الجزائر، 1998، ص 344.

<sup>30</sup> أحمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلال، المنصورة مصر، 1996، ص 396.

<sup>31</sup> وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 662.

خاص أجنبي هي من عقود القانون العام، لذا يمكن تعديلها بمقتضى المصالح التي يستلزمها سير المرفق العام في الدولة الطرف فيها.

إنطلاقاً مما سبق يرى جانب من الفقه بأن إعمال نظرية العقد الإداري على عقود الإستثمار يجعلها تخضع للقانون الإداري فتستطيع الدولة المتعاقدة أن تقوم بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أي مسؤولية تعاقدية وهذا خلافاً لما هو معمول به في عقود القانون الخاص، والتي تحكمها مبادئ القوة الملزمة للعقد وعدم المساس به وصولاً للمساواة القانونية المطلقة بين أطرافه<sup>33</sup>، إذ أن المعروف أن القضاء الإداري يستبعد إعمال هذه المبادئ مع الاحتفاظ بحق المتعاقد مع الدولة وإلى جانب هذا الاتجاه هناك من يؤيد خضوع عقود الإستثمار إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظراً لتكييفها على أساس أنها من العقود الإدارية ذات طبيعة خاصة<sup>34</sup>.

إلا أن أنصار الإتجاه المعارض ناقشوا جميع الأدلة والحجج التي ساقها المؤيدون لإدارية عقود النفط، كالأتي: إذا كان من المسلم به أن أحد طرفي عقد الإستثمار يكون من أشخاص القانون العام، الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها، فإن ذلك لايعني ان جميع العقود التي يبرمها اشخاص القانون العام هي عقود ادارية، فهناك حالات كثيرة يلجأ فيها الشخص العام الى وسائل القانون الخاص وبالتالي يبرم عقداً من عقود القانون الخاص<sup>35</sup>، فإذا كان وجود الشخص العام كطرف في العقد لازماً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، إلا أن ذلك ليس كافياً بحد ذاته، فقد تنزل الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها إلى السوق تباع وتشترى كما يفعل ذلك أي شخص خاص.

إن القول بأن عقود الإستثمار تعد عقوداً إدارية لكونها تتضمن شروطاً تعطي للدولة سلطة الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة معها مما يجعلها شروطاً استثنائية، طرح لايمكن القبول به<sup>36</sup>، ذلك ان حق الدولة في الإشراف والرقابة إنما يكون بهدف التأكد من حسن أداء وتنفيذ الشركة لإلتزاماتها وليست شروطاً استثنائية بالمعنى الصحيح لها والمتداول في القانون الإداري.

نافع بحر سلطان، أزمة تحديد القانون الواجب التطبيق في ميدان عقود الإستثمار في النفط والغاز، مقال منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم

القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الأول، العراق، 2017، ص 155.

ابراهيم شحاتة، معاملة الإستثمارات في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 108.

ظاهر مجيد قادر، الإختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2013، ص 58.

ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، 1976، ص 59.

عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 131.

وعليه فإذا كانت الإعتبارات المنطقية والقانونية تقضي بأن تمارس الدولة سيادتها على إقليمها الداخلي بما لها من سلطة داخل هذا الإقليم على رعاياها، فإنها لا تملك مثل هذا الحق خارج إقليمها، إذ أن الأمر يختلف عندما تتعاقد الدولة مع طرف اجنبي<sup>37</sup>، لأنه في الحالة الأخيرة لا يمكن للدولة التمسك بسيادتها على الأجنبي مثلما تتمسك بها أمام الوطني، ففي المسائل التعاقدية لا تتمتع الدولة بسلطات استثنائية تتفوق بها على الطرف الأجنبي الا بمقدار ما هو متفق عليه بينهما من شروط في العقد<sup>38</sup>.

تستلزم متطلبات الإستثمارات الدولية عدم إعتداد الدول على أساليب القانون العام في التعاقد، لأن ذلك سوف يؤدي الى هدم العلاقة التعاقدية مع الطرف الأجنبي، وبدلاً من ذلك فإن على الدول التي تحاول استقطاب الإستثمارات الأجنبية إلى إقليمها أن تبدي مرونة في هذا المجال لكي يستفيد كل طرف من الآخر عن طريق العمليات التعاقدية وتطويرها وليس هدمها<sup>39</sup>.

وفي نفس السياق يستند هؤلاء المعارضون، لدعم رأيهم، إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي عام 1907 وذلك في مناسبتين مختلفتين، حيث إنتهت هذه الأحكام إلى أن امتيازات المناجم بما فيها امتيازات البترول التي لاتعد من قبيل التملكات المرافق العامة<sup>40</sup>.

وخلافاً للاتجاهين السابقين هناك إتجاه يؤيد خضوع عقود الإستثمار إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظراً لتكييفها على أساس أنها من العقود الإدارية ذات الطبيعة الخاصة. وفي ذات السياق يرى الأستاذ BERNARD AUDIT الذي يدافع عن الاتجاه المؤيد لفكرة اعتبار عقود الإستثمار عقوداً إدارية، وأنّ النظام الذي يقترحه لا يقتصر إعماله على الدولة التامة بل يمكن لأي دولة أن تقوم بتغيير العقد وتعديله بشرط أن يظل هذا الحق مقيداً بفكرة المصلحة العامة والحفاظ على المصالح الاقتصادية للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة<sup>41</sup>. والواقع أنّ تكييف العقود المبرمة ما بين الدولة والأطراف الأجنبية لا سيما

المعموري، أحمد سامي مرهون، التكييف القانوني لعقد استثمار مطار النجف الأشرف، مقال منشور في حولية المنتدى، العدد الخامس، المجلد 37 الثالث، العراق، 2010، ص 148.

قصي مسلماني حريرة، الصيغ القانونية للتقيب عن النفط وتنميته وإنتاجه، عقود الامتياز، بحث قانوني مقدم في كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2002، ص 143.

ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 18.

قصي مسلماني حريرة، المرجع السابق، ص 40145

<sup>41</sup>BERNARD AUDIT Le droit international privé en quête d'universalité : Cours général (2001) (Volume 305) p 54 don le site : <http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy> ; 22:30 et 03/03/2018.

في مجال عقود الإمتياز البترولي على أنها عقود إدارية لم يقتصر على الصّعيد الفقهي بل امتد كذلك إلى هيئات التّحكيم الدّولية<sup>42</sup>.

في الأخير يمكن القول أنّ الطّبيعة القانونية لعقود الإستثمار لا ترجع إلى كونها عقودا من عقود القانون العام، وإنما ترجع هذه الخصوصية بارتباطها بخطط التّمية في الدولة المضيفة ومن ثم فعقود الإستثمار هي عقود إدارية ذات طبيعة خاصة، ويجب تبعا لذلك إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة<sup>43</sup>، وأن الدولة المستقبلية وبالخصوص الدول النامية دائما تسعى لتطبيق قانونها الوطني على ما هو موجود على إقليمها، وبالإضافة أن جل العقود المبرمة في مجال الإستثمار تكون في مناطق حساسة في الدولة، ويضرب المثال في هذا السياق الجزائر حيث نجد أن معظم عقود الإستثمار التي تبرمها تكون في مجال البترول، حيث أن المشرع خصص قانون خاص بهذا القطاع وأولى عناية في نصوصه القانونية في حالة ما إذا شاب نزاع فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق كما أشرنا إليه سابقا في دراستنا، وعليه فإن هذا المبدأ هو مكرس في كل النصوص التشريعية للدول وبالخصوص الدول النامية منها، وحتى الإتفاقيات التي تبرمها دائما تولى أهمية على تطبيق القانون الوطني للدولة التي يزاول فيها النشاط.

### الفرع الثاني

#### تطبيق القانون الوطني إعمالا للقانون الإتفاقي

حرصت العديد من الاتفاقيات الدّولية على حل إشكالات تحديد القانون الواجب التّطبيق على عقود الإستثمار الدّولية، ساعية إلى تطبيق القانون الوطني كقانون ضابط لهذه العقود، ومن بين هذه الإتفاقيات إتفاقية واشنطن (أولا) وإتفاقية روما لسنة 1980<sup>44</sup> (ثانيا) التي سعت إلى تطبيق القانون الوطني كقانون حاكم لعقود الإستثمار<sup>45</sup>. بالإضافة إلى الإتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع معظم الدول في مجال حماية وتطوير الإستثمار جلها تنص على تطبيق قانون الدولة التي يزاول فيها النشاط (ثالثا).

حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2001، ص 67 و68.

بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 213.

توصف هذه الإتفاقية بأنها أوروبية المنشأ، دولية الأثر وموحدة لقواعد القانون الدولي الخاص في مسألة الإلتزامات التعاقدية وقد تم التوقيع عليها في مدينة روما بتاريخ 1980، إلا أنها دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1991/02/01.

أحمد عبد الرزاق خليفة، القانون والسيادة وإمتيازات النفط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت لبنان، 1997، ص 151.

### أولاً: إتفاقية واشنطن لسنة 1965

أبرمت إتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 وهي إتفاقية دولية خاصة أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في إطار البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وتعد من بين الإتفاقيات التي تنادي بتشجيع الإستثمار في الدول وتميئها، فقد توجهت جهودها إلى تسوية المنازعات الناشئة ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي<sup>46</sup>. وقد تضمنت هذه الإتفاقية العديد من المواضيع الأساسية التي يستخلص منها الأسس والقواعد القانونية التي راعت فيها الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي، كما وضعت بعض الحلول المناسبة للنزاعات الناشئة ما بين طرفي العقد إذا كان احدهما من القانون الخاص والآخر من القانون العام<sup>47</sup>.

يعد القانون الواجب التطبيق من أهم الموضوعات التي يحرص المتعاقدون في الإتفاق عليها ولهم الحرية الكاملة في الإختيار بين تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو تطبيق قواعد أخرى، إلا أن الدولة المتعاقدة دائما تحرص على تطبيق قانونها وذلك كحماية للاستثمارات القائمة في دولتها<sup>48</sup>.

لقد منحت الإتفاقية الحرية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق إلا أنها صرحت بأن يكون قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق في حالة عدم التحديد، وهو ما أكدته المادة 42 من الإتفاقية حيث جاء فيها: "يفصل المحكم في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف وفي حالة عدم الإتفاق، تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد...<sup>49</sup>".

تمنح المادة المذكورة الحرية للأطراف في تطبيق قانون إرادتهم والقانون الإتفاقي، إلا أنها بالمقابل تعطي الأفضلية لتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وكذلك الحال في معظم العقود حيث يلاحظ بأن الإرادة تتجه إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

<sup>46</sup> بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحلبية، بيروت، 2011، ص 330 و 331.

<sup>47</sup> ظاهر مجيد، المرجع السابق، ص 56.

<sup>48</sup> الجندي حسين أحمد، النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبية على ضوء إتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 183.

<sup>49</sup> انظر نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن المتعلقة بالإستثمارات الدول ورعايا الدول الأخرى في 18 مارس 1965 بواشنطن، والموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، الجريدة الرسمية عدد 66، سنة 1995.

وفي ذات السياق إعتبرت إتفاقية واشنطن أنّ عدم تحديد المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يدل على موافقتهم لتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة<sup>50</sup>، كما أنه يمكن تفسير المادة السابقة الذكر على أنها تجيز لهيئة التّحكيم البحث عن شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي، الأمر الذي يمكن معه استبعاد القانون الوطني وتركيز المنازعة على أساس القانون الدولي.

غير أنّ هذا التفسير لا يمكن قبوله بوجود نص المادة 1/42 التي تمنع تركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي ولا تسمح للمحكم من تأسيس قراره على مبادئ القانون الدولي وحده، فقد انتهت لجنة الطّعن الخاصة بالحكم الصادر في قضية Klockner إلى أنه لا يجوز التّحكيم بالتّغاضي عن قانون الدولة الطّرف عند عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة للتّطبيق والاقتصار على تطبيق القانون الدولي<sup>51</sup>.

ولم تأت الإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والطّرف في النزاع من فراغ ولم تكن مطلقة من كل قيد، وإنما جاءت كنتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في عقد الإستثمار للقانون الذي يحدد ضوابط التّعاقد مع المستثمر الأجنبي ذلك أن هذا الأخير عندما يتعاقد مع الدولة فإنها تقوم بتطبيق قانونها ويتمتع هو تبعاً لذلك ببعض المزايا وبعض الأمور الإجرائية التي تحميه<sup>52</sup>.

وهكذا يصبح القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق في حل منازعات الإستثمار في ظل غياب شرط الاتفاق، حيث لا يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من تطبيق جزئي على منازعات الإستثمار لتكتمله بقانون الدولة المتعاقدة أو تصحيحه وهو ما طبقتة العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار. ففي قضية *benvenuti and bonfant* ضد الكونغو أين طبقت هيئة التحكيم ثانياً من نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن وإنتهت إلى تطبيق القانون الوطني لدولة الكونغو فضلاً عن قواعد العدل والأنصاف التي اتفق الاطراف على تطبيقها بعد نشوء النزاع .

**ثانياً: إتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية**

<sup>50</sup> أحمد عبد الرزاق خليفة، المرجع السابق، ص 153.

<sup>51</sup> بشرار محمد الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 333.

<sup>52</sup> صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 162.



تعتبر إتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في 19 يونيو بمثابة التقنين الأوروبي، وقد دخلت حيز التنفيذ في أبريل عام 1991<sup>53</sup>، وتسري هذه الإتفاقية على العقود الدولية باستثناء ما تم إستبعاده بنص صريح. ولقد أكدت الإتفاقية أن القانون الواجب التطبيق في فض منازعات الإستثمار يتم من خلال الإختيار الإرادي والحرية المطلقة للأطراف وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من هذه الإتفاقية، حيث جاء فيها: "إنّ العقد يخضع للقانون المختار من قبل الأطراف"<sup>54</sup>.

وامتدادا لما سبق وتحليل نص المادة السابقة الذكر يتبين أنه قد يقع إختيار الأطراف على قانون الدولة المضيفة أو القانون الوطني لدولة المستثمر، كما قد يقع إختيارهم على قانون دولة محايدة، وبالمقابل نصت المادة الرابعة من ذات الإتفاقية على إخضاع العقد للقانون الوطني للدولة المتعاقدة التي سيتم فيها تنفيذ العقد باعتباره الأقرب لهذا الأخير في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون الذي سيضبط علاقتهما التعاقدية في إطار الإستثمار<sup>55</sup>. وهو ما يقود في الغالب بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة إلى تطبيق قانونها الوطني وحتى في حالة ما إذا تم إعمال نظرية الأداء أو الالتزام الرئيسي للمدين فإن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون الدولة المتعاقدة لكونه أوثق صلة بالعقد مادام الأداء الرئيسي في العقد يتم داخل إقليمها.

وعلى هذا الأساس وتطبيقا لما نصت عليه الفقرة الخامسة من نص المادة الرابعة من إتفاقية روما فإنه يتم استبعاد تطبيق قانون الأداء المميز على النحو المتقدم عندما تكشف الظروف المحيطة بالعقد إرتباطه بروابط أكثر وثوقا مع دولة أخرى<sup>56</sup>، وهو ما يعني تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لكون عقود الإستثمار غالبا ما ترتبط بطبيعتها باستغلال الثروات الطبيعية، إقامة منشآت داخل الدولة المتعاقدة، نقل تكنولوجيا أو إقامة مشروعات البنية الأساسية فيها، وتفوق قوة هذه الروابط وثوقا أية رابطة تقوم مع دولة المستثمر الأجنبي<sup>57</sup>.

<sup>53</sup>.222. المواعدة مراد محمود، المرجع السابق، ص 222.

<sup>54</sup> اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق، موضوع التحكيم، النظام العام والعلاقات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003 ص 48 و49.

<sup>55</sup> عدلي محمد، النظام القانوني للعقود المبرمة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان 2010/2011، ص 296 و297.

<sup>56</sup> محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010/2011، ص 44.

بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 334.57.



في هذا الصدد تُذكر أيضا إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لعام 1976 في مادتها 16 منها على أن تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي نصت عليها الإتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس وفي حالة عدم وجود نص صريح على ذلك يطبق القانون الوطني للدولة المضيفة بما في ذلك قواعد التنازع الخاصة بها وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي<sup>58</sup>، وهو ما يفهم معه أنه يكون للمحكمة تطبيق قانون الدولة المضيفة والمتعاقدة مع الطرف الآخر مع مراعاة القانون الدولي في حلها لمنازعات الإستثمار تقاديا لأي تمييز بين الدولة ذات السيادة والطرف الضعيف المستثمر المتعاقد معها<sup>59</sup>.

### ثالثا: الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الإستثمار

تحدد جلّ الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الإستثمار طريقة تسوية المنازعات في بنودها والقانون الواجب التطبيق على المنازعة، و نجد في هذا السياق ما نصت عليه إتفاقية الجزائر مع جمهورية مصر العربية في نص المادة السابعة منها بشكل صريح على تسوية الخلاف المتعلق بالإستثمار على أساس التشريع الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد على إقليمه الإستثمار<sup>60</sup>، بمعنى التشريع الوطني للدولة المضيفة للإستثمار، فلما كان الهدف الأول من إبرام الاتفاق الجزائري المصري هو تطبيق أحكام هذا الاتفاق على كل خلاف ينشأ بين الطرفين المتعاقدين فلق أي مسألة شملتها الإتفاقية ويثار بصدها نزاع تطبق بنود الإتفاقية بشأنها، مما يعني أنه إذا كانت الدولة الجزائرية طرف في الإستثمار والإستثمار قائم في إقليمها فإن التشريع الوطني هو الواجب التطبيق وهذا إعمالا لمبدأ إرادة الدولة على إستثماراتها.

والملاحظ أنه في البداية كانت الجزائر لا تقبل تطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية التي تقضي بعدم تطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار، اذ تعتبر أن ذلك يخدم مصالح الدولة المتقدمة ويعد وسيلة لعدم تطبيق القانون الداخلي، مما يجعل هذا الإجراء منتقدا من الدول النامية لهاساسه بالسيادة الوطنية<sup>61</sup>.

عنوان محمد، تسوية منازعات العقود الاقتصادية، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ملحق 1-3، 1977، ص 104. 58

عنوان محمد، نفس المرجع، نفس الموضوع . 59

للمزيد راجع المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر سنة 1998، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و حكومة جمهورية مصر العربية، حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 76، 1998. عمار معاشو، الضمانات القانونية في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي<sup>61</sup> والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية ، الجزائر ، 1998، ص 344.

وفي نفس السياق نجد الإتفاقية السورية الجزائرية ، التي لم تنص على القانون الواجب التطبيق على موضوع الخلاف<sup>62</sup>، الأمر الذي من شأنه إثارة النزاع ليس على مستوى تفسير أو تطبيق الاتفاق فحسب بل وعلى القانون الواجب التطبيق لتسوية الخلاف، كما أنه وبالعودة إلى المادة 458 مكرر من القانون (المتضمن أو المتعلق بماذا) فإنها تنص على إمكانية تسوية النزاعات بموجب التشريع الوطني أو القانون الذي اختاره الأطراف أو وفقا للقانون والأعراف التي تراها ملائمة، وهو النص الذي يعزز من الاشكال المذكور، لكن بالرغم من ذلك يميل الفقه والإجتهد الدوليان إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار على العقود الحاصلة بين الدول والمستثمرين الأجانب.

وكذا ما جاء في الإتفاقية الجزائرية مع حكومة جنوب إفريقيا التي نصت الفقرة السادسة من المادة السابعة المتضمنة منها على أنه<sup>63</sup>: "يستمد قرار تسوية النزاع من تطبيق القانون الداخلي، بما في ذلك تنازع القوانين، لبلد الطرف المتعاقد المعني بالنزاع والذي أنجز في إقليميه النزاع ومن أحكام هذا الإتفاق وشروط الإتفاق الخاص الذي يكون قد أبرم بخصوص الإستثمار وكذا مبادئ القانون الدولي".

وبتحليل ما جاءت به الإتفاقية يتبين أنها إعتمدت على تطبيق القانون الوطني للدولة التي ينجز فيها الإستثمار حتى عند اللجوء إلى التحكيم الدولي لأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق.

وفي نفس السياق نجد أن إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة إثيوبيا نصت المادة التاسعة منها في فقرتها الرابعة على ما يلي<sup>64</sup>:

"تقوم محكمة التحكيم بحل النزاع وفقا للقوانين الوطنية للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الإستثمار والمبادئ والإجراءات الأخرى للقانون الدولي المعترف به عامة وهذا الإتفاق حسب الحالة ""

وعليه يتضح من النص المذكور بأن الإتفاقية فرضت صراحة على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني

62 للمزيد يراجع المرسوم رئاسي رقم 98-430 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 1998، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ودولة سوريا حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 97، 1998. ص 4.

63 للمزيد يراجع المرسوم رئاسي رقم 01-206 المؤرخ في 23 أبريل سنة 2000، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 07، 2000. ص 9.

64 للمزيد راجع المرسوم الرئاسي رقم 03-115 المؤرخ في 17 مارس سنة 2017 ، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والجمهورية الأثيوبية الفدرالية الديمقراطية حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 19، 2003. ص 16.

على المنازعات التي تنشأ بين الدولة وطرف الدولة الأخرى المتعاقدة في الإتفاقية ولا يجوز لها تطبيق أي قانون آخر غير القانون الوطني.

وفي هذا الصدد نذكر كذلك إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة تونس، التي جاء في نص مادتها التاسعة منها بعنوان تسوية النزاعات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر في الفقرة الرابعة منها<sup>65</sup>، على أنه تفصل هيئة التحكيم على أساس القانون الوطني للطرف المتعاقد، الطرف في النزاع، الذي أنجز الإستثمار في إقليمه بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وأحكام هذا الإتفاق وأحكام الإتفاق الخاص المتعلق بالإستثمار وكذلك وفقا لمبادئ القانون الدولي، وعليه فإن الإتفاقية واضحة وألزمت هيئة التحكيم أن تفصل وفقا للقانون الوطني أي بمفهوم المخالفة فإذا كان الإستثمار مقام في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق.

وفي نفس السياق نجد إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة الأرجنتين، التي نصت هي كذلك على تسوية منازعات التي تنشأ بين الطرفين في المادة الثامنة منها في الفقرة الرابعة والتي ألزمت هيئة التحكيم أن تفصل وفقا لقانون الطرف المتعاقد بما في ذلك قواعد تنازع القوانين<sup>66</sup>.

وفي إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة النمسا، التي صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 الموافق ل 10 أكتوبر سنة 2004، والتي جاء فيها بخصوص تسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين في نص مادتها التاسعة المطمة الخامسة منها مايلي: يحل النزاع من قبل هيئة التحكيم الخاصة طبقا للقانون الداخلي للطرف الذي تم على إقليمه الإستثمار، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين<sup>67</sup>.

وفي إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة الدانمارك كذلك والتي صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2003، والتي جاء فيها بخصوص تسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين في نص مادتها التاسعة المطمة الرابعة منها مايلي: تطبق هيئة التحكيم أحكام هذه

للمزيد راجع المرسوم الرئاسي رقم 03-115 المؤرخ في 17 مارس سنة 2017، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية

الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وجمهورية تونس، حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 73، 2006.

ينظر المرسوم الرئاسي رقم 01-366 الموافق ل 04 أكتوبر سنة 2001، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين الحكومة الجزائرية

الديمقراطية و دولة الأرجنتين، الجريدة الرسمية العدد 59، لسنة 2001، ص 3.

ينظر المرسوم الرئاسي رقم 04-327 الموافق ل 10 أكتوبر سنة 2004، المتضمن الإتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية ودولة النمسا،

الجريدة الرسمية، العدد 65 لسنة 2004، ص 10.

الإتفاقية والإتفاقات الأخرى المبرمة ما بين الطرفين. وهذا يعني أنها تطبق قانون الدولة المستقبلية للإستثمار<sup>68</sup>.

ونفس التوجه نجده في إتفاقية الحكومة الجزائرية مع حكومة الجمهورية الإيطالية حيث ورد في المادة التاسعة منها على إلزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، أي الدولة الطرف في النزاع والتي يوجد في إقليمها بما في ذلك قواعد المتعلقة بتنازع القوانين<sup>69</sup>.

يتضح أنه في جل الإتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية سواء مع الدول الإفريقية والأوروبية والمتعلقة بتطوير الإستثمار نجدها تنص على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والتي يكون الإستثمار في إقليمها هو الواجب التطبيق، وعليه فإن الأمر محسوم فيه بموجب الإتفاقيات، وهذه القاعدة معروفة في التشريع أي سمو الإتفاقيات الدولية على القانون، ويعني في كل الحالات وفي حالة نشوب المنازعة فإن هيئة التحكيم تطبق القانون الوطني للدولة المستقبلية وكل هذا يعطي أولوية للدولة في تطبيق قانونها الوطني على كل المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي.

### المطلب الثاني

#### الأسس السياسية والإقتصادية لتطبيق القانون الوطني

تسعى العديد من الدول إلى استقطاب الإستثمارات من أجل المحافظة على الهيمنة الاقتصادية لثرواتها أو مشروعاتها الإستثمارية، ولكن يرافق سعيها هذا تحفظها الدائم في علاقتها بالمستثمر الأجنبي وحذرهما منه، لكون غايته مبنية على أساس الرّبح وغالبا ما تتجه إلى الاستيلاء على بعض المناطق الحيوية في الدولة المضيفة له، الأمر الذي يجعلها تحرص على تعزيز فاعلية الإستثمارات الأجنبية والتقليل من هيمنتها مع إخضاعها لقوانينها الوطنية (الفرع الأول)، فضلا عن هذا يظهر تمسك الدول المستقطبة للإستثمارات بسيادتها كاعتبار سياسي أساسي تبرر به إصرارها على إخضاع عقود الإستثمار لقانونها الوطني، فضلا عن متطلبات السياسة التنموية المنتهجة من قبلها والتي تسعى إلى تحقيقها (الفرع الثاني).

ينظر المرسوم الرئاسي رقم 03-525 الموافق ل 30 ديسمبر، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وحكومة مملكة الدنمارك، الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 2004، ص 7.

ينظر المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وحكومة الجمهورية الإيطالية، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 1991. ص 1779.

## الفرع الأول

### مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية

يندرج أساس تطبيق القانون الوطني على عقود الإستثمار الدولية في إطار مبدأ سيادة الدولة المضيفة على ثرواتها الطبيعية، وهذا ما أكدته العديد من المواثيق الدولية والتوصيات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة<sup>70</sup>، خاصة وأنّ هذه العقود ليست لها علاقة بالقانون الدولي لكونها تستمد قوتها الإلزامية من النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة الذي يحكم مختلف جوانبها العقدية<sup>71</sup>. فتوطين عقود الإستثمار الدولية وخضوعها الكامل للقانون الوطني ظاهرة تفسرها الحلول المستقرة في الفقه التقليدي للقانون الدولي، وهي حلول تم تكريسها صراحة في كل من القضاءين الوطني والدولي وكذا فقه القانون العام، وترتكز على أن للدولة حق مطلق في ممارسة سيادتها على إقليمها<sup>72</sup>.

لكن بالمقابل يجد مبدأ السيادة حدودا له تظهر في شكل إستثناءات تمليها ما يعرف بالمجاملات الدولية التي تتجه إلى تطبيق القانون الأجنبي أو الاعتراف بالاختصاص لمحكمة أجنبية طبقا لقواعد الإسناد التي تقوم الدولة المتعاقدة بتحديدتها وفقا لما تراه ملائما لها ومحققا لمصالحها.

ولقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها الصادر تحت رقم 3171<sup>73</sup> على حق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية في إطار السيادة الدائمة والتنمية الاقتصادية، وبالتالي طبقا لمضامين هذا القرار فإن تطبيق قانون الدولة الطرف على عقود الإستثمار لا يبرر بالنظرية التقليدية التي تقتضي ضرورة إخضاع العقود التي تبرم بين أطراف ليست جميعها من أشخاص القانون الدولي للقانون الوطني فقط، بل يبرر كذلك بحقوق السيادة التي تتمتع بها الدول الأطراف على ثرواتها الطبيعية وفق ما هو محدد في القانون الدولي وكذا متطلبات التنمية الاقتصادية فيها بصفة عامة وتنمية الموارد التي يشملها اتفاق الإستثمار بصفة خاصة<sup>74</sup>.

إن مبدأ السيادة التامة للدول على الموارد الطبيعية أو الإستثمارات التي ستقام في حيزها الجغرافي ما هو إلا أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام بصفة عامة والقانون الاقتصادي الدولي بصفة

عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 46. 70

بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 254. 71

طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 178 و179. 72

حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، المرجع السابق، ص 453. 73

سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1984، ص 51؛ عنوان محمد، المرجع السابق، ص 74

خاصة<sup>75</sup>، ولقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 12 يوليو 1929<sup>76</sup> في قضية الديوان العربية بأنه لا يمكن أن نفترض إسناد الدولة لالتزاماتها بما لها من سيادة إلى قانون مخالف لقانونها الخاص<sup>77</sup>، وهو ما يعني بوضوح أن قانون الدولة هو الذي سيطبق على عقود الإستثمار في حالة غياب الاختيار<sup>78</sup>.

لقد أرست محكمة العدل الدولية مبدأ خضوع عقود الإستثمار وعقود الدولة لقانونها الوطني في حكمها الصادر في قضية القروض الصربية البرازيلية، حيث أشار حكمها إلى أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بضبط هذه العلاقات الخاصة الدولية<sup>79</sup>.

كما أكد ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 81-32 لعام 1974<sup>80</sup> في مادته الثانية، على أن سيادة الدولة على إقليمها تخولها حق إدارته والتصرف فيه وتوجيه الإستثمارات الأجنبية المقامة عليه والتي تدخل في نطاق ولايتها، وقد نصت المادة الثانية منه على أنه لكل دولة سيادة كاملة ودائمة، تمارسها بحرية، على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطاته الاقتصادية، بما في ذلك امتلاكها واستخدامها والتصرف فيها، ولها الحق في تنظيم الإستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها، حسب قوانينها وأنظمتها وطبقا لأهدافها وأولوياتها القومية، ولا تكره أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للإستثمارات الأجنبية<sup>81</sup>.

ولما كان الطرف المفترض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن إفتراض أن الإلتزامات التي تقبلها والتي تتعلق بهذا الفرض تخضع إلى قانون آخر غير قانونها. وأكدت المحكمة على أن العقود المبرمة ما بين

<sup>75</sup> منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995، ص 190.

<sup>76</sup> حفيظة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص 439.

<sup>77</sup> فواد رياض، مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة 57، عدد 32، 1966، ص 185.

<sup>78</sup> نفس المرجع، نفس الموضوع.

<sup>79</sup> طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، 2008، ص 174.

<sup>80</sup> حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 441.

<sup>81</sup> القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الصادر بتاريخ 12

محمول من الموقع A/RES/3281/32 ديسمبر 1974 الوثيقة رقم

على الساعة 37: 20 يوم 2017/12/09. [http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs\\_ar.asp?year=1970](http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?year=1970).

دولة ودولة أخرى تخضع للقانون الدولي العام، وبينت ان الدولة في عقد القرض لا يفترض معه الالتزامات الناشئة عن عقد القرض والتي ارتضتها الدولة في هذا العقد تخضع لقانونها الوطني<sup>82</sup>.

لاقت هذه الأفكار نجاحا على الصعيد القانوني من خلال تبني نصوص دستورية لا تقتصر على إسناد العقود المبرمة ما بين الدولة والأشخاص الأجنبية على نحو كامل وقاصر الى القانون الوطني فقط بل تقتضي كقاعدة عامة خضوع الأجانب إلى القانون الوطني للدولة التي يباشرون فيها نشاطهم الإستثماري كذلك.

### الفرع الثاني

#### ضرورات التنمية الاقتصادية

ترتبط عقود الإستثمار الدولية بالتنمية الاقتصادية للدولة المضيفة لها والتي لا ترى قانونا مناسباً غير قانونها الوطني ليطبق على عقد الإستثمار، حتى وإن لم يتضمن هذا الأخير بندا يوضح فيه القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>83</sup>. وحقيقة الأمر فإن فكرة إعتبار القانون الوطني هو القانون الأنسب والقانون الذي له علاقة بضبط العلاقة التعاقدية تجد رواجاً لها لدى فقهاء الدول النامية التي تبحث على الإستثمارات الأجنبية من أجل تطوير البنية الاقتصادية للدولة وتجعلها في مراكز قانونية ذات قوة<sup>84</sup>. ونذكر بالخصوص فقهاء أمريكا اللاتينية التي تسعى إلى تأكيد وتضمين عقود الإستثمار أحكاماً تنص على تطبيق القانون الوطني وذلك لارتباطها بالسياسة الاقتصادية للدولة المضيفة<sup>85</sup>. ونذكر بالخصوص فقهاء أمريكا اللاتينية التي تسعى إلى تأكيد وتضمين عقود الإستثمار أحكاماً تنص على تطبيق القانون الوطني وذلك لارتباطها بالسياسة الاقتصادية للدولة المضيفة<sup>86</sup>.

وإمتداداً لما سبق فإنه من غير المتصور إخضاع هذه العقود التي تمتاز بطبيعة خاصة وتمس بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة لغير قانونها الوطني وعليه تقوم بمراقبة الأعمال التي يقوم بها المستثمر الاجنبي داخل الإقليم الوطني للدولة المضيفة، وكذلك من غير المتصور أن نطبق قانوناً أجنبياً

<sup>82</sup> مراد محمود المواعدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص 210.

<sup>83</sup> أقول محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة

تيزي وزو، 2015 ص 328.

<sup>84</sup> وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 788.

<sup>85</sup> نفس المرجع، ص 789.

<sup>86</sup> فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 5.

على نزاع قائم داخل الدولة على أساس ما يكون حاصل في الدولة يكون من صميم اختصاص القانون الوطني والمحاكم الوطنية، فضلا عن أن الدولة هي طرف في العلاقة التعاقدية<sup>87</sup>.

ولقد أخذ مفهوم التنمية الاقتصادية بعدًا دوليًا، حيث يخول للدولة المضيفة مبدأ السيادة على ثرواتها والاقتصاد داخل دولتها والقيام بالتنمية المنتهجة وفقا لقانونها الداخلي، فلا يجوز لأي دولة أو أي مستثمر أن يتدخل في قانونها الداخلي كما لا يجوز في حالة نشوب نزاع أن يطبق قانون غير قانون الدولة المضيفة<sup>88</sup>.

وفضلا عن ما ذكر فإن الوضع الراهن يجعل كل الدول النامية تسعى إلى إستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من أجل الاقتصاد الوطني والتنمية الاقتصادية للبلد، ووجود تنافس كبير حول ذلك ما بين الدول النامية والدور الكبير الذي يلعبه الإستثمار الأجنبي في عملية التنمية الاقتصادية وخاصة ما تعانيه الدول في أعقاب المديونية، مما أصبح العامل الرئيسي هو الإستثمار على أساس أنه أصبح الغاية الأساسية للدول خاصة الدول النامية في إستقطابه لتمويل مشاريعها وفي مواجهة المشكلات الاقتصادية<sup>89</sup>.

تضع إعتبرات تحقيق التنمية الدول النامية أمام حتمية إحداث بعض الموازنات والتوفيق ما بين إعتبراتها السياسية السيادية وإستقطاب المستثمرين، إذ لا يمكنها تحقيق التنمية إلا بالاستعانة والمشاركة مع المستثمر الأجنبي في شتى المجالات الاقتصادية، لذا فإنه من غير المعقول أن تطبق الدول المضيفة للإستثمار قانونا غير قانونها الوطني نظرا للطبيعة الخاصة لهذه العقود والتي تجعل من الدولة طرفا قويا لا يسمح بتطبيق قانونا آخر غير قانونها الوطني وتفرضه في العقد على المستثمر الأجنبي.

تؤخذ الجزائر كمثال يؤكد ما ذكر، حيث كانت معظم العقود التي أبرمتها في مجال الإستثمارات النفطية خاضعة لقانون البترول الصّحراوي الذي وضع من قبل السّلطات الفرنسية في إتفاقية افيان المنظمة للتعاون الجزائري الفرنسي، وهو ما أكدته المادة 6 من الإتفاق الجزائري الفرنسي في 26 يونيو 1963 الذي كان يهدف إلى إخراج علاقات البترول مع الشركات ذات السيادة الجزائرية وإخضاعها

مرازة اسيا، تسوية منازعات الإستثمار الاجنبي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر، 2007، ص 87

.15

<sup>88</sup> salah mahMed Mahmoud ; Mondialisation et souveraineté de l'ETAT J.D.I N 3/ 1996. P 617.

<sup>89</sup> قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 112.



لقانون البترول الصحراوي، مما أثر على السياسة التنموية للجزائر إلى أن تغير الوضع سنة 1971<sup>90</sup> بتأميم الجزائر للبترول أين أصبحت عقود الدولة كمبدأ عام خاضعة للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر، كما أضحت علاقة الجزائر بالشركات الأجنبية تندرج في إطار مبدأ سيادة الدولة على الثروات الطبيعية الذي أكدته العديد من المواثيق الدولية.

ومن أجل التأكيد على تطبيق القانون الجزائري في الإستثمارات المقامة في الجزائر تنص بعض العقود صراحة على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري أو القانون الساري المفعول في الجزائر، ويظهر كمثال لذلك الإتفاقية الجزائرية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها مع شركة اوراسكوم تيليكوم والتي تضمنت بنداً صريحاً في مادتها الثامنة يؤكد خضوع إتفاقية الإستثمار بين الطرفين للقانون الجزائري حيث جاء فيها ما يلي<sup>91</sup>: "يعترف الطرفان أن هذه الإتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"<sup>92</sup>. وذات الأمر ينطبق على العقد الذي أبرمته الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار مع الشركة الدولية سيدار، حيث نصت المادة 12 منه على أنه: "يقر الطرفان بأن الإتفاقية الحالية تخضع لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية".

يذكر في نفس السياق القانون الأساسي لشركة مختلطة تجمع بين الشريك الوطني والمتمثل في شريكتي "سونطراك" "نافتاك" من جهة، والطرف الأجنبي المتمثل في الشركة الإنجليزية "براون وروت ليميتاد" من جهة أخرى، ويتعلق موضوع إلتزام هذه الشركة بإنجاز خدمات هندسية وتسييرية والتركيب في مجالات البترول والغاز، إلى جانب عمليات الهندسة والهندسة المدنية أما من حيث الشكل، فإضافة لخضوعها إلى قانونها الأساسي، فهي تخضع أيضاً إلى القوانين واللوائح السارية المفعول والمطبقة على الشركات ذات الأسهم، إلى جانب خضوعها إلى المرسوم التشريعي رقم 12/93 لـ 5 أكتوبر 1993 والمتعلق بترقية الإستثمار الملغى بالقانون 09/16 الجديد<sup>93</sup>، وبالرجوع إلى القانون الأساسي للشركة المختلطة وبالخصوص المادة 31 فقرة 2 يظهر بأنها تنص على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري مما يعني أن هذا الأخير يمثل قانون الدولة الطرف في النزاع وكذلك قانون الدولة المضيفة للإستثمار من جهة، ومن جهة أخرى تطبيق القانون الوطني للدولة في النهاية ما هو إلا الوسيلة الطبيعية

في هذا السياق ينظر نص المادة 6 من المرسوم رقم 364/63 المؤرخ في 14/09/1963 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي الخاص بالتحكيم و الملحق بباريس يوم 26/06/1963، الجريدة الرسمية، عدد 67 سنة 1963.

<sup>91</sup> عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 240.

<sup>92</sup> أنظر نص المادة 12 من إتفاقية الإستثمار للوكالة الوطنية سنة 2004 الجريدة الرسمية العدد 07، 28 يوليو، 2007.

<sup>93</sup> أنظر نص المادة 24 من قانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، السالف الذكر.

للتعبير عن سيادته<sup>94</sup>، وبالتالي يظهر من خلال ما سبق أنّ المشرع الجزائري يحرص كغيره من تشريعات الدول النامية التي تهدف إلى تطوير سياستها التنموية على إخضاع عقود الإستثمار للقانون الجزائري.

### المطلب الثالث

#### خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني إعمالاً لقواعد القانون الدولي الخاص

يظهر القانون الدولي الخاص كواحد من المرتكزات التي تؤسس لفكرة إخضاع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة الطرف في العقد، فقانون الدولة المتعاقدة قد يسري على عقود الإستثمار إما لأن الأطراف المتعاقدة قد إختارت صراحة هذا القانون ليحكم العقد وإما لوجود ملائمة وظروف توضح بأن إرادة الأطراف اتجهت ضمناً لتعيين القانون الوطني ليحكم العقد وبالتالي يطبق القانون الوطني تحت فكرة الإرادة الضمنية في حالة غياب الاختيار الصريح له (الفرع الأول). وعلى كل يبقى القانون الوطني للدولة المتعاقدة قانوناً يرتبط ارتباطاً وثيقاً ويرتكز فيه مركز النقل بالنسبة للعلاقة القائمة ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي حتى لو لم يختار الأطراف القانون الذي سيطبق على العقد صراحة (الفرع الثاني). ولقد أجمع الفقه في هذا السياق على أن القانون الأنسب والأصلح للتطبيق على العقد والمنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيه، هو قانونها الوطني وذلك حفاظاً على سيادتها (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### الخضوع للقانون الوطني وفق إرادة الأطراف

يعد مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص وكذا التشريعات الوطنية للعديد من الدول إضافة لأحكام القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية، وتعتبر إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ضابطاً إسناداً أصيلاً يستعان به في حل مسألة تنازع القوانين في العقود الدولية، ولهذا يكون للأطراف المتعاقدة الاتفاق على إخضاع العقد المبرم بينهما للقانون الذي تتجه إرادتهم إليه<sup>95</sup> (أولاً). وفي حالة تخلف إرادة الأطراف الصريحة، فإنه يتعين البحث عن قرائن توضح إرادتهم الضمنية، فإن وجدت يكون للقاضي أو المحكم تعيين القانون الوطني الواجب

<sup>94</sup> عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 241.

<sup>95</sup> شلتاع شيماء محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة والأشخاص الأجنبية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه بكلية الحقوق، جامعة بغداد، 2005، ص 74.

التطبيق (ثانياً)، وبالتالي أعمال هذه النظرية بشأن عقود الإستثمار يؤدي إلى خضوعها إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة إذا ما لم تتجه إرادة أطراف العقد نحو اختيار هذا القانون صراحة<sup>96</sup>.

### أولاً : الاختيار الصريح لقانون الدولة المضيفة

إن أعمال هذه القاعدة بشأن عقود الإستثمار يؤدي إلى خضوع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وذلك على أساس ما إتجهت إليه إرادة الأطراف في العقد إلى إختيار هذا القانون صراحة ليحكم العقد الذي يبرمونه سواء في الإنشاء أو في حل المنازعات، وبالتالي لا يستطيع المحكم أو القاضي مخالفة هذا الاختيار والخروج عن قاعدة العقد سريعة المتعاقدين مادام الأطراف أحرار فيما يختارون من قانون<sup>97</sup>. من بين الأمثلة على الإختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد ما نصت عليه المادة 09 من العقد المبرم ما بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا، حيث أشارت إلى أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق على العقد، وكذلك ماورد في العقد المبرم ما بين حكومة جامايكا وشركة Alcoa Minerals Of Jamaica على أن القانون الجاميكي هو القانون الواجب التطبيق وعلى محكمة التحكيم تطبيق هذا الأخير وقواعد القانون الدولي التي يمكن أن تطبقها<sup>98</sup>.

كُرس مبدأ خضوع العقد الدولي للقانون المختار صراحة من قبل التحكيم، وذلك بالرغم من الجدل الذي ثار بشأن مدى إلتزام المحكم بهذا الإختيار، وقد إعترفت العديد من أحكام التحكيم الصادرة بشأن المنازعات الناشئة في عقود الإستثمار وغيرها بأن للأطراف القدرة على إختيار النظام القانوني الحاكم لعقودهم بوصفه قانون إرادتهم، ويدافع على هذا جانب من الفقه القانوني على أن القاضي أو المحكم مقيد بالإختيار الذي قام به الأطراف<sup>99</sup>، فإختيارهم لقانون معين ليحكم العقد وذلك بناء على مبدأ سلطان الإرادة الغير خاضع لأي قيود يفرض على القاضي أو المحكم إحترامه، فوظيفة الإرادة هي إسناد العقد

محمد حسين أحمد منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 433.

<sup>97</sup> TAIDA BEGIC, APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES, Eleven International Publishing, Utrecht, the Netherlands, 2005, p16. Charge de site [http://gen.lib.rus.ec/search.php?req=+Investment+Disputes+&lg\\_topic=libgen&open=0&view=simple&res=25&phrase=0&column=def](http://gen.lib.rus.ec/search.php?req=+Investment+Disputes+&lg_topic=libgen&open=0&view=simple&res=25&phrase=0&column=def) en 25/02/2018 a 22:13

<sup>98</sup> أحمد الهواري، القانون الواجب التطبيق على عقود الامتياز البترولية، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بكلية القانون في الفترة من 20 إلى 21 ماي 2013، ص 1304.

<sup>99</sup> محمد المهدي الفارع، التحريرية في مادة التحكيم التجاري الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والإستثمارات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، كلية الحقوق المنار، سنة 2006/2007، ص 29.

وليس تركيزه، ذلك أن إرادة الأطراف عندما تتجه لإختيار قانون معين يكون دافعها في ذلك المضمون الموضوعي لهذا القانون<sup>100</sup>.

إن التعاضى عن القانون وتعيين قانون آخر وفقا لإعتبرات أخرى فإن هذا يؤدي إلى إهدار توقعات الأفراد والإضرار باليقين القانوني الواجب توفره في المعاملات<sup>101</sup>، ولقد وجد هذا الإتجاه في الواقع صدق كبير من تشريعات القانون الدولي الخاص الوطنية<sup>102</sup>. والمعاهدات التي لا تخلو في هذا الصدد من قيود إرادة المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق، وكذلك في أحكام القانون الوطني، إلا أنه قد يرد على هذا الإختيار قيد وذلك في إمكانية إستبعاد القانون المختار بإسم النظام العام في دولة القاضي.

### ثانيا: الإختيار الضمني لقانون الدولة

على الرغم من إختيار الصريح للقانون الذي يحكم عقد الإستثمار إلا أنه في كثير من الأحوال يخضع هذا العقد، شأنه شأن عقود الدولة إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة. ويرجع أساس هذا الخضوع في مثل هذه الأحوال الى أن هذا القانون هو الذي ترتبط به عقود الدولة إرتباطا وثيقا على نحو يتعين معه إعمال وتطبيق قواعد، فغالبا ما يتم إبرام هذه العقود في إقليم الدولة المتعاقدة ويتم تنفيذه في نفس الإقليم، وكذلك ان هذه العقود ترتبط بالمصالح الأساسية للدولة<sup>103</sup>.

ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار يقع على المحكم القيام بتحليل جميع العناصر القانونية والواقعية من أجل الوصول إلى القانون الذي ترتبط به بشكل قاطع وقوي، فهو يقوم بتركيز العملية التعاقدية بين كل من الدولة والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها في القانون الطبيعي الذي يتعين إعماله على هذه العقود، وفي غالبية الفروض يقود البحث إلى قانون الدولة المتعاقدة. فالبنسبة الى عقود الإستثمار وعقود الإمتياز واستغلال الموارد الطبيعية ومنها عقود الإمتياز البترولية فإن القانون الذي يتم تحديده في الغالبية العظمى من الحالات وذلك على إعتبار أن هذه العقود يتم تنفيذهما في إقليم هذه الدولة .

حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة ما بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 51. 100

101 RABEL: "the conflict of Laws, The Conflict of Laws: A Comparative Study, Second Edition. Volume Two. Foreign Corporations: Torts: Contracts in General," op cit, pp. 370 ss محمل من الموقع [http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=michigan\\_legal\\_studies](http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=michigan_legal_studies) يوم 2017/09/10 على الساعة 21:33 .

102 راجع نص المادة 18 و19 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون

المدني الجزائري المعدل.

103 صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير مشكلة تنازع القوانين، (دراسة في مركز أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في واشنطن)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 59 و60.

وكمثال على ما ذكر تظهر القضية رقم 1527 التي تم الفصل فيها وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية في باريس عام 1978، حيث ذهب المحكم بخصوصها إلى تحديد قانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم ما بين الدولة وشركة بلجيكية، نظرا لعدم إختيار الأطراف صراحة لقانون يحكم العقد<sup>104</sup>، على الرغم من أن العقد أبرم ما بين الدولة والشركة في بروكسل مع شخص بلجيكي وبالرغم من دوليته، فإن الشروط الموضوعية له تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، إذ أن المستثمر في إبرامه للعقد مع الدولة المستقبلية وكأنه يخضع للعقد إلى هذا القانون علاوة على أن العقد يتعين تنفيذه في إقليم هذه الدولة .

كما ذهبت هيئة التحكيم في قضية أخرى في الغرفة التجارية الدولية بباريس إلى أن العناصر التي يجب أخذها بعين الإعتبار من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي، هي أن هذا العقد الذي تم إبرامه بواسطة حكومة وهو مرتبط بأعمال يجب إنجازها في إقليم هذه الدولة التي تمارس فيه سيادتها<sup>105</sup>، وقد حرص المحكم أن كون الدولة طرف في العقد لا يؤدي بالضرورة تطبيق قانونها الوطني، إلا مع ذلك عنصر له وزنه ولاسيما إذا كان العقد محل المنازعة يتعين تنفيذه في إقليم الدولة الطرف.

إنّ اللجوء إلى استخدام فكرة الإرادة الضمنية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار في حالة الغياب الصريح لإرادة الأطراف يجب أن يتم بتحفظ شديد، ذلك أنّ أعمال هذه الفكرة على نحو مطلق قد يؤدي إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية من قبل المحكم<sup>106</sup>، لهذا فإن هذا الأخير يسعى دائما إلى استخدام قرائن وأدلة إضافية تفيد في تركيز العقد في القانون المختار ضمنيا من قبل الأطراف<sup>107</sup>. ولعل ذلك يبدو واضحا وفق ما أشار إليه حكم التّحكيم السابق، إذ أن المحكم لم يكتف من أجل تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على واقعة الحال بتبرير هذا الخضوع بالإرادة الضمنية فقط وإنما

<sup>104</sup> أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 43 .

<sup>105</sup> أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع نفسه، ص 45.

<sup>106</sup> الفتلاوي، أحمد حسين، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات العقدية الناتجة عن عقد الإستثمار، مقال منشور في مجلة جامعة بابل ( العلوم الانسانية )، العدد الأول، المجلد 16، العراق، 2008، ص 8.

<sup>107</sup> حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 489.

عزز ذلك بأن العقد المائل سوف يتم تنفيذه في إقليم الدولة المضيفة<sup>108</sup> للاستثمار وهذا أمر منطقي على أساس أن مركز ثقل هذا العقد هو دولة تنفيذه.

ولما كانت عقود الإستثمار ترتبط بالخطط التنموية للدولة المضيفة للإستثمار، ينبغي إخضاعها لنظام قانوني يراعي هذه الطبيعة، وهو القانون الوطني لهذه الدولة، والذي يمثل القانون الطبيعي الواجب التطبيق على مثل هذه العقود لما تمثله عقود الإستثمار واقتصاد الدول<sup>109</sup>، لذلك فإن نظرية الأداء المميز والتي تراعي الطبيعة القانونية للرابطة العقدية تعد أقرب هذه المناهج الذي يمكن الإعتماد عليها للوصول إلى القانون الواجب التطبيق والأوثق صلة بالعقد في حالة عدم إختياره من قبل الأطراف، وذلك بوصفه قانون مكان الأداء المميز في العقد.

من خلال ما سبق يتضح أنّ القانون الدولي الخاص يعزز من فكرة تطبيق القانون الوطني على عقود الإستثمار سواء في حالة الاختيار الصريح لهذا القانون من قبل الأطراف أو في حالة عدم اختيارهم أين يأتي دور المحكم في استنتاج الإرادة الضمنية من خلال أعمال مركز الثقل للعقد ومكان تنفيذه.

### الفرع الثاني

#### الخضوع للقانون الوطني إعمالاً لنظرية التركيز

يتمثل الأساس القانوني لخضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة في كون هذا الأخير هو القانون الذي ترتبط به عقود الإستثمار ارتباطاً وثيقاً على نحو يتعين معه إعمال قواعده، فعادة ما تبرم هذه العقود في إقليم الدولة المتعاقدة ويتم تنفيذها في إقليمها، كما أنها مرتبطة بمصالحها الأساسية<sup>110</sup>، ومن هنا يقوم المحكم أو القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود بتحليل العناصر القانونية والواقعية، بحيث يعمل على بحث القانون الطبيعي الذي يتعين إعماله على عقود الإستثمار ويقوده هذا البحث إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

<sup>108</sup> إننا نستخدم غالباً مصطلح(الدولة المضيفة) للتعبير عن الطرف الوطني الذي يقوم بإبرام العقد، بينما نستخدم(المستثمر الأجنبي) أو الطرف الأجنبي أو الشركة الأجنبية، للتعبير عن الطرف الخاص الأجنبي الذي يقوم بالتعاقد مع الدولة .

عاطف سليمان، الثروة النفطية ودورها العربي، الدور السياسي والإقتصادي للنفط العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2009، ص 118.

<sup>110</sup> حفيظة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص 508.

وفي هذه الحالة يعد مكان إبرام العقد قرينة أو مؤشرا يلجأ القضاء إلى استخدامه كعامل من عوامل تركيز العقد في قانون دولة الإبرام<sup>111</sup>، ومع ذلك في حالة اختلاف مكان الإبرام عن مكان تنفيذه فإن القضاء يلجأ إلى تفضيل قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ، إلا أنه لا يفهم بالضرورة إعمال معيار قانون مكان تنفيذ العقد في جميع الحالات إذ أن عقود الإستثمار وعقود إقامة المجمعات الصناعية وعقود الامتياز وإستغلال الموارد الطبيعية تخضع لقانون الدولة المتعاقدة باعتبار تنفيذها يتم في إقليم الدولة المضيفة<sup>112</sup>.

ولقد ذهب قضاء التحكيم إلى أن معيار تنفيذ العقد لا يصلح وحده كمعيار لإسناد العقد إلى قانون دولة التنفيذ بل لا بد من تعضيد هذا المعيار بمعايير أخرى كوجود الدولة الطرف في العقد من أجل تحديد قانونها لإعماله على العقد<sup>113</sup>. ففي قضية تم الفصل فيها وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1978 فصل المحكم وأوضح بأن القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم ما بين الدولة والشركة البلجيكية هو قانون الدولة المتعاقدة بناء على تركيز هذا العقد في قانون الدولة المضيفة وباعتبار أن العقد سينفذ على إقليمها، وعلى الرغم من أن العقد قد تم إبرامه في بروكسل مع شخص أجنبي وعلى الرغم من طابعه الدولي فإن الشروط الموضوعية له تخضع إلى قانون الدولة الطرف في العقد إذ أن إرادة الأطراف قد إنصرفت الى خضوع هذا العقد الى هذا القانون علاوة على أن هذا العقد يتعين تنفيذه في إقليم الدولة المستقبلية<sup>114</sup>. وبصفة عامة فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار يتم من خلال البحث عن الصلة الحقيقية التي يرتبط بها مركز ثقل العقد.

ظهرت نظرية الأحادية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في أفكار الأستاذ الفرنسي باتيفول وهي تسمى كذلك "نظرية التركيز والتوطن وقوام هذه النظرية أن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو تركيز العقد و توطينه في دولة معينة وليس إختيار القانون الواجب التطبيق فالمتعاقدان لا يختاران قانونا معيناً يلتزم به القاضي، بل يركزان عقدهما في مكان معين، ومن هذا التركيز يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق فالأطراف فقط يقدمون الوقائع التي يتوطن عن طريقها العقد في مكان معين كإبرام العقد أو تنفيذه وبذلك المثابة فإن إختيار الأطراف صراحة قانونا معيناً لحكم العقد وكان لا يتقابل ذلك الإختيار مع التركيز أوالتوطن الموضوعي أو الحقيقي لبيان العقد، كان للقاضي حق أن يهمله ويسعى هو في البحث عن هذا التوطن واستخلاص القانون الواجب التطبيق، فالتوافق بين القانون المختار والتوطن الموضوعي للعقد هو الشرط الضروري لفعالية إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، في هذا السياق راجع زياد محمد بشاشة، دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية، ج1، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد33، 2013، ص 259 .

طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 184.112

سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 617.113

حفيفة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص 508.114



ففي القضية التي تم الفصل فيها تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس ذهب المحكم إلى أن العناصر التي يتعين أخذها بعين الاعتبار من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الحكومة والطرف الخاص هي أن العقد أبرم بواسطة الحكومة ويتعلق بأعمال يتعين إنجازها في إقليم الدولة التي تمارس الحكومة سيادتها وأبرز أن كون الدولة طرف في العقد لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانونها إلا أنه مع ذلك عنصر له وزنه ولاسيما إذا كان العقد محل المنازعة يتعين تنفيذه في إقليم هذه الدولة الطرف وقانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء أو الأداء المميز<sup>115</sup>.

ومن أهم المفاهيم التي يلجأ إليها التحكيم على أساس تطبيق فكرة إعمال القانون الذي تكون العلاقة القانونية تتصل به على النحو الوثيق أو مركز الثقل أو قانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء بالأداء المميز للعلاقة التي يتم فيها العقد، وعلى أساس أن العقد يتضمن مجموعة من الأداءات سواء منها ما يتعلق بإبرامه أو تنفيذه، وإعمال هذا الإتجاه بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظراً لأنه القانون الذي يركز فيه الأداء في عقود الإستثمار الدولية. ولقد تبنت هذه النظرية العديد من الإتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم والقضاء وهذا شيء منطقي مؤداه خضوع العقد الى مكان ابرامه وتنفيذه في الدولة المستقبلية.

وعلى الرغم من أن مبدأ قانون الإرادة يعني في عمق مفهومه منح الأطراف الحرية الكاملة في مكنة إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وفق ما يرونه في مصلحتهم التعاقدية، إلا أن هذا المبدأ عرف العديد من الهزات، وخاصة في ظل التطورات التي تشهدها العلاقات الإقتصادية الراهنة، الأمر الذي جعله يعاني أزمة حقيقية أطلق عليها الفقه أزمة قانون الإرادة، فظهر منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ارتبط بتطور دور الدولة ونموه في المذهب الإشتراكي وانتشاره مع مطلع القرن الماضي<sup>116</sup>، إلا أنه ومن خلال إستطلاع واقع المعاملات الإقتصادية اليوم يظهر بوضوح أنها بدأت تأخذ إتجاها متصاعدا نحو التحرر من كل القيود خاصة مع تطور التجارة العالمية وحاجة الدول في إستقطاب الإستثمارات العالمية وذلك من أجل الرقي والإزدهار في الإقتصاد الوطني للدول<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> B. Goldman, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants "in investissement étrangères paris 1969. p133 spés 134.

<sup>116</sup> محمود محمد الياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 18 و 19.

<sup>117</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية الإقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19، جامعة المنصورة، 1997، ص 580.



وبهذا فإن النظام الإقتصادي العالمي الجديد الذي يقوم على حرية الإستثمار والتجارة ما بين الدول لم يساهم فقط في إنتعاش الأسواق العالمية وتحقيق معدلات النمو الإقتصادي، بل أدى أيضا إلى تزايد القواعد الحمائية، وبالتالي تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في ميدان العقود الدولية وبالأخص عقود الإستثمار.

يعتبر منهج القواعد ذات التطبيق الضروري منهجا منافسا لقاعدة الإسناد وبالتالي أضحى قانون الإرادة في مجال عقود الإستثمار في أزمة حقيقية في ظل إتجاه الدول نحو توقيع العديد من الإتفاقيات الدولية التي تسمح لها بتطبيق قوانينها الوطنية وخاصة في عقود الإستثمار لأنها عقود في الحقيقة دولية إلا أن لها طبيعة خاصة ما ترتب عن ذلك زيادة في القواعد ذات التطبيق الضروري للدول والقواعد التي لا يمكن مخالفتها من قبل المستثمر أثناء إبرام عقده مع الدولة المضيفة له<sup>118</sup>.

### الفرع الثالث

#### موقف الفقه من خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني

يذهب بعض الفقه إلى تشجيع خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة كونه أكثر القوانين ملاءمة وتناسبا مع طبيعة هذه العقود، ومن هؤلاء الفقيه ( جراسيا ) الذي يذهب إلى القول أنه من المقبول به حاليا من الفقه وما يجري به العمل أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي يحكمها فيما يتعلق بنشأتها وتنفيذها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة<sup>119</sup>. وقد أخذ الفقيه نبوييه بنفس الاتجاه الذي يؤيد خضوع العقود التي تبرمها الدولة لقانونها الوطني على أساس تبني فكرة الإرادة الضمنية لأطراف التّعاقد حيث أن تعاقد الطرف الأجنبي مع حكومة دولة ما يعني تسليمه وانصراف نيته إلى تطبيق القانون الداخلي لهذه الدولة<sup>120</sup>.

أكد الأستاذ "أمادور" مقرر لجنة القانون الدولي على " أن العقود التي تبرم بين الدولة وشخص أجنبي يحكم إبرامها وتنفيذها القانون الوطني للدولة المتعاقدة وليس القانون الدولي العام، ذلك أن الشخص

غداء بوادجي، القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار نظرية التنازع، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، بكلية

الحقوق، جامعة حلب سوريا، 2014/2015، ص 12.

<sup>119</sup> أورده المواحدة مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2002، ص 200.

<sup>120</sup> أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 43 و 44.

الخاص الذي يرتبط بعلاقة تعاقدية مع حكومة أجنبية يوافق على أن تخضع كافة الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد للقانون الوطني<sup>121</sup>.

وتدعيما لما سبق فإن أي عقد يتم إبرامه لا يتصور وجوده معزولا عن نظام قانوني معين يخاطبه ويؤسس مشروعيته سواء كان هذا النظام دوليا أو داخليا، كما أنّ الدولة هي التي تخضع منفردة إلى القانون الدولي من حيث إكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات عند تصرفها باعتبارها من أشخاص هذا القانون أما في حالة إبرام الدولة لعقود مع شخص أجنبي خاص، فإن القانون الدولي لا يمكن أن يسري على هذه العلاقة الأمر الذي يدعم تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

وفضلا عما ذكر تسهم معايير القانون الدولي الخاص كثيرا في تدعيم الرأي القائل بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة دون سواه من القوانين، من بينها نظرية التركيز التي بدورها تساعد المحكم في تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على موضوع النزاع، ذلك أن عقد الإستثمار عادة ما يتم إبرامه وتنفيذه داخل إقليم الدولة المتعاقدة ويرتبط بمصالحها الأساسية وبالتالي فإن هذه المؤشرات تعمل على تركيز العقد في النظام القانوني للدولة المضيفة كقانون واجب التطبيق<sup>122</sup>.

وبناء على ما سبق فإن الفقه الدولي وفقه القانون الدولي الخاص يرى أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية، على أساس أنه من غير المعقول خضوع الدولة لقانون آخر وما ينجم عليه من مشاكل متعددة كدفع هذه الدولة بالحصانة الدولية أو القضائية بغرض تلافي تطبيق القانون الأجنبي<sup>123</sup>. كما أكد القضاء من جانبه ضرورة خضوع عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة لقانونها الوطني، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية في 12 أوت 1929 الذي وضح أنه لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة أن ترتضى إستنادها إلى قانون آخر مخالف لقانونها الخاص ونص هذا الحكم في حالة عدم الاختيار للقانون الواجب التطبيق يكون قانون الدولة المضيفة هو القانون الحاكم للعلاقة التعاقدية القائمة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> أورده الحميري فهد بجاش، النظام القانوني لعقود الإستثمار النفطي في اليمن، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2006، ص 123 و 124.

<sup>122</sup> المواجدة مراد محمود، المرجع السابق، ص 214.

<sup>123</sup> حفيظة السيد الحداد، عقود الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، 507.

<sup>124</sup> أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 47.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّ الاتجاهات المؤيدة لتطبيق القانون الوطني على عقود الإستثمار وُجّهت لها العديد من الإنتقادات أهمها تلك التي اعتبرت القوانين الوطنية غير ملائمة لحكم العلاقة التعاقدية، وذلك بسبب طبيعتها البدائية في كثير من الأحيان، كما أنّ خضوع عقود الإستثمار الدولية إلى القانون الوطني الداخلي سيكون في غير مصلحة الطرف الأجنبي الذي يعتبر النظام القانوني الوطني للدولة المضيفة غريبا عنه، هذا إضافة إلى مسألة سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة الأمر الذي سيؤدي إلى ضياع حقوق المستثمر الأجنبي في ظل خضوعه إلى هذا القانون<sup>125</sup>.

لكن وعلى الرّغم من الإنتقادات المشار إليها ترجح غالبية الفقه وأحكام التّحكيم تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الإستثمار، نظرا لمنطقية الحجة التي أوردها الفقه والتي منها الصّلة الوثيقة بين كل من قانون الدولة المضيفة وعقد الإستثمار، حيث يعد قانون الدولة المضيفة قانون محل التعاقد وقانون محل الفصل في النزاع في بعض الاتفاقيات الدولية، كما يكون في بعض الاتفاقيات قانون محل تأسيس الشركة العاملة في الدولة المضيفة، لذلك فإن تطبيق أي قاعدة من قواعد التنازع ستؤدي إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة<sup>126</sup>.

يمكن القول مما سبق أنّ تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الإستثمار يعد أمرا جد مقبول ومنطقي، ذلك أنّ القانون الوطني الداخلي للدولة المتعاقدة هو الأكثر ارتباطا بعقد الإستثمار على اعتبار مكان تنفيذ المشروع سيكون داخل إقليم الدولة المتعاقدة ذاتها، وتبعا لهذا لا يبقى أمام المستثمر الأجنبي إلا استعمال الطّرق القانونية من أجل تجميد القانون الوطني للدولة المتعاقدة معه الذي سيطبق عليه عن طريق إدراج شرط الثبات القانوني.

<sup>125</sup> الحميري فهد بجاش، المرجع السابق، ص 15.

<sup>126</sup> محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2000، 224.

## المبحث الثاني

### الثبات التشريعي: تراجع لإرادة الدولة

يسعى المستثمر الأجنبي إلى تقادي اختيار القانون الوطني للدولة المستقلة كقانون حاكم للعقد وذلك خوفا من خضوع العقد لكافة التغيرات والتعديلات التي قد تلحق بهذا القانون، لاسيما تلك التي قد تعمد الدولة إلى إجرائها للإخلال بالتوازن التعاقدية بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها. ولكن غالبا ما يفشل المستثمر في إقناع الدولة المضيفة في إختيار قانون غير قانونها الوطني، أو حتى خضوع العقد لقانون وطني لدولة أخرى، وبالتالي لا يجد المستثمر من حلول أمامه سوى محاولة تحجيم دور القانون الوطني للدولة المضيفة عن طريق منع الدولة من المساس بالتوازن العقدي وتغيير العقد بإرادتها المنفردة من ناحية، والتأكيد على عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجربها الدولة على العقد المبرم بينها وبينه من ناحية أخرى، وذلك عن طريق إدراج شرط الثبات التشريعي (المطلب الأول)، وتجدر الإشارة أن وظيفة هذا الشرط تحولت وأصبحت مكرسة في قوانين الإستثمار وأصبحت الدول تدرجه في صلب قوانينها الوطنية كضمانة للمستثمر الأجنبي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### شرط الثبات التشريعي: من شرط إتفاقي

تبدو شروط الثبات التشريعي التي بمقتضاها يتم تجميد القانون الواجب التطبيق في العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرام هذا الأخير أكثر شيوعا في العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأطراف الأجنبية لاسيما في شأن عقود الإستثمار والتنمية الاقتصادية<sup>127</sup>. ويشير التحليل الفني لتلك الشروط إلى أنها قد كانت في البداية شروطا تعاقدية يمكن أن تدرج كبند في العقد ما بين المستثمر والدولة حفاظا على التوازن العقدي، إلا أن هذا كان محل خلاف فقهي حول إدراج هذا الشرط فهناك رأي أيد أن يكون للمستثمر الحق في تجميد هذا القانون، فيما أنكر البعض الآخر صحة هذا الشرط وذهب إلى أن للدولة الحق في تغيير قوانينها على أساس ما يخدم بيئتها القانونية في مجال الإستثمار (الفرع الأول)، ويقوم هذا الشرط على العديد من المرتكزات التي من بينها تجميد القانون الواجب التطبيق ويكون كذلك تعديل هذا القانون إلا بموافقة المستثمر (الفرع الثاني).

<sup>127</sup> N.DAVID, LES CLAUSES Des stabilité dans les contrats pétroliers ,qustions dun praticien , clunet 1986 , p 79

## الفرع الأول

### الجدل حول صحة شرط الثبات التشريعي

يختلف الفقه بشأن تصادم الآثار التي يترتبها شرط تثبيت القانون الوطني الواجب التطبيق المدرج من قبل المستثمر الأجنبي في عقد الإستثمار وحق الدولة في تعديل قوانينها لأغراض تقتضيها المصلحة العامة حيث يميز في هذا الإطار إتجاهان، إتجاه يؤيد تثبيت القانون الوطني للدولة (أولاً)، فيما يرفض رأي آخر يرفض تثبيت القانون الوطني للدولة المضيقة للإستثمار ويرى أنه من حق أية دولة أن تغير قوانينها بناءً على مبدأ السيادة (ثانياً).

### أولاً: الاتجاه المؤيد لشرط تثبيت القانون الوطني للدولة المستقبلية

في الحقيقة يعتبر إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار أمراً منطقياً بالنظر لعدم تساوي المراكز العقدية للأطراف، حيث تتمتع الدولة بوصفها سلطة تشريعية بمزايا إستثنائية لا يتمتع بها المستثمر الأجنبي لذلك يسعى إلى تأمين نفسه من كل المخاطر التي سيتعرض إليها خشية ضياع حقوقه في هذه العقود واختلال التوازن بينه وبين الدولة في الحقوق المكتسبة نتيجة إصدار هذه الأخيرة لنصوص أو قواعد تشريعية جديدة غير التي كانت موجودة وقت إبرامه للعقد مع الدولة<sup>128</sup>.

إن الغرض من إدراج المستثمر الأجنبي لشرط الثبات التشريعي في عقد الإستثمار المبرم بينه وبين الدولة المستقبلية للإستثمار هو منع الدولة من تغيير الإجراءات أو الوضع القانوني طوال مدة سريان عقد الإستثمار، بحيث لا تتضرر الشركة الأجنبية المتعاقدة أو الطرف الأجنبي من التشريعات أو القرارات اللاحقة على انعقاد العقد، وتستند مشروعية هذا الشرط إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وإلى مبدأ الحقوق المكتسبة<sup>129</sup>.

يذهب في هذا الخصوص بعض الفقه إلى أن شرط التثبيت أو التجميد الزمني لقانون العقد شرط صحيح ومنتج لآثاره القانونية وبما يترتب على ذلك من تحقق الأثر القانوني الناجم عنها، وهو عدم إمكانية قيام الدولة المتعاقدة بتعديل أو تغيير القانون الحاكم للعقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة إلا إذا نص العقد على ذلك وعن طريق وجود نص صريح فيه يسمح للدولة بفسخ العقد أو تعديله وذلك عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يقرر ذلك<sup>130</sup>.

أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 309.128

سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 140.129

حفيظة السيدة الحداد، العقود المبرمة ما بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 344.130

ويستند هذا الإتجاه إلى أن نظرية العقد الطليق، ويرى أصحابه أن هذه الشروط صحيحة في ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني آخر يقرر صحتها، وإلى إعتبار هذه الشروط صحيحة لأنها تعد قواعد القانون الدولي الخاص المادي أو لأنها من القواعد المادية ذات التطبيق المباشر، ويؤسس هذا الإتجاه رأيه كذلك على فكرة قدسية العقود وعدم المساس بها ومبدأ القوة الملزمة للعقد، لاسيما تلك المبادئ التي تتخالف في مجال عقود الإستثمار مع فكرة سيادة الدولة المضيفة وقدرتها على التعديل في العقد وعلى أساس إعتبارها سلطة عامة<sup>131</sup>، وقبول الدولة على حسب هذا الإتجاه، هو بمثابة تنازل عن كل المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة وهو ما يستتف من شرط التثبيت، وبالتالي تكون الأولوية لمبدأ القوة الملزمة للعقود والتي تغل يد الدولة في عدم المساس بالعقد وإجراء تغييرات عليه<sup>132</sup>.

ويبني البعض من هذا الرأي حججه على إعتبرات عملية خاصة مع قدرة الدولة على تغيير تشريعاتها، بحيث يضمن هذا الشرط الحد الأدنى من الإستقرار في العقود والروابط العقدية ويحفظ توقعات الأطراف ويحقق الأمن القانوني في عقود الدولية وبالخصوص عقود الإستثمار دون أن ينطوي ذلك على المساس بسيادة الدولة المضيفة وذلك على أساس حرمتها الواردة في سياق إبرامها للعقود والتي أغلبها عقود تكون في خدمة المصلحة العامة<sup>133</sup>، ويرون كذلك أن العديد من الدول لا سيما الدول النامية على السّماح للمستثمر الأجنبي بإدراج شرط الثبات التشريعي في عقودها مع المستثمرين الأجانب حيث يلعب هذا الأخير دورا هاما في هذه السياسة التي تتبعها الدولة بوصفها تلعب دورا هاما في إستقطاب الإستثمار الأجنبي والذي بدوره ما يمثل من إطمئنان بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي<sup>134</sup>.

ويؤكد هذا الإتجاه أن تضمين العقد شرط الثبات التشريعي بهدف الحيلولة بين الدولة كطرف وبين إستخدامها الميزة التي تتمتع بها الدولة بوصفها سلطة تشريعية قادرة على خلق قواعد قانونية جديدة قد تمس بالتوازن العقدي على الرابطة القانونية<sup>135</sup>. فهذه الشروط التي يدرجها المستثمر تستجيب لعدة إستقرارات في الرابطة العقدية وهو ما يشكل نوعا من الأمان الذي ينشده بصفة خاصة المستثمرون

وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 866.

<sup>132</sup> حفيفة السيدة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 346.

<sup>133</sup> جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، الإجراءات والإتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 60.

<sup>134</sup> Jennings, Robert, "States Contracts in International Law", British Year Book of International Law, 1961, p p 156-176.

<sup>135</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 72.

الأجانب في تعاقدهم مع الدولة المضيفة للاستثمار، وفي هذا يقول أحد الباحثين بهذا الخصوص "كان القصد من هذا الشرط تاريخيا هو إعطاء ضمان إضافي لإستثمار الطرف الخاص بموجب العقد وإحداث توازن تجاه سلطة الدولة العليا"<sup>136</sup>.

وأخيرا يدعم مؤيدو شرط تثبيت القانون الواجب التطبيق في عقود الإستثمار من قبل المستثمر الأجنبي دفاعهم عنه بما جرى به في القانون الدولي، وخاصة من خلال التوجيه الصادر عن معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا لعام 1989 والذي ذهب إلى إقرار حق الأطراف في إختيار القانون الساري لحظة إبرام العقد كقانون واجب التطبيق عليه<sup>137</sup>، أو كذلك من خلال ما جاء به القضاء التحكيمي في العديد من المنازعات الذي نظر فيها، حيث ذهب إلى أن شرط التثبيت الذي تتعهد به الدولة بإرادتها الحرة لا يؤثر على سياستها التشريعية أو السيادية التي تحتفظ بها كاملة بالنسبة للغير من المواطنين والأجانب<sup>138</sup>.

ومن هنا فإن القوانين الجديدة يجب ألا تؤثر أو تنقص من الإلتزامات التعاقدية لتلك الدولة وقبل ذلك فإنه في موضع آخر قد أقر بضرورة حماية المستثمر الأجنبي من أي تعديلات قانونية قد تحدثها الدولة المضيفة، حيث يرون أن من واجب الدولة المتعاقدة مع المستثمر توفير الأمان القانوني مقابل ما يتعرض له من مسؤوليات ومخاطر ناجمة عن عملية الإستثمار<sup>139</sup>.

### ثانيا: الاتجاه المعارض لشرط تثبيت القانون الوطني للدولة المستقبلية

يميل هذا الإتجاه إلى تغليب إعتبارات سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود بحيث يعترف بحقها في تعديل العقد وقت ما شاعت بإرادتها المنفردة حتى ولو تضمن العقد شرطا يشير إلى خلاف ذلك فيما لو إقتضت مصلحتها العامة قيامها بهذا التصرف، وذلك انطلاقا من أن من يملك حق إختيار القانون ليس هو مشرع الدولة المضيفة والتي صدر عنها القانون الواجب التطبيق، والقول بغير ذلك يعني مساس المتعاقدين بسيادة الدولة التي تم إختيار قانونها لحكم العقد.

ويؤكدون أنه من غير الممكن إدراك غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد وربطها باستقرار الرابطة التعاقدية وكذا حفظ توقعات الأطراف ومنه تحقيق الأمن

<sup>136</sup> redfen. the arbitration between the Government of kuwait and aminoil, bybi.l vol 55, 1984 , p 84 .

<sup>137</sup>.348 حفيظة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص

<sup>138</sup>.767 وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص

<sup>139</sup>.85 أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص

القانوني، فقد تكون الأحكام الجديدة هي التي تقلب الموازين وتوجه اقتصاديات العقد لصالح طرف واحد في العقد سواء المستثمر أو الدولة المضيفة للاستثمار وقد يلحق الضرر بأحد الأطراف<sup>140</sup>.

