جـــامـــــــعة جيـــلالي ليابس سيدي بلعباس
كـــلـــيـــــة الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

عنوان الأطروحة:

آليات تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الإستثمار الدولـــي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث

تخصص: قانون فرع: قانون قضائي

إعداد الطالب: تحت إشراف الدكتورة:

دواقـــــي محمد أ. د/ مكـــاوي أمـــال

أعضاء لجنة المناقشة

السيدة: مصابيـــح فاطمـــة	أستاذة التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيدة:مكـــــاوي أمـــــال	أستاذة التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد:عثماني عبد الرحمان	أستاذ التعليم العالي	جامعـــة سعيـــــدة	عضوا مناقشا
السيدة:سويلـــــم فضيلـــة	أستاذة محاضرة– أ–	جامعـــة سعيـــــدة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2023/2022 م الموافق لـــ:1444/1443هـــ

شكر و عرفان

يارب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك، تباركت يا رب وتعاليت سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، ونصلي ونسلم على خير نبي أرسل للعالمين سيدنا محمد عليه أزكى الصلاة وأفضل التسليم وعلى آله وصحبه الطاهرين.

أتقدم بأسمى عبارات الشكر إلى، والدي رحمة الله عليه وجعله من أهل الفردوس الأعلى، أمي حفظها الله و رعاها و أطال في عمرها.

إلى الأستاذة مكاوي أمال مشرفتي على هذه الأطروحة، التي تفضلت بالإشراف عليها، ولما بدلته معي من عظيم الجهد و الصبر طيلة إعدادها.

إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذا العمل وعلى نصائحهم وتوجيهاتهم.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيلالي ليابس كل بإسمه.

الشكر إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل.

دواقـــــي محمد

إهداء

هي كلمات ودٍ و إحترام كبير يتعاظم يوماً بعد يوم، لا ينتهي لما فعلوه من أجلي.....

أبي....رحمة الله عليه و جعله من أهل الجنة..

أمي....نبع الحنان و الإحساس أطال الله في عمرها

زوجتي ...السند في كل المراحل و أولادي أكرم و ريهام

إخوتي....السند منذ البداية

أصدقائي...وكم هم كُثُر السند الدائم كلٌ بطريقته

إلى كل من علمني حرفاً.....

دواقـــــي محمد

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

01	ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
02	ج.ر.ج.ف	الجريدة الرسمية للجمهورية فرنسية
03	ص	الصفحة
04	ط	الطبعة
05	ع	العدد
07	ف	الفقرة
08	ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
09	ق.إ.م.ف	قانون الإجراءات المدنية الفرنسي
10	ق.م	القانون المدني
06	مج	مجلد

ثانياً: باللغة الأجنبية

08	ADR	Alternative dispute résolution
03	cci	Chambre de commerce international
06	CNUCED	Conférence des nation unies sue le commerce et le développement
04	I.C.S.I.D	International centre for the settlement of investment disputes
07	IDE	Investissement direct étranger
10	MIGA	Multilatéral investment guarantee agency
05	O.C.D.E	Organisation de coopération et de développement économique
11	OP.CIT	Ouvrage précédemment cite
02	p	page
12	SCC	Stockholm chamber of comerce
09	UNICTRAL	United nations commission on international trade law
01	v	voir

مقدمة

لقد كان ولا يزال موضوع الإستثمار محل إهتمام رجال الاقتصاد وفقهاء القانون بصفة عامة، والدول بصفة خاصة، ويتجلى ذلك من خلال الأهمية البالغة التي يكتسيها، نظراً لما يقدمه من دفع وتحريك عجلة التنمية الاقتصادية وتخفيف أعبائها ومساهمته في الإدخار، كما يساهم في توظيف العمالة الوطنية ويقلل من معدلات البطالة، علاوة على أنه يساهم بشكل كبير في المعرفة ونقل التكنولوجيا[1].

إن الإستثمار الدولي غالباً ما يتناول مواضيع ذات علاقة بحركة البضائع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود، مما يعني بالضرورة تعدد أشكاله وتنوعها وتطورها المستمر، مما أدى إلى صعوبة وضع تعريف جامع مانع للإستثمار، وذلك ما أدى إلى تباين التعريفات الفقهية والقانونية وتنوعها[2]. وترجع الصعوبة في إيجاد تعريف محدد إلى كون الإستثمار مصطلح اقتصادي قبل أن يحظى باهتمام القانون الدولي العام، والذي تغير محتواه مع تطور العلاقات الإقتصادية الدولية، فانتقل من مفهوم كلاسيكي ضيق إلى مفهوم جديد يشمل كل أشكال الإستثمار، وهذا ما سنتعرض له في هذه الدراسة من خلال إبراز مفهوم الإستثمار وتعاريفه المختلفة في الفقه والتشريعات الوطنية و المقارنة والإتفاقيات الدولية، أنواعه وأشكاله ذلك أن تعريف الإستثمار بصفة عامة، والإستثمار

[1] **معيفي لعزيز**، الوسائل القانونية لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2015، ص 7.

Les IDE peuvent, non seulement participer au développement économique et humain d'un pays en apportant les fonds nécessaire pour financer une partie des investissements intérieure, mais ils peuvent aussi, constitue un moyen de transfert de nouvelles technologies et du savoir faire industriel et commercial, ainsi que permettre la création de nouvelles opportunités d'emplois, mais pour cela les pays d'accueil doivent disposer d'un cadre juridique attractif afin d'attirer le maximum possible d IDE. Voir, **Abderrahmane Benhama**, le régime d'investissement étrangers en Algérie(aspects juridique),thèse de doctorat en droit, université paris 1 panthéon Sorbonne, 2020, p16.

[2] **عيد خالد عبد القادر** ، التحكيم في عقود الإستثمار، مقال منشور في مجلة مركز صالح عبد الله كامل للإقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، مج 21، ع 63، 2017، ص 220.

الأجنبي الخاص المباشر وغير مباشر و تمييزه عن غيره ، مسألة أساسية لتحديد مجال تطبيق القانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمار والقانون الدولي[1].

بعد الحرب العالمية الثانية وجدت حكومات الدول المستقلة أنها تخلفت عشرات السنين عن باقي الدول لذلك لجأت للإقتراض على نطاق أوسع لتحاول اللحاق بالدول المتقدمة حتى بلغت ديون معظم الدول النامية مئات الملايين من الدولارات، وترتب عليها إرهاق ميزانيتها بتخصيص أكثر من 30 %من الدخل القومى لخدمة الديون الخارجية، والجدير بالذكر أن بعض الدول لم تتمكن من رد الديون فقامت الدولة الممولة بإستعمارها بحجة إسترجاع الديون كما حدث لتونس عندما أغرقتها ديون فرنسا ، ونظراً لتلك الضغوطات والإرهاقات المالية الشديدة اتجهت الدول إلى التفكير في حلول جديدة تساعدها في تطوير البنية التحتية دون اللجوء إلى القروض والمنح التي تستخدم، لذلك تم الإتجاه إلى ما يعرف (بعقود الإستثمار الدولية أو عقد الإستثمار الدولي) كسلاح للسياسة الخارجية ضدها، وهي آلية تقوم بموجبها الحكومات بنقل أعباء تلك المشاريع إلى القطاع الخاص (سواء أكان محلياً أو أجنبياً أو حكومات أو شركات أو أفراد) والذي بدوره يتولى إمتياز ذلك المشروع حيث يقوم القطاع الخاص بتصميم وتمويل وتشييد وتشغيل المشروع ثم تحويله فيما بعد للحكومة بعد فترة إمتياز(Concession) طويلة المدى تستمر حسب العقد بعدد من السنين ثم تتحول الأصول للحكومة بعد ما تكون الجهة المستثمرة قد حققت هامش ربح مناسب بعد أن إستردّت كل ما أنفقته خلال فترة التشغيل [2].

وأطلق البعض على هذه العقود لقب إكسير الاقتصاد الوطني في القرن ال ــ 21 ،حيث أن الدولة تستفيد بفائدة مزدوجة من هذه الآلية فهي تحصل في مقابل الامتياز على

[1] **عيبوط محند وعلي**،الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص 120.

[2] **Leben Charles**, La théorie du contrat et l'évolution du droit international des investissements, RCADI, T302, 2003, p.229.

نسبة متفق عليها ولاتتحمل أي مخاطر أو أعباء على ميزانيتها ثم تنتقل ملكية المشروع لها كاملة سليمة بعد إنقضاء مدة الإمتياز.

كما شجع على هذا الإتجاه إنتشار اقتصاد السوق الحرة بعد إنهيار الإتحاد السوفيتى، وظهور نظرية العولمة، ومن أبرز تلك العقود وأهمها ما يعرف بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT" Build Operate Transfer " وأول من استخدم مصطلح " BOT" هو الرئيس التركي الراحل "تور غون أوزال" الذي استخدمه لتمويل معظم مشروعات السدود في تركيا .كذلك تعد فرنسا هي البلد الرائد في مثل هذه العقود فقد نفذت مشروع الامتياز الأعلى تكلفة ، نفق القناة بين فرنسا وإنجلترا The Channel Tunnel بتكلفة بلغت عشرين بليون دولار أمريكي لمدة 55 سنة، كذلك إمتياز قناة السويس 1954 لمدة 99 سنة وكذلك إمتياز خط سكة حديدية يربط بين الإسكندرية والسويس سنة 1851[1].

وتكمن مشاكل التنمية في الدول النامية، خاصة بعد تحررها إقتصادياً [2]، في أسباب عديدة أهمها عدم قدرة هذه الدول على إستغلال مواردها بالشكل المناسب، بسبب قلة الخبرة التقنية أو انعدامها، أو لعدم توفر الأموال اللازمة لذلك، فكانت قبلة الدول النامية نحو الإستثمارات الأجنبية المباشرة كحل أمثل يخفف من وطأة مشكلة التنمية في هذه الدول، نظراً لما يحققه الإستثمار من أهداف على الهيكل الإقتصادي للبلد المضيف للإستثمار، وبالتالي فالدول النامية على غرار الجزائر بحاجة لجذب أي إستثمار يحقق لها

[1] **وائل صلاح الدين محمد الأمين**، عقود الإستثمار الدولية و منازعاتها، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الخرطوم، كلية القانون، السودان، 2009، ص 02.

[2] لم تكن فكرة فتح المجال لرؤوس الأموال الأجنبية سواء الخاصة أو العامة مرحباً بها فيما سبق، بل أثارت جدلاً كبيراً، وصل فيه الخلاف لتبني نظريات ثورية راديكالية، وصلت ذروتها في الفكر الماركسي، وقد أعتبر هذا الأخير أن كل توسع لرأس المال الأجنبي ما هو إلا توسعا للرأسمالية، و إمتداد للإستعمار أو إستعماراً في حد ذاته. أنظر: **مكاوي أمال**، النظام القانوني لبعض النماذج المتداولة من عقود الإستثمار الدولية المباشرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2011/2010، ص 1.

مطامحها في تحقيق التنمية ولن يكون ذلك إلا بمنح الإستثمارات الأجنبية مكانة قانونية واقتصادية وضمانات اتفاقية وقانونية وقضائية تحقق للمستثمر الأجنبي إطمئناناً على مشروعه الإستثماري[1].

حيث تلجأ الدول عادة لأجل هذا الغرض، إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية، كعقود إستغلال ثرواتها الطبيعية، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود بناء المصانع وعقود الأشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية وعقود امتياز المرافق العامة وعقود المساعدة والإستشارات الفنية ، كما يمكن للدولة اللجوء إلى تفويضات المرفق العام طبقاً لقانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام[2].... إلخ مما يدخل في إطار عقود الإستثمار [3]، محل الأطروحة والتي أثارت خلافاً وجدالاً ما لم تثره مسألة قانونية أخرى لإتّسامها بالصعوبة والجدية.

ونظراً لحقيقة أن الدولة تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإنه يصبح من الضروري بالنسبة للمستثمر الأجنبي داخل الدولة المضيفة تأمين نفسه بعدد من الضمانات القانونية، بغرض حمايته بقدر كاف من احتمال أن تضيع حقوقه، أو أن يختل التوازن التعاقدي نتيجة تدخل الدولة كسلطة عامة في صورة إصدار قواعد تشريعية حديثة، أو فرض إجراءات تنفيذية جديدة، أو القيام بإجراءات قضائية دون أدنى احترام لحقوق المستثمر[4].

---

[1] **عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الإستثمار في الدول العربية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن،2017، ص 09.

[2] **المرسوم الرئاسي رقم 247/15**، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،ج.ر.ج.ج.عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.المعدل والمتمم.

[3] **بشار محمد الأسعد** ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية(دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية)، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 07.

[4] **بشار مجمد الأسعد** ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة(ماهيتها–القانون الواجب التطبيق عليها–وسائل تسوية منازعاتها)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص02.

وإذا كانت الدولة كطرف ضعيف في عقد الإستثمار الدولي من الناحية الإقتصادية، قد تمكنت من حماية مصالحها، عن طريق تأميم العقد، سواء على صعيد الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي، فإن الطرف المتعاقد معها لإحساسه أنه الطرف الضعيف في العقد يرغب من أجل حماية مصالحه بسلخ العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة للإستثمار من سيطرة القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومحاولة تسكينه في إطار القانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون المعترف به بين الدول المتمدينة أو بإخضاعه للمبادئ العابرة للدول أو للقانون التجاري الدولي[1].

ويتسم عقد الإستثمار الدولي بالالتباس وعدم التنسيق للعمل به في مجال التجارة الدولية، من حيث كيفية تنفيذه، ومدى قوته الملزمة اتجاه أطرافها وطرق حل منازعاته بالرغم من أن الإستثمار الأجنبي المباشر يعتبر من أهم العمليات التي تدفع التنمية الإقتصادية والإجتماعية في الدول التي تعاني من نمو متدني، فتسعى هذه الدول جاهدة لجذب الإستثمارات الأجنبية ومنحها حوافز جمركية وضريبية مختلفة على اعتبار أن الإستثمار يؤمن إنتاج سلع وخدمات جديدة، وتشغيل اليد العاملة واستخدام تكنولوجيا جديدة[2].

كما تتميز عقود الإستثمار الدولية بعدة خصائص ، فهي عادة عقود طويلة الآجال كعقود البترول وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المقاولة...الخ، وترتبط بشكل أساسي بكيان الدولة المضيفة للإستثمار التي تسعى إلى تنفيذ خططها التنموية، ومادامت الدولة طرف في عقد الإستثمار الدولي ، كقوة سياسية مرتبطة بالسيادة فإن ذلك يعطيها صلاحيات وامتيازات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي الطبيعي أو المعنوي وذلك بالرغم من

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب(تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 13.

[2] **عمر سعد الله**، القانون الدولي للأعمال، ط 2، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 205.

قوته الإقتصادية التي تفوق إمكانية الدولة المضيفة للإستثمار في بعض الأحيان، لذلك فقد تلجأ الدولة إلى اتخاذ إ جراءات إنفرادية نابعة من سلطتها السيادية تماشياً مع تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي تؤدي إلى المساس بعقد الاستثمار الدولي فيختل توازنه خاصة الإقتصادي مما يرتب مسؤوليتها العقدية والدولية، وذلك بالرغم من تضمينه بعض الشروط الخاصة والتي تعتبر من الآ ليات الوقائية لتجنب المنازعات، كشرط الثبات التشريعي وشرط الضمان وشرط إعادة التفاوض ، وهذا ما يطرح إشكالية معرفة أهم الأسباب المؤدية لمنازعات عقود الإستثمار الدولية ، وكذا الضمانات العقدية التي يمكن أن يتضمنها[1].

وتعتبر المنازعات الناشئة عن عقد الإستثمار الدولي من قبيل منازعات القانون الدولي الإقتصادي والتي تتميز عن باقي المنازعات الدولية بما يلي:

1- في النزاع الدولي العام نجد أطراف النزاع هم دائما من أشخاص القانون الدولي العام، أما النزاع الدولي الإقتصادي فقد يكون بعض أط رافه أشخاصاً خاصة، طبيعية أو اعتبارية، مثل النزاع بين دولة وشركة أجنبية أو مستثمر أجنبي.

2- موضوع النزاع الإقتصادي الدولي هو دائماً نقدي مالي، وينتهي الحكم في ه غالباً إلى تسوية من هذا النوع أو لتوقيع جزاءات ذات طابع خاص تتفق وموضوع النزاع.

3- حجم النزاع الدولي الإقتصادي عادة ما يكون كبير حيث يتنازع أطرافه على قيمة مالية كبيرة، لذلك تبدو أهميتها ملموسة وعاجلة وتبحث عن تسوية سريعة حتى لا تتفاقم الآثار المالية الناجمة عن تأخير تسويتها[2].

---

[1] **سي فضيل الحاج** ، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الدولي للأعمال, جامعة عبد الحميد بن باديس, كلية الحقوق والعلوم السياسية, مستغانم، 2019/2018, ص24.

[2] **طه أحمد علي قاسم**، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية(دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 22.

في مجال المنازعات وقبل مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى لعام 1965[1]، و العديد من الإتفاقيات الدولية والإقليمية المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية و منازعاتها مثل إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958[2]، الإتفاقية الخاصة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار لعام 1971[3]، الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1990[4]، كانت منازعات عقود الإستثمار الدولية في بداية السبعينات والثمانينات خاضعة للمحاكم الوطنية، بصرف النظر عن قانون الإستثمار الجزائري لسنة 1963[5]، الذي كان أول قانون غداة الإستقلال موجهاً للمستثمرين الأجانب، الذي نص على التحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار في نص المادة 22 منه، و في عام 1966 أصدر المشرع الجزائري قانون رقم 248/66 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 بخصوص جذب الأموال الخاصة المحلية وبصفة لاحقة رؤوس الأموال الأجنبية، ولم ينص هذا القانون على التحكيم كآلية لفض المنازعات، لكن بالرغم من ذلك كان

[1] **المرسوم الرئاسي رقم 346/95** المؤرخ في 30-10-1995 المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى و الموقعة في 18-03-1965 بواشنطن، ج.ر.ج.ج.د.ش ع 66 لعام 1995.

[2] **المرسوم الرئاسي رقم 233/88** المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10-06-1958، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 48 الصادرة بتاريخ 23-11-1988.

[3] **الأمر رقم 16/72** المؤرخ في 7 يونيو 1972، المتضمن المصادقة على الإتفاقية المتعلقة بإنشاء الوكالة العربية لضمان الإستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 53 لعام 1972.

[4] **المرسوم الرئاسي رقم 306/95** المؤرخ في 7-10-1995، المتضمن المصادقة على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية الموقعة بتونس عام 1982، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 59 لعام 1995.

[5] **القانون رقم 277/63** المؤرخ في 26-07-1963، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 53 الصادرة بتاريخ 02-08-1963.

الإجراء التحكيمي يُعمل به في عقود الاستثمار لشركات الاقتصاد المختلط[1]، إضافة إلى المنازعات المتعلقة بالإستثمار الأجنبي في قطاع المحروقات التي كان يرفض التحكيم فيها من الناحية القانونية[2]، وفق الأمر رقم 284/66 المتضمن قانون الإستثمار[3].

تغير موقف الجزائر حيال الإستثمار الوطني و الأجنبي الخاص، حيث أدمجت الإستثمار الخاص المحلي مع الإستثمار العام الوطني، مع فتح الأسواق المحلية والوطنية أمام الإستثمارات الأجنبية [4]، خاصة مع ما استحدث في تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 [5]حيث أشار المشرع الدستوري إلى حرية الإستثمار[6] بينما كان ينص سابقا و حتى حتى بعد إنتهاج إقتصاد السوق على حرية التجارة، ومع ما صاحبه من قوانين الإستثمار حتى قانون الإستثمار الجديد لسنة 2022 [7]، القانون رقم 18/22 المؤرخ في 25 ذي

---

[1] **المادة 53 من القانون رقم 13/82** المؤرخ في 28-08-1982، المتعلق بإنشاء و تسيير شركات الاقتصاد المختلط، ج.ر.ج.ج، ع 35 الصادرة بتاريخ 31-08-1982، المعدل و المتمم بالقانون رقم 13/86 المؤرخ في 19-08-1986، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 35 المؤرخة في 27-08-1986، المعدل و المتمم.

[2] للمزيد من المعلومات راجع:

Mostafa Trari Tani ,Droit de l'arbitrage commercial international,1ere édition, BERTI éditions, Alger, Algérie, 2007, p19.

[3] **الأمر رقم 284/66** المؤرخ في 15-09-1966، المتضمن قانون الإستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 80 الصادرة بتاريخ 17-09-1966.

[4]المرسوم التشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية االستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 64 ، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

[5] **القانون رقم 01/16** المؤرخ في 26 جمادى الأول عام 1437 الموافق ل 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع 14المؤرخة في 07 مارس 2016.المعدل ب المرسوم الرئاسي رقم 442/20،

[6] **تنص المادة 43 من دستور الجزائر لسنة 2016** المعدل على"حرية الإستثمار و التجارة معترف بها و تمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال و تشجيع على إزدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية" والتي عدلت بموجب تعديل سنة 2020 و أصبحت تتمثل في نص المادة 61 التي تنص على" حرية التجارة و الإستثمار و المقاولة مضمونة و تمارس في إطار القانون".

[7] **القانون رقم 18/22** المؤرخ في 24 يوليو 2022، يتعلق بالإستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.الذي ألغى القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار، المعدل و المتمم بالقانون رقم 13/18 المؤرخ في 11 يوليو سنة 2018يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج ر ج ج عدد 42 الصادرة بتاريخ 15 يوليو 2018.معدل بالقانون رقم 07/20 المؤرخ في 4 يونيو 2020 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر ج ج عدد 33 الصادرة بتاريخ 4 يونيو 2020.

الحجة عام 1443 الموافق 24 يوليو 2022، الذي ألغى القانون 09/16 المتعلق بالإستثمار ما عدا المادة 37 التي بقيت سارية المفعول والنصوص التطبيقية للقانون 18/22[1]، والذي أعطى ضمانات في مجال عقود الإستثمار الدولية لفائدة المستثمر الأجنبي، وإختصاص القضاء الوطني في حل المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية كأصل عام، و إستثناءاً اللجوء إلى التحكيم في مجال الإستثمار في حالة وجود

[1] **المرسوم الرئاسي رقم 22-296** مؤرخ في 07 صفر عام 1444 الموافق 04 سبتمبر سنة 2022، يحدد تشكيلة اللجنة العليا الوطنية للطعون المتعلقة بالإستثمار و سيرها، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

-**المرسوم التنفيذي رقم 22-297** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للإستثمار وسيره،ج.ر.ج.ج.عدد60،الصادرة بتاريخ21 صفر1444الموافق ل18سبتمبر سنة 2022.

-**المرسوم التنفيذي رقم 22-298** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد تنظيم الوكالة الجزائرية لترقية الإستثمار و سيرها، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

-**المرسوم التنفيذي رقم 22-299** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد كيفيات تسجيل الإستثمارات أو التنازل عن الإستثمارات أو تحويلها و كذا مبلغ و كيفيات تحصيل الإتاوة المتعلقة بمعالجة ملفات الإستثمار، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

-المرسوم التنفيذي رقم 22-300 مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد قوائم النشاطات والسلع والخدمات غير القابلة للإستفادة من الوزايا و كذا الحدود الدنيا من التمويل للإستفادة من ضمان التحويل، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

-**المرسوم التنفيذي رقم 22-301** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد قائمة المواقع التابهة للمناطق التي توليها الدولة أهمية خاصة في مجال الإستثمار، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

-**المرسوم التنفيذي رقم 22-302** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد معايير تأهيل الإستثمارات المهيكلة و كيفية الإستفادة من مزايا الإستغلال و شبكات التقويم، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

-**المرسوم التنفيذي رقم 22-303** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يتعلق بمتابعة الإستثمارات و التدابير الواجب إتخادها في حالة عدم إحترام الواجبات و الإلتزامات المكتتبة، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

إتفاقية دولية أو ثنائية أو متعددة الأطراف أو وجود بند في العقد يسمح للطرفين باللجوء إلى التحكيم[1] .

إن كيفية تسوية منازعات عقد الإستثمار الدولي، وهو موضوع هذه الرسالة، إذ يمكن أن تسوى ودياً عن طريق المفاوضات المباشرة بين الأطراف والتوفيق والوساطة والتحكيم في مجال الإستثمار، بل أن معاهدات الإستثمار الثنائية كثيراً ما تنص على وجوب تسوية النزاعات بتلك الطرق، ولكن بالنظر إلى أن كافة المنازعات المتعلقة بالإستثمار لا تسوى بالطرق الودية فإنه كان لابد من البحث عن وسائل قانونية أخرى، ولا شك أن القضاء هو السبيل والحل المعتاد لتسوية المنازعات عموماً، ونظراً لعدم ملائمة النظم القضائية في تسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية، لِما تتسم به من بطأ وتعقيد وطول الإجراءات وتخوف المستثمر الأجنبي من حياد القاضي الوطني إلى دولته، فقد إتجه الفكر القانوني إلى التحكيم الدولي كأفضل آلية يفضلها المستثمر الأجنبي من أجل فض منازعاته الإستثمارية كبديل ملائم لقضاء الدولة[2].

تكمن أهمية الأطروحة في إظهار مميزات نزاعات عقود الإستثمار الدولية وخصوصيات الخصومة التي تقوم بشأنها رغم إختلاف آليات تسويتها، والكشف عن طبيعة عقد الإستثمار الدولي وماهيته، في ظل إنتشار العقود الدولية في مجال الإستثمار، بإعتبار أن الإستثمار هو المحرك الأول لأي إقتصاد في العالم، ولعدم وجود تعريف جامع مانع لعقد الإستثمار الدولي سواء في التشريعات الوطنية أو الدولية وحتى في الإتفاقيات

[1] **المادة 12 من قانون الإستثمار الجزائري رقم 08/22** تنص على" زيادة على أحكام المادة 11 أعلاه، يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة،ما لم توجد إتفاقية تنائية أو متعددة الأطراف= =صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة و التحكيم، أو إبرام إتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه، التي تتصرف بإسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم " .

[2] **اشويطر معمر عبد المؤمن علي**، تسوية منازعات الإستثمار طبقاً لإتفاقية واشنطن لعام 1965، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2019، ص 4.

التي تنظم الإستثمار الدولي، وبإعتبار أن مثل هذه العقود هي عقود زمنية يتم تنفيذها في زمن طويل، ومع تغير الظروف المحيطة بالعقد الدولي لابد من نشوب نزاعات، تُلزم البحث عن الآليات المناسبة لحلها التي تتماشى مع مصالح المستثمر الأجنبي و الدولة المتعاقدة و هو المغزى من هذه الأطروحة.

تهدف هذه الدراسة إلى الخوض والبحث عن آليات تسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية من خلال التطرق إلى ماهية عقد الإستثمار الدولي ورحلة البحث عن التعريف الدقيق إلى هذه العقود، وطبيعتها القانونية وأطرافها بالإضافة إلى الأسباب التي تؤدي إلى نشوب النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة، وما هو القانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

بالإضافة إلى معرفة الآليات القانونية التي تسوى بها منازعات عقد الإستثمار الدولي سواء في التشريع الوطني أو الدولي أو في إطار الإتفاقيات التي تبرمها الدول والدولة الجزائرية، و إبراز دور الوسائل البديلة في حل مثل هذه النزاعات في مجال الإستثمار الدولي خاصة في إطار إتفاقية الإكسيد.

في الحقيقة، هناك أكثر من سبب جعلنا نختار هذا الموضوع الجدير بالبحث والمناقشة.

1 -هو أن الإستثمار بشكل عام هو موضوع الساعة، فبعد أخذنا بنظام السوق و فتح المجال أمام للمستثمرين الأجانب، و تداول رؤوس الأموال، وبعد إهتمام المنظومة القانونية بهذا التوجه، كان من الضروري الاهتمام بمثل هذه الموضوعات، كباحثين في مجال عائلة البحث العلمي، وتبيان الأهمية الكبرى لمثل هذه العقود في مجال التنمية الاقتصادية للدول المضيفة للإستثمار.

2 -التضارب حول ماهية عقد الإستثمار الدولي لعدم وجود تعريف محدد لمثل هذه العقود غير المسماة، والإلمام بجميع الجوانب المتعلقة بهذه العقود، بالإضافة إلى الآليات الوطنية والدولية المنصوص عليها من أجل فض منازعاتها.

لأننا حاولنا الإلمام بقدر المستطاع و التفصيل، بموضوع عقد الإستثمار الدولي و كيفية فض المنازعات الناشئة عنه، ولغنى الموضوع بالمعلومات الجديدة، فإننا إعتمدنا على أكثر من منهج.

1 -**المنهج التحليلي و الوصفي:** وذلك لوجود أكثر من إتجاه حول هذا الموضوع وعدة آراء، للوصول للمعنى الحقيقي لعقد الإستثمار الدولي، ونماذجه، القانون الواجب التطبيق عليه،الآليات التي تسوى بها منازعات عقد الإستثمار الدولي، وتحليل المقاربة الموجودة بين المستثمر الأجنبي والدولة الطرف في العقد، وترجمة التباين الموجود بين الأطراف المتعاقدة من خلال بيان شروط عقد الإستثمار الدولي كتكريس شرط الثبات التشريعي والتجميد الزمني لقانون الإرادة، إدراج شرط التحكيم في عقد الإستثمار الدولي كوسيلة مفضلة لدى المستثمر الأجنبي من أجل فض المنازعات التي يمكن أن تثور بشأن العقد.

2 -**المنهج التطبيقي والمقارن والإحصائي:** لأن موضوع الإستثمار له تطبيقات عملية،ومن خلال إعطاء الأمثلة على بعض العقود المطبقة في الجزائر، كعقود نقل التكنولوجيا و الإمتياز والبوت وغيرها، وبعض القضايا التحكيمية وإعتمدنا على المنهج المقارن، و ذلك من خلال مقارنة بعض المفاهيم المتعلقة بالإستمار الأجنب ي، أما المنهج الإحصائي فإعتمدنا عليه، وذلك من خلال عرض لبعض الأرقام التي قامت بها بعض الهيئات الدولية والمحلية المتخصصة في مجال الإستثمار والتحكيم.

نظراً لحداثة هذه العقود نسبياً و مع الحاجة الماسة و المتزايدة عليها من قبل الحكومات، فقد صارت الدول تتوسع في إبرام مثل هذا الأنواع من العقود في الآونة الأخيرة.

وعلى ما تم ذكره نطرح الإشكالية التالية : **ما هي أهم الآليات لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الإستثمار الدولي، وما مدى نجاعة هذه الآليات على المستوى الداخلي و الدولي؟**

كما يمكن طرح مجموعة من الأسئلة الفرعية من خلال هذه الإشكالية التي سوف نجيب عليها تباعاً من خلال هذه الدراسة:

1* ما المقصود بعقد الإستثمار الدولي و ما خصائصه ؟

2* ما هي أسباب منازعات عقد الإستثمار الدولي؟

3* ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه العقود؟

4*كيف تتم تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الإستثمار الدولي؟مع التركيز على دور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

من الصعوبات التي واجهتنا من خلال عملية البحث :

-قلة المراجع العربية التي تتناول عقد الإستثمار الدولي بصورة شاملة و دقيقة، ويرجع هذا لحداثة هذه العقود في الوطن العربي خاصة الجزائر.

-صعوبة الحصول على ما يصدر حديثاً من أحكام في مجال التحكيم الدولي و في مجال الإستثمار لسرية هذه العقود .

-صعوبة الحصول على المعلومة فيما يخص تلك المشروعات لسريتها، و كل ما هو متاح من معلومة هو عبارة عن معلومات شفهية من القائمين على هذه المشاريع .

لأهمية الموضوع، إرتأينا تقسيم الأطروحة وفقاً لخطة ثنائية ذات أساس تقني، إبتداءاً من مقدمة عامة شملت التعريف بموضوع الأطروحة، و شملت بابين:

الباب الأول: ماهية عقد الإستثمار الدولي و منازعاته.

الفصل الأول: ماهية عقد الإستثمار الدولي

الفصل الثاني: منازعات عقد الإستثمار الدولي و القانون الواجب التطبيق عليه.

الباب الثاني: آليات تسوية منازعات عقد الإستثمار الدولي.

الفصل الأول: الآليات الودية و القضائية لفض منازعات عقد الإستثمار الدولي.

الفصل الثاني: التحكيم الدولي كآلية لفض منازعات عقد الإستثمار الدولي.

الخاتمة:

الباب الأول :ماهية عقود الاستثمار الدولي ومنازعاتها

إن عقود الاستثمار الدولي التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب بغية تحقيق تنميتها الاقتصادية لها أهمية بالغة، وهذا للدور الذي تلعبه للنهوض بالاقتصاد المحلي لهذه الدول لمضيفة للاستثمار، وتعد هذه العقود الركيزة التي بواسطتها يتم بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل هذه العقود عاملا حيويا ورئيس يا في تحقيق الخطة الاقتصادية للدول الآخذة في النمو[1].

في ظل التحولات الاقتصادية في الوقت الراهن، إن أهم الخصائص المميزة للسياسات الاقتصادية في الدول وخاصة الدول في طور النمو التي تبحث عن التنمية الاقتصادية، هو البحث إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها الاقتصادية وغالبا ما تكون هذه المساهمات على شكل استثمارات أجنبية تتجسد في إطار عقود تبرم مع أصحاب المشاريع الاستثمارية.

لقد تعددت الآراء واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها، نظرا للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين عقود الدولة الأخرى [2]، بحيث هناك خ لط بين مصطلح عقود الاستثمار Investment contracts (المذكور في المقدمة) ومصطلح عقود الدولة State contracts بمعناها الواسع، بالرغم من أن عقود الاستثمار تعتبر الموضوع الأصيل لعقود الدولة التي تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بنفسها بإبرامها، العقود لتي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها[3].

كما نجد بعض أحكام التحكيم، قد تعرضت إلى تعريف عقود الدولة خاصة التحكم cavin في تحكيم sapphire ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية و التي عرفت عقد الدولة بأنه: "عقد بين

---

[1] **حفيظة السيدة حداد** ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،مصر، 2007، ص19.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها – وسائل تسوية منازعاتها)، المرجع السابق، ص11.

[3] **حفيظة السيد حداد**، المرجع السابق، ص28 وما يليها.

شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، ومحل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية إذ انه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال المورد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة، ومنشآت لها طابع الدوام[1].

على هذا الأساس، من أجل تحديد ماهية عقود الاستثمار وتميزها عن عقود الدولة وخصوصية هذه العقود المستمدة من أطرافها، وعدم التكافؤ في المراكز القانونية والاقتصادية، زيادة على بعض الشروط التي يتضمنها هذا العقد، من أجل الحفاظ على التوازن العقدي، خاصة أثناء تنفيذه لشرط إعادة التفاوض،، شرط الثبات التشريعي، وغير ذلك من الشروط، كما سيتم بيانه من خلال هذه الدراسة، و سوف نتطرق في (الفصل الأول) إلى ماهية عقد الاستثمار الدولي.

وبما أن مثل هذه العقود تأخذ وقتا من أجل تنفيذها، فمن البديهي قيام نزاعات بين الدولة المضيفة للاستثمار، والمستثمر الأجنبي، فلابد من تحديد هذه النزاعات التي تكون بين الطرفين كما تشير هذه العقود إشكالية القانون الواجب التطبيق عليها وذلك باعتبار أن هده العقود تولد حقوقا والتزامات على عاتق كلا الطرفين، وأي انتهاك لهذه الحقوق أو عدم تنفيذ هذه الواجبات يؤدي لا محال إلى نشوب نزاع بين الطرفين.

لذلك سوف نخصص (الفصل الثاني) إلى منازعات عقود الاستثمار الدولي، والقانون الواجب التطبيق عليها.

[1] انظر تحكيم **Saphire** منشور في:

J.L.R.vol-35.1967.PP.136-192

الفصل الأول:ماهية عقد الاستثمار الدولي

إن مسألة التنمية الاقتصادية لأي دولة، خاصة الدول النامية التي تسعى جاهدة إلى تطوير بنيتها التحتية تعتبر من المسائل الجوهرية ، ولتحقيقها تعتمد هذه الدول على استقطاب الاستثمارات الأجنبية كوسيلة للنهوض باقتصادها لما توفره هذه الاستثمارات من رؤوس أموال وخبرة، وتكنولوجيا، وتبرم الدول مجموعة من العقود مع المستثمرين من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية كعقود الاستثمار الـتي احتلت مكانة هامة في العلاقات الاقتصادية الدولية، فهي أكثر الأساليب استعمالا خاصة عندما يتعلق الأمر بالاستثمار في المجالات ذات الأهمية القصوى للدول الراغبة في التنمية.

بالرغم من الاهتمام اللافت لعقود الاستثمار من قبل الفقه،إلا انه لم يتوصل إلى تحديد دقيق لهذه العقود، لتشابهها مع عقود الدولة وعن التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها وهو الأمر الذي أدى إلى تعدد التعريفات والآراء المنساقة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها، إضافة إلى الخصوصية والذاتية التي تمتاز بها هذه العقود إضافة إلى الشروط الخاصة التي ت تضمنها كشرط الثبات التشريعي وإعادة المفاوضات.

وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في (المبحث الأول) مفهوم عقود الاستثمار الدولية، أما (المبحث الثاني) فسوف نتناول فيه دراسة خصائص هذه العقود.

المبحث الأول: مفهوم عقود الاستثمار الدولية

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى دراسة عقود الاستثمار الدولية من التعاريف وخصائص هذه العقود التي تتميز بها ، باعتبارها عقود تتميز بعدم التجانس بين أطرافها وهذا من خلال معالجة مفهوم عقود الاستثمار الدولية في المطلب الأول، وخصائصها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار الدولية

من أجل الإلمام بتعريف عقود الاستثمار الدولية، لابد أولا من التطرق إلى تعريف الاستثمار الدولي في (الفرع الأول) أما (الفرع الثاني) سوف نخصصه إلى تعريف عقد الاستثمار الدولي.

الفرع الأول: مفهوم الاستثمار الدولي

نال الاستثمار الدولي، السهم الوافر من الأبحاث القانونية المتعلقة بالتنمية إذ أن علاقته تتسع بالضيق تارة وبالاتساع تارة أخرى، حسبما يكيفها أطراف عقد الاستثمار الأجنبي سواء تعلق الأمر بالبلد المضيف أو المستقبل الرأسمال أو بالطرف الثاني المعني مباشرة بهذا الاستثمار ، ونعني به الشركات الأجنبية[1]..ولا يوجد مفهوم موحد للاستثمار نظرا لتعدد المصادر (تشريع وطني وتشريع دولي ومعاملات ثنائية ومتعددة الأطراف)[2].

أولا: تعريف الاستثمار في الفقه الدولي

تضاربت أراء الفقهاء في تحديد مفهوم الاستثمار فبالنسبة للبعض يعبر عن حقوق ملكية الأجانب (droits patrinaux des étrangères)، أما بالنسبة للبعض الآخر، فهو عبارة عن تصرف اقتصادي (fait économique)[3]

---

[1] **عجة الجيلالي**، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار– الأنشطة العادية وقطاع المحروقات –، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص382.

[2] **عيبوط محند وعلى**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر 2014، ص120.

[3]« Dans une première optique، les investissement seraient une autre dénomination des droits patrinomiéaux des étrangers » Il s'agit d'un terme moderne destiné à recouvrir une notion ancienne de droit international…. Selon une deuxième concept un investissement est d'abord un fait économique … » voir **Laviec Jean pierre**، protection et promotion des investissements، étude on droit international économique، nouvelle édition، graduate intitulé publications، 1986، P22.

إلا أن معظم الفقه اتفق على ضرورة توفر أربعة شروط أساسية في عملية الاستثمار.

1 -رأس المال، يجب أن يكون نقدا أو عينا (براعة الاختراع والمعرفة الفنية والرخصة) باستثناء المساهمة الصناعية التي يجب أن يكون مصدرها عبارة عن ملكية خاصة.

2 -المدة: هذا المعيار يسمح بالتمييز بين عملية الاستثمار والمعاملات التجارية، إذ يجب أن يكون الاستثمار لفترة زمنية معينة ، تكون متوسطة أو طويلة المدة، وإلا فإنها عبارة عن معاملة تجارية (Transaction commercial)[1]

3 -الهدف: يجب تحقيق الربح من وراء هذه الاستثمارات.

4 -الخطر: لاشك أن أي عملية اقتصادية تحمل بين طياتها شكلا من أشكال المخاطر، وقد أتاحت النظم القانونية المختلفة كثيرا من الوسائل التكوينية والتعاقدية لتوزيع المخاطر أو العبء المالي الناتج عن تحققها، وأكثر هذه النظم شيوعا هي: التأمين، الفوائد وخطابات الضمان، ومعادلات تغير الأسعار وغيرها، إلا أن هذه الأنظمة تعالج ما يعرف بالمخاطر التجارية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بأي نشاط اقتصادي إلا انه هذه المخاطر في ذاتها، لا تكفي لوصف النشاط لاقتصادي بأنه استثمار في نظر الآخرين بهذه المعايير.

وعرف بعض الفقه الاستثمار بالنظر إلى عنصر الهدف على انه: "عملية من عمليات استغلال رأس المال بهدف تحقيق عائد أو فائض مالي"[2]:

هذا المفهوم الاصطلاحي الاقتصادي الأخير المبني على عنصر الهدف تبناه معهد القانون الدولي[3]، الذي عرف لاستثمار بأنه

'L'Investissements consiste à une fourniture à biens ou de services en vue d'un gain''.[4]

كما ذكر بعض الفقهاء تعريف للاستثمار واعتمدوا على عنصر المدة لتحديده وجاء هذا التعريف في كتاب الدكتور " Laviec jean pierre"

---

[1] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص122.

[2] **هبة هزاع**، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2016، ص92 وما بعدها.

[3] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص123.

[4] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص24.

بقوله: « Le terme investissement recouvre au sens large une décision d'affecter des avoirs à des activités production et /ou de service ،de manière à ce qu'il ne soit plus immédiatement disponibles pour des besoins de communication »[1]

بناءا على هذه الشروط التي وضعها الفقه بالنسبة لعملية الاستثمار يمكن إعطاء تعريف هذه العملية على أن الاستثمار هو: "المساهمة في مشروع برأس مال نقدي أو عيني من أجل إنتاج سلع أو تقديم خدمات وذلك لمدة معينة من الزمن، بهدف تحقيق الربح وتحمل بعض المخاطر التجارية المرتبطة بمشروع الاستثمار والتي لا يمكن التنبؤ بها"

ثانيا: تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية

يكمن دور الاستثمار الأجنبي في انتقال رؤوس الأموال والخبرة الفنية والتقنية بين الدول، فعقدت هذه الدول العديد من الاتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف، من أجل ضمان الاستثمار الأجنبي ولفض المنازعات التي يمكن أن تنشأ خاصة خلال تنفيذه وتتضمن هذه الاتفاقيات تعريفا للاستثمار.

1 تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف: من بين الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف التي تعرضت إلى تعريف الاستثمار نذكر ما يلي:

أ -**اتفاقية واشنطن لسنة1965:** هذه الاتفاقية ا لتي بموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI)[2] امتنع واضعي هذه الاتفاقية على تحديد تعريف دقيق للاستثمار، مما سمح بالحفاظ على وحدة النزاع، وفتح المجال أمام التطورات في مجال الاستثمار الدولي لذلك أصبح المركز مختص بالنظر في كل الخلافات ذات طب يعة قانونية والتي لها علاقة بالاستثمار، بشرط موافقة الأطراف على عرض النزاع على المركز وهذا ما جاءت به المادة 25 من الاتفاقية التي تنص على مايلي "ولاية هذا المركز تشمل أي منازعة قانونية بين دول ة متعاقدة

[1] **عيبوط محند واعلي**، المرجع السابق ،ص124.

