جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

شعبة : الحقوق

التخصص : قانون الشركات

إعداد الطالب : زكرياء عليوط

العنوان :

دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية

نوقشت وأجيزت بتاريخ :2017/05/24

أمام اللجنة المكونة من :

الدكتورة: مجوج إنتصار	أستاذ محاضر(أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيـــسا
الدكتورة : لعجال يسمينة	أستاذ محاضر(أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
الدكتورة :قدة حبيبة	أستاذ مساعد (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقـشا

الموسم الجامعي:2017/2016

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

شعبة : الحقوق

التخصص : قانون الشركات

إعداد الطالب : زكرياء عليوط

العنوان :

دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية

نوقشت وأجيزت بتاريخ :

أمام اللجنة المكونة من :

الدكتورة: مجوج إنتصار	أستاذ محاضر (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
الدكتورة : لعجال يسمينة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
الدكتورة : قدة حبيبة	أستاذ مساعد (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

الموسم الجامعي : 2017/2016

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا يليق بمقامه وعظيم سلطانه وصلي اللهم على سيدنا محمد خاتم الأنبياء و المرسلين .

نشكر الله سبحانه وتعالى على فضله وتوفيقه لنا والقائل في محكم تنزيله

{{ لئن شكرتم لأزيدنكم }} (الآية 07 – سورة إبراهيم)

نتقدم بالشكر إلى كل من ساهم في انجاز هذا العمل

كما نتقدم بالشكر الجزيل والخالص إلى الأستاذة الفاضلة المشرفة

"الدكتورة لعجال يسمينة " التي تكرمت مشكورة بالإشراف على هذه المذكرة

ومساندتها لي في كل خطوة، وسعة صبرها

كما اوجه خالص شكري وتقديري لأساتذة جامعة قاصدي مرباح ، إدارة وإشرافا وتدريسا، وخالص الشكر للهيئة المناقشة الكرام الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة.

زكرياء عليوط

إهداء

إلى الغالية التي لم تألُ جهداً في تربيتي وتوجيهي

الى التي عندما تكسوني الهموم أسبح في بحر حنانها لتخفف من ألامي

من أثقلت الجفون سهرا.... وحملت الفؤاد هما.... وجاهدت الأيام صبرا....وشغلت البال فكرا

ورفعت الأيادي دعاءا... وأيقنت بالله املا

والدتي

إلى منكلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل أسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد

*** والدي ***

الى اخوتي وأخواتي

الى زملائي وزميلاتي وكل من يعرفني

الى كل من علمني حرفا وأمدني بخبايا المعرفة ...

الى كل من أبدو استعدادا منقطع فلم يقّصروا عند الطلب وعند عدم الطلب ولو بالكلمة الطيبة

زكرياء عليوط

المقدمة

إن الإستثمار الأجنبي الذي كان في السبعينات غير مرغوب فيه في معظم الدول النامية وبعض الدول المتقدمة، أصبح الآن من أهم سمات العصر، فقد تغيرت الأوضاع وأصبحت العلاقات الإقتصادية بين الدول في تطور و بوقع سريع بسبب إنخفاض دور الحدود السياسية في رحاب العولمة كعوائق في إنتقال الأموال و السلع والخدمات، إذ أن الدول كلها في تسابق حقيقي من أجل إستقطاب الإستثمارات الأجنبية الخاصة و هذا بسبب التغير الجوهري في المفاهيم السياسية السائدة بل للزيادة الكبيرة في حاجة الدول إلى التمويل الخارجي في وقت تتناقص فيه معدلات الإدخار على مستوى العالم و تتناقص فيه مصادر التمويل.

تثير عقود الإستثمار الدولية المبرمة بين الدول المضيفة للإستثمار و المستثمر الأجنبي في الوقت الحالي العديد من المشاكل القانونية نظرا لكون روابط الإستثمار بطبيعتها ذات أجال طويلة، كما أنها ذات صلة وثيقة بكيان الدولة المضيفة سواءا بطريقة مباشرة عندما يتعلق الأمر باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد أو بطريقة غير مباشرة من ناحية تأثيرها في خطط التنمية الإقتصادية للبلاد، مما جعل للدولة كطرف في هذه الروابط إمتيازات و صلاحيات تجعلها تتمتع بسلطة سيادية إستثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها، في حين أن الشخص الأجنبي غالبا ما يكون إحدى الشركات الأجنبية الإستثمارية العملاقة والتي تعتبر من أشخاص القانون الخاص، تقف في مراكز إقتصادية قوية تفوق ميزانيتها الإقتصادية في بعض الأحيان ميزانية بعض الدول خصوصا النامية منها، والغني عن البيان أن العلاقة بين أطراف عقد الاستثمار قد تبدو في بدايتها حسنة لكن تطرأ أحداث من شأنها التأثير على مستقبل العلاقة بين أطراف عقد الاستثمار كون هذا الأخير من العقود المتراخية مما يولد نزاعات بين الأطراف، تشكل تهديد مباشر على استمرارية العقد، لكن الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار تستوجب إستمراريته، وإستبعاد فكرة الفسخ بالسعي الدائم الى جبر الإختلال الناتج عن هذه الخلافات، في ظل هذا المناخ يفظل الأطراف الفرقاء وسيلة بديلة عن القضاء لحسم هذه الخلافات الناتجة والتوصل الى حلول ألا وهي التحكيم إذ أصبح من نافلة القول أنه القضاء العادي لحل منازعات في مثل هذه العقود ذلك لما يتمتع به من حياد و إستقلالية و لما يوفره من ضمانات للمستثمر الأجنبي مقارنة مع القضاء العادي وبالتالي المحافظة على التوازن المالي لعقود الإستثمار و إستمرارية المنفعة المتبادلة بين الأطراف بإستمرارية العقد، فلا يكاد يخلو أي عقد من عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود الإستثمار بصفة خاصة من شرط أو إتفاق ينص على إتباع التحكيم عند حدوث نزاع بين الأطراف، خاصة إذا ما فشلت المفاوضات بين الطرفين في الوصول الى حل.

لكن يجب أن نفرق بين حالتين أساسيتين لإختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار، الحالة الأولى هي إختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار لأسباب خارجة عن إرادة الدولة، أما الثانية فهي حالة الإختلال الناتج بسبب الإجراءات المتخذة من طرف الدولة، و برجوعنا إلى القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار فقد نصت م24 منه على " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب

فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود إتفاق من المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالإتفاق على تحكيم خاص"

وما يلاحظ على هذا النص أنه ذكر الخلافات المؤدية إلى حدوث الإختلال في العقد و الناتجة عن التصرفات الإرادية للدولة في حين لم يذكر التصرفات الغير إرادية و الخارجة عن إرادة الدولة، و التي من شأنها أن تكون محل خلاف في عقود الإستثمار، و لكن وجود شرط التحكيم كافي لإدخالها في إختصاص هيئة التحكيم .

تبرز أهمية هذه الدراسة على عدة مرتكزات منها الإقتصادية، وقانونية و عملية، فعلى المستوى الإقتصادي تتجسد من خلال الدور الذي تلعبه عقود الإستثمار الدولية في الإقتصاد القومي حيت يعتبر الإستثمار للدول المضيفة التي غالبا ما تكون من الدول النامية الركيزة التي يتم من خلالها بناء هياكلها الإقتصادية و تنظيم بنيتها الأساسية و إدارة مرافقها العامة، مما يجعل الإستثمار عاملا أساسيا حيويا ورئيسيا لتحقيق خطتها الإقتصادية أما على المستوى القانوني فقد أصبح التحكيم إحدى أهم الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار، الأمر الذي فرض ضرورة اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ عن هته العقود، بإعتبار أن التحكيم أصبح أمرا واقعا فرضته القوانين الوطنية و الدولية وهو وسيلة محايدة و مستقلة يمكن أن تدير النزاع الواقع على عقد الإستثمار الدولي، أما على المستوى العملي فقد تعددت صور الاتفاقات الدولية من جهة وتزايدت معها المراكز الدولية لتسوية منازعات الإستثمار من جهة أخرى.

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة تحديد طبيعة الدور الذي يلعبه التحكيم و آثاره العملية على التوازن المالي لعقود الإستثمار، عن طريق ضبط العلاقة بين المتعاقدين في حال حدوث نزاع و المحافظة على إستمرارية العقد و تحقيق الأهداف المرجوة من إبرامه لكلى الطرفين محاولة لجعل مناخ الإستثمار أكثر ملائمة من خلال توفير الضمان و الحماية للمستثمر الأجنبي، و بعث الثقة و الطمأنينة في نفسيته بإعتبار أن التحكيم يمثل أحد اهم الضمانات الأساسية في عقود الإستثمار لا يمكن الإستغناء عنها، وهذا ما لجأت اليه أغلب الدول يتضح ذلك من خلال التقارير الدولية للإستثمار.

يعد التطور الحاصل في الإقتصاد الدولي سببية لجعل الدول تهتم بدراسة دور التحكيم في عقود الإستثمار خاصة الدول النامية من أجل مواكبة التطور الحاصل في الدول المتقدمة ومحاولة تحقيق تنمية إقتصادية وإستقطاب رؤوس الأموال من خلال الإهتمام بإبرام مؤتمرات دولية في هذا الشأن، ودراسات وأبحاث متخصصة في الموضوع، إضافة الى شغفي وميولاتي الذاتية الى البحث في هذا الموضوع كونه من قضايا العصر الحالي، االتي تشغل الكثير من الدول ومنها الجزائر.

إذن تتمحور إشكالية هذا البحث حول دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي لعقود الإستثمار و كيفية التوفيق بين مصالح أطراف عقد الإستثمار الدولي الممثلة في الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها والمستثمر الأجنبي بطريقة متوازنة، فمن جهة الدولة تسعى إلى تحقيق أهداف عامة دون أن تتخلى عن حقوقها السيادية أو حصانتها القضائية و دون أن تخسر مواردها و ثرواتها الطبيعية و هدفها بتحقيق تنمية إقتصادية من خلال جدب و تشجيع عقود الإستثمار، و بين الأهداف الإقتصادية و الربح الذي يسعى إلى تحقيقه الطرف المتعاقد الآخر من جهة أخرى، فيحل التحكيم كوسيلة لإعادة تحقيق التوازن والتوفيق بين أهداف الطرفين (الدولة، المستثمر)، اذن **مامدى قدرة المحكم على إستعادة التوازن المالي لعقود الاستثمار ؟**

وفي سبيل هذا البحث إعتمدنا على المنهج التحليلي باعتبار أن المنهج التحليلي هو الأنسب في دراسة هذا الموضوع .

و كإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا دراستنا إلى فصلين:

الفصل الأول بعنوان إختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار لأسباب خارجة عن إرادة الدولة غير متوقعة كالقوة القاهرة و التي من شأنها أن تؤدي إلى إستحالة تنفيد العقد بالنسبة لأحد أطرافه و بالتالي حدوث إختلال في توازن العقد و كذلك سوف نرى كيف واجه التحكيم حالة القوة القاهرة من أجل إستعادة التوازن العقدي(مبحث اول) أما (البحث الثاني) فيتم التطرق فيه الى حالة أخرى من الحالات التي تؤثر على التوازن المالي لعقد الإستثمار و هي أيضا خارجة عن إرادة الدولة يطلق عليها الظروف الطارئة، اذ تؤذي إلى جعل تنفيذ عقد الإستثمار مرهقا بالنسبة لأحد أطراف العقد و إبراز دور التحكيم كذلك في التعامل مع هذه الظروف.

أما **الفصل الثاني** فكان بعنوان إختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار بسبب الإجراءات المتخذة من طرف الدولة بحيث تم التطرق أولا إلى مساس الدولة بشروط الثبات التشريعي، وسلطة المحكم في التصدي لإخلال الدولة بالتزاماتها التشريعية (المبحث الأول) بالإضافة إلى الإجراءات الإنفرادية التي تقوم بها الدولة من نزع الملكية و تأميم و مصادرة و مدى معالجة المحكم هذه الاجراءات(المبحث ثاني).

الفصل الأول

إختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار لأسباب خارجة عن إرادة الدولة

إن من أهم المبادئ التي تحكم تشكل العقود هو مبدأ عدالة العقد، فالعقد يجب أن يحقق التوازن الإقتصادي بين طرفيه، وخصوصا في مجال الإستثمار، فلا يغتني طرف على حساب الطرف الآخر فالإستقامة والعدالة العقدية ترفض أي إختلال في التوازن العقدي عندما يتجاوز هذا الإختلال الحد المقبول أو المعقول في التعامل، ومن بين أهم الأسباب المؤدية إلى هذا الإختلال هي الأسباب الخارجة عن إرادة الدولة كون هذا الأخير يعتبر أكبر تهديد لتنفيذ عقد الإستثمار، وأحد أهم العوامل المؤدية إلى الإختلال العقدي، أين يواجه فيه الأطراف عدة متغيرات من شأنها أن تغير من ظروف العقد وبالتالي تغيير الإلتزامات.

إن استمرارية العقد مرهون ببقاء الاوضاع على حالها، فتغيير ظروف التعاقد يعني وقوع حوادث إستثنائية أدت الى هذا التغيير ، التي أغلبها ترجع الى أسباب خارجة عن الإرادة وغير متوقعة تعرف بالقوة القاهرة (المبحث الاول) وقد تكون هذه الأسباب الغير متوقعة في نطاق ما يسمى بالظروف الطارئة (المبحث الثاني) وجوهر الأمر انه ليس لأحد الأطراف دخل فيها، وإذا كانت هذه الاحداث في العقود الإدارية الداخلية تؤدي الى إنتهاء العقد، فإن تطبيقات الحوادث والأحداث الاستثنائية تختلف في عقود الإستثمار عن تطبيقاتها في القانون المدني في الأنظمة القانونية التي تأخذ بهذا المبدأ مثل القانون الجزائري (المادة 107 من القانون المدني الجزائري) حيث أن الأنظمة المتبعة في القوانين الوطنية تقضي بإلغاء العقد عند حصول هذه الأحداث، لكن الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار لا تقتضي بالضرورة فسخ العقد.

المبحث الأول : إختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار الناتج عن القوة القاهرة

إن إختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار الناتج عن أحداث القوة القاهرة، والتي تحدث بفعل مستقل عن من يتذرع به ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه الأمر الذي يؤدي الى حدوث نزاع بين الاطراف وذلك بسبب تأثير القوة القاهرة على عقد الإستثمار (المطلب الاول) ومن أجل المحافظة على إستمرارية وإبقاء عقد الإستثمار كان من الضروري تدخل هيئة التحكيم للحد من هذا النزاع وذلك عن طريق مواجهة حالة القوة القاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الاول : منازعات أطراف عقد الاستثمار الناتجة عن القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة أحد مظاهر صعوبة إعمال التوازن المالي للمحكم، فتوفر شروطها ينفي تعمد أحد الاطراف إلحاق الضرر بالطرف الآخر، وبالتالي يجب على هيئة التحكيم التأكد من توفر شروطها في النزاع المطروح أمامها، قبل تكييف النزاع الناشئ بين الدولة والمستثمر وعادة ما يحدد مفهوم القوة القاهرة وفقا للقانون الواجب التطبيق الذي غالبا ما يكون قانون الدولة المستضيفة للاستثمار (الفرع الاول) كما أن القانون الواجب التطبيق هو ما يحدد شروطها (الفرع الثاني).

الفرع الاول : مفهوم القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة بصفة عامة بأنها عبارة عن حدث خارج عن إرادة الشخص المتمسك به غير متوقع وقت إبرام العقد ويؤدي الى إستحالة تنفيذه[1]، وتتميز حالة القوة القاهرة بكونها حادثا خارجيا وغير متوقع ويستحيل دفعه ومقاومته[2]، ويتسبب في إستحالة تنفيذ الالتزام بصورة مطلقة، وفكرة القوة القاهرة نظمتها القوانين والشرائع مند القدم، أما المشرع الجزائري لم يعرف القوة القاهرة، لكن نص عليها في م **127** من القانون المدني بقوله " اذا اثبت الشخص أن الضرر، قد نشأ عن سبب لايد له فيه كحادث مفاجئ او قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني او اتفاق يخالف دلك"[3].

كما أشار الى القوة القاهرة في المادة **138** من القانون المدني أيضا في قسم المسؤولية الناشئة عن الأشياء، حيث تنص م 138 : " ..... ويعفى من هـ ذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة."

كما تطرق المشرع الجزائري لفكرة السماح للمتعاقدين بإدراج حالات القوة القاهرة ضمن بنود العقد حيث تنص م 50 من المرسوم رقم 82 – 145 على أنه " يجب ان ينص في كل صفقة بناءا على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم، كما يجب ان تتضمن البيانات التالية : كيفيات تطبيق حالات القوة

[1]– علاء التميمي عبده، :دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار ، **مجلة الشريعة والقانون** ، العدد، (63)، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2015، ص 51.

[2] - chabasf, « force majeur » droit civil, dalloz,1985p 09.

[3]– الامر رقم 75 – 85 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

القاهرة[1] ، و بالرجوع الى معظم التشريعات نجد أن تنظيم فكرة القوة القاهرة أصبح مبدأ مسلما به، وعلى ضوئه تنتفي مسؤولية المدين بنصوص صريحة ولا يخرج عن هذا الإجماع سوى القانون الإنجليزي، اذا إن مفهوم القوة القاهرة في هذا النظام مفهوم إتفاقي يستمد وجوده ونطاق تطبيقه من تنظيم الاطراف له [2] وقد درج المتعاقدون في مجال عقود الاستثمار على إدراج شرط القوة القاهرة، إلا ان هذا الشرط يتم بيانه من خلال تحديد المقصود بالقوة القاهرة بالإحالة الى نظام قانوني معين [3] أو القانون الواجب التطبيق، أو بإجراء تحديد حصري يتضمن بيانا جامعا بالأحداث التي تندرج تحت هذا المصطلح، وهنا قد تكون لعقود الإستثمار خصوصيتها لإرتباط هذه الأحداث عادة بالحياة الإقتصادية، والإجتماعية، أو لصقها بطبيعة النشاط الإستثماري[4] ولهذا يكون الهدف من إدراج شروط القوة القاهرة هو التمكن من مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها حتى ولو لم يكن بالإمكان توقعها.[5]

ورغم أنه درج العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الإستثمار وتحديد مفهومها وفقا للقانون الواجب التطبيق إلا ان ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناتجة عن إعمال هذا الشرط والتي أكدت في الوقت نفسه على أن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات العقود الدولية بصفة عامة[6] فلقد تعددت القضايا التي عرضت على هيئة التحكيم بسبب المنازعات الناشئة عن وجود قوة قاهرة تحول دون تنفيذ العقد، وفقا للمفهوم المحدد لها في العقد والقانون الواجب التطبيق، ونذكر منها القضية التي طرحت بمناسبة تمسك الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق بإنعدام مسؤوليتها عن الأضرار التي لحقت بشركة s.p.p من جراء عدم التنفيذ الأولي لإلتزاماتها وذلك على أساس أن القرار الجمهوري الصادر بإلغاء المشروع المتعاقد عليه يمثل قوة قاهرة تدفع عن هذه الهيئة مسؤوليتها العقدية [7] وقد أقرت محكمة التحكيم

---

[1]– مرسوم رقم 82 – 145 مؤرخ في 10 أفريل ، بنظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، ج – ر عدد 15 مؤرخة في 13 افريل 19 .