ومن هنا فإن شرط الثبات التشريعي يجرّد الدولة من المزايا التي يمنحها إياها كل من القانون

الوطني والقانون الدولي على حد سواء، إذ لا يقبل أحدهما تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة أو وضع الدولة في مرتبة أدنى من مرتبة الطرف الخاص، حيث ستخضع تلك العلاقة ولو تمت مع طرف خاص وبغض النظر عن جنسيته إلى مجمل القواعد الآمرة ذات الصلة<sup>141</sup>.

وفيما يتعلق بقضية القواعد الآمرة فإنه يمكن اعتبار قرارات الدولة وتصرفاتها الماسة بالعقد من

قبيل القواعد ذات التطبيق المباشر التي تسري في مواجهة المتعاقد الخاص حتى لو كان العقد بينهما لا يخضع لقانونها كأن يخضع للمبادئ العامة للقانون أو للقانون الدولي.

ينسجم هذا القول مع التوجه الفقهي والقضائي بما فيه قضاء التحكيم المتعلق بعقود الدولة، وقد

جاء أكثر وضوحاً من خلال مشروع التوصيات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والذي أعدته لجنة القانون والعادات التجارية في غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1980 حيث نصت في مادتها التاسعة منه على ضرورة إقرار المحكم بالآثار المترتبة على القوانين ذات التطبيق الضروري المباشر في قانون الدولة المتعاقدة إذا كان العقد على صلة وثيقة بها طالما كانت تلك القوانين ضرورية التطبيق وفقاً لقانون تلك الدولة وذلك بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق.

كما ينسجم القول السابق عموماً مع المنطق القانوني السليم الذي يذهب إلى سمو القانون على

العقد مما يعني رفضه تلقائياً لشرط التجميد لما ينطوي عليه من تحديد لآثار القانون الواجب التطبيق من خلال العقد، لكونه يفترض معاملة العقود الدولية وبالخصوص عقود الإستثمار التي يعتبرها الكثير من الفقه على أنها عقود إدارية كالعقود الداخلية من جهة سريان النصوص أو التعديلات الجديدة عليها من طرف الدولة المتعاقدة<sup>142</sup>، بحيث يسمح للأطراف باستبعاد الأحكام الجديدة ذات الطبيعة المكملّة أو

<sup>140</sup>.173. بشار محمد الاسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 173.

<sup>141</sup>. حفيفة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص 349 و350.

<sup>142</sup>. غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، المرجع السابق، ص 176.



الاختيارية فقط على أن يتم ذلك بطريقة صريحة وواضحة من الأطراف وبشرط أن تظل الوسيلة الفنية الوحيدة لاستبعاد التعديلات الجديدة من قبل المستثمر الأجنبي هو الدفع بالنظام العام<sup>143</sup>.

ولا يعد الأثر الرجعي للقانون الجديد مخالفا للنظام العام إستناد إلى حق الدولة في تعديل قوانينها بما يخدم مصالحها العامة، بحيث يسمح للأطراف باستبعاد الأحكام الجديدة ذات الطبيعة المكملّة أو الاختيارية فقط وعلى أن يتم ذلك بطريقة صريحة وواضحة من الأطراف، وأن تظل الوسيلة الفنية الوحيدة لإستبعاد التعديلات الجديدة من قبل المستثمر الأجنبي هو الدفع بالنظام العام، ولا يعد الأثر الرجعي للقانون الجديد مخالفا للنظام العام إستناد إلى حق الدولة في تعديل قوانينها بما يخدم مصالحها العامة<sup>144</sup>.

ولن يثبت الإستناد إلى قواعد التنازع، حسب الرأي الفقهي المشار إليه، صحة شرط تثبيت القانون الواجب التطبيق بقدر ما يثبت بطلانه، بحيث يجب أن يفسر رضا الأطراف بقانون معين كقانون الإرادة على أنه رضا بمجمل هذا القانون أي بما يحتويه من قواعد للتنازع الزمني على نحو تغطي معه إرادتهم ما يطرأ عليه من تعديلات قانونية<sup>145</sup>.

إن إختلاف شروط الثبات التشريعي الأصول الفنية الثابتة في نظام تنازع القوانين من حيث المكان بما تتطوي عليه من خلل واضح ما بين عمليتين متميزتين هما: عملية تحديد القانون التي تخضع لإرادة الأطراف وفقا لقواعد التنازع، وعملية تطبيق القانون المختص التي لا دخل لإرادة الأطراف فيها لكونها من الاختصاص الأصيل للقاضي أو المحكم الذي يفصل في الدعوى ويتولى حلها وفقا للنظام القانوني للدولة التي ينتمي إليها القانون الواجب التطبيق<sup>146</sup>.

وبنظرة أبعد يلاحظ أن شرط الثبات التشريعي يخلط ما بين فكرتين مختلفتين وهما فكرة تجزئة القانون وفكرة تجزئة العقد، فإن تم قبول هذه الأخيرة في ظل ظروف معينة فإن الأولى لن تلقى قبولا لأنها تعارض فكرة الإسناد الإجمالي للقانون والتي تقوم على إحترام القاضي لقاعدة الإسناد بتطبيقه القانون الذي تمت الإحالة إليه بمجمله، كما تجعل العقد في الحقيقة بلا قانون نظرا لتطبيق نصوص مية في

هاشمي أمير، سيادة الدول النامية في عقود الإستثمار، رساية مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 43.

أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 94.

هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية ومقارنة للإتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والإتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات المجتمع الدولي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 120.

وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 770.

نظر مشرعها. أما من جهة قياس شرط التثبيت على قاعدة إستقلالية شرط التحكيم في معرض إثبات صحته فإنه يقوم قياساً على إفتراض يفنقر للإثبات، حيث لا تظهر أية ذاتية لهذا الشرط مقارنة بالآخر نظراً لاختلاف نطاقيهما الموضوعي، إذ تهدف قاعدة إستقلالية إتفاقية التحكيم إلى التمييز بين تصرفات الدولة كسلطة عامة أو كطرف متعاقد على نحو يمنعها من إتخاذ إجراءات سيادية تؤثر على صفتها كجهة متعاقدة خلافاً لشرط الثبات الذي يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة<sup>147</sup>.

ولعل أحد الأسباب التي كانت محل خلط في نظر هذا الاتجاه أنّ سيادة الدولة وأهليتها التعاقدية مسألتان لا يمكن التوفيق بينهما، بمعنى أنه عند قيام الدولة المضيفة بالتعاقد فإنها حتماً ستحتفظ من كل ما من شأنه تقييد سيادتها، والحقيقة أن حق الدولة في التعاقد مع الأشخاص الأجنبية ما هو إلا أحد مظاهر تمتعها بتلك السيادة.

### الفرع الثاني

#### مرتكزات شرط الثبات التشريعي

يستهدف المستثمر من وراء إدراج شرط الثبات في العقد وعدم المساس به تحقيق غاية محددة هي إخضاع العقد المبرم بينه وبين الدولة إلى قانون ثابت منذ لحظة إبرام العقد ولتحقيق تلك الغاية تلجأ الأطراف المتعاقدة إما إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو يؤمن تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد (أولاً)، وإما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات الجديدة اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي (ثانياً)، بالإضافة إلى أن هذا التغيير يكون بقبول المستثمر الأجنبي بالقانون الجديد الذي سيسري عليه (ثالثاً).

#### أولاً: تجميد القانون الوطني الواجب التطبيق على العقد

يتحقق هذا الشرط بنص العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها على أن قانون الدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق على العقد وفقاً للنحو الذي يكون عليه هذا القانون في لحظة إبرام العقد أو في وقت تنفيذه، وذلك بهدف منع الدولة من استخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد والمساس به، ويؤدي هذا النوع من الشروط إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك

صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمان، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري، أطروحة<sup>147</sup> مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1994، ص 605.

يقطع الصلة بين القواعد والمبادئ القانونية التي تم تثبيتها والقانون الوطني الذي نص عليها وذلك بعد مرور فترة معينة لاسيما في حالة ما تغير مضمون هذا القانون<sup>148</sup>.

ومن أمثلة الشروط التي تؤدي إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد المادة 47 من الاتفاق المبرم ما بين حكومة غانا وشركة قولتا للألمنيوم التي نصت "على أن الاتفاق المعني وكذلك الوثائق الملحقة به قد تم إبرامها وترتب جميع آثارها وفقا للقانون الغاني الساري في 22 أوت سنة 1977، إلا إذا نص صراحة على خلاف ذلك"<sup>149</sup>؛ وكذلك نص المادة 41 من عقد الإمتياز المبرم ما بين شركة Equateur وشركة Texas petroleum والموقعة في 21 أكتوبر التي جاء فيها ما يلي: "تلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية المفعول وقت التوقيع على العقد تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد وتولى حكم ما يتم الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها"<sup>150</sup>.

يتضح من خلال الأمثلة السابقة بأن الطائفة الأولى من الشروط تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية وتنقسم إلى نوعين، الأولى شروط تؤدي إلى تجميد القانون الواجب التطبيق والثانية تهدف إلى إندماج هذا القانون في العقد، وعلى الرغم من أن القواعد القانونية المختارة من قانون الدولة المتعاقدة، لا يمكن أن تكون محلا للتعديل أو للتغيير وذلك إحتراما لشرط الثبات التشريعي، إلا أن الدولة المتعاقدة يمكنها دائما بوصفها سلطة عامة أن تضع قواعد قانونية أو لائحية تبطل أو تفسخ العقد المبرم بينها والمستثمر الأجنبي.

### ثانيا : شرط الثبات التشريعي، إستثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد

يرى جانب من الفقه أنه إذا اتفق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد دون التي قد تطرأ بعد ذلك، فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي تندرج تلك القواعد تحت لوائه، بل فقط يتوقف سريان القواعد الجديدة التي تستجد بعد انعقاد العقد حيث تظل قواعد قانونية بالمعنى الفني له<sup>151</sup>. وبهذا الشكل فإن شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى إستمرار سريان القانون

<sup>148</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دراسة تأصيلية إنتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 311 و312.

<sup>149</sup> حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة ما بين الدولة والطرف الاجنبي، المرجع السابق، ص 330.

<sup>150</sup> حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 333 و334.

<sup>151</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 81.

الذي تم اختياره من قبل الأطراف على العقد وهو القانون الوطني للدولة المتعاقدة على الرغم من صدور قانون جديد، تعد استثناء على التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد، وتحول دون أعمال أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان<sup>152</sup>.

ويتطلب تحقق الاتجاه الفقهي المذكور ضرورة إتصال قواعد القانون الجديد بالنظام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة، حتى يمكن القول بأن استمرارية سريان القانون المختار على الرغم من نفاذ هذه القواعد هو استثناء على مبدأ السريان الفوري للقانون الجديد<sup>153</sup>. أما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة فإنها لا تسري كأصل عام على العقد التي تم إبرامه في القانون القديم وبالتالي لا يعد تثبيت القانون الوطني من قبل المستثمر استثناء على التطبيق الفوري أو المباشر للقانون الجديد<sup>154</sup>.

ما يلاحظ بهذا الشأن أن مبدأ سريان القانون القديم على الآثار الجارية للمراكز العقدية هو تكييف ينطبق في نظر البعض على عقود الإستثمار، والسبب في ذلك أن المبدأ المذكور هو مبدأ ينفرع عن سلطان الإرادة، وبالتالي لا يكون له محل إذ لا يكون مبدأ سلطان الإرادة ذاته موضع تطبيق، كما أنه من المعروف أن إرادة الأفراد تظل محكومة بفكرة المصلحة العامة التي تؤدي إلى حلول لا يمكن التوفيق بينها وبين أبسط المبادئ العقدية، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن هناك إختلاف حول مدى سريان القانون الجديد فتحققه يجب أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد متصلة بالنظام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة حتى يقال أن في استمرارية سريان القانون المختار على الرغم من نفاذ هذه القواعد استثناء على السريان الفوري.

أما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة فهذه القواعد لا تسري كأصل عام على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم وبالتالي لا يعد تجميد القانون المختار من قبل المستثمر استثناء لمبدأ التطبيق الفوري أو المباشر للقانون الجديد بل هو مخصص أعمال له هذا من جهة<sup>155</sup>، ومن جهة أخرى فإن هناك إختلاف حول مدى سريان القانون الجديد بأثر فوري على العقد الذي تم إبرامه في ظل القانون القديم حتى ولو كانت قواعد القانون الجديد تتصل بالقواعد الآمرة أو بالنظام العام.

<sup>152</sup>.765 وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص

<sup>153</sup> الخميري، عبد الله حميد نصر أحمد، الإستثمار لأجنبي، الحوافز والحماية القانونية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، عمان، جامعة الأردن، 2008، ص 43.

<sup>154</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 83.

<sup>155</sup> حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة ما بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 352.

ونلاحظ في هذا الشأن أن مبدأ سريان القانون القديم على الآثار الجارية للمراكز العقدية هو تكييف ينطبق في نظر البعض على عقود الإستثمار والسبب في ذلك أن المبدأ المذكور هو مبدأ يتفرع عن سلطان الإرادة و بالتالي لا يكون له محل حيث لا يكون مبدأ سلطان الإرادة ذاته موضع تطبيق ومن المعروف أن إرادة الأفراد تظل محكومة بفكرة المصلحة العامة التي تؤدي إلى حلول لا يمكن التوفيق بينهما وبين أبسط المبادئ العقدية<sup>156</sup>. وهناك جانب كذلك من الفقه يرى أن شروط الثبات تعد بمثابة إستثناء على الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد ويحدد الطبيعة القانونية لهذه الشروط بالنظر إلى الوظيفة التي تقوم بها وتؤديها والتي تسعى من تحقيقها<sup>157</sup>، ويؤثر مباشرة على العقد التي تم إبرامه في ظل قانون قديم حتى ولو كانت قواعد القانون الجديد تتصل بالنظام العام أو بقواعد آمرة، وهناك من يرى على أن هذه الشروط تسعى إلى تحقيق التوازن الإقتصادي.

### ثالثاً: وقف تعديل القانون على موافقة المستثمر

الأصل في العقود الإستثمار أن حق الإدارة في تعديل العقد أو إلغائه بالإرادة المنفردة، إلا أن الوضع يختلف عندما تصدر الدولة في صورة قانون متضمن شرط عدم المساس، إذ أن مقتضى إلزام الدولة بشرط عدم المساس الذي أصبح جزءاً من قانون إصدار العقد<sup>158</sup>، ومن الناحية النظرية عدم قدرة الدولة على إستعمال سلطاتها التشريعية لتعديل نصوص القانون الذي صدر بموجبه العقد، ولا يحق لها من باب أولى إستعمال سلطاتها التقليدية في تغيير النصوص العقد الإداري بالإرادة المنفردة لأنه والحال كذلك قد صدر في شكل قانون.

ومن الناحية العملية فإن هذا الإلتزام من جهة الدولة بعدم إستعمال سلطاتها التشريعية والتنفيذية في المساس بنصوص العقد، يعني هذا إن إستعملت تلك السلطات فهي ملزمة بتعويض المتعاقد معها، وهذا التعويض يؤسس خرقها لإلتزامها بشرط تثبيت القانون<sup>159</sup>، وكما أن التعويض في حالة وجود شروط عدم المساس قد يتضمن تعويضاً عما فات من كسب ولحق من خسارة، ولا يقتصر على مشاركة الإدارة للمتعاقد فيما تلحقه من خسارة أو إستعداد للتوازن العقدي، وهنا تكمن قيمة هذا الشرط<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة ما بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع نفسه، ص 355.

<sup>157</sup> سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 113.

<sup>158</sup> كاظم علي، المرجع السابق، ص 9. طارق

<sup>159</sup> علي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الإستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة، مقال منشور في مجلة الحقيقة، بجامعة أدرار،

العدد 18، سنة 2011، ص 96.

<sup>160</sup> هبة نزاع، المرجع السابق، ص 156.

من ضمن عناصر التعويض عن الإخلال بشرط الثبات وعدم المساس بالعقد تحمل الدولة سداد تكلفة القرض في حالة الإنهاء، أو تحمل تسديد الأقساط والفوائد وتكاليف التشغيل في حالة توقف المشروع لسبب خارج عن إرادة المستثمر .

وفي حالة اللجوء إلى التحكيم وخاصة تحكيم الإستثمار يكون إخلال الدولة بشرط عدم المساس أحد دعائم الإدعاء أمام هيئة التحكيم، وأحيانا يضاف اليه الإدعاء بأن رفع الضرائب والرسوم يشكل مصادرة مستترة لأموال المستثمر .

### المطلب الثاني

#### إلى إمتياز تشريعي

إن المتتبع لواقع العقود الدولية، وعلى وجه الخصوص عقود الإستثمار المبرمة ما بين الدولة والمستثمرين الأجانب، يمكنه ملاحظة أن الدول أصبحت تعترف بتجميد قانون العقد، وذلك إذا ما قام الأطراف بإدراج بند ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم بينهم الا بحالته التي كان عليها وقت إبرامه، ليتحول هذا الشرط إلى إمتياز وضمانة تشريعية بالنسبة للمستثمر. وفي هذا السياق يرى أحد الأساتذة أنه " كان القصد من هذا الشرط تاريخيا هو إعطاء ضمان إضافي لإستثمار الطرف الخاص الجاري بموجب العقد، ولإحداث التوازن تجاه سلطة الدولة العليا"<sup>161</sup>، وعليه فإننا نجد تكريسا لهذا الشرط في معظم التشريعات وبالخصوص التشريع الجزائري(الفرع الأول)، وتجدر الإشارة أن مخالفة الدولة لهذا الشرط وعدم تقيدها به يرتب مسؤوليتها القانونية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تكريس المشرع لشرط الثبات التشريعي

بعدما كان شرط الثبات التشريعي شرطا إتفاقيا يدرج من قبل الأطراف في العقد على أساس تجميد إرادة الدولة في تغيير قوانينها، إلا أنها تحول وأصبح هذه الشرط نصا قانوني يرد في صلب قانون الدولة المضيفة للاستثمار التي ستدخل طرفا في العقد أو الاتفاق مع شخص أجنبي والتي بمقتضاها تتعهد الدولة المضيفة في مواجهة هذا الأخير بالأخير ألا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو

<sup>161</sup> Redfern, the arbitrtion between the Government of kuwait and Aminoil, B.Y.B.I.I, vol 55, 1984, p98.

الاتفاق<sup>162</sup>. وتحولت الى نص تشريعي وأصبحت الدول تدرجه في قوانينها الوطنية وبالخصوص في قوانين الإستثمار كضمانة لجذب المستثمرين الأجانب .

إعترفت التشريعات وأحكام التحكيم الدولية للأطراف بإدراج شرط أو بند في العقد ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت ابرام العقد مع استبعاد كافة التغييرات التي قد تطرأ عليه، وبهذا يصبح إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الدولية واحداً من المبادئ والحوافز التي يسعى المستثمر إلى إدراجها<sup>163</sup>.

ولقد ورد شرط الثبات التشريعي لأول مرة في إتفاقية الامتياز المبرمة في سنة 1933 بين إيران وشركة النفط الحكومية إذ نصت على أن التشريعات الحكومية لا يمكنها أن تغير إنقاص من شروط العقد<sup>164</sup>. ونفس الأمر ينطبق على العقد المبرم ما بين الحكومة الأندونيسية وشركة indonesai nc في افريل سنة 1978 فقد نصت المادة 14 منه على أنه تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الأندونيسية لأنه لا يجوز للحكومة الأندونيسية أو أي جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع و بما يتفق مع بنود الإتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات التأميم او ما شابه ذلك من الإجراءات القانونية التي تصدرها الدولة المضيفة<sup>165</sup>.

وقد تبنى هذا النوع من وسائل التجميد الزمني لقانون العقد العديد من التشريعات ونذكر على سبيل المثال القانون الجزائري وجاء في المرسوم التشريعي 12/93 في نص مادته التاسعة والثلاثون وقد تم التأكيد عليه في الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار في نص المادة 15 من الامر الملغى وقد جسده في نص المادة 22 من 09/16 المتضمن قانون الإستثمار الجديد والذي جاء فيه ما يلي: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"<sup>166</sup>.

عبيوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 217.162.

محمد عبدالعزيز علي بكر، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2000، ص 169.

بشار محمد الأسعد، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 165.164.

محمود فياض، دور شروط الثبات التشريعي في المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات الطاقة وإشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون بين القانون والاقتصاد، 2002، ص 609.

للمزيد راجع نص المادة 22 من الأمر 09/16 المعدل و المتمم، المتعلق بقانون الإستثمار الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 46، أوت، 2016.166.

ونجد تكريسا لهذا كذلك من خلال العديد من عقود الاستثمار المبرمة بين الجزائر والمستثمرين الأجانب، نذكر على سبيل المثال الاتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها " APSI"، المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم القابضة ش.م.م، شركة ذات أسهم<sup>167</sup>، خاضعة للقانون المصري، المتصرفة باسم ولحساب "أوراسكوم تيلكوم الجزائر" شركة ذات أسهم خاضعة للقانون الجزائري، والتي جاءت في مادتها السادسة تحت عنوان تغيير التنظيم والتي نصت على أن "تمنع الدولة الجزائرية على نفسها، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية.

وكما نجد أن معظم التشريعات المقارنة كرست هذا النص من خلال نصوصها القانونية ونذكر في هذا السياق قانون الإستثمار الأردني لسنة 2003 في المادة السادسة منه على أنه يكون للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات الإستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون أن يختار أيا مما يلي<sup>168</sup>: إما الاستمرار في الإعفاءات والمزايا التي تم منحها لمشروعه أو الاستفادة من الإعفاءات الجديدة<sup>169</sup>. وفي نفس السياق نص قانون البترول الليبي في 20 نوفمبر 1955 على عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره، كما أنّ التعديلات التي لحقت بالقانون بعد ذلك لا تمس بالامتيازات الممنوحة قبل العمل بها.

ونجد تجسيدا كذلك لهذا النص في المادة 15 من الاتفاق المبرم ما بين دولة الكاميرون وإحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله والذي جاء فيه "لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق"<sup>170</sup>. وأيضا نص المادة 14 من العقد المبرم ما بين دولة الطوغو وشركة مناجم benin والذي أشار إلى أنه في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية طوغو المستقلة فإنها تتعهد بأن

<sup>167</sup> ، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم القابضة ش.م.م، " APSI في هذا الخصوص راجع إتفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها شركة ذات أسهم، الجريدة الرسمية ، العدد 80، الصادرة بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

في هذا السياق راجع نص المادة السادسة من القانون 68 لسنة 2003، المتعلق بقانون الإستثمار الأردني، محمل من الموقع:<sup>168</sup> <http://arabic.solidarity.com.jo/24.pdf>، يوم 19:35 2018/04/21

بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 291.<sup>169</sup>

عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 307.<sup>170</sup>



تضمن بإستثناء خاص لصالح شركة المناجم الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية وحقوق المناجم المقابلة الممنوحة للشركة وهذا ما لم تتمسك تلك الأخيرة بالأحكام الجديدة<sup>171</sup>.

وما جاء في نص المادة 22 من قانون الإستثمار التي نصت على أنه "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ عليه مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"<sup>172</sup>. وكذلك ما جاء بأحد العقود المبرمة ما بين دولة تونس وإحدى الشركات الأمريكية البترولية أين أوضح بأنّ يكون القانون الواجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي ويفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة والقانون التونسي في تاريخ الإتفاق الحالي<sup>173</sup>.

عمل المشرع الجزائري على تكريس مجموعة من المبادئ في المرسوم التشريعي رقم 93/12 و الأمر 01/03 التي من شأنها جذب الاستثمارات الاجنبية فمبدأ التجديد التشريعي هو من بين المبادئ والضمانات التي سعت من خلالها الدول الى محاولة الإستقرار التشريعي وقد أكد المشرع الجزائري على هذا المبدأ من خلال النصوص القانونية التي تطرقنا اليها، وما جاء به القانون الجديد 09/16 في نص المادة 22 منه.

في خلاصة القول يستنتج أن هذا الشرط كان تعاقديا إلا أن المستثمرين أرغموا الدول على إدراجه في صلب قوانينهم الخاصة بالإستثمار كضمانة قانونية لعدم تعديل الدول لقوانينها والتي من جرائها قد تضر بمصالح المستثمرين الأجانب وان لهذا الشرط في عقود الإستثمار دور فاعل من خلال تثبيت المستثمر القانون الواجب التطبيق عليه في موضوع الإستثمار أو في موضوع المنازعات.

### الفرع الثاني

#### أثر مخالفة شرط الثبات التشريعي

يحرص شرط الثبات التشريعي على ضمان حماية المستثمر الأجنبي من تعسف الدولة المستضيفة واستغلالها لمركزها القانوني الممتاز في العقد، وذلك عن طريق أعمال ما اتفق عليه طرفا العقد حتى وإن خالف نصوصا قانونية وطنية يتم إقرارها لاحقا، وهو ما أقرته غرفة التجارة في باريس سنة 2001 في قضية Link -trading joint stock حيث ورد في القرار ما يلي:

بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 201.171

أنظر نص المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الإستثمار.172

سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 137 و 138.173

" تؤمن الضمانات في العقود شكلا من أشكال الحماية فيما يتعلق بانتهاء التعاقد فيما بعد و كذا الاستثمار الأجنبي المعمول به طالما تواجه وضعية المصادرة في البند الرابع<sup>174</sup> . "

تشير القواعد العامة الناظمة لنظرية العقد إلى تطبيق أحد الخيارين متى توافرت عناصر المسؤولية العقدية على العلاقة محل البحث هما التنفيذ العيني مع التعويض إن كان مستحقا أو التعويض متى تعذر الخيار الأول، ولكن بالمقابل لا يأخذ فقه القانون التجاري الدولي عادة بالمعيار الأول وذلك لتعارضه مع مبدأ السيادة وخاصة على مواردها الوطنية وعادة ما تأخذ غرف التحكيم بمبدأ التعويض.

في حقيقة الأمر لا توجد معايير محددة يُستند عليها عند تقدير مبلغ التعويض للمستثمر الأجنبي المتضرر في هذه الحالة، إذ عادة ما يتم الأخذ بعين الاعتبار العديد من الاعتبارات المرنة غير المحددة مثل الطريقة التي تم فيها الإجراء الحكومي أو التعديل التشريعي والأسباب التي دعت الحكومة المضيفة إلى التّعدي، ومن هنا يبرز دور شرط الثبات التشريعي في تقدير هذا التعويض بشكل واضح يضمن توافر عاملين هما العامل الإجرائي والعامل الموضوعي.

يتمثل العامل الإجرائي في عدم الحاجة لإثبات الخطأ التعاقدية كون التعديل التشريعي أو الإجراء الذي تبنته الدولة المضيفة للإستثمار يتعارض بشكل واضح مع مضمون التزاماتها التعاقدية، وبمعنى آخر متى وجد شرط الثبات التشريعي سيكون الإجراء الحكومي محل البحث في جميع الأحوال غير قانوني وموجب للتعويض<sup>175</sup>. أما العامل الموضوعي فيظهر في تقدير مقدار التعويض، حيث غالبا ما يزيد المقدار بوجود شرط الثبات التشريعي من خلال وضع الطرف المستثمر في موقف مماثل للحالة التي توقعها وقت التعاقد، وعادة ما تأخذ غرف التحكيم في هذه الحالات بالمركز المالي للمستثمر الأجنبي وقت التعاقد من خلال مراجعة دراسات الجدوى التي أعدها لتعويضه عن الخسائر التي قد تصيبه نتيجة إخلال الدولة بالتزاماتها وقيامها بمخالفة شرط الثبات.

ولعل أبرز مثال على ذلك قرار محكمة العدل الدولية في عام 1928 المتعلقة بقضية *Chorzow (factory case)*، وهي سابقة قضائية هامة في هذا المجال حيث قضى هذا القرار بتعويض الطرف المتضرر من خلال إزالة كل ما ترتب نتيجة الفعل المخالف للاتفاق ووضع الطرف المتعاقد المتضرر في الحالة المالية التي كان متوقعا أن يكون عليها وقت التعاقد، وفي هذا تبني واضح

<sup>174</sup> f. Garcia ,State responsibility in case of stabilisation clauses (1993) 2 journal of transnational law of policty 23.

<sup>175</sup> . محمود فياض، المرجع السابق، ص 641 .

لأقصى حماية ممكنة للطرف المتضرر. وفي حال غياب شرط الثبات التشريعي عادة ما تقضي هيئات التحكيم الدولية بالخسارة اللاحقة التي أصابت المستثمر الأجنبي جراء تعديل الدولة المضيفة لتشريعاتها الخاصة، وعلى أساس حق الدولة بتنظيم مواردها الوطنية وتنظيم استثماراتها بما يحقق المصلحة العامة<sup>176</sup>.

وربما سيكون من السهل على هيئات التحكيم الحكم بمبلغ الخسارة اللاحقة التي أصابت المستثمر الأجنبي نتيجة مخالفة الدولة لشروط العقد، إلا أنه سيكون من الصعب عليها في هذا المجال حساب مبلغ الكسب الفائت على سبيل المثال، إذا تعلق القرار الإداري بتأميم المشروع الإستثماري وكان هناك شرط تعاقدى يحظر هذا الفعل، حيث تحسب الخسارة اللاحقة عن طريق مجموع الخسائر التالية: قيمة المشروع الإستثماري الكلية شاملة لمجموع موجوداته المادية، مثل المعدات المادية وغير المادية، حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالمشروع الإستثماري المؤتم، قيمة الخسائر المادية المرتبطة بالتزامات تعاقدية أقرها هذا المستثمر تجاه مؤسسات أو شركات أخرى<sup>177</sup>.

وتكمن الصعوبة في هذا المجال في إحتساب الكسب الفائت لهذا المشروع التجاري، حيث اختلف فقه القانون التجاري الدولي في إحتساب هذه الخسارة على أساس الخسارة قريبة المدى، وتتمثل في المدة التي يحتاجها المستثمر الأجنبي لتأمين بديل لمشروع آخر قد يستثمر فيه و يحقق أرباحه، أم بعيدة المدى وتتمثل في مدة عمل المشروع الكلية<sup>178</sup>.

وفي الحالة التي يُدرج فيها شرط الثبات التشريعي من خلال اتفاقيات ثنائية أو متعددة بين بعض الدول، سيكون لهذا الإتفاق أثر غير إيجابي في تحديد قيمة التعويض المستحقة متى أخل أي من الأطراف المتعاقدة بنصوص هذه الإتفاقية. ويعود السبب في ذلك إلى صعوبة تقدير التعويض المستحق اعتماداً على نصوص الإتفاقية التي قد تحمل أكثر من تفسير أو تأويل.

وفي هذا السياق تشكل قضية جمهورية الأرجنتين وشركة CMS الأمريكية الناقلة للغاز في سنة 2005 سابقة قضائية لهيئات التحكيم الدولية، حيث قامت الحكومة الأرجنتينية بخرق نصوص الاتفاق الموقع مع الشركة الأمريكية رغم وجود إتفاقية إستثمار مشتركة بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية

<sup>176</sup> محمود فياض، نفس المرجع، ص 642.

<sup>177</sup> Thomas and G. Ndi, Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation (1996) 31 Texas International Law Journal, p 233.

<sup>178</sup> N. Nassar, Sanctity of Contracts Revisited: A study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transaction (Martinus Nijhoff Publishers: Netherlands 1995), p 204.

تقضي بحماية مستثمري الدولتين، ولكن بالمقابل اكتتف الإثباتية العديد من الغموض إذ أنها لم تؤسس لقواعد محددة يتم اللجوء إليها لتقدير تعويض أي مستثمر متى أخلت أي من الدولتين بالإثباتية الموقعة، كما إستعملت الإثباتية بعض النصوص العامة التي تحمل أكثر من تفسير لتقدير هذا التعويض مثل مصطلح نموذج القيمة السوقية في الفقرة الرابعة من الإثباتية (Market value standard) <sup>179</sup>.

إن الدفع بمصطلح المعاملة العادلة في ثانيا من الإثباتية (Fair Treatment) هيئة التحكيم التي قضت في هذا النزاع بعدم الاعتراف بهذه المصطلحات في تقدير التعويض المقرر لشركة الإستثمار الناقلة، على أساس أن تفسير هذه المصطلحات قد يقضي بتعويض الشركة المتضررة عن الخسائر الفعلية التي أصابها نتيجة الإجراءات الحكومية التعسفية وتعويضها على الخسارة اللاحقة دون الكسب الفائت الذي أصاب هذه الشركة حيث نصت المادة 409 من هذا القرار على أنه:

"" لا توفر المعاهدة (معاهدة الاستثمار الثنائي بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية) أي توجيه لحجم الأضرار ولا التعويض المتعلق بالمعاملة العادلة و المتساوية وكذا وخروقات أخرى للمعايير المذكورة في البند الثاني أسفله، و يعد هذا المشكل شائعا في أغلب معاهدات الاستثمار ثنائية الطرف، فضلا عن اتفاقات أخرى <sup>180</sup>.

في المقابل، إعتمدت هيئة التحكيم في تقديرا لقيمة هذا التعويض على شرط الثبات التشريعي الوارد في إتفاقيات الإمتياز الممنوحة للشركة المستثمرة، فقضت بهذا بقيمة الخسارة اللاحقة والكسب الفائت لهذه الشركة استناداً إلى ما تم الاتفاق عليه في عقدا الإمتياز حيث نصت المادة 410 من القرار التحكيمي على أنه:

"" إن هذه المناقشات ذات أهمية كبيرة فيما يتعلق بموضوع النزاع والحماية بموجب المعاهدة ، التي تضمن الاستقرار وتعطي الحق للطرف المتضرر بالمطالبة بحقوقه""

وفي قضية مماثلة، قضت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في عام 1982 بحق شركة الإستثمار AGIP بمبلغ تعويض كامل يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت

<sup>179</sup> G. Joffé, P. George and C. Searle, Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism (2009) 2/1 Journal of World Energy Law & Business 3.

<sup>180</sup> P. Cameron, Stability of Contract in the International Energy Industry (2009) 27/ 3 Journal of Energy Natural Resources Law 305 .

نتيجة قيام حكومة الكونجو الثورية بتأميم مشاريع النفط القائمة على أراضيها<sup>181</sup>، بسبب وجود شرط الثبات التشريعي في عقد الإستثمار الموقع بين هذه الشركة والحكومة الوطنية السابقة<sup>182</sup>.

وبناء على ماسبق، وبالرغم من أنّ شرط الثبات يستهدف تحقيق الحماية للمستثمر وجذب

الإستثمار وذلك عن طريق تنازل الدولة عن سلطانها في تعديل قانون العقد إلا أنه ينقسم من حيث مضمونه إلى نوعين، إذ يقوم النوع الأول على منح المستثمر الأجنبي حصانة في مواجهة ما تتمتع به الدولة من سلطات بوصفها سلطة تشريعية وذلك من خلال تعهدها بعدم تطبيق أي تشريع فوري جديد على العقد من شأنه إثارة المنازعات<sup>183</sup>.

أما النوع الثاني فيقوم على إلزام الدولة المضيفة بعدم إستغلال ما تتمتع به من إمتيازات بوصفها سلطة عامة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وهذا كنوع من الحصانة يواجه بها المستثمر الأجنبي المتعاقد سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة<sup>184</sup>.

وعلى الرغم من إختلاف شرط الثبات من حيث مضمونه إلا أنّ العقد المبرم ما بين الدولة المضيفة والطرف الأجنبي قد يتضمن كلا النوعين في آن واحد هذا من ناحية<sup>185</sup>، ومن ناحية أخرى قد تبدو التفرقة ما بين شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد أقل وضوحا عند إعمال هذا الشرط من طرف المستثمر، وعلى هذا الأساس فإن المشاكل التي تصادف كلا من النوعين تظل واحدة وتتلخص في مدى إلزام الدولة بعدم تغيير العقد المبرم بينها وبين الطرف الآخر سواء تعلق الأمر بعدم تغيير العقد بطريق مباشر أو غير مباشر<sup>186</sup>. فشرط الثبات يهدف في نهاية المطاف إلى عدم المساس بالعقد، إذ

<sup>181</sup> *AGIP v Popular Republic of the Congo*. See also the *Sapphire* award, 35 I.L.R. 186 ("It is therefore natural that the creditor should thereby be given full compensation. This compensation includes the loss suffered . . . and the profit lost . . ."). cf. the *Texaco* award, where remedy for the breach of a stabilisation clause and unlawful expropriation thereby was awarded as *restitutio in integrum*. However, the more usual remedy for the breach of a stabilisation clause or an unlawful expropriation is monetary damages: see *Chorzow Factory case* [1928] P.C.I.J.

<sup>182</sup> Bettems, Denis, "The Contracts Between States and Foreign Enterprises", *International Perspective*, Lausanne, Meta Editions, 1988, p 256

<sup>183</sup> غسان علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية، عين شمس، مصر، 2004، ص 140.

<sup>184</sup> حفيظة السيدة الحداد، العقود المبرمة ما بين المستثمر والدولة، المرجع السابق، ص 321.

<sup>185</sup> EULOGE ANICET NKOUNKOU, LA STABILISATION DES INVESTISSEMENTS PÉTROLIERS ET MINIERS TRANSNATIONAUX DES CONTRATS AUX TRAITÉS, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de Docteur en droit (L.L.D.), FACULTE DE DROIT UNIVERSITÉ LAVAL QUÉBEC, 2012, p 344.

<sup>186</sup> غسان عبيد محمد المعموري، التحكيم عقود البترول، مقال منشور في مجلة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009، كربلاء العراق، ص 175 و 176.

يسعى إلى عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه وكما أن شرط الثبات نفسه لا يحقق الامان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس بالعقد<sup>187</sup>.

خلاصة القول، إن المركز الممتاز للدولة المبني على مزاياها السيادية واستثنائها بامتيازات السلطة العامة، بالإضافة إلى خصوصية عقود الإستثمار، هي مبررات واقعية لطالما صنعت الفارق ورجحت الكفة لصالح الدولة المضيفة للاستثمار، وذلك عن طريق فرض تطبيق قانونها الوطني في مثل هذا النوع من العقود، باعتبارها شخص سيادي قادرا على إصدار التشريعات وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة. إن هذه النتيجة والتفاوت القانوني للدولة على المستثمر الأجنبي، يمكن الوصول إليها من خلال تحليل عقود الإستثمار ذاتها بالنظر إلى ما تتمتع به من خصائص باعتبار أنها عقود مبرمة بين أطراف غير متساوية وتهدف إلى تحقيق أهداف غير متعارف على تحقيقها في العقود الدولية العادية المبنية على المضاربة، وأيضاً بما تتضمنه عقود الاستثمار من شروط استثنائية وغير مألوفة، فكل ذلك يقطع بالضرورة عدم خضوعها للنظام المعتاد الذي يحكم عقود التجارة الدولية المعتادة وما يسري عليها من قواعد تقليدية مثل قاعدة عدم المساس بالعقد والمساواة القانونية المطلقة بين الأطراف المتعاقدة.

إن تقييد مبدأ سلطان إرادة المستثمر في هذه العقود هو تحقيق الحماية بالنسبة للدولة وتحقيق المساعي التي بموجبها أبرمت هذه العقود و من جهة أخرى أن المشرع الجزائري قد تبنى ما جاءت به الاتفاقيات الدولية التي أبرمها سواء الجماعية أو الثنائية في مجال الإستثمار والتي صراحة نصت على أن القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار في حالة المنازعة هو قانون الدولة الواقع فيها النشاط وهذا كمبدأ حمائي بالنسبة إلى كل الدول.

وفي ذات الصياغ فإن إرادة المستثمر تظهر في مظهر وحيد وذلك في تثبيت القانون الوطني الواجب التطبيق، أي أن المستثمر الأجنبي يلجم إرادة الدولة في إحداث تغييرات تشريعية قد تخل بمصالحه أو قد تضره، وذلك من خلال شرط الثبات التشريعي، إن هذا الشرط كان في السابق شرطا إتفاقيا إلا أنه تحول وأصبح كضمانة بالنسبة الى المستثمر، إلا أن هذا كان محل خلاف ما بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا التثبيت. فهناك رأي يقول أن الدولة لما تمتلك من سلطات لها الحق في تغيير

أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 306.187

## الباب الأول: أولوية إرادة الدولة في تحديد القانون الواجب التطبيق

---

قوانينها بما يتناسب من التطورات الإقتصادية، فحين هنالك رأي آخر ينكر ذلك ويقول أن المستثمر الأجنبي له الحق في تثبيت هذا القانون.

## الفصل الثاني

### الشروط التعاقدية لمعالجة الإختلال الإقتصادي للعقد

تتفق جميع التشريعات على أن العقد شريعة المتعاقدين في العلاقات الاقتصادية القائمة ما بين الأفراد ويمتد ذلك إلى عقود الإستثمار الدولية، إذ يمكن الإتفاق ما بين الأطراف على إدراج ما يبدو لهم من شروط من شأنها تأمين حسن تنفيذ هاته العقود، سيما وأنها تتسم بطول مدة تنفيذها، حيث تتجه إرادة الأطراف بمناسبة إدراجها إلى إتقاء المنازعات أو المطالبات التي يمكن أن تنشأ مستقبلا، وان هذه الشروط الإتفاقية من أجلها أن تعيد التوازن الإقتصادي لعقد الإستثمار جراء ما تحدثه الدولة من أعمالا إرادية، أو من جانب إخلال المستثمر الاجنبي لإلتزامته التعاقدية مع الدولة، ولعل من أهم الشروط التي من شأنها تحقيق التوازن الاقتصادي في عقد الإستثمار شرط إعادة التفاوض (المبحث الأول)، وشرط القوة القاهرة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### شرط إعادة التفاوض

إنطلاقا من أن كل ما هو تعاقدي فهو عادل وأن الإلتزام يستمد قوته من الإرادة المستقلة، وبالإضافة الى حاجة الأفراد المتزايدة للأمن التعاقدية تجعل من العقد وسيلة لتحقيق التوازن الإقتصادي للعقد وتحقيق الأمن والإستقرار في المعاملات، ودراستنا لعقود الإستثمار ف إن طول مدة تنفيذ إلتزاماتها تجعلها عرضة لعدة تغيرات قد تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد أو ترهق كاهل أحد أطرافه، وهو ما ينجرّ معه نزاعات ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، ومن هنا تبرز أهمية إدراج شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار، والذي بمقتضاه تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إعادة التفاوض حول منشأ النزاع وتسويته، لاستمرار تنفيذ العقد، ولتفصيل شرط إعادة التفاوض، سنركز الدراسة في هذا المبحث على كيفية إتفاق الأطراف في إدراج شرط إعادة التفاوض بوصفه شرطا إراديا(المطلب الأول)، واستجلاء الآثار المترتبة عنه(المطلب الثاني).



## المطلب الأول

### الأساس الإرادي لشرط إعادة التفاوض

يتمتع المستثمر الأجنبي ببعض الحرية في مناقشة الدولة في تنظيم العقد واختيار شروط تحميه بعدما كان مقيدا من قبل الدولة من فرض قانونها الوطني الواجب التطبيق، وهذا راجع إلى الأولوية للدولة بالحفاظ على الإستثمارات. إلا أن المستثمر قد يظهر بمظهر قوة وحرية في الإتفاق على شرط إعادة التفاوض وفقا لمبدأ سلطان الإرادة لمواجهة المشكلات المحتملة التي يثيرها تغير الظروف، لاسيما في تغير التنظيم التشريعي والتغير في مقتضيات العقد الإستثماري، وعليه تكون لإرادة المستثمر الحرية الكاملة في إدراج هذا الشرط (الفرع الأول)، وتجدر الإشارة أن لشرط إعادة التفاوض عدة تطبيقات في مجال عقود الإستثمار من خلال تجنب المنازعات التي قد تحصل ما بين الدولة والمستثمر إذ يستطيع عن طريقه الطرفان الوصول إلى بعض الحلول حول التغيرات التي قد تخل بالتوازن الإقتصادي للعقد (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الحرية الإتفاقية في إدراج شرط إعادة التفاوض

يتمتع المستثمر في عقد الإستثمار بحرية واسعة في تنظيم عقده مع الدولة المستقبلية واختيار الشروط التي يراها مناسبة له ومحتواها، وهذا نابع من الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وفي هذه الحالة فإن المستثمر يفرض هذا الشرط على الدولة في العقد على أساس إعادة التفاوض في حالة إختلال التوازن العقدي في عقد الإستثمار (أولا)، ويسري على هذا الشرط المواضيع والنطاق الذي يكون محل تفاوض مع الدولة والمستثمر في حالة حدوث إشكال في العقد (ثانيا).

### أولا: حرية الإتفاق على شرط إعادة التفاوض: وفقا لمبدأ سلطان الإرادة

يخضع النشاط التعاقدى إلى قاعدة أساسية هي بمثابة الدستور وتتمثل في مبدأ حرية الإرادة وإستقلالها في بعض المواطن، وبعبارة أخرى خضوع هذا النشاط التعاقدى إلى مبدأ سلطان الإرادة<sup>188</sup>. ومقتضى هذا المبدأ أن الإلتزام العقدي يركز على إرادة المتعاقدين فقط، فهذه الإرادة هي التي تحدد في الوقت نفسه مصدر ونطاق الحقوق والإلتزامات التي تم التعبير عنها، بل يذهب أنصار هذا المبدأ إلى

إرتباط حرية الإرادة بهذا المبدأ يعني أن الإرادة هي أساس ومصدر الحقوق والإلتزامات وهي أساس تنفيذها، بل أكثر من ذلك هي مصدر<sup>188</sup> للقانون، ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يُقدّس الحرية الفردية، في هذا الخصوص راجع علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2005، ص 134 وما بعدها.

أبعد من ذلك، حيث يرون أنه حتى خارج نطاق العقد يجب أن يقوم كل التزام على أساس الإرادة وبدون ذلك فلا قيمة له<sup>189</sup>.

إن الحرية التعاقدية التي يملكها الأطراف المتعاقدة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، منحهم الصلاحية

في تضمين عقودهم الشروط التي يختارونها، ومن أبرزها شرط إعادة التفاوض الذي يسعى المستثمر الأجنبي إلى الإتفاق عليه مع الدولة بالصيغة المختارة من قبلهم<sup>190</sup>، وإدراجه في العقد ليكون له دور فعال لمشكلة تغير الظروف وإختلال التوازن الإقتصادي للعقد، لاسيما إذ كان العقد طويل المدة حيث يكون تعرضه إلى هذه المشكلة أكثر من غيره.

وعلى المستوى الدولي، يكون مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية أكثر وضوحا وأوسع إنتشارا

ونطاقا، وبذلك يتضح مدى توسع سلطان إرادة المستثمر في هذه الحالة وتساويه مع الدولة في صياغة العقد بعد ما كانت إرادته مقيدة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصوص قانونية وإتفاقيات دولية<sup>191</sup>.

وفضلا عن ذلك فإن هذا الشرط يحقق نوعا من الأمان القانوني بالنسبة إلى المستثمر، على

أساس أن هذا الشرط ليس بأمر خارجي عن العقد وإنما وجد وفقا لإرادة الطرفين المتعاقدة، فإنه قطعاً يتوافق مع تصوراتهم ويتلاءم مع أهدافهم، لذلك فإنه سيشعر الطرفان بالأمان والعمل على تحقيق التعاون فيما بينهم.

وإذا كان شرط إعادة التفاوض ذو طابع تعاقدية والأطراف المتعاقدون يتمتعون بحرية كبيرة في

تنظيم عقودهم وإدراج الشروط التي يرغبون فيها وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة الذي يسمح للأطراف بإعادة التفاوض في أي وقت يشاؤون، فما مدى الفائدة التي يحققها إشتراط الأطراف لهذا الشرط في العقد إبتداء وإتفاقهم عليه؟

في الواقع العملي إن هذا الأمر المهم المتمثل في التشكيك بجدوى شرط إعادة التفاوض وأهمية

ذكره بالعقد إبتداء وتمييزه عن التعديل الإرادي اللاحق، تناولته المناقشة التي تمت بين مجموعة من

الفقهاء الذين درسوا مشكلات طول المدة في العقود عام 1987 برئاسة الأستاذ "مارسيل فونتان"<sup>192</sup>،

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الإلتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 2011، 189 ص.120.

عزیز كاظم، المرجع السابق، ص 35.<sup>190</sup>

أنه عندما Kant ذهب البعض إلى القول، أن كل ما هو إرادي فهو عادل، لأن الشخص لا يرضى الا بما يكون في صالحه، فيشير الأستاذ<sup>191</sup> يقرر أحد شيئا في مواجهة أخر فإنه من الممكن أن ينطوي على بعض عدم العدالة لكن العدالة يكون أمرا مستحيلا حينما يقرر الشخص لنفسه : p196 . **Doctrine du droit traduction barni**, Paris 1989 . Kant أنظر في ذلك :

<sup>192</sup> Le problemes du long terme dans les contrats internationaux, Collège de tours (1-3 juin 1978) droit pratique موقع التحميل . 1979 , p 141. 145 .

حيث طرح بعض الفقهاء الجدوى والغاية من إدراج الشرط إذا كانت هناك إمكانية لتعديل العقد ومراجعته في الوقت الذي يرغب فيه الأطراف<sup>193</sup>.

إن الإجابة على ذلك تتمثل في أن الأمر مختلف تماما بين شرط إعادة التفاوض والتعديل اللاحق للعقد، حيث يوفر شرط إعادة التفاوض ضمانا حقيقية لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد والحفاظ على استمراره ووجوده من خلال فرضه إلزاما على عائق الأطراف يتضمن ضرورة الدخول بالتفاوض بحسن النية للتوصل إلى مشكلة تغير الظروف، وسيعرض الطرف الممتنع عن ذلك إلى المسؤولية العقدية<sup>194</sup>، خلافا للتعديل اللاحق للعقد الذي يتبناه مبدأ سلطان الإرادة، فما دام العقد قد تم ولم يتفق الأطراف على الشرط ابتداء، فلا يستطيع أحدهم أثناء التنفيذ أن يجبر الآخر على إعادة التفاوض إلا إذا وافق صراحة على هذا الأمر. وفي حالة عدم الاتفاق لا يكون أمام الطرف المتضرر أي وسيلة قانونية لإجبار الطرف المستفيد على إعادة التفاوض إلا من خلال اللجوء إلى القضاء أو التحكيم للنظر في ذلك.

وبذلك سيكون إتفاقهم على شرط إعادة التفاوض في العقد ابتداء منشأ لإلتزام عقدي بذمة الأطراف يقضي ضرورة إعادة التفاوض لمعالجة مشكلة تغير الظروف عند تحقيق شروط تطبيقه، وبذلك في حالة ما إذا تضرر المستثمر جراء أي عمل أو جراء تغيير ظروف العقد، فإنه يجبر الدولة ان تدخل معه في التفاوض بحسن النية. وعلى هذا الأساس تتضح الحرية الواسعة التي يملكها المستثمر الأجنبي في هذا الشرط، وذلك وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي خول الأطراف تلك الحرية.

ولقد إتجه بعد ذلك قضاء التحكيم في الممارسة الدولية إلى الإعتراف بهذا الشرط إستجابة منه لمقتضيات العقود الدولية، واقع التجارة وكذا كثرة عقود الإستثمار بالخصوص، وفي هذا الإطار نشأت فكرة إعادة التفاوض في شكل شروط عقدية تسمى شروط إعادة التفاوض وقد عرفها الأستاذ oppetit على أنها " إتفاق الأطراف على إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم الإتفاق عليه عند التعاقد، مما قد يخل و يسبب أضرار لأحد المتعاقدين"<sup>195</sup>.

<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7b78847a-d9e6-4ed4-8d21-fabc0c1afbfb>

<sup>193</sup>. ومن هؤلاء الفقهاء الذين أثاروا هذا التساؤل أنظر، محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح في اليد، المرجع السابق، ص 123.

<sup>194</sup> هذا ما أكدته الهيئة التحكيمية في قرارها المرقم 4761 لسنة 1987، منشور في جريدة القانون الدولي المصرية لسنة 1987 ص 1012، حيث أشارت الهيئة إلى أن عدم قيام الشركة بأي مبادرات في حالة تغير الظروف لإعادة التفاوض يعد إخلالا بالإلتزام بإعادة التفاوض، فضلا عن كونه إخلالا بالتعاون وحسن النية مما يستدعي المسؤولية العقدية.

<sup>195</sup> « La clause de hardship peut se définir comme celle aux termes de la quelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard des quelles s'étaient engagées vient a modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elle une rigueur « hardship » injuste ». V. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la hausse de hardship, J. D. I, 1974, N° 4, p. 798

إن شرط إعادة التفاوض لم يخرج عن القواعد العامة في معظم التشريعات الدولية، إذ نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنّ "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين"، مما يعني أنّ العقد إذا نُفذ كان ملزماً للأطراف ولا يجوز لأحد منهم تعديله بإرادته المنفردة إلا إذا كان هناك إتفاق مسبق من قبل المتعاقدين على ذلك، ونفس الأمر ينطبق على القانون الفرنسي الذي يقيد إرادة المتعاقدين الذين يضمنون عقدهم شرط إعادة التفاوض بالإلتزام بحسن النية في إعادة التفاوض<sup>196</sup>.

تتخذ حسن النية صور مختلفة كأن يلتزم الطرفان المتعاقدان أي الدولة المضيفة والمستثمر في التعاون فيما بينهما بالنزاهة في العمل والأمانة وإعلام كل منهما للآخر بما لديه من بيانات وحقائق تتعلق بموضوع التفاوض، وهذا الأمر إجباري في مثل هذه العقود بما تتميز به من ضخامة الأموال التي تستهلكها وارتباطها بإقتصاد الدولة وذلك من أجل إنقاذ العقد من الفسخ أو إكماله بطريقة قد تلحق أضراراً بالمتعاقدين عكس توقعاتهم الاقتصادية.

ونظراً للأهمية الكبيرة التي يلعبها شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية فقد تمت الإشارة إليه في الكثير من المبادئ المتعلقة بهذه الأخيرة، ومن ذلك ما تضمنته القواعد التي تعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية في الفقرة الثالثة من المادة السادسة منها حيث نصت على أنه "في حالة وجود شرط تغيير الظروف الاقتصادية يجوز للطرف المتضرر أن يطلب إعادة التفاوض ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسبباً"<sup>197</sup>.

وتضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات التي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة إعادة التفاوض في العقود التي تبرمها هذه الأخيرة، إذ أشارت إلى أن العقود والاتفاقات لا سيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني يكون طويل الأجل يجب أن تتضمن شروطاً لإعادة مراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها في حالة ما تغيرت الظروف التي أبرمت في ظلها هذه العقود تغييراً جوهرياً<sup>197</sup>، ومن ثمّ يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف في ضوء

صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها على عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص 448.

رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد "دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مداخلة في الملتقى العلمي السنوي الثالث عشر في كلية الحقوق، جامعة المنصورة المنعقد في الفترة من 01 أبريل إلى غاية 02 أبريل 2009، ص 22.

إعتبرات حسن النية<sup>198</sup>، ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقات أو إعادة المفاوضة بشأنها<sup>199</sup>.

وفي حالة عدم وجود الشروط الموجودة وحدث تغيير في ملابسات الظروف التي كانت أساس العقد أو الاتفاق، فإنه يجب على الشركات عبر الوطنية أو ينبغي لها أن تتعاون مع الحكومات في إستعراض ذلك العقد أو الاتفاق أو إعادة التفاوض بشأنها<sup>200</sup>، إن هذه الصيغ بمثابة النص على التفاوض وحسن التعبير عن حقيقة التعارض ما بين القواعد وذلك بما تعلق بتنفيذ عقد الإستثمار وعليه وبالرغم من إتفاق الأطراف على إعادة التفاوض بحسن نية، فإن هذا الإلتزام يسري على الطرفين، وعلى قيمة بند ينص على شرط إعادة التفاوض في عقد الإستثمار.

ولقد لعب قضاء التحكيم دورا مهما في إنتشار هذا المبدأ في العقود الدولية من ذلك قرار التحكيم الصادر في قضية تابكو كلاسياتيك ضد الحكومة الليبية لسنة 1984 بخصوص قرار التأميم حيث أشارت هيئة التحكيم تأكيدا منها لمبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة ولو لم يكن دائما بنفس المعنى ونفس النطاق<sup>201</sup>، وقد أكدت هيئة التحكيم في عدة قرارات أخرى على حرية الأطراف في عقود التجارة الدولية وعقود الإستثمار بإدراج ما يروونه مناسباً من الشروط التي تحقق مصالحهم والتي تعبر عن نيتهم بشكل واضح.

يستنتج من خلال كل ما تقدم أن الحرية التعاقدية واسعة ويملكها المستثمر في عقد الإستثمار في مواجهة الدولة المستقبلية، في ظل غياب نظام قانوني دولي موحد وملزم في مجال عقود الإستثمار والذي يعالج مشكلة إختلال التوازن العقدي في مجال عقود الإستثمار،<sup>202</sup> حيث فتح هذا الفراغ المجال أمام حرية الأطراف وبالخصوص المستثمر الأجنبي في الإتفاق مع الدولة المستقبلية له على إدراج وتنظيم شرط إعادة التفاوض للإطمئنان بوجود حل مناسب لمشكلة تغيير الظروف، لاسيما أن عقد الإستثمار يكون أكثر من غيره من العقود عرضه إلى مشكلة تغيير الظروف الإقتصادية.

<sup>198</sup>.89 لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص

عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1992، ص 103 و <sup>199</sup>.104

هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016 ص19.

ساعة الإطلاع <http://context.reverso.net> لسنة 1988، ص 353 من الموقع : clunet قرار منشور في جريدة القانون الدولي <sup>201</sup>. 21:45 يوم 2017/08/26 .

أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص 13 و <sup>202</sup>.14.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الحرية الكبيرة الممنوحة للمستثمر بخصوص صياغة هذا الشرط بشكل إرادي أدت إلى تنوع واختلاف في صياغته، حيث صار من الممكن التعديل في فكرته وفي شروط تطبيقه أو تنظيم الآثار التي يترتبها، الأمر الذي أنجر معه عدم وجود صياغة موحدة له واختلافها حسب طبيعة العقد وموضوعه.

إن معظم الدول النامية لا تحبذ هذا الشرط رغم ما يترتب من فوائد ترجع عليها، في حين ركزت الدول المتقدمة على هذا الشرط، وخلافاً على ذلك عكس الخلاف بشأن مركز بنود إعادة التفاوض وأثرها هو الآخر ما كان سائد بخصوص صياغة مشروع مدونة الأمم المتحدة من عدم يقين بشأن ما إذا كان تغير الظروف يتطلب إعادة التفاوض أو ما إذا كان ذلك سيقوض نظرية تدويل العقود المبنية على مفهوم حرمة العقود وعدم قابليتها للتغير<sup>203</sup>.

يفهم من خلال ما تم التطرق إليه وما نصت عليه العديد من الاتفاقيات ومدونات السلوك الخاصة بإبرام العقود الدولية، أن هذا الشرط هو شرط إتفاقي مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه أطراف العقد، لذلك عادة ما يتم تنظيمه بشكل مفصل حيث يبين الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي سيواجهونها ومدى تأثيرها على تنفيذ وإتمام العقد والحلول التي سوف يتم اللجوء إليها من خلال اللجوء إلى الوسائل التقنية في حل مشاكلهم الاقتصادية<sup>204</sup>.

### ثانياً: الصياغة الدقيقة لشرط إعادة التفاوض

إن الواقع العملي يفرض على الأطراف التحديد الدقيق لمختلف عناصر الشرط التي يشيرون إليها في العقد بغية تأمين التطبيق الصحيح له، ولعل من أبرز العناصر المهمة التي يتعين على المستثمر الأجنبي حين إبرامه للعقد أن يحددها مع الدولة هي الأحداث التي يواجهها هذا الشرط وتحديد درجة الإخلال بالتوازن العقدي، وفي حال تغير الظروف تحديد مصير العقد، فيجب على الأطراف تحديد أعمال وتطبيق الأحداث التي يواجهها الشرط والتي تؤدي إلى إعماله وتطبيقه وقد تكون تلك الأحداث

<sup>203</sup> مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، العقود الحكومية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، الأمم المتحدة ومجلة على الساعة [http://unctad.org/ar/docs/iteiit200411\\_ar.pdf](http://unctad.org/ar/docs/iteiit200411_ar.pdf) نيويورك وجنيف، 2004، ص 20، منشورة على الموقع : 22:29 يوم 2018/02/22 .

<sup>204</sup> لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 90.

وطنية أو دولية كما يمكن أن تكون ذات طبيعة اقتصادية أو سياسية أو مالية، والمهم هو أن تكون خارجة عن إرادة الأطراف أي غير متوقعة الحصول من قبلهم وقت التعاقد وغير ممكنة الدفع<sup>205</sup>.

وعلى الأطراف أن ينظروا إلى جميع الاحتمالات المستقبلية وأن يضعوها في إعتباراتهم عند صياغة هذا الشرط وتحديد ظروفه المتغيرة التي تستوجب تطبيقه وبحسب ما تقرره مصالحهم وأهدافهم التي تتلائم مع طبيعة المشروع الذي سينجز<sup>206</sup>.

وبعد أن يتم تحديد تلك الظروف وطبيعتها ينبغي توضيح صفاتها والتي تمثل تحققها ضرورة تطبيق شرط إعادة التفاوض ويكاد يجمع الفقه على أن هذه الظروف المتغيرة أن تكون غير متوقعة ومستقلة عن إرادة الأطراف ويزترب عليها إختلال في التوازن الإقتصادي للعقد.

هذا وقد أشار دليل اليونسترال الخاص بصياغة العقود الدولية إلى ضرورة الصياغة الجيدة لشرط إعادة التفاوض من خلال اعتماد توضيح لحالة المشقة الموجبة لتطبيق الشرط وإستقلالية الحدث عن إرادة الأطراف، وأن يؤدي هذا الحدث إلى عواقب إقتصادية سلبية خطيرة، وعلى هذا يجب على الأطراف أن يحددوا في صياغتهم الأحداث التي سيواجهها هذا الشرط.

وبغية إعمال شرط إعادة التفاوض، يجب أن يؤدي الحدث الذي يواجهه الشرط المذكور إلى خلق نوع من الاضطراب في اقتصاديات العقد، أي درجة معينة من الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد. ولابد من الإشارة إلى أن الاختلال يعد مرحلة وسط بين الإستحالة المطلقة في التنفيذ والتي يؤدي إليها عادة حدث القوة القاهرة، وبين مجرد التغيير البسيط أو الطفيف الذي قد يطرأ على إقتصاديات العقد دون أن يجعل التنفيذ مستحيلاً أو حتى مرهقاً بالنسبة للمدين<sup>207</sup>.

هذا ويحرص الأطراف، على إشتراط توافر درجة معينة من الخطورة والاضطراب التي تطال اقتصاد العقد في البنود التي ينظمون من خلالها شرط إعادة التفاوض، وبعبارة أخرى، فإنهم يشترطون أن يكون التغيير الذي يؤدي إليه الحدث المبرر لإعادة التفاوض جوهرياً يصاحبه إضطراب واضح في اقتصاد العقد، بحيث يؤدي إلى ضرر ليس من المنطقي أن يتحملة أحد الاطراف<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، مصر، 2010، ص 98.

<sup>206</sup> حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 151.

<sup>207</sup> عزيز كاظم، إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، مقال منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية بالعراق، المجلد 1، العدد 1، 2015، ص 30.

<sup>208</sup> نرمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2000، ص 268.



وتشير في هذا السياق مبادئ اليونيدروا والتي تنظم شرط إعادة التفاوض إلى عنصر الإختلال الذي ينجم عن الحدث الذي يواجهه الشرط، إذ تنص المادة الثانية منها بوجوب إعادة التفاوض عند وقوع إحداث إختلال كبير في أداءات العقد.

فقد أعدت غرفة التجارة الدولية في باريس شرطاً نموذجياً بشأن مواجهة الأحداث غير المتوقعة وقد جاء فيه ( في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الاطراف تغيير بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدي الى وقوع اعباء غير عادلة لأحد الاطراف أثناء تنفيذ التزاماته، فيجب أن يصار الى تعديل بنود العقد)<sup>209</sup>.

ويجب على الأطراف في هذه الحالة تحديد مستقبل العقد فيما إذا كانوا يستمرون في التنفيذ أم

سيعلمون على مصير العقد انتظاراً لنتيجة التفاوض وما يتم إليه بهذا الصدد. كما يجب أن يتضمن الإتفاق مصير العقد في حالة فشل المفاوضات والحل الذي يجب اتباعه لاسيما في حالة نشوب نزاع أو اختلاف ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي بشأن مدى تحقق الشرط.

تماشياً مع ما سبق ذكره يعتبر شرط إعادة التفاوض شرطاً خاصاً تختلف صورته باختلاف العقود والظروف، أي أن مضمون هذا الشرط ليس مضمون واحد في العقود، وخاصة في عقود الإستثمار التي تمتاز بخصوصية عن باقي العقود الدولية كونها عقود تمتاز بطول المدة. ويتنوع هذا الشرط كذلك بتنوع رغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه<sup>210</sup>، مما قد يتبين أن هذا الشرط قد يواجه في عقد ما ظروفًا إقتصادية بينما يواجه في عقود أخرى ظروفًا سياسية أو مالية أخرى. وكما قد يتفق الأطراف على تطبيق هذا الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أياً كان مقدار الضرر الحاصل، فقد يشترطون أن يكون الضرر جسيماً وغير مألوف لتطبيق هذا الشرط.

وقد يتم الإتفاق في بعض العقود على إجراء التفاوض فيما بينهم في ضوء التفاهم وحسن النية ويتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى أهل الإختصاص من فنيين وقانونيين أو إلى قضاء التحكيم للإشراف على عملية التفاوض بالخصوص في عقود الإستثمار التي تمتاز بالضخامة المالية الكبرى<sup>211</sup>.

هاني صلاح الدين، مبادئ العقود التجارية الدولية، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2000، ص 165. 209.

عبدالرحيم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مقال منشور في مجلة القانون المغربي، العدد 16 عشر، 2010، السلمياني<sup>210</sup>.  
المغرب، 2010، ص 213.

ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية طويلة المدى، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، دروس القيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة<sup>211</sup>  
عين شمس بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص 97 و 98.



إن تنوع صور شرط إعادة التفاوض على النحو الذي أوضحناه قد أثر بشكل كبير في طريقة تحليله فبعد أن كان المتعاملون في عقود الإستثمار يعتمدون في إعداد هذا الشرط على الصياغات العامة أصبحوا في الوقت الحالي، ومع كثرة عقود الإستثمار الدولية المبرمة ما بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار يلجؤون إلى الصياغات الدقيقة لهذا الشرط.

تماشيا مع ما سبق ذكره تجدر الإشارة إلى أن المفهوم الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار وإن كان يقدم بعض المزايا، والتي تظهر خاصة على مستوى تجنب منازعات عقود الإستثمار باعتباره يترك الحرية الكاملة للأطراف في صياغة الشروط وتحديد كافة العناصر على نحو يخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان هذا الشرط معالجا ضمن نصوص وطنية أو إتفاقيات دولية إلا أنه بالمقابل يثير بعض الصعوبات عند التطبيق والتي تتمثل في عدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط فإن تطبيقه يتطلب إتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد إذ لا يمكن تطبيق الشرط إلا إذا نص المتعاقدون عليه صراحة في عقدهم، من جهة<sup>212</sup>.

وإن مجرد إشارة الأطراف في العقد إلى مصطلح إعادة التفاوض لا تعد كافية لتطبيق الشرط إذ أن إدراج المصطلح في بنود العقد قد ينصرف إلى أكثر من معنى من جهة أخرى . وفي الأخير عند وجود نقض أو غموض أو تعارض يعتري تنظيم الأطراف لشرط إعادة التفاوض لا يكون بمقدور المحكم أو القاضي التصدي لمفهومه ومضمونه من تلقاء نفسه، لكونه يجد صعوبة في تفسير النوايا الداخلية للأطراف.

### الفرع الثاني

#### تطبيقات شرط إعادة التفاوض

تضمنت العديد من العقود الدولية شرط إعادة التفاوض نظرا للأهمية الكبيرة التي يتميز بها على مستوى تجنب العديد من المنازعات في عقود الاستثمار، كما وجد تجسيدا له في العديد من إتفاقيات

<sup>212</sup> Ulimann (h) :droit pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain ,revue des affaires intenationales, N7 1988 p 891 .

الإستثمار من بينها اتفاقية الإستثمار المنعقدة ما بين وكالة الإستثمار الجزائرية والشركة الوطنية الكويتية للاتصالات، حيث جاء في البند الخاص بتسوية منازعات الإستثمار في نص المادة 13 منها ما يلي: "يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بالإتفاقية الحالية وذلك بكل روح موضوعية وودية"<sup>213</sup>.

ويظهر تجسيد آخر لهذا الشرط في الإتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الاستكشاف والمشاركة في الإنتاج سنة 1994، إذ تضمنت الإتفاقية في نص المادة 34 تحت عنوان توازن الإتفاقية والتي جاء في مضمونها "أن الموقف أو الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الإتفاقية إلى القوانين واللوائح السائدة وقت التوقيع، فإنه يتم الإتفاق على أنه إذا صدر قانون أو لائحة تؤثر على الوضع المالي للمستثمر خاصة إذا زاد معدل الجمارك أثناء سريان الإتفاقية فإنه يلزم الأطراف الدخول في مفاوضات بهدف الوصول إلى موقف متكافئ يحفظ التوازن الإقتصادي للعقد، وفي حالة فشل المفاوضات إلى الوصول إلى حل متكافئ ومتوازن فإنه يجوز لأحد الأطراف أن يحيل الأمر إلى التحكيم وذلك بموجب المادة 31 من الإتفاقية"<sup>214</sup>.

يفهم من مضمون الإتفاقية المذكورة أنه في حالة نشوء منازعات حول العقد بين دولة قطر والمستثمر الأجنبي فإنه يجب عليهم أن يلجؤوا إلى التفاوض على المنازعات وجوبا وفي حالة عدم الوصول إلى الحل الأنسب في هذه الحالة يتم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي .

ونجد تجسيدا كذلك لهذا الشرط في اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية والتي تم الموافقة عليها في 12 أكتوبر 1967، حيث جاء في طياتها الحث على التفاوض ما بين الدولة والشركات المتعددة الجنسيات في حالة الصدام بينهما ونشوب نزاع حول فعل إرادي أصدرته الدولة المستقبلية بشأن التأميمات أو نزع الملكية، فإنه يجب على الدولة المستقبلية أن تعيد التفاوض مع هذه الشركة بخصوص هذه الأفعال أو بخصوص التعويضات التي تلزمها لدفعها إلى الشركة"<sup>215</sup>.

أشار كذلك العقد المبرم بين شركة البترول الحكومية لجمهورية أذربيجان ومجموعة الشركات البترولية إلى أنه لا يصح على الإطلاق التعديل أو التغيير بأي حال من الأحوال في الحقوق المخولة

<sup>213</sup> . [www.jus.uio.no/im/unidroit](http://www.jus.uio.no/im/unidroit) intenational أنظر موقع اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية على شبكة الأنترنت : 213

بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق ، ص302. <sup>214</sup>

عمر، حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علة <sup>215</sup> القانون العام، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2008، 65.

للمقاول والمقاولين من الباطن بموجب الإتفاقية دون الموافقة المسبقة من قبل المقاول<sup>216</sup>، وإذا ما أصدرت الحكومة قانونا جديدا أو تم توقيع معاهدة أو إصدار قرار يتعارض مع بنود الإتفاقية أو سيؤثر سلبا أو إيجابا على حقوق ومصالح المقاول ومنها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر حدوث أية تغييرات في التشريعات الضريبية أو الممارسات الإدارية أو القضائية المتعلقة بالعقد، فإنه يلزم حينئذ إعادة ضبط الإتفاقية لإعادة خلق التوازن الإقتصادي ما بين الأطراف وإذا ما ثبت التأثير السلبي لحقوق ومصالح الطرف المقاول فإنه يلزم على الدولة التعويض على الخسائر في حدود ما تسمح به سلطاتها بضمان أن تتخذ الإجراءات اللازمة لتسوية أي تعارض بين تلك المعاهدة والقانون<sup>217</sup>.

ونجد كذلك تجسيدا لهذا الشرط ما جاء في نص المادة 39 من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية للبتروول وشركة رسول إكسبلور إيجبتد أس إيه وشركة موبيل إكسبلوريشن إيجيبث إنك، حيث أشارت هذه المادة إلى أنه: في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو ألحي يؤدي إلى إنتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوما للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات<sup>218</sup>.

تجد فكرة إدراج شرط إعادة التفاوض تجسيدا لها في العديد من التشريرات الدولية والداخلية على غرار المشرع الجزائري الذي تبناها تزامنا مع التحولات الإقتصادية التي شهدتها الدولة بإنتقالها من الإقتصاد الموجه الى إقتصاد السوق وما يتطلبه ذلك من مواكبة قانونية لهذا التحول الذي مازال مستمرا<sup>219</sup>.

إمتدادا لما سبق لجأت الجزائر في قضيتها مع مؤسسة مغربية بترولوية المطروحة أمام غرفة التجارة الدولية CCI والتي تحمل رقم 3344 ، إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية لحل نزاعهما البترولوي.

<sup>216</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد

الأول، العدد الثاني، 2004، ص 361.

<sup>217</sup> Bernardini, the Renegotiation of the investment Contracts ,op,cit,p,416- 417

<sup>218</sup> محمد عامر شنجار، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار، دراسة قانونية مقارنة، مقال منشور على الموقع،:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=109232>

للمزيد أنظر بخصوص التحولات الإقتصادية والقانونية المقالات التالية المنشورة في الملحق المعنون:

‘L’Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l’économie de marché: ‘

G.D. BERNIS, d’un modèle à l’autre: la part de l’économie, in «L’Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l’économie de marché», sous direction de Robert CHARVIN et Ammar ghesmi, l’Harmattan, 2001, p.11 et S. ; R. CHARVIN, d’un modèle à l’autre: la part du droit, in «L’Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l’économie de marché», Op.cit, p. 19 et S.; A. HENNI, dualité économique et formalisme juridique dans la transition Algérienne à l’économie de marché, in «L’Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l’économie de marché», Op.cit, p. 49 et S.

وكذلك الحال في قضية ANADARKO ، وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد إستغلال بترولي مع شركة سونطراك، حيث كانت الإشكالية قائمة بعدما فرضت الجزائر ضريبة جديدة " ضريبة الأرباح الإستثنائية بموجب الأمر رقم 10-06 المتعلق بقانون المحروقات <sup>220</sup>، في نص المادة 100 منه: "بغض النظر عن أحكام المادة 101 يطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الإستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول "البرنت" يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد وذلك فيما يخص عقود الشراكة بين سونطراك وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون 14/86 المؤرخ في 19 أوت 1989 ويطبق هذا الرسم ابتداء من أول أوت 2006". وعلى إثر هذا الخلاف الذي ثار بين شركة ANADARKO وشركة سونطراك بخصوص الضريبة المستحدثة، وبعد جولات أمام التّحكيم التجاري الدوليّ باشر الطرفان مفاوضات توصلت إلى إتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض الأجزاء في العقد المبرم بينهما مع التنازل على القضية المطروحة أمام التّحكيم <sup>221</sup>.

كما لجأت الحكومة الجزائرية إلى نفس الإجراء، ممثلة في وزارة الأشغال العمومية، والتي باشرت المفاوضات الجديدة مع مجمع الياباني " كوجال "، التي يربطها معه عقد إنشاء مقاطع الطريق السيار، وهذا تفاقيا من اللجوء إلى التّحكيم التجاري الدولي <sup>222</sup>.

وتبعاً لذلك يتضح التّعامل القانوني في التشريع الجزائري مع مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد حيث تخضع العقود الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة لنص المادة 107 من القانون المدني، أما العقود الدولية فتخضع لفكرة إعادة التفاوض بناء على المفهوم الواسع لهذا النص <sup>223</sup>.

تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقاً لها على المستوى القضائي، وخاصة في القضاء الفرنسي حيث يركز الفقه في تتبع هذه الفكرة في الأحكام القضائية الفرنسية على حكمين أساسيين تبنى فيها القضاء الفرنسي تطبيق هذه الفكرة وهي الحكم الصادر عن الغرفة التجارية في 03 نوفمبر 1992، والحكم الصادر في 24 نوفمبر 1998.

الأمر 10-06 المؤرخ في 29 يوليو 2006، المعدل و المتمم للقانون رقم 05-07 المتضمن قانون المحروقات ، الجريدة الرسمية عدد 48 <sup>220</sup> ص 9.

<sup>221</sup> للمزيد في قضية أناداركو أنظر الموقع : [www.algerie360.com/algerie/conflict-sonatrach-anadarko-et-maerks-accord-alami-avec-les-groupes-america-in-et-danois/](http://www.algerie360.com/algerie/conflict-sonatrach-anadarko-et-maerks-accord-alami-avec-les-groupes-america-in-et-danois/)

<sup>222</sup> هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد ، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016، ص 305.

<sup>223</sup> هني عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 306.

يتعلق الحكم الأول بإقرار مسؤولية شركة بترولية لعدم بحثها مع المتعاقد الآخر سبل الحفاظ على عقدهما من خلال الحفاظ على القدرة التنافسية لهذا الأخير في السوق، وذلك بعد تعديل حكومي لأسعار بيع المواد البترولية أفقد الموزع القدرة على البيع بأسعار تنافسية، أما الحكم الثاني الصادر في 24 نوفمبر 1998 فقد أقرت فيه الغرفة التجارية مسؤولية موكل un mandant القانونية نتيجة عدم إتخاذ إجراءات ملموسة تسمح للمتعاقد الآخر بعرض أسعار تنافسية بعد المشاكل القانونية التي حدثت و هو ما يفهم معه أن المسؤولية وقعت على المركز نتيجة عدم دخوله في التفاوض مع الطرف الآخر<sup>224</sup>.