[2] لقد تم المصادقة على هذه **الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95**، مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 هـ الموافق لـ 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج. ر.ج.ج، عدد 66، صادرة في 5 نوفمبر 1995.

ومواطن دولة متعاقدة أخرى تنشو بصورة مباشرة بسبب استثمار" . ولقد رأى البعض من دول العالم النامي انه لابد من وضع تعريف واضح ومنضبط لكلمة استثمار، الواردة في صلب المادة 25، من أجل رسم حدود واضحة لاختصاص مركز الأكسيد، الموضوعي حتى لا يتوسع في تفسير اختصاصه تحت مظلة تلك المادة ويبسطه على دعاوي لا تتعلق بالاستثمار، وحتى لا يتم تحويل منازعات قانونية لا ترغب تلك الدول، بل وإن شئنا الدقة، تتخوف من حسمها بواسطة التحكيم[1]. ونرى حسب رأينا أن الغرض الفعلي لعدم التوسع في تعريف الإستثمار من طرف المركز هو السيطرة على الدول النامية الراغبة في الإستثمار وخدمة لمصالح المستثمرين الأجانب و خاصة الشركات المتعددة الجنسيات، و جعل إختصاص المركز النظر في جميع الإستثمارات الأجنبية التي تقوم بها الدول الراغبة في النمو، و تحقيق أكبر قدر من العائدات المالية.

ب **اتفاقية سيول (Seoul) لعام[2]1985:** تضمنت اتفاقية سيول تعريفا محددا للاستثمار لأن رأسمال هذه الوكالة محدد فلابد أن يوجه لضمان عمليات الاستثمار فقط.

وتطرقت المادة 12من المرسوم إلى تعريف الاستثمارات الصالحة للضمان وتشمل هذه الاستثمارات، حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل ويمكن لمجلس الإدارة إضافة أنواع أخرى من الاستثمارات.

كما أضافت النظرة "ج" أنواع أخرى من الاستثمارات وتشمل:

1 - أي تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تجديد أو توسعة أو تطوير استثمار قائم.

2 - استخدام الأرباح التي تدرها استثمارات قائمة إذا كان من الممكن تحويلها إلى الدولة المضيفة.

كما أضافت الفقرة "د" القيام بالتأكد من طرف الوكالة من مجموعة من الاعتبارات من أجل ضمان الاستثمار مما يأتي:

1 -السلامة الاقتصادية للاستثمار ومساهمته في تنمية الدولة المضيفة.

---

[1] للمزيد من المعلومات أنظر: **يحي إكرام بدر**، مفهوم الاستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965، مقال منشور في مجلة بدر *مجلة القانون الدولي*،بكلية الحقوق ، الإسكندرية، 2014، ص5.

[2] صادقت الجزائر على هذه **الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345**، مؤرخ في 6جمادى الثانية عام 1416 الموافق ل 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج . ر .ج .ج ، عدد 66، صادرة في 5 نوفمبر 1995.

2- تمشي الاستثمار مع قوانين ولوائح الدولة المضيفة.
3- مواكبة الاستثمار للأهداف و الأولويات الإنمائية المعلنة للدولة المضيفة.
4- ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بتوفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للإستثمار.

إن مفهوم الاستثمار الوارد في المادة 12 واسع ويشمل بالإضافة إلى الاستثمار الكلاسيكي المباشر، الأشكال الجديدة للاستثمار (NFI) كما أن هذه المادة تميز بين الأحكام الخاصة بتحديد مفهوم الاستثمارات وتلك التي تعتبر معايير لتحديد الاستثمارات المشمولة بعملية الضمان[1].

ج -الاتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية: تم التوقيع على هذه الاتفاقية في 7 جانفي 2000 والتي عرفت الاستثمار بالقول: "يقصد باصطلاح الاستثمار أو المال المستثمر، كافة أنواع الأصول المستثمرة، والتي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية ويقوم بها المستثمر تابع لإحدى الدول العربية المتعاقدة في أراضي دولة متعاقدة أخرى، والتي تقام وفق القوانين والأنظمة الخاصة بالدول المتعاقدة الأخرى ويشمل على وجه الخصوص..."[2]

د -الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980:[3] والذي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306 والتي عرفت الاستثمار في المادة السادسة ب: "هو استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويل إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية".

ه -الاتفاقية المشتقة للمؤسسة لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات [4]: التي عرفت الاستثمار بأنه:كافة الاستثمارات ما بين الأقطار العربية المتعاقدة واليها سواء أكانت من الاستثمارات

---

[1] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص127.

[2] أنظر **المادة 01 من الاتفاقية** موجودة على موقع جامعة الدول العربية على الرابط: تاريخ الزيارة 2019/08/04على الساعة 00:17

www.lasportal.org

[3] **المرسوم الرئاسي رقم 95-306:** مؤرخ في 7-10-1995 يتضمن المصادقة بان الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج، ر، عدد 59 سنة 1995.

[4] صادقت الجزائر على هذه **الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 98-334**، التوزيع في 26-10-1998 يتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات، ج، عدد 80 سنة 1998.
للمزيد من المعلومات عن هذه الاتفاقية أنظر : د. هشام خالد عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008، ص35، وما بعدها)

المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالتها وملكية الحصص والعقارات، وتأمين الكفاءات والتراخيص والامتيازات، وحقوق الملكية الفكرية، ومن استثمارات الحافظة ، بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات أو القروض ذات الأجل القصير التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين"[1].

والملاحظ على هذه الاتفاقية، أنها لم تقدم تعريفا دقيقا للاستثمار بل اعتمدت في التعريف على تحديد أنواعه (مباشر وغير مباشر) من أجل منحها الضمان وأشارت إلى أشكال الاستثمار والعناصر المكونة له والتي لها قيمة اقتصادية.

و -**اتفاقية التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية:** (ALENA)[2] :تهدف هده الاتفاقية إلى تحقيق تكامل اقتصادي بين الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، المكسيك، ونص الفصل الخاص بالاستثمار أعطى مفهوما واسعا، ونصت المادة 1139 على شكل الاستثمارات وهي المؤسسات، سندات المساهمة في المؤسسات القروض الموجهة لها، تقديم أي مال مادي أو معنوي قصد تحقيق عائد اقتصادي، وهذا ما يدل أن الاتفاقية لا تميز بين الاستثمار المباشر وغير المباشر ، واستثنت الاتفاقية الاستثمار في مجل العقود التجارية العادية الخاصة ببيع المنتجات والخدمات وجميع القروض الموجهة لعمليات تجارية، وكذلك المساهمات المالية التي تترتب عنها الفوائد المنصوص عليها في لاتفاقية.[3]

إن اتفاقية التبادل الحر لدول شمال أمريكا اعتمدت هي الأخرى في تعريفها للاستثمار على ذكر العناصر الاقتصادية المكونة له، وذلك بوضع نص يتضمن بيانا تفصيليا لأنواع الأموال التي يقع عليها الاستثمار، فهي لا تفرق بين عملية الاستثمار و المركز المالي المستثمر، بالتالي لا يمكن القول أنها وضعت تعريفا محددا ودقيقا للاستثمار[4].

---

[1] المادة **15 فقرة 1 من الاتفاقية.**

[2] هذه الاتفاقية تم إبرامها بين كل من الو.م.أ، كندا، المكسيك، في 17-12-1992

[3] انظر الموقع الخاص بالاتفاقية: تاريخ الزيارة 04-09-2019 على الساعة 22:17www.naFta-Sec-acena.org

[4] **قبايلي الطيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق ولعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012، ص32.

2-تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية. في إطار البحث عن وسائل قانونية لتوقيع اتفاق دولي لحماية الاستثمارات الأجنبية، لم يكن أمام الدول إلا البحث عن وسائل أخرى لتحقيق هذه الحماية وذلك بإبرام اتفاقيات في نطاق أضيق من العالمية، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بغرض حماية وتشجيع الاستثمارات، التي تعتبر من أهم الوسائل لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية، واستعمالها على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية، ويشمل دور هذه الاتفاقيات في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية ونظام تسوية المنازعات وهذا من خلال ما تحمله هذه الاتفاقيات في طياتها من تعريف موسع للاستثمارات.

وضعت الاتفاقيات الثنائية طريقتين لتحديد الاستثمارات التي يمكن أن تشملها الحماية، سواء عن طريق التحديد الواسع لأشكال الاستثمار أو عن طريق الإحالة إلى التشريع الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار.

أ -**التحديد الواسع لأشكال الاستثمار:** تتمثل هذه الطريقة في تعداد وإحصاء قائمة مطولة على سبيل المثال لا الحصر للأصول الاقتصادية التي يتم الاتفاق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة باعتبارها من قبل الاستثمارات ، لتشمل جميع الممتلكات والحقوق مهما كانت طبيعتها والمرتبطة بالنشاط الاقتصادي. ومن بين الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر نذكر اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المبرمة بين الجزائر وفيدرالية روسيا [1].التي عرفت الاستثمار بكل نوع من الأصول ويتضمن على الخصوص وليس على سبيل الحصر في المادة 1 ف أ.

1 -الأملاك المنقولة وغير المنقولة، وكذا الحقوق الأخرى كالبيع الإيجاري والرهن العقاري والحيازي و رهون أخرى.

2 -الأسهم والحصص والسندات في الشركات وكل أشكال المشاركة الأخرى في رأسمال الشركات.

3 -المطالبات بالمال أو بأية خدمة ذات قيمة اقتصادية متعاقد عليها.

[1] **مرسوم رئاسي رقم 128/06** مؤرخ في 3 أبريل 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة فيدرالية روسيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 10 مارس 2006، ج. ر .ج .ج، عدد 21 لسنة 2006.

4 -حقوق الملكية الفكرية وعلى الخصوص حقوق المؤلف والإيرادات والنماذج والتصاميم المسجلة والعلامات التجارية والأساليب التقنية والتجربة والمهارة.

5 -الحقوق أو الرخص الممنوحة بموجب التشريع أو عقد، بما في ذلك الامتيازات الخاصة بالبحث عن الموارد الطبيعية وزراعتها واستخراجها أو استغلالها.

ونجد في اتفاقية أخرى أبرمتها الجزائر في إطار حماية الاستثمار نفس التعداد، وهي الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع كوريا [1]، في المادة الأولى فقرة 1 التي تنص على أنه: "تعني عبارة الاستثمار كل عنصر من أصول المستثمر من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، وتشمل على وجع الخصوص لا الحصر."

أ – الأملاك المنقولة العقارية وكذا كل حقوق الملكية الأخرى كالرهون العقارية، و رهون الإيجار والرهون.

ب – الأسهم والحصص والسندات وكل الأشكال الأخرى من المساهمة في شكل شركة أو أي مؤسسة أعمال.

ج -المطالبات المالية أو أي أداءات ذات قيمة اقتصادية مرتبطة بالاستثمار. وقد وردت نفس القائمة بشأن تعريف الاستثمار في الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وكل من المجلس الفيدرالي السويسري[2]، والجمهورية البرتغالية[3].

ولا يختلف تعريف الاستثمار في اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار بين الجزائر والدول الأخرى، كثيرا عن التعريفات الواردة في الاتفاقيات التي أبرمتها الدول العربية مثل مصر، نجد أن القاسم المشترك هو اتساع مفهوم الاستثمار ليشمل كافة الأصول المستثمرة و نذكر الاتفاقيات بعض

---

[1] **مرسوم رئاسي رقم 01-201** مؤرخ في 23 يوليو 2001، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقرطية الشعبية وحكومته الجمهورية الكورية حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع باعتزاز في 12-10-2001، ج. ر. ج .ج، عدد 40 الصادر في 25 يوليو 2001.

[2] انظر **المادة الأولى فقرة 2 من اتفاقية الجزائر/ سويسرا، مرسوم رئاسي رقم 05-235** مؤرخ في 23 جوان 2005، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهوري الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببرن في 30 نوفمبر 2004، ج .ر .ج .ج ،عدد 45 لسنة 2005.

[3] انظر **المادة الأولى فقرة 1 من اتفاقية الجزائر / البرتغال: مرسوم رئاسي رقم 05-192** مؤرخ في 28 ماي 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 15 ديسمبر 2004، ج .ر .ج .ج، عدد 37 لسنة 2005.

الأمور على سبيل المثال لا الحصر [1]، حيث تنص المادة الأولى الفقرة الأولى من اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمار [2]، المبرمة بين مصر والإمارات العربية على أن الاستثمارات التي تشجعها الاتفاقية كما يلي:

1 -الأصول المنقولة وغير المنقولة والحقوق العينية الأصلية والتبعية.

2 -ملكية حصص الأسهم في الشركات، وكذلك الأوراق المالية الأخرى كالسندات.

3 -حقوق الملكية الفكرية.

4 -حقوق البحث والاستخراج للموارد الطبيعية.

5 -عائدات المشروع الاستثماري.

6 -أي حق آخر يمنحه القانون أو العقد أو الترخيص.

ويجب الإشارة، إلى أن الاتفاقيات الثنائية التي ترم عادة لتشجيع وحماية الاستثمار، لا تعني الاستثمارات بصفة خاصة بل تعني الأموال بصفة عامة، وهذا شيء فضفاض وكان من الأ حرى تحديد العمليات التي تهدف إلى تخصيص معا ملة خصوصية لها وذلك لتفادي صعوبات حل النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف[3].

ب -التحديد عن طريق الإحالة إلى التشريع الداخلي: تنص الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات، بشأن تحديد مفهوم الاستثمار، على أن الاستثمارات التي تشملها الحماية القانونية هي تلك تتضمنها القوانين والأنظمة الداخلية للدولة المضيفة رغم نصها لأمثله التي جاءت على سبيل المثال في الاتفاقية التي تحدد الاستثمارات.

بالرجوع إلى عدد من الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر نجد أن معظمها تنص.

تعني عبارة استثمارات كل عنصر من الأصول المستثمرة من قبل المستثمر احد الطرفين المتعاقدين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر طبقا لقوانينه... .

---

[1] **هبة هزاع**، المرجع السابق ص80.

[2] اتفاقية تشجيع و حماية و ضمان الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر العربية ودولة الإمارات العربية المتحدة الموقعة في أبو ضبي بتاريخ 11-5-1997 ،الصادر والموافقة عليها بقرار رئيس الجمهورية 221 لسنة 1998.

[3] **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية–التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات–، دار هومه، الجزائر،2004، ص21.

هذا ما نصت عليه المادة الأولى فقره 1من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و الدنمارك[1]

أيضا المادة الأولى فقره 1 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والسويد [2] تنص على كل عنصر من الأصول المملوكة أو تحت الرقابة المباشرة أو غير المباشرة... على أن قيم الاستثمار وفقا لقوانين وتنظيمات الطرف المتعاقد الأخر.."

وبالنظر إلى القوانين بين الدول المضيفة نجد أنها متباينة لدرجة اعتمادها على الاستثمار الأجنبي لتحقيق التنمية الاقتصادية لكن بالنظر إلى أن الدول المضيفة للاستثمارات هي في الغالب دول نامية فإنها تتبنى في معظم الأحيان مفهوما واسعا للاستثمار في تشريعها الداخلي قصد تدفق اكبر قدر ممكن من الاستثمارات الأجنبية إليها مهما كان شكلها، أما بالنسبة للدول المتقدمة فهي تعتمد على هذه الطريقة من اجل الحصول على اكبر عدد من الاستثمارات في تلك الدول النامية، وباعتبار الدراسات المسبقة التي تقوم بها على هذه الدول الطالبة للاستثمارات الأجنبية من اجل التنمية الاقتصادية وهي تعرف مقدما بان هذه الدول توسعت في تعريف الاستثمار.

3 : تعريف الاستثمار من طرف المنظمات الدولية:وهذه المنظمات لها علاقة بالاستثمار الدولية وما بين هذه المنظمات صندوق النقد الدولي [3] (FMI) والمنظمة من اجل التعاون والتنمية الاقتصادية.

---

[1] **مرسوم رئاسي رقم 03-535** مؤرخ في 30 ديسمبر 2003، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومته الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدنمارك حول ترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع في 25 جانفي 1999، ج ر ج ج عدد 2 لسنة 2004.

[2] **مرسوم رئاسي رقم 14-431** مؤرخ في 26 فيفري 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد، الموقع بالجزائر في 15 فيفري 2003، ح .ر .ج .ج ،عدد 84 لسنة 2003.

[3] صندوق النقد الدولي منظمة عالمية تضم في عضويتها 189 بلدا وتأسست لتحسين سلامة الاقتصاد العالمي. ويهدف الصندوق إلى تعزيز التعاون النقدي العالمي، وضمان الاستقرار المالي، وتيسير حركة التجارة الدولية، وتشجيع زيادة فرص العمل والنمو الاقتصادي القابل للاستمرار، والحد من الفقر في جميع أنحاء العامل. وصندوق النقد الدولي، الذي يشرف على النظام النقدي الدولي لضمان كفاءة عمله، يضع ضمن أهدافه الرئيسية تشجيع استقرار أسعار الصرف وتيسير التوسع والنمو المتوازن في التجارة الدولية. ورسالة الصندوق تمكن البلدان ومواطنيها من شراء السلع والخدمات من بعضها البعض، وهي أمر ضروري لتحقيق النمو الاقتصادي القابل للاستمرار ورفع مستويات المعيشة. وجميع البلدان الأعضاء في الصندوق ممثلة في مجلسه التنفيذي، الذي يناقش آثار السياسات الاقتصادية لكل بلد على المستوى الوطني =

أ -صندوق النقد الدولي (FMI):

عرف صندوق النقد الدولي للاستثمار باعتماده على عنصر المساهمة الفعلية في التسيير، بحيث جاء في الوثيقة المتعلقة بميزان مدفوعات الصندوق بان الاستثمار عملية تقام من اجل الحصول على عائد دائم في مؤسس ة تباشر نشاطها على إقليم اقتصادي معين غير الذي يتبعه المستثمر، ويهدف هذا الأخير من وراء ذلك حصوله على سلطة فعلية لاتخاذ القرار في تسيير المؤسسة[1]

« L'investissement directs، sont ceux effectués dans le but d'acquérir un intérêt durable، dans une entreprise exerçant ces activités sur le territoire d'une économie autre que celle de l'investissement le but de ce dernier étant d'avoir un pouvoir de décision effectifs dans la gestion de l'entreprise… »

من خلال هذا التعريف واعتماد الصندوق في تعريفه للاستثمار ، إلا على الاستثمار المباشر، لا يمكن أن نقول بان هذا التعريف دقيق وشامل لعملية الاستثمار مع تجاهله لأنواع أخرى من الاستثمارات.

ب -المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE):اعتمدت المنظمة على الهدف من عملية الاستثمار والمتمثل في ضرورة تحقيق مصلحة مالية دائمة ، إلى جانب ممارسة تأثير حقيقي على تسيير الشركة ولو نظرنا إلى قائمة حرية الحركة الملحقة بتقنين المنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، لوجدنا أنها لا تعرف الاستثمار بدقة مادامت تكتفي بتعريف الاستثمار المباشر فقط بل تعدد بعض العمليات التي تعتبر استثمارا مباشرا منها:

1 -إنشاء وتوسيع فروع الشركات أو الشركات الجديدة التي يمتلكها مقدم الأموال وكذلك الحصول الكلي على شركات موجودة.

2 -المساهمة في الشركات الجديدة أو الموجودة بهدف إنشاء أو الإبقاء على روابط اقتصادية مستمرة.

=والإقليمي والعالمي ويوافق على القروض التي يقدمها الصندوق لمساعدة البلدان الأعضاء على معاجلة المشاكل المؤقتة التي تواجهها في ميزان المدفوعات، وكذلك جهود بناء القدرات.أنظر: **التقرير السنوي لصندوق النقد الدولي لسنة 2019** متوفر على الرابط:

تاريخ الزيارة 04-03-2022 على الساعة 16:17 www.imf.org

[1] **قبايلي طيب**، المرجع السابق، ص33.

3 -القروض الطويلة الأجل بهدف الإبقاء على روابط اقتصادية مستمرة.

4 -إعادة استثمار الأرباح بهدف الإبقاء على روابط اقتصادية مستمرة[1]

وبصفة عامة، عملية الاستثمار تفترض حركة دولية لرؤوس الأموال لكن لا يمكن اعتبار العملية الحركية لرأس المال فقط، لأنه كما يرى الأستاذ E.Gaillard أن حركة رأس المال مفهوم لا يشمل بصفة دقيقة مفهوم الاستثمار باعتبار أن حركة بعض رؤوس الأموال لا تشكل استثمارا، كما أن الاستثمار لا ينجز دائما عن طريق حركة رؤوس الأموال[2].

رابعاً : تعريف الاستثمار في القانون:

الإستثمار من الناحية القانونية هو: "عمل أو تصرف في شكل أموال مادية أو غير مادية (الملكية الصناعية، المهارة الفنية، نتائج البحث، فروض) من أجل تطوير نشاط اقتصادي"

تختلف مصالح البلدان النامية عن مصالح البلدان المتقدمة اقتصاديا، وفي عملية الاستثمار، ويكون من المنطق إذن أن تختلف نظرة، كل من نوعي تلك البلدان، إلى تلك العملية، هذا إضافة إلى اختلاف التعامل داخل كل من النوعين من البلدان[3].

كما نجد العديد من الدول النامية الطالبة للاستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الاقتصادية، تباين في تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بموجب المادة الأولى من قانون تنظيم الاستثمارات الأجنبية رقم 8 لسنة 2001[4] على أنه، "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص فيه طبقا لأحكام هذا القانون"

كما أن المشرع المصري يعرف الاستثمار بصفة طويلة في المادة الأولى من القانون رقم 72 لسنة 2017[5] الذي ألغى قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بقانون رقم 7 لسنة 1997

---

[1] **قادري عبد العزيز**، المرجع السابق، ص18.

[2] **قبايلي طيب**، المرجع السابق، ص33

[3] **قادري عبد العزيز**، المرجع السابق، ص13.

[4] **قانون الاستثمار الكويتي رقم: 08 لعام 2001، المعدل بالقانون 116 لعام 2013** بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت.

[5] **قانون الاستثمار المصري رقم 72 لسنة 2017**، ج. ر.ج.ج، عدد 21، الصادرة بتاريخ 31 ماي 2017.

بقوله: "استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تكميله أو إدارته بما يساهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد"

أما المشرع التونسي عرف الاستثمار كذلك مثل ما فعل المشرع المصري في الفصل الثالث فقرة 1 من قانون الاستثمار التونسي لعام 2016[1] بقوله: "يقصد على معنى هذا القانون ب :

الإستثمار : كل توظيف مستدام لأموال يقوم به المستثمر لإنجاز مشروع من شأنه المساهمة في تنمية الاقتصاد التونسي مع تحمل مخاطره و يكون في شكل عمليات استثمار مباشر أو إستثمار بالمساهمة." كما أضاف تعريفاً للإستثمار المباشر و عملية الإستثمار بالمساهمة في نفس المادة فقرة 2 بقوله:" 1- عملية الإستثمار المباشر : كل إحداث لمشروع جديد مستقل بذاته بغرض إنتاج سلع أو إسداء خدمات أو كل عملية توسعة أو تجديد تقوم بها مؤسسة قائمة في إطار ذات المشروع من شأنها الرفع من قدراتها الإنتاجية أو التكنولوجي أو التنافسية. 2- عملية الإستثمار بالمساهمة: المساهمة النقدية أو العينية في رأس مال شركات بالبلاد التونسية سواء عند تكوينها أو عند الرفع في رأس مالها أو إقتناء مساهمة في رأس مالها."

أما المشرع الجزائري فمنذ الاستقلال إلى يومنا هذا لم ي عرف صراحة الاستثمار [2] وعرف الاستثمار بصفة عامة، حيث نصت المادة الثانية من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار [3]، الذي هو قيد التعديل: على أنه يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

---

[1] **قانون الاستثمار التونسي رقم 71 لعام 2016** المؤرخ في 30 سبتمبر 2016، يتضمن قانون الاستثمار التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2016.

[2] من استقلال الجزائر إلى غاية صدور **قانون رقم 16/09** المتعلق بترقية الاستثمار أصدرت مجموعة من القوانين ذات العلاقة بداية من سنة 63 حين أصدرت أول قانون بعد الاستثمار الفرنسي، **قانون 277/63** مؤرخ في 26 يوليو 1963 يتضمن قانون الاستثمار، ج. ر. ج. ج، عدد 53 الصادرة بتاريخ 02 أوت 1963 ثم قانون رقم 82/ 11 مؤرخ في21 أغسطس 1982 يتضمن الاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني ج. ر. ج. ج، عدد 34 الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1982 ثم **المرسوم التشريعي رقم 12/93** المؤرخ في 08 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 84 لسنة 1993، ثم **الأمر 03/01** مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار ج. ر. ج. ج، عدد 47 لسنة 2001.

[3] **قانون رقم 16-09** مؤرخ في 03 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار ج. ر. ج. ج، عدد 6 المؤرخ في 03 أوت 2016، المعدل و المتمم.

1 -اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج وأو إعادة التأهيل.

2 -المساهمات في رأس مال الشركة.

كما جاء القانون الجديد القانون رقم 18/22 المتعلق بالإستثمار بمفاهيم جديدة نص عليها في المادة 05 منه بقولها" يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

المستثمر: كل شخص طبيعي أو معنوي، وطنياً كان أو أجنبي، مقيماً أو غير مقيم، بمفهوم التظيم الخاص بالصرف، ينجز إستثماراُ طبقاً لأحكام هذا القانون.

إستثمار الإنشاء: كل إستثمار منجز من أجل إنشاء رأسمال تقني من العدم بإقتناء أصول بغرض إنشاء نشاط إنتاج السلع أو الخدمات.

إستثمار التوسع: كل إستثمار منجز بهدف **رفع** قدرات إنتاج السلع أو الخدمات عن طريق إقتناء وسائل إنتاج جديدة أو إستبدال مماثلة لتلك الموجودة.

لا يخول إقتناء تجهيزات تكميلية ملحقة و أو مرتبطة طابع التوسع للإستثمار، و كذلك هو الشأن بالنسبة لإقتناء تجهيزات تجديد أو إستبدال مماثلة لتلك الموجودة.

إستثمار إعادة التأهيل: كل إستثمار منجز يتمثل في عملية إقتناء سلع و/أو خدمات موجهة لمطابقة العتاد والتجهيزات الموجودة من أجل معالجة التأخر التكنولوجي أو بسبب الإهتلاك لقدمها والتي تؤثر عليها من أجل رفع الإنتاجية أو إعادة بعث نشاط متوقف منذ ثلاث3سنوات على الأقل."[1]

والملاحظ من هذا التعريف للاستثمار في القانون الجزائري، فإن الاستثمار هو اقتناء أصول من رأس المال سواء كانت عينية أو نقدية، وسواء كانت هذه الأموال بغرض إنشاء مشاريع جديدة أو قائمة من اجل توسعتها ، و إعادة تأهيل الإستثمارات المنجزة من قبل و مطابقتها مع التكنولوجيا الموجودة في السوق الدولية،بشرط أن يكون المشروع متوقف منذ ثلاث سنوات فقط، كما ينص المشرع على صفة المستثمر إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وهذا كان من خلال المرسوم

[1] **المادة 05 من القانون رقم 18/22 المتعلق بالإستثمار.**

التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار الذي نص على انه شكل الحصص من رأس المال يقدمها شخص طبيعي أو معنوي [1]، و طبقاً لقانون النقد و القرض فيما يخص المستثمر المقيم و غير المقيم للإستثمار في المجال المصرفي.

من خلال هذه التعاريف للاستثمار، يرى معظم الفقهاء أن معظم التشريعات الوطنية لا تع طي تأصيلا قانونيا لعملية الاستثمار بل أنها تتفق بدرجة أو بأخرى على اعتبار بعض الأنشطة الاقتصادية مالا مستثمرا تنطبق عليه صفة المستثمر هذا خلط واضح بين مصطلحي المال المستثمر والاستثمار، في الوقت الذي ينبغي فيه تجنب مثل هذا الخلط فالمال المستثمر هو عنصر من عناصر الاستثمار بل هو في الأساس المحل الذي يرد عليه الاستثمار[2]

خامساً: العنصر الأجنبي في الاستثمارات الدولية:

يعتبر مركز الإقامة هو العنصر الأساسي للتمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي، بحيث أن الاستثمار الوطني هو المنجز من طرف شخص مقيم في دولة معينة فوق إقليم دولة أخرى،في حين يعتمد البعض على معيار الجنسية للتمييز بينهما. لذلك بقيت هذه المسألة محل خلاف في الفقه والقضاء والاتفاقيات الدولية[3].

1 -العنصر الأجنبي في القانون الدولي: لا يوجد في القانون الدولي معيار واضح ومحدد حول "العنصر الأجنبي"، بحيث أن هذا الأخير يخضع لموضوع وهدف الاستثمار وإطاره القانوني، بالرغم من أهمية عنصر الإقامة في مجال الاستثمار فان القانون الدولي يأخذ بعين الاعتبار جنسية المستثمر للتمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي، أما عندما يتعلق الأمر بحرية التنقل كما هو الحال والشان بالنسبة لمنظمة (OCDE)، منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية فإنها تعتمد على

[1] انظر **المادة 02 من المرسوم التشريعي رقم 93-12** المتعلق بترقية الاستثمار الملغى.

[2] انظر **معاوية عثمان الحداد** ، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي دار الجامعة العربية، الإسكندرية، 2015، ص35-36

[3] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص136.

معيار الإقامة بحيث أن الاستثمار الدولي هو الذي يترتب عنه حركة دولية لرؤوس الأموال مهما كانت جنسية المستثمر، والقانون الداخلي هو الذي يحدد من هم المقيمين وغير المقيمين[1].

2 -العنصر الأجنبي في الاتفاقيات المتعددة الأطراف: سوف نتطرق إلى اتفاقية واشنطن المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات و اتفاقية سيول الخاصة بالوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI).

أ -اتفاقية واشنطن المنظمة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI): تنص المادة 25 من الاتفاقية على أن اختصاص المركز يشمل المنازعات القانونية التي تثور بين دولة متعاقدة وبين شخص تابع لدولة أخرى والتي تتصل على نحو مباشر بالاستثمار.

والأصل أن تعبير الشخص التابع لدولة أخرى Ressortissant d'un autre état contractant ينصرف إلى كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة غير الدولة الطرف في المنازعة، إلا أن المادة 2/25 ب تدخل في طائفة الأشخاص التابعين لدولة أخرى على شخص اعتباري يتمتع بجنسية الدولة الطرف في المنازعة، اتفق الطرفان من أجل إعمال أحكام المعاهدة إلى اعتباره شخص تابع لدولة أخرى متعاقدة بسبب سيطرة المصالح الأجنبية عليه[2].

- جاء في الفقرة الثانية من المادة 25 من الاتفاقية ما يلي:

"...ويقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

أ -كل شخص طبيعي يحمل جنسيته.

ب كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر أن الرقابة إلى تمكين عليه من قبل المصالح الأجنبية.

---

[1] **عيبوط محند وعلي**، نفس المرجع، ص136.

[2] **حفيظة السيد الحداد**، المرجع السابق، ص 112 وما بعدها

ويتضح من ذلك أن اتفاقية واشنطن قد اعتدت بضابط الجنسية كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للشركة، حيث أن اختصاص المركز قاصر على نظر منازعات الاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة أي انه يشترط لانعقاد هذا الاختصاص ألا يكون النزاع بين دولة ومستثمر يتمتع بجنسية ذات الدولة الطرف في العقد[1].

ب-اتفاقية سيول (SEOUL) الخاصة بالوكالة الدولة لضمان الاستثمار (AMGI): اعتمدت هذه الاتفاقية على عنصر الجنسية لتحديد الأشخاص الذين يتمتعون بالصلاحية لضمان الوكالة ، عندما يتعلق الأمر بالأشخاص الطبيعيين، وبعنصر مكان التأسيس ومقر العمل الرئيس ي (مركز الإدارة الرئيسي) عندما يتعلق الأمر بالأشخاص الاعتبارية.

حيث تنص هذه الاتفاقية في المادة 13 على م ا يلي: "أ- يتمتع بالصلاحية لضمان الوكالة أي أحد الأعضاء..

ب- في حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة، فان جنسية، العضو تجب جنسية الدولة غي العضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة غيرها من الأعضاء.."

إن معيار الجنسية الماخود به للتمييز بين الوطنيين والأجانب في العصر الحالي هو الجنسية، كما أخدت به الاتفاقية والجنسية كما يعرفها القانونيين هي رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة إذ يكفي لمعرفة الأجنبي في أي دولة أن نرجع إلى تشريعها الذي يحدد من هو الوطني حتى يمكن تحديد الأجنبي، وتكتفي تشريعات الجنسية في مختلف الدول بتحديد من هو الوطني دون أن تعني بتحديد من هو الأجنبي، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة والأجنبي هو من لا يتمتع بها.

إذ تعتبر الشركة الأجنبية إذا أخذنا بعنصر مكان التأسيس وينطبق عليها وصف الطرف في عقد الاستثمار،متى كان التأسيس قد تم في دولة أخرى غير الدولة المتعاقدة ، ويتميز هذا المعيار بطابع الثبات والاستقرار إذ أن مكان التأسيس معيار مادي محدد من السهل معرفته وهو لا يتعثر، ومن ثم فإن الأخذ به من شأنه توفير الطمأنينة اللازمة في المعاملات المتصلة بالشركات[2].

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص33.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه ، ص30

أما الأخذ بمركز الإدارة الرئيسي فهو المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره، كمجلس الإدارة الجمعية العمومية والإدارة المالية والأجهزة الإدارية والفنية الأخرى، ويجب البحث عن المركز الحقيقي آو الفعلي لإدارة المشروع[1].

3- الاتفاقيات الثنائية: تعتمد هذه الاتفاقيات أساسا على معيارا الجنسية بدلا من معيار الإقامة أو المسكن أو موقع النشاط، فيعتبر دوليا كل استثمار منجز من طرف مواطن طرف متعاقد فوق إقليم المتعاقد شخص طبيعي أو اعتباري بشرط.

1- أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني دولة عضو غير الدولة، المضيفة.

2- أن يكون الشخص الاعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر عمله الرئيسي في إقليم الطرف الآخر، وإذا كانت تأخذ بعين الاعتبار المقر الاجتماعي وعنصر الرقابة فإنها تحيل تحديد معنى الرقابة إلى القانون الداخلي لكل طرف متعاقد[2].

4- العنصر الأجنبي في القانون الداخلي: إن معظم الاتفاقيات الدولية تحيل إلى القوانين الوطنية للبحث عن معيار للتمييز بين الاستثمار الوطني و الاستثمار الدولي.

وبصفة عامة يؤخذ بعين الاعتبار عنصر الجنسية أو الإقامة بالنسبة للاستثمارات المنجزة من طرف الأشخاص الطبيعة ومكان النشأة والتكوين أو الرقابة بالنسبة للاستثمارات المنجزة من طرف الأشخاص الاعتبارية.[3]

لم يعرف المشرع الجزائري المستثمر الأجنبي في قوانين الاستثمار كما فعلت بعض التشريعات كالتشريع الخاص بالمملكة العربية السعودية، حيث عرفت الفقرة (ه) من المادة الأولى من نظام الاستثمار الأجنبي رقم م 1 بتاريخ 5 محرم 1421ه المستثمر الأجنبي بأنه الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية السعودية أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية،[4] ومن هنا يظهر أن المشرع اعتمد على معيار الجنسية للتحديد المستثمر الأجنبي.

---

[1] نفس المرجع، ص31.

[2] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص138.

[3] **عجة الجيلالي**، المرجع السابق، ص395.

[4] **مشيد سليمة**، المستثمر الأجنبي و قانون النشاطات المتقنة في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015 / 2016، ص 199

للتمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني كان المشرع الجزائري في قوانين الاستثمار منذ الاستقلال، كقانون سنة 1963، و سنة 1966، و ذلك في قانون الشركات المختلطة الاقتصاد لسنة 1982،[1] يأخذ بمعيار الجنسية لتحديد الشخص الأجنبي، وهذا رغبة من المشرع للتأكيد على فكرة السيادة، و بصدور قانون النقد والقرض رقم 10/90[2] الملغى.

بموجب المادة142من الأمر رقم 11/03،[3]المعدل والمتمم، الذي اهتم بالاستثمارات الأجنبية، تراجع موقف المشرع عن فكرة إخضاع مقتضيات التنمية الاقتصادية لمتطلبات السيادة والاستقلال السياسي واعتماد منهج يعطي الأولوية للجانب الاقتصادي على حساب الجانب السياسي، وذلك في إطار بناء اقتصاد السوق.[4]

حيث جاء في المادة 126 من الأمر رقم 11/03 ما يلي: " يرخص للمقيمين في الجزائر بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع و الخدمات في الجزائر"، وكانت تقابلها المادة 183 من القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الملغى، التي تنص على: " يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر

---

[1] **قانون رقم13/82** مؤرخ في 28 غشت 1982 ،يتعلق بإنشاء و تسيير شركات الاقتصاد المختلط ، ج . ر. ج. ج، عدد 35 الصادرة بتاريخ 31 غشت 1982، معدل و متمم بموجب القانون رقم 13/86 المؤرخ في 19 غشت 1986ج. ر. ج. ج، عدد 35 الصادرة بتاريخ 27 غشت 1986.

[2] **القانون رقم10/90**مؤرخ في18افريل 1990،يتعلق بالنقد والقرض،ج . ر. ج. ج ،عدد 16الصادرة بتاريخ 18افريل 1990.

[3] **الأمر رقم 11/03** مؤرخ 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد و القرض ج ر عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003، معدل **بالأمر رقم 01/09** مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2009، معدل و متمم **بالأمر رقم 04/10** مؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق ل 26 أوت 2010،ج. ر. ج. ج،عدد 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010، معدل **بالقانون رقم 08/13** مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن **قانون المالية لسنة 2014**، ج.ر.ج.ج. عدد68، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2013، معدل **بالقانون رقم 14/16** مؤرخ في 28 ربيع الأول 1438 الموافق 28 ديسمبر سنة 2016، يتضمن **قانون المالية لسنة 2017**، ج.ر.ج.ج. عدد 77، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2016، المتمم 10/17 مؤرخ في 20 محرم عام 1439 الموافق 11 أكتوبر لسنة 2017، المتعلق **بالنقد والقرض**، ج.ر.ج.ج. عدد 57،الصادرة بتاريخ 12 أكتوبر سنة 2017، المعدل **بالقانون رقم 16/21** مؤرخ في 25 جمادى الأولى الموافق30ديسمبر سنة2021،يتضمن قانون المالية لسنة2022،ج.ر.ج.ج.عدد100،الصادرة بتاريخ30ديسمبر سنة 2021.

[4]**Zouaimia Rachid**، le régime des investissements étranger en Algérie، journal du droit est international clunet/n 03/ 1993، page 569- 598

لتمويل أي نشاطات اقتصادية مخصصة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها..."، و بذلك يكون المشرع قد سمح لغير المقيمين بالاستثمار في الجزائر.

ما تجدر الإشارة إليه أن المفهوم القانوني المكرس في قانون النقد و القرض و المتعلق بالمقيم أو غير المقيم المنصوص عليها في القانون الجديد المتعلق بالإستثمار رقم 18/22في المادة 5/05، ليس من مبتكرات المشرع الجزائري و إنما هو مفهوم مستلهم من المشرع الفرنسي وتحديد من المرسوم رقم 938/89 المؤرخ في 1989/11/29 و الذي عرف في المادة الأولى منه مفهوم المقيم بالنظر إلى علاقته المالية مع الخارج و قد تأثر هذا المرسوم بقرار محكمة الا ستئناف لفرساي المؤرخ في 09-11-1979 و الذي عرفت فيه المقيم على أنه ذلك الملكن الذي يثبت فيه الوجود المعتاد لمركز و مصالح و نشاطات الشخص المعني [1] فإذا كان المركز الرئيسي لنشاطه بفرنسا فمعنى ذلك اكتسابه الجنسية الفرنسية، أما إذا كان المركز الرئيسي لنشاطه بالخارج يعتد أجنبي في نظر القضاء الفرنسي لكن في حالة ازدواجية الجنسية فعلى القاضي أن يبحث عن الجنسية الأصلية أيا كان وجود مركز نشاط الشخص.[2]

كما عرف قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999 الذي عدل سنة 2007 المستثمر بأنه الشخص الذي يستثمر أمواله وفقا لأحكام هذا القانون في أي مشروع سواء كان سودانيا أو غير سوداني و هذا ما انفرد به التشريع السوداني لمساواته بين المستثمر الأجنبي والوطني.[3]

أما التشريع الأردني فلقد صدر نظام رقم (77) لسنة 2016 و تعديلاته لسنة 2019 و 2020 سمي بنظام استثمارات غير الأردنية حيث نصت المادة " 4" منه كان: "أن للمستثمر غير الأردني أن يمتلك نسبة تقل عن (50%) من رأسمال أي مشروع في الأنشطة الإقتصادية التالية: تجارة التجزئة و الجملة.....الخدمات .....خدمات النقل البحري و الجوي و الخدمات التابعة له.....وخدمات النقل عبر الطرقات .....".[4]

---

[1] أنظر **عجة الجيلالي**، المرجع السابق ، ص 419.

[2] نفس المرجع، ص 419

[3] **معاوية عثمان الحداد**، المرجع السابق، ص 42.

[4] **نظام تنظيم إستثمارت غير الأردنيين رقم (77) لسنة 2016**(و تعديلاته 2019و 2020)، بمقتضى المادة 10 من قانون الإستثمار رقم (10) من قانون الإستثمار رقم (30) لسنة 2014.

و الملاحظ أن التشريع الأردني بوضعه السائد لا يتسق مع المفهوم الحديث للاستثمار و الذي يتأذى بوضع القيود على تدفقات رأس المال الأجنبي، كما يتعين الوقوف بأن قانون و أنظم ة الاستثمار في الأردن لم يضع تعريفا محددا و دقيقا للمستثمر الأجنبي [1] كما فعلت بعض التشريعات العربية و الأجنبية.

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار

إذا كان الاستثمار ينقسم من الناحية الاقتصادية إلى استثمار منتج و آخر غير منتج تبعا للنظرة الاقتصادية، إلى مجموع قيمة الخدمات و السلع المنتجة خلال مدة من الزمن و نظرا لتأثيره على الاقتصاد الوطني الذي يتوقف على مجالات الاستثمار التي تقوم بها الشركات الأجنبية لاسيما في البلدان النامية.[2]

تنقسم الاستثمارات الأجنبية من حيث المدة التي تستغرقها إلى استثمارات قصيرة الأجل ، ويكون القصد من إرسال رأس المال الأجنبي لمدة قصيرة تفاديا لبعض المخاطر التي تحيط به في موطنه الأصلي،وهناك استثمارات متوسطة الأجل، أي من سنة إلى خمس سنوات ، والاستثمارات طويلة الأجل الذي يزيد على خمس سنوات [3] التي تستخدم لإنشاء أو تمويل مشروعات إنتاجية في الدول التي تنتقل إليها مما يؤدي عموما إلى تنمية الاقتصاد الوطني لتلك الدول.[4]

وينقسم من حيث القائم عليه إلى عام وخاص،واستثمارات داخلية ودولية وذلك وفق معيار الجنسية.

أما بحسب أسلوب المشاركة فينقسم الاستثمار إلى الاستثمار مباشر و هو موضوع الأطروحة وغير مباشر وهذا من بين أهم التقسيمات الخاصة بالاستثمارات التي أستقر عليها فقهاء الاقتصاد والقانون، في العقود لأجيرة ويمثل هذا التقسيم محورا لكثير من رجال الأعمال والحكومات في

---

[1] **معاوية عثمان الحداد**، المرجع السابق، ص 43

[2] **معاوية عثمان الحداد** ، نفس المرجع، ص 45، أنظر كذلك د. **غسان عبيد محمد المعموري** ، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان ، 2015، ص 29.

