جـامعة عمــار ثليجــي بالأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقـــــوق

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي

مذكرة ضمن مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: عقود ومسؤولية

من إعداد الطلبة :
- تريش أمنة

إشراف الدكتور :
- محمد ذيب

لجنة المناقشـــة

✓ الدكتور: عكاكة فاطمة الزهراء	رئيســـــــــا
✓ الدكتور: محمد ذيب	مشرفا ومقررا
✓ الدكتور: محمد عبيدي	مناقشـــــا

السنة الجامعية 2019/2018

إهداء

إلى معلم البشرية ومنقذها إلى رسول الله محمد

ﷺ

إلى الوالدين الكريمين خاصة حفضهما الله

الى ابنتي الحبيبة ريتال نور الجنة

إلى اخوتي واخواتي و إلى زوجي وأولادي

و إلى زملائي في العمل.

الى كل من ساعدني من قريب ومن بعيد

الى من خصني بالدعاء وساعدني على انجاز

هاته المذكرة

كلمة شكر

أحمد الله على جزيل نعمه وأشكره شكر المعترف بمننه وآلائه وأصلي وأسلم على صفوة أنبيائه وعلى آله وصحبه.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل على تقديمه النصح والتوجيه والدعم المعنوي رغم كثرة إنشغالاته ومهامه والذي تشرفت بقبوله الإشراف على هذا العمل الأستاذ: **محمد ذيب**.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالتحية والشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة كل بإسمه على تفضلهم قبول مناقشة هذا العمل.

والشكر لزملاء الدراسة ولكلية الحقوق – الاغواط –بعمالها وأساتذتها الذين ساهموا في تكويني ودراستي طوال مشواري الجامعي ولكل من ساهم في إتمام هذا العمل ولو بكلمة طيبة.

مقدمة:

مقـــــدمة:

– تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمرين بغرض الحصول على رؤوس الأموال لتحقيق التنمية الاقتصادية أهمية بالغة، و يرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الاقتصاد القومي لكل من الدول المضيفة للاستثمار والتي غالبا ما تكون من الدول الراغبة في النمو، الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة وبتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق خطتها الاقتصادية، كما تشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون مزيدا من فرص العمل و مزيدا من الاستثمارات ونمو لرأس المال.

– الشيء الذي أدى بالدول و لا سيما النامية منها إلى محاولة جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة لإنجاز عملية الإنماء الاقتصادي، أين أصبحت الاستثمارات الأجنبية، تلعب دورا هاما و بارزا في تنمية وتطوير المجتمعات لما تتمتع به من وفرة رأس المال و الخيرات البشرية و التنمية.

– لذا تجدر الإشارة هنا إلى أنه من أجل إيجاد مناخ ملائم الاستثمار فإنه يتعين على الدول التسهيلات والضمانات التي تدفع المستثمر الأجنبي للاستثمار رأس ماله في أراضيها أو بمعنى آخر يجب توفير نوع خاص من المعاملات يعرف بمعاملات الاستثمار كما هو معلوم أن عقود الاستثمار هي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار وهذه العقود يبرمها المستثمرون لسواء كانوا هيئات استثمارية دولية أو تلك التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة السابقة لهما مع شخص أجنبي طبيعي و معنوي و بمقتضاها يلتزم المستثمر الأجنبي بنقل موارد اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها.

– غير ان أكبر العوائق التي تواجه الاستثمار هي تخوف المستثمر الاجنبي من المناخ التشريعي للدولة المضيفة، و تخوفه من كونه طرف ضعيف في العقد مقارنة بالطرف الثاني هو الدولة المضيفة التي أدى به إلى السعي لإيجاد ضمانات أكبر تحميه في حالة نشوب منازعات في عقد الاستثمار فهذا الأخير هنا بين طرفين تملؤهما المخاوف و هو خوف وشك المستثمر من تحيز القضاء الوطني لصالح الدولة المضيفة للاستثمار أو عدم كفاءته للفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي ذات الطبيعة الفنية والقانونية المعقدة، كما أن الدولة المضيفة للاستثمار من جهتها لا تقبل الخضوع إلى قانون دولة المستثمر نظرا لما يثيره هذا الخضوع على سيادتها من مخاطر.

– و عليه يمكن القول بأن منازعات الاستثمار سواء كانت الدولة المضيفة أو المستثمر طرفا فيها أم كانت المنازعة بين المستثمر والغير فإن القضاء الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار يختص بالفصل فيها.

– و إذا ما سلمنا بأن منازعات عقد الاستثمار لكلا الطرفين فيها تخضع لسلطة القاضي الوطني دون غيره و هذا هو الأصل فإن أية تسوية لتلك المنازعات تعد امتيازا لجلب الاستثمار للدولة و يكون هذا الامتياز عن طريق الاتفاق في عقد الاستثمار.

– و مما لا شك فيه أن العلاقة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي بين طرفيها والمبنية على أساس الالتزام، الذي يجعل منها علاقة تبحث عن عقد بين طرفين خرج من إطار القانون الخاص الداخلي ليتعداه إلى القانون الدولي ليتطلب إيجاد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي والتي لا تنتمي إلى نظام قانوني معين بل يمكن لطرفي العقد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فمن خلاله يتم تقدير مدى صحته وتحديد التزامات أطرافه وبيان القوة الملزمة للعقد و كذلك كيفية انقضاؤه وكذا القانون الذي يخضع له لفض أي منازعة تنشأ بين أطرافه.

– هنا نقف أمام عقود دولية تحكمها إرادة الأطراف التي بدورها بتقارب مركزها القانوني بين طرف قوي هو الدولة المضيفة وطرف ضعيف هو المستثمر الذي يرغب في حماية مصالحة الشيء الذي أدى إلى تعارض وتضارب الإرادتين بين دولة تزيد تطبيق قانونها الوطني كمظهر سيادة ومستثمر تملؤه شكوك ومخاوف من تطبيق قانون الدولة فيحاول إرجاع العقد هذا إلى إطار القانون الدولي العام.

– هذا ما يبرر إلى تركيزنا في بحثنا على المنازعات التي يشير إليها هذا النوع من العقود والتي تبرر التفاوت بين الأطراف حيث يكون العقد خاضع للقانون الوطني للدولة المضيفة أم يكون خاضع لإرادة الطرفين باختيار الوسيلة المناسبة لفض المنازعة في هذه العقود والتي تحقق لهم الحماية والضمان لحقوق الطرفين و لا سيما المستثمر الأجنبي.

1) **أهمية الموضوع** :

ولعل الوقوف أمام القانون الواجب التطبيق في هذه العقود يبرز أهمية هذا الموضوع المراد البحث فيه لما يكتسيه من طبيعة خاصة تتميز بها هذه العقود و لتعلقها بالخطط التنموية والاقتصادية للدول

ولا سيما النامية منها وكذا تتجلى أهمية القانون المراد تطبيقه في الاختلاف القانوني لمراكز الأطراف فالدولة تنصرف إرادتها لتحقيق النمــو الاقتصادي لأفرادها و هي المصلحة العامة بينما المستثمر يهدف إلى مصلحة خاصة وهي المصلحة الشخصية هنا تبرز أهمية هذا الموضوع جليا في كون تطبيق قانون أجنبي على أراضي الدولة المضيفة يمس سيادتها ويتعارض مع مبدأ إقليمية القوانين وكذا يمس تطبيق قانون الدولة المضيفة بالمستثمر الأجنبي في حالة تغيير الدولة لقوانينها بعد مدة من إبرام العقد فهنا يمس بسلامة وأمن المستثمر الأجنبي مما يدفع بهذا الأخير إلى وضع شرط الثبات التشريعي في العقد كضمان له وحماية لمصالحه.

2)**الهدف من الموضوع:**

ترمي بالباحث إلى تحديد هدفه من دراسته لهذا الموضوع والمتمثل في الكشف عن الحلول والوسائل المتاحة في القانون سواء داخلي أو دولي لفض هذه المنازعات التي تنشأ من جراء عقود الاستثمار فمن خلال دراستنا نهدف إلى إبراز أغلب الحلول والوسائل التي وضعها القانون لتسوية المنازعات والتي من بينها الوسائل القضائية والودية و كذا التحكيم وهذه الأخيرة هي التي تنشأ من خلال تسليط الضوء على تطبيق قانون الدولة المضيفة في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

3)**أسباب اختيار الموضوع:**

وتجدر الإشارة إلى أن أسباب اختيار الموضوع من الناحية الموضوعية هي أهمية الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية إذ أن الدول تتنافس فيما بينمها لجذب الاستثمار لبلدانها و كذا التزايد المستثمر في عدد المنازعات القانونية الاستثمارية وتنوعها.

- أما من الناحية الذاتية فهو ميولي ورغبتي في دراسة هذا الموضوع لما له من تشعبات واتساع المشاكل المرتبطة بالاستثمارات بعد الانهيار التدريجي للحدود الاقتصادية بين الدلو بفعل العولمة وكذا للإثراء رصيدي المعرفي و الاطلاع الأوسع على القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار.

4)**الاشكالية**:

و لقد جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على الوسائل المتاحة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار وتسويتها من خلال الإجابة على الإشكالية المطروحة :

ماهو القانون المطبق على عقود الاستثمار في غياب إرادة الأطراف أو في وجودها؟

5) **الدراسات السابقة** :

سبقنا في دراسة هذا الموضوع عدة دراسات سابقة نحاول أن نذكر منها أطروحة الدكتوراه لبشار محمد الأسعد"عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة "بالإضافة إلى أطروحة الدكتوراه لبوخالفة عبد الكريم تحت عنوان 'دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية "

6)**المنهج المتبع**:

لمعالجة الإشكالية المطروحة اعتمدنا في هذه الدراسة على منهج الوصفي و المقارن باعتبارها الأنسب للدراسات القانونية.

7)**الصعوبات التي واجهت البحث:**

وتجدر الإشارة إلى أنه واجهتها صعوبات لعل أهمها هو توسع الموضوع تشبعه ولا سيما الوسائل المعتمدة في منازعات عقود الاستثمار.

وتضارب إرادتي طرفي العقد الشيء الذي أدى إلى دراسة جميع الحلول الممكنة لفك مثل هذه المنازعات و القانون المطبق عليها كما أنه الموضوع محل الدراسة ليس بالجديد و كان البحث فيه متعدد تمت دراسته من طرف عدة باحثين الشيء الذي أدى إلى صعوبة وضع طابع وإطار خاص بدراستي يجعل بحثي يختلف عما سبقه من دراسات في طريقة البحث.

8) **تقسيم البحث**:

سيتم دراسة و تحليل الإشكال المطروح للتوصل إلى الإجابات عنه من خلال تقسيم البحث إلى فصلين وفق الخطة الاتية

الفصل الأول :اختلاف المراكز القانونية لطرفي المنازعة في عقد الاستثمار

المبحث الاول: إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة

المطلب الأول: الطبيعية الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار

المطلب الثاني : تطبيق قانون الدولة كأصل

المطلب الثالث :شرط الثبات التشريعي او الاستقرار التشريعي

المبحث الثاني: إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار

المطلب الأول: شرط إعادة التفاوض.

المطلب الثاني :شرط إعادة التفاوض في الظروف الطارئة

المطلب الثالث: إعادة التفاوض في ظل القوة القاهرة

الفصل الثاني :تحديد الوسيلة المعتمدة لفك منازعات عقود الاستثمار بإرادة الطرفين

المبحث الثاني: الطرق الودية والقضائية لحل منازعات عقود الاستثمار

المطلب الاول:الطرق الودية(الوساطة والتوفيق)

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي

المبحـث الثاني: التحكيم كوسيلة بديلة لحل نزاعات عقود الاستثمار

المطلب الاول : مفهوم التحكيم

المطلب الثاني: صور و أنواع التحكيم

الفصل الأول

اختلاف المراكز القانونية لطرفي المنازعات في عقد الاستثمار

المبحث الاول: إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة.

إن مفهوم الدولة كطرف في عقد الاستثمار يختلف عن كونها احد اشخاص القانون الدولي العام وصاحبة سيادة، ففي القانون الدولي الخاص تكون طرف يمثل علاقة تعاقدية هذه العلاقة غالبا ما تخضع لإرادة الأطراف وفي غياب الاتفاق فتخضع هذه العقود الى قانون الدولة المضيفة .

لــذا نحاول دراسة هذا في المبحث الاول ولقد قسمناه إلى ثلاثة مطالب الطبيعة الخاصة بالمنازعات في عقود الاستثمار(مطلب أول): المطلب الثاني : تطبيق قانون الدولة أصل (المطلب الثاني) شرط الثبات التشريعي او الاستقرار التشريعي (المطلب الثالث)

المطلب الأول: الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار

دورها في التنمية الاقتصادية للدول لذا نحاول تسليط الضوء بشيء من الإيجاز على مفهوم عقود الاستثمار وهذا التمييز عن العقود الأخرى التي تبرزها الدولة.

الفـرع الأول: **مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي:** نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف وأطراف عقود الاستثمار وأسباب منازعاته.

أولا: تعريف عقود الاستثمار الأجنبي

إن الاستثمار الدولي غالبا ما يتناول مواضيع ذات علاقة بالسلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود وهذا يعني بالضرورة تعدد أشكاله وتنوعها و تطورها المستمر و لكي يؤدي الاستثمار غرضه في إحداث التنمية للدولة المضيفة له لا بد من أن يكون له نظام قانوني يدور في إطاره و هو ما يعرف بعقد الاستثمار.

لما كانت الاستثمارات الأجنبية العامة التي تحصل عليها الدول النامية تحكمها في الغالب اعتبارات سياسية، تلجـأ الدول إلى إعـادة لأجـل هذا الغرض إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خطتها التنموية[1] كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا

1أزاد شكور صالح ، الوسائل البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الدولية – دراسة مقارنة - ، المؤسسة الحديثة للكتاب ،طبعة أولى، لبنان،2010 ص26ص27

وعقود بناء المصانع وعقود الأشغال التي تلزمها لبنيتها التحتية وعقود امتياز المرافق العامة وعقود المساعدة والاستثمارات الغنية أو غيرها من العقود التي تدخل في إطار عقود الاستثمار.[1]

وقد عرفت عقود الاستثمار بأنها « تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري حيث يلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدول المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها وتتعدد هذه النماذج و هذه العقود بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، فذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والمربح للمستثمر الأجنبي، و الغالب أن تكون مدة العقد طويلة نسبيا لأنها عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار.[2]

ثانيا: تعريف عقد استثمار القانون الجزائري

في القانون الجزائري فإن الأمر كان غير واضح إلى غاية صدور الأمر رقم **03/01** المتعلق بتطوير الاستثمار، ففي ظل القانون رقم**277/63** لم يوجد أي أثر لتعريف الاستثمار فيه، بل الاكتفاء بتحديد مجالات تطبيق النص القانوني، مركزا على الاستثمارات المباشرة.[3]

و كذا لم يوجد تعريف صريح في القوانين الجزائرية الأخرى المتعلق بالاستثمار إلى غاية الأمر صدور رقم**03/01** السالف الذكر والذي كرّس مبدأ الحرية للاستثمارات الأجنبية بشكل عام في الجزائر وعرف بصريح العبارة الاستثمار بأنه " كل اقتناء لأصول تدرج في إطار استحداث رأسمال مؤسسة التي قد يكون نقدا أوعينا ومتعددة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية.[4]

---

[1]/بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار_الدولية،طبعة اولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،2009،ص7.

2/بشار محمد أسعد المرجع السابق،ص8.

4 / الأمر رقم03/01 المؤرخ في 1جمادى الثانية 1422 هـ الموافق لـ 20أوت2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية , رقم47 الصادرة في22أوت2001 المعدل و المتمم بالأمر 08/06 المؤرخ في 19جمادى الثانية 1427ه الموافق لـ15 جويلية 2006 .

63 /277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 53 صادر بتاريخ 02 أوت 1963 (ملغى)

1 /المادة 02 من المر 03/01 السالف الذكر

غير أن المشرع الجزائري تأثر في هذا التعريف بالجانب الاقتصادي أكثر من القانوني حيث حدد مجالات الاستثمار على سبل الحصر وهذا خطأ وقع فيه المفترض يفسح المجال في المادة 2 من الأمر **03/01** نطرا للتغييرات والمستجدات الحاصلة في الاستثمار.

ولم يعد الاستثمار يأخذ فقط مفهوم الحصص العينية أو النقدية، بل أصبح يشمل عقود المفتاح في اليد عقود نقل التكنولوجيا وكل العقود الأخرى التي في إنجاز الاستثمار.[1]

الفرع الثاني: أطراف الاستثمار:

تهدف الدولة من الاستثمار إلى زيادة تدفق رؤوس الأموال باعتبارها مصدرا هاما من مصادر التمويل ونتيجة لذلك تزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية بين الدول مما يحفز المستثمرين بالتنقل بأموالهم لإقامة مشروعاتهم الاستثمارية في الدول الراغبة في النمو و التي تعد بحاجة لتلك الاستثمارات وتنوعت مجالات الاستثمار فشملت الاستثمار في قطاع البترول والتعدين والخدمات والتكنولوجيا والتصنيع والزراعة إلى غير ذلك من المجالات التي تريدها الدولة المضيفة لهذه الاستثمارات[2]، وأن منازعات عقود الاستثمار تكون دولية وستتعرض إلى الدولة بصفتها طرف أول طرف في عقد الاستثمار:

أولا: الدولة :

تلجأ الدولة في سبل تحقيق تنميتها الاقتصادية إلى إبرام العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب وهي تقوم بذلك عن طريق ممثليها أو المؤسسات التابعة لها.

وتعتبر الدولة طرفا في عقد الاستثمار عندما تقوم إبرام عقود استثمار أو تدخل في مشروعات مشتركة بينها أوبين الشركات الخاصة[3]، وقد نصت اتفاقية واشنطن الموقعة سنة**1965** على أن المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمار بعد الهيئة المختصة في المنازعات التي تثور بين الدولة المتعاقدة والمستثمرين الأجانب الأفراد أو الشركات الخاصة أو الدولة كطرف في عقد الاستثمار هي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام، و هي قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي إما بشكل مباشر بواسطة حكومتها أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة مؤسساتها.[4]

---

[2] جلال وفاء محمدين،_التحكيم تحت مظلة الإسكندرية،_المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص81..