يتضح من خلال القرارات المذكورة أنّ شرط إعادة التفاوض له العديد من التطبيقات التشريعية والقانونية في مجال العقود الدولية بالخصوص عقود الاستثمار لما يعبه هذا الأخير من دور فعال في تجنب المنازعات ما يبرر الدور الفعال القوي لإرادة المتعاقدين في إدراج هذا الشرط في عقودهم الدولي<sup>225</sup>.

### المطلب الثاني

#### أثار شرط إعادة التفاوض

يهدف شرط إعادة التفاوض المنصوص عليه من قبل الأطراف إلى المحافظة على التوازن العقدي، فمتى توافرت تغييرات مستقلة عن إرادة الأطراف أثرت على توازن العقد، فإن شرط إعادة التفاوض يترتب آثاره وتتجسد في مواصلة تنفيذ الأطراف لإلتزاماتهم العقدية والشروع بإعادة التفاوض (الفرع الأول). ويترتب على الإخلال بهذا الشرط في حالة عدم تنفيذ أحد الأطراف هذا الإلتزام المتفق عليه مسؤولية على هذا العقد وفقا للمتغيرات الجديدة التي لحقته وذلك بغية التوصل إلى إتفاق جديد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض

على الرّغم من الأهمية القصوى التي يحتويها شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار، إلا أنّ أثر هذا الشرط محدود للغاية حيث يقتصر فقط على مجرد الإلتزام بإعادة مناقشة شروط وأحكام العقد دون أن يكون هناك إلتزام بأن تؤدي هذه المناقشة إلى تعديل فعلي للعقد حيث يوجد فرق بين الإلتزام

<sup>224</sup>. EDWARDS, vers une extension de l'obligation de renégociation en matière=contractuelle ?, Petites affiches, 28 juin 2004, N°. 128, p. 18 et S.; D. PHILIPPE, le juge et la révision du contrat: le bouleversement de l'économie contractuelle, in « le juge et le contrat », La charte, Bruxelles, 2014, p.385 et S.

<sup>225</sup>. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 67.

بإعادة الإلتزامات العقدية في ضوء الظروف الجديدة ومجرد الإتفاق على إجراء التفاوض في حالة حدوث هذه الظروف<sup>226</sup>.

شهد هذا الاتجاه تأييدا من قبل بعض أحكام التحكيم التي ذهبت إلى أنه إذا لم يتمكن أطراف العقد من التوصل إلى إتفاق فإن هذا لا يعد خرقا للعقد لأن الإلتزام بالتفاوض لا يعني الإلتزام بتعديل العقد<sup>227</sup>. وعلى هذا الأساس فإنه يجب التفرقة بين ثلاثة فروض في مثل هذه الحالة:

**الفرضية الأولى:** إذا ثبت أن أحد أطراف العقد قد تسبب بفعله المنفرد في تغيير الظروف على النحو الذي جعل العقد غير متلائم مع الظروف التي تبرر تعديل العقد، فإنه يجب على الطرف الذي تسبب بفعله في هذا الموقف أن يعيد الأوضاع إلى ما كانت عليه، ويلحق للطرف الآخر أن يطالبه بالتعويض من الأضرار التي لحقت به جراء هذه الأوضاع.

**الفرضية الثانية:** في حالة ما إذا اتفقت الدولة المضيقة مع المستثمر الأجنبي على أحوال وظروف مسماة ومحددة في العقد فإنه و في حالة تحققها يجب تعديل العقد بما يتلائم مع هذه الظروف الجديدة اذ لا بد من الإلتزام بتعديل العقد بما يجعله متلائما مع المستجدات، وعلى القاضي أو المحكم ان يراعي في هذه الحالة كافة المؤشرات والموجهات التي اتفق عليها الأطراف لمواجهة هذه الظروف<sup>228</sup>.

**الفرضية الثالثة:** إذا نص اتفاق الدولة والمستثمر على إعادة التفاوض في حالة ما حدثت متغيرات تخل بالمراكز القانونية في العقد بصورة عامة فإنه لا يمكن إلزام الأطراف بتعديل العقد بل يجب إعادة التفاوض دون أن يكون هناك إلتزام بتعديل العقد<sup>229</sup>.

وبناء على التحليل السابق للعناصر المذكورة تظهر الأهمية الكبيرة للصياغة المتبناة في عقد الإستثمار من قبل أطرافه لتنظيم إعادة التفاوض لمواجهة المتغيرات التي حصلت على العقد<sup>230</sup>، حيث أن

<sup>226</sup>Klaus Peter Rerger, **Renegotiation and Adaptation of international Investment Contracts: The Role of contracts Drafters and Arbitrators**, vanderbil journal transnational law , vol , 36:1347 ,2003,p 1368 .

<sup>227</sup> لما أحمد كوجان ، المرجع السابق ، ص 83.

<sup>228</sup> علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في تحقيق التوازن في عقود الإستثمار الدولية ، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الثاني والستون ، أبريل ، 2015 ، ص 25 .

<sup>229</sup> عصام الدين القصيبي، المرجع السابق، ص 153.

<sup>230</sup> أسامة كردي، دور الغرف العربية في جذب الإستثمارات المشتركة، أفاق وضمانات الإستثمارات العربية والأوروبية ، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت من 13 إلى 2001/02/10، الطبعة الأولى، فبراير 2001، مركز الدراسات العربي الأوروبي بباريس، ص 228.

القضاء أو هيئة التحكيم لن يتمكنوا من تحقيق التوازن الإقتصادي الملائم لعقد الإستثمار إلا إذا كانت الصياغة التي تم تبنيها في العقد تمكنهما من ذلك .

وبالإضافة إلى ذلك أثناء سعي القاضي أو المحكم لحل مشكلة إعادة التوازن للعقد يجب عليه أن يفسر نصوص العقد مثلما صاغها المتعاقدون ولا يخرج عن هذا النطاق، وعلى هذا الأساس يجب على المتعاقدين أن يحرصوا عند تضمين عقدهم شرط إعادة التفاوض بأن ينصوا صراحة على ضرورة التوصل لإستعادة توازن العقد<sup>231</sup>، وأن لا يقتصروا في صياغتهم للشرط محاولة التفاوض فقط دون اشتراط التوصل إلى نتيجة معينة.

ما يؤكد التحليل المذكور هو ما ذهبت إليه هيئة التحكيم ad hoc في القضية التي كانت بين دولة الكويت وشركة Animiol، حيث تضمن عقدهم النص على التعويض فقط دون الوصول إلى التوازن الإقتصادي للعقد ودون أن يعدل العقد ليتناسب مع المستجدات الإقتصادية<sup>232</sup>.

يستخلص مما سبق أنّ المنازعة التي تنشأ بمناسبة توضيح الطابع الفني لشرط إعادة التفاوض تحتاج إلى معالجة قضائية وتحتاج كذلك إلى معالجة توفيقية مبنية على هذه المنازعة وملاساتها، وعلى الأطراف أثناء تكوينهم للعقد مراعاة بعض الخصوصيات لهذا الشرط والطابع الفني له حيث من المستحسن في صياغتهم لهذا الشرط أن تكون بوجه عام وليس بوجه خاص أي بمعنى آخر ألا يحددوا حالات إختلال التوازن الاقتصادي للعقد على سبيل الحصر بل يجب أن تكون الحالات شاملة لكل الظروف التي تكون غير متوقعة.

يفرغ هذا الأمر من حالات اللجوء إلى إعادة التفاوض ويجرد الشرط من مضمونه الأصلي، ومن ثمّ كما وضح سابقا يستحسن ترك الأمر دون تحديدها، وفي هذه الوضعية عندما تكون المنازعة مطروحة على هيئة التحكيم أو القضاء فقبل الفصل فيها من قبل المحكم أو القاضي يجب التأكد من جدية الظروف ومدى تأثيرها على الإخلال بالتوازن الاقتصادي لعقد الإستثمار<sup>233</sup>.

محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 450.231

علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص 27.232

مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 57.233

والجدير بالذكر أنّ صياغة شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار يجب أن تكون مرنة مما يجعلها تتماشى مع ظروف ومستجدات الحياة الاقتصادية لعقد الاستثمار، ومن شأنه كذلك تجنب العديد من معوقات تنفيذ هذا الأخير وحدث المنازعة ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي<sup>234</sup>.

قد يطرح التساؤل في كل الحالات فيما يخص إعادة التفاوض على شروط العقد أثناء حدوث منازعة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي رغم خلو العقد من هذا الشرط، وفي هذه الحالة يمكن القول أن شرط إعادة التفاوض يعد من قبيل الشروط المفترضة التي يلتزم بها الأطراف حتى ولو لم يدرجها في عقد الإستثمار<sup>235</sup>.

في ذات السياق نص المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات المقارنة في المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي نصت ثانيا منها على مايلي: " ولا يقتصر العقد إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام..."<sup>236</sup>.

وبالتالي في هذه الحالة ما هو معروف في عقود الإستثمار أنها تمتاز بطول مدة تنفيذها نسبي ا كما أنها ترتبط في غالب الأحيان بالخطط الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار.

ويضاف إلى كل ذلك قيام هذه العقود على إستغلال الموارد الطبيعية وعقود التنقيب وعقود البترول وغيرها من عقود الإستثمار، كل هذه الأمور تؤكد بقوة أهمية شرط إعادة التفاوض في ضوء طبيعته ومحلّه وغايته حتى ولو لم يكن مذكور صراحة في عقد الاستثمار.

بعد دراسة الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض من الناحية الفنية والعملية ومتى يكون أثره فعال في عقود الاستثمار، ستركز الدراسة في الفرع التالي على بيان أثر الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض.

### الفرع الثاني

#### أثر الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض

قد يرفض أحد الأطراف إعادة التفاوض في العقد أو قد يستعمل وسائل تسويقية من أجل عدم التفاوض سواء كان الدولة أو المستثمر، ويعود السبب في ذلك إلى أن إختلال توازن العقد قد يؤدي إلى

<sup>234</sup>.303. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 303.

<sup>235</sup> غسان علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنشور بصدها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص 186.

<sup>236</sup> راجع نص المادة 107 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.



تحمل أحد الطرفين خسائر كبيرة ويكون الطرف الآخر مستفيدا من هذا الإختلال الذي وقع في العقد ويرفض إعادة التفاوض في العقد<sup>237</sup>، وعلى سبيل المثال في عقد التوريد إذا طرأ حدث أدى إلى إرتفاع كبير في الأسعار ويكون من مصلحة البائع أعمال شرط إعادة التفاوض لأنه سيتضرر كثيرا إذا ظل ملتزما بتوريد بضاعة بالسعر ذاته المتفق عليه سابقا في العقد وهو أقل من سعر السوق على عكس المشتري الذي سيكون مستفيدا من هذا الإرتفاع في الأسعار ففي هذه الحالة قد يرفض هذا الأخير التفاوض من أجل العقد تعديل بنود العقد<sup>238</sup>.

و أيا كان الأمر الذي طرأت من جرائه المنازعة ما بين أطراف عقد الإستثمار، فإن رفض أحد الأطراف إعادة التفاوض أو عدم الإلتزام بحسن النية يعد إخلالا بشرط إعادة التفاوض، ورغم أن الأطراف هم من يتولوا تنظيم هذا الشرط إلا أن الإطلاع على الشروط التعاقدية يكشف جليا أنه من النادر أن يتولى الأطراف تحديد أو تنظيم الجزاء المترتب على الإخلال بشرط إعادة التفاوض، وعليه فإنه لا مناص من الرجوع إلى الجزاءات التي تملئها القواعد العامة، (أولا). أو الزام الطرف الآخر بالتنفيذ العيني لهذا الشرط أو التقيد بالإلتزام القائم عليه (ثانيا) .

### أولا : الدفع بعدم التنفيذ كجزاء للإخلال بشرط إعادة التفاوض

قد يلجأ الطرف المتضرر في هذه الحالة إلى الدفع بعدم التنفيذ بهدف إجبار الطرف الآخر على تنفيذ إلتزامه والدفع بعدم التنفيذ، وهو امتناع مشروط من أحد الطرفين عن تنفيذ إلتزاماته مؤقتا وذلك كوسيلة يستعملها الطرف المتضرر في المشروع الإستثماري لإجبار الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته. ويعد إعادة التفاوض حول مضمون العقد ضمانا قانونية يستعملها في مواجهة الطرف الآخر الذي إمتنع عن تنفيذ ما ورد في عقد الإستثمار، إذ يتوقف عن تنفيذ إلتزاماته الى حين قيام الطرف الآخر بعملية التفاوض، وبذلك يتجنب إفسار المدين قبل التنفيذ<sup>239</sup>، وبهذا يكون إلتزام كل متعاقد مترتبا على إلتزام الطرف الآخر ومرتبب به ويتحقق هذا في عقود الإستثمار التي تمتاز بكونها عقودا متبادلة ترتب إلتزامات متقابلة على عاتق طرفيها، لذلك يحق لأحد أطراف عقد الإستثمار الدولة أو المستثمر الإمتناع

<sup>237</sup> الدحماني، المرجع السابق، ص 176. الخالق عبد

<sup>238</sup> مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان 2002، ص 62.

<sup>239</sup> عصام علاء الدين القصيبي، المرجع السابق، ص 141.

عن التنفيذ بقصد إجبار المتعاقد الآخر على الدخول في عملية التفاوض إعمالاً بشرط إعادة التفاوض المدرج مسبقاً في العقد<sup>240</sup>.

وبالإضافة إلى الدفع بعدم التنفيذ من الطرف المتضرر من أجل إجبار الطرف الآخر في الدخول معه في التفاوض من أجل تحقيق التوازن العقدي في عقد الإستثمار فهناك كذلك حلول أخرى قد وجدت لضرورات حل مشكلات عقود الإستثمار أهمها إتفاق الأطراف على أنه في حالة عدم قبول أحدهم إعادة التفاوض في العقد فإن العقد الأصلي يستمر في السريان<sup>241</sup>، إلا أن اللجوء إلى هذا الحل يهدر الهدف الحقيقي الذي وجد من أجل تحقيقه شرط إعادة التفاوض وهذا الإتفاق في الغالب لا يلجأ إليه الأطراف عندما يكون هناك تعامل مسبق يؤمن بقدر كبير الثقة والإطمئنان و الأمانة في التعامل<sup>242</sup>.

وإلى جانب ذلك قد يتفق الأطراف على جواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة إذا أحل أحدهما بشرط إعادة التفاوض في العقد شريطة إخطار الطرف الآخر بذلك، ولا يستحب إعمال مثل هذه الإتفاقات في عقود الإستثمار إذ أن غالبية هذه العقود هي عقود طويلة المدة يكتسي تنفيذها أهمية كبيرة وتهدف إلى تحقيق مكاسب ضخمة سواء للدولة المضيفة للإستثمار أو بالنسبة للمستثمر والذي تتمحور غايته حول الربح، وكما أن اللجوء إلى فسخ العقد يخالف الهدف الذي وضع من أجله شرط إعادة التفاوض ألا وهو الحفاظ على العقد من الزوال<sup>243</sup>.

### ثانياً : التنفيذ العيني جزاء للإخلال بشرط إعادة التفاوض

ويقصد به إجبار المدين على تنفيذ ما إلتزم به عيناً، وفقاً لما يحدده العقد المبرم بينهما، والأصل في تنفيذ الإلتزام أن يكون عيناً، فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ طواعية جاز للدائن أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء أو التحكيم، شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمدين مع ضرورة إعدار الأخير قبل اللجوء إلى هذا التنفيذ.

<sup>240</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، 438 و 439.

<sup>241</sup> لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 22.

<sup>242</sup> شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 381.

<sup>243</sup> شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 382.

وقد أشارت المادة 164 من القانون المدني إلى التنفيذ العيني، والتي جاء فيها مايلي: يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا<sup>244</sup> وهنا يثار التساؤل حول مدى إمكانية إستخدام هذا الجزاء في حالة الإلتزام بالدخول في عملية التفاوض؟ على الرغم من إخطاره بخصوص حالة التغير في الظروف، فهل يجوز في هذه الحالة للمتعاقد الاخر أن يلجأ إلى القضاء أو التحكيم لإجباره على الدخول في عملية التفاوض؟ في البداية يجب أن نشير إلى أن جانبا كبيرا من الفقه القانوني ذهب إلى ضرورة إستبعاد التنفيذ العيني الجبري في مجال التفاوض بشكل عام<sup>245</sup>، وإن لم يمكن ذلك التنفيذ مستحيلا أو مرهقا<sup>246</sup>، مستدلين في ذلك على مجموعة حجج أهمها أن تنفيذ الإلتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا يقتضي تدخل المدين شخصيا على فرض أنه يرفض تماما على الدخول في التفاوض، فإن إجباره على ذلك يشكل مساسا بحريته الشخصية فضلا عن أنهم يرون أن الإلجبار في مجال التفاوض يكون غير مجدٍ، لأن التفاوض بطبيعته يحتاج الى التعاون الحقيقي بين الأطراف ولا يمكن تصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض رغما عنه، ولهذا يكون التفاوض بهذا المناخ غير مجد<sup>247</sup>.

ويرى الباحث في هذا السياق أنه من الضرورة التمييز ما بين حالتين، الأولى حالة الإلتزام بالدخول في التفاوض بإبرام عقد ما، والحالة الثانية حالة الإلتزام بالدخول في التفاوض لمعالجة مشكلة تغيّر الظروف التي إعتضت تنفيذ عقد قائم وفي حيز التنفيذ، فإذا كان هناك شبه إتفاق بين أغلب الفقه على عدم إمكانية التنفيذ العيني في الحالة الأولى على أن ذلك يعد مساسا بالحرسه الشخصية كما أوضحنا أعلاه، فإنه لا يوجد ما يمنع من إجراء ذلك في الحالة الأخرى، وهي الدخول في التفاوض لتعديل عقد قائم وتطويع أحكامه مع الظروف الجديدة<sup>248</sup>، وهذا لا يشكل مساس بالحرية الشخصية، مادام الغرض من الإلجبار من التفاوض هو إلتزام تعاقدية مقتضاه أن يقوم الأطراف بالتفاوض من أجل إعادة التوازن الإقتصادي للعقد الذي إتفق هؤلاء الأطراف وبكل حرية على إبرامه وتنفيذ آثاره، فهم ليسوا بصدد

<sup>244</sup> راجع نص المادة 164 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>245</sup> في هذا الخصوص أنظر عبد الخالق الدحمانى، المرجع السابق، ص 181.

<sup>246</sup> محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، بدون دار نشر، 1995، ص 84.

<sup>247</sup> نفس المرجع، ص 86 و 87.

<sup>248</sup> مروى منصري، وظيفة الدفع بعدم التنفيذ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة،

جامعة سوسة، 2013-2014، ص.38.

إبرام عقد جديد بل مرجعة أحكام عقد قائم مسبقاً فيما بينهم تعرض لحالة من حالات الإختلال في توازن الإقتصادي<sup>249</sup>.

إن إلتزام الأطراف بتنفيذ إلتزاماتهم دون تلك المراجعة يتهدد بخسارة فادحة، لاسيما أنه وفي كثير من الأحيان سيكون من مصلحة جميع الأطراف الإبقاء على العلاقة العقدية وعدم إنهاؤها قبل إنقضاء المدة المقررة لها، بالنظر الى أهمية عقود الإستثمار طويلة المدة والصعوبة في إبرام عقد جديد، حيث تشكل هذه العقود النطاق الأوسع لإعمال شرط إعادة التفاوض.

وفي هذا السياق نذكر الحكم القضائي الشهير الصادر عن محكمة الإستئناف بباريس في 28 سبتمبر 1989 الحاصل ما بين شركة (E.D.F) وشركة (SHELL) الذي أجبر الأطراف في الدخول في عملية التفاوض عند حصوله على حالة من حالات الإختلال في التوازن الإقتصادي للعقد عندما طال أحد الأطراف وإمتنع الآخر، وتتلخص الوقائع على أن الشركة الفرنسية أبرمت ستة عقود مع شركة الغاز والكهرباء لمدة عشر سنوات، وكانت هذه العقود في بعض بنودها شرطين، الأول شرط التقييس والثاني شرط إعادة التفاوض، وبعد حرب أكتوبر إرتفع أسعار البترول عالمياً، كان لابد من أن يتقارب الأطراف للتفاوض من تعديل العقد ليتلائم مع الظروف الطارئة.

وبعد حصول خلاف بين الأطراف حول ذلك عرض أما محكمة باريس التجارية، التي لاحظت أن اللجنة البترولية المتخذة سعرها كمقياس لتحديد السعر قد توقفت عن ممارسة أعمالها، بناء على أوامر السلطة العامة فضلاً عن ملاحظتها فشل الأطراف التوصل الى إتفاق حول تعديل الثمن لذلك قضت في 02 نوفمبر 1985 بإعتبارها هذه العقود باطلة<sup>250</sup>، لأن الثمن وفقاً لهذه الظروف الجديدة غير محدد وغير قابل للتحديد وكما انه ليس من سلطاتها بحسب قول المحكمة أن تحل محل الأطراف وتعديل السعر.

وبعد ذلك عرضت الدعوى أمام محكمة الإستئناف في باريس التي أشارت أن الثمن يمكن من تحديده من خلال إعمال شرط إعادة التفاوض الذي يلزم الأطراف في الدخول في عملية التفاوض لتعديل العقد وفقاً للظروف الجديدة لذلك أصدرت قرارها الموضوع بالإبداع بتاريخ 28 سبتمبر 1987 من خلال تنفيذ الإلتزام بالدخول في عملية التفاوض تنفيذاً عينياً بإلزامها الأطراف بالدخول في عملية

عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 604. 249.

سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، المرجع السابق، ص 161. 250.

التفاوض ومراجعة العقد تحت رعاية شخص من الغير عينته المحكمة لإجراء عملية التفاوض ما بين الأطراف.

وفي هذا السياق يتبين إمكانية اللجوء إلى التنفيذ العيني لإلزام الأطراف في الدخول في عملية التفاوض لغرض تعديل العقد وتطويعه مع حالة التغير في الظروف، وعلى الرغم من إمكانية ذلك الى أنه يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للمحكمة الناظرة في النزاع، فضلا عن أن اللجوء الى ذلك قد يخلق جواً من الخلاف والتنافر ما بين الأطراف بإعتبار أن أحد الأطراف هو الدولة، وذلك قد يضعف من إمكانية اللجوء إلى حلول مرضعية للأطراف.

ولكن ذهب البعض<sup>251</sup>، وبحق إلى أن ضعف فرص التوصل إلى إتفاق في مثل هذه الحالة لايجب أن نفقد الأمل في إمكانية التوصل إلى إتفاق مشترك، لاسيما أنه في كثير من الأحيان سيكون من مصلحة هؤلاء الأطراف الإبقاء على العقد والإستمرار في تنفيذه، وهذا لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال إعادة النظر في أحكامه وتعديلها لتلائم مع الظروف الجديدة كي يتسنى لهؤلاء الأطراف الإستمرار في تنفيذ إلتزاماتهم التعاقدية دون مشقة وإرهاق<sup>252</sup>.

في كل الأحوال من المستحسن عمليا في عقود الإستثمار اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لغرض فض النزاع القائم حول هذا الشرط وذلك من خلال هيئة التحكيم أو القاضي من خلال إصدارهم لحكم أو الفصل في هذه النقطة القانونية، وعندئذ فإن القرار التحكيمي أو الحكم القضائي قد يكون بالتنفيذ الجبري للمتعاقد المتخلف عن تنفيذ إلتزامه بالتفاوض مع الطرف المتضرر أو فسخ العقد إذا لم يكن هناك أي حل يمكن التوصل إليه مع حق المتعاقد المتضرر في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال الطرف الآخر بالإلتزام بإعادة التفاوض، سواء كان هذا القرار بالتنفيذ أو بالفسخ في كل الحالات فيحق له المطالبة بالتعويض.

### المبحث الثاني

#### شرط القوة القاهرة

لما كانت عقود الإستثمار المبرمة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي هي أساس الرابطة بين هذين الطرفين، وأن هذه العقود تتكون من شروط تنطوي على حقوق والتزامات يتفق عليها الأطراف فإن

محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 101.251

محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، ص 139 و140.252

المنازعات التي قد تنشأ بينهما تنحصر في مدى الوفاء والإلتزام بتلك الحقوق والإلتزامات وتنشأ نتيجة لإنتهاك حقوق أو نتيجة خرق الإلتزامات، وقد ترجع هذه الإنتهاكات إلى أسباب قهرية ليس للدولة أو المستثمر الأجنبي دخل فيها، وتلعب إرادة المستثمر الأجنبي والدولة المستقبلية دور هام في إدراج شرط القوة القاهرة وذلك من أجل تفادي المشاكل القانونية التي تنتج، وكذا إلتزام الطرفين بتحقيق التوازن الإقتصادي للعقد، لكن ما يجب التنبه إليه أن الأفعال التي تصدر من الدولة الإرادية كالتأميم والمصادرة لا يمكن إعمال شرط القوة القاهرة فيها ولا يمكن محاسبة الدولة على أعمالها بخصوصها ما دامت تتوفر تعويضات مناسبة بالنسبة للمستثمر على أساس الضرر الذي لحقه (المطلب الأول)، بالإضافة إلى أن إدراج هذا الشرط قد يربط آثارا قانونية إما بوقف تنفيذ هذا العقد حتى تزول هذا التغييرات وإما لإعادة التوازن العقدي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### مفهوم شرط القوة القاهرة

قد يعترض تنفيذ عقود الإستثمار تبعا لخصوصيتها إلى مخاطر وصعوبات تحول دون إمكانية تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها، وهذه المخاطر والصعوبات قد تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بصفة نهائية أو قد تكون الإستحالة مؤقتة، وفي كلتا الحالتين يصبح عدم التنفيذ ضار بحقوق الدائن مما يؤدي إلى الإخلال بقاعدة التوازن العقدي بين الطرفين، كما أن طبيعة هذه العقود وأهمية إلتزاماتها ما بين الطرفين تستلزم الأخذ بعين الإعتبار هذه الصعوبات وهذا بالاستناد على فكرة القوة القاهرة (الفرع الأول)، وهذا إن تحققت شروطها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### المقصود بالقوة القاهرة

القوة القاهرة هو كل حدث أو ظرف لا يمكن مقاومته، وهو ظرف مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة ويحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الإلتزامات العقدية ما بين المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة التي يمارس فيها نشاطه<sup>253</sup>، وبعبارة أخرى هي مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي إلى عدم الإلتزام بالقواعد القانونية دون أن يشكل ذلك مخالفة للإلتزاماتها تقيم للمسئولية من جانبها

254 .

عصام القصبى، خصوصية التحكيم في منازعات الإستثمار، جامعة المنصورة، القاهرة، 1991، ص 121 .<sup>253</sup>

عجة الجبالي، الكامل في قانون الإستثمار، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 731 .<sup>254</sup>

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى القوة القاهرة في القانون المدني وإنما أشار إليها كسبب أجنبي يعفي من المسؤولية، إذ تنص المادة 127 من القانون المدني على أنه:

"إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"<sup>255</sup>.

من خلال النص المذكور فإنّ للسبب الأجنبي أربع حالات تتمثل في كل من : القوة القاهرة، الحادث الفجائي، خطأ المضرور وخطأ الغير، ورغم أن هذه الحالة لم تذكر على سبيل الحصر إلا أنه لا يتصور سبب آخر خارج هذه الحالات الأربعة.

كما يظهر نص المادة 176 من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية العقدية التي جاء فيها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه"<sup>256</sup>.

وكذا نص المادة 307 من القانون المدني التي تنص على أنه: "ينقضي الإلتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته". إضافة الى نص المادة 138 التي تناولت مسؤولية متولي حراسة الشيء بقولها: "يعفى من المسؤولية حارس الشيء إذا اثبت أن الضرر وقع بسبب لم يتوقعه مثل عمل الضحية، عمل الغير والحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة المطة الثامنة عشر منها من القانون 01/13 المتعلق بقانون المحروقات على تعريف القوة القاهرة بصراحة، والتي عرفت القوة القاهرة على أنها "كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته، وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد إلتزاماته التعاقدية أو العديد منها أنيا أو نهائيا، غير ممكن"<sup>257</sup>.

<sup>255</sup> للمزيد أنظر نص المادة 127 من من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل.

<sup>256</sup> في هذا السياق أنظر، نص المادة 176 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل.

<sup>257</sup> أنظر نص المادة 05 من القانون رقم 13 - 01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1434 الموافق ل 20 فبراير سنة 2013 يعدل ويتم القانون رقم 05 - 07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005 والمتعلق بالمحروقات ، الجريدة الرسمية ، العدد 11 . 24 فبراير 2013.

وقد نص على هذا الشرط في الإتفاق المبرم ما بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وشركة دار (سيدار) الدولية في المادة التاسعة منها والتي نصت على ما يلي: "يقصد بالقوة القاهرة كل حدث يقع ويكون خارجا عن نطاق إرادة الطرفين مثل الكوارث الطبيعية والحروب والاضطرابات الكبيرة وأعمال الشغب ولاسيما تلك التي تحول دون تحقيق أو متابعة أهداف والتزامات الطرفين في إطار الإتفاقية الحالية<sup>258</sup>، وفي حالة وقوع مثل هذه الأحداث يتفق الأطراف حول الإجراءات الضرورية اللازمة قصد مواصلة الأهداف وموضوع الإتفاقية الحالية"<sup>259</sup>.

ما يلاحظ بشأن هذه النصوص هو أن المشرع الجزائري قد عمد لذكر السبب الأجنبي وحالاته الأربعة بما فيه "القوة القاهرة" دون تعريف، وإكتفى بذكر الأثر المترتب عليها كسبب إعفاء المدين من التزامه متى ثبت توفره وهذا ما يوسع في سلطة القاضي التقديرية في تقرير ما إذا كانت واقعة معينة سببا أجنبيا، فما يعد في ظل ظروف معينة سببا أجنبيا قد لا يعد كذلك في ظروف أخرى.

و إذا كانت نظرية القوة القاهرة تشترك مع نظرية الظروف الطارئة في إستنادهما على قاعدة *robis sio Stant ibus*، والتي مقتضاها أن العقد يقوم على شرط مضمّر بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطا ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها، فإن الفارق بين النظريتين يظل قائما وذلك أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا في حين يجعل الحدث الطارئ تنفيذه مرهقا لا مستحيلا ويترتب على ذلك فرق في الأثر<sup>260</sup>.

تؤدي القوة القاهرة كذلك إلى إنقضاء الإلتزام فلا يتحمل الطرف المتضرر إلتزاما لعدم تنفيذه إلتزاماته، أما الحدث الطارئ فلا ينقضي الإلتزام به بل يترد إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين الأطراف وبالتالي أثر الضرورة أو الظروف التي تسهم في إيجادها تختلف عن القوة القاهرة التي تعفي تماما من المسؤولية ويؤدي ذلك إلى تجرد أساس الضرورة من المبادئ القانونية أو العرفية الغير محددة في القانون الدولي<sup>261</sup>.

<sup>258</sup>Frederick R. Fucci, **Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts, Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance, American Bar Association** Section of International Law Spring Meeting – April 2006, p3, chrege de site [https://files.arnoldporter.com/hardship\\_excuse\\_article.pdf\\_en\\_24/02/2018](https://files.arnoldporter.com/hardship_excuse_article.pdf_en_24/02/2018) a 19: 34

<sup>259</sup>. أنظر نص المادة 09 من إتفاق الوكالة الوطنية والشركة الدولية دار سيدار، الجريدة الرسمية، العدد 07، 28 يناير 2007.

<sup>260</sup>. طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 110.

<sup>261</sup>. نبيل بشير، المسؤولية الدولية في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1990، ص 262.



ونظرا لأهمية أحداث القوة القاهرة وأثرها على حياة العقد فقد جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الإستثمار، إلا أن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات النَّاجمة عن أعمال هذا الشرط خاصة وأن المنازعات التي تدور حول توافر شروط القوة القاهرة فيها يغلب عليها الطابع الفني. ومن ثمَّ فإنَّ المسألة تحتاج إلى مختصين لهم العلم الكافي في هذه الأمور من محكمين و قضاة مختصين في مجال العقود الدولية أو مراكز تسوية منازعات عقود الاستثمار على أساس أن المنازعة تتعلق بتنفيذ مطابق للمواصفات في ظل تواجد القوة القاهرة، فمثلا تحدث المنازعات في العقود البترولية بسبب رفع الضرائب من طرف الدولة المستقبلية للشركة الأجنبية أو في مجال الإنشاءات الهندسية أو العمارات وغيرها من المنشآت بسبب غلاء أسعار البناء، مما يستدعي تحديد الضرر الذي لحق بالمتعاقدين الآخر وما إذا كان مبررا فقط لإيقاف العقد أم أنه وصل إلى درجة يتعذر فيها إتمام العمل ويتعين إنهاء العقد المبرم بخصوصه<sup>262</sup>.

إن التَّحليل الفني حول إدراج شرط القوة القاهرة في مجال عقود الاستثمار هو تحديد المقصود بها وذلك إمَّا بالإحالة في هذا الصِّدِّد لنظام قانوني معين، وهو غالبا ما يكون القانون الواجب التطبيق على العقد نفسه أو بإجراء تجديد حصري يتضمن بيانا جامعا للأحداث التي تندرج تحت هذا المصطلح ومن هنا قد تكون لعقود الإستثمار خصوصيتها لإرتباطها عادة بالظروف الاقتصادية والاجتماعية أو صلتها بطبيعة النشاط الإستثماري في الدولة المضيفة<sup>263</sup>.

ونجد تجسيدا لهذا الشرط من خلال الحكم الذي أصدرته محكمة التحكيم في قضية N.O.C. ، حيث أسست حكمها بالرجوع إلى النصوص القانونية والشرط الخاص بالقوة القاهرة، بل رفضت تمسك الشركة الأجنبية Oil Sun بأن شروط أعمال القوة القاهرة وفقا للنص المدرج في العقد يتحقق بمجرد أن يكون عدم التنفيذ مرجعه ظرف غير متوقع يؤثر على تنفيذ العقد<sup>264</sup>، ولا يشترط أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ حيث انتهت إلى أنه لا يوجد في الشرط المدرج في العقد ما يسمح بالتخفيف من الشروط التي يقتضيها القانون الليبي والتي وفقا لها البد أن يكون الظرف الذي يتمسك به الطرف المتعاقد، يؤدي إلى

<sup>262</sup>. طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 112.

<sup>263</sup> العتوم منصور إبراهيم، أثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مقال منشور في مركز مؤتمه للبحوث والدراسات، العلوم الإجتماعية والإنسانية، مجلد 23 العدد 4، الأردن، 2000. ص 14 و 15 .

<sup>264</sup>. نبيل بشير، المرجع السابق، ص 264.

استحالة حقيقية في التنفيذ على نحو مؤقت أو بصفة نهائية وعلى ذلك فهذا الشرط يسهل من وظيفة المحكم عند إعماله تقديره للظروف القاهرة<sup>265</sup>.

ونجد تجسيدا آخر لهذا الشرط ما جاء في المادة التاسعة من عقد الإستثمار المبرم ما بين الحكومة اليونانية وشركتي بيجو الفرنسية بتاريخ 27 يوليو سنة 1971، أنه في حالة ما إذا إستشعر أطراف العقد أن ما تسبب فيه حالة القوة القاهرة يمكن أن يستمر فترة طويلة من الزمن أو أن الأضرار الناجمة عن هذه الحالة يحتاج إصلاحها الى تكلفة باهضة، فإن على الأطراف ان يجتمعوا من أجل الإتفاق على التدابير لمواجهة هذه الحالة<sup>266</sup>.

وحسب التحليل السابق الذكر فإن عبء إثبات الحدث أو الأحداث التي تشكل القوة القاهرة إنما يقع على عاتق من يدعيها، ولا يقتصر هنا الإثبات على إثبات هذه الأحداث وإنما يتعين على من يقيم الدليل أن يثبت أيضا أن هذه الأحداث لم يكن لإرادته دخل في وقوعها كما لم يكن بوسعها توقعها أو تداركها عقب حدوثها<sup>267</sup>.

وإذا كان من المقرر أنّ الأحداث التي تشكل حالة القوة القاهرة يتعين أن لا يكون لإرادة الطرف الذي يدفع بوجودها دخلا فيها، فإن المسألة تبدو في غاية الخطورة والتعقيد في حالة ما إذا كان الطرف شخص من الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدولة، فإذا كانت حالة القوة القاهرة التي يتمسك بها مبعثها أعمال سيادية أقدمت عليها الدولة وحالت دون تنفيذ الشخص الاعتباري لإلتزاماته القانونية المنصوص عليها في عقد الإستثمار، فهنا يكون التساؤل في حالة ما إذا كانت الإجراءات الخارجة عن إرادة الشخص الاعتباري العام التابع للدولة بمثابة قوة القاهرة تؤدي إلى إعفائه من إلتزاماته تجاه المستثمر الأجنبي على أساس أنها لا تعد بمثابة قوة قاهرة يترتب على تحققها هذا الأثر في إعفائه من الإلتزامات الناشئة عن العقد<sup>268</sup>.

<sup>265</sup> ليجال يسمينة، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الإقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد الأول، بجامعة الوادي، 2018، ص 792.

<sup>266</sup> علاء التميمي عبده، دور التحكيم في معالجة إختلال التوازن الإقتصادي لعقود الإستثمار، مقال منشور، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات، العدد الثالث والسنون، السنة التاسعة والعشرون، ص 315.

<sup>267</sup> حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة ما بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 95.

<sup>268</sup> PHILIPPE KAHN , FORCE MAJEURE ET CONTRA TS INTERNATIONAUX DE LONGUE DUREE ,clunet 1975 للمزيد أنظر

من الموقع [http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-009-9321-1\\_11](http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-009-9321-1_11)

يتم الفصل في هذا الأمر عن طريق الفصل في مسألة أولية، وهي الخاصة بمدى إستقلالية هذا الشخص الإعتباري العام عن الدولة أو مدى تبعيته لها، فإذا كان هذا الجهاز العام مستقلا عن الدولة فيجوز له التدرج بفكرة القوة القاهرة، أما إذا كان الجهاز غير مستقل عن الدولة وبعد مجرد إنبثاق أو مرفق من مرافق الدولة فإن هذا الجهاز لا يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة للإعفاء من المسؤولية هذا من جانب ومن جانب آخر فإن تلك المسألة تتأثر بالتصرف الذي أجرته الدولة ذاتها ومدى توافر شروط القوة القاهرة لأن الدولة في هذه الحالة تقوم بتعويض المستثمر بما يتناسب مع الأضرار الذي لحقت به<sup>269</sup>.

ويرى جانب آخر في هذا السياق أنه على الرغم من إعتبار الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي شخصا مستقلا عن الدولة وأن التصرف الصادر عن الدولة التي يتبعها تتوافر فيه عناصر القوة القاهرة إلا أن المسؤولية على هذا الجهاز تقوم على أساس أن هذا الشرط منصوص عليه في عقد الإستثمار الذي أبرم بينهم<sup>270</sup>.

إن التحليل السابق حول تعريف القوة القاهرة وكيف عالجه الفقهاء من الناحية القانونية وبالخصوص في عقود الإستثمار التي تمتاز بطول المدة وعلى أساس أن هذا الظرف سيحدث في أكثر الأحوال فإنه يتعين دراسة شروط توفر القوة القاهرة.

### الفرع الثاني

#### شروط تحقق القوة القاهرة

يتبين من خلال تعريف القوة القاهرة على أنها حادث فجائي مستقل عن إرادة المتعاقدين لم يكن متوقعا منهم عند إبرامهم لعقد الإستثمار<sup>271</sup>، أنه يشترط توافر العديد من الشروط حتى تتحقق، والتي تتمثل في وجود سبب خارج عن الطرفين (أولا) وكذا شرط عدم توقع الحدث من قبل أحد الأطراف (ثانيا)، ويجب أن يكون هذا الحدث ليس بإستطاعة الأطراف تلافيه (ثالثا).

#### أولا: وجود سبب خارجي عن الأطراف

حفيظة السيدة الحداد، العقود المبرمة ما بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 95. 269

عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 732. 270

العلمي خالد سعد راشد، الشروط الواجبة توفرها في الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي في العقد الإداري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات القانونية العليا، الأردن، 2004، ص 43. 271

يتمثل الشرط الأول لتحقق حالة القوة القاهرة في وجود سبب أو عنصر خارجي لا يد فيه للمتعاقدين، فإذا ما كان السبب يعود للمستثمر الأجنبي نتيجة لفعله الخاطئ في التسيير فلا تتوافر هنا شروط القوة القاهرة<sup>272</sup>، لأنه من غير المقبول أن يتمكن المتعاقد من خلق أضرار لنفسه للتحرر من التزاماته المضمّنة في العقد، فالسبب الخارجي حتى يتحقق يجب أن لا يكون لأي من المتعاقدين دور في حدوثه ومن ثمّ لا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا سبقه أو إقترن به خطأ عقدي كإهمال المتعاقد أو عدم إلتزامه وعدم مراعاته للأوامر المصلحية أو تأخره في الوفاء بالتزاماته<sup>273</sup>.

يترتب على ذلك أن المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الإدارة إذا تأخر في تنفيذ إلتزاماته فإنه لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا أصبح التنفيذ لها مستحيلا بسبب القوة القاهرة، لأن تنفيذه لإلتزاماته في وقتها كان سيقبه من القوة القاهرة .

وخاصية خارجية الحادث وردت الإشارة لها في نص المادة 176 من القانون المدني بصفة غير مباشرة "... ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه"، فعندما نقول أن لا ينتج الحادث عن فعل المدين فهذا يشمل ألا يكون من فعل من يشملهم برقابته ورعايته، أو من فعل تابعيه، وإلا قامت مسؤوليته طبقا أحكام المواد 134-135 من القانون المدني<sup>274</sup>.

إن المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الإدارة إذ تأخر في تنفيذ إلتزاماته فإنه لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا أصبح التنفيذ لها مستحيلا بسبب القوة القاهرة لأن تنفيذ إلتزاماته في وقتها كان يقبه من القوة القاهرة، وتجدر الإشارة إلى أن من أهم الظروف التي تحصل على العقد بسبب أعمال صادرة من الدولة المضيفة كالتأميم والمصادرة وغيرها من الظروف الطارئة فهنا يتوقف عمل هذا الشرط لأن الدولة المستقبلية لها الحق على عمل ما تراه مناسباً في عقد الإستثمار وأعمال السيادة<sup>275</sup>.

### ثانياً: شرط عدم التوقع

<sup>272</sup> علي أبو بكر محمد القديمي، أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد الأشغال العامة في القانون الليبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، بكلية الحقوق بصفافس، تونس، 2016/2017، ص 72.

<sup>273</sup> الطيببائي عادل طالب، مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة الحقوق، المجلد 16 العدد 4، 2015، ص 21 و 22.

<sup>274</sup> أنظر نص المادة 176 والمادة 134 و 135 من القانون المدني الجزائري.

<sup>275</sup> زروال معزوزة، ضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015/2016، ص 536.

يتوقع المستثمر الأجنبي عند إبرامه للعقد مع الدولة المستقبلية حدوث مخاطر مختلفة تنتج عن هذا العقد وبذلك يتوجب عليه إتخاذ الاحتياطات اللازمة ولكن المخاطر العادية اللازمة لكل مشروع ليست هي المقصودة بنظرية القوة القاهرة، إذ أن المقصود بهذه النظرية هو أن تفوق هذه المخاطر كل توقعات الطرفين فيحق للمتعاقد في هذه الحالة فقط المطالبة بمعونة الدولة المستقبلية تطبيقاً لنظرية القوة القاهرة.

ويعتبر شرط عدم توقع المخاطر وعدم إمكان دفعها شرطاً جوهرياً أساسياً في القوة القاهرة مما

يعني أن الطرف الطارئ الذي أدى إلى قلب إقتصاديات العقد لم يكن في الحسبان توقعه من قبل

المتعاقدين عند إبرام العقد<sup>276</sup>، وبهذا يتناسب هذا الشرط مع الفكرة التي تقضي بأنه يوجد مخاطر عادية في كل عقد يجب على المتعاقدين أخذها بعين الإعتبار في توقعاتهم ويتحملها المتعاقد ولذا فإن المعتبر وفقاً لشرط القوة القاهرة هي المخاطر الاستثنائية التي لم يكن المتعاقد توقعها عند إبرام العقد<sup>277</sup>.

وعلى العموم حالات عدم التوقع هي الحرب والثورة والغزو والتمرد والشغب والمظاهرات المدنية والعنف الشديد والتخريب خطر التصدير وأعمال الحكومة<sup>278</sup>، ولذلك متى أخلت الدولة المستضيفة للإستثمارات الأجنبية بأحد الإلتزامات الواردة في عقد الإستثمار أو إتفاق خاص أو في إتفاقية دولية معينة والتي تقضي بمنعها من اللجوء إلى التأميم أو نزع الملكية لكن بسبب القوة القاهرة بالمفهوم السابق إنتقت مسؤوليتها الدولية و إلتزمت بالتعويض عن نزع الملكية دون تعويض عن الإخلال بالإلتزام.

والسؤال الذي يطرح في هذا السّياق هو على أي شيء ينصب عدم التّوقع هل ينصب على

الحدث أم على نتائجه بمعنى أن يكون عدم التّوقع منصبا على الطرف ذاته الذي أدى إلى إنقلاب إقتصاديات العقد ومدى تأثيرها السلبي على العقد<sup>279</sup>.

يذكر في هذا الإطار ما جاء به قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بداية بتطبيق هذا

الشرط بالنظر إلى عدم توقع الطرف نفسه وأهمل آثار القوة القاهرة ومداهما، وفي حكم مجلس الدولة

هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 200. 276

العلمي خالد سعد راشد، المرجع السابق، ص 43. 277

الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق، جامعة الجزائر، التجارة عقود في التفاوض إعادة شرط مارك، أحمد<sup>278</sup>

ص 151 2015/2014، ص

إبراهيم أحمد إبراهيم، إختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية، 279

الدار الجامعية، بيروت، العدد 7، 2001، ص 126.

الفرنسي كذلك في قضية بورديو اعتد قضاء مجلس الدولة الفرنسي بفكرة عدم توقع الظروف ذاته لا بأثره<sup>280</sup>.

### ثالثاً: عدم إمكانية تلافى الحدث

في هذه الحالة يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع أما إذا أمكن دفع الحادث حتى ولو إستحال توقعه فإن ذلك لا يشكل قوة قاهرة. والملاحظ أن هذا الشرط يميز نظرية القوة القاهرة عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة<sup>281</sup>، فالقوة القاهرة تعفي المتعاقدين من متابعة التنفيذ لإستحالاته، أما باقي النظريات يكون المتعاقد فيها ملزماً بمتابعة المشروع رغم الصعوبات التي تعترضه<sup>282</sup>.

يجب أن تكون الاستحالة هنا إستحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ، ويجب أن لا تكون فقط بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة لأي شخص يكون في موقف هذا المدين، فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ وأصبح تنفيذ الإلتزام ممكناً في هذا الوقت، فإن الإستحالة السابقة التي زالت لا أثر لها في الإلتزام، بل يبقى الإلتزام مستحيلاً تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ<sup>283</sup>.

ولكن إذا كانت الإستحالة غير دائمة ويمكن أن تزول في وقت يكون تنفيذ الإلتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الإلتزام، فإن هذه الإستحالة المؤقتة ليس من شأنها أن تقضي الإلتزام بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينفذ.

إن القوة القاهرة لا تؤدي إذن، بمجرد وقوعها في كل الأحوال، إلى إنتهاء العقد المبرم ما بين طرفيه وإنما يتوقف ذلك على مدى قدرة الطرف المدين على تنفيذ إلتزاماته من ناحية الوقت الذي يمكنه فيه التنفيذ، و من ناحية أخرى إذا كان للمدين الوفاء بإلتزاماته ولو بإرهاق كبير فإن هذه الإستحالة تخرج من نطاق تطبيق القوة القاهرة وتدخل ضمن نظرية الظروف الطارئة لإعمالها.

<sup>280</sup> في هذا الخصوص راجع عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 650.

<sup>281</sup> Rocheflaire Ibara, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, THESE, Pour l'obtention du grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS UFR de droit et sciences sociales ERDP - Équipe de recherche en Droit privé, paris, 2012, p 616. Telechrge de site <http://nuxeo.edel.univ-poitiers.fr/nuxeo/site/esupversions/18c7fdff-0e57-4706-ac1b-6f7e5f7beb65> date telechrmet 09/02/2018 a على الساعة 20.37

<sup>282</sup> نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2010، ص 661 و 662.

<sup>283</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 984.

ومن ناحية أخرى إذا كانب إستطاعة المدين الوفاء بالتزاماته ولو بإرهاق كبير فإنه في هذه الحالة تخرج هذه الإستحالة من نطاق تطبيق القوة القاهرة وتدخل ضمن نظرية الظروف الطارئة<sup>284</sup>.

ومن جانب آخر إذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلا بصورة مؤقتة بسبب القوة القاهرة فإن ذلك لا يعني انقضاء العقد وتحلل أطرافه من التزاماتهم، وإنما يقصد بذلك وقف تنفيذ بنود العقد مؤقتا إلى حين زوال السبب الأجنبي وعندها يبدأ سريان العقد من جديد<sup>285</sup>.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1991.06.02<sup>286</sup> في قضية مؤسسة ميناء وهران ما يلي: "يشترط لوجود القوة القاهرة التي تعفي الناقل من المسؤولية أن يثبت عدم القدرة على التوقع وعدم القدرة على المقاومة ومن ثمة فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

ويتعلق موضوع القضية في أن شركة (ارمادوريا نافيريا روزيتوس) مجهزة سفينة جيانيس كسيالس طعنت في قرار صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1987.06.10 الذي رفض الاعتراف بطابع القوة القاهرة للحادث الذي أدى لخسائر لميناء وهران إثر ارتطام السفينة برصيف الميناء.

وقد أقرت المحكمة العليا أن العاصفة التي ضربت السواحل الغربية للجزائر ومنها ميناء وهران يوم 1980.12.28 تكتسي طابع القوة القاهرة نظرا لقوة رياحها، إذ لم يتمكن طاقم السفينة من اجتناب ارتطامها بالرصيف الراسية بجانبه بعدما أعطى طاقمها الأمر بالإقلاع. ونظرا لامتناع قيادة الميناء عن تقديم المساعدة وذلك على فرض أنه كان في استطاعة قائد السفينة أن يتنبأ بوقوع تلك العاصفة على اعتبار خبرته كبشار وما تتوفر عليه السفينة من آلات كما جاء بالقرار وعليه تم قبول الطعن.

وما نخلص له هو أن الحادث الذي يشكل قوة القاهرة يجب أن يجعل من تنفيذ إلتزام المدين مستحيلا استحالته مطلقة<sup>287</sup>، ولا يمكن دفعه بأي وسيلة كانت، وهذا ما كرسه القضاء إذ استقر أن الحادث الذي يجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقا لا يعد قوة القاهرة.

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1983، ص 1091.

علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والاقتصاد في الكويت، يوم الواحد والعشرون من شهر ماي 2013، ص 781.

قرار المحكمة العليا، 1991.06.02، المجلة القضائية، 1993، الجزء الثاني، ص 147.

تستبعد مسؤولية الدولة بسبب تصرفاتها المخالفة لالتزاماتها الدولية إذا توفرت بعض الشروط في مجالات معينة حددتها لجنة القانون الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة في المشروع حول مسؤولية الدولة عن تصرفاتها غير المشروعة دوليا والتي صادقت عليه في الدورة الثالثة والخمسون المنعقدة بجنيف عام 2001 وهي حالة القوة القاهرة، أو الخطر أو حالة الضرورة.

يتضح من خلال التحليل السابق مجموعة من الأحكام تتمثل في مايلي:

أ - أن الفعل المكون لحالة القوة القاهرة يجب أن لا يكون في قدرة المستثمر الاجنبي المتعاقد مع الدولة دفعه مما يجعل تنفيذ التزاماته تجاهها مستحيلًا إستحالة مطلقة، كما أنّ الإستحالة المطلقة هذه لا تكون بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة لأي شخص يكون في موقفه، إذ لا يعتبر قوة القاهرة إذا إستطاع المتعاقد ولو بتضحيات كبيرة تنفيذ إلتزاماته.

كما لو تعهد المورد المتعاقد بتوريد مواد وعتاد من إحدى الدول فإن قيام حرب منعه من الاتصال بهذه الدولة لا يعتبر قوة القاهرة طالما كان بإمكانه الحصول على تلك المواد من دولة أخرى ولو بسعر يزيد كثيرا عن سعر العقد<sup>288</sup>.

هذا ما يعني في الواقع أن معيار الإستحالة المطلقة يعتبر مدلولًا شخصيًا في نطاق عقد الإستثمار ويتحدد في ضوء موارد المتعاقد ومقدار ما يبذله من جهد في سبيل أداء إلتزاماته وكفالة حسن سير المرفق العام، وبذلك فإنه في عقود الإستثمار الذي يعتبرها البعض أنها عقود إدارية من الدرجة الأولى يختلف نطاق معيارها عن العقود الخاصة<sup>289</sup>، إذ أنه في العقود الخاصة لا عبرة بشخص المتعاقد وظروفه الخاصة إذ يعتبر معيار الإستحالة معيارًا موضوعيًا وهذا الإختلاف في معيار الإستحالة ما بين القانون العام والقانون الخاص يرجع إلى ما تتميز به عقود الإستثمار من طابع معين مرجعه المرفق العام الذي يستهدف تسييره في تحقيق المصلحة العامة ووجوب تنفيذها من المتعاقد مع الإدارة شخصيًا<sup>290</sup>.

ب - إن القوة القاهرة قد لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ محل العقد مطلقًا وبصورة نهائية في كل الحالات وإنما يمكن أن تكون هذه الإستحالة مؤقتة، فالقوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الإلتزام إلا إذا حالت بين المتعاقد وبين الوفاء بالتزاماته، ومن ثم لا يبرأ من تنفيذ إلتزاماته إذا كان المانع مؤقتًا بل يكون تنفيذ الإلتزام موقوفًا إلى حد زوال القوة القاهرة<sup>291</sup>، ونظرية وقف تنفيذ الإلتزام كنتيجة للقوة القاهرة المؤقتة تشمل كافة العقود المستمرة منها على وجه الخصوص طالما كان زمان تنفيذ هذا الإلتزام في إعتبار المتعاقدين

<sup>288</sup> عادل طالب الطبطبي، المرجع السابق، ص 28.

<sup>289</sup> لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 76.

<sup>290</sup> M. AL-MAJALI, L'arbitrage et les contrats pétroliers dans Le monde arabe, Thèse, Paris II. 2002.p150.

<sup>291</sup> يحي محمد عبد مرسى النمر، "عقود الأشغال العامة وفقًا لنظام تسليم المفتاح"، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة،

سنة 2010، ص. 304.



ثانويا أما إذا كان ميعاد الوفاء به في تقديرهما أساسيا تعين على القاضي أو المحكم الحكم بإنفساخ العقد<sup>292</sup>.

ويترتب في هذه الحالة على وقف تنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة المؤقتة أن يمنع على أحد المتعاقدين إنهائه بمحض إرادته إذا كان العقد غير محدد المدة إذ لا يقتصر على الإدعاءات المادية وحدها بل ينصب كذلك على حق المتعاقدين في إنهاء العقد بإرادة واحدة<sup>293</sup>، أما في حالة ما إذا كان العقد محدد المدة فقد اختلف الفقه في تحديد أثر الوقف على مدة العقد فقد ذهب البعض منهم إلى القول بوجود إمتدادها بقدر الفترة التي وقف فيها العقد وذهب جانب آخر إلى عدم إمتدادها فينتهي العقد بحلول الأجل الذي حدده الأطراف وقت إبرامهم لعقد الإستثمار، وفي هذه الحالة لا يجوز على المحكم أو القاضي إلا الحكم بنص خاص كان منصوص عليه في عقدهما وقت وضعهما للشروط التعاقدية<sup>294</sup>.

وبناء على ما سبق من تحليل شرط استقلال الواقعة عن إرادة الأطراف، فإنه يعتبر من أبرز شروط القوة القاهرة الإجرائية إذ يقصد به أن الواقعة التي يدعي الخصم أنها قوة القاهرة قد حدثت بفعل أجنبي عنه وأن لا دخل لإرادته في وقوعها، أي سواء كان في هذه الحالة بفعل المستثمر أو الدولة المستقبلية، أما إذا كان لإرادة الأطراف دور في حدوث الواقعة أو أنها وقعت جراء تقصير أو إهمال ينسب إليهما أو لأحدهما فلا تعد قوة القاهرة<sup>295</sup>.

خلاصة لما تقدم ذكره فإنه في حالة ما إذا تحققت الشروط المذكورة سلفا في واقعة ما فإنها ستوصف على أنها قوة القاهرة، وإذا إنتفى أي شرط من الشروط التي شرحناها فإنه لا يمكن أن توصف بأنها قوة القاهرة مع الأخذ بعين الإعتبار التقارب بين الشروط بالنسبة للقوة القاهرة الواردة في القوانين الموضوعية مع تلك الواردة في القوانين الإجرائية، وما نص عليه التشريع الجزائري في القانون المدني في نص المادة 176 وما نص عليه في بعض الإتفاقات الدولية المبرمة في إطار عقود الدولة، فالمفهوم الأول أوسع من الثاني ذلك لأن مفهومها في القوانين الموضوعية يشمل المفهوم العام والخاص على حد سواء، في حين أن مفهومها في القوانين الإجرائية يشمل المفهوم الخاص دون العام، لأن القوة القاهرة في

292.260. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص

الكويت، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بكلية دولة في تطبيقاته الإدارية العقود في المالي صقر، التوازن محمد فواز<sup>293</sup> القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2012، ص 29.

أحمد سمير محمد ياسين الصوفي، دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2016، ص 165.<sup>294</sup>

عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1993، ص 28.<sup>295</sup>

المفهوم الأول تنصب على مصلحة الخصم الخاصة بينما في مفهومها العام يمكن أن تكون قوة قاهرة فيه بفعل الطبيعة كما يمكن أن تكون نصا تشريعيا<sup>296</sup>.

### المطلب الثاني

#### تحديد الأطراف لآثار القوة القاهرة

تحول القوة القاهرة عند حدوثها بين المستثمر والدولة المضيفة المطالبة بحقوقهم ومراكزهم القانونية أو الدفاع عنها في المواعيد المحددة قانونا وهذا هو السبيل الوحيد إلى الوصول إلى الحق وحمايته، وعلى هذا الأساس يجب أن تكون نصوص دراسة هذا الشرط أثناء القيام بإدراجه دقيقة ومشمولة بالمرونة حتى تتيح للقاضي أو المحكم الرؤية الواضحة وذلك بالرجوع إلى ما اتفق عليه أطراف العقد من تحديد الآثار التي تترتب عليه ومن الإجراءات القانونية المتبعة في هذا السياق، وتتمثل النتائج المترتبة في أعمال هذا الشرط وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال القوة القاهرة (الفرع الأول)، بالإضافة إلى اتفاق الأطراف بإرادتهم على التوصل إلى إعادة التوازن للعقد أثناء حدوث تغيرات عليه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### وقف تنفيذ العقد: أثر لإرادة الأطراف

تسبب حالة التغير في الظروف وضعا إستثنائيا وإختلالا كبيرا في التوازن الاقتصادي للعقد مما يجعل تنفيذ أحد الأطراف أو البعض منهم لإلتزاماته التعاقدية أثناء حدوث قوة قاهرة أمرا عسيرا يهدده بخسارة فادحة، لذلك وجد نظام وقف التنفيذ كواحد من الآثار القانونية لشرط القوة القاهرة كأحد الشروط الاتفاقية التي تضمن بقاء العقد والحفاظ عليه.

ويعرف بعض الفقه وقف التنفيذ على أنه عبارة عن توسع في آثار القوة القاهرة المؤقتة من شأنه إستبعاد الحق في فسخ العقد فهو دفع يعطي للمدين من مقتضاه حق عدم تنفيذ العقد ما دامت الاستحالة موجودة دون أن يتعرض بذلك إلى القضاء أو التحكيم لانفساخ العقد<sup>297</sup>.

ويعرفه البعض الآخر<sup>298</sup> على أنه نتيجة قانونية تحدث من إجتماع القوة القاهرة العارضة مع إمكان زوالها قبل أن يفقد التنفيذ فائدته.

<sup>296</sup>. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 644.

<sup>297</sup> عبد الوهاب بن سعد الرومي، الإستحالة والسبب الخارجي عن المدين، دراسة لمفهوم هذا السبب، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد22، يونيو، 1992، ص 855.

من خلال التعاريف الذي طرحها الفقه القانوني لنظام وقف التنفيذ العقد يمكن القول أن وقف التنفيذ إلى جانب كونه تعطيل مؤقت لتنفيذ العقد، فإنه وسيلة تضمن بقاء سيرورته (أولاً) و أنه وسيلة تضمن تحقيق العدالة العقدية في عقود الإستثمار (ثانياً).

### أولاً: وقف التنفيذ وسيلة لضمان بقاء العقد واستمراره

من المسلم به أن عدم قيام أحد أطراف عقد الاستثمار بالتزاماته القانونية والتعاقدية يعطي الحق للطرف الآخر في فسخ العقد، ولكن لو يؤخذ هذا المنطلق على إطلاقه لكان الفسخ هو مصير كل عقد يعجز أحد أطرافه عن تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد بغض النظر عن سبب ذلك العجز، لذلك وجد نظام وقف العقد ليسمح لأي طرف يصيبه إرهاب بسبب قوة قاهرة أو ظرف من الظروف في تنفيذ التزاماته التعاقدية لسبب خارج عن إرادته بوقف تنفيذه.

ولذلك لا يقدم وقف التنفيذ معالجات أو يجري تغييرات في الأداءات التعاقدية بل هو عبارة عن تجميد وتعطيل لتلك الإلتزامات سواء كان بشكل كلي أو جزئي ولفترة من الزمن لهذا، فإنه يعد مرحلة وسطى بين تنفيذ العقد وإنهائه لأنّ العقد في هذه المرحلة يبقى قائماً ولكن تنفيذه هو الذي يتوقف بشكل مؤقت<sup>299</sup>.

يعد الوقف وسيلة قانونية مؤقتة يمكن بواسطتها الحفاظ على وجود العقد وبقائه وترتيبه في العديد من الإلتزامات التعاقدية فوق التنفيذ يضمن بقاء العقد إذا ما هددته قوة قاهرة إعتضت تنفيذه، وأثرت هذه الأخيرة في قدرة أحد الأطراف على تنفيذ التزاماته التعاقدية فضلا عن ضمان عودة الأطراف مستقبلا الى إستكمال عملية تنفيذ العقد، لذلك وصفه جانب من الفقه بأنه ظاهرة عابرة تشل تنفيذ العقد ولكن لا تشل وجوده.

ومن المؤكد أنّ مصلحة أطراف عقد الاستثمار الدولي تقتضي ضرورة التمسك بالعقد والحفاظ على بقاءه وليس الإسراع في طلب الفسخ بمجرد وجود عقبات تؤثر في تنفيذه لأن عقود الاستثمار تمتاز بالعقود الطويلة المدى وأنها دائما تكون لخدمة المرفق العام بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار<sup>300</sup>، وهذا

في هذا السياق راجع، وفاء حلمي أبو جميل، وقف عقد العمل، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة طبع،<sup>298</sup> ص 14 و 15.

جعفر المغربي، وقف التنفيذ عقد العمل في قانون العمل الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتم للبحوث والدراسات، العدد 39، 2005، ص<sup>299</sup> 80.

برونو لوران، أثر التحكيم على إستثمارات وتدفقات رؤوس الأموال الأجنبية، مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 5 و6، 1997، 300 ص 11.

يعني أن الأسلوب الأمثل للحفاظ على عملية تنفيذ العقد بسبب قوة القاهرة هو وقف تنفيذه إلى حين زوالها أو توصل الأطراف إلى حلول مناسبة لها<sup>301</sup>.

### ثانياً: وقف التنفيذ أداة لتحقيق العدالة العقدية

يوصف وقف تنفيذ العقد بأنه أسلوب فني تصحيحي مخفف يعمل على تجميد العلاقات العقدية لفترة محددة وذلك كلما اصطدم العقد بعقبات تواجه تنفيذه، إذ يوفر للطرف المتضرر إمكانية توقيف تنفيذ التزاماته التي أصبحت مرهقة أو مستحيلة بشكل كلي أو جزئي وهذا بمجرد وقوع الأحداث أو الظروف الموجبة لتطبيق شرط القوة القاهرة.

فطالما كانت عملية التوصل إلى حلول مناسبة لتلك المشكلات أو العقبات التي اعترضت تنفيذ العقد تحتاج إلى فترة من الزمن قد تطول أو تقتصر تبعاً لطبيعة العقد، وتلك الظروف قد تستغرق فترة زمنية معينة فإنه صار من العدالة البحث عن نظام يجيز للمتعاقد المضرور من هذه الظروف أيقاف تنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>302</sup>، وهذا ما يوفر تنفيذ العقد من خلال السماح لهذا المتعاقد في التوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية إلى حين التوصل إلى حلول مناسبة عن طريق شرط إعادة التفاوض، أو إلى حين زوال القوة القاهرة أو الأحداث الطارئة التي اعترضت تنفيذ العقد<sup>303</sup>.

ولهذا ذهب جانب من الفقه إلى أن وقف تنفيذ العقد يمثل تطبيقاً للأمن القانوني في عقود الإستثمار الدولية وأن له أهمية كبيرة وأنه نتاج إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الإستثمار الذي مبتغاه تحقيق غايته في المحافظة على العقد وضمان توازنه الاقتصادي تتطلب في كثير من الأحيان وقف تنفيذ العقد لفترة معينة<sup>304</sup>، ولقد ذهب جانب من الفقه إلى إدراج شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد بشكل تلقائي دون الحاجة إلى إتفاق الأطراف على توقيفه.

وتكمن أهمية وقف تنفيذ العقد، كنتيجة تترتب على أعمال شرط القوة القاهرة في العقد، في أنه يفضي إلى عملية تشاور وتباحث الأطراف حول العقد الذي انقلب توازنه واختل بشكل كبير حيث صار يهدد أحد الأطراف سواء الدولة أو المستثمر الأجنبي، ومن ثم فإن الأطراف عند إستمرارهم في تنفيذ ذلك العقد على الرغم من وجود ذلك الإختلال والمشقة يعد تكليفاً بأمر صعب ومستحيلاً في كثير من الأحيان

عبد الحمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 725. 301.

جعفر المغربي، المرجع السابق، ص 82. 302.

طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 110 و 111. 303.

لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 87. 304.

ويعد ذلك مساهمة في تأكيد الضرر وتفاقمه، وهذا ما يشكل بلا شك إخلالا بمبدأ حسن النية وواجب التعاون في تنفيذ العقود وتحقيق الغايات المنشودة منها. وبالنظر إلى أن هذه الأضرار والخسائر التي تترتب على عائق أحد الأطراف سيترتب عليها إستفادته وإثراء للطرف الآخر وهذا ما سيجعله يتماطل في قبول أي عرض أو حل يطرح أثناء إعادتهم للتفاوض حول العقد<sup>305</sup>.

يأتي دور وقف التنفيذ الذي سيعمل على تشجيع كافة الاطراف على الإسراع في عملية التوصل إلى اتفاق وحل مناسب في أقرب وقت ممكن حرصا منهم على مصالحهم المشتركة من أجل إستمرار العقد. وفي حالة التوصل إلى حلول مناسبة فهنا تلعب الإرادة التعاقدية أيضا دورها المهم في تقرير الوقف فإنها تلعب الدور ذاته في إنقضائه.

مما لاشك فيه يتم الاتفاق على نظام وقف التنفيذ من قبل أطراف عقد الإستثمار وهو نتاج إدراج شرط القوة القاهرة في العقد كشرط تعاقدية لتجنب بعض الآثار السلبية التي تنتج عن وقف تنفيذ العقد خلال فترة معينة بسبب تعرضه إلى الظروف المتغيرة<sup>306</sup>، لهذا يتفق الاطراف على إجراء هذا الوقف لفترة محددة أو إلى حين زوال هذه الظروف أو توصلهم إلى حلول مناسبة لها من خلال شرط إعادة التفاوض<sup>307</sup>.

وإستنادا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية سيكون للأطراف الحق في وضع حد لهذا التوقف عن تنفيذ العقد من خلال اتفاقهم على حلول مناسبة لمشكلة التغير في الظروف التي إعتضت تنفيذ العقد عن طريق إعادة التفاوض ويتم ذلك من خلال إجراء التعديلات اللازمة التي تعيد التوازن الإقتصادي إلى العقد مجددا مما ينفي الحاجة من بقاء ذلك الوقف ويستلزم إنقضاءه<sup>308</sup>.

ولا تقتصر الحلول التي قد يتوصل إليها الأطراف خلال عملية إعادة التفاوض على تعديل العقد وإعادة توازنه لإستئناف سريانه مجددا<sup>309</sup>، بل قد يتفقون على إنهاء ذلك العقد كخيار أخير يتم اللجوء إليه لاسيما إذا صار تنفيذه غير مجد وغير مفيد وبذلك ينقضي الوقف تبعا إلى انقضاء العقد.

هبة هزاع، توازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الإستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2016،

ص 155.

<sup>305</sup> لما أحمد كوجان ، المرجع السابق ، ص 84.

<sup>306</sup> عبد الحمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 792.

<sup>307</sup> أحمد سمير محمد ياسين الصوفي، المرجع السابق، ص 358.

<sup>308</sup> محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 328.

<sup>309</sup> ص 328.

وعليه نلاحظ أن الإرادة التعاقدية للأطراف تلعب دورا هاما في ترتيب نظام وقف التنفيذ وفي إنقضائه أيضا سواء أتم ذلك الانقضاء نتيجة لتعديل العقد وإعادة توازنه الإقتصادي وزوال الإستحالة المؤقتة الموجبة لهذا الوقف أم بإنهاء العقد والتحلل من الرابطة العقدية بشكل نهائي وهذا ما يستلزم زوال الوقف تبعا لذلك. ومن خلال تحليلنا للآثار القانونية لوقف التنفيذ وأهميته سنتطرق في دراستنا هذه إلى الأثر الثاني التي تلعبه إرادة الأطراف في إعادة التوازن الإقتصادي للعقد.

### الفرع الثاني

#### أبعاد الإرادة في إحداث التوازن الإقتصادي للعقد

تتسم عقود الإستثمار الدولية بأنها عقود ممتدة وطويلة الأجل حيث يوجد فاصل زمني طويل نسبيا بين إبرام تلك العقود وتنفيذها الأمر الذي يجعلها عرضة إلى المتغيرات الإقتصادية والسياسية والطبيعية التي قد تحول دون تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها، من خلال نوع من الاضطرابات واختلال التوازن الإقتصادي لها،<sup>310</sup> وهنا تبرز أهمية شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض باعتبارهما الأفضل في معالجة ذلك الاختلال والحفاظ على بقاء العقد واستمراره عن طريق إعادة التوازن الإقتصادي بطريقة تحقق المصالح المشروعة للأطراف المتعاقدة وتضمن عدم الإضرار بأحدهم.

إن نجاح عملية التفاوض التي تجري لمواجهة مختلف المشكلات والظروف الطارئة والعقبات التي تعترض تنفيذ العقد يتمثل في توصل الأطراف إلى تعديلات مناسبة على الإلتزامات التعاقدية التي تأثرت بحالة تغير الظروف لتتم من خلالها إعادة التوازن الإقتصادي إلى العقد مجددا (أولا)، وذلك بما يؤمن قدرة الأطراف جميعا على تنفيذ تلك التزماتهم دون إرهاب أو مشقة على نحو يكفل تحقيق الغاية التي إبرم العقد من أجلها. (ثانيا).

#### أولا: مظاهر إعادة التوازن

إستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية يتمتع الأطراف المتعاقدون بسلطة تقديرية أثناء التفاوض بإيجاد حلول مناسبة لمشكلة القوة القاهرة وتغير الظروف والتي تؤمن إعادة التوازن الإقتصادي إلى العقد مجددا حيث يملك هؤلاء الحرية الكاملة في إجراء أي تعديل أو تغيير في الإلتزامات التعاقدية التي يبتنى على أساسها عقد الإستثمار وتشكل مرتكزا لتحقيق توازنه الإقتصادي<sup>311</sup>.

<sup>310</sup> عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 817.

<sup>311</sup> Fabre (r) ,les clauses d'adaptation dans les contrats ,RTD CIV 1989 ,paris , p20 et 21 .

وبناء على ذلك فإن مسألة مقدار ودرجة ونوعية التعديلات التي يرغب بإجرائها الأطراف لا سبيل إلى إدخالها في إطار الحصر والعد، حيث ستكون خاضعة إلى إرادة هؤلاء الأطراف وعلى ضوء ما تحدده طبيعة التغيرات في الظروف ودرجة تأثيرها في قدرتهم على تنفيذ العقد فضلا عن نطاق تلك التغيرات إن كانت قد أصابت العقد بشكل كامل أو أحد عناصره الجوهرية أو الثانوية<sup>312</sup>.

وعلى الرغم من ذلك يلاحظ أن هنالك مسائل أساسية تتصرف إليها الإرادة التعاقدية للأطراف غالبا لتعديلها أو تغييرها لتتم من خلالها إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الإستثمار، يذكر منها تعديل الثمن المقابل للمشروع الإستثماري بالزيادة أو بالنقصان أو تعديل الآلية أو الطريقة التي ينفذ من خلالها إلتزاماتهم التعاقدية كطريقة تسديد المقابل أو نوع العملة التي يدفع بها<sup>313</sup>، لذلك وحسب الطبيعة القانونية لتنفيذ المشروع الإستثماري الذي يكون محل تنفيذ من قبل المستثمر والدولة تختلف طرق تعديل الإلتزامات التعاقدية التي يمكن أن يستخدمها الأطراف في إعادة التوازن الإقتصادي<sup>314</sup>.

يمكن القول بأن هنالك ثلاث طرق أساسية في التعديل والتي تتمثل في تعديل الإلتزام التعاقدية ذاته أو تعديل مقدار ذلك الإلتزام، أو تعديل الوسيلة أو الطريقة المستخدمة لأداء الإلتزام. فقد يتفق أطراف العقد على إعادة التوازن بتعديل الإلتزام ذاته (أ)، وإما الإتفاق على إعادة التوازن بتعديل مقدار الإلتزام (ب) وإما يكون من خلال تعديل طريقة أداء الإلتزام (ج).

#### أ - إعادة التوازن بتعديل الإلتزام ذاته

تعد هذه الطريقة من أخطر الطرق التي يمكن من خلالها إعادة التوازن الإقتصادي لعقد الإستثمار حيث ينصب التعديل على مصدر الإلتزام التعاقدية بتغيير محله أو أطرافه أو أحد إلتزاماته التي ينظمها العقد وفي صدد هذه الطريقة يظهر احتمالين فإما أن ينصب هذا التعديل على أحد العناصر أو الإلتزامات الجوهرية التي يتضمنها العقد كأن ينصب التغيير على بعض من مواضيع العقد كبناء عمارات أو تغيير المشروع الإستثماري في جزئه وإستبداله بمشروع آخر<sup>315</sup>، وإما أن ينصرف إلى أطراف العلاقة العقدية وتغيير مستثمر آخر.

حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 117. <sup>312</sup>

سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 51. <sup>313</sup>

سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 185. <sup>314</sup>

حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 119. <sup>315</sup>

ويذكر على سبيل المثال الشرط الوارد في إتفاقية التنقيب عن الغاز والبتترول في منطقة غرب البرلس بين جمهورية مصر العربية وشركة جاس دي فرانس والذي نص على أنه في حالة ما إذا حدث بعد تاريخ السريان تغير في التشريعات أو اللوائح القائمة أو المطبقة على تنفيذ البحث عن البترول وتنميته وإنتاجه مما يكون له تأثير مهم على المصالح الإقتصادية لهذه الإتفاقية في غير صالح المقاول أو تفرض بأن يحول إلى جمهورية مصر العربية المبالغ الناتجة عن بيع البترول<sup>316</sup>، حينئذ يخطر المقاول بهذا التشريع أو اللائحة وكذلك الآثار المترتبة على توازن العقد وفي هذه الحالة يتفاوض الأطراف بشأن التعديلات المناسبة لهذه الإتفاقية والتي تهدف إلى إعادة التوازن الإقتصادي الذي كان موجود في تاريخ السريان<sup>317</sup>.

ومثال ذلك كما لو أبرمت إحدى الشركات التابعة إلى إحدى الدول النامية عقد لإستيراد تكنولوجيا معينة على أساس أن هذه الشركة تأتي وتستثمر تكنولوجياتها في ذلك البلد لقاء مقابل معين، وبعد فترة معينة تغيرت الظروف وأدت إلى ظهور أنواع جديدة من هذه التكنولوجيا بمواصفات وأسعار أقل مما أثر ذلك في منتوجات الشركة المستوردة للتكنولوجيا محل العقد وتعرضت إلى خسائر فادحة فهنا ستطلب هذه الشركة من الطرف المورد الدخول معها في التفاوض من أجل تعديل العقد وتحقيق التوازن العقدي حتى لا يكون هناك أضرار جسيمة بالنسبة للشركة<sup>318</sup>.

وكذلك قد ينصب التعديل على أطراف العقد، مثال ذلك لو أبرمت إحدى الشركات الإستثمارية عقد تأجير تمويلي مع إحدى المؤسسات المالية العالمية لغرض تمويل مشروع ضخم لإستثمار مدينة سياحية في إحدى الدول العربية وأثناء تنفيذ المشروع حصلت قوة قاهرة أدت إلى اختلال في الظروف أخلت بالتوازن الإقتصادي حيث أصبحت هذه المؤسسة المالية غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها بتمويل المشروع الإستثماري، وبالتالي في هذه الحالة فإنها ستطلب من الطرف الآخر أن يدخل معها في تفاوض لغرض تعديل العقد وإضافة أطراف آخرين ولاشتراكهم مع المؤسسة المصرفية للمساهمة في عملية التمويل ورفع الإرهاق عن هذه المؤسسة ومن ثمّ ستكون إعادة التوازن الإقتصادي للعقد قد تمت عن طريق إحداث تغيرات في أطراف الالتزام<sup>319</sup>.