[3] **غسان عبيد محمد المعموري**، المرجع السابق، ص 29.

[4] **معاوية عثمان الحداد**، المرجع السابق، ص 46.

الدول النامية والمتقدمة معا،وذلك عند بداية النصف الثاني من هذا القرن سواء من حيث جدوى هذه الاستثمارات في الدول النامية،أو أساليب تنفيذها ودوافع الشركات المتعددة الجنسيات من ورائها.

أولاً: الاستثمار الأجنبي المباشر:[1]

يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه انتقال رؤوس الأموال الأجنبية للعمل في الدول المضيفة بشكل مباشر في صور مختلفة سواء كانت وحدات صناعية استخراجية أو تحويلية أو إنشائية أو زراعية أو خدمية، ويكون حافز الربح المحرك الرئيسي لهذه الاستثمارات[2]

كما عرف تقرير الأمم المتحدة للتجارة و التنمية (U.N.C.T.A.D) الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه استثمار يفترض وجود علاقة استمرارية طويلة الأمد بين الدولة المضيفة و المستثمرين الأجانب، و قد يسعى هؤلاء المستثمرين عن طريق هذه العلاقة إلى التحكم في المشاريع أو المؤسسات التي تنمي إلى البلد المضيف تعود ملكيتها بالكامل لهم، و قد يشاركهم في هذه الملكية وطنيون أو أجانب.[3]

" Foreign، direct investment (F.D.I) is defined as an investment investing a long term relationship and reflecting a lasting interest and control of a resident entity in one economy in an enterprise resident in an economy other than that of the foreign direct invest or… "

كما عرفه الصندوق النقد الدولي (F.M.I) بأنه: "الاستثمار الذي يتم الحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم بعمليات في إطار اقتصادي خلاف اقتصاد المستثمر الذي يستهدف المستثمر به الحصول على الحث في القيام بدور فعال في إدارة المشروع"[4].

---

[1] كان يطلق على حركة رأس المال بالاستثمار الدولي حتى عام 1930حيث ورد ذكر الاستثمار المباشر و بقي الخلط بين ما يعرف بالاستثمار الأجنبي المباشر و الاستثمار الأجنبي غير المباشر (المحفظي) لغية عام (1968) حيث تم الفصل بين المفهومين فالاستثمارات المباشرة تطلق على كل الاستثمارات الأجنبية التي لا تؤثر في أسواق الأوراق المالية و هي استثمارات شركات مسجلة في الدولة الأم و تعمل في الخارج، أنظر **عبد الرزاق حمد حسين الجبوري** ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2014، ص 31.

[2] **عبد الرزاق حمد حسين الجبوري**، نفس المرجع ، ص 32 – 33

[3] **UNCTAD** (world investment report 1999، for direct investment and the challenge of development Geneva and Ney work، 1999; p 465.

[4] **عثمان عبيد محمد المحمودي**، المرجع السابق، ص 31.

كما جاء في تقرير(U.N.C.T.A.D) لسنة 2004[1] بغرض الإحصاء و تعريف الاستثمار الأجنبي بأنه: "مباشرا إ ذا امتلك المستثمر الأجنبي 10% أو أكثر من الأسهم العادية أو القوة التصويتية لحملة الأسهم لشركة مساهمة أو ما يعادلها للشركات غير المساهمة "

أما منظمة التجارة العالمية (O.M.C) فقد عرفت الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه نشاط يحدث عندما يتملك مستثمر مقيم في بلد ما (البلد الأم) أصولا إنتاجية في بلد آخر (البلد المضيف) بقصد إدارتها.[2]

أما منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية (O.E.C.D) عرفت الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه: "الاستثمار لأغراض بناء علاقات اقتصادية دائمة تسمع بإمكانية ممارسة تأثير فعال إداريا.[3]

أما عن المحاولات الفقهية لتعريف الاستثمار الأجنبي فيرى البعض أن الاستثمار المباشر يتجسد في إنشاء مشروع أو توسيعه أو الاشتراك في إدارته أي وسيلة بهدف إنشاء علاقات اقتصادي أو استمرارها بين صاحب المال و المشروع في أحد مجالات التنمية.[4]

و يعرف كذلك بأنه:" كل عمليات شراء أو خلق أو توسيع لم حال تجارية أو منشآت فردية أو فروع أو مشروعات ذات طابع شخصي، كما يعد استثمارا مباشرا لكل العمليات التي يكون الهدف منها لشخص أو عدة أشخاص بالسيطرة أو تدعيمها على شركة تمرس أنشطة صناعية أو زراعية أو تجارية أو مالية،أيا كان الشكل الذي تتخذه هذه الشركات و يشترط في العملية السابقة لكي تعد استثمارا مباشرا أن يكون القائم بها شخصا من غير المقيمين أو شركة تكون تحت سيطرة أجنبية مباشرة أو غير مباشرة"[5]

---

[1] **UNCTAD** (world investment report 2004، the shift towards dervices) Geneva and new york ، 2004، p 345.

[2] **عبد الرزاق محمد حسين الجبوري**، المرجع السابق ، ص 33

[3] **OCDC**، définition des références des investissements international، Paris، 1983، p 14

[4] **غسان عبيد محمد المعموري**، المرجع السابق، ص 32.

[5] **غسان عبيد محمد المعموري**، المرجع السابق، ص 32

وهكذا فإن الاستثمار الأجنبي المباشر هو انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم و الإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة.[1]

مهما تعددت تعريفات الاستثمار ، يبقى الاستثمار الأجنبي المباشر هو الأسلوب المفضل لدى الكثير من الدول خاصة السائرة في طريق النمو لتحقيق التنمية ، إذ أنه يؤدي إلى حصولها على الخبرة الفنية و فن الإنتاج المتقدم و الخبرة الإدارية و التنظيمية و توفير رؤوس الأموال الأجنبية التي تعتبر مصدر من مصادر التمويل الخارجي ، و يضمن أيضا استخدام الخبرة و الوسائل الإنتاجية الحديثة، بحيث يكون من شأن ذلك أن يؤدي على تطوير الاقتصاد الوطني و خلق فرص عمل جديدة للعمالة الوطنية.[2]

1- المكونات الرئيسية للاستثمار الأجنبي المباشر: و تقصد بالأساس التمويلي للاستثمارات الأجنبية المباشرة.

أ- رأس المال المساهم به (Equity capital): و هو قيام المستثمر الأجنبي بشراء حصة من مشروع معين في بلد آخر (البلد المضيف) غير بلده الأصلي (البلد الأم) و يتضمن رأس المال المساهم به، بناء أصول جديدة أو شراء أصول قائمة بالإضافة إلى الحيازة و الاندماج.

إن حجم رأس المال المساهم به كمكون من مكونات الاستثمار الأجنبي المباشر يهيمن على المستوى العالمي، ففي عقد التسعينات بلغ نصيبه نحو ثلثي مجموع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر، أما حصة الشكلين الآخر من مكونات الاستثمار الأجنبي المباشر فكانا في المتوسط (23%) للقروض داخل الشركة و (12%) للأرباح المعاد استثمارها،[3] و يقصد بالشكلين الآخرين الأرباح المعاد استثمارها، و القروض داخل الشركة.

---

[1] **بشار محمد الأسعد** عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق، ص 40.

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 42.

[3] **عبد الرزاق حمد حسين الجبوري**، المرجع السابق، ص 35

ب. الأرباح المعاد استثمارها dearning Reinveste: و تتمثل في حصة المستثمر الأجنبي غير الموزعة كأرباح الأسهم و الأرباح غير المعادة إلى المستثمر الأجنبي، فمثل هذه الأرباح المحتجزة من الشركات المساهمين يفترض إعادة استثمارها في اقتصاد البلد المضيف.

ج. القروض داخل الشركة (Intra- companyloans): تتمثل معاملات الدين داخل الشركة بالقروض بين الشركة الأصلية (الأم) و فروعها ، و تشير إلى القروض الطويلة أو القصيرة الأجل من الدول والشركات في غير البلد المضيف ، إضافة إلى ا قتراض رؤوس الأموال بين المستثمرين.[1]

2- دوافع الاستثمار الأجنبي المباشر: تم وضع تصنيفات مختلفة لأنواع الاستثمار الأجنبي المباشر استنادا إلى الدوافع و المحفزات التي تؤدي إلى حدوث الاستثمار و من بين هذه الدوافع ما يلي:

أ. الاستثمار الباحث عن الكفاءة Efficiencyserching FDI : يحدث هذا النوع من الاستثمار فيما بين الدول المتقدمة و الأسواق الإقليمية المتكاملة كالسوق الأوروبية أو شمال القارة الأمريكية،[2] و يتم التعهد بهذا النوع من الاستثمار من قبل الشركات متعددة الجنسيات إلى تحقق تدويل عملياتها بشكل مكثف ، و الهدف من هذا الاستثمار هو تعظيم الأرباح عن طريق تخفيض التكاليف بطريقة الميزة النسبية بشكل كامل في البلدان المضيفة، و من بين الدول التي من سماتها هذا الاستثمار، الاستثمار الياباني في آسيا، الولايات المتحدة في المكسيك و الاستثمار الأوروبي في وسط و شرق آسيا.[3]

ب- الاستثمار الباحث عن أصول استراتيجية Strategic-Serching FDI :و يكون عن طريق قيام الشركات بعمليات تملك أو شراكة لخدمة أهدافها الإستراتيجية، و يكون في مراحل

---

[1] نفس المرجع ، ص 35.

[2] **حسان خضر** . الاستثمار الأجنبي المباشر، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، عدد 2004، ص 6.

[3] **عبد الرزاق حمد حسين الجبوري**، المرجع السابق، ص 39.

متقدمة من نشاط الشركات المتعددة الجنسيات عندما تقوم أحدى الشركات بالاستثمار في مجال البحث والتطوير في إحدى الدول النامية أو المتقدمة، و يكون لهذا النوع من الاستثمار آثار توسعية على التجارة من زاويتي الإنتاج و الاستهلاك

ج- **الاستثمار الباحث عن الأسواق Market –serching FDI** :يهدف هذا النوع من الاستثمارات عادة على تلبية المتطلبات الاستهلاكية في أسواق الدول المتلقية على الاستثمارات (المحلية و المجاورة و الإقليمية)، و لاسيما تلك التي كان يتم التصدير إليها في فترات سابقة.[1]

حيث يمكن للشركات متعددة الجنسيات أن تؤثر على البلدان النامية عن طريق الاستثمار في قطاع الصناعات التحويلية، و هذا هو الأسلوب الذي ساد خلال الستينات و السبعينات من القرن الماضي أثناء تطبيق سياسة إحلال الواردات، ويعتمد هدا الاستثمار على حجم السوق و نموها في البلدان المضيفة، و يقاس حجم السوق بمستوى الإنتاج المحلي وحصة الفرد منه، التي توضح القوة الشرائية المؤثرة في الطلب على السلع والخدمات التي تنتجها الشركات المتعددة الجنسيات .[2]

د- **الاستثمار الباحث عن المصادر (resource-searching fdi)** :وهذا لزيادة العائد أو الحصول على موارد أولية بأسعار متدنية أو عمالة بأجور منخفضة . و دخول الأسواق الناشئة، ويعتمد هذا النوع من الاستثمارات على تشجيع الصادرات من المواد الأولية و زيادة الاستيراد من السلع الرأسمالية و السلع الاستهلاكية و المدخلات الوسيطة في العملية الإنتاجية .

وكان الظهور الأول لهذا النوع من الاستثمارات ، عندما قامت الشركات الأجنبية باستغلال الموارد الخام المكتشفة في مستعمرات الدول الصناعية في آسيا وإفريقيا واكتسبت سمعة سيئة ، وذلك لقيامها بالنهب المنظم لثروات الشعوب المستعمر ، وفي فترات لاحقة بدأت تظهر الشركات

[1] **حسان خضر**، المرجع السابق، ص 6.

[2] **عبد الرزاق حسين الجبوري**، المرجع السابق، ص38.

الكبرى التي تسعى إلى استقطاب استثماراتها في التنقيب عن النفط واستخراجه وتصفيته وتصديره.[1]

2 – أنواع الاستثمار الأجنبي المباشر: تختلف أنواع الاستثمار الأجنبي المباشر باختلاف ملكية المستثمر للمشروع و الغرض الذي تسعى إليه هذه الاستثمارات و هي في تغير مستمر في الدول النامية بما تقتضيه حاجة هذه الدول و مصلحة الشركات متعددة الجنسيات، و يمكن رصد عدد من الأشكال التي ظهرت نتيجة العولمة و انفتاح الأسواق على النحو التالي:

أ –**الاستثمار الأجنبي المباشر المرتبط بالملكية:** و يمكن أن يأخذ أحد الأشكال التالية:

أ/1– الاستثمار المشترك .Joint venture: و هو الاستثمار الذي يقوم على مبدأ الشراكة بين طرفين أو أكثر من بلدين أو أكثر . عن طريق شركة دولية النشاط، و يحدث ذلك في شكل مشروعات اقتصادية تندرج فيها عمليات إنتاجية و تسويقية و مالية.[2]

كما عرف على أنه " استثمار أجنبي قائم على أساس المشاركة مع رؤوس المال الوطني، في شكل اتفاق بين مستثمران وطني عام أو خاص أو أجنبي، و يكون كل طرف منهم الحق في إدارة المشروع"،[3] و يتم تحديد الشكل القانوني للمشروع الاستثماري المشترك بالنظر إلى اقتصاد المساهمين فيه، إما إلى القطاع العام، و إما إلى القطاع الخاص ، فإذا كان جميع المساهمين في المشروع (الأجانب أو الوطنيين) ينتمون إلى القطاع الخاص يأخذ المشروع عندئذ شكل شركة وطنية عادية والتي تنص عليها قوانين البلد المضيف، فإذا لم يوجد نص في قوانين البلد المضيف يحدد الشكل القانوني الذي يجب أن يأخذه المشروع المشترك فالأمر يرجع إلى إرادة المساهمين في تحديد الشكل القانوني الذي يرونه مناسبا لمشروعهم.[4]

---

[1] **ماهر كنج و مروان عوض** ، المالية الدولية، العملات الأجنبية والمشتقات المالية بين النظرية والتطبيق، معهد الدراسات المصرفية، عمان، الأردن، ط1، 2004، ص54 .

[2] أنظر **عبد الرزاق حمد حسين الجبوري**،مرجع سابق،ص41. أنظر كذلك: **سي فضل الحاج**،مرجع سابق،ص 42– 43.

[3] **عمر هاشم محمد صدقة** ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 11.

[4] **عمر هاشم محمد صدقة**، نفس المرجع ، ص 13

و تجدر الإشارة أن هذا الشكل من الاستثمار يحقق مزايا للدولة المضيفة للاستثمار ، كالمشاركة في اتخاذ القرارات و تخفيف العبء على الاقتصاد الوطني هذا من جهة، أما من جهة أخرى التقليل من المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي كالمصادرة و التأميم.[1]

و قد استعملت جمهورية الصين الشعبية هذا النوع من الاستثمارات بموجب الجلسة الثانية للمؤتمر الشعبي الوطني الخامس في 1 يوليو 1989، و كان أول قانون يسم ح بتأسيس و تشغيل الكيانات الاقتصادية الأجنبية في أراضيها، لأسباب أيديولوجية و كذلك الاهتمام الرئيسي في الحصول على التكنولوجيا المتقدمة من خلال الاستثمار الأجنبي المباشر.[2]

أما في الجزائر مع بداية الثمانينيات مع تأزم الوضع الاقتصادي بعد انخفاض سعر البترول والنقص في الموارد بالعملة الصعبة و فشلها في تحقيق المشاريع الاقتصادية الكبيرة ، قام المشرع الجزائري بوضع إطار تشريعي جديد، بالنص على قانون 82-13 المتعلق بالشركات الاقتصادية مع المستثمرين الأجانب عن طريق أسلوب الشراكة، [3] لكن هذا الأسلوب لم يحض باهتمام المستثمرين الأجانب، بسبب البيروقراطية التي تميز تسيير المؤسسات العمومية، كما أن الشراكة كانت تتم بنسبة 49/51 لفائدة القطاع العام، بالإضافة إلى كون إدارة مجلس المديرية من صلاحيات الطرف الجزائري، إلا أنه سنة 2019، و بموجب قانون المالية الذي صادقا عليه مجلس الوزراء براسة رئيس الدولة قد تخلى عن هذه القاعدة 49/51 بالنسبة للاستثمارات الأجنبية، و تخفيف القيود عليها، خارج القطاعات الإستراتيجية، مع إمكانية اللجوء بطريقة انتقائية إلى التمويل الخارجي لدى المؤسسات المالية العالمية للتنمية.[4]

---

[1] **سي فضل الحاج**، مرجع سابق، ص 43

[2] **كامل عبده أحمد السيد عاشور** ، السياسات الضريبية و أثرها على الاستثمار الأجنبي المباشر في الصين، المكتب العربي للمعارف، ط1، القاهرة، مصر، 2017، ص 289.

[3] **قانون رقم 82- 13** مؤرخ في 28 غشت 1982 يتعلق بإنشاء و تسيير شركات الاقتصاد المختلط جر عدد 35 الصادرة بتاريخ 31 غشت 1982 معدل و متمم بالقانون 86- 13 المؤرخ في 19 غشت 1986،ج. ر. ج. ج،عدد 35 الصادرة بتاريخ 27 غشت 1986.

[4] **مقال منشور في جريدة النهار الصادرة بتاريخ 12 سبتمبر 2019**، ص 3.

ب/ الاستثمار المملوك بالكامل للمستثمر الأجنبي wholly- owned FDI : وهو الشكل المفضل لدى الشركات متعددة الجنسيات ، حيث تقوم فيه بإنشاء فروع الإنتاج أو التسويق أو أي نوع من النشاط الإنتاجي أو الخدمي بالدولة المضيفة للاستثمار [1]، و في المقابل فإن البلدان المضيفة و خاصة البلدان النامية تتردد كثيرا بل ترفض أحيانا مثل هذا النوع من الاستثمارات، وذلك خوفا من التبعية الاقتصادية التي يمكن أن تنشأ عن سيطرة الشركات متعددة الجنسيات على أسواقها، إلا أن الواقع يشير إلى انتشار هذا النوع بل صار وسيلة لجذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية المباشرة، و ذلك بعد زيادة حدة المنافسة بين الدول النامية و حتى الدول المتقدمة صناعيا و بذلك أخذت الدول بالتصريح للشركات متعددة الجنسيات التي تقوم بالتملك المطلق لمشروعات استثمارية [2]على أراضيها.

ج/ الاستثمار في المناطق الحرة: free zones : المتأمل و المتمعن في التشريعات و النظم المختلفة التي تنظم أسلوب العمل بالمناطق الحرة في العالم ، نجد أنها لم تضع تعريفا محددا للمنطقة الحرة ، وإنما وضعت تحديدا لحدود المنطقة أو لإجراءات والتنظيمات الجمركية التي يخضع لها نظام العمل بداخل المنطقة أو تعين مجالات النشاط الذي من الممكن ممارسته، فيعرف البعض المناطق الحرة على أنها: " جزء أراضي الدولة تسمح فيها بعمليات تجارية و صناعية مع دول العالم متحررة من قيود الجمارك والاستيراد والتصدير والنقد ومن هنا كان تسميتها منطقة حرة"[3].

و لقد عرف المشرع الجزائري المناطق الحرة بموجب المرسوم التنفيذي 94-320،[4] المتعلق بالمناطق الحرة في المادة الثانية بقوله: "المناطق الحرة هي مساحات مضبوطة حدودها تمارس

---

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 43.

[2] **عبد الرزاق حمد حسين الجبوري**، المرجع السابق، ص 43.

[3] **منور أو سرير**، دراسة نظرية عن المناطق الحرة (مشروع منطقة بلارة)، مجلة الباحث عدد02، 2003، ص40-48.

[4] **مرسوم تنفيذي 94- 320** المتعلق بالمناطق الحرة، المؤرخ في 17 أكتوبر 1994،ج. ر . ج. ج،عدد 67 الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1994.الملغى و الأمر 02/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 يتعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ج.ج، ع 43 = =صادرة بتاريخ 20 يونيو 2003، الموافق عليه بالقانون 11/03 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003، ج.ر.ج.ج.، عدد 64 الصادرة في 26 أكتوبر 2003 الملغى بالقانون رقم 10/06 المؤرخ في 24 يونيو 200 ينعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ج.ج، عدد 42 الصادرة بتاريخ 25 يونيو 2006 الملغى بالقانون رقم 15/22 مؤرخ في 20 يوليو 2022يحدد القواعد المنظمة للمناطق الحرة، ج.ر.ج.ج، عدد 49 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2022.

فيها أنشطة صناعية و خدمات و/أو تجارية طبقا للشروط الواردة في المواد 25 إلى 32 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994.

وعرفتها الاتفاقية الدولية "كيوتو" لتبسيط و تنسيق الإجراءات الجمركية بأنها: "جزء من الإقليم أو الدولة تعتبر السلع المنتجة أو المقدمة فيها خارج المنطقة الجمركية و غير خاضعة للرسوم والضوابط الجمركية.[1]

د/ مشروعات أو عمليات التجميع Assembly opération:تأخذ هذه المشروعات شكل وسط بين الامتلاك الكلي المحلي والامتلاك الكلي الأجنبي، حيث يكون العمل في نطاق اتفاقية بين الطرفين، الأجنبي بصفته صاحب مواصفات قياسية أو علامة تجارية لمنتج معين لتجميعها لتصير منتج نهائي في البلد المضيف[2].

أما إذا كان المشروع الاستثماري التجميعي على شكل عقد أو اتفاقية بين الطرفين لا تتضمن أي مشاركة أجنبية بشكل أو بآخر لهذا المشروع، فإن هذا النوع من الاستثمارات سيكون مشابه للاستثمار الأجنبي غير المباشر في مجال الإنتاج.[3]

-الأشكال الجديدة للاستثمار الأجنبي المباشر NFI : تتميز دراسات الاستثمار بين الأشكال التقليدية والأشكال الحديثة للاستثمار ويكون المستثمر الأجنبي في الأشكال التقليدية هو المسير للشركة بفضل حيازته كامل أو اغلب أموالها، أما في الأشكال الحديثة فيكون المستثمر المحلي هو صاحب الأغلبية، وإذن هو المسير للشركة، وهذا يعني أن التمييز بين الاستثمار الأجنبي المباشر التقليدي والأشكال الجديدة يرتكز أساسا على توزيع الرأسمال الاجتماعي للمشروع في البلد المستقبل.[4]

---

[1] **عبد الرحمن برغل**، النظام القانوني للاستثمار في المناطق الحرة، رسالة ماجستير في القانون التجاري، جامعة حلب، كلية الحقوق، 2014، ص 10.

[2] **عبد الرزاق حمد حسين الجبوري**، المرجع السابق، ص 47

[3] نفس المرجع، ص 47.

[4] **قادري عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 34.

وتسمح للمستثمر ممارسة الرقابة الفعلية على المؤسسة دون اكتساب الأغلبية في رأسمالها الاجتماعي،[1] وغالبا ما يكون هذا النوع الجديد من الاستثمار على شكل عقود ، كعقود الترخيص وعقود الامتياز وعقود التصنيع و عقود المفتاح في اليد التي سوف نقوم بدراستها عند تطرقنا إلى أنواع عقود الاستثمار.

ثانياً: الاستثمار الأجنبي غير المباشر

يقصد به قيام المستثمر بتوظيف أمواله دون أن يتدخل في إدارة المشروعات الناشئة عنها، بل يريد أرباح و مضاربة منها، وهي من الاستثمارات القصيرة الأجل، ليس للمستثمر الأجنبي نصيب في ملكية المشروع و لا يتحكم في إدارته وتنظيمه كما أنه لا يتمتع بالرقابة أو السيطرة و اتخاذ القرار في هذا النوع من الاستثمارات.[2]

بمعنى آخر أنه لا يقوم فيه المستثمر بإنشاء أو تملك شركات أو منشآت أو محلات تجارية في دولة أجنبية، و إنما يستثمر أمواله في منح القروض التي تعطي عائدات ثابتة في صور فوائد أو شراء أسهم، المضاربة على شراء الأسهم و السندات و غيرها من الأوراق بالبورصة.[3]

وتعتبر أسواق المال المرتع الخصب لجذب الاستثمارات غير المباشر إذ بلغت القيمة السوقية الإجمالية في الدول العربية خلال العام 2001 حوالي 152 مليار دولار مقابل 148 مليار دولار سنة 2000 بزيادة 27%[4]

وكذلك يعتبر إستثماراً قصير الأجل أو ما يعرف بحافظة الأوراق المالية، بحيث يتم الإستثمار في الأسهم والسندات الخاصة أو العامة من أجل الإستفادة من أرباح تلك الأسهم، و بعبارة أخرى

---

[1] **عيبوط محند واعلي**، المرجع السابق، ص 151

[2] **موسى إلياس البياتي**، النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي و وسائل حلها في القانون العراقي رقم 13 لسنة 2006، مجلة مركز الدراسات الكوفة، العدد 43 من سنة 2016، ص 95.

[3] **معاوية عثمان الحداد**، المرجع السابق، ص 51.

[4] **معاوية عثمان الحداد**، المرجع نفسه، ص 52.

يقوم المستثمر في دولة معينة (الدولة الأم) بشراء أسهم وسندات في دولة أخرى (الدولة المضيفة أو المستقبلة) بقصد المضاربة، و يتم عادة من قبل مؤسسات التمويل، كالبنوك [1].

وهذا النوع من الاستثمارات لا ينطوي على حق المستثمر بأن يقوم بمهمة الإشراف والرقابة والإدارة المباشرة وكذلك ليس له إمكانية اتخاذ القرارات الاستثمارية إذا كانت نسب مساهمته في المشروع الاستثماري لا تبيح له ذلك

ولابد من الإشارة إلى أن الاستثمار الأجنبي غير المباشر قد لاقى ترحيبا في مراحل سابقة من قبل الدول النامية، وسوغت بعض هذه الدول ذلك الترحيب لان الاستثمار غير المباشر يعمل على توفير العملة الصعبة التي هي بحاجة إليها من جانب، ومن جانب آخر لا ينطوي على تحكم الطرف الأجنبي وإمكانية تدخله في الحياة الاقتصادية للبلد المستقبل أو المضيف وان تدخل الطرف الأجنبي في الحياة الاقتصادية من شأنه أن يؤدي إلى التعارض الدستوري في العديد من الدول التي نصت دساتيرها على منع الخصخصة في بعض القطاعات الاقتصادية دون الأخرى ومن ثم يستلزم التعامل مع الاستثمارات الأجنبية المباشرة تعديلات الدستورية أو قوانين خاصة كما حصل في ألمانيا إذ تنص المادة 87 من الدستور الألماني على أنه " بالنسبة لمناطق الإدارة الفيدرالية المباشرة أن البريد والاتصالات مسؤولية الحكومة" ولقد تم تعديل هذا النص في أيلول 1994 وأضيفت المادة 134 والتي فصلت الخدمات البريدية عن شركه الاتصالات وسامحت بخصخصتها.

وأيضا فان المادة 110 من دستور السلفادور تشير إلى أن الخدمات البريدية و الإتصالات ، على أساس الضرورة يجب أن تقدمها الدولة أو أجهزتها العامة المستقلة وهذا ما تضمن به كذلك المادة 43 من دستور ايطاليا بلن بعض الأنشطة أو أجزاء منها والتي تتعلق بالخدمات العامة الرئيسية مثل الطاقة أو الاحتكارات يمكن للصالح العام أن يحتفظ بها القطاع العام[2].

[1] **غسان عبيد محمد المعموري**، المرجع السابق، ص 37.

[2] **غسان عبيد محمد المعموري**، المرجع السابق، ص39.

كما أن قصر المدة الزمنية للاستثمار الأجنبي غير المباشر، فانه ينطوي على عدم فائدة كبيرة للدول النامية، كذلك فان شركات متعددة الجنسية لا تفضل هذا النوع من الاستثمارات إلا من باب واحد، وهو إمكانية أن يكون أداة فاعلة تمهيديه للشركات متعددة الجنسية للانتقال للاستثمار الأجنبي المباشر.

وتتخذ الاستثمارات غير المباشرة أو ما تعرف باستثمارات الحافظة عده صور منها

– شراء السندات الدولية وشهادات الإ يداع المصرفية الدولية المقومة بالعملات الأجنبية وشهادات الإيداع في سوق العملات الدولية.

- شراء سندات الدين العام أو الخاص.
– شراء القيم المنقولة.
– الإيداع في البنوك المحلية.

– شراء الذهب والمعادن النفيسة.

– قروض للحكومات الأجنبية أو هيئاتها العامة أو الخاصة أو الأفراد، وسواء كانت قصيرة الأجل أو طويلة الأجل بهدف المضاربة وليس بهدف إنشاء علاقات اقتصاديه وغالبا ما تكون هذه القروض في صور قرض يقدم من طرف البنوك الخاصة التي تلجا إليها الدول النامية لتمويل العجز في موازين مدفوعاتها أو العجز المؤقت الذي قد يقرا على هذه الموازين نتيجة انخفاض حصيلاتها من العملة الأجنبية.

وتتميز الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة بأنها تتجه نحو الأغراض غير الاستهلاكية والانفاق العام بالميزانية وإمكانية الربح فيها على المدى القصير أو على المدى الطويل، ولا تؤدي بذاتها إلى تغيير يذكر في العمالة على خلاف الاستثمارات الأجنبية المباشرة كما أن القروض هي عرضة للتأثر بالتقلبات المالية مما يؤدي إلى ضياع المال المستثمر بفعل الموجات التضخمية كما

لا تنتقل على اثر هذه الاستثمارات المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجيا الحديثة المرافقة لرأس المال[1].

ونحن نرى أن الاستثمار الأجنبي المباشر أكثر تلبيه لمتطلبات الواقع الاقتصادي الجزائري بجميع قطاعاته، كالقطاع العقاري مثلا وذلك أن هذا النوع من الاستثمار يمتد لفترة طويلة، ويكون أداة فعالة لتوفير مناصب الشغل ولتطوير البنية التحتية التي يحتاجها الاقتصاد الوطني الجزائري، كما أن هذه الاستثمارات تقوم بنقل المعرفة والتكنولوجيا اللازمة في القطاع الاقتصادي.

المطلب الثاني: تعريف عقد الاستثمار الدولي:

من الثابت أن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي ، سواء كانت هذه الدول متقدمة أو من الدول النامية، سعيها إلى النهوض باقتصادها و لا يتأثر هذا النمو إلا عن طريق جذب الاستثمارات الأجنبية، بإبرام مجموعة من العقود لاستكمال خطة التنمية وفي جميع الميادين كأعمال البناء كالفنادق مثلا، شق الطرق من السكك الحديدة و إقامة الجسور والمطارات والأنفاق، وغيرها من أشغال الهندسة المدنية.

بينما يتمثل البعض الآخر في ت شييد المشروعات الصناعية الأخرى كشركات الاتصال والمفاعلات النووية والوحدات الكيماوية، والتشييدات الميكانيكية و الكهربائية أو المصانع الكاملة، ويطلق بصفة عامة على العقود التي تنفذ من خلالها هذه المشروعات اصطلاح العقود الدولية للاستثمار.[2]

الأمر الذي يجعل من هذه العقود الدور الذي تؤديه في إطار العلاقات الدولية محلا جدي را بالدراسة و البحث.

[1] **غسان عبيد محمد المعموري**، المرجع السابق، ص 40.

[2] **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 26.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقود الاستثمار الدولية[1]

تطرق الفقه إلى تعريف عقود الاستثمار الدولية رغم الصعوبات في وضع تعريف محدد لهذه العقود.

فقد عرف الدكتور أحمد حسان الغندور العقود الدولية للاستثمار بأنها: " العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني (الدولة أو احد الأشخاص العامة) و طرف خاص أجنبي ، حيث يتعهد بمقتضاه الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع و توريد التكنولوجيا، في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني ، و قد يتمثل الأجر في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه و خسائره".[2]

وعرفها الدكتور بشار محمد الأسعد على أنها: " تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري ، و يلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاه بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها و التي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، و ذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة و الربح للمستثمر الأجنبي..."[3]

أما جانب آخر من الفقه، يميل إلى إبراز أهميتها من خلال وضع تعريف شامل لها على نحو جامع مانع بأنها: " عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة، و شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، و تتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوبا عادة باتفاق بالمساعدة الفنية و قد ينصب موضوع العقد على استخراج و نقل

---

[1] اعتمد استخدام مصطلح "العقود" و ليس "العقد" على أساس أن العمليات الدولية على الاستثمار لا تبرم ولا تنفذ عادة من خلال عقد واحد له نظام قانوني واحد و إنما تبرم و تنفذ من خلال صور و أشكال تعاقدية مختلفة متعددة و متنوعة، ومن ثم فإن لها نظام قانوني متنوع و متغير بحسب تنوع العناصر التي تدخل في تكوين هذه العقود، أنظر، **حسان نوفل**، المرجع السابق، ص 27.

[2] نفس المرجع، ص 26

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 88.

وتسويق الموارد الطبيعية و هو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية و تحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا"[1].

أما الفقيه (Bernartini)فقد عرفها بأنها:"العقود المبرمة من طرف الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار"[2]

أما الموسوعة العربية للعقد الدولي، فتصف العقود الدولية بأنها:"تلك العقود التي تبرم بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة أو التي تعمل لحسابها،وبين شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، غالبا ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات،بقصد القيام بعملية تجارية محددة تتعلق بالبيع والشراء أو بالاستيراد والتصدير،أو باستعمال ثروة طبيعية،عبر إنشاء مشروع استثماري في المقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين سواء كان مبلغ من المال،أم حصة من الثروة المستخرجة،أو نسبة من الأرباح المحصلة.[3]

كما عرفها أحد الباحثين بقوله:"تعبير اتفاقات الاستثمار غير الدولية يشير إلى العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها،والتي تكون عموما من بلدان العالم الثالث،أو شركاتها في اتفاق مع مستثمر أجنبي والذي عادة ما يكون شركة دولية أو من أجل إقامة مشروع استثماري"[4]

كذلك قد تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بهذه العقود،حيث وصف الحكم cavin في تحكيم Sapphir ضد شركة النفط الإيرانية عقد الاستثمار بأنه:"عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع،العام وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي،ومحل العقد لا ينصب

[1] **حفيضة السيد الحداد**، المرجع السابق، ص 30.

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 48.

[3] وليد لعماري، استمرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة 1، الجزائر،2016 جوان، ص 338.

[4] **عبد الخالف حماني**، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء ، المغرب، ص-ص17،18

على العمليات التجارية، إذ انه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة،يلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة،ومنشآت لها طابع الدوام"[1].

أما الفقيه Jean Riére regli في تعريفه لعقود الدولة بأنها:"عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة وشخص طبيعي أو اعتباري،وتتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل وتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية كما أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج وتوزيع المنتجات الدولية،هو يقضي انجاز تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة مما يجعل هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا،كما اعتبر هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف لتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف فيها" [2]وإذا ما فان هذا التعريف بالتعريف الذي جاء في المادة 25[3] من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمارية بين الدول ورعاية الدول الأخرى لعام 1965 نجد أنها جاءت بنفس المفهوم مع تعريف الفقيهJean Riére regli فيما يخص أنها تلك العقود التي تساعد الدول في تحقيق التنمية الاقتصادية والتي تبرمها مع شخص أجنبي،سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا،على شكل عقد استثمار أجنبي مباشر.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقود الاستثمار الدولي

خلت التشريعات الوطنية والمقارنة من تحديد المفهوم لعقد الاستثمار ولم تشر إلى ماهية العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي،باستثناء قانون الاستثمار المصري رقم 72 لسنة 2017[4] الذي نص في المادة 88 على مصطلح عقود الاستثمار،واعتبر أن أحد أطراف هذه العقود هي الدولة أو إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها.

---

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص-ص 12،13.

[2] **عبدلي محمد عبد الكريم** ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2010، ص 16.

[3] **تنص المادة 1/25** على :" يختص المركز بالنظر المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة أو إحدى الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها والتي تقوم الدولة بتحديدها للمركز.."فالمركز المذكور لا يختص فقط بالمنازعات التي تكون الدولة أنها أحد أطرافها ولكن أيضا يمتد اختصاصه ليشمل المنازعات القائمة والتي تكون أطراف الدولة تابعة لها"

[4] **قانون الاستثمار المصري رقم 12 لعام 2017**،ج. ر. ج. ج،ع 21 الصادرة بتاريخ 31 ماي 2017.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لعقد الاستثمار إلا بعد مرحلة الإصلاحات الاقتصادية وذلك بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار [1] وأصبح عقد الاستثمار أكثر الأساليب استعمالا في مجال الاستثمار خاصة عندما يتعلق الأمر باستثمارات تمثل ذات أهمية قصوى للإقتصادات الوطنية.[2]

الفرع الثالث : أشكال عقود الاستثمار الدولية

تساهم عقود الاستثمار إلى حد كبير في مجال التنمية الاقتصادية، بالنسبة للدول التي ترغب في التطور ونظرا إلى المجال الذي تنصب عليه هذه العقود وبطبيعتها الفنية وارتباطها بالمجال الاستثماري، فأنها تتعدد وذلك بحسب حاجة الدول الراغبة في النمو والتطور لتنفيذ خططها للتنمية الاقتصادية وأكثر هذه العقود شيوعا، نجد عقود البترول، وعقود التعاون الصناعي إلى جانب عقود الأشغال العامة الدولية.

أولاً-عقود البترول:

إن أهمية البترول كمصدر للطاقة لا تخفى على احد،فهو ذو أهمية قصوى سواء بالنسبة للدول المنتجة له والتي تنتمي غالبا إلى الدول النامية، أما بالنسبة للدول المستهلكة له والتي تنتمي غالبا إلى الدول الصناعية المتقدمة [3]، ولا يخفى على أحد أن أهمية البترول كمصدر للطاقة لا زالت تتمتع بالمرتبة الأولى من بين أهم السلع في العالم، ويتطلب استغلال هذه الثروة وتحويل البترول الخام إلى طاقة أو مشتقاته خول الدول المنتجة له في عقود متعددة مع الشركات الأجنبية من أجل التنقيب والإنتاج والتسويق وهذا ما أدى إلى تنوع هذه العقود التي سوف ندرسها كما يلي:

---

[1]. **المرسوم التشريعي رقم 93-12** المؤرخ في أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار ،ج. ر. ج. ج، ع 64 صادرة في 10 أكتوبر 1993،المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1993 يتضمن قانون المالية لسنة 1998 ،ج. ر. ج. ج،ع 98 الصادرة في 31 ديسمبر 1998.

[2] **المرسوم التشريعي رقم 93-12** المؤرخ في أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار ،ج . ر. ج. ج،ع 64 صادرة في 10 أكتوبر 1993،المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1993 يتضمن قانون المالية لسنة 1998 ،ج. ر. ج. ج، عدد98 الصادرة في 31 ديسمبر 1998.

[3] **رحمان أمينة**، النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2019-2020، ص 18.

1 –عقود الامتياز :تعتبر عقود الامتياز البترول من أهم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى فترجع أهمية عقود امتياز البترول أنها عقود استثمار تأتي في المرتبة الأولى زمنيا،ومن ناحية أخرى فان صراع المصالح بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاملة في هذا المجال كان العامل الأساسي الذي نجم عن تطور عقود الامتياز من شكلها التقليدي،إلى عقود المشاركة وعقود المشروعات المشتركة Joint venture projet [1]وترجع نشأة هذا النوع من عقود البترول إلى أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين،وبمقتضاه تمنح الدولة لشركة أجنبية حقا خالصا وقاصرا عليها في البحث والتنقيب على المواد البترولية في إقليمها واستخدام واستغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية محددة.[2]

وكان عقد الامتياز قد احتل الصدارة والمكانة المرموقة في تعاملات الشركات الكبرى مع البلدان النامية،إلى درجة أنه كان الإطار الوحيد والأمثل في المواد البترولية إلى درجة تبني هته التقنية من طرف المحكمين وعملوا على تدويلها وساعدهم في ذلك الشركات المتعددة الجنسيات[3]وهذا خدمة لمصالحها والاستفادة القصوى وفي أقل فترة زمنية ممكنة.

لكن مع التطورات الحاصلة،وتغيير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبترول لم تعد هذه العقود صالحة لحكم العلاقات المستمرة بين كل الدول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها ولذا كان من الطبيعي أن يتم تعديل هذه العقود على نحو يحقق مصلحة كل الأطراف ويحول دون اتساع الهوة التي تفصل بين الدول النامية والدول الصناعية[4]،فبدأت حكومات الدول المنتجة للنفط تعي قيمة ثروتها النفطية [5]،وما للنفط من تأثير فعال في مسار اقتصاديات التنمية العامة،فاتجهت إلى مراجعة عقودها مع الشركات الأجنبية على نحو يحقق مصالح جميع الأطراف المتعاقدة.

---

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 49.

[2] **طه أحمد علي قاسم**، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية–دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار–، دار الجامعة الجديدة،2008، ص 89.

[3] **حفيظة السيد حداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 175.

[4] **محمودي مسعود**،أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية،ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،الجزائر،2006،ص 35.

[5] **حسان نوفل**، المرجع السابق، ص 46.

مع بداية السبعينات تطورت العلاقة التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية،وانتهى الأمر بخضوع كافة عمليات البترول وتكريره على إقليم الدولة المنتجة للبترول لسيطرتها الكاملة،وعلى الرغم من اختفاء عقود الامتياز من الساحة التعاقدية،فأنها تركت مجال لإشكال جديدة من العقود كعقود الخدمات والوكالة والمشروعات المشتركة،أو كما أصبحت تسمى بعقود التنمية الاقتصادية[1].

وقد اعتمدت الجزائر منذ الاستقلال على قطاع المحروقات،فأهم مصدر للاقتصاد الوطني،وذلك وفق عدة أشكال من العقود ويعتبر عقد الامتياز، النظام القانوني الأكثر اعتمادا لنشاط البحث [2] والاستغلال للموارد الطبيعية.

وفي هذا الإطار، فتح القانون رقم 07/05 المتعلق بالمحروقات والمحدد للنظام القانوني لنشاطات البحث عن المحروقات واستغلالها،أمام الشركات الأجنبية قصد الاستغلال الأمثل للثروات الباطنية باستغلال تكنولوجية متطورة في هذا المجال.[3]

2- عقود المشاركة: يقصد بعقود المشاركة قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأسمال الشركة التي تقوم باستثمار البترول فتصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة التي تقوم باستثماره،تتخذ هذه الشركات عادة شكل شركة مساهمة،ويكون لها ممارسة أعباء ومسؤوليات الإدارة وتمتلك جزءا من المؤسسة يكون له أثره الداخلي في إدارة وتوجيه المؤسسة.[4]

وظهرت هذه العقود كبديل لعقود الامتياز التقليدية، وازداد ظهور هذه العقود في مجال البترول نظرا للجوء الدول المنتجة للبترول إلى إنشاء مؤسسات نفطية عمومية كما هو الحال بالنسبة ل

---

[1] بدأت مرحلة التغيرات الكبرى في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية بصدور القانون الفنزويلي 1948 والذي كرس مبدأ تقسيم الأرباح الناجمة عن النشاط في مجال المحروقات،أنظر **حفيظة السيد حداد**،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب،مرجع سابق،ص 177 وما بعدها،أنظر كذلك: **بشار محمد الأسعد**،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص 52.

[2] **حسان نوفل**،مرجع سابق،ص 48.

[3] **بشار محمد الأسعد**،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،المرجع السابق،ص 52.

[4] **رحمان أمينة**، المرجع السابق، ص 56.