3جلال وفاء محمدين نفس المرجع ،ص11

[4] خالد كمال عكاشة،_دور التحكيم في نص منازعات الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،2014 ،ص102

ثانيا: المستثمر الأجنبي:

أن يكون المستثمر أجنبيا منتميا لدول أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية وبمستوى في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصيا طبيعيا أو معنويا فقد نصت المادة **02/25**[1]، منها على أنه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة ما يلي : كل شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية إحدى الحلول المتعاقدة خلال الطرف في المنازعة [2]، وعليه فإن الطرف الأجنبي في عقد الاستثمار هو المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا.

الفرع الثالث: أسباب منازعات الاستثمار:

إن طبيعة منازعات الاستثمار يغلب عليها الطابع الاقتصادي الفني، إن هناك أسباب مؤدية إلى قيام منازعات الاستثمار، وتتنوع هذه الأسباب فقد تكون قهرية أو طواعية نابعة من الإدارة المنفردة للأطراف وغالبا ما يكون الطرف هو الدولة.

أولا: قيام حالة القوة القاهرة:

يمكن تعريف القوة القاهرة بأنها حدث فجائي خارج عن إرادة الأطراف ولم يكن في وسعهم توقعه أو تداركه، يترتب عليه الانقضاء التعاقدي لاستحالته ومنه يتضح لنا بأنه يشترط لتحقيق حالة القوة القاهرة ثلاث شروط:

أ- أن لا يكون خارجا عن إرادة الأطراف :يعد شرط استقلال الحدث عن إرادة الأطراف شركا جوهريا لقيام القوة القاهرة، ويطلق بعض الفقهاء على هذا الشرط لتطبيق أحكام القوة القاهرة يعد أمرا منطقيا، لأنه غير منطقي استفادة أحد المتعاقدين من تغيير ظروف القيد لتعديل أحكامه ويكون هذا التغيير نتيجة لخطئه، ومن الواضح أن هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقدين من التدخل المباشر وغير المباشر لسيء النية.

[1] المادة 2125 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965

[2] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،ـرسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق قانون دولي مصر دون طبعة، دار النشر2004،ص24.

ب- أن يكون الحادث غير متوقع:

يجب أن يتسم الحدث المشكل للقوة بعدم إمكان التوقع هي وقت إبرام العقد، فإذا كان الحدث الذي أدى إلى استحالة تنفيذ العقد ممكنا توقعه وقت إبرامه فلا يجوز للمتعاقد أن يحتج بوجود القوة القاهرة، أما إذا ظهرت حالة الاستحالة أثناء تنفيذ العقد فإنها لا تمنع المتعاقد قانونا من التمسك بحالة القوة القاهرة.[1]

ج- أن يكون تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلا:

يشترط لتحقق حالة القوة القاهرة وانقضاء التزام المدين كنتيجة لها أن يطرأ ما يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا استحالة مطلقة، ولا يقتصر أثر القوة القاهرة على إعفاء المدين من تنفيذ التزامه، وإنما يمتد أيضا إلى فسخ العقد وإنهائه بحكم القانون.

ثانيا: قيام حالة الظروف الطارئة:

إن الأحداث الطارئة هي الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع والتي تجعل تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا ويكون هنا تعديل العقد هو الحل الغالب في هذه الحالة[2]، وبالرغم من ذلك فما زالت مشكلة مراجعة عقود الاستثمارات الأجنبية و إعادة التفاوض بشأنها تمثل جانبا كبيرا من المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.[3]

ثالثا: المنازعات التي تكون الدولة سببا فيها

قد تتخذ الدولة المضيفة عدة تصرفات من شأنها أن تؤثر في حقوق المستثمر الأجنبي:

أ / تغيير التشريعات الوطنية:

إن قيام الدولة المضيفة بتغيير تشريعاتها الوطنية المنظمة للاستثمارات يزيد من مخاوف المستثمر ويساهم في زعزعة استقرار مناخ الاستثمار، الأمر الذي دفع بعض الدولي إلى الاستجابة لرغبات

---

[1] خالد كمال عكاشة،المرجع السابق,ص119,120,121

[2] لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي ،بدون طبعة، منشورات زين الحقوقية، لبنان،2008/ص86.

[3] ياسر الحويش، مبدأ عدم التدخل وإتفاقيات تحرير التجارة العالمية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ،2005،ص144.

المستثمرين بتضمين عقود الاستثمار" شرط الثبات التشريعي"، إذ يعد تطبيق هذا المبدأ من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمار، خاصة في الدول التي بحاجة لاستثمارات.[1]

وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في نص المادة**15** من الأمر **03/01** المتعلق بتطوير الاستثمار على ما يلي:" لا تطبق المرجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر تلك بصراحة.[2] "

ب / استحواذ الدولة على أملاك المستثمر الأجنبي:

قد تتعدد الأساليب التي تتبعها الدولة في الاستيلاء على المصالح المالية الأجنبية الموجود وعلى إقليمها، إلا أن جميعها تتم بالإرادة المنفردة للدولة وتهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله.

وهناك ثلاث طرق تتبعها الدولة المضيفة للاستيلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي وهي:[3]

1/ نزع الملكية للمنفعة العامة:

وهي تملك الدولة لأموال العقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة، وذلك لقاء تعويض.

2/ التأميم: هو الإجراء الذي يتم من خلاله نقل مشروع أو مجموعة من المشاريع الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات إلى ملكية الدولة بقصد تحقيق مصالح الجماعة.

3/ المصادرة: وهي عقوبة جنائية تستولي بمقتضاها الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لبعض الأشخاص دون أداء تعويض.

---

[1] حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار دراسة مقارنة، مجلة الكوفة ، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة العراق،العدد2014/21،ص188.

[2] مادة 15 من الأمر رقم03/01 السالف الذكر.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص139/138 .

رابعا: المنازعات التي يكون المستثمر الأجنبي سببا فيها:

أما الأسباب التي ترجع إلى المستثمر الأجنبي فهي تدور حول إخلاله بأي من الالتزامات التي تستجوبها عقود الاستثمار من تدريب المعاينة المحلية وتنمية القدرة الشرائية والإخبار والإعلام وإتباع القواعد الفنية في إدارة المشروعات الاستثمارية.[1]

المطلب الثاني : تطبيق قانون الدولة كأصل:

في غياب اختيار الأطراف في عقود استثمار والقانون الواجب التطبيق يكون للدولة المضيفة.

فهناك من يؤكد على حق الدولة المتعاقدة بتنظيم عقود الاستثمار استناد إلى تكييفها كعقود إدارية، مما يبرر خضوعها للسطلة التنظيمية بقانون الدولة المضيفة، استنادا لقانونها العام وهناك من يبني حق الدولة المتعاقدة بتنظيم هذه العقود على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، بشأن السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية، وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

الفرع الأول: إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية

– التطبيق على عقود الاستثمار التي تبرمها مع الأجانب، وذلك بناء على تكيفها كعقود إدارية استنادا إلى فكرة السيادة التي تقتضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها.[2]

– فالعقود التي تبرمها الدولة مع أحد الأطراف الأجنبية الخاصة تعتبر من عقود القانون العام و في حالة عدم الاتفاق على كيفية تسوية المنازعات التي تنشأ عنها تطبيق القواعد العامة التي تتفق مع طبيعة هذه العقود، كما يمكن تعديل هذه العقود وفقا للمصالح التي يستلزمها سير المرفق العام للدولة الطرف لتبرم هذه العقود يجب توفر ثلاثة شروط :

الشرط الأول: وجود الإرادة للأطراف أي تتصرف الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني الدولة والمستثمر الأجنبي.

[1] جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، حمايتها- تسوية منازعاتها، دراسة مقارنة مع الاستثمارات في ضوء الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،مصر 2013، ص400

[2] عصمت عبد الله الشيخ، التحكم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر طبعة 2000 ص116.

الشرط الثاني وهو اتصال العقد بمرفق عام، فإن أنصار تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية، يرون فيها نموذجا لتعلق بالمرفق العام، فيقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص:

– إن عقود الاستثمار وطاقة عقود التنمية الاقتصادية، و إن كانت في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي إن أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق عام...

الشرط الثالث وهو احترام العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص مثل المزايا التي تقررها للمستثمر الأجنبي، الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية ، و منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع، يضاف إلى ذلك ما تحتويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل مفهوم السلطة التنظيمية وإعادة التوازن المالي للعقد.

– وعلى هذا النحو فإن عقود الاستثمار وفقا لهذا الجانب من الفقه، لا تعد و أن تكون عقودا إدارية مما يستلزم خضوعها للقانون الوطني للدولة المعاقدة، فالطبيعة الخاصة لهذه العقود كما نعتقد لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام، أو عقد القانون الخاص ، و إنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها و ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة ، ومن ثم فإننا نعتقد بعدم جدوى الاستناد إلى تكييف هذه العقود الإدارية من أجل إخضاعها للقانون الوطني للدولة المعاقدة.[1]

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة استنادا إلى المعاهدات الدولية:

معظم الاتفاقيات الدولية تكرس تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة كقانون حاكم لعقود الاستثمار و لعل أبرز اتفاقيتين تعرضتا لمساءلة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار وهما:

أولا:معاهدة واشنطن 18مارس1965 :

بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة بشأن منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى، نصت المادة**1/42** في الجملة الثانية والتي تقتضي بأنه" وعند غياب مثل ذلك الاتفاق، على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف المنازعة بما في ذلك قواعدها في شأن تنازع القوانين ، وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق"، والواقع أن الإشارة التي أوردتها المادة المشار إليها إلى قواعد القانون الدولي من الممكن

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق،ص209.

تفسيرها على أنها تجيز لهيئة التحكيم بحث شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي.[1]

ثانيا: اتفاقية روما 19 يونيو1980:

تعتبر اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من أفريل عام1991 بمثابة التقنين الأوروبي للعقود ،وتسري هذه الاتفاقية على العقود الدولية باستثناء على ما تنص على استبعاده بنص صريح ، وباعتبار أن عقود الاستثمار لم تكن من بين العقود التي استبعدتها الاتفاقية من مجال تطبيقها فيمكن القول بمفهوم المخالفة أن الاتفاقية تسري عليها.[2]

<u>الفرع الثالث</u>: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الداخلي للدولة المضيفة بحكم القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة :

يذهب البعض في تأسيسه لحق الدولة المضيفة بتنظيم عقود الاستثمار التي تبرمها مع الشركات الأجنبية على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية، وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

فهذه القرارات بوصفها تؤكد القانون الدولي العرفي، و تعكس المبادئ المهمة السائدة في المجتمع الدولي، فإنه بالإمكان تقديمها كبرهان عند عدم وجود البرهان أمام هيئات التحكيم.

وقد أقرت الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة رقم**3181** الصادر في **1983/12/18** على حق الدولة في التأميم على اعتبار أنه تعبير عن سيادتها، من أجل المحافظة على ثروتها الطبيعية و كذلك حقها في تحديد قيمة التعويض ووسائل الوفاء به، على أنه يتم الفصل في المنازعات الناشئة على هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني.[3]

2"تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة ,تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الولي المتعلقة بالموضوع " مادة 1/42 القسم الثالث :سلطات ووظائف المحكمة, الفصل الرابع, إتفاقية واشنطن 8691/30/81 المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، المؤرخة 1965/03/18

[2] اتفاقية روما 19يونيو 1980 المتعلقة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

[3]بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ،ص 221.

وعلى الرغم من ذلك فإن هذه القرارت لا تتسم بصفة الإلزام كونها مجرد توصيات موجهة للدول.

الفرع الرابع: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام

– إن تطبيق الدولة المضيفة على عقود الاستثمار عند خلو اتفاق الاستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق، عند نشوب نزاع يؤدي إلى الوقوع في عدة إشكالات خصوصا في حالة عدم وجود قواعد تفضل في هذا النزاع في القانون الوطني في الدولة المضيفة ،ومن المتصور علميا أن معظم القوانين الوطنية يشوبها قصور في تنظيم عقود الاستثمار، إضافة إلى حالة تعارض قانون الدولة مع أحكام القانون الدولي.[1]

– إن محدودية هذه النظم القانونية الوطنية وما فيها من ثغرات شجعت بعض الفقه إلى الدعوة إلى اتجاه آخر يدافع عن مصالح الدول الغربية والشركات متعددة الجنسيات متمركزة فيها، يتمثل هذا الاتجاه في الدعوة إلى أن القانون الدولي العام، وهو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب ،والفصل في المنازعات الناشئة عنها ،لا سيما إذا ما تخلف الاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة.[2] .

المطلب الثالث :شرط الثبات التشريعي او الاستقرار التشريعي

– لقد ظلت الدولة النامية حريصة لفترة طويلة على تطبيق قوانينها الوطنية ما أمكن على عقود الاستثمار مراعاة لسيادتها وحماية لمصالحها العامة، الأمر الذي يتعارض مع مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة ، و التي رأت في إخضاع هذه القواعد ذات الطابع الدولي لقوانين وطنية بأنه لا ينسجم و لا يتلاءم مع خصوصية العلاقات الدولية، و قد ينجر عن ذلك إلحاق أضرار اقتصادية كبيرة تمس بمصلحة هؤلاء المستثمرين، و الذين حالوا دون حمياتها من خلال تكريس تفوقهم في اشتراطات عقدية حتى يتهربوا أو يتفادوا تغيير المشرع الوطني للقوانين المنظمة للاستثمار وخضوعهم للأحكام جديدة

1عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي،طبعةأولى، الإسكندرية2008 ,مصر ، ص216-217.

2صلاح الدين حمال الدين،دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين،طبعةأولى،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية مصر ،2005،ص32.

لا تراعي مصالحهم السابقة، و تطبيقها لذلك يتم الاتفاق في العقد على التجميد الزماني للقانون الواجب التطبيق على العقد.[1]

الفرع الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي:

– يقصد بشـــرط الثبات التشريعي ذلك الشرط أو البـــند الذي يتـفق الأطـــراف على إدراجـــه في العقد، و الذي يقضي باستبـــعاد كافة التعديـــلات المحتملة الـــتي يمـــكن أن تطـــرأ على القانون المختار في المستقبل، و هذا يقتضي تطبـــيق القانون المـــختار وقت إبرام العقد وليـــس في مرحـــلة تنفيذه , فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقتها مع المستثمر الأجنبي على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد، بغية حماية هذه الشركة ضد المخاطر التشريعية المتمثلة في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد وذلك من خلال تغيير تشريعها،[2]و هذا من شأنه أن يساعد في إزالة المخاوف التي قد تربك المستثمر الأجنبي وتساعده على الشعور بالراحة وإحاطته بطروف ومناخ ملائمين للاستثمار، و بالتالي السعي من خلال هذه الحصانة بتحقيق مشروعه الاستثماري مما يعود بالنفع على الطرفين.

– و هنا يظهر الفرق بين كل من شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، حيث ينصرف معنى شرط عدم المساس إلى تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها "سلطة تنفيذية" مما يعطي للطرف المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناجم عن صفتها الإدارية، أما شرط الثبات التشريعي فهو يهدف إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من مخاطر التشريعية أي ما ينجم عنها بوصفها "سلطة تشريعية" على وجه التحديد.[3]

الفرع الثاني: الجدل الفقهي حول شرط الثبات التشريع: يدور الجدل الفقهي حـــول شروط الثبات التشريعي بين اتجاه رافـض لتلك الشروط و اتـــــجاه آخر مناصر لها.

---

[1] بوخالفة عبد الكريم ،دور الإرادة في حل النزاعات عقود الإستثمار الدولية ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة الجزائر/2018.

[2] سراج حسين أبوزيد،التحكيم في عقود البترول،دون طبعة ،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص111.

3 وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية،الطبعة أولى منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2008, لبنان,ص760-760

1- الاتجاه المناصر لشرط الثبات التشريعي:

يستند أنصار هذا الرأي إلى عدة اعتبارات قانونية وعملية تضفي على الشرط ولعلها تنحاز بمجملها لمبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها أو لمبدأ القوة الملزمة للعقد، و من هذه الاعتبارات ما يستند إلى قواعد الإسناد ذاتها بما تمنحه للأطراف من حرية الاختيار والمناسبة لأخذ بنصوص القانون، و ذلك لأنهم يعرفون تلك النصوص على نحو قاطع في لحظة التعاقد، و بالتالي فإن شرط التثبيت سيخدم توقعاتهم ويعكس رغبتهم في لاختيار ذلك الجزء الذي يريدونه من التشريع كما هو موجود في تاريخ محدد و من ثم تعتبر تلك الشروط صحيحة في ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني للبحث عن صحتها وذلك إما استنادا إلى نظرية العقد الطليق نظرا لتحول القانون إلى شرط عقدي أو باعتبارها قاعدة من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ذات التطبيق المباشر.

2- الاتجاه المعارض لشرط الثبات التشريعي

- يميل هذا الاتجاه إلى تغليب اعتبارات سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود بحيث يرتب حقها في المساس بالعقد، و لو تضمن شرطا يذهب إلى خلاف ذلك فيما لو اقتضت مصلحتها العامة هذا التصرف، و ذلك انطلاقا من أن من يملك حق اختيار القانون ليس هم الأطراف ،إنما مشرع الدولة التي صدر عنها القانون واجب التطبيق، و القول يغير ذلك يعني مساس المتعاقدين بسيادة الدولة التي تم اختيار قانونها لحكم العقد.