<sup>316</sup> عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 809.

راجع في هذا الأمر، نص المادة 19 من الإتفاقية الحكومية المصرية مع شركة جاس دي فرانس التي وردت تحت عنوان توازن العقد تم 317 إصدارها بالقانون 166 لسنة 2005 منشورة في الجريدة الرسمية العدد 27 .

<sup>318</sup> عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 810.

<sup>319</sup> محمد عبد المجيد، القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 67.



وبالإضافة إلى ذلك فإنّ عملية إعادة التوازن الاقتصادي الى العقد قد تستلزم ضرورة تعديل أحد الالتزامات القانونية التي يربتها العقد سواء بمحو هذا الالتزام أم استبداله بآخر أم الأمرين معاً، ومثال ذلك لو أبرمت إحدى الدول النفطية إتفاقاً مع إحدى الشركات البترول العالمية للتفقيب عن البترول واستخراجه وتكريره لقاء مقابل محدد معينة من مقدار الإنتاج الكلي، وتضمن العقد التزاماً على عاتق الدولة المضيفة أن تتولى دفع أجور ورواتب العمال والخبراء والمهندسين الأجانب الذين تستعين بهم الشركة المستثمرة في إدارة أعمالها،<sup>320</sup> وأثناء تنفيذ العقد حصلت قوة قاهرة نتج عنها إنخفاض كبير في أسعار البترول بشكل مفاجئ مما أدى إلى عدم إمكانية وفاء الدولة النفطية بالتزاماتها المالية ودفعها إلى إعادة التفاوض مع تلك الشركة لغرض تعديل العقد وإعادة النظر فيه من خلال إلغاء بعض الالتزامات القانونية المفروضة عليها، وأهمها الإلتزام بدفع رواتب ومخصصات الموظفين الأجانب الذين يعملون مع الشركة المستثمرة فصلاً عن احتمالية إجراء تعديلات أخرى تنصب على طريقة تسديد المقابل أو تغير طبيعة ذلك المقابل نحو ذلك.

يتبين مما نتقدم بأن إحدى الطرق التي يمكن من خلالها إعادة التوازن الاقتصادي الى عقد الإستثمار هي إتفاق الأطراف على إجراءات تعديلات في الإلتزام ذاته سواء إنصب هذا التعديل على إحدى المسائل الجوهرية أو على أحد الإلتزامات الفرعية .

### ب - إعادة التوازن بتعديل مقدار الإلتزام

تعد هذه الطريقة من أكثر الطرق شيوعاً في إعادة التوازن الإقتصادي إلى العقد والتي تتمثل في تعديل مقدار الإلتزام سواء بزيادته أم إنقصاه، وعملية الزيادة أو النقصان هذه قد تتناول قيمة الإلتزام المطلوب تعديله أو تتناول كميته وهي تقع بحسب نوعها<sup>321</sup>، إما على عاتق الدولة وإما على عاتق المستثمر فالإنقاص وفي حالة تضرر أحد الطرفين في حالة تغير الظروف فإنه يصر أثناء تفاوضه على تحقيق التوازن بالإتفاق على التخفيف من قيمة الأعباء التي تحملها أو جعل إلتزاماته ضمن ما يمكن تنفيذه<sup>322</sup>.

صفاء تقي عبد نور العيسوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون،<sup>320</sup>

كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2005، ص 87.

علي أبو بكر محمد القديمي، المرجع السابق، ص 283.<sup>321</sup>

عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 817.<sup>322</sup>

ومن العسير جداً وضع قاعدة عامة لتحديد مقدار الإنتقاص في الإلتزامات العقدية أكان وارد على الكم أم على الكيف، وذلك لإختلاف كل حالة عن الأخرى في طبيعتها وظروفها الخاصة و ما تقتضيه لإعادة التوازن الإقتصادي إلى العقد، لكن عموماً ينبغي أن لا يؤدي الإنتقاص في الإلتزامات إلى درجة رفع الإرهاق بشكل كلي عن الطرف المدين وإعادة التوازن بشكل مطلق لأن العدالة تقتضي أن لا يوضع عبء تغيير الظروف على طرف دون آخر<sup>323</sup>.

ولكن في كثير من الأحيان تتم إعادة التوازن الإقتصادي إلى العقد من خلال زيادة الإلتزام المقابل الذي تعرض إلى المشقة في التنفيذ كما لو تعاقدت الدولة أو إحدى مؤسساتها مع شركة أجنبية على توريد كمية معينة من مادة معينة بسعر محدد وحصلت بعد ذلك حالة التغير في الظروف ارتفع على إثرها السعر ارتفاعاً كبيراً حيث جعل عملية التوريد مرهقة جداً وشاقة، ففي هذه الحالة سيتم الإتفاق بينهما أثناء إعادة التفاوض على زيادة السعر بنسبة محددة يراعي فيها مقدار الزيادة الحاصلة ودرجة التغير في الظروف.

### ج - إعادة التوازن من خلال تعديل طريقة أداء الإلتزام

يقصد بهذا أن إعادة التوازن الإقتصادي للعقد ستتم من خلال تعديل الطريقة أو الوسيلة التي يتم بواسطتها أداء الإلتزام التعاقدية، كتعديل طريقة تنفيذ المشروع الإستثماري أو الطريقة التي يتم بها دفع المقابل من الدولة للمستثمر ونوع العملة التي سيتم بها الدفع<sup>324</sup>.

حيث تلعب الوسيلة أو الطريقة التي سيتم بها تنفيذ المشروع دوراً هاماً في الحفاظ على التوازن الإقتصادي للعقد، ومثال ذلك إذا تعاقدت الدولة مع المستثمر الأجنبي على بناء عمارات أو التعاقد على أساس التنقيب البترولي وحصلت قوة القاهرة كحرب أو زلزال أو ماشابه من أحداث القوة القاهرة، فهنا ستتم إعادة التفاوض لعملية تنفيذ المشروع حتى زوال القوة القاهرة أو تغيير مكان البناءات أو العمارات أو تغيير مكان التنقيب ويكون ذلك وفقاً لما اتفق عليه الطرفان أثناء تفاوضهما<sup>325</sup>.

هناك طريقة أخرى لا تقل أهمية عما ذكر من طرق إعادة التوازن الإقتصادي ألا وهي حالة تعديل المدة التي يجب أن ينفذ الإلتزام خلالها، ففي كثير من الأحيان تتفق الدولة مع المستثمر الأجنبي

<sup>323</sup>. محمد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 68.

<sup>324</sup>. هبة نزاع، المرجع السابق، ص 158.

<sup>325</sup>. محمد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 70.

أثناء تفاوضهما على تحقيق التوازن العقدي على مد الإلتزامات العقدية لفترة من الزمن لإعادة التوازن الذي اختل بسبب القوة القاهرة<sup>326</sup>، أو تأجيل تنفيذ بعض الإلتزامات لوقت لاحق<sup>327</sup>.

يستنتج مما تقدم أنّ أطراف عقد الإستثمار يتمتعون بالحرية الكاملة في إختيار الطريفة الملائمة لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد عندما يتعرض إلى قوة قاهرة أو مشكلة تغير الظروف التي قد تؤثر في توازنه بإستخدام شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض الذين يمنحان للأطراف المساحة الواسعة للتوصل إلى أفضل الحلول التي تضمن إعادة التوازن مجدداً، وهذه السّلطة التقديرية و المساحة الواسعة الممنوحة إلى الأطراف ينتج عنها تنوع في الطرق المستخدمة لإعادة ذلك التوازن كما أوضح في الفقرات الثلاثة السابقة الذكر، كما يستخلص أن الإرادة لها دور هام وتحول وظيفي في إيجاد طرق وثغرات لحل المنازعات الناجمة عن هذه العقود.

### ثانياً: أثر التعديلات على العقد

بعد إتمام عملية التفاوض وتحقيق التوازن الإقتصادي للعقد مجدداً بالشكل الذي يؤمن العدالة والإنصاف في توزيع الأضرار الناشئة عن مشكلة التغير في الظروف وإختلال التوازن، فضلاً عن مراعاة التوازن الأساسي للعقد الذي كان موجوداً أثناء التعاقد<sup>328</sup>، ويثار التساؤل مهم حول طبيعة التعديلات والتغيرات التي أجراها الأطراف على الأداءات التعاقدية ومدى تأثيرها في العقد الأصلي<sup>329</sup>.

فما لا شك فيه أن إعادة التوازن لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال إجراء تغييرات وتعديلات في الأداءات التعاقدية سواءً أكانت جوهرية أم ثانوية، وبصرف النظر عن كونها جزئية أم شاملة لأغلب العناصر، ولأهمية القانونية لهذا الإتفاق فإن جانباً كبيراً من الفقه القانوني<sup>330</sup>، يتجه إلى ضرورة أن يعلن الأطراف بشكل واضح أثر هذه التعديلات التي يجرونها على العقد الأصلي، وما إذا كان الأمر يتعلق بكونها عملية تجديد أم مجرد تعديل.

<sup>326</sup> محمد عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 71.

<sup>327</sup> حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي الفيديك، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2010، ص 45.

<sup>328</sup> عمرو طاحون، تأثير الهيمنة الاقتصادية على التوازن العقدي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2010، ص 72.

<sup>329</sup> عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 840.

<sup>330</sup> Fontaine, Dely, *droit des contrats Internationaux, Analyse et rédaction de clauses, deuxième édition, fourm Européen de la communication, paris, 2003, p 491.*

وعليه فإن الإتفاق الذي نتج حول التغييرات والتعديلات على كل أو بعض عناصر العقد وأدائه لغرض إعادة التوازن من قبل الأطراف ما هو إلا تجديد للعقد الأصلي<sup>331</sup>، لأن الإتفاق الأطراف يعد إعادة هيكله للعقد الأصلي الذي أصابه الخلل وإستبداله بعقد جديد يحل محله، لاسيما إذا إنصرفت إرادة الأطراف إلى ذلك سواء بصريح العبارة أم ضمنيا وإنصب ذلك الإتفاق على عناصر جوهرية.

ويعتبر التجديد عبارة عن تصرف قانوني بموجبه تتجه إرادة الاطراف إلى إستبدال عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية الخاصة بالالتزام سابق في وجوده، إستبدالا يترتب عليه إنقضاء التزام قديم ونشوء التزام جديدا بدلا عنه، وبما أن عملية إعادة التوازن يتم من خلال الأطراف جراء حدوث قوة قاهرة، فإن هذا الجانب هو الذي جعل من العملية أشبه بتجديد هذا الإلتزام، حيث نجد أن في معظم عقود الإستثمار تنصب عملية التغيير على محل الإلتزام المفروض على المستثمر وتغييره، أو مصدر الإلتزام في حد ذاته<sup>332</sup>، إضافة إلى ذلك فإن التقارب بين نظام التجديد وإتفاق إعادة التوازن الإقتصادي للعقد هو الذي حدا ببعض الفقهاء إلى تبني الرأي الذي يقوم على إعتبار أن التوازن هو مجرد تجديد لعقد الإستثمار.

إلا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه، فمن خلال إمعان النظر في كل من نظام التجديد وإتفاق على إعادة التوازن الإقتصادي نلاحظ أن هنالك فرق كبير في بعض المسائل الخاصة بكل منها والتي تجعل من تبني هذا الرأي على إطلاقه مخافة لبعض الثوابت القانونية، ففي البدء يقتضي التجديد أن يحل إلتزام جديد محل إلتزام قديم، شريطة أن يكون الإلتزام الجديد مختلفا إختلافا جوهريا عن الإلتزام القديم، أما إذا كلن الإلتزام لا يغير الإلتزام القديم مغايرة جوهرية فإننا لا نكون بصدد نظام التجديد، بل نكون بصدد عملية قانونية أخرى قد تكون مجرد تعديل للعقد فقط<sup>333</sup>.

وفي نفس السياق فإن إعادة التوازن ما هو إلا تعديل للعقد من قبل المستثمر والدولة المضيفة للإستثمار، وعليه أسسوا ذلك على فكرة بقاء العقد الأصلي قائما، ويصفون هذا الإتفاق بأنه إلا تعديل في بعض الأداءات العقدية، لاسيما أن الأطراف لا يقصدون خلق عقد جديد، حيث تشير أغلب الممارسات التعاقدية التي يكون منصوص فيها على شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض إلى أن الغاية من هذه الشروط هي الوسيلة الوقائية ومجرد إجراء تغييرات وتعديلات للحفاظ على العلاقة التعاقدية.

<sup>331</sup>. هبة نزاع، المرجع السابق، ص 123.

<sup>332</sup>. هبة نزاع، المرجع نفسه، ص 124.

<sup>333</sup>. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 820.

ومما لاشك فيه أن إتفاق الأطراف على إعادة التوازن للعقد ما هو إلى أقرب إلى عملية تعديله، فإتفاق إعادة التوازن يدور حول إجراءات تغييرات في الأداءات سواء جوهرية أو ثانوية، وهذا التقارب هو الذي دفع من الفقه القانوني يكيفون إعادة التوازن الإقتصادي على أنه مجرد تعديل للعلاقة العقدية وليس إنهاء أو تجديدا لها<sup>334</sup>.

من خلال ما سبق دراسته يتجلى أن التوازن الإقتصادي للعقد بين الالتزامات التعاقدية لا يعني بأي حال من الأحوال المساواة الواقعية بين تلك الالتزامات بل يعني التكافؤ فيما بينهما.

وأنه لاينبغي التحقق من وجود التوازن الإقتصادي للعقد أو عدم وجوده من خلال النظر إلى أطراف العلاقة العقدية في ذاتهم وظروفهم ومراكزهم المالية فحسب، بل يجب إضافة إلى جانب ذلك النظر لمحتوى تلك العلاقة العقدية عن طريق مدى توافر التناسب والتكافؤ بين الأداءات التعاقدية ذاتها. وللتوصل إلى تحقيق مبدأ التوازن الإقتصادي للعقد يجب أن تتم الإحاطة والتدقيق في جميع عناصر العلاقة العقدية والغاية المنشودة منها فضلا عن توقعات الأطراف المعقولة وليس النظر إلى عنصر دون آخر، بل أكثر من ذلك يذهب البعض من الفقه إلى أنّ العلاقة العقدية الدولية إذا كانت تتضمن عدة عقود مرتبطة مع بعضها البعض وتنفذ دفعة واحدة فيجب النظر إليها كدفعة واحدة مادام يجمع هذه العقود وحدة الغرض الإقتصادي.

وعليه فإنّ التوازن الإقتصادي يمكن أن يتحقق عن طريق تكافؤ الالتزامات التعاقدية بالنظر إلى مجموع هذه العقود التي تتداخل فيما بينها وهذا ما يحصل في الكثير من عقود الإستثمار التي تكون لها إرتباطات واحدة من أجل إنشاء عمل إستثماري موحد<sup>335</sup>.

تقوم فكرة إعادة التوازن الإقتصادي للعقد على أساس التقابل بين الالتزامات التعاقدية الموجودة في العقود الملزمة للجانبين، ففي حال عدم توفر هذا التقابل في الإلتزامات فإنّه لا يوجد أي مسوغ للبحث في فكرة التوازن، حيث تفترض أن يكون أداء كل متعاقد يتناسب مع الأداء المقابل الذي يلتزم به<sup>336</sup>.

وبناء عليه فإنّ التوازن الإقتصادي للعقد يعد من المبادئ المهمة التي تستخدم في عقود الإستثمار الدولية لمواجهة مختلف الظروف المتغيرة التي تواجه تنفيذ هذا الأخير، وكان ذلك سببا

<sup>334</sup> عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 843.

<sup>335</sup> سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال التوازن عقود التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر 2000، ص 181.

<sup>336</sup> حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، منشور على الموقع

و محمل على الساعة 21:11 يوم 2016/11/08. [www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=46550](http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=46550).

جوهرها في إيجاد وسيلة فعالة لتحقيق التوازن العقدي في حالة إختلاله<sup>337</sup>، لاسيما في ظل وجود مبدأ القوة الملزمة للعقد التي لا تجيز أي تعديل أو تغيير في بنود العقد عند دخوله حيز التنفيذ لذلك تم إبتداع شروط تعاقدية من بينها شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض اللذين يلزمان الأطراف على التفاوض وتبادل الآراء حول اتخاذ كافة الإجراءات التي تضمن تحقيق ذلك التوازن الاقتصادي للعقد طوال مدة تنفيذه وإعطاء المرونة اللازمة للعقد ليتلائم مع مختلف الظروف المتغيرة التي تعترض مساره التنفيذي<sup>338</sup>، لذلك صار الحفاظ على مبدأ التوازن الإقتصادي للعقد في عقود الإستثمار المدخل الذي يتم من خلاله تبرير وجود شرط القوة القاهرة، ولقد تم تأكيد مبدأ التوازن الإقتصادي في العديد من الممارسات التعاقدية الدولية التي أشارت صراحة إلى أنّ ذلك المبدأ يعد الغاية الرئيسية من شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض<sup>339</sup>.

كما تتضح الأهمية الكبيرة التي يتمتع بها مبدأ إعادة التوازن الإقتصادي للعقد في عقود الإستثمار الدولية وهو ما تؤكد كذلك على مستوى الإتفاقيات الدولية المبرمة ما بين الدول وكذلك قواعد التحكيم التجاري الدولي، وفضلا عن ذلك فإن هذا المبدأ يعد البوابة التي يتم من خلالها الدخول إلى الالتزامات التعاقدية وتخفيف جمود قاعدة القوة الملزمة للعقد وتبرير وجود شرط القوة القاهرة في عقود الإستثمار وشرط إعادة التفاوض الذي أصبح الوسيلة الأمثل التي يمكن عن طريقها إعادة التوازن الإقتصادي وتدارك الإختلال الحاصل بسبب التغير في الظروف أو حدوث قوة القاهرة تجعل من تنفيذ الإلتزامات أمر صعب على المستثمر الأجنبي.

يتجلى مما سبق بسطه في هذا الفصل أن للمستثمر الأجنبي في مجال إبرام العقد وفي مجال إدراج الشروط التعاقدية التي تعتبر شروطا إستباقية في مجال تسوية المنازعات التي تنشأ ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي له الحرية الكاملة في إدراج هذه الأخيرة.

ونستطيع القول أن إرادة الدولة والمستثمر تتساوان في مجال إعداد الشروط التعاقدية ومن أهمها شرط إعادة التفاوض الذي يدرجه الأطراف من أجل إعادة التفاوض على المتغيرات التي طرأت على

<sup>337</sup>. هبة نزار ، المرجع السابق، ص 183.

<sup>338</sup> G. DELAUME, Excuse for Non-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements, colum of Journal of Transnational La,1971,p 246. Chare of site <http://resourcelists.kent.ac.uk/items/33C8A287-7848-FF7D-0009-217C435957E1.html>

<sup>339</sup>. عبد الحمادي جبوري، المرجع السابق، ص 807.

العقد، ويعد هذا الشرط شرطاً إتفاقياً يجد نطاق تطبيقه في عقود الإستثمار الدولية طويلة المدة كونها تكون عرضة من غيرها الى مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن، ويتوقف مضمون هذا الشرط على ما يتفق عليه الأطراف في العقد كماوضحنا في دراستنا، ولقد إتضح لنا أن الإرادة التعاقدية تشكل الأساس القانوني الذي يبنى عليه هذا الشرط.

بالإضافة إلى شرط القوة القاهرة التي يتمدد ويتقلص مفهومه من طرف لآخر ومن نظام قانوني إلى نظام قانوني آخر، والذي من شأنه أن يبرز تصور وإرادة الأطراف متى يتم التحقق شروط القوة القاهرة وما هي الإجراءات الواجب اتخاذها عندئذٍ، من هنا تظهر أهمية مبدأ سلطان الإرادة، وضرورة إقرار توازن العقد، ووفقاً لهذا المبدأ فإن الإرادة الحرة بطبيعتها، لا يمكن أن تتجه إلا لما فيه المصلحة. وبذلك فإن جل الالتزامات الناشئة بين المتعاقدين على وجه صحيح، تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها، لأنها تكون معبرة عن اتحاد إرادتي المتعاقدين، وبالتالي فمادامت الإرادة حرة، فإن الالتزامات بدورها ستكون أكثر عدالة، ولا يمكن للقاضي تعديلها أو إلغائها إلا بإرادة المتعاقدين أو في الحالات التي ينص عليها القانون.

## خلاصة الباب الأول

هناك تفاوت ما بين إرادة الدولة وإرادة المستثمر في العديد من المظاهر، ويتجلى ذلك من خلال فرض الدولة قانونها الوطني سواء على العقد أو على المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي، هذا ما يكشف عنه العديد من النصوص التشريعية في القانون الجزائري بالإضافة إلى النصوص الإتفاقية، والتي جاء في جلها فرض تطبيق القانون الوطني، أي أنه في منازعات الإستثمار والتي تكون الدولة الجزائرية فيها طرفاً نطبق القانون الوطني، وهذا مبني على عدة اعتبارات إقتصادية وسياسية، وعليه فإن لإرادة الدولة أولوية على المستثمر في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا راجع إلى الخصوصية التي تتمتع بها عقود الإستثمار، وهي التي صنعت الفارق ورجحت الكفة لصالح الدولة. وتظهر إرادة المستثمر الأجنبي في مظهر واحد يتجلى في تثبيت القانون الوطني للدولة المستقبلية من خلال تكريس الثبات التشريعي كشرط تعاقدية لكي يحفظ حقوقه المكتسبة في القانون المطبق عليه، وتجدر الإشارة إلى أن وظيفة هذا الشرط تحولت وأصبح نصاً قانونياً في قانون الإستثمار.

إن صياغة عقود الاستثمار الدولية وإدراج شروطها التعاقدية من الأهمية بمكان، وذلك لأجل إبرام عقد متوازن وقابل للتنفيذ بعيداً عن المنازعات التي تبحث دوماً في حلها عن إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، ورأينا أن للأطراف مجال أوسع في إدراج بعض الشروط التعاقدية الكفيلة بذلك، ومن أهمها شرط إعادة التفاوض الذي يدرجه الأطراف للعودة إلى طاولة المفاوضات للبحث في المسببات المحيطة بالمنازعة واقتراح الحلول الملائمة، و يظهر دوره كذلك في إعادة التوازن بشكل إيجابي إذا جاء خالياً من العمومية وعدم التحديد، بل أن هذا الشرط يمكن أن يستخدم كألية لمواجهة كافة فروض الاختلال الاقتصادي للعقد، كما هو الحال في الفرض الذي تقوم به الدولة باتخاذ إجراءات أو تصرفات إرادية ضد المستثمر، الذي عادة ما يحاول حماية التوازن الاقتصادي خلال هذه المرحلة من خلال شروط الثبات التشريعي والتي يقابلها أيضاً شرط التوازن الاقتصادي أو التعديل التلقائي وضمان إستمرار تنفيذ العقد وعلاقات الأطراف.

يضاف إلى ذلك شرط القوة القاهرة التي من خلاله يقوم الأطراف بإعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حالة تحققها، وصياغة وإدراج هذا الشرط في عقد الاستثمار الدولي من شأنه أن يبرز تصور وإرادة الأطراف متى يتم تحقق شروط القوة القاهرة وما هي الإجراءات الواجب إتخاذها لإعادة التوازن



## الباب الأول: أولوية إرادة الدولة في تحديد القانون الواجب التطبيق

---

الإقتصادي لعقد الإستثمار بالإضافة إلى الدور الأساسي للإرادة التي تلعبه في إحداث التوازن الإقتصادي من خلال إعادة تغيير الإلتزام أو تعديله أو إنهائه واستبداله.

الباب الثاني

تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد

وسيلة حل المنازعات

## الباب الثاني

### تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل المنازعات

تحاول الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار التطرق إلى غالبية المسائل المتعلقة بحقوقهم والتزاماتهم وتنظيمها من خلال بنود العقد ، ولكن مهما بلغت تصوراتهم وتنبؤاتهم للأمر المستقبلية وكيفية تنظيمها مسبقاً فإنها تبقى قاصرة ولا يمكنهم السيطرة على ما يستجد من أمور، بل حتى في حالة قيامهم بتنظيم الحقوق والالتزامات، فإن من المتصور حدوث منازعات بينهم في حالة الممارسة العملية لهذه الحقوق والالتزامات، سواء بشأن تفسيرها أو تحديد مضامينها أو عدم قيام أحد الأطراف بتنفيذ التزامته تجاه الطرف الآخر.

وفي إطار عقود الإستثمار فإن العلاقة ما بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وإن ظهرت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتحول، لاسيما وأن مصالح الطرفين لا تسير في اتجاه واحد. لذلك يحرص الأطراف على توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم بما يتلاءم وطبيعة هذه العقود. وتتدخل إرادة الأطراف هنا في إختيار الوسيلة المناسبة في حل المنازعة الناشئة بينهم وذلك بإختيار الوسائل الودية لحسم المنازعات أو الوسائل القضائية (الفصل الأول)، وكما قد تلجأ هذه الإرادة إلى التحكيم كوسيلة خاصة لتسوية المنازعة على أساس ما يتصف به هذا الأخير من مميزات عملية وسريعة في حل المنازعات (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### الطرق الودية والقضائية

بالنظر إلى الطبيعة الفنية والمركبة التي تمتاز بها عقود الاستثمار، تكتسي المنازعات التي تثور خلال تنفيذها بذات الطبيعة، إذ أن العلاقة بين الأطراف، وإن بدت جيدة في بدايتها، ولكنها سرعان ما تتغير نتيجة لتعارض مصالحهم، ويؤدي عدم مواجهتها فور حدوثها إلى تفاقمها مما يؤثر على العلاقات بين أطراف العقد وعلى إنجاز المشروع الاستثماري سواء من حيث التوقيت المرسوم له أو من حيث الأوصاف المطلوبة فيه، فتتدخل إرادة الأطراف من خلال تضمين العقد بندا يعالج هذه المنازعات من أجل ربح الوقت وإكمال المشروع في الوقت الذي تم الاتفاق عليه مسبقاً. وعليه ومن أجل تحقيق الأطراف الغرض للوصول إلى حلول تتناسب مع توقعاتهم، تتجه إرادتهم إبتداء باللجوء إلى الوسائل الودية من أجل حل المنازعة القائمة (المبحث الأول)، والتي قد تسوق إلى القضاء في حال فشلها في حسم المنازعة (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### التوفيق والوساطة، وسيلتان إراديتان

تتمثل حرية الأطراف على هذا المستوى في إختيارهم وسيلة حل المنازعات الناجمة عن العقد الاستثماري قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، عن طريق استعمال وسائل الحل الودية، والتي يطلق عليها أيضاً الوسائل البديلة<sup>340</sup>، وعلى الرغم من كثرة التعاريف المطروحة بشأن مفهوم هذه الوسائل إلا أن جميعها تشترك في نقطة جوهرية تتمثل في أن أيّاً منها تقدم حلاً ودياً للنزاع<sup>341</sup> بعيداً عن الإجراءات الرسمية والشكليات المعقدة، وغالباً ما يتم الإتفاق على ذلك مسبقاً بهدف إنهاء النزاع وتسويته بشكل مرض (المطلب الأول) علماً أن إجراءاتها ومصريها يتوقفان على إرادة الأطراف الذين يسبونها وفق المبتغى الذي يرونها مناسباً (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### ضرورة الإتفاق على التسوية الودية في بداية التعامل

<sup>340</sup> هذا المصطلح الذي إستعمله المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الكتاب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات.

محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، 341 الإسكندرية، مصر، 2005، ص 23.

تبرز حرية الأطراف في الوساطة والتوفيق من خلال قبولهم لهاتين الوسيلتين ويكون ذلك عن طريق إدراج شرط الوساطة والتوفيق في عقدهم. ففي حالة حدوث منازعة فإنهم يلجأون إلى هذه الأخيرة، وعلى الرغم من أنها لا تنتهي بقرار ملزم إلا أنها تحظى بقبول من قبل الكثيرين من أطراف المنازعات الذي يفضلون تسوية منازعاتهم بالوسائل الودية ويكون ذلك من خلال شرط الوساطة أو التوفيق (الفرع الأول)، وفي بعض الحالات يتم الإتفاق على تسوية المنازعة بعد نشوئها ويكون ذلك من خلال مشاركة الوساطة أو التوفيق (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الإتفاق على التسوية بواسطة الشرط

يقوم في اعتقاد المستثمر الأجنبي أن النص في العقد على اللجوء إلى الوساطة والتوفيق لتسوية المنازعة التي قد تقوم في المستقبل بشأنه من الضروريات التي يجب الإشارة إليها كشرط إتفاقي يتعين اللجوء إليها وقت نشوب المنازعة<sup>342</sup>، ويعتبر هذا الإتفاق نقطة بداية. وقد يكون الإتفاق على التوفيق والوساطة سابقا على وجود النزاع، ويأخذ هذا الإتفاق شكل شرط في العقد يسمى شرط التوفيق (أولا)، أو شرط الوساطة (ثانيا).

#### أولا: شرط التوفيق

يقوم التوفيق<sup>343</sup>، كإجراء يعتمد عليه في حل النزاع المتعلق بالإستثمار، أولا وقبل كل شيء على رضا طرفي النزاع به، فأساسه إتفاق الطرفين إلى جانب كون قواعده مرنة تحدد كليات تنظيمية كتقنية يعول عليها الطرفان لحل نزاعهما الإستثماري<sup>344</sup>. ويعرف التوفيق على أنه وسيلة اتفاقية لحل منازعات الإستثمار بطريقة ودية تعتمد على تدخل شخص خبير بما يولده من إنعكاسات نفسية لدى المتعاقدين تترجم بالرغبة في حسم الخلاف القائم بينهما، كما أنه وسيلة غير ملزمة قانونا نظرا لأن الموفق لا يملك على غرار القاضي أو المحكم صلاحية إتخاذ أي قرار، فكل ما له هو مساعدة الأطراف للوصول إلى حل وذلك إما

محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، بدون دار نشر، 2000، ص 268. <sup>342</sup>

تظهر أهمية التوفيق السياسية في إنفراده كوسيلة قانونية تستخدم الطرق السياسية لحل المنازعات، أي أن التوفيق يعاين ظروف كل طرف في <sup>343</sup> النزاع، وكذلك تأثيره على الأطراف والمجتمع الدولي، كما أن التوفيق لا يجبر الأطراف على قبول نتائجه أو فرضها عليهم، فللأطراف مطلق الحرية في قبول توصياته أو رفضها، لذلك فإنه يشجعهم على الدخول فيه دون أدنى خوف من التورط في إلزام قانوني دولي، لأنهم إن لم يرضوا عن نتائجه فلهم الحق في رفضه وعدم الإنزمام به.

محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 35. <sup>344</sup>

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

بتيسير اتصالاتهم بغرض مساعدتهم على تفهم بعضهم بعضاً أو بمنحهم تقييمه غير الملزم للنزاع<sup>345</sup>. ولا خلاف في أن التوفيق الذي يتم خارج ساحات القضاء لا يتم الدخول فيه إلا بإتفاق مسبق بين الأطراف<sup>346</sup>، سواء تم الإتفاق قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه، كما أن الموفق حينما يسعى في التوفيق بين الأطراف فإن ما يتوصل إليه من صلح وتسوية، لا يرغم هؤلاء على قبوله وليس للموفق أن يلزمهم به.

إن التوفيق الرضائي يبدأ دائماً دائماً بالإتفاق وما يسفر عنه لا قيمة له بغير إتفاق الأطراف على قبوله،

وللتوفيق الإتفاقي صورتين مهمتين تتمثل الأولى في شرط التوفيق، الذي يتفق بموجبه أطراف العلاقة الإستثمارية، أو العلاقة القانونية على اللجوء إلى التوفيق لتسوية ما قد ينشأ بينهم من منازعات

مستقبلاً<sup>347</sup>. وقد أشير الى شرط التوفيق في القانون النموذجي للتوفيق التجاري الذي أعدته قواعد اليونسترال سنة 2002 في مادتها الأولى، الفقرة الثامنة والتي جاء فيها "يطبق هذا القانون بصرف النظر عن الأساس الذي يجري التوفيق بناء عليه، بما في ذلك إتفاق الطرفين سواء تم التوصل إليه قبل نشوء النزاع أو بعده، أو التزام مقرر بموجب القانون، أو توجيهه أو إقتراح من محكمة أو هيئة تحكيم أو كيان حكومي خاص<sup>348</sup>.

وجلى مما سبق أن شرط التوفيق يكون دائماً قبل وقوع النزاع لا بعده فهو يندرج في صلب العقد عند

إبرامه، أو في ملحق له، ويكون الطرفان في مبدأ تعاملهما، ويحدو كل واحد منهما الأمل في تنفيذ إلتزاماته بهدوء وسلام<sup>349</sup>، ولا يتمنى حدوث أي خلاف أو نزاع مع الآخر غير أنهما يحتاطان للمستقبل على أساس أن مدة تنفيذ عقود الإستثمار تكون في غالبها مدة طويلة، وعليه يتفق على أنه إذا وقع ما لا يتمنونه وهو النزاع حاولا تسويته بطريق التوفيق.

ويترتب على ماسبق ذكره أن شرط التوفيق لا يكون إلا في شأن التوفيق الرضائي الإتفاقي وليس

التوفيق القضائي، فهذا الأخير تكون المبادرة إليه من قبل القاضي، أو من الأطراف أنفسهم بموجب مشاركة أو موافقتهم التي يتم إثباتها في محضر الجلسة. وأنه لا يتم بيان أو تحديد موضوع النزاع في إتفاق أو شرط

للمزيد أنظر ماجاعت به إتفاقية واشنطن لتوسية منازعات الإستثمار ما بينن الدول ورعايا الدول الاخرى ، وكذا ما جاءت به نظم واللوائح 345 المتعلقة بالتوفيق والوساطة في مراكز التوفيق الدولية في المركز الدولي للتوفيق والوساطة بمصر وقطر ودبي.

محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 346.25

منير محمود بدوي، الوساطة ودور الطرف الثالث في تسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 101.347

الدليل القانوني للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشبيد المنشآت الصناعية (الأونسترال)، الامم المتحدة، 348 نيويورك عام 2002، المادة الأولى منه.

مصطفى المتولي قنديل، التوفيق كوسيلة لفض المنازعات، دراسة على ضوء القانون رقم 07 لسنة 2000 المصري بشأن فض المنازعات 349 التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، بحث مقدم في مؤتمر قسم المرافعات، قسم الحقوق طنطا بمصر، 25 مارس 2005، ص 16.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

التوفيق، بحسبان أن النزاع لم يحدث، ولم تتضح بوادره أو معالمه، وأن شرط التوفيق هو إتفاق كامل على إختيار طريق التوفيق سبيلا لتسوية المنازعة بين أطراف العقد الإستثماري، أو هو عقد ومن ثم لا يكون صحيحا إلا إذا إستوفى أركانه.

في حين تتمثل الصورة الثانية في شرط التوفيق النموذجي والذي تنص عليه بعض مراكز التحكيم والتوفيق على إدراج نموذج لصياغة شرط التوفيق بالعقود أو المعاملات، وتتصح المتعاملين لإدراجه في تلك العقود والمعاملات، ومن ذلك مثلا، لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبوظبي والتحكيم التجاري لعام 1993، والتي جاء في مادتها التاسعة على أنه يعتمد مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري شرطا نموذجيا لحل النزاعات التجارية والدولية بالتوفيق لإعتماد هذا الشرط في معاملاتهم بإدراجه في عقودهم وإتفاقاتهم وفق النص التالي<sup>350</sup> "سائر النزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير أو إنهاء هذا الإتفاق تحل نهائيا عن طريق التوفيق وفقا لأحكام التوفيق المنصوص عليها في لائحة المركز وذلك بواسطة هيئة توفيق مؤلفة من موفق واحد أو ثلاثة موفقين أو أكثر" ويصار إلى تسميتها وإستدعائها وفقا للإجراءات والأصول المنصوص عليها في هذه اللائحة، ونذكر كذلك نظام التوفيق بمركز الكويت للتحكيم التجاري لعام 2000 الذي أورد تحت عنوان الشروط النموذجية مايلي "بند التوفيق: كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يحال الى التوفيق وفقا للأحكام الواردة في نظام التوفيق والتحكيم للمركز.

### ثانيا: شرط الوساطة

إن الوساطة هي إتفاق بين طرفين على تعيين وسيط يكلف بتقريب وجهات النظر المختلفة والوصول الى إتفاق أو صلح ينهيان به النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما<sup>351</sup>، وعلى هذا الأساس فإنها تأخذ الوساطة في عقد الإستثمار صورة شرط أو مشاركة<sup>352</sup>.

والإتفاق على الوساطة يكون سابقا على وجود النزاع، ويأخذ هذا الإتفاق شكل شرط في العقد وأن يكون الإتفاق على الوساطة عند نشوء النزاع<sup>353</sup>، مثل شرط التحكيم أو شرط اللجوء إلى القضاء الذي يدرج في العقد قبل نشوء المنازعة ما بين المستثمر والدولة المستقبلة له<sup>354</sup>.

للمزيد راجع نص المادة التاسعة من قواعد مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم لسنة 1993 من الموقع الرسمي للمركز:

<http://www.adccac.ae/Arabic/Pages/Default.aspx>

<sup>351</sup> Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, p32 telechregre du site [http://unctad.org/fr/Docs/diaeia200911\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/Docs/diaeia200911_fr.pdf) en 12 23:12 en 28/02/2018

<sup>352</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح، بديلا عن المعترك القضائي، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص 162.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وعليه إذا وجد شرط الوساطة في العقد فإن إلتزام الأطراف بتطبيقه هو إلتزام بنتيجة أما مواصلة الوساطة حتى نهايتها فهو إلتزام بوسيلة حل المنازعة، وفي كلا الحالين يجب أن يشتمل هذا الإلتفاق على كافة العناصر اللازمة للوساطة كالتاريخ والمدة والمكان والوثائق اللازمة وتحديد الجهة التي تقوم بالعملية والتكاليف. وإلى جانب ذلك من الأمور الأخرى الخاصة بهذه العملية، فضلا عن تحديد الإطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة ومدى حرية الوسيط في الأخذ بالعدالة كبديل للقانون لتسوية المنازعة لابد من وجود إلتفاق وساطة يبين فيه الأطراف بوضوح أهمية الإجراءات المستخدمة وجوانبها القانونية.

ويمكن أن تبدأ الوساطة من دون إلتفاق سابق حيث يلجأ المستثمر إلى طلب الوساطة من أحد المراكز أو المؤسسات المتخصصة في ذلك<sup>355</sup>، وعلى هذا الأساس فإن سبب إختيار أطراف المنازعة للوساطة كوسيلة لتسوية منازعاتهم هو ما يميز هذه الأخيرة من خصائص، فهي غير مرتبطة بإجراءات المحاكمات والشكليات الطويلة والمعقدة، بل إنها وسيلة سهلة ومرنة من حيث إلتزامها في الزمان والمكان وتهدف للوصول إلى نتائج ودية ومنصفة للنزاع وترضي جميع الأطراف حيث يبقى أطراف النزاع على حالتهم الطبيعية من رضا وإطمئنان<sup>356</sup>.

والمحتمل جداً أن تستمر العلاقات بينهم ولأن شيئاً لم يحدث وذلك بفضل الوسيط الذي يساعدهم على التركيز على مصالحهم المشتركة، بخلاف ما يحصل في النزاع القضائي حيث أن معظم المرافعات أثناء سير الدعوى تكون طويلة، عدا عما يحاول كل طرف من توجيه الوقائع والمواضيع القانونية والإجرائية والأدلة لتأتي ضد مصلحة الطرف الخصم<sup>357</sup>.

وفي ذات السياق نجد أن الأطراف يحددون الوسيط الذي قد يتم تعيينه من قبلهم، وعليه لابد أن يتصف بجملة من الصفات التي أهمها الحياد وكونه متمتعاً بمقدرة كافية للتقريب بين وجهات النظر المختلفة

<sup>353</sup> Modèles de clauses de médiation, Chambre de médiation de l'OAV - rue du Grand-Chêne 8 - case postale 7056 - 1002 Lausanne - www.mediation-oav.ch

<sup>354</sup> سلام محمد، الوساطة والتوفيق كآليات بديلة لتسوية نزاعات الاستثمار مقال منشور في مجلة القصر، المجلد الثاني، المغرب، 2005، ص 62.

<sup>355</sup> طبقت الوساطة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة، واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789. وقد ظهرت في الوم.أ خلال الأعوام 1965 و 1970، وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من وسطاء مقاطعة الكيبك في كندا، وأعد القانون العام أول قانون يتعلق في هذا الموضوع في 03 جانفي 1973 وتبعه قانون . 24 ديسمبر 1976 الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية. عن: أحمد انوار ناجي، المرجع نفسه، ص 150.

<sup>356</sup> Jihad akl, caroline : « sur la nécessité de pouvoir la conciliation et la médiation judiciaires en droit positive libanais » al adl N02/2004 p 124, Chargé de site et

<http://www.legallaw.ul.edu.lb/RefPageDetails.aspx?id=5993&SeqID=1740> et 21 :42 2018/01/16

<sup>357</sup> أحمد بوخلخال، نظم تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 59 و 60.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وكونه ذو قدرة عالية في فنون الحوار مع الأطراف وإقناعهم على تفهم بعض المواقف وعلى أساس أن أحد أطراف النزاع هي الدولة ذات السيادة<sup>358</sup>.

ومن البديهي القول أن شرط الوساطة لا يلزم الأطراف ففي حالة النص عليه وقبولهم لهذه الطريقة، فإن الوسيط يخبر المؤسسة التي تتولى إدارة الوساطة بذلك مع إخطارها بصورة مما اتفق عليه الأطراف ووقعوا عليه<sup>359</sup>، فلأطراف الحرية التامة والسلطة التقديرية في قبول الوساطة وتسيير إجراءاتها بما يتلاءم والظروف المحيطة بالعقد، ويتبلور ذلك في نوع الوساطة التي يختارونها.

تجدر الإشارة أن الوساطة المعتمدة في عقود الإستثمار هي الوساطة الإتفاقية، وتنقسم بحسب طبيعتها إلى وساطة إستشارية، بسيطة وتحكيمية<sup>360</sup>. ونذكر في هذا الصدد في مجال الوساطة الاتفاقية، اتفاق الدولة مع المستثمر الأجنبي على شرط الوساطة كأساس قبلي لحل منازعتهم ويضمّنون عقدهم شرط الوساطة للجوء إلى مركز مختص في الوساطة<sup>361</sup>.

والوساطة الإتفاقية تتمثل في وجود شخص يسعى إلى التقريب من وجهات نظر المتنازعين، أما الوساطة الاستشارية<sup>362</sup>، فيطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير الإستشارة أولاً في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك التدخل كوسيط في حل النزاع، أما الوساطة التحكيمية التي تظهر في شكل اتفاق أو بند تعاقدي ينص في العقد يقضي على أنه في حالة نشوب نزاع يتم عرضه على الوسيط وفي حالة فشل الوسيط دون التوصل إلى حل يتحول الوسيط إلى محكم يقوم بمهمة التحكيم بين الطرفين المتنازعين<sup>363</sup>.

### الفرع الثاني

#### الإتفاق على التسوية عن طريق المشاركة

يتفق أطراف العلاقة الإستثمارية على اللجوء إلى التوفيق والوساطة عن طريق ما يسمى بالمشاركة والتي تكون بعد نشوء النزاع بينهما وعليه سننتقل إلى المشاركة في التوفيق (أولاً)، ثم في الوساطة (ثانياً).

<sup>358</sup>. 316. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 316.

<sup>359</sup> رواء بونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 310. يمكن إختصار الأعمال التي يمكن للوسيط الاضطلاع بها في الوساطة فيما يأتي: التخفيف من حدة الخصومة ما بين الطرفين، بأن ينقل إلى كل طرف من أطراف النزاع وجهة نظر الطرف الآخر حتى يصل معهما إلى أرضية مشتركة، مناقشة الأطراف في مسائل متصلة بالنزاع لم تتم إثارتها بينهم من قبل، نقل آراء واقتراحات كل طرف إلى الآخر في شكل مبسط ومبرر دون أن يخل بتقّتهم؛ العمل على تقليل هوة الخلاف بين الأطراف المتنازعة، فضلاً عن العمل على وضع مشروع تسوية شامل ومتكامل ومحاولة جعله كافياً لمواجهة إحتياجات الأطراف في المستقبل. في هذا السياق راجع ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 141.

<sup>360</sup>. 309. رواء بونس محمود، المرجع السابق، ص 309.

<sup>361</sup>. 139. أزد حيدر باوه، دور الوساطة القضائية في تسوية المنازعات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 139.

<sup>362</sup> محمد أبو العينين، المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البوت، القاهرة في

28 و29 أكتوبر 2005، ص 10.

<sup>363</sup>. 235. ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 235.

### أولاً: مشاركة التوفيق

إن المشاركة هي نوع من الإتفاق على اللجوء إلى التوفيق<sup>364</sup> الذي يتم التراضي عليه بعد وقوع النزاع بين الأطراف، وفي هذه الصورة يجب على الأطراف ضرورة مراعاة البيانات الخاصة بموضوع التوفيق، أي المسائل والمشكلات التي سيتناولها التوفيق<sup>365</sup>، والبادئ أن ذلك أمراً بديها حيث أن النزاع قد إتضحت معالمه، ولا صعوبة في تحديد ما يبتغي طرفاه عرضه على التوفيق فالأمر أشبه بتحرير عريضة أو صحيفة الدعوى أمام القضاء أو التحكيم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن تلك المشاركة يتم الإتفاق عليها وتوقيعها من الأطراف في حال التوفيق الرضائي أو الإتفاقي، الذي يتم خارج ساحات القضاء وهي عادة التي يتم الإتفاق عليها بمبادرة من الأطراف أو من الموفق، إذا كانت قد أقيمت في شأن موضوع الدعوى.

يبقى أن نشير إلى أنه بقدر ما يعتمد التوفيق أصلاً على الإرادة الحرة للطرفين في اللجوء إليه أو في عدم اللجوء إليه، إلا أنه يضم غالباً طرفين لهما نفس المستوى الإقتصادي ويسعيان بالضرورة إلى تحقيق هدف واحد، وبالتالي فالرضا المسبق للجوء إلى التوفيق يمكن أن يؤمن نجاحه ولهذا الأسباب فله "يخشى على التوفيق بالرغم من وجود التزام صريح وواضح باستعماله، أن يتحول إلى مجرد هدر للوقت وللمال"<sup>366</sup>، ولذا فإنه يشترط عادة بالإضافة إلى عامل الرضا عاملاً آخر هو رغبة الطرفين في التعاون من أجل إنجازه<sup>367</sup>.

أما من حيث الشكل الذي يجب أن يكون عليه هذا الإتفاق، فلا يمكن أن يأخذ إلا شكلاً كتابياً، لأن فعالية التوفيق كإجراء مسبق تبقى مرتبطة بهذا الشكل الكتابي، من جهة؛ ومن جهة أخرى أن التوفيق يمكن أن يشكل وثيقة مهمة يمكن أن يتمسك بها أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر إذا ما أراد الاتصال من الإتفاق باعتباره تجسيدا مادياً لما توصل إليه الطرفان بإرادتهما الحرة والنزيهة. كما يمكن أن يشكل الإتفاق على التوفيق نقطة الإنطلاق "لإعادة التفاوض في خصوص العلاقات الإقتصادية ذات الأمد البعيد وكقاعدة لإعادة توازن الإلتزامات المتبادلة بين الطرفين في إطار عقود الإستثمار الدولية"<sup>368</sup>.

<sup>364</sup> تظهر الأهمية القانونية للتوفيق على أساس أنه وسيلة سلمية تخضع لقواعد القانون الدولي في تسوية المنازعات الدولية، فيقوم وفقاً لقواعد قانونية محددة بالتدخل في النزاع، وهذا يعطي ضماناً للأطراف بأنه سيخضع لقواعد موضوعية قانونية وليس لاعتبارات شخصية أو أيديولوجية.

<sup>365</sup> محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 43.

<sup>366</sup> كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 89.

<sup>367</sup> محمد حسام لطفي، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقاً لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية، 1998، ص 8.

<sup>368</sup> Rambaud (P) : « Arbitrage, concession et nationalisation. Quelques observations sur la sentence BP », in A.F.D.I., 1981, p. 222.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

بينما تكاد تجمع الإتفاقيات المتعددة الأطراف من حيث محتوى هذا الإتفاق،<sup>369</sup> على أنه يجب أن يشير الطرفان في هذا الإتفاق إلى موضوع النزاع وإدعاءات الطرفين وإلى أسماء الموفقين، إلى جانب ذكر لجمعية تشكيل الهيئة المكلفة بالتوفيق، إن كانت سوف تأخذ شكل هيئة وعدد أعضائها وأتعابهم، أو إن كان سوف يعهد الطرفان إلى تعيين موفق وحيد تعهد إليه مهمة التوفيق، وهي بيانات نجدها في جميع الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية مثل الإتفاقيتين " سيردي " " أم جي " أو في الإتفاقيتين العربية والمغربية باعتبارهما إتفاقيتين جهويتين: الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار والإتفاقية العربية لنقل رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية<sup>370</sup>.

### ثانيا: مشاركة الوساطة

يمكن أن تتم الوساطة بناء على مشاركة وساطة بعد نشوء النزاع، وهي الإتفاق لاحقا على الوساطة عند نشوء النزاع مثل مشاركة التحكيم تماما، التي لا تتم إلا إذا وقع النزاع بين الأطراف وتسمى مشاركة الوساطة بعقد الوساطة، وهذه التسمية تبدو صحيحة لسببين<sup>371</sup>، الأول أنه إتفاق قائم بذاته يتراضى عليه الطرفان بعد وقوع النزاع ذلك أنه بعد النزاع بين الطرفين يتعذر التقاؤهما على كلمة سواء، فإذا توافقا وجب إثبات ذلك كتابة وتوقيعه<sup>372</sup>، وهذا هو العقد الذي له كامل أركانه، المحل والسبب والأطراف، ومن الناحية الثانية أنه لا توجد عادة مشاركة إلا إذا كان العقد الأصلي خاليا من النص الصريح على الوساطة أي لا يوجد به شرط وساطة، وهو الصورة الأولى من إتفاقات الوساطة.

والملاحظ في مشاركة الوساطة ضرورة تحديد الأطراف موضوع النزاع الذي سيتدخل فيه الوسيط لمحاولة تيسير الوصول إلى تسوية تستجيب لمطامح الأطراف وكما أنه من الضروري كذلك على الأقل تحديد طريقة تعيين الوسيط عند إختلاف الطرفين على تعيينه، وهذه مشكلة تبدو يسيرة إذا تم اللجوء الى أحد مراكز الوساطة المعروفة<sup>373</sup>، حيث لديها لوائح تنظم مسائل الإختيار والتعيين. وتركيزهم كذلك على القضايا

من بين هذه الإتفاقيات التي جاءت بهذا الخصوص، إتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965، وإتفاقية أم جي المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار.

عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 129 و 131.<sup>370</sup>

<sup>371</sup> Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, telechrg de site en date 08/02/2018 a 21,22 [http://unctad.org/fr/Docs/diaeia200911\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/Docs/diaeia200911_fr.pdf)

<sup>372</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 166.

عقيل، عبد الرحمن محمد، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، السعودية، 2016، ص 113.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

الجوهريّة محاولينيّ معا إيجاد حل عملي لنزاعهم. وتجرّد الإشارة إلى أن مشاركة الوساطة يمكن إبرامها في أي وقت بعد وقوع النزاع حتى ولو كان هذا النزاع قد عرض بالفعل أمام المحاكم أو التحكيم.

وفي هذا الخصوص يجب أن نلمح إلى صورة أخرى من الوساطة، ألا وهي الوساطة بالإحالة، وفي هذه الصورة نجد أن العقد الأصلي الذي يثور بخصوصه الخلاف ليتضمنوا شرطا صريحا للوساطة بل يكتفي أطرافه بالإشارة إلى عقد أو معاملة سابقة بينهم أو إلى عقد نموذجي، أو شروط عامة معروفة في مجال علاقاتهم الإقتصادية الجارية، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعترى عقدهم، وكان ذلك العقد النموذجي، أو تلك الشروط العامة، يتضمن من بين بنوده أو شروطه، بندا أو شرطا يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عن طريق الوساطة<sup>374</sup>.

### المطلب الثاني

#### تدخل الإرادات في تسيير وتحديد مصير الإجراءات

في مجال الوساطة والتوفيق يتفق أطراف العقد على كيفية سير الإجراءات كمبدأ عام، ولقد أجمعت كل المراكز المؤسسية على هذا المبدأ إلا أنه في بعض الحالات قد يستعين الأطراف بالموفق والوسيط أو بخبير مختص في مجال الإستثمار لتسيير الإجراءات بطرق قانونية ومرضية لهم، (الفرع الأول)، والجدير بالذكر أن هذا الوضع لا يقتصر على سير الإجراءات فحسب، بل ينسحب على مصيرها أيضا (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تقاسم تسيير الإجراءات بين أطراف العقد والغير

تمنح القواعد العامة للأطراف الحرية في الإتفاق على القواعد الإجرائية المتعلقة بتسيير عملية التوفيق والوساطة (أولا)، وفي حال عدم الاتفاق يجوز للموفق أو الوسيط تسيير الإجراءات بالطريقة التي يراها مناسبة مع مراعاة ظروف القضية والوعبات التي يبديها الأطراف (ثانيا). وفي كل الأحوال يجد الجميع أنفسهم ملزمون بإحترام مدة التسوية (ثالثا).

#### أولا: تسيير الأطراف للإجراءات

<sup>374</sup> Cadre d'action pour l'investissement, Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Conseil de l'OCDE, p 26ctelecharge de site : <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/36806704.pdf> 28/02/2018 a 22:59

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

إذا قرر الأطراف تسوية خلافهم أو نزاعهم بطريق التوفيق، بعيداً عن القضاء فهم يتولون رسم وتحديد إجراءات التوفيق بدءاً من كيفية إختيار الموفق وعرض كل طرف لإدعائه ومستنداته وطلباته وكيفية تنظيم جلسات التوفيق<sup>375</sup>، ودور الموفق وكل ذلك عملاً بمبدأ سلطان الإرادة وبحسبان أن التوفيق بالأصل هو توافق وإتفاق، فالأطراف يقررون مبدأ اللجوء الى التسوية الودية بطريق التوفيق، وهم الذين يساعدون الموفق على السير في مشواره وبحسبون نهايته بالإتفاق أو الإفتراق<sup>376</sup>.

إن التوفيق المؤسسي هو التوفيق الذي تتولى تنظيمه بناء على رغبة أطراف النزاع، مؤسسة أو مركز توفيق وقد جرت مراكز التحكيم المحلية والإقليمية والدولية<sup>377</sup>، على إنشاء هيئات داخلية أو مراكز أو لجان تختص بتقديم خدمات التوفيق لمن يطلبها قبل اللجوء إلى التحكيم وكما قامت بوضع لوائح تنظم إجراءات التوفيق.

إن الأصل أمام مراكز وهيئات التوفيق المؤسسي إختيار الأطراف بأنفسهم الموفق أو هيئة التوفيق سواء من القوائم التي تتوفر لدى تلك المراكز أو الهيئات أو من خارجها، فإن تعذر عليهم ذلك وإختلفوا فقد بينت اللوائح كيفية إختيار الموفق أو الموفقين، من ذلك ما جاء في نص المادة<sup>378</sup> 74 من لائحة الإجراءات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات بالمنظمة العربية للتنمية الإدارية لعام 2013 في إحالتها على المادة 61 من ذات اللائحة حيث جاء فيها "يتم تعيين الموفق أو الموفقين بإتفاق الأطراف، ويكون لهم كذلك حرية الإتفاق على كيفية ووقت إختيارهم وعددهم، وفي حالة عدم إتفاق الأطراف يتولى مجلس المساعدة الفنية المنصوص عليها في المادة الثامنة من لائحة النظام الأساسي للغرفة، مهمة تعيين الموفق أو الموفقين ويكون قرار المجلس نهائياً"<sup>379</sup>.

<sup>375</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 284.

<sup>376</sup> إزاد حيدر باوه، المرجع السابق، ص 179.

<sup>377</sup> من بين هذه المراكز، نذكر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز أبو ظبي للتحكيم والوساطة والتوفيق، وكذا المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ما بين الدول ورعايا الدولة الأخرى، ومركز التوفيق والمصالحة لدى غرفة التجارة والصناعة في قطر، ومركز الكويت للتحكيم التجاري الدولي، وكل هذه المراكز وضعت قواعد متخصصة مكفولة بنصوص قانونية لا يجوز للأطراف مخالفتها، وهي توضح كيفية سير الإجراءات في هذه المراكز.

<sup>378</sup> في هذا السياق راجع نص المادة 74 من الإجراءات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات بالمنظمة العربية للتنمية الإدارية لعام 2013.

<sup>379</sup> مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 17.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وفي نفس السياق ما نصت عليه المادة 29<sup>380</sup> من إتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الإستثمار ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي جاء فيها ما يلي: تشكل لجنة التوفيق فوراً بعد تمام تسجيل طلب التوفيق تطبيقاً لنص المادة 28، وتتشكل اللجنة من موفق واحد أو أي عدد فردي من الموفقين يتم تعيينهم بموافقة الأطراف المتنازعة.

وتجدر الإشارة أن كل المراكز المختصة في التوفيق والوساطة قد أعطت الأسبقية للأطراف في تسيير عملية التوفيق وفي حالة عدم إتفاق الأطراف على سير عملية التوفيق يتدخل المركز ويقوم بتسيير الإجراءات بنفسه. أما بخصوص التوفيق الحر أو العارض فإن أطراف النزاع هم الذين يتفقون في الدخول في المساعي الحميدة<sup>381</sup> من أجل حل النزاع ودياً خارج أي مركز أو مؤسسة توفيق دائمة أو منظمة عن طريق إختيار موفق أو أكثر ويحددون مهام الموفق وإجراءات التوفيق كافة حتى نهايتها.

وعادة ما يكون التوفيق الحر أو العارض في المنازعات بين الأشخاص<sup>382</sup>، وليس في عقود الإستثمار على أساس أن أحد الأطراف هو الدولة التي تتمتع بسيادة دائماً تفضل التوفيق المؤسسي.

أما في مجال الوساطة الإتفاقية ، فقد إستقر الرأي على أن للأطراف الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات الوساطة بالنحو الذي يمكنهم من الوصول الى الغاية المنشودة منها، فهم سيدوا الموقف في وضع وتنظيم تلك الإجراءات، وعلى ذلك فهم من يحددون متى تبدأ الإجراءات<sup>383</sup>.

تبدأ إجراءات الوساطة عادة، بعد تمام تعيين الوسيط، إما من قبل الأطراف في النزاع وإما بتعيينه من قبل المركز أو المؤسسة التي تتولى إدارة عملية الوساطة، وتوافق الأطراف على المشاركة في إجراءات الوساطة. وفي هذا النطاق نصت المادة الثالثة من قواعد مركز الوساطة والمصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه<sup>384</sup> «... وتبدأ إجراءات الوساطة بقبول الطرف الآخر كتابة الدعوة إلى

للمزيد راجع إتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى من الموقع 380  
محمل على الساعة 18:29 يوم <http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDDetails?MasterID=1720949> 2017/12/23.

<sup>381</sup> تتمثل المساعي الحميدة في تدخل طرف ثالث تعرض عليه نوايا أطراف النزاع، وأحياناً مقترحاتهم لحلها، وبحيث يقتصر دور الطرف المتدخل في تقديم أساس للتفاوض أو اقتراح أرضية مشتركة، يمكن أن يتم على أساسها النقاش بين الأطراف.

حسن طالب، تسوية منازعات الاستثمارات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005 <sup>382</sup> ، ص 72.

أحمد عبد الكريم سلامة، نظام الوساطة كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات ودياً، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة <sup>383</sup> دبي الإمارات، العدد 01 ، 2014، ص 61 و62.

أنظر نص المادة من قواعد الوساطة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، من الموقع <sup>384</sup> [http://www.crcica.org.eg/rules/mediation/crcica\\_mediation\\_rules\\_ar\\_2013.pdf](http://www.crcica.org.eg/rules/mediation/crcica_mediation_rules_ar_2013.pdf)

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

الوساطة، وفي حالة رفض الطرف الآخر لطلب الوساطة، أو إذا لم يصل إلى المركز الرد على طلب الوساطة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم الطرف الآخر له، أو خلال الفترة المحددة المشار إليها في طلب الوساطة، يقوم المركز بإخطار طالب الوساطة بهذه النتيجة.

كما نصت المادة الرابعة من قواعد القانون النموذجي اليونسيترال للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002 على أنه: "تبدأ إجراءات الوساطة المتعلقة بنزاع كان قد نشأ، في اليوم الذي يتفق فيه طرفا ذلك النزاع على المشاركة في إجراءات الوساطة. إذا لم يتلق الطرف الذي دعا طرفاً آخر إلى الوساطة قبلاً للدعوة في غضون ثلاثين يوماً من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة، أو في غضون مدة أخرى محددة في الدعوة، جاز للطرف أن يعتبر ذلك رفضاً للدعوة إلى الوساطة<sup>385</sup>، وفي حالة توافق الأطراف بعد تعيين الوسيط على بدء الإجراءات يقوم طالب الوساطة بإيداع طلب الوساطة لدى الوسيط أو مركز الوساطة ونسخة منه إلى الطرف الآخر ويشتمل على إسمه، وعنوانه، وإسم الطرف الآخر وعنوانه<sup>386</sup>، وشرح لوقائع النزاع، وتحديد المسائل محل الخلاف والمستندات المؤيدة وطلباته، وكل أمر آخر يستلزم إتفاق الوساطة ذكره في الوساطة<sup>387</sup>.

وهذا ما نجده في التشريع الجزائري أثناء تنظيمه للوساطة القضائية، حين أكد على ضرورة قبول الأطراف هذه الوسيلة للتسوية حيث جاء في نص المادة 994 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "...إذا قبل الأطراف هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد منهما ومحاولة التوفيق بينهم ليمكنهم من إيجاد حل للنزاع"، وفي هذه الحالة يقوم الوسيط بإبلاغ طلب الوساطة إلى الطرف الآخر خلال مدة معينة لا تتجاوز أسبوعاً أو أكثر، وذلك بالوسيلة المتفق عليها وقد يكون بخطاب مسجل أو بأي وسيلة أخرى<sup>388</sup>.

وبعد تبليغ الأطراف وإيداع طلب الوساطة، يقوم الوسيط بإستدعاء الأطراف إلى الجلسة المشتركة ويعلنون بالحضور إلى هذه الجلسة قبل موعدها بوقت كاف وملائم ويحدد بالإعلان تاريخ الجلسة

<sup>385</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح، المرجع السابق، ص 89..  
هند محمد مصطفى مصطفى، وسائل تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، القسم التجاري، 386 جامعة القاهرة، 2015، ص 461.

تنص المادة الثالثة الفقرة الثانية منها من قواعد مركز الوساطة والمصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أن "يقدم طالب الوساطة للمركز 05 نسخ من الطلب ويقوم المركز بإبلاغ الطرف الآخر بصورة من طلب الوساطة في أقرب وقت ممكن"

<sup>388</sup> أنظر نص المادة 994 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

ومكانها. ولقد نصت في هذا الخصوص المادة السابعة من قواعد المصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الوسيط بتحديد "...تاريخ ووقت انعقاد جلسات الوساطة وتتعد الوساطة في المركز أو في أي مكان آخر يوافق عليه الوسيط والأطراف"<sup>389</sup>.

### ثانياً: تسيير الغير للإجراءات

قد لا يتفق الأطراف في مجال تسوية منازعاتهم بالطرق الودية وقد يكون هذا راجع لعدم خبرتهم في هذا المجال فيعينون موقفاً من أجل تسيير إجراءات التوفيق (أ)، أو خبيراً لتسيير عملية الوساطة (ب).

### أ: تسيير عملية التوفيق من قبل الموفق

بالرجوع إلى الإتفاقية الدولية للوكالة الدولية لضمان الإستثمار نجدها أعطت الحرية للأطراف في تسيير عملية التوفيق ويلاحظ أنها نصت على القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التوفيق وهي تلك المنصوص عليها في المادة 3<sup>390</sup> من الملحق 2 والتي جاء فيها أنه "ما لم ينص في هذا الملحق أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يحدد الموفق القواعد الخاصة بإجراءات التوفيق مستهدياً في ذلك بالقواعد المنصوص عليها في إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى".

من هنا فلهذا يجب على الموفق أن يحدد القواعد الإجرائية طبقاً لهذه اللائحة. ولكن بالرغم من الدقة التي تتميز بها هذه الأخيرة إلا أن جزءاً من قواعدها قد يستجيب لما يريده الطرفان. ولهذا السبب فإن الرجوع إلى هذه اللائحة سوف لن يمنع الموفق من أن يبتقي منها ما يريد، علماً أن إختيار طرفي النزاع لللائحة التوفيق للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى " هو إختيار حر وأن هذه اللائحة تعد مجرد لائحة مكملة، وتأسيساً على ذلك يمكن إستبعادها. ولكن بالرغم من كل ذلك هل يملك الموفق السلطة في أن يفصل في أي مسألة تتعلق بالإجراء التوفيق غير منصوص عليها في لائحة توفيق المركز<sup>391</sup>.

في الواقع، تمنح لائحة التوفيق للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموفق كل الصلاحيات في أن يفصل في أي مسألة تتعلق بالإجراءات، والتي لم يقع النص عليها

للمزيد راجع نص المادة السابعة من قواعد المصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، محملة من الموقع على الساعة 20:31 2017/12/15 الموافق ليوم

الموافق ليوم 2017/12/15

[http://www.crcica.org.eg/publication/arbitration\\_rules/pdf/Arabic/CRCICA\\_arbitration\\_rules\\_ar.pdf](http://www.crcica.org.eg/publication/arbitration_rules/pdf/Arabic/CRCICA_arbitration_rules_ar.pdf)

راجع نص المادة الثالثة من الإتفاقية الدولية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار " أم جي " والمادة الثانية من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة<sup>390</sup>

العربية لضمان الإستثمار وكذلك المادة 1 فقرة 1 من الإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية، البلدان العربية لسنة 1980.

حسن طالبي، المرجع السابق، ص 391.75



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

في لائحة التوفيق الدولية ، ويسعى الموفق في هذه الحالة في تسيير عملية التوفيق إلى معاملة الطرفين بإنصاف وعليه أثناء القيام بعملية التوفيق يجب أن يراعي الظروف المحيطة بالقضية، ويجوز للموفق ان يقدم في أي مرحلة من مراحل سير عملية التوفيق<sup>392</sup>، اقتراحات عملية وقانونية لتسوية المنازعة الناشئة ما بين الدولة المستقبلية والمستثمر الأجنبي، وكما يجوز له أن يعقد العديد من الاجتماعات ما بين الطرفين سواء معا أو كل طرف على حدة ويجب عليه أن يقوم بعمل معتبر للوصول إلى إقتراحات تكون كافية لإقناع الدولة المستقبلية بالتنازل على بعض الأمور للمستثمر على أساس تحقيق التوازن بالنسبة للعقد<sup>393</sup>.

ولا تقتصر مهام الموفق على جمع الإستدلالات، وإنما تمتد إلى تهيئة العقد مع المقتضيات التي تفرضها قواعد العدالة، فالأصل أنه إذا تحدد مضمون العقد فلا يمكن تعديله بالزيادة أو النقصان باعتبار أن في هذا تطبيق للقوة الملزمة للعقد، إلا أن هذه الأخيرة لا تحول دون إمكانية تعديل العقد باتفاق الأطراف، وقد يملك الموفق سلطة تعديل الإلتزامات المتولدة عن العقد إذا ما توافرت شروط تجعل من التعديل أمرا لا غنى عنه لتحقيق العدالة بين الأطراف على الرغم مما يمثله ذلك من مساس بالقوة الملزمة للعقد، وعادة ما يلجأ الموفق في إستعمال هذه الخصوصية عندما يبدو له وجود إذعان من طرف آخر أو عندما تطرأ ظروف تجعل من تنفيذ الإلتزام أمرا صعبا مما يترتب على الإستمرار التسبب في خسائر كبيرة للطرف المتضرر<sup>394</sup>.

لا شك في أن هذا الدور يمكن الموفق من تهيئة الأطراف إلى تقبل إجراء نوع من التعديل على الإلتزامات المترتبة على العقد، على نحو يفضي إلى تحقيق نوع من العدالة العقدية التي تفرض أن تقوم عليها تلك المعاملات، كما يساهم أطراف العلاقة بشكل واضح في وصول الموفق إلى إجراء هذا التعديل فهو يعلم بمدى إستحقاق كل منهم فيما يدعيه أو يطلب منه حيث يعلم كل طرف في قرار نفسه حقيقة مركزه القانوني إزاء النزاع القائم بينهم. ومما لا شك فيه أن حسم النزاع الذي يتم بعد مشاور وتراض بين الأطراف المتنازعة سوف يحقق العدالة الواقعية والتي قد لا يحققها حكم قضائي صادر لصالح أحد الأطراف<sup>395</sup>. وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن جميع المعلومات التي يقدمها الأطراف للموفق سرية ولا يجوز إفشاءها للغير، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو ما لم يكن إفشاؤها لازما بمقتضى القانون، كما لا يجوز للموفق إفشاء المعلومات التي يقدمها أحد الأطراف للطرف الآخر في عملية التوفيق.

<sup>392</sup> للمزيد انظر نص المادة 7 و6 من قانون اليونسترال النموذجي من الموقع : [http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

<sup>393</sup> هند محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص 488.

<sup>394</sup> عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق ما بين الخصوم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 12.

هند محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص 395.491.

### ب: تسيير عملية الوساطة من قبل خبير

قد يستعين الأطراف بخبير في سير عملية الوساطة، وعلى هذا الأساس يكون إختصاص الخبير واسعاً فيغطي نوعية وحجم الاستثمار إلى جانب المقاييس التي نفذت على أساسها المشاريع الإستثمارية، وذلك عندما يتعلق الأمر مثلاً بمجال دقيق كالتلحاح والإستغلال البترولي، فيكون الخبير مدعو إلى "دراسة التقنيات التي إستعملتها الشركة الأجنبية في البحث وما إذا كانت التكاليف هي مطابقة لبند العقد وللمواصفات المعمول بها دولياً"، ففي هذه الحالة يقع على الخبير الإلتزام بما هو مطلوب منه في العقد<sup>396</sup>.

وقد نصت على إمكانية الإستعانة بالخبير بعض التشريعات التي تبنت الوساطة الإتفاقية، من بينها قانون المرافعات المغربي في الفصل 68 الفقرة 3 من المادة 327 والتي جاء فيها على أنه بعد موافقة الأطراف القيام أو العمل على القيام بكل خبرة من شأنها أن توضح النزاع وهو ما يؤيده الفقه المغربي<sup>397</sup>. وكما تشير ضمناً أيضاً إلى فكرة الإستعانة بخبير، المادة 13 من قواعد الوساطة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في أثناء كلامها عن المصاريف، حيث جاء فيها أن مصاريف الشهود والخبراء يتحملها الطرف مقدم الشهادة أو الخبرة.

ومهما يكن فإنه يجب على الخبير المعين من قبل الأطراف أن يبذل كل ما في جهده وفقاً لما يملك من سلطات ومعرفة فنية حتى يدرس المشكل الفني وليس فقط مجرد معاينة المشكل كأى عطب فني بسيط مثلما هو معمول به عادة في الخبرات العادية<sup>398</sup>، فعمله لا يتوقف على مجرد المعاينة وإنما يتجاوزها إلى التقييم والتقويم ومن أجل ذلك يمكن للخبير إن إقتضت الضرورة أن "يستمع إلى الطرفين وأن يدرس كل الوثائق المعروضة عليه من قبل الطرفين"<sup>399</sup> كبيانات الصنع وشهادة التوافق الخاصة بالتجهيز وفي الآجال القانونية المحددة في العقد.

وبالنسبة للمهام المطلوبة من الخبير، فإنه يجوز للطرفين أن يتفقا على توسيعها إلى مهام أخرى. وهذا الإتفاق على توسيع مهام الخبير يمكن أن يدرج في العقد الأصلي أو في العريضة المشتركة التي يقدمانها. والمهام الموسعة التي من الممكن تكليف الخبير بها هي وضع توصيات تتعلق بتنفيذ العقد بشكل

<sup>396</sup>.235. حسن طالبي، المرجع السابق، ص 235.

عبد المجيد غميحة، نظام الوساطة الإتفاقية بالمغرب، مقال منشور في المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 4، المغرب، 2009، ص 67.

مفتاح خلف الله المهدي، طرق فض منازعات الإستثمار الأجنبي في الدول الأقل نمواً، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الشريعة والقانون، أم درمان السودان، 2015، ص 112.

أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 125.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

متوازن، أو إقتراح إجراءات بديلة ترتبط بالمحافظة على الأشياء المتنازع عليها في انتظار الفصل في مصيرها، أو كأن يكون موضوع التوصيات إقتراح حلول فنية بديلة تتعلق بتقنيات الإنتاج وهو الجانب المادي اللصيق بالعملية الإستثمارية، أو إقتراح مراقبة لتكوين المستخدمين من أجل مرحلة ما بعد الإستثمار ووضع تقييم مستمر لمدى تطابق هذا التكوين مع بنود العقد، وهو الجانب المتعلق بنقل التكنولوجيا. ومن أجل التنفيذ الدقيق لكل هذه المهام وغيرها يتعين على الطرفين الإلتزام "...بتقديم كل التسهيلات وخاصة منحه الوثائق التي يراها ضرورية كما عليهما أن يسمحا له بالإنتقال بكل حرية إلى أماكن تنفيذ العقد<sup>400</sup>.

ولتفادي النقل في الإجراءات الإختيارية والمراوغات التي من الممكن أن يلجأ إليها بعض الخبراء سيئي النية، فإن من العقود ما تعطي مهلة محددة للخبراء لإنهاء تقاريرهم، وفي هذا السياق نذكر ما جاء في نص المادة السادسة عشر الفقرة الثالثة منه في العقد المبرم ما بين شركة سونطراك الجزائرية والشركة الإيطالية "AGIP" في مجال التتقيب والتي نصت على أن قرار الخبير يجب أن يقوم بإعماله في مدة 90 يوم وفي هذه الحالة فإن الخبير مقيد بالإجراءات المنصوص عليها في العقد، زد على ذلك فإن الخبير رغم تعيينه من قبل أطراف النزاع في سير العملية إلا أنه مرتبط بالأجال القانونية، ففي حالة تعديه الأجل القانونية فإن الخبرة تعتبر ملغاة<sup>401</sup>.

### ثالثا: مدة التسوية قيد على إرادة الأطراف

ترتبط كل وسيلة للتسوية الودية بمدة معينة لكي تحقق الغرض الذي وجدت لأجله ولعل أهم ما ساهم في إعتداد طريقي التوفيق والوساطة كبديلين عن التقاضي هو ما أُوخذ على القضاء بصفته طريقا أصيلا لتسوية المنازعات والمدة الزمنية التي تستغرقها المنازعة القضائية، وبذلك فإن إختيار الأطراف لطريق الوساطة أو التوفيق من أجل الوصول إلى تسوية ودية في مدة زمنية وجيزة تضمن المحافظة على إستمرار العلاقات وحسن تنفيذ العقد الإستثماري الدولي.

ووفقا لذلك كرسّت الإتفاقيات<sup>402</sup> المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار سواء كانت دولية أو إقليمية النص على إعتداد التوفيق والوساطة وحددتها بمدد زمنية معينة لا يجوز للأطراف ولا للوسيط أو الموفق

<sup>400</sup> حسن طالبي، المرجع نفسه، ص 239.

<sup>401</sup> حسن طالبي، نفس المرجع نفس الموضوع.

للمزيد راجع المادة 07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية وكذلك المادة 07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية المصرية والمادة 11 من الإتفاقية 402 الجزائرية الإسبانية. والمادة 07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية القطرية.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل المنازعات الإستثمار

الخروج عنها ولذلك سارعت المراكز المتخصصة في تسوية المنازعات الإستثمارية في إطارا الترويج لها بتحديد مدد زمنية متفاوتة .

ولقد تنامي إتجاه مراكز ومؤسسات التحكيم نحو إضافة وجه آخر لأنشطتها الرئيسية وهو الوساطة أو التوفيق، وتضمن لوائحها الإجرائية تنظيما لإجراءات التوفيق حال طلب أطراف النزاع محاولة الدخول في إجراءات التسوية الودية بيد أن مدة التوفيق من المسائل الجوهرية التي لا يغيب النص على تحديدها في لوائح المؤسسات ومراكز التحكيم والتوفيق .

وفي هذا الخصوص، نذكر لائحة نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994<sup>403</sup> حيث جاء في مادتها 21 الفقرة الثامنة "أنه يجب أن تفرغ هيئة التوفيق من أداء مهمتها في ظرف شهرين من تاريخ بدء إجراءات التوفيق، ويجوز بقرار من اللجنة<sup>404</sup>، تمديد هذه المدة لفترة أخرى مماثلة، على أنه ليس بلزم أن يتم التمديد لمدة شهرين كاملين، فيمكن الإتفاق على أن يكون التمديد لمدة أقل من ذلك إذا كانت ظروف وملابسات النزاع توحى بأن هناك إتفاق وشيكا سيتم إنجازه .

ونأخذ في ذات السياق ما جاء به نظام التوفيق والتحكيم التجاري لمركز الكويت للتحكيم التجاري لعام 2000، الذي حدد مدة التوفيق بثلاثة أشهر يجوز مدها إلى مدة مماثلة أخرى، فقد نصت المادة 18 الفقرة الأولى منها على أنه يجب أن تنتهي هيئة التوفيق من أداء مهمتها في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ أول إجتماع للهيئة، ويجوز تمديد هذه المدة لفترة لا تتعدى ثلاثة أشهر أخرى بقرار من اللجنة إذا تطلب الأمر ذلك.