Sonatrach الجزائرية،والتي اقتصرت مساهمة الشركات الأجنبية يعد تأميمها على نسبة 49 بالمائة من خلال شركة مساهمة جزائرية، أما المنظمات الدولية فقد عرفت الانكتاد [1] في احد تقاريرها الصادرة سنة 1975 المشروع المشترك على انه:"شكل جديد نسبيا يمثل العقود المبرمة لعدة سنوات بين شركات تنتمي إلى أنظمة أو بلدان مختلفة، وتشمل مجموعة عمليات متكاملة ومتضامنة".

في حين عرفته اللجنة الاقتصادية الأوروبية في دليلها الصادر عن الأمم المتحدة بشأن العقود الدولية للمشروعات المشتركة سنة 1976 بأنه:"عمليات تهدف إلى إنشاء منشأة دائمة بين أطراف منتمين إلى دول مختلقة لتحقيق مصالحهم في الحصول على مزايا متبادلة،وتشمل على نقل التكنولوجيا والخبرة الفنية والتعاون بما فيه البحث والتطوير وتنمية المصادر الطبيعية والقيام بالتسويق المشترك بين أطرافه المتعاقدة وغيرها"[2].

ويمكن نصور هذا النوع من عقود المشاركة، أما عن طريق المشاركة في إنشاء شركة مختلطة تتمتع بالصفة القانونية، تشمل كل من الدول المضيفة والمشروع الأجنبي أو عن طريق خلق مشروع مشترك لا يتمتع بالشخصية القانونية،أي هيئة منشأة بواسطة الطرفين المتعاقدين، تقوم بتنفيذ العمليات المتفق عليها،والعقد نيابة عن الطرفين، وعليه لا يمكن تصور محل المشاركة في عمليات الاكتشاف والإنتاج فقط، وإنما يمتد أثر المشاركة ليشمل أيضا كل العمليات الخاصة بالتسويق.[3]ويعتبر قانون النفط الإيراني،الصادر في 31 يوليو 1957 أول تشريع في منظمة الشرق الأوسط.

---

[1] (unctad)،وهي اختصار لكلمة United nations conférence trand and développement وهي هيئة حكومية تابعة لجهاز الأمانة العامة للأمم المتحدة مختصة في مجال التجارة والتنمية،أنشئت سنة 1964 من أهم أهدافها تخفيف أقصى ما يمكن من الزيادة والتنمية في فرص التجارة والتنمية في البلدان النامية.

[2] **إيمان حمزة حسين**، أنواع المشروع المشترك، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية،كلية القانون، جامعة الأردن، عدد خاص 3، الجزء الثاني، 2017، ص 192.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية(تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، المرجع السابق،ص 184.

اعتمد على عقود المشاركة في مجال صناعة البترول،فقد نص على أنه يجب على الشركة الوطنية الإيرانية للنفط أن تمتلك على الأقل 30 بالمائة من رأسمال الشركة الأجنبية المستثمرة، وابرم أول عقد في مارس 1957 مع شركة ايطالية « AGIP » والتي تعتبر إحدى فروع شركة « ENI » وتكلل هذا العقد بإنشاء شركة مختلطة تدعى "الشركة الإيرانية الايطالية للبترول"[1].

« société Iranne italienne des pétroles » S.I.R.P

ويحقق هذا الاشتراك نوعا من التوازن التعاقدي بين مصالح الشركات الأجنبية من جانب ومصالح الدول التي يتم التعاقد معها من جانب آخر،وقد أدت هذه المشاركة إلى تجميع شركات البترول وارتباطها من أجل تحقيق غرض اقتصادي مشترك دون اللجوء إلى الاندماج فيما بينها دون الحاجة إلى إنشاء شركة مشتركة تخضع في تكوينها إلى نظام قانوني لقانون الدولة التي يتم الاستغلال في أراضيها.[2]

3-عقود المقاولة النفطية: إن عقد المقاولة بحس تعريفه القانوني هو اتفاق يتولى بموجبه أحد الأشخاص تنفيذ عمل معين خلال فترة محددة ولقاء أجر محدد،وبانتهاء تنفيذ العمل وحصول المقاول على أجره من صاحب العمل تنتهي صلة المقاول بالمشروع.

وتختلف عقود المقاولة النفطية،فان صاحب العمل أو المشروع على أن الدولة أو الشركة الوطنية التي تستعين بمقاول أجنبي ممثل في شركة أجنبية يتولى مسؤولية الكشف عن البترول وإعداده للإنتاج، على أن تتحمل الشركة الأجنبية كافة المصاريف ومسؤولية المخاطر،التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع.[3]

على أن المقاول الأجنبي في هذا النوع من العقود، لا يتحصل على أجر مثل عقود المقاولة العادية وإنما كسبه معلق على شرط إيجاد البترول، فانه في هذه الحال فقط يسترد ما تكبده من

---

[1] **عطار نسيمة**، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2018/2017، ص 113.

[2] **ايمان حمزة**،المرجع السابق،ص 197.

[3] **عطار نسيمة**،المرجع السابق،ص 116.

مصاريف أنفقها على المشروع، بالإضافة إلى نصيبه المحدد من الإنتاج أو الأرباح في العقد المبرم.[1]

ومن أمثلة هذه العقود العقد الذي أبرمته الحكومة العراقية مع شركة ايراب الفرنسية في عام 1968 فقد حددت مدة البحث عن البترول بست سنوات كحد أقصى ومدة الاستغلال 20 سنة يبدأ من تاريخ الاستغلال التجاري.[2]

وكذلك العقد المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أموكو للزيت في مصر بشأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة السلوم بالصحراء الغربية سنة 1991، فقد حددت مدة البحث بثلاث سنوات ومدة الاستغلال 20 سنة تبدأ من تاريخ الاكتشاف التجاري.[3]

وتتميز عقود المقاولة النفطية، بضمان المطالبة التامة للشركة الوطنية صاحبة المشروع، باعتبار المستثمر أو المقاول الأجنبي، مقاول متعاقد مع الدولة، كما تتميز بانفراد الشركة الأجنبية المقاولة، في إدارة عمليات البحث والتنقيب والاكتشاف إلى حين الاستغلال التجاري،فتحول أعمال الإدارة إلى التعاون والتشاور، وكما تمتاز هذه العقود بقصر مدتها بالمقارنة بالمدة التي تبرم في عقود الامتياز فعقد المقاولة لا يمكن أن تتجاوز 34 سنة.[4]

ثانياً: عقود التعاون الاقتصادي:

هي من العقود الدولية،نشأت حديثا إلى أوائل التسعينات من القرن الماضي نظرا للتطور العلمي والتكنولوجي الذي كان يسود الدول العظمى، وحاجة الدول النامية لهذه الدول من أجل تحقيق التنمية، من نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية وسيطرت الشركات الكبرى والمتعددة الجنسيات على هذا النوع من العقود.

---

[1] نفس المرجع ،ص 116.

[2] **بشار محمد الأسعد**،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،المرجع السابق،ص 54.

[3] نفس المرجع ، ص 55

[4] **عطار نسيمة**، المرجع السابق، ص 118.

ويعرف البعض التعاون الصناعي بأنه:"صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية، بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة وتتضمن عقود التعاون الصناعي عدة صور:

1-عقود المساعدة الفنية: هو ذلك الاتفاق الذي مقتضاه يلتزم المورد(الطرف الأجنبي)بتزويد المتلقي(الدولة)بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد المعنية بل تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج واصطلاحه ا وصيانتها أو تدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية [1] وتكون المساعدة الفنية محلا لعقد مستقل، وقد ترد كشرط أو التزام من بين الشروط المدرجة في عقد الاستثمار الدولي.

ويعتبر عقد المساعدة الفنية صورة من صور العقد الدولي لنقل التكنولوجيا وهي صورة العقد البسيط الذي يتعدد طبعا لتنوع عناصر المعرفة الفنية وصوره كثيرة، فإضافة إلى عقد المساعدة الفنية، هناك الهندسة، عقد البحث، عقد التدريب، عقد المشورة، عقد نقل التطورات التكنولوجية.[2]

2-عقود نقل التكنولوجيا: تلعب التكنولوجيا وما يصاحبها من ابتكار دورا أساسيا في التنمية الاقتصادية، بالنسبة للدول المتقدمة لفرض سيطرتها في الأسواق الدولية، وكذلك بالنسبة للدول الراغبة في النمو وتحقيق التنمية باعتبار التكنولوجيا هي المحرك الأساسي للتحول من مجتمع استهلاكي إلى مجتمع صناعي، ويتم نقل هذه التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية عن طريق عقود دولية سواء أكانت تجارية أو استثمارية، وقد عرف المشرع المصري عقود نقل التكنولوجيا في قانون التجارة رقم 18 لسنة 1999 فيما يخص الأحكام القانونية الخاصة بنقل التكنولوجيا، بحيث نصت المادة 73 على :"عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه موردا لتكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو التركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية،المرجع السابق، ص 56.

[2] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب،المرجع السابق، ص 191.

استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد التكنولوجيا،أو كان مرتبطا به"[1].

ويكمن جوهر عقود نقل التكنولوجيا في تلك العناصر المعنوية المتمثلة في حقوق الاختراع أو حق المعرفة التقنية أو الخدمات الفنية، وليس في العناصر المادية التي يشملها العقد عن معدات وآلات التجهيز.[2]

3-عقود تسليم المفتاح: يبرم هذا النوع من العقود بهدف تسريع وتيرة تصنيفها ببناء بنية صناعية قبل التحكم في عملية الاستثناء الصناعي، بحيث يتعهد المتعامل الأجنبي بتقديم مجمعات صناعية عاملة وتأجيل الحصول على الثمن حتى تتمكن تلك المنشأة ذاتها من توليد الرأسمال.[3]

وتكون دراسة قبلية على هذه العقود Etude de fais alité مرورا بالمساهمة التكنولوجية،والمعرفة التقنية والمخططات، والهندسة المدنية ثم تسليم البضائع جاهزا وعرفه الدكتور بشار محمد الأسعد في كتابه،"عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة"بذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات وتوريد كافة المواد الخام والمعدات والأجهزة اللازمة لعملية التنقيب، كما يقوم الطرف الأجنبي ببناء المنشأة الصناعية وتسليمها للدولة المتعاقدة جاهزة للتشغيل.

وبالرغم من مزايا عقود تسليم المفتاح،في الحصول على مستوى متقدم من التكنولوجيا الحديثة إلا أن عيوبها تجعلها غير مجدية وذلك بسيطرة المستثمر الأجنبي على المواد الأولية المنتجة،وبالتالي في حالة توقف المستثمر الأجنبي على تزويد المواد الأولية وقطع الغيار،سيؤدي ذلك إلى غلق المشروع الاستثماري،وبقاء الدول النامية تابعة للدول المتقدمة.[4]

---

[1] **سي فضيل الحاج**،المرجع السابق،ص 58.

[2] **عدلي عبد الكريم**،المرجع السابق،ص 44.

[3] **قادري عبد العزيز**،المرجع السابق،ص 38.

[4] **سي فضيل الحاج**،المرجع السابق،ص-ص،59،58

4-**عقد المنتج في اليد:** وهو التزام الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بتشغيل المصنع وقيادته فنيا وصناعيا خلال مدة متفق عليها بشرط أن تصبح العمالة المحلية على درجة من الدراية الفنية تمكنها من استيعاب وتشغيل التكنولوجيا المركبة واستخدامها حتى الإنتاج النهائي المرجو من هذه التكنولوجيا.[1]

وتحتم هذه العقود انتقال المعادن الفنية إلى الدول المضيفة،ذلك الانتقال الذي يتم من خلال الفنيين والإداريين القائمين على اتساع المصنع للمعارف الفنية، وقيامهم بتدريب العاملين في الدولة المضيفة على تشغيل المصنع وصيانته[2] بالإضافة إلى عملية الإنتاج والتسويق للمنتج.

وبهدف جعل الطرف الأجنبي يعمل على التحويل الفعلي للتكنولوجيا والمعرفة الصناعية، وتظهر في شكل عقد مركب يقع على عاتق الشركة الأجنبية ثلاثة التزامات:التزامات أساسية هي تسليم المواد الملموسة وتحويل التكنولوجيا وضمان إنتاج خصوصي [3] على خلال عقد المفتاح في اليد الذي تلتزم فيه الشركة الأجنبية بتكوين العمال المحليين مهنيا.

بعد فشل تجربة عقود المفتاح باليد،تبنت الجزائر أسلوب الإنتاج في اليد لكن هذا النوع من العقود،لم يأتي بالجديد في عملية التنمية، بالإضافة إلى تكلفتها الغالية،وعدم تحقيق نقل التكنولوجيا مما أثر سلبا على الاقتصاد الوطني.[4]

وكانت الجزائر، قد أبرمت مثل هذا العقد لأول مرة بين الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية Sonacome والشركة الألمانية DIAG لانجاز المحركات والجرارات بالإضافة إلى الاتفاق المبرم بتاريخ 30 جويلية 1970 بين الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية وشركة برلبيه

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 60.

[2] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 192.

[3] **قادري عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 40.

[4] **عبيوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص 40.

(Berliet)وبهذا الاتفاق بالرغم من عدم الإشارة إلى نوعية العقد،إلا أن الكثير من المختصين كيفوا على أساس عقد المنتج في اليد[1] .

لكن إن اللجوء إلى مثل هذه العقود المكلفة، هو بمثابة البحث عن حل لمعضلة التحديث التكنولوجي في الجزائر،وهي معضلة لا تتعلق باستيراد التكنولوجيا في حد ذاتها، لأنها متوفرة نسبيا ولكن في معالجة مخلفات هذا الاستيراد المكثف للتكنولوجيا وبدون رقابة والذي بقي دون استخدام عقلاني، لوجود مركبات ضخمة تعمل بنصف طاقتها الإنتاجية، وجود عدد معتبر من الإطارات التقنية دون الاستغلال العقلاني لكفاءتها، وتعود مثل هذه المخلفات إلى كون عملية الاستيراد تمت دون تحديد نوع التكنولوجيا التي تتلاءم والمحيط العام الاقتصادي الجزائري.[2]

ثالثاً: عقود الأشغال العامة الدولية:

يعرف عقد الأشغال العامة الدولية على أنه:"العقد الذي يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي بهدف انجاز أعمال من طبيعة عقارية، وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة إلى أخرى" .[3]

ويتضح من هذا التعريف أن هذه العقود تنصب على العقارات والتعاقد فيها يكون مع مقاول أجنبي كما لا بد من توافر بعض العناصر فيها، لتحقيق المنفعة العامة وأن يتم تنفيذ الأشغال لحساب شخص معنوي عام.

وتأخذ هذه العقود عدة صور،منها عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT أو عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية Build operate Transfer وهناك مصطلح ثاني وهو Built BOOT

[1] **رحمان أمينة**، المرجع السابق، ص 60.

[2] **عجة الجيلالي**، المرجع السابق، ص 414.

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 61.

own operate transfer وهذا المصطلح الثاني،هو الأكثر تفضيلا إلا أنه ينص على تملك المشروع واحتكاره بعد بناءه.[1]

فإذا ما اتبعنا ظهور عقد الالتزام نجد أن عقود البوت Bot ما هو إلا تطبيق عصري لنظام الامتياز الذي أوجده النظام الرأسمالي كإطار قانوني يتم خلاله استغلال ثروات الدول النامية.[2]

ويعد لجوء الدولة إلى إبرام مثل هذه العقود ضرورة من أجل إقامة بنيتها التحتية وإنشاء مرافقها العامة وتشغيلها دون أن تتحمل أية أعباء مالية جرت تنفيذ العقد في مرحلة بناء المشروع،من خلال الإمكانيات المادية للمستثمر،أما مرحلة الاستغلال فتشكل الإيرادات مصدر التمويل الرئيسي الذي يغطي نفقات الاستغلال وتسديد القروض وتحقيق الأرباح المنشودة.

يعد أكبر مشروع تم تنفيذه بعقود البوت BOT في العالم،هو مشروع نفق الشنال Channel turn et projet حيث يربط هذا النفق بين فرنسا وبريطانيا.[3]

[1] **طه خالد إسماعيل**، النظام القانوني لعقود الاستثمار وآليات فض منازعاتها–دراسة مقارنة–، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2019، ص 86.

[2] **عبد الاله المحبوب**، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليمBOT،مطبعة الأمنية،الرباط،المغرب،2015، ص31.

[3] نفس المرجع، ص 32.

المبحث الثاني :خصائص عقود الاستثمار الدولية

تتميز عقود الاستثمار بعدة خصائص تميزها عن باقي العقود الأخرى،وتعطيها طبيعتها الخاصة كون هذه العقود تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف،ولما أن هذه العقود تتطلب أجل طويل من اجل تنفيذها لا بد من إدراج بعض الشروط لمصلحة المستثمر الأجنبي.

المطلب الأول :نوعية الأطراف المتعاقدة

تتسم عقود الاستثمار الدولية بعدم التكافؤ في المركز القانوني للأطراف المتعاقدة، فأحد المتعاقدين طرف عام وهي الدولة أو الجهاز العام الذي يمثلها والدولة هي شخص دولي دو سيادة يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانوني الخاص أو في إطار القانون الدولي العام، وطرف ثاني هو المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، لا يتمتع بالصفة السيادة بالرغم من تمتعه بالقوة الاقتصادية.

وبناءا عليه سنتناول الدولة ومركزها القانوني والمستثمر الأجنبي و مركزه القانوني، ما يتمتع به كلا الطرفان اتجاه الطرف الآخر.

الفرع الأول: الدولة والجهاز العام التابع لها

الدولة هي شكل التنظيم السياسي للمجتمع وهي حاملة السلطة العليا في نفس الوقت، وتتمتع بالأهلية القانونية بكونها من أشخاص القانون الدولي العام، بل أنها أهم أشخاص القانون الدولي على الإطلاق، إذ لولاها ما كان للقانون الدولي أي وجود.[1]

قد تثور الصعوبة كون الدولة طرفا في العقد،حينها يكون الطرف المتعاقد معها شخص أجنبي ليس هو الدولة ذاتها، وتكون الدولة قد أبرمت هذا العقد باسم جهاز تابع لها ويعمل لحسابها، أما حين تبرم الدولة عقد استثمار بنفسها أو عن طريق من يمثلها لا تكون هناك صعوبة في تحديد

[1] للمزيد من المعلومات، أنظر: **عبد الله العروي**، مفهوم الدولة، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ط 09، 2011، ص.250.

الدولة كطرف في العقد، فلم يعد يقتصر دور الدولة على ما كان يسمى قديما بالدولة الحارسة (l'état gendarme)وإنما تطور دور الدولة في الوقت الحاضر عما كان عليه قديما، وبدأت تزداد العديد من الأنشطة الخاصة وتتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية وتعد التجارة الدولية من أهم المجالات التي تدخلت فيها الدولة[1] وكذلك إبرام عقود استثمار دولية من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية.

والمقصود بالدولة كطرف في عقد استثمار الدولي هي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام أي صاحبة سيادة، وهي قد تتعاقد مع المستثمر الأجنبي إما بشكل مباشر كما سبق ذكره بواسطة من يمثلها، أو بإحدى الأجهزة التابعة لها، وظهرت عدة اتجاهات في هذا الصدد بشأن تبني الاتجاه الموسع أو الضيق لعقود الاستثمار، وكذا المعايير التي بموجبها يتم اعتبار الجهاز المتعاقد تابع للدولة.

أولاً- الاتجاه الضيق لعقود الاستثمار الدولية:

اعتبر هذا الاتجاه عقود الاستثمار الدولية، التي تبرمها الدولة بنفسها أو من يمثلها هي عقود دولة، أما العقود التي تبرمها الأجهزة التابعة للدولة مع المستثمر الأجنبي التابع لدولة أخرى فأنها، تعتبر عقودا من عقود التجارة الدولية، ولا تدخل ضمن طائفة عقود الدولة بالمعنى الضيق.[2]

ثانياً- الاتجاه الموسع لعقود الاستثمار الدولية:

وفقا لهذا الاتجاه فان عقود الاستثمار الدولية أو عقود الدولة [3] تشمل أيضا العقود التي تبرمها الدولة والعقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها[4]، ومن أجل تأييد هذا الاتجاه تم الاستناد على المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار،فقد

---

[1] **حسان نوفل**، المرجع السابق، ص 36.

[2] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 37

[3] وذلك باعتبار أن عقود الاستثمار الدولية ما هي إلا تلك العقود التي تبرمها الدولة والتي يسميها بعض الفقهاء بعقود الدولة.

[4] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 38.

نصت المادة 25 فقرة 1 على :"يختص المركز بالنظر المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة أو إحدى الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها والتي تقوم الدولة بتحديدها للمركز.."فالمركز المذكور لا يختص فقط بالمنازعات التي تكون الدولة أنها أحد أطرافها ولكن أيضا يمتد اختصاصه ليشمل المنازعات القائمة والتي تكون أطراف الدولة تابعة لها"[1].

كما ذهب إلى نفس الاتجاه الأستاذ la live الذي ساوى بين العقود التي تبرمها الدولة مع تلك التي تبرمها المؤسسات العمومية، وذلك بعد أن عرف الدولة كشخص قانوني من أشخاص القانون الدولي:الدول والمنظمات الدولية التي ترتبط بمفهوم مؤسسات الدولة أو المؤسسات العمومية التي تعترف بالمعنى الاقتصادي أكثر من المعنى القانوني، والأمر يتعلق بها في الواقع العملي لأن الكثير من الدول تبسط وتمارس عموما أنشطتها الاقتصادية الدولية تحت غطاء هيئات على الأقل مستقلة تخضع أما للقانون العام أو القانون الخاص.[2]

ويشير الأستاذ إلى أن المعيار الذي وضعته معاهدة واشنطن من أجل أعمالها وتطبيق أحكامها يتسم بالدقة والوضوح، فالمؤسسة العامة أو الجهاز التابع للدولة يجب أن يتم تحديده بواسطتها أمام المركز ويؤكد أن الفصل في مسألة وجود جهاز تابع للدولة من عدمه مسألة يتم الفصل فيها وفقا لكل حالة على حدة،وأيا ما كان الشكل القانوني لهذه الأجهزة، فيمكن للدولة التابعة لها هذه الأجهزة التحكم فيها ولو بطريقة غير مباشرة، إذ أن هذه الأجهزة أنشئت خصيصا لتحل محل الدولة في إطار العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية [3]، وما يدعم هذا الاتجاه ما آل إليه قضاء التحكيم في قضية Sapplie potroleums LTD والشركة الإيرانية الوطنية للبترول NOC إذا اعتبر المحكم Cavin، أن العقد المبرم بين الشركة الكندية والشركة الإيرانية باعتبارها جهاز حكوميا بتعاقد باسم دولة إيران عقدا يختلف عن العقود الدولية العادية، وانتهى المحكم إلى اعتبار العقد محل النزاع

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 39.

[2] **عدلي عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 80.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 40.

عقدا يختلف اختلافا جوهريا عن العقود التجارية العادية التي تحكمها القواعد التقليدية [1] ويستفاد منه أن خصوصية عقود الدولة ليست قاصرة على العقود التي تبرمها الدولة بشكل مباشر،ولكنها تمتد أيضا إلى عقودها إلى تبرمها العقود بواسطة إحدى الجهات التابعة لها.

ففي قصية الوكالة الوطنية للسدود (ANB) الجزائرية،تمسكت الجزائر بأن الوكالة هي من أبرمت الصفقة وليس الدولة وأن هذه الوكالة شخص معنوي مستقل خاضع للقانون العام، أما التصرفات التي يستند إليها المدعي لتقرير المسؤولية للدولة هي تصرفات تعاقدية خاصة بالوكالة وليست تصرفات الدولة.

دفع الكنسورسيوم الايطالي أن الوكالة ANB تمثل الدولة ولا أثر لاستقلالها الشكلي على إسناد تصرفاتها للدولة، طالما أنها مراقبة من طرفها ومسيرة من أعضاء في الحكومة ونشاطها مرتبط بميزانية الدولة، كما أن مساهمة هيئات أخرى للدولة في مفاوضات وتنفيذ المشروع يبرر قيام مسؤولية الدولة[2] مستقلا عن الدولة الجزائرية ومتمتعة بالشخصية المعنوية إلا أن ذلك لا يعني استبعاد الدولة، هذه الأخيرة في نظر المحكمة، تكون قد شاركت في المفاوضات بطريق غير مباشر، ويتبين أنها لها تأثير في الوكالة بالإضافة إلى أن الدولة تكون قد لعبت دورا في تعكير العلاقات بين الطرفين دون الفصل في هذه المسائل المطروحة اكتفت المحكمة نتيجة أن النزاع القائم في مواجهة دولة متعاقدة بمفهوم اتفاقية واشنطن.[3]

1-معايير تحديد مدى تبعية الأجهزة للدولة: هناك العديد من المعايير التي تحدد مدى تبعية الأجهزة العامة للدولة، وبالتالي انعقاد مدى المسؤولية الدولية على الدولة إزاء تصرفات هذه الأجهزة، فهناك معايير تقليدية واستند إليها الفقه والقضاء وهناك معايير حديثة التي تمتاز بالجدية والتطور مقارنة بالمعايير التقليدية.

---

[1] **عدلي عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 81، انظر كذلك: **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 20.

[2] **قبابلي طيب**، مرجع سابق، ص 70

[3] نفس المرجع،ص 71.

أ –**المعايير التقليدية:** هناك العديد من المعايير التقليدية التي استند إليها الفقه والقضاء والتي سنوجزها على النحو التالي:

أ/1–مدى تمتع الجهاز العامة بالشخصية المعنوية المستقلة: يعتمد هذا المعيار على التفرقة بين ما إذا كان الجهاز العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فإذا كان الجهاز العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فانه لا يتمتع بالحصانة القضائية ويخضع لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية، أما إذا كان لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة، ويعد مندمجا في شخص الدولة فانه يتمتع بالحصانة القضائية، ولا يخضع للقضاء الوطني للدولة الأجنبية فالحصانة القضائية للأجهزة التابعة للدولة [1] وفقا هذا الاتجاه ترتكز على الشخصية القانونية المستقلة الأجهزة التابعة للدولة صاحبة المشروع.

وإعمالا لهذا المعيار تبنت محاكم التحكيم هذا العيار، فالعديد من القضايا مثل الحكم الذي أصدرته إحدى هيئات التحكيم في إطار نظام تحكيم عرفته التجارة الدولية بباريس في 24 يوليو 1985 الذي استندت فيه هيئة التحكيم إلى تمتع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة لتقرير عدم انصراف الآثار التي ترتبها تعاقدات إلى الدولة دون النظر إلى اعتبارات أخرى.[2]

كذلك القضية التي أصدرت بشأنه محكمة استئناف باريس في قضية هضبة الأهرام،بعد الطعن في الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم فان غرفة التجارة الدولية وورد في حكم محكمة الاستئناف ما يلي:" إن الهيئة العامة للسياحة والفنادق (Egoth) لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية، وتوقيعها على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الحكومة المصرية بهذا الشرط، فهذه الشركة تحمل الشخصية المعنوية خاصة بها، ولها ميزانية مستقلة،كما أنها تخضع لقواعد المحاسبة المالية التي تخضع لها شركات المساهمة المصرية، وبالتالي تكون هذه الشركة هي الطرف في العقد وليست الحكومة المصرية"[3].

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 44.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 18.

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع نفسه، ص 25.

ونخلص في الأخير وفقا لهذا المعيار،فان الدولة المتعاقدة باسم إحدى الأجهزة التابعة لها، ونكون هذه الأجهزة تتمتع بالشخصية القانونية ولها ذمة مالية مستقلة، فان الدولة لا تعتبر طرفا في العقد.

لكن هذا الاتجاه تعرض لمجموعة من الانتقادات، أهمها أن الشخصية المعنوية ليست إلا وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على أفضل وجه [1]، ومن تم لا يجوز أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق متناقضا مع مبادئ القانون الدولي العام.[2]

أ/2-مدى اعتبار المشروع مرفقا من مرافق الدولة: ومفاد هذا المعيار التابع للدولة يتمتع بالحصانة القضائية، بعض النظر عن تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، فان اعتبار أن المشروع يعتبر مرفقا من مرافق الدولة،وأن التصرفات التي يجريها تخدمه، وفي صالح مرفق عام من مرافق الدولة.[3]

وعملا بهذا المعيار يعتبر حكم محكمة استئناف انجلترا سنة 1956، حيث تتلخص وقائعه في أن Le servicio national le trigo الذي هو عبارة عن مشروع عام بعمليات التصدير والاستيراد،في مجال الحبوب لصالح الحكومة الاسبانية، وبناءا على توجيهات وزير الصناعة الاسبانية أبرم في عام 1952 عقدين مع إحدى الشركات الايطالية التجارية، وبسبب إنهاء العقد المبرم من قبل المشروع الاسباني، قامت الشركة الايطالية برفع دعوى تعويض ضد المشروع الاسباني،أمام المحاكم الانجليزية، ليتمسك الطرف الاسباني بالحصانة القضائية، استنادا إلى اعتبار المشروع الاسباني مرفقا من مرافق الدولة.

[1]Les avantages recherches par la conclusion d'un contrat entre une personne publique et la personne étrangère profitent directement a l'etat،l'orgasme public qui contracte n'est en réalité qu'un instrument de l'état chargé d'une mission publique particulière qu'il s'agisse d'organismes juridiquement identifiés a lui ou، a contraire distants :Richard Des gagné، la participation des états a commerce international :les contrats gouvernement aux en droit comparé et en droit international، présentes l'obtention du diplôme de maitre en droit، de droit، comparé université MCGILL،1991،p 8

[2] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 46.

[3] **عطار سمية**، المرجع السابق، ص 129.

فأكدت المحكمة الانجليزية أن الحكم يتوقف على أساس معرفة ما إذا كان le servicio national le trigo يعد فعلا مرفقا عاما، دون اعتداد تمتع المرفق بالشخصية القانونية، لتقرر المحكمة واستنادا على تأكيد سفير اسبانيا بأن Servicio يعد مرفقا من مرافق الدولة، وهو ما يجعلها تعترف له بالحصانة القضائية، على رغم من تمتع المشروع بالشخصية القانونية المستقلة.[1]

ولعل إعمال هذا المعيار شأنه شأن بقية المعايير يتأثر عند تطبيقه بالاعتبارات السياسية التي تتغلب على الاعتبارات القانونية، وهذا ما سيجعل من الأحكام القضائية الصادرة في مجال الحصانة القضائية أحكام تتسم بعدم الموضوعية.[2]

أ/3-معيار الهدف: طبقا لهذا المعيار فان الجهاز التابع للدولة، كلما كان هدفه خدمته المصالح الأساسية لها، فيعد تابعا لها أي أن المشروع لا يتمتع بالحصانة القضائية، إلا إذا كان يخدم مصالح الدولة الأساسية، وبالتالي الرجوع إلى الغاية والهدف الذي يسعى الجهاز إلى تحقيقه[3] ومن تطبيقات هذا المعيار حكم القضاء الأمريكي في قضية الشركة الإيرانية الانجليزية للبترول.

وتتلخص وقائع القضية في مخالفة هذه الشركة لقوانين الاحتكار في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تمسكت الشركة بالحصانة وأبرزت الحكومة الانجليزية أن الشركة تأسست من أجل امداد البحرية الأمريكية بالبترول ذلك أن المحكمة اعترفت للشركة بالحصانة القضائية على الرغم من أن الدولة البريطانية لها فقط رأسمال،وأسست المحكمة حكمها على الغاية التي تسعى لتحقيقها الشركة وهي المصلحة العامة.[4]

أ/4-معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز: هذا المعيار يتميز بين ما إذا كان الجهاز قد تصرف باسمه ولصالحه، أو إذا تصرف باسم الدولة ولصالحها، فإذا تصرف باسمه ولصالحه فانه لا يعد

---

[1] **عدلي عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 85.

[2] **طه أحمد علي قاسم**،تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 46.

[3] نفس المرجع ، ص 46.

[4] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 68.

جهازا تابعا للدولة، وبالتالي فهو غير محصن ضد الرقابة القضائية [1] ولا تخضع كافة المنازعات الناجمة عن نشاط هذا الجهاز العام للقضاء الوطني لدولة القاضي طالما كانت هذه الأنشطة لها طابع الوظيفة العامة، أما عدم توافر هذه الصفة في الجهاز، فانه يخضع للقانون الوطني لدولة القاضي.[2]

ب المعايير الحديثة: وفقاً للمعيار الاقتصادي فإن مجرد تمتع الهيئات والمؤسسات العامة بالشخصية القانونية يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد وقامت مادياً بالتوقيع عليه تسهر على تطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفاً من قبل الدولة التي تنتمي إليها، وتمثل مصالحها العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، على نحو تبدو فيه هذه المؤسسة رغم كونها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدولة، بمقتضاها تمارس هذه الأخيرة عليها سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه سواء فيما يتعلق برأس مالها أو إدارته أو بالأعمال التي تقوم بها، حيث أنه في مثل هذه الحالات من الصعب فصلها عن الدولة[3].

وهناك اتجاهاً حديث في أحكام التحكيم لا يتوقف في تحديده لمفهوم الطرف في العقود المبرمة بواسطة إحدى المؤسسات العامة المستقلة عند العملية المادية للتوقيع على العقد، وإنما يبحث في الخلفية الاقتصادية التي ينشئها العقد بغرض الوصول إلى أن الدولة التي تعمل المؤسسة العامة في إطارها تعد طرفاً في هذه العقود، بالنظر إلى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط بين الدولة والمؤسسة العامة رغم الاستقلال القانوني الظاهري الذي تتمتع به هذه الأخيرة.

ففي الحكم الصادر عن إحدى هيئات التحكيم في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 94/51، وذلك بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الأفريقية ووزير إسكان وجهاز حكومي إفريقي خاص بالصرف الصحي، وتتلخص وقائعه في أنه قد تم الاتفاق على أن تقوم شركة المقاولات بتنفيذ مشروع للصرف الصحي لحساب الجهة الحكومية الإفريقية، ولما

---

[1] **عطار سمية**، المرجع السابق، ص 132.

[2] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 48.

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 20.

كانت المادة 12 من الاتفاق تنص على أنه يحق للمقاول المطالبة بالتعويض في حالة حدوث عقبات لم يكن من الممكن توقعها عند حدوث العطاء، وكان قد اعترض تنفيذ الأعمال المتعلقة بالمشروع عدة عقبات خارجة عن إرادة الشركة، فقد لجأت الشركة إلى التحكيم للمطالبة بتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها، وجاء دفاع المحتكم ضدهما متمثلاً في ثلاثة دفوع، ما يهمنا منها هنا هو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، حيث ورد به: إن العبرة هي بالعقد الذي هو أساس مطالبة الشركة في التحكيم الماثل، فلا توجه الدعوى إلا من أحد أطراف العقد، ولا توجه إلا للطرف الآخر في العقد، فلا يجوز تبعاً لذلك أن توجه المطالبة إلى من لم يكن طرفاً في التعاقد ومن لا يتحمل بالالتزامات الناشئة عنه طالما أن المطالبة هنا أساسها هو العقد الذي يكون حجة قاصرة على طرفيه، دون أن يمتد ليشمل من لم يكن طرفاً فيه، وحيث أنه من الثابت أن العقد الذي أقامت الشركة المحتكمة دعواها الراهنة على هدي من أحكامه وأسست طلباتها على ما تضمنه من التزامات تعاقدية تحكم طرفيه لم يوقع بين الجهاز التنفيذي للصرف الصحي والشركة، وأن ذلك الجهاز لم يكن طرفاً فيه، فلا يجوز توجيه هذه المطالبة إليه، وهو ما يؤدي إلى عدم قبول طلب التحكيم الراهن لتقديمه ضد من هو ليس بصاحب صفة[1].

وقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الذي أصدرته في 23 مارس 1996 إلى أنه لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي للعاصمة قد أدرجت ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير وذلك من موازنة 81 / 1982 حتى 84 /1985، كما تم إدراج اعتماداته ضمن موازنة قطاع الإسكان من موازنة 1986/85، الأمر الذي يؤكد أن الجهاز أضحى واجهة الدولة التي تهيمن على مشروع الصرف الصحي سواء تحت مظلة الجهاز المركزي للتعمير ثم من بعده وزارة الإسكان، ومن ثم فإن الدولة تعتبر طرفاً في هذا العقد.

إذن فإن الدولة كطرف في عقود الاستثمار هي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة). وقد تتعاقد مع طرف أجنبي المستثمر إما بشكل مباشر، أو تلجأ إلى التعاقد بواسطة الأجهزة التابعة لها مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد إليها.

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 20.

الفرع الثاني : المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار الدولية

جاء في الاتفاقية بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في 18 مارس 1965 بواشنطن في تعريفها للمستثمر الأجنبي في المادة 25 الفقرة 2 :"يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى ما يأتي:

*أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم للنزاع وأي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف في النزاع في هذا التاريخ والذي نتيجة لسياسة معاملة الأجانب اتفق الطرفان على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى تحقيقا لأغراض هذه الاتفاقية" فطبقا لهذه المادة، فالمعاهدة قد حددت كمعيار لتحديد المستثمر الأجنبي مخالفته في الجنسية للدولة المضيفة،أي بمعنى أخذت بمعيار الجنسية.[1]

أولاً: الشخص الطبيعي الأجنبي:

إن المعيار الذي مازال يهيمن على معظم تشريعات العالم الخاصة بالجنسية أو التشريعات الخاصة بالاستثمار هو معيار الجنسية [2]، إذ تعرف بأنها:"رابطة قانونية سياسية تربط شخصا بدولة"فنجد أن معيار الجنسية يكتسب أهمية بالغة في تحديد المقصود من المستثمر الأجنبي، إذ أنه يحدد مدى انتماء المستثمر لنظام قانوني معين كما يحدد مدى تمتعه بقواعد المعاملة والحماية المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار الدولية، إضافة إلى تحديد مدى اختصاص الجهة القضائية في حال نشوب نزاع بينه وبين البلد المضيف للاستثمار.

---

[1] غير أن خصوصية عقود الاستثمار الدولية، والطرف المستثمر الأجنبي،تتجلى في طرق اختيار الدولة لهذا المستثمر التي يحكمها معيار واحد هو تحقيق المصلحة العامة، تلك المصلحة التي تتمثل في اختيار المستثمر الذي يقدم أفضل العروض،وأهم هذه الطرق في مجال عقود الاستثمار الدولية هي لمناقصة adjudication ، الدعوى إلى التعاقد Appel d'offres والاتفاق المباشر la négociation direct انظر :**حسان نوفل**،المرجع السابق،ص 42.

[2] إذ ورد النص عليه لأول مرة في مجموعة نابليون 1804 وكان لفقه ما تشيني سنة 1851 أكبر الأثر في تدعيم معيار الجنسية، إذا أكد أن من حق كل امة أن تكون دولته وأن كل دولة تصدر قوانينها للمواطنين فيها،انظر: **غسان عبيد محمد العموري**، المرجع السابق،ص 107.

لكن نادر أن نجد شخص طبيعي أجنبي طرفا في عقد الاستثمار الدولي، حيث أنه في الوقت الراهن يكون هذا الطرف المتعاقد مع الدولة في شكل شركات أجنبية وهذا دليل على أن هذا النوع من العقود يتطلب خبرات فنية وموارد مالية عالية لا تتوفر في الشخص الطبيعي.

ولقد اشترطت اتفاقية واشنطن عام1965في الشخص الطبيعي لانعقاد الاختصاص للمركز ما يلي:

1-أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي واتفق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك أيضا في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم.

2-أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم،وكذلك يوم تسجيل الطلب.[1]

ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية في يناير 1954 مع المليونير اليوناني أوناسيس، والذي بمقتضاه منحت لهذا الأخير الحق في أن يؤسس شركة ناقلات البحرية السعودية والتي يطلق عليها اسم SATCO.[2]

لكن الإشكال الذي جاءت به المادة 1/125 من اتفاقية واشنطن،هو طبيعة القيد الذي وضعته على الشخص الطبيعي بضرورة تمسكه بجنسية واحدة ضمن الفترة الممتدة من تاريخ الاتفاق على التحكيم وتاريخ تسجيل الطلب أمام المركز.[3]

وعلى هذا الأساس نجد أن المادة 1/25 قد اشترطت ثلاثة شروط خاصة بالمستثمر الأجنبي كشخص طبيعي وهي كالتالي:

---

[1] أنظر **المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن.**

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 24.

انظر:**حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص 164 وما بعدها، انظر **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها.

[3] **رحمان أمينة**، المرجع السابق، ص 45.

أ-تمتع الشخص الطبيعي بجنسية إحدى الدول المتعاقدة: تشترط المادة 2/25 (أ) من اتفاقية واشنطن، أن يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية إحدى الدول المتعاقدة، مما يدل على أنه يستبعد من مجال تطبيق النص عديمي الجنسية، وفي هذا الشأن يرى:

الدكتور Ph :kalm أن ذلك يعد تقييدا للاختصاص الشخصي للمركز، إذ يرى أنه يكفي أن تنص الاتفاقية على أن يكون الطرف الثاني في النزاع رعية دولة أخرى دون أن تكون متعاقدة، لأن أغلبية المستثمرين الخواص هم الذين يطالبون بالتحكيم منذ أمد طويل على عكس الدول التي كانت تحظر اللجوء إليه.[1]

ب-شرط استمرارية الجنسية: على أن يكون الشخص الطبيعي الأجنبي المستثمر يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة منذ الاتفاق على اختصاص المركز للفصل في النزاع المعروض أمامه إلى حين تسجيل عريضة التحكيم،طبقا لنص المادة 2/25 (أ).

ويرى الفقيه M.Amario إن شرط استمرارية الجنسية يخص تمتع الشخص الطبيعي بنفس الجنسية، هو الشرط الذي يقترب من القاعدة المعروفة في مجال الحماية الدبلوماسية التي تقتضي بأن الشخص المحمي يجب أن يكون رعية الدولة الحامية ليس فقط وقت ممارسة الحماية، بل في وقت حدوث الضرر كذلك.[2]

كما أن اقتضاء عدم تغيير الجنسية في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم وتسجيل طلب عريضة التحكيم يحول دون أن يتمتع الشخص الطبيعي في آن واحد بمزايا التحكيم أمام المركز على اعتباره أنه يتمتع بجنسية دولة متعاقدة لحظة الاتفاق على التحكيم [3]، ومقارنة بالحماية الدبلوماسية نجد أن الشخص الطبيعي الأجنبي المستثمر يبقى دائما محمي بالحماية الدبلوماسية إذا كان يتمتع بجنسية دولة غير متعاقدة حتى لو نصت دولته بالخضوع لتحكيم المركز.

---

[1] **قبايلي الطيب**، المرجع السابق، ص 80

[2] نفس المرجع ، ص 81.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص 167.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 25 من اتفاقية واشنطن على ".. مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذالك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع"ومفاد هذا هو عدم اختصاص المركز للفصل في النزاع إذا كان الشخص الطبيعي بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف الثاني في هذا النزاع،سواء في تاريخ الموافقة أو في تاريخ تسجيل طلب التحكيم أمام الأمين العام للمركز.

ثانياً-الشخص المعنوي الأجنبي:

يعرف الفقه القانوني الشخص المعنوي بأنه وحدة أو كيان اجتماعي ينشأ من أجل تحقيق أغراض معينة ويتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الأعضاء المكونين له ونظام قانوني خاص به وقادر على أن يكون طرفاً في العلاقات القانونية، ويظهر عادة الشخص الاعتباري الأجنبي في شكل شركة استثمارية تقوم بالتعاقد مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها بهدف تحقيق التطور الاقتصادي للدولة .

ولعل أن أهم إشكال يطرحه وجود الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار هو الطبيعة القانونية لهذا العقد الذي يظم طرفا وطنيا "الدولة" وطرف آخر أجنبي، فهل يظل هذا العقد محتفظا بصفة العقد الوطني أم يصنف ضمن العقود الدولية؟ وكيف تعامل الشركة الأجنبية الطرف في العقد، هل تعامل كشركة وطنية أو وفقا لأحكام الشركات الأجنبية؟.