- فشرط الثبات التشريعي يجرد الدولة من المزايا التي يمنحها إياها من القانون الوطني والقانون الدولي، إذ لا يقبل أحدهما تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة أو وضع الدولة في مرتبة أدنى من مرتبة الطرف الخاص، في الوقت الذي لا يتمتع فيها ذلك الطرف بتلك المرتبة في علاقته بدولته الأصلية، بل ستخضع تلك العلاقة و لو تمت مع طرف خاص آخر بغض النظر عن جنسيته إلى مجمل القواعد الآمرة ذات الصلة، و فيما يتعلق بقضية القواعد الآمرة فإنه يمكن اعتبار قرارات الدولة وتصرفاتها الماسة بالعقد من قبيل القواعد ذات التطبيق المباشر التي تسري في مواجهة المتعاقد الخاص حتى ولوكان العقد لا يخضع لقانونه، كأن يخضع للمبادئ العامة للقانون أو للقانون الدولي.[1]

[1] وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق،ص766-768.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الثبات التشريعي: وقد أقر المشرع الجزائري صحة هذا الشرط و ذلك من خلال نص المادة15 من الأمر **03/01** المتعلق بتطوير الاستثمار التي نصت على أنه لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطارها الأمر إلى إذا طلب المستثمر ذلك صراحتها.[1]

– ففي قضية ضد الكونغو، اتفق الطرفين في عقدهما على أن الخلافات التي قد تنشأ بينهما بشان تطبيق أو تغيير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفق الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال هيئة تحكيم من ثلاث محكمين وفق لأحكام الاتفاقية ،على أن تطبق هيئة التحكيم قانون الكونغو وفي حالة الضرورة يجوز للهيئة استكمال المبادئ العامة بالقانون الدولي و من ثم طبقت هيئة تحكيم المركز أحكام وقواعد النظام القانوني لدولة الكونغو لفصل في المنازعات المعروضة عليها بالإضافة إلى اشتراط واختيار القانون الكونغولي من قبل الطرفين،[2]دولة الكونغو وشركة، و تضمن اتفاق الاستثمار بينهما نص فيه يقضي فيه بتجميد القواعد القانونية المنطبقة على الاتفاق المذكور وعدم تأثره بأي تعديل أو تغيير في القوانين التي تصدر من طرف دولة الكونغو ولقد تحكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بأنه من سلطة الدولة تغيير تشريعاتها الداخلية كنتيجة لتمتعها بالسيادة، و مع ذلك فطالما وافقت الدولة المضيفة للاستثمار على أن تضمن عقد الاستثمار بندا أو شرطا يقضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقد فيه الاتفاق ،فإن أي قوانين جديدة لا تؤثر ولا تنقص من الالتزامات التعاقدية لدولة.[3]

– ويتضح من خلال الحكم الصادر في هذه القضية أن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدولة ورعايا الدولة الأخرى قد ناصرت فقهاء الاتجاه الثاني و اعتبرت أن شرط تجميد التشريع أو ثبات التشريعي هو شرط صحيح وبذلك فإن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار هو القانون الموجود وقت إبرام العقد بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في حالة وجود شرط الثبات التشريعي.

---

[1] المادة15 من الأمر 03/01 السالف الذكر

[2] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق ،ص214.

[3] جلال وفاء محمدين,المرجع السابق،ص60.

المبحث الثاني: إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار:

إن عقد الاستثمار الدولي يمتد تنفيذه لسنوات طويلة، لذلك لا يمكن أن يبقى على حاله طول المدة لأن هذا يؤدي إلى حدوث تغيرات في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد ،فيتدخل شرط إعادة التفاوض لإعادة التوازن العقدي وذلك عند حدوث اختلال بسبب هذه التغيرات ،فهذا الشرط يعد عنصر من عناصر التوازن العقدي وهذا يقودنا إلى تحديد الحالات التي يتدخل شرط إعادة التفاوض إلى إعادة التوازن العقدي في ظلها.[1]

المطلب الأول: شرط إعادة التفاوض:

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

الفرع الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض:

يعرف إعادة التفاوض في عقد الاستثمار بأنه شرط تدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينمه عندما تقع إحداث معينة تخرج عن نطاق توقعاتهم عند إبرام العقد وتكون من شأنها أن تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد،[2] فتلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر المتعاقد معها بدلا من أن تغير من طرفها أو من جانبها فقط شروط العقد وإذا ما انتهت عملية التفاوض حول ذلك يتدخل التحكيم كوسيلة لاستعادة التوازن بين الطرفين 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 جديد للعقد بدلا من التوازن الأصلي الذي فقد نتيجة التغير في

[1] محمد إبراهيم علي محمد ،القواعد الدولية الآمرة ،ط1 ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،مصر 2001 ،ص47.

[2] علاء التميمي عبده ،دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار ومجلة الشريعة والقانون ,العدد 63 وجامعة الامارات العربية المتحدة 2015 ،ص69.

الظروف[1] فالدولة المضيفة للاستثمار ترى أن لها مصلحة قوية في تمتع عقد الاستثمار بمرونة كبيرة تسمح بطواعيته للتعديل ما دامت هناك ظروف تدعوا لذلك خاصة وأن هذا العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها آجالا طويلة ومن الصعب على الدولة أن تضمن الاستقرار السياسي، و الأمني والاجتماعي، و الاقتصادي والبيئة الإدارية دون تغيير، فالدول لا تعيش في جزر منعزلة، و التغير على المستوى الدولي سوف يؤثر لا محالة على الدول، مثل أزمة اقتصادية عالمية، سوف تمس جميع الدول دون استثناء أو قيام ثورات شعبية مفاجئة سوف يؤثر لا محالة على البيئة السياسية والأمنية والاجتماعية والقانونية، وهذه الأحداث الاستثنائية وغير المتوقعة سوف تحول عند وقوعها دون تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه وذلك بسبب تغير الظروف، و قد تلحق الخسارة بأحد الطرفين و قد تقلب التوازن الاقتصادي للعقد.[2]

– على الصعيد المقابل يحرص المستثمر على تمتع عقد الاستثمار بالاستقرار من خلال عدم تعديل شروطه ويعتمد في تبرير هذا الحرص على اعتبارات يغلب عليها الطابع العملي أكثر من التسبيب القانوني، فالمستثمر قبل أن يقدم على التعاقد في مثل هذا النوع من الاستثمارات، فإنه يقوم بإجراء دراسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمالات الربح والخسارة،[3]بالإضافة التي تعرفه على قوانين الدولة المضيفة للاستثمار لناحية اضطلاعية على الأعباء الضريبة التي سوف يتحملها، و الإعفاءات التي قد يحصل عليها، و الأهم من ذلك معرفته بالتشريعات المنظمة للرقابة على الصرف، و ينظم تحويل عائدات الاستثمار[4]، الأمر الذي يجعله لا يتخذ هذا القرار إلا بعد أن يكون قد اطمأن إلى الأمور السابقة التي كانت محل اعتبار وتقدير بالنسبة له، و من ثم فهو يحرص على ثبات العقد لارتباط تحقق النتائج التي يرجوها الظروف المستجدة، بما يتلاءم مع العقد القائم، دون تعديل العقد، بما يتلاءم مع هذه المستجدات لذا فهو يحرص على تضمين عقد الاستثمار شرط الثبات أو الاستقرار، و من ناحية أخرى فالمستثمر غالبا لا يملك كل الأموال المستثمرة في المشروع ومن ثم فإن البنوك والمؤسسات المالية الأخرى التي تسانده في تمويل المشروع ، تتطلب مراجعة العقود النهائية المتوقع إبرامها، حيث تبنى قرارها

[1] ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ،شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ،دار الجامعة ،الإسكندرية ،بدون طبعة ،2017/2016 ،ص58.

[2] باسود عبد المالك ،حماية الاستثمارات الاجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي , أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان كلية الحقوق والعلوم سياسية،2015 ،ص293..

[3] لما أحمد كوجان ،المرجع السابق،ص84.

[4] باسود عبد المالك ، نفس المرجع ،ص292.

النهائي على المضمون الفعلي للأعباء التي يتحملها المستثمر وعائدات المشروع والضمانات القوية التي يكون قد حصل عليها من الدولة المضيفة[1]، و عليه فإننا نجد بعض اتفاقات الاستثمار و بناء على رغبة المستثمر ،تتضمن ما يعرف بشروط الثبات و الاستقرار ،فالمستثمر يجد أن له مصلحة قوية في احتفاظ هذا العقد بثباته التنظيمي وفق ما اتفق عليه الأطراف عند إبرامه[2] الأمر الذي يمنع على الحكومة إجراء أي تعديل أو مخالفة لشروط الاتفاق أو اتخاذ أي تدابير إدارية أو تشريعية من شأنها مخالفة هذه شروط.

الفرع الثاني: الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض

ذهب جانب من الفقه بأنه على الرغم من الأهمية القصوى التي تحققها شروط إعادة التفاوض والثبات لأصحابها ،إلا أن هذه الشروط محدودة للغاية ،حيث يقتصر أثرها فقط على مجرد الالتزام لإعادة مناقشة شروط وأحكام عقد الاستثمار ،دون أن يكون عليهم التزام بأن تسفر هذه المناقشة إلى تعديل العقد بالفعل ،حيث يوجد فرق بين الالتزام بإعادة توازن الالتزامات العقدية في ضوء الظروف الجديدة ،ومجرد الاتفاق على إجراء التفاوض في حالة حدوث هذه الظروف[3]فوصف التزام طرفي عقد الاستثمار فيما يتعلق بإعادة التفاوض بأنه ببدل عناية ،وذلك لأن احتمال عدم الاتفاق بعد إعادة التفاوض يبقى محتملا لأنه ليس من الضروري أن تؤدي هذه العملية إلى تحقيق النجاح ،وبالتالي التوصل إلى اتفاق بين الطرفين لأن ذلك متعلق بالظروف التي تحكم عملية إعادة التفاوض والتي لها الأثر الواضح يجعل هذه العملية إيجابية أو سلبية.

وفي هذه الحالة نرى ضرورة التفرقة بين ثلاث فروض:

1. لا يجب اعتبار 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 متلاءم مع الظروف القائمة، و في هذه الحالة يحق للطرف الآخر أن يطالب بالتعويض عن للأضرار التي لحقت به جراء هذه الأوضاع.

[2] علاء التميمي عبده ،المرجع السابق ،ص70.

[3] حسين عيسى عبد الحسن ،الضمانات العقدية للإستثمار ،مجلة الكوفة ،العدد21،المعهد التقني بابل العراق ،2014 ،ص187.

2. إذا تم الاتفاق بين الدولة المضيفة والمستثمر على أحوال إذا ما تحققت وجب التعديل بما يتلاءم معها، و في هذه الحالة يجب على هيئة التحكيم أن تراعي كافة الأمور التي تم الاتفاق عليها من قبل أطراف العقد لمواجهة هذه الظروف.

3. إلزامية التفاوض دون أن يكون هناك التزام بتعديل العقد إذا تم الاتفاق على إعادة التفاوض في حال حدوث متغيرات بالمراكز القانونية في العقد بصورة عامة.[1]

المطلب الثاني :شرط إعادة التفاوض في الظروف الطارئة:

ونتطرق لتعريف الظروف الطارئة وشروطها والدور الوقائي لشرط إعادة التفاوض أثناءها

الفرع الأول: الظروف الطارئة

يقصد بالظروف الطارئة، هو أن يحدث بعد إبرام العقد وخلال مرحلة تنفيذه ظروف استثنائية عامة عير متوقعة، من شأنها أت تجعل الالتزام العقدي أشد إرهاقا ،مع ملاحظو أن هذه النظرية، تسود في العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التي تؤجل تنفيذها، فخلال مدة تنفيذ العقد تطرأ ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد، و تعود الجذور التاريخية لنظرية الظروف الطارئة إلى مجلس الأمة الفرنسي الذي أرسى دعائم هذه النظرية في حكمه الشهير الصادر في **30**مارس**1916** والمتعلقة بقضية ارتفاع أسعار الفحم الحجري، و هي المادة المستخدمة في توليد الغاز، حيث تتلخص وقائع القضية بأن الشركة العامة للإضاءة أبرمت عقد مع مدينة بوردو الفرسية من أجل إمداد المدينة بالغاز لمدة30عاما، و تحددت أسعار البيع في ذلك الوقت، بعدما قامت الحرب العالمية الأولى واجتاح الجيش الأماني الدن التي تحتوي على الفحم في فرنسا، تعذر على الشركة الاستمرار في توريج الغاز لمدينة بوردو بنفس الثمن واضطرت إلى استيراد الفحم من الخارج وكانت باهضه الثمن ،ولذلك طلبت تعديل العقد مع بلدية بوردو لكي يتناسب مع الأحداث الجديدة ، ففي هذه القضية أصبح الالتزام مرهقا للمدين عند ارتفاع أسعار المحروقات لأسباب خارجة عن إرادة أطراف العقد.[2]

[1] بوخالفة عبد الكريم ،المرجع السابق ،ص74

[2] بوخالفة عبد الكريم ،نفس المرجع ،ص75

– و قد تبنة المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في المادة **3/107** من القانون المدني إذ نص على ما يلي" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ،وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلا ،صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1] فالمشروع الجزائري عندما نص على أنه للقاضي في حالة وقوع الظروف الاستثنائية التي قد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، الحق في ورد الالتزام المرهق إلى 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 هوالذي يحث الأطراف على إبرام العقود تحقيقا لمصلحتهم الاقتصادية، وكل طرف متعاقد يستفيد من التغيرات التي تحدث ،لذلك يقبل شكل ضمني تحميل مخاطر هذا التغير التي قد تكون غير ملائمة أو مفيدة بالنسبة له..."[2]

فتغير الظروف تؤدي إلى حدوث زيادات غير مألوفة من شأنها تحدث الإرهاق على المتعاقد في تنفيذ التزامه ،فهي تخرج عن نطاق التعاقد، و في هذا يقول الأستاذ سامي منصور، و إن كان في نطاق العقود الداخلية، و ذلك نظرا للتطابق بين عقود الاستثمار الخاضعة للتحكيم التجاري الدولة والعقود الخاضعة للقانون المدني من حيث الحلول المتوصل إليها:" أن التوازن العقدي قلما يتحقق واختلال التوازن العقدي هو الذي يتحقق في العادة ولكن يشترط أن يكون اختلالا مألوفا في التعامل عاديا فهناك أعباء عادية تفرضها طبيعية العقد أو تفرضها الإدارة العقدية أو ظروف التعامل.[3]

<u>الفرع الثاني</u>: شروط الظروف الطارئة :

تنحصر شروط الظروف الطارئة في ثلاثة وهي الاستثنائية(أولا) وعدم التوقع من طرف المدين الذي أصابه الإرهاق(ثانيا) بالإضافة إلى أهم عنصر وهو يصبح الالتزام التعاقدي مرهقا(ثالثا).

---

[1] المادة107 الفقرة الثالثة من الأمر رقم75–58 المؤرخ 20 رمضان 1395 هجري الموافق في 26سبتمبر سنة1975 ، المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم.

[2] حسين نوارة ،الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر ،رسالة دكتوراه ،جامعة تيزي ورو كلية الحقوق 2013،ص137.

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

أولا: أن يكون الظرف غير عادي واستثنائي: حتى نكون بصدد وقوع ظروف طارئة يجب أن تكون هذه الظروف استثنائية عامة غير متوقعة و هذا يتطلب منا تحديد فكرة الظروف أو الحادث الاستثنائي وذلك الحادث الذي يندر حصوله و يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة، أو أن يكون حادثا غير مألوف لا يقع عادة، و يجب أن لا يكون الظرف الطارئ من فعل المتعاقد فإذا كان الظرف الطارئ من فعل المتعاقد فثار آنذاك مسؤولية العقدية على أساس الخطأ العقدي، فضلا عن ذلك يجب أن لا يكون الظرف الطارئ متوقعا حين إبرام العقد ولقد عرف الأستاذ عبد الحي الحجازي خاصية الاستثنائية في الظرف الطارئ بقوله:" الحادث الاستثنائي هو الحادث الذي لا يتدرج في عادات الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم هناك من الحوادث الطارئة ما يعد استثنائيا بمجرد وقوعه، و ذلك لندرة وقوعه كالحرب أو الزلزال أو الوباء و منها ما يكثر وقوعه فلا يكون استثنائيا بحيث يؤدي إلى انطباق نظريه الظروف الطارئة، إلا إذا بلغ حدا يجاز المألوف كفيضان عال إلى درجة كبيرة.[1]

ثانيا: أن يكون الحادث غير متوقع الحدوث:

يعتبر شرط غير متوقع المخاطر وعدم إمكان دفعها، شرطا جوهريا أساسيا في نظرية الظروف الطارئة مما يعني أن الظرف الطارئ الذي أدى إلى قلب اقتصاديات العقد ،لم يكون في الحسبان توقعه من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد، و لذا يتناسب هذا الشرط مع الفكرة التي تقتضي بأنه يوجد مخاطر عادية في عقد يتوجب على الأطراف المتعاقدة آخذها بيعن الاعتبار في توقعاتهم و يتحملها المتعاقد ،ولذا المعتبر وفقا لنظرية الظروف الطارئة هي المخاطر الاستثنائية.[2]

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[3].

---

[1] عمار محسن كزار الزرفي ،نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية ،مجلة جامعة يخت الرضا العلمية ،العدد(12) ،جامعة الزعيم الأزهري(السودان) 2014 ،ص15/14.

[2] خالد سعيد راشد العلمي ،أثر الظروف الطارئة في التوازن المالي للعقد الإداري رسالة ماجيستير جامعة عمان العربية ،الأردن ،كلية الدراسات القانونية العليا ،2008 ،ص43.

[3] عبد القادر عوض خلف الله الدرابي ،أثر نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية ،مجلة جامعة يخت الرضا العلمية ،العدد(12) جامعة الزعيم الأزهري(السودان) ،2014 ،ص15/14.

ثالثا: يكون الالتزام مرهقا للمدين فعلا

يعد إرهاق المدين من اهم الشروط التي يجب توافرها والاعتماد عليها للحكم بأن اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، ومن ثم تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على الواقعة وتبرر أهمية شرط الإرهاق في أنه مهما تكن درجة الحوادث الاستثنائية من الخطورة، و عدم توقع حدوثها، فإنها تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاق في تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد[1] والظرف الطارئ إذا لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام 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 معينة، قد لا يكون مرهق لنفس المدين في ظروف أخرى[2] 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.