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

[3]– رشا علي محي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة 1-2 أبريل 2009 ص 74

[4]– عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار ، المؤتمر السنوي الثاني عشر (التحكيم التجاري الدولي) كلية القانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، ص 207.

[5]– باسود عبد المالك: **حماية الاستثمارات الاجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي**، رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق - والعلوم السياسية ، 2015 ص 289.

[6]– عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، **مجلة نقابة المحاميين** ، العدد (09) و(10) ، الاردن ، سبتمبر 2002 ص5.

[7]–عصام الدين القصبي ، المرجع السابق، ص 209 .

التابعة لغرفة التجارة الدولية بأن إلغاء مشروع قضية الأهرام، قد تم بقرار على أعلى مستوى في الدولة في قضية ذات أهمية بالغة .

في الواقع إن مفهوم القوة القاهرة قد تحقق في هـ ذه القضية فالأحداث التي وقعت لم يكن في وسع الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق توقعها أو تداركها كما أنها لم تساهم بإرادتها في وقوعها ، ومن بين القضايا المعروفة أيضا قضية libyen sunoil company ضد الشركة الوطنية الليبية للبترول مع شركة sunoil حيث عقد إتفاقا للبحث عن البترول في الحقول الجديدة في ليبيا وحدد مدة زمنية للبحث من خمس الى عشر سنوات تبعا لمناطق البحث، و إتفق الطرفان على أن تقوم شركة sunoil بتحمل كافة النفقات اللازمة والتي قدرت بحوالي مائة مليون دولار وتحصل في مقابل ذلك على نسبة من الإنتاج المنتظر حدوثه، ومدة سريان هـ ذا العقد، هي عشرون سنة والقانون الليبي هو القانون الواجب التطبيق [1] وقد نص العقد في المادة (22-1) والمادة (22-2)على حالة حدوث القوة القاهرة فنصت المادة(22-1) على أن يعفى الطرف المتعاقد عن عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الإلتزامات إذا كان ذلك مرجعه القوة القاهرة، وتشمل القوة القاهرة على سبيل المثال الكوارث الطبيعية والحروب وكل الظروف الغير متوقعة وقت إبرام العقد والتصرفات التي تخرج عن سيطرة الطرف المتعاقد [2]، ونصت م (22-2) على أنه في حالة تأخير تنفيذ العمليات الناجمة عن القوة القاهرة، فإن مدة هـ ذا العقد وكذلك الحقوق والإلتزامات المتولدة عنه تمتد الى فترة زمنية مماثلة للفترة التي توقف فيها التنفيذ بفعل القوة القاهرة، وقد بدأ العمل في ديسمبر 1980 واستمر لمدة 12 شهرا وفي ديسمبر 1981 أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قرار يمنع رعاياها الإنتقال إلى ليبيا، وإستعادة الشركات العاملة في ليبيا لموظفيها وأخبرت شركة sunoil الحكومة الليبية بأنها لن تستطيع الوفاء بـإلتزاماتها التعاقدية في المواعيد المتفق عليها، بـاعتبار أن قرار الحكومة الأمريكية بمثابة قوة قاهرة بالنسبة لها، و أنها ستعود الى العمل بمجرد إنتهاء الإجراء، إلا أن الحكومة الليبية رفضت ذلك واعتبرت أن السبب الذي تتمسك به الشركة الأمريكية لا يعد من قبيل القوة القاهرة وقررت اللجوء الى قضاء التحكيم، وقررت هيئة التحكيم أن الظرف الذي تتمسك به شركة sunoil هو ظرف خارجي غير متوقع إلا أنه لا يؤذي لإستحالة التنفيذ الفعلي على الرغم من أن معظم العاملين في

---

[1]-علاء محي الدين مصطفى ابو أحمد ، **التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم**،)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية (د. ط) 2012، ص 173.

[2]-حفيظة السيد الحداد ، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية** ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (الطبعة الثالثة)، 2003 ص 100.

الشركة من رعايا الولايات المتحدة الأمريكية إلا ان هذا لا يمنع هـ ذه الشركة من تجاوز هذه العقبة عن طريق التعاقد مع رعايا لا يتمتعون بالجنسية الأمريكية في هذا المشروع .

ومن القضايا المتعلقة ايضا بمدى وجود قوة قاهرة حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة البولندية (وارسو) حيث تتلخص وقائعها في أن الشركة الفرنسية للكيماويات رفضت تسليم كمية المواد الكيماوية المتعهدة بتوريدها لشركة التجارة الخارجية البولندية، حيث أرجعت الشركة الفرنسية هذا الأمر إلى توقف إنتاجها لأسباب تتعلق بعنصر الأمان الواجب مراعاته عند إنتاج مثل هذه المواد وقد قضت محكمة التحكيم بعدم إعتبار ماسبق قوة قاهرة بخصوص تنفيذ العقد وذلك لعدم قدرة الشركة الفرنسية على إثبات الدليل على أن هذه الواقعة تعد من قبل القوة القاهرة، التي لا يمكن توقعها أو دفعها[1]

ومما تقدم تبدو أهمية إدراج شرط خاص بالقوة القاهرة في العقد، ليس فقط من أجل تحديد المقصود بها وحالاتها وإنما ايضا تحديد الآثار التي تترب عليها، وهنا أيضا نجد لعقود الإستثمار خصوصيتها فإذا كانت القواعد العامة تقتضي بأن القوة القاهرة من شأنها إنقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، فإن الأمر يختلف في عقود الإستثمار خاصة الحريصة منها بتنظيم قانوني مسبق يتضمنه شرط القوة القاهرة ، على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها[2]

لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو ماذا لو أحال المتعاقدون عقدهم الى قانون لم يعرف فكرة القوة القاهرة كما في القانون الانجليزي .

ففي هذه الحالة وفي غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها، أو حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف حول هذه النتائج، فإن تحديد أثر هذه القوة على حياة العقد، يدخل في الإختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، فتختص الهيئة بإعادة ضبط العلاقة القانونية بين أطرافها وإعادة التوازن للعقد مرة ثانية .

[1]– علاء التميمي عبد ، المرجع السابق ، ص 64.

[2]– عصام الدين قصبي ، المرجع السابق ، ص 211.

الفرع الثاني : شروط القوة القاهرة .

حتى تنعدم علاقة السببية، ومن ثم تنعم المسؤولية عند حدوث القوة القاهرة، لابد من توافر مجموعة من الشروط الضرورية والمتمثلة في إستقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين (اولا) عدم توقع الحدث عند إبرام العقد (ثانيا) بالإضافة الى وجود إستحالة مطلقة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية (ثالثا).

أولا : إستقلال الحدث عن ارادة المتعاقدين : يعتبر شرط إستقلال الحدث عن إرادة المدين شرطا جوهريا لقيام حالة القوة القاهرة، ويطلق بعض الفقهاء على هذا الشرط (شرط الخارجية) في حين يقول الأستاذ المعروف (جوسران) في هذا المعنى القوة القاهرة حادث يقحم نفسه من الخارج في ش أن من شؤون الطرفين[1] فهو يفسر صفة الخارجية بوجوب إنقطاع الصلة المادية بين الحادث الذي وقع وبين الضرر الذي نجم الضرر عنه وتطلب هذا الشرط لتطبيق أحكام القوة القاهرة، يعد أمرا منطقيا، لأنه من غير المنطقي أن يستفيد المدين من تغيير ظروف العقد، لتعديل أحكام العقد [2] فلو كان ذلك الحادث بسبب المتعاقد مع جهة الإدارة فإنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة، ومثل ذلك حدوث إضراب في العمل شجعه المتعاقد مع جهة الإدارة ووافق عليه [3] أو كان له يد في حدوثها نتيجة لتقصيره أو إهماله ، فليس له أن يدفع بها كقوة قاهرة، حتى وإن أدى ذلك الى حماية الخصم لمركزه القانوني، أو تنفيذه للأعباء والواجبات الإجرائية الملقاة على عاتقه، إذ لا يجوز إهدار القواعد الإجرائية ومواعيدها الحتمية بل إنه لا يجوز إهدار قواعد القانون عامة بسبب إهمال الخصوم وتقصيرهم.[4]

مما تقدم يتضح لنا أن صفة (الخارجية) ليست شرطا مستقلا قائما بذاته ينبغي توافره لكي يعد الحادث قوة قاهرة وإنما المراد من هـ ذه الصفة أن يكون الحادث من غير صنع المدين أو عمله فإذا توافرت هذه الشروط أمكن القول بوجود قوة قاهرة أدت الى قطع علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر ونفي المسؤولية تبعا لذلك إذ أن القوة القاهرة في هـ ذه الحالة هي السبب الوحيد للضرر كما لو هبت

---

[1]– احمد سمير محمد ياسين الصوفي ، **دور القوة القاهرة في القوانين الاجرائية** ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر مصر– الامارات 2016، ص 66.

[2]– خالد كمال، المرجع السابق، ص 119 .

[3]– علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المرجع السابق، ص 185.

[4]– ياسر باسم دنون، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية ، **مجلة الرافدين للحقوق**، العدد (36)، جامعة الموصل، العراق 2008.ص 66.

عاصفة بحرية فأغرقت السفينة فمات جميع ركابها[1] وعليه فإن شرط إستقلال الحدث عن إرادة المدين يعد شرطا ضروريا لقيام حالة القوة القاهرة، كما أنه يتمتع بذاتيته وهي خاصية تميزه عن باقي الشروط وبالتالي فلا غنى عنه لوجود حالة القوة القاهرة.

ثانيا:عدم توقع الحدث عند ابرام العقد: تشكل القوة القاهرة حدثا أو مجموعة الأحداث الغير متوقعة وغير قابلة للمقاومة، وهي تحدث بفعل مستقل ع ن من يتذرع به ولم يكن ب إستطاعته توقعه أو الوقاية منه ويترتب على حدوثها إنقضاء إلتزامه لإستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك[2] فيجب أن يتسم الحدث المشكل للقوة القاهرة بعدم إمكان التوقع فإذا أمكن ذلك ولو إستحال دفعها فلا تصدق حالة القوة القاهرة أي بمعنى أن هذا الحادث يكون من النوع الذي يعد غير متوقع لا في فترة زمنية و لا في مكان محد د[3] وإستبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم الخصم وإ دراكه وتوقعه من دائرة الأسباب الأجنبية ويترتب على ذلك، أن تعد الظروف والأحداث الوشيكة أو المحتملة والمتصورة الوقوع [4] من دائرة القوة القاهرة .

كما أن الفاصل الدقيق بين توقع الحادث أو عدم توقعه يمثل الفاصل بين وصف الحادث بأنه أجنبي أوأنه غير ذلك فهذا الشرط يعني إستبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم الفرد وإدراكه وتوقعه العقلي من دائرة الأسباب الأجنبية فتوقع الحادث أو عدم توقعه، إذا الفاصل بين قدرة الفرد على تحاشي وقوع الحادث بالإستبعاد السابق له إذا كان يتوقعه، وعدم قدرته على ذلك، إذا أخذ بوقوعه على غرة إذا لم يكن يتوقعه، كما يؤكد قضاء التحكيم بدوره على ضرورة توافر شروط عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة ففي القضية رقم (2139) لسنة 1974 عرفت هيئة التحكيم حادث القوة القاهرة بأنه (يعتبر قوة قاهرة بالمعنى الضيق الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع بمعنى أنه في لحضة وقوعه لا يوجد أي سبب خاص يجعلنا نعتقد أنه قد وقع). [5]

---

[1]– أحمد سمير محمد ياسين الصوفي، المرجع السابق، ص67.

[2]–خالد كمل عكاشة، المرجع السابق، ص 120 .

[3]–أحمد سمير محمد ياسين الصوفي،المرجع السابق، ص 45.

[4]–صفاء تقي عبد نور عيساوي:**القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، (دراسة مقارنة)**، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل، مجلس كلية القانون، 2005، ص23.

[5]–غسان علي علي،**الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها**، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس،2004 ص 204.

ثالثا:وجود إستحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية : يشترط لتحقق القوة القاهرة وانقضاء التزام المدين كنتيجة لها، أن يطرأ ما يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا إستحالة مطلقة ويستوي في ذلك أن تكون الإستحالة مادية أو معنوية[1] ويقصد بالإستحالة المطلقة أن يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه أو يمتنع عما يجب عليه أن يمتنع عن فعله وبمعنى آخر عندما لا تكون لديه أي قدرة أو وسيلة مشروعة يستطيع بها أن يدفع أو يتجنب وقوع الحدث أو يقاوم أو يعالج الآثار التي تترتب على وقوع هذا الحدث، أي أن تكون الواقعة مستعصية على الخصم ولا يكون بإمكانه دفع وقوعها أو تلافيها والتغلب على نتائجها بعد وقوعها ولو ببدل جهد كبير، أما إذا أمكن دفع الواقعة، حتى لو لم تكن متوقعة فإنها لا توصف بكونها قوة قاهرة، بمعنى آخر أن تكون القوة القاهرة على درجة يصعب بل يستحيل معها تخطي آثارها[2]وعليه إذا توافرت شروط القوة القاهرة فإن الأثر الطبيعي الذي يترتب عليها هو إعفاء المتعاقد من المسؤولية، فلا يتعرض للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير أو إعفاء المتعاقد من المسؤولية، ولا يقتصر أثر القوة القاهرة على إعفاء المدين من تنفيذ إلتزاماته، وإنما يمتد أثرها أيضا إلى فسخ العقد بحكم القانون، أي للقوة القاهرة أثرا مزدوجا فهي من ناحية تؤثر على مسؤولية المدين بإستبعادها ومن ناحية أخرى تؤثر على العقد بإنفساخه ولهذا فإن القوة القاهرة تعد سببا لفسخ العقد وإنهائه لا سببا للحفاظ عليه وبقائه[3].

المطلب الثاني :أثر قانون الإرادة على سلطة المحكم في إعادة التوازن للعقد

إن إرادة الأطراف هي التي تحدد قدرة هيئة التحكيم في إعادة التوازن للعقد، حال توفر شروط القوة القاهرة فه ذه السلطة مصدر إرادة الأطراف التي تعتبر جوهر عمل المحكم، حيث يتوقف دور هيئة التحكيم على هذه الإرادة، وفقا لضوابط عامة أساسية تتعامل بها هيئة التحكيم (الفرع الاول)كما أن إرادة الأطراف تظهر بوضوح في فرض ما يخرج من مسألتين إما أن يمنح سلطة مقيدة لهيئة التحكيم وفيها يحدد الدور المختصر لهيئة التحكيم لمواجهة القوة القاهرة و أحيانا تكون هذه السلطة مطلقة تتسم بأنها تقديرية (الفرع الثاني).

[1]–خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص121.

[2] –ياسر باسم دنون ،المرجع السابق، ص 65.

[3] –خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 122.

الفرع الأول: ضوابط تعامل هيئة التحكيم مع حالات القوة القاهرة

تنفرد حالة القوة القاهرة التي تلحق عقد الإستثمار بميزات خاصة تحتاج على إثرها إلى مراعاة هيئة التحكيم لمجموعة من الضوابط لمواجهة هذه الحالة، كي تتمكن من عبور هذه الأزمة، ومن ثم إستعادة عقد الإستثمار توازنه ومواصلة تنفيذ أطرافه لإلتزاماتهم، حيث تتمثل هذه الضوابط في غلبة الطابع الفني لحالات القوة القاهرة (أولا) والرغبة في الإبقاء على عقد الاستثمار في حالات القوة القاهرة (ثانيا).

أولا: غلبة الطابع الفني على حالات القوة القاهرة تعد القوة القاهرة سببا من أسباب نشوء المنازعات في عقود الإستثمار وتتميز المنازعات التي تثور بسبب القوة القاهرة بغلبة الطابع الفني عليها، حيث تتعلق في الغالب بالتنفيذ الغير مطابق للمواصفات المتفق عليها و ذلك لأسباب قهرية حالت دون تنفيذ المدين لإلتزاماته وفقا للمواصفات الفنية المطلوبة، ويستوي أن يكون عدم التطابق مرجعه التنفيذ الناقص أو المعيب[1]وقد يكون النزاع حول تحديد درجات الضرر الذي لحق بالطرف الآخر [2] وتحديد أسبابه المباشرة وغير المباشرة ومدى إرتباط، حدوث القوة القاهرة بهذا الضرر.

كما يمكن أن تظهر المنازعة في صورة تقدير مبلغ التعويض المستحق في ضوء حجم الخسائر التي وقعت نتيجة عدم تنفيذ المدين لإلتزماته، وعليه فإن الفصل في المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة تتطلب آلية خاصة تتوافر في القائمين عليها و الخبرة الفنية، والدراية العلمية وهي أمور وصفات لا يتمتع بها رجال القضاء العادي وهنا يظهر أهمية التحكيم كوسيلة مثلى وناجعة لفض مثل هذه المنازعات، وتعود هذه الأهمية لعدم رغبة الأطراف في غالب الأحيان في إنهاء علاقاتهم التعاقدية [3] كما أن الفصل في المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة تتطلب الدخول في مفاوضات ومناقشات طويلة فيما بين الأطراف من أجل الإستقرار على الطرق الكيفية التي يتم من خلالها تسوية المنازعة وكل هذا يستغرق مددا طويلة من الزمن يجب على هيئة التحكيم أن تراعيها وتراعي خصوصية القوة القاهرة وأثرها و ذلك بالاعتماد على الأدلة الفنية الواقعية للوقوف على السبب الحقيقي وراء إستحالة تنفيذ المدين لإلتزاماته، وإلى أي مدى تعد

[1]–علاء عبده التميمي، المرجع السابق، ص61.

[2]– باسود عبد المالك ،المرجع السابق، ص 289.

[3]–منى بوختالة، **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثما**ر، رسالة ماجستير ، جامعة قسنطينة (1)، كلية الحقوق، 2014 ص 85.

القوة القاهرة السبب الحقيقي وراء إستحالة التنفيذ و تقدير حجم الضرر المترتب على ذالك، والأخذ في الحسبان الفترة الزمنية بين وقوع حادث القوة القاهرة ووقت تقدير أثارها .

بصفة عامة فإنه عند غياب شرط صريح وخاص بالقوة القاهرة يحدد شأنها، أو في حالة عدم وجود إتفاق صريح أصلا بين الأطراف حول نتائجها فإن تحديد أثر هذه القوة القاهرة علىإستمرارية العقد يدخل ضمن الإختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، حيث تختص ه ذه الأخيرة بإعادة ضبط العلاقة القانونية بين الأطراف وإعادة التوازن للعقد مرة أخرى[1].