لقد تعددت واختلفت الآراء الفقهية في تحديد طبيعة العقد الذي ينشأ بين الدولة والشركة الأجنبية وكذا في تحديد المعايير التي يتعين الاعتداد بها لتحديد جنسية الشركات الأجنبية [1].

إلا أن نص المادة 25-2-ب من اتفاقية واشنطن كان لها الأثر الواسع في الإجابة على عدة إشكالات قانونية مرتبطة بالمركز القانوني للشركة الأجنبية الطرف في عقد الاستثمار الدولي، وذلك على أساس أن هذا النص القانوني تم الاعتماد عليه في العديد من القضايا وكان بذلك عرضة لكثير من التفسير .وقد نصت هذه المادة على ما يلي: "كل شخص معنوي يحمل جنسية دولة طرفا

[1] **بشار محمد الأسعد،** عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

في الاتفاقية غير الدولة الخصم في الـنزاع في التاريخ الذي ارتضى فيه الخصوم إخضاع ال نزاع للتحكيم والتوفيق، وكذا كل شخص معنوي يحمل في ذات التاريخ جنسية الدولة الطرف الآخر في النزاع واتفق الخصوم في إطار الاتفاقية على اعتباره في حكم رعية دولة أخرى طرف في الاتفاقية بما تمارسه المصالح الأجنبية من رقابة عليه ".وجاء النص باللغة الفرنسية على النحو التالي:

"toute Personne morale qui possède la nationalité d'un état contractant autre que l'état partie au différend a la conciliation ou a l'arbitrage du centre et toute personne qui possède la nationalité de l'état contractant partie au différend à la même date et que les parties ont convenu aux fins d la présente commentions، de considérer comme ressortissant d'un autre état contractant en raison du contrôle exercé sur elle par les intérêts étrangers."

وما يفهم من نص المادة فإن الاتفاقية أقرت شروطا يتعين توافرها في الشخص الاعتباري وهو أن يكون متمتعا بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في ال نزاع، وهو معيار أساسي لتحديد المركز القانوني للشركة الطرف في عقد الاستثمار، ومن ثم تحديد التصنيف القانوني لهذا العقد وتمييزها عن باقي الشركات الوطنية .ومن المتفق عليه –رغم بعض الخلافات الفقهية– أنه يتم تحديد جنسية الشخص الاعتباري الطرف في عقد الاستثمار بناء على ثلاث معايير أساسية وهي : التأسيس، **المركز الرئيسي، الرقابة.**

ورغم أن اتفاقية واشنطن لم تحدد تعريفا أو ضابطا معينا لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، إلا أنها ومن خلال ما أصدره المركز من أحكام ظهر من خلالها اعتماده على بعض المعايير التقليدية في تحديد جنسية الشركات، كتحكيم Amco ضد الحكومة الاندونيسية، الذي تم القضاء بموجبه على اعتبار شركة Amco.t.p اندونيسيا شخص اعتباري أجنبي على أساس الحكومة الاندونيسية وافقت على الطلب الذي قدمته الشركة وهي على علم بأن Amco.t.p شخصا اعتباريا يخضع للرقابة الأجنبية، فمعرفة الحكومة الاندونيسية بذلك الأمر وإعطائها الموافقة على الطلب المقدم لها وموافقتها على شرط التحكيم يفيد بكل وضوح رضائها بمعاملة Amco.t.p على أساس أنها شخص اعتباري تابع لدولة أخرى[1].

[1] **احمد عبد الكريم سلامة:** القانون الدولي الخاص، الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب (الجزء الأول)، دار النهضة العربية، 2001–2002، القاهرة، ص 60.

كما أكدت اتفاقية واشنطن ضمن نفس النص القانوني المذكور أعلاه على ضرورة أن يتمتع الشخص الاعتباري بالجنسية المطلوبة في التاريخ الذي يوافق فيه طرفا التعاقد عرض ال نزاع للتوفيق أو طرحه على التحكيم لدى المركز، بمعنى أنه إذا حدث تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري فإن هذا التغيير لا يؤثر في بقاء اختصاص المركز قائما، وهو ما ذهب إلى تطبيقه المركز في قضية شركة KLOCKNER الألمانية المقامة ضد جمهورية الكاميرون، حيث تتمتع الشركة الأم بالجنسية الألمانية والتي أبرمت معها حكومة الكاميرون مجموعة من العقود المتتالية وذلك بغرض إقامة صناعة متقدمة في مجال السماد L'engrais ، وقد تعرضت هيئة التحكيم للنزاع المرفوع أمامها في حيثيات حكمها إلى عدم الاعتداد بالتغيير اللاحق للجنسية أو للسيطرة والرقابة وعدم تأثير ذلك على شرط التحكيم [1].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك اختلاف فقهي حول تحديد الآثار المترتبة على التغيير اللاحق للجنسية والرقابة بموجب شرط التحكيم وذلك خلافا لما أقرته اتفاقية واشنطن ضمن المادة 25-2-ب، حيث يذهب جانب من الفقه إلى رأي مخالف بالقول أنه إذا كان الشخص المتنازل له تابع للدولة في العقد أو الدولة غير المتعاقدة فإن ذلك يرتب زوال اختصاص المركز[2].

نخلص مما تقدم أن تحديد المركز القانوني للشخص الاعتباري في عقد الاستثمار يتأثر تواجده كطرف أجنبي في هذا العقد بناء على توافر الشروط المحددة لجنسيته، والتي بدو رها تخضع لمعايير تتحكم في تحديدها، ولقد لعبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دورا بالغ الأهمية وذا تأثير دولي من خلال العديد من ال نزاعات المتعلقة بتحديد جنسية الشخص الاعتباري ومدى اعتباره طرفا أجنبيا في التعاقد . على أنه نعتقد بحسب رأينا مع البعض أن هذا النص القانوني يكون قد ضيق من صلاحية الدول في تحديد الضابط أو الأساس الذي بمقتضاه تمنح الجنسية للشخص الاعتباري الأجنبي الطرف في العقد، كما أن المسلك الذي اتخذته هيئات التحكيم في المركز في تفسير نص المادة -2-25 : ب من اتفاقية واشنطن يعتبر استثناء

[1] للمزيد من المعلومات، أنظر: **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

[2] أنظر: **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، نفس المرجع، ص 140.

عن الأصل، ذلك أن الإقرار للشخص الاعتباري الذي يحمل نفس جنسية الطرف في ال نزاع واعتباره رعية لدولة أخرى طرفا في الاتفاق يعتبر استثناء خارج عن الأصل العام والذي تكون قد فرضته ضرورات عملية تساهم في تطبيق أحكام الاتفاقية على اكبر عدد ممكن من الـنزاعات التي تنشأ بين الدولة والشخص الاعتباري الأجنبي الطرف معها في عقد الاستثمار.

المطلب الثاني:الشروط الخاصة المدرجة في عقود الاستثمار الدولية

نظرا للمراكز غير المتكافئة في عقود الاستثمار الدولية، فنجد الدولة صاحبة السيادة على إقليمها، كما نجد الطرف الأجنبي الخاص المتعاقد معها، وغالبا ما يلجأ هذا الطرف (الطرف الضعيف في العقد) إلى كافة السبل من أجل توفير الحماية لنفسه أمام القوة التي تتمتع بها الدولة، وغالبا ما يتفادى اختيار القانون الوطني لتلك الدولة ليحكم العقد،حتى لا يكون خاضعا لكافة التغيرات والتعديلات التي تلحق القانون.

إن التوازن العقدي بعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتزداد أهميته في عقود الاستثمار الدولية، وهذا التوازن يتأثر بفعل التغييرات في الظروف أثناء سريان العقد،لذلك نجد أن عقود الاستثمار الدولية تنفرد بشروط لا نجدها العقود العادية، ومثل هذه الشروط يتم إدراجها لإعادة التوازن من الناحية القانونية في العلاقة العقدية والتي تعتبر من الضمانات العقدية لحماية هذه العقود.

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي

من أهم الضمانات القانونية التي يتم الاتفاق عليها بموجب عقد الاستثمار الدولي هي تثبيت النظام القانوني وشرط تعهد الدولة بعدم إنهاء العقد أو تعديله وفقا لإرادتها المنفردة [1]، لدى عملت مختلف التشريعات الوطنية والمقارنة على تكريسه في عقود الاستثمار الدولية إضافة إلى أحكام التحكيم ومختلف الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف على إدراجه في مجال الاستثمار،فما

[1] **رانيا جعفر**، دور شرط الثبات التشريعي في تحقيق الأمان القانوني لأطراف عقد الاستثمار، مجلة القانون والأعمال، عدد 42 جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2019، ص 79.

هو تعريف هذا الشرط؟ وما هي أنواعه؟ وآليات تكريسه؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط؟

أولاً: مفهوم شرط الثبات التشريعي:

يعرف شرط الثبات التشريعي ب:"الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي،فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل سياساتها الاقتصادية، وبالتالي عزل تطبيق قانونها الوطني على العقد، وذلك بتجميده زمنيا، واستبعاد كل التعديلات التي تطرأ عليه في المستقبل"[1].

أما الدكتور بشار الأسعد في كتابه عقود الدولة في القانون الدولي فأطلق عليه اسم التجميد الزمني لقانون الإرادة أو شروط الثبات التشريعي، ومد حقا الأطراف بإدراج شرط أو بند في العقد، ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم بينهم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل.[2]

كما يعرف أيضا:"أنه أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بين تشريع جديد حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها"[3]

ومثال ذلك تعديل الدولة لنصوصها التشريعية المتعلقة بالضرائب، حين ترفع منها أثناء تنفيذ عقد الاستثمار الدولي، فشرط الثبات التشريعي clauses de stabilité législative جاء ليعفي

[1] **طه أحمد علي قاسم**، المرجع السابق، ص 72.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 200.

[3] **رانيا جعفر**، المرجع السابق، ص 80

الطرف المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الجديدة التي رفعت في قيمة الضرائب، لعدم الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد.

ويعد الأستاذ « Prosper Weil » أول من أبرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد بحيث ينصرف معنى المساس بالعقد 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 هذه الصفة الإدارية.[1]

ثانياً: صور شرط الثبات التشريعي:

يميز الفقه طبقا للمعايير الشكلية التي ترتكز على المظهر الخارجي لهذه الشروط بين عدة تقسيمات،فهناك ما يقسمها من حيث المصدر،أو من حيث المضمون،أو من حيث الفئات المستفيدة منها، وما يهمنا هو تقسيمات شروط الثبات التشريعي من حيث المصدر التي تم تقسيمها إلى شروط تعاقدية وأخرى تشريعية.

1-الشروط التعاقدية: les clauses conventionnelles :وهي تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الاستثمار الدولي،وتنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة، بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديلات لاحقة تطرأ عليه.[2]

ومن أمثلة هذه الشروط،عقد الامتياز المبرم بين Equateur وشركة Texas polioteur والموقع في 21 فبراير 1964،في مادته 41 التي تخص صراحة على شرط الثبات التشريعي بقولها:

[1] **عدلي عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 145،انظر كذلك:**عبيوط محند وعلي**، مرجع سابق، ص 216،وما بعدها.

[2] **عدلي عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 145.

"تلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعديل السارية وقت التوقيع على العقد تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد وتتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها"[1].

كذلك فان المادة 6/ 1 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (APSI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكو م القابضة (ش.م.م) المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائري في 5 غشت 2001 التي تنص على ما يلي:"تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ ازاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق و الامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية."[2] كما نصت على" إذا تضمنت القوانين و التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائوية نظام إستثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الإتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة إستفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية".

2-الشروط التشريعية : les clauses législative : قد يكون مصدر هذه الشروط للثبات التشريعي القانون، أي النصوص التشريعية للثبات التي تورد في طلب القوانين المتعلقة بالاستثمار،بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا المستثمر الأجنبي، أن لا تعدل ولا تلغي أي حكم متعلق بالاستثمارات،فيؤدي هذا الشرط إلى استمرار تمتع المستثمر الأجنبي بكافة الامتيازات الممنوحة له بموجب القانون الساري أثناء إنشاء الاستثمار رغم التغيرات التي يمكن أن تطرأ على العقد الدولي للاستثمار خاصة وأن مثل هذه العقود كما سبق ذكره تتطلب مدة زمنية طويلة لتنفيذه.

وسايرت الجزائر هذا الطرح وكرست مبدأ الاستثمار التشريعي في قانون الاستثمار الجديد المتعلق بترقية الاستثمار رقم 22-18 بموجب المادة 13 منه بنصها:"لا تسري الآثار الناجمة عن

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 333.

[2] **الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (APSI)** المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم الجزائري في 2001/8/5، ج. ر. ج. ج، عدد 80 الصادرة بتاريخ 2001/1/26.

مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

كذلك نص قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68 لسنة 2003 في المادة السادسة منه على:

"للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجيع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون أو يختار بشأن مشروعه ايا مما يلي:

أ-الاستمرار بالاستفادة من الإعفاءات والمزايا التي تم منحها لمشروعه حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح له بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها.

ب-الاستفادة من المزايا والإعفاءات المقررة للمشاريع التي يقتضيها هذا القانون شريطة توقيف أوضاعه والتزامه بالشروط والمتطلبات التي يقتضيها هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه وفي هذه الحالة تقتصر استفادة من المزايا والإعفاءات على المدة اللاحقة لتوقيف أوضاعه."[1]

ثالثاً: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي:

تعتبر مسألة التكييف القانوني كشرط الثبات التشريعي غاية في الأهمية، ذلك أن تحديد هذا التكييف ينعكس على عمل هذا الشرط في الواقع العملي في الحالة التي يدرج فيها هذا الشرط في عقد الاستثمار الدولي.

وقد بنت آراء الفقهاء حول التكييف القانوني لهذا الشرط سواء كان تعاقديا أو تشريعيا، فذهب البعض إلى اعتباره شرط تحويلي لقانون العقد، بينما البعض الآخر اعتبره على أنه شرط يوقف قوة سريان القانون الجديد.

[1] **قانون الاستثمار الأردني رقم 30 لسنة 2014**.متوفر على رابط وزارة الإستثمار الأردنية.
تاريخ الزيارة 26-12-2020. على الساعة 16س و 30د. www.moin.gov.jo

1-شرط الثبات التشريعي تحويلي لقانون العقد: أصحاب هذا الاتجاه يرون أن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد لا تسري عليه كون أن ذلك القانون يندمج في العقد، ويصبح شرطا تعاقديا كباقي شروط العقد، ونتيجة أن يفقد صفته كتعبير عن إرادة المشرع ويؤدي بذلك إلى دعم سريان التعديلات التشريعية اللاحقة التي تطرأ عليه بعد إبرام العقد [1]، فشرط الثبات التشريعي يمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون المختار ويبقى اسمه فقط، وذلك تعبيرا عن إرادة الأطراف لا إرادة المشرع.[2]

ومن هنا فان التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق لا تسري على العقد إذ أن الأطراف يفقد صفته كتعبير عن إرادة المشرع ويعتبر مجرد شرط تعاقدي، وينتج في العقد،ويفلت العقد الدولي من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف.[3]

استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية الدولية للعقود،بإمكان الأطراف المتعاقدة استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من تطبيقها على عقود الاستثمار،بل إدماجها في العقد بحيث لا تكون لها أي قوة إلزامية، لا تلك التي يمنحها الأطراف.[4]

2-شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد : ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذه الشروط هي بمثابة استثنا ء يرد على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد،ذلك المبدأ السائد والمستقر في إطار القانون الداخلي ضمن المعلوم أن القانون الجديد الآمر يسري بأثر فوري على كافة العقود حتى تلك التي تكون قد أبرمت في القانون القديم قبل صدور القانون الجديد ولا يعتبر في سريان القانون الجديد على هذه العقود أية رجعية،وعلى هذا الأساس فان شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولية يرمي إلى استمرار سريان القانون الذي اتفق عليه الأطراف واختاره بحكم العقد المبرم بينهم، بالرغم من صدور تشريع جديد ويتطلب

---

[1] **ميساء هشام السامرائي**، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، طبعة 1، بيروت، لبنان، 2018، ص 116.

[2] **رحمان أمينة**، المرجع السابق، ص 138.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص 340.

[4] **رحمان أمينة**، المرجع السابق، ص 139.

لتحقق هذا الشرط ضرورة أن تكون قواعد القانون الجديد فقواعد متصلة بالنظام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة حتى يقال أن في استمرارية سريان القانون المختار على الرغم من نفاذ هذه القواعد استثناء على مبدأ السريان الفوري.[1]

كما أن بعض الفقهاء قد ارتأى إمكانية تحقق الأثر التوفيقي حتى في خصوص شروط التجميد أو الثبات التعاقدية، وهنا يكون ذلك الأثر من عمل الأطراف في العقد ويستند هؤلاء إلى أن قاعدة القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد ولا تفرض استنادا زمنيا إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد، وهي تعطي الحرية للأطراف في أن يجدوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيه ملائما أخذ مضمون ذلك القانون في الاعتبار.[2]

وترى الدكتورة حفيظة السيد الحداد في كتابها،العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، ونحن تؤيد هذا الرأي، لأن مبدأ امتداد سريان القانون القديم على الآثار الجارية للمراكز العقدية للأطراف لا تنطبق على العقود الإدارية، هو تكييف ينطبق في نظر البعض على عقود الدولة وعقود الاستثمار الدولية باعتبارها تدخل يقرر صحتها والى قراء القانون الخاص الموضوعية ذات التطبيق المباشر.[3]

ضمن عقود الدولة ويتلاءم مع طبيعتها،والسبب في ذلك أن المبدأ المذكور هو مبدأ يتفرع مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي لا يكون له محل حيث لا يكون مبدأ سلطان الإرادة ذاته موضع تطبيق ومن المعروف أن إرادة الأفراد لا تلعب دورا كبيرا في نطاق العقود الإدارية، وتبقى هذه العقود مربوطة بالمصلحة العامة.[4].

---

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص 337.

[2] **أحمد عبد الكريم سلامة** ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 33 ،1987، ص 67.

[3] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 79.

[4] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 338.

رابعاً: الآثار القانونية لشرط الثبات التشريعي:

يتسم إدراج هذه الشروط في عقود الاستثمار الدولية من أجل منع الدولة من إحداث أي تغيير قانوني طوال مدة العقد وقد أثارت هذه الشروط جدل أمام الفقه لاحتوائها على مبدأين،مبدأ سيادة الدولة في التعاقد ومبدأ حرية التعاقد بين الأطراف، فهذه الشروط ترتب آثار سلبية كما ترتب آثارا ايجابية.

1-الآثار السلبية لشروط الثبات التشريعي: التغيرات التشريعية ترتب آثار بالنسبة للعقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، فالدولة ليست بأكثر من بعيدة عن المستثمر من التضرر ومن بين الآثار السلبية لشروط الثبات التشريعي، القوة الملزمة للعقد باعتبار أن مبدأ القوة الملزمة للعقد تشكل الدعامة الأساسية الذي يستند إليها شرط الثبات التشريعي لتبرير صحته إلى جانب غل يد الدولة عن إجراء تعديل أو تغيير عبر أحكام قانونها الوطني والتي من شأنها التأثير على المراكز القانونية للمتعاقد معها، فهذا بعد تأثيرا سلبيا على الدولة الذي ينقص من سيادتها [1] ويستندون إلى نظرية العقد الطليق، فهذه الشروط صحيحة في ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني.

2-الآثار الايجابية لشروط الثبات التشريعي: إن الغاية التي تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيقها هي طمأنة الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة بأن القوانين التي سوف تقرر الدولة إصدارها في تاريخ لاحق على إبرام عقد الاستثمار الدولي لن يطبق، فنجد المستثمر الأجنبي نفسه محصنا ضد ما تتمتع به الدولة الطرف في العقد من سلطتها التشريعية،على نحو يؤدي إلى تجميد القانون لحظة إبرام العقد أو لحظة بدء التنفيذ، فالأطراف المتعاقدة نظرا لما تتمتع به من استقلال الإرادة وحريتها لها الحق في أي تدمج في اتفاقاتها القواعد الملائمة المنظمة لعلاقاتها والمستعارة من القانون الوطني ويستوي في هذا الشأن إن يكون هذا الاندماج قد تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أي عن طريق تبني هذه القواعد.[2]

---

[1] **جعفر رانيا**، المرجع السابق، ص 83.

[2] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 341.

فيجب التوفيق وتحقيق التوازن بين مصالح الطرفين، بحيث إذا كانت الدول النامية تسعى إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية، فإن الشركات الأجنبية تبحث عن حقها في الحماية، بإدراج مثل هذه الشروط في العقد، واحترام الدولة ا لمتعاقدة لها يعطي نوعا من الطمأنينة والثقة للشركات الأجنبية ويخلق بيئة ملائمة للاستثمار في الثروات الطبيعية وتنمية إقتصاد الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي.

الفرع الثاني: شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

شرط إعادة التفاوض هو الشرط الذي بمقتضاه يلتزم أطراف العلاقة التجارية الدولية طويلة الأجل بإعادة التفاوض ومراجعة العقد عند وقوع أحداث معينة ذات طبيعة خاصة خارجة عن إرادتهم وتوقعاتهم، و يكون من شأنها أن تحدث اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وأضرارا بأحد الأطراف عن الاستمرار في تنفيذ العقد [1]، وقد أدى الشك المحيط بالفاعلية القانونية لشروط الثبات التشريعي إلى تضمين عقود الاستثمار الدولية طويلة الأجل شروطا لإعادة التفاوض renégistiation clauses كبديل لشروط الثبات، حيث يمكن لهذه الشروط أن توفر الحماية الكافية ضد الإلغاء أو التعديل الذي تقوم به الدولة في العقد،من خلال الالتزام أو التعهد بإعادة التفاوض عند ظهور ظروف طارئة أثناء تنفيذ العقد، فتلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر الأجنبي، عوض التخلي عنه وإلغاء العقد،وعدم نجاح تلك المفاوضات يؤدي لا محال إلى تدخل التحكيم الدولي بهدف استعادة التوازن بين الطرفين.[2]

أولاً–تعريف شروط إعادة التفاوض:

يوفر شرط إعادة التفاوض ضمانة حقيقية لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والحفاظ على استمراره ووجوده من خلال فرضه التزاما على عاتق الأطراف يتضمن ضرورة الدخول في مفاوضات بحسن النية للتوصل إلى مشكلة تغير الضرر،وسيتعرض الطرف الممتنع عن ذلك إلى

[1] **عطار سمية**، المرجع السابق، ص 189.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 302.

المسؤولية العقدية [1]، وهذا الشرط لا يتميز بكونه مناسبا للمعاملات التجارة الدولية، وعقود الاستثمار الدولية خاصة، حيث أنه ضمن القواعد الموحدة،التي صدرت خصيصا لهذا النوع من المعاملات هذا ما أكده نظام التحكيم في الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس رقم 8873 لسنة 1997 حيث قررت محكمة التحكيم أن شرط إعادة التفاوض ملائم في الوقت الحاضر لكي يطبق على معاملات التجارة الدولية لكونه يتلاقى مع عدم التوافق في المبادئ القانونية بين الدول.[2]

بإعادة التفاوض للأطراف حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي حدثت، بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء ذلك.[3]

كما عرفه الدكتور بشار الأسعد على أنه:"تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف في حالة التغير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى من أجل خلق توازن تعاقدي جديد، ومن تم إعادة تكييف أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي ربما فقد مبرراته"[4].

كما عرف شرط إعادة التفاوض « Haradship »بأنه:"شرط يدرج في العقد من قبل الأطراف ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد،سواء في نفس الشرط بالعقد أو في اتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن

---

[1] **بوخالفة عبد الكريم** ، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 1، العدد 03، الجزائر،2018، ص 179.

[2] **عبد الخالق الدحماني** ، ضمان التوازن ال مالي لعقود الاستثماري في إطار التحكيم الدولي،دار الآفاق المغربية،الدار البيضاء المغرب،2015، ص 197.

[3] **أحمد عبد الكريم سلامة** ، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2000، ص 67.

[4] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 303.

إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من طبيعتها الإخلال بالتوازن العقدي وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح.[1]

كما نصت على التفاوض في حالة تغير الظروف المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية،والتي أقرها معهد روما لتوحيد القانون الخاص « Uni droit » سنة 1994 فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 6 تعريف لشروط إعادة التفاوض على أنه:"في حالة شرط الصعوبة(تغيير الظروف) Hard ship يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح إعادة باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسببا" [2]كما أضافت المواد 6-2-2 و 6-2-3 من هذه المبادئ بوضوح كل عناصر الشرط.

ونجد تجسيدا لشروط إعادة التفاوض في الاتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الاستكشاف والمشاركة في الإنتاج سنة 1994، وذلك على وجه التحديد في المادة 12/34 تحت عنوان توازن الاتفاقية،والتي تنص على:"حيث أن الموقف أو الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الاتفاقية إلى القوانين واللوائح السائدة وقت التوقيع فانه يتم الاتفاق على أنه إذا ما صدر قانون أو لائحة تؤثر على الوضع المالي للمستثمر خاصة، فإذا زاد معدل الجمارك عن نية..أثناء سريان الاتفاقية، فانه يلزم على الطرفين الدخول في مفاوضات بهدف الوصول إلى موقف متكافئ، بحفظ التوازن الاقتصادي في الاتفاقية، وفي حالة الفشل في الاتفاق على حل متكافئ ومتوازن فانه يجوز لأحد الطرفين أن يحيل الأمر إلى التحكيم وذلك بموجب المادة 31 من الاتفاقية.[3]

كما قامت غرفة التجارة الدولية بابتكار شروط نموذجية لكل من شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض سنة 2003، وصياغتها بطريقة تسهل قدر الإمكان من تحرير وصياغة هذه الشروط وجاء في التقرير الصادر عن الغرفة سنة 2003 أن شرط إعادة التفاوض،سيتم تطبيقه وفقا

---

[1] **شريف غنام**، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، أثر القوة القاهرة وال Hard ship على تنفيذ العقود الدولية، أكاديمية شرطة دبي الطبعة 1، الإمارات العربية المتحدة، 2010، ص 38.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 304.

[3] نفس المرجع ، ص 304.

للضوابط المنصوص عليها في هذا التقرير بمجرد ذكره في العقد، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[1]، أما بخصوص الجزائر، فنجد تطبيقات شروط إعادة التفاوض في قضية Anadarko وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد استغلال بترولي مع شركة سونطراك، حيث كانت الإشكالية قائمة بعدما فرضت بالجزائر ضريبة جديدة(ضريبة الأرباح الاستثنائية) بموجب القانون رقم 07/05[2] المتعلق بقانون المحروقات المعدل و المتمم، في نص المادة 100 منه"بغض النظر عن أحكام المادة 101 يطبق رسم غير قابل للحكم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول"البرنت"يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد وذلك فيما يخص عقود الشراكة بين سونطراك وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون 14/86 المؤرخ في 19 أوت ويطبق هذا الرسم ابتداء من أول أوت 2016"وعلى اثر هذا التعديل ثار خلاف بين Anadarko وشركة سونطراك حول الضريبة الاستثنائية المستحدثة، وبعد جولات أمام التحكيم التجاري الدولي باشر الطرفان مفاوضات توصلت إلى اتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض الإجراءات والأجزاء في العقد المبرم بينهما مع التنازل على القضية المطروحة للتحكيم.[3]

وتبعا لذلك يتضح التعامل القانوني في التشريع الجزائري مع مشكلة تغير الظروف بالنسبة لتنفيذ العقد، حيث تخضع العقود الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، أما العقود الدولية فتخضع لفكرة إعادة التفاوض للتوازن الاقتصادي للعقد الدولي، فيترتب على ذلك إعمال شرط إعادة التفاوض والتي من شانها أن تقود الأطراف لمراجعة العقد، وإعادة التوازن الاقتصادي له، فان الأثر الأساسي الأعمال هذا الشرط هو إعادة التفاوض حول كيفية تنفيذ العقد إما بإعادة التفاوض الكلي حول العقد أو الوقف للعقد.

---

[1] **عطار سمية**، المرجع السابق، ص 190

[2] **قانون رقم: 05-07** المؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج،ع 50، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005، معدل ومتمم **بالقانون رقم: 13-01** المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر.ج.ج.ع 11 :الصادرة بتاريخ 24 فبراير 2013 .

[3] **بوخالفة عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 186.

ثانياً: آثار شرط إعادة التفاوض

ينجم عن إعمال شرط إعادة التفاوض عدة آثار نذكر منها ما يلي:

1-وقف تنفيذ العقد: يقصد بوقف تنفيذ العقد توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتها العقدية المتبادلة لحين إعادة التفاوض حول العقد والتوصل إلى اتفاق جديد لتنظيم تلك الالتزامات وقف التنفيذ يخص الالتزامات الرئيسية التي يفرضها العقد، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية:"وقف العقد يقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ" [1]ولا يمس الوقف وجود العقد أو صلاحيته، فأثره يقتصر على تأجيل تنفيذ الالتزامات التي تأثرت بوقوع حدث القوة القاهرة أو Hard ship وبمعنى أخر لا يمتد الوقف إلى أساس الالتزام أو وجوده، فالعقد يبقى منتجا لكل آثاره،ولكن لا تنفذ هذه الآثار خلال فترة الوقف.

وتشير مبادئ العقود التجارية الدولية (Uni droit) إلى نظام وقف التنفيذ للعقد إذ تنص المادة(6-2-2/3)على انه:"لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته الطرف الذي اختل التزامه بالحدث الحق في التوقف عن التنفيذ بل يجب تنظيم ذلك بشكل صريح"إذا لو اتفق أطراف عقد الاستثمار الدولي صراحة في العقد على شرط إعادة التفاوض وعلى أن يتوقف تنفيذ العقد، خاصة الالتزامات الأساسية بإحالة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، فيصبح هذا الشرط القانون الذي بحكم العقد ويوقف تنفيذ العقد للمدة المحددة في العقد.

ومن أمثلة القرارات التحكيمية التي تشير إلى وقف تنفيذ العقد إعمالا لشرط إعادة التفاوض،القرار الصادر في القضية رقم 2695 عن هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، إذ فرضت الهيئة وقف تنفيذ العقد من تلقاء نفسها، وكان أطراف النزاع قد ضمنوا عقدهم الإشارة إلى

[1] **شريف غنام**، المرجع السابق، ص 333.

إعادة التفاوض في العقد عند وقوع أحداث معينة، إلا أنهم لم يشيروا بشكل صريح أو ضمني إلى وقف تنفيذ العقد خلال الفترة التي تتم فيها المفاوضات.[1]

2-إعادة التفاوض: يؤكد القضاء على أن من واجب الأطراف الدخول في مرحلة المفاوضات عقب وقوع الحدث الفجائي والمتعاقدين يلتزمون بإعادة التفاوض في العقد الدولي وفقا لمبدأ حسن النية، إذ أن عملية التفاوض ذاتها تشمل عنصرين، الأول مادي وهي كل الأعمال التي يقوم بها الطرفان من أجل إنجاح المفاوضات فالمراسلات والاجتماعات، مع الحرص على تنفيذ المفاوضات بحسن نية ونزاهة وهو العنصر المعنوي في عملية التفاوض.[2]

أما في حالة رفض طرفا في العقد لعملية التفاوض،ويستعمل وسائل احتيالية من أجل عدم التفاوض وذلك لأن اختلال توازن العقد قد يؤدي إلى تحمل أحد الطرفين خسائر فاضحة، في حين يكون الطرف الآخر هو المستفيد من هذا الخلل في العقد،فبعد هذا الإخلال بشرط إعادة التفاوض ورغم أن الأطراف هم من يتولوا تنظيم هذا الشرط إلا أن الاطلاع على الشروط التعاقدية يكتشف جليا أنه من النادر أن يتولى الأطراف تحديد أو تنظيم الجزء المترتب على الإخلال بشرط إعادة التفاوض.[3]

فوفقا للقواعد العامة،يلجأ الطرف المتضرر إلى الدفع بعدم التنفيذ بهدف إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه، لذلك يحق لأحد الأطراف عقد الاستثمار الدولي أو المستثمر الأجنبي الامتناع عن التنفيذ بقصد إجبار المتعاقد الآخر على الدخول في عملية التفاوض إعمالا بشرط إعادة التفاوض المدرج في العقد.

كما قد يتفق الأطراف على أنه في حالة عدم قبول أحدهم إعادة التفاوض في العقد فان العقد الأصلي يستمر في السريان، إلا أن اللجوء إلى هذا الحل يهدر الهدف الحقيقي الذي وجد من أجل تحقيقه شرط إعادة التفاوض، كما يجوز فتح العقد بالإرادة المنفردة إذا أخل أحدهم بشرط إعادة

---

[1] **عبد الخالق الرحماني**، المرجع السابق، ص 203.

[2] نفس المرجع ، ص 203.

[3] **بوخالفة عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 189.

التفاوض في العقد شريطة إخطار الطرف الآخر بذلك [1] ولا يستحب إعمال مثل هذه الاتفاقيات في عقود الاستثمار الدولية.

إذ أن أغلبية هذه العقود هي عقود طويلة المدة يكتسي تنفيذها أهمية كبيرة وتهدف إلى تحقيق مكاسب ضخمة سواء للدولة الراغبة في التنمية أو المستثمر الأجنبي الراغب في تحقيق أكبر قدر ممكن من الفائدة، كما أن اللجوء إلى الفسخ يخالف الهدف الذي وضع من أجله شرط إعادة التفاوض.[2]

[1] **بوخالفة عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 190.

[2] **شريف غنام**، المرجع السابق، ص 382.

الفصل الثاني:

منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها

يعد التوازن الاقتصادي من العناصر المهمة في العقود بصفة عامة، وعقود الإستثمار الدولية بصفة خاصة، الذي يتأثر بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت مرحلة إبرام العقود، زد على ذلك أن عقود الإستثمار الدولية من عقود المدة التي غالباً ما تكون طويلة المدة أين يطرأ خلالها تغيرات في الظروف المحيطة بالعقد تكون سبباً لحدوث منازعات بين الطرفين، تلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار التام أو قد تصيبه ببعض الخلل، هذا الخلل يؤدي في كثير من الأحيان إلى إثارة الكثير من المنازعات التي تتنوع وتتعدد أسبابها، سواء من طرف الدولة المضيفة أو من طرف المستثمر الأجنبي، مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقود وإعادة التفاوض بشأن ظروفها[1].

كما تعد مسألة القانوني الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار من أهم المسائل القانونية التي تثيرها هذه المنازعات، إذ أن مسألة اختيار نظام قانوني معين ليحكم روابط الاستثمار ليس مجرد مسألة تفضيل نظام قانوني على نظام آخر، بل إن هذا الاختيار هو الذي يحدد النظام القانوني الذي تم اختياره ليحكم أصول وقواعد رابطة الاستثمار.

وتأسيساً على لذلك، سوف نقوم بدراسة منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، تباعاً وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: منازعات عقود الإستثمار الدولية.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الإستثمار الدولية.

[1] **أحمد المصطفى محمد صالح الصادق** ، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة شندي، كلية الدراسات العليا و البحث العلمي، السودان، 2012، ص 170.

المبحث الأول: منازعات عقود الإستثمار الدولية.

تختلف منازعات عقود الإستثمار الدولية عن المنازعات الأخرى التي قد تنشأ أثناء تنفيذ عقد من العقود التجارية والمالية أو الاقتصادية وأي عقد آخر ، و ذلك للطبيعة الفنية والاقتصادية لعقود الإستثمار الدولي، و لكون الدولة التي تتمتع بمركز سيادي طرفاً في العقد، والتي يمكّنها من إتخاذ بعض الإجراءات الفردية في مواجهة المستثمر الأجنبي.

المطلب الأول: أسباب منازعات عقود الإستثمار الدولية.

أردفت الطبيعة الفنية والاقتصادية لعقود الاستثمار الدولية، العديد من المنازعات نتيجة لتغير الظروف المحيطة بها، وعليه فالأسباب المؤدية لنشوء منازعاتها كثيرة ومتنوعة سواء كان مصدرها أجنبي(كالقوة القاهرة والظروف الطارئة) وما تثيره هذه الظروف من وسائل وقائية كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض، أو كان مصدرها الدولة المضيفة للاستثمار، كونها تتمتع بمركز سيادي والذي يخولها إمكانية اتخاذ بعض التصرفات والإجراءات والتي تمس العقد كإجراء نزع الملكية والمصادرة والتأميم، أو تغيير القانون، أو اتخاذ إجراءات انفرادية ، أو كان مصدر هذه الأسباب بفعل المستثمر الأجنبي وذلك في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه.

وعليه فيمكن تقسيم هذه الأسباب ، إلى أسباب أجنبية لا دخل لأطراف عقد الاستثمار الدولي فيها في الفرع الأول وأسباب ترجع إلى أحد طرفي عقد الاستثمار الدولي سواء الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: القوة القاهرة سبب أجنبي لمنازعات عقود الإستثمار الدولية

قد تؤدي بعض الأمور الخارجة عن إرادة طرفي عقد الاستثمار إلى اختلال التوازن العقدي في الالتزامات التعاقدية التي تشكلت بصورة صحيحة عند التعاقد، وهذه الأمور قد تعرض العقد للانهيار التام وإلغائه من قبل الطرفين، كما هو الحال عند حدوث القوة القاهرة أو الظروف الطارئة

، ففي هذه الحالة يختل توازن العقد، وقد يستحيل تنفيذ الالتزام، مما يستوجب إعادة النظر فيه عن طريق التفاوض مجددا حول شروطه، دون أن يستدعي الأمر إبقائه.

وإذا كانت الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، فالمستثمر الأجنبي في هذه الحالة يرغب في عدم خسارة مشروعه الاستثماري والدولة المضيفة ترغب في استمرا ر النشاط الاستثماري المتعلق ببرامجها التنموية، لذلك يعمل أطراف عقد الاستثمار الدولي على وضع شروط في العقد تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد و الجلوس على طاولة التفاوض من أجل تجنب الإخلالات التي تعتري الإلتزامات المتبادلة بين الطرفين.

أولاً: القوة القاهرة كأحد الأسباب المؤدية إلى منازعات عقود الإستثمار الدولية

نتولى دراسة القوة القاهرة، من خلال تعريفها ، وتمييزها عن الأحداث الطارئة ، مع تحديد طابعها الفني، مرورا بكيفية إثبات الحدث المؤدي لقيام منازعات القوة القاهرة ، وهذا على النحو التالي :

1: تعريف القوة القاهرة [1].القوة القاهرة في مفهومها الإصطلاحي تعني "مجموعة من الأحداث التي لم يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها، ويترتب عليها انقضاء الإلتزام لإستحالة تنفيذه دون أن يتحمل المدين تبعة ذلك "[2]، بحيث يجب توافر ثلاث شروط في الحدث لوصفه بالقوة القاهرة وهو عدم التوقع و إستحالة الدفع وإستقلال الحدث عن إرادة المدين،

[1] عرف أولبيان القوة القاهرة بأنها " كل قوة لا يمكن مقاومتها، ومن أمثلة ذلك الحريق الناشئ عن الصواعق، الفيضان، العواصف، والزلزال والبركان ويصعب على كل باحث في القانون، أن يجد فكرة خالصة عن القوة القاهرة، متميزة عن سواها من كل وجه، و يمكن القول أن القانون الروماني، في العصر العلمي إنتصر لفكرة التوحيد بين مفهوم القوة القاهرة والحادث الفجائي، فلم يفرق بينهما بل أطلق القول في بيان الأفعال التي تفضي إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام، ولكن الفقه فرق بين نوعين من الأفعال، فعل يرجع إلى المدين و فعل يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، أما إذا كان بسبب أجنبي فإنه يعفى من المسؤولية .للمزيد من المعلومات أنظر: **أبو سعد محمد شتا**، مفهوم القوة القاهرة، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، مج 74، ع 394، 1983، ص 175.

[2] **عصام الدين القصبي**، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، جامعة المنصورة، كلية الحقوق،1991،ص 131.

و هذا مل يميز القوة القاهرة عن الحادث الطارئ الذي يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً لا مستحيلاً[1]. كما عرفها البعض الآخر على أنها" مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية، بحيث لا يعد ارتكابها فعلاً مخالفاً لإلتزاماتها موجباً للمسؤولية[2].

2: التعريف التشريعي للقوة القاهرة: أما المشرع الجزائري في نص المادة 127 من القانون المدني " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك. "والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع مفهوم للقوة القاهرة بل إكتفى إلى الإشارة إليها، كذلك أنه لم ينص عليها في قانون 09/16 المعدل، إلا انه بالرجوع إلى نص المادة 19/5 من قانون المحروقات رقم 07/05 المؤرخ في 28-04-2005 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/13 المؤرخ في 20-02-2016 والتي عرفت القوة القاهرة على أنها: " كل حدث مثبت غير متوقع، لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد إلتزاماته التعاقدية أو العديد منها آنياً أو نهائياً، غير ممكن".

وعادة ما يترتب على القوه القاهرة وقت تنفيذ العقد مؤقتا، وقد أشارت غرفة التجارة الدولية في قرارٍ لها صادر سنة 1971، أنه لا يترتب عن القوة القاهرة إنهاء العقد بل وق ف تنفيذه في انتظار انقضائه حيث يباشر المتعاقدين تنفيذ العقد مباشرة بعد زوال القوة القاهرة، كما أن غرفة التجارة الدولية وضعت شروطاً نموذجية من أجل تنظيم حالة القوة القاهرة إبتداءاً من سنة 2003، غير أن الإشتراطات العقدية التي يعتمد عليها أطراف العقد يمكن لها أن تغير من أحكام المسؤولية و القوة القاهرة، خاصة من أجل التوسع فيها لتكييف العقد مع الأوضاع الجديدة و الحفاظ على إستقرار العلاقة العقدية[3].

---

[1] **خالد كمال عكاشة**، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 116.

[2] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 89.

[3] **موكه عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على إستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في العلو م تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2016، ص 199.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 14 افريل 2006، أن القوة القاهرة هي ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ إلتزامه شريطة أن يكون الحادث غير متوقع و لا يمكن مقاومته و مجابهة آثاره[1]، بمعنى حتى نكون في حالة قوة قاهرة يجب توافر ثلاثة شروط أساسية تتمثل في عدم توقع الحادث، لا يمكن توقعه، و أن يكون الحادث لسبب أجنبي، ويعتبر القضاء الفرنسي من المتشددين في تحديد أحكام القوة القاهرة، إذ لا يعفى المدين من تنفيذ إلتزامه إلا إذا توافرت الشروط الثلاث.

وقد ظهر ذلك في نص المادة 24 من الاتفاقية المبرمة بين دولة الكويت وشركة Trades Limited عام 1933 والتي نصت على "أي تقصير من قبل الشركة في القيام بتنفيذ أي من الاشتراطات والتعهدات الواردة في العقد المبرم بينهما بسبب يعود لحدوث قوة قاهرة فان دولة الكويت لا يكون لها الحق في مطالبة الشركة بأي اشتراطات أو تعهدات نص عليها العقد وإذا ما ترتب على حدوث القوة القاهرة تأخير في تنفيذ أحد شروط العقد فإن مدة التأخير بالإضافة لأي مدة تكون لازمة لإصلاح الضرر الذي يكون قد وقع أثناء التأخير تضاف إلى المدة المحددة في هذا العقد".[2]

ويظهر دور شرط القوة القاهرة كشرط مكمل للتشريع الوطني من خلال الحكم الذي أصدرته محكمة التحكيم في قضية N.O.C.I[3] حيث أسست حكمها بالرجوع إلى النصوص القانونية والشرط الخاص بالقوة القاهرة، بل رفضت تمسك الشركة الأجنبية SUN OIL بأن شروط إعمال القوة القاهرة وفقا للنص المدرج في العقد يتحقق بمجرد أن يكون عدم التنفيذ مرجعه ظرف غير متوقع يؤثر على تنفيذ العقد ، ولا يشترط أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ حيث انتهت إلى أنه لا

[1] Le 14 avril 2006, la cour de cassation, réunie en assemblée plénière, rendait deux arrêts relatifs a la notion de force majeur(n 02-11.168 et 04-18.902 ; juris-data n 2006-033181 ; bull.civ.2006, ass. Plen. N 5 et 6)pour certains, ces arrêts consacraient une définition unitaire de la force majeur (c'est a dire commune aux responsabilités délictuelle et contractuelle) et réaffirmaient la conception classique de la notion. voir ; **GROSSER PAUL**. LA FORCE MAJEUR EST IRRESISTIBLE ET IMPREVISIBLE , revue la semaine juridique, Ed-G n 49, 3 décembre 2008, paris, p 10198.