<u>الفرع الثالث</u>: شرط إعادة التفاوض كوقاية من الظروف الطارئة:

من الصعب أن نجد عقد دوليا المدة أن يدرج فيه الأطراف شرط إعادة التفاوض في حالة إذ ما تطورت الظروف الطارئة إلى درجة ينقلب معها التوازن الاقتصادي للعقد الذي تم الاتفاق عليه بداية، لذا علينا أن ندرك أن التغير في الظروف أثناء تنفيذ العقد، لكنها تعرض المتعاقد إلى خسارة فادحة ومحققة ترهق كأهلي حيث يصبح تنفيذ الالتزامات التعاقدية عند حدوث هذه الظروف يحمل المستثمر أعباء مالية وخسارة جسمية وربما باهظة النتائج إذ ينتج عنها تغير جذري في وضع المتعاقد بعل هذه الظروف المحيطة بتنفيذ العقد وينتج عنها أثر مباشر على التوازن الاقتصادي للعقد[3]

– لذلك يلجأ الأطراف لشرط إعادة التفاوض لغرض حمايتهم ضد تغيرات هذه الظروف الطارئة والذي يصل تأثيرها إلى حد الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد بحيث يؤدي هذا الاختلال إلى إلحاق ضرر يتصف بالخطورة وعدم العدالة لأحد الأطراف أو كليهما.

---

[1] عمار محسن كزار الزرفي ،المرجع السابق ،ص12.

[2] خالد سعد راشد العليمي ،المرجع السابق،ص50.

[3] رشا على الدين ،سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية الراهنة ،المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر ،الجانب القانونية والإقتصادي للأزمة المالية العالمية ، ،كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر،1و2 ،2009 ،ص73.

– وتبعا لما تقدم أن شرط إعادة التفاوض يعد إحدى الطرق الوقائية للحد من منازعات التي يمكن أن تثيرها الظروف الطارئة والتي ينتج عنها عرقلة الأطراف في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية إلى جانب عرقلة عجلة النمو ،مما يستوجب تدخل إعادة التفاوض وذلك لإعادة النظر في الالتزامات في عقد الاستثمار الدولي ،وهذا حافظا على مصلحة الطرفين مما يتيح عنها بعث الثقة والاطمئنان للمستثمر مما يتيح الفرصة لتعامله مع الدولة المضيفة مستقبلا.[1]

– فالغاية الأساسية من ارتباط إعادة التفاوض بالظروف تتمثل في محاولة أطراف عقد الاستثمار الدولي في تخطي الظروف الطارئة الاستثنائية المؤقتة، وذلك من أجل الاستمرار والمحافظة على العقد ،ولكن على الرغم من أن المفترض أن تكون تلك الظروف مؤقتة، ولكن أحيانا يتحول الظرف الطارئ

– في مرحلة لاحقة إلى قوة قاهرة يستحيل معها مواصلة التنفيذ، كما يستحيل معها إعادة التوازن للعقد، بحيث لا يستطيع المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية، و هذا ما سوف نتطرق له في المطلب الثاني وهو إعادة التوازن في ظل القوة القاهرة

المطلب الثالث: إعادة التفاوض في ظل القوة القاهرة

إن شرط إعادة التفاوض يمكن أن يلعب دورا محوريا في تخفيف مخاطر القوة القاهر لذلك يلجئ أطراف عقد الاستثمار الدولي إلى إدراج هذا الشرط في عقودهم ،وذلك لإعادة التوزان للعقد عندما يختل

بسبب القوة القاهرة، و هذا يعتبر حل يضمن للمتعاقدين المحافظة على توازن العقد لذلك نتطرق لمفهوم القوة القاهرة، أما شروط القوة القاهرة، و الدور العلاجي لشرط إعادة التفاوض

الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة بصفة عامة بأنها عبارة عن حدث خارج عن إرادة الشخص المتمسك به غير المتوقع وقت إبرام العقد ويؤدي استحالة تنفيذه[2]، و يتسبب في استحالة تنفيذ الالتزام بصورة مطلقة ،وفكرة القوة القاهرة نظمتها القوانين والشرائع منذ القدم ،أما المشرع الجزائري لم يعرف القوة القاهرة ، لكن نص

[1] خالد كمال عكاشة ،المرجع السابق ، ص123..

[2] علاء تميمي عبده ،دور التحكيم في معالجة السماح التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، مجلة الشريعة والقانون ،العدد(63) ،جامعة الإمارات العربية المتحدة،2015 ،ص51.

عليها في**127**م من القانون المدني بقوله "إذا أثبت الشخص أن الضرر، قد تنشأ عن سبب لا بد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو إطفاق يخالف ذلك.[1]

– كما أشار إلى القوة القاهرة في المادة **138** من القانون المدني أيضا في قسم المسؤولية الناشئة عن الأشياء، حيث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضجة، أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

– كما تطرق المشرع الجزائري لفكرة السماح للمتعاقدين بإدراج حالات القوة القاهرة شمن بنود العقد حيث تنص م**50** من المرسوم رقم**145/82** على أنه "يجب أن ينص في كل صفقة بناء على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم كما يجب أن تتضمن البيانات التالية: كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة. وبالرجوع إلى معظم التشريعات نجد أن تنظيم فكرة القوة القاهرة أصبح مبدأ مسلما به، و على ضوئه تنتفي مسؤولية المدين بنصوص صريحة ولا يخرج عن هذ الإجماع سوى القانون الإنجليزي، إذا إن مفهوم القوة القاهرة في هذا النظام مفهوم اتفاقي يستمد وجوده ونطاق تطبيقه من تنظيم الأطراف له،[2] وقد درج الاطراف في مجال عقود الاستثمار على إدراج شرط القوة القاهرة.

– ويكون الهدف من إدراجه هو التمكن من مواجهة الإحداث المستقبلية عند وقوعها حتى ولم يكن بالإمكان توقعها،[3] حتى تنعدم علاقة السببية، و من ثم تنعم المسؤولية عند حدوث القوة القاهرة لا بد من توافر مجموعة من الشروط الضرورية والمتمثلة في وجود سبب خارج عن إرادة الاطراف(أولا) أن يكون الحدث غير متوقع أثناء إبرام العقد (ثانيا) بالإضافة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية (ثالثا).

أولا: وجود سبب خارج عن إرادة الأطراف : لقيام القوة القاهرة يقول الأستاذ المعروف(جوسران) في هذا المعنى القوة القاهرة حادث يقحم نفسه من الخارج في شأن من شؤون الطرفين[4]فهو يفسر صفة الخارجية بوجوب انقطاع الصلة المادية بين الحادث الذي وقع وبين الضرر الذي نجم الضرر عنه وتطلب هذا

[1]أمر رقم58/75 الساف الذكر.

[2]خالد كمال عكاشة ،دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،طبعة اولى ،2014 ،ص116..

[3]رشا على محي الدين،سلطة المحكم في إعادة التوزان المالي للعقد ،المؤتمر العالمي السنوي الثالث عشر ،كلية الحقوق ،جامعة المنصورة مصر 1-2 أفريل2009 ص74

[4]أحمد سمير محمد ياسين الصوفي ،دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية ،دراسة مقارنة ،دار الكتب القانونية ،دار شتات للنشر ،مصر ،الإمارات 2016 ،ص66.

الشرط لتطبيق أحكام القوة القاهرة، يعد أمرا منطقيا، لأنه من غير المنطقي أن يستفيد المدين من تغيير ظروف العقد، لتعديل أحام العقد[1] 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 و وافق عليه أو كان له يد في حدوثها نتيجة لتقصيره أو إهماله، فليس له أن يدفع بها كقوة القاهرة، حتى و إن أدى ذلك إلى حماية الخصم لمركزه القانوني، أو تنفيذه للأعباء و الواجبات الإجرائية الملقاة على عاتقه إذ لا يجوز إهدار القواعد الإجرائية مواعيدها الحتمية بل أنه لا يجوز إهدار قواعد القانون عامة بسبب إهمال الخصوم وتقصيرهم.[2]

ثانيا: أن يكون الحدث غير متوقع أثناء إبرام العقد

تشكل القوة القاهرة حدثا أو مجموعة الأحداث الغير متوقعة وغير متوقعة قابلة للمقاومة ،وهي تحدث بفعل مستقل عن من يتذرع بع ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه ويترتب على حدوثها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك[3] فيجب أن يتسم الحدث المشكل للقوة القاهرة بعدم إمكان التوقع فإذا أمكن ذلك ولو استحال دفعها فلا تصدق حالة القوة القاهرة أي بمعنى أن هذا الحادث يكون من النوع الذي يعد غير متوقع لافي فترة زمنية ولا في مكان محدد[4] واستبعاد كافة الظروف والأحداث الوشيكة أو المحتملة والمتصورة الوقوع[5] من دائرة القوة القاهرة.

– كما أن الفاصل الدقيق بين توقع الحادث أو عدم توقعه يمثل الفاصل بين وصف الحادث بأنه أجنبي أو أنه غير ذلك فهذا الشرط يعني استبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم الفرد وإدراكه وتوقعه العقلي من دائرة الأسباب الأجنبية فتوقع الحادث أو عدم توقعه ،إذا طان يتوقعه، و عدم قدرته على ذلك إذا أخذ بوقوعه على غرة إذا لم يمن يتوقعه ،كما يؤكد قضاء التحكيم بدروة على ضرورة توافر شروط عدم التوقع في الحدث المشل للقوة القاهرة ففهي القضية رقم(**2139**) لسنة**1974** عرفت

[1] خالد كمال ،المرجع السابق ،ص119.

[2] ياسر باسم دنون ،القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية ،مجلة الرافدين للحقوق ،العدد(36) ،جامعة الموصل ،العراق2008 ،ص66.

[3] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ،ص120.

[4] أحمد سمير محمد ياسين الصوفي ،المرجع السابق ،ص45.

6صفاء تقي عبد النور عيساوي ،القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية ،(دراسة مقارنة) ،أطروحة دكتوراه ،جامعة الموصل ،مجلس كلية القانون العراق،2005 ،ص23.

هيئة التحكيم حادث القوة القاهرة بأنه(يعتبر القوة القاهرة بالمعنى الضيق الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع بمعنى أنه في لحظة وقوعه لا يوجد أي سبب خاص يجعلنا نعتقد أنه قد وقع).[1]

ثالثا: استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية

يشترط لتحقق القوة القاهرة وانقضاء التزام المدين كنتيجة لها ،أن يطرأ ما يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا استحالة المطلقة أن يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه أو يتمتع عما يجب 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 يترتب على وقوع هذا الحدث ،أي تكون الواقعة مستعصية على الخصم ولا يكون بإمكانه دفع وقوعها أو تلاقيها والتغلب على نتائجها بعد وقوعها ولو يبذل 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 للجزائيات المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير أو إعفاء المتعاقد من المسؤولية ،ولا يقتصر أثر القوة القاهرة على إعفاء المدين من تنفيذ التزاماته، و إنما يمتد أثرها أيضا إلى فسخ العقد بحكم القانون، أي للقوة القاهرة أثرا مزودا فهي من ناحية تؤثر على مسؤولية المدين باستبعادها ومن ناحية أخرة تؤثر على العقد بانفساخه ولهذا فإن القوة القاهرة تعد سببا لفسخ العقد وإنهائه لا سببا للحفاظ عليه وبقائه.[3]

<u>الفرع الثالث</u>: تقليل مخاطر حالة القوة القاهرة باللجوء لشرط إعادة التفاوض:

إن ما يميز النظام القانوني للقوة القاهرة بمفهومها الحديث هو أنه يوفر لطرفي عقد الاستثمار الدولي إمكانية تعليق التنفيذ خلال الفترة التي يبدو فيها هذا التنفيذ مستحيلا بصفة مؤقتة ،وهذه القاعدة توجب على الأطراف التصرف بجدية وبحسن نية للحفاظ على العقد وبقائه مدة أطور من أجل مواصلة تنفيذ التزاماتهم و تحقيق النتائج التي تم من أجلها التعاقد.

---

[1] غسان علي ،استثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها ،رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس مصر,2000 ،ص204.

[2] ياسر دنون ،المرجع السابق ،ص65.

[3] خالد كمال عكاشة ،المرجع السابق ،ص122.

– لكن بعد استئناف الوقف وسريان العقد فإنه في حالة القوة القاهرة سوف يتم تنفيذ الالتزامات كما تم الاتفاق عليها عند إبرام العقد ونجد معظم الأحيان هذه القوة القاهرة قد تسبب مخاطر تؤدي لاختلال التزامات العقد، وهذا ما يؤدي للأطراف لإدراج شرط إعادة التفاوض مع شرط القوة القاهرة، فهذا الأخير يتم من خلاله تعريف الأحداث [1]

– إن عقود استثمار الدولية مبدأ القوة الملزمة للعقد أكثر مرونة وموضوعية فهذه النتائج تفرض على كل من يستثمر والدولة البحث عن الحلول جديدة تلازم ظروف عقد الاستثمار الدولي من أجل إعادة التوازن إليه عند حدوث الاختلال من خلال اتفاق الأطراف على الأخذ بشرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض عملا لمبدأ حرية سلطان الإرادة في التعاقد حيث يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدين لإعادة التوازن للعقد عند حدوث لاختلال في التنفيذ الالتزامات، وذلك لضمان الحفاظ والبقاء على العقد بينهم لذلك يلجئون لاقتران الشرطين معا وذلك لتسوية خلافات العقدية من خلال اتفاقهم على إعادة النظر في المنازعات العقدية المحتملة من الوقوع بسبب القوة القاهرة ويقصدوا الطرفين من ذلك امتلاك وسائل حماية كافية لضمان حقوقهم عند احتمال تعرض توازن العقد للخطر.

– و بشكل عام يمكن تشخيص أنواع متعددة من الشروط التي اقترن فيها شرط إعادة التفاوض القوة بالقاهرة، و التي تختلف في صرامتها تبعا لطبيعة العقدية وما تطلبه من مرونة يهدف منها الحفاظ على الرابطة العقدية مستمرة للمتعاقدين في عقود الاستثمار الدولية.[2]

– تتجلى مظاهر الاقتراب بين كل شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة من حيث شروط الواجب توفرها في الحدث المؤدي لإعمال لكل منهما عند تغير ظروف تنفيذ عقد الاستثمار الدولي وكذلك من حيث الآثار الي يرتبها كل شرط عند أعماله في ظل التوازن، فشرط إعادة التفاوض يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد وكذلك الحال في القوة القاهرة، لكن تتجسد مظاهر الاختلاف من حيث أن شرط أداة التفاوض يهدف إلى تعديل التزامات العقد بعد الفترة التي تعقب الوقف، في حين يعقب الوقف في إعمال شرط القوة القاهرة التنفيذ بنفس الشرط كما يظهر الاختلاف من حيث أن شرط إعادة التفاوض لا يطبق

[1] ياسر دانون ,المرجع السابق,ص66

[2] بوخالفة عبد الكريم ،المرجع السابق ص101

بشكل آلي[1]، ونتيجة لذلك فإن القوة القاهرة و إعادة التفاوض مفهومان يجيبان عن نوعين من الانشغالات في غياب احتمال الخلط بينهما إذ أن التقارب بين هذين المفهومين كان بسبب اعتمادهما على مفهوم التنفيذ العقلاني والذي يعتمد أساسا على مبدأ التعاون بين الأطراف.[2]

– لكن أن يعمل شرط إعادة التفاوض إلى جانب شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولي فعندما تقع أحداث معينة تكون كقوة قاهرة تؤدي إلى اختلال توازن العلاقة العقدية على نحو يؤدي إلى إلحاق ضرر بأحد يعتبر استحالة مؤقتة يؤدي إلى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين إلى التزامه التعاقدية حسب ما تم الاتفاق عليه ، ففي هذه الحالة يلجئون الأطراف إلى إعمال شرط إعادة التفاوض وذلك لإعادة التوازن للعقد وذلك من أجل مراجعة العقد عن طريق تعديل التزاماته أطرافه من أجل الخروج بحل كفيل يتجاوز الصعوبات التي أدت إلى اختلال توازن العقد، وذلك من خلال أحد الطرق إما بوقف الأطراف لتنفيذ التزاماتها مدة معينة من الوقت، أو بتغير الالتزامات و ذلك عن طريق إضافة أو حذف التزام حتى يكون التنفيذ مفيدا بعد اتفاق الأطراف على ذلك ،لتحقيق مصالحهم ففي هذه الحالة يجب عليهم أن يأخذوا في اعتبارهم مراعاة مصلحة المستثمر الذي تأثر التزامه بوقوع حدث القوة القاهرة وأدى إلى إلحاق خطرا بالتزاماته التعاقدية، و مصلحة المستثمر الذي تأثر بعدم تنفيذ العقد فالمستثمر المتضرر لالتزاماته وهذا ما يؤدي إلى منع الاستحالة المؤقتة التي طرأت والتي كان سببها الحدث الذي يعتبر كقوة قاهرة وذلك للحفاظ على العقد وتحقيق مصلحة الطرفين.[3]

ثانيا: تقليل شرط إعادة التفاوض من مخاطر القوة القاهرة : فشرط إعادة التفاوض له دورا علاجي في عقود الاستثمار الدولية يمكن أن يعمل على إعادة التوازن للعقد في ظل القوة القاهرة من خلال التقليل من المخاطر و توزيع تبعاتها والتي كانت سببها القوة القاهرة عن طريق مراجعة التزامات العقد، فهذه الأخيرة حتما ستؤدي إلى تذليل الكثير من العقبات ودفن الضرر الذي لحق بالعقد والمستثمرين حيث وقع وبذلك يستطيع المستثمر تنفيذ التزاماته في ظروفا ووقتا مناسب ،كما من شأن هذه المراجعة أن تفسح المجال أمام خلق بيئة مناسبة لأعمال عقد الاستثمار عند زوال القوة القاهرة ،فشرط إعادة التفاوض

[1]عبد الخالق الجحماني ،ضمان التوازن الإقتصادي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي ،رسالة دكتوراه ،جامعة محمد ألول ،وجدة ،كلية العلوم الإقتصادية والإجتماعية ،2013.

2شريف غنام ،اثر تغيير الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية وأكاديمية شرطة دبي ,طبعة 1931ه/2010م ،ص324.

[3]شريف غنام ،المرجع السابق ،ص325.

في هذه الحالة يعد كآلية لتفعيل العقد، لأنه في هذه الحالة يكون جزء من العقد قد تم تنفيذه قبل وقوع القوة القاهرة ويكون من الأفضل للمستثمرين إكماله لا إنهائه وبهذا تتحقق النتائج المرجوة من العقد.