ثانيا : الرغبة في الإبقاء على عقد الإستثمار في حالات القوة القاهرة : يعد من الضوابط التي يجب مراعاتها من قبل هيئة التحكيم عند التعامل مع حالات القوة القاهرة والتي تميز التحكيم في عقود الإستثمار عن غيرها من العقود ضرورة الحرص على إستبقاء وجود هذا العقد و إستمرارية تنفيذه، و ذلك لأن أطرافه لا يودون في الغالب إنهاء رابطتهم العقدية بسبب هذا الحدث الذي أوجد حالة القوة القاهرة وذلك خلافا للقواعد العامة المستقرة في معظم الأنظمة القانونية، وإنما قد يجدون من المناسب أكثر من ذلك أن يعيدوا النضر في هذه الرابطة لتصبح أكثر توافقا مع الظروف الجديدة ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها، في مثل هذا المناخ الذي لا يتسم بالندية [2] وذلك على عكس القواعد العامة المستقرة في معظم الأنظمة القانونية حيث يفضل الأطراف إنهاء الروابط فيما بينهم [3] ولعل تسوية الوضع على هذا النوع لا يتسنى تحقيقه إلا عن طريق التحكيم، دون غيره من الوسائل الأخرى فالتحكيم يسعى الى ر أب الصدع والتوفيق من أجل إستعادة التوازن بين المراكز القانونية لأطراف العقد بما يخدم إستكمال مسيرته [4] فإلمام المحكم بالتفاصيل الفنية ومدى تأثيرها على إمكانية تنفيذ الإلتزام ومحاولة الحد من آثارها من أجل إستمرار عقد الإستثمار، عن طريق السعي لتوفيق أوضاع أطراف العقد بما يتلائم، مع الأحداث المستجدة وهذا مايؤكد ويبرر خصوصية وملائمة التحكيم.

[1]–عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 10.

[2]–عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص207.

[3]–عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص6.

[4]– علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص65.

الفرع الثاني: سلطة المحكم بين الطبيعة المطلقة والطبيعة المقيدة

قد يتفق أطراف عقد الإستثمار عند إبرام العقد إلى إسناد الإختصاص إلى هيئة التحكم بنظر منازعات القوة القاهرة التي يمكن أن تثور أثناء تنفيذ العقد خاصة إذا كانت المدة التي سوف يستغرقها تنفيذه مدة طويلة ويغلب أن تقع حوادث فجائية خلالها، ويمكن ان يظهر ه ذا الإتفاق في إحدى الصورتين، إما الطبيعة المقيدة وبالتالي قصور دور هيئة التحكيم على إعلان فسخ العقد(اولا) أو الطبيعة المطلقة أي الإتفاق على منح هيئة التحكيم إتخاذ ما تراه مناسبا(ثانيا).

أولا الطبيعة المقيدة :(قصر دور هيئة التحكيم على إعلان الفسخ) :غالبا ما يترتب الأثر التقليدي عند وقوع حالة القوة القاهرة وهو الأثر الإعفائي، والذي يؤدي إلى إنفساخ العقد من تلقاء نفسه في حال تحققت شروط القوة القاهرة[1] ولا يتعرض المدين للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ.

يظهر إتفاق أطراف عقد الإستثمار في ه ذه الصورة على إقتصار دور هيئة التحكيم على مجرد إعلان فسخ العقد لإستحالة التنفيذ ، ومثال ذلك أن تتفق الدولة والمستثمر على أنه في حالة حدوث قوة قاهرة تحول دون إمكانية تنفيذ أو تسببت في تأخير تنفيذ العقد لمدة معينة ف إن للطرفين التشاور، حول الإجراءات الواجب إتخاذها لتحقيق الأوضاع، بحيث إذا لم يتم التوصل إلى إتفاق، فإن لأي الطرفين المطالبة بفسخ العقد عن طريق التحكيم [2]، إلا أن فسخ العقد قد يرتب أثار قانونية على عقود التجارة الدولية الضخمة ومنها عقد الإستثمار الدولي، الذي تكبد أطرافه الكثير لإبرامه[3] لذى لابد أن نلفت الإنتباه إلى محاولة الإبتعاد عن مثل هذه الصورة من صور الإتفاق في عقود الإستثمار، لكونها تقيد من سلطة هيئة التحكيم في التعامل مع آثار القوة القاهرة مما يؤدي إلى فقدان التحكيم جدواه كوسيلة يمكن من خلالها مواجهة آثار القوة القاهرة وتعتبر ه ذه الصورة قليلة من الناحية العملية، فمن النا ذر أن يلج أ أطراف عقد الإستثمار إلى إنهائه على إثر القوة القاهرة، لكن ما يجب الإشارة إليه أنه يمكن لأطراف عقد الإستثمار بعد حدوث القوة القاهرة أن يتم الإتفاق على أن لسلطة هيئة التحكيم، إتخاذهما تراه مناسبا وبذلك تملك هيئة التحكيم أن لا تقضي بفسخ العقد، وتبقي عليه[4]ومن الأمثلة على إنفساخ عقد الإستثمار

[1] – محمد عبد المجيد إسماعيل، **عقود الأشغال الدولية**، (د. م. ن)، 2000، ص 240 .

[2]– علاء التميمي عبده ، المرجع السابق، ص56.

[3]– حنين أمين رمزي، **دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية**، رسالة ماجستير، فلسطين، كلية الحقوق والإدارة العامة، 2005، ص30.

[4]–علاء التميمي عبده، المرجع السابق ص57.

بسبب القوة القاهرة ما صدر عن مجلس الدولة الفرنسي حكما في قضية تراموای شيربورخ 1932 وقد كانت الشركة تواجه عجزا ماليا لمدة ثمان سنوات فقدمت لها المدينة مانحة الإلتزام منحة مالية على أن ترفع سعر تعريفة ركوب الترام، إلا أن الشركة رأت رغم ذلك بأن زيادة الحد المعقول للتعريفة سيؤدي إلى فقدانها لزبائنها مما يجعل الوضع أكثر سوءا، فطلبت تعويضا عن مجلس المديرية، إلا أنه تم رفض ذلك الطلب ونظر مجلس الدولة للموضوع إستئنافا، وقرر أنه ثمة حالة قوة قاهرة [1] وبالتالي فسخ العقد.

ثانيا الطبيعة المطلقة : (الإتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة إتخاذ ما تراه مناسبا): في هذه الحالة تتفق الدولة والمستثمر من ذ البداية على منح هيئة التحكيم السلطة في إتخاذ ما تراه مناسبا لظروف الواقعة، حيث يعد هذا بمثابة تفويض لهذه الهيئة بتقرير ما تجذه محققا لمصلحة الأطراف على أنه في حالة وقوع حالة من حالات القوة القاهرة فإن الأمر يحال لهيئة التحكيم لإتخاذ ما تراه مناسبا ،[2] ويمكن أن يتجلى ذلك على النحو التالي إما وقف تنفيذ العقد ويقصد بوقف تنفيذ العقد توقف الطرفين عن تنفيذ إلتزاماتهم العقدية المتبادلة لحين إيجاد حلول بديلة والتوصل إلى إتفاق جديد لتنظيم الإلتزامات ويمكن أن يطبق نظام الوقف على العقد في حالة القوة القاهرة عند إستحالة التنفيذ إستحالة جزئية أو مؤقتة وبالتالي توفر فترة الوقف للمتعاقدين الفرصة لمراجعة إلتزاماتهم والتفاوض بشأنها، والتفاوض يشمل تلك الإلتزامات التي تأثرت قدرة الأطراف على تنفيذها، أما الإلتزامات التي لا يزال الأطراف قادرين على تنفيذها ف إن نظام الوقف لايطالها[3]، ويشمل قضاء التحكيم في ميدان عقود الإستثمار إلى لأخذ بنظام وقف التنفيذ حفاظا على العقد وإلماما بحجم الخسائر التي قد تنجم على إنهاء العقد، وهنا يلعب التحكيم دورا مهما في حال طلب أحد طرفي العقد وقف التنفيذ في حين الطرف الأخر طلب إستكمال التنفيذ، إذ يحق للمحكم الحكم بوقف التنفيذ من تلقاء نفسه حينما يجد ضرورة لذلك، كما يمكن لهيئة التحكيم عند إنقضاء الوقف أن ترد الإلتزام إلى الحد المعقول بحيث يكون الطريق الطبيعي لإنقضاء الوقف إما بانتهاء مدة الوقف أو التوصل إلى وسيلة إعادة توازن إلتزامات طرفي العقد ورده إلى الحد المعقول، و إن المعنى القريب لكلمة رد هي تقليل عبئ الإرهاق، ومنه يقع على عاتق المحكم القيام بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يتوقعها وقت التعاقد ويقسم ما يزيد عن ذلك بين المتعاقدين سوية وهذا ما يعرف أيضا بنظرية توزيع المخاطر .

---

[1]–حنين امين رمزي، المرجع السابق، ص31.

[2] – علاء التميمي عبده، المرجع السابق ص71.

[3]– حنين أمين رمزي، المرجع السابق، ص 32.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى فكرة رد الإلتزام إلى الحد المعقول في القانون المدني و ذلك من خلال نص المادة **107** التي تنص على الحوادث الإستثنائية التي تجعل الإلتزام مرهقا لا مستحيلا والتي يجوز فيها للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حين لو نضرنا إلى دور القاضي في النزاعات الناشئة بين الافراد نتيجة حدوث قوة قاهرة[1]، لوجدنا أن القاضي يعتبر هذه القوة مانعا من موانع المسؤولية، فالقوة القاهرة تظهر كحدث خارج عن إرادة الإنسان وغير ممكن توقعه وغير قابل للمقاومة وهو يشكل قوة قاهرة أيضا فيما لو أمكن توقعه ولكن لم يكن بالإمكان دفعه.

فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعترف إلا بمبدأ تعديل العقد وليس إلغاؤه، أي أنه لا يعترف بفكرة القوة القاهرة التي تجعل الإلتزام مستحيلا لا مرهقا، أما في التحكيم التجاري الدولي فإن المحكم يفصل في مسألة الحوادث الإستثنائية التي تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا لا مرهقا وفقا للقانون الذي يعتمده الأطراف، أما في حال عدم إتفاق الأطراف، فوفقا لإتفاقية واشنطن يطبق قانون الدولة المضيفة للإستثمار وبالتالي فهو يطبق نفس القواعد التي يطبقها القاضي، إلا أن الأمر الذي يميز التحكيم في هذه الحالة هو أنه يعطي الحق للطرفين بالإتفاق على قواعد قانونية لتحكم النزاع بينهما أي قد يتفقا على قانون أكثر من دولة [2].

المبحث الثاني : دور المحكم في مواجهة حالة الظروف الطارئة

الظروف الطارئة تعتبر أحد أوجه إختلال العلاقة التعاقدية بين الدولة والمستثمر لأسباب أيضا لا تتعلق بالتصرفات الإرادية للدولة، وتختلف في طبيعتها وشروط إعمالها عن القوة القاهرة وتؤدي أيضا إلى إختلال التوازن المالي في عقد الإستثمار وهو ما يطرح تساؤلا حول أثر طبيعتها الخاصة على دور هيئة التحكيم في التعامل معها، وكيفية مواجهتها لأنها تحول دون تنفيذ العقد كما تم الإتفاق عليه بسبب تغير هذه الظروف وبالتالي إختلال هذا التوازن بسبب هذه الظروف (المطلب الأول) الأمر الذي يدعو إلى ضرورة معالجة هذا الإختلال عن طريق التحكيم الدولي وذالك نظرا للدور الفاعل الذي يلعبه التحكيم في مواجهة الظروف الطارئة (المطلب الثاني) وذالك من أجل إستمرارية العقد.

[1]–علي فيلالي ، **الالتزامات (النظرية العامة للعقد)** ، موضم للنشر والتوزيع ، وحدة الرغاية ، الجزائر ، (د.ط) 2005، ص 374 .
[2]–باسود عبد المالك ،المرجع السابق، ص 290.

المطلب الاول :الظروف الطارئة كسبب لإختلال التوازن المالي في عقود الاستثمار

تعد نظرية الظروف الطارئة كنظرية متكاملة البناء وعاملة التطبيق من النظريات الحديثة النشأة والتي تعتبر من أهم الأسباب المؤدية إلى إختلال التوازن في عقود الإستثمار والحائلة بين المدين وتنفيذه لإلتزاماته العقدية ولفهم هـ ذه النظرية ومدى تأثيرها على توازن عقود الإستثمار كان لابد من تحديد مفهومها (الفرع لأول) كما أن إعمال هذه النظرية يستوجب توفر مجموعة من الشروط (الفرع الثاني).

الفرع الأول :الظروف الطارئة كسبب لإختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار

يقصد بالظروف الطارئة، هو أن يحدث بعد إبرام العقد وخلال مرحلة تنفيذه ظروف إستثنائية عامة غير متوقعة، من شأنها أن تجعل الإلتزام العقدي أشد إرهاقا، مع ملاحظة أن هذه النظرية، تسود في العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التي يؤجل تنفيذها، فخلال مدة تنفيذ العقد تطرأ ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد، وتعود الجذور التاريخية لنظرية الظروف الطارئة الى مجلس الدولة الفرنسي الذي أرسى دعائم هذه النظرية في حكمه الشهير الصادر في 30 مارس 1916 م والمتعلقة بقضية إرتفاع أسعار الفحم الحجري، وهي المادة المستخدمة في توليد الغاز ، حيث تتلخص وقائع القضية بأن الشركة العامة للإضاءة أبرمت عقد مع مدينة بوردو الفرنسية من أجل إمداد المدينة بالغاز لمدة 30 عاما، وتحددت أسعار البيع في ذلك الوقت، وبعدما قامت الحرب العالمية الأولى و إجتاح الجيش الألماني المدن التي تحتوي على الفحم في فرنسا، تعذر على الشركة الإستمرار في توريد الغاز لمدين ة بوردو بنفس الثمن واضطرت إلى إستيراد الفحم من الخارج وكانت باهظة الثمن، ولذلك طلبت تعديل العقد مع بلدية بوردو لكي يتناسب مع الأحداث الجديدة [1] ففي هذه القضية أصبح الإلتزام مرهقا للمدين عند إرتفاع أسعار المحروقات لأسباب خارجة عن إرادة أطراف العقد .

وقد تبنى المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 – 3 من القانون المدني اذ نص على مايلي " غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع

[1]–حنين امين رمزي ، المرجع السابق، ص 10.

باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك" [1] فالمشرع الجزائري عندما نص على أنه للقاضي في حالة وقوع الظروف الإستثنائية التي قد تجعل تنفيد الالتزام مرهقا، الحق في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وقد نصت بعض الهيئات التحكيمية على حالة الظروف الطارئة ومنها هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 2758 لسنة 1976 كما يلي : "أن خشية تغير الظروف في المجال التجاري بصفة خاصة هو الذي يحث الاطراف على إبرام العقود تحقيقا لمصلحتهم الاقتصادية، وكل طرف متعاقد يستفيد من التغيرات التي تحدث، لذلك يقبل بشكل ضمني تحمل مخاطر هذا التغير التي قد تكون غير ملائمة أو مفيدة بالنسبة له[2]...."

فتغير الظروف تؤدي الى حدوث زيادات غير مألوفة من شأنها أن تحدث الإرهاق على المتعاقد في تنفيد إلتزامه فهي تخرج عن نطاق التعاقد، وفي هذا يقول الاستاذ سامي منصور، و إن كان في نطاق العقود الداخلية، وذلك نظرا للتطابق بين عقود الإستثمار الخاضعة للتحكيم التجاري الدولي والعقود الخاضعة للقانون المدني من حيث الحلول المتوصل اليها: "أن التوازن العقدي قلما يتحقق وإختلال التوازن العقدي هو الذي يتحقق في العادة ولكن يشترط أن يكون إختلالا مألوفا في التعامل إختلالا عاديا فهناك أعباء عادية تفرضها طبيعة العقد أو تفرضها الإرادة العقدية او ظروف التعامل[3].

الفرع الثاني : شروط الظروف الطارئة

تنحصر شروط الظروف الطارئة في ثلاثة وهي الإستثنائية (اولا) وعدم التوقع من طرف المدين الذي أصابه الإرهاق (ثانيا) بالإضافة الى أهم عنصر وهو أن يصبح الإلتزام التعاقدي مرهقا (ثالثا) .

أولا : أن يكون الظرف استثنائيا : حتى نكون بصدد وقوع ظروف طارئة يجب أن تكون هذه الظروف إستثنائية عامة غير متوقعة وهذا يتطلب منا تحديد فكرة الظروف أو الحادث الإستثنائي، ذلك الحادث الذي يندر حصوله و يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة، أو أن يكون حادثا غير مألوف لا يقع عادة[4] ويجب أن لا يكون الظرف الطارئ من فعل المتعاقد فإذا كان الظرف الطارئ من فعل المتعاقد

[1]– المادة 107 الفقرة الثالثة من الامر رقم 75 – 85 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

[2]–حسين نوارة ،**الحماية القانونية لملكية المستثمر الاجنبي في الجزائر** ، رسالة دكتوراه ، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، 2013، ص 137

[3]– باسود عبد المالك ، المرجع السابق ، ص295 .

[4]– بالقاسم زهرة ، **اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود**، مذكرة شهادةالماستر ، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014 ص37.

فتثار أنداك مسؤولية المتعاقد العقدية على اساس الخطأ العقدي، فضلا عن ذلك يجب أن لا يكون الظرف الطارئ متوقعا حين إبرام العقد[1] ولقد عرف الأستا ذ عبد الحي الحجازي خاصية الإستثنائية في الظرف الطارئ بقوله :" الحادث الإستثنائي هو الحادث الذي لا يتدرج في عادات الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم هناك من الحوادث الطارئة ما يعد إستثنائيا بمجرد وقوعه، وذلك لندرة وقوعه كالحرب أو الزلزال أو الوباء ومنها ما يكثر وقوعه فلا يكون إستثنائيا بحيث يؤ ذي الى إنطباق نظرية الظروف الطارئة، إلا اذا بلغ حدا يجاوز المألوف كفيضان عال الى درجة كبيرة[2].

ثانيا: عدم التوقع : يعتبر شرط عدم توقع المخاطر وعدم امكان دفعها، شرطا جوهريا أساسيا في نظرية الظروف الطارئة مما يعني أن الظرف الطارئ الذي أدى الى قلب اقتصاديات العقد، لم يكن في الحسبان توقعه من قبل المتعاقدين عند ابرام العقد، ولذا يتناسب هذا الشرط مع الفكرة التي تقتضي بأنه يوجد مخاطر عادية في كل عقد يتوجب على الاطراف المتعاقدة أخ ذها بعين الاعتبار في توقعاتهم ويتحملها المتعاقد، ولذا فان المعتبر وفقا لنظرية الظروف الطارئة هي المخاطر الاستثنائية[3].

كما يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تكون العلاقة بين المتعاقد المدين وبين الظرف الطارئ الذي أصابه مقطوعة تماما، بحيث لا يكون للمتعاقد يد في حدوث الظرف الطارئ، سواء عمدا أو نتيجة إهمال منه، أو أن يكون المتعاقد قصر في دفع الخطر ببدل الجهود اللازمة لتوقي الظرف الطارئ أو النتائج المترتبة عليه[4]، لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو هل أن عدم التوقع ينصب على الحدث بحد ذاته أم على نتائجه ؟ ويجيب عن ه ذا السؤال مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بداية بتطبيق النظرية بالنظر إلى عدم توقع الظرف نفسه و إهمل فكرة آثار الظرف الطارئ ففي حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية غاز بوردو، إعتد قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بفكرة عدم توقع الظرف الطارئ ذاته لا بآثاره، إلا ان المجلس عاد عن تشدده و أقر بتطبيق هذه النظرية على الآثار المترتبة عن الظرف الطارئ، كما هو الشأن في حكمه الصادر في 4 اكتوبر 1932، الذي قض ى

---

[1]– سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص 151.