[2] **يسمينة لعجال**، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، ع 17، جانفي 2018، ص792.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص100.

يوجد في الشرط المدرج في العقد ما يسمح بالتخفيف من الشروط التي يقتضيها القانون الليبي ، والتي وفقا لها لا بد أن يكون الظرف الذي يتمسك به الطرف المتعاقد يؤدي إلى استحالة حقيقية في التنفيذ على نحو مؤقت أو بصفه نهائية، وعلى ذلك فهذا الشرط يسهل من وظيفة المحكّم عند تقديره للظروف القاهرة.[1]

ثانيا: التمييز بين القوة القاهرة والأحداث الطارئة

إذا كانت نظرية القوة القاهرة تشترك مع نظرية الأحداث الطارئة في استنادهما على قاعدة Sio Stant ibus Robus ،ومقتضاها أن العقد يقوم على شرط مضمر بين المتعاقدين يجعل بقاؤه منوطا ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها، فإن الفارق بين النظريتين يظل قائما وذلك أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الحدث الطارئ فيجعل تنفيذه مرهقا لا مستحيلاً، ويترتب على ذلك فرق في الأثر إذ أن القوة القاهرة تؤدي على انقضاء الالتزام ف لا يتحمل الطرف تبعة عدم تنفيذه، أما الحدث الطارئ فال ينقضي الالتزام به بل يريد إلى الحد المعقول فتوزع الخسارة بين الأطراف، فاثر حالة الضرورة و الظروف التي تسهم في إيجادها تختلف عن إثر توفر حالة القوة القاهرة التي تعفى تماما من المسئولية و يجعل مرد ذلك إلى تجرد أساس الضرورة من المبادئ القانونية أو العرفية و غير المحددة في القانون الدولي العام[2].

إلا أن عقد الاستثمار الدولي ذو طبيعة خاصة يهدف أطرافه إلى تحقيق الفوائد المالية على المدى الطويل، الأمر الذي يفضلون معه الحفاظ على الرابطة العقدية بينهم بغض النظر عن هذا الحدث، وذلك خلافا للقواعد العامة التي استقرت عليها معظم الأنظمة القانونية والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوة قاهرة.

إن نقاط الاشتراك بين القوة القاهرة والظرف الطارئ مناطه الشرط الدفين المتمثل في ارتباط وجود العقد بظروف إبرامه، بينما نقطة الاختلاف مردها آثار كل منهما بحيث أن الحدث الطارئ

[1] **يسمينة لعجال**، المرجع السابق، 792.

[2] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 89.

لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام، بل يرده إلى الحد المعقول لتوزع الخسارة بين الأطراف الأمر الذي يدفع المتعاقدين إلى إدراج بند في العقد من أجل مراجعته وإعادة التفاوض بشأنه.

وقد يكون محل النزاع البحث في مبدأ التعويض المترتب على إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة، حتى ولو افترضنا أن الهيئة التحكيمية إستعانت بخبراء لأجل إيجاد حل لهذه المعضلة ولو كانوا على مستوى عالي من التخصص ، ذلك أن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة بإحالة النزاع إلى التحكيم تم تعيين أهل الخبرة يجعل من المتعذر الوصول إلى نتائج حقيقية تتفق وظروف النزاع خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن اللجوء للتحكيم غالبا لا يحدث إلا بعد مناقشات ومفاوضات بين أطرافه للتوصل إلى تسوية سلمية نهائية للنزاع[1].

إن تأثير القوة القاهرة على العقد الأصلي هو جوهر المنازعة لأن الاتجاه الدولي اليوم يميل إلى الاستبقاء على العلاقات الاقتصادية في جميع الظروف و يستحب الاستعانة بالوسائل السلمية في تسوية المنازعات خاصة التوفيق والتحكيم وقد يكون من الأنسب أن يعيد النظر في الرابطة لتصبح أكثر توافقا مع الظروف الجديدة وبحث سبل التعاون على أساسها.

إن إثبات القوة القاهرة من الظواهر المادية على من يدعي وجودها أن يثبت وقوعها ولا يقتصر الأمر هنا على إثبات الأحداث لم تكن لإرادته دخل فيها كما لم يكن بوسعه تداركه عقب حدوثها وبالتالي فإذا كانت الظروف القهرية تمنح الدولة الحق في التحلل من التزاماتها فلا يجب على الدول أن تتذرع بهذا التنصل من مسؤوليتها تجاه الأطراف المتعاقدة بل يجب على الدول أن تسعى جاهدة للوفاء بالتزاماتها مهما كلفها ذلك من الأعباء وذلك لتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها.

ثالثا: الطابع الفني لمنازعات القوة القاهرة.

جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية، نظراً لأهمية أحداث القوة القاهرة وأثرها على حياة و إستمرار العقد، إلا أن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من

[1] **معزوزة زروال**، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، الجزء الأول، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2015/ 2016، ص538.

المنازعات الناجمة عن إعمال هذا الشرط . والمنازعات التي تدور حول توافر شروط القوة القاهرة فيها يغلب عليها الطابع الفني، و من ثم فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة ويتوافر لدى القائمين عليها الخبرة الفنية والدراية العلمية الكافية وهي أمور لا يتمتع بها رجل القضاء العادي.[1]

فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل تواجد حالة القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ المدين لمل هو متفق عليه في العقد و قد تتعلق المنازعة بتعيين درجة الضرر وتحديد اسبابه الذي لحق بالمتعاقد الآخر و مدى إرتباط حدوث القوة القاهرة بوقوع هذا الضرر ، وما إذا كان مبررا لإيقاف العقد أم أنه يتعذر إتمام العمل ويتعين إنهاء العقد المبرم بين الطرفين.

إذن فالأمر يحتاج إلى ضرورة مراعاة العوامل السابقة، و ذلك من خلال الحرص على إدخال عناصر فنية متخصصة في تشكيلة هيئة التحكيم التي سوف تنظر في النزاع الخاص بالقوة القاهرة و ذلك ممن لديهم خبرة بالتفاصيل الفنية الدقيقة لموضوع النزاع، و من تم التعرف على جوهر النزاع، مما ينعكس على حسن تسويته.

كما قد تدور المنازعة حول تقرير مبدأ التعويض إن كان له محال طبقا لشروط العقد ومداه، وهذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على عاتق هيئات لتحكيم ولو افترض أن الهيئات التحكمية تعين خبراء على مستوى عال من التخصص في هذا المجال، فإن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة و حالة النزاع إلى التحكيم ثم تعيين أهل الخبرة يجعل من المتعذر الوصول إلى نتائج حقيقية تتفق و ظروف النزاع، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن اللجوء للتحكيم غالبا لا يحدث إلا بعد مناقشات ومفاوضات بين أطرافه للتواصل إلى تسوية سليمة نهائية للنزاع.

بعيدا عن الجانب الفني الذي تتسم به منازعات القوة القاهرة، فإن المهمة الأساسية لا تقف عند حد التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القهرية، بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها والذي يتركز في غالبية الأحيان حول أثر هذه القوة القاهرة على العقد الأصلي و هنا تبرز أهمية

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق ، ص 90.

الاستعانة بالوسائل السلمية في تسوية المنازعات و بخاصة وسيلتي التوفيق والتحكيم و ذلك أن الأطراف المعنيين في المنازعة إنما قد لا يودون في الغالب إنهاء ارتباطاتهم العقدية بسبب هذه الأحداث التي أوجدت حالة القوة القاهرة و يجدون أنه من الأنسب أن يعيدوا النظر في الرابطة لتصبح أكثر توافقيا مع الظروف الجديدة ولينطلق تعونهم من جديد على أساسها .و الغرض من إدراج شرط القوة القاهرة في مجال العقود بصفة عامة هو تحديد المقصود بها و ذلك إما بالإحالة في هذا الصدد لنظام قانوني معين ، و هو ما يغلب أن يكون القانون واجب التطبيق على العقد نفسه، أو بإجراء تجديد حصري يتضمن بيانا جامعا للأحداث التي تتدرج تحت هذا المصطلح وهنا قد تكون لعقود الاستثمار خصوصيتها لارتباطها عادة بالظروف الاقتصادية و الاجتماعية أو لصلتها بطبيعة النشاط الاستثماري[1].

رابعا: كيفية إثبات الحدث المؤدي لقيام منازعات القوة القاهرة.

ومن ناقلة القول، أن عبئ إثبات الحدث أو الأحداث التي تشكل القوة القاهرة إنما تقع على عاتق من يدعيها، ولا يقتصر الأمر هنا على إثبات هذه الأحداث و إنما يتعين على المدعي أن يقيم الدليل على أن هذه الأحداث لم يكن لإرادته دخل في وقوعها [2] كما لم يكن بوسعه توقعه أو تداركه عقب حدوثه .إذا كان من المقرر أن الأحداث التي تشكل حالة القوة القاهرة يتعين أن لا يكون لإرادة الطرف الذي و يدفع بوجودها دخلا فيها، فإن المسألة تبدو في غاية من الخطورة والتعقيد في حالة ما إذا كان الطرف شخص من أشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة للدولة وكانت حالة دون تنفيذ الشخص الاعتباري لالتزاماته.

---

[1] **عصام الدين القصبي**، المرجع السابق، ص 138.

[2] حقيقة عدم التوقع يتطلب أن يكون عدم إمكان التوقع المطلق، فهو قول مبالغ فيه و لا يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الحديث و نحيل في هذا الشأن إلى تعريف الأستاذ **R. Chapus** لفكرة عدم التوقع حيث يقول:

…non pas une imprévisible absolue..mais simplement relative, il suffit que, dans l'espèce il ny ait eu aucune raison spéciale de penser que levenement se produisait….que rien nait du normalement, eu égard aux circonstances, a l'époque et au lieu, mettre en garde contre lui

للمزيد من المعلومات راجع: **عمر محمد السيوى**، العقد الإداري و القوة القاهرة، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، كلية القانون، مج13، 1994، ص 126.

والتساؤل يثور هنا حول ما إذا كانت هذه الإجراءات الخارجية عن إرادة هذا الشخص الاعتباري بمثابة القوة القاهرة وتؤدي إلى إعفائه من الوفاء بالتزاماته في مواجهة الطرف الأجنبي؟ أم أن هذه الإجراءات أو التصرفات لا تعتبر على الرغم من صدورها عن الدولة تصرفات خارجية عن إرادة هذا الشخص الاعتباري العام التابع للدولة وبالتالي لا يمكن أن يتحلل من تنفيذ التزاماته تجاه الطرف الأجنبي، على أساس أنها لا تعد بمثابة قوة قاهرة يترتب على تحققها هذا الأثر في إعفائه من الالتزامات الناشئة عن العقد؟ .إن الفصل في هذا الصدد، إنما يتم عن طريق الفصل في مسألة أولية وهي الخاصة بمدى استقلالية هذا الشخص الاعتباري العام عن الدولة أو مدى تبعيته لها، فإذا كان هذا الجهاز العام مستقلا عن الدولة فإنه يجوز له التذرع بفكرة القوة القاهرة، أما إذا كان الجهاز غير مستقل عن الدولة و يعد مجرد انبثاق أو مرفق من مرافق الدولة، فإن هذا الجهاز لا يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة لإعفاء من مسؤوليته هذا من جانب، و من جانب آخر فإن تلك المسألة تتأثر بالتصرف الذي أجرته الدولة ذاتها ومدى توفر عناصر وشروط القوة القاهرة فيه .ويرى جانب من الآراء المتشدد، أنه على الرغم من اعتبار الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي شخصا مستقلا عن الدولة وعلى الرغم من أن التصرف الصادر عن الدولة التي يتبعها تتوافر فيه عناصر القوة القاهرة، فقد ذهبت تلك الآراء إلى عدم ترتيب هذه القوة القاهرة لآثارها في إعفاء هذا الجهاز العام من التزاماته كنوع من العقوبة التي توقع على الدولة التي اتخذت هذا الإجراء.

1- مبدأ استقلالية الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي عن الدولة :إن قدرة المشروع المتعاقد مع الطرف الأجنبي على التمسك بأن التصرف الصادر عن الدولة يعتبر حدث خارج عن إرادته يعفيه من مسئولية عدم تنفيذه للالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين الطرف الأجنبي مسألة يتوقف الفصل فيها على صفة المشروع و على مدى اعتباره مرفقا من مرافق الدولة أم لا . فإذا كان المشروع يعد مرفقا من مرافق الدولة لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها فإنه يبدو من الصعب فصله عن الدولة، واعتبار التصرف الصادر عنها تصرفا غريبا خارجا عن إرادته، أما إذا كان الجهاز العام لا يعتبر مرفق من مرافق الدولة ويتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها فإنه لا يمكن القول بأنه و الدولة يعدا شخصا واحدا.

ويؤدي تمتع الجهاز بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة إلى إمكانية احتجاجه باعتبار التصرفات الصادرة عن الدولة بمثابة تصرفات خارجية عنه ، تعفيه من المسئولية المترتبة على عدم وفائه بالتزامه الذي يجد سببه في هذه التصرفات التي قامت بها الدولة التي يتبعها[1].

2- مدى توافر شروط القوة القاهرة في طبيعة التصرف الصادر عن الدولة يتجلى هذا الوضع بشكل واضح في الدعوى المقدمة من الشركة الوطنية الليبية لإستخدام شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بينها و بين شركة Oil Sun الأمريكية مدعية الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقد من جانب الشركة الأمريكية .إن التذرع و الإدعاء بتوافر شرط القوة القاهرة من قبل الدولة أو من قبل الجهاز العام التابع لها لابد و أن يحاط بقدر كبير من الإهتمام للتحقق من صحته، بل يجب وضع الضوابط الموضوعية لتحديد الظروف التي تشكل حالة ال قوة القاهرة التي تسوغ للدول وأجهزتها العامة التابعة لها التحلل من الإلتزامات الدولية إن كانت تعفى الدولة أو أحد أجهزتها والتعاقدية المتعلقة بهذه الظروف التي تتأسس عليها حالة الضرورة التي ومن المسئولية الدولية، إلا أنها لا تستبعد المسئولية من جراء الاعتداء عليه، ولابد من جبر هذا الضرر بدفع تعويضات مناسبة . للمستثمر الأجنبي.و إن ما يهدد الإستقرار في النظام القانوني الدولي هو أن تتذرع الدول وأجهزتها العامة بالظروف الإستثنائية التي ترى أنها تهدد أمنها وس لامتها ومصالحها القومية ، وذلك لإنتهاك القواعد القانونية الإتفاقية والعرفية وبدافع أن الدول هي التي أوجدت وارتضت هذه القواعد فهي نفسها التي تملك في أي وقت عدم الالتزام بها.

هذا الإتجاه الذي يتبناه البعض يهدم من الأساس فكرة القانون بوجه عام، والدولة في انتهاكها لالتزاماتها الدولية إلى فكرة الضرورة على اعتبار حدوث ظروف تهدد حقها في البقاء وصيانة الذات ومصالحها الخاصة، فإن هذا يؤدي إلى إقرار حق كل دولة في عدم الإلتزام بالقانون الدولي، وربطه بمصالحها، الأمر الذي يؤدي إلى الفوضى الدولية، بحيث تنظر كل دولة إلى تحقيق مصالحها حتى لو أدى ذلك إلى ا لإضرار بمصالح غيرها من الدول على أساس أن الضرورة تبيح ذلك، وعلى ذلك فلا يمكن اعتبار أن الظروف والأحداث الطارئة تمثل عائقا للوفاء بالالتزامات، إلا

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص92.

إذا كانت الدولة أمام قوة قاهرة حقيقية وملموسة تجعل الوفاء با لإلتزامات دربا من دروب المستحيل[1].

و يرى جانب آخر من الفقه، ضرورة الخروج على تلك القواعد، حيث يتعين و خروجا على الأصل العام الذي يؤدي إلى أن الحدث الخارجي عن الجهاز العام يؤدي إلى إبراء الجهاز العام من التزامه بالتنفيذ إذا توافرت فيه الشروط ا لأخرى للقوة القاهرة (عدم التوقع، عدم القدرة وعدم التصرف)، إلى عدم ا لإعتداد بأن التصرف الصادر عن الدولة يعد بمثابة تصرف خارجي عن الجهاز العام التابع لها حتى إذا لم تذهب إرادة ا لأطراف إلى اعتبار التصرف الصادر عن الدولة بمثابة تصرف خارجي عن الجهاز العام المتعاقد مع الطرف ا لأجنبي، لأن إرادة ا لأطراف يجب تفسيرها على نحو يقرر رفضها للطابع الخارجي للتصرفات الصادرة عن الدولة إذا كانت تلعب دورا تنظيميا في الشخص الإعتباري التابع لها[2].

ويترتب على ذلك، إذا كان الجهاز العام يخضع للسلطة الوصائية للدولة، فإن تدخل الدولة يعد بمثابة عنصرا من عناصر صدور القرار بالنسبة للجهاز العام حتى و إن كان تدخله يبدو حدثا خارجيا عن الجهاز العام، و لا يعني ذلك إغفال التفرقة بين الشخصية القانونية للدولة و تلك التي يتمتع بها الجهاز العام، ولكن المقصود من ذلك أن يعتد بأن من يتعاقد مع وحدة خاضعة للرقابة الوصائية للدولة لا يكون مهيأ ألن يقبل أن تلك السلطة الوصائية يمكنها أن تعفى الوحدة من التزاماتها الوصائية، كما أن الجهاز العام التباع للدولة ينبغي أن يحرم من حقه في التمسك بالقوة القاهرة إذا كان هذا الجهاز العام قد أعطته الدولة السلطة في خلق القواعد القانونية في نطاق العقد الذي أبرمه.

كما يؤكد هذا الجانب من الفقه، على أنه يتعين عدم قبول تمسك الجهاز العام التابع للدولة بالقوة القاهرة إذا كان التصرف الذي صدر عن الدولة و الذي يشكل القوة القاهرة يشكل تصرفا

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 94.

[2] نفس المرجع ، ص 94.

خاطئا من قبل الدولة إذ أن هذه هي الوسيلة لتوقيع الجزاء على الدولة في شخص الجهاز التابع لها تقتضي عدم أخذ الشخصية المستقلة للجهاز العام التابع للدولة بعين الإعتبار.

ومن المعلوم أن هذه المعاملات قد تتبعها تضحيات من قبل ا لأطراف المتعاملة نتيجة للتغيرات الإقتصادية والسياسية والإجتماعية، و يجب ألا تقتصر هذه التضحيات على طرف دون الآخر، بل يجب على كل طرف أن يتحمل من ا لأعباء والتضحيات تماما مثلما يتحمله لطرف الآخر .فالتوازن العقدي لا يجب أن يقتصر فقط على التكافؤ في المركز القانوني للأطراف، بل يجب أن يشمل أيضا التكافؤ في الميزات التي يتمتع بها ا لأطراف والأعباء التي يتحملونها، كما أن الدول و بخاصة الدول الراغبة في النمو في سعيها لجذب الإستثمارات الخاصة لا بد و أن تتمتع بمصداقية نحو التزاماتها بتعاقداتها مع ا لأطرف ا لأجنبية حتى و لو اضطرتها بعض الظروف الطارئة إلى تحمل بعض ا لأعباء الناجمة عنها، و ذلك ليشعر المستثمر ا لأجنبي بنوع من ا لأمان على مشروعه بالرغم من الظروف القهرية التي تمنح الدولة الحق في التحلل من التزاماتها بموجبها، و حافزا مشجعا لقدوم ا لإستثمارات ا لأجنبية إليها ، أيضا إن تذرع الجهاز العام ذو الشخصية القانونية المنبثقة من الدولة بشرط القوة القاهرة نتيجة لقرارات أصدرتها الدولة إنما يعد من قبيل التحايل وذلك أن الجهاز ا لتابع للدولة لا يعد مستقلا عنها بل إنه مجرد أداة للدولة لتنفيذ سياستها و توجيهاتها في المجال المخصص له.

وعليه، لابد على الدول أن تتصرف تصرفاً سليماً ، بمعنى أن الدولة ما هي إ لا جزء من المجتمع الدولي الذي يتكون من أج زاءه، فكلما ساد الانسجام و التوافق بين أجزاء هذا المجتمع، وساد التوازن في المعام لات التي تجري بين هذه الأجزاء، كلما استطاع هذا المجتمع أن يصل إلى الإستقرار والأمن الذين ينشدهما.

وإذا كانت الظروف القهرية تمنح الدولة الحق في التحلل من التزاماتها فلا يجب على الدول أن تتذرع بها للتنصل من مسئوليتها تجاه ا لأطراف المتعاقدة معها، بل يجب على الدول أن تسعى جاهدة للوفاء بالتزاماتها مهما كلفها ذلك من الأعباء و ذلك لتشجيع تدفق الإستثمارات الأجنبية إليها والتي تحتاجها الدول كمصدر هام من مصادر التمويل الخارجي.

خلاصة القول، إذا كان من المقرر أن الأحداث التي تشكل حالة القوه القاهرة يتعين أن لا يكون إرادة الطرف الذي يدفع بوجودها دخل فيها فان المسالة في غاية الخطورة والتعقيد في حاله ما إذا كانت طرف شخص من الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدولة فإذا كانت حول حالة القوة القاهرة التي تمسك بها مبعثها أعمال سيادية أقدمت عليها الدولة وحال دون تنفيذ الشخص الاعتباري لالتزاماته القانونية المنصوص عليها في عقد الاستثمار فهنا يكون التساؤل في حاله ما إذا كانت الإجراءات الخارجة عن إرادة الشخص الاعتباري العام التابع للدولة بمثابة قوة قاهرة تؤدي إلى إعفاءه من التزاماته تجاه المستثمر الأجنبي على أساس أنها لا تعد بمثابة قوة قاهرة يترتب على تحققها هذا الأثر في إعفائه من الالتزامات الناشئة عن العقد.[1]

يتم الفصل في هذا الأمر عن طريق الفصل في مسالة أولية وهي مدى استقلالية هذا الشخص الاعتباري العام عن الدولة أو مدى تبعيته لها، فإذا كان هذا الجهاز العام مستقلا عن الدولة فيجوز له التدرع بفكر ة القوة القاهرة، أما إذا كان الجهاز غير مستقل عن الدولة ويعد مجرد انبثاق أو مرفق من مرافق الدولة فان هذا الجهاز لا يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة لاعفاء ه من المسؤولية، ومن جانب آخر فان تلك المسالة تتأثر بالتصرف الذي أجرته الدولة ذاتها ومدى توافر شروط القوة القاهرة لان الدولة في هذه الحالة تقوم بتعويض المستثمر بما يتناسب مع الأضرار التي لحقت به[2].

ويرى جانب آخر في هذا السياق انه على الرغم من اعتبار الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي شخص مستقلا عن الدولة وان تصرف الصادر عن الدولة التي يتبعها تتوافر فيه عناصر القوة القاهرة فان تلك المسالة تتأثر بالتصرف الذي أجرته الدولة ذاتها وماذا توافر شروط القو ة القاهرة لان الدولة في هذه الحالة تقوم بتعويض المستثمر بما يتناسب مع الأضرار التي لحقت به، وعلى الرغم من اعتبار الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي شخص مستقلا عن الدولة وان تصرف

[1] **بوخالفة عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 86.

[2] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص95.

الصادر عن الدولة التي يتبعها تتوافر فيه عناصر القو ة القاهرة إلا أن المسؤولية على هذا الجهاز تقوم على أساس أن هذا الشرط منصوص عليه في عقد الاستثمار الذي ابرم بينهم[1].

الفرع الثاني : منازعات سببها الظروف الطارئة

قد تنشأ بين أطراف عقد الاستثمار منازعات يرجع مصدرها إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادتهم فيها يؤثر بصفة نسبية على تنفيذ العقد المزمع تنفيذه، أي أن تنفيذ العقد لا يكون مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة، بل يبقى تنفيذه ممكنا لكن أكثر إرهاقا لطرف على طرف أخر، نتيجة لظروف طارئة فيؤدي إلى إخلال التوازن الاقتصادي والمالي للعقد الذي وجب أن يتمتع بها العقد خلال مدة التنفيذ حتى يضمن تنفيذه بأكمل وجه[2].

وبالتالي تختلف أثار منازعات الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، فالظروف الطارئة أقل وطأة على حياة العقد، فتنفيذ العقد يصبح مرهقا لكن لا يؤثر على مبدأ استمرارية العقد فالبرغم من التغير الجدري الذي طرأ على التوازن الاقتصادي للعقد على أحد الأطرا ف، إلا أنه لا يستطيع التوقف عن تنفيذ إلتزاماته طبقا لما نصت عليه شروط العقد، وإلا أصبح مخلا بالعقد ووجبت مسؤوليته، إلا أن مبدأ العدالة يوجب مبدأ إعادة النظر في التزامات الطرف المرهق ، من خلال إدراج شرط إعادة التفاوض الذي يسعى من خلاله الأطراف إلى التخفيف من إلتزامات الطرف المرهق أو رفع إلتزامات الطرف الأخر بهدف تحقيق التوازن العقدي واستمرارية العقد، أو اللجوء إلى التحكيم كوسيلة أمثل لحل نزاعاتهم ، أين يقوم فيها المحكم إعادة التوازن لأطراف عقد الاستثمار، لهذا سنبين مفهوم الظروف الطارئة وأثره على عقد الاستثما ر وسبل حل منازعات الظروف الطارئة.

---

[1] **عجة الجيلالي**، المرجع السابق، ص732.

[2] **هبة محمد محمود** ، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية(دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، 2012، ص 25.

أولاً: مفهوم الظروف الطارئة في عقود الاستثمار:

لم يجري على ألسنة القانونيين تعريف الظروف الطارئة بحد معين وإنما جرى على ألسنتهم بان المعنى العام له، فقد جاء في نص المادة 205 من القانون المدني الأردني "إذا طرأت حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحه الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وفي ضوء ذلك المعنى العام يمكن تعريف الظروف الطارئة بأنها حوادث استثنائية عامه خارجه عن إرادة المدين لا يمكن توقعها وقت إنشاء العقد وتطرأ عند تنفيذه فتجعله مرهقا للمدين لا مستحيلا تهدده بخسارة فادحه وعليه فشروط اعتبار الظروف الطارئة وتحققها عند أهل القانون هي

1 -أن تكون الظروف الطارئة استثنائية عامه فيخرج بذلك الحوادث المحتملة والخاصة حيث لا تعتبر حوادث استثنائية ولا ظروفا طارئة.

2 -أن تكون الظروف الاستثنائية خارجه عن أرادة المدين فيخرج بذلك ما كان بإرادته أو بسببه.

3 -أن تكون ظروف الاستثنائية غير متوقعه وقت إنشاء العقد فيخرج بذلك ما كان يحدث عاده.

4 -أن تطرأ الظروف الاستثنائية بعد إنشاء العقد وقبل تنفيذه.

5 -أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا فيخرج بذلك ما يصبح مستحيل التنفيذ وهو ما يطلق عليه بالقوة القاهرة[1].

ويقصد بها حدث غير متوقع يخل بالتوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتولدة على العقد ، فيصبح تنفيذها بالنسبة لأحد طرفي العقد عبئا مرهقا له ويهدد بخسارة كبيرة ، مما يجيز للقاضي

[1] **خالد علي سليمان بني أحمد** ، الفرق بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة:دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ع 02، 2006، ص169.

أو المحكم أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو يتفق الطرفان على إعادة التفاوض لإعادة ترتيب الالتزامات بينهم بشكل يخلق نوع من التوازن[1] .

وكانت نظرية الظروف الطارئة محل تجاهل الكثير من القوانين نظرا لسيادة مبدأ سلطان الإرادة في العقود ، ولم تحضى بتنظيم مفصل في مجال التشريعات المدنية وذلك تمسكا بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وأن العقد لا يمكن فسخه أو تعديله أو إنهائه لمجرد وقوع صعوبات أرهقت المدين، ثم أخذت هذه النظرية بعدا أخر وقبولا من طرف العديد من الدول ، نظرا لمرونتها وتجاوبها مع تحقيق الصالح العام ومسايرة بعض الظروف التي يمكن أن تقع فيها المعاملات التجارية الدولية والعقود التجارية بصفة عامة وعقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة كونها تستمر فترات طويلة[2]، والبحث عن استمرارية العلاقة، بإعادة التوازن الاقتصادي بين الطرفين.

وترتبط النشأة القضائية لنظرية الظروف الطارئة ارتباطا وثيقا بتغير المفاهيم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية، فهي نظرية حديثة في القانون المعاصر انطلق بها الفقه الفرنسي مجادلا القضاء الذي ظل رافضا لها لعدم النص عليها في القانون، رغم أن الإسلام كان السباق في الإشارة إلى هذه النظرية من خلال العديد من القواعد كرفع الضرر ، لا ضرر ولا ضرار، أو ما أكده في الأحاديث النبوية إن بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق[3].

و يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أول من أقر بهذه النظرية ، في الحكم الشهير الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية شركة غاز مدينة بوردو الشهيرة، وتتلخص وقائعها أنه في عام 1904 حصلت شركة عامة لإنارة مدينة بوردو على امتياز توريد الغاز والكهرباء الواجب على الشركة البيع به للجمهور، وتم تحديد سعر البيع موازاة لثمن الفحم لأنه مصدر صنع الغاز

---

[1] **رضوان ربيعية**، فض منازعات عقود الإستثمار الدولية بين القضاء و التحكيم، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2020.ص 265.

[2] **حنين أمين رمزي**، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الإستثمار الدولية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و الإدارة العامة، جامعة بير زيت، فلسطين، 2015، ص42.

[3] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص 265.

واستخراجه وكان متوقع أن يرتفع سعره في حدود حددها العقد بالتناسب مع ارتفاع الفحم ، لكن أتت الحرب العالمية الأولى بأوزارها فارتفع الفحم ارتفاعا فاحشا فوجدت هذه الشركة إن إلتزامها أصبح مرهقا لها، إزاء هذه الظروف وأضحت مهدد بخسارة جسيمة تعوقها على تقيم هذه الخدمة لجمهور المنتفعين، لذا طلبت إلى السلطة المانحة للإلتزام وهي بلدية بوردو لتعديل العقد ليتناسب مع الظروف الواقعة، لكن هذه الأخيرة رفضت بحجة القوة الملزمة للعقد لأن تنفيذ ه لم يصبح مستحيلا ، فرفعت الشركة دعوى في المقابل إلى مجلس بوردو والتي تمسك بنفس الحجج المعتمدة في السابق، لكن لما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أقر ب مبدأ جديد يقر بأنه إذا وجدت ظروف تخل التوازن العقدي اختلالا جسيما، و لم يكن بالإمكان توقعها أن تساهم جهة الإدارة في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد، ثم تواتر هذا الحكم وأخذت به فرنسا في العديد من القضايا كقضية شركة ثرام شاربورج عام 1932[1] .

تبعها ترسيخ نظرية الظروف الطارئة، في التشريعات الوطنية على غرار المشرع المصري في نص المادة 147 ق م المصري و الجزائري في نص المادة 107 ف/ 3 ق م ج بقوله "... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[2]، ويظهر جلياً أن نظرية الظروف الطارئة تعد استثناء على القوة الملزمة للعقد الذي يقضي بها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك وفق شروط وضوابط معينة.

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يقتضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر عدة شروط تتمثل في : حدوث أثر قانوني غير متوقع ولا يمكن دفعه، وأن يكون مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة ويؤدي إلى خلال التوازن المالي للعقد ، و الملاحظ أن شروط تطبيق القوة القاهرة و نظرية الظروف الطارئة تكاد

[1] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص 266.

[2] **المادة 107 من ق م الجزائري**.

تتماثل، إذ يشترط للحادث في كليهما أم يكون غير متوقع عند إنشاء العقد و غير ممكن الدفع والإحتراز منه زمقازمته عند وقوعه مما يجعل الحادث مفاجئ و حتمي[1].

1- وجود حادث غير متوقع ولا يمكن دفعه: تختلف الظروف الطارئة باختلاف مصدرها فمنها ما يكون ناتجا عن السلطات العامة كفرض ضرائب جديدة أو زيادة فئات الضرائب القديمة، أو الحروب أو الثورات والاضطرابات، ومنها ما يكون نتيجة ظروف طبيعية كالزلزال والفيضانات.. ومنها ما يعود لظروف اقتصادية كارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعا فاحشا . والملاحظ أن المشرع الجزائري في القانون المدني بموجب المادة 107 وكذا المشرع المصري في المادة 147 اكتفى بوصف الظرف الطارئ بمصطلح " حوادث استثنائية عامة " ولم يحدد أمثلة عنها بل تركها للفقه والقضاء [2]، و كذلك القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 حيث نص على أنه" إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك، و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك"[3].

وبالتالي يُشترط لتحقق هذا الظرف بأن يتصف الحادث الذي يطرأ على العقد بصفتين الأولى أنه حادث استثنائي ويقصد به ذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة فلا يمكن توقعه ولا حسبانه، والصفة الثانية أن يكون حادث عام بحيث يكون شاملا لطائفة من الناس، فهو غير خاص بذلك الطرف وحده بل شارك غيره من الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع كفيضان عالي أو ارتفاع سعر مادة معينة ارتفاعا فاحشا[4].

---

[1] **خالد علي سليمان بني أحمد**، المرجع السابق، ص174.

[2] **إبراهيم منصور**، أثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة مؤتة للدراسات والبحوث، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية، الأردن، 2008، ص 18.

[3] **المادة 205 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.**

[4] **محمد سناري**، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ص45.

ويعتبر شرط عدم توقع المخاطر وعدم إمكان دفعها شرطا جوهريا في نظرية الظروف الطارئة، ويقصد به أن تفوق المخاطر كل توقعات الطرفين وبذلك فإن المخاطر العادية المتوقعة في كل مشروع ليست هي المقصودة بهذه النظرية، والعبرة في تحديد أن الحادث متوقع أو غير متوقع تتم عن طريق معيار موضوعي هو معيار الشخص المعتاد المجرد ويستقل بتقديرها القاضي الوطني أو المحكم، وسواء إنصب محل عدم التوقع وعدم الإمكان على الظرف الطارئ في حد ذاته أو أثاره أو حتى على مدى حدة هذه الآثار الغير متوقعة في حالة إذا ما كان الظرف الطارئ ذاته متوقعا .ويرتبط الحدث الغير المتوقع مع معيار آخر وهو عدم إمكانية دفعه أي تفاديه فحتى لو وقع حادث استثنائي ولكن كان من الممكن تفاديه أو كان من الممكن درء النتائج المترتبة عليه ببدل الجهد المعقول لا نكون أمام حادث لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[1].

2-استقلال الظرف الطارئ عن إرادة الأطراف المتعاقدة: يترتب منطقيا القول أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه ، وأنه يجب أن يكون خارجا عن إرادة المتعاقدين . ويقصد باستقلال الظرف الطارئ عن إرادة الأطراف المتعاقدة ،أنه إذا حدث ظرف أو حادث راجع لإهمال أو تقصير أو خطأ من جانب أحد الأطراف فانه يتحمل المسؤولية كاملة دون أن يكون له الحق بأي تعويض من الطرف الأخر عما لحقه من أضرار فالمقصر أو المخطأ أولى أن يتحمل نتيجة تقصيره سواءا كان مستثمر أجنبي أو الإدارة المتعاقدة ممثلة في الدولة[2].

لكن إذا إختل التوازن المالي للعقد بين الطرفين بسبب إجراء صادر عن جهة إدارية عامة غير الجهة المتعاقدة ، يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت باقي شروطها ويستحق المتعاقد (المستثمر) التعويض الجزئي ليتمكن من تنفيذ إلتزامه ومثال ذلك صدور إجراءات وقرارات تنظيمية ترتب عليها إرتفاع الأجور أو الأسعار إرتفاعاً فاحشا بحيث يتعرض فيها المتعاقد إلى خسارة فادحة غير متوقعة ولا يمكن دفعها[3].

[1] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص 267.

[2] **منصور إبراهيم**، المرجع السابق، ص 19.

[3] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص 268.

3- اختلال التوازن المالي للعقد: تشترط التشريعات الوطنية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحدث أو الظرف الطارئ الذي وقع، اخل بالعقد، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا ويهدد بخسارة فادحة، وللإشارة أن الإرهاق الذي يقع فيه أحد الطرفين هو معيار مرن ليس له مقدار ثابت فما يكون مرهق لمدين لا يكون مرهق لمدين أخر وما يكون مرهق لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهق لنفس المدين في ظروف أخرى والمهم أن يكون تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة لا تكفي، ولا يقصد بالخسارة الفادحة خراب المدين لأنه لا يوجد نص في القانون يستلزم ذلك كما أن روح القانون تتنافى مع هذا التشدد كما لا ينظر لهذه الخسارة إلا في المشروع الذي هو بصدد إنجازه ولا تطاله إلى مجموع ثروته ، وهذا الإرهاق هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ وينقلها من الميدان النظري المجرد إلى الميدان العملي التطبيقي[1].

على هذا الأساس فعلى هذا الأساس فإن شرط الإرهاق المطبق على نظرية الظروف الطارئة هو الذي يميزها عن القوة القاهرة، فكلاهما يشتركان في أن الحادث لا يمكن توقعه ولا دفعه ، لكن الظرف الطارئ يتمثل في صعوبة تنفيذ الالتزام.

ثالثاً: أثر الظروف الطارئة على عقد الاستثمار :

ضخامة الأعمال المطلوب القيام بها في عقود الاستثمار، تحتاج دائما إلى وقت طويل لتنفيذها ووفاء كل طرف بالتزاماته وهوا ما يجعلها عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة [2]، كالظروف الطارئة ما إن توفرت شروطها، فتجعل تنفيذ الالتزامات مرهقا لأحد الأطراف يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، زد على ذلك فان أطراف عقد الاستثمار دائما ما يرغبون في استمرارية العقد من خلال إعادة التفاوض أو تقرير تعويض جزئي فماهي الآثار التي ترتبها الظروف الطارئة على عقد الاستثمار؟.

[1] **محمد سناري**، المرجع السابق، ص 73.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 302.

1 -اختلال التوازن المالي : أهم أثر للظروف الطارئة على عقد الاستثمار متى توفرت شروطه، هو توقف العقد عن تحقيق الفائدة التي تم إبرام العقد لتحقيقها، وإما أن تكون هذه الفائدة تعدلت بشكل، لان تنفيذ العقد أصبح يخل في توازن الأداءات التعاقدية، فيصبح التنفيذ بالنسبة لأحد الأطراف شاقا و مرهقا يهدد بخسارة فادحة [1]، و المؤكد أن الأحداث الطارئة أو الاستثنائية هي أحداث غير مألوفة نادرة الوقوع والتوقع تجعل تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا عكس القوة القاهرة، فبالتالي من أهم آثارها هي إرهاق المدين الذي يؤدي إخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وفي هذا السياق يقول الأستاذ سامي منصور أن التوازن العقدي قلما يتحقق و اختلال التوازن العقدي هو الذي يتحقق في العادة لكن يشترط أن يكون الاختلال مألوفا في التعامل إختلالا عاديا، فهناك أعباء عادية تفرضها طبيعة العقد أو تفرضها الإرادة العقدية أو ظروف التعامل، في هذا الإطار يبقى عنصر الثبات مستقرا في التعاقد لا يمس مهما كان مصدر الاختلال في التوازن العقدي أو أهمية الحادث الذي تسب، به لكن إن يتجاوز العبء المألوف أو عادي على ضوء طبيعة العقد وظروف التعامل وهو ما يطرح مسألة إمكانية المساس بعنصر الثبات في العقود وبقاعدة استقرار التعامل عندما يصدر عن حادث فجائي تتجاوز نتائجه التقدير المعقول، فالحادث الفجائي ليس مصدرا لطرح المسألة ولكن يصبح كذلك عند اقترانه بنتائج هامة تنعكس سلبا على التوازن المفترض بين الموجبات[2].

2 -تعديل العقد :نتيجة لاختلال التوازن العقدي لعقد الاستثمار الدولي بسبب الظروف الطارئة يترتب أثر أخر على عقد الاستثمار الدولي يتمثل في خضوعه للتعديل، كون الظروف الطارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقا لطرف على الأخر ويكون التعديل هو الحل الغالب لإعادة التوازن الاقتصادي بين طرفيه وليس إلغائه كما في القوة القاهرة لاستحالة تنفيذه، كما أنه لايجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الظروف الطارئة عكس القوة القاهرة فيجوز الاتفاق على ذلك.

---

[1] **منصور إبراهيم**، المرجع السابق، ص 20.

[2] **لما أحمد كوجان**، المرجع السابق، ص 86.

ويتخذ تعديل عقد الاستثمار نتيجة للظروف الطارئة عدة صور فهو قد يح صل عن طريق وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتاً، أو منح المتعاقد المرهق مهلة للتنفيذ أو تغيير مقدار الالتزام الذي لحقه الخلل أو رد الإلتزام إلى الحد المعقول [1] .فالمستثمر الأجنبي الذي لا يمكنه تنفيذ التزامه إلا بصعوبة أو بتحمل خسارة فادحة، يمكنه طلب وقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى زوال الحادث الطارئ إذا كان مما يحتمل زواله في وقت قريب أو يمكن أن تمنح مهلة لهذا المستثمر حتى يتمكن من تنفيذ التزامه بشكل لا يحمله خسارة فادحة، ويقصد بتوقيف العقد توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهم العقدية المتبادلة لحين إيجاد حلول بديلة والتوصل إلى إتفاق جديد لتنظيم الالتزمات، ويعد الأثر الأول الذي يترتب على حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة.

و معنى ذلك أن هذا الإجراء يهدف لتخفيف لحدة الآثار السلبية التي تخلفها مشكلة الإرهاق، و اختلال التوازن المالي للعقد بسب الظروف الطارئة فضلا عن حفظ الرابطة العقدية وضمان استمرارها . كما يمكن أن يحصل تعديل في مقدار الالتزام الذي أصابه الخلل وذلك عبر إعادة تقويمه بجعل قيمته في ظل الظروف الطارئة المطابقة لقيمته الحقيقية أو يقرب هذه القيمة، ويمكن أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بإنقاصه أو زيادته[2].

رابعاً: سبل إعادة التوازن العقدي:

يعتبر التوازن الاقتصادي للعقود من المبادئ المسلم بها عند إبرام العقود بشكل عام، ومن المواضيع التي شغلت فكر الفقه القانوني منذ زمن بعيد، فالتوازن العقدي لايعني تساوي الحقوق والواجبات بين طرفي العقد، إنما هو مفهوم يعبر عن التقاء إرادتي الطرفين في نقطة تحقق لكليهما المنفعة والهدف من وراء إبرام العقد، ويجد التوازن العقدي مصدره في فكرة النية المشتركة ، فمن المفترض أن يكون العقد قادرا على أن يعيد الطرفين إلى النقطة التي التقت فيها إرادتهما ، وبالتالي متى توفرت متغيرات على العقد تجعل تنفيذه مرهقا لأحدهما كما هو الحال في الظروف الطارئة،

[1] **لما أحمد كوجان**، المرجع السابق، ص 86.نفس المرجع، ص 86.