– وتتخذ الشروط التي اتفق فيها الأطراف على إعادة التفاوض في العقد في ظل القوة القاهرة صورا عديدة ونذكر منها الشرط التالي : في حالة استطاعة أي طرف من الأطراف هذا العقد أداء التزامه باستثناء الالتزامات الواردة يدخل الأطراف في مناقشات بهدف تعديل شروط العقد لتمكين من أداء أي من هذه الالتزامات بشكل معقول.[1]

– فارتباط شرط إعادة التفاوض بالقوة القاهرة قرب من واقع ظروف العقد انسجاما مع حاجة معاملات الاستثمار الدولية وهذا الوضع الجديد كان محصلة قواعد اتفاقية صريحة يهدف منها المتعاقدين التخفيف من تشديد الموقف التقليدي للقوة القاهرة وهذا التقارب فرضته طبيعة عقود الاستثمار الدولية وكثرت المتغيرات التي أصبح يشهدها العصر فنحن صرنا في عصر المتغيرات عن طريق إرادة الدولة والمستثمر في مجال إعداد الشروط التعاقدية ومن أهمها شرط إعادة التفاوض على المتغيرات التي طرأت على العقد ويعد هذا الشرط شرطا اتفـاقيا [2]

[1] شريف غنام ،المرجع نفسه ،ص364

[2] عبد الكريم بوخالفة المرجع السابق , ص106

ملخـــص الفـــــصل:

عقــود الاستثمار من العقود البالغة الاهمية بالنسبة للدول نظرا لارتباطهما بخطط التنمية الاقتصادية لها مما يجعل هذه الدول لا تقبل بسهولة إخضاع العقد لقانون غير قانونها كمظهر من مظاهر السيادة و نظرا لتفاوت مراكز الاطراف في هذا العقد الشيء الذي يدفع بالمستثمر البحث عن ضمانات تحمي استثماره في الدول المضيفة مما يدفع بهذه الأخيرة التراجع عن فكرة تطبيق قانونها الوطني على عقد الاستثمار على اراضيها ومن بين هذه الضمــانات وضع شروط في العقد مثل شرط الثبات التشريعي وكذا إعادة التوازن المالي للعقد من خلال شرط إعادة التفاوض في الظروف الطارئة أو القوة القاهرة, هذه الشروط تبعث الطمأنينة في المستثمر الأجنبي لحماية استثماره غير ان خــضوع عقد الاستثمار لقانون الدولة ليس مطلقا فهو في حالة تخلف إرادة الأطراف ،غير انه في حالة اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فهنا يلجؤون إلى وسائل أخرى لفك المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار وهذا ما سنستعرضه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

تحديد الوسيلة المعتمدة لفك منازعات عقود الاستثمار بإرادة الطرفين

المبحث الأول: الطرق الودية والقضائية لحل منازعات عقود الاستثمار

نعتبر أن الوسائل الودية تكون مرحلة تسبق اللجوء إلى القضاء وهي ما تسمى بالوسائل البديلة لحل المنازعات ويقصد بها الاليات والاساليب التي تلجأ لها الأطراف لحل المنازعة بالاتفاق دون التعرض للقضاء فهذا الأخير يعتبر الوسيلة الاصلية لحل المنازعات وقد ظهرت الوسائل البديلة عنه تلبية لحاجات العصر وذلك لتخفيف الضغط عن المحاكم وكذا كانت وسيلة فعالة في بتر الخلافات لما لها من سعة واختصار الوقت وهذا ما نتطرق له في الطرق الودية(الوساطة والتوفيق) في المطلب الأول والاختصاص القضائي في المطلب الثاني

المطلب الأول: الطرق الودية(الوساطة والتوفيق)

وندرس في هذا المطلب فرعين هما الوساطة الفرع الاول والتوفيق الفرع الثاني:

الفرع الأول: الوساطة

لم يعرف المشرع الجزائري الوساطة كطريق بديل لفض المنازعات، في القانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة، وإنما اكتفى بوضع آليات ممارستها من خلال النص عن كيفية تنظيمها وفق للمواد **944**إلى**1005** من القانون سالف الذكر.[1]

أولا: الوساطة (ماهية و اصطلاحا)

1- ماهية الوساطة: تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه النظام، فهو الطريق البديلة، فهي المحرك و السبيل لإيجاد حل توافقي بين المتنازعين وأصبحت تبدو الواجهة أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة إذا يكون القرار فيها من صنع الأطراف، و يقتصر دور الوسيط في المساعدة على تحديد المنازعات وإزالة العقبات و تقريب وجهات النظر.

2- تعريف الوساطة اصطلاحا: إن حداثة نظام الوساطة في الانظمة القانونية المختلفة جعل مفهوم الوساطة غامضا لدى المعنيين بحقل القانون.

[1] قانون رقم 09/08المؤرخ في 2008/02/25 الجريدة الرسمية العدد21 الصادرة في2008/04/23.

– تعتبر الوساطة إحدى الطرق الفعالة لفض المنازعات بين الاشخاص بعيدا عن عملية التقاضي وذلك من خلال إجراءات سرية وسريعة تقوم على محاولة تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة من خلال استخدام فنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية لفض المنازعات تكون مرضية لجميع الأطراف حيث يساهم كل من رفقاء الأطراف المتنازعة بالوصول إلى هذه التسوية.

– وعلى ضوء ما تقدم يمكن تعريف الوساطة بانها "عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة الأطراف المتنازعة للتوصل على حل المنازعات القائمة بينهم وذلك من خلال إتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي المنازعات تحت غطاء من السرية[1]

ثانيا: أنواع الوساطة وخصائصها:

تقوم الوساطة على إيجاد حلول ودية للمنازعات خارج دائرة القضاء، كما سبق الإشارة إليه غير أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص على الوساطة القضائية فقط، في حين أخذت التشريعات أنواع أخرى من الوساطة منها الاتفاقية وأخرى خاصة.

وتمتاز الوساطة بعدة مزايا تنغمس آثارها على الأطراف المتنازعة بشكل خاص وعلى الجهات القضائية بشكل عام.

1-أنواع الوساطة:

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على الوساطة القضائية على اختلاف التشريعات التي أخذت بالوساطة فلقد عرفت أنواعا أخرى نذكر منها ما يلي:

أ- الوساطة القضائية:

أخذت معظم التشريعات التي تعمل بالوساطة كحل بديل للمنازعات كالقانون الأمريكي والفرنسي وعربيا أخذ بها القانون الأردني، و تتم هذه الوساطة وفقا لهذا التشريع أمام جهات قضائية عبر قضاة

1سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ,2014/2013 ،الجزائرص41

الصلح والبداية يتم اختيارهم من قبل رئيس محكمة البداية(أي المحكمة الابتدائية) ويكفلون بهذه المهمة ويطلق عليها قضاة الوساطة.[1]

ب- الوساطة الخاصة:

فيما تدرجها أغلب التشريعات تحت اسم الوساطة الخاصة[2] و هذا النوع من الوساطة يتم من خلال أشخاص خارجين عن مرفق القضاء يملكون الخبرة اللازمة و يتمتعون بالخبرة و النزاهة يتم وهي الوساطة المعمول بها التشريعات والتشريع السوداني تحت اسم الوساطة القضائية يتم تنصيبهم من طرف القضاة في المنازعات المطروحة أمام القضاء وفقا للقائمة المعتمدة مسبقا على مستوى كل مجلس قضائي.

ج- الوساطة الاتفاقية:

أخذت بهذا النوع من الوساطة معظم التشريعات، فهي تقوم اختيار الوسيط من قبل الأطراف في هذا النوع من الوساطة، حيث يتفقون على تعيين وسيط معين يملك الكفاءة لحل.[3]

2-خصائص الوساطة:

أ- خاصية السرية:

تطبيقا لأحكام المادة**1005** من 08/09،[4]يجب على الوسيط الالتزام بحفظ السر إزاء الغير فإجراءات الوساطة تمتاز بالسرية وهي تشكل ضمانة هامة للوساطة فتظهر فائدة السرية كضمان لتشجيع الأطراف على التواصل والحوار في المفاوضات بحرية تامة، و تقديم كل التنازلات دون أن تكون حجية أمام أية جهة.

ب-خاصية السرعة واختصار الوقت:

باتت السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث و لا شك أن العدالة البطيئة هي إنكار العدالة لذلك نجد أن عملية الوساطة تخدم، و بشكل كبير هذا الاتجاه، اي بسرعة الفصل في المنازعات، ويظهر من خلال المشرع للمدة التي تنجز في طرفها الوساطة.

---

[1] سوالم سفيان، نفس المرجع ، ص42

[2] تنص المادة 2/2 من القانون الوساطة الأردني رقم 65 لسنة2017 على :" الوساطة الخاصة وتتم من خلال القضاة المتقاعدين والمحاميين و المهنيين المشهود لهم بالحيدة والنزاهة يسميهم رئيس المجلس "القضائي بتنسيب من وزير العدل، ويطلق عليهم إسم –وسطاء خصوصيون– www.mojgov.jo. تم الاطلاع عليه يوم2019/05/14

[3] سفيان سوالم ،المرجع السابق، ص42

[4] تنص المادة1005 من القانون رقم09/08 يتضمن السالف الذكر على أنه (يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير).

– وقد ذهب المشرع الأردني إلى أبعد من ذلك إذ حدد المدة التي تقيد الأطراف لتزويد الوسيط بالوثائق المتعلقة بالمنازعات ابتداء من تاريخ إحالته للوساطة كل ذلك لأجل ضمان سرعة حل المنازعات لأن التأخير في الحسم يضر بحقوق المتنازعين ويفوت عليهم فرصا قد تعوض خاصة في المجال التجاري لا سيما إذا لم تحسم منازعتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه التغيرات الاقتصادية ونجد ايضا المشرع الجزائري نص على السرعة في الوساطة بنص 996 من قانون الاجراءات المدنية.[1]

ج–خاصية حرية الانسحاب والرجوع للتقاضي

يمكن للأطراف المتنازعة في أي وقت الانسحاب من الوساطة والرجوع إلى التقاضي عند توافق الإرادات فعلى الوسيط أن يبذل جهدا للوصول إلى حل المنازعات كليا أو جزئيا فرغم كل هذا لا يستطيع أن يلزم الأطراف على تسوية المنازعات عن طريق الوساطة.

د–خاصية التقييم:

تتحلى مهارة الوسيط من خلال التعامل مع الأطراف كل على حدى لإبداء رأيه الخاص في القضية بأسلوب مقنع أو فهم القضية من كل الأطراف و إدراك أسباب قيام المنازعات ليجمع بين مفهومي الطرفي وسعي من خلال هذه المهام إلى إيجاد نقاط التوافق و نقاط التنافر التي تمكنه من جميع الطرفين في النقاط التوافق للتفاوض والمناقشة حول نقاط التنافر.[2]

<u>الفرع الثاني</u>: التوفيق

تنقسم الوسائل الودية إلى أقسام متعددة، تختلف انطلاقا على أساس التقسيم، و لعل أبرز تقسيم لها من حيث درجة التدخل من طرف شخص ثالث في النزاع و انطلاقا من ذلك تعددت الوسائل من وساطة وتوفيق وغيرها.

– وهذا الأخير هو محل دراستنا في هذا الصدد، و لهذا سوف نتناول تعريفه وأهم الخصائص التي يتميز بها المرفق بالإضافة إلى أنواعه وهذا ما سنستدرجه على التوالي.

1سوالم سفيان ،المرجع السابق ،ص45

[2]ديريدي شنيتي ،الوساطة القضائية شرح ومقارنة في ضوء ق.إ.م.إ .رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 لـ27 فبراير 2008 ،الجزائر ص.91.

أولا: مفهوم التوفيق: نتطرق للتوفيق من حيث تعريفه وخصائصه وانواعه.

1- تعريف التوفيق: يعرف التوفيق بأنه أسلوب أو إدراء يرمي إلى تقريب بين وجهات النظر المتعارضة ، بقصد الوصول إلى حل وسط بين الأطراف وذلك عن طريق طرف ثالث يتميز بالحيادية و الاستقلالية.[1]

- و يقصد بالتوفيق أيضا: اتفاق طرفي المنازعة على اختيار شخص معين يدعي(الموفق) يعمل على تقريب وجهات النظر بين طرفي المنازعات، و تبدى الاقتراحات التي تهدف إلى وضع حل يرضي الطرفين ،وهذا التقرير ليس إلزامي للطرفين.

- كما يجب أن يتضمن الاتفاق على التوفيق اسم الموفق، و وصفا المنازعات، و لمطالب الطرفين و في حالة ما إذا نجحت الإجراءات التوفيق يجب إثبات اتفاق التسوية في محضر التوفيق موقعا من الطرفين ،ومن الموفق.[2]

2- خصائص ومميزات الموفق والتوفيق

إن مثول الأطراف كطرف محايد من اختيارهم، بغرض تسوية منازعاتهم، يقابله تمتع هذا الموفق بصفات ومميزات، تجعل منه جهة ثقة وضمان للأطراف لتحقيق العدالة و عدم الانحياز لطرف على حساب الطرف الآخر.

- حيث يسعى الموقف دائما أثناء إجراءات التوفيق، باتفاق مسبقا مع الأطراف إلى عرض أفضل الأوجه التوفيق بينهم، ثم يبدأ التوفيق بين وجهات النظر المختلفة، أو بين المواقف المتعارضة.

- الموقف على خلاف المحكم أ القاضي فهولا يفصل في المنازعات المطروح أمامه، بل يساعده و يعاونه طرف العقد في التوصل إلى تسوية ودية المنازعات، و يتم ذلك باقتراح حلول معينة، يتم الاتفاق عليها مع الأطراف المتخاصمة، و بالتالي فإن عملية التوفيق تعتبر عملية غير خصاميه.[3]

---

[1] عبد الحميد عثمان الحنفي ،التحكيم في منازعات العمل الجماعية ،نطاق تطبيقه ودوره المنشئ ،مطبوعات الجامعية الكويت، الطبعة الأولى،1995 ،ص39

2مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الأولى، سوريا ، 2010,ص412.

3حسن علي كاظم ،الوسائل البديلة لحل النزاع وأثرها على التجارة الدولية, المؤتمر القانوني الوطني العاشر,2013 ،ص96

– كما أن المركز لا يسمح باللجوء إلى التحكيم، إلا بعد فضل عملية التوفيق بين المتخاصمين حيث يهدف التوفيق إلى تسوية الخلاف وديا بين الأطراف المتنازعة، و ذلك باختيار طرف محايد(الموفق) للقيام بتقريب وجهات النظر بين المتنازعين بغية الوصول إلى حل ودي بين الأطراف.

– إما يصدر عن الموقف لا يرقى إلى مرتبة الأحكام، أو القرارات الملزمة، و هي بطبيعة الحال غير ملزمة للطرفين إلا بعد قبولها والتوقيع عليها.

– أما فيما يخص خصائص التوفيق بعدة خصائص جعلت الالتجاء إليه أمر سهل، بدل الركود إلى التحكيم ومن أهم مميزاته:

أ– يجنب الأطراف المنازعات إجراءات التقاضي المعقدة ، والتكاليف الباهضة، فالمرفق يصل إلى حل في مدة قصيرة مقارنة بالقضاء التي تطول حباله.

ب– الحل الذي يصل إليه الموفق غالبا ما يكون حل نهائي، و يتم بالتوقيع عليه من طرف الأطراف المتنازعة، و بالتالي يصبح هذا الاتفاق ملزم من طرف الأطراف، و واجب التنفيذ، و عليه لا يمكن للأطراف اللجوء إلى القضاء للطعن في وثيقة التسوية.[1]

ج– المرونة: حيث يتميز التوفيق بمرونة إجراءاته إلى جانب بساطتها، و البعد عن الشكليات المعقدة عكس إجراءات التقاضي أمام المحاكم.

د– يعتبر وسيلة ودية لتسوية المنازعات التي تثور عن عقود الاستثمار الدولية بين الطرفين التي ينجم عنها مشاكل تحول دون إتمام تنفيذها أو استمرا ريتها.

هـ – التوفيق يؤدي إلى تحقيق عادلة حقيقة تلبي رغبات الأطراف بمشاركة فعالة منهم وبالتالي فهو اختصار الوقت والجهد.

و – يعتبر وسيلة ذات طابع اختياري، لأنه يقوم على إدارة الطرفين دائما، و رغبتهم في الالتجاء إلى التوفيق من عدمه.

ثالثا: أنواع التوفيق:

ينقسم التوفيق وفقا لإجراءاته بين نمطين أساسين وهما التوفيق الخاص والتوفيق المؤسساتي:

1 – التوفيق الخاص: فهو ببساطة عملية يتم تنظيميها، و إدارتها وفقا لما يحدده الأطراف أنفسهم دون أية مساعدة من طرف مؤسسة أخرى.

[1] أبو بكر المسيب ،مرجع سابق ،ص01.

ويعتبر قواعد التوفيق المعتمدة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(اليونس ترال) عام**1980**، استكمالا لقواعد التحكيم النموذجية لعام **1976** خير مثال على قواعد التوفيق الخاص.[1]

2 – التوفيق المؤسساتي:

فهو ذلك التوفيق الذي يتم تنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة وهي غالبا ما تكون مراكز أو مؤسسات تحكيمية ،و خير دليل على ذلك قواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.[2]

– وكذلك قواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة، و المصالحة التابعة لمركز القاهرة، الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، كما توجد أنواع أخرى كالتوفيق القضائي:

– وهو التوفيق الذي يتم بواسطة القاضي نفسه، أو بناء على طلب الخصوم، بمناسبة المنازعات معروض على القضاء، و من ثمة فهو يسمى توفيقا قضائيا.[3]

3 – التوفيق غير القضائي

و هو ما يعرف وهو ذلك التوفيق الذي يتم بعيد عن مجلس القضاء، و إشرافه ولا يكون للقاضي أي دور في أية مرحلة، و يتم اختيار الموقف بواسطة الأطراف.[4]

4 – التوفيق الاختياري:

أي يتم بالإرادة الحرة للطرفين على اللجوء إلى سبل الودية عند نشوء المنازعات في المستقبل، و بالتالي لا يحق لأحد الطرفين العدول عن ذلك وبالاتجاه إلى المسارات القضائي، أو التحكيمية، دون موافقة الطرف الآخر، بمعنى أنه يتم بعيدا عن إشراف ورقابة القضاء.[5]

5 – التوفيق الإجباري: و هو ذلك التوفيق المفروض والمجبر من طرف بعض المنازعات التي تستلزم طبيعتها ذلك حيث يفرض اللجوء إلى التوفيق أولا قبل محاولة حله بوسيلة أخرى.