إن البادي من النصوص التي أوردناها بخصوص مدة التوفيق في اللائحتين سابقتي الذكر أنها لم تعط للأطراف الأحقية في تحديد المدة القانونية للتوفيق، فأجبرت المتخاصمين على إحترام المدة القانونية المنصوص عليها في اللوائح ولا يجوز الخروج عنها. وعلى العكس من ذلك هناك بعض لوائح هيئات ومراكز التوفيق التي تجعل المدة القانونية بيد الأطراف، وعند عدم إتفاقهم تطبق المدة القانونية المقررة في المركز، وهذا ما سارت عليه لائحة الإجراءات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات بالمنظمة العربية

لائحة نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة التجارة والصناعة دبي من الموقع: 403

<http://www.qistas.com/legislations/uae/view/4150438>. 2017/12/25 ليوم 20:23 الساعة

<sup>404</sup> إن اللجنة ليست هي هيئة التوفيق، بل هي لجنة التوفيق والتحكيم التجاري لدى الغرفة، والتي يشكلها مجلس إدارة الغرفة من بين أعضائه، وعددهم لا يقل عن خمس، وينتخب أعضاء اللجنة رئيسا ونائبا رئيس لها أنظر في ذلك نص المادة 10 من اللائحة المنشورة على الموقع المشار إليه في المرجع.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

للتتمية لعام 2013، فقد نصت المادة 86 الفقرة الثالثة منها على أنه يجب أن ينهي الموفق مهمته خلال المدة المتفق عليها مع الأطراف<sup>405</sup>، فإن لم يتم الإتفاق كان عليه إنهاء مهمته خلال شهرين من تاريخ بدء إجراءات التوفيق المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 65 من هذه اللائحة، ويجوز للموفق والأطراف الإتفاق على تمديد هذه الفترة لمدة يقدرونها.

وقريب من هذا نذكر لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى أبو ظبي<sup>406</sup>، حيث نصت في مادتها السابعة على "أنه يتوجب على هيئة التوفيق والتحكيم المشكلة بموجب أحكام هذه اللائحة الفصل في النزاعات المحالة اليها خلال المدة التي إتفق عليها الأطراف وفي حال عدم إتفاقهم على تحديد هذه المدة فعلى هيئة التحكيم الفصل في النزاع من خلال مدة أقصاها ستة اشهر من تاريخ الإستلام المهمة وكل إجراء يتم بعد نهايتها يكون إجراء غير ذي أثر بمواجهة الأطراف ما لم ترد عليه إجازة منهم خطيا أو إذا لحق هذا الإجراء إتفاق على تمديد أجل التوفيق<sup>407</sup>.

وهناك بعض المراكز التي لا تحدد مدة التوفيق، ونذكر في هذا السياق المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث خلت نصوص إتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 من أي نص يحدد مدة التوفيق.

أما في التشريع الجزائري فنجد أن المشرع لم ينص على التوفيق الإتفاقي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحتى في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية نص على التسوية الودية ولكن الخاصة بالمتعاملين الوطنيين ولم يتكلم عن المتعاملين الأجبيين، وأعلى الصفقات التي تبرم مع الأجانب، على غرار بعض التشريعات التي نصت على ذلك ونذكر في هذا الخصوص القانون المصري رقم 8 لسنة 2000 الذي نص على إنشاء لجان توفيق التي تكون الوزارات والأشخاص الإعتبارية طرفا فيها، فقد نصت المادة التاسعة منه على أن تصدر اللجنة توصلتها في المنازعة، مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت بمحضرها، وذلك في ميعاد لا يتجاوز سنتين يوما من تاريخ تقديم الطلب.

أما في حالة ما إذا كانت الوساطة هي الطريقة الودية في حل المنازعات فإن ذلك لا يعني تركها مفتوحة دون ضبط جوانبها القانونية فيجب أن تكون محددة زمنيا، فالوساطة قبل كل شيء هي مهمة وليست

أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 405.337

<http://www.adccac.ae/Arabic/Pages/Default.aspx> أنظر قواعد وإجراءات التوفيق والوساطة لمركز أبو ظبي من الموقع : 406

علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 55.<sup>407</sup>

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

مهنة ولكل مهمة نهائية، والمدة التي يجب أن تنتهي فيها الوساطة يحددها الطرفان أو اللائحة النظامية لمركز الوساطة في حالة الوساطة المؤسسية<sup>408</sup>.

نجد أن بعض المراكز ومن بينها مركز ستوكهولمز قد حدد مدة الوساطة بشهرين وذلك وفقا لنص المادة التاسعة منها، بالإضافة إلى لوائح مركز القاهرة فقد حدد مدة الوساطة بشهرين<sup>409</sup>، وفي هذه الحالة تكون إرادة الأطراف مقيدة بالمدة المحددة للوساطة وهذا حفاظا على حسن سير المشروعات الإستثمارية وتقييد تقاعس أحد الأطراف على إنهاء المنازعة والسير في المشروع.

أما عن حديثنا عن التشريعات التي من بينها التشريع الجزائري فإننا نرى أن المشرع الجزائري لم ينص على الوساطة الإتفاقية ولكن نص على الوساطة القضائية فقط حددت المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مدة الوساطة بـ 03 أشهر على الأكثر، ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة وذلك بطلب من الوسيط عند الإقتضاء بعد موافقة الخصوم<sup>410</sup>.

### الفرع الثاني

#### مصير الإجراءات

إن هدف الوساطة والتوفيق هو توصل الأطراف الى مساعي حميدة لتكملة تنفيذ عقد الإستثمار، وذلك من خلال بذل جهد كبير من قبلهما، فقد يتوصلوا الى نتائج إيجابية للتسوية فيحرر الوسيط أو الموفق محضرا لهذه النتائج (أولا)، وفي بعض الحالات قد لا يوفق الأطراف في حل النزاع فيبلغون الموفق أو الوسيط بذلك من أجل وقف الإجراءات وقد يستطيع الموفق أو الوسيط وقف الإجراءات إذا لاحظ أن المساعي التي بذلها غير مجدية فلهم الحق في وقف الإجراءات وتحرير محضر سواء بالإيجاب أو بالقبول (ثانيا).

#### أولا: إلزامية إتخاذ إتفاق التسوية للشكل المكتوب

يسعى الموفق والوسيط ويحدوهما الأمل في التوفيق الرضائي، في نجاح سعيهما والقضاء على أوجه الخلاف وحسم النزاع بين الأطراف، وتحقيق تصالح وتسوية تعيد الود وتنتهي حالة الخصام حول الحق أو المركز القانوني محل المنازعة<sup>411</sup>، وليس من اللازم أن تنصب جهود التوفيق والوساطة على كل جوانب

<sup>408</sup> L. CADIET: Droit judiciaire privé, Paris, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2000, No. 935, P.403.

<sup>409</sup> محمد طلعت الغنيمي، المرجع السابق، ص 26.

<sup>410</sup> في هذا السياق راجع نص المادة 996 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

<sup>411</sup> محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 23.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

النزاع لحسمها وقطع الخلاف بين أطراف العقد، فمن الوارد أن تكون مساعي التوفيق والوساطة قد حسمت جانبا أو جزءا من النزاع، وسواء نجحت محاولة التوفيق أو الوساطة في تسوية كل النزاع أو جانبا منه فإنها تكون بصدد تسوية وحسم لموضوع النزاع بشأن ما كان مطروحا على التوفيق.

ففي التوفيق نجد أن معظم مراكز التوفيق نصت على إلزامية تحرير إتفاق التسوية كتابيا ببيان أسماء الأطراف وصفاتهم وموضوع النزاع وطلبات كل طرف وإدعاءاته، وما تم من إجراءات ومضمون التسوية التي تمت وهل كانت بطريقة التنازل المتبادل عن جزء من الإدعاءات والمطالبات، أم كان بتسليم أحد طرفيه بحقوق الطرف الآخر وتنازله عن كل إدعاءاته وطلباته، وعلى ضرورة تحرير إتفاق تسوية الذي تم التوصل إليه<sup>412</sup>، ولقد نصت لوائح مراكز ومؤسسات التوفيق، من بينها لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم أبوظبي التي نصت في مادتها 28 على أن تقوم هيئة التوفيق بتحرير محضر خطي يدون فيه أسماء الأطراف وصفاتهم وخلاصة عن إجراءات قيد الطلب والرد والإجراءات التي تمت من خلاله التوفيق وموافقة أو رفض الأطراف. وجاء بنظام التوفيق بغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 في نص المادة الثامنة الفقرة أ<sup>413</sup> على أنه بتوقيع الإتفاق بيم الأطراف، ويلزم الأطراف بهذا الإتفاق ...، وتضيف المادة 08 أنه على المصالح حال إنتهاء التوفيق، أن يزود الأمانة العامة لهيئة التحكيم الدولية بإتفاق التسوية الموقع من قبل الأطراف. وفي مجال التوفيق الذي نظمته إتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى نصت المادة 34 على أنه في حالة ما وصل الطرفان إلى إتفاق تقوم اللجنة بعمل محضر تثبت فيه عناصر النزاع، وتثبت فيه كذلك الإتفاق الذي وصل اليه الطرفان. وعليه وبناء على ماسبق ذكره في مجال الوساطة والتوفيق بخصوص وصول الموفق أو الوسيط الى مساعي حميدة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي يجب أن يحرر محضر صلح ما بين الطرفين ويجب أن يوقعونه ويوافقون عليه وإلا يعتبر هذا المحضر بدون سند إتفاق.

وذاً الحال ينطبق على الوساطة، ففي حالة توصل الأطراف إلى حل بينهم من نزاع أو خلاف بمساعدة الوسيط وإذا كان الأمر كذلك فكان إلتزام على الوسيط بأن يبذل الجهد الكافي والعناية اللازمة للوصول إلى ذلك الهدف الذي يسعى إليه الجميع<sup>413</sup>. وتجدر الإشارة في هذا السياق في حالة قبول الأطراف

<sup>412</sup> محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 8.

<sup>413</sup> مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 409.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وتوقيع إتفاق الصلح أو التسوية فيصبح ذلك الإقتراح الذي وصل إليه الوسيط إتفاقا ملزم لهم<sup>414</sup>، وبصير كالعقد له قوة ملزمة لا يستطيعون التنصل من أحكامه وهو عادة عقد صلح بالمفهوم القانوني المعروف. وسواء تراضى الأطراف على بنود التسوية بمجهود الوسيط أو قدم الوسيط نفسه إقتراحا تولى بنفسه كتابة بنود هذه التسوية وإفراغها في وثيقة أو محرر يوقعه هو والأطراف وتكون له قوة الإلزام بعد تلك اللحظة، وفي هذا المعنى نصت المادة 10 من قواعد الوساطة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه لا تكون أي تسوية يتم التوصل إليها من خلال الوساطة ملزمة قانونا حتى يتم إدراجها في محرر مكتوب موقع عليه من أو نيابة عن الأطراف كما أن المادة التاسعة من نفس اللائحة تجعل من بين أسباب إنتهاء الوساطة إبرام إتفاق تسوية ودية مكتوب، وفي نفس السياق نجد بعض التشريعات التي نصت على الوساطة الإتفاقية، ما جاء به نص المادة 1534 من قانون المرافعات الفرنسي بخصوص الوساطة الإتفاقية على أن يقدم طلب التصديق على الإتفاق الذي تمخضت عنه الوساطة للقاضي بعريضة من كل الأطراف في الوساطة أو من أحدهم مع الموافقة الصريحة للباقيين.

أما عن التشريع الجزائري فإن المشرع لم ينص على الوساطة الإتفاقية وإنما نص على الوساطة القضائية، حيث نص في المادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " في حالة الإتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الإتفاق ويوقعه والخصوم. وبناء على ماسبق فإن إتفاق الوساطة الذي خلصت إليه جهود الوسيط لا يكون ملزما إلا بقبول الأطراف له وإتفاقهم عليه<sup>415</sup>.

### ثانيا: تعدد مصادر وقف إجراءات التسوية من دون إتفاق

لا ريب أن جل عملية التوفيق والوساطة هو المحاولة أو بذل المجهود للوصول إلى نتيجة محددة وهي تسوية وحسم النزاع بين الطرفين، غير أن المحاولة وبذل العناية قد لا تؤدي ثمارها فقد تتعثر لأسباب عادة ترجع إلى الأطراف من جهة، ومن جهة أخرى قد ترجع إلى الموفق أو الوسيط. فمن ناحية أطراف النزاع قد لا تتوفر لديهم أو لدى طرف منهم رغبة حقيقية في الوصول إلى اتفاق وإنهاء الخلاف وهذا ما يحدث غالبا من جانب الطرف الذي يستشعر ضعف موقفه، ووهن إدعاءاته وبطلان مزاعمه<sup>416</sup>، فهو لا يرغب في التسليم بحق الطرف الأخر وصواب طلباته وصحة ما يدعيه، غير أنه قد

أحمد عبد الكريم سلامة، المبادئ العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 414.222

راجع في ذلك نص المادة 1003 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

أحمد عبد الكريم سلامة، المبادئ العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 416.352



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

يرجع السبب في فشل وإخفاق محاولات التوفيق والوساطة إلى الأطراف جميعهم لإعتقاد كل طرف أنه على حق، وأن غريمه على غير صواب فيتمسك كل طرف بمواقفه، ويتشدد في مطالبه فتتباعد المواقف. وفي هذا السياق ما نصت عليه لائحة التوفيق النموذجي الذي أعدته اليونسسترال في الفقرة الثانية منها على أنه بإصدار الطرفين إعلانا للموفق يفيد إنهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان أو بإصدار أحد الطرفين إعلانا موجهها إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى وإلى الموفق في حالة تعيينه يفيد إنهاء إجراءات التوفيق وفي سياق قريب نصت المادة 34 من إتفاقية واشنطن بخصوص التوفيق الذي تنظمه في تسوية منازعات الإستثمار على أنه لو تبين للجنة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات أنه ليس هناك احتمال للإتفاق بين الطرفين تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات وتعد تقريرا تبين فيه موضوع النزاع وتسجل فيه فشل الطرفين للوصول إلى إتفاق<sup>417</sup>. وكذا الأمر ينطبق على الوساطة الإتفاقية المنصوص عليها في اللوائح التي أشرنا إليها سابقا.

وقد تنتهي إجراءات الوساطة والتوفيق من قبل الوسيط أو الموفق، ويكون ذلك عندما يتأكد الوسيط أو الخبير أو الموفق أنه من الصعب الوصول إلى تسوية للنزاع المثار ما بين الأطراف فإنه من الضروري عدم الإستمرار في تلك المحاولة وإضاعة الوقت طالما أن نتيجة التوفيق أو الوساطة أضحت معروفة ومؤكدة وتصدر اللجان تقريرا بهذه النتيجة ويتضح ذلك فيما أقرته العديد من الإتفاقيات من بينها إتفاقية واشنطن التي جاء في نص مادتها 34<sup>418</sup> أنه "إذا تبين للجنة التوفيق في أية مرحلة من مراحل الإجراءات أنه ليس هناك احتمال للإتفاق بين الأطراف تقوم لجنة التوفيق بإنهاء الإجراءات وتعد تقريرا تبين فيه موضوع النزاع وتسجل فشل الطرفين في التوصل إلى إتفاق".

إن هذه النتيجة أو القرار بفشل المحاولة لا يصدرها الموفق أو الوسيط من تلقاء نفسه، بل إن هناك كثير من الشواهد التي تدفعه إلى إصدار مثل هذا القرار، وأبرز الشواهد، على سبيل المثال، عدم تعاون الأطراف وإبداء رغبتهم في التوصل إلى تسوية للنزاع، فالتعاون بين الأطراف للتوصل إلى هذه التسوية يعد من أهم العوامل التي تساعد على نجاح محاولة التوفيق والوساطة. وعليه تنتهي إجراءات التوفيق بإبرام إتفاق تسوية أو بإعلان الموفق بوقف العملية لعدم الجدوى من إستمرارها أو بإعلان الطرفين للموفق بإنهاء العملية، أو بإصدار أحد الطرفين إعلانا للطرف الآخر وللموفق يفيد إنهاء إجراءات التوفيق.

نصت على هذا الإجراء المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية، العدد 66، سنة 1995.

طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 418.440

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل المنازعات الإستثمار

بناء على ما سبق هناك سمات خاصة تتوفر في الطرق الودية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في عقود الإستثمار، وأن هذه الطرق تستخدم بإرادة الأطراف أنفسهم لإيجاد حل للمنازعات الناشئة بينهم، كما هي الحال في المفاوضات أو تنفيذ العقد بحسن نية أو عن طريق الوسيط أو الموفق ليطلع بمهمة تقديم الآراء والمقترحات للأطراف بغية حسم نزاعهم<sup>419</sup>، إلى جانب كونها طرقاً إختيارية تعتمد بشكل أساس على إرادة ورضا الأطراف المتنازعة، سواء تمخض التعبير عن الإرادة في قبولها للطرق أو مشاركتها الجادة فيها أو تنازلها عن بعض الطلبات أملاً في الوصول إلى حل يلبي رغباتها ويحقق أمالها المرجوة من العقد المبرم بينهم. ويتربط على الصفة الإختيارية هذه أن الطرفين لا يكونان ملزمين بإتمام إجراءات الطريقة الودية التي سلكاها، بل إنهما إذا لم يفتنعا بما عرض عليهما من مشروعات بهدف التسوية فبإمكانهما الإنسحاب في أي وقت، ففاعلية نتائج هذه الطرق تتوقف على إرادة الأطراف وحدهم، دون أن يكون للغير الحق في إلزامهم بالنتائج أو القرارات التي يتم التوصل إليها، سواء أكان من قبل الأطراف أنفسهم أم من قبل الغير، فللأطراف مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات المقترحة التي تقدم إليهم لأنها لا تماثل الأحكام الصادرة عن المحاكم أو هيئات التحكيم<sup>420</sup>.

وعليه نؤكد على أهمية الدور الذي تلعبه الطرق الودية في تسوية منازعات عقود الإستثمار بشكل عام، وأن هذه الطرق لا تمس بسيادة الدولة المستقبلية، ولها أهمية كبيرة لما تحققه من نتائج، لكونها تعني في المقام الأول بجوهر النزاع وأسبابه، وتستهدف التوصل إلى تسوية سريعة له يكون من شأنها المحافظة على العلاقة بين الأطراف، وتشجيعهم على إظهار نوع من المرونة في مواقفهم، بحيث يكون رائدهم التوصل إلى حل النزاع<sup>421</sup>، وإذا إقتضى الأمر عدم التقيد بالإعتبارات القانونية البحتة المتصلة بالنزاع. وهكذا فلن الطرق الودية تلعب دوراً هاماً في إيجاد الحلول في منازعات عقود الإستثمار، من حيث كونها تعنى في النزاع بأسبابه أكثر من إعتنائها بجوانبه القانونية من ناحية، كما تستهدف إلى التوصل إلى تسوية النزاع الناشئ بطريقة سريعة وغير ملزمة لطرفيه بغير رضاهما، من جهة أخرى. ففي هذه الطرق تلعب الإرادة دوراً فعالاً وهي ليست مقيدة على إعتبار أن للأطراف حرية التصرف في إجراءاتها وفي حال عدم إتفاقها على حل أنسب فلن لهم الحق في اللجوء إلى القضاء أو التحكيم حسب توقعاتهم المشروعة.

<sup>419</sup> عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 45.

<sup>420</sup> علاء أباريان، المرجع السابق، ص 60.

محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 28.

## المبحث الثاني

### اللجوء إلى القضاء: مجرد احتمال

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وخصوصاً في مجال الاستثمار، ويتأثر هذا التوازن بفعل تغيرات الظروف التي قد تطرأ على العقد، بالموازاة مع ذلك من المعلوم أن عقد الاستثمار يستغرق وقتاً طويلاً لتنفيذه مما يجعله عرضة لتغيرات تؤدي إلى إختلال التوازن الإقتصادي للعقد، على نحو يترتب عليه نشوب الكثير من المنازعات التي اما بسبب أعمال إرادية تتخذها الدولة، أو بفعل إخلال المستثمر بأحد إلتزاماته، الأمر الذي يتطلب من الدولة تقديم ضمانات إجرائية كفيلة بحل هذه النزاعات والتي تتنوع بين القضاء الوطني والقضاء الدولي.

ينعكس إختلاف المراكز القانونية في عقد الإستثمار على الوسيلة التي يرغب كل طرف إتخاذها لتسوية المنازعات الناشئة بينهما ، حيث تسعى الدولة دائماً للحفاظ على سيادتها في مواجهة المستثمر الأجنبي، وبالتالي يكون القضاء الوطني مظهراً من مظاهر سيادتها، لذا جعله المشرع الجزائري كمبدأ تشريعي أولي مختص في المنازعات المتعلقة بالاستثمار، كما أنه من المحتمل أن يلجأ المستثمر الاجنبي اليه إذا إقتضت الضرورة (المطلب الأول)، في حين إذا ما إستمرت الدولة في التعسف في حق المستثمر فإن هذا الأخير حر في طلب الحماية الدبلوماسية من خلال الدولة التي يتبعها بجنسيته واللجوء إلى القضاء الدولي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### القضاء الوطني: الحل التشريعي المبدئي

قد يختار المستثمر في تسوية المنازعة بينه وبين الدولة المضيفة قضاءها الوطني، وهنا وبمجرد لجوئه إلى القضاء فإن إرادته تنتفي على أساس أن القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار مادامت تلك المنازعات قد نشأت داخل الدولة المضيفة للإستثمار، وبالتالي مبدئياً القضاء الوطني للدولة المضيفة يحظى بالاختصاص الأصلي بالفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي وفق ما يقره القانون الوطني والدولي (الفرع الأول)، إلا أنه مع ذلك يمكن سلبه هذا الإختصاص عن طريق النظم والترتيبات الأخرى المتفق عليها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### منح الإختصاص للقضاء الوطني

تعد ممارسة سلطة القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة الداخلية، لذلك تصر الدول النامية على إخضاع جميع ما على إقليمها من أموال عقارية أو منقولة ومن أشخاص وطنيين أو أجانب لمحاكمها وقوانينها، وهذا ما نجده في تشريع الإستثمار الذي جعل من القضاء الوطني كحل تشريعي مبدئي في تسوية منازعات الإستثمار وعلى هذا الأساس يتمتع القضاء الوطني للدولة المضيفة بالإختصاص الأصلي بالفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي وفق ضوابط حددها المشرع الوطني (أولاً)، واستناداً إلى قواعد القانون الدولي (ثانياً).

#### أولاً: الضوابط التشريعية لمنح الإختصاص

لا تقبل الدولة الطرف في النزاع، عادةً، خضوعها لمحاكم دولة أجنبية، سواء أكان قضاء دولة الشخص الأجنبي أم قضاء دولة ثالثة، وذلك بالنظر إلى تعارض هذا الأمر مع المبدأ المعترف به دولياً وهو مبدأ الحصانة القضائية للدول الناتجة عن المساواة في السيادة التي تتمتع بها جميعاً، كما أنه قد لا يكون من مصلحة الشخص الأجنبي الإلتجاء إلى قضاء دولته أو قضاء دولة ثالثة في حال حدوث نزاع بينه وبين الدولة الطرف في العقد، إذ أنه حتى إذا حصل على حكم من أحد هذين القضاءين، فإنهم من الصعب، إن لم يكن من المحال<sup>422</sup>، تنفيذ مثل هذا الحكم في الدولة المتعاقدة، لهذا لا تتوفر أمثلة تطبيقية لهاتين الحالتين في الواقع إلا نادراً، وتبعاً لذلك يكون قضاء الدولة المتعاقدة الطرف في العقد الحل المبدئي الذي يلجأ إليه

<sup>422</sup> منصور فرج السعيد، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في ظل قانون الإستثمار الجديد، دراسة قانونية إقتصادية مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية، العدد السابع والعشرون، سبتمبر، 2003، ص 338.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

في حالة نشوب النزاع<sup>423</sup>، ويعزز من مركزه مبدأ عام معترف به حتى في المحافل الدولية يقضي بأن قضاء الدولة المتعاقدة يمثل الجهة المختصة بالفصل في جميع المنازعات وتسري ولايته على الأشخاص طبيعية والمعنوية العامة منها والخاصة، ما لم يكن هناك استثناء.

في هذا السياق أشار المشرع الجزائري في نص المادة 24 من قانون الاستثمار على أن القضاء الوطني هو الجهة المختصة بالنظر مبدئياً في منازعات عقود الإستثمار الدولية، وبنى هذا الاختصاص على ضابطين اثنين هما خطأ المستثمر الأجنبي (أ) واتخاذ إجراء ضده من طرف الدولة الجزائرية (ب).

### أ: اختصاص القضاء الوطني المبني على خطأ المستثمر الأجنبي

يجدر بالذكر أنه بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار وارتباطها بالمصالح الحيوية للدولة المضيقة، تحرص أغلب الدول على إخضاع هذه العقود لقواعد قانونها الوطني ومنازعاتها للقضاء الوطني للدولة المستقبلية، ما لم يكن هناك إتفاق على خلاف ذلك، ومن المعمول به في مجال العقود أن الاتفاقات المبرمة بصفة قانونية تمثل قانوناً بالنسبة للأطراف التي أبرمتها، فالطرف الذي يبرم إلزاماً تعاقدياً لا يمكنه أن يتهرب منه متى أراد ذلك<sup>424</sup>، فعقود الإستثمار بحاجة إلى نوع من التوازن والإستقرار، و إستقرار المعاملات يحتاج إلى إستقرار الاتفاقات، بالموازاة مع ذلك هناك احتمال بأن يتستر المستثمر الذي يعجز عن تنفيذ إلزامته، ومن ثم تظهر نظرية القوة الملزمة للعقد لتعارض هذا النوع من التصرفات، ولكن ما يمكن قوله أنه لا نرجع أسباب منازعات التي تثور ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي إلى الأعمال الإرادية التي تقوم بها الدولة ولكن في جميع الأحوال يمكن أن تكون هذه المنازعات راجعة إلى تقاضي المستثمر الأجنبي في أعماله وقد يخل بالإلتزامات القانونية التي إتفق عليها مع الدولة<sup>425</sup>.

وعلى هذا الأساس يرجع الإختصاص التشريعي المبدئي للدولة المستقبلية وهذا ما نجده في تشريع

الإستثمار الجزائري، الذي ورد في نص مادته الرابعة والعشرون من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الاستثمار والتي جاء فيها أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب

<sup>423</sup> بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 329.

<sup>424</sup> محمد محمود عبد الله، التحكيم في منازعات الاستثمار، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين،

السودان، 2015، ص 15.

<sup>425</sup> Jan-Baptiste THIERRY, Favoriser l'investissement grâce au droit de contrat : L'exemple de l'imprévision, Dix-neuvième conférencescientifique annuelle, intitulée « Les règles d'investissement entre la législation nationale et les accords internationaux et leur impact sur le développement économique dans les Emirats Arabes Unis », tenue à Université des Émirats arabes Unies - Faculté de droit, du 25 au 27

Avril 2011. p162 chrg de site <https://www.lgdj.fr/contrats-theorie-generale-quasi-contrats-9782130607557.html> et 16/01/2018. 13 :22.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود...<sup>426</sup>. وما يؤخذ على هذا النص أنه لم يوضح الجهة المختصة، وفي هذه الحالة نرجع إلى القواعد العامة لتحديد الجهة القضائية المختصة هل هي القسم التجاري أم الغرفة التجارية مباشرة في المجلس على أساس أن النزاع متعلق بنزاع إستثماري والدولة طرف فيه أم تبدأ إجراءات الدعوى من المحكمة إلى أن تنتهي بقرار في المحكمة العليا.

وفي نفس السياق نذكر كذلك قضية مشهورة بين حكومة الكاميرون وشركة كلوشر، وتتلخص وقائعها في أنه تم إبرام عقد إستثمار بين الطرفين تقوم بموجبه الشركة المستثمرة ببناء مصنع في الكاميرون متخصص في إنتاج الأسمدة، وبشكل هذا الإنتاج أهمية قصوى بالنسبة للزراعة الوطنية في الكاميرون، وبعد تشييد المصنع لم تدفع لها دولة الكاميرون وإمتعت عن تسديد قيمة المصنع حسب ما هو متفق عليه في عقد الاستثمار بين الطرفين، فإلتجأت الشركة إلى المركز الدولي لمنازعات الاستثمار من أجل مطالبة الدولة الكاميرونية بسداد قيمة المصنع، وقد إنتهت هيئة التحكيم إلى أن قد خالفت الإلتزامات الجوهرية الناشئة عن عقد الاستثمار وأخطأت بعدم إعلام الحكومة المستثمر الشركة الكاميرونية بكل أمر من شأنه أن يؤثر بشكل جوهري على قرارها الاستثمار<sup>427</sup>.

### ب: إختصاص القضاء الوطني القائم على عمل إرادي اتخذته الدولة

هناك ضابط آخر أقرته المادة 24 من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الاستثمار، وهو ضابط الإختصاص المبني على الأعمال الإرادية للدولة الجزائرية ضد المستثمر الأجنبي، حيث نصت المادة 24 على انه ".....سبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود...<sup>428</sup>."

تجدر الإشارة إلى أنه من أهم الإجراءات التي قد تتخذها الدولة ضد المستثمر الأجنبي إجراء التأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة، وقد تتعدد الأساليب التي تتبعها الدولة في الإستلاء على المصالح المالية الموجودة على إقليمها، إلا أنها تتشابه جميعها في كونها إجراءات تتم بالإرادة المنفردة للدولة وتهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله سواء بالطريق المباشر أو غير

في هذا السياق راجع نص المادة 24 القانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، لسنة 2016.

جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013، ص 398 و399.

انظر نص المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الاستثمارات الجزائري.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

مباشر<sup>429</sup>. وبحديثنا عن نزع الملكية، يعني تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة للمستثمر الأجنبي لدواعي الضالغ العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة.

أما المصادرة، فهو الإجراء الذي تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل لأو بعض الاموال أو الحقوق المالية للمستثمر الأجنبي دون مقابل<sup>430</sup>، فالمصادرة إما ان تكون مصادرة إدارية او مصادرة قضائية وفي كلتا الحالتين يجب أن تستند إلى نص قانوني يخول السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانونا، ولعل ما يميز المصادرة عن نزع الملكية هو إنتفاء عنصر التعويض من ناحية ورودها على المنقولات من ناحية أخرى، فهي تعد من إجراءات السيادة التي تنسم بطابعها الإقليمي البحث، ويتضح من ذلك أن المصادرة عقوبة تستولي بمقتضاها الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة للمستثمر الأجنبي دون أداء تعويض<sup>431</sup>.

أما بخصوص التأميم فهو الإجراء الذي يراد به نقل مشروع أو مجموعة من المشروعات الخاصة من ملكية الفرد أو الشركات إلى ملكية الدولة بقصد تحقيق مصالح الجماعة<sup>432</sup>، ومعنى ذلك أن التأميم يدور حول محور واحد وهو نقل الملكية خاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطات العامة المختصة.

وفي دراستنا للتشريع الجزائري فإننا نجد أن المشرع قد نص على هذا الإجراء في عدة مواطن بدءا من الدستور، حيث نص على أنه<sup>433</sup> "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون وبترتب عليه تعويض عادل ومنصف" وكذا في القانون المدني الجزائري وقانون الإستثمار .

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني المتعلقة بنزع الملكية نجده نص في المادة 677 والتي جاء فيها ما يلي "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون.

عصام الدين بسيم، المرجع السابق، ص 429.79

هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 430.19

غسان علي علي، المرجع السابق، ص 431.90

رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الإستثمار، دراسة مقارنة ما بين القانون رقم 8 لسنة 1997 والقانون

رقم 23 لسنة 1989 على ضوء آراء وأحكام الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، مصر 1989، ص 150.

للمزيد راجع القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 433 . 2016

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

غير ان للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل<sup>434</sup>.

كما أضافت المادة 678 من القانون نفسه أنه "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم هذا التعويض يحددها القانون"، ونفس المسار اعتمده في القانون 09/16 المتعلق بتطوير الإستثمار حيث نصت المادة 23 منه على أنه "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف"<sup>435</sup>.

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري أجاز في النصوص السابقة الذكر اتخاذ إجراء نزع الملكية، لكن قيده بوجود مصلحة كافية، مع وجوب تقديم التعويض العادل والمنصف للمستثمر. ولكن ما يلاحظ في هذا الشأن قد يكون التعويض غير عادل بالنسبة للأموال التي إستحوذت عليها الدولة ففي هذه الحالة فإن للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء للقضاء الوطني ورفع دعوى قضائية من أجل المطالبة بنسبة التعويض أو باللجوء إلى هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد من أجل الفصل في مسألة التعويض<sup>436</sup>..

ونفس الموقف يؤيده الأستاذ حامد سلطان أنه من غير العدل أن لا تعطى الفرصة للدولة المضيفة المتسببة في الضرر لإصلاح ما تسببت فيه من أضرار، وقد ينجح الأجنبي في الحصول على التعويض العادل دون حاجة إلى اللجوء إلى الوسائل الدولية، لأن مبدأ المساواة في السيادة يقتضي إعطاء الدولة المسؤولة عن الضرر حقها في مباشرة إختصاصها المخول لها بموجب مبدأ السيادة الذي يقره لها القانون والقضاء الدوليين<sup>437</sup>.

### ثانيا: المصادر الدولية لمنح الإختصاص

للمزيد راجع نص المادة 677 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون 434 المدني الجزائري المعدل.

للمزيد راجع نص المادة 678 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون 435 المدني الجزائري المعدل.

لقد كرس المشرع الجزائري في نص المادة 21 من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الإستثمار مبدأ مساواة الأجانب مع الوطنيين معاملة منصفة<sup>436</sup> وعادلة فيما يخص الواجبات والحقوق بالإضافة الى ما جاءت به الإتفاقيات الجماعية والثنائية أي أنه في حقيقة الامر قد منح للمستثمر حرية في إتخاذ الطريق والسبيل الذي يراه ملائما إلا أنه جعل القضاء كطريق أصيل في مجال المطالبة بالحقوق وفقا لنص المادة 24 من نفس القانون.

كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص 299.<sup>437</sup>



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

إن مسألة إخضاع الدولة كل ما هو موجود على إقليمها لقضائها الوطني يعد مظهراً من مظاهر سلطتها الداخلية وتعبيراً عن مبدأ سيادتها الدولية، وعلى هذا الأساس دائماً نجد أن العديد من الدول وخاصة النامية منها تخضع كل ما على إقليمها من أشخاص ووطنيين كانوا أم أجانب لمحاكمها وقوانينها، إذ أنّ إخضاع الأجانب لقضاء الدولة يعد أمراً طبيعياً لأنهم يتمتعون بحمايتها، ومقابل ذلك يجب أن يخضعوا لقضائها، ويترتب على ذلك أن النزاع الناشئ عن تفسير أو تنفيذ عقود الاستثمار الأجنبي سوف ينعقد إختصاص النظر فيه للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار<sup>438</sup>.

يمكن تبرير إختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للنظر في المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي لقضائها الوطني إلى الخصوصية التي تمتاز بها هذه الأخيرة، وإن هذه العقود دائماً تكون مرتبطة بالمصالح الإقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، والتي تحرص في الأغلب على إخضاع مثل هذه العقود لقواعدها الوطنية، مما يجعل القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الجهة المختصة مبدئياً في تسوية المنازعات إلى إذا كان هناك إتفاق ما بين الدولة والمستثمر على اللجوء الى وسيلة أخرى منصوص عليها في العقد<sup>439</sup>.

تنص معظم القرارات الدولية على أن منازعات الإستثمار التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب تخضع إلى القضاء الوطني المختص للدولة المضيفة، ما لم هناك إتفاق ما بين الأطراف على إتباع وسائل تسوية مغايرة ومن القرارات الدولية التي أفرت إختصاص القضاء الوطني القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1974 الخاص بميثاق حقوق الدول وواجبها الإقتصادية والذي نص في مادته الثانية على أنه "عندما تثير مسألة التعويض خلافاً<sup>440</sup>، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة وعن طريق محاكمها، إلا إذا جرى الإتفاق المتبادل بين الدولة المعنية كافة على إتباع وسائل سلمية على أساس المساواة في السيادة للدول ووفق مبدأ الاختيار الحر للوسائل"<sup>441</sup>.

ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 438.66

بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 328.439

ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 172.440

محملة من الموقع على الساعة 58 : 22 يوم 2017/08/02. 441

[2http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs\\_ar.asp?year=1970](http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?year=1970)

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وذات الأمر يذكر بخصوص القرار رقم 1803 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14 ديسمبر 1962 الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، الذي أكد في الفقرة الرابعة منه على اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بالبت في كافة المنازعات التي يكون فيها التعويض المستحق عن التأميم محل الخلاف بين الدولة والمستثمر الأجنبي<sup>442</sup>، فعندما تثير مسألة التعويض خلافاً يجرى إستنفاد الاختصاص الوطني للدولة التي اتخذت مثل تلك الإجراءات، هذا وعند الاتفاق بين الدولة ذات السيادة والأطراف المعنية تتم تسوية النزاع من خلال التحكيم أو المقاضاة الدولية<sup>443</sup>.

يتضح من خلال هذين القرارين، أن الأصل هو إختصاص الجهات المختصة في الدولة المتعاقدة بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقة العقدية بين الدولة المتعاقدة والشخص الخاص الأجنبي، إلا إذا اتفقا على نقل هذا الإختصاص إلى جهة أخرى بإرادتهما، ويتأكد هذا الأمر أكثر بالعودة إلى تاريخ صدور هذين القرارين، إذ صدر حين ظهور عمليات التأميم المتكررة التي كانت الدول حديثة الإستقلال تقوم بها تجاه شركات النفط الأجنبية المسيطرة على كيفية التعامل مع ثروات ومقدرات تلك البلدان، فهذان القراران أكّداً على أحقية القضاء الداخلي للنظر في تلك المنازعات التي نشأت، في حينها بين الدول المؤممة والشركات الأجنبية العاملة في مجال النفط على أقاليم تلك الدول.

إن مبدأ خضوع المنازعات للقضاء الوطني هي قاعدة دولية و لها ما يبررها، فهي تقوم على عدة مبادئ، من بينها مبدأ السيادة الذي يعطي الدول الحق في النظر في المنازعات التي هي على مستوى إقليمها ونجد في هذا السياق تحليل الأستاذ عبد العزيز سرحان والذي جاء في مقولته "أن مبدأ السيادة والاستقلال الوطني يعطي لكل دولة الحق في إشتراط خضوع الأجانب لنظامها القانوني الداخلي، وأن أي تدخل أجنبي قبل إستنفاد وسائل التسوية الموجودة في النظام القانوني الوطني غير مقبول على الإطلاق"<sup>444</sup>.

تدخل قاعدة اللجوء إلى القضاء الداخلي في تسوية منازعات الإستثمار ضمن وسائل النظام القانوني الدولي ويجب إحترامها، ولقد أقرت المحكمة الدائمة للعدل الدولية قاعدة اللجوء إلى طرق النفاذ الداخلية في نزاع إستونيا ولتوانيا عام 1939، حيث إعتبرت دفع دولة ليتوانيا بعدم إستنفاد وسائل التسوية الداخلية هو إعتراض مقبول، وتؤكد هذا الموقف أيضاً من قبل محكمة العدل الدولية خلال فصلها في النزاع

<sup>442</sup> كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص 301.

<sup>443</sup> United Nations Audiovisual Library of International Law, محمل بتاريخ 08/02/2018 a 20: 59

[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_1803/ga\\_1803\\_ph\\_a.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf)

<sup>444</sup> كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص 298.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

بين الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا عام 1959<sup>445</sup>، بإعتبارها قاعدة استنفاد الوسائل الداخلية في الدولة المضيفة لتحقيق التوازن الإقتصادي للعقد قبل رفع الدعوى أمام المحاكم الدولية، ونفس الموقف تبنته محكمة العدل الدولية بمناسبة فصلها في النزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا، إذ جاء في حكمها أن عدم اللجوء إلى وسائل تسوية المنازعات الداخلية أدى إلى حرمان المحاكم الإيطالية من فرصة النظر في النزاع.

وفي هذا السّياق ورغم نصّ المشرع صراحة على إختصاص القضاء الوطني كأصل في تسوية منازعات الإستثمار التي تنشأ ما بين المستثمر والدولة الجزائرية، إلا أنه من خلال صياغته لنص المادة 24 من القانون 09/16 منح في حقيقة الأمر للمستثمر الحرية في إختيار الوسيلة التي يراها مناسبة وبهذا نستطيع القول أن المشرع لم يقيدده وأعطى له الحرية التامة في الإختيار.

### الفرع الثاني

#### سلب الإختصاص من القضاء الوطني عن طريق الإتفاق

بالرغم من أن أغلب الإتفاقيات الثنائية المبرمة من طرف الجزائر تؤكد على أنه في حالة فشل التسوية بالطرق الودية فإن الحرية ممنوحة إلى المستثمر في رفع النزاع أمام أي جهة قضائية يختارها وهذا كإمتياز ممنوح له (أولاً). إلا أن المستثمر الأجنبي في أغلب الحالات لا يحبذ اللجوء إلى القضاء الوطني وذلك خوفاً منه وعدم تكمن القاضي الوطني في حل مثل هذه المنازعات (ثانياً).

#### أولاً: سلطة ممنوحة للمستثمر

يجب الإشارة إلى أنّ منح المستثمر الأجنبي المبادرة في الإختيار قد يفسر على أنه إمتياز منحت له الدولة المستقبلية، كما يمكن أن يفسر على أنه مجرد سوء تحرير وتسرع، وفي هذا السياق يرى الأستاذ موحد إسعاد أنه ليس من العادة ولا من التقنيات القانونية الحسنة أن يقع التصييص في حالة الطعن أن يكون الحق في هذا الطعن من قبل طرف واحد في النزاع على حساب الطرف الآخر<sup>446</sup>، لذلك من المستحسن إستعمال عبارة "يستطيع الطرف المعني" أو "الطرف المتضرر" عوضاً من "يستطيع المستثمر"<sup>447</sup>.

ومن جهة أخرى، قد تعتبر مبادرة المستثمر بمثابة رد فعل ضد الإجراء الذي يكون قد إتخذته الدولة والمتمثل في نزع الملكية أو تغيير في القانون لأن النزاع يمكن أن يكون نتيجة فعل قام به المستثمر أو إجراء

<sup>445</sup>. ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 6.

<sup>446</sup>. حسن طالبي، المرجع السابق، ص 94.

<sup>447</sup>. المرجع نفسه، ص 95.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

متخذ من طرف الدولة ضد المستثمر، فمن الطبيعي أن تكون المبادرة الأولى له كرد فعل على هذا الإجراء<sup>448</sup>. وللتأكيد على أن المبادرة هي مخولة للمستثمر فقط، فليق مثل هذا الحل قد أخذت به حتى بعض التشريعات الوطنية الأخرى مثل قانون تحفيز الإستثمار في تونس الذي يعطي بدوره حق إختيار وسيلة تسوية النزاع إلى المستثمر الأجنبي دون غيره<sup>449</sup>.

إن منح حرية الإختيار للمستثمر الأجنبي من قبل الدولة قد يكون أيضا إنعكاسا للمركز الإقتصادي الضعيف للدولة بصفقتها المستوردة للرأسمال الأجنبي ولحاجتها لاستقطاب الإستثمارات وجلب العملة الصعبة والخروج من الأزمات الإقتصادية التي تتخبط فيها من خلال توظيف هذا الرأسمال، أما عن آثاره على مبدأ التوازن بين طرفي النزاع، فليق منح المستثمر فقط ممارسة حق إختيار الوسيلة القضائية الأفضل لحل النزاع يتنافى ومبدأ التوازن، لأنه في هذه الحالة، إذا أخذ بهذا الأسلوب، فسوف ينتهي المطاف إلى تفضيل المستثمر على حساب الدولة، وهذا من شأنه أن يخل بالتوازن بين الطرفين؛ ومن جهة أخرى، فإنه من غير المستبعد أن يحصل خلاف في إختيار إحدى الهيئات القضائية.

وقبل ذلك حتى في إختيار أي وسيلة لحل النزاع سواء تعلق الأمر بالوسائل البديلة لتسوية النزاع، وحتى في المبادرة أمام جهة يرتضيها فقط طرف واحد ولا يستجيب لها الطرف الآخر لسبب وحيد، وهو أن الإختيار كان من قبل طرف واحد فقط، وعلى هذا الأساس فإنه يجب عدم المساس بحرية رفع الدعوى المخولة لكل طرف في النزاع وأن تمنح المبادرة بالتساوي إلى الطرفين<sup>450</sup>، لأن كل طرف هو في حقيقة الأمر، يمكن أن يكون مدعيا في الخصومة، ومن هنا هل يمكن القول أن هذه القاعدة تمثل جزءا لا يتجزأ من مبدأ المعاملة بالمثل في معناه الواسع وأن أي خرق لهذا المبدأ قد يعد أيضا بمثابة خرق ولو غير مباشر لمبدأ المساواة الذي تكرسه المعاهدات الدولي<sup>451</sup>.

إن الإجابة عن هذا السؤال لا يمكن إلا أن تكون إيجابية إذا وضعنا في الحسبان أن مبدأ المعاملة بالمثل هو قبل كل شيء إلتزامات تقع على الطرفين وحقوق لصالحهما الإثنين معا وليس حقوقا لصالح

لقد وضع المشرع الجزائري في نص المادة 23 من القانون 09 /16 المتضمن قانون الإستثمار، أن الإستثمارات التي تكون محل إستيلاء وأشار إليها الا في الحالات الإستثنائية ويجب أن تكون ضمن الحالات المعمول بها في التشريع، وأشار الى التعويض في حالة الإستيلاء على الإستثمارات موضوع الإستيلاء.

أنظر نص المادة 67 من قانون تحفيز الاستثمارات التونسي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 93/120 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993. 449

<sup>450</sup> Bouchez, **The Prospect for International Arbitration Disputes Between States and Private**

Enterprises, J.I.A, Vol 8, 1991, p 82.

<sup>451</sup> Rousseau. Ch, **Droit international public**, Paris, Sirey, 5ème vol, 1970. Voir aussi De Visscher. Ch, Théories et réalités en droit international public, Paris, Pédone, 4ème éd 1970.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

طرف واحد فقط على حساب الطرف الآخر ، وخلافا لهذا المعنى، فقد يخشى أن تتحول المبادرة في رفع النزاع كما نلاحظ في أغلب الإتفاقيات من مجرد حق حصري إلى إمتياز.

أما عن مدى إعتبار منح حرية الإختيار للمستثمر خرقا للقواعد العامة التي تحكم المنازعات، فتجدر الإشارة إلى أنه طبقا للقاعدة العامة أن كل شخص له مصلحة له حق رفع دعوى ضد أي عمل أو إجراء يكون قد سبب له ضررا ماديا أو معنويا<sup>452</sup>. مثل هذا المبدأ نجده مكرسا في جميع التشريعات الوطنية والإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتعاون القضائي والمساعدة القضائية يضاف إلى ذلك، أنه من شأن رفع الدعوى ضد الخصم أن تسمح لصاحب الدعوى بتقديم إدعاءاته وكل الأسانيد المدعمة لها وإن يطلب من القاضي الذي أحيلت إليه القضية الإستجابة لطلباته ، هل يمكن تطبيق هذه القواعد على طرفي النزاع أي الدولة المضيفة للإستثمار من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى؟

وبالرجوع إلى المادة 24 من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الإستثمار يتأكد أن هذه المادة بالذات قد سوت بين طرفي النزاع عندما نصت على أن "كل نزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة...يتم إخضاعه إلى المحاكم المختصة...." ، وقد ارتأى المشرع ألا يستعمل عبارات مثل "يستطيع المستثمر" أو "يحق للمستثمر" أو "يمكن للمستثمر بناء على إختياره" حتى يترك المبادرة في رفع النزاع لكلا الطرفين بدون إقصاء من جهة أخرى، وحتى وإن سلمنا بأن التحكيم هو السبيل الذي إختاره الطرفان قصد تسوية نزاعهما، فإن التحكيم في حد ذاته ما هو إلا إتفاق قبل بين طرفين يكلفان بمقتضاه محكم أو عدة محكمين من أجل إيجاد حل بعيدا عن المحاكم.

ونعتقد أنه بالرغم من أن التحكيم يعد بمثابة إتفاقا حرا على إخضاع نزاعات الطرفين إلى محكم وحيد أو عدة محكمين، فنرى أنه بمجرد أن تكون الدولة قد قررت القبول بالتحكيم، فهذا يعني أنها مؤهلة أن تكون غدا مدعية في التحكيم أو مدعي عليها<sup>453</sup>. وهذا مؤشر على أنه من الممكن أن تكون هي المبادرة إذا لحقها ضرر تسبب فيه المستثمر، ومن هنا يصبح في الإمكان أن نطبق عليها قاعدة Pas d'intérêt pas d'action ويصبح من حقها التقاضي بلسم هذه المصلحة. وهذه المصلحة، إلى جانب كونها تجد أساسا لها في وظيفة الدولة الأولى الراعية للمصلحة العامة<sup>454</sup>، فهي أيضا مصلحتها في أن تستدعي المستثمر أمام الهيئة

<sup>452</sup>.159. ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص

<sup>453</sup>.166. عصام الدين بسام، المرجع السابق، ص

كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص 454.304

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

القضائية المختارة طبقاً لما نصت عليه الإتفاقية ووقع تكريسه فيما بعد في عقد الإستثمار<sup>455</sup>. والجدير بالذكر أن المستثمر الأجنبي في إعطائه الحرية الكاملة في إختيار أسلوب حل المنازعة القائمة بينه وبين الدولة المستقبلية فإنه يختار لعدة أسباب التحكيم ولا يحد اللجوء إلى القضاء الوطني.

### ثانياً: أسباب عدم تفضيل القضاء الوطني

يبنى لجوء أطراف العلاقة العقدية إلى القضاء الوطني على أساس بند صريح في العقد علاوة على أن بعض التشريعات المقارنة والإتفاقيات الدولية تنص على أن القضاء الوطني يمكن أن يكون هو الجهة المختصة في تسوية المنازعات التي تنشأ ما بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة في عقود الإستثمار، ما لم يكن إتفاق على خلاف ذلك.

ولكن هذا لا يعني أن الأمر محل إتفاق بين جميع الجهات المعنية بل إنه من المسائل التي إحتدم الخلاف بشأنها بين المؤيدين والمعارضين، إذ يرى البعض أن العيوب التي تنسب للقضاء الوطني الناظر في منازعات الإستثمار يمكن مناقشتها من زاوية حيادية تحدد عيوب القضاء الوطني من خلال المعطيات الواقعية والفعلية (أ)، إلا أن العديد من الحلول قد تجعل المستثمر الأجنبي يحس بالإطمئنان (ب).

### أ: عيوب القضاء من وجهة نظر الحيادية

إن اللجوء إلى القضاء الوطني قد يوهن من عزيمة المستثمرين الأجانب وكذلك الشركات الكبرى المختصة في النفط وغيرها<sup>456</sup>، ويحيط العلاقة بين الدولة المستقبلية والمستثمر بجو من المشاحنة، مما يؤدي إلى تراخي المستثمرين في نشاطاتهم، على نحو يؤثر في حسن سير العمل المتفق عليه في العقد ومن ثم قد تضرر المصلحة العامة جراء ذلك<sup>457</sup>، وبما أن هناك إختلاف بين المركز القانوني لطرفي عقد الإستثمار، باعتبار أحدهما دولة ذات سيادة والآخر شخص خاص فإن ذلك قد يحقق صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام محاكم الدولة الطرف في النزاع، الأمر الذي يعرقل تقديم ضمانات كافية لطمأنة الطرف الأجنبي على قبول نتيجة الدعوى إذا ما تم حسمها من قبل قضاء الدولة المتعاقدة

قد يعود كذلك السبب لتحفظ المستثمر الأجنبي تجاه التعويل على القضاء الداخلي للدولة المتعاقدة إلى عدم تعوده المثل أمام القضاء أو جهله إجراءاته أو تخوفه من إحتمال تأثر القاضي بالمصلحة العامة

حسن طالبي، المرجع السابق، ص 101.455

سعد علام، شرط التحكيم في إتفاقيات البترول بالبلاد العربية بين الإبقاء والإلغاء، بحث منشور في مجلة البترول، العدد الأول، السنة الرابعة، سنة 456

2002، الكويت، ص 65.

سعد علام، المرجع نفسه، ص 69.457

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

في بلده وتحيزه لها، كما قد يحظر على القضاء الداخلي النظر في بعض التصرفات التي تقوم بها الدولة بوصفها أعمالاً تتعلق بالسيادة أو لأي سبب آخر، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع حقوق الطرف الأجنبي أو عدم القيام بها على الوجه الصحيح<sup>458</sup>. ذلك أن إخضاع مثل هذه المنازعات لقضاء الدولة المتعاقدة يؤدي إلى انتهاك المبدأ القاضي بعدم جواز "...شخص واحد أن يكون حكماً وخصماً في آن واحد" فالقاضي ما هو إلا موظف في الجهاز القضائي للدولة المتعاقدة وهو بدوره جزء من المنظومة الحكومية فيها<sup>459</sup>.

وفضلاً عما سبق، فإن المحاكم الداخلية غالباً ما تفتقر إلى الخبرة الفنية اللازمة لتسوية المنازعات المعقدة التي تنشأ عن عقود الإستثمار، إذ أن حسم هذه المنازعات لا يتم عن طريق الإجراءات القانونية الداخلية فحسب، بل يتطلب توافر نسبة كافية من الخبرة والمعلومات الضرورية المتعلقة بجوانب النزاع المختلفة لدى القائمين بالفصل بالنزاع.

ونتيجة للإنتقادات الموجهة حول اللجوء إلى القضاء الوطني، فإن معظم المستثمرين الأجانب أو الشركات الخاصة لا تحبذ عرض المنازعات التي تنشأ بينها وبين الدولة المستقبلية على القضاء الوطني لهذه الأخيرة.

ومن حقيقة الصعوبات كذلك التي تواجه المستثمر الأجنبي عند لجوئه إلى القضاء الوطني في الدولة المسقطة، أن النظم القانونية عرفت منذ فترات طويلة التفرقة بين الوطنيين والأجانب من حيث المركز القانوني لكل منهم حيث أن محاكم كل دولة تختص فقط بالمنازعات التي يكون رعاياها هم أطرافها فقط، ولكن تطور الوضع منذ القرن التاسع عشر نتيجة لتطور القواعد التي تحكم مركز الأجانب والذي أصبح فيه من حق الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة له بإرادته<sup>460</sup>.

لكن بالرغم من هذا التطور مازال المستثمر يواجه بعض الصعوبات في اللجوء إلى القضاء الوطني والتي تتمثل في إختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع حيث أن أحدها الدولة ذات السيادة والطرف الآخر شخص خاص أجنبي، وبالتالي فإن الدولة هي الوحيدة التي تعد من أشخاص القانون الدولي وفي ذلك التوقع تصعب المساواة بين هذين الطرفين المختلفين في المراكز القانونية أمام المحاكم في الدولة

ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 292.458

منصور فرح السعيد، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في ظل قانون الإستثمار الجديد (دراسة قانونية إقتصادية مقارنة)، مقال منشور في مجلة 459 الحقوق الكويتية، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر 2003، ص 334.

<sup>460</sup> Rudolf Dolzer And Christoph Scheur, principles of international Investment law, p. 217 .

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل المنازعات الإستثمار

المضيفة<sup>461</sup>، الأمر الذي يؤدي إلى عدم أخذ المستثمر حقه كاملاً<sup>462</sup>. وزيادة على ما وجه إلى القضاء الوطني من انتقادات نجد أن غالبيتها تعود إلى أمرين أساسيين هما تخوف المستثمر من عدم حياد القضاء الوطني وعدم وجود الخبرة الفنية والسرعة التي يتطلبها حسم هذه المنازعات.

### ب: الحلول المقترحة

يمكن التغلب على العيوب اللصيقة بالقضاء الوطني، ومن ثم إزالة هاجس الخوف لدى المستثمرين الأجانب سواء شركات خاصة أو بترولية أو ما شابه ذلك، ففيما يتعلق بالتخوف من عدم حياد القاضي ونزاهته فإن هذا الأمر لا يعدو أن يكون سوى التخوف من قبل الشركات الأجنبية، إذ أن الأصل في القاضي الحياد والنزاهة والإستقلال<sup>463</sup>، كما أن الدولة المتعاقدة لا تقبل هذا الأمر قبل المستثمر الأجنبي، لأنها تؤدي إلى إضعاف الثقة بها في الأوساط الدولية، مما يسفر عنه التقليل من نسبة تعامل الشركات الأجنبية معها<sup>464</sup>.

وحتى على فرض أن عدم حياد القضاة قد تم إثباته، فإن هذا الأمر يمكن تلافيه عن طريق الحماية الدبلوماسية، إذ أن الشركة الأجنبية عندما تشعر بتعرضها إلى الخسارة نتيجة إنكار العدالة من قبل القضاء الداخلي للدولة المستقبلية، فإنه بإمكانها اللجوء إلى الدولة التي تتبعها بجنسيتها والمطالبة منها بالحماية الدبلوماسية<sup>465</sup>، وذلك عن طريق اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، لأن الدولة المستقبلية للإستثمار تكون مسؤولة حينئذ مسؤولة دولية عن أعمال هيئاتها القضائية.

يقصد بالحصانة الرسمية منع المحاكم الوطنية في بلد ما مقاضاة دولة أجنبية ذات سيادة أو مؤسساتها، بل أن قضاء الدولة المتسببة في إلحاق الضرر للمستثمر الأجنبي لا يمكن مقاضاتها أمام قضائها عن بعض التصرفات التي تقوم بها، كونها تتمتع بالحصانة، وقد أدى التطور وظائف الدولة وتوسع نشاطاتها إلى بروز عدة اتجاهات فقهية تلخصت في نظريتين، هما نظرية الحصانة المطلقة والتي سادت حتى أوائل القرن العشرين وتقوم على مبدأ الإعفاء المطلق من الخضوع إلى المحاكم الوطنية وتبرير ذلك يقوم على أساس أن سيادة الدولة وإستقلاله لا يتنافيان مع فكرة خضوع الدولة لقضاء دولة أخرى حتى ولو كان الأمر يتعلق بنشاط تجاري، لكن هذه النظرة بدأت تفقد سلطانها كون دور الدولة تغير وأصبحت تمارس نشاطات دولية وأصبحت تتنازل عن بعض صلاحياتها بصفقتها دولة ذات سيادة، وتظهر فيها بمظهر الأشخاص العاديين كما هو الشأن في عقود الإستثمار والتي تنزع فيها الحصانة وتخضع إما لقضائها الوطني أو التحكيم إذا كان الإتفاق بينها وبين المستثمر الأجنبي. في هذا السياق أنظر كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص 304.

462. هند محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص 111.

463. حازم حسن جمعه، القانون الإقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 190.

464. طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 277.

465. ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 160.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

أما بخصوص مسألة عدم امتلاك الدولة لفضاء لهم الخبرة الكافية في مجال منازعات الإستثمار وكذلك إطلاته، فإنه من الممكن معالجة هذا الأمر بإنشاء مراكز أو محاكم خاصة تختص بمنازعات عقود الإستثمار الأجنبية والداخلية.

وهذا الحل هو متمثلة في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق فعلا بالانتقادات الموجهة إلى القضاء الوطني أي الانتقادات القانونية، أما إذا كانت المسألة أمرا آخر كان تكون سياسية أو إقتصادية فهذا أمر آخر يرجع إلى السياسة التي تتبعها الدول في منهجها القانوني والمنهج الاستثماري .

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري في مجال تسوية المنازعات القائمة لاسيما نص المادة 24 المتعلق بتسوية المنازعات في قانون الإستثمار، لكنه لم ينص على بعض المنازعات، مثل حالة القوة القاهرة وحالة الظروف الطارئة، فصحیح أن المشرع نص عليها في النصوص الداخلية، ولكن في حالة ما إذا ثار نزاع حول التصرفات اللارادية للدولة مثل القوة القاهرة أو الحالات الطارئة التي تطرأ على عقد الإستثمار، هل يؤول الإختصاص إلى القاضي الوطني وعلى أساس أن القاضي دائما يأخذ بما جاء في بند العقد، أم يستطيع الأطراف أثناء نصهم على التحكيم بالإشارة إلى هذه المنازعات وكيفيات حل هذه المنازعات من قبل المحكم.

ما هو جلي هو أنه كل قوانين الاستثمار في الجزائر تفر الأحكام والضمانات العامة للحماية وتكرس مبدأ سلطان الإرادة في بعض الأحيان، إذ نصت المادة 24 من القانون رقم 09/16 المتعلق بالإستثمار على مساواة المستثمر الأجنبي الطبيعي أو المعنوي بالمستثمر الوطني في المعاملة وفي الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمار، كما نصت على أن كل نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إما بفعل المستثمر وإما نتيجة إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده يكون من اختصاص المحاكم الوطنية المختصة، إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية خاصة بالتحكيم أو الصلح.

بالرغم من الدور الذي يمكن أن تلعبه الإرادة في إختيار القضاء الوطني في حل المنازعات الدولية، إلا أن العاملين في هذا المجال لم يتقبلوا الأمر، فجل التشريعات ومن بينها تشريعات الدول النامية تخضع هذه عقود الاستثمار من باب أولى إلى قضائها وقانونها الوطنيين وفي هذه الحالة يستتر دور الإرادة على أساس أن القضاء الوطني هو المختص في كل الأحوال وبالتالي القاضي الوطني يطبق قانون الدولة التي يتبعها سواء في الموضوع أو في الإجراءات ولا يكون للإرادة دور كبير، حيث بمجرد اللجوء إلى القضاء الوطني تنتفي الإرادة تماما وتدخل المنازعة في إختصاص القاضي، لكن مع ذلك يمكن في بعض

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

الحالات وبعد إستفاد إرادة المتعاقدين القضاء الوطني أن يلجأ المستثمر الأجنبي إلى القضاء الدولي كبديل للقضاء الوطني لطلب الحماية الدبلوماسية من قبل الدولة التي يتبعها بجنسيته على أساس أن الدولة المضيفة قد قامت بخروقات ضده.

### المطلب الثاني

#### القضاء الدولي: إمكانية متاحة للمستثمر الأجنبي

قد يتضمن عقد الاستثمار المبرم بين المستثمر والدولة المستقبلية بندا ينص على اللجوء إلى القضاء الدولي ويكون ذلك في حالة ما إذا قامت الدولة المستقبلية بأعمال قد تؤثر على المستثمر الأجنبي بشأن العقد المبرم بينهما، ومن هنا يكون اللجوء إلى القضاء الدولي سبيلا يسلكه المستثمر لإيجاد ضمانات دولية تحفظ له حقوقه، خاصة لما تسمح الدولة المستقبلية للمستثمر أثناء إبرامه للعقد معها باللجوء إلى الوسائل الدولية طالما أنها تشبع قدرا من الثقة لديه وتشجعه على توظيف أمواله في الدولة المستقبلية، لكن في الحقيقة قد تكون الحماية الدولية غير أكيدة من الدولة الضامنة له (الفرع الأول) كما أن اللجوء إليها ليس بالأمر السهل بل يستوجب توفر شروط معينة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### حماية غير أكيدة

إذا كان تحريك الحماية الدبلوماسية موقوف على إرادة المستثمر فلا يمكن للقضاء الدولي التدخل من دون توجه إرادة المستثمر نحو تحقيق هذه النتيجة (أولا)، فإنه بإمكان الدولة المستثمرة لجم هذه الإرادة إبتداء من خلال شرط كالفو عن طريق الإتفاق (ثانيا).

#### أولا: حماية موقوفة على إرادة المستثمر

وفقا لأحكام القانون الدولي التقليدي، إذا لم يجد المستثمر الأجنبي الذي أضرت بمصالحه الدولة المستقبلية للإستثمار سبيل لإيجاد حلول عن طريق الإدعاء المباشر ضد الدولة المخلة بالتزاماتها العقدية، فإنه يطلب الحماية الدبلوماسية من دولته، وقد كانت الدول تستجيب لرعاياها وتقوم برفع دعوى مباشرة باسمها كدولة ذات سيادة، ومن أمثلة ذلك الدعوى المرفوعة أمام محكمة العدل الدولية في قضية

<sup>466</sup> Mavrpmatis Palestine Concessions .

هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2002، ص 104 .<sup>466</sup>

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

يتوقف اللجوء إلى هذه الوسيلة على إرادة المستثمر طالب الحماية الدبلوماسية، إذ يتوجب عليه في هذا الخصوص أن يتوجه بطلبه إلى دولته من أجل طلب هذه الحماية، فمن حق أي دولة أن تسعى لحماية رعاياها ممن تعرضوا إلى إنتهاكات من قبل الدول التي ينشطون ويستغلون فيها أموالهم، حيث ترفع الدعوى بإسمها على أساس تملكها للسيادة لأن المستثمر المتضرر لا يستطيع رفع دعوى ضد الدولة التي يباشر فيها نشاطه وإنما تلتجأ إرادته إلى الدولة التي يتبعها بجنسيته<sup>467</sup>، فالدولة في مثل هذه الحالات ترفع الدعوى بإسمها على أساس تملكها للسيادة نظراً لأن المستثمر المتضرر لا يستطيع رفع دعوى ضد الدولة التي يباشر فيها نشاطه وإنما تلتجأ إرادته إلى الدولة التي يتبعها بجنسيته وتكون عادة الشركات الخاصة الكبرى<sup>468</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن معظم الدول النامية تتضرر من ضغط الدول المصدرة لرأس المال عليها في مثل هذه المطالبات، ففي بعض دول أمريكا اللاتينية تقوم هي بالمفاوضات مع الدولة المستقبلية والمستثمر وفي حالة عدم نجاح عملية المفاوضات تسعى بقبول طلب رعاياها وتقوم برفع دعاواها أمام محكمة العدل الدولية، غير أن حق اللجوء إلى القضاء الدولي على النحو المذكور يكون مقصوراً على أشخاص القانون الدولي العام، ولا يجوز للأشخاص الخاصة اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا إذا كان هناك إتفاق إستثنائي مقرر بموجب الإتفاقيات الدولية، وفي حال غياب مثل هذه الإتفاقيات فلا سبيل للمستثمر الذي أصابه ضرر من قبل الدولة المستقبلية إلا أن يطلب الحماية الدبلوماسية من دولته.

### ثانياً: حماية قابلة للإستبعاد: شرط كالفو

لقد عملت بعض الدول على أن تضمن عقود الإستثمار التي تبرمها مع الأجانب شرطاً بموجبه ينتازل الأجانب المتعاقدين مع الدول عن حقهم في الحصول على حماية دولتهم فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فهذه الدول حاولت تحديد مسؤوليتها الدولية عن الأضرار التي تصيب الأجانب على إقليمها، وتقرير الإعفاء المطلق من تحمل تبعة المسؤولية الدولية<sup>469</sup>، وتتعهد الشركة أو الفرد بمقتضى هذا الشرط، أن تكتفي بطرق التقاضي المحلي وعدم اللجوء إلى دولته لممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحه، ويعرف هذا الشرط بشرط كالفو نسبة إلى "كارلوس كالفو" وزير خارجية الأرجنتين الأسبق وأستاذ القانون الدولي بجامعةها.

وائل أحمد، مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 467.42

هند محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 114. 468.

فارسي جميلة، وضع الفرد في القانون الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة

مولود معمري، تيزي وزو، 2016/2017، ص 20.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

قد يرد شرط كالفو في شكل صيغ متعددة منها ما أدرجته دولة المكسيك في العقد المبرم بينها وبين الشركة الأمريكية North american dredging company of texas حيث ورد في العقد ما يلي: "يعتبر المتعاقد الأجنبي كالوطني في كل الأمور التي قد يتطلبها أو يثيرها تنفيذ هذا العقد داخل دولة المكسيك، ومن ثم ليس له أن يطالب بأية حقوق أو وسائل تقاضي أو تعويض أكثر من الحقوق أو الوسائل المقررة في قوانين الجمهورية المكسيك كما يقر بعدم الإذن بالتدخل الدبلوماسي من جانب دولته للمطالبة نيابة عنه بأي حق من الحقوق تنفيذاً لهذا العقد<sup>470</sup>.

يمكن أن يرد الشرط بالنص في العقد أن الأجنبي وعليه فالمستثمر الأجنبي الموجود على هذه الدولة ما عليه إلا أن يتوجه إلى المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة، أو إلى محكمين يختارونهم الأطراف، أو النص في العقد على أنه في حالة نشوب نزاع ما بين الدولة والمستثمر يجب أن لا تكون هناك مطالبة المستثمر من دولته الحماية الدبلوماسية<sup>471</sup>.

بالرغم من حرص العديد من الدول على لجم إرادة المستثمر من خلال إدراج هذا الشرط وبالخصوص دول أمريكا اللاتينية، ورغم كون هذا الشرط يدرج بناء على رضا الطرفين، إلا أن القضاء والفقهاء الدولي إنتقدوا هذا الشرط، وأخذوا مواقف متباينة بخصوص مدى صحة هذا الشرط في عقود الإستثمار المبرمة ما بين الدول والمستثمرين الأجانب<sup>472</sup>.

من جانب القضاء إتجهت بعض لأحكام التحكيم ولجان الدعاوى المختلطة الى ان شرط كالفو صحيحاً ولكن في بعض الحالات بشرط أن لا يكون العقد المبرم مخالف للنظام القواعد المعمول بها دولياً، وأوضحوا أن الأضرار التي يتعرض اليها المستثمر الاجنبي خارج إطار العقد المبرم فيستطيع المستثمر أن يطلب الحماية الدبلوماسية من دولته.

وفي ذات الخصوص أعلنت لجنة الدعاوى الأمريكية في قضية وبين الشركة الأمريكية "NORTH American Dredging Company of Texas" ، بشرعية هذا الشرط على أساس أن المستثمر لا يستطيع أن يقيد دولته من المطالبات الدولية، إلا في حالة عدم تمسك هذه الدولة بهذه الحماية لما يترتب عليها من أضرار.

وتجدر الإشارة في هذا السياق أن تنازل الفرد عن طلب حماية دولته بواسطة الطريق الدبلوماسي في مسائل عقود الاستثمار التي يبرمها مع الدول، يعد تنازلاً بمحض إرادته ويعد مشروعاً، مادامت أن الدولة

المرجع نفسه، ص 470.21

حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965، ص 323.471

مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 465.472

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

المتعاقدة معه لم تقم بأعمال مخالفة لمبادئ القانون الدولي<sup>473</sup>، وهو ما جاءت به اللجنة في القضية السابقة الذكر، والتي أوضحت أن المستثمر قد وافق صراحة وبشكل مكتوب في العقد، وأقر ذلك عن طريق توقيعه على العقد وأنه موافق على ما جاء فيه من التزامات وحقوق بعد مفاوضات مع هذه الدولة<sup>474</sup>. وعليه فإن دولة المستثمر الأجنبي لا تستطيع التدخل بأي طريقة كانت ولو بفسخ العقد مادامت أن الدولة المضيفة لم تقم بأعمال مخالفة للمبادئ المعمول بها في القانون الدولي<sup>475</sup>.

أقر جانب من الفقه الدولي بصحة شرط كالفو تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد إلى جانب قدسية العقود وإعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن الجانب الآخر يأخذ بعدم إعمال هذا الشرط على إعتبار أن الفرد هو طالب للحماية من دولته وليس هو صاحب الحق للتنازل عليه، وبذلك يؤسس للدولة المطالبة بالحماية الدبلوماسية لرعاياها ولو لم يتقدم بطلب بذلك لأن آثار التصرفات الممارسة على المستثمر قد تلحق ضررا ماديا و/أو معنويا لهذه الدولة .

وعليه يرى الباحث رغم أن الدولة التي تدرج هذا الشرط بينها وبين المستثمر الأجنبي لا صحة له لأن هذا الحق هو مملوك للدولة وليس للمنتشر وعليه فإن شرط الحماية الدبلوماسية يبقى قائما وصحيا والدولة تستطيع أن تؤخذ به متى ما رأت أن الأضرار قد تلحق بها.

### الفرع الثاني

#### شروط لطلب الحماية لا لتحقيقها

يتوجب على المستثمر طالب الحماية الدبلوماسية الإستجابة لجملة شروط قد تصعب الإستفادة من نوع هذه الحماية(أولا)، وفي حال قيام هذه الشروط فإن ذلك لا يفيد تحقق الحماية بل يظل الأمر مرهونا بالسلطة التقديرية للدولة طالبة الحماية(ثانيا).

هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 104. 473.

فهد محمد العفاسي، عقود الثروات الطبيعية في ظل اتفاقيات المشاركة الأجنبية(العقود النفطية نموذجا). مكتبة الدار الأكاديمية للنشر والتوزيع،<sup>474</sup>

الكويت، 2007، ص 424 .

<sup>475</sup>Rudolf DOLZER and Christoph Schreuer principles of International Investment law,2008,p210

### أولا : شروط طلب الحماية الدبلوماسية

من بين الشروط المنصوص عليها لتمكين المستثمر من الحماية الدبلوماسية هو شرط الجنسية (أ) بالإضافة الى شرط إستنفاد الطرق الداخلية(ب). واستنفاد الطرق القضائية الموجودة في الدولة المتعاقدة وعدم تسبب الشخص نفسه في إصابته بالضرر(ج).

#### أ : شرط الجنسية

يمكن للدولة أن تتدخل في حماية أموال رعاياها وأشخاصهم على إقليم الدولة أخرى إذا لحقهم ضرر، وذلك عندما يكون هذا الشخص منتما بجنسيته إلى تلك الدولة لطلب الحماية<sup>476</sup>، فتمتع المستثمر الأجنبي بجنسية دولة معينة هو يخول مثل هذا الحق لتلك الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية للمستثمر الذي يتبعها بجنسيته.

غير أنه من الممكن أن يثار تساؤل حول تحديد الوقت الذي يتعين فيه توافر هذه الرابطة بين المستثمر طالب الحماية الدبلوماسية<sup>477</sup>، وللإجابة على هذا التساؤل فإنه في الواقع ليس هناك إتفاق في الفقه والقضاء الدوليين على معيار واحد في هذا الخصوص، بيد أن الإتفاق ثابت على نقطة معينة وهي إشتراط توافر رابطة الجنسية بين طالب الحماية والدولة الحامية وقت حدوث الضرر<sup>478</sup>، ودون الخوض في الآراء الفقهية التي تطرقت إلى هذه المسألة<sup>479</sup>.

إن غالبية الآراء تؤكد على وجوب إستمرارية الرابطة بينهما في الوقت الذي تتقدم فيه الدولة رسميا بطلب الحماية لدى المحكمة لتتمكن من ممارسة حقها في الحماية الدبلوماسية<sup>480</sup>، إلا أنه مع ذلك يبرز الواقع العملي أن معظم الاستثمارات تدخل في شكل شركة مساهمة أو شركة متعددة الجنسيات في مجال عقود البترول مثلا، وأن الإختلاف في جنسية المساهمين فيها قد يثير بعض الصعوبات في هذا المجال<sup>481</sup>،

<sup>476</sup> ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 167.

<sup>477</sup> مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 463.

<sup>478</sup> BQUHOT Bertrand, la protection diplomatique des individus en droit international, mémoire de recherche en vue de Lobtontion du D.E.A, en droit international et communautaire, mention droit international, université de Lille, 2002, pp26 chrge de site : [http://edoctoreale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master\\_recherche/T\\_1\\_chargement/memoires/intercomm/bauchotb02.pdf](http://edoctoreale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/intercomm/bauchotb02.pdf)

<sup>479</sup> Ian Brownlie, Principles of Public International Law, oxford univer- sity Press, Third edition, 1979, p 398.

<sup>480</sup> هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 111 و 112.

<sup>481</sup> مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 465.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

ومن أهم هذه الصعوبات أي من الدول يحق لها القيام بالحماية الدبلوماسية، الدول التي يحمل المساهمون في الشركة جنسيتها أو الدولة التي تحمل الشركة جنسيتها<sup>482</sup>.

وفي هذا السياق ذهبت المحكمة الدولية في حكم لها بتاريخ 1970/02/05 إلى الأخذ بمعيار الشركة التي تنتمي إليها بجنسيتها، إذ أنها قررت "" ان إتاحة الحق لدولة جنسية حملة الأسهم في حماية مواطنيها دبلوماسياً ضد التصرفات التي تسبب أضراراً للشركة يفسح المجال للعديد من الدعاوى الدبلوماسية والذي قد يخلق جواً من الفوضى في الإستقرار في العلاقات الإقتصادية الدولية...""<sup>483</sup>، بناءً على ما سبق فإن لجوء المستثمر الأجنبي إلى الحماية الدبلوماسية يجب أن يكون حامل لجنسية تلك الدولة وقت إتجاه الدولة إلى المحكمة من أجل مقاضاة الدولة التي تسببت في الضرر لهذا الأخير.

### ب : إستنفاد طرق التقاضي الداخلية

لا يكف لتحقق الحماية قيام دولة المستثمر بطلب الحماية الدبلوماسية أمام محكمة العدل الدولية، بل يجب أن يكون المستثمر قد قام بإستخدام كل الطرق والوسائل القانونية المتاحة له بموجب القوانين الداخلية للدولة المتعاقدة معه بهدف إصلاح ما تعرض له من ضرر<sup>484</sup>.

مما يعني أنه يقع على المستثمر الأجنبي قبل التماس الحماية الدبلوماسية من الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته اللجوء إلى الطرق القانونية التي هو متفق عليها في العقد مع الدولة المستقبلية، وعلى أساس أن مبدأ السيادة يعطي لكل دولة الحق في إشتراط خضوع الأجنبي لنظامها القانوني كما وضحنا ذلك سابقاً.