[2]– عمار محسن كزار الزرفي ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، **مجلة مركز دراسات الكوفة** العدد(38)، جامعة الكوفة، 2015، ص 9 .

[3]– خالد سعيد راشد العليمي ، **اثر الظروف الطارئة في التوازن المالي للعقد الإداري** رسالة ماجستير جامعة عمان العربية، الاردن، كلية الدراسات القانونية العليا، 2008، ص 43 .

[4]– عبد القادر عوض خلف الله الدابي ، اثر نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية ، **مجلة جامعة يخت الرضا العلمية** ، العدد(12) جامعة الزعيم الازهري (السودان)، 2014، ص 14 – 15 .

صراحة إنه إذا كان إحتمال إحتلال "اقليم الرهر" قائما وقت إبرام العقد فإنما سببه من إرتفاع الاسعار لاسيما في سعر الحديد الذي قد فاق الاحتمالات العادية للطرفين[1].

ثالثا : ان يصبح الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين : يعد إرهاق المدين من أهم الشروط التي يجب توافرها والاعتماد عليها للحكم بأن هناك إختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، ومن ثم تطبيق أحكام ن ظرية الظروف الطارئة على الواقعة وتبرز أهمية شرط الإرهاق في أنه مهما تكن درجة الحوادث الاستثنائية من الخطورة ، وعدم توقع حدوثها، فـإنها تكون عديمة ا لأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاق في تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد [2] و الظرف الطارئ اذا لم يكن من شأنه أن يؤدي الى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا فيجعله مرهقا إلى حد كبير، فالإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر، وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة، قد لا يكون مرهق لنفس المدين في ظروف أخرى[3] وخلاصة القول أن المدين حتى يكون في حالة إرهاق بسبب الظرف الحاصل يجب أن يهدد هذا الظرف المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فالتعامل كسب وخسارة .

المطلب الثاني :التحكيم ومعالجة اثار الظروف الطارئة

إن التحكيم الدولي الذي يهدف إلى تنظيم العلاقات وحل مشكلاتها بعيدا عن القضاء العمومي والذي ينجح في حل منازعات الاستثمار الناتجة عن حدوث القوة القاهرة ، لا يقتصر على الحفاظ على الروابط العقدية وإعادة التوازن العقدي الى هذا العقد في حالة القوة القاهرة، وإنما يظهر أثره أيضا في حالة تغير ظروف العقد أو ما يعرف بالظروف الطارئة التي تؤ ذي الى وقف تنفيذ العقد، الأمر الذي يدفع الى ضرورة مراجعة العقد او إعادة التفاوض بشأنه عند حدوث هذه الظروف (الفرع الاول) كما أن للظروف الطارئة مجموعة من الضوابط التي يجب على هيئة التحكيم مرعاتها عند مواجهة هذه الظروف (الفرع الثاني).

[1]– خالد سعيد راشد العليمي ، المرجعالسابق، ص44.

[2]– عمار محسن كزار الزرفي ، المرجع السابق ، ص12.

[3]– خالد سعد راشد العليمي ، المرجع السابق، ص 50.

الفرع الاول :التحكيم وشرط اعادة التفاوض في حالات الظروف الطارئة

يفرض على أطراف العقد ضرورة إعادة التفاوض بخصوص شروط وبنود العقد إذا ما حدثت ظروف طارئة من شأنها ان تخل بتوازن العقد، يأتي هذا في ظل تعارض المصالح بين أطرافه حول مدى إمكانية تعديل شروطه الأمر الذي يدعو الى شرط إعادة التفاوض والمصالح المتضاربة لأطرافه (اولا)، وللأثر القانوني المترتب على إدراج هذا الشرط في عقد الاستثمار (ثانيا).

اولا:شرط إعادة التفاوض والمصالح المتضاربة لأطراف عقد الاستثمار : يعرف شرط إعادة التفاوض في عقد الإستثمار بأنه شرط تدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث معينة تخرج عن نطاق توقعاتهم عند إبرام العقد وتكون من شأنها أن تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد[1]، فتلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر المتعاقد معها بدلا من أن تغير من طرفها أو من جانبها فقط شروط العقد وإذا ماإنتهت عملية التفاوض حول ذلك يتدخل التحكيم كوسلية لاستعادة التوازن بين الطرفين، [2] ومن القضايا التحكيمية المهمة التي عرفت شرط إعادة التفاوض قضية(aminoil) في العام 1982، حيث أشارت الهيئة التحكيمية إلى أن شرط إعادة التفاوض يتم من خلاله إعادة وضع توازن جديد للعقد بدلا من التوازن الأصلي الذي فقد نتيجة التغير في الظروف [3] فالدولة المضيفة للإستثمار ترى أن لها مصلحة قوية في تمتع عقد الإستثمار بمرونة كبيرة تسمح بطواعيته للتعديل مادامت هناك ظروف تدعوا لذلك خاصة و أن هذا العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها آجالا طويلة ومن الصعب على الدولة أن تضمن الاستقرار السياسي، والأمني، والاجتماعي، والاقتصادي والبيئة الادارية دون تغيير، فالدول لا تعيش في جزر منعزلة، والتغير على المستوى الدولي سوف يؤثر لا محالة على الدول، مثل أازمة اقتصادية عالمية، سوف تمس جميع الدول دون إستثناء أو قيام ثورات شعبية مفاجئة سوف تؤثر لا محالة على البيئة السياسية و الأمنية والاجتماعية والقانونية، وهذه الأحداث الإستثنائية وغير المتوقعة سوف تحول عند وقوعها دون تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه وذلك بسبب تغير الظروف، وقد تلحق الخسارة بأحد الطرفيين وقد تقلب التوازن الاقتصادي للعقد [4] فمن وجه نظر حكومات الدول المضيفة فـإن عقود الاستثمار الخاصة هي أشبه بوثيقة دستورية مرنة قابلة للتطوير تبعا لتغير الظروف[5] لذلك تحرص الدولة بقوة على تضمين عقد الإستثمار لشرط إعادة التفاوض من أجل مراجعة العقد.

---

[1]– علاء التميمي عبده ، المرجع السابق، ص 69 .

[2]- bernardini (p)the rene gotiation of the investment contracts,ICSID REV-F.I.L.J.,vol13 n2 1998;p415.

[3]–ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، :**شرط اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، (د.ط)، 2016 /2017، ص58.

[4]–باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 293 .

[5]– عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع سابق، ص 5 .

على الصعيد المقابل يحرص المستثمر على تمتع عقد الاستثمار بالاستقرار من خلال عدم تعديل شروطه ويعتمد في تبرير هذا الحرص على إعتبارات يغلب عليها الطابع العملي اكثر من التسبيب القانوني. فالمستثمر قبل ان يقدم على التعاقد في مثل هذا النوع من الاستثمارات، ف إنه يقوم بإجراء دراسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع إحتمالات الربح والخسارة[1]، با لإضافة الى تعرفه على قوانين الدولة المضيفة للاستثمار، لناحية اضطلاعه على الأعباء الضريبة التي سوف يتحملها، والإعفاءات التي قد يحصل عليها، والأهم من ذلك معرفته بالتشريعات المنظمة للرقابة على الصرف، وينظم تحويل عائدات الاستثمار[2] الأمر الذي يجعله لا يتخذ هذا القرار إلا بعد أن يكون قد إطمأن الى الأمور السابقة التي كانت محل إعتبار وتقدير بالنسبة له، ومن ثم فهو يحرص على ثبات العقد لإرتباط تحقق النتائج التي يرجوها بهذا الثبات كما قد يرى المستثمر أن الدولة المضيفة للإستثمار بحكم مالها من سلطة وسيادة تملك مواجهة الظروف المستجدة، بما يتلاءم مع العقد القائم، دون تعديل العقد، بما يتلاءم مع هذه المستجدات لذا فهو يحرص على تضمين عقد الاستثمار شرط الثبات او الاستقرار، ومن ناحية أخرى فالمستثمر غالبا لا يملك كل الأموال المستثمرة في المشروع ومن ثم ف إن البنوك والمؤسسات المالية الأخرى التي تسانده في تمويل المشروع، تتطلب مراجعة العقود النهائية المتوقع ابرامها، حيث تبني قرارها النهائي على المضمون الفعلي للأعباء التي يتحملها المستثمر وعائدات المشروع والضمانات القوية التي يكون قد حصل عليها من الدولة المضيفة [3] وعليه فإننا نجد بعض إتفاقات الإستثمار وبناءا على رغبة المستثمر، تتضمن ما يعرف بشروط الثبات والاستقرار ، فالمستثمر يجد أن له مصلحة قوية في احتفاظ هذا العقد بثباته التنظيمي وفق ما إتفق عليه الأطراف عند إبرامه[4] الأمر الذي يمنع على الحكومة اجراء أي تعديل أومخالفة لشروط الإتفاق أو إتخاذ أي تدابير إدارية أو تشريعية من شرأنها مخالفة هذه الشروط .

ثانيا:الأثر القانوني لشرط اعادة التفاوض : ذهب جانب من الفقه بأنه على الرغم من الأهمية القصوى التي تحققها شروط إعادة التفاوض والثبات لأصحابها، إلا ان هذه الشروط محدودة للغاية، حيث يقتصر أثرها فقط على مجرد الإلتزام لإعادة مناقشة شروط وأحكام عقد الاستثمار، دون أن يكون عليهم إلتزام بأن تسفر هذه المناقشة إلى تعديل العقد بالفعل، حيث يوجد فرق بين الإلتزام بإعادة توازن الإلتزامات العقدية في ضوء الظروف الجديدة، ومجرد الإتفاق على إجراء التفاوض في حالة حدوث هذ هالظروف[5] فوصف إلتزام طرفي عقد الإستثمار فيما يتعلق بإعادة التفاوض بأنه التزام ببدل عناية، وذلك لأن إحتمال عدم

---

[1]– لما احمد كوجان، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي**، منشورات زين الحقوقية،بيروت–لبنان، الطبعة الولى،2008،ص84.

[2]– باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص292.

[3]– عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص5.

[4]– علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص70.

[5]– حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، **مجلة الكوفة**، العدد(21)، المعهد التقني بابل، 2014، ص187.

الإتفاق بعد إعادة التفاوض يبقى محتملا لأنه ليس من الضروري أن تؤذي هذه العملية إلى تحقيق النجاح، وبالتالي التوصل إلى إتفاق بين الطرفين لأن ذلك متعلق بالظروف التي تحكم عملية إعادة التفاوض والتي لها الأثر الواضح يجعل هذه العملية إيجابية أم سلبية.

وفي هذه الحالة نرى ضرورة التفرقة بين ثلاث فروض:

1. لا يجب إعتبار الحالة من قبيل تغير الظروف التي تبرر تعديل العقد، إذا أثبت أن أحد أطراف العقد قد تسبب بفعله المنفرد في تغيير الظروف على النحو الذي جعل العقد غير متلائم مع الظروف القائمة، وفي هذه الحالة يحق للطرف الآخر أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء هذه الاوضاع .
2. اذا ما تم الاتفاق بين الدولة المضيفة والمستثمر على أحوال اذا ما تحققت وجب التعديل بما يتلاءم معها، وفي هذه الحالة يجب على هيئة التحكيم أن تراعي كافة الامور التي تم الاتفاق عليها من قبل اطراف العقد، لمواجهة هده الظروف .
3. إلزامية التفاوض دون أن يكون هناك إلتزام بتعديل العقد إذا تم الاتفاق على إعادة التفاوض في حال حدوث متغيرات بالمراكز القانونية في العقد بصورة عامة.

والسؤال الذي يبقى مطروح يتعلق بمدى إمكانية التفاوض على شروط عقد الاستثمار عند تغير الظروف رغم خلو العقد من شرط إعادة التفاوض؟ وللإجابة عن هذا السؤال يمكن القول بأن شرط إعادة التفاوض هو من قبيل الشروط المفترضة، وترتيباعلى ذلك فإن الالتزام بإعادة التفاوض في غياب شروط إعادة التفاوض لا يجد أساسه في إرادة الأطراف، بل في مبدأ حسن النية الذي يعتبر مبدأ يسود العقود في الأنضمة القانونية إذ تنضوي تحته القوانين لتأسيس التقنيات القانونية والحلول المبتكرة فمبدأ حسن النية يفرض على المتعاقدين التعامل بحسن نية أي الإلتزام ليس فقط بما تقتضيه العدالة والممارسة أو القانون، بالنضر الى طبيعة الالتزام [1]، وتبعا لذلك فعلى المتعاقدين أن يسعوا الى تنفيذ العقد بكل حسن نية حيث يتضمن دلك سعيهم الى تجاوز المشكلات التي تعترض هذا التنفيذ الناتجة عن ظروف غير متوقعة ولقد أشار التحكيم التجاري الدولي الى مبدأ حسن النية عند غياب شرط إعادة التفاوض في القضية التحكيمية رقم 2508 لسنة 1976 بالقول (ينبغي على اطراف العقد، لاسيما الطرف المنتفع في حالة نشوء ظروف جديدة ومع غياب شرط إعادة التفاوض أن يجتمعوا ويتفاوضوا بحسن نية لغرض تطويع العقد مع تلك الظروف)[2].

[1]–هني عبد اللطيف، **حدود الاخد بفكرة اعادة التفاوض في العقد** –دراسة مقارنة –رسالة دكتوراه، ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2016، ص28.

[2]– ميثاق طالب عبد الحمادي الجبوري، المرجع السابق، ص59 .

الفرع الثاني : الضوابط الخاصة بسلطة المحكم قي رد الالتزام الى الحد المعقول

تتعدد الطرق التي يلجأ إليها المحكم في محاولة منه لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بغية إعادة التوازن المالي للعقد، فقد يلجأ المحكم إلى وقف تنفيذ العقد(اولا) أو محاولة رد الالتزام الى الحد المعقول بعض انقضاء الوقف (ثانيا) وكحل أخير يمكن ان يلجأ المحكم الى فسخ العقد (ثالثا).

أولا :وقف تنفيذ العقد :يقصد بوقف تنفيذ العقد توقف الطرفين عند تنفيذ إلتزاماتهم العقدية المتبادلة لحين إيجاد حلول بديلة والتوصل الى إتفاق جديد لتنظم الالتزامات، ويعد الوقف الأثر ا الأول والمباشر الذي يترتب على حدوث ظروف إستثنائية غير متوقعة، ففي هذه الحالة المستثمر لا يمكنه تنفيذ إلتزامه، إلا بصعوبة أو بتحمل خسارة فادحة، يمكنه عند ادن طلب وقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى زوال الحادث الطارئ إذا كان مما يحتمل في وقت قريب، أو يمكن أن تمنح مهلة لهذا المستثمر، حتى يتمكن من تنفيذ إلتزامه بشكل لا يحمله خسارة فادحة[1] ويميل قضاء التحكيم في ميدان عقود الإستثمار بنظام وقف تنفيذ العقد إذا طلب أحد طرفي العقد وقف التنفيذ في حين الطرف الآخر يطلب إستكمال التنفيذ، ويحق للمحكم الحكم بوقف التنفيذ من تلقاء نفسه، حينما يجد ضرورة لذلك وذلك حفاظا على العقد وإلماما بحجم الخسائر التي قد تنجم عنه ومن أهم الأمثلة على ذلك، ما وصلت اليه هيئة التحكيم في القضية رقم (2894) حيث حكمت بأن " .....وعلى الاطراف التوقف عن تنفيذ إلتزماتهم لحين الإنتهاء من الإتفاق على تعديل جميع بنود العقد وبما يتناسب مع الوضع الاقتصادي الجديد"[2].

ثانيا: انقضاء الوقف ورد الالتزام الى الحد المعقول : يكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالة الظرف الطارئ عوضا عن إلغاء العقد، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وفي الغالب يكون هذا التعديل عن طريق تدخل القاضي من أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبخلاف القوة القاهرة فإن أوجه التشابه بين الحلول التي وصل إليها المشرع الوطني والحلول التي قد يطرحها المحكم أثناء وقوع الظرف الطارئ، تكاد تكون متطابقة فالمشرع الجزائري عندما نص[3]، على أنه للقاضي في حالة وقوع الظروف الإستثنائية التي قد تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا الحق في رد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول.

وقد فسر الفقهاء هذا النص المتمثل في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بقولهم أن المشرع قد عنى أن للقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الإلتزام المرهق ولا زيادة الالتزام المقابل، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ وقد يرى

[1]– باسود عبد المالك، المرجع سابق، ص295 .

[2]– حنين امين رمزي ، المرجع سابق ، ص 32 .

[3]–المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري.

زيادة الإلتزام المقابل، وقد يرى إنقاص الإلتزام المقابل، [1] وهذه الحلول التي يلجأ لها القاضي تكاد تكون متشابهة للحلول التي تلجأ إليها الهيئات التحكمية فيكون الطريق الطبيعي لإنقضاء الوقف إما بانتهاء مدة الوقف أو التوصل إلى وسيلة لإعادة توازن إلتزامات طرفي العقد ورده إلى الحد المعقول، و أن المعنى القريب لكلمة رد، هي تقليل من عبئ الإرهاق، فالمحكم عليه ان يقوم بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يتوقعها وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد عن ذلك بين المتعاقدين سويا، كما تعرف أيضا بنظرية توزيع المخاطر [2] فللمحكم سلطة أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بإنقاصه أو بزيادة الإلتزام المقابل له أو أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحدث، فلكي يطبق مثل هذا الحل يجب أن يتم التأكد من حصول الإرهاق[3].

فقد يرى المحكم أن إزالة الإرهاق وإعادة التوازن الإقتصادي بين طرفي العقد يستلزم إنقاص الإلتزامات المترتبة على المدين، وقد يكون الإنقاص من الناحية الكمية أو من الناحية الكيفية أو أن يقوم بزياد ة الالتزام المقابل، حيث يتم في هذه الطريقةإزالة الإرهاق عن المدين بزيادة إلتزامات الدائن، بإضافة عبئ تعاقدي آخر عليه لمصلحة الطرف المضر رو[4]، فيوزع المحكم الزيادة غير المألوفة على طرفي العقد وهو بذلك يحقق نوعا من التوازن الاقتصادي بين الإلتزامات التي يرتبها العقد على الطرفين، إما فيما يتعلق بتعليق تنفيذ الإلتزام إلى حين زوال الحدث الغير متوقع، يتم اللجوء إلى هذه الطريقة عندما يرى المحكم وجود أمل في زوال الحدث في وقت قصير يمكن له تعليق الالتزام، وذلك من أجل إعطاء فرصة للمدين ولا يمس التعليق جوهر العقد من الناحية المادية فتبقى الإلتزامات محتفظة بقيمتها دون أن تتأثر بالتعليق المؤقت[5]، أي توقيف تنفيذ العقد لفترة مؤقة إذا كان طابع الحادثإستثنائيا[6]، وبكل الأحوال يخضع التعليق إلى ظوابط معينة وهي : أن تكون فترة التعليق ثابتة أو محددة نسبيا، و أن يوضح الباعث من تعليق تنفيذ العقد.