---

[1] مرتضى جمعة عاشور ،مرجع سابق ،ص414

[2] أنظر المواد من 28 إلى 35 من اتفاقية روما 1980

3 أزاد شكور صالح ،المرجع السابق ، ص353.

[4] مصطفى المتولي قنديل ،دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،مصر 2005 ،ص116-117.

[5] محمد احمد عبد المنعم /مدى آلية التوفيق الإجباري بحق التقاضي ،دراسة انتقالية مقارنة ،دار النهضة العربية القاهرة, مصر،2006 ،ص32.

– وتجدر الإشارة إلى ان التوفيق يمكن أن يتم بواسطة هيئة حكومية مختصة أو محكمة حيث تلزم تشريعات بعض الدول، و تؤكد على ضرورة الالتجاء إلى التوفيق قبل التقاضي.[1]

– إن إدارة طرفي المنازعات هي الأساس المعتمد في حل نزاعاتهم عن طريق التوفيق، بمعنى إرادي الطرفين في إيجاد حل لنزاعاتهم خارج القضاء.

ثانيا: عملية التوفيق و إجراءاتها:

– قبل البدء في عملية التوفيق على الموقف القيام بعدة إجراءات من أجل إتمام عمله على أكمل وجه(إتمام عملية التوفيق)، و هذه العملية لا تتم على مرحلة واحدة، بل تتخذ عدة خطوات لإتمامها وسندرس ذلك كالاتي

1-إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التوفيق كوسيلة لتسوية منازعاتهم الاستثمارية

تتمثل المرحلة الأولى من عملية التوفيق أطراف على تسوية ما قد يثور من المنازعات، عن طريق التوفيق ويكون ذلك بإبداء احد أطراف وعادة ما يكون المضرور، أو كلاهما إلى اللجوء التوفيق كوسيلة ودية لحل منازعاتهم، و يكون ذلك في شكل طلب يقدم إلى الطرف الآخر، و في أغلب الأحيان ما تجري التسوية الودية بناء على طلب من أحد الطرفين قبل نشوب المنازعات، و لكن توجد حالات عديدة تجري فيها التسوية، نتيجة لاتفاق بين الطرفين قبل نشوب المنازعات، أو بناء على دعوى من مركز أو غرفة التحكيم،2 و هذا ما أكدته المادة الثامنة و العشرون 28 من اتفاقية واشنطن عام 1965، الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول، و رعايا الدول الأخرى، و التي تنص على: "أي دول متعاقدة أو أي مواطن بدولة متعاقدة، ترغب في إقامة إجراءات التوفيق، تقديم طلب كتابي في هذا الخصوص إلى السكرتير العام، الذي يرسل نسخة من الطلب إلى الطلب الآخر المنازعات ".[3]

1محمد أبو العينين ، دور مركز القاهرة في حسم منازعان التجارة والاستثمار عن طريق التفاوض والمصالح ، بحث مقدم إلى ندوة التفاوض والوساطة في عقود التجارة والاستثمار التي ينظمها مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ،2001/07/10 ،ص07.

أزاد شكور صالح ،مرجع سابق ،ص355.

[3]المادة28 من اتفاقية واشنطن عام 1965 السالفة الذكر.

– وهذا ما أكدته كذلك الفقرة الأولى من المادة الثانية(2) من قواعد الأونسيترال للتوفيق الصادرة سنة**1980**، و التي تنص على : يرسل الطرف المبادر بالتوفيق إلى الطرف الآخر دعوة مكتوبة إلى التوفيق في إطار هذه القواعد يحدد فيها بإيجار موضوع المنازعات ".[1]

2-إجراءات التوفيق(سير عملية التوفيق)

بعدما يتم اختيار الموقف أو هيئة التوفيق تبدأ إجراءاته بواسطة الموقف المختار من طرف الأطراف المتنازعة، وفق تقديره الخاص معتمدا على مبادئ العدل، و إنصاف، و الحيدة وتعتبر هذه المرحلة الثالثة في عملية التوفيق.

– و المقصود هنا بإجراءات التوفيق هي مجموعة الأعمال الإجرائية المتواصلة التي تهدف لتسوية المنازعات بطريقة وجيهة، و الفصل فيها وتتم هذه الإجراءات من خلال ما يعرف بالمساعي الحميدة وهي بعيدة كل البعد عن فكرة الخصومة في المنازعات.[2]

3-انتهاء الموقف من مهمته:

تعتبر المرحلة الرابعة والأخيرة من عملية التوفيق وهي لا تخرج عن إحدى الحالات التالية إما النجاح والتوصل إلى حل اتفاقي لتسوية المنازعات برضى الطرفين أو فصل الموقف في مهمته أو رغبة أحد الطرفي المنازعات في عدم الاستمرار في إجراءات التوفيق.

أ- التوصل إلى اتفاق توفيقي لتسوية المنازعات:

حيث في حالة ما نجح الموقف في إيجاد حل توفيقي يرضي الطرفين فإنه يتم بموجبه تحرير محضر موقع منهم، و من الشخص المختار للتوفيق بينهم، و هذا ما نصت عليه المادة **2/13** وكذلك المادة **14** من قواعد توفيق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الاونسيترال لعام**1980**.[3]

وبمجرد توقيع الطرفين على الاتفاق يصبح ملزما لهما و واجب التنفيذ، و هذا ما نصت عليها المادة **3/13** من قواعد الانسيترال للتوفيق لعام1980 يقولها: "بالتوقيع على اتفاق التسوية ينهي الطرفان المنازعات و يصبحان ملزمين بذلك الاتفاق".[1]

---

[1] المادة1/2 من قواعد الأنسيترال للتوفيق الصادرة سنة1980.

[2] إزاد شكور صالح ،مرجع سابق ،ص366.

[3] إزاد شكور صالح ، نفسمرجع ،ص371.

– كما نص القانون النموذجي للانسيترال للتوفيق التجاري الدولة لعام2002 إلى نفس المعنى وذلك من خلال نص المادة 14 منه بقولها: "إذا أبرم الطرفان اتفاقا يستوى المنازعات، كذلك الاتفاق ملزما وواجب النفاذ،...يجوز للدولة المشرعة أن تدرج وصف للطريقة التي تنفذ بموجبها، اتفاقات التسوية أو تشير إلى الأحكام التي تنظم ذلك النفاذ".[2]

– وهذا ما أكدته المادة 2/34 من اتفاقية واشنطن لسنة1965 بقولها: "وصل الطرفان إلى اتفاق تقوم اللجنة بتحرير محضرا تثبت فيه عناصر المنازعات، و تثبت فيه كذلك الاتفاق الذي وصل إليه الطرفان.

– كما يؤكد نجاح سير إجراءات التوفيق شخصية الموفق الحيادية، و بدرجة أساسية على روح التعاون الصادق و الجدية من الأطراف للوصول إلى تسوية المنازعات بطريقة ودية".[3]

ب–فضل الموفق في التوصل إلى حل يرضي أطراف المنازعات

– عندما يقتنع الموفق و يصل إلى درجة قناعته التامة بعجزه، و بأن وجهات النظر بين الأطراف متباينة إلى درجة يصعب التقريب بينهما، و مع استحالة الوصول إلى نقطة الالتقاء بينهما، فإنه من الأفضل عدم الاستمرار في تلك المحاولة ، طالما أن الوصول إلى النتيجة أصبح شبه مستحيل أو بعيد المنال، مما يدفع إلى الاستسلام، وتقدير بعدم نجاحه في مهمته، و كذلك إصدار قرار بفضل عملية التوفيق، و انتهاء إجراءاته، و ذلك طبقا لنص المادة34 من اتفاقية المركز لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن لعام **1965**، و الفقرة (ب) من المادة 15 من قواعد الأنسيترال للتوفيق لعام**1980**، وكذلك الفقرة(ب) من المادة 11 من القانون النموذجي للأنسترال للتوفيق التجاري الدولي لعام**2002**.

– و تجدر الإشارة إلى أن الموفق يمكنه إنهاء إجراءات التوفيق في حالة غياب أحد الطرفين أو لم يشترك في الإجراءات و هذا ما أكدته المادة **34** من اتفاقية واشنطن لسنة **1965** بنصها على: "إذ وصل الطرفان...ولم يتبين للجنة في مرحلة من مراحل الإجراءات بأنه ليس هناك احتمال لاتفاق بين الطرفين، تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات و تعد تقريرا تبين فيه موضوع المنازعات، و تسجل

---

[1] المادة3/13 من قواعد الأونسيترال للتوفيق لعام1980.

[2] المادة14 من القانون النموذجي للأونسترال للتوفيق التجاري الدولي العام2002.

[3] إزاد شكور صالح ،مرجع سابق ،ص373.

فشل الطرفين للوصول إلى اتفاق ، و إذا لم يحضر أحد الطرفين أو لم يشترك في الإجراءات، و تعد تقريرا تثبت فيه عدم حضوره أو عجم اشتراك الطرف.[1]

– وتعتبر إجراءات التوفيق سرية، لا يجوز لأي طرف من الأطراف أو الموقف إفشاؤها، كما لا يجوز للموقف أن يكون محكما أو ممثلا أو محاميا، لأحد طرف المنازعات بعد فشل إجراءات التوفيق إلا باتفاق الأطراف على ذلك لمصلحة أحدهما.

ج–قيام طرفي المنازعات أو أحدهما بإبلاغ الموفق بعدم الرغبة في الاستمرار في إجراءات التوفيق:

عندما يتم لإخطار الموفق من أحد الأطراف المتنازعة في أي مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق برغبته في عدم الاستمرار في الإجراءات أو الانسحاب منها فإن هذا يدفع إلى القضاء على الأمل في إزالة أسباب الخلاف، و المصالحة بين الأطراف، مما يؤدي إلى زيادة الخلاف، و الخصومة بين الأطراف (الطرفين)، و هذا ما أكدته نص المادة **11** الفقرتان(ج) و(د) من قانون الأنسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام **2002** بقولها فقرة(ج) بإصدار الطرفين إعلانا موجها إلى الموفق يفيد إنهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور إعلان أو الفقرة(د) بإصدار أحد الطرفين إعلانا موجهة إلى الطرف الآخر، و الأطراف الأخرى، و إلى الموفق في حالة تعيينه يفيد إنهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.[2]

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي

قد يختار المستثمر في تسوية المنازعة بينه و بين الدولة المضيفة قضاءها الوطني الفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي وفق ما يقرره القانون الوطني والدولي(الفرع الأول)، إلا أنه مع ذلك يمكن سلبه هذا الاختصاص عن طريق النظم والترتيبات الأخرى المتفق عليها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: منح الاختصاص للقضاء الوطني

تعد ممارسة سلطة القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة الداخلية، لذلك تصر الدول النامية على إخضاع جميع ما على إقليمها من أموال عقارية أو منقولة ومن أشخاص وطنيين أو أجانب

[1] المادة34 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

[2] المادة11الفقرة من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام2002.

لمحاكمها وقوانينها، و هذا ما نجده في تشريع الاستثمار الذي جعل من القضاء الوطني كحل تشريعي مبدئي في تسوية منازعات الاستثمار وعلى الأساس يتمتع القضاء الوطني للدولة المضيفة بالاختصاص الأصلي بالفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي على أساس القانون الدولي.

أولا: على أساس القانون

لا تقبل الدولة الطرف في المنازعات، عادة خضوعها لمحاكم دولة أجنبية، سواء أكان قضاء دولة الشخص الأجنبي أم قضاء دولة ثالثة، و تبعا لذلك يكون قضاء الدولة المتعاقدة الطرف في العقد الحل المبدئي الذي يلجأ في حالة نشوب المنازعات [1] و يعزز من مركزه مبدأ عام معترف به حتى في المحافل الدولية يقضي بأن قضاء الدولة المتعاقدة يمثل الجهة بالفصل في جميع المنازعات وتسري ولايته على الأشخاص طبيعية والمعنوية العامة منها والخاصة، ما لم يكن هناك استثناء.

في هذا السياق أشار، المشرع الجزائري في نص المادة24 من قانون الاستثمار على أن القضاء الوطني هو الجهة المختصة بالنظر مبدئيا في منازعات عقود الاستثمار الدولية، و بنى هذا الاختصاص على ضابطين اثنين هما المستثمر الأجنبي(أ) واتخاذ ضده من طرف الدولة الجزائرية(ب).

1 - اختصاص القضاء الوطني المبني على خطأ المستثمر الأجنبي

يجدر بالذكر أنه بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار و ارتباطها بالمصالح الحيوية للدولة المضيفة، تحرص أغلب الدول على إخضاع هذه العقود لقواعد قانونها الوطني و منازعاتها للقضاء الوطني للدولة المستقبلة، ما لم يتفق الأطراف من خلال ذلك و ما يمكن قوله أنه لا نرجع أسباب منازعات التي تثور ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي إلى الأعمال الإرادية التي تقوم بها الدولة ولكن في جميع الأحوال يمكن أن تكون هذه المنازعات راجعة إلى تفادي المستثمر الأجنبي في أعماله وقد يخل بالالتزامات القانونية التي اتفق عليها مع الدولة.[2]

- و على هذا الأساس يرجع الاختصاص التشريعي للدولة المستقبلة و هذا ما نجده في تشريع الاستثمار الجزائري، الذي ورد في نص مادته الرابعة والعشرون من القانون **09/16** المتعلق بتطوير

[1] بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،المرجع السابق ،ص329.

2محمد محمود عبد الله، التحكيم في منازعات الاستثمار ،رسالة الماجيستير في القانون ،كلية الدراسات العليا ،جامعة النيلين السودان2015 ،ص15.

الاستثمار و التي جاء فيها أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة ،.....[1]

2 – الإجراءات التي تتخذها الدولة ضد المستثمر:

تجدر الإشارة إلى انه من أهم الإجراءات التي قد تتخذها الدولة ضد المستثمر الأجنبي إجراء التأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة، و قد تتعدد الأساليب التي تتبعها الدولة في الاستلاء على المصالح المالية الموجودة على إقليمها، إلا أنها تتشابه جميعها في كونها إجراءات تتم بالإدارة المنفردة للدولة وتهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله سواء بالطريق المباشر أو غير مباشر[2]وبحديثنا عن نزع الملكية، يعني تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة للمستثمر الأجنبي لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة.

– وفي دراستنا للتشريع الجزائري فإننا نجد أن المشرع قد نص على هذا الإجراء في عدة مواطن بدءا من الدستور، حيث نص على أنه لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون و يترتب عليه تعويض عادل ومنصف" وكذا القانون المدني الجزائري وقانون الاستثمار[3]

– و بالرجوع إلى نصوص القانون المدني المتعلقة بنزع الملكية نجده نص في المادة **677** و التي جاء فيها ما يلي "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون.

– غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل.[4]

– كما اضافت المادة **678** من القانون نفسه أنه" لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية و الكيفية التي يتم على أساسها هذا التعويض يحددها القانون " و نفس المسار اعتمده في القانون **09/16** المتعلق بتطوير الاستثمار حيث نصت المدة 23 منه "لا

[1]بوخالفة عبد الكريم ،المرجع السابق ،ص138.

[3]للمزيد راجع القانون رقم01/16 المؤرخ في 2016/03/6 ،المتضمن التعديل الدستوري ،الجريدة الرسيمة العدد14 ،الصادرة بتاريخ 7مارس 2016 للمزيد راجع نص المادة677 من الأمر رقم58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق 26سبتمر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل.[4]

يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به و يترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف. [1]

– مصلحة كافية مع وجوب تقديم التعويض العادل والمنصف للمستثمر ولكن ما يلاحظ في هذا للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء للقضاء الوطني ورفع دعوى قضائية من أجل المطالبة بنسبة التعويض أو باللجوء إلى هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد من اجل الفصل في مسألة التعويض.[2]

ثانيا: على أساس القانون الدولي

إن مسألة إخضاع الدولة كل ما هو موجود على إقليمها الوطني يعد مظهرا من مظاهر سلطتها الداخلية و تعبيرا عن مبدأ سيادتها الدولية، و على هذا الأساس دائما نجد أن العديد من الدول و خاصة النامية منها تخضع كل ما على إقليميها من أشخاص وطنيين كانوا أم أجانب لمحاكمها وقوانينها، إذ أن إخضاع الأجانب لقضاء الدولة يعد أمرا طبيعيا لأنهم يتمتعون بحمايتها، مقابل ذلك يجب أن يخضعوا لقضائها ويترتب على ذلك أن المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ عقود الاستثمار الأجنبي سوف ينعقد اختصاص النظر فيه للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.[3]

– تنص معظم القرارات الدولية على منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب تخضع إلى القضاء الوطني المختص للدولة المضيفة، ما لم هناك اتفاق ما بين الأطراف على إتباع وسائل تسوية مغايرة و من القرارات الدولية التي أقرت اختصاص القضاء الوطني القرار رقم**29/3281** الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة **1974** الخاص بميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية و الذي نص في مادته الثانية على أنه عندما تثير مسألة التعويض خلافا"، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة وعن طريق محاكمها، إلا إذا جرى الاتفاق المتبادل بين الدولة المعنية كافة على إتباع وسائل سلمية على أساس المساواة في السيادة للدول و وفق مبدأ الاختيار الحر للوسائل".[4]

للمزيد راجع نص المادة 678 من الأمر رقم58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق 26سبتمر 1975 المتضمن القانون المدني [1] الجزائري المعدل

[2]بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق ،ص140.

1ناصر عثمان محمد عثمان ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية ، دار النهضة العربية ،القاهرة2000 ،ص 66-438.

[4]بوخالفة عبد كريم ،المرجع السابق ،ص441.

– وذات الأمر يذكر بخصوص القرار **1803** الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14ديسمبر1962 الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ،والذي أكد في الفقرة الرابعة منه على اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بالبت في كافة المنازعات التي يكون فيها التعويض المستحق عن التأميم محل الخلاف بين الدولة و المستثمر الأجنبي، فعندما تثير مسألة التعويض خلافا يجرى استنفاذ الاختصاص الوطني للدولة التي اتخذت مثل تلك الإجراءات، و هذا وعند الاتفاق بين الدولة ذات السيادة و الأطراف المعنية تتم تسوية المنازعات من خلال التحكيم أو المقاضاة الدولية.