[2] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص 270.

وجب المدين التمسك بها حتى تبرئ ذمته، مما يجعل الأطراف يتخذون الطرق والوسائل الكافية لتعيد التوازن العقدي مجددا ،إما عن طريق فتح المجال في إعادة التفاوض.

1-شرط إعادة التفاوض: يتمتع المستثمر الأجنبي في عقد الإستثمار الدولي بحرية واسعة في تنظيم عقده مع الدولة المستضيفة و إختيار الشروط التي يراها مناسبة له، و هذا نابع من الحرية العقدية و مبدأ سلطان الإرادة، ولإبقاء عقد الاستثمار قائما بالرغم من تغير الظروف الاقتصادية أو السياسية، يلجأ الأطراف صراحة للبحث على المحافظة على ثبات وتوازن العلاقة العقدية من خلال مواجهة الظروف المتغيرة المخلة بأحد عناصر العقد وتحديد وسائل علاجها مسبقا ، من خلال تضمين العقد الاستثمار بشروط تقتضي ضرورة مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه ، فالدولة حريصة على تضمين مثل هذا الشرط لمواجهة الظروف التي استعصى عليها التنبه إليها لحظة إبرام العقد خاصة في ظل عالم خطى التطور والتغير بشكل يصعب اللحاق به،

وعلى المستوى الدولي يكون مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية أكثر وضوحا وأوسع انتشارا ونطاقا، وبذلك يتضح مدى توسع سلطان إرادة المستثمر في هذه الحالة وتساويهم مع الدولة في صياغة العقد بعدما كانت إرادته مقيدة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصوص قانونيه واتفاقيات دولية[1].

وفضلا عن ذلك فان هذا الشرط يحقق نوعا من الأمان القانوني بالنسبة إلى المستثمر على أساس أن هذا الشرط ليس بأمر خارج عن العقد وإنما وجد وفقا لإرادة الطرفين المتعاقدة فانه قطعا يتوافق مع تصوراتهم ويتلائم مع أهدافهم لذلك فانه سيشعر الطرفين بالأمان والعمل على تحقيق التعاون في ما بينهم

وإذا كان شرط إعادة التفاوض طابع تعاقدي والأطراف المتعاقدون يتمتعون بحريه كبيره في تنظيم عقودهم وإدراج الشروط التي يرغبون فيها وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة الذي يسمح للأطراف بإعادة التفاوض في أي وقت يشاءون.

[1] **بوخالفة عبد الكريم**، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، مج 01، ع 03، 2018، ص178.

في الواقع العملي إن هذا الأمر المهم المتمثل في التشكيك بجدول شرط إعادة التفاوض وأهمية ذكره بالعقد في البداية وتمييزه عن التعديل الإرادي اللاحق تناولته المناقشة التي تمت بين مجموعه الفقهاء الذين درسوا مشكلات طول المدة في العقود عام 1987 برئاسة الأستاذ **مارسيل فونتان** والغاية من إدراج الشرط إذا كانت هناك إمكانية لتعديل العقد ومراجعته في الوقت الذي يرغب فيه الأطراف

وشرط إعادة التفاوض عبارة عن بند يتفق عليه الأطراف في العقد التجاري الدولي، لغرض إعادة الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة بنود العقد عند حدوث تغيرات في الظروف الخارجة عن إرادتهم وتوقعاتهم التي يكون من شأنها أن تحدث اختلالا في التوازن العقدي وإضرار بأحد الأطراف عند الاستمرار في تنفيذ العقد، ويشيع استخدامه في عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة خاصة، نظرا لأنها تستغرق مدد زمنية طويلة[1].

ويظهر دوره جليا في حالة القوة القاهرة والظروف الطارئة بصفة خاصة حتى يزيد من قدرة الأطراف على الإستمرار في تنفيذ العقد ولكن وفقا لتوازن جديد الذي قد يكون مختلفا عن التوازن الذي ساد العقد قبل وقوع الحدث أو الظرف الطارئ .كما تتنوع صياغاتها وتسمياتها في العقود وتجد أساسها في الإرادة التعاقدية للأطراف فمنم من يطلق عليها شرط المشقة، أو شرط المراجعة أو شرط التحفظ لكن التسمية الراجحة والمنتشرة هي شرط إعادة التفاوض.

يعتبر شرط إعادة التفاوض ضروري في عقود الاستثمار، لأن مصلحة الأطراف هي أن تحافظ على العقود المبرة لضمان الوصول إلى المبتغى، خاصة إذا ما سلمنا أن عقود الاستثمار تتطلب عند تنفيذها فترة زمنية طويلة هذا الأخير الذي يعرضها في وقوع مشكلات ونزاعات بين أطرافها تعيق تنفيذ التزاماتهم التعاقدية ، كون الظروف المحيطة بالعقد قابلة للتغيير المستمر بشكل أو أخر فيعمل الأطراف على إدراج شرط إعادة التفاوض أو بأي عبارة تفيد ذلك لضمان المصالح المشتركة بالاتفاق على تغيير العقد بما يتلائم وظروفه المستحدثة، التي أدت إلى إختلال العقد

[1] **لعجال يسمينة**، فاعلية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة لخضر، عدد 17، 2017، ص 792.

وأثرت فيه ولكن بشرط أن يكون التغيير قد حدث بعد إبرام العقد وليس قبله فيكون وسيلة لمحاولة تقريب وجهات نظر الطرفين لحل مناسب لتجنب إنهاء العقد.

وتظهر أهمية إدراج شروط لإعادة التفاوض في عقود الإستثمار الدولية بالنظر إلى طبيعة التكاليف الأولية التي يتكبدها المستثمر الأجنبي في مرحلة الإنشاء، و يعتمد على إستمرار العقد لفترة زمنية طويلة نسبياً، حتى لأرباح التشغيل أن تغطي التكاليف الأولية، و هو ما يجعل تلك العقود أكثر عرضة من غيرها لمخاطر تغير الظروف التي تؤثر على إقتصاديات العقد[1].

2: الآثار القانونية لإعمال شرط إعادة التفاوض: يترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض في العقد عدة أثار ونتائج قانونية، فلإعمال شرط إعادة التفاوض يستلزم وقف تنفيذ الالتزامات لفترة محدودة من أجل القضاء على المراكز القلقة التي أدت إلى اختلال التوازن بإقامة عملية التفاوض هذه الأخيرة التي بقائه بتحقيق حل يعيد التوازن يمكن أن تؤول نتيجتها بالإيجاب أي بالنجاح وبالتالي استمرارية العقد ، وإما أن تفضي إلى نتيجة سلبية بفشل المفاوضات والوصول إلى طريق مسدود الأمر الذي يحتم اللجوء إلى التحكيم أو القضاء لفسخ العقد أو منح فرصة أخرى لتجنب خسارة فادحة للطرفين وبالتالي يترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض اثرين هامين:

أ –وقف تنفيذ عقد الاستثمار: يقصد بوقف تنفيذ الالتزامات العقدية المتبادلة لحين إعادة التفاوض في العقد والتوصل إلى اتفاق جديد لتنظيم تلك الالتزامات،ويعد الأثر الأول والمباشر الذي يترتب على إعمال الأحكام الخاصة بشرط إعادة التفاوض [2] ، كما ينطبق الوقف بعد وقوع الحدث في الفترة التي تسبق عملية التفاوض كما ينطبق أيضا أثناء عملية التفاوض بمعنى يعتبر الوقف في عقود الاستثمار مرحلة وسط بين تنفيذ العقد وبين انتهائه لأنه قد يحصل بعد الوقف أن تفشل المفاوضات بسبب الأطراف وبالتالي لا فائدة لتنفيذ الالتزامات وعندها إما أن يصير إلى فسخ العقد أو يعود العقد إلى السريان بعد انتهاء الظروف الطارئة.

---

[1] **هبة هزاع**، المرجع السابق، ص166.

[2] **لما أحمد كوجان**، المرجع السابق، ص 88.

وإن لإرادة الأطراف دوراً كبيراً في تحديد نطاق ومدة الوقف، فيمكن الدفع بعدم التنفيذ من الطرف المتضرر من أجل إجبار الطرف الآخر في الدخول معه في التفاوض من أجل تحقيق التوازن العقدي في عقد الإستثمار الدولي، أو قد يتم الاتفاق على وقف التنفيذ بصورة صريحة أو بصفة ضمنية بإطالة فترة التنفيذ وقد يتم الاتفاق على شمول الالتزامات الرئيسية فقط بنظام الوقف ذو الالتزامات الثانوية، وقد يتم وقف كل الالتزامات أو غير الالتزامات التي تأثرت بتلك الظروف فقط بمعنى أن الوقف قد يكون بصورة محددة أو غير محددة كاملة أو جزئية.

ب_ الاستمرار في تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض :قد يتفق أطراف العقد في عقود الإستثمار الدولية صراحة على الاستمرار في تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض، أثناء تنظيمهم لإللتزام بإعادة التفاوض. كما يمكنهم السكوت عن مصير العقد في الفترة الممتدة لإعادة التفاوض وهذا ما سنبينه فيما يلي:

ج: متابعة التنفيذ في حالة وجود اتفاق الأطراف: قد ينص أطراف العقد صراحة على الاستمرار في تنفيذه أثناء عملية إعادة التفاوض، وذلك من خلال إدراج الشرط الذي يقضي بأنه: "يستمر تنفيذ العقد أثناء أو خلال فترة التفاوض الرامية إلى تعديل العقد "، كما يمكن أن يشير الأطراف إلى متابعة تنفيذ العقد وفقا للظروف التي تم على أساسها إبرام العقد، كالشرط الذي قضى بأنه: "يتم متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية التفاوض الرامية إلى تعديل العقد، طبقا للوضع الذي كان سائدا قبل تغير الظروف أو قبل تحقيق آثار هذا التغير . [1]"، فتطبيق شرط إعادة التفاوض لا يعني وقف تنفيذ العقد، وإنما يمكن مواصلة تنفيذ العقد خلال سير عملية إعادة التفاوض التي تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي، كما أن متابعة التنفيذ قد تتم في ظل الظروف السائدة قبل تغير الظروف . ومتابعة تنفيذ العقد تعبر عن ضرورة عقدية و المحافظة على العقد، إذ أن تحقق شرط اختلال توازن العقد يؤدي إلى مباشرة عملية إعادة التفاوض مع المحافظة على تنفيذ العقد كما هو.

[1] **عبد اللطيف هني** ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد–دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص161.

وتتحكم إرادة الأطراف في استمرارية تنفيذ العقد بإعتبار أن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي، إذ يمكن أن يتم تنظيم هذا الشرط بشكل مفصل، من خلال تبيان مصير العقد أثناء سير عملية إعادة التفاوض عن طريق النص على متابعة تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض. ولذلك يمكن لأطراف عقد الإستثمار الدولي أثناء صياغة الإ لتزام بإعادة التفاوض النص على استمرار تنفيذ العقد خلال عملية إعادة التفاوض، رغم وقوع تغيرات في الظروف المحيطة بتنفيذه[1].

د: متابعة التنفيذ في حالة سكوت الأطراف :يمكن أن يسكت الأطراف عن تنظيم مصير العقد أثناء عملية إعادة التفاوض، إلا أن هذا السكوت يفسر على أنه قبول من أطراف العقد بمتابعة تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض، وذلك إعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ أن الاستمرار في تنفيذ العقد هو المبدأ الذي لا يقبل استثناء إلا في حالة وجود اتفاق صريح بوقف تنفيذه. لذلك فإن غياب إرادة الأطراف في تنظيم مصير العقد أثناء سير عملية إعادة التفاوض في عقود الإستثمار الدولية، يعد قبول بمواصلة تنفيذ العقد رغم تغير الظروف في مرحلة التنفيذ، حيث أن استمرار التنفيذ لا يتحقق إلا في حالة واحدة وهي الاتفاق الصريح على وقف التنفيذ.

فاستمرار تنفيذ العقد هو الحل الذي انتهجته الاقتراحات التي قدمتها غرفة التجارة الدولية عام 1985 فيما يتعلق بالظروف الطارئة، كما تبنته أيضا مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية، حيث نجد مبادئ اليونيدروا " droit Uni" لسنة 2014 في المادة 623 فقرة الثانية تنص على أنه" :لا يخول طلب إعادة التفاوض، في حد ذاته، للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ". وعليه فتطبيق شرط إعادة التفاوض بعد تقديم أحد الأطراف طلب إعادة التفاوض، لا يمنح للطرف المتضرر من حدث Hard Ship الحق في وقف التنفيذ، بل عليه الاستمرار في التنفيذ، إلا إذا وجد اتفاق في شرط إعادة التفاوض على وقف التنفيذ أثناء عملية إعادة التفاوض .كما أشارت مبادئ القانون الأوروبي للعقود PDEC إلى مبدأ متابعة تنفيذ العقد، ولو كان مرهقا ألحد الأطراف في ظل غياب النص الصريح على وقف التنفيذ من قبل المتعاقدين،

[1] **عبد اللطيف هني**، المرجع السابق، ص 162.

ونصت المادة 6111 فقرة أولى على أنه: "يلزم المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته حتى ولو كان هذا التنفيذ جد مرهق له سواء كان ذلك من خلل زيادة تكاليف التنفيذ أو انخفاض قيمة مقابل الأداء. "

ويذهب بعض الفقه إلى تبني فكرة استمرار تنفيذ العقد، ففي شرط إعادة التفاوض، عند حدوث شرط المشقة يؤدي ببساطة إلى إلتزام الأطراف بإعادة التفاوض من أجل تعديل العقد، وبالتالي يجب افتراض استمرار العقد في ترتيب آثاره أثناء هذه الفترة، ما لم يتفق الطرفان على خالف ذلك بشكل صريح، ويمكن رد ذلك في الواقع إلى أن مختلف الشروط تفترض انه في حالة عدم الاتفاق بشأن تعديل العقد فالأطراف أو الطرف الذي طلب إعادة التفاوض لهم الحق وفقا لآليات معينة في إنهاء العقد، وعليه نستنتج أنه في غياب هذا الافتراض يبقى العقد ساري المفعول، وملزما لأطرافه، وبذلك يبقى ينتج أثاره أثناء الفترة التي تفصل حدوث التغيير وإقرار التعديل[1].

وتبعا لذلك يمكن متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض في حالة سكوت الأطراف عن تنظيم مصير العقد خلال هذه المرحلة، إذ أن الاستمرار في التنفيذ هو الأصل العام تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث لا يجد استثناء إلا في حالة اتفاق الأطراف على وقف التنفيذ بإعتبار شرط إعادة التفاوض شرط اتفاقي .إلا أن الاستمرار في التنفيذ أثناء إعادة التفاوض رغم تغير الظروف قد يسبب آثار سلبية للطرف المتضرر من هذا التغيير، لهذا تم اللجوء إلى وقف التنفيذ أثناء مرحلة إعادة التفاوض.

3_وقف تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض : لإعمال شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار الدولية يرتب إلتزام على الأطراف بإعادة التفاوض، غير انه في هذه المرحلة قد يتم وقف تنفيذ العقد استنادا إلى إرادة الأطراف، كما قد يتم ذلك في ظل غياب اتفاق أطراف العقد.

[1] - « Dans le cas de la clause de « hard ship », la survenance du « hard ship » crée simplement pour les parties une obligation de renégociation en vue d'une réadaptation éventuelle du contrat ; par suit, sauf volonté contraire des parties clairement exprimée, on doit admettre que le contrat continue à développer ses effets au cours de cette période, et on peut trouver un argument en faveur de cette solution dans le fait que les diverses clauses prévoient qu'à défaut d'accord sur la réadaptation les parties (ou seulement celle qui a invoqué le « hard ship » ont le droit, selon certaines modalités, de mettre fin au contrat et de s'en dégager on droit donc en conclure que tant que cette faculté n'a pas été exercée, le contrat demeure en vigueur et s'impose toujours aux parties ; a fortiori produit-il toujours ses effets lors de la période séparant la survenance du changement de la réalisation de l'adaptation ». **Oppetit Bruno**. l'adaptation des contrats internationaux changement de circonstances la clause hard ship,101 clunet 1974 at 794 et 52 ; p :807.

أ-وقف تنفيذ العقد في حالة وجود اتفاق الأطراف :إن اتفاق أطراف العقد على وقف سريان العقد أثناء عملية إعادة التفاوض أمر يتماشى مع الصفة التعاقدية لشرط إعادة التفاوض [1].إذ يمكن لأطراف العقد عند تنظيمهم لشرط إعادة التفاوض النص على وقف تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض انتظارا للنتيجة التي تم التوصل لها من قبل المتفاوضين، لأن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي. وعليه قد يتفق أطراف العقد الدولي على وقف تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض، إلى غاية التوصل لاتفاق جديد، لأن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي ، و العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض يخضع لإرادة الطرفين المتعاقدين، إذ أن بعض الفقه يذهب إلى أن الإلتزام بإعادة التفاوض يوقف تنفيذ العقد بشكل تلقائي، ماعدا في حالة وجود شرط ينص على استمرار تنفيذ العقد كعقد نقل التكنولوجيا .وهناك من يعتبر وقف تنفيذ العقد استثناء على مبدأ متابعة تنفيذ العقد لذلك يجب أن يرد اتفاق صريح من قبل أطراف العقد على وقف التنفيذ أثناء مرحلة إعادة التفاوض عند تنظيمهم لشرط إعادة التفاوض[2]. وتبعا لذلك يوجد اختلاف حول وقف تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض فهناك من يعتبر وقف التنفيذ استثناء عن مبدأ متابعة التنفيذ، إذ يجب النص عليه صراحة، وهناك من يرى أن تطبيق شرط إعادة التفاوض يوقف التنفيذ مباشرة.

إذ يعد وقف تنفيذ العقد مؤقتا طيلة فترة إعادة التفاوض، حل يلجأ إليه المتعاملون في مجال التجارة الدولية إلى تخفيف الآثار السلبية التي يرتبها مبدأ متابعة تنفيذ العقد، حيث نجد شرط من شروط إعادة التفاوض ينص على أنه: "سيتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض الهادفة إلى التعديل [3]. "وعليه تعتبر إرادة الأطراف الأساس الذي يقوم عليه وقف تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض، حيث يتوقف أطراف العقد عن تنفيذ التزاماتهم إلى غاية التوصل إلى اتفاق جديد في العملية.

ب: وقف تنفيذ العقد في حالة سكوت الأطراف :إذا ما تقرر وقف تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض حتى دون اتفاق صريح، بإعتبار الوقف يعتبر الحل المناسب في هذه الحالة، حيث يحث

[1] **شريف محمد غنام**، المرجع السابق، ص342.350

[2] **عبد اللطيف هني**، المرجع السابق، ص 163.

[3] **عبد اللطيف هني**، المرجع نفسه ، ص163.

الأطراف على التوصل إلى اتفاق في وقت قصير، حماية لمصالحهم، كما يجنب المدين التنفيذ المرهق له في حالة الاستمرار في التنفيذ، إذ أن وقف التنفيذ يحقق روح التعاون التي يهدف لها شرط إعادة التفاوض .فالهدف من اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في حالة وقوع أحداث تؤثر على التوازن العقدي، هو إيجاد حل لمواجهة الإختلال الذي سببه وقوع الحدث، إذ أن الأصل في إعادة التفاوض أن تتم في فترة قصيرة لكي لا تتفاقم الأضرار التي يتحملها أحدهم من جراء تنفيذه التزامه. والسماح بمتابعة التنفيذ أثناء إعادة التفاوض يتيح فرصة لتقاعس أحد الأطراف عن إنهاء المفاوضات في وقت قصير .وفي حالة غياب اتفاق الأطراف في تنظيم مصير العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض يحق للأطراف وقف تنفيذ العقد بإعتبار أن وقف التنفيذ يحقق الغاية التي على أساسها تم إدراج شرط إعادة التفاوض، حيث أن وقف التنفيذ يحمي الطرف المتضرر، كما يحقق أيضا للمتعاقدين مصلحة مشتركة في الوصول إلى اتفاق مناسب بشأن تعديل العقد في أسرع وقت ممكن . والجدير بالذكر أن بعض الشروط النموذجية التي أعدتها غرفة التجارة الدولية تشير إلى الأخذ بوقف تنفيذ العقد في مرحلة إعادة التفاوض ، كما أن القرارات الصادرة عن التحكيم التجاري الدولي تنص على وقف التنفيذ، حيث يميل محكمو التجارة الدولية إلى الأخذ بنظام وقف تنفيذ العقد [1]، مهما كانت درجة التغيرات التي طرأت على تنفيذه، نظرا لأهمية عقود التجارة الدولية. وعليه يمكن القول أن غياب اتفاق الأطراف على وقف تنفيذ أثناء عملية إعادة التفاوض لا يعني متابعة تنفيذ العقد، وإنما يتم وقف تنفيذ العقد رغم عدم وجود اتفاق على ذلك نظرا للهدف الذي تسعى شروط إعادة التفاوض إلى تحقيقه وهو إعادة التوازن للعقد.

خامساً: نتائج مرحلة التفاوض:

في نهاية المطاف لا بد أن تسفر مرحلة إعادة التفاوض على نتيجة ما قد تكون إما التوصل إلى اتفاق يقضي بإعادة التوازن للعقد المختل ، أو عدم التوصل إلى تفاق أي فشل عملية التفاوض وبالتالي نميز بين حالتين : الحالة الأولى: نجاح المفاوضات يعني استمرارية العقد وترتيب أثاره،

[1] أخذت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس بوقف التنفيذ في العديد من قراراتها و من تلقاء نفسها و كان أطراف العقد قد ضمنوا عقدهم شرط إعادة التفاوض، إلا أنهم لم يحددوا أثره على تنفيذ العقد خلال فترة التفاوض.للمزيد من المعلومات: أنظر: **يسمينة لعجال**، مرجع سابق، ص794.

والإلتزام بما تم الاتفاق عليه لكن السؤال الذي يطرح هل ما نشأ من إتفاق في المفاوضات يعتبر عقد جديد إو تعديل للعقد الأول؟ ذهب جانب من الفقه إلى أنه عند إنتهاء الطرفين إلى حل مناسب فإن العقد الأول واقف على التنفيذ إن تم إدخال شروط جديدة فهو تعديل فقط مادام أن الطرفين لم تتجه إرادتهما إلى وضع عقد جديد وفسخ العقد الأول نهائيا .في حين ذهب رأي أخر إلى أنه يجب تكييف ما توصل إليه الطرفان إذا كانت تعديل أو تغيير وجود الالتزام أو مصدره فإذا كان الالتزام جوهري يعتبر تجديد لالتزام الأصلي إما ذا كان الالتزام ثانوي يقال تعديل العقد، إما إذا طال التغيير أسلوب وطريقة تنفيذ الالتزام أو مدة التنفيذ فهذا يعني تجديد للاتفاق وليس تعديل له.

وإما إلى التحكيم بإعتباره يتمتع بخصوصية بارزة الأثر في معالجة أثار اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي بسبب الظروف الطارئة.

إذا انتهت عملية إعادة التفاوض بالفشل ولم يتوصل الطرفان إلى اتفاق بخصوص العقد عندها يصار الطرفين إلى فرضين إما إلى استمرار العقد بنفس الشروط أو فسخه وطلب التعويض إذا كان له مقتضى، أو يحل الطرفان نزاعهما إلى التحكيم وهذا الأخير الذي يعد من أهم الطرق التي يمكن أن يلجأ إليها الطرفان إذا أظهر الطرفان الرغبة في استمرار العقد وترتيب أثاره .وعند إذن تكون سلطة المحكم لإعادة التوازن العقدي بما يمنحه الطرفين باتخاذ ما يراه مناسبا إما بإعادة التفاوض ، أو إعادة ترتيب شروط العقد توزيع عبئ الخسارة بين الطرفين، إنقاص الالتزام المرهق، زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، التعويض وأخير الفسخ ولا يوجد حصر لحالات التي يمكن أن إليها المحكم لإعادة التوازن بين الأطراف.

وأخيرا لابد من الأطراف المتعاقدة حين صياغة عقد الإستثمار الدولي وصياغة شرط إعادة التفاوض حول الظروف التي ستحيط بتنفيذ العقد، على أن يكون على شكل شرط مركب حيث يتناول عدة محددات لازمة كي يحقق الهدف منه، والإستمرار في التنفيذ وإستعادة التوازن للعقد، ولا بد أن تكون هناك درجة كبيرة من الإلتزام لدى الأطراف وأن الشرط يلزم الطرفين ببدل جهوداً صادقة في التفاوض، كذلك من الأفضل أن يحدد شرط إعادة التفاوض مبدئياً المدة التي

تستغرقها المفاوضات قبل أن يتاح الحق في اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم لكي يكون دافعاً للوصول إلى توافق بينهما[1].

المطلب الثاني: الأسباب الراجعة للدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي(أطراف العقد)

ليس دائما منازعات الاستثمار تكون نتيجة أسباب قهرية أو ظروف طارئة، ليس لطرفي عقد الاستثمار دخلاً فيها، مما يعفيهما من المسؤولية ، فقد يكون السبب الرئيسي هو إرادتهما، سواء الدولة المتعاقدة وذلك لما تملكه من سلطة في العقد تخولها اتخاذ الإجراءات الإنفرادية وبالتالي تنعقد مسؤوليتها الدولية، أو المستثمر الأجنبي في حالة مخالفته لإلتزاماته التعاقدية، وبمعنى آخر أنه قد تتخذ الدولة المستقبلة للإستثمار في علاقتها مع المستثمر الأجنبي عدة تصرفات من شأنها أن توثر في حقوقه التي تولدت من عقد الإستثمار، مما يجعل المستثمر الأجنبي ينظر إليها نظرة ريب وشك، ومن هذه التصرفات ، قيامها بإنهاء عقود الإستثمار بإرادتها المنفردة والإستيلاء على المشروع الإستثماري وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها، و هذا ما يخلق مناخ استثماري طاردا .أضف إلى ذلك قيام الدولة بتغيير تشريعاتها الوطنية المنظمة للإستثمار، من شأنه أن يخل بتوقعات المستثمرين، وذلك بالرغم من تضمين عقد الإستثمار الدولي شرط الثبات التشريعي كأسلوب وقائي لتجنب المنازعة والأكثر من ذلك طبقاً لما تملكه الدولة من سلطة في العقد قيامها بفسخه، حتى ولو كان يتضمن شرط التحكيم الذي ينظم أسلوب فض منازعتهم [2] .وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المنازعات التي تعود لطرفي عقد الإستثمار الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي هي على النحو التالي:

الفرع الأول: الأسباب التي تعود للدولة الطرف في عقد الإستثمار الدولي

قد تقوم الدولة بالإخلال بأحد إلتزاماتها و من خلال الضمانات التي قدمتها للمستثمر الأجنبي، على أساس أنها تقوم بممارسة سلطتها القانونية، و إعتباراً للمصلحة العامة.

---

[1] **هبة هزاع**، المرجع السابق، ص169.

[2] **خالد كمال عكاشة**، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 126.

أولاً: نزع الملكية للمنفعة العامة[1]

إن القانون الدولي يعترف لكل دولة ذات سيادة بالحق في تنظيم ملكية الأجانب للأموال وحيازتها و إستثمارها في القطاعات الاقتصادية داخل إقليم الدولة، و منع الأجانب منعاً كلياً أو جزئياً من ممارسة هذه الحقوق داخل مجال إختصاصها، إلا أن الدولة التي تسمح للأجانب بإكتساب الأموال بطريقة قانونية داخل إقليمها يجب ألا تحرم المستثمر الأجنبي من أمواله بطريقة تعسفية إحتراماً للحقوق المكتسبة، إلا أن حق إحترام الحقوق المكتسبة لا يمثل حقاً مطلقاً، فالتمتع بالحقوق المكتسبة مسموح به فقط طبقا للقانون الداخلي لكل دولة فيجوز للدولة طبقاً لقواعد القانون الدولي أن تحدد بحرية هيكلها الاجتماعي والاقتصادي وأن تتخذ من الإجراءات ما يحقق منفعتها العامة و مصالحها الوطنية[2].

تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها بنزع ملكية المشروع الاستثماري لغرض الصالح العام للمجتمع [3]، مما يؤدي ذلك إلى إضرار المستثمر المتعاقد معها، ويعتبر هذا الإجراء من أسباب نشوء المنازعة بينهما ، وتعرف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنها: " إجراء إداري الغرض منه حرمان الشخص من ملكه العقاري وتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع له عما ناله من ضرر"، وال يوجد تعريف محدد لنزع الملكية في القانون الدولي، والذي

---

[1] عرف التشريع الوطني الجزائري في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية الوطنية أو الأجنبية،تطوراً منذ الإستقلال بداية **بالأمر رقم 157/62** المؤرخ في 31-12-1961 القاضي العمل بالتشريعات الفرنسية السابقة باستثناء ما تعارض معها مع السيدة الوطنية ثم **الأمر 997/85** المؤرخ في 23 أكتوبر 1985 ، وذلك حتى سنة 1975 ،تاريخ صدور القانون المدني الجزائري، والذي أشار إلى نزع الملكية في المادة 677 منه، ثم ا**لمادة 60 من دستور 2020** ،وصدور **الأمر رقم:76-48** المؤرخ في 25 ماي 1976 والمحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ثم **دستور 1989** ،وتكريسه لإجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة وصدور القانون **رقم:91-11** المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية، ثم **المرسوم التنفيذي رقم: 93/ 186** المحدد لكيفيات تطبيق القانون **رقم: 91-11** ،ثم التعليمتان الوزاريتان رقم: 57 بتاريخ:26-01-1993 ،ورقم: 07 المؤرخة في 11-05-1994 ،ثم **المرسوم التنفيذي رقم: 05-248** المؤرخ في 10يوليو 2005 ،والمتمم **للمرسوم التنفيذي رقم:93-186** المؤرخ في 27 يوليو1993 ،والمحدد لكيفيات تطبيق **القانون 91-11** السالف الذكر.

[2] **أمين شريط**، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، ص183.

[3] يوصف حق الملكية في فقه القانون الخاص بأنه حق جامع مانع، إذ أن هذا الحق يكون عرضة للمساس به من قبل الدولة بإستخدام أدوات قانونية مختلفة، و من هنا فإن إجراء نزع الملكية يؤثر على إستقطاب رأس المال الأجنبي.

يشترط فيه التعويض لتمييزه عن عملية المصادرة ، ن كانت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE قد تبنت في مشروع الاتفاق المتعدد الأطراف حول الاستثمارات الأجنبية موسعاً يشمل كل أساليب المساس بهذا الحق وذلك لتوفير مفهوم الحماية اللازمة لهذه الاستثمارات [1].

وتجدر الإشارة أن القانون الدولي والتشريعات الوطنية المقارنة وكذلك الفقه والقضاء يقروا نزع الملكية لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو المصلحة الوطنية التي تغلب على المصالح الخاصة الوطنية والأجنبية، إلا أن ذلك يكون مقابل تعويض مناسب [2] ، وبخصوص المشرع الجزائري فإن قانون ترقية الاستثمار 09/16 المؤرخ في 23 أوت 2016 الملغى بموجب القانون رقم 18/22 المتعلق بالإستثمار، فقد نص في المادة 10 على" لا يمكن أن يكون الإستثمار المنجز محل تسخير من طرف الإدارة إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون، و بترتب على التسخير تعويض عادل و منصف طبقاً للتشريع المعمولبه" ، و التسخير هنا يقصد به نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم، وتخضع إجراءات نزع الملكية للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني طبقاً 677 منه، وكذلك المادة 60[3] من دستور 2020 و الإجراءات الخاصة المنصوص عليها في قانون نزع الملكية للمنفعة العمومية رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991.[4]

أما قانون ترقية الاستثمار 16-09 و القانون 18/22 شأنه شأن قانون تطوير الاستثمار 01-03 ،لم يميزا بين الوطنيين وا لأجانب، غير انه بالنسبة لشروط وإجراءات نزع الملكية هي نفسها شروط نزع الملكية ، وقد ت راجع المشرع الجزائري عن عبارة نزع الملكية في القانون الجديد للاستثمار لعام 2022، بعدما كان يستعمل عبارة نزع الملكية في ظل القانون 09/16 المتعلق بالإستثمار الملغى..

---

[1] **سي فضيل** الحاج، المرجع السابق، ص 161.

[2] **دريد محمود السمرائي**، المرجع السابق، ص 107.

[3] تنص **المادة 60من دستور الجزائر لسنة 2020**على" لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون وبتعويض عادل ومنصف".

[4] **قانون رقم 11/91** مؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج.ر.ج.ج عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 شوال 1411 الموافق ل 08 ماي 1991.

و يرى الدكتور: عيبوط محند وعلي في كتابه الموسوم ب"الاستثمارات الأجنبية في الجزائر" وقبل تعديل 01-03 المتعلق بالتطوير الاستثمار انه "في مجال الاستثمار من الأحسن استعمال عبارة "نزع الملكية" المعمول بها في كل الأنظمة القانونية بدلاً من "المصادرة الإدارية" خاصة وأن الهدف من هذا القانون هو تطوير الاستثمار، لان الغموض في بعض النصوص القانونية وكذا التخوف من بعض العبارات مثل "المصادرة" لا يساعد على جذب رؤوس الأموال الأجنبية[1]. "

ونص القانون رقم: 11/91 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية على الشروط الواجب الالتزام بها في هذا الإطار وهي:

-التصريح بالمنفعة العمومية.

-تحديد كاملاً للأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق الذين تنتزع منهم هذه الملكية.

- تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- توفر الإعتمادات اللازمة للتعويض القبلي عن الأملاك و الحقوق المطلوب نزعها[2]

إذن القانون الجزائري المتعلق بنزع الملكية أخضع هذا الإجراء لمجموعة من المراحل وتُتخذ أثناءها مجموعة من القرارات القابلة للانفصال عن بعضها البعض، وكل هذه القرارات هي قابلة للخضوع للرقابة القضائية، ومن هذه القرارات: قرار التصريح بالمنفعة العمومية حيث أعطى المشرع الجزائري إمكانية الطعن فيه، و منح لكل ذي مصلحة إمكانية الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية، أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة في مهلة أقصاها شهر ابتداء من تاريخ تبليغ القرار [3] ، والتي تفصل فيه في أجل شهر [4] ، بحيث يتعين مراعاة الشروط الشكلية

---

[1] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص300.

[2] **المادة 03 من القانون 11/91** المؤرخ في 27-04-1991 و المتعلق بالقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

[3] **المادة 13 من القانون رقم 11/19.**

[4] **المادة 13 من القانون رقم 11/19.**

والموضوعية والتي نص عليها القانون رقم 91-11 وإلا كان باطلا[1] و هذا ما جاء به الدستور الجزائري لسنة 2020، كذلك يلي قرار التصريح بالمنفعة العمومية، ، في هذا الق رار أو قرار قابلية التنازل الذي تعده مصالح أمالك الدولة بعد تقييمها للتعويض العادل والمنصف، وهذا القرار أيضاً قابل للطعن أمام القضاء الإداري في اجل شهر من تاريخ التبليغ طبقا للمادة 26 من القانون رقم 91-11 ، ثم المرحلة الأخيرة وهي إصدار قرار الإداري المتعلق بنقل الملكية، والذي يبلغ للمعنيين ويشهر على مستوى الجهات المعنية والمختصة إقليمياً، ويلتزم المعني بإخلاء المكان طبقا للمادة 30 من القانون 91-11 ، و يكون القرار قابلاً للطعن القضائي.

وعليه فإن نزع الملكية الذي يتم فيها خارج الحالات والشروط التي حددها القانون، يكون باطلا وعديم ا لأثر، وفي مجال دعاوي النزاع فيما يخص نزع الملكية للمنفعة العامة فنجدها تتأرجح بين قضاء التعويض وقضاء ا لإلغاء، فإذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بالتعويض، فيستوجب على المنزوع ملكيته أن يرفع دعواه في ذات الموضوع أمام جهات القضاء الكامل والذي يعود فيها الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية ، وذلك طبقا لنص المادتان: الأولى من القانون 02/98 ،والمتعلق بالمحاكم الإدارية ، والمادة 2/801 من ق إ.م.إ.ج رقم 09/08، سواء كان قرار صادر عن جهة مركزية أو غير مركزية .أما إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بالإلغاء للقرار المرتبط بعملية النزاع للمنفعة العمومية قد يتضمن وجها من أوجه الإلغاء، ففي هذه الحالة يجب علينا أن نميز بين القرار الصادر عن السلطات المركزية كالقرار الصادر عن الوزير، كأن يكون عقار موجود في دائرة اختصاص ولايتين أو أكثر والقرار اللامركزي كالقرار الصادر عن الوالي، ذلك أن معرفة الجهة المصدرة للقرار تمكننا من معرفة الجهة القضائية المختصة، فإذا كان القرار المطعون فيه بـالإلغاء صادر عن الهيئات المركزية، استلزم رفع الدعوى أمام مجلس الدولة، وذلك طبقا للمادة 09 من القانون العضوي رقم 01/89 المعدل والمتمم والمتعلق

[1] **المادة 01 من القانون رقم 11/19.**

باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله [1] ، والتظلم في هذه الحالة جوازي ، أما إذا كان القرار صادر عن الوالي فالطعن هنا يكون أمام المحاكم الإدارية ويعتبر قراراً إدارياً.

إن نزع ملكية المشروع الاستثماري إذا ما تعلق بأعمال السيادة صادر من جهة مختصة طبقاً للقانون ويطبق على الوطنيين والأجانب، وينصب على العقارات، وليس على المنقولات التي تكون محل استيلاء، ولا يجوز لهذا القرار أن يمتد إلى أموال في إقليم دولة أخرى، عملاً بمبدأ السيادة الإقليمية للدولة ، و يعتبر نزع ملكية المشروع الاستثماري للمنفعة العامة من أسباب نشوب المنازعة في عقود الاستثمار الدولية، خصوصاً إذا كان تعسفياً ودون تعويض عادل، ويمكن أن نشير في هذا ا لإطار إلى المنازعة التي حصلت بين شركة وينا للفنادق البريطانية Limited Hotel Wena وشركة ايجوث للسياحة المصرية، حيث تم إبرام عقد استثمار بين الطرفين، على أن تقوم الشركة البريطانية بإدارة واستغلال وتأجير فندقي الأقصر والنيل، مع تدريب الكوادر الفندقية في مؤسسات الشركة في لندن، ومن ثم نشب نزاع بين الأطراف مما دفع المستثمر الأجنبي إلى رفع دعوى ضد الشركة المصرية التابعة للحكومة المصرية أمام إلى أن الطرف المضيف وهي الشركة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مطالباً بالتعويض استنادا المصرية التابعة لوزارة السياحة وبمساعدة وزارة الداخلية المصرية قامت بالاستيلاء على فندق النيل، وهو ما يعتبر إخلالاً من الحكومة المصرية بإلتزاماتها التعاقدية، وأن هذا ا لإخلال يصل إلى حد نزع الملكية، وقد أصدرت هيئة تحكيم المركز حكمها بإلزام الشركة المصرية بدفع مبلغ ثالثة وستون(63) مليون دولار تعويضاً شركة البريطانية [2].

إن إجراء نزع الملكية معترف به للدولة لكن بشرط إحترام حقوق المستثمر الأجنبي في التعويض العادل والمنصف، وأن يتم هذا الإجراء في إطار القانون، ويتضح لنا أن حق الدولة في نزع الملكية ليس حقاً مطلقاً، و إنما يتعين عليها أن تراعي أحكام الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية بمقتضى الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها والمتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات والقانون

[1] **القانون العضوي رقم 01/98** المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلق بإختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.ج.عدد 37.

[2] ذكره: **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 165.

الداخلي، وعليها أن تلتزم بالقيود الواردة على حقها في نزع الملكية ، ثم إذا كان من حق الدولة وفقا لمبدأ السيادة الإقليمية أن تستولي على ملكية الأجانب الخاصة عندما تقتضي المصلحة ذلك فان من حق الأجانب المطالبة بالتعويض، وإذا كان استيلاء الدولة على ملكية الأفراد يعتبر بمثابة نزع للملكية وفق القانون الداخلي، فان العرف الدولي يعتبرها بمثابة قيام الدولة باتخاذ إجراءات تهدف إلى نزع الملكية بطريق غير مباشر، وذلك من اجل تقييد سيطرة المستثمر على ممتلكاته الخاصة.[1]

ثانياً: التأميم

لم تعد الملكية الفردية مقدسة و فقدت طابعها المطلق وذلك بظهور التأميم كأحد الأساليب القانونية لنزع الملكية، خاصة بعد موجة التأميمات للقضاء على مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج دون الإلتزام بدفع تعويض أو ما يسمى بالتأميم الإيديولوجي، ثم بعد الحرب العالمية الثانية ظهر التأميم العلاجي الذي مورس من أجل إصلاح الاقتصاد للدول النامية خاصة ومحاربة الإحتكارات وضمان السيطرة على مصادر الثروة الوطنية مع الإعتراف بتعويض عادل لأصحاب الأموال المؤممة[2].

كما أصبح اللجوء إلى التأميم ظاهرة شائعة في كل الدول رغم اختلاف أنظمتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، مستندا إلى العديد من الأسس أهمها حرية الدولة في اختيار نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، و مبدأ السيادة الدائمة لكل دولة على مواردها الطبيعية وحريتها في التصرف فيها ، كما أصبح التأميم في العصر الحديث من الوسائل المعترف بها في الجماعة الدولية تحقيقا لصالح الجماعة الوطنية، وقد نصت على التأميم العديد من قوانين الاستثمار والدساتير كما أكدته العديد من الإتفاقيات المتعددة الأطراف والمعاهدات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية ، حيث أصبح حق الدولة في التأميم مشروعاً دوليا وقانونيا ، وصدرت بشأنه العديد من القرارات الدولية من الأمم المتحدة و منها القرار رقم 626 الصادر بتاريخ 21-12-1952 الذي ينص على حق الدولة على ثرواتها و مواردها الطبيعية كحق لصيق بسادتها، و القرار رقم 1803 الصادر بتاريخ 14-12-1962 الذي ينص على أن يستند إلى أسباب تقوم

[1] **عمر هاشم محمد صدقة**، المرجع السابق، ص 35.

[2] **قبايلي طيب**، المرجع السابق، ص 250.

على النفع و الأمن العام، و أن يتم في مقابل تفويض مناسب طبقا للقوانين السارية ووفقا للقانون الدولي العام والقرار رقم 3281 بتاريخ 01-05-1974 الذي تنص المادة الرابعة منه "على أن من حق كل دولة أن تؤمم مواردها و لا يجوز إخضاعها لضغوط اقتصادية أو سياسية ..."، و متى اعتبر التأميم عملا مشروعا فانه لا يمكن تطبيق القواعد العامة في التعويض عن الخطأ التعاقدي و في هذا الشأن ما حدث في قضية " أمويل " مع دولة الكويت حيث قضت لهيئة التحكيم بتعويض عن الضرر اللاحق و الكسب الفائت [1].

عرّف الفقيه الفرنسي DE LAUBADERE التأميم على أنه" عملية تتصل بالسيادة العليا تقوم به الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييراً كلياً أو جزئياً، بحيث تكفّ يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الاقتصادية أو الزراعية ذات الأهمية بضمها للقطاع العام خدمة لمصالح الأمّة"[2].

كما يقصد به "إجراء تتخذه الدولة يراد من خلاله نقل مشروع أو مجموعة من المشروعات الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات إلى ملكية الأمة ممثلة في الدولة بقصد تحقيق مصالح الجماعة"[3].