ويستند هذا الإجراء إلى جملة من المبررات منها إحترام سيادة الدولة وإعطاؤه الفرصة لتطبيق العدالة على الشخص المتضرر عن طريق محاكمها الوطنية وطبقاً لقوانينها، كما أن منح حق النظر في مثل هذه المنازعات للقضاء الوطني قد يقلل من المنازعات ويحافظ على العلاقات الودية ما بين الدول، فمن الممكن أن تقوم الدولة المتعاقدة بتعويض المستثمر الأجنبي عما لحقه من ضرر بموجب قوانينها وأنظمتها، ومن ثم لا يكون لهذا الأخير طلب الحماية الدبلوماسية من دولته<sup>485</sup>.

كما كان الحال عندما تدخلت بريطانيا دبلوماسياً لحماية حقوق المساهمين البريطانيين في شركة بترول كانت تعمل في المكسيك، وذلك إثر قيام هذه الأخيرة بتأميم أموال وممتلكات تلك الشركة عام 1938، وعلى الرغم من أنها كانت تحمل الجنسية المكسيكية، إلا أنها كانت تتألف من مجموعة من المساهمين يحملون الجنسية البريطانية والأمريكية والألمانية. وقد تمسكت بريطانيا في تدخلها الدبلوماسي بأنها يحق لها حماية مصالح المساهمين الحاملين لجنسيتها، في هذا السياق راجع أحمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية، المرجع السابق، ص 461.

دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 364. 483.

طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 264. 484.

هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 158. 485.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

والجدير بالذكر أن القاعدة العامة في اللجوء إلى طلب الحماية هو استثناء الطرق الداخلية، ولكن هذه القاعدة العامة لها إستثنائين<sup>486</sup>، الأول يتمثل في حالة ما إذا كان للدولة ذات السيادة نصيب في ملكية الأموال التي لحقها ضرر في الخارج، فلا تخضع لهذا الشرط، وذلك فيما يتعلق بمطالبتها بحصتها الخاصة، فعلى سبيل المثال عندما قامت حكومة بريطانيا بإقامة دعوى أمام محكمة العدل الدولية ضد الحكومة الإيرانية، جراء قيام هذه الأخيرة بتأميم شركة النفط الأنجلو إيرانية عام 1951 فإن المحكمة لم تطالبها باللجوء إلى الوسائل الداخلية وإستنفادها لأن بريطانيا كانت تمتلك حصة من أموال الشركة مما أدى إلى عدم إخضاعها لهذه القاعدة<sup>487</sup>.

أما الإستثناء الثاني إذا لم يكن قانون الدولة المتعاقدة يتيح للأجنبي اللجوء إلى وسيلة من الوسائل القضائية الداخلية بحيث تكفل له الحماية من الأضرار التي لحقت به فعلى سبيل المثال إذا قامت دولة معينة بتأميم أموال وممتلكات المستثمر الأجنبي، ووصفت الدولة عملها هذا بأنه من الأعمال السيادية ومن ثم أنكرت على المستثمر الأجنبي المتضرر باللجوء إلى المحاكم الوطنية على أساس أن هذا العمل مشروع ففي مثل هذه الحالة ليست هناك طرق تقاضي داخلية أصلاً حتى يتم إستنفادها .

### ج: الضرر أجنبي عن المستثمر

فضلاً عما سبق، يشترط في طلب الحماية الدبلوماسية أن لا يكون المستثمر الأجنبي قد ارتكب عملاً أو تصرفاً أدى بالنتيجة إلى إصابته بالضرر، كأن يقوم بممارسة بعض الأنشطة المحظورة عليه أو أن لا يقوم بتقديم الدعوى في موعدها المقرر في القانون أو عدم ممارسة الإجراءات القانونية في موعيدها المحددة إهمالاً أو تقصيراً منه<sup>488</sup>، أو أن تتوفر فيه حالة من حالات إنهاء العقد المبرم وبينه وبين الدولة المتعاقدة. وبهذا الشأن يذكر على سبيل المثال ما جاء في نص المادة الثامنة من عقد الخدمة التقنية لحقل نفط الزبير المبرم ما بين دولة العراق الممثل في شركة الجنوب وشركة إيطالية ، حيث جاء فيها ما يلي :

يجوز لشركة نفط الجنوب SOC إنهاء هذا العقد في حال قيام المقاول بإرتكاب مخالفة لإلتزام جوهري في هذا

حرزي الوناس، دور الإتفاقيات الثنائية في مجال الإستثمار ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي للأعمال، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 119.

أحمد علي عشوش، المرجع السابق، ص 487.467

أحمد علي عشوش، نفس المرجع نفس الموضوع.<sup>488</sup>



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

العقد بما في ذلك ومن دون الحصر في حال قدم المفاوض الى شركة نفط الجنوب بياناً يعلم أنه كاذب ويكون له تأثير جوهري في تنفيذ هذا العقد<sup>489</sup>.

فعندما يقوم المفاوض، بموجب هذا العقد، بإرتكاب مثل هذه المخالفات فإن عقده يتعرض للإلغاء، ومن ثم فإنه لا يُقبل منه أن يطلب الحماية الدبلوماسية من الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، لكونه هو من قام بمثل هذه المخالفة التي أدت الى إصابته بالضرر<sup>490</sup>.

### ثانياً: السلطة التقديرية للدولة طالبة الحماية

تعتبر الحماية الدبلوماسية من أبرز النظريات الموجودة في القانون الدولي، ولقد وجدت في العرف والقضاء الدولي، ولقد إستعملتها الدول بسلطة مطلقة ولا تخضع في ذلك الى ضغوطات تجعلها تمارس الحماية على رعاياها الموجودين في الدول. وتعتبر الحماية حسب البعض<sup>491</sup> حقاً خالصاً للدولة. وعليه في حالة ما إذا تحققت تلك الشروط الثلاثة المذكورة أعلاه، فإن من الممكن للدولة أن تتدخل عن طريق الحماية الدبلوماسية، بهدف حماية حقوق ومصالح مواطنيها والحيولة دون تعرضهم لأي ضرر من قبل الدول التي تعاقدها معها مواطنوها، وذلك أمام محكمة العدل الدولية.

إن قيام الدولة بإضفاء الحماية الدبلوماسية لمواطنيها يمثل حقاً لها وليس واجباً عليها، لذا فإنها قد تقوم بها وقد تمتنع، إذ يتوقف ذلك على رؤية الدولة لهذه المسألة ومدى انسجامها أو تعارضها مع مصالحها السياسية والإقتصادية وغيرهما، حيث لا يوجد أي إلزام دولي على عاتق الدولة يجبرها على ممارسة هذا الحق، وعليه فإن الشروط المتقدمة هي شروط لازمة لطلب الحماية من الدولة وليست شروطاً لتحقيق الحماية، مما يعني أن تحقق هذه الشروط إنما يجعل الشخص الأجنبي في مركز يسمح له أن يطلب من دولته حمايته، وهذه الدولة لها مطلق الحرية في تلبية الطلب المقدم إليها من عدمها<sup>492</sup>.

ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 71 و72. 489.

رفيق عطية الكسار، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1998، ص 102.

<sup>491</sup> رغم إتفاق الفقه حول إعتبار الحماية الدبلوماسية حقاً للدولة، إلا أنهم إنقسموا حول الأساس القانوني لهذا الحق، فذهب جانب من الفقه الى نظرية النيابة أي أن الدولة تتوب رعاياها المتضررين جراء تصرفات دولة أجنبية وهي من تقوم بتتوب عليهم أمام المحاكم الدولية، وعلى أساس أن الأشخاص لا يملكون أهلية دولية من أجل مقاضاة الدول الأخرى، في حين ذهب جانب من الفقه الأخر الى إعتبار الحماية الدبلوماسية حق خالص للدولة و من بينهم الفقيه أنزيلوتي، في ذلك وقال أن الحق الذي تطالب به عندما تثبت مسؤولية دولة أجنبية بسبب الأضرار التي لحقت مواطنيها لا يجد أساسه في الأضرار التي لحقت بهؤلاء وإنما إنتهاك حق الدولة في رعايا مواطنيها طبقاً للقانون الدولي، في هذا السياق، أنظر حسين حنفي عمر، دعوى الجمالية الدبلوماسية لرعايا الدول في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 73 و74.

عصام الدين بسيم، النظام القانوني للإستثمارات الإخذة في النمو، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 125. 492.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

زد على ذلك ورغم توفر الشروط الخاصة بهذه المسألة وهي شرط الجنسية واستنفاد الطرق القضائية الموجودة في الدولة المتعاقدة وعدم تسبب الشخص نفسه في إصابته بالضرر، وبما أن تحقق هذا الأمر يتوقف تماماً على رضا الدولة التي تطلب شركة النفط حمايتها الدبلوماسية، فضلاً عن وجوب توفر الشروط المذكورة آنفاً وطبقاً للتفاصيل التي تتضمنها، لكي يتسنى للدولة القيام بها إذا شاءت، فإن كل ذلك يجعل اللجوء إلى هذه المحكمة أمراً صعب المنال، ويمكن الإستدلال على ذلك بالرجوع إلى عدد المنازعات المتعلقة بعقود النفط، بين الشركات الأجنبية والدول المتعاقدة، والتي تم عرضها على هذه المحكمة عن طريق الحماية الدبلوماسية، فعلى الرغم من كثرة مثل هذه المنازعات، إلا أنه لا تتوفر سوى قضيتين اثنتين<sup>493</sup>، تم عرضهما على محكمة العدل الدولية عن طريق الحماية الدبلوماسية، وهما قضية تدخل بريطانيا ضد المكسيك بهدف حماية مواطنيها الذين كانوا مساهمين في الشركة التي قامت المكسيك بتأميمها عام 1938، وكذلك قضية النفط الأنكلو إيرانية لسنة 1951، والتي نتج عنها رد الدعوى من قبل المحكمة لعدم إختصاصها بالنظر فيها<sup>494</sup>.

وفي الأخير يمكن القول أن الدولة تتمتع بسلطة تقديرية لا معقب عليها في قبول التصدي لحماية مواطنيها من عدمه مادامت تستعمل في هذا الصدد حقها الخاص<sup>495</sup>، ولا شك أن وجود مثل هذه السلطة التقديرية لا يبعث على إطمئنان الأشخاص الذين تتخلى دولتهم عن التصدي لحمايتهم في مواجهة الدول الأخرى لإعتبارات سياسية أو غيرها مما يجردهم في النهاية من الحماية الإجرائية المتطلبة دفاعاً عن حقوقهم<sup>496</sup>، ومن جهة أخرى إذا قررت الدولة قبول التصدي الذين ألحقت بهم دولة أخرى أضرار معينة فإنه لا يجوز لهؤلاء الأشخاص في هذه الحالة التنازل عن هذه الحماية قبل أو أثناء النزاع أمام القضاء الدولي، فمادامت الدولة تمارس من خلال الدعوى الدولية حقاً خاصاً في إحترام قواعد القانون الدولي فيكون من حقها وحدها التنازل عن هذا الحق<sup>497</sup>.

قصارى القول، تتساوى إرادة الدولة والمستثمر في إختيار الوسائل الودية والقضائية، فقد يتفق الأطراف في اللجوء الى التوفيق والوساطة والتي تعتبران طرق ودية وأن فاعلية نتائج هذه الوسيلة تتوقف

ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 189. 493

المرجع نفسه، ص 190. 494

مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 380. 495

طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 256. 496

هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 101. 497

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

على إرادة الأطراف وحدهم، دون أن يكون لأي شخص آخر الحق في إلزامهم بالنتائج أو القرارات التي يتم التوصل إليها سواء أكان من قبل الأطراف أنفسهم أم من قبل الغير، ففي هذه الطرق نجد تدخل العديد من الإيرادات في السعي إلى إيجاد الحلول المناسبة من أجل التوصل إلى حل توافقي، وأن للأطراف مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات المقترحة التي تقدم إليهم لأنها لا تماثل الأحكام الصادرة عن المحاكم أو هيئات التحكيم.

أما فيما يخص القضاء الوطني والدولي، فبالنسبة إلى القضاء الوطني والذي إعتبره المشرع الجزائري كأصل عام في تسوية منازعات الإستثمار، ما لم يكن هناك إتفاق على خلاف ذلك، وهذا ما جاء في نص المادة 24 من قانون الإستثمار الجزائري، وقد بني هذا الإختصاص على ضابطين، الأول مبني على خطأ المستثمر والضابط الثاني مبني على عمل إرادي تتخذه الدولة في حق المستثمر، إلا أن هذا المبدأ قد تعرض لعدة إنتقادات التي تشكك في قدرة القضاء الوطني في حسم منازعات الإستثمار حيث أصبحت هناك فناعة شبه عامة بأن التسوية القضائية ليست أفضل الوسائل لتسوية منازعات عقود الإستثمار، وعلى الرغم من عدم إختيار المستثمر القضاء الوطني إلا أن دراستنا كانت تحليلية لنص المادة السابقة الذكر التي إعتبرت القضاء الوطني الحل التشريعي المبدئي.

أما بالنسبة إلى القضاء الدولي فإن هذه الوسيلة هي إمكانية متاحة للمستثمر الأجنبي قد يستجد بها في الحالات التي يكون تعسفاً في حقه من طرف الدولة التي يزاول فيها نشاطه، فله الحق وبارادته في اللجوء إلى هذه الوسيلة، ويكون ذلك عن طريق طلب الحماية الدبلوماسية من دولته من أجل تمثيله أمام محكمة العدل الدولية، إلا أنه ما لاحضناه في دراستنا أن هذه الحماية غير أكيدة لأنها دائماً مرتبطة بالسلطة التقديرية للدولة طالبة الحماية.

وفي بعض الحالات لا يستطيع المستثمر أن يستعمل حقه في هذه الوسيلة لأن بعض الدول تدرج في عقدها الإستثماري ما يسمى بشرط كالفو، ويعني هذا الشرط تعهد المستثمر الاجنبي ألا يستعمل هذه الوسيلة في حالة نشوب منازعة ما بينه وما بين الدولة المضيفة له.

## الفصل الثاني

### التحكيم: الوسيلة الأكثر ليبرالية

على الرغم من لجوء الأطراف إلى الطريق القضائي لحل منازعات عقود الإستثمار، إلا أن الواقع العملي يخول للأطراف حق اللجوء إلى طريق بديل عن القضاء في تسوية منازعات العقود الإستثمارية، وهو حق اللجوء إلى التحكيم خلافا للقاعدة العامة التي تجعل من القضاء طريقاً أصيلاً لحل المنازعات، و يعزز ذلك الأحكام المنصوص عليها في التشريعات والإتفاقيات الدولية.

يعد التحكيم كأصل عام، طريق إتفاقي مصدره إرادة الأطراف التي تؤهل المحكم لتتعد له ولاية النظر والفصل في المنازعة، إلا أن التوسع في تفسير نصوص الإتفاقيات الدولية بشأن اللجوء إلى التحكيم وما تضمنته بعض السوابق التحكيمية، جعل من دور الإرادة ينكمش ويتقلص بحيث يمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى التحكيم مباشرة ودونما اتفاق مكتوب، وهو ما يعد خروجاً عن القاعدة العامة في التحكيم (المبحث الأول).

وكيفما كانت صورة اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل، فإن الغاية من ذلك في نهاية المطاف الحصول على حكم تحكيمي قابل للتنفيذ، وبذلك يظهر دور آخر للإرادة في تنفيذ الأحكام التحكيمية كونها من بين العناصر الفاعلة في تنفيذ حكم التحكيم، يصونها في ذلك سلطان القانون ويكون القضاء سند لها لتحوله من وظيفة الرقابة الموضوعية إلى الرقابة الشكلية (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### تراضي الأطراف: أساس اللجوء الى التحكيم

على الرغم من تقارب إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى من حيث خضوعها لنفس القواعد الخاصة ببدء الإجراءات، الإخطار بها، تعيين المحكمين وردهم، إيداء الخصوم لطلباتهم واتخاذ هيئات التحكيم للقرارات الخاصة بتعيين الخبء، سماع المرافعات والشهود، وصولاً لتقديم المذكرات وإصدار الأحكام وتنفيذها، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى نتيجة لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها والتي تتبع أساساً من كون أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة، الأمر الذي يجعل منازعات هاته العقود لا تخلو من خلفية سياسية واقتصادية دولية تدفع أحكام التحكيم الصادرة بشأنها لإنتاج آثار بعيدة المدى تؤثر على إقتصاد الدولة، بالموازاة مع ذلك تظهر إرادة الأطراف في أغلب عقود الإستثمار للتأكيد على شرط التحكيم في حالة نشوب المنازعة والذي يعتبر تأهيلاً للمحكم في الفصل في المنازعة القائمة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي (المطلب الأول)، إلا أنه مع التطور الاقتصادي وكثرة عقود الإستثمار في الواقع الدولي تحرر اللجوء إلى التحكيم من الشروط كما تحرر من قيد الإرادة لوضع هذا الشرط كأساس في اللجوء إلى التحكيم (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### إرادة الأطراف: مظهر للجوء إلى التحكيم

يعد شرط التحكيم من أهم الشروط التي يتم الإتفاق عليها ما بين الدولة والمستثمر في عقود الإستثمار إذ له صلة مباشرة بحل المنازعات التي تنشأ عنها، وإذا كان الإتفاق على التحكيم في عقود الإستثمار يأخذ إحدى صورتين، إما الشرط أو المشاركة، فإن الصورة الغالبة في هذه العقود هي شرط التحكيم، حيث يدرجه أطراف العلاقة الإستثمارية كبند وشرط في عقدهم قبل حدوث النزاع، وهذا الشرط هو مستمد من القانون، إذ أشار إليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن هذا الشرط لا يمنع من أن يرد في وثيقة مستقلة عن العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف في بداية التعاقد والتشاور على الشروط الأساسية الموضوعة في العقد، ولكن بالمقابل من المهم أن يقوم المستثمر أو الشركات الإستثمارية بصياغة هذا الشرط في عقود الإستثمار بطريقة تغطي كل المنازعات التي قد تنشأ عنه، ولا ينبغي تحديده

بشكل ضيق لئلا تستبعد أنواع معينة من المنازعات لأن صياغته بهذا الشكل الضيق قد يؤدي إلى نتائج غير مرغوب فيها، وعلى هذا الأساس ستكون الدراسة في هذا المطلب مقسمة إلى مطلبين يدرس في (الفرع الأول) إتفاق التحكيم في عقود الإستثمار، أما (الفرع الثاني) فسيخصص لدراسة صيغ إتفاقية التحكيم.

### الفرع الأول

#### إتفاق التحكيم مصدر تأهيل المحكم

إن نقطة البداية في اللجوء إلى نظام التحكيم هي الإتفاق على التحكيم وإختياره سبيلا في حل منازعات معينة والتي تنشأ عن العقود وغيرها، ودون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجري أو يتم التحكيم، لذلك فإن أول ما ينبغي على المحكم أو القاضي القيام به هو التحقق من وجود إتفاق التحكيم.

تعددت التعريفات التي أوردها الفقه لإتفاق التحكيم إلا أن جميعها يتفق على أنه إتفاق يأتي في صورة شرط أو بند في العقد الأصلي ويوضحون فيه موضوع المنازعة، وبموجب هذا الشرط يتفق طرفا النزاع على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الذي سيثور مستقبلا<sup>498</sup>.

وبموجب هذا الشرط يتفق طرفا النزاع على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الذي سيثور مستقبلا، كما يشتمل كذلك على ما يسمى بمشاركة أو إتفاق التحكيم وهو الإتفاق الذي يبرم استقلالا عن العقد الأصلي وبموجبه يتفق أطراف النزاع القائم فعلا على عرضه لحله بطريق التحكيم ويجمع بين الصورتين عبارة إتفاق التحكيم<sup>499</sup>.

وأيا كانت الصورة التي يأخذها إتفاق التحكيم في منازعات الإستثمارات الأجنبية فإنه من غير المتصور أن يجري التحكيم أو يتم دون وجود هذا الإتفاق، وعليه فإن إتفاق التحكيم يعد حجر الزاوية في نظام التحكيم لأنه يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم وهو الأساس الأول الذي ترتكز عليه هيئة التحكيم في عملها في حل منازعات عقود الإستثمار.

إن لإتفاق التحكيم ثلاثة صور هي شرط التحكيم، مشاركة التحكيم وشرط التحكيم بالإحالة ويقصد بشرط التحكيم ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الإستثمار المبرم ما بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر

<sup>498</sup>. وليد محمد عباس المرجع السابق، ص 412.

<sup>499</sup> محمد مجدي صبحي القصاروي، التحكيم في المعاملات المصرفية الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات سنة 2009 / 2010 ص 3.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

الأجنبي<sup>500</sup>، والذي يتعهد بمقتضاه الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور ما بينهما من منازعات مستقبلية بشأن العقد (أولاً). أما مشاركة التحكيم فهي إتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم وقد يحددون القانون الذي يطبقه المحكمون (ثانياً).

أما شرط التحكيم بالإحالة هو إشارة المتعاقدين في عقد من العقود أو العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم و إعتبره جزءاً لا يتجزأ من العقد<sup>501</sup>، والملاحظ أن الإتجاه الحديث يطلق إصطلاح إتفاق التحكيم على كلتا الصورتين دون تحديد إما شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، لأنه بحسب رأيهم لا يوجد فرق بينهما من حيث المضمون فكلاهما تتفق بموجبه الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الإستثمار (ثالثاً).

### أولاً: شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الإستثمار المبرم ما بين الدولة و المستثمر الأجنبي، والذي يتعهد بمقتضاه الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهما من منازعات مستقبلية بشأن العقد<sup>502</sup>، إرادة الأطراف هنا تتجه في إتفاق التحكيم الدولي لإحداث أثر قانوني معين وهو الذي يستبعد قضاء الدولة من الإختصاص بالنظر في المنازعة التي قد تنشأ بينهما حيث يتم الفصل فيها من محكم أو عدة محكمين<sup>503</sup>.

فالعبرة في هذه الحالة إذا بلحظة إبرام إتفاق التحكيم فإذا جاءت قبل نشوء النزاع فذلك هو شرط التحكيم ويستوي بعد ذلك أن يأتي في العقد نفسه أو مستقلاً عنه، و شرط التحكيم يحدد إجراءات عرض النزاع على هيئة التحكيم وكيفية تشكيل الهيئة إلى آخر عمل في الإجراءات القانونية، وفي العادة فإن القانون هو الذي يتكفل ببيان كيفية التصديق على حكم هيئة التحكيم من قبل المحكمة المختصة، وبالتالي في هذه الحالة فإن هذا الشرط يعتبر صحيح ومنتج لأنثاره القانونية وينفذ في الداخل بالطريقة التي تنفذ فيها الأحكام

عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 7.500

خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 212.501

عبد المومن بن الصغير، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر، دراسة حالة واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر، 502 مقال منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد السابع، المغرب، 2013، ص 162.

أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 59 و 60.503

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

الأجنبية و أحكام التحكيم، وفي أحيان أخرى قد يحيل شرط التحكيم إلى الإجراءات السارية لدى منظمة دولية للتحكيم على سبيل المثال المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار<sup>504</sup>.

### ثانيا: مشاركة التحكيم

تعتبر مشاركة التّحكيم إتفاقا خاصا يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع، أسماء المحكمين، مكان وإجراءات التحكيم والقانون المطبق، وهي عبارة عن مجموع من الإتفاقات اللاحقة على قيام النزاع، ومنه فإن الفرق بينها وبين شرط التحكيم يكمن في أن هذا الأخير يتعلق بنزاع محتمل لم تحدد ملامحه في حين تتعلق هي بنزاع قائم فعلا وينتظر أطرافه إلى كل جوانبه<sup>505</sup>.

تكون مشاركة التّحكيم في إتفاق منفصل عن العقد الأصلي وقد تعقد مشاركة التحكيم تنفيذا لشرط التحكيم الموجود والمنصوص عليه في عقد الإستثمار، وفي هذه الحالة تكون وظيفة مشاركة التحكيم أو وثيقة التحكيم مجرد إستكمال للعناصر اللازمة لإعمال التحكيم والمسائل القانونية المتعلقة به من تحديد هيئة التحكيم وتعيين النزاع الذي سيطرح فيه التحكيم والمسائل المتعلقة بالإجراءات والقواعد الموضوعية التي تتخذ أساسا لحكم التحكيم<sup>506</sup>. وتعتبر مشاركة التّحكيم الوثيقة الأساسية للتّحكيم الدولي والتي تضع قاعدة سلوك إلزامي بالنسبة للأطراف الموقعين عليها التي يقع عليها إلترام قانوني وهو تنفيذها بحسن النية<sup>507</sup>.

ولكن بعد تحليل مشاركة التّحكيم قد يثار تساؤل من الناحية القانونية عما إذا كان من الممكن إبرام مشاركة التحكيم بشأن نزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية، وهنا يتضح بإمعان النظر إلى بعض التشريعات في قانون التحكيم و قانون الإستثمار ومن بينها التشريع الجزائري بأنها تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم وهو ما تؤكد المادة 24 من القانون 09/16 المتعلق بقانون الإستثمار<sup>508</sup> والتي تنص على ما يلي: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه الإستثمار أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرف بالاتفاق على تحكيم خاص"

<sup>504</sup> غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، المرجع السابق، ص 309.

<sup>505</sup> حسام الدين فتحي ناصيف، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 505.

<sup>506</sup> مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 358.

<sup>507</sup> الحسن، رفاذ معين محمد، مدى كفاية قواعد التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في التشريع الأردني، رسالة مقدمة لنيل شهادة

الماجستير في القانون، بكلية الحقوق، عمان، الأردن، 2015، ص 54.

<sup>508</sup> أنظر نص المادة 24 من قانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، السالف الذكر.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

<sup>509</sup> وباللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية كذلك يظهر بأن المشرع الجزائري قد سمح للأطراف اللجوء لإتفاق التحكيم حتى وإن عرضت المنازعة على القضاء وذلك من خلال ما نصرت عليه المادة 1013 حيث جاء فيها:

"يجوز للأطراف اللاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية".

من البديهي بأن إجازة إبرام مشاركة التحكيم ولو كان النزاع قد رفعت بصدده دعوى قضائية مبني على أن النزاع بين الطرفين يظل قائما رغم رفعه إلى القضاء، لهذا أخذت أيضا الإتفاقيات الدولية بأسلوب المشاركة لفض المنازعات القائمة فعلا ما بين الأطراف<sup>510</sup>.

وبالتالي يمكن القول بأن الممارسة في الحياة العملية الإقتصادية وخاصة في مجال الإستثمارات الأجنبية سواء أكانت بين شخص عام وآخر خاص تبين بأنه غالبا ما يتخذ شرط التحكيم في عقد الإستثمار مكانا له لما له من قوة لأطرافه، ولما يتميز به من إستقلالية سواء أكان مستقلا بذاته أو كان ضمن نصوص العقد بحيث يضمن للمستثمر الأجنبي سرعة تحريك الدعوى أمام جهة التحكيم التي تتولى عملية التحكيم بعكس مشاركة التحكيم التي تحتاج إلى وقت كبير في تحديد الإجراءات وعلى وجه الخصوص تحديد المسائل المختلف عليها وبالتالي يطول الوقت مما قد يؤثر على حقوق المستثمر خاصة عندما يكون الطرف الآخر دولة ذات سيادة<sup>511</sup>.

### ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة

يتحقق شرط الإحالة في الحالة التي يكتفي فيها الأطراف بالإحالة إلى عقد نموذجي يتضمن شرط التحكيم لدى إحدى الهيئات الدولية المتخصصة، فمثلا عندما لا يشمل العقد على إتفاق التحكيم<sup>512</sup>، بل أوجده الأطراف عن طريق الإحالة في العقد القائم بينهم إلى شروط نموذجية معينة تعتبر جزء من العقد ومكتملة له، وبالتالي تعتبر الإحالة إليها هي الأساس الذي يتم الإستناد عليه للقول بوجود الإتفاق التحكيمي بين الأطراف لتطبيق شرط التحكيم الوارد ضمن بنود النماذج المشار إليها بالإحالة في العقد.

<sup>509</sup> أنظر نص المادة 24 من قانون رقم 09-16 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق لـ 3 غشت سنة 2016، المتعلق بترقية الإستثمار.

<sup>510</sup> ونود هنا الإشارة إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 2 منها قد نصت على مشاركة التحكيم وكذلك القانون النموذجي في المادة 7 منه من <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-a.pdf>. 2018/01/23 الساعة 20:28 يوم الموقع

<sup>511</sup> عمر نوري عبابنة، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته وإستقلاله، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمان للدراسات العربية، 2006، ص 37 و38.

<sup>512</sup> عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، المرجع السابق، ص 309.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وهكذا يفترض التحكيم بالإحالة إلى وثيقة أخرى أو معدة سلفا لشرط التحكيم، كأن يحيل على عقد نموذجي لتشييد البنايات أو غيرها شريطة أن تتضمن الإحالة ما يفيد إعتبار الشرط الذي تحويه تلك الوثيقة أو ذلك النموذج جزء من العقد الأصلي<sup>513</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري على المسألة المشار إليها في إطار أحكام التحكيم الداخلي وذلك في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ أشارت فقرتها الأولى على جواز الإتفاق على التحكيم بطريق الإحالة بقولها "ثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أوفي الوثيقة التي تستند إليها"<sup>514</sup>.

يفيد هذا النص اشتراط المشرع الجزائري بأن يكون شرط التحكيم مكتوبا سواء ورد هذا الشرط في عقد الأساس أو وثائق أخرى أحال إليها هذا العقد، وبالتالي يجيز المشرع التحكيم بالإحالة من حيث المبدأ إلا أنه لم يحسم الخلاف حول الشروط اللازمة لصحة هذا الطريق من طرق الإتفاق على التحكيم .

ولما كانت مسألة التحقق من إنصراف إرادة الأطراف إلى اعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه الوثيقة أو النموذج المحال إليها جزءا من إتفاقهم الأصلي من الأمور التي يصعب الجزم والتأكد منها، فإنه يمكن القول بأنه ومن أجل الاعتداد بمثل هذه الصورة من صور الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم يجب أن تتضمن الإحالة التي تقوم بها الأطراف في إطار علاقتهم التعاقدية الإشارة بصورة واضحة وخاصة إلى شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها على نحو يهين كل تهرب من الوسيلة التي سيتم من خلالها تسوية النزاع المحتمل وقوعه وضمانا لتجسدي الإرادة المشتركة للأطراف بشأن تسويته عن طريق التحكيم<sup>515</sup>.

### الفرع الثاني

### صيغ إتفاقية التحكيم

<sup>513</sup> OPPETIT Bruno : La clause compromissoire par référence, Revue de l'arbitrage N° 1, 1990, P. 565 .

<sup>514</sup> للمزيد راجع نص المادة 1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية، عدد 21 ، الصادر في 23 أفريل 2008.

<sup>515</sup> قبايلي طيب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري ،تيزي وزو، الجزائر ، 2012 ، ص 127 و 128 .

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

إن تدرج إتفاقية التحكيم من الكتابة في مفهومها العادي المعبر عن مجلس العقد الحقيقي أو المحكم إلى الكتابة في صيغ متحررة ومرنة بالإشارة أو الإحالة، كالشروط العامة والبنود النموذجية، للاستقرار على نظام يكاد يكون بديلا بل نقيضا يتمثل في نظام الإثبات الحر، والذي يقرّ الأساس الجديد لمشروعية إتفاقية التحكيم، أي مبدأ حرية التحكيم المكرس بدوره بقاعدة الرضائية، ومؤدى هذه القاعدة البديلة، أن العبرة بمضمون الإرادة التحكيمية التي يتم كشفها والوقوف على حقيقتها عبر تأويل تلك الإرادة والذي يخضع بدوره إلى نظام خاص يتميز عن النظام العادي لتأويل العقود.

ويلتقي هذا التطور في صيغ اللجوء إلى التحكيم كمعيار حقيقي للتأهيل التحكيمي عموما، وهذا يعني اجتماع إرادة الأطراف مع الترخيص القانوني السابق للجوء إلى التحكيم من قبل أطراف العلاقة الإستثمارية. ولقد إعتد هذا التصور البديل لمشروعية التحكيم في فقه القضاء وفي بعض التشريعات بنظام نموذجي للتحكيم، وبنزعتة التحررية ليمتد أثره ليشمل التحكيم الداخلي كذلك<sup>516</sup>.

تبنّت بعض القوانين هذه الصيغة وكرستها في نصوص تشريعية صريحة مثل القانون الإيطالي في صلب الفقرة الثالثة من الفصل 833 من المرافعات المدنية، والقانون المصري في صلب الفصل 10 الفقرة الثامنة من قانون التحكيم المصري لسنة 1994<sup>517</sup>، والقانون التونسي في صلب الفصل 06 من مجلة التحكيم التونسية<sup>518</sup>، إضافة للمشرع الجزائري في نص المادة<sup>519</sup> 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهكذا ينتهي أمر شرط التحكيم بالإشارة ومن ورائه إتفاقية التحكيم إلى مشروعيته المنبثقة إلى قاعدة مادية مباشرة مستمدة من نظام التحكيم والمكرسة لحرية هذا الأخير، كما يبقى محل المشروعية هو إرادة الأطراف، التي سوف يتضح لاحقا عند التطرق إلى أساليب إعطاء الولاية التحكيمية التي تكتسي بصيغة خاصة تلائم طبيعة التحكيم ومبادئه والأفضلية التي يتمتع بها إزاء قضاء الدولة<sup>520</sup>.

<sup>516</sup> لقد عرفت المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 بفقرتها الأولى بأن إتفاق التحكيم يكونه "الإتفاق الذي يحيل بمقتضاه الأطراف على التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم في خصوص علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية، ويمكن أن يأخذ شكل تحكيمي في عقد أو إتفاق مستقل"، يتظهر مرونة هذا التعريف أساسا في إستعمال مصطلح العلاقة القانونية العام والذي درج الفقه على إعتباره يعني فقط إستبعاد النزاعات ذات الطابع السياسي من مناهج التحكيم، ومد مفهوم العلاقة القانونية خارج المجال التعاقدية.

<sup>517</sup> أنظر نص المادة 10 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 من الموقع: [www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf](http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf)

<sup>518</sup> أنظر نص المادة من القانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993 يتعلّق بإصدار مجلة التحكيم التونسية.

<sup>519</sup> أنظر نص المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، 519 العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

<sup>520</sup> الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008، ص 365.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

ويقول في هذا الصدد الأستاذ فوشار وغيار غولدمان "إن هذه الصيغة يجب أن تتم على ضوء المبادئ العامة لتأويل إتفاقات التحكيم، لا تأويلاً موسعاً، لكن ليس كذلك تأويلاً مضيقاً ينكر حقيقة أن التحكيم أصبح في قانون المعاملات الدولية الأداة الطبيعية للفصل في المنازعات، ويخلص هؤلاء الفقهاء الى 05 مبادئ في نظام التأويل وهي: مبدأ صيغة التحكيم بحسن النية، ومبدأ الأثر المفيد للتأويل، ومبدأ التأويل ضد محرر البند المبهم أو الغامض، ومبدأ إستبعاد التأويل الضيق، ومبدأ إستبعاد التأويل المصحح للإختصاص التحكيمي<sup>521</sup>.

ولم ينحصر تحصيل تأهيل المحكم في داخل نظام التحكيم، وإنما إمتد إلى توازي الحصانة الذاتية الداخلية والحصانة الخارجية، ويثبت ذلك من خلال إكتساب المحكم ولاية حكم كاملة من التحكيم للقضاء بسطان موازيا لقضاء الدولة، وقد تعززت تلك الولاية على مستوى فاعلية التأهيل من خلال قيام التأهيل المباشر المجرد عن السند الإتفاقي والذي سيكون محل للدراسة لاحقاً، من جهة ومن جهة أخرى من خلال التحصيل الشكلي الغير مباشر نفسه من داخله، لكن هذه الحصانة من داخل المؤسسة التحكيمية لا بد لها كي تستكمل فعاليتها أن تتعزز بحصانة من خارج التحكيم، وتتطلق مبررات هذه الضرورة من التصور النظري للتحكيم وطبيعته<sup>522</sup>.

في هذا السياق يقول الفقيه "كلاين" بأن التحكيم في أطواره المختلفة، إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف، وأنه من الضروري إقامة نظام موحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله من داخله<sup>523</sup>، وهو يستند في تحليله في القوة التنظيمية للإرادة الفردية (la force normative de la volonté)، لكن هذه المرجعية إنتهت به إلى تكييف حجية قرار التحكيم بالحجية التعاقدية، والى تكييف الطعن فيه بالإستئناف بأنه إستعمال لحق الإقالة، أما عند أصحاب النظرية الذاتية فإن التحكيم نظام خاص بمجتمع التجار<sup>524</sup>، الذي يخلقه قانونه الخاص وينشئ هيئاته الخاصة بالفصل في منازعات الناشئة بين أفراد الخاصة في إطار الممارسات التجارية الدولية.

<sup>521</sup> نفس المرجع، نفس الموضوع.

<sup>522</sup> F.klein, Considérations sur L'arbitrage en droit international privé. Graduate Institute Publications, 2010, p 496 على الساعة 19:19 . 16/10/2017 محمل بتاريخ <http://books.openedition.org/iheid/956> من الموقع

<sup>523</sup> F.klein, ibid, p 498.

<sup>524</sup> أحمد أنعم الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، اليمن، 1994، ص

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

تجدر الإشارة أن هذا لا يعني بأن التحكيم لا علاقة له مطلقاً بقانون الإجراءات، حتى أن البعض من الفقه<sup>525</sup> يفسرون إلتزام المحكمين بإتفاقية التّحكيم ويجعل التحكيم بكونه ضروريا لأداء التجارة الدولية وعقود الإستثمار التي تكون أحد أطرافها دولة ذات سيادة، وعليه فإنّ إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في مجال تأهيل المحكم من خلال قبولهم للتحكيم كوسيلة لحل المنازعة، أما بخصوص الدولة المضيفة للإستثمار فإنها بمجرد توقيع على إتفاقيات الإستثمار وحمائته مع الدول الأعضاء فإنها ضمنا هي خاضعة لنظام التحكيم بطريقة غير مباشرة.

### المطلب الثاني

#### التحرر من قيود الإرادة في اللجوء إلى التحكيم

إذا كانت إرادة الأطراف هي المدخل الأساسي لنظام التحكيم سواء كمصدر مباشر للتأهيل التحكيمي، وباعتبار دورها الكاشف للتأهيل القانوني غير المباشر أو كمعيار عام للتحكيم وعلى أساس إتجاه إرادتهم الى إعطاء صفة القاضي للغير المحكم هو الذي يميز التحكيم عن غيره من الوسائل غير التحكيمية وعن قضاء الدولة، فإن الإتفاق الكاشف المتمثل في إتفاقية التحكيم شرطا كانت أو مشاركة وأيا كانت صيغتها ليس المدخل الوحيد للتحكيم.

فقد يلجأ الأطراف المتخاصمون الى التحكيم بدون سند إتفاقي سواء جبرا أو اضطرار وهو ما يعطي هيئة التحكيم تأهيلا مباشرا يشبه تأهيل القاضي(الفرع الأول)، وكما أن تحصين سند التحكيم الإتفاقي يمكن أن يؤدي الى جعل التأهيل التحكيمي غير مباشر مفتوحا حتى يستقرغ كامل مظاهر الولاية القضائية التحكيمية بما يحجب كل دور للقضاء داخل مجالها المطرد الإتساع حد المشمولية(الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تحرر التأهيل من السند الإتفاقي

<sup>525</sup> في هذا السياق راجع الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 366.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

دراستنا في هذه الحالة عن تحرير اللجوء إلى التحكيم<sup>526</sup> من الشكل الإتفاقي وليس تحريره من الإرادة الفردية للأطراف المتنازعين، فالأمر هنا يتعلق بتحرير اللجوء إلى التحكيم من الأداة التعاقدية المتمثلة في إتفاقية التحكيم، أي من صيغة الإرادة في الشكل التعاقدية، حتى يصبح التأهيل مادياً ومباشراً. ومؤدى ذلك أن غياب صيغة التأهيل العقدية لا يعني بالضرورة غياب عنصر إرادة الأطراف الذي يبقى قائماً ولكن دوره يصبح محدوداً في إعطاء الاختصاص إلى محكمة التحكيم على موضوع التحكيم خصوصاً في منازعات عقود الإستثمار الدولية حيث يتراوح تقييم الفقه لها من تحكيم بدون سند إتفاقي إلى تحكيم جبري، ويشمل تحرر التحكيم من إتفاق الأطراف صراحة عليه في العقد في التحكيم الإلزامي (أولاً)، والتحكيم الإختياري (ثانياً).

### أولاً: التحكيم الإلزامي

يعتبر التحكيم الإلزامي، التحكيم الذي يوجب القانون على وجه الإستثناء اللجوء إليه لحسم النزاع، أو صنف ما من المنازعات<sup>527</sup>، ويضيف الأستاذ موتلسكي إلى هذا التعريف عنصر خضوع هذا التحكيم إلى نظام سابق الوضع، وعنصر محدودية التأهيل في المسائل التي فرض من أجلها اللجوء إلى التحكيم، بما يجعل من تأهيل عضوه تأهيلاً موضوعياً على غرار تأهيل المحكم في التحكيم الإتفاقي<sup>528</sup>.

ويرى البعض أن التحكيم حتى في مدلوله اللغوي يعني الإحتكام الطوعي إلى الغير المحكم والرضا مسبقاً على ما سيصدره من أحكام<sup>529</sup>، وعلى هذا الأساس يكون الأصل في التحكيم أن يتم اختياراً مما يجعل الإلزام على اللجوء التحكيم متعارضاً مع روح التحكيم ومع حقيقة مفهومه<sup>530</sup>.

بهذا الصدد يقول الفقيه شارل جاروسون عند تحليله للتحكيم الإلزامي<sup>531</sup> أن الطابع الإرادي هو جوهر التحكيم ويؤدى إلى إستبعاد تحكيم إجباري في مجال التحكيم<sup>532</sup>، ويبرر هذا الإقصاء بالقول أن المنشأ الإتفاقي

في هذه الحالة نقصد أنه يكون اللجوء إلى التحكيم مباشرة من قبل المستثمر الأجنبي على أساس الإتفاق الموجود في الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الدولة المضيفة له، أي بمعنى آخر أنه بدون هناك إتفاق تحكيم، وهذا ما يعرف بشرط المضلة والذي يقصد بشرط المضلة أن تتعهد الدولة المتعاقدة بضمان التقييد و مراعاة أي التزاما يتعلق باستثمارات مواطني الدولة المتعاقدة الأخرى بمعنى آخر أن الالتزامات التعاقدية الناشئة عن اتفاق الإستثمار توضع تحت مظلة المعاهدة، ويعد أي انتهاك أو خرق لهذا الشرط بمثابة انتهاك لاتفاقية الإستثمار. و بما أن الدولة الجزائرية قد أبرمت العديد من الإتفاقيات التي بموجبها تنص على اللجوء إلى التحكيم وبهذا فإن المستثمر قد يلجأ إلى التحكيم حتى وإن لم توافق الدولة الجزائرية صراحة في العقد ويدعم تبريره بالإتفاقيات الدولية وبالخصوص إذا كانت هناك إتفاقية بين دولته والجزائر.

حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2010، 138.

محمل من الموقع على الساعة 19:35 بتاريخ 2018/01/16. Motulsky, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, p 19.

<https://www.lgdj.fr/ecrits-etudes-et-notes-sur-l-arbitrage-9782247101047.html>

في هذا السياق حول التحكيم الإلزامي في العقود، أنظر مراد محمود المواحدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص

33.

عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 28.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

للتحكيم يرتب نتيجتين أساسيتين وهما، إختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم وتنازلهم عن قضاء الدولة، بالإضافة إلى إختيارهم محكمهم إما مباشرة أو بصفة غير مباشرة بواسطة الغير مثل مؤسسة التحكيم<sup>531</sup>.

ويذهب جانب من الفقه إلى إلحاق التحكيم الإجباري بقضاء الدولة وإدراجه ضمن المحاكم الإستثنائية<sup>532</sup>، ثم يلحقون به نظام التحكيم لدول أوروبا الشرقية التي كانت الدولة فيه تحتكر التجارة الدولية، حيث رأو أن التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ما هو إلا مظهرا لذلك الإحتكار<sup>533</sup>، وعموما يمدونه إلى كل نظام قانوني سابق الوضع ليس للأطراف الخروج عنه ويفتقر إلى أرضية إتفاقية بالنسبة إلى النزاعات التي وضع من أجلها .

إن الرأي الغالب في الفقه الحديث<sup>534</sup> وحتى في الواقع القانوني يجعل من التحكيم الإجباري تحكيما ويجري عليه نظام وقواعد التحكيم العامة، على إعتبار أنه من جهة لا يغيب فيه دور الإرادة بصفة مطلقة، ومن جهة أخرى بالخصوص في العلاقات الإقتصادية الدولية، ونتيجة لغياب محاكم عمومية دولية، يعتبر التحكيم أيا كانت طبيعته ضرورة للتجارة والإستثمار، ويعتبر التحكيم بالنسبة في منازعات الإستثمار بمثابة الشرط المعلق، أو على حد تعبير الأستاذ عبد الحميد الأحذب "مسألة يكون أو لا يكون"<sup>535</sup>.

وفي هذا السياق يقول الأستاذ موتلسكي "يمثل التحكيم الإجباري حقيقة التحكيم بالمعنى الفني ويحتفظ القرار الذي يتولد عنه بطبيعة القرار"، ويبرر رأيه بأن تبقى فيه بصدد محكمة خاصة، لأن الأفراد الذين يكونونها يقتصر تأهيلهم على النزاعات التي تدخل ضمن حدود تأهيلهم الذي هو تأهيل موضوعي وفق منظوره<sup>536</sup>. لذلك فإن الفقيه موتلسكي وأتباع نظريته في التأهيل التحكيمي يعتمدون معيار الإرادة من خلال التأهيل الموضوعي لإخراج التحكيم الإجباري من قضاء الدولة وإبقائه ضمن دائرة التحكيم.

ويجمع الأستاذ علي عوض حسن بين معايير دور الإرادة والتركيبية المزدوجة لهيئة التحكيم والفائدة

العملية ثم المشروعية القانونية الوضعية للقول بمحافضة التحكيم الإجباري على طابعه التحكيمي حيث قال<sup>537</sup>

<sup>531</sup> محمل من الموقع على .13p. 1989 rev arb. Jarrosson charell 'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme

<http://www.iaiparis.com/profile/charles.jarrosson> الساعة 19:37 بتاريخ 2018/01/16.

<sup>532</sup> Christophe Seraglini, LE CONTRAT D'ARBITRE EN DROIT INTERNATIONAL, mmoire MASTER 2 DROIT DES CONTRATS, Université Paris-sud Faculté de Droit Jean-Monnet, Sans date de publication, p 6 telcharge en site : [http://memoire.jm.u-psud.fr/affiche\\_memoire.php?fich=3971&diff=public](http://memoire.jm.u-psud.fr/affiche_memoire.php?fich=3971&diff=public) en 01/03/2018 a 21: 15

<sup>533</sup> فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص 32.

<sup>534</sup> من بين الفقهاء الفقيه، هيبرو والفقيه دوعي والفقيه كلسن، (يراجع في هذا الغرض، محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات العقدية، بدون دار نشر، تونس 1997، ص 61.

<sup>535</sup> عبد الحميد الأحذب، التحكيم، أحكامه ومصادره، موسوعة التحكيم، دار المعارف، 1998، مصر، ص 291.

<sup>536</sup> علي عوض حسن، التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 291.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

... (الأصل في التحكيم أن يتم إختياراً)، وإن كانت له وجهته، إلا أنه يبقى التحكيم الإجباري كطريق يتعين اللجوء إليه وما يوفره من فوائد عملية في منازعات الإستثمار بالخصوص وهذا في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة برئاسة عضو قضاء، وذلك بإحتمال إنهاء النزاع في أجل معقول فضلاً عن أن مشروعية التحكيم الإجباري وإن كانت مستمدة من نصوص القانون ذاته إلا أن الواقع في جميع أنواع التحكيم الإجباري<sup>537</sup>، أن هيئات التحكيم لا تتكوّن من عنصر قضائي بحث وإنما يشترك مع القضاة ممثلون عن الأطراف المتحاكمة وهو ما ينتهي إلى عدم إهدار إرادة المتنازعين كلياً وإنما يكون لها دور فعال في أعمال هيئات التحكيم الإجباري<sup>538</sup>.

وهكذا يكون اللجوء إلى التّحكيم لجوءاً مباشراً دون أن تكون هناك إتفاقية التحكيم، لكن كذلك دون تجاهل الإرادة كلياً ودون إخراج المحكم ولو كان عضواً عمومياً عن نظام المحكم القاضي، ودون إخراج قضائه عن نظام القضاء التحكيمي.

إن هذا النوع من التحكيم يمكن أن يعد تعبيراً عن حقيقة التحكيم كمؤسسة موضوعة على ذمة من يريد الإستجداد بها، سواء أكان الدولة أو المستثمر الأجنبي أو مجموعة دولية كما في التحكيم الإختياري، أو حتى في التحكيم الإجباري، حتى وإن كان الخواص بإرادتهم الحرة والتي قلنا أن دورها كاشف فقط للولاية التحكيمية في الإتفاقي، سواء كان مؤسساً أو حراً<sup>539</sup>.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري في هذه النقطة لم يحرر التحكيم الإجباري من إتفاقية التحكيم بصفة مطلقة بل أبقى على الدور المنشئ لإرادة الأطراف في التحكيم في كل المنازعات سواء في مجال منازعات التجارة الدولية أو عقود الإستثمار، وهذا ما جسده نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>540</sup>.

### ثانياً: التحكيم الإختياري

إن المقاربة بين التحكيم وقضاء الدولة على مستوى طبيعة الوظيفة لكل منهما وسلطة المحكم لديه، أن الإرادة الفردية أصبحت مجرد معيار تعريف وتوصيف للتحكيم بإعتبارها مصدراً للتأهيل المباشر من

<sup>537</sup> بهاء الدين مسعود سعيد، أثر اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مبدأ سيادة الدولة ومبادئ ونظريات القانون الإداري، دراسة

تحليلية مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، بكلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2014/2015، ص 362.

<sup>538</sup> عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 300.

الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 337.539

<sup>540</sup> للمزيد أنظر نص المادة 1007 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة

الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

جهة، ومظهر للسيادة التحكيمية الطليقة من جهة أخرى<sup>541</sup>، لكن ثبت كذلك أن القانون يبقى هو مصدر غير مباشر للتأهيل التحكيمي والإطار الحقيقي للسيادة التحكيمية من خلال تكريسه للحق في التحكيم وحرية اللجوء إلى هذا الأخير.

إن هذه الحقيقة التي إنعكست على مستوى التحكيم الإجباري بإقصاء الصيغة الشكلية للإرادة التحكيمية، سوف تنعكس كذلك في التحكيم الإختياري، سواء في وجود صيغة الرضا بالتحكيم وبالتوافق مع إرادة الأطراف (أ)، أو في غياب تلك الصيغة أو بتجاوز إرادة أحد المحتكمين كما في التحكيم الاقتصادي<sup>542</sup> الدولي (ب).

### أ: محدودية الإرادة كمصدر مباشر لتأهيل المحكم

يرى أصحاب المدرسة الذاتية<sup>543</sup> في التحكيم أنه الوسيلة التي تفرضها مقتضيات والضرورة البراغماتية لعقود الإستثمار الدولية، بإعتباره الأداة الأكثر ملائمة للعلاقات الإقتصادية الدولية<sup>544</sup>، ما يجعله مفروضا على الإرادة التي يبقى دورها مساند فقط نظرا لأنها تمكن خرق السيادة الوطنية وتعوضها بحرية التحكيم المطلقة.

ويقول رأي آخر<sup>545</sup>، لا تحكيم بدون إستقلالية ولا إستقلالية بدون إستقلال عن العقد وعن القضاء معا لأن التحكيم غير العقد وغير القضاء مجتمعين أو منفصلين بإعتباره مجرد تقنية للحياض عند الأستاذ أحمد حشيش، وتقنية لتطبيق القانون الطبيعي.

أما النظم الوضعية الحديثة فقد استبعدت دور الإرادة الأصلي والأساسي في إنشاء إتفاق التحكيم وجعلته لا يستقل بإنشاء التأهيل<sup>546</sup>، وبالتالي لا تستقل بضبط ولاية المحكم، وقد غلبت المكون القضائي

<sup>541</sup> فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 32.

<sup>542</sup> تعتمد هذه المدرسة الوصف الإقتصادي، لأن التحكيم الدولي تجاوز شرط "التجارية"، المعاملة أو العلاقة الدولية وأصبح يقف عند طابعها الإقتصادي، بل تجاوز حتى هذا المعيار للقبول بالتحكيم أية معاملة لها طابع أو مجرد أثر مالي ولو كانت ذات طبيعة عامة إدارية كالصفقات العمومية.

تمثل هذه النظرية إتجاها جديدا في تحديد طبيعة التحكيم ظهر في الفقه الحديث، ويستند أنصا ره الى فكرة مفادها أن التحكيم ما هو إلا ظاهرة تلقائية أو قائمة بذاتها على أساس نفعي، وعلى أساس حضاري تقني، وفي هذا السياق أنظر أحمد أنعم الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، مصر، 1994، ص 154.

<sup>544</sup> نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 622.

<sup>545</sup> أحمد محمد حشيش، نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 175.

<sup>546</sup> يعرف التأهيل، بأنه تولية شخص ما مهمة أو وظيفة أو إعطائه تكليفا وينطبق هذا التعريف على التحكيم ويصبح عملية إسناد شخص ما سلطة إصدار قرار يتصل به القضاء في النزاع، في هذا المعنى أنظر توماس كلاي، تعريف المحكم، منقول عن الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 115.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل المنازعات الإستثمار

على المكوّن العقدي وغلبت القانون على الإرادة<sup>547</sup>، وجعلته سابقا لها في إنشاء التحكيم كمؤسسة وفي الترخيص في اللجوء إليها كأداة للفصل في المنازعات، بل أنها أصبحت ترجع الولاية التحكيمية بكاملها إلى منشئ دولي يكرسه مبدأ الحق في تسوية المنازعات بالحل التوافقي، ومبدأ الحق في اللجوء إلى التحكيم وهذا المبدأ هو مكرس في المواثيق الدولية.

وقد تبين على المستوى العملي أن الإختلاف الفقهي الذي دمج بين التأهيل والإختصاص، كان في الحقيقة جدلا حول التمييز بين إتفاقية التحكيم التي تبين إختصاص المحكم، الذي يعطيه تأهيله، ولا ينعقد بين نفس أطراف إتفاقية التحكيم وإنما بين الأطراف المتخاصمون من جهة والمحكم أو مؤسسة التحكيم من جهة أخرى، ويمكن أن يكون عقدا داخليا أو دوليا<sup>548</sup>.

ويلتزم المحكم بمقتضاه بالمهمة التحكيمية الموكلة إليه، وهو العقد الذي كرس وجوده القانون في أغلب الدول ومن بينها التشريع الجزائري، وهو الأساس البديل الذي يقيم عليه المحكم إلتزامات إتفاقية، ويترتب الإخلال بها أخطاء عقدية تنتج عنها مسؤولية عقدية وإلتزامات قانونية تنتج مسؤولية تقصيرية<sup>549</sup>.

لا يكفي تصريح إرادة الأطراف لوصف مؤسسة التحكيم وتمييزها عن المؤسسات القانونية المقاربة أو المزاحمة، حيث إنتقل معيار توظيف، تعريف، وتوصيف وتصنيف التحكيم من معيار الأساس الإتفاقي إلى معيار مدى سلطة الغير المحتكم إليه والذي لم تعد تحدده الإرادة فحسب بل يحدده قبلها ومعها القانون، الذي تجاوز تحجيم دور الإرادة في مستوى إنشاء ولاية المحكم وضبط طبيعتها كهدف لذلك تقليص دورها في ضبط إجراءات التحكيم وفي تحديد القانون المطبق على موضوع التحكيم<sup>550</sup>.

في هذا السياق يقول الأستاذ برينو أوبتي عند مقارنته بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم بأنه " يجب تأمل العدالة كظاهرة كونية، لكن بإدراجها ضمن التنظيم المؤسسي للمجتمع إكتسب بحسب الدولة المعنوية

<sup>547</sup> تقوم المدرسة العقدية للتحكيم على فكرة مركزية وهي أن التحكيم عمل من أعمال الإرادة الفردية يستوعب بدوره كامل فكرة التحكيم بما في ذلك العمل التحكيمي .

<sup>548</sup> Thomas Clay, La notion de partie dans l'arbitrage. محل من الموقع <http://www.theses.fr/2012VERS032S>

<sup>549</sup> عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص 29.

<sup>550</sup> في هذا السياق أنظر دراستنا حول القانون الواجب التطبيق في الباب الأول وكيفية النص في التشريع الجزائري على القانون الواجب التطبيق أي من قبل الدولة المضيفة وبذلك فإن الإرادة محجمة وليست لها الحرية في الإختيار في مجال إختيار القانون الوطني على أساس أن فرض تطبيق قانونها الوطني ما هو إلا مظهر من مظاهر سيادتها.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

خصوصية نسبية وإستقلالية متفاوتة إزاء الدولة، وهي خصوصية وظيفية بدرجة متفاوتة، وتلاؤمها نسبيا مع وسائل أخرى لحل النزاعات مثل التحكيم<sup>551</sup>.

هذا ما دعى الفقيه برينو إلى التأمل في مفهوم العدالة وتوزيعها بين القضائين، وقد إنتهى به إلى تأكيد إلتقائهما على مستوى السلوك، من خلال سلوكية مشتركة يجمعهما مفهوم المحاكمة العادلة، وعلى المستوى المؤسسي الوظيفي حول تصور مشترك للعدالة الذي وحده يفسر الإلتقاء بين القضائين، وعلاقة الثقة التي تعكسها المساعدة التي لم يبخل بها القاضي على المحكم في أي وقت والروح التحررية التي طبعت رقابة القاضي على القرار التحكيمي، أيا كان الإختلاف في تنظيم أو سير القضاءين، وخلص الفقيه في النهاية إلى القول بأن ثنائية المشروعية مع وحدة السلوكية والغاية، تنوع الأدوات والوسائل، مع الوحدة الوظيفية، التوازي مع الإلتقاء، كلها تظهر لنا حقيقة قضاء الدولة وقضاء التحكيم<sup>552</sup>.

إن هذا التقارب الذي ثبت رغم التوازي بين القضائين هو في آن واحد على حساب الإرادة وعلى حساب القانون معا، فإرادة الأطراف لها مجرد دور مباشر كاشف لإرادة القانون، لكن القانون ليس في مفهومه الشكلي وإنما في مفهومه العام، الذي يحدد النظام القانوني للقاضي أو المحكم، ويحويه مفهوم المحاكمة العادلة كما يقول الأستاذ أوبتي<sup>553</sup>.

إن هذه الإشتراكية هي التي تفسر رغبة الأطراف في القضائين للحصول على حكم يرونه عادلا، ويجب أن يكون متحررا من القانون، ويذهب في هذا المفهوم إلى الأخذ بقواعد ومبادئ وقيم العدالة المثالية وبمقتضيات الإنصاف، وهو ما يجعل إعادة التأمل في فكرة العدالة نفسها، كما أشار الأستاذ أوبتي في قياسه بين قضاء الدولة والتحكيم.

وأحسن تعبير في هذا السياق ما جاء به الفقيه موتلسكي الذي يرى أن التحكيم قضاء ذو منشأ إرادي لكنه يمكن أن يوجد خارج إرادة الأطراف، فهو ذو أساس عقلاني لأنه خيار تمليه الثقة التي تفسر في رأيه النفاذ التلقائي والطوعي للحكم التحكيمي<sup>554</sup>.

### ب: اللجوء إلى التحكيم بدون صيغة

<sup>551</sup> بلسود عبد المالك، حماية الإستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص 318.

<sup>552</sup> الحسين السالمي، المرجع السابق، 347.

<sup>553</sup> H.MOTULSKY : la nature de l'arbitrage ;Etudes et notes sur l'arbitrage ;Daloz ;1974 p14 : « L'ancienneté de cette institution et son développement montrent que l'existence d'une justice privée est ressentie comme un besoin par la conscience collective .Ou est tenté de parler de droit naturel ».chrge de site : <https://www.lgdj.fr/ecrits-etudes-et-notes-sur-l-arbitrage-9782247101047.html> 23:29 a 02/03/2018

<sup>554</sup> الحسين السالمي، المرجع السابق، ص349.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

يؤسس تصور اللجوء إلى التحكيم من دون صيغة شكلية إتفاقية لتبادل الرضا بالتحكيم مصداقه في ما أصبح يسمى في مجال منازعات الإستثمار الدولية (بالتحكيم بدون إتفاقية التحكيم)، أو بالأحرى "بدون صيغة"، "arbitration without privity"<sup>555</sup> وهذا ما ذهبت إليه تطبيقات المركز الدولي لتسوية المنازعات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى " CIRDI"، الذي تنظمة إتفاقية واشنطن لسنة 1965 والتي صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995.

فقد أصبحت الدولة المضيفة للإستثمار في ظل نظام التحكيم الجديد تجرّ إلى التحكيم بدون إرادتها إذا وجدت إتفاقية التحكيم كأساس مباشر لولاية المركز التحكيمية، حتى أصبحت من خلال التطبيقات الحديثة لنظامه تتعقد بأحد الوجهين، إذ تأرجحت بين تأهيل شكلي مباشر (1)، وتأهيل غير مباشر (2).

### 1: التأهيل المباشر

تشرط المادة 25 من إتفاقية واشنطن لإنعقاد الإختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وجود إتفاق خاص بالتحكيم يأخذ شكل الشرط أو إتفاق التحكيم اللاحق والذي يعبر عن لجوء الدولة والمستثمر معا باللجوء إلى تحكيم المركز في حالة نشوب نزاع بينهما، وأن يثبت في ذلك الإتفاق قبل تعهد الهيئة التحكيمية، لكن ما يلاحظ على هذه الصيغة أنها تقوم على اللجوء دون إتفاق مسبق على التحكيم.

ونجد تبرير هذا الخروج عن شرط إتفاق التحكيم الشكلي في صورتين مهمتين، وذلك من خلال تحليل نقطة " الإتفاق الخاص " وعدم إستراط أن يكون مدرجا في العقد أو في وثيقة خارجة عن العقد الأصلي، أي بمعنى أن يكون إيجاب الطرفين في وثيقة مفصولة عن وثيقة القبول، وعدم إشتراط صيغة عقدية معينة للإيجاب أو للقبول فقد يكون قبول الدولة بالتحكيم في إتفاقية ثنائية لحماية الإستثمار أو جماعية أو في عقد الإستثمار نفسه<sup>556</sup>.

<sup>555</sup> أول من إستعمل هذه العبارة هو الفقيه جون بلسون، ويرى البعض أنها غير قابلة للترجمة وقصدهم أن لا مرادف لها في غير اللغة الإنجليزية، ويمكن حسب فهمنا لمقصد كاتبها إقتراح إستعمال عبارة بدون صيغة، إذ المقصود هنا هو غياب الصيغة الشكلية لإتفاق التحكيم الذي يحرر من قبل الأطراف والذي يجتمع فيه الإيجاب والقبول في العقد، وليس بالضرورة غياب أي دور أو أي شكل للتعبير عن الإرادة ولا أدل على ذلك من محاولة الهيئة التحكيمية في مثل هذا التحكيم إيجاد مرجع وشكل يعبر عن إرادة ولو إفتراضية للدولة وعن رضاها بتحكيم المركز. للمزيد أنظر مقال جون بلسون من الموقع : [http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp\\_article\\_-\\_arbitration\\_without\\_privity.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf)

حملت [http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp\\_article\\_-\\_arbitration\\_without\\_privity.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf) على الساعة 19:47 بتاريخ 2018/01/29.

<sup>556</sup> القرعان عامر صالح، مدى تفيد المركز الدولي واشنطن باختصاصه في تسوية منازعات الإستثمار، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بكلية الحقوق والعلوم السياسية، الأردن، 2016، ص153.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

بينما يكون التبرير الثاني، إفتراض قبول الدولة المستقبلية باللجوء الى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بمجرد الموافقة على اتفاقية المركز، أو من إمضائها إتفاقية ثنائية ولحماية الإستثمار، أو حتى بموجب القوانين الداخلية التي تصدرها والتي تسمح للجوء إلى التحكيم أو إتفاق يجيز الدولة باللجوء الى تحكيم المركز<sup>557</sup>. وكما هو الحال بالنسبة إلى الدولة الجزائرية لأن جل الإتفاقيات التي أبرمتها مع الدول تنص على اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، وبمعنى ذلك أن في حالة ما إذا حدث نزاع ما بين الدولة الجزائرية والمستثمر فإن المستثمر بإستطاعته بإرادته المنفرد اللجوء الى المركز مباشرة بشرط أن يكون قد لجأ إلى التسوية الودية والمنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية.

وفي هذا السياق يذهب بعض الفقه<sup>558</sup> إلى تفسير هذه الصيغة بنظرية القبول المفتوح، بمعنى أن الدولة التي تصادق على إتفاقية واشنطن أو تمضي إتفاقاً ثنائياً لحماية الإستثمار أو تصدر قانوناً يجيز لها اللجوء إلى التحكيم<sup>559</sup>، تكون قد أعطت قبولا مفتوحا بعرض ما ينشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي من نزاع على تحكيم المركز كلما طلب هذا الأخير عرض النزاع عليه<sup>560</sup>، وهو ما رأى فيه البعض<sup>561</sup> نفي لرضى الدولة، في حين إعتبره البعض الأخر إفتراضا لرضا وهمي، أما الشق الثالث فوجد فيه إقتضاء كلياً لرضا الدولة في تحكيم أحادي الجانب يمثل قضاء دولياً مكتمل الولاية.

وقد أثار صيغة التحكيم بدون إتفاق بالنسبة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، تراحما في الإختصاص بين قضاء الدولة الخاص المدرج بعقد الإستثمار وقضاء المركز، بالإضافة الى بعض الخلافات الفقهية، ولقد إنقسم الفقه الى 03 أقسام<sup>562</sup>، فجانبا من الفقه يرى أن المركز الدولي هو المختص في تسوية المنازعة وإستند في تبرير رأيه إلى الإتفاقيات الدولية، أما الجانب الثاني يعطي الأولوية إلى قضاء الدولة المستقبلية وإستند إلى الشرط الموجود في عقد الإستثمار والذي ينص على قضاء الدولة، في حين الشق الثالث من الفقه قد أخذ بين بالتمييز بين الدعوى المرفوعة على أساس الإتفاقيات الدولية، والتي تؤول

<sup>557</sup> الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 350.

<sup>558</sup> Ahmed Sadek El-Kosheri, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, telechrge de site <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/8/1/104/722451?redirectedFrom=fulltext>

<sup>559</sup> Bernardi, P, *The Renegotiation of the Investment Contracts*, ICSID, Rev. F.I.L.J, Vol.13, No 2, 1998, p 411.

<sup>560</sup> فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 233.

<sup>561</sup> Mezghani, Soveraineté de L'tat et particpaction a l'arbitrage, rev, arb, 1985, p 543.

<sup>562</sup> مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 130 و 131.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

الإختصاص في هذه الحالة إلى المركز الدولي، والدعوى التي تكون مرفوعة على أساس الإلتزامات التعاقدية أي على عقد الإستثمار والتي تعطى فيها الأولوية لقضاء الدولة المعين بالشروط التعاقدية الخاص<sup>563</sup>.

وقد ظهر هذا الإختلاف في فقه قضاء التحكيم للمركز من خلال 03 سوابق تحكيم شهيرة، أولها سابقة فيفندي الفرنسية ضد دولة الأرجنتين في حق إحدى مقاطعاتها وهي مقاطعة توكومان الصادر فيها حكم تحكيم بتاريخ 21 نوفمبر 2000، والتي موضوعها طلب إلزامها بأن تؤدي للشركة الفرنسية وفرعها بالأرجنتين تعويضا قدره ثلاثمائة مليون دولار، ولقد دفعت دولة الأرجنتين بعدم إختصاص المركز الدولي على أساس أن دولة الأرجنتين لم توقع على إتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، لكن هيئة التحكيم قد ميزت بين النزاعات المستندة إلى الإلتزامات القانونية الدولية والتي ينعقد الإختصاص بها للمركز مباشرة "دون صيغة التحكيم"، وبين النزاعات المستندة إلى إلتزامات عقدية المستمدة من عقد الإستثمار ذاته والتي لا ينعقد الإختصاص بها إلا بموجب "صيغة التحكيم"، وقد أقرت تبعا لذلك إختصاصها على أساس إخلال دولة الأرجنتين بإلتزاماتها الدولية المأخوذة من إتفاقية واشنطن ومن الإتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الإستثمار التي المبرمة بينها وبين دولة فرنسا سنة 1991، رغم تأكدها في نفس قرارها بعدم تدخل دولة الأرجنتين في إتفاق الإستثمار الذي أعطى الخيار للمستثمرين بين اللجوء الى قضاء دولة الأرجنتين أو إلى تحكيم المركز أو إلى تحكيم حر<sup>564</sup>.

أما السابقة الثانية، تجسدها شركة سالييني الإيطالية ضد دولة المغرب والمتعلقة بمشروع إقامة الشركة الإيطالية طريقا سيارا بالمغرب و قد لجأ المستثمر الإيطالي إلى تحكيم المركز من أجل تسوية المنازعة القائمة بينه وبين دولة المغرب وإستند في دعوته إلى أن هناك إتفاقية دولية وأن دولته هي مصادقة على هذه الإتفاقية<sup>565</sup>، والتي تجيز له إما اللجوء إلى التحكيم الحر أو إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، في حين دفعت دولة المغرب أن هناك بند في عقد الإستثمار المبرم بينها وبين المستثمر الإيطالي ينص على اللجوء إلى القضاء الوطني في حالة نشوب نزاع بينهما، إلا أن هيئة التحكيم التابعة للمركز قد

<sup>563</sup> نور الدين قارة، الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، أعمال الملتقى حول مجلة القانون الدولي الخاص الذي نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية لوزارة العدل يوم 12 مارس 1999، منشورات المركز، 2000، ص 65.

<sup>564</sup> Compania de agua del Aconquija Sa, et, Compagnie générale des eaux Claimants. V Argentinerepublic. Case n arb97/3.pup www.worldbank.org/icsid/case/awarded.

<sup>565</sup> Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, introductory note to icsid: salini costruttori spa and italstrade spa v. kingdom of morocco (proceeding on jurisdiction, international legal materials, vol. 42, no. 3 (may 2003), p 607, telechrge de site,

<http://www.jstor.org/www.snd1.arn.dz/stable/pdf/20694372.pdf?refreqid=search%3Ac6b4611d7eb9bf27a657544ac47416e>, a 21:34, 17/04/2018.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

أصدرت حكمها بتاريخ 23 جويلية 2001 والتي تمسكت بإختصاص المركز بهذه المنازعة وأن المركز هو أهل الإختصاص، ولقد سببت حكمها على أساس أن البند الموجود في عقد الإستثمار لا يحجب الإختصاص التّحكيمي للمركز، مؤكدة في نفس الوقت الخيار المفتوح للمستثمر ولم تعتمد مبدأ الفصل بين الدّعوين وبين الأساسين العقدي والإتفاقي الدولي<sup>566</sup>، ولا مبدأ الفصل بين الإختصاصين الذين كرستهما سابقة فيندي أنفرسال لسنة 2000 التي تطرقنا إليها سابقا.

والسابقة الأخيرة تخص الشركة العامة للمراقبة الخفية ضد دولة باكستان الإسلامية الصادر حكمها في 06 أوت 2003، ومثلها سابقة SGS ضدّ دولة الفلبين الصادر حكمها في 29/01/2004، ففي هذين السّابقتين إعتد القضاء التحكيمي الإجتهد الذي وصلت إليه هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار والتي كرست مبدأ إزدواجية الدّعى بين عقد الإستثمار ودعوى إتفاقية الإستثمار، ومبدأ إزدواجية الإختصاص، أي إختصاص القضاء المحليّ بنظر الأولى، وإختصاص هيئات التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بالمرّة الثانية، ومبدأ الفصل بين الأساسين العقدي والإتفاقي في إقامة مسؤولية الدولة وعدم تلازم بينهما. وهكذا خالفت هاتان السابقتان فقه قضاء هيئة التحكيم في سابقة سالييني، لكنهما رجّحتا الحل التوفيقى الذي لقي إقبالا كبيرا من قبل الفقه<sup>567</sup>.

### 2: التأهيل غير المباشر

يؤول الإختصاص إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى في هذه الحالة على أساس إتفاقية التحكيم لكنّه تمّ التوسّع في إختصاصه ليشمل جل المنازعات التي تطرح

، ادعت ARB تهم أولى هاتين القضيتين الجديتين مجموعة إيطالية مكونة أساسا من شركتي " سالييني كوستريكتوري " و " إيطالستراذ " ملف 4/11/566 أنها تضررت من رفض الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب منحها تعويضات بسبب رداءة أحوال الطقس وبسبب الأشغال الإضافية والتمست من المركز تبعا لذلك الحكم على الدولة المغربية بمنحها التعويضات المذكورة جبرا للضرر الناتج عما اعتبرته تصرفات لأحد " أعوان الدولة " سجلت هذه القضية بكتابة المركز بتاريخ 13 يونيو 2000، وتم تشكيل المحكمة التحكيمية بتاريخ 25 شتنبر 2000 من رئيس سويسري ومحكمين اثنين أحدهما جنسية إسبانية في حين يحمل الثاني الجنسيّتين الفرنسية واللبنانية .

وبتاريخ 23 يوليوز 2001، أصدرت المحكمة التحكيمية حكما تحكيميا أولا يتعلق بالإختصاص بنتت فيه باختصاصها للنظر في النزاع، شريطة أن تقدم المجموعة المدعية الحجة على خطأ ارتكبهت الإدارة المغربية يمكن اعتباره خرقا من جانب الدولة المغربية للاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وإيطاليا والتي تتضمن شرطا تحكيميا لفائدة المركز . ونظرا لأن الطرفين تمكنا خلال جريان المسطرة، من الاتفاق على حل حبي للنزاع، فإن المحكمة التحكيمية أصدرت بتاريخ 4 فبراير 2004 حكما بالإشهاد على التنازل ، عملا بأحكام المادة 43 (1) من نظام تحكيم المركز للمزيد أنظر عبد الرحمان المصباحي، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الإستثمار ، محاضرة تم إلقاؤه بمناسبة أشغال المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، المنعقد بالدوحة بدولة قطر من 24 الى 26 سبتمبر 2013 محملة من الموقع :

<https://carji.org/sites/default/files>. 23:41 يوم 2018/03/02

<sup>567</sup> Stern Briqitte, L'entree de la ociété civile dans L'arbitrage entre eEtats et investisseurs, rev arb,2002, p 239.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

أمامه، أي بمفهوم المخالفة هو التوسيع من مجالات اللجوء إلى المركز الدولي وذلك لحماية المستثمرين والشركات التابعة للدول المتقدمة، وهذا تحصيل حاصل للتطور الذي طرأ على عقود التجارة الدولية وبالخصوص عقود الإستثمار التي أصبحت منتشرة في الوقت الراهن وحاجة الدول إلى هذا الأخير وتطور مفهوم عقود الإستثمار، هذا ما جعل المركز يمدد إختصاصته لتشمل بعض النزاعات التي كانت خارج إختصاصه.

وحصل هذا من خلال التوسع في مفهوم الإستثمار من جهة وفي مفهوم الطرف في الإستثمار من جهة أخرى، فأما في شأن توسيع مفهوم الإستثمار<sup>568</sup>، فإن إتفاقية واشنطن التي لم تعرف هذا المصطلح، ولقد تركت الباب مفتوح للإتفاقيات الثنائية والإقليمية ثم لفقهاء القضاء التحكيمي للمركز قصد ملائمة تطبيقات هذا المفهوم مع تطور مقتضيات التجارة الدولية فلم تقف تطبيقاته عند الإستثمار المالي أو حتى عند المعاملات التجارية الدولية العادية<sup>569</sup>، وإنما إمتدت إلى كل أصناف المشاريع الإقتصادية بما فيها الصفقات العمومية التي كانت في السابق تخرج عن مفهوم عقود الإستثمار والتجارة الدولية وراجعة بالإختصاص إلى قضاء الدولة الذي هو القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بإزدواجية القضاء، وهكذا أصبح الإختصاص التحكيمي للمركز يشمل كل من العلاقات القانونية والإقتصادية بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

أما فيما يخص مفهوم الدولة المضيفة للإستثمار، فهو يشمل بصريح العبارة أحكام المادة 25 من إتفاقية واشنطن، الدولة وتفرضاتها السياسية والإدارية، وقد طبّق هذا المفهوم على المقاطعات في الدول الفدرالية وكما في قضية الأرجنتين السابقة الذكر.

وفي نفس السياق ذهبت هيئة التحكيم في قضية متلاكاد ضد دولة المكسيك الإتحادية رقم 01/97 حيث قضت بأن دولة المكسيك تعدّ مسؤولة عن تصرفات إحدى ولايتها شمال أمريكا للتجارة الحرة المعروف بـ NAFTA وبالخصوص في نص المادة 1105 التي تلزم كل دولة متعاقدة بتوفير الضمانات والحماية الكاملة والمعاملة العادلة للمستثمر<sup>570</sup>. ويرى الفقه الحديث<sup>571</sup> في هذه التطبيقات التحريرية لتحكيم المركز الدولي لحل منازعات الإستثمار ما بين الدول ومواطني الدول الأخرى نوعاً جديداً من التحكيم يخرج عن

568 Moshe Hirsch, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff publication, 1993, p 54 – 55.

569. الفرعان عامر صالح، المرجع السابق، ص 154.

570 ARB\*97/1 Metalac corporation .v. The United Mexican State; charge de site en 19.22 date 02/02/2018 , <https://www.italaw.com/cases/671>

571. الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 354.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

طبيعته الإتفاقية التقليدية إلى طبيعة دولية، ويخرجه عن دوره التقليدي وهو الرقابة على إحترام الإلتزامات العقدية للأطراف ليسند له دورا جديدا مغاير تماما وهو السهر على مدى إحترام الدول لإلتزاماتها الدولية تجاه المستثمر الأجنبي<sup>572</sup>.