– يتضح من خلال هذين القرارين، أن الأصل هو اختصاص الجهات المختصة في الدولة المتعاقدة بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقة العقدية بين الدولة المتعاقدة والشخص الأجنبي، إلا إذا اتفقا على نقل هذا الاختصاص إلى جهة أخرى بإرادتهما.[1]

الفرع الثاني: استبعاد قانون الدولة عن طريق الاتفاق

بالرغم من أن أغلب الاتفاقيات الثنائية المبرمة من طرف الجزائر تؤكد على أنه في حالة فشل التسوية بالطرق الودية فإن الحرية ممنوحة إلى المستثمر في رفع المنازعات أمام أي جهة قضائية يختارها و هذا كامتياز ممنوح له(أولا) إلا أن المستثمر الأجنبي في أغلب الحالات لا يحبذ اللجوء إلى القضاء الوطني وذلك تخوفا منه و عدم تمكن القاضي الوطني في حل مثل هذه المنازعات(ثانيا).

أولا: حرية المستثمر في اختيار الجهة القضائية

منح المستثمر الأجنبي المبادرة في الاختيار قد يفسر على أنه امتياز منحته له الدولة المستقبلة كما يمكن أن يفسر على أنه مجرد سوء تحرير وتسرع كما يعد بمثابة رد فعل ضد الإجراء الذي يكون قد اتخذته الدولة و المتمثل في نزع الملكية أو تغيير في القانون لأن المنازعات يمكن أن يكون نتيجة فعل قام به المستثمر أو إجراء.

– و بالرجوع إلى المادة **24** من القانون**09/16** المتعلق بتطوير الاستثمار يتأكد أن هذه المادة بالذات قد سوت بين طرفي عندما نصت على أن "كل المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة...يتم إخضاعه

[1] بوخالفة كريم نفس المرجع ،ص142.

إلى المحاكم المختصة..."، و قد ارتأى المشرع ألا يستعمل عبارات مثل "يستطيع المستثمر أو يحق للمستثمر أو يمكن للمستثمر بناء على اختياره" حتى يترك المبادرة في رفع المنازعات لكلا الطرفين بدون إقصاء من جهة أخرى، و حتى وإن سلمنا بأن التحكيم هو السبيل الذي اختاره الطرفان قصد تسوية المنازعات بينهما، فإن التحكيم في حد ذاته ما هو إلا اتفاق قبل بين طرفين يكلفان بمقتضاه محكم أو عدة محكمين من أجل إيجاد حل بعيدا عن المحاكم.[1]

– متخذ من طرف الدولة ضد المستثمر، فمن الطبيعي أن تكون المبادرة هي مخولة للمستثمر فقط فإن مثل هذا الحل قد أخذت به حتى بعض التشريعات الوطنية الأخرى مثل قانون تحفيز الاستثمار في تونس الذي يعطي بدوره حق اختيار وسيلة تسوية المنازعات إلى المستثمر الأجنبي دون غيره.[2]

ثانيا: عيوب القضاء الوطني

لأن اللجوء إلى القضاء الوطني قد يوهن من عزيمة المستثمرين الأجانب و كذلك الشركات الكبرى المختصة في النفط وغيرها ويحيط العلاقة بين الدولة المستقبلة والمستثمر بجو من المشاحنة، مما يؤدي إلى تراخي المستثمرين في نشاطاتهم، على نحو يؤثر في حسن سير العمل المتفق عليه في العقد ومن ثم قد تتضرر المصلحة العامة جراء ذلك،[3] و بما أن هناك اختلاف بين المركز القانوني لطرفي عقد الاستثمار، باعتبارها أحدهما دولة ذات سيادة و الأخر شخص خاص فإن يحقق صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام المحاكم الدولية الطرف في المنازعات، الأمر الذي يعرقل تقديم ضمانات كافية لطمأنه الطرف الأجنبي على قبول نتيجة الدعوى إذا ما تم حسمها من قبل قضاء الدولة المتعاقدة.3

– قد يعود كذلك السبب لتحفظ المستثمر الأجنبي تجاه التعويل على القضاء الداخلي للدولة المتعاقدة إلى عدم تعوده المثول أمام القضاء أو جهله إجراءاته أو تخوفه من احتمال تأثر القاضي بالمصلحة العامة في بلده وتحيزه ،كما يحظر على القضاء الداخلي النظر في بعض التصرفات التي تقوم بها

[1] بوخالفة عبد الكريم ، نفس ،المرجع ،ص145.

2 لقد وضح المشرع الجزائري في نص المادة23 من القانون09/16 المتضمن قانون الاستثمار ، أن الاستثمارات التي تكون محل استيلاء وأشار إليها إلا في الحالات الاستثنائية ويجب أن تكون ضمن الحالات المعمول بها في التشريع وأشار إلى التعويض في حالة الاستيلاء على الاستثمارات موضوع الاستلاء.

[3] بوخالفة عبدالكريم،المرجع السابق،ص47.

الدولة بوصفها أعمالا تتعلق بالسيادة لأي سبب آخر، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع حقوق الطرف الأجنبي أو عدم القيام بها على الوجه الصحيح، ذلك أن إخضاع مثل هذه المنازعات لقضاء الدولة المتعاقدة و يؤدي إلى انتهاك المبدأ القاضي بعدم جواز ... شخص واحد أن يكون حكما وخصما في آن واحد" فالقاضي ما هو إلا موظف في الجهاز القضائي للدولة المتعاقدة و هو بدوره جزء من المنظومة الحكومية فيها.[1]

المبحث الثاني: التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات عقود الاستثمار

في ظل المجتمعات القديمة كان نظام التحكيم وسيلة للفصل في المنازعات التي تقع بين الناس بموجب القواعد العرفية 'وبما انه توقف اللجوء إليه معظم الوقت إلا أنها عادت إليه مرة أخرى بطريقة سريعة وخطى ثابتة لأجل أن تلتمس فيه العلاج في فض المنازعات المعقدة

المطلب الاول : مفهوم التحكيم:

الفرع الأول: تعريف التحكيم :نعرف التحكيم من الجانب اللغوي والاصطلاحي

أولا : التحكيم لغة: هو التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكمه أو أحكامه، ما تحكم أي صار محكما في ماله تحكيما، إذ جعل عليه الحكم فاحتكم عليه ذلك[2].

ثانيا: التحكيم اصطلاحا : لقد اختلف تعريف التحكيم في التشريع و الفقه و القضاء حسب الزاوية التي ينظر إليه منها، حيث تركز بعض التعريفات على الطبيعة الرضائية للتحكيم و البعض الآخر على صورة التحكيم و الآخر على استبعاد القضاء من نظر هذه المنازعات و الآخر على إقرار المشرع بجواز التحكيم

ثالثا : تعريف التحكيم في التشريع :

عرف المشرع الجزائري في المادة 455 مكرر من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ومن خلال التعريف الذي جاء به يتضح أنه لا بد من توافر شرطان :

- **الشرط الأول** : لا بد أن يتعلق التحكيم بالمصالح الدولية .

1عبد الكريم بوخالفة، المرجع السابق، ص145

[2] .القاموس المحيط، مجد الدين يعقوب الفيروز بادي، ج4 مطبعة فن الطباعة القاهرة ،ص98 1

- **الشرط الثاني** : وجوب أن يكون أحد الأطراف موطنه في الخارج سواء كان شخص معنوي أو طبيعي.

– إذا كان طرفي النزاع يقيمان في الجزائر فإنه يتبع تطبيق التحكيم التجاري الدولي حتى و إذا كان موضوع النزاع تجاري

عرف المشرع الفرنسي التحكيم بأنه :" إجراء لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمحكمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم [1] و لم يعرف المشرع المصري التحكيم بشكل صحيح، لكن ما أراده يحمل هذا المعنى حيث نص على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق طرفين إلى الاتجاه للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينها بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية[2]

– أما المشرع الأردني فلم يورد تعريف للتحكيم في قانون التحكيم لجديد رقم 31 لسنة 2001 وكان ذلك صائبا حيث أن بيان التعريف هو وظيفة الفقه و ليست وظيفة المشرع و أشار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 7 فقرة 1 إلى أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم[3] في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل، أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد نصت المادة 2 فقرة 2 على أن يكون اتفاق التحكيم مقصودا به شرط التحكيم في عقد و اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف، أو الاتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات فالتحكيم نظام يوجد في قوانين الدول الداخلية و في غيرها من المواثيق الدولية من معاهدات و قرارات صادرة عن المنظمات الدولية وكذلك في أنظمة و لوائح هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في سائر أنحاء المعالم[3].

[1] مراد محمود المواجدة ، التحكيم في العقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة- ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2010،ص21

1 إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص دار النهضة العربية القاهرة 1997،ص420.

2 علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الطبعة التاسعة الإسكندرية ،مصر , 1981م، ص 895.

3 معوض عبد التواب ،المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ،دار الفكر الجامعي ،الطبعة الاولى ،سنة 1997،ص14

رابعا : التعريف الفقهي :يعرف التحكيم الدولي بأنه (اتفاق على طرح المنازعات على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيهدون المحكمة المختصة به) و التحكيم هو " النظر في المنازعات بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في المنازعات " والتحكيم هو " نظام التسوية لحل المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها

خامسا : التعريف القضائي:

أما القضاء فيرى أن التحكيم هو طريق استثنائي لشخص الخصومات، و قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، و يقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم و على المحكمة أن تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم

<u>الفرع الثاني</u>: خصائص التحكيم و أساسه:

أولا: خصائص التحكيم

إن أبرز مبررات الالتجاء للتحكيم، و أبرز مزاياه، هي رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادي طرح منازعتهم على القضاء لما يتصف به من إجراءات بطيئة و معقدة [1] الالتجاء للتحكيم قد أقر من قبل القوانين الوضعية

فعقد التحكيم له سمات بعض العقود الأخرى كما الصلح و الوكالة، و له سمات القضاء – أيضا – فهو تصرف قانوني (عقد) يصدر عن إرادة لتسهيل إجراءات التقاضي، و ذلك فإن موضوع التحكيم مما يجوز أخذ البدل فيه، و أن يكون معلوما فيها.[2]

– و هنالك ميزة يتصف بها التحكيم – أيضا – أن أطراف المنازعات مطمئنون اكثر عند اختيار طريق التحكيم لحل منازعاتهم، فإذا ما صدر قرار من هيئة التحكيم فهم واثقون أكثر مما لو تصدر هذه الأحكام عن القضاء، لأنهم اختاروا المحكمين بأنفسهم، و بالتالي لا يشكوا من الأحكام التي تصدرها الهيئة

4-محمود مختار أحمد بريري ،التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة ،دار النهضة العربية ، 2014،ص09

[2] أحمد ابو الوفا ,التحكيم بالقضاء والصلح ,دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية ،2007 ،ص50

التحكيمية[1] و التحكيم يعطي مساحة أوسع للإدارة الفردية و يحافظ على العلاقات الاقتصادية و التجارية بين الخصوم سواء كان ذلك الفصل في المنازعات أم بعدة

– و نظام التحكيم يتميز بدور وقائي يمكن من خلاله تفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقد خاصة العقود الدولية طويلة الأمد، مثل مجالات نقل التقنية أو ترخيص استغلال براءات الاختراع، لذلك يعطي الأطراف التحكيم الثقة واتخاذ، جميع أطراف، الوسائل للدفاع عن حقوقهم، كونهم يتمتعون بسرية المرافعات عند اختيارهم للتحكيم طريقا لحل منازعاتهم[2]

ثانيا : أساس التحكيم:

1 – أساس التحكيم في التشريع:

– يعطي هذا الشرط الحق لكل من طرفي العقد اللجوء إلى التحكيم قبل وقوع المنازعات حتى وإن كان الطرف الآخر غير راغب في ذلك، فالرضاية في التحكيم تتمثل في إرادة كل منهما في اللجوء إلى التحكيم، و يعود شرط التحكيم في نشأته إلى عقود الامتياز التي أبرمتها الشركات متعددة الجنسية مع الدول النامية لاستثمار مواردها الطبيعية كالنفط و المعادن، و لقد ثار الخلاف في فرنسا حول صحة شرط التحكيم نظرا لعدم النص عليه في قانون المرافعات لأن موضوع هذا الشرط احتمالي من جهة و غير محدد من جهة أخرى، وفي عام 1925 أجاز المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المواد التجارية و اشترط قانون المرافعات رقم 354 لسنة 1980 أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في أصل العقد مع توضيح كامل لكيفية تعيين المحكمين، و إلا فإن الشرط يعد باطل.

– و يعد التحكيم وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، و التي يحوز فيها الصلح، و بذلك يمكن أن يخرج من اختصاص القضاء الوطني بحيث لا يؤثر اللجوء إلى التحكيم إلى انتهاك السيادة الوطنية و الحصانة القضائية لسيادة الدولة، لأن المنازعات الاستثمار تتعلق بشؤون القطاع التجاري الذي تمارسه الدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الخاص و عليه فإن التنازل عن الحصانة القضائية في شرط التحكيم، إنما يتم في إطار النشاط التجاري و حسب ما جاءت به المادة 46 من اتفاقية واشنطن لإنشاء مركز حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار لعام 1965

[1] علي طاهر البياتي والتحكيم التجاري البحري ،دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الاولى،عمان,2006,ص20-ص22

[2] محمود مختار أحمد بريري ،المرجع نفسه، ص10-14

و تختص محكمة التحكيم بالفصل المنازعات الذي ينشأ عن العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم، بمعنى أن طرفي العقد قد اختارا التحكيم بالفصل المنازعات الذي ينشأ عن هذا العقد دون غيره [1]

2-موقف المشرع الجزائري:

إن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 0/08 المؤرخ في 2008/02/25 نص في مادته 1050 على أنه : << تفصل محكمة التحكيم في المنازعات عملا بقواعد القانون الذي اختارته الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة .

– الظاهر من خلال استقرائنا لنص المادة 1050 أن المشرع الجزائري قد منح للأطراف سلطة اختيار قواعد القانون الواجب التطبيق على المنازعات و في ذلك اعمال لمبدأ قانون الإدارة الذي يعتمد بهذه الأخيرة كضابط لتحديد تلك القواعد و قد انتهى القانون الجزائري إلى الاعتداد بالإرادة كضابط للإسناد لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على موضوع المنازعات المطروح أمام المحكم أو هذا ما يدعى أن للمتنازعين حق ممارسة هذا الاختيار بشكل صريح بل أكثر من ذلك سيتوجب – أيضا – ضرورة البحث عن إرادتهم الضمنية إذا أهمل أحد هؤلاء تضمين اتفاقاتهم شرط الاختصاص التشريعي و أما في الحالة التي تتخلف فيها الإرادة الصريح أو الضمنية للأطراف و جب على المحكم التدخل لتحديد تلك القواعد.

المطلب الثاني: صور و أنواع التحكيم:

الفرع الأول : صور التحكيم: له صورتين إما عن طريق شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم **أو** بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم

أولا :شرط التحكيم:

هو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه

1إيناس هاشم، وعود كاتب الأنباري ، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة بحث، كلية القانون جامعة كربلاء، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة ، العدد الأول، سنة 2015، ص 276

– أوهو الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه في العقد المبرم بينهم على ان يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد خلال التحكيم .

و ينقسم شرط التحكيم إلى قسمين:

1- **تحكيم عام:** حيث يحال إي التحكيم جميع المنازعات التي ستنشأ فبالمستقبل دون استثناء والمتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد.
2- **شرط التحكيم الخاص:** وذلك عند إحالة بعض المنازعات إلى التحكيم دون البعض الآخر قبل نشوء النزاع ولقد أخذت الأنظمة القانونية المختلفة بشرط, حيث أعترف المشرع الفرنسي بشرط التحكيم في مجال العلاقات الناشئة عن التجارة الدولية و لكنه أعتبر اللجوء إلى التحكيم الداخلي باطلا.[1]

ثانيا: مشارطة التحكيم :

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف مشارطة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نصت لمادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض المنازعات سبق نشؤه على التحكيم"[2]

– أما المشرع المصري فقد تناول مشارطة التحكيم في المادة 2/10 من قانـون التحكيم حيث نصت على الآتي "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام المنازعات, ولو كانت أقيمت في شاه دعوى أمام جهة قضائية[3]".

– و تحرر مشارطة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الاصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب المنازعات, و وليس عند إبرام العقد الأصلي الذي يقوم بشأنه المنازعات.

[1] مراد محمود المواجدة , المرجع السابق، ص2
[2] المادة 1011من القانون 09/08 السالف الذكر
[3] قانون التحكيم المصري ,السالف الذكر .

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة:

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم ,والغرض من هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم ,بل اكتفى الأطراف بالإشارةأو بالإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي, وذلك لتكملة النقص أوسد الثغرات التي تعتري عقدهم.

وتعد الوثيقة المحال إليها من قبل الأطراف والتي تتضمن شرط التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي و لا يتأثر في حالة بطلان العقد أو إنهائه حيث يعتبر هذا الشرط الوارد في الوثيقة مستقلا عن العقد الأصلي .[1]

<u>الفرع الثاني</u>: أنواع التحكيم: ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع أهمها:

أولا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

1- **التحكيم الحر**: يقصد بالتحكيم الحر التحكيم الذي يقوم به الأطراف أنفسهم وفقا لما يخوله لهم القانون باختيار المحكمين و اختيار قواعد التحكيم وإجراءاته بعيدا عن أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم[2]

2- التحكيم المؤسسي: يعتبر التحكيم تحكيما مؤسسا متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها أو قواعدها التنظيمية أو وضع دورها و مكانتها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف المنازعات و بل احتفظت لنفسها بالاختصاص المعين في تطبيق لائحة التحكيم المذكورة، و لا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر المنازعات والفصل فيه[3]

ثانيا: التحكيم الاجباري والتحكيم الاختياري:

1- التحكيم الاجباري: هو التحكيم المفروض على الأطراف، حيث لا يكون لإرادة الأطراف أي تدخل في اللجوء إليه، و توضع له قواعد تنظم أحكامه، و قد يفرض المشرع اللجوء إلى التحكيم و يترك للخصوم حرية الاختيار المحكمين و تعيين إجراءات التحكيم و تحديد القانون الواجب التطبيق.