ثالثا: التحكيم وفسخ عقد الإستثمار على إثر الظرف الطارئ :يعد الفسخ في عقود الإستثمار وضعا إستثنائيا يتطلب معاملة خاصة من قبل هيئة التحكيم حيث تحرص كل الحرص على ألا تلجأ إليه إلا في

---

[1]– باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص،294.

[2]– حنين امين رمزي، المرجع سابق، ص 33 .

[3]–باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص295.

[4]–عبد القادر خلف الله الدابي،المرجع السابق، ص17.

[5]–حنين امين رمزي، المرجع السابق، ص35.

[6]–عبد القادر خلف الله الدابي، المرجع السابق، ص17.

حالات محددة تندر بعواقب وخيمة إذا ما بقي عقد الإستثمار قائم ففي بعض الحالات يكون هو الوسيلة والحل الأمثل لتحقيق توازن عقد الاستثمار و ما من شك أن هيئة التحكيم ملزمة بفسخ عقد الاستثمار في حالة ما إذا اتفق أطرافه صراحة على أنه إذا ما وقع حادث طارئ اثناء تنفيذ العقد فيجب على هيئة التحكيم أن تقضي بفسخه ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو في حالة لم يكن هنالك إتفاق بين أطراف العقد . فقد ذهب جانب من الفقه للقول بأن هذه الحالة تقتضي التفرقة بين أمرين[1]، الحالة الأولى في حالة وقوع الظرف الطارئ قبل تنفيد العقد فعلى هيئة التحكيم في هذه الحالة ان تقضي بفسخ العقد، أما الحالة الثانية عند وقوع الظرف الطارئ خلال تنفيذ عقد الإستثمار ففي هذه الحالة على هيئة التحكيم أن تسعى إلى إعادة التوازن العقدي من خلال المقاربة بين ماتم تنفيده وبين ماكان متوقعا تنفيذه من العقد

[1]–محمد محي الدين ابراهيم سليم ، **نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة**، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، (د.ط) ، 2007، ص 452.

الفصل الثاني

اختلال التوازن المالي لعقود الإستثمار بسبب الإجراءات المتخذة من طرف الدولة

قد يحدث أن يختل التوازن المالي للعقد بين الدولة والمستثمر بسبب بعض التصرفات الإرادية التي تقوم بها الدولة، والمتمثلة في جملة من الإجراءات التي تقوم بها الدولة في مواجهة المستثمر، أو من خلال إحداث تغيرات في تشريعاتها الوطنية، التي يخضع لها عقد الإستثمار حيث قد تؤ ذي هذه الاجراءات، والتعديل في القوانين في مسائل عدة إلى الإخلال بمركز المستثمر الأجنبي على مستوى الإمتيازات مثلا، مما يزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة، ويساهم في زعزعة الإستقرار المنشود لمناخ الإستثمار وهذا يخل بتوقعات المستثمر الاجنبي، كما سوف يقوم لا محالة بإثارة تحفضاته، مما يؤذي به الى اللجوء الى التحكيم، في هذا الفرض تواجه هيئة التحكيم صعوبة في إعادة التوازن المالي للعقد، نتيجة هذه التصرفات الإرادية المفاجئة، والتي تمس الأمن و إحترام التوقعات التي يرتكز عليها العقد، وفي كل الأحوال، يظهر دور المحكم فعالا من خلال إرادة الاطراف سواءاً كانت صريحة أو ضمنية، كما يختلف دور التحكيم في كيفية تحقيق إستعادة التوازن المالي لعقد الإستثمار سواءا" في حالة إختلال التوازن المالي لعقد الإستثمار على إثر مخالفة شرط الثبات التشريعي (المبحث الاول) أو في حالة الإختلال الناتج في العقد بسبب الإجراءات الإنفرادية التي تقوم بها الدولة(المبحث الثاني).

المبحث الأول : إختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار على إثر مخالفة شرط الثبات التشريعي

إن توفير مناخ ملائم ومستقطب للإستثمار يتطلب إستقرارا تشريعيا وقانونيا، فالإطار القانوني الثابت والواضح يساعد على جلب الإستثمارات وديمومتها، وأي تغير في هذه الأنظمة القانونية سوف تؤدي إلى نشوب نزاعات بينه وبين الدولة المضيفة للإستثمار، وحتى يحتاط المستثمرين من التغير المستثمر للتشريعات أصبحوا يضيفون شرطا في عقد الإستثمار، يسمى بشرط الثبات التشريعي، وذلك بهدف تفادي التغيرات التشريعة التي يمكن أ ن تقوم بها الدولة المضيفة والتي من شأنها التأثير على عقد الإستثمار(المطلب الاول) فشرط الثبات يجمد الدور التشريعي للدولة الطرف في العقد من تغيير القواعد القانونية النافدة وقت إبرام العقد وعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد من ش أنها الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد الأمر الذي من ش أنه إلحاق ضرر بالمستثمر، وبالتالي فـإن وجود هذا الشرط يحول بين الدولة و إستخدامها للميزة التي تتمتع بها في إطار السيادة وهو الحق في التشريع، لكن قد يحصل وتخالف الدولة هذا الشرط، لدواعي ومبررات معينة مما يمس بمصلحة المستثمر، الأمر الذي يستدعي تدخل التحكيم من أجل التصدي لمخالفة شرط الثبات والحفاظ على التوازن المالي للعقد (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : التغييرات التشريعية وأثرها على عقود الاستثمار

إن تثبيت النظام القانوني وشرط تعهد الدولة بعدم إنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة، تعد من أهم الضمانات الإستثنائية التي يتم الإتفاق عليها بمقتضى عقد الاستثما ر، لأنه ومما لاشك فيه من أن التغييرات التشريعية التي تقوم بها الدولة عند تعاملها مع المستث مر الأجنبي من شأنها التأثير على عقد الإستثمار، بسب إثارة مخاوف المستثمر الأجنبي من جهة، وزعزعة الإستقرار المنشود لمناخ الإستثمار بصفة عامة من جهة ثانية،مما دفع ببعض الدول للاستجابة لرغبات المستثمرين الأجانب في تضمين عقود الإستثمار شرطا خاصا أو ما يعرف بشرط بالثبات التشريعي (الفرع الاول) ، وفي المقابل ذلك أثار هذا الأخير جدلا في الوسط الفقهي حول مدى صحة شرط الثبات التشريعي(الفرع الثاني)

الفرع الاول : مفهوم شرط الثبات التشريعي

نظرا لفشل المستثمر الأجنبي في كثير من الحالات في إقناع الدولة المتعاقدة معه في إختيار نظام قانوني آخر غير قانونها الوطني أو حتى قبول خضوع العقد لقانون وطني آخر لدولة أخرى، فلم يكن هنالك حل آخر للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة سوى محاولة تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة من جهة والمحافظة على توازن العقد من جهة ثانية وذلك عن طريق ما يعرف بشرط الثبات التشريعي (أولا)، كما أن إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار يستند لمجموعة من المبررات (ثانيا).

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي : يقصد بشرط الثبات التشريعي تلك الشروط التي يتم بموجبها تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه، أكثر شيوعا في العقود التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الاجنبي[1]،أي هو الشرط الذي تضعه الدولة المضيفة للإستثمار الذي يجعل الدولة غير قادرة على إجراء أي تعديل أو تغيير للقانون السابق كإجراءات قانونية تتم من خلالها حماية المستثمرمن الخطر التشريعي l'alea législatif[2].

[1]– بن زوخ جمعة **شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي**، مذكرة ماستر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق 2015 ص 8.

[2]- LEBOULANGER Phillipe : Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, économica, Paris 1985, P. 92.

كما يعرف شرط الثبات التشريعي : بأنه أداة قانونية، تتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع، لناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد، عبر تجميد دور الدولة في التشريع وذلك لحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها[1].

فتوفير مناخ ملائم أو جاذب للإستثمار يتطلب إستقرارا تشريعيا وقانونيا، فالإطار القانوني الثابت والواضح يساعد على جلب الإستثمارات و ديمومتها، وأي تغير في هذه الناظمة القانونية تؤدي إلى نشوب نزاعات بينه وبين الدولة المضيفة للإستثمار وحتى يحتاط المستثمرين من التغير المستمر للتشريعات أصبحوا يضيفون شرط في عقد الإستثمار، يسمى بشرط الثبات التشريعي .

وذلك نظرا لفشل المستثمر الأجنبي في كثير من الحالات في إقناع الدولة المتعاقدة معه في إختيار نظام قانوني آخر غير قانونها الوطني أو حتى قبول خضوع العقد لقانون وطني آخر لدولة آخر ى، فلم يكن هناك حل آخر للطرف الأجنبي المتعاقد معها سو ى محاولة تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقد كقانون حاكم للعقد عن طريق تجميد الدور التشريعي للدولة الطرف في العقد وعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينهما بشكل يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي المتعاقد معها، فشرط الثبات يحول بين الدولة واستخدامها للميزة التي كونها سلطة تملك حق التشريع وخلق قانون وإعماله على العقد المبرم بينهما وبين المستثمر الأجنبي، والتي تخلق نوعا من عدم المساواة بين الطرفين، [2]هذا الثبات التشريعي قد نجده أيضا مدرجا في قوانين الإستثمار ذاتها في إطار ما يعرف بضمان إستمرار المستثمر في التمتع بالمزايا والضمانات التي توفرها له هذه القوانين فطبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الإستثمار الجزائري الصادر في 1966/09/15 " تضمن الحكومة المزايا التي يحصل عليها المستثمر بموجب القانون الساري وقت الترخيص بالاستثمار"[3]، كما نص أيضا في المادة 22 من قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار الجديد على أنه :" لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة "[4] فيعتبر نص المادة بمثابة تعهد من جانب الدولة الجزائرية بعدم تطبيقها لقوانين جديدة على الإستثمارات التي شرع في إنجازها

[1]- حفيظة السيد حداد ،المرجع السابق، ص 324.

[2]-خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، ص132.

[3]- عصام الدين القصبي ، المرجع السابق ، ص233.

[4]- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 ، يتعلق بترقية الاستثمار ، ج ، ر العدد 46 الصادرة بتاريخ غشت 2016.

فتعتبر هذه التدابير التشريعية كفيلة بجدب و إغراء المستثمرين الأجانب من أجل توظيف أموالهم أما الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ فبحسب العبارة المنصوص عليها في المادة 22 السالفة الذكر .....إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة بمعنى أنه يمكن تطبيق القانون الجديد وذلك في حالة ما إذا طلب المستثمر ذلك صراحة أي بناءا على إرادته، فيكون عادة عندما يحتوي القانون الجديد على ضمانات ومزايا أفضل للمستثمر الاجنبي، ففي هذه الحالة ينبغي التصريح بذلك أمام الوكالة الوطنية لدعم الإستثمار وطلب الحصول على ضمانات ومزايا القانون الجديد، [1] في حين تنص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون الإستثمار التونسي رقم 35 لسنة 1969 على أن " **أي تعديل على القانون الحالي لا يسلب الاستثمارات.**

تنقسم شروط الثبات التشريعي عادة إلى تقسيمات متنوعة تبعا للمعيار المستخدم في التقسيم ويمكن أن نفرق في هذا الشأن بين المعيار الشكلي وبين المعيار الوظيفي.

يقصد بالمعيار الشكلي هو ذلك المعيار الذي يرتكز على المظهر الخارجي لشرط الثبات من اجل تصنيفه[2] فتستند أحيانا إلى مصدر الشروط لنفرق بين شروط الثبات ذات الأصل التعاقدي أو الإتفاقي أي تلك التي نجد مصدرها في العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها، والشروط ذات الأصل التشريعي أي تلك التي تستمد إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المتعاقدة وقد تستند ه ذه المعايير الشكلية في بعض الأحيان على مضمون ه ذه الشروط[3] فتنقسم من ناحية مضمون ه ذه الشروط إلى شروط عامة تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد وذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد، وشروط خاصة تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (كالتشريعات الخاصة بالجمارك والضرائب .....الخ) سواء كانت ه ذه التشريعات تشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية.

أما تقسيم هذه الشروط من ناحية نطاقها الفعلي، فتحدد هل أنها تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد صادر من الدولة المتعاقدة، أم أن مثل هذا المنع لا يعمل به في حال كان هذا القانون الجديد أكثر صلاحية للمستثمر الأجنبي.

---

[1]– عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على الثبات التشريعي في الاستثمار الاجنبي، **المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية** العدد(02) معهد العلوم القانونية والادارية ، المركز الجامعي الونشريسي، تيسمسيلت، ديسمبر 2016 ، ص 36 و37.

[2] – حفيظة السيد حداد، المرجع سابق، ص 329 .

[3]– باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 301.

إن المعيار الآخر الذي يستند إليه تقسيم شروط الثبات التشريعي هو المعيار الوظيفي، بحيث تهدف شروط الثبات التشريعي، إلى تحقيق غاية محددة وهي إخضاع العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى قانون ثابت ومحدد منذ لحظة إبرام العقد وحتى إنقضائه[1]وبالتالي تحصين الطرف الأجنبي ضد أية تغييرات تشريعية أو لائحية تطرأ في المستقبل[2]، ويستند المعيار الوظيفي إلى الغاية التي يرجوها أطراف العقد من وضع شرط الثبات التشريعي ويكون الهدف منه تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، فيعبر الأطراف في هذا الشرط عن رغبتهم في سريان قانون الدولة على العقد، على النحو الذي يكون عليه في لحظة إبرام العقد أو في وقت تنفيذه وبهذا تمنع الدولة ، من إستخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد لصالحها[3]، ولا تدخل التعديلات الجديدة للقانون الواجب التطبيق على العقد [4]بغية حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية .

ثانيا : مبررات الثبات التشريعي : لقد إعترف كل من الفقه والقضاء والتحكيم الدولي بشروط الثبات التشريعي وأصبحت حقيقة في المعاملات التجارية الدولية، وذلك نظرا لأن تلك الشروط فيها ما يضمن طمأنينة للمتعاقد مع الدولة على الأقل من الناحية القانونية، فاستقرار الرابطة العقدية تستدعي بالضرورة تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد وحظر سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على عقد الاستثمار[5]، لأنه قد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد مؤدية عند تطبيقها إلى قلب التوازن التعاقدي، بل قد تؤدي إلى توجيه إقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على حساب الآخر فيلحق به الضرر وفي الواقع يوجد أمران يدعمان تبرير شروط الثبات.

1 -نفي صفة قانون الإرادة عن التعديلات الجديدة: يمكن القول بأن تثبيت قانون العقد في لحظة الإبرام مصدره وأساسه المباشر إرادة الأطراف المتعاقد ة، فالقانون المختص هو الذي إختاره الأطراف لأنهم يريدونه ويرغبون به لحكم عقدهم [6] فلا تسري التعديلات اللاحقة على العقد [7]، وما يلاحظ هنا أن القواعد

---

[1]– حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق، ص331.

[2]–طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي (دراسة مقارنة) ، **مجلة رسالة الحقوق** ، العدد(الثالث)، جامعة ذي قار، كلية القانون 2011، ص 7.

[3]– باسود عبد المالك، مرجع سابق، ص302.

[4]– عدلي محمد عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية** ، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2011، ص 145.

[5]– طارق كاظم عجيل ،المرجع السابق ، ص6.

[6]– سعد الدين محمد، **العقد الدولي بين التوطين و التدويل**، مذكرة ماجستير ، جامعة الشلف، كلية العلوم القانونية والإدارية، 2008 ص 54 .

[7]– هبة هزاع، **توازن عقود الاستثمار الاجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، الطبعة الولى، 2016، ص 149.

التي تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد لم يردها المتعاقدون، بل لم تنصرف إليها نيتهم حتى في حالة تطبيقها عليهم رغم ذلك يعني تطبيق قانون آخر غير قانون الإرادة، وه ذا ما يشكل خرقا لمبدأ أساسيا في مجال العقود الدولية خاصة وهو مبدأ سلطان الإرادة أو قانون الإرادة لأن ما يجب اعتباره دائما هو ما أراده الأطراف.

2 -اندماج القانون المختار في العقد: في الواقع إن قانون العقد لمجرد إختياره من الأطراف يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشروع معين أو كقانون قاعدي، فهو يندمج في العقد الذي أختير له وفي ذلك المعنى يقول الأستاذ جير ودي لابراديل " أن العقد الدولي يفلت من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف ... و هنا يندمج هذا القانون في العقد " وبعبارة أخرى فإن كل شيء يتم حينئذ كما لو أن المتعاقدين داخل إطار إستقلال إرادتهم قد أدمجوا في إتفاقهم عدد من القواعد المستعارة من التشريع الوطني أو عن طريق تبني القواعد المقصودة[1].

الفرع الثاني : مدى صحة شروط الثبات التشريعي

لقد عرف الفقه جدلا كبيرا حول مس ألة صحة شروط الثبات التشريعي بل تعدى الأمر ه ذا الإطار الأكاديمي وتم طرح المسألة أمام هيئة التحكيم في أكثر من مناسبة وفي هذا الصدد يمكن أن نميز بين: **الإتجاه الأول** الذي يدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي على نحو مطلق (اولا)، و **الاتجاه الثاني** الذي ينكر شروط الثبات وصحتها وقدرتها على ترتيب اي اثر قانوني يحد من سلطات الدولة (ثانيا)

أولا : الإتجاه المدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي وتقديره :أقر هذا الإتجاه بمدى صحة شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي لأنهم يعرفون تلك النصوص على نحو قاطع وقت التعاقد وهكذا يخدم شرط الثبات توقعاتهم ويعكس رغباتهم في إختيار الجزء الذي يريدونه من التشريع كما هو موجود في تاريخ محدد [2]، وإعتبار تلك النصوص مرتبة لآثارها القانونية الناجمة وهو عدم إمكانية قيام الدولة بتعديل العقد إلا اذا نص صراحة في العقد على خلاف ذلك[3] وذلك بوجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو عن طريق الإشارة الى نظام قانوني يقرر هذا الأثر، ويستند هذا الرأي إلى نظرية العقد الطليق فه ذه الشروط صحيحة في حد ذاتها دون الرجوع الى أي نظام يقرر هذه الصحة

[1]- سعد الدين محمد، المرجع السابق، ص55.

[2]- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص156.

[3]- حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق، ص344.

واعتبار هذه الشروط صحيحة نظرا لأنها تعد قواعد من القانون الدولي المادي، أو أنها من القواعد المادية.

وما يمكن إستخلاصه من هذا الإتجاه وملاحظته هو أنه يحاول أن يظفي على هذه الشروط نوعا من الإستقلالية والذاتية على كل نظام قانوني وطني كما ينحاز ه ذا الرأي الى المبادئ المستقرة في القانون ولاسيما مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها ،لإعتبارات الإستقرار المتطلب للرابطة العقدية[1]، تلك المبادئ التي تتصارع في مجال عقود الدولة مع فكرة سيادة الدولة وحقها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى ، اذا اقتضى الصالح العام بذلك التعديل [2] فالدولة تتنازل عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة وهو ما يستشف من وجود شرط الثبات التشريعي.