لكن مهما بلغ تحرير التحكيم أو تحرره من الإتفاق المسبق في شكل شرط ما بين الأطراف في عقد الإستثمار، فإن الأصل يبقى التأهيل الشكلي أي المستند إلى إتفاقية التحكيم شرطا كانت أم مشاركة أيا كانت صيغتها، لذلك وكي تتعزز إستقلالية التحكيم وتتسع سلطات المحكم حتى يستفرغ ولايته على كامل عناصر النزاع التحكيمي، لا بد في غياب التأهيل القانوني المباشر من تحصين سند تأهيل المحكم غير المباشر.

### الفرع الثاني

#### التأهيل الشكلي الإتفاقي

ما دام نظام التحكيم يقوم أساسه على مبدأ حرية التحكيم وإستقلاليته، وما دام التحكيم قد فرض نفسه كقضاء بديل عن قضاء الدولة، فإنه لم يكن للنظم الإقليمية والوطنية والعالمية على حد سواء مناص من إقرار إستقلالية إتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي (أولا)، والأثار القانونية المترتبة عن هذه الإستقلالية (ثانيا).

#### أولا: الإستقلالية القانونية لإتفاق التحكيم

لم يقف نظام التحكيم حتى قبل تحريره الكامل عند فك الرابطة بين التحكيم وقضاء الدولة، بل تجاوز إلى فك الرابطة بين الشكل الإتفاقي للتحكيم والعلاقة الإقتصادية التنازعية كما تم التعبير عنها في العقد الأساسي الذي إنعقد بمناسبته التحكيم، سواء بالشرط التحكيمي المدرج به أو حتى الملحق الذي إنعقد بموجب الإشارة كما بين سابقا<sup>573</sup>.

<sup>572</sup> Paulsson. Arbitrage without privity, ICSID Review 1995, p 251. telecharge de site,

<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx#> et date 22:39 .2018/04/17

<sup>573</sup> حفيفة السيدة الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 13.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

إن خصوصية منشأ التأهيل التحكيمي هي المبرر الرئيسي، فهو لا يستمد من إتفاق التحكيم وحده ولا من عقد المحكم ولا من القانون<sup>574</sup>، وإنما من المصادر مجتمعة، فتأهيل المحكم هو الذي يحدد نظامه لذلك يجب أن يستقل نظام التحكيم بضبط العلاقة بين إتفاقية التحكيم والعقد الأساسي.

هذا ما إستوجب إنعكاس إستقلالية التحكيم وتحرره على مستوى سند ولاية أي إتفاقية التحكيم بموضوع المهمة التحكيمية أي العلاقة التنازعية ذاتها، الأمر الذي لا يتيسر بإقرار إستقلالية إتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي<sup>575</sup>.

إن إستقلالية إتفاقية التحكيم، سواء أكان شرطاً أم مشاركة تحكيم، لا تتوقف على ثبوت صحة الإتفاق الأصلي الذي تتعلق به، فلا تبطل أو تنعدم أو تنقضي ضرورة بطلانه أو إنعدامه أو إنقضائه، كما أنهما لا يخضعان بالضرورة إلى نفس القانون، بل أكثر من ذلك إن إتفاقية التحكيم تبقى صالحة لولاية المحكم القضائية، ولإعطائه سلطة وصلاحيه نظر المسألة و صحة أو إنقضاء العقد الأساسي ذاته.

فالقول بإرتباط مصير شرط التحكيم بالعقد الوارد ينفي كل أهمية للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الإستثمار، ومؤدى هذا القول أن إدعاء أي طرف من أطراف العقد ببطلانه يفضي إلى عدم جوازية اللجوء الى التحكيم<sup>576</sup>، وبالتالي اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل أولاً في المنازعة، بمعنى آخر سيؤدي إرتباط شرط التحكيم بعقد الإستثمار إلى رفع يد المحكم عن النظر في النزاع وإعلان عدم صلاحيته<sup>577</sup>، يضاف إلى ذلك أن إقرار إستقلالية شرط التحكيم يؤدي إلى الإقتصاد في النفقات والإجراءات، فبدلاً من أن يوقف المحكم النظر في النزاع مع ما يترتب من ذلك من إهدار للوقت والنفقات، يتولى هو بنفسه في هذا النزاع.

تجدر الإشارة إلى أن التحول في إستقلالية إتفاقية التحكيم قلب طبيعتها من إستقلالية مادية إلى إستقلالية قانونية، حيث أصبحت مبدأ قانونياً ذو طبيعة خاصة إعتبره كل من الأساتذة فوشار وغبار وغولدمان أنه يمثل قاعدة مادية لقانون التحكيم الدولي الفرنسي، وترسخت هذه الفكرة في فقه القضاء الفرنسي منذ 1963 بقرار غوسي الشهير واستقرت منذ ذلك التاريخ، كما تكرست في نظم التحكيم العالمية والإقليمية وحتى الوطنية<sup>578</sup>. ولقد أشار المشرع الجزائري صراحة على هذا المبدأ في الفقرة الثالثة من نص المادة

<sup>574</sup> خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 183.

<sup>575</sup> منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 142.

<sup>576</sup> حفيظة السيدة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 43.

<sup>577</sup> منير عبد المجيد، التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1995، ص 101.

<sup>578</sup> أسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 122.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها مايلي :<sup>579</sup> لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

يلاحظ بتحليل النص القانوني السابق أن المشرع الجزائري تطرق إلى حالة عدم صحة العقد الأصلي التي تؤدي إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم، فبطلان الأول لا يؤدي إلى بطلان الثاني، لكن في حالة عدم صحة إتفاق التحكيم هل يؤثر ذلك على العقد الأصلي.

يمكن القول في هذا الشأن أن المسألة غير مطروحة في هذه الحالة، لأن إتفاق التحكيم جزء من العقد الأصلي، حالة شرط التحكيم، وزوال الجزء حسب القواعد العامة لا يؤدي بالضرورة إلى زوال الكل<sup>579</sup> أما المسألة الثانية المطروحة في هذا النص هي مسألة الأسباب الأخرى (غير البطلان)، التي تؤثر في صحة العقد الأصلي، حيث يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تفصيل النص وإعطاء الحالات المختلفة التي من شأنها التأثير على العقد مثلما ورد في التشريعات الأخرى<sup>580</sup>. نشير هنا الى أن إقرار مبدأ الإستقلالية جاء في الفصل الخاص بالتحكيم التجاري الدولي ويذكر في التحكيم الداخلي .

تجدر الإشارة إلى أن الأساس الحقيقي لإستقلالية إتفاقية التحكيم مجسد في مرجعية التأهيل الذي يعتبر عنصرا حياديا على مستوى إكتساب المحكم سلطة الحكم، التي ترتبط بموضوع الولاية أي الوظيفة القضائية، ولا ترتبط بمنشئ الولاية المتعدد بطبيعته حتى في النظام العمودي الواحد للقضاء وفي الدولة الواحدة، وقد إرتبطت ولاية المحكم عضويا بنظام المحكم، وموضوعيا بنظام التحكيم، أي بنظام مؤسسة التحكيم.

لذلك لا بد أن ينعكس هذا النظام على مستوى سلطة المحكم إزاء تأهيله وإختصاصه، أي إزاء إتفاقية التحكيم المنشئة للولاية المباشرة، لكن مع الأخذ بعين الإعتبار نظام تلك الإتفاقية ليس كعنصر بناء في البناء التحكيمي، بل كأساس مادي مباشر للتحكيم إلى جانب نظامها القانوني كنظام فرعي داخل النظام القانوني للتحكيم يرتبط به في علاقة بناء وتكامل وإتساق بما يضمن وحدة نظام مؤسسة التحكيم<sup>581</sup>.

تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا كان العقد في شقه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله.

نصت المادة 23 من قانون المرافعات والتحكيم المصري : " يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته"

أحمد الورفي، إستقلالية الإجراءات التحكيمية، مقال منشور في عدد خاص في مجلة التحكيم، أبريل 2002، تونس، ص 63 و64. 581

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

كما تنعكس هذه الوحدة على نظام الإختصاص التحكيمي في مقارنته مع نظام إختصاص القاضي، وتظهر تفوق المحكم على القاضي بصلاحيته للنظر في تأهيله إلى جانب النظر في إختصاصه، من خلال قاعدة الإختصاص بالتأهيل، وبالتالي تعكس حتماً بل وتثبت رقابة المحكم على وجود أو صحة سند تأهيله ومدى تأثير ذلك على ولايته<sup>582</sup>.

وتبعاً لكل ذلك لا يجب أن يستند تقدير مبدأ إستقلالية إتفاقية التحكيم إلى تصور مسبق للعلاقة ما بين قضاء الدولة والقضاء التحكيمي أياً كانت طبيعتها أو خصوصيتها، أو مسلماتها، بل إلى نظام مؤسسة التحكيم الذي هو فرع منه، ويرجع البعض من الفقه هذه العلاقة إلى مبادئ أساسية في القانون وهي مبدأ إختصاص كل قاض بإختصاصه، ومبدأ قاض الأصل هو قاضي الفرع .

### ثانياً: مفاعيل استقلال إتفاقية التحكيم

يأتي على رأس الآثار المترتبة على إستقلال إتفاق التحكيم عن عقد الإستثمار عدم تأثر شرط التحكيم بالعوارض التي تلحق عقد الإستثمار والتي من شأنها أن تؤدي إلى إبطاله أو فسخه، وبالتالي فالإدعاء بأن عقد الإستثمار باطل أو مفسوخ أو أن الإلتزامات الناشئة عنه تم تجديدها لا يؤدي إلى المساس بشرط التحكيم، ومن ثم إمكانية اللجوء للتحكيم وفق المتفق عليه رغم إبطال عقد الإستثمار أو فسخه<sup>583</sup>. وإذا كان ما سبق ذكره يتعلق بحالات إبطال عقد الإستثمار أو فسخه، فإن التساؤل يثور بخصوص حالات إنعدام عقد الإستثمار أصلاً كما لو كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتزوير التوقيعات الواردة عليه أو إذا كان محل العقد من الأشياء التي لا يجوز التعاقد عليها. ولقد اختلف الرأي بخصوص الإجابة عن هذا التساؤل إلى إتجاهين<sup>584</sup>:

تبنى الإتجاه الأول فكرة إنعدام شرط التحكيم بالتبعية ببطلان عقد الإستثمار، وقد تبنى هذا الإتجاه جانب من الفقه الفرنسي، حيث ذهب إلى التفرقة بين حالة إبطال عقد الإستثمار وإنعدام الوجود القانوني له،

<sup>582</sup>. الحسن السالمي، المرجع السابق، ص 374.

<sup>583</sup>. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 218.

<sup>584</sup>. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 355.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

حيث يرى في الحالة الأولى بقاء شرط التحكيم صحيحا، أما في الحالة الثانية فإن شرط التحكيم يتأثر بمصير عقد الإستثمار وينعدم كل أثر له.

لكن أضاف هذا الإتجاه إلى ما سبق أن مجرد الادعاء بانعدام عقد الإستثمار لا يكفي في حد ذاته لتقرير إنعدام شرط التحكيم ومن ثم عدم صلاحية المحكم لنظر هذا الإدعاء، بل يجب أن يعرض النزاع أولا على المحكم ليفصل فيه، فإذا ما تيقن من انعدام الوجود القانوني لعقد الإستثمار وجب عليه أن يقضى بإنعدام شرط التحكيم بالتبعية، خاصة إذا ما تبين له أن سبب إنعدام عقد الإستثمار كان قائما بخصوص شرط التحكيم.

هذا وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية ذات الإتجاه في حكمها الصادر في قضية شركة cassia الصادر في 81 يولييه 1989، حيث ذهبت إلى أن إقرار مبدأ استقلالية شرط التحكيم مرهون بوجود العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم، وذلك في ضوء ما تقرره قواعد القانون الدولي الخاص.

بينما ذهب الإتجاه الثاني إلى عدم تأثر شرط التحكيم بالبطان القانوني لعقد الإستثمار عكس الإتجاه السابق ظهر إتجاه آخر يرى بأن شرط التحكيم يتمتع باستقلالية تامة ومطلقة في مواجهة ما قد يلحق عقد الإستثمار من بطلان أو انعدام حيث يظل شرط التحكيم صحيحا ومرتبيا لأثره في اللجوء للتحكيم لفض المنازعات الخاصة بعقد الاستثمار 585.

وقد تبنى هذا الإتجاه القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، حيث نصت المادة<sup>586</sup> 71 الفقرة الثامنة منه على أن تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في إختصاصها، بما في ذلك أي إعتراضات تتعلق بإتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد على أنه إتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى، ولا يترتب تلقائيا على أي قرار ببطلان العقد بطلان بند التحكيم<sup>587</sup>.

فوفقا لما ذكر يمكن القول أنه من الضروري التفرقة بين إبطال عقد الاستثمار وإنعدامه وأثر كل منهما على شرط التحكيم، حيث أن إبطال عقد الاستثمار لا يستتبع إبطال شرط التحكيم إعمالا لمبدأ استقلال كل منهما عن الآخر، والذي يستتبع النظر لشرط التحكيم على أنه إتفاق مستقل عن عقد الإستثمار.

<sup>585</sup> خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 188.

<sup>586</sup> أنظر نص المادة 71 من القانون النموذجي للتحكيم التابع لمنظمة الأمم المتحدة.

<sup>587</sup> المساعدة، أحمد محمود عبدالكريم، إستقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الاصلي الوارد فيه، دراسة وصفية و تحليلية مقارنة، مقال منشور في مجلة الحقوق، المجلد 37، العدد الرابع، الكويت، 2013، ص 276.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

ويضاف لهذا أن أسباب إبطال عقد الإستثمار بسبب الغلط، والتدليس والإكراه ذات أثر نسبي يقبل معها أن يكون العقد باطلاً في جزء منه وصحيح في جزء آخر، الأمر الذي يجعل هذه الحالات هي المناط الحقيقي لمبدأ إستقلال شرط التحكيم عن عقد الإستثمار<sup>588</sup>. أما في حالة إنعدام عقد الإستثمار فهي تعكس فقدان هذا العقد لكل أثر قانوني بصورة شاملة، أي على نطاق العقد بأسره بما فيها شرط التحكيم، الأمر الذي لا يقبل معه تجزئة العقد وتقرير إستقلال شرط التحكيم في مواجهة عقد الإستثمار في هذه الحالة.

لكن مع ذلك يبقى التحفظ قائماً بخصوص التشكيك في إنعدام الأثر القانوني لعقد الإستثمار حيث أنها مسألة يجب أن يتم التأكد منها بمعرفة هيئة التحكيم، فمجرد الإدعاء بإنعدام عقد الإستثمار لا يكفي لإستبعاد إختصاص هيئة التحكيم، بل يجب على هذه الهيئة أن تتصدى لبحث هذا الأمر، بحيث إذا ما ثبت لها عدم جدية هذا الدفع، فعليها أن تحتفظ بكامل سلطتها في التصدي للنزاع، أما إذا ثبت لها جدية الدفع فعليها أن تقرر عدم اختصاصها في نظر النزاع لإنعدام شرط التحكيم بالتبعية<sup>589</sup>.

ولا يقبل الربط بين مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ومبدأ إستقلال شرط التحكيم، حيث أن أثر أعمال المبدأ الأول يتمثل في تمكين المحكم من الفصل في اختصاصه عند المنازعة فيه بعدم وجود شرط التحكيم أو بطلانه بعيداً عن صحة أو عدم صحة عقد الإستثمار<sup>590</sup>.

أما المبدأ الثاني فأثره يستهدف تقرير بقاء شرط التحكيم قائماً ومنتجا لأثاره رغم بطلان أو فسخ عقد الإستثمار، وتطبيقاً لذلك يظل المحكم مختص بالفصل في النزاع المثار رغم بطلان عقد الإستثمار، وبناء عليه لا يوجد ترابط بين مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ومبدأ استقلال شرط التحكيم<sup>591</sup>.

### المطلب الثالث

#### لجم إرادة الأطراف في التحكيم

كانت معظم الإتفاقيات الدولية تشير إلى التحكيم كآلية في حل منازعات الإستثمار القائمة ما بين المستثمر الأجنبي والدولة التي يمارس فيها نشاطها الإستثماري، وكان ذلك نتيجة التطورات الكبيرة التي شهدتها عملية التجارة الدولية وكثرة عقود الإستثمار بصفة خاصة، وأمام زيادة وتنوع المنازعات التي قد تنبثقها فقد إتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى تتماشى وهذه التطورات، مما

<sup>588</sup> سامية راشد، المرجع السابق، ص 44.

<sup>589</sup> عمر نوري عبابنة، المرجع السابق، ص 45.

<sup>590</sup> رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 332.

<sup>591</sup> عاطف شهاب، المرجع السابق، ص 325.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

أدى إلى تغيير مسار إتفاقيات التحكيم الخاصة بمنازعات الإستثمار، حيث زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، إذ يظهر أن معظم عقود الاستثمار تنص على التحكيم المؤسسي من بينها الجزائر التي أقرته في معظم الإتفاقيات المبرمة من قبلها.

وبالتالي تم تقليص دور إرادة الأطراف في التحكيم، حيث أصبحت حرية الأطراف وهما في ظل التحكيم التجاري الدولي الحديث (المؤسسي)، وهو ما يظهر بجلاء من خلال تنظيم إجراءات التحكيم (الفرع الأول)، ومن خلال تحديد القواعد الإجرائية التي تحكم التحكيم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تضييق دور الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم

أصبحت المراكز الدائمة للتحكيم تلعب دورا مهما في تنظيم عملية التحكيم، خاصة بعد الإنتشار الواسع الذي عرفته من خلال التزايد المستمر في عددها، وتنوعها الملحوظ من حيث المدى والإختصاص حيث أصبحت هذه المراكز تحظى بمكانة خاصة في مجال التجارة الدولية لما تشتمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد إجرائية مستقرة وثابتة يسهل الرجوع إليها لإدارة عملية التحكيم، وتعد قوائم بأسماء المحكمين من أصحاب الخبرة والمشهود لهم دوليا بالكفاءة<sup>592</sup>. وعليه أصبحت إرادة الأطراف محصورة في إطار الإتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيمي معين لفض النزاعات الناشئة عن عقود الإستثماري، ليتولى هذا المركز بعد ذلك السيطرة على زمام الأمور سواء في مجال تشكيل محكمة التحكيم، أو تحديد القواعد الإجرائية التي تسير عليها عملية التحكيم.

إنه في حالة لجوء أطراف النزاع إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة، فإنه ليس من الضروري الإتفاق مسبقا على كيفية إختيار هيئة التحكيم، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسات التحكيمية هي التي ستعالج هذا الأمر وفقا لأنظمتها الداخلية لما تشتمل عليه من قوائم بأسماء المحكمين، المتخصصين، وعلى حسب أهمية النزاع وطبيعته، فهذه القوائم التي توجد باللوائح الداخلية لهذه المراكز تصبح ملزمة للأطراف، وتأخذ حكم أحد بنود الإتفاق على التحكيم المبرم بينهم. وعليه وبخصوص التعرف على كيف عالجت بعض هيئات التحكيم دور الإرادة في تشكيل هيئات التحكيم سنتطرق إلى إتفاقية واشنطن لسنة

<sup>592</sup> جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 150.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

1965(أولا)، بالإضافة الى إتفاقية عرفة التجارة الدولية بباريس(ثانيا)، وفي الأخير الى إتفاقية عمان العربية للتحكيم(ثالثا).

### أولا: إتفاقية واشنطن لسنة 1965

إن الأصل في تكوين محكمة التحكيم هو قيام الأطراف بتعيين هيئة التحكم، وبموجب نص المادة 37 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965، فإنه يتم تشكيل محكمة التحكيم في أقرب وقت ممكن عقب تسجيل الطلب، وتتكون المحكمة من عدد فردي من المحكمين<sup>593</sup>، حسب إتفاق الأطراف على ذلك، وفي حالة عدم إتفاقهم على إختيار المحكمين، يعين كل طرف محكما والثالث الذي يكون رئيسا للمحكمة بإتفاق الأفراد.

وفي حالة عدم تشكيل المحكمة في ظرف 10 أيام من يوم ارسال الأمين العام إخطارا بتسجيل الطلب طبقا لنص المادة من 36 من إتفاقية المركز، أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان ويقوم رئيس المركز بتعيين المحكم أو المحكمين الذين تم تعيينهم بعد<sup>594</sup>، بناء على طلب أي من الطرفين وبعد مشاورتهما قدر الإمكان، ولا يجوز أن يكون المحكمين الذين يعينهم الرئيس طبقا لهذه المادة من مواطني الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو من مواطني الدولة المتعاقدة التي أحد رعاياها طرف في النزاع<sup>595</sup>.

### ثانيا: إتفاقية غرفة التجارة الدولية بباريس

تتولى هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بتعيين المحكمين أو تثبيتهم وفقا للقواعد المبينة في نص المادة الثانية من نظام الغرفة، مراعية جنسية المحكمين أو تبعيتهم أو محل إقامتهم بالنسبة للبدان التي ينتمي إليها أطراف النزاع أو المحكمون، وتتشكل محكمة التحكيم وفقا لنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية إما من محكم واحد أو من ثلاث محكمين<sup>596</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة إتفاق الأطراف على أن يكون تسوية النزاع من طرف محكم واحد تنص الإتفاقية على أن للأطراف الحق في التعيين عن طريق الإتفاق بينهما للأطراف وفي هذه الحالة فإنه يكون تدخل محكمة التحكيم إلا لتثبيت هذا التعيين بشرط أن يكون من القائمة التي أعدتها مسبقا غرفة

ابراهيم شحاتة، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية ، مقال منشور في مجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد رقم 593 ، 41 ، 1985 ، ص 12.

شادي حلو ابو حلو ، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي وفقا لإتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة الدولية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ال البيت، الأردن، 2004 ، ص 166

ابراهيم شحاتة، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والإستثمار الدولي، مع إهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة ، العدد 417، مصر، 1989، ص 387.

أنظر نص المادة الثانية الفقرة 2 من نظام غرفة التجارة الدولية.<sup>596</sup>



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

التجارة الدولية، ولهيئة التحكيم الإعتراض على المحكم الذي إختاره الأطراف وطلب ترشيح محكم آخر<sup>597</sup>، فإذا لم يتفقا خلال ثلاثين يوماً من إيداع طلب التحكيم قامت الهيئة بتعيين المحكم.

أما في حالة ما إذا إتفق الأطراف على تعيين ثلاثة محكمين، قام كل طرف بتعيين محكم مستقل عنه ويعرضه على الهيئة لتثبيته، فإذا إمتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكم قامت هيئة التحكيم بالتعيين، وتتولى الهيئة التحكيمية تعيين المحكم الثالث الذي تعهد إليه رئاسة محكمة التحكيم مالم يكن الأطراف قد خول المحكمين المعينين إختيار المحكم الثالث خلال مهلة محددة<sup>598</sup>.

في الأخير لا بد من الإشارة إلى أن التدخلات التي تقوم بها المؤسسات التحكيمية خلال إجراءات تعيين المحكمين، وحل المشاكل الإجرائية الناجمة عن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تقليص دور إرادة الأطراف في إجراء التعيينات اللازمة للمحكمين، وبالتالي زوال خصائص تحكيم الحالات الخاصة النوع كون هذا النوع من التحكيم يقوم على أساس الثقة الشخصية التي يضعها الأطراف في المحكمين وقدراتهم على إعطاء النزاع حلاً عادلاً.

### ثالثاً: إتفاقية عمان العربية للتحكيم

نصت الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 على أن هيئة التحكيم تتألف من ثلاثة أعضاء كمبدأ عام، ولكن يجوز للأطراف الإتفاق على محكم واحد، من بين قائمة أسماء المحكمين التي يعدها مجلس إدارة مركز التحكيم سنوياً.

وتتكون هيئة التحكيم من محكم أو مجموعة محكمين، من ضمن قائمة المحكمين المعدة من قبل مجلس إدارة المركز من كبار رجال القانون والقضاء أي ذوي الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال<sup>599</sup>، ويكون الإختيار للأطراف، وفي حالة عدم تعيين طالب التحكيم المحكم الذي إختاره في طلبه يتولى مكتب مركز التحكيم التجاري العربي بتعيين المحكم من القائمة خلال أسبوع من تاريخ

<sup>597</sup> جابر محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 151.

<sup>598</sup> خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2014، ص 372.

<sup>599</sup> في هذا الأمر راجع نص المادة 14 من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987. تم إقرار الإتفاقية والتوقيع عليها في الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب والتي انعقدت في عمان للفترة الممتدة ما بين 11 الى 14 نيسان 1987. وبموجب هذه الإتفاقية تم إنشاء المركز العربي للتحكيم ومقره الرباط. ولأكثر تفاصيل، راجع فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 89.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وصول الطلب<sup>600</sup>، أما إذا لم يعين المطلوب ضده التحكيم محكمه خلال مدة ثلاثين يوماً المنصوص عليها في المادة 17 يتولى المكتب تعيينه من القائمة، كما يدعو رئيس المركز الأطراف إلى الإتفاق على محكم ثالث من القائمة يكون رئيساً لهيئة التحكيم وفي حالة عدم إتفاقهم يتولى مكتب مركز التحكيم التجاري العربي تعيين المحكم الثالث من القائمة، وتجدر الإشارة أن الإنفاقية أكدت على عدم جواز إختيار المحكمين الذين يعينهم المكتب من مواطني دولة أحد الأطراف.

وبناء على ما تقدم نرى أن الإتفاقية قد حجت من دور الإرادة في تكوين المحكمة التحكيمية، وذلك من خلال تدخل المؤسسة التحكيمية في حال إمتناع أحد الأطراف عن تسمية محكمه، أو في حال وجود خلاف بين الأطراف حول تعيين المحكم الواحد أو المحكم الرئيس.

وفي هذا الإتجاه يرى جانب من الفقه أن "تشكيل محكمة التحكيم لا يرتبط إرتباطاً كاملاً بإرادة الأطراف، لأنه يقوم على نوع من التعاون بين الأطراف وأجهزة المؤسسة التحكيمية، وأكثر من ذلك هناك مؤسسات لا تسمح للأطراف بالتدخل في إختيار أحد المحكمين بل تقوم بكامل العملية بنفسها"<sup>601</sup>.

في الأخير نود الإشارة إلى أن التدخلات التي تقوم بها المؤسسات التحكيمية خلال إجراءات تعيين المحكمين، وحل المشاكل الإجرائية الناجمة عن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تقليص دور إرادة الأطراف في إجراء التعيينات اللازمة للمحكمين، وبالتالي زوال خصائص تحكيم الحالات الخاصة النوع كون هذا النوع من التحكيم يقوم على أساس الثقة الشخصية التي يضعها الأطراف في المحكمين و قدراتهم على إعطاء النزاع حلاً عادلاً.

### الفرع الثاني

#### الحد من دور الإرادة في وضع القواعد الإجرائية

إذا كانت إرادة الأطراف تلعب دوراً أساسياً في تحديد القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم ويكون من خلال تضمين إتفاق التحكيم لهذه الإجراءات أو تأهيل المحكمين لذلك، فإن الوضع يختلف في حالة لجوء الأطراف إلى التحكيم المؤسساتي، فإختيار أطراف النزاع تسوية منازعاتهم عن طريق الهيئات أوالمراكز الدائمة للتحكيم يعني بذاته إتفاقهما على تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في هذه الهيئة أوالمركز.

جابر محمد، المرجع السابق، ص 152.600

عبد الهادي عباس، وجهاد هوامش، التحكيم الإختياري والإجباري، التحكيم في المنازعات الدولية، والتحكيم في التجارة الدولية، المكتبة القانونية<sup>601</sup> أديب إستنبولي، لبنان، 1998، ص 406.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وتظهر أهمية ذلك لما لهذه الهيئات من لوائح إجرائية خاصة بها تحدد الإجراءات الواجبة إتباعها بشأن عملية التحكيم، بدءاً من الإعداد لها ومروراً بخصوصيتها وانتهاءً بحكمها، فهي على الأقل تتبنى مجموعة من القواعد الإجرائية الخاصة المقبولة دولياً في مجال العلاقات التجارية بصفة عامة<sup>602</sup>، أو في مجال العلاقات المتعلقة بتجارة أو نشاط إقتصادي معين أو بعلاقات الإستثمار بصفة خاصة، وهي عادة إجراءات متحررة مما تتطلبه قوانين الإجراءات الوطنية من شكليات ومواعيد قد لا تتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية والغاية المنشودة من اللجوء إلى التحكيم.

إن تحرير محكمة التحكيم من الارتباط بأي قانون إجرائي وطني، الأمر الذي يوفر لها فرصة إضفاء المرونة والسرعة على إجراءات التحكيم، وبدون التقيد بقواعد قانون الإجراءات الوطني الذي كان سيطبق على النزاع فيما لو لم يعرض على التحكيم المؤسستي، ففي حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسستي، فإن التحكيم يجري وفقاً لما تقرره القواعد المتبعة في المؤسسة التحكيمية، والأكثر من ذلك أن بعض القواعد تعطي للمحكّمين الحق في تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير عملية التحكيم.

وفي هذا السياق نجد نص المادة الثامنة الفقرة الأولى من نظام غرفة التجارة الدولية نصت على أنه: "إذا إتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام".

وفي نفس السياق نجد أن المادة الحادية عشر من نظام غرفة التجارة الدولية تنص على أنه: "تطبق أمام المحكم الإجراءات المستمدة من هذه القواعد، وفي حالة سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي إتفق عليها الطرفان، وعند عدم الإتفاق يقوم المحكم بتحديد الإجراءات سواء أستند أو لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي يطبق على التحكيم"<sup>603</sup>.

بالإضافة إلى ما جاء في نص المادة 33 من قواعد التوفيق والتحكيم للغرف التجارية الأوروبية العربية على أن الأصول التي تطبق على إجراءات التحكيم هي تلك التي تتضمنها تلك القواعد، وفي حالة سكوتها فإن الإجراءات تكون طبقاً لإختيار أطراف النزاع، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، يطبق

أحمد عثمان خلف الله، الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون السوداني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الدراسات  
العلية، جامعة النيلين، السودان، 2002، ص 83.

<sup>603</sup> / حملت على الساعة 21:06 يوم 2018/01/03 <https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/icc-rules-of-arbitration-2012> أنظر نص المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية من الموقع: <sup>603</sup>

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

المحكم القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لموضوع النزاع<sup>604</sup>. وعلى هذا الأساس فيطبق على التحكيم في مثل هذه الأحوال القواعد الإجرائية السائدة في المركز وقت التحكيم كأصل عام.

وبصدد الطبيعة القانونية للتحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية يرى جانب من الفقه أن "نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يقدم للأطراف خدمة تشتمل على ضمانات إجرائية يمكن مقارنتها بتلك المعروفة في المحاكم الوطنية، وأن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية تقوم بوظيفة خدمة عامة حقيقية لصالح المتعاملين في حقل التجارة الدولية.

في نفس السياق يرى الفقيه "إيريك لوكين" أن نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يعتبر نموذجا حقيقيا للقانون المادي الدولي، ويمثل قانونا حقيقيا للإجراءات التحكيمية المفروضة على الأطراف دون أدنى إشارة إلى قانون دولة معينة، وهذا الأخير لا يتدخل وفقا لنص المادة 11 من هذا النظام إلا في حالة سكوت هذا الأخير<sup>605</sup>.

نذكر كذلك أن بعض العقود النموذجية التي تشير إلى إجراء التحكيم عند حدوث نزاع بشأنها وفقا لقواعد التحكيم المعروفة في مراكز التحكيم الدائمة، ومثال ذلك ما نصت عليه العقود النموذجية التي أعدتها اللجنة الإستشارية القانونية الآسيوية الإفريقية سنة 1980 لبعض البيوع<sup>606</sup>، حيث جاء في نصوص كل من العقدين المذكورين بأنه يصار "CIF" والبيع "FOB" الدولية إلى تسوية المنازعات التي تشوب عن طريق التحكيم وفقا للقواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي<sup>607</sup>.

وعلى هذا الأساس وبناء على ما سبق ذكره يمكن القول أن القواعد الإجرائية التي تضعها جل المراكز الدولية المتخصصة في المنازعات عن طريق التحكيم قد ساهمت في تحجيم دور إرادة الأطراف التي كانت تتمتع بسلطة واسعة في إختيار وصياغة هذه القواعد في ظل تحكيم الحالات الخاصة، وأصبحت إرادة الأطراف منحصرة " في حدود ضيقة في إطار التحكيم المؤسسي، حيث لم يعد لإرادة الأطراف دورا حاسما في مجال تحديد القواعد الإجرائية التي تسيّر عليها عملية التحكيم، ذلك أن لجوء الأطراف إلى هذه

فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص 168.

605. جارد محمد، المرجع السابق، ص 156.

606. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 170.

607. المرجع نفسه، ص 171.

المراكز الدائمة يؤدي في الغالب إلى إذعان أطراف العقود الدولية وعقود الإستثمار للإجراءات المقررة في لوائحها، وبالتالي تحل هذه المراكز محل إرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم.

### المبحث الثاني

#### الحجية التنفيذية الذاتية لحكم التحكيم

عادة ما تكون فاعلية قضاء ما في القوة التنفيذية للحكم الذي يصدر عنه في صورته التقليدية، والذي كان قد إتخذ معياراً لتعريف الوظيفة القضائية ذاتها، لذلك كانت ولا تزال القوة التنفيذية للحكم التحكيمي مبحثاً أصيلاً في قانون الإجراءات سواء في إطار نظرية السند التنفيذي أو في إطار نظرية التحكيم. والقوة التنفيذية كما هي عنصر في الحكم القضائي عموماً أصبحت كذلك عنصراً أصيلاً في الحكم التحكيمي التنفيذي بإعتباره نوعاً قائماً بذاته داخل صنف السندات التنفيذية.

إن ربط حجية حكم التحكيم بطابعه الإجرائي الذي يعطيه العمومية والرسمية، لا يستغرق الطبيعة الحقيقية للتحكيم كقضاء بديل عن قضاء الدولة يعمل في نظام قانوني متحرر من تحكم الدولة من الولاء لنظامها القانوني، ما يجعل التقدير محدوداً في عنصر وحيد من عناصر فاعلية السند التحكيمي وهو قوة التنفيذ الجبري لصنف من الأحكام التحكيمية وهي أحكام الإلزام القابلة للتنفيذ الجبري، ويكون بذلك معياراً إقصائياً وفي الوقت محدود الأثر.

لذلك ستركز الدراسة أولاً في هذا المبحث على إختبار مدى إجتماع عناصر الفاعلية للحكم التحكيمي قصد تبين أثر نتيجة ذلك الإختبار على الفاعلية الذاتية (المطلب الأول)، ثم يبين تدخل القضاء في حالة تنفيذ الأحكام التحكيمية سواء بطريقة الرقابة أو بالطريق المساعد للتنفيذ (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

#### فاعلية الحكم التنفيذي بين الإرادة والقانون

يجب أن تشمل فاعلية حكم التحكيم، كل مراحل تكونه في رحم مؤسسة التحكيم الى ولادته في صيغة تؤمن له قوة الحكم الإجرائي الى إنقضائه بالتنفيذ أو بزوال مفعوله، ولكن ركز البعض في تقييم التحكيم، على الجانب الفني الإجرائي، ولم يوفوا الجانب الموضوعي وخصوصا الإرادي حظّه، رغم إقرارهم بالدور المركزي للإرادة في البناء التحكيمي كلّه، حتى إن بعضهم قال ان إتفاقية التحكيم تمثل قلب نظام التحكيم وحجر الزاوية في بنائه، في حين رأى البعض الآخر أن التحكيم كله ينبع من العقد وأساسه التعاقدية، فهو نابع من حرية التعاقد، لأنه يمثل مجموعة من الحريات تمتد من حرية نزع الإختصاص من المحاكم إلى حرية إختيار مكان التحكيم إلى حرية إختيار المحكمين وصولا إلى حرية الإجراءات<sup>608</sup>.

إن نظام التحكيم لديه الطابع المركب وثنائي الإرادة وأخذا بهذا المعطى يمكن القول بأنه من المستحسن توسيع مجال الإستقصاء ليشمل هذا إلى ما بين إرادة الأطراف كعنصر فعال في تنفيذ أحكام التحكيم(الفرع الأول) وإرادة القانون في تحليل عناصر فاعلية تنفيذ أحكام التحكيم(الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الإرادة: عنصر فعال في تنفيذ حكم التحكيم

إن الإرادة هي التي تأهل المحكم من أجل الفصل في المنازعة القائمة، فإستقلاليتها هي التي عتقت المحكم من الخضوع للدولة وإلى قانونها، ولكن أعطته سلطة الرقابة وكانت الأساس الذي أمن له فاعليته وإعطاء الإختصاص لصالح المحكم الذي صار رقيقا على إختصاص القاضي نفسه، بل إنها إعتبرت هي قانون إختصاص المحكم بل وحتى سيادته التحكيمية<sup>609</sup>.

إن أهم أثر للإرادة في مجال التحكيم يتمثل في الخروج بها من الشكلية التي تميز النظام العادي للإجراءات القضائية، فمسألة وجود إتفاقية التحكيم أصبح يحكمها مبدأ الرضائية المتحررة من القانون ومن الإتفاق الشكلي، وهو المبدأ الذي أصبح يؤثر على كامل نظام التحكيم، بما فيه من ضمانات تنفيذ حكم التحكيم من حيث حجيته وقوته الإلزامية، وعليه لا نستطيع تجاهل مبدأ أساسيا وهو أن تكون الإرادة مرجعا أساسيا لتأمين الفاعلية القانونية للتحكيم، خصوصا في مجال العلاقات الدولية الإقتصادية، هذا إذا لم يعتبر التحكيم نظاما دوليا بفضل الإرادة نفسها<sup>610</sup>.

<sup>608</sup> أحمد سعيد الزرقد، عقد التحكيم، دراسة في طبيعته وأثره، بحث مقدم في المؤتمر الدولي للتحكيم في كلية الحقوق يومي 27 و28 مارس، بجامعة المنصورة، مصر، 2000، ص 5 و6.

<sup>609</sup> عبد الحميد الأحديب، التحكيم الإلزامي، المرجع السابق، ص 30.

<sup>610</sup> الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 450.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل المنازعات الإستثمار

إن الطابع المزدوج للتحكيم يقوم على عنصرين أساسيين، الأول يتمثل بالإتفاق العقدي، وهو إرادة الأطراف الذين يفضلون إختيار التحكيم من أجل الفصل في المنازعات التي ستقوم بينهما ويتهربوا من قضاء الدولة، وعليه فالأطراف في هذه الحالة يكونون قد تراضوا على التحكيم مسبقا وبقبول الحكم التي تصدره هيئة التحكيم، وإتفاق الأطراف باللجوء الى التحكيم في تصورهم هو لجوؤهم إلى العدالة المأمولة من قبلهم والتي توافق توقعاتهم وتحقق لهم الأمن القانوني، وهو ما يعبر عنه بالمبدأ القائل بأن الرضا بالشئ قبول بما يترتب عنه منطقا وقانونا، شأن الرضا بالتحكيم<sup>611</sup>. أما الأساس الثاني فهو الإلزام القانوني للحكم التحكيمي الذي تفرضه الطبيعة القضائية للوظيفة التحكيمية، ويعبر عنه بالمكون القضائي في التحكيم ويجمع بين إرادة المحكم وإرادة القانون.

ويعبر في هذا السياق الأستاذ شارل جاروسون عن القوة الإلزامية للحكم التحكيمي بالقول "إن قرارا ما يمكن أن يكتسب قوة إلزامية في صور مختلفة، إذ يمكن أن يكون له قوة إلزامية بموجب إدراجه ضمن عقد فيكون العقد شريعة المتعاقدين<sup>612</sup>.

كما يمكن أن يكتسب قوته الإلزامية من قيمته القضائية، حيث يكون الأطراف قد قبلوا مسبقا أن يكونوا ملزمين بالقرار الذي سيصدر عن هيئة التحكيم، ثم يبني على ذلك قوله بأن هذا المدلول المزدوج للقوة الإلزامية يمكن أن يصلح معيارا لتمييز التحكيم.

إعتمد فقه القضاء هذا المعيار الثنائي لإقرار القوة الإلزامية لحكم لتحكيم، ففي فرنسا مثلا طبقته محكمة التعقيب بمناسبة تكييف قرار صادر عن شخص آخر وليس أطراف العقد مكلف من قبل الأطراف بالنظر في مسألة خلافية بينهم، وذهبت لإرادة الأطراف لتستنتج منها أن المهمة التي أوكلوها الى ذلك الغير تتمثل في إصدار قرار يقوم مقام القانون بينهم، وبنيت على ذلك قضائها بأن الأمر يتعلق بتحكيم ولا يتعلق بخبرة.

وكما طبقته حديثا محكمة إستئناف فرساي في قرار صادر لها في جانفي 1979 بمناسبة نزاع حول تحديد قيمة التعويض على أساس بند نموذجي للتأمين حيث قالت "إن المهمة المسندة للأشخاص المعبر عنهم في العقد بخبراء تتمثل في تحديد قيمة التعويض بصفة نهائية، وبالتالي فقد أسندت إليهم مهمة البت

محمد العربي هاشم، عولمة الإقتصاد واتفاقية التحكيم (بالفرنسية) مقال منشور في مجلة التحكيم التونسية، ترجمة الأستاذ حسين السالمي في كتابه

التحكيم وقضاء الدولة، ص 449.

الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 451.<sup>612</sup>

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

بصفة محكمين<sup>613</sup>. وتجدر الإشارة أن التحكيم في معظم إجراءاته يغلب الطرق السلمية والتوافقية ما بين أطراف النزاع، ويسعى من خلالها إلى مساعدة الأطراف المتخاصمة في إيجاد تنظيم وقائي لمراكزهم القانونية<sup>614</sup>، أكثر من سعيه إلى فرض تنظيم خارجي عليهم، ما يجعل حكم التحكيم ينقضي بالتسليم الإرادي الطوعي للأطراف.

وينعكس الإلزام الإرادي من خلال حكم التحكيم نفسه، فلئن ينطبق الحكم القضائي التقليدي أصلاً بحكم القانون بوجه ملزم للأطراف من قبل هيئة التحكيم، فإن حكم التحكيم حتى وإن لم ينطق مباشرة بإرادة الأطراف عبر توثيقه للحل الذي توافقوا عليه خلال إجراءات التحكيم ضمن قرار التحكيم باتفاق الأطراف فإنه ينطبق على إرادة الأطراف إما من خلال الإجراءات التي يضعونها، أو من القانون الذي يختارونه ليحكم أصل النزاع، وهكذا تكون إرادة الأطراف مصدراً لقوة حكم التحكيم بالإختيار الحر وضماناً لفاعليته بالتنفيذ الطوعي معاً، ثم تتبعه الإرادة الثانية وهي إرادة الغير المحكم لتساهم في تأمين فاعلية التحكيم.

وفي ذات السياق نجد أن إرادة المحكم لديها دور كبير في تنفيذ حكم التحكيم، على أساس أن المحكم ليس نائباً عن الأطراف ليكمل إرادتهم أو ينطق بها، وهو لا يصدر حكم إختياري، وإنما هو حر مستقل عن القضاء، ويصدره احكامه بإستقلالية، وأن الأحكام التي يصدرها ليس للأطراف علماً بها مسبقاً بالإضافة الى ذلك أنه قد يفرض عليهم بعض الإجراءات القانونية من أجل الفصل في المنازعة الخاصة بهم<sup>615</sup>.

إن جهاز قضاء التحكيم سواء أكان محكمة تحكيمية خاصة أو مؤسسة تحكيم مستقرة مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات أو مركز القاهرة أو غيرها من المراكز التحكيمية التي لا تنتمي إلى أي نظام قانوني لدولة ما ولا يندمج في تنظيمها القضائي، ويختلف التحكيم عن القضاء كونه هو من يقوم بتنظيم سلطة المحكم، فإن الرأي الراجح والواقع العملي للتحكيم يجعلان من قضاء التحكيم مصدراً أصلياً لقواعد النظام القانوني التحكيمي باعتباره يمثل في أن واحد سلطة الوضع والسلطة التنظيمية داخل نظام مؤسسة التحكيم.

### الفرع الثاني

#### القانون: ضامن فعالية تنفيذ حكم التحكيم

<sup>613</sup>. في هذا السياق راجع الحسين السالمي، المرجع السابق، 451.

<sup>614</sup> عبد الرؤوف دبابش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية بجامعة محمد خيضر ببسكرة، العدد 44، جوان 2016، ص 262.

<sup>615</sup> الحسن السالمي، المرجع السابق، ص 452.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

إن ثبوت الطبيعة القضائية للوظيفة التحكيمية يستتبع ثبوت صفة المحكم القاضي لدى عضوها، وذلك عملاً بقاعدة الوظيفة تخلق عضوها ويستتبع كلاهما إكتساب عمل المحكم صفة العمل القضائي مثله مثل عمل القاضي<sup>616</sup>.

ويعتبر الحكم في مفهومه القانوني، وفقاً لما جاء به الفقيه ليون دوغي أنه عملاً مركباً يجمع بين دور القانون ودور إرادة المحكم من خلال عناصر ثلاثة<sup>617</sup>: الإدعاء أو المسألة القانونية المعروضة أمام سلطة عامة، والحل الذي يعطيه القاضي لتلك المسألة، والقرار الذي يصدره المحكم<sup>618</sup>.

ويترتب عن إكتساب حكم التحكيم طبيعة العمل الإجرائي العام بصفاته الثلاث نتائج جوهرية على مستوى حجّيته وبالتالي فاعليّته في تأمين إستقلالية التّحكيم كقضاء مواز لقضاء الدولة ويقاسمه نفس الأداة ألا وهي العمل القضائي والمتمثل في الأحكام التي تصدرها هيئات التحكيم.

وتتقسم آثار حكم التحكيم إلى آثار مشتركة ما بين عمل إجرائي تحكيمي، وأخرى خاصة بحكم التّحكيم، فإكتساب حكم التحكيم صفة العمل الإجرائي يعني إكتسابه صفة العمل الرّسمي وكما يعني أنه من الوجهة الشكلية يمثل ورقة إجراءات، شأنه شأن أوراق الإجراءات العادية والتحكيم يعتبر عمل قضائي موازي لقضاء الدولة، وعلى أساس أنه بمجرد لجوء الأطراف الى التحكيم هو بمثابة قبولهم لهذه الوسيلة، وبمفهوم المخالفة قبولهم بالوظيفة القضائية التي يقدمها التحكيم<sup>619</sup>، حتى ولو يكن ذلك بصفة مؤقتة ومحددة في المهمة التي يتكفل بها المحكم.

وباللجوء إلى هيئة التحكيم من قبل الأطراف فإنه يعطي للمحكم صفة القاضي المحكم لأن كل الأحكام الذي سيصدرها معترف بها سواء داخلياً أو دولياً، وبالإضافة إلى أن كل التشريعات سواء العربية أو الدولية قد أعطت الحصانة القانونية للمحكم في إصدار أحكام إلا أنه أحكامه تخضع لرقابة قضاء الدولة التي سينفذ فيها.

وتجدر الإشارة أن مراكز التحكيم تتمتع بنظام شامل تنظيمياً وهيكلية يشتمل على جهاز توثيقه تحكيمي راجع بالنظر الى مكتب المركز ويتجاوز عملية التوثيق الإجرائي العادي الى التوثيق العملي وحتى

مفيد شهاب، ضمانات الإستثمار في التشريعات العربية القطرية والاتفاقيات الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مقال منشور<sup>616</sup> في المجلة المصرية للقانون الدولي التي تصدر عن جمعية المصرية للقانون الدولي، العدد 29 سنة 1983، ص 2 وما بعدها.

الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 454.<sup>617</sup>

أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، المرجع السابق، ص 23.<sup>618</sup>

أحمد محمد حشيش، المرجع نفسه، ص 25.<sup>619</sup>

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

التشريعي، وتتجاوز الآثار الخاصة بالعمل التحكيمي توثيق إرادة المتخاصمين والأعمال الإجرائية، إلى سلطة القرار لدى الغير المحكم المستمدة من طبيعة الوظيفة التحكيمية القضائية(أولاً)، ونجدها تعكس الرأي الذاتي لعضو القضاء التحكيمي من قوة قانونية للإلزام والجبر التّفيدي(ثانياً).

### أولاً: إلزامية حكم التحكيم

إن الحجية الإلزامية لحكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الإستثمار ما هو إلا تطبيقاً لمبدأ حجية الحكم الإجرائي منذ صدوره، وهذا ما يفيد أن هذه الحجية لا تتوقف على إيداع حكم التحكيم أو صدور إذن بتنفيذه، ولكن هذه الحجية وإن كانت محل خلاف في البداية إلا أنها أصبحت مقررة في كل النظم القانونية سواء الداخلية أو في الإتفاقيات الدولية، وذلك بإعتبار أن حكم التحكيم يقتصر على تأكيد وتقرير أو توثيق المراكز القانونية دون إحداث أي أثر قانوني جديد عكس الأحكام وكما يعني أنه ليس عملاً قانونياً لأن العمل القانوني يتميز بإحداث أثراً قانونياً<sup>620</sup>. ومن ثمّ وعلى غرار الحكم القضائي يتضح أن القانون يعترف لحكم التحكيم بقوته وفاعليّة وبذلك يصبح بمقتضاها حجة على الأطراف في المسائل التي فصل فيها المحكم.

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز تنفيذ أحكام التحكيم الدولية وإعتبره سنداً تنفيذياً، حيث جاء في الفقرة الثانية من نص المادة السابقة الذكر ما يلي: ... وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر من رئيس المحكمة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني<sup>621</sup>. ويبرز في هذا السياق نص المادة 1054 التي تنص على هذه الأحكام والتي تحيل الى تطبيق نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية الصادرة في الجزائر .

إن تبرير قاعدة حجية الأمر المقضي فيه مبني على أنها تضع حداً للخصومات والمنازعات وتفصل في التناقض بين الأحكام التي تعطل تنفيذها، إن حقيقة حكمة هذه القاعدة أعمق من ذلك، إذ تظهر في وظيفة العمل القضائي نفسها، لأنه بدون هذه الحجية لا يمكن للعمل القضائي تحقيق الأمن القانوني في

<sup>620</sup> وجدي راغب الفهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، 1974، ص 160.

<sup>621</sup> أنظر نص المادة 1051 و 1054 ونص المادة 1035 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، السالف الذكر.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

المراكز القانونية بل تظل تلك المراكز غير مستقرة، وهكذا تبدو حجية الأمر المقضي فيه هي المؤدى الطبيعي للعمل القضائي، لأنها أدواته في تحقيق وظيفته، ويجب أن تكون كذلك بالنسبة للعمل القضائي التحكيمي<sup>622</sup>.

وتتميز قاعدة حجية الأمر المقضي فيه عن قاعدة متممة لها وهي قاعدة عدم جواز المساس بالحكم أو حصانة الحكم، وتعني هذه القاعدة أن حكم التحكيم منذ صدوره يحاط بحصانة قانونية، فلا يكفي القانون بتقرير صحته وموافقته للقانون، على أنه يمثل الحقيقة لما يحيط به من ضمانات، وإنما يقرر عدم جواز المساس به أو مراجعته خارج الحدود التي يرسمها القانون، كما يؤدي إلى تأمين صحة قرار المحكم يسعى إلى دوام تلك الصحة وإستمرارها.

ولذا يقرر القانون الإجرائي قاعدة خروج النزاع عن ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم، وإستنفادها سلطتها على المسائل التي فصل فيها بمجرد صدوره، وتؤدي هذه القاعدة إلى رفع يد المحكمة على النزاع ومنعها من الرجوع إلى الحكم أو تعديله ولو رضي الخصوم بذلك، وغاية ما يمكن أن تفعله هو تفسير أو إصلاح ما به من أخطاء مادية.

وقد كرس كل التشريعات الوطنية والدولية هذين الأثرين لحكم التحكيم، وذلك سعياً منها على تمكين هيئة المحكمة التحكيمية من إستنفاد ولايتها على كامل موضوع التحكيم، وأنها تجيز للمحكمة بنظر الطعن في حكم التحكيم وإرجاع ملف القضية لهيئة التحكيم، وذلك من أجل الفصل في ما لم يتم التطرق إليه من فروع في الدعوى التحكيمية الأصلية، أو الإستئناف في إجراءات التحكيم ومواصلتها بعد تصحيح البطلان الحاصل فيها وهو الموقف الذي أخذ به التشريع الجزائري<sup>623</sup>.

تقوم كل من قاعدتي حجية الأمر المقضي فيه وحصانة الحكم على فكرة الأمن القانوني<sup>624</sup>، وتعتبر أثر لازم ومباشر لكل حكم لإرتباطه الوثيق بسلطة المحكم، فللحكم أثراً غير مباشر أي لا يتصل إتصالاً

<sup>622</sup>.460. الحسين السالمي، المرجع السابق، ص

للمزيد راجع نص المادة 1055 و ما يليها من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، السالف الذكر.

<sup>623</sup> إن الأمن القضائي له علاقة وطيدة بالأمن القانوني، على أساس أن معظم التشريعات المقارنة لم تعرف مفهوم الأمن القانوني، سواء كان تشريعاً أساسياً (الدستور)، أو تشريعاً عادياً ( القانون). ولذلك فإن تحديد المفهوم ينطوي على عدة مخاطر نظرية قد يصعب تعريفه بشكل دقيق، وهو ذات الأمر ينطبق على الأمن القضائي، لهذا فإن تعريفه ذات مصدر فقهي، اعتمد على مجموعة من المبادئ والحقوق، يجب أن تسود أو تضمن في القوانين بشكل لا تتعارض فيه مع الدستور، ومع الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وأهم هذه المبادئ هي: وضوح القاعدة القانوني، عدم تناقض النصوص القانونية، استقرار العلاقات التعاقدية، الطابع التوقعي للقانون، إحترام الحقوق المكتسبة، إحترام المراكز القانونية، عدم رجعية القوانين، وإحترام مبدأ الثقة المشروعة.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

مباشراً بطبيعته القضائية وهو الأثر التنفيذي لأحكام الإلزام، بالإضافة إلى إختلاف وظيفة أو ولاية الحكم عن وظيفة أو ولاية التنفيذ حتى وإن إجتمعا في قضاء الدولة نفسه، فإن قوة الأمن القانوني الملزمة تجاه إرادة الأطراف تختلف عن القوة التنفيذية التي تتجاوز سلطة التوثيق وسلطة القرار وبذلك إكتساب الحكم قوته الجبرية في التنفيذ<sup>625</sup>، ويكون ذلك بإستعمال القوة المادية عند الإقتضاء، ولكن التساؤل هنا يطرح حول المركز المشابه للحكم التحكيمي الذي يبرر تنفيذه في مستوى هذا الأثر وهو التساؤل الذي سيحاول الإجابة عليه بالتطرق إلى معرفة القوة التنفيذية للحكم التحكيمي.

### ثانياً: القوة التنفيذية للحكم التحكيمي

يستقل التنفيذ القضائي عن العمل القضائي، فهذا الأخير يسعى إلى تحقيق اليقين القانوني الموضوعي ويستنفذ غايته بتحقيق ذلك اليقين من خلال النطق بالحكم بما له من قوة إلزامية تفرض على الأطراف تنظيمها خارجياً لمراكزهم القانونية، أما التنفيذ فيعمل على تغيير الواقع حتى يصبح موافقاً للقانون، أي أنه يحقق للعمل القضائي فاعلية عملية مادية<sup>626</sup>، حتى وإن تبع التنفيذ القضائي العمل القضائي، وأدرج ضمن وظيفته القضائية، فإن ذلك لا يعني إستمراره للعمل القضائي ذاته، وإن إستمرار العمل القضائي في إطار آخر ولغاية مستقلة يعني فقط أن الحكم القضائي بما يتضمنه من تقرير لحل قانوني للنزاع يصلح حكماً للتنفيذ، وبالتالي يحقق الغاية المرجوة منه لبدء التنفيذ القضائي.

إن حكم التحكيم لا يختلف بهذا الشأن عن الحكم القضائي، ويقول الأستاذ وجدي راغب فهمي بهذا الصدد<sup>627</sup> لا يعد السند التنفيذي قائماً، إلا عندما ترتدي الإرادة شكل الصورة التنفيذية، فالحكم لا يرتب للمحكوم له حقاً في التنفيذ بمجرد صدوره وإنما يترتب هذا الأثر له بعد إستخراج صورته التنفيذية<sup>627</sup>.

وعلى هذا الأساس تقتضي القاعدة العامة أن كل عمل قانوني ينتج أثراً، ولا أثر قانونياً بدون مصدر مباشر، والقوة التنفيذية مقررة بحكم القانون حتى في السند التنفيذي الخاص أو الموثق رغم سيطرة الإرادة على نشأته وتكوينه<sup>628</sup>، وهذا يعني أن القانون هو مصدر القوة التنفيذية للسند التنفيذي سواء أكان حكماً قضائياً صادر عن المحاكم الوطنية أو حكم تحكيمي صادر عن مؤسسة تحكيمية، وعليه فحكم التحكيم ما

<sup>625</sup>.283. خالد كال عكاشة، المرجع السابق، ص 283.

<sup>626</sup>.38. وجدان محمد بدران، الجوانب القانونية والفنية لحكم التحكيم، المرجع السابق، ص 38.

<sup>627</sup>.58. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 58.

<sup>628</sup>.125. أحمد خليل، مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1999، ص 125.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

هو إلا عملا تحضيريا للسند التنفيذي<sup>629</sup>، ويأتي القانون الذي يعطيه القوة التنفيذية ولكن ليس على العمل التحضيري وإنما للحكم.

ينتج عن هذه العلاقة القانونية العامة المشتركة ما بين السندات التنفيذية أثران أساسيان هما إختلاف القوة التنفيذية عن الأثار القانونية التي ليس القانون مصدرها المباشر تطبيقا للقاعدة العامة التي تقتضي بأن القانون مصدر غير مباشر للآثار القانونية، فضلا عن أن القانون هو الذي يحدد مفترض القوة التنفيذية، وتاريخ إكتسابها أو إنقضائها وشكلها ومضمونها، وهو ما يجعل السندات التنفيذية واردة على سبيل الحصر . إن تطبيق هذه الحقيقة على حكم التحكيم يؤدي إلى ثبوت النتائج التالية :

- ✓ أن حكم التحكيم يكتسب حجيته القضائية في الإثبات ككل حكم بالمفهوم الإجرائي منذ صدوره ويصبح ملزما للأطراف، مثله مثل الحكم الذي يصدر عن المحاكم العادية، ويعبر عن سلطة التوثيق لدى المحكم بصفته عون عام مؤقت يقوم بوظيفته القضائية في المراكز التحكيمية<sup>630</sup>.
- ✓ أن حكم التحكيم يكتسب قوته القضائية من الطبيعة المكلف بها المحكم ويكون ذلك بمعناها الإجرائي المعبرة عن سلطة الحكم لدى المحكم، أي سلطة إعطاء رأيه القانوني على النزاع وفرضه على الأطراف في تنظيم مراكزهم القانونية<sup>631</sup>، وبالتالي فإن قبول الأطراف وإختيارهم للتحكيم وقبولهم لحكم المحكم بإعتباره حكما بالمفهوم الإجرائي يفرض تنظيما خارجيا للمراكز القانونية وإعادة التوافق بين الواقع والقانون، ضمانا لفاعلية القانون، ويكتسب بموجبها حكم التحكيم حجية الأمر المقضي فيه تحكيمياً من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع.
- ✓ إن حجية حكم التحكيم وقوته الإلزامية يستمدها مباشرة من طبيعته الإجرائية التنازعية بإعتبارها المصدر المباشر، وبالتالي فإن هذين الأثرين لهما طابع مباشر لا يحتاج فيهما أي سند قضائي، وبما في ذلك التحكم التحكيمي الى تدخل أي جهة قضائية أخرى غير التي أصدرته.
- ✓ إن القوة التنفيذية لحكم التحكيم مثل القوة التنفيذية لأي سند آخر كان توثيقيا أو قضائيا.

<sup>629</sup>.40. أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص

<sup>630</sup>.37. أحمد محمد حشيش المرجع نفسه، ص

<sup>631</sup>.77. المرجع نفسه، ص

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

يتبن مما سبق ذكره أن حكم التحكيم تجتمع له كل عناصر الفاعلية سواء المستمدة من الطبيعة الإجرائية العامة والتي أعطته سلطة التوثيق، أو المستمدة من طبيعة الوظيفة التحكيمية والتي أعطته سلطة الحكم وأهله ليكون مفترضا للسند التنفيذي التحكيمي المستقل.

### المطلب الثاني

#### تدخل القاضي الوطني في تنفيذ حكم التحكيم

إن الذاتية المستقلة للتحكيم وما فرضته من ثقة ومن أفضلية له عن القضاء، جعلت معاملة الدول للتحكيم تتغير، فلم يعد الهم السائد لديها هو بسط الرقابة عليه من أجل إبطال الأحكام الصادرة عنه وذلك تخوفا من الأحكام التي تكون في صالح المستثمر، من خلال رقابة مشددة مباشرة وشاملة عليه، وإنما أصبح همها بحث وإستكشاف كيفية تعزيزه كأداة لتشجيع الإستثمار وتأمين عدم إنحرافه عن هذا الهدف، وتوفير الفاعلية التي تضمن تحقيق الهدف المنشود منه، وهكذا تقلص الدور الرقابي لقضاء الدولة على التحكيم، في إتجاهين متوازيين ومتكاملين، يتعلق الأول بمسألة ولاية الشرعية ويرمي إلى تأمين اليقين القانوني الموضوعي<sup>632</sup>. ويستبعد تدخل القضاء ويجعل دوره محصور من حيث مداه في رقابة إستثنائية شكلية (الفرع الأول)، والإتجاه الثاني يرمي إلى فاعلية الرأي التحكيمي وينصرف إلى مرحلة التنفيذ ويهدف إلى تحقيق اليقين التنفيذي، ويحصر دور القضاء في مسألة الرقابة التنفيذية المضيقة على مقبولية الحكم التحكيمي، ونتطرق إلى ظوابط الرقابة في تنفيذ حكم التحكيم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الاكتفاء بالرقابة الشكلية

يكون تدخل القاضي الوطني بخصوص تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة من المراكز الدولية المختصة بمنازعات الإستثمار، رقابة شكلية بعدما كانت في السابق رقابة موضوعية (أولا). ولقد أخذت العديد من الإتفاقيات وكذا مراكز التحكيم المؤسسية بهذه الرقابة حتى إنها وضعت نصوص وأحكام خاصة في هذا المجال (ثانيا).

#### أولا: الرقابة الشكلية

<sup>632</sup> في موضوع اليقين الموضوعي، أنظر أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 19.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

إذا كان تدخل أي جهة في الرقابة سواء أكانت إدارية أو قضائية، في المرحلة السابقة على إكتساب أي سند تنفيذي لقوته التنفيذية تهدف إلى ضمان المشروعية القانونية، أي تحقيق اليقين القانوني، هذا ما يستوجب معه صحة إنعقاد ولاية من يصدر الحكم وصحة الإجراءات المتبعة أثناء صدوره، وصحة الحكم شكلا ومطابقته منطوقه للقانون بمداه الأبعد في نظام الطعن العادي في أحكام التحكيم بالقانون مثلا، أو بحده الأدنى المتمثل في مبادئ الإجراءات الأساسية وقواعد العدالة والإنصاف، كما في نظام الرقابة على التحكيم، فإن تدخل القضاء الوطني في مرحلة إكتساب حكم التحكيم صفة السند التنفيذي وصيرورته ويصبح قابلا للتنفيذ الى ضمان مشروعية عملية التنفيذ نفسها، أي إلى تحقيق ما يصطلح في فقه المرافعات باليقين التنفيذي<sup>633</sup>.

ولقد اختلفت التشريعات في مجال تدخل القضاء وإعمال الرقابة على أحكام التحكيم فهناك من أخذ بالرقابة الشكلية والبعض الآخر أخذ بالرقابة الموضوعية، فالرقابة الشكلية هو نوع من الرقابة ذو طابع شكلي<sup>634</sup>، وهو نمط من الرقابة الإدارية، يكون في الحدود التي يتم فيها وضع حكم المحكمين تحت رقابة القاضي من النظام القضائي، والغرض من هذه الرقابة هو تحقق القضاء الوطني من خلو القرار التحكيمي من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه وانتفاء ما يمنع تنفيذه، لأن القاضي في هذا النوع من الرقابة يبحث في وقائع النزاع، ولا في موضوع حكم التحكيم أو ملاءمة ما إنتهى إليه حكم التحكيم لفض النزاع، فرقابة القضاء هنا هي رقابة شكلية على العيوب الإجرائية، والتي تقتصر على مجرد التحقق من أن القرار التحكيمي قد إستوفى جميع الشروط القانونية اللازمة، وغير مشوب بأي عيب من العيوب التي تحول دون تنفيذه.

إن هذا النوع من الرقابة يضع على عاتق القاضي الذي سيمنح الصيغة التنفيذية فحص القرار التحكيمي من تلقاء نفسه، ليتحقق من أن المحكم لم يخرج عن حدود إتفاق التحكيم، وأنه أصدر القرار التحكيمي وفقا للشكل المقرر مستوفيا لجميع الشروط الضرورية وأنه لم يبني على إجراء باطل. فإذا خلا حكم التحكيم من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه، والتي تنتهي الى عدم تنفيذه<sup>635</sup>، وجب إصدار الأمر بتنفيذه،

<sup>633</sup> إن الوظيفة القضائية تشمل التنفيذ أي تحقيق اليقين التنفيذي وبذلك يتحقق الأمن القانوني، وكما أن مفهوم النزاع إتسع في تقدير محكمة حقوق الإنسان الأوروبية ليشمل ضمان تنفيذ الحكم الذي ينطق به القاضي بإعتباره عنصرا مكونا للحق في العدالة التي تنفرع الى الحق في التقاضي والحق في التنفيذ.

<sup>634</sup> الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 479.

<sup>635</sup> محمود السيد التحويي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 305.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وبالتالي يجب أن تكون رقابة القاضي مقتصرة على الرقابة الشكلية لأن كل توسع يؤدي إلى الخروج عن القواعد الإجرائية نحو رقابة صحة الحكم.

أما فيما يخص الرقابة الموضوعية<sup>636</sup>، فيطلق عليها نظام المراجعة ويتم فيها حضور طالب التنفيذ والمطلوب التنفيذ ضده، وتقوم المحكمة بسماع كلا الطرفين، وتفحص كل ما يبيده أحدهما في مواجهة الآخر من دفوع ضد حكم المحكم المطلوب إصدار الأمر بتنفيذه والتي تعرضه للبطالان، ولا بد من الفصل في هذه العيوب قبل إصدار الأمر بالتنفيذ أو المصادقة على هذا الحكم، فالقاضي حسب هذا النظام لا يكتفي بمجرد الرقابة المادية ذات الطابع الشكلي<sup>637</sup>، وإنما يذهب إلى حد مراجعة القرار التحكيمي من حيث الموضوع، فيستطيع التعرض للوقائع من جديد وتفسيرها وفقا لمنهجه الذي يتبعه، وله تعديل القرار التحكيمي إذا رأى ذلك ضروريا، كأن يعيد تقدير التعويض مثلا.

إن الإتجاه العام في المصادر الوطنية للتحكيم والسائد في المصادر الدولية الرسمية العامة بالخصوص في منازعات الإستثمار إعتقاد التحكيم المؤسسي المنظم والشامل، على حساب التحكيم الحر الذي تأثر بإنحسار دور الإرادة حيث أثبت الواقع أن إرادة الأطراف كما بالنسبة إلى نشأة تأهيل المحكم أصبح دورها عرضيا ومدرجا فهي تتدرج في نهج التحكيم وتتخرط في شكله المؤسسي بالتصريح أو بمجرد الإشارة أو التلميح له.

وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم النظامي قد حصر الإرادة العقدية بل وحتى إرادة المشرع الوطني وبالتالي إرادة الدولة، فهو من له الحق في تقليص أو إزالة أسباب تدخل الدولة وعلى رأسها قضاؤها في مجال التحكيم، هذا إذا لم تبادر هي بإزالته.

لكن التحكيم عمل بشري غير محصن ولا معصوم من الخطأ أو الإنحراف من العدالة المنشودة، فتكون الرقابة بصورة أدنى ضرورة لضمان حرمة كقضاء مواز، دون أن يكون في ذلك نيل من إستقلالية المحكم في إجهاده، حتى عند الطعن في قضاائه أمام قضاء الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، ومع ذلك فإن التدخل الرقابي للقاضي له دور عارض للتدخل، ويظهر هذا الطابع في كونه تدخلا غير إقصائي إذ يتأثر بطبيعة التحكيم، وبنظامه ومن ورائهما بإرادة الأطراف<sup>638</sup>، وحتى في صور تدخله فهو يبقى تدخلا محدودا،

<sup>636</sup> نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 174.

<sup>637</sup> خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 305.

<sup>638</sup> أحمد محمد حسني، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 71.



## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

وذلك على أساس أن المقرر في نظام التحكيم الدولي لا ينطبق على ما هو مقرر في التحكيم الداخلي، حيث أنه في الغالب تكون الأحكام نهائية ويستبعد في شأنها كل الطعون المبدئية، ويكتفي بالطعن ببطلان القرار التحكيمي وأسباب حصرية محدودة.

وتكون كذلك رقابة المحدودية في التحكيم المؤسسي، على أساس أن هذا الأخير له دور تحكيمي يعزز ويؤمن الرقابة الذاتية له وعلى نفسه<sup>639</sup>، ويقصي الرقابة الخارجية من خلال ما يوفره من أدوات وإجراءات تعني عن تدخل القضاء حتى المساعد، أو على الأقل تجعله إستثنائيا ومحدود جدا.

زد على ذلك ما يتميز به التحكيم المؤسسي في هذا الإطار حتى عن قضاء الدولة في مستوى قابلية التوقع وشفافية الإجراءات والحلول وإستقرارها، فنظام مؤسسة التحكيم يضبط عادة جميع المسائل الإجرائية والإدارية وحتى شبه القضائية أو بعد القضائية<sup>640</sup>، وكما أنها تضبط إجراءات دائمة متجانسة، إن لم تكن موحدة فيما بينها من شأنها أن توفر أكثر قدرة توقع حتى في خصوص الإشكالات الإجرائية، وبالتالي تضمن أكثر قدر من الإستقرار ومن المساواة بين المتخاصمين في الحلول القانونية لنزاعاتهم المتشابهة، مهما اختلفت جنسياتهم ومصالحهم ونظمهم الشخصية، بفعل عدم التوطن الجغرافي للتحكيم وتحرر المحكم من الولاء السيادي المسبق لأي قانون، ولو قانونه الشخصي، لكن دون تحرر من النظام القانون التحكيمي.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في مجال تنفيذ أحكام التحكيم أخذ بنظام الرقابة الشكلية فقط وعليه فالقاضي المانح الصيغة التنفيذية يجب عليه مراعاة صحة الإجراءات وصحة السند التحكيمي، أي على من يرغب في تنفيذ قرار تحكيمي أجنبي سوى أن يتقدم بطلبه هذا إلى الجهة المختصة بالتنفيذ مشفوعا بوثيقتين، الأصل الرسمي لقرار التحكيم أو صورة عنه مستجمعة للشروط المتطلبة، لها كصورة رسمية، وأصل إتفاق التحكيم، أي أن المشرع ساير ما جاءت به إتفاقية نيويورك سنة 1958 في نص مادتها الثانية. وهذا ما جسده نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإرادية في الفقرة الثانية حيث جاءت فيها "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر من رئيس المحكمة التي أصدرت حكم التحكيم في دائرة إختصاصها"<sup>640</sup>، وعليه فإن الجهة القضائية المختصة في التنفيذ لا يتعدى نطاق رقابتها على الحكم التحكيمي الدولي الجانب الشكلي دون التطرق الى الموضوع، ولا يجوز لها النظر فيما إذا كان المحكم قد طبق القانون أم لا، لأن ذلك مساس بالتحكيم وتجاوز السلطة، وعليه يمكن القول أن النظر في طلب الامر

<sup>639</sup> حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 12.

<sup>640</sup> هند محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص 376.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

بالتنفيذ لا يعد إستئناف أمام القضاء بل هو مجرد رقابة قضائية شكلية بالمفهوم الواسع خاصة بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي.

### ثانيا : تطبيقات الرقابة الشكلية

لقد أقامت بعض النظم المؤسسية للتحكيم ضمن أجهزة مؤسّسة التحكيم نفسها تنظيما هيكليا للرقابة الداخلية على قضاء هيئاتها، سواء بمراجعة وقائية قبلية للقرار التحكيمي، وهو شأن المصادقة الوجوبية من قبل المحكمة الدولية للتحكيم على كل القرارات التحكيمية قبل التصريح بها طبقا لنص المادة 17 من نظام الغرفة التجارة الدولية<sup>641</sup>، أو بإعتماد رقابة بعدية في شكل نظام للطعن التحكيمي في داخل النظام نفسه.

وهذا ما أخذ به كذلك نظام تحكيم المركز الدولي لحل النزاعات حول الإستثمار "سيردي" الذي تقتضي في شأنه المادة 53 من إتفاقية واشنطن للبنك الدولي والتي قررت أن "الحكم يكون ملزم للطرفين، ولا يكون قابلا للإستئناف أو لأي طعن آخر فيما عدا ما نص عليه في هذه الإتفاقية، ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم ونفذه إلا إذا أوقف تنفيذه طبق أحكام هذه الإتفاقية"<sup>642</sup>. وكذا ما جاء في نص المادة 54 منها نصت على أنه "يجب على كل دولة متعاقدة أن تتصرف بأي حكم في نطاق هذه الإتفاقية بإعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أقاليمها تنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضها الحكم، كما لو كان حكما نهائيا صادرا من إحدى محاكمها، وتلزم الدولة المتعاقدة ذات النظام الفدرالي بضمان تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفدرالية"<sup>643</sup>.

وفيما يخص القاضي الجزائري فإن المادة 150 من الدستور الجزائري أشارت إلى سمو المعاهدات على القانون حيث جاء فيها أن "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"<sup>644</sup>، وبما أن الجزائر قد صادقت على إتفاقية واشنطن بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، فهي تسمو على التشريع إلا فيما يتعارض مع نصوصها، وبالتالي القاضي الجزائري في هذه الحالة يطبق نصوص الإتفاقية في تنفيذ أحكامها التحكيمية لأنها أصبحت ضمن التشريع الجزائري، والحكم الصادر عن المركز يجب على القاضي أن لا يتعرض إلى

<sup>641</sup> أنظر نص المادة 17 من نظام غرفة التجارة الدولية

<sup>642</sup> أنظر نص المادة 53 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965.

<sup>643</sup> أنظر نص المادة 54 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965.

<sup>644</sup> للمزيد أنظر نص المادة 150 من الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 معدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002 والقانون 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 والقانون 16-01 الموافق لـ 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

موضوعه بل يعامله وكأنه حكم نهائي صادر عن الجهات القضائية الجزائرية فيكتفي بتوفر شروط التنفيذ وإجراءاته، والمتمثلة في صورة لحكم التحكيم معتمد من الأمين العام لدى المركز، وتسري عليه قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بالتنفيذ<sup>645</sup>.

وكما تجيز المادة 51 منها لأي من الطرفين إعادة النظر في الحكم بطلب كتابي يوجه الى السكرتير العام، على أساس إكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر في الحكم تأثيرا حاسما، بشرط أن تكون مجهولة للمحكمة وللطالب في وقت صدور الحكم، وأن يكون جهل الطالب بها غير راجع لتقصيره، وذلك في أجل تسعون يوما من إكتشافها وعلى كل حال في خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

كما تنظم المادة 52 من الاتفاقية الطعن بالبطلان الحكم التحكيمي فهي تضبط أسبابه في خمسة فصلتها، وتجعل النظر بإختصاصه لجنة خاصة يعينها رئيس الديوان تتكون من ثلاثة أشخاص من غير من شاركوا في إصدار الحكم الأول.

ونجد في هذا السياق ما إتجه إليه المشرع الجزائري في مراحل تنفيذ أحكام التحكيم، بموجب نص المواد 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء في مضمونها أن أحكام التحكيم تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر ولكن بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون .

ويستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري أمر الجهة القضائية المختصة في تنفيذ حكم التحكيم، أن لا يتعدى نطاق رقابتها على الحكم التحكيمي الدولي الجانب الشكلي دون التطرق الى الموضوع، ولا يجوز لها النظر إذا كان الحكم طبقا للقانون أم لا، لأن في ذلك مساس بالتحكيم وتجاوز القاضي لسلطته. ونريد التنويه إلى أن المشرع الجزائري قد سار مثلما سارت عليه الإتفاقية في حالات البطلان، وحدد الحالات في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>646</sup>.

وعليه فإننا يمكن القول أن الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في المؤسسات التحكيمية لها أكثر مصداقية من حيث الشكل والإجراء والموضوع وعليه فإنه في هذه الحالة يكون لإرادة الدولة دور محدود لا يتجاوز الرقابة الشكلية.

### الفرع الثاني

<sup>645</sup>. بومناد هاجرة، المرجع السابق، ص 269.

<sup>646</sup> أنظر نص المادة 1056 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

### ضوابط الرقابة التنفيذية على حكم التحكيم

يمكن إختزال ضوابط تدخل القضاء أو الجهة الرسمية القائمة في مجال تنفيذ حكم التحكيم في نقطتين أساسيتين، النقطة الأولى المتمثلة في محل التدخل أي الموضوع الذي يتسلط عليه الرقابة (أولاً)، والنقطة الثانية المتمثلة في محل الرقابة على الحل القانوني (ثانياً).