[1] عصمت الشيخ , ,المرجع السابق, ص29

[2] محمد علي محمد بني مقداد ،قانون التحكيم التجاري الدولي دار اليازوري العلمية ,الطبعة الاولى،2015,ص82

[3] حفيظة السيد الحداد, المرجع السابق, ص91

– و تعد الوثيقة المحال إليها من قبل الأطراف و التي تتضمن شرط التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي، و لا يتأثر في حالة بطلان العقد الأصلي أو إنهائه حيث يعتبر هذا الشرط الوارد في الوثيقة مستقلا عن العقد الأصلي[1]

2- التحكيم الاختياري: و هو التجاء الأطراف المتعافين بسلطان إرادتهما الحرة المختارة بموجب الاتفاق إلى الحكيم حيث يختارون محكمين، و ذلك القانون الواجب التطبيق و إجراءات التحكيم ويقوم التحكيم الاختياري على أساسين هما الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم أو إقرار المشرع لهذه الإرادة بذلك.

ثالثا: التحكيم الدولي والداخلي:

1- التحكيم الدولي: يكون التحكيم دوليا إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

2- التحكيم الداخلي: هو ذلك النوع من التحكيم الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها وذلك من حيث موضوع المنازعات وجنسية الخصوم ,جنسية المحكمين, القانون الواجب التطبيق ,المكان الذي يجري فيه التحكيم ووهنا يطبق القانون الوطني ولا تثار فيه مشكلة بالنسبة لقواعد التنازع القوانين أو كيفية تنفيذ الأحكام الاجنبية كم هو الحال بالنسبة للتحكيم الاجنبي.[2]

[1] عصمت الشيخ , نفس المرجع, ص29

1-أحمد عبد البديع شتا, شرح قانون التحكيم ,دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه واحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية,دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 2005وص66

ملـخص الفصــل الثاني :

تتـعد وسائـل فك المنازعات في عقود الاسـتثمار في بوجود إرادات الأطراف وتطابقها لإيجاد حل لهذه المنازعات سـواء عن طريق القضـاء و هذا الأخير يـكبد الاطراف تكاليف ووقت طويل فالبطء في الإجراءات لا يتناسـب وطبيعة هذه العقود لما لها من تسارع في المعاملات لذا تلجا الأطراف إلى الحلول الودية وهو ما يسمى بالطـرق أو الـوسائل البديلة و تتجسـد في الوساطة والتوفيق التي أثبت استخدامهما كمرحلة أولى محاولة تقريب وجهات النظر بين الخصوم قبل اللجوء للتحكيم الذي يعتبر أكثر الطرق نجاح في فـك المنازعات وأكثرها ليبـرالية إذ يفصل المحكم في المنازعة على أساس احترام المـبادئ الاساسية للتقاضي بمقتضى قواعد العدالة والانصاف وله حرية صلاحيات يتمكن من خلالها معاونة طـرفي الـعقد ليس لحل المنازعة فقط بل يساعدهما في تحسين وتطوير وتفعيل علاقتهما وصــولا لحل يرضيهما

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال دراستنا تبين لنا أن عقود الاستثمار هي تلك العقود ذات الطبيعة الخاصة و التي تبدأ من إبرام عقد بين طرفين طرفا مستثمر اجنبي و الثاني دولة بصفتها صاحبة السيادة و أطراف في هذا العقد ليخرج هذا بمنازعات من إطار القانون الداخلي إلى إطار القانون الدولي بما أن أحد أطرافه يعتبر فردا من المجتمع الدولي و الدولة الشيء الذي أدى إلى إثارة منازعات في هذا العقد تجعلنا بصدد عدة حلول لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من المنازعات فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين كأصل عام غير أن عقود الاستثمار غير ذلك نظرا لخصوصياتها ففي غياب إرادة الطرفين نكون بصدد تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة بوصفها صاحبة سيادة غير أن ذلك قد يؤدي إلى تخوف المستثمر من حياد القاضي الوطني أو عدم معرفته الكافية و كفاءته هـــذا ما يؤدي إلى عرقلة الاستثمار و التراجع عن الإقبال عنه بسبب تركيز الدولة الطرف على تطبيقها لقانونها الوطني على المنازعات التي تثور في هذا العقد فنجد أن هذه الأخيرة عمدت إلى استقطاب المستثمر الأجنبي و ذلك بوضع ضمانات له نحاول بها إبعاد مخاوفه و تشجيع على الاستثمار و هذا تراجعا لمبدأ تطبيق قانون الدولة المضيفة من بينها وضع شرط الثبات التشريعي في العقد و كذا وضع شرط إعادة التفاوض كضمان لتحقيق التوازن المالي لعقد الاستثمار و على الرغم من هذه الضمانات إلا أن بعض الاتجاهات نادت بتحرير منازعات عقد الاستثمار من سلطات قانون الدولة المضيفة لصالح القانون الدولي العام أو قانون التجارة الدولية أو القانون الذاتي للعقد.

و لعل هذا هو أفضل حل لمنازعات عقد الاستثمار و هو اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فإذا كان هناك تطابق إرادات الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق فإن هاته الأطراف أمام عدة سبل أهمها اختيار القضاء المتمثل في قضاء الدولة المضيفة أو القانون الدولي العام أو قانون التجارة الدولية كما أنهم بصدد اختيار وسائل بديلة أخرى، لعل أهم هذه الوسائل هي الوسائل الودية من بينها الوساطة والتوفيق و هذا لتجنب طول المدة والتكاليف التي تنجم على القضاء، كما أن هناك وسيلة لعلّ هي الأكثر شيوعا في وقتنا الراهن و الأكثر ليبرالية و هي التحكيم الدولي الذي أصبح ملجأ للعديد من العقود الدولية عامة و عقود الاستثمار خاصة مما يحققه من نجاح إلى حد ما في فك منازعات الاستثمار و مع جعل الأطراف أكثر طمأنينة لقرار التحكيم غير أن هذا التحكيم يجب أن يكون له صفة الإلزام و هذا لتكون قراراته أكثر فعالية.

النتـــــائـــــج

- أهمية عقود الاستثمار لاتصالها بالخطط التنموية للدولة المضيفة و ارتباطها بالاقتصاد الوطني نظرا لطول مدة عقد الاستثمار .
- تطبيق قانون الدولة المضيفة على النزاع الحاصل في عقد الاستثمار في حالة غياب الاتفاق على القانـون الواجب التطبيق فـلا يتصور تطبيـق قانـون دولـة أجنبيـة كمظهر سيادي للدولة الطرف في العقد .
- إدراج شرط الثبات للتشريع وشرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار كضمانات للمستثمر الأجنبي وهذا لجلب الاستثمارات للدول المضيفة.
- في حالة اختيار القانون الواجب التطبيق بإرادة الطرفين يكون باللجوء إلى عدة وسائل ودية كالوساطة و التوفيق و التحكيم
- اللجوء إلى القضاء سواء الوطني باختيار الطرفين سواء قانون الدولة المضيفة أو قانون دولة المشتثمر الأجنبي أو اختيار قانون دولة ثالثة غير طرف في العقد .
- اختيار اللجوء إلى القضاء الدولي في حل المنازعة التي تنشأ عن عقد الاستثمار الأجنبي لاطمئنان الطرفين لأن القضاء الدولي أكثر كفاءة من القضاء الوطني.

قائمة المصادر والمراجع

الاتـــفاقـــيات الدولـــية

1-اتفاقية واشنطن 8691/30/81 المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، المؤرخة 1965/03/18

2-قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام1980

3-اتفاقية روما 19يونيو 1980 المتعلقة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

4-قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام2002

القـــــوانـــيـــن:

1-قانون رقم01/16 المؤرخ في 26 جمادى الاولى عام1437الموافق ل 2016/03/6 ،المتضمن التعديل الدستوري ،الجريدة الرسيمة العدد14 ،الصادرة بتاريخ 7مارس 2016

3-الأمر رقم58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق 26سبتمر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون05-10المؤرخ في 20 يونيو 2005

4-الأمر رقم03/01 المؤرخ في 1جمادى الثانية 1422 هـ الموافق لـ 20أوت2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية , رقم47 الصادرة في22أوت2001 المعدل و المتمم بالأمر 08/06 المؤرخ في 19جمادى الثانية 1427هـ الموافق لـ15 جويلية 2006

5-قانون رقم 09/08المؤرخ في 2008/02/25 الجريدة الرسمية العدد21 الصادرة في2008/04/23يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

6-قانون 63 /277 المؤرخ في 26 يوليو 1963 المتضمن قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 53 صادر بتاريخ 02 أوت 1963 ملغى

الـــــــكـــــتـــــــب

1-إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص دار النهضة العربية القاهرة ,مصر1997

2-أحمد أبو الوفاء التحكيم الاختياري و الإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ,مصر، 1987م

3-أزاد شكور صالح ، الوسائل البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الدولية – دراسة مقارنة - ، المؤسسة الحديثة للكتاب ،طبعة أولى، لبنان،2010

4-أحمد سمير محمد ياسين الصوفي ،دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية ،دراسة مقارنة ،دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر ،مصر ، 2016 ،.

5-القاموس المحيط، مجد الدين يعقوب الفيروز بادي، ج4، طبعة الثامنة ,مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ,بيروت, لبنان2005

6-جلال وفاء محمدين التحكيم تحت مظلة الاسكندرية، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، دون طبعة ,مصر،1995

7-جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، حمايتها- تسوية منازعاتها، دراسة مقارنة مع الاستثمارات في ضوء الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ,مصر، 2013

8-خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في نص منازعات الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى, عمان ,الأردن،2014

9-ديريدي شنيتي ،الوساطة القضائية، دار النشر جليطي ،الجزائر ،2012

10-سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، دون طبعة، دار النهضة العربية،القاهرة,مصر،2004،

11-صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ،طبعة أولى ,دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية, مصر ،2005

12-عبد البديع شتا, شرح قانون التحكيم ,دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه واحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية , الطبعة الثالثة ,دار النهضة العربية , القاهرة، مصر ،2005

13-عبد الحميد عثمان الحنفي ،التحكيم في منازعات العمل الجماعية ،نطاق تطبيقه ودوره المنشئ ,الطبعة الأولى ،مطبوعات الجامعية ,الكويت،1995 .

14-عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي، طبعة اولى، الإسكندرية ,مصر, 2008

15-عصمت عبد الله الشيخ، التحكم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة , القاهرة، مصر، 2000

16-علي طاهر البياتي والتحكيم التجاري البحري ،دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الاولى، عمان, الأردن, 2006

17-علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الطبعة التاسعة ،الإسكندرية، مصر,1981

18-محمد إبراهيم علي محمد ،القواعد الدولية الآمرة ،طبعة اولى ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،مصر2001

19-مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي - دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الأولى ,سوريا,2010

20-معوض عبد التواب ،المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ،الطبعة الاولى، الاسكندرية ,مصر, سنة 1997

21-محمود مختار أحمد بريري ،التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة ،دار النهضة العربية ، القاهرة ,مصر،2014

22-مراد محمود المواجدة ، التحكيم في العقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ,عمان ,الأردن, 2010

23-مصطفى المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،مصر, 2005.

24- محمد علي محمد بني مقداد ،قانون التحكيم التجاري الدولي دار اليازوري العلمية ,الطبعة الاولى ،عمان ,الاردن.2015,

25-ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ،شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ،دار الجامعة ,بدون طبعة ،الإسكندرية ،مصر ،2017/2016 ،.

26-ناصر عثمان محمد عثمان ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية ، دار النهضة العربية ،القاهرة,مصر,2000

27-وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت ,لبنان,2008

الاطروحـــــات والرســـــائل:

الاطروحـــــات

1-بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق قانون دولي دون طبعة، دار النشر, مصر,2004

2-بوخالفة عبد الكريم ،دور الإرادة في حل النزاعات عقود الاستثمار الدولية ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،جامعة قاصدي مرباح ،ورقلة كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق 2018.

3-حسين نوارة ,الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر, أطروحة دكتوراه ,كلية الحقوق ,جامعة تيزي وزو,الجزائر,2013

4- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ,2014/2013 ،الجزائر

5- صفاء تقي عبد النور عيساوي ،القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية ،(دراسة مقارنة) ،أطروحة دكتوراه ،جامعة الموصل ،مجلس كلية القانون ،2005 .

5-عبد الخالق الجحماني ،ضمان التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،جامعة محمد ألول ،وجدة ،كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية ،2013.

6-غسان علي ،استثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،جامعة عين شمس,2000 .

الرســـــائـــل

1-خالد سعيد راشد العلمي ،أثر الظروف الطارئة في التوازن المالي للعقد الإداري رسالة ماجيستير جامعة عمان العربية الأردن ،كلية الدراسات القانونية العليا ،2008.

2-محمد محمود عبد الله، التحكيم في منازعات الاستثمار ،رسالة الماجيستير في القانون ،كلية الدراسات العليا ،جامعة النيلين السودان2015.

المـــجـــلات

1- إيناس هاشم، وعود كاتب الأنباري ، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة بحث، كلية القانون جامعة كربلاء، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة ، العدد الأول، سنة 2015.

2-عمار محسن كزار الزرفي ،نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية ،مجلة جامعة يخت الرضا العلمية ،العدد(12) ،جامعة الزعيم الأزهري(السودان) 2014.

3-عبد القادر عوض خلف الله الدرابي ،أثر نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية ،مجلة جامعة يخت الرضا العلمية ،العدد(12) جامعة الزعيم الأزهري(السودان) ،2014 .

4-علاء تميمي عبده ،دور التحكيم في معالجة السماح التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، مجلة الشريعة والقانون العدد(63) ،جامعة الإمارات العربية المتحدة،2015

5-محمد أبو العينين ، دور مركز القاهرة في حسم منازعان التجارة والاستثمار عن طريق التفاوض والمصالح ، بحث مقدم إلى ندوة الت حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار دراسة مقارنة، مجلة الكوفة ، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة العراق،العدد2014/21.

6-ياسر باسم دنون ، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية ،مجلة الرافدين للحقوق ،العدد(36) ،جامعة الموصل ،العراق2008

البحوث والمؤتمرات

1-حسن علي كاظم ،الوسائل البديلة لحل النزاع وأثرها على التجارة الدولية, المؤتمر القانوني الوطني العاشر, جامعة كربلاء,العراق،2013

2-رشا على الدين ،سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية الراهنة ،المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر ،الجانب القانوني والاقتصادي للأزمة المالية العالمية ، جامعة المنصورة ،كلية الحقوق ،1و2 ،https//www.f-law.net.2009

3-شريف غنام ،اثر تغيير الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية وأكاديمية شرطة دبي ,طبعة 1431ه/2010 https://www.mobta3ath.com

4-قانون التحكيم المصري رقم 27لسنة 1994http//www.wipointتم الاطلاع عليه بتاريخ2019/05/20الساعة 12:40

5-www.mojgov.jo تم الاطلاع عليه يوم05/14 2019 الساعة14:00 القانون الوساطة الأردني رقم 65 لسنة2017ا

الفهرس

الفـــــهــرس

المقدمة.....02
الفصل الاول: اختلاف المراكز القانونية لطرفي النزاع في عقد الاستثمار.....07
المبحث الاول:إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة.....08
المطلب الأول: الطبيعية الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار.....08
الفرع الأول :مفهوم عقود الاستثمار.....08
الفرع الثاني: أطراف الاستثمار.....10
الفرع الثالث: أسباب منازعات الاستثمار.....11
المطلب الثاني : تطبيق قانون الدولة كأصل.....14
الفرع الأول: إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية.....14
الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة استنادا إلى المعاهدات الدولية.....15
الفرع الثالث : إخضاع عقود الاستثمار للقانون الداخلي للدولة المضيفة بحكم القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.....16
الفرع الرابع: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام.....17
المطلب الثالث :شرط الثبات التشريعي او الاستقرار التشريعي.....17
الفرع الاول: مفهوم شرط الثبات.....18
الفرع الثاني :الجدل الفقهي حول شرط الثبات التشريعي.....18
الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.....20
المبحث الثاني: إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار.....21
المطلب الأول: شرط إعادة التفاوض.....21
الفرع الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض.....21
الفرع الثاني: الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض.....23
المطلب الثاني :شرط إعادة التفاوض في الظروف الطارئة.....24
الفرع الأول: الظروف الطارئة.....24
الفرع الثاني: شروط الظروف الطارئة.....25
الفرع الثالث: شرط إعادة التفاوض كوقاية من الظروف الطارئة.....27
المطلب الثالث: إعادة التفاوض في ظل القوة القاهرة.....28
الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة.....28
الفرع الثاني : تقليل مخاطر القوة القاهرة باللجوء لشرط إعادة التفاوض 31
ملخـــص الفـــــــصل الأول.....35
الفصل الثاني: تحديد الوسيلة المعتمدة لفك منازعات عقد الاستثمار بناء على إرادات الأطراف المتكافئة.
المبحث الثاني: الطرق الودية والقضائية لحل منازعات عقود الاستثمار.....37
المطلب الاول:الطرق الودية(الوساطة والتوفيق).....37
الفرع الأول: الوساطة.....37
الفرع الثاني :التوفيق.....40

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي.....47
الفرع الأول: منح الاختصاص للقضاء الوطني.....47
الفرع الثاني: استبعاد قانون الدولة عن طريق الاتفاق.....51
المبحـث الثاني: التحكيم كوسيلة بديلة لحل نزاعات عقود الاستثمار.....53

المطلب الاول : مفهوم التحكيم.....53
الفرع الأول: تعريف التحكيم.....53

الفرع الثاني: خصائص التحكيم وأساسه.....55
المطلب الثاني: صور و أنواع التحكيم.....57
الفرع الأول :صور التحكيم..... 57
الفرع الثاني: أنواع التحكيم.....59
ملخـــــــص الفصـــــــل الثاني.....61
الخاتمة 62
الفهرس 71