لكن رغم أن لشروط الثبات التشريعي مزايا عدة حاول المؤيدون إبرازها من خلال وجهة نظرهم إلا أنها لا تخلو من المساوئ من حيث مدى مصداقية تمتع شروط الثبات التشريعي بالذاتية والإستقلال والتي سوف نذكرها على النحو التالي:

1 -إن تطبيق شروط الثبات التشريعي تؤدي إلى إفلات العقد من حكم أي قانون بسبب تجميد قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان خاصة و أن العقود الدولية تكون طويلة المدى.

2 -إن هذا الرأي يعيبه أنه يقوم على إفتراض يحتاج غلى إثبات[3] فهو يقيس ذاتية شروط الثبات وإستقلاليتها على ذاتية بعض الشروط الأخرى المكرسة والمعترف بها مند زمن بعيد فـإن مثل هذا القياس يعتمد على إقامة الدليل عليه وهذا ماعجز عنه المؤيدون.

3 -هذا الرأي يقوم على أن سيادة الدولة وأهليتها التعاقدية مسألتان لا يمكن التوفيق بينهما وهذا إفتراض غير حقيقي باعتبار أن الدولة تتمتع بالسيادة والقول بعكس ذلك يعتبر إنكار للحرية التعاقدية للدولة.

ثانيا : الإتجاه الرافض لشروط الثبات التشريعي وتقديره :هذا الإتجاه على عكس الإتجاه الأول فهو يميل الى تغليب إعتبارات السيادة التي تقتضي حق الدولة في المساس بالعقد لضرورة تقتضيها المصلحة

[1]- بشار محمد الاسعد، **عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الاولى، 2006 ص164.

[2]- حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق، ص 345.

[3]- سعد الدين محمد، المرجع السابق، ص59.

العامة[1]. وذلك بإنهاء العقد أو تعديله بغض النظر اذا كان العقد قد تضمن شروط الثبات التشريعي ام لا بحيث لا تقيد تلك الشروط إرادة الدولة وسيادتها، فيرتكز هذا الإتجاه على أن الهدف في تحقيق التنمية السريعة في الإقتصاد والتي تسعى إليه جل الدول النامية، لا يتحقق إلا من خلال السيطرة الكاملة على مواردها[2] بالإضافة الى الإستفادة من تكنولوجيا الدول المتقدمة وهذا لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال رفض النظريات القانونية التقليدية أو على الأقل تعديلها وإحلال نظريات جديدة بدلا منها تحقق المساواة بين الأطراف المتعاقدة، فالتطبيق الصحيح للقانون المختار يقضي إحترام كل النطاقات التي يقررها له مشرعه، ومن ثم فإن خضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يحمل سواء كانت إرادة الأطراف هي أساس ذلك أم لا، واحترام كامل قواعد هذا القانون بما فيه قواعده الإنتقالية .[3]

لكن هذا الإتجاه في الواقع على الرغم من الثورية الواضحة في الأفكار التي يدعو إليها، مع ذلك لا تعد افكار مجهولة في الفقه الغربي للعقود [4] فلقد ذهب جانب من الفقه الغربي الى المناداة ب أن العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص تتمتع بقابليتها للتغير والتعديل من قبل الدولة، وقد إنتقد الفقيه jean flavien lalive بشدة هذه النظرة واعتبرأن النظام الذي يسمح للأطراف من التملص من كافة الإلتزامات الملقاة عليه وبكل حرية، يؤدي في نهاية الأمر أن تحل بدلا من الرابطة التعاقدية رابطة خضوع وتبعية يكون ضحيتها الطرف الضعيف في العلاقة [5]، وهو ما يؤدي الى نوع جديد من أشكال النظام الإقطاعي وبالتالي وصف تلك النظرية بالهدامة، وذلك لكونها تؤدي إلى تعطيل إزدهار التجارة الدولية والأضرار بالتنمية .

المطلب الثاني : مدى سلطة المحكم في التصدي لمخالفة شرط الثبات التشريعي

يمثل شرط الثبات التشريعي أهمية خاصة بالنسبة للمستثمر في عقود الاستثمار، باعتبارها ضمانة لاغنى له عنها لمواجهة تدخلات الدولة سواء بتعديل التشريعات التي أبرم عقد الاستثمار في ظلها، أم بالإنفراد بتعديل العقد دون الرجوع للمستثمر وفي هـ ذا المقام يبرز التساؤل لو ان الدولة خالفت ماتم الاتفاق عليه وقامت بأحداث تغيرات وتعديلات تشريعية فما مدى سلطة التحكيم في التصدي لمخالفة شرط الثبات، و بهذا الصدد يجب التفرقة بين التشريعات الجديدة التي تقوم بها الدولة، بهدف تحقيق

[1] – حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ص352.

[2]– سعد الدين محمد، المرجع السابق، ص60.

[3]– عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص157.

[4]– حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص360.

[5]– سعد الدين محمد، المرجع السابق، ص60.

المصلحة العامة (الفرع الاول) وبين طبيعة المزايا والضمانات التي تم المساس بها على اثر مخالفة شرط الثبات التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الاول : التحكيم والتغيرات التشريعية الهادفة لتحقيق المصلحة العامة

لقد ذهب جانب من الفقه الى القول بان مخالفة الدولة لشرط الثبات التشريعي و قيامها بتشريعات جديدة تهدف من خلالها الى تحقيق مصلحة عامة ففي هذه الحالة لا تعتبر الدولة قد أخطأت[1] ، وفي دلك يرى الأستاذ لوبولونجيه p leboulanger أننا نستطيع ان نميز الاجراءات التشريعية او القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وتلك التي تهدف بشكل واضح الى الاضرار بمضمون الإلتزامات التعاقدية التي أبرمتها الدولة، ففي الحالة الاولى إن الدولة لن تتحمل أي مسؤولية، مع مراعاة حق المتعاقد معها في الطلب إما ملائمة العقد لظروف الجديدة وإما فسخ العقد إذا ماكان التوازن العقدي قد أصيب باختلال، فاستمرار العقد في التنفيذ سيبدو مستحيلا وفي مقابل ذلك اذا ما لجأت الدولة لسلطتها التشريعية لتتعدى مبدأ قدسية العقود فهي تسيئ إستعمال هذه السلطة بشكل واضح وستتحمل مسؤولية ذلك[2].

لقد عبرت الكثير من الحكومات عن رفضها لإختصاص هيئات التحكيم بالنظر في الإجراءات والتغييرات التشريعية والتي تتخذها الدولة بهدف تحقيق الصالح العام، أو في إطار تحقيق برنامج إقتصادي دو نفع عام، فقد ذهبت الحكومة اللبنانية إلى أن المنازعات المتعلقة بهذه الإجراءات لا تدخل في إطار شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الإمتياز، فالجهة المانحة للإمتياز تستطيع بمالها من سلطات سيادية، تعديل شروط العقد بإراداتها المنفردة [3] وقد أخد بهذا الإتجاه أيضا الحكومة الإيرانية أمام محكمة العدل الدولية ولقد إحتجت بأن تأميم صناعة البترول المرتبطة بممارسة الدولة الإيرانية لسيادتها من المسائل الغير قابلة للتحكيم .

فإن قدسية العقد لا تمنع المشرع من أن يمارس سيادته التي تمكن الدولة من تعديل أو إصدار قانون معين، أو إتخاذ إجراء تعتبره الدولة ي خدم الصالح العام [4] حتى ولو كانت هذه الإجراءات والتغيرات

[1]– علاء التميمي عبده، المرجع السابق ، ص79.

[2]–طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص8.

[3]– عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 247.

[4]– علي غسان احمد ومحمد علي شنجار، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار ، **مجلة كلية الحقوق**، العدد(02)، جامعة النهرين، العراق 2016، ص49.

تتعارض بشكل مباشر م ع بنود العقد، فـإن قيام الدولة بتغيير تشريعياتها يعتبر من ضمن سيادتها فلها الحق أن تمارس هذه السيادة بدون أية مسؤولية طالما كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك بغض النظر عن تضمن هذا العقد لشرط الثبات التشريعي ، فهذه الشروط لا تشكل قيدا عن إرادة الدولة وسيادتها في تعديل هذه العقود، لكن هذا لا يمنع حق المستثمر في طلب التعويض على إعتبار أن هذه الإجراءات تتضمن إ غفالا بل إنقاصا للإلتزامات التي إرتضتها الدولة والمتولدة عن العقد نفسه الذي أبرمته مع الطرف الآخر، فغالبية الفقه تؤيد فكرة إختصاص المحكم في مثل ه ذه المنازعات في البحث عن التعويض المناسب لجبر الضرر الناتج عن إجراء الدولة دون الن ظر في أمر شرعية الإجراء نفسه فالمصلحة العامة الناتجة عن هذه الإجراءات التي تتخذها الدولة ستذهب سدى إذا أرغمت محاكم التحكيم الدولة على الرجوع عما إتخذته من قرارات [1] وخلاصة القول أنه لا يجوز لسلطة التحكيم أن تتعرض لشرعية الإجراءات والتغيرات التشريعية التي تقوم بها الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة وإنما يتوقف إختصاصها عند حدود النظر في التعويضات الملائمة، فمن مصلحة المستثمر ترك البواعث الحقيقية للدولة سواء الظاهرة منها أو الخفية والنظر الى مدى الضرر الذي لحق به والتعويض الذي يلزمه لإصلاحه[2] وهذه المسألة تتصل بشرعية الإجراء وخصوصا في ظل إتفاقية واشنطن التي يستبعد منها المنازعات ذات الطابع السياسي، لتتضمن المنازعات ذات الطابع القانوني فقط.

الفرع الثاني : التحكيم ومواجهة التغيرات التشريعية بحسب المزايا

في حين ذهب إتجاه آخر من الفقه الى القول بأن سلطة المحكم في مواجهة مخالفة الدولة شرط الثبات التشريعي تتعلق بطبيعة المزايا التي تم المساس بها [3] فإذا ورد التعديل على القوانين المالية كزيادة نسبة الضرائب أو الرسوم المفروضة على المستثم ر، وأرادت الدولة تطبيق القانون الجديد على المستثمر ، رغم وجود شرط الثبات ، كان للمستثمر أن يحتج بهذا الشرط وبالتالي عدم سريان التعديل الجديد في حقه وصولا الى الإمتناع عن دفع الرسوم والضرائب التي يفرضها القانون الجديد[4] إذا من حق هيئة التحكيم أن تحتفظ بالتوازن الإقتصادي لعقد الاستثمار، وذلك من خلال الحكم في هذه الحالة بمثابة تنفيذ لمبدأ الثبات التشريعي بصورة عينية.

[1]– عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 248.

[2] – باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص303.

[3]– علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص 79.

[4]– علي غسان احمد و محمد علي سنجار، المرجع السابق، ص 50 .

ومن الأمثلة الواقعة على هذه الحالة ما يعرف بقضية قناطر إسنا المبرم عقدها سنة 1986 م حيث جاء في مادة 30 منه ما يقر بتثبيت التشريعات الخاصة بالضرائب والت أمين الإجتماعي والأسعار الرسمية للاسمنت والحديد و الأخشاب والزيوت والكهرباء وذلك حماية لشركة المشروع من أية تقلبات في الأسعار والتي من شانها أن تحدث خللا في التوازن الاقتصادي للعقد وانه في حالة مخالفة ذلك فإن الأسعار ورسوم الضرائب والتأمينات الإضافية تعاد للمقاول بفاتورة منفصلة أو تخصم منه في حالة النقصان وذلك بالخصم من مدفوعاته[1].

إن الجدير بالذكر أن التحكيم يتمتع بخصوصية في إستعادة التوازن الاقتصادي لعقد الإستثمار في حالة عدم إعمال شرط الثبات التشريعي، وتنطلق هذه الخصوصية من الطبيعة الغير قانونية لمنازعات إختلال التوازن الاقتصادي، فهذه المنازعات لا تتعلق بإخلال أحد الأطراف في تنفيذ التزاماته، أو بالتفسير الصريح او الضمني لنصوص العقد، وإنما تتعلق بإعادة شروطه بغية تطويعها بما يتلاءم مع مستجدات الأحداث، بما يضفي على هذه المنازعات الطابع التفاوضي التوفيقي، الأمر الذي يحتاج الى فهم خاص لطبيعة مراكز اطراف العقد، والإلمام الجيد للتقلبات الإقتصادية الواقعة ومدى تأثيرها على توازن العقد[2].

نخلص من ذلك أن التحكيم يلعب دورا كبيرا في منازعات إستعادة التوازن المالي لعقد الاستثماربفضل مايتيحه التحكيم من إعادة التفاوض، والذي لا يحتاج إلى معالجة قضائية بالمعنى المعروف بقدر مايحتاج الى معالجة توفيقة متبصرة بوقائع المنازعة وملابساتها، وبناءا" عليه نتفق مع ذلك الجانب من الفقه الذي يرى ضرورة حرص أطراف عقد الإستثمار على التنبه إلى ضرورة صياغة إجراءات خاصة تراعي أن يتضمن تشكيل هيئة التحكيم من عناصر متخصصة تمتلك ملكات تفاوضية تنسيقية، كما يجب على هذه الأطراف كذلك صياغة إجراءات التحكيم بما يجعلها تسمح بمشاركتهم في صنع القرار النهائي لفض المنازعة.

المبحث الثاني : التحكيم الدولي و الاجراءات الانفرادية للدولة المضيفة للاستثمار

تتمتع الدولة في إطار سيادتها بسلطة الرقابة على الإستثمارات الأجنبية المنجزة داخل حدودها الاقليمية، وذلك في كل مراحل الإستثمار بهدف توجيهها لتحقيق أهدافها التنموية والمصلحة العمومية لذلك تضطر الدولة الى اللجوء إلى بعض الإجراءات التي من شأنها المساس بمصالح المستثمر الأجنبي

[1]– احمد سعيد الزقرد، عقود البنية التحتية للاستغلال النفط والغاز، بحث مقدم لمؤتمر البترول والطاعة ، بحث مقدم لمؤتمر البترول والطاقة هموم مصالح واهتمامات امة، كلية الحقوق جامعة المنصورة 2-3 ابريل 2008 ص 15 .

[2]– علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص82.

نظرا للآثار السلبية المترتبة عنها والمتمثلة خاصة في إختلال التوازن المالي لعقد الإستثمار بسبب هذه الإجراءات الإنفرادية المتخذة من طرف الدولة (المطلب الأول) فـي حين أن النظر في هذه الإجراءات التي تتخذها الدولة والمتمثلة في (نزع الملكية، التأميم، والمصادرة) تتطلب أمرين أساسيين وهما : شرعية العمل الذي قامت به الدولة والضرر الناجم عن هذا العمل فالعقد له ميزان قانوني و آخر إقتصادي فهل يمكن للمحكم أن ينظر في التعويض المناسب للضرر الناتج عن الإجراء المتخذ من قبل الدولة بغض النضر في أمر شرعية الاجراء نفسه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار على اثر الإجراءات الانفرادية

في الواقع لا تعد التعديلات القانونية السبب الوحيد الذي قد يدفع بالمستثمر للجوء الى التحكيم من أجل إعادة التوازن المالي لعقد الإستثمار بل هناك سبب آخر وهو أكثر إلحاحا من مجرد إحداث تغييرات على مستوى القوانين والأنظمة التي تحكم الاستثمارات الأجنبية، وذلك عندما تتدخل الدولة بالقيام ببعض الأعمال، والإجراءات الفردية كنزع الملكية (الفرع الأول) أو المصادرة (الفرع الثاني) أو التأميم (الفرع الثالث) مستعملة في ذلك ما تملكه من ملكات قانونية وسلطة ا لإكراه بالقيام بهذه الاجراءات التي تؤثر على التوازن المالي للعقد وقد تنهي العقد أو نقوم بف سخه من جانب واحد وهذا ما يستدعي ايضا لجوء المستثمر الاجنبي الى التحكيم .

الفرع الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة

قد تقوم الدولة المضيفة للإستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها بنزع ملكية المشروع الإستثماري لغرض الصالح العام للمجتمع، مما يؤدي إلى الإضرار بالمستثمر المتعاقد معها، والذي يعتبر سبب لحدوث النزاع بينهما، وتعرف نزع الملكية بوجه عام بأنها الإجراء الذي تتخذه الدولة أو أحد هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيق لدواعي الصالح العام بموجب قرار اداري يصدر عن الجهة المختصة[1].

كما تعرف أيضا : هو إجراء تتخذه السلطة العامة المختصة بغرض نقل ملكية الأموال العقارية من مالكها لفائدة هذه السلطة وذلك تحقيقا للصالح العام وأيا ما كان الأمر، فإن أخذ الملكية هنا يتم بموجب قرار إداري يصدر من الجهة المختصة ، والمحل الذي يرد عليه القرار هو العقارات دائما، فالمنقولات لا

[1]– علي غسان احمد ومحمد عامر شنجار ، المرجع السابق ص31.

يمكن أن ننزع ملكيتها[1] فالدولة تسعى عن طريق نزع الملكية إلى تملك عقار لإنشاء مرفق عام كمدرسة أو مستشفى أو طريق عام، ويعتبر هذا القرار من إجراءات السيادة التي تبلشرها السلطة العامة في حدود إختصاصها الإقليمي .

ومن ثم ينطبق على الأجانب أسوة بللوطنيين، والمعروف أن السلطة التي يصدر عنها هذا القرار تقوم بتعويض من نزعت عنه ملكيته على النحو الذي يقرره القانون، لأن نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر من أخطر القيود التي تلج أ إليها الإدارة لإستفاء مطالبها و إحتياجاتها، وذلك لما فيه من طابع الإعتداء على الملكية بإرادتها المنفردة، إلا اذا أجاز لها القانون ذلك وفي الحدود التي يرسمها لها، و أن هذا التصرف يجب أن تتوافر فيه الشروط التي تسوغ للإدارة القيام به وهي المنفعة العامة والتعويض العادل[2] وقد حددت الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول أجنبية في ايطار الاتفاقيات الثنائية مع المستثمر الأجنبي شروط نزع الملكية وهي تشمل في ضرورة المنفعة العامة بالإضافة الى عدم التميز وضرورة التعويض وتكون طبقا لإجراءات وأحكام قانونية[3] وإذا كانت الصورة الشائعة لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة تكمن في نزع ملكية العقار من الأشخاص بشكل مباشر، فهناك صورة أخرى لنزع الملكية للمصلحة العامة، قد أوجدها الفقه الدولي وذلك عند قيام الدولة بتنفيد سيطرة المستثمر على ممتلكاته أو إستغلالها وبالتالي نزع الملكية بشكل غير مباشر مثل ذلك فرض ضرائب مبالغ فيها ، أو إنتزاع مشروعه ا لإستثماري بالقوة ويطلق على جميع هذه الإجراءات نزع الملكية الزاحف أو نزع الملكية التدريجي[4].