#### أولاً: محل التدخل التنفيذي: من الحكم إلى الحل

يفترض أن يقوم مدلول حكم التحكيم موضوع رقابة المقبولية على تصور شكلي إجرائي فيرجع في شأنه إلى وثيقة القرار التحكيمي ليأخذ منها نص الحكم التحكيمي المتضمن للحل المنطوق به في النزاع من خلال القراءة الظاهرية له<sup>647</sup>، وعليه فإن الحكم يكون في هذا المنظور هو نص الحكم ذاته، وتبنى هذا المفهوم بالخصوص فقه القضاء الأمريكي الذي أقر مبدأ الرقابة الدنيا وتعمق في الشكلية والتضييق حتى كاد يفرغ الرقابة من كل مضمون وأثر عملي<sup>648</sup>.

يتجسد هذا في قرار شركة ميستسوسيشي الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية بتاريخ 1985/07/02، بخصوص خرقها لقانون المنافسة عندما قضى بأن إتفاقية نيويورك ك نصت في بندها الخامس في الفقرة الثانية، أنه لكل دولة حق رفض الإذن بتنفيذ القرار التحكيمي إذا كان الإعتراف بالقرار مخالفا للنظام العام في تلك الدولة، ولكن فاعلية التحكيم وإجراءاته تستوجب أن تكون الرقابة عند التنفيذ رقابة دنيا، فالمحكمة الأمريكية في هذا الشأن تركز إجتهاد مبدئين أساسيين في الرقابة على الحل التحكيمي هو مبدأ الرقابة الدنيا والرقابة الشكلية<sup>649</sup>.

يضاف إلى ما ذكر موقف القضاء التونسي الذي كان سابقا لموقف المحكمة العليا الأمريكية من خلال سابقة وارنكو ضد ديوان زيت الزيتون وبالخصوص القرار التعقيبي سنة 1983/02/02 الصادر فيها والذي إعتبر أن القضاء بإلزام الديوان بالتعويض رغم قيام القوة القاهرة المتمثلة في منع توريد يعد تعويضا عن واجب الإذعان لمقررات الدولة عن فعل الواجب وهو ما يمثل مخالفة للنظام العام على مقتضى نص المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 إذ العبرة ليست بمجرد أداء المبالغ المالية وإنما العبرة

<sup>647</sup>.585. الحسن السالمي، المرجع السابق، ص

<sup>648</sup> Prujiner, champ du contrôle du juj national sur les sentences arbitrales, in compétition arbitration law, Paris, France : ICC Pub., 1993.p283 .http://www.worldcat.org/title/competition-and-arbitration-law/oclc/27918225 محملة من الموقع

<sup>649</sup> محمد سعد فالح العدوانى، مدى رقابة القضاء على حكم التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 164.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

بالسبب الداعي عن مضمون نص الحكم الإلزامي هو محل الرقابة وهو محل تقدير مدى المساس بالنظام العام.

### ثانيا: محل الرقابة على الحل القانوني للتحكيم

يستوجب المظهر في محل الرقابة على منطوق القرار التحكيمي الإنطلاق من إقرار هذه الرقابة والغاية المرسومة وربطه بالأداة المسخرة لتلك الغاية، على أساس أن الأمر هو متعلق بنظام وكل نظام قوامة غاية وأداة، وعليه فإن سلطة الحكم لدى المحكم تستند الى ولاية شاملة لعنصري التوثيق المرتبطة بالثقة القانونية في عضو التحكيم على أساس أنه مؤهل من قبل أطراف النزاع بإرادتهم دون أي ضغط وسلطة القرار المرتبط بوظيفته القضائية<sup>650</sup>، وهذان الميزتان مرجعيتهما تشترك مع قضاء الدولة في المنشأ القانوني غير المباشر في التحكيم الداخلي وتستقل بسلطان المباشر في التحكيم الدولي.

وعليه فإن كل هذه الإعتبارات قد فكت القيود التقليدية على ولاية المحكم، وإنحصرت في معيار موحد لمقبولية حكم التحكيم وإعتباره سند تنفيذي وليس فقط كسند إحتجاجي أو توثيقي، شأنه في ذلك شأن باقي السندات التنفيذية، مثل ما أشار اليه المشرع الجزائري في الفقرة التاسعة من المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>651</sup>.

وعليه وإنطلاقا من هذا البناء المنطقي المتدرج، لا يمكن أن يكون منطوق حكم التحكيم موضوع الرقابة التعليقي الواقعي أو القانوني للحكم التحكيمي، فهذين العنصرين إستفرغتهما الولاية القضائية للمحكم بصدور حكم التحكيم ورفعت عنهما ولاية القضاء بمجرد التصريح به كما هو الشأن في أثر الحكم القضائي العادي، وعليه يطرح التساؤل هل تنصب الرقابة على نص الحكم أم على الحكم كاملا؟

لقد وضحنا فيما سبق أن غاية الرقابة التنفيذية وحول مناطقها، إنه بقدر ما كان وضع معيار مقبولية أو إستقبال القرار التحكيمي ضرورة حتمية، وبقدر ما كان مناطقها محدودا، ولم يكن معيارها في الواقع القضائي بالخصوص متعددا إذ إستقل بالوفاء بهذا الدور "النظام العام" أو ما يقوم مقامه كمعيار إجماعي. وهل يكون معيار النظام العام كأداة تصدي للقرار التحكيمي كي تدفع الدولة التي ينفذ فيها حكم التحكيم بهذا الدفع، وهل أن المشرع الجزائري عند نصه على هذه الفكرة في الفقرة السادسة من المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية له غاية سيئة أم غاية حمائية فقط؟

<sup>650</sup> أحمد وليد جيلاني، المرجع السابق، ص 143 و144.

<sup>651</sup> أنظر نص المادة 600 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، السالف الذكر.

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

إن النظم القانونية التي لا تعتمد مفهوم النظام العام نجدها تستعويض عنه بالنهوض بذات الوظيفة بمفهوم أو معيار بديل معادل<sup>652</sup>، كما أنه هناك من الفقه من يرى أن أسباب التصدي للقرار التحكيمي يمكن إرجاعها إلى مفهوم النظام العام أو ما يقوم مقامه وحده، إذ يمكن جمعها في فهم موسع له يجد مرجعيته في المبادئ العامة للقانون الإجرائي، ومبادئ نظام القضائي، ومبادئ النظام الدولي الحقيقي<sup>653</sup>.

وعلى هذا الأساس يطرح تساؤل في إطار تحديد مدلول النظام العام كمعيار لتنفيذ قرارات التحكيم، وهل يدخل خيار النظام الدولي على النظام الداخلي ضمن الخيارات الوطنية، وهل يدخل النظام العام الدولي الحقيقي في ضمن مدلول النظام العام الدولي للدولة؟

بهذا الصدد يشار إلى أنه على الرغم من تكريس نظام معاهدة نيويورك حول تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية مبدأ الرقابة القضائية على مطابقة حكم التحكيم للنظام العام الدولي للدولة، فإن فقه القضاء الوطني في العديد من البلدان أصبح يتحدث عن النظام العام الدولي الحقيقي مثل سويسرا وأمريكا وكذا القضاء الفرنسي.

ويقول الأستاذ "فوشار" بهذا الصدد أن مجال تدخل النظام العام يمكن أن يمتد إلى كامل التحكيم، وكما يمكن أن يشمل خرقة مسألة صحة إتفاقية التحكيم من حيث شرط الأهلية وبالخصوص من حيث تحكيمية النزاع، وكما ينال الإجراءات التحكيمية ذاته في تعليقه وفي منطوقه، ثم يمتد إلى تنفيذه<sup>654</sup>، مضيفاً "يمثل النظام العام بالنسبة للدولة السلاح الحاسم عندما يعوزها جزء بديل لغياب العائلة القانونية"<sup>654</sup>. وتقول كذلك الأستاذة كوفرمان كوهلر، أن النظام العام يمثل الدفع المفتوح لكل متقاضي خائب، بمعنى أنه في الممارسة العملية يمثل دفع من لا دفع له بديل<sup>655</sup>.

وفي نفس السياق يذهب الفقيه راسين إلى الجزم بأن هذه الرقابة ترمي في حقيقتها إلى حفظ سيادة المحكم، لكنه ينتهي في تحليله إلى القول بأنه "لئن لا خشية من ظهور مذهب المراجعة من جديد بمناسبة مراقبة المطابقة للنظام العام فإن فاعلية تلك المراقبة تقتضي إنتهاء سيادة المحكم عندما يكون النظام العام في الميزان". وهي في رأيه بالضرورة رقابة قضائية وطنية إقصائية وتمارس طبقاً لمعايير القاضي الوطني،

<sup>652</sup> أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 70.

<sup>653</sup> منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 268.

<sup>654</sup> Fouchard, Philippe, L'Arbitrage Commercial International, Paris 1965, [https://www.trans-lex.org/102100/\\_/fouchard-philippe-larbitrage-commercial-international-paris-1965/](https://www.trans-lex.org/102100/_/fouchard-philippe-larbitrage-commercial-international-paris-1965/) محمل من الموقع

<sup>655</sup> Kaufmann kohler, articles 190 et 191 Idip, les recours contre les sentences arbitrales, bull ASA 1992, p 66. حملت م. على الساعة 20:01 يوم 2017/11/25 <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:30041>

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

لكنه يستثنى الرقابة على القرارات الصادرة وفق نظام الأمم المتحدة بإتفاقية واشنطن والتي يوجب بندها في نص المادة 54 على الدول معاملة تلك القرارات نفس معاملة أحكامها الوطنية عند التنفيذ، مع وضع نظام خاص للرقابة بواسطة لجنة خاصة<sup>656</sup>.

وعليه في مجال الرقابة على القرار التحكيمي أي (الحل القانوني)، لا يستوجب معه الدفع بالنظام العام ولا حتى في التنفيذ، وبالرغم من ذلك فإنه يجوز للدولة التي سينفذ فيها حكم التحكيم أن تدفع به من شأن الإمتناع عن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها في مجال الإستثمار .  
وبناء على ماسبق تبين أن دور تدخل القضاء الوطني في تنفيذ أحكام التحكيم أصبح دورا رقابي شكلي بعدما كان في السابق دور موضوعي.

إستهدف هذا الفصل دراسة التحكيم بإعتباره الوسيلة الأكثر حرية والأكثر مرونة بالنسبة لتسوية منازعات الإستثمار، وهنا لا يكون التفاوت ما بين الدولة والمستثمر بشكل كبير، ويتبن كذلك من خلال مضامين هذا الفصل أن نظام التحكيم وتحصين التأهيل التحكيمي على أهميته القصوى، لا يؤمن الفاعلية الكاملة للتحكيم كوسيلة يلجأ إليها أفراد العلاقة الإستثمارية في حل منازعاتهم ولكن لابد ان يعزز بتحصين الحكم التحكيم وتأمين فاعليته الذاتية .

إن الارادة هي المنشأ المباشر للجوء الى التحكيم، وأن إستقلاليتها هي التي عتقت المحكم من الولاء إلى الدولة ومن تحكم قانونها في مجال الإجراءات، وأعطته سلطة الرقابة الذاتية على تأهيله من خلال اتفاق التحكيم، وكانت هي الاساس الذي أمن فاعليته، وحتى سيادته التحكيمية، وتعتبر الإرادة مرجعا أساسيا لتأمين فاعلية التحكيم خصوصا في مجال منازعات الإستثمار والعلاقات الإقتصادية الدولية.

إن الطابع المزدوج للتحكيم يقوم على عنصرين أساسيين، الأول ذاتي إرادي ويعبر عنه بعض الفقه بالمكون العقدي وهو إختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم، ولجوءهم إلى التحكيم هو لجوء الى العدالة، وهي العدالة المأمولة من قبلهم وتوافق توقعاتهم، أما الثاني موضوعي إجرائي، ويعبر عنه بالمكون القضائي، أي الإلزام القانون للتحكيم الذي تفرضه الطبيعة القضائية للتحكيم، وهذا ما يعطي للإلزام التحكيمي مرجعية ثنائية، متميزة عن الإلزام القضائي.

الحسين السالمي، المرجع السابق، 601.656

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

---

ولكن في دراستنا للتحكيم ودور إرادة الأطراف في هذا المجال، إستنتجنا أنه بإستطاعة المستثمر أو الدولة وبإرادة منفردة اللجوء إلى هذا النوع من التقاضي، وهذا ما شاهدناه في دراستنا للتحكيم بدون صيغة أي أصبح الأكرم خطير بالنسبة إلى الدولة المستقبلية بحيث أصبحت تجر إلى التحكيم حتى ولو يكن منصوص عليه في العقد، على أساس أنها مصادقة على إتفاقيات دولية سواء جماعية اوثنائية تنص على التحكيم، فإعتبره الفقه أنها موافقة ضمنية على قبول الدولة هذه الوسيلة .



### خلاصة الباب الثاني

في دراستنا في هذا الباب توصلنا إلى أن إرادة الدولة والمستثمر الأجنبي متساويتان في الإختيار والإتفاق على الوسيلة الأنسب في تسوية منازعاتهم الإستثمارية وتتمثل في الوسائل القضائية والغير قضائية، بالنسبة الى الوسائل الغير قضائية والمتمثلة في التوفيق والوساطة والتي تكون بإرادتهم الحرة ودون أية قيود وأن نتائج هذه الوسيلتين هما متعلقة على الأطراف، وكذا الحرية في إختيار في اللجوء إلى القضاء الوطني في حالة ما اتفقا في عقدهما على ذلك ولكن باللجوء إلى هذه الوسيلة، نستطيع القول أن الإرادة تتعدم تماما في الإجراءات وتطبق القواعد الإجراية في الدولة المستقبلية.

أما في الفصل الثاني إلى أن للأطراف الحرية الكاملة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي والمتمثل عادة في التحكيم المؤسسي وعلى أساس أن أحد الأطراف هو دولة ذات سيادة ولا تخضع الى التحكيم الحر، ويكون اللجوء كقاعدة عامة بإتفاق التحكيم الموجود في عقد الإستثمار والذي كفله القانون بذلك، إلا أن التحليل كشف كذلك، أنه يستطيع المستثمر بمجرد تضرره من الدولة أو حصل نزاع بينهما إلى اللجوء إلى التحكيم حتى وإن لم يكن هنالك شرط ينص على ذلك، وهذا المبدأ هو خروج عن الإرادة ويسمى بالتحكيم بدون صيغة، أي أنه بمجرد أن الدولة المستقبلية صادقت على إتفاقيات دولية تنص على اللجوء إلى التحكيم فإنها موافقة ضمنا على هذه الوسيلة .

إن أهم أثر للإرادة في مجال التحكيم كذلك يتمثل حسب رأي الباحث في الخروج به عن الشكلية التي تميز النظام العادي للإجراءات القضائية ، فمسألة وجود إتفاقية التحكيم منشئ تأهيل المحكم وتأويلها أصبح يحكمها مبدأ الرضائية المتحررة من السند الشكلي، وأن الرضائية أصبحت تغزو كامل نظام التحكيم بما فيه من ضمانات فاعلية السند التحكيمي من حيث حجيته وقوة الإلزامية والتنفيذية

إن إرادة الأطراف في بعض المواطن تتقلص وخاصة كما كان في دراستنا لدورها في التشكيل وإختيار الإجراءات، لأن جل المنازعات التي تكون الدولة فيها طرف تكون على مستوى التحكيم المؤسسي، وعليه فإن الأطراف هم ملزمون بالإجراءات المتبعة في المركز الذي سيفصل في منازعتهم، وحتى في تشكيل هيئة التحكيم في حالة عدم إختيارهم للهيئة فإن المؤسسة التحكيمية تعينها دون الرجوع إلى الأطراف.

إلا أنه تبقى الإرادة عنصر فعال في مسار تنفيذ حكم التحكيم وهذا ناتج على أنه بمجرد قبول أطراف المنازعة الإستثمارية اللجوء إلى التحكيم، أو بمجرد مصادقة الدولة على بعض الإتفاقيات الدولية في مجال

## الباب الثاني: تكافؤ إرادات الأطراف في تحديد وسيلة حل منازعات الإستثمار

---

حماية الاستثمارات وبما أن التحكيم يعد ضماناً إجرائية مفروضة على الأطراف، فإنها تتجه بإرادتها بطريقة غير مباشرة للجوء إلى التحكيم وبقبول كل الأحكام التي تصدر عنه. ونذكر في هذا السياق أن الدولة الجزائرية هي مصادقة على كل من اتفاقية واشنطن واتفاقية نيويورك واتفاقية عمان، وهذا يعني أن التنفيذ يكون وفقاً لما جاءت بهذه هذه الإتفاقيات.

بالإضافة إلى ذلك يبقى تدخل القضاء الوطني كوسيلة مراقبة فقط في مجال تنفيذ الأحكام التحكيمية وعدم مخالفتها للنظام العام، وتحول دور القضاء من دور محايد إلى دور رقابي شكلي في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الدولية.

خاتمة



### خاتمة

تعتبر منازعات الإستثمار من أكثر المنازعات المتميزة بتشابك الإجراءات والمنازعات ويتطلب تنظيمها إهتماماً بالغاً في التشريعات الدولية وكذا إيجاد سبل لتسويتها. وتتعدد الوسائل في حل هذه المنازعات القائمة ما بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة حيث يبرز دور الإرادة بصفة جلية في حل هذه المنازعات، الأمر الذي شكل الحافز الأساسي لدراسة هذا الموضوع الذي تم من خلاله التوصل إلى عديد النتائج يأتي في مقدمتها، أن عقود الإستثمار هي تلك الطائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أو إعتباري ويلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم إقتصادية إلى الدولة المضيفة لإستغلالها في مشروعات على أراضيها والتي تتعدد بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي.

وكما تبين من خلال بحثنا أن الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام لها من السيادة وإمتيازات السلطة العامة ومبررات تحقيق المصلحة العامة والنظام العام تتفاضل عن مركز المستثمر الأجنبي بوصفه شخصاً من أشخاص القانون الدولي الخاص لا يمكن أن يتساوى بأي حال من الأحوال مع مركز الدولة المضيفة. وأن هذه العقود عادة ما يختل فيها التوازن لصالح الدولة المضيفة للاستثمار على حساب المستثمر الأجنبي وبالخصوص في المنازعات التي تنشأ عن عقود الإستثمار.

كما تلعب إرادة الأطراف دوراً هاماً في مفاوضات، وتنفيذ وتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية بحيث تتحول من مظهرها الخارجي إلى مظهر وظيفي يحكم العقد إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويتقدم ويتراجع دورها من مرحلة لأخرى ومن إجراء لآخر.

حيث أن المركز الممتاز للدولة المبني على مزاياها السيادية واستثنائها بامتيازات السلطة العامة، بالإضافة إلى خصوصية عقود الاستثمار هي مبررات واقعية لطالما صنعت الفارق ورجحت الكفة لصالح الدولة المضيفة للاستثمار، وذلك عن طريق فرض تطبيق قانونها الوطني في مثل هذا النوع من العقود دولة تتمتع بالسيادة الوطنية قادرة على إصدار التشريعات وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة. وهذه النتيجة يمكن التوصل إليها من خلال تحليل عقود الإستثمار ذاتها بالنظر إلى ما تتمتع به من خصائص باعتبار أنها عقود مبرمة بين أطراف غير متساوية وتهدف إلى تحقيق أهداف تختلف عن أهداف عقود التجارة الدولية، وبذلك يظهر تفاضل بين مركز الدولة المستقبلية والمستثمر الأجنبي.

وطالما أن تجسيد مبدأ سيادة الدولة على إقليمها يعتبر من مبادئ القانون الدولي العام، فإن للدولة المستقبلية الأولوية في تطبيق قانونها الوطني على عقود الإستثمار التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية، سواء في موضوع العقد أو في المنازعات التي تقوم بشأنه. وعليه ثبت أن إرادة المستثمر الأجنبي تتجسد في مظهر واحد يتجلى في تثبيت القانون الوطني للدولة المستقبلية من خلال تكريس الثبات التشريعي كشرط تعاقدى لكي يحفظ حقوقه المكتسبة في القانون المطبق عليه، فمجال إرادة المستثمر ضيق جداً، إلا أنه في حال مخالفة الدولة المضيفة لهذا الشرط فإنها تقوم بتعويض المستثمر في إطار ما يسمح به القانون وفي إطار ما تم الإتفاق عليه في العقد مسبقاً لأن هذا الشرط هو مستنبط من القانون إذ نص عليه المشرع بصريح العبارة في قانون الإستثمار.

ويظهر جلياً أن إرادة الأطراف تتساوى في عقود الإستثمار تحت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فتظهر إرادة المستثمر الأجنبي بشكل واضح من خلال إدراج شروط تعاقدية تبرز لشروط إستباقية أووقائية من الوقوع في المنازعات كشرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض.

فصياغة عقود الاستثمار الدولية وإدراج شروطها التعاقدية من الأهمية بمكان، وذلك من أجل إبرام عقد متوازن وقابل للتنفيذ بعيداً عن المنازعات التي تبحث دوماً في حلها عن إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، فللأطراف مجال واسع في إدراج بعض الشروط التعاقدية الكفيلة بذلك، لأنها تحدد الحالات التي يمكن بمقتضاها وضع ضوابط للأحداث غير المتوقعة، وتحديد الآثار المترتبة عليها، الأمر الذي يخفف من حدة الخلاف حول تفسير القانون الواجب التطبيق. ومن أهمها شرط إعادة التفاوض الذي يتم إدراجه بغية العودة إلى طاولة المفاوضات للبحث في المسببات المحيطة بالمنازعة واقتراح الحلول الملائمة وضمان إستمرار تنفيذ العقد.

إن الشروط التعاقدية المتضمنة في بنود العقد تسمح بتعديل العقد حال وقوع أحداث وظروف من شأنها أن تخل بالتوازن، حيث تعجز النصوص القانونية الواجبة التطبيق من إعادة هذا التوازن، بل أن هذه الشروط تم أعمالها كنصوص تشريعية حيث تحولت الممارسة التعاقدية إلى نصوص تشريعية.

وعليه يعتبر شرط إعادة التفاوض شرطاً خاصاً تختلف صورته باختلاف العقود والظروف، أي أن مضمون هذا الشرط ليس واحداً في العقود، وخاصة في عقود الاستثمار التي تمتاز بخصوصية عن باقي العقود الدولية كونها عقود تمتاز بطول المدة. كما يتنوع هذا الشرط بتنوع رغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، مما يجعل هذا الشرط يواجه في العقد ظروفاً اقتصادية بينما يواجه في عقود

أخرى ظروفًا سياسية أو مالية. وكما قد يتفق الأطراف على تطبيق هذا الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أيا كان مقدار الضرر الحاصل، فقد يشترطون أن يكون الضرر جسيماً وغير مألوف لتطبيقه.

يضاف إلى ذلك شرط القوة القاهرة الذي يتمدد ويتقلص مفهومه من طرف لآخر ومن نظام قانوني إلى نظام قانوني آخر، وصياغة وإدراج هذا الشرط في عقد الاستثمار الدولي من شأنه أن يبرز تصور وإرادة الأطراف متى يتم التحقق شروط القوة القاهرة وما هي الإجراءات الواجب اتخاذها عندئذٍ.

كما تبين لنا أن التوازن الإقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتزداد أهميته بالنسبة إلى عقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة، وإن هذا التوازن الإقتصادي يتأثر بفعل التغيرات التي تعاصر العقد إبرام عقد الاستثمار في حد ذاته، نظراً لطبيعة هذه الأخيرة كونها تستغرق وقتاً طويلاً لتنفيذها، فتلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للإلتهيار أو تصبه بالخلل، ويترتب على هذا الخلل كثير من الأحيان إثارة النزاعات التي تتنوع وتعدد أسبابها، وإن هذا التخلل في العقد يكون لإرادة الأطراف دور في إرجاع العقد إلى ما كان عليه من قبل من خلال التفاوض على كل التغيرات من خلال إدراجهم لهذا الشرط، كأساس في العقد بحيث تكون صياغته دقيقة جداً حتى يتسنى لهم العمل على التوازن.

ووفقاً لما تقدم ذكره تعتبر عقود الاستثمار الدولية، عقوداً تمنح لإرادة الأطراف حرية كاملة، حيث يكون هناك تكافؤ ما بين الإرادات في إختيار الوسائل المناسبة والموائمة لتسوية المنازعات القائمة بشأنها، سواء كانت هذه الوسائل تحاكمية أو غير تحاكمية، ووفقاً لما تكفله الاتفاقيات الدولية المتضمنة تسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية. فتفضيل الوسائل غير التحاكمية أو الودية للتسوية، والمتمثلة أساساً في التوفيق والوساطة، لأنها تمارس خارج إطار النزاع القضائي لكنها هي الأصل في حل أزمة النظام القانوني، حتى أن البعض يطلق عليها بالمرادفات القضائية.

والطرق الودية هي طرق سلمية لأنها من عمل الإرادة المنفردة أو المشتركة للمتخاصمين، بمعنى أن موضوعها ليس طلب رأي ملزم يصدر من غير ذي ولاية يحتكم إليها أي طلب حكم يفرض على الأطراف تنظيمًا خارجياً لمراكزهم القانونية إنفاذاً للقانون، وإنما موضوعها تكوين رأي ذاتي بإرادة منفردة لأحد الطرفين أو بإرادتهما المشتركة يعبر عن تنظيم ذاتي للمصالح أو المراكز المتنازعة في واقعة خلافية، وكما أنها لا تفرض قيام نزاع قضائي، فلا تخضع لمبدأ الغيرية، وإنما هي تعبير عن سلطان الإرادة الذاتية في إزالة تجهيل المراكز القانونية أو فض المنازعات حولها وفاقياً.

وفي حال عدم جدوى الوسائل الودية (غير التحكيمية)، لا بد أن تجد المنازعة حلا لها في سلك طرق تحكيمية تتمثل في القضاء الوطني الذي إعتبره المشرع الجزائري كأصل في تسوية منازعات الإستثمار. وحينما يلجأ الأطراف إلى القضاء الوطني تنتفي الإرادة ويستتبع ذلك إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات للدولة التي يباشر فيها النزاع الإستثماري، وقد يفرض ذلك إلى اللجوء إلى القضاء الدولي، المتمثل في محكمة العدل الدولية، متى ما توافرت الشروط الكفيلة بذلك بحيث تحل الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها محله في مقاضاة الدولة المضيفة للإستثمار وتكون هذه الحماية غير أكيدة وهي خاضعة للسلطة التقديرية للدولة طالبة الحماية القانونية للمستثمر التابع لجنسيتها.

إلى جانب ذلك، يبقى التحكيم طريقا تحكيميا بديلا عن القضاء غالبا ما يفضل المستثمر الأجنبي الإلتجاء إليه، وهو الطريق الذي فرضته الاتفاقيات الدولية المنظمة للإستثمار أو لحمايته، سواء كانت جماعية أو إقليمية أو ثنائية، على الدول المضيفة للاستثمار، مما حدا بها إلى تكريسه ضمن منظومتها التشريعية كضمانة للمستثمر الأجنبي والتحرر من قيود اللجوء إلى قضائها الوطني. فاللجوء للتحكيم طريق إرادي إتفاقي .

إلا أن التوسع في تفسير النصوص القانونية في الاتفاقيات الدولية المنظمة للإستثمار وشروط الانضمام لها يجعل من مجرد التوقيع عليها قبولا ضمناً باللجوء إلى التحكيم ولو لم يتضمن عقد الإستثمار الدولي إتفاق التحكيم، وبذلك ينكمش دور الإرادة في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل عن القضاء الوطني للدولة المضيفة وينعقد الاختصاص للهيئة التحكيمية بالإرادة المنفردة للطرف المتضرر، وهذا ما يسمى بالتحكيم بدون صيغة.

بالإضافة الى أن دور الإرادة في التحكيم في بعض المواطن قد تراجع وخاصة في التحكيم المؤسسي، ويظهر ذلك بمجرد لجوء الأطراف الى هيئة تحكيمية متخصصة في مجال تسوية منازعات الإستثمار، فإنهم وافقوا ضمنا على الإجراءات المنتبجة في هذه المؤسسة وأن الإجراءات التي تطبق عليهم هي إجراءات الهيئة.

ويتراجع دور الإرادة في التحكيم حتى في مناسبة تشكيل هيئة التحكيم، ويتضح هذا في حالة عدم أو سكوت أحد الاطراف على إختيار المحكم فإن هيئة التحكيم تختار محكما مباشرة بدون الرجوع الى المتخاصمين، وذلك لحسن سير عملية التحكيم.



إلا أنه يبقى للإرادة دور فاعل على كل حال لأنها هي المنشأ المباشر لتأهيل المحكم للفصل في الخصومة المعروضة عليه ، وأن إستقلاليتها هي التي عتقت المحكم من الولاء للدولة ومن تحكم قانونها، وأعطته سلطة الرقابة الذاتية على تأهيله وكانت الأساس الذي أمّن له فاعليته وقلب المعادلة لصالح المحكم الذي صار رقيباً على إختصاص القاضي نفسه، بل إنها إعتبرت هي قانون إختصاص المحكم بل وحتى سيادته التحكيمية.

والملاحظ أن تطوّر نظام مؤسسة التحكيم يسير بنسق متسارع نحو تأمين إستقلاليتها الكاملة على مستوى تحقيق الأمن الموضوعي للأحكام الصادرة عليه، بمنحه سلطة وأدوات الرقابة الشاملة لكامل مراحل التحكيم بل وحتى على مستوى تحقيق الأمن التنفيذي لهذه الأحكام وفتح الباب على إبطال الأحكام جزئياً وإستبعاد الطعن كلياً.

أما تدخل قضاء الدولة اللاحق عن استنفاد المحكم ولايته ودخول الحكم حيز التنفيذ بغاية تحقيق اليقين التنفيذي فقد تجلّى أنه تدخل تنفيذي، مرفقي، وقائي، غاية وأداة لأنه يرمي إلى ضمان مقبولية السند التحكيمي إزاء مقتضيات النظام العام لبلد التنفيذ، ويتسلط على سند تحكيمي كامل ونافذ من ذاته إذ تجتمع فيه عناصر الحكم القضائي وهي المحكمة ذات الولاية، وسلطة المحكم والإجراءات، وتجتمع له آثار الحكم وهي ثلاثية القوة الإحتجاجية بما لعضوه من ولاية توثيقية قانونية، والقوة الملزمة بما له من ولاية حكم كاملة قائمة على ثلاثية الإرادة (الأطراف والمحكم والقانون) .

لقد تجلّى أن لإرادة الأطراف دور مهم جداً ومتباين في ذات الوقت يتخذ في بعض الحالات مظهر قوة وفي بعضها الآخر مظهر ضع

## قائمة المراجع

## أولا - القانون

### أ - الدساتير والقوانين

القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، سنة 2016، ص 2.

القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أبريل لسنة 2005، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة في 19 جويلية 2005.

القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008، ص 3.

القانون رقم 14-05 المؤرخ في 24 فيفري المتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 18، لسنة 2014، ص 3.

القانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، لسنة 2016، ص 18.

### ب - الأوامر

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الأمر 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار.

### ج - المراسيم الرئاسية

المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتضمن الإنضمام بتحفظ الى الإتفاقية التي صادقت بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الجريدة الرسمية، العدد 48، سنة 1988، ص 1599. رقم 1

- المرسوم الرئاسي رقم 89 - 18 مؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989، الجريدة الرسمية، العدد 9، مؤرخة في أول مارس سنة 1989، ص 234. رقم 2
- المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المتضمن المصادقة على الإتفاقية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو سنة 1990، ج ر، العدد 06، 1991. ص 203.
- المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05 سنة 1991، المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين دولة الجزائر والحكومة الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991، الجريدة الرسمية العدد 46، سنة 1991، ص 1779. رقم 2
- المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم ما بين الدولة الجزائرية والإتحاد الإقتصادي البلجيكي للكوسمبورغي المتعلق بتشجيع الإستثمارات، الموقع في الجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، الجريدة الرسمية العدد 46، سنة 1991، ص 1775. رقم 2.
- 1 - المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 2 يناير سنة 1994، المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الدولة الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الإستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين في الجزائر، في 13 فيفري سنة 1993، ج.ر عدد رقم 01، 1994. ص 4.
- 2 - المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الدولة الجزائرية والحكومة الإسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1995، الجريدة الرسمية، العدد 23، سنة 1995.
- 3 - المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية العدد 66، سنة 1995. ص 3.
- 4 - المرسوم الرئاسي رقم 97-229 المؤرخ في 23 ماي سنة 1997، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين دولة الجزائر وحكومة قطر، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بدولة قطر بتاريخ 24 أكتوبر سنة 1996، الجريدة الرسمية، العدد 43، سنة 1997، ص 4.

- 5 -المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر 1998 المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم ما بين الدولة الجزائرية وبين حكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع في مصر بتاريخ 29 مارس 1997، الجريدة الرسمية، العدد 76، سنة 1997، ص 7.
- 6 -المرسوم الرئاسي رقم 98-430 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 1998، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة سوريا حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 97، 1998. ص 4.
- 7 -المرسوم الرئاسي رقم 01-211 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2001، المتضمن المصادقة على إتفاقية بين الدولة الجزائرية وحكومة اليمن الجمهورية حول تشجيع الإستثمارات والحماية المتبادلة، الموقع في صنعاء بتاريخ 25 نوفمبر سنة 1999، الجريدة الرسمية، العدد 2001، ص 42.6.
- 8 -المرسوم الرئاسي رقم 03-525 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2003، المتضمن التصديق على الإتفاق بين الدولة الجزائرية وحكومة مملكة الدنمارك حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع في الجزائر 28 أكتوبر سنة 2002، الجريدة الرسمية، العدد 2، سنة 2004. ص 7.
- 9 -المرسوم رئاسي رقم 03-115 المؤرخ في 17 مارس سنة 2003، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والجمهورية الأثيوبية الفدرالية الديمقراطية حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 19، 2003.
- 10 -المرسوم الرئاسي رقم 04-327 الموافق لـ 10 أكتوبر سنة 2004، المتضمن الإتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية ودولة النمسا، الجريدة الرسمية، العدد 65 لسنة 2004، ص 10
- 11 -المرسوم رئاسي رقم 03-115 المؤرخ في 17 مارس سنة 2006، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية تونس، حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 73، 2006.

## ثانياً: الكتب

### أ - الكتب المتخصصة

- 1 - أحمد خليل «مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري» دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1999.
- 2 إبراهيم شحاتة «معاملة الإستثمارات في مصر» دار النهضة العربية، القاهرة،

2001

- 3 - أحمد عبد الحميد عشوش «التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار» دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990
- 1 - أحمد محمد حشيش «القوة التنفيذية لحكم التحكيم» دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 2 - أحمد مخلوف «إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية»، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 3 - بشار محمد الأسعد «عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 4 - بشار محمد الأسعد «عقود الدولة في القانون الدولي» منشورات زين الحلبي، بيروت، 2011.
- 5 - جابر فهمي عمران «الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية» دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013.
- 6 - جلال وفاء محمدين «التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، الإجراءات والإتجاهات الحديثة» دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001
- 7 - حازم حسن جمعه «القانون الإقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 8 - حسام الدين فتحي «إتفاق التحكيم» دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 9 - الحسين السالمي «التحكيم وقضاء الدولة»، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008.
- 10 - الجندي حسين أحمد «النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبية على ضوء

- إتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965 « دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- 11 خالد كمال عكاشة «دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية» دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2014.
- 12 -سلامة فارس عرب «وسائل معالجة إختلال التوازن عقود التجارة الدولية» دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر 2000.
- 13 عاطف شهاب «إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي» دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 14 -عجة الجيلالي «الكامل في قانون الإستثمار» دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 15 -عصام الدين بسيم «النظام القانوني للإستثمارات الاخذة في النمو» دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- 16 -عصام القصبي «التحكيم في منازعات الإستثمار» جامعة المنصورة، القاهرة، 1991.
- 17 -علاء آباريان «الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 18 -عيبوط محند وعلي «الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري» دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 19 -كمال إبراهيم «التحكيم الدولي، حتمية التحكيم وحتيمية قانون التجارة الدولي» دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- 20 -محمد إبراهيم موسى «التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية

- منازعات التجارة الدولية» دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 21 - محمد عبد المجيد «عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها» بدون دار نشر، مصر، 2000.
- 22 - محمد عبد المجيد «القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 23 - مصطفى خالد النظامي «الحماية الإجرائية للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دراسة مقارنة» دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 24 - هرتضى جمعة عاشور «عقد الاستثمار التكنولوجي» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 25 - مصطفى محمد «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية» الإسكندرية، مصر، 2010.
- 26 - هنير عبد المجيد «التحكيم في منازعات التجارة الدولية» دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1995.
- 27 - صفوت عبد الحفيظ «الدولي القانون أحكام تطوير في الأجنبي الاستثمار دور» . 2000 مصر، الإسكندرية، دار المعارف الجامعية، «الخاص، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية» دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
- 28 - ناصر عثمان محمد
- 29 - نصري منصور نابلسي «العقود الإدارية، دراسة مقارنة» مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان 2001.
- 30 - نبيل إسماعيل عمر «التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية» دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
- «المركز القانوني للمستثمر الأجنبي» دار الجامعة الجديدة،



- 31 - هفال صديق اسماعيل الإسكندرية، مصر، 2000، 2010.
- 32 - هبة نزع «توازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الإستثمار الدولي» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2016.
- 33 - هشام علي صادق «الحماية الدولية للمال الأجنبي» دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 34 - حمزة حداد «التحكيم في القوانين العربية»، دارالثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2010.
- ب/ الكتب العامة
- 1 - أحمد أبو الوفاء «العلاقات الدولية» دار النهضة العربية، مصر، 1998
- 2 - أحمد سمير محمد ياسين «دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية، دراسة مقارنة» دار الكتب القانونية، مصر 2016.
- 3 - أحمد عبد الحميد عشوش «قانون النفط، الإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية، دراسة مقارنة» مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، مصر، 1989.
- 4 - أحمد عبد الرزاق خليفة «القانون والسيادة وإمتيازات النفط (مقارنة بالشرعية الإسلامية)» مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 1997.
- 5 - أحمد عبد الرزاق خليفة «القانون والسيادة وإمتيازات النفط» مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت لبنان، 1997.
- 6 - أحمد عبد الكريم سلامة «نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية إنتقادية» دار النهضة العربية ، القاهرة، 1989.

- 7 أحمد عبد الكريم سلامة «علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً» مكتبة الجلال، المنصورة مصر، 1996.
- 8 أحمد محمد حشيش «نظرية وظيفة القضاء» دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2002.
- 9 -أزاد حيدر باوه «دور الوساطة القضائية في تسوية المنازعات المدنية» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- 10 -أسامة حجازي المسدي «القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية» دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.
- 11 أشرف عبد العليم «القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة» دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 12 -ثروت بدوي «النظرية العامة في العقود الادارية» دار النهضة العربية، 1976.
- 13 - حفيظة السيدة الحداد «العقود المبرمة ما بين الدولة والأشخاص الأجنبية» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 14 حازم بيومي المصري «التوازن في العقد الإداري الدولي الفيديك - اليونسترال، دراسة مقارنة» دار النهضة العربية، 2010.
- 15 حسين حنفي عمر «دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدول في الخارج» دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 16 -حفيظة السيد الحداد «الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق» دار المطبوعات الجامعية، مصر 2001.
- 17 -سامية راشد «دور التحكيم في تدويل العقود» الطبعة الأولى، دار النهضة

- العربية، 2000.
- 18 -سراج أبو زيد «التحكيم في عقود البترول» دار النهضة العربية ،مصر ، 2004.
- 19 -سليمان الطماوي «الأسس العامة للعقود الإدارية» دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1984.
- 20 -شريف محمد غنام «أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية» مطبعة الفجيرة الوطنية، مصر، 2010.
- 21 صلاح الدين، محمود «الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية» دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 22 -ظاهر مجيد قادر «الإختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط، دراسة مقارنة» منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2013 .
- 23 -عاشور مبروك «نحو محاولة للتوفيق ما بين الخصوم، دراسة تحليلية مقارنة» دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 24 -عبد الحكيم مصطفى «عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص» مكتبة النصر ،جامعة القاهرة، 1992.
- 25 -عبد الحميد الاحدب «التحكيم، أحكامه ومصادره، موسوعة التحكيم» دار المعارف، 1998.
- 26 -عبد الحي حجازي «النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي» مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1983.
- 27 -عبد العزيز خليفة «التحكيم في المنازعات الادارية الداخلية والدولية» « دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2006.
- 28 -عبد المنعم خليفة «الأسس العامة للعقود الادارية» المكتب الجامعي الحديث،

مصر، 2015.

- 29 - عبد الهادي الأكيابي «النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص» دار الكتب والوثائق الوطنية، القاهرة، 2000.
- 30 عبد الهادي وجهاد «التحكيم الإختياري والإجباري، التحكيم في المنازعات الدولية. هوامش والتحكيم في التجارة الدولية» المكتبة القانونية أديب إستنبولي، 1998.
- 31 عصمت عبد المجيد بكر «نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها» دار الحرية للطباعة، بغداد، 1993.
- 32 عصمت عبدالله الشيخ «التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي» دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 33 علي عوض حسن «التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية» دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 34 عمر سعد الله «قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة» دار هومة، الجزائر، 2007.
- 35 فتحي والي «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق» منشأة المعارف، مصر، 2006.
- 36 فضيل نادية «تطبيق القانون الأجنبي امام القاضي الوطني» دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
- 37 فهد محمد العفاسي «عقود الثروات الطبيعية في ظل إتفاقيات المشاركة الأجنبية(العقود النفطية نموذجاً)» الدار الأكاديمية للنشر والتوزيع، الكويت، 2007.
- 38 فوزي محمد سامي «التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري

- الدولي)» دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008.
- 39 محمد أبو زيد «المفاوضات في الإطار التعاقدى» دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 40 محمد الزين «النظرية العامة للإلتزامات، العقد» بدون دار نشر، تونس 1997.
- 41 محمد حسام لطفي «المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي» بدون دار نشر، 1995.
- 42 محمد حسين أحمد «العقود الدولية» دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 43 محمد عبد العزيز علي «فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية» دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2000.
- 44 محمد عبد الله محمود «منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية» دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- 45 محمد عبد المجيد «القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 46 محمد محي الدين إبراهيم «نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة» دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 47 محمود السيد التحيوي «التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود» الإدارية،» دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1999.

- 48 محمود محمد الياقوت «قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق» دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 49 مراد محمود المواحدة «التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الإداري، دراسة مقارنة» دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 50 -مصطفى المتولي قنديل «دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية» دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 51 مكتب الشلقاني «مبادئ العقود التجارية الدولية» دار الكتب المصرية، القاهرة، 2000.
- 52 هنير عبد المجيد «قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية» دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995.
- 53 هنير عبد المجيد «الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء التحكيم» منشأة المعارف، الاسكندرية، القاهرة 2000.
- 54 خادر محمد إبراهيم «مركز القواعد عبر الدولية» دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 55 نبيل بشر «المسؤولية الدولية في عالم متغير» دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1990.
- 56 نصري منصور نابلسي «العقود الإدارية، دراسة مقارنة» مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2010.
- 57 -هشام علي صادق «القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء والمحكمين وتوصيات المجتمع

- الدولي) « منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.
- 58 وائل أحمد علام «مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية» دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 59 وجدي راغب الفهمي «النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات» منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، 1974.
- 60 وفاء حلمي أبو جميل «وقف عقد العمل، دراسة فقهية وقضائية مقارنة» دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة طبع.
- 61 وفاء مزيد فلحوط «المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 62 -وليد محمد عباس «التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية» دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

### ثالثا: الأطروحات والمذكرات

#### أ - الأطروحات

- 1 - أحمد مروك « شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية » أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014.
- 2 جاسود عبد المالك « حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي »، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015 /2014.
- 3 جهاء الدين مسعود سعيد «أثر اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مبدأ سيادة الدولة ومبادئ ونظريات القانون الإداري، دراسة تحليلية مقارنة»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، بكلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2015/2014.

- «شرط التحكيم التجاري من حيث صحته وإستقلاله»، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمان للدراسات العربية، 2006
- 4 -حازم حسن جمعه
- «تسوية منازعات الاستثمارات» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.
- 5 -حسن طالبي
- «الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1998.
- 6 رفيق عطية الكسار
- «ضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
- 7 ژروال معزوزة
- 8 -شلتاع شيماء محمد
- «القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة والأشخاص الأجنبية»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2005.
- 9 -صفاء تقي الدين العيساوي
- «القوة القاهرة وأثرها على عقود التجارة الدولي ة» ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه بكلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2005 .
- 10 -صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمان
- «عقود نقل التكنولوجيا ،دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1994.
- 11 -عدلي محمد
- «النظام القانوني للعقود المبرمة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة



تلمسان 2010 / 2011.

- 12 عمار معاشو «الضمانات القانونية في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 1998.
- 13 - عمرو طاحون «تأثير الهيمنة الاقتصادية على التوازن العقدي»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العراق، 2010.
- 14 علي أبو بكر محمد القديمي «أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد الأشغال العامة في القانون الليبي»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق بصفافس، تونس، 2016/2017.
- 15 - غسان علي علي «الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية، عين شمس، مصر، 2004.
- 16 - محمد مجدي صبحي «التحكيم في المعاملات المصرفية الدولية» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات سنة 2009 - 2010.
- 17 - نرمين محمد محمود «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2000.
- 18 - هند محمد مصطفى مصطفى «وسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، القسم التجاري، جامعة القاهرة، 2015.

19 -هني عبد اللطيف

«حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد» دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2015 .

ب رسائل الماجستير

1 أحمد بوخلخال

«نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.

2 أقتول محمد

«النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2015

3 -جابر محمد

«دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة» مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009

4 -الحسن، رفاذ معين

« مدى كفاية قواعد التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في التشريع الأردني» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بكلية الحقوق، عمان، الأردن 2015.

محمد

5 -الحميري فهد بجاش

« النظام القانوني لعقود الإستثمار النفطي في اليمن، دراسة مقارنة» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن ، 2006 .

6 -شادي حلو أبو حلو

« تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي وفقا لإتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة الدولية» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ال البيت، 2004.

- 7 - العليمي خالد سعد «الشروط الواجبة توفرها في الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي في العقد الإداري» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات القانونية العليا، الأردن، 2004.
- 8 - عيداء بوادقجي «القواعد ذات التطبيق الضروي في إطار نظرية التنازع» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، بكلية الحقوق، جامعة حلب سوريا، 2015/2014.
- 9 - عيد عبد الحفيظ «مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية» مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2005 .
- 10 - علة عمر «حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي "دراسة مقارنة»، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2008.
- 11 فوز محمد صقر «التوازن المالي في العقود الإدارية وتطبيقاته في دولة الكويت»، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بكلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2012.
- 12 القرعان عامر صالح، «مدى تقيد المركز الدولي واشنطن باختصاصه في تسوية منازعات الاستثمار» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بكلية الحقوق والعلوم السياسية، الأردن، 2016.
- 13 - قبائلي طيب «التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

- 14 -عباش عبد الله «الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2001 / 2002.
- 15 -محمد سعد فالج «مدى رقابة القضاء على حكم التحكيم، دراسة مقارنة» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، فلسطين، 2011.
- 16 -مرازة اسيا «تسوية منازعات الإستثمار الاجنبي،» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر، 2007.
- 17 -مفتاح، خلف الله المهدي «طرق فض منازعات الاستثمار الأجنبي في الدول الأقل نموا : دراسة مقارنة» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الشريعة والقانون، أم درمان السودان، 2015.
- 18 -محمد المهدي الفارع «التحررية في مادة التحكيم التجاري الدولي ،» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والإستثمارات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، المنار، 2006/2007.
- 19 -المواحدة، مراد محمود، «التحكيم في عقود الدولة، دراسة مقارنة» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2002 .
- 20 -هاشمي أعمر «سيادة الدول النامية في عقود الإستثمار» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
- 21 -زيد، عبدالعزيز «التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة ،» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بكلية الحقوق، جامعة الأردن،

.2007/2006

رابعاً - المقالات

1 - ابراهيم شحاتة

«دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية» مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد رقم 41، مصر، 1985.

2 - ابراهيم شحاتة

«نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والإستثمار الدولي، مع إهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار،» مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 417، 1989.

3 - أحمد

عبدالكريم

«إستقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الاصيلي الوارد فيه، دراسة وصفية و تحليلية مقارنة» مقال منشور في مجلة الحقوق، المجلد 37، العدد الرابع، الكويت، 2013 محمود

4 - أحمد الورفي

«إستقلالية الإجراءات التحكيمية» مقال منشور في عدد خاص في مجلة التحكيم تونس، أبريل 2002.

5 - أحمد عبد الكريم

سلامة

«تحرير التجارة العالمية وأثره النظام القانوني للعقود الدولية» مقال منشور في مجلة البحوث القانونية الإقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19، جامعة المنصورة، مصر، 1997.

6 - أحمد عبد الكريم

سلامة

«نظام الوساطة كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات ودياً» مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي الإمارات،

العدد 01 ، 2014.

- 7 - جعفر المغربي «وقف التنفيذ عقد العمل في قانون العمل الأردني» مقال منشور في مجلة مؤته للبحوث والدراسات، العدد 39، الأردن، 2005.
- 8 - زياد محمد فالح «دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية» الجزء الأول، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 33، فلسطين، 2013.
- 9 - السلطاني عبدالرحيم «شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية،» مقال منشور في مجلة القانون المغربي، العدد 16 عشر، 2010، المغرب، 2010.
- 10 - سعد علام «شرط التحكيم في اتفاقيات البترول بالبلاد العربية بين الإبقاء والإلغاء» مقال منشور في مجلة البترول، العدد الأول، السنة الرابعة، 1966.العراق.
- 11 - سلام محمد «الوساطة والتوفيق كآليات بديلة لتسوية نزاعات الاستثمار» مقال منشور في مجلة القصر، المجلد العاشر، المغرب، 2005.
- 12 - الطبطبائي عادل «مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة» مقال منشور في مجلة الحقوق، المجلد 16 العدد 4، الكويت، 1992.
- 13 - عبد الرؤوف دبابش «مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون» مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية بجامعة محمد خيضر ببسكرة، العدد 44، جوان 2016.
- 14 - عبد الوهاب بن سعد الرومي «الإستحالة والسبب الخارجي عن المدين، دراسة لمفهوم نفسي لهذا السبب» مقال منشور في مجلة الحقوق الكوينية، العدد 22، يونيو، 1992.
- 15 - العتوم منصور إبراهيم، «أثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة

- مقارنة»مقال منشور في مركز مؤته للبحوث والدراسات، العلوم  
الإجتماعية والإنسانية،مجلة 23 العدد 4 ،الأردن، 2000.
- 16 عزيز كاظم «إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا» مقال منشور في مجلة  
الكوفة للعلوم القانونية والسياسية بالعراق، المجلد الأول ، العدد  
الثالث والعشرون، 2015.
- 17 عكاشة محمد عبد «الضمانات القانونية لحماية الإستثمارات الأجنبية» مقال منشور في  
أفاق وضمانات الإستثمارات العربية الأوروبية، مركز الدراسات  
العربي ، الأوروبي، الطبعة الأولى، سنة 2001
- 18 علاء التميمي عبده «دور التحكيم في تحقيق التوازن في عقود الإستثمار الدولية» مقال  
منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والستون، أبريل،  
2015.
- 19 علي محمد عبد  
الكريم «تكييف بنود الإستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة،  
مقال منشور في مجلة الحقيقة ، بجامعة أدرار، العدد 18، سنة  
2011.
- 20 عنوان محمد «تسوية منازعات العقود الإقتصادية» مقال منشور في مجلة نقابة  
المحامين الأردنيين، ملحق 1-3، 1977.
- 21 غسان عبيد «شرط الثبات دوره في التحكيم عقود البترول» مقال منشور في  
مجلة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، كربلاء العراق. 2009.
- 22 -قادري عبد العزيز «دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات  
الدولية،» مقال منشور في مجلة الإدارة عدد 01 سنة 1997.
- 23 لعجال يسمينة «فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود  
الاستثمار الدولية،» مقال منشور في مجلة العلوم القانونية  
والسياسية، المجلد 9، العدد الأول، بجامعة الوادي، 2018

- 24 محمد سلام «الوساطة والتوفيق كأليات بديلة لتسوية نزاعات الإستثمار» مقال منشور في مجلة القصر، العدد العاشر، المغرب، 2005.
- 25 منصور فرح السعيد «النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد (دراسة قانونية إقتصادية مقارنة)» مقال منشور م جلة الحقوق الكويتية، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر 2003.
- 26 مصطفى المتولي «التوفيق كوسيلة لفض المنازعات، دراسة على ضوء القانون رقم 07 لسنة 2000 المصري بشأن فض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها» مقال مقدم في مؤتمر قسم المرافعات، قسم الحقوق طنطا بمصر، 25 مارس 2005.
- «أزمة تحديد القانون الواجب التطبيق في ميدان عقود الإستثمار في النفط والغاز» مقال منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الاول، العراق، 2017.
- 27 نافح بحر سلطان
- 28 عبد المومن بن صغير «دور الاتفاقيات الثنائية في تحديد الإطار المفاهيمي القانوني للإستثمار الأجنبي» منشور بالمجلة الالكترونية المتخصصة، موقع العلوم القانونية المتمثل فيما يلي:  
<http://www.marocdroit.com> تاريخ الإطلاع: 2017/01/10  
على الساعة: 17:32.
- 29 عبد المومن بن الصغير «التحكيم في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر، دراسة حالة واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر» مقال منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد السابع، المغرب، 2013.



«المفاوضات لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي» دنيا الوطن، صحيفة الكترونية، 2011/05/11، متوفرة بالموقع الإلكتروني التالي:

<http://pulpit.alwalanvoice.com/contert/print/228599>

تاريخ الإطلاع: 2017/02/25 على الساعة 18:50.

### الملتقيات الوطنية والدولية

#### 1 أسامة كردي

« دور الغرف العربية في جذب الإستثمارات المشتركة، أفاق وضمانات الإستثمارات العربية والأوروبية، » أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت من 13 إلى 2001/02/10، الطبعة الأولى، فبراير 2001، مركز الدراسات العربي الأوروبي بباريس 2000.

«المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البوت» المنعقد في القاهرة، مصر في 28 و29 أكتوبر 2000.

#### 2 محمد أبو العينين

«تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقاً لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية» منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية، 1998.

#### 3 محمد حسام لطفي

«دور شروط الثبات التشريعي في المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات الطاقة وإشكاليات التطبيق» المؤتمر السنوي الحادي والعشرون بين القانون والاقتصاد 2002.

4 محمود فياض

«عقود التجارة الدولية طويلة المدى ،حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد»  
،دروس القيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة عين شمس بكلية  
الحقوق،جامعة القاهرة ،2001.

5 ناجي عبد المؤمن

« الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية في المجلة التونسية للقانون  
الدولي الخاص» أعمال الملتقى حول مجلة القانون الدولي الخاص  
الذي نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائي لوزارة العدل يوم 12  
مارس 1999، منشورات المركز،

6 نور الدين قارة

مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة منشور في سلسلة دراسات الأونكتاد «  
بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، الأمم المتحدة نيويورك  
وجنيف، 2004، ص 20 ، منشورة على الموقع :  
[http://unctad.org/ar/docs/iteiit200411\\_ar.pdf](http://unctad.org/ar/docs/iteiit200411_ar.pdf)  
ومحملة على الساعة 22:29 يوم 2018/02/22 .

7 -العقود الحكومية

– المراجع باللغة الإنجليزية II

A \_ The Books :

- 1/ **Bettems, Denis** **The Contracts Between States and Foreign Enterprises"**, International Perspective, Lausanne, Meta Editions, 1988.
  - 2/ **Jennings, Robert** **"States Contracts in International Law"**, British Year Book of International Law, 2000.
  - 3/ **Nassar nagla** **Sanctity of Contracts Revisited: A study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transaction** (Martinus Nijhoff Publishers: Netherlands 1995).
  - 4/ **Rudolf dolzer and christoph scheur** **principles of international Investment law** ,1998 chrg de site <https://global.oup.com/.../principles-of-international-investment-law>
  - 5 / **Taida Begic** **Applicable Law In International Investment Disputes**, Eleven International Publishing, Utrecht, The Netherlands, 2005.
- b- Articles**
- 1/ **Bouchez** **The Prospect for International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises**, J.I.A, Vol 8, 1991.
  - 2/ **Bernardi** **The Renegotiation of the Investment Contracts, ICSID**, Rev. F.I.L.J, Vol.13, No 2, 1998.
  - 3/ **Emmanuelgaillard and yas banifatemi** **Introductory note to icsid: salini costruttori spa and italstrade spa v. Kingdom of morocco (proceeding on jurisdiction, international legal materials**, vol. 42, no. 3 may 2003.
  - 4/ **Moshe Hirsch** **The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes**, Martinus Nijhoff publication, 1993.
  - 5/ **Paulsson** **Arbitration Without Privity, ICSID Review-F.I.L.J**, Vol 10, N2, 1995.
  - 6/ **Klaus. peter** **Renegotiation and Adaptation of international Investment Countracts: The Role of contracts Drafters and Arbitrators**, vanderbil journal transnational law ,vol ,36 :1347 ,2003.
  - 7/ **Thomas and george** **Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation** 31

Texas International Law Journal 233. 1996.

- 8/ Redfen **The arbitration between the Government of Kuwait and Amoco**, by ibid. vol 55, 1999.
- 9/ Uliman Harold **Droit pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain**, revue des affaires internationales, n7 1988.

### – باللغة الفرنسية III

#### A/Ouvrages

- 1/ Bernard audit **le droit international privé en quête d'universalité : cours général**, volume 305, 2001, sur le site : <http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy>; 22:30.
- 2/ Burt Goldman **le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants "in investissement étrangères"**, édition, Encyclopédie Delmas, Paris 1969.
- Droit judiciaire privé**, Paris, Litec, 3<sup>e</sup> édition, Paris 2000.
- 3/ Cadet **L'Arbitrage Commercial International**, éditeur Lextenso Edition, Paris 1965.
- 4/ Fouchard et Philippe **l'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme**, rev arb. 1998.
- 5/ Jarrosson
- 6/ Motulsky **la nature de l'arbitrage** ; Etudes et notes sur l'arbitrage ; Dalloz ; 1974.
- 7/ Prujiner **champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales, in compétition arbitration law**, Edition le Moniteur, France, 2007.
- 8/ Rousseau Charles **Droit international public**, les éditions Bruylant, Paris, Sirey, 1970.

9/ Stern Briqitte **L'entree de la ociété civile dans L'arbitrage entre eEtats et investisseurs**, rev arb,2002.

10/ Visscher. Ch **Théories et réalités en droit international public**, Paris, Pédone, 4ème éd 1970.

## B/ Articles

1/ Bruno. OPPETIT **l'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la chausse de hardship**, j. d. i, 4, n 4. 1974.

## Thésés:

1- Christophe seraglini **Le contrat d'arbitre en droit international**, mmoire master 2 droit des contrats, université paris-sud faculté de droit jean-monnet, sans date de publication, p 6 telcharge en site : [http://memoire.jm.u-psud.fr/affiche\\_memoire.php?fich=3971&diff=public](http://memoire.jm.u-psud.fr/affiche_memoire.php?fich=3971&diff=public)

2- Euloge anicet nkounkou **La stabilisation des investissements pétroliers et miniers transnationaux des contrats aux traités**, thèse présentée à la faculté des études supérieures et postdoctorales de l'université laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de docteur en droit ,faculte de droit université laval québec,Paris, 2012.

3- Rochfelaire ibara **L'amenagement de la force majeure dans le contrat : essai de theorie generale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue duree, these, pour l'obtention du grade de docteur de l'université de poitiers ufr de droit et sciences sociales erdp - équipe de echerche en droit prive, paris, 2012. Telechrge de site <http://nuxeo.edel.univ-poitiers.fr/nuxeo/site/esupversions/18c7fdff-0e57-4706-ac1b-6f7e5f7beb65> date telechrmet 09/02/2018 a 20.37**

## rapporets

**1/ Differends entre investisseurs et état:** prevention et modes de reglement autres que l'arbitrage, études de la cnuccd sur les politiques d'investissement international au service du developpement, p32 telechrege de site [http://unctad.org/fr/docs/diaeia200911\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/docs/diaeia200911_fr.pdf) en 12

### مواقع الإنترنت:

- 1 -قواعد التسهيلات الإضافية التي يتيحها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، منشورة على الموقع التالي: [www.worldbank.org/icsid/facility\\_Rules.jp](http://www.worldbank.org/icsid/facility_Rules.jp) تاريخ الإطلاع: 2018/01/07 على الساعة: 10:12.
- 2 -الموقع الالكتروني لل وكالة الدولية لضمان الاستثمار المتمثل فيما يلي: <http://www.miga.org> تاريخ الإطلاع: 2017/01/19 على الساعة: 13:10
- 3 -الموقع الالكتروني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية المتمثل فيما يلي: [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org) تاريخ الإطلاع: 2017/02/22 على الساعة: 22:14
- 4 -الموقع الالكتروني لمنظمة التجارة الحرة لأمريكا الشمالية المتمثل فيما يلي: تاريخ الإطلاع: 2017/03/16 على الساعة: [www.nafta-sec-alena.org](http://www.nafta-sec-alena.org) 09:12.
- 5 -قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادرة في 15 ديسمبر 1976، متوفرة بالموقع التالي: [http://www.sattarsite.com/uncitral\\_rules.htm](http://www.sattarsite.com/uncitral_rules.htm) تاريخ الإطلاع: 2017/03/17 على الساعة: 14:15.
- 6 - الموقع الالكتروني غرفة التجارة الدولية على الموقع التالي: [www.iccarbitration.org](http://www.iccarbitration.org) تاريخ الإطلاع: 2017/03/20 على الساعة: 8:20.
- 7 -موقع الجريدة الرسمية الجزائرية على الموقع يلي: [www.jrdp.dz](http://www.jrdp.dz) تاريخ الإطلاع: 2016/03/23 على الساعة: 10:00 ليلا.
- 8 -موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ( الأونسيترال ): [http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about_us.html) تاريخ الإطلاع: 2017/08/03 على الساعة: 10:30 صباحا
- 9 -الموقع الالكتروني محكمة العدل الدولية المتمثل فيما يلي: [www.icj\\_cij.org/homepage/ar/](http://www.icj_cij.org/homepage/ar/) تاريخ الإطلاع: 2017/01/12 على الساعة: 11:00 صباحا
- 10 - عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم و توجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، مجلة الفقه و القانون، العدد الثالث، يناير 2013،

متوفرة بالموقع الالكتروني: <https://sites.google.com/site/marocsitta/home/adad> -  
[almjlte](#) تاريخ الإطلاع: 2017/09/20، على الساعة: 10:45

الفهرس



## الفهرس

|     |   |
|-----|---|
| 7-1 | مقدمة   |
| 9   | الباب الأول: أولوية إرادة الدولة في تحديد القانون الواجب التطبيق                      |
| 10  | الفصل الأول: تطبيق القانون الوطني للدولة المستقبلية                                   |
| 10  | المبحث الأول: فرض الدولة تطبيق قانونها الوطني: مظهر سيادي                             |
| 11  | المطلب الأول: الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني للدولة                            |
| 11  | الفرع الأول: الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار   |
| 11  | أولاً: تجسيد المبدأ   |
| 14  | ثانياً: الخلاف الفقهي والقضائي حول تكييف عقود الإستثمار                               |
| 17  | الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني إعمالاً للقانون الإتفاقي                           |
| 18  | أولاً: إتفاقية واشنطن لسنة 1965   |
| 20  | ثانياً: إتفاقية روما لعام 1980  |
| 21  | ثالثاً: الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار                             |
| 24  | المطلب الثاني: الأسس السياسية والإقتصادية لتطبيق القانون الوطني                       |
| 25  | الفرع الأول: مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية                                   |
| 27  | الفرع الثاني: ضرورات التنمية الإقتصادية   |
| 30  | المطلب الثالث: خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني إعمالاً لقواعد القانون الدولي الخاص |
| 30  | الفرع الأول: الخضوع للقانون الوطني وفق إرادة الأطراف                                  |
| 31  | أولاً: الاختيار الصريح لقانون الدولة المضيفة  |
| 32  | ثانياً: الإختيار الضمني لقانون الدولة المضيفة   |
| 34  | الفرع الثاني: الخضوع للقانون الوطني إعمالاً لنظرية التركيز                            |
| 37  | الفرع الثالث: موقف الفقه من خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني                        |

|    |  |
|----|--|
| 40 | المبحث الثّاني: الثّبات التشريعي: تراجع لإرادة الدولة                                  |
| 40 | المطلب الأول: من شرط إتفاقي  |
| 41 | الفرع الأول: الجدل حول صحة شرط الثّبات التشريعي  |
| 41 | أولاً: الاتجاه المؤيد لشرط تثبيت القانون الوطني للدولة المستقبلية                      |
| 43 | ثانياً: الاتجاه المعارض لشرط تثبيت القانون الوطني للدولة المستقبلية                    |
| 46 | الفرع الثاني: مرتكزات شرط الثّبات التشريعي   |
| 46 | أولاً: تجميد القانون الوطني الواجب التطبيق على العقد                                   |
| 47 | ثانياً : شرط الثّبات التشريعي، استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد |
| 49 | ثالثاً: وقف تعديل القانون على موافقة المستثمر  |
| 50 | المطلب الثاني: إلى إمتياز تشريعي   |
| 50 | الفرع الأول: التكريس التشريعي لشرط الثّبات التشريعي                                    |
| 53 | الفرع الثاني: أثر مخالفة شرط الثّبات التشريعي  |
| 60 | <b>الفصل الثّاني: الشروط التعاقدية لمعالجة الإختلال الإقتصادي للعقد</b>                |
| 60 | المبحث الأول: شرط إعادة التفاوض  |
| 61 | المطلب الأول: الأساس الإرادي لشرط إعادة التفاوض  |
| 61 | الفرع الأول: الحرية الإتفاقية في إدراج شرط إعادة التفاوض                               |
| 61 | أولاً: حرية الإتفاق على شرط إعادة التفاوض: وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة                   |
| 66 | ثانياً: الصياغة الدقيقة لشرط إعادة التفاوض   |
| 70 | الفرع الثاني: تطبيقات شرط إعادة التفاوض  |
| 73 | المطلب الثاني: مفاعيل شرط إعادة التفاوض  |
| 74 | الفرع الأول: الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض   |
| 77 | الفرع الثاني: أثر الإخلال بالإلتزام بإعادة التفاوض                                     |
| 78 | أولاً: الدفع بعد التنفيذ كجزاء للإخلال بشرط إعادة التفاوض                              |
| 79 | ثانياً : التنفيذ العيني كجزاء للإخلال بشرط إعادة التفاوض                               |
| 82 | المبحث الثّاني: شرط القوة القاهرة  |
| 82 | المطلب الأول: مفهوم شرط القوة القاهرة  |

|     |  |
|-----|--|
| 83  | الفرع الأول: المقصود بالقوة القاهرة                                |
| 88  | الفرع الثاني: شروط تحقق القوة القاهرة                              |
| 88  | أولاً: وجود سبب خارجي عن الأطراف                                   |
| 89  | ثانياً: شرط عدم التوقع   |
| 90  | ثالثاً: عدم إمكانية تلافي الحدث                                    |
| 94  | المطلب الثاني: تحديد الأطراف لأثار القوة القاهرة                   |
| 94  | الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد: أثر لإرادة الأطراف                   |
| 95  | أولاً: وقف التنفيذ وسيلة تضمن بقاء العقد واستمراره                 |
| 96  | ثانياً: وقف التنفيذ وسيلة لتحقيق العدالة العقدية                   |
| 98  | الفرع الثاني: أبعاد الإرادة في إحداث التوازن الإقتصادي للعقد       |
| 99  | أولاً: مظاهر إعادة التوازن   |
| 100 | أ: إعادة التوازن بتعديل الإلتزام ذاته                              |
| 102 | ب: إعادة التوازن بتعديل مقدار الإلتزام                             |
| 102 | ج: إعادة التوازن من خلال تعديل طريقة أداء الإلتزام                 |
| 103 | ثانياً أثر التعديلات على العقد                                     |
| 109 | خلاصة الباب الأول  |
| 111 | الباب الثاني: تكافؤ الإيرادات في اختيار وسيلة حل منازعات الإستثمار |
| 112 | الفصل الأول : الطرق الودية والقضائية                               |
| 112 | المبحث الأول : التوفيق والوساطة: وسيلتان إراديتان                  |
| 113 | المطلب الأول: ضرورة الإتفاق على التسوية الودية في مبتدأ التعامل    |
| 113 | الفرع الأول : الإتفاق على التسوية بواسطة الشرط                     |
| 113 | أولاً: شرط التوفيق   |
| 115 | ثانياً: شرط الوساطة  |
| 118 | الفرع الثاني: الإتفاق على التسوية عن طريق المشاركة                 |
| 118 | أولاً: مشاركة التوفيق  |
| 119 | ثانياً: مشاركة الوساطة   |

|     |  |
|-----|--|
| 120 | المطلب الثاني: تدخل الإيرادات في تسيير ومصير الإجراءات       |
| 121 | الفرع الأول : تقاسم تسيير الإجراءات بين أطراف العقد والغير   |
| 121 | أولاً: تسيير الأطراف للإجراءات                               |
| 124 | ثانياً: تسيير الغير للإجراءات                                |
| 124 | أ: تسيير عملية التوفيق من قبل الموفق                         |
| 126 | ب: تسيير عملية الوساطة من قبل الخبير                         |
| 128 | ثالثاً: مدة التسوية قيد على إرادة الأطراف                    |
| 131 | الفرع الثاني: مصير الإجراءات                                 |
| 131 | أولاً: إلزامية إتخاذ إتفاق التسوية للشكل المكتوب             |
| 133 | ثانياً: تعدد مصادر وقف إجراءات التسوية من دون إتفاق          |
| 136 | المبحث الثاني: اللجوء إلى القضاء، مجرد إحتمال                |
| 136 | المطلب الأول: القضاء الوطني: الحل التشريعي المبدئي           |
| 137 | الفرع الأول: منح الإختصاص للقضاء الوطني                      |
| 137 | أولاً: الضوابط التشريعية لمنح الإختصاص                       |
| 138 | أ: اختصاص القضاء الوطني المبني على خطأ المستثمر الأجنبي      |
| 139 | ب: إختصاص القضاء الوطني القائم على عمل إرادي اتخذته الدولة   |
| 141 | ثانياً: المصادر الدولية لمنح الإختصاص                        |
| 144 | الفرع الثاني: سلب الإختصاص من القضاء الوطني عن طريق الإتفاق  |
| 144 | أولاً: سلطة ممنوحة للمستثمر                                  |
| 147 | ثانياً: أسباب عدم تفضيل القضاء الوطني                        |
| 147 | أ: عيوب القضاء من وجهة نظر الحيادية                          |
| 149 | ب: الحلول المقترحة   |
| 151 | المطلب الثاني: القضاء الدولي، إمكانية متاحة للمستثمر الأجنبي |
| 151 | الفرع الأول : حماية غير أكيدة                                |
| 152 | أولاً: حماية موقوفة على إرادة المستثمر                       |
| 153 | ثانياً: حماية قابلة للإستبعاد، شرط كالفو                     |

|     |   |
|-----|---|
| 155 | الفرع الثاني : شروط لطلب الحماية لا تحققها                  |
| 155 | أولاً: شروط طلب الحماية الدبلوماسية                         |
| 155 | أ : شرط الجنسية   |
| 156 | ب : إستنفاد طرق التقاضي الداخلية                            |
| 157 | ج : الضرر أجنبي عن المستثمر                                 |
| 158 | ثانياً: السلطة التقديرية للدولة طالبة الحماية               |
| 162 | <b>الفصل الثاني: التحكيم: الوسيلة الأكثر ليبرالية</b>       |
| 163 | المبحث الأول: تراضي الأطراف، أساس اللجوء إلى التحكيم        |
| 163 | المطلب الأول: إرادة الأطراف، مظهر للجوء إلى التحكيم         |
| 164 | الفرع الأول: إتفاق التحكيم مصدر تأهيل للمحكم                |
| 165 | أولاً : شرط التحكيم   |
| 166 | ثانياً: مشاركة التحكيم                                      |
| 167 | ثالثاً: شرط التحكيم بالإحالة                                |
| 169 | الفرع الثاني: صيغ إتفاقية التحكيم                           |
| 171 | المطلب الثاني: التحرر من قيود الإرادة في اللجوء الى التحكيم |
| 172 | الفرع الأول : تحرر التأهيل من السند الإتفاقي                |
| 172 | أولاً: التحكيم الإجباري                                     |
| 175 | ثانياً: التحكيم الإختياري                                   |
| 175 | أ: محدودية الإرادة كمصدر مباشر لتأهيل المحكم                |
| 178 | ب: تأهيل المحكم بدون صيغة                                   |
| 178 | 1 -التأهيل المباشر  |
| 182 | 2 -التأهيل غير المباشر                                      |
| 184 | الفرع الثاني: التأهيل الشكلي الإتفاقي                       |
| 184 | أولاً: الإستقلالية القانونية لإتفاق التحكيم                 |
| 187 | ثانياً: مفاعيل استقلال إتفاقية التحكيم                      |
| 189 | المطلب الثالث: لجم إرادة الأطراف في التحكيم                 |

|     |  |
|-----|--|
| 190 | الفرع الأول : تضييق دور الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم      |
| 190 | أولاً: إتفاقية واشنطن لسنة 1965                            |
| 191 | ثانياً: إتفاقية غرفة التجارة الدولية                       |
| 192 | ثالثاً: إتفاقية عمان العربية للتحكيم                       |
| 193 | الفرع الثاني: الحد من دور الإرادة في وضع القواعد الإجرائية |
| 196 | المبحث الثاني: الحجية التنفيذية الذاتية لحكم التحكيم       |
| 196 | المطلب الأول : فاعلية الحكم التنفيذي بين الإرادة والقانون  |
| 197 | الفرع الأول: الإرادة: عنصر فعال في تنفيذ حكم التحكيم       |
| 199 | الفرع الثاني: القانون: ضامن فعالية تنفيذ حكم التحكيم       |
| 201 | أولاً: إلزامية حكم التحكيم                                 |
| 203 | ثانياً: القوة التنفيذية للحكم التحكيمي                     |
| 205 | المطلب الثاني: تدخل القاضي الوطني في تنفيذ حكم التحكيم     |
| 205 | الفرع الأول: الإكتفاء بالرقابة الشكلية                     |
| 205 | أولاً: الرقابة الشكلية                                     |
| 209 | ثانياً : تطبيقات الرقابة الشكلية                           |
| 211 | الفرع الثاني: ضوابط الرقابة التنفيذية على حكم التحكيم      |
| 211 | أولاً: محل التدخل التنفيذي: من الحكم الى الحل              |
| 212 | ثانياً: محل الرقابة على الحل القانوني للتحكيم              |
| 216 | خلاصة الباب الثاني   |
| 219 | خاتمة  |
| 227 | قائمة المراجع  |

## الملخص

تعتبر عقود الاستثمار الدولية من أهم العقود التي تبرمها الدولة في إطار تنميتها عبر مختلف المجالات التي تتدخل في تسييرها وتنظيمها، ولكون هاته العقود تنطوي على موارد مالية ضخمة ومؤهلات فنية خاصة ناهيك عن طول أمد تنفيذها، فقد تعترتها بعض الاشكالات تختلف باختلاف نظرة الأطراف للمسألة من جهة، ومن جهة أخرى فرض الدولة لسلطانها من خلال تطبيق قانونها الوطني باعتبارها طرف يتمتع بامتيازات السلطة العامة ويحرص على المصلحة العامة، وللد من هاته الاشكالات التي تنتهي بمنازعات فتلعب إرادة الأطراف دورا هاما في تكريس بعض الشروط التعاقدية التي بموجبها الوقاية من المنازعات أو في إختيار الوسيلة التي تحل المنازعة سواء كانت تحاكمية أو غير تحاكمية.

- الكلمات المفتاحية: الإرادة - وسائل حل المنازعات - عقد الاستثمار - الشروط التعاقدية - استثمارات أجنبية التحكيم المؤسسي - التوفيق والوساطة.

## Résumé:

les contrats d'investissement International sont considéré comme les plus importants contrats conclus par l'Etat dans le cadre de son développement à travers les différents domaines qui interfèrent avec la gestion et l'organisation de ces derniers, et le fait que ces contrats impliquent d'énormes ressources financières et des qualifications techniques particulières sans mentionner la durée de sa mise en œuvre, ces contrats peuvent rencontrer quelques problèmes . Certains des problèmes varient vis a vis de la vision des parties inclus à la question. D'autre part, l'imposition de l'autorité de l'Etat par l'application de sa législation nationale en tant que partie avec des privilèges publique et qui tient à l'intérêt public. Alors pour réduire ces difficultés La volonté des parties joue un rôle très important dans la mise on œuvre de certaines conditions contractuelles comme la prévention des conflits ou le choix des moyens par les quels le règlement du conflit qu'il soit ou non soumis à procès.

## Les mots clés

la volonté - moyens de résolution des conflits - Contrat d'investissement - Conditions contractuelles - Investissements étrangers- arbitrage institutionnel - réconciliation et médiation

## Summary:

International investment contracts are among the most important ones concluded by the state, in the context of developing them in many respects being part of their management and organization. Having these contracts involving gorgeous financial resources and specific technical qualifications along with their long term execution, they make take some various forms with regard to parties' vision towards the issue. On another hand, having state imposing its power as a party of public authority privileges, being eagerly caring about public interest. In order to end such conflicting forms, the Will plays a key role dedicating some contractual terms by which conflicts are settled or choosing the fitting in way to settle the conflict, being by arbitration means or not

**Keywords:** Will, conflict settlement ways, investment contract, contractual terms, foreign investments, institutional arbitration, reconciliation and mediation.