الفرع الثاني : المصادرة

تعرف المصادرة بوجه عام بأنها إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون مقابل [5]و يتخذ قرار المصادرة عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية إستنادا إلى نص قانوني يخول السلطة القضائية او السلطة التنفيدية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانونا[6]، وتنقسم المصادرة الى قسمين :

[1]– هشام خالد، **عقد ضمان الاستثمار**، دار الفكر الجامعي لإسكندر ية، (د.ط)، 2007، ص174.

[2]– علي غسان احمد و محمد عامر شنجار، المرجع السابق، ص32.

[3]– منى بوختالة ، المرجع السابق، ص90.

[4]– علي غسان أحمد و محمد عامر شنجار، المرجع السابق ص32.

[5]– هشام خالد، المرجع السابق، ص177.

[6]–خالد كمال عكاشة، المرجع السابق ، ص139.

- ✓ **المصادرة القضائية :** وهي التي تتم عن طريق السلطة القضائية كمصادرة الأشياء المتحصلة من الجريمة، إذا كان إستعمالها أو حيازتها بعد الجريمة ، وتعد المصادرة في هـ ذه الحالة كعقوبة تكميلية لجرائم جنائية معينة، ويترتب عن المصادرة أيلولة المال المصادر الى الدولة دون مقابل[1]
- ✓ **اما المصادرة الادارية :** هي اجراء وقائي تقتضيه المصلحة اعتبارات الامن والسلامة ، والصحة العامة ، فالسلطة الادارية تقوم بمصادرة الأغذية الفاسدة مثلا ويجب على السلطة المختصة ان تحترم القانون عند اتخاذ هذا الاجراء ولكن لا يلزم صدور حكم قضائي لمباشرته[2]

وسبب انتقاء التعويض في المصادرة هو الطابع الجزائي للمصادرة.

أما عن شأن المصادرة في قوانين الإستثمار فالأصل العام في هذه القوانين هو عدم جواز المصادرة وهذا ما جاء به قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم 8 سنة 1997 حيث نصت م (9) منه على أنه : " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت والحجز على أموالها أو الإستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها "، ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الحضر المقرر بنص المادة السالفة الذكر إنما ينصب على المصادرة التي تتم بالطريق الإداري ولا تتعلق بالمصادرة التي تتم بحكم قضائي، وهذا الأمر أوضحته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون.

من خلال ما تقدم أن الأصل العام هو عدم جواز المصادرة لكن اذا كانت تلك المصادرات تستند إلى حكم قضائي بات فـإن التشريعيات قد أجازت مصادرة المشروع كلا أو جزءا [3] وهذا هو الاستثناء، وبالتالي فإن مصادرة المشروع الإستثماري من قبل السلطات الإدارية التابعة للدولة المضيفة للإستثمار بدون الإستناد إلى حكم قضائي يعتبر سببا لنشوء النزاع بين أطراف العلاقة الاستثمارية .

الفرع الثالث : التأميم

يقصد بالتأميم الإجراء الذي يراد له نقل مشروع أو مجموعة من المشاريع الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات الملكية الخاصة، إلى ملكية الأمة – الملكية العامة – ممثلة في الدولة بقصد تحقيق الصالح

[1]– محمد عامر شنجار وعلى غسان احمد ، المرجع السابق، ص35.

[2]– هشام خالد،المرجع السابق، ص 178.

[3]– علي غسان احمد و محمد عامر شنجار ، المرجع السابق، ص36.

العام[1]، وترفض الدولة خضوع قراراتها المتعلقة بتأميم ممتلكاتها الأجانب للتحكيم نظرا لإعتبارها من أعمال السلطة العامة [2].

وفي نطاق الفقه العربي يذهب البعض إلى تعريف التأميم بأنه عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج والتداول و ممارسة أنشطة معينة من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كما يتولى إستغلالها لخدمة المصلحة الجماعية [3]ويعتبر التأميم وسيلة قانونية تؤ ذي الى سيطرة الدولة على وسائل الإنتاج المختلفة كلها أو بعضها، التي توجد داخل إقليمها والتي تكون مملوكة للأشخاص الخاصة بحيث تصبح هذه المشروعات ملكا للدولة ودلك بغية تسخيره لخدمة المجموع، ولقد أصبح التأميم حقا مقررا ومعترفا به لكل دولة تترخص فيه حسب ظروفها ومصالحها الاقتصادية، فنصت عليه العديد من القوانين والدساتير، [4] وعليه يمكن القول بأن الفقه الدولي قد إستقر على أن للدولة الحق في الإستيلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي الموجودة على اقليمها، إعمالا لسيادتها الإقليمية، إلا أن ممارسة هذا الحق مقيد بشروط، وهي أن يكون الإستلاء قد تم من أجل تحقيق مصلحة عامة وليس بغرض الإنتقام من المستثمر الأجنبي وأن لا يكون هنالك تفرقة بين المستثمرين الأجانب أو بين المواطنين وأن يكون هنالك تعويضا كافيا ليستطيع أن يبدأ المستثمر الأجنبي مشروعا جديدا في مكان اخر.[5]

المطلب الثاني : سلطة التحكيم في التعويض

لقد اتفقت جميع القوانين الدولية على حق المستثمر الأجنبي في حصول على مقابل لتعريضه للإجراءات الإنفرادية التي تقوم بها الدولة تعويضا عن الأضرار والخسائر التي لحقت به جبرا لها و إزالة لكل آثارها ولقد رجع التحكيم في الأسانيد القانونية التي إعتمدها في تقرير التعويض الى المبادئ العامة التي سادت القانون الدولي (الفرع الأول)، كما إعتمد على مجموعة من الطرق في تقدير هذا التعويض (الفرع الثاني) التي من شأنه جبر الضرر الذي يلحق بالمستثمر ومحو آثاره .

[1]–علي غسان احمد و محمد عامر شنجار، المرجع السابق، ص36.

[2] - STERN Brigitte: Trois arbitrages, un même problème trois solutions, Revue de l'arbitrage N°1, 1980, P 3.

[3]– خالد هشام ، المرجع السابق، ص166.

[4]– خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، ص140.

[5]– غسان علي علي ، المرجع السابق ، ص99.

الفرع الاول : الأسانيد القانونية للتعويض

ترجع الدول عند التعويض إلى المبادئ العامة للأمم المتحضرة التي سادت القانون الدولي، والتي نجد مصدرها في قوانين تلك الدول الداخلية بشكل رئيسي، بموجبها يقوم الحق في الحصول على التعويض على الأضرار المادية والمعنوية التي يثبت المستثمر الأجنبي تعرضه لها حيث تتمثل هذه الأسانيد في مجموعة من المبادئ هي مبدأ الحقوق المكتسبة (أولا)، ومبدأ الإثراء بلا سبب (ثانيا).

أولا : إحترام الحقوق المكتسبة :يقتضي مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي بأن الدولة المضيفة للأجانب لها كل الحرية في تغيير أوضاع الأجانب على أراضيها بالنسبة للمستقبل، شرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب في إطار القانون القديم[1] فدوام الحقوق وإستقرارها مستنبط من مفهوم قاعدة نجدها في أغلب الأنظمة القانونية الداخلية للدولة والمتمثلة في قاعدة عدم رجعية القانون والتي معناها أن القانون لا يسري إلا بالنسبة للمستقبل اذ ليس له أثر رجعي، فبمفهوم هذا المبدأ لا يمكن لقاعدة قانونية جديدة أن تمحو بصفة تلقائية ما تم إنتاجه من حقوق في إطار تطبيق قاعدة قانونية سابقة [2] ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ العامة للقانون إستمد جذوره من القانون الداخلي إعترف به كل من التشريعات والقضاء والتحكيم الدوليين ، فإخلال الدولة بهذا المبدأ يعد إخلال بقاعدة دولية ، تتحمل عنها مسؤوليتها الدولية، وبالتالي فهي ملزمة بالتعويض عن كل الأضرار والخسائر المترتبة عن الإخلال بهذا المبدأ، إلا أن هذا المبدأ لاقى العديد من الإنتقادات ، بحكم أن الظروف التي إكتسبت فيها هذه الحقوق غير مشروعة، ولهذا بقول الأستاذ أمين شريط مايلي :"لا يوجد في القانون الدولي ولا يمكن أن يوجد قانونا .....قاعدة دولية تسمى بالحقوق المكتسبة وإن وجدت في الماضي فقد تم ذلك بحكم القوة " فحتى الحقوق المكتسبة في وضعية الاستثمار تكون متوقفة على قبولها وإقرارها من الدولة الجديدة .

وهذا ما يبرر موقف الدولة الجزائرية عند رفضها دفع التعويضات عن تأميم المشار يع التي أقيمت بدون رضائها[3] فمبدأ إحترام الحقوق المكتسبة لا يمنع من مصادرة أو تأميم ممتلكات المستثمر الأجنبي ففي حالة لجوء الدولة لمثل هذه الاجراءات تلتزم بأداء مقابلا ل ذلك، لأن حق التعويض يبقى مضمونا ومقررا قانونا.

[1]– حسين نواره ،المرجع السابق، ص208.

[2] - آيت جبارة محفوظ، **اشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي العام**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2002، ص 14.

[3] - حسين نوارة ، المرجع السابق، ص 204.

ثانيا : الإثراء بلا سبب :نصت المادة 141 من القانون المدني الجزائري ، على ما يلي :" كل من نال عن حسن نية من عمل الغير او من شيء له منفعة ، ليس لها ما يبررها ، يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه، بقدر ما إستفاد من العمل أو الشيء[1] وعليه فإن الإثراء هو كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال ك إتساب مال جديد من المنقولات أو العقارات أو الإنتفاع به بعض الوقت ، أو إنقضاء دين أو تجنب خسارة محققة أو إشباع حاجة مادية أو معنوية، ماذام يمكن تقدير هذه الحاجة في ذاتها، أو من ناحية الإفتقار المقابل ، كتقدير قيمة العمل الذي قام به المفتقر وتحقق به الإثراء [2]وقد يكون الإثراء إيجابيا كما قد يكون سلبيا ، وقد يكون مباشر ، وغير مباشر، وقد نصت معظم التشريعات في قواعدها العامة على مبدأ الإثراء بلا سبب، ثم أدرج في إطار القانون الدولي في مجال الإستخلاف الدولي للإعتماد عليه كأساس لإلزام الدولة التي تقوم بنزع الملكية لتعويض الأجانب المنزوع ملكيتهم .

وقد أخذت العديد من الهيئات التحكمية بمبدأ الإثراء بلا سبب منها لجنة التحكيم في قضية " Gold Fildz Lina في الحكم المؤرخ في 2 سبتمبر 1930 كما يلي " ..... وقد إنتهت المحكمة إلى الحكم للشركة بمبلغ 125.965.000 جنيه إسترليني نقدي لما حققته الحكومة السوفيتية من إثراء على حساب الشركة لا سبب له ، تمثل في إستيلائها على إستثمارات الشركة في الإ قليم السوفيتي وحرمانه لها من الإستفادة من هذه الإستثمارات المتصلة بعقود الإمتياز ....." [3]، كما أكدت كذ لك لجنة التحكيم في قضية شركة ديكسون لعجل السيارات الأمريكية ضد شركة السكك الحديدية المكسيكية في حكمها الصادر سنة 1931 م، وعليه فإن إسناد عملية نقل الملكية العقارية الأجنبية الناتجة عن الإثراء بلا سبب يحقق للمستثمر الأجنبي، المطالبة بالتعويضات المستحقة، مقابل ما لحقه من أضرار وخسائر، فالخطأ المنسوب للدولة و ما يترتب عنه من إثراء بلا سبب هو أساس المسؤولية والحق في التعويض[4].

الفرع الثاني : الطرق المعتمدة في تقدير التعويض

هنالك عدة طرق يعتمد عليها التحكيم في تقدير التعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية أوالمصادرة أو التأميم، فالمستثمر الأجنبي يستحق مبلغا من التعويض كافي لجبر الضرر ومحو آثاره

---

[1]– المادة 141 من القانون المدني الجزائري ، ص 29 .

[2]– خليفة سنوسي الحاج، **أحكام الفضالة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاسلامية 2005، ص 63 .

[3]– حسين نواره، المرجع السابق، ص 211.

[4]– عيبوط محند وعلي، **الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية في الجزائر**، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 196.

ومن بين هذه الطرق ندكر تقدير التعويض حسب القيمة الحالية للمشروع (أولا) ثم حسب القيمة السوقية (ثانيا) ثم حسب قيمة المقاصة (ثالثا) وأخيرا حسب قيمة المشروع في البورصة(رابعا) .

أولا: القيمة الحالية للمشروع : تعتمد هذه الطريقة على تقدير التعويض عن طريق تعويض كافة الإستثمارات والأرباح التي كانت متوقعة مع خصم مبالغ الإهتلاكات المحققة ويتم الأخذ في هذه الطريقة بعين الإعتبار الفوائد المحتملة، خاصة في حالة عدم مشروعية إجراء التأميم أو نزع الملكية، وبالتالي الرفع من قيمة التعويض وقد تبنت هذه الطريقة لجنة التحكيم في قضية Aminiol عندما قضت بإلزامية التعويض على أساس هذه الطريقة عن كل الفوائد المحتمل تحقيقها من المؤسسة [1] إستنادا الى القيمة الجارية للمشروع مع تخفيض الضرائب المستحقة ونسبة الإستهلاك للقيمة البديلة للأصول الثابة، وتعتبر هذه الطريقة غير خادمة للدولة النازعة للملكية أو المؤممة لأنها لا تدرج في تقدير التعويض كل ما تتوقعه الشركة المستثمرة من أرباح، وقد تبنت الجزائر هذه الطريقة في حملة التأمينات التي تمت على الشركات الإنجليزية والأمريكية .

ثانيا: القيمة السوقية : في هذه الطريقة تأخذ قيمة التعويض عندما تحدد بسبب قيمة المشروع في السوق بعين الإعتبار الفوائد المحتملة إستنادا الى معطيات السوق[2] ويقول خالد محمد الجمعة في ذلك ما يلي : " يشترط حتي يعتبر التعويض عادلا أن يكون تقييم ممتلكات المستثمر الأجنبي التي صادرتها الدولة المضيفة للإستثمار وفقا لقيمتها السوقية في الدولة المضيفة للإستثمار، في يوم المصادرة [3] ففي هذه الطريقة المستثمر يحصل على تعويض يغطي كافة الأضرار التي لحقت به، وقد تبنت هذه الطريقة لجنة التحكيم الإيرانية – الأمريكية في دعوى Philips Petrolun company.

ثالثا:طريقة المقاصة :طريقة المقاصة هي من بين الطرق المعتمدة في تقدير التعويض على الأضرار التي يتعرض لها المستثمر حيث تعتمد طريقة المقاصة عند تقدير التعويض على الموازاة بين الأرباح المحققة من طرف المؤسسة وقيمة رأس المال المستثمر في الدول المضيفة ، وبين الأضرار التي تلحقها بالإقتصاد الوطني من جراء عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية أو نتيجة التسرع في نحويل رؤوس الأموال وأرباحها المحققة الى الخارج بشكل لايحقق للدولة الأهداف الأساسية الم توقعة من تشجيع الإستثمار الدولي أي الإنعاش الإقتصادي والمساهمة في التنمية .

---

[1]– حسين نوارة، المرجع السابق، ص215.

[2]– عيبوط محند وعلي ، المرجع سابق، ص 207.

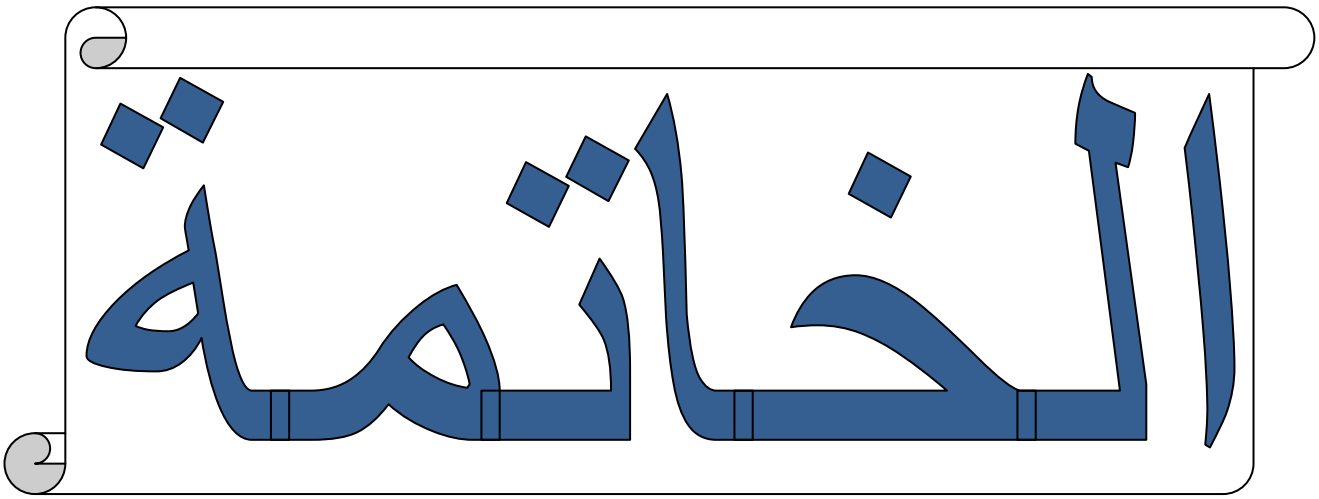
[3]– حسين نواره ، المرجع سابق، ص217.

فطريقة المقاصة أهم مايأخد فيها الأرباح المحققة من طرف المؤسسة بشكل غير متناسب مع قيمة الإستثمارات المنجزة، مقارنة مع الأرباح التي تحققها المؤسسة ذاتها في بلد آخر وهو مايجعلها تتشابه مع طريقة الحصيلة .

رابعا: القيمة في البورصة : تهدف هذه الطريقة إلى تقدير قيمة التعويض على أساس قيمة الأسهم في البورصة في الحالات التي تكون فيها لتلك الشركات الإستثمارية قيمة في البورصة [1].

تعتبر طريقة القيمة في البورصة من أخطر الطرق التي يتم إعتمادها وذلك نظرا للتقلبات السريعة لقيمة الأسهم في البورصة من نزول وصعود ، مما يجعل الإعتماد عليها بشكل نادر كطريقة للتعويض ولقد تم الإعتماد هذه على الطريقة عند تأميم قناة السويس.

[1]– عيبوط محند وعلي، المرجع سابق، ص207.


الخاتمة

يعتبر تشجيع الإستثمار الأجنبي بؤرة إهتمام معظم الدول وهدفا أساسيا تدور حوله السياسة الإقتصادية للدول النامية خاصة، إلا أن الدول العربية تواجه عادة صعوبات في جدب الإستثمارات ويرجع ذلك إلى أسباب عدة أهمها التقلبات السياسية و الإجتماعية و الإقتصادية التي تنتهجها هذه الدول في إدارة روابط الإستثمار حيث أن عزوف المستثمرين الأجانب عن الإستثمار في الدول النامية كان و لا يزال ناتج عن شعورهم بالخوف وعدم الإطمئنان ، ونقص الثقة، نظرا لإحتمال تعرضهم للمخاطر غير التجارية مثل نزع الملكية والتأميم والمصادرة والحروب .....الخ ، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توفير ضمانات أهمها الضمانات القضائية لحل مايثور بينهم من منازعات في المستقبل و العمل على توفيق المصالح بينهما.

فتشجيع الإستثمار إذن لا يكون فقط بإزالة الحواجز أمام المستثمر الأجنبي ومنحه قدر من المزايا الخاصة، وإنما يعتمد تحقيق هذا الهدف على مدى ما توفره الدولة للباحثين من مجالات رحبة وآمنة للإستثمار عن طريق سبل إقتضاء حقوقهم وضمان الحماية لأموالهم، ومن وجهة نظر المستثمر الأجنبي فإن هذه السبل وتلك الضمانات لا تتوافر لها الفاعلية المأمولة في ظل أمر تقدير منازعاتها بين أيدي القضاء الوطني للدولة المضيفة، رغم مايوفره هذا الطريق من سبل تحقيق العدالة المرجوة، لكن نظرا لبطئ إجراءاتها وعدم مواكبتها لمميزات عقود الإستثمار الدولية من ثقة وائتمان وسرعة،وتخوف المستثمر من إنحياز القاضي لاملاءات السلطة العامة- مصلحة الدولة_ ومن هنا أصبح الأطراف يفضلون التحكيم كوسيلة مناسبة وضمانة فعالة لفض منازعات عقود الإستثمار بحيادية تامة ، توفر الطمئنينة في نفسية المستثمر وكضمانة إجرائية للدولة من أجل إستقطاب رؤوس الاموال.

كما أن الحقيقة أن مجرد وجود التحكيم كإحدى الضمانات التي تكفل تسوية منازعات الإستثمار لا يعني بالضرورة أنه سيوفر فعالية وحماية كاملة لعقد الإستثمار، ولكن يبقى نسبيا في بعض الحالات التي يستحيل معها إستمرارية العقد، ولذا لابد للقائمين على صياغة بنود وشروط عقد الإستثمار الدولي، أخد هذا الأمر بعين الإعتبار، وفي سياق كل هذا توصلت هذه الدراسة الى النتائج والتوصيات التالية:

1 النتائج :

1) يعتبر التحكيم التجاري من أهم أسباب تشجيع الإستمارات الوطنية والأجنبية فكلما إزدهرت وتطورت سبل التحكيم التجاري ازدهرت وتطورت الإستثمارت الأجنبية.

2) يتغير التوازن الإقتصادي لعقد الإستثمار الدولي بتغير الظروف المحيطة بالعقد، هذه الظروف قد تؤدي إلى إستحالة تنفيذ العقد كحالة القوة القاهرة أو صعوبة تنفيذ العقد كحالة الظروف الطارئة .
3) لتحقيق العدالة التعاقدية والإستقرار القانوني للمتعاقد مع الدولة في عقود الإستثمار يلجأ الأطراف إلى صياغة شروط تحفظ التوازن العقدي وتحدد مسبقا كيفية مواجهة حالات القوة القاهرة، و الظروف الطارئة عن طريق إختيار التحكيم كوسيلة لإ عادة ضبط العلاقة القانونية وإعادة التوازن للعقد .
4) تقوم الدولة المضيفة للإستثمار بإرادتها المنفردة التعديل من تشريعاتها الداخلية وفقا لما تقتضيه مصالحها في ضوء المتغيرات الإقتصادية دون أية قيود دولية عليها، طالما أنها لم تخالف أحكام القانون الدولي .
5) تعمل شروط الثبات التشريعي على جذب الإستثمارات الأجنبية يتم الاتفاق عليها من طرف الأطراف في العقد أو تضعها الدولة كضمانة في تشريعاتها الوطنية، لكن لاتوجد قيود تفرض على الدولة الإتزام بهذه الشروط، ما عدا لإعتبارات المصلحة العامة والنظام العام في الدولة المضيفة شريطة التعويض عند المساس بحقوق المستثمر، وبالتالي فإن على المستثمر أو المحكم في حالة إخلال الدولة بشرط الثبات البحث على التعويض المناسب لا رجوع الدولة عن قرارها.
6) تعتبر الإجراءات الإستثنائية التي تقوم بها الدولة كالتاميم ونزع الملكية والمصادرة، أعمال سيادية تضر بالمستثمر، يغلب عليها الطابع السياسي إلا أن منازعاتها تتميز بطابع قانوني يسعى من خلالاها المحكم تقدير التعويض الواجب للمستثمر حيال نقض الدولة لإلتزاماتها وتعهداتها.
7) يعد التحكيم من أفضل و أنسب وسائل فض المنازعات بعقود الإستثمار لما يحققه من توازن بين متطلبات الدولة المضيفة للإستثمار من خلال مراعاة تحقيق خطط التنمية الإقتصادية و ما قد يعتريها من تقلبات، كما يراعي من ناحية أخرى حقوق المستثمر وضماناته، يأتي ذلك في ضل ما يتمتع به التحكيم من سهولة ويسر في فض المنازعات الخاصة بالإستثمار في ضوء بساطة إجرائه، و ما يتمتع به المحكمون من خبرة فنية تلائم طبيعة منازعات الاستثمار.

2_ التوصيات :

1. على المشرع الجزائري إعادة النظر في ضبط المقصود بحالة القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة، في القانون المدني وتحديد مفهوم دقيق كل منهما وإبراز حالاتيهما وشروط حدوثهما.

2. ضرورة إلتزام الدول بصياغة نماذج لإتفاقيات تشجع وتحمي الإستثمارات المتبادلة بين أطراف عقد الإستثمار تتضمن كيفية مواجهة الظروف المستقبيلة التي تؤثر على إستمرارية عقد الاستثمار يقوم بمراجعتها الأطراف عند ابرام العقود.

3. يجب على الدولة المضيفة للإستثمار أن تدرج في عقد الإستثمار شرط يسمح بالتفاوض من أجل تعديل العقد إذا ما حدث إختلال في التوازن الإقتصادي لعقد الإستثمار على إثر تغيير ظروف إبرام العقد .

4. يجب عند صياغة شرط التحكيم في عقود الإستثمار مراعاة حسن ودقة صياغة العبارات والمصطلحات، وذلك على النحو الذي يغلق باب التأويل والتحايل على وجود هذا الشرط ومضمون ه بما يضمن غلق باب التقاعس والمماطلة، الأمر الذي يفعل من دوره في فض المنازعات .

5. تشجيع الدراسات الخاصة في البحث في دور التحكيم في حماية الإستثمارات الأجنبية من الناحية الإجرائية والقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم والعقد نفسه .

6. وجوب ضرورة العمل على اقامة مراكز تحكيم عربية للتخلص من هيمنة وتبعية التحكيم الاجنبي.

قائمة المراجع

Les références

I. المراجع باللغة العربية

النصوص القانونية

1. قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 ، يتعلق بترقية الاستثمار ، ج – ر، العدد 46 الصادرة بتاريخ 3 غشت.
2. الامر رقم 75 – 85 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.
3. مرسوم رقم 82 – 145 مؤرخ في 10 أفريل ، بنظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ج – ر، عدد 15 مؤرخة في 13 افريل 19 .

***الكتب :**

1. أحمد سمير محمد ياسين الصوفي ، **دور القوة القاهرة في القوانين الاجرائية** ، دراسة مقارنة دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر- الامارات 2016
2. – بشار محمد الاسعد، **عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، الطبعة الاولى،2006
3. حفيظة السيد الحداد ، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية** ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، (الطبعة الثالثة)، 2003
4. عبد حمادي الجبوري ، **شرط اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، (د.ط)،2016
5. – خالد كمال عكاشة ، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثما** ر، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان،(الطبعة الاولى)، 2014
6. علي فيلالي، **الالتزامات (النظرية العامة للعقد)** ، موضم للنشر والتوزيع ، وحدة الرغاية ، الجزائر (د.ط)، 2005
7. محمد عبد المجيد إسماعيل : **عقود الأشغال الدولية**، (د. م. ن)، 2000
8. محمد محي الدين ابراهيم سليم : **نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،(د.ط) 2007
9. هشام خالد، **عقد ضمان الاستثمار**، دار الفكر الجامعي، لإسكندر ية، (د.ط)، 2007

10. هبة هزاع، **توازن عقود الاستثمار الاجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي** منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الاولى، 2016

11. لما احمد كوجان، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي**، منشورات زين الحقوقية، بيروت–لبنان، الطبعة الولى،2008

***الرسائل و الاطروحات الجامعية**

1. آيت جبارة محفوظ ، **اشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي العام**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2002

2. باسود عبد المالك ، **حماية الاستثمارات الاجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي**، رسالة دكتوراه جامعة تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015

3. بالقاسم زهرة، **اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود**، مذكرة شهادةالماستر ، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014

4. بن زوخ جمعة ، **شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي**، مذكرة ماستر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، 2015.

5. حسين نوارة، **الحماية القانونية لملكية المستثمر الاجنبي في الجزائر** ، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، 2013

6. حنين أمين رمزي ، **دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية** رسالة ماجستير، فلسطين، كلية الحقوق والإدارة العامة، 2005

7. خالد سعيد راشد العليمي ، **اثر الظروف الطارئة في التوازن المالي للعقد الإداري** ، رسالة ماجستير جامعة عمان العربية، الاردن، كلية الدراسات القانونية العليا، 2008

8. خليفة سنوسي الحاج ، **أحكام الفضالة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري** مدكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاسلامية، 2005

9. سعد الدين محمد **العقد الدولي بين التوطين و التدويل**، مدكرة ماجستير ، جامعة الشلف كلية العلوم القانونية والإدارية، 2008

10. صفاء تقي عبد نور عيساوي ، **القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، (دراسة مقارنة)** اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل، مجلس كلية القانون، 2005

11. عدلي محمد عبد الكريم ، ا**لنظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية** رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011

12. عيبوط محند وعلي، **الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية في الجزائر**، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2006

13. غسان علي علي ، **الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها**، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، 2004

14. منى بوختالة، **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار**، رسالة ماجستير جامعة قسنطينة (1)، كلية الحقوق، 2014

15. هني عبد اللطيف، **حدود الاخذ بفكرة اعادة التفاوض في العقد** –دراسة مقارنة –رسالة دكتوراه جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2016

***المقالات**

1. حسين عيسى عبد الحسن ،الضمانات العقدية للاستثمار، **مجلة الكوفة**، العدد(21) المعهد التقني بابل، 2014
2. طارق كاظم عجيل ، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، العدد(الثالث)، جامعة ذي قار، كلية القانون، 2017
3. عبد الاوي خديجة ، الاستثناءات الواردة على الثبات التشريعي في الاستثمار الاجنبي، **المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية** العدد(02)، معهد العلوم القانونية والادارية ، المركز الجامعي الونشريسي، تيسمسيلت، ديسمبر، 2016
4. عبد القادر عوض خلف الله الدابي ، اثر نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية ، **مجلة جامعة يخت الرضا العلمية** ، العدد(12) جامعة الزعيم الازهري (السودان)، 2014
5. علي غسان احمد ومحمد علي شنجار ،الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، **مجلة كلية الحقوق**، العدد(02)، جامعة النهرين، العراق، 2016
6. عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، **مجلة مركز دراسات الكوفة** العدد(38)، جامعة الكوفة، 2015
7. عمر مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، **مجلة نقابة المحاميين** العدد:(09) و(10) ، الاردن ، سبتمبر ،2002

8. منى بوختالة ، **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار**، رسالة ماجستير جامعة قسنطينة (1)، كلية الحقوق، 2014

9. ياسر باسم دنون ، القوة القاهرة واثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية ، **مجلة الرافدين للحقوق**، العدد (36)، جامعة الموصل، العراق 2008.

***المؤتمرات:**

1. أحمد سعيد الزقرد، عقود البنية التحتية للاستغلال النفط والغاز، بحث مقدم لمؤتمر البترول والطاعة بحث مقدم لمؤتمر البترول والطاقة، هموم مصالح واهتمامات امة، كلية الحقوق جامعة المنصورة 2-3 ابريل، 2008
2. رشا علي محي الدين ، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة 1-2 أبريل، 2009
3. عصام الدين القصبي ، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي الثاني عشر (التحكيم التجاري الدولي) كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة

II. المراجع باللغات الاجنبية

1-ouvrages

1. chabasf, « force majeur » droit civil, dalloz,1985p 09.
2. LEBOULANGER Phillipe : Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, économica, Paris 1985, P. 92

2-ARTICLES

1. bernardini (p)the rene gotiation of the investment contracts,ICSID REV-F.I.L.J.,vol13 n2 1998;p415
2. STERN Brigitte: Trois arbitrages, un même problème trois solutions, Revue de l'arbitrage N°1, 1980, P 3.

الفهرس

الشكر.....I

الإهداء.....II

المقدمة 01

الفصل الاول : اختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار لأسباب خارجة عن ارادة الدولة.....04

المبحث الاول : اختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار الناتج عن القوة القاهرة.....،،.....04

- المطلب الأول: **منازعات أطراف عقد الاستثمار الناتجة عن القوة القاهرة**.....05
  - ✓ الفرع الأول : مفهوم القوة القاهرة.....05
  - ✓ الفرع الثاني :شروط القوة القاهرة.....09
- المطلب الثاني : **اثر قانون الارادة على سلطة المحكم في اعادة التوازن للعقد**.....11
  - ✓ الفرع الأول :ضوابط تعامل هيئة التحكيم مع حالات القوة القاهرة..... 12
  - ✓ الفرع الثاني : سلطة المحكم بين الطبيعة المطلقة والطبيعة المقيدة.... 14

المبحث الثاني : دور المحكم في حالات الظروف الطارئة.....16

- المطلب الأول : الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن المالي في عقود الاستثمار.....17
  - ✓ الفرع الأول : مفهوم الظروف الطارئة 17
  - ✓ الفرع الثاني : شروط الظروف الطارئة. 18
- المطلب الثاني : التحكيم ومعالجة أثار الظروف الطارئة. 20
  - ✓ الفرع الأول : التحكيم وشرط اعادة التفاوض في حالات الظروف الطارئ.....21
  - ✓ الفرع الثاني : الضوابط الخاصة لسلطة المحكم لرد الالتزام الى الحد المعقول.....24

الفصل الثاني :اختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار بسبب اجراءات المتخذة من طرف الدول.....28

المبحث الأول : اختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار على اثر مخالفة شرط الثبات التشريعي.....28

- المطلب الأول : تغييرات التشريعية وأثارها في عقود الاستثمار 29
  - ✓ الفرع الأول : مفهوم شرط الثبات التشريعي..... 29
  - ✓ الفرع الثاني : مدى صحة شروط الثبات التشريعي..... 33

- المطلب الثاني :مدى سلطة المحكم في التصدي لمخالفة شرط 35
  - ✓ الفرع الأول : التحكيم والتغيرات التشريعة الهادفة لتحقيق المصلحة العامة.....36
  - ✓ الفرع الثاني : التحكيم ومواجهة التغييرات التشريعية بحسب المزايا.....37

المبحث الثاني : التحكيم الدولي والاجراءات الانفرادية للدولة المضيفة للاستثمار.....38

- المطلب الأول : اختلال التوازن المالي لعقود الاستثمار على اثر الاجراءات الانفرادية.....39
  - ✓ الفرع الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة 39
  - ✓ الفرع الثاني : المصادرة... 40
  - ✓ الفرع الثالث: التأميم.....41
- المطلب الثاني : سلطة التحكيم في التعويض 42
  - ✓ الفرع الأول : الأسانيد القانونية للتعويض. 43
  - ✓ الفرع الثاني : الطرق المعتمدة في تقدير التعويض 44

الخاتمة..... 48

قائمة المراجع.....52

الفهرس.....57

الملخص

أدت التطورات الاقتصادية المعاصرة الى تزايد الاتجاه نحو تشجيع الاستثمارات الأجنبية سواء بالنسبة للدول المتقدمة أوالنامية وكون عقود الاستثمار تتميز بالآجال الطويلة قد تنشأ في بدايتها حسنة لكن تطرأ حوادث من شأنها التأثير على استمراية العقد مستقبلا ، وقد ارتبط حل المنازعات فيها بين المستثمر الأجنبي والدولة بنظام التحكيم كأفضل وسيلة لمعالجة الاختلال العقدي الناتج عن تغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تصاحب نشأة العقد وتنفيذه منها مارتبط بأسباب خارجة عن ارادة الأطراف كالقوة القاهرة والظروف الطارئة، او تلك التي تقوم بها الدولة بإخلال التزامها بتغيير تشريعاتها الوطنية أو اجراءاتها الانفرادية للمصلحة العامة، وذلك لما يتسم به التحكيم من حيادية وفاعلية وسرعة، ينسج فيها المحكم بمرونة سبل لاعادة التوازن بين أطرافه عن طريق رد الالتزام بالزيادة أو النقصان، أو وقف العقد وتقدير التعويض الملائم او في الأخير الفسخ.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار، التحكيم، اعادة التوازن، القوة القاهرة ، الضروف الطارئة ،الثبات التشريعي، المصلحة العامة،التعويض.

Résumé

Les développements économiques contemporains à augmenter la tendance à encourager les investissements étrangers, à la fois pour les pays développés et les pays qui dans la phase de croissance le fait que les contrats d'investissement qui Caractérisées par de longues termisme peut survenir au début du bien, mais les incidents se produisent qui aurait une incidence sur la poursuite du marché à l'aveni peut suspendre le règlement des différends entre l'investisseur étranger et l'État le système d'arbitrage comme la meilleure façon de remédier au déséquilibre résultant du changement circonstances politique, social et économique qui Effectué part l'état violation de son engagement à modifier leur législation nationale et les procédures unilatérales pour l'intérêt public, parce quel'arbitrage se caractérise par la neutralité, l'efficacité et la vitesse les tissages larbitre moyens flexibles pour rétablir l'équilibre entre les parties par re engagement augmenter ou diminuer Ou d'arrêter le contrat et estimer la compensation appropriée ou annulation.

Les mots-clés : investissement , L'arbitrage, rééquilibrer, Force majeure, les conditions d'urgence, la stabilité législative, l'intérêt public, la rémunération.

Summary

Recent economic developments have led to an increasing trend of encouraging foreign investment, both for developed and developing countries and the fact that investment contracts are characterized by long periods may arise at the beginning of good but occur incidents that affect the continuity of the contract in the future, the resolution of the dispute between the foreign investor and the state has been linked to the arbitration system as the best way to deal with the imbalance resulting from changing the political, social and economic conditions that accompany the emergence and implementation of the contract It is linked to causes beyond the control of parties such as force majeure emergency circumstances and national or unilateral measures of public interest that's because arbitration neutrality, efficiency‘ and speed The arbitrator weaves flexibly Ways to rebalance the parties through make the commitment reasonable increase or decrease or, Stop the contract and estimate the appropriate compensation or in at the end of the contract termination.

key words : Investment, arbitration, rebalancing, force majeure, emergency conditions, legislative stability, public interest, compensation.