يتضح من خلال هذه التعاريف أن التأميم مرتبط بنقل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار من السلطات العامة المختصة في الدولة، أو بواسطة أداة قانونية غالباً ما تكون نصاً تشريعياً، ويفترض توافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية تميزه عن باقي الإجراءات الهادفة إلى الحرمان من الملكية والتي تتمثل في:

1- من حيث الشكل: يجب أن يتم التأميم بقرار من السلطة العامة سواء التنفيذية أو التشريعية لدى صدوره عن السلطة القضائية

2- من حيث الموضوع: يرد التأميم على أموال خاصة عقارية أو منقولة ، ولا يتصور أن يتعلق بأموال داخلة في الملكية العامة للدولة التي تقوم بالتأميم.

---

[1] **صخري سمية**، المرجع السابق، ص 212.

[2] **عيبوط محند واعلي**، المرجع السابق، ص 164.

[3] **خالد كمال عكاشة**، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 139.

3 – من حيث الغاية: يرمي التأميم إلى تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، وذلك بوضع الأموال تحت سيطرة الدولة إما بصورة كلية أو جزئية، غير أنه جرت العادة على سيطرة الدولة على أغلبية الأموال المراد تأميمها[1].

كما عرفه بعض الفقه بأنه:" عمل من أعمال السيادة تنتقل بموجبه وسائل الإنتاج و بعض الأنشطة المعينة من الأفراد و الهيئات الخاصة إلى الدولة من أجل إستغلالها لخدمة المصلحة الجماعية".[2]

ويعد قيام الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها بتأميم المشروع الاستثماري من المستثمر الأجنبي سبباً من أسباب نشوب المنازعة بينهما، ويتوافق التأميم مع نزع الملكية للمنفعة العمومية في أن كالهما يؤدي إلى انتقال الملكية للدولة مقابل تعويض يدفع إلى المالك، ويختلفان من حيث أن نزع الملكية للمنفعة العامة يرد على عقار مملوك للأشخاص، في حين التأميم يرد على مشروع إنتاجي وإقتصادي، وقد ترتّب على إجراء التأميم آثار سلبية خلال حقبة الستينات من القرن الماضي، واعتبر عامل من عوامل طرد المستثمرين الوطنيين والأجانب وهروبهم بأموال إلى دول أخرى، تضمن لهم عدم خضوع مشروعهم الاستثماري للتأميم، الأمر الذي جعل بعض التشريعات الوطنية تحضر التأميم على المشاريع الاستثمارية، لتوفير ضمانات أكثر للمستثمر الأجنبي في مجال حماية مشروعه الاستثماري.

ومن قبيل هذه التشريعات نجد على سبيل المثال: قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 ،والملغى بالقانون رقم 72 لعام 2017 ،حيث نصت المادة 8 من هذا القانون على أنه: "لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها" ، تقابلها المادة 4 من القانون الجديد والتي نصت على أنه" :لا يجوز تأميم المشروعات الاستثمارية.

ولا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدما دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته

[1] **أحمد أبو الوفا**، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 606.

[2] **عمر هاشم محمد صدقة**، المرجع السابق، ص 39.

في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد... مع عدم الإخلال بما يتفق عليه في العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع المستثمر[1].

أما بعض التشريعات الأخرى ومنها التشريع الأردني وحتى الجزائري فقد عالجا الموضوع بشكل آخر، ونذكر من ذلك ما نصت عليه المادة 42 من التشريع الأردني رقم:30 لسنة 2014 والمتضمن قانون الاستثمار الأردني: حيث نصت على انه: " لا يجوز نزع ملكية أي نشاط اقتصادي أو إخضاعه ألي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا إذا تم استم لاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر بعملة قابلة للتحويل دون تأخير".

أما المشرع الجزائري فموقفه واضح في المادة 12 من قانون الاستثمار لعام 2022 ، وفي القانون المدني الجزائري ، وكذلك في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، خاصة الاتفاقيات الثنائية والتي أغلبها تنص على مبدأ التعويض العادل والمنصف في حالة اتخاذ الدولة الج زائرية لهذا الإجراء والذي أصبح حقاً دولياً للدولة استناداً على حقها في السيادة على إقليمها وفي اختيار نظامها الاقتصادي بكل حرية، على أن تتم ممارسة هذا الحق في إطار الشروط المكرسة في القانون الدولي وبتعويض عادل ومنصف، وأن مخالفة هذه الشروط يؤدي بطبيعة الحال إلى المنازعة بين الدولة والمستثمر الأجنبي[2].

أما فيما يخص الاتفاقيات الإقليمية التي أبرمتها الجزائر، يمكن الإشارة إلى المادة 10 من اتفاقية وتشجيع الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقع في الجزائر في 03 يوليو 1993، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-002 المؤرخ في 12-10-1992[3]، والتي نصت على أنه:" لا يمكن التأميم أو انتزاع استثمارات رعايا أي من أحد الأطراف المتعاقدة ولا يمكن إخضاع هذه الاستثمارات إلى أي إجراء له نتيجة متشابهة، إلا إذا توفرت الشروط التالية:

---

[1] أنظر: **المادة 04 من قانون الإستثمار المصري لسنة 2017.**

[2] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص 305.

[3] **المرسوم الرئاسي رقم 002/92** المؤرخ في 12-10-1992 المتضمن المصادقة على اتفاقية وتشجيع الاستثمار بين دول المغرب العربي، ج.ر.ج.ج.عدد...، الصادرة بتاريخ

أ – أن تتخذ تلك الإجراءات لفائدة المصلحة العامة وطبقاً للصيغ التي ينص عليها القانون في البلد المضيف للاستثمار.

ب – أن لا تكون الإجراءات تمييزية.

ت – تتم مرافقة تلك الإجراءات بدفع تعويض عاجل وعادل وفعلي خلال مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفته القطعية وتوفير إمكانية ذلك التعويض بكل حرية.

كذلك ما يلاحظ على الاتفاقيات الدولية الأخرى والتي تبنت مبدأ التعويض العادل والمنصف والسريع والفعال، ضد إجراء نزع الملكية والتأميم، أنها لم تتضمن أية تفاصيل حول شروط وإجراءات التأميم ونزع الملكية، ويمكن الإشارة في هذا الإطار إلى اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار AMGI والتي اكتفت بالنص على إمكانية تغطية أخطار نزع الملكية بما فيها الإجراءات غير المباشرة خاصة منها تلك التي لا تهدف إلا حرمان المستثمر من حقه في الملكية[1].

وتشمل الاتفاقية التصرفات الايجابية والسلبية سواء التشريعية أو الإدارية والتي يترتب عنها حرمان المستثمر من حقه في الملكية أو الإمتيازات المترتبة عن استثماره ويستثنى منها الإجراءات العامة غير التمييزية والتي تتخذه الدولة لتنظيم النشاطات الإقتصادية داخل إقليمها[2]، أما الإتفاقيات الثنائية فيمكن الإشارة في هذا الصدد انه يوجد نموذجين من الاتفاقيات الدولية الثنائية مستعملة في العالم لحماية الاستثمارات الأجنبية، النموذج الأوربي المعتمد والذي اعتمدته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE سنة 1910 ،والذي يوسع من سيادة الدول النامية ويقضي بضرورة احترام سيادة الدولة المضيفة للاستثمار من خلال خضوع المستثمر لتشريعاتها الوطنية الداخلية والنموذج الأمريكي المعتمد خلال سنوات الثمنينات، والذي يعمل على تكريس مبادئ القانون

[1] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص 303.

[2] أنظر: **المادة 1/11و 2 من الإتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الإستثمارات** والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/95.

الدولي العام ويضيق من مبدأ سلطان الإرادة في مجال الاستثمارات الأجنبية ، مع العلم أن كال النموذجين تضمن مجموعة من المباد ئ منها :الانضمام، التحويلات، نزع الملكية، فض المنازعات[1]...الخ .

والجزائر وبإيعاز من الدول المصدرة للمال قصد حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة من المخاطر التجارية، عملت من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في مجال الاستثمار على تغطية كل الإجراءات الهادفة إلى القيد أو الحرمان من الملكية، وآخذت بعين الاعتبار الآثار المترتبة عن نزع الملكية ضرورة "دفع تعويض مناسب وفعلي" يتم تحديده على أساس القيمة الحقيقية والسوقية للاستثمارات المعنية[2].

إن مسألة التعويض اختلفت بشأنها الدول المتطورة والبلدان النامية، حيث نجد موقف البلدان المصنعة والمصدرة لرؤوس الأموال الأجنبية ترى أن الحق في التعويض يندرج في إطار الحد الأدنى من الحماية التي يتمتع بها الأجانب والمعترف بها في القانون الدولي العرفي، وال يمكن للدولة المضيفة الامتناع عن التعويض بحجة احترامها لمبدأ المساواة وعدم التمييز وأي إخلال بهذا الإلتزام تترتب عليه المسئولية الدولية[3].

---

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 168.

[2] نصت **المادة 4/ف 2 ،3 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الج زائر وايطاليا والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات** على أنه:"لا يمكن ألي من دولتين المتعاقدتين القيام بتدابير نزع الملكية التأميم، الحجز أو أي إجراء يترتب عليه نزع أو منع الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة...- إذا كانت مقتضيات المنفعة العامة، الأمن أو المصلحة الوطنية تبرر الخروج عن أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة فإنه يجب توفر الشروط التالية :أ- أن تتخذ التدابير وفقا إجراء قانوني .ب- أن لا تكون تمييزية .ج- أن تكون مصحوبة بأحكام فورية تتضمن دفع تعويض مناسب وفعلي ."وتضيف الفقرة 4 من ذات المادة "يكون المبلغ المناسب للتعويض معادلا للقيمة الفعلية للاستثمارات المعنية في السوق عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها .ويتم تحديده على أساس قواعد أو ممارسات معترف بها دوليا، كما يتم تسديد التعويض بعملة قابلة للتحويل يتفق عليها سويا و إذا تعذر ذلك فتسدد بالعملة التي تم الاستثمار بواسطتها .وفور تحديد مبلغه يسدد التعويض بسرعة أو يسمح بتحويله وفي حالة التأخر في الدفع ، ينتج التعويض فائدة بالمعدل المعمول به بين البنوك والمناسب للعملة الصعبة المستعملة للتسديد في البلد الأصلي للمستثمر بتاريخ التطبيق الفعلي للتدابير المشار إليها في الفقرتين 2 و3 من هذه المادة.

[3] **هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص 60.

وتعتمد البلدان الغربية على الدور الاقتصادي التنموي الذي تقوم به هذه الاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول المضيفة، وذلك عند مطالبتها بضرورة حماية هذه الاستثمارات ضد أي إجراء من شأنه أن يؤدي حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته، وتعتبر التعويض شرطا أساسيا لصحة وشرعية إجراءات التأميم ونزع الملكية، لهذا قامت بتحديد خصائص هذا التعويض ومنها أن يكون فوريا وملائما وفعال، في حين اشترطت بعض الدول أن يكون تعويض عادلا أي مساويا للقيمة الإجمالية للأموال المشمولة بعملية التأميم، واعتبرت ذات الدول أن عدم احترام هذه الخصائص لا يترتب عنه إخلال بالتزام دولي تعاقدي.

أما الدول النامية فموقفها من الحق في التعويض عن التأميم فكان يقضي بعدم دفع التعويض، معتبرة التأميم إجراء قانوني لاسترجاع سيادتها على ثرواتها الطبيعية، كما أن تحقيق مبدأ المساواة لأحكام القانون الدولي يبرر عدم دفع التعويض، وذلك استنادا في المعاملة وعدم التمييز بين الأجانب استنادا إلى نظرية CALVO التي تمسكت بها الدول اللاتينية[1].

لكن حاجة الدول النامية في رؤوس الأموال الأجنبية وما تملكه الدول المتطورة والمصنعة من خبرات، جعل موقفها يتغير ووافقت على قبول التعويض لكن ليس بالموصفات التقليدية السالفة الذكر وإنما تعويض مقتضيات سياسة التنمية منصف يأخذ بعين الاعتبار مصالح المستثمرين الأجانب ، حيث أن الإمكانيات المحدودة لدى الدول النامية بصفة عامة لا تسمح لها بدفع تعويض كامل يغطي القيمة الحقيقية للمشروع الأجنبي، كما أنه من غير المعقول تحميل هذه البلدان أعباء إضافية تمنعها من تحقيق أهدافها الاقتصادية، لذلك تم تكريس قاعدة التعويض الملائم في هذا المجال الذي يأخذ بعين الاعتبار الإمكانيات المالية للبلدان النامية وذلك في إطار القوانين الداخلية للدول المضيفة، وهذا ما أكده ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في مادته الثانية الفقرة ج.[2]

[1] **طه أحمد قاسم**، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، المرجع السابق، ص 261.

[2] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص 319 و ما بعدها.

أما المشرع الجزائري فقد أكد على الحق في التعويض ووصفه بالعادل والمنصف في قانون الاستثمار لعام 2022 أما الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في ميدان الاستثمار فقد نظمت طريقة التقييم وميعاد وأساليب الدفع للتعويض، حيث نصت على عدة طرق لتقدير التعويض مقابل إجراءات التأميم ونزع الملكية، فبعض هذه الاتفاقيات الثنائية تعتمد على القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية في تحديدها للتعويض، وهذه القيمة الحقيقية تشمل كل العناصر المرتبطة بالمشروع الاستثماري من رأس مال وفوائد وخسائر وغيرها ، وهناك من الاتفاقيات من تضيف اسم الشهرة وغيرها من العناصر الاقتصادية المرتبطة بالمشروع الاستثماري، الدبلوماسيين الأجانب في أي أمر يتصل بهذا العقد "، كما اعتمدت بعض الاتفاقيات الثنائية في تقدير التعويض على أساس القيمة الفعلية للاستثمار في السوق مع مراعاة القواعد والممارسة المعترف بها دوليا عند تحديد التعويض ، وبعضها الآخر يستعمل عبارة القيمة الاقتصادية والتي لها معنى أوسع بحيث تشمل جميع العناصر الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار.

كما نصت هذه الاتفاقيات الثنائية على تقنية الحلول في دفع التعويض، حيث أقرت حقوقا للدولة الأصلية للمستثمر في مواجهة الدولة المضيفة، حيث في مثل هذه الحالات تتدخل الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بناء على الضمانات التي تمنحها لمواطنيها اللذين يقومون بإنجاز مشاريع استثمار في الخارج، ويكون ذلك في شكل عقود تأمين ضد المخاطر غير التجارية التي يواجهها مستثمروها في الخارج، حيث تحل الهيئة المؤمنة في كل الحقوق التي يتمتع بها المستثمر، مما يسمح له الحصول على تعويض مقابل الأضرار التي لحقت به جراء تصرفات الدولة المضيفة،غير انه لا يمكن للدولة الأصلية أن تحل محل المستثمر إلا بعد التأكد منم دفع التعويض[1].

وتعتبر الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار من نزع ملكية وتأميم أو مصادرة أو تقييد التحويل ضد المستثمر الأجنبي من المخاطر السياسية، أي مخاطر غير تجارية، ذلك أن المستثمر الأجنبي وهو يزاول نشاطه يواجه نوعين من المخاطر هما: المخاطر التجارية: وهي التي تنشأ عن نشاط المشروع من تقلبات تتعلق بظروف السوق، أو بإدارة المشروع أو احتياجه إلى التمويل الطويل والمتوسط والقصير الأجل، والتي قد ينجم عنها خسارة تلحق بالمستثمر، أو

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 171.

كسب يفوته، أو فقدان لجزء أو كل رأسماله، أي مخاطر تتطلبها طبيعة التعامل الاقتصادي، ويعمل المستثمر حساباً لها، ويتحمل مسئولية حدوثها، ومن ثم فإن الدولة المضيفة لا تضمن المخاطر التجارية وال تسأل عنها .أما المخاطر غير التجارية، فهي لا ترتبط بطريق مباشر أو غير مباشر بإرادة المستثمر الأجنبي أو نما تأتي نتيجة لواقعة مادية أو نشاطه أو نتيجة لتصرف الدولة المضيفة، وبالتالي يتعذر تغطيتها عن طريق التامين التجاري، فهي مخاطر تتعلق بالأوضاع السياسية وا لإقتصادية وا لأمنية العامة، وهي خارجة عن إرادة المستثمر، الذي يمكن أن يخل بإلتزامه التعاقدي.

إن إتخاد الدولة لهذا النوع من الإجراءات لابد أن لا يفهم منه دائماً التعسف او غستعمال الدولة لهيمنتها، بإعتبار أنه هناك أسباب دفعت الدولة من أجل إتخاد هذه الإجراءات، في غالب الأحيان إلى عدم إلتزام المستثمر الأجنبي بالإلتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقه بموجل عقد الإستثمار المبرم بينه و بين الدولة المضيفة او لإعتبارات سياسية محضة و خدمة للصالح العام.

الفرع الثاني:إخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته التعاقدية

على الرغم من أن الدولة المضيفة للإستثمار تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر الأجنبي الذي لا يتمتع بأي من المزايا السيادية، و أن هذا المركز السيادي يعطي للدولة مكنة إتخاد إجراءات إنفرادية تؤدي إلى عرقلة المشروع الإستثماري و بالتالي نشوب منازعات بينهما، و يمكن أن تعود أسباب هذه المنازعات للمستثمر الأجنبي من جراء الإخلال بإلتزاماته إتجاه تنفيذ عقد الإستثمار الدولي، و يُرتب عقد الاستثمار الدولي كسائر العقود الدولية التزامات متقابلة، لذلك إذا أخل أحد الأطراف بالتواماته يكون ذلك سبباً لنشوء المنازعة بينهما، ويمكن الإشارة إلى أن اتخاذ الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها لإجراءات انفرادية في عقد الاستثمار الدولي من شأنه أن يعرقل المشروع الاستثماري، وبالتالي نشوب نزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي، إلا أنه ليس في جميع الحالات قد تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها هي التي تخل بالتزاماتها، فقد يخل كذلك المستثمر الأجنبي ببعض الالتزامات المفروضة عليه في عقد الاستثمار الدولي، والتي تعد في المقابل من حقوق الدولة المضيفة للاستثمار، فعلى سبيل المثال عدم قيام المستثمر با لإعلام

والإخبار حول مشروعه الاستثماري و عدم تدريب العمالة الوطنية للدولة المضيفة يعد خرقاً ول الدولة القيام بإجراءات لحماية للإلتوامات التعاقدية من طرف المستثمر الأجنبي مصالحها من أية أضرار، تؤثر سلباً على اقتصادها الوطني، وفي معرض حديثنا عن خرق المستثمر الأجنبي لالتزامات المنصوص عليها في عقد الاستثمار الأجنبي كسبب من أسباب نشوء المنازعة، و في هذا الإطار نجد قضية .Cameron V Klockner وتتلخص وقائع القضية في اتفاق ابرم بين دولة الكاميرون وشركة klockner الألمانية، تعهدت الأخيرة فيه بإقامة مصنع للسماد تتسع طاقته لإنتاج 157000 طن سنويا، واتفقا على إنشاء مشروع مشترك، وفقا ألحكام القانون الكاميروني، على أن تسمى الشركة باسم socame وعلى أن يتولى استغلال المصنع وتشارك فيه شركة klocknerب 51 % من رأسمالها .وقد نصت المادة 9 من الاتفاق المذكور على أن تكون شركة klocknerهي مسؤولة عن الإدارة الفنية والتجارية للشركة وذلك بموجب عقد إدارة لمدة خمس سنوات على الأقل تبدأ من تاريخ بدء التشغيل مع إعطاء klockner حق الاختيار في مدة العقد وتتعهد الدولة من جانبها بتزويد المشروع بالموقع المعد لإقامة المصنع وتضمن قيام socame بالوفاء بكامل ثمن المصنع .وأعقب ذلك قيام socame التي تنازلت لها الحكومة الكاميرونية عن كل الحقوق والالتزامات الناجمة عن هذا العقد توقيع عقد تزويد للمصنع بالمواد الضرورية مع الحكومة الكاميرونية .وتم توقيع كذلك عقد بين socame و شركة .klockner ولقد تضمنت كافة هذه العقود شرط التحكيم CIRDI باستثناء عقد الإدارة الذي تضمن شرط تحكيم CCI،غير أن المشروع الاستثماري فشل، مما دفع شركة klockner إلى تفعيل شرط التحكيم لدى CIRDI مطالبة الحكومة الكاميرونية بدفع الجزء المتبقي المستحق من ثمن المصنع، فردت الحكومة الكاميرونية أمام هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI بأن الشركة المذكورة قد تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع وأخلت ب عالم حكومة الكاميرون بالظروف التزامها بإخبار أو المحيطة بالعقد سواء أثناء مرحلة التعاقد أو بعدها ومثل ذلك التصرف من قبل الشركة المعنية يعفي حكومة الكاميرون من التزامها بالوفاء بقيمة المصنع الذي تطالب به الشركة الألمانية[1].

[1] ذكره: **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 171.

وقد خلصت هيئة التحكيم لعدة نتائج أهمها: أن شركة klockner قد خالفت التزاماتها الجوهرية الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين حكومة الكاميرون، وال يحق لها بالتالي التمسك بمطالبة حكومة الكاميرون بالثمن الكامل للمصنع الذي تم تشييده، كما تقضي بذلك نصوص عقد التسليم[1] .والتي لم يلتزم فيها المستثمر الأجنبي بتقديم لدولة الكاميرون جميع المعلومات والتطورات والأحداث الجديدة المرتبطة بالمشروع الاستثماري الذي هو بصدد تنفيذه، مما كان ذلك سبباً كافياً في نشوء المنازعة بين دولة الكاميرون والمستثمر الأجنبي وطرح القضية على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وانتهت هيئة التحكيم إلى أن شركة المستثمر قد خافت التزام جوهري، وهو إعلام حكومة الكاميرون بكل المعلومات والتطورات والظروف التي صاحبت تنفيذ عقد الاستثمار الأجنبي لإنشاء مصنع للسماد، مما يستوجب معه عدم مطالبة بالثمن الكامل للمصنع التي تم إقامته على دولة الكاميرون[2].

يمكن القول أن الأسباب المؤدية للمنازعات في عقد الاستثمار الأجنبي ، ترجع لخصوصيتها المستمدة إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود الفنية والقانونية أو ما تمتاز به من التعقيد وطول المدة في تنفيذها، والجدير بالذكر أن هذه الأسباب قد تكون أجنبية و لا دخل لطرفي عقد الاستثمار الأجنبي فيها كالقوة القاهرة والظرف الطارئ، وما يترتب عنهما من نتائج في مجال المحافظة على التوازن العقدي الاقتصادي والمالي نتيجة التغير في شروط العقد، وما يُتخذ من إجراءات لتجنب المنازعة في الاستثمار كإدراج شرط إعادة التفاوض أو تغير الظروف المحيطة به.

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 315.

[2] **طه أحمد علي قاسم**، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، المرجع السابق، ص 138.

المبحث الثاني: القانوني واجب التطبيق على منازعات عقود الإستثمار الدولية

إختلفت الآراء حول ما إذا كانت منازعات الاستثمار تتمتع بالصفة الدولية من عدمه، فهناك إختلاف أيضا حول القانون واجب التطبيق [1]على المنازعة، وتعد مسألة تحديد النظام القانوني واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، من أهم المسائل القانونية التي تثيرها هذه المنازعات، إذ أن مسألة اختيار نظام قانوني معين ليحكم روابط الاستثمار ليست مجرد مسألة تفضيل نظام قانوني على نظام آخر، بل أن هذا الاختيار تحركه أساسا النتائج المترتبة على إعمال قواعد هذا النظام القانوني الذي تم اختياره ليحكم أصول وقواعد رابطة الاستثمار .كما تبرز أهمية هذا الاختيار فيما يتعلق بالآثار الناجمة عن العقد، فيما يخص تنفيذ عقد الاستثمار أو عدم تنفيذه، وفيما يتعلق بحقوق الطرف الواقع به الضرر والمرتبة على إنهاء العقد، ومدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة لتغير الظروف[2].

كما تتضح هذه الأهمية بشكل كبير في تحديد القواعد واجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للطرف الواقع عليه الضرر، وهل يتعلق الأمر بالتعويض عن الخسائر الفعلية التي لحقت به أم أن الأمر يتجاوز ذلك على نحو يمكن معه تعويض هذا الطر عما فاته من كسب وليس فقط ما لحق بن خسارة ؟ وتعد مسألة القانون واجب التطبيق، من المسائل الخ لافية بين الأطراف المتعاقدة والتي قد يؤدي تعثرها إلى الفشل في إبرام العقود .ويرى جانب من الفقه أن التجربة تكشف عن أن هذا الاختيار يشكل أهمية للطرف الأجنبي الخاص، أكثر مما يشكله للدولة نظرا للمخاطر والأضرار الجسيمة التي يتحملها هذا الطرف في نظير الاختيار .وقد انقسم الفقه القانوني في هذا الصدد، إلى نظريتين أساسيتين، النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية.وإذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فإن للقاضي أو المحكم أن يستظهر إرادتهم الضمنية في

---

[1] تهدف قواعد تنازع القوانين إلى البحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة المعروضة على القضاء، و ذلك عن طريق إسناد تلك العلاقة إلى أوثق القو انين صلة بها، أو بمعنى آخر فإن تحديد مركز الثقل في العلاقة أو العنصر المميز لها و الذي تتركز فيه هو الأمر الذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق.للمزيد من المعلومات أنظر: **أشرف وفا محمد**، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار في مجال التحكيم، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع 04 ج 01، 2019، ص 290.

[2] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص136.

هذا الصدد وإن تعذر عليه أن يكشف عن هذه الإرادة الضمنية، فهو لا يملك افتراض اتجاه إرادتهم لاختيار قانون العقد، على أساس أن الإرادة المفترضة هي مجرد وهم ومجاز يخالف الحقيقة [1]، ولهذا يجري القضاء الحديث على التصدي في هذا الفرض للتركيز الموضوعي لل رابطة العقدية إسنادها على هذا النحو إلى القانون السائد في مركز الثقل في هذه ال رابطة ما لم يكن المشرع قد تولى بنفسه هذا التركيز من خلال دلائل محددة، عند سكوت الإرادة، إلى قانون دولة إبـرامه أو دولة تنفيذه[2].

ونظراً لأهمية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية، فإن مجمع القانون الدولي قد أصدر في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979، والمخصصة لدراسة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى، توصية بشأن هذه العقود.

إن اختيار الأطراف للقانون الوطني لدولة محايدة ليحكم رابطة الاستثمار، لما يشمله هذا الاختيار من مصاعب متنوعة، فإنه يمكن تقسيم الخيارات المتاحة للأطراف، في اختيار النظام القانوني واجب التطبيق على عقود الاستثمار، إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو نظام قانوني دولي أو نظام قانوني مستقل عن كل من القانون الوطني للدولة المتعاقدة والقانون الدولي.

كما تبرز النظرية الموضوعية التي تـأكد سمو سلطان القانون على إ رادة و إن كان لهذه الإرادة أن تختار قانون العقد، فإن دورها في هذا الصدد لا يعدو أن يكون مجرد إبداء رغبة في تركيز الرابط المتعاقدين، إذا لم يكن هناك العقدية في إطار نظام قانوني معين يتصل بالضرورة بهذه الرابطة، مفر من ضرورة اختيار الإرادة لقانون العقد، فإن هذا الاختيار يستند إلى حكم القانون الذي أجاز لها ذلك، وبهذه المثابة تبدو إرادة المتعاقدين بوصفها مجرد ضابط الإسناد الذي يشير إلى القانون واجب التطبيق في شأن الرابطة العقدية، ويترتب على ذلك خضوع العقد الدولي لسلطان القانون المختار الذي لا يملك المتعاقدين مخالفة أحكامه الآمرة[3].

على هذا الأساس تم تقسيم المبحث إلى ثلاث مطالب، نخصص كل واحد منها لدراسة واحد من هذه الأنظمة القانونية الواجبة التطبيق على عقود الاستثمار الدولية:

---

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص136.

[2] **طه أحمد علي قاسم**، المرجع السابق، ص172.

[3] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص46.

المطلب الأول: خضوع عقد الإستثمار الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

أكد الفقه المؤيد لخضوع عقود الاستثمار والمنازعات الناشئة عنها للنظام القانوني للدولة المتعاقدة، أنه على الرغم من أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية لم تشر صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، فإن هذا القانون كان على ما يبدو هو القانون الذي انصرفت نية الأطراف إلى إعماله على العقد ويظهر ذلك من تضمين هذه العقود شروطا تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء أو تعديله بإراداتهم المنفردة أو تشريعات تسرى على العقد على نحو يؤدي إلى التغيير في مضمونه، وذلك دون إصدار لوائح الاتفاق مع الطرف الأجنبي المتعاقد معها ومن المعروف أن هذه الشروط المعروفة بشروط الثبات التشريعي أو شروط عدم المساس بالعقد لا ينص عليها إلا إذا كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون واجب التطبيق [1]، ويسند الفقه خضوع منازعات عقود الاستثمار إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى عدّة أسس، و هذا ما سوف نتطرق إليه تباعاً:

الفرع الأول: خضوع عقود الإستثمار الدولية لقانون الدولة المضيفة لوجود قرينة مفترضة لصالح القانون الوطني.

ذكرت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية عام 1929 ،أن " **كل عقد لا بد وأن يخضع بالضرورة إلى القانون الداخلي لدولة ما** "، وذلك عندما قضت بأن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الداخلي لدولة ما، وذلك عندما قضت بأن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي، يجد أساسه في القانون الداخلي لدولة ما، وبذلك أكدت المحكمة على قرينة لصالح تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف إلي نظام قانوني آخر، وذلك بقولها: أن الدولة ذات السيادة لا يمكن افتواض أنها قد أخضعت صحة التزاماتها المكلفة بها في هذا الصدد لقانون أخر غير قانونها، وبالتالي يجب إخضاع هذه

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 138.

العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة على أساس وجود قرينة ، وهي وجود الدولة كطرف في العقد لصالح تطبيق قانون هذه الدولة[1].

ويشترط لإعمال المبدأ الذي صاغته المحكمة الدائمة للعدل الدولي، والذي بمقتضاه أن يخضع العقد المبرم بين الدولة وطرف خاص إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، أ لا يكون هذا العقد قد أبرمته الدولة على اعتبار أنها من أشخاص القانون الدولي العام .فإذا كان العقد قد أبرمته الدولة على اعتبار أنها من قانونها فروض واردة، إذن، فوجود الدولة كطرف في العقد، في نظر هذا الجانب من الفقه، لا يكفي في حد ذاته لكي يفترض أن ا لأطراف قد اتفقوا على التعاقد وفقا لقانون تلك الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام، ومن هنا يبدو عدم ملائمة المعيار الذي وضعته المحكمة الدائمة للعدل الدولي .

هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان القول بأن العقود التي تبرمها الدولة بوصفها طرف من أطراف القانون الدولي تخضع للقانون الدولي، والعقود التي تبرمها كطرف من أطراف القانون الداخلي تخضع لهذا الأخير، فإن ذلك القول يقتضي الفصل في مسألة أولية وهي متى تتصرف الدولة بالصفة الأولى؟ ومتى تتصرف بالصفة الثانية؟ وهذا يتطلب معيار جديد إضافي يسمح بالتمييز بين الحالتين، ويواجه المعيار الذي وضعته المحكمة الدائمة للعدل الدولي أيضا عيبا جوهريا، وهو أنه على افتراض وجود هذا المعيار، فيجب أن يكون إعماله متمشيا مع فكرة السيادة التي تتمتع بها الدولة حتى لا تجبر إزاء عالقة غير مقبولة بالنسبة لمصالحها الأساسية أن تتصرف على نحو مخالف للقانون .فالقانون يهدف بالتأكيد إلى وضع الإطار القانوني لتحديد الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ولكنه لا يجب أن يقلل من الطابع السياسي للسيادة ، ففي هذا المجال وحيث تتصل السياسة على نحو مباشر بالعناصر القانونية، فإنه يجب الامتناع عن وضع بناء قانوني سر عان ما يخالفه العمل الواقعي ويؤدي بالتالي إلى عدم الالتزام بقواعد القانون، ومن هنا فإنه لا يمكن ترك جزء هام من الحياة الاقتصادية الدولية يخضع لتحكم السياسة والتي ستكون الدول أولى ضحاياه .ولما كانت عقود الاستثمار، عقود الدولة، تتعلق على نحو متصل بالحياة

[1] **سراج أبو زيد**، المرجع السابق، ص617.

السياسية والاقتصادية للدولة، ولاسيما الدولة الراغبة في النمو ، فإنه يكون من الأفضل بدال من استعمال المعيار الموضوعي، وجود الدولة كطرف في العقد، أن يحل محله معيار دبلوماسيا، وهو أن يقع على عاتق الدولة أن تحدد ما إذا كانت تعاقدت كشخص من أشخاص القانون الدولي العام أم من أشخاص القانون الخاص؟، ومثل ذلك الحل يتميز باحترامه لسيادة الدولة مع إلزامه إياها بكشف نواياها فيما يتعلق بالالتزامات التي ترتبط بها، ويتميز هذا المعيار بأنه يخلق حدا أدنى من الأمان القانوني في مجال يسود فيه قدر من عدم الاستقرار والتحكم.

و إذا كان من غير الممكن افتواض قبول الدولة إخضاع العقد المبرم بواسطتها لقانون دولة أخرى أو للمبادئ العامة للقانون الدولي العام، فإنه من غير المعقول أيضا افتراض قبول الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إخضاع العقد المبرم بينهما لقانون هذه الدولة، لاسيما وأن قبول الطرف الأجنبي الخضوع لسلطان هذا القانون يعرضه لمخاطر السيادة والإجراءات الانفرادية التي يمكن أن تقوم بها هذه الدول انطلاقا من مبدأ سيادتها على اتخاذ كافة الإجراءات التي تراها محققة لمصلحتها القومية، وإذا كان قانون الدولة المتعاقدة غالبا ما يعتبر في الواقع العملي هو القانون واجب التطبيق، فإن ذلك وإنما يرجع إلى طبيعة العقد ذاته لا يرجع إلى وجود قرينة على تطبيق قانون هذه الدولة نظراً لصفتها كدولة، والذي يتركز تنفيذه أو على الأقل الجانب الأعظم منه على إقليم هذه الدولة .فقانون الدولة المتعاقدة يكون واجب التطبيق في مثل هذه الحالات باعتباره قانون محل التنفيذ .وقد رفض البعض التسليم بوجود مثل هذه القرينة، ووصفوها بأنها غير منطقية وذلك أن الدولة عند إبوامها لهذه العقود تتعاقد ليس بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي، ولكن باعتبارها شخص عادي، فهي وقت إبرامها لهذه العقود تكون على قدم المساواة مع الطرف الأجنبي الخاص، ولما كانت الدولة هنا تتعامل انطلاقا من مبدأ المساواة فـلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها التشريعية أو القضائية، بوصفها شخص دولي عام ذو سيادة، والتي تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها،إذ أن ذلك يعد خرقا لمبدأ المساواة المتوقع وجوده بين الأطراف في العقد المبرم بينهم[1] .

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 620.

الفرع الثاني: تدخل الإعتبارات السياسية في خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة

تعد ظاهرة توطين عقود الدولة بإخضاعها للسلطان المطلق والكامل للقانون الوطني للدولة المتعاقدة سواء من حيث الاختصاص القضائي أو التشريعي، ظاهرة تفسرها الحلول المستقرة في الفقه التقليدي للقانون الدولي وهي حلول تم تكريسها صراحة في كل من القضاء الوطني والدولي وأيضا كرسها فقه القانون العام الذي يرتكز على أن للدولة حق مطلق في ممارسة سيادتها على إقليمها، قد يحد منه نظرا لحاجة المعاملات الدولية وانطلاقا من فكرة المجاملة، أو أن تطبق قانون أجنبي أو تعترف بالاختصاص لمحكمة أجنبية طبقا لقواعد الإسناد التي تقوم هذه الدولة بتحديدها وفقا لما تراه ملائما لها ومحققا لمصالحها [1].

وتعد دول أمريكا اللاتينية هي منبع النظريات التي دافعت عن الخضوع الكامل لعقود الدولة إلى النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة، إذ رفضت هذه الدول خضوع المتعاقدين الأجانب المتعاملين معها للقانون الدولي، وهذا الرفض يفسره إرادة هذه الدول في الحد من استغلال الشركات الكبرى والتي تحت مظلة الحماية الدبلوماسية كانت لا تتردد في التدخل في الشؤون الداخلية لهذه الدول .ولقد لاقت هذه الأفكار نجاحا على الصعيد القانوني، من خلال تبني نصوص دستورية لا تقتصر على إسناد العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية على نحو كامل وقاصر على القانون الوطني، ولكن أيضا وكقاعدة عامة تقضي بخضوع الأجانب إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، فإن دول أمريكا اللاتينية وعلى مستوى العلاقات فيما بينها وبين المستثمرين إعمالا لهذه التقاليد الذين ينتمون بجنسياتهم إلى دول أجنبية، قامت بإعمال شرط كالفو "Clause Calvo".

الفرع الثالث: إخضاع عقد الإستثمار الدولي لقانون الدولة المضيفة بناءاً على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة

يؤسس البعض لحق الدولة المضيفة بتنظيم عقود الاستثمار التي تبرمها مع الشركات الأجنبية الخاصة على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص140.

مواردها الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول. فهذه القرارات بوصفها تؤكد القانون الدولي العرفي، وتعكس المبادىء المهمة السائدة في المجتمع الدولي، فإنه بالإمكان تقديمها كبرهان عند عدم وجود البرهان أمام هيئات التحكيم.

وكان مبدأ السيادة الدائمة للدولة على مواردها الطبيعية قد ظهر لأول مرة في أوائل الخمسينيات من القرن العشرين من خلال قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة[1].

إن مبدأ السيادة التامة للدول على مواردها الطبيعية هو أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام بصفة عامة والقانون الاقتصادي الدولي بصفة خاصة. وإعطائه شكل الاتفاقيات الاقتصادية، أمرا بالغ الأهمية ولقد كان الاعتراف القانوني بهذا المبدأ بالنسبة للدول الراغبة في النمو والتي تمتلك احتياطي كبير من الموارد الطبيعية، ولقد انعكس هذا على القرارات الدولية وبخاصة قرارات الجمعية العامة.

من قرارات الجمعية العامة ال ذي يؤيد هذا الاتجاه القرار رقم 1803 الصادر في 1962/12/13 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، حيث نص [2] على أن استغلال وتنمية هذه الموارد والتصرف فيها وكذلك استيراد رأس المال الأجنبي اللازم لهذه الأغراض يجب أن يتم طبقا للقواعد والشروط التي تعتبرها الشعوب والأمم ضرورية، أو مرغوبا فيها للسماح بتلك النشاطات أو تقييدها أو حظرها .كما نص في المادة الرابعة على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية مع م راعاة أن يكون ذلك على أساس من المنفعة العامة أو المصلحة الوطنية المسلم بأولويتها على المصلحة الفردية، على أن يدفع للمالك التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها وفقا لقواعد القانون الدولي .

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الأستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 219.

[2] **المادة 02 من القرار 1803**، الصادر عن الجمعية العامة، بتاريخ 14-12-1962، الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية.

أيضا أكد القرار رقم 3171 للجمعية العامة[1]، على حق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية، وهذا المبدأ يتضمن استحالة أن تتنازل الدولة عن حقها في التأميم مقدما، إذ تؤكد الجمعية العامة لألمم المتحدة على إعمال مبدأ التأميم بواسطة الدولة على اعتبار أنه تعبير عن سيادتها من أجل المحافظة على ثرواتها الطبيعية، يتضمن أن لكل دولة الحق في أن تحدد قيمة التعويض ووسائل الوفاء به، ويتم الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني .

كما أكد القرار رقم 3201 الصادر في 1974/05/01 والمتعلق بإنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد في مادته الرابعة، إلى حق كل دولة في السيادة الكاملة والدائمة على مواردها الطبيعية وكل الأنشطة الاقتصادية فيها، ولحماية هذه الموارد يكون لكل دولة الحق في ممارسة رقابة فعالة عليها وعلى استغلالها بالوسائل الأكثر ملائمة بالنسبة لها بما في ذلك الحق في التأميم أو نقل الملكية لمواطنيها، ويعد هذا الحق تعبيرا عن السيادة الكاملة والدائمة، و لا يجوز أن تخضع أي دولة في ممارسته آلية ضغوط سياسية أو اقتصادية تحول دون ممارستها هذا الحق .

ثم أكد قرار الجمعية العامة لألمم المتحدة رقم 3281 الصادر في 1974/12/12 والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول من خلال المادة 02 منه على " أن لكل دولة الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ولكن يتعين عليها في هذه الحالة أن تقوم بدفع تعويض ملائم طبقا للقوانين واللوائح النافذة فيها وفي كل حالة يثور فيها النزاع بشأن مسألة التعويض يجب أن يحسم النزاع بموجب القانون الوطني للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول ومبدأ حرية اختيار الوسائل".

بالرغم من أهمية القواعد التي كرسها ميثاق الأمم المتحدة والتي من شأنها السعي وراء إقامة نظام اقتصادي دولي جديد يهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للبلدان النامية[2]، إلاّ أنه قد اختلف

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 143.

[2] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص 65.

الفقهاء ومواقفهم بشأن تقدير القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة فوفقاً لقواعد التقليدية للقانون الدولي العام فإن هذه القرارات هي مجرد اجتهادات فقهية، لا تتمتع بأي قوة ملزمة فهي مجرد توصيات لا يترتب عنها أي التزام قانوني ولا يوجد في ميثاق الأمم المتحدة ما يفيد صراحة بإلزامية التوصيات التي تصدرها الجمعية العامة، كما أن هذه القرارات ليست ضمن مصادر القانون الدولي التي حددتها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، بالإضافة إلى ذلك فإن التصويت على هذه القرارات داخل الجمعية تحكمه اعتبارات سياسية وليست قانونية[1].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تتضمن التزامات ذات طابع قانوني، إلاّ أن جوهر المشكلة لا يكمن في الطابع الإلزامي أو الإجباري لهذه القرارات، بل يكمن في وضع هذه القرارات موضع التنفيذ، فالقاعدة التي لا يتم تنفيذها لا تعتبر قاعدة قانونية، ومن المقرر أن القانون الدولي المعاصر لا يلزم الدول بتنفيذ القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، بل يلزمه فقط بتنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن[2] .

بينما أثيرت مسألة القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أمام محاكم التحكيم، ففي قضية Liamco ،أبرز المحكم أن القرارات ذات الطابع الاقتصادي الصادرة عن الأمم المتحدة و إن لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون فإنها تعتبر الدليل على إتجاه جديد يحظى بالأغلبية و يتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية، إلا أن هذا الحق يمارس في حدود احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض[3].

وفي السياق ذاته هناك من اعتبر أن إ جراءات التأميم التي تتخذها الدول، تشكل إساءة في استعمال سلطة السيادة التي تتمتع بها الدولة وهذا في المنازعة القائمة بين الحكومة الليبية وإحدى الشركات الأجنبية تحت تسمية .P.B .

---

[1] **سيراج حسين أبو زيد**، المرجع السابق، ص 613.

[2] **عدلي محمد عبد الكريم**، المرجع السابق، ص298.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، المرجع السابق، ص449.

كما نجد كذلك قضية أخرى بين الحكومة الليبية وشركتي Topco و CalasiaticK والتي تعتبر من أهم القضايا في التحكيم التي أثيرت فيها مشكلة القيمة القانونية لقرارات الأمم المتحدة، ففي هذه المنازعة تمسكت الحكومة الليبية في المذكرة التي وجهتها إلى رئيس محكمة العدل الدولية بالقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة لاسيما القرارات رقم: 1803 ، 3271 ، 3201 ،و 3281 بشأن سيادتها على الموارد الطبيعية، وقد توصل المحكم دوبي من خلال بحث شروط التصويت عليها والظروف المحيطة بها ، وقام بتصنيف القرارات المعنية على نحو يجعلها تقع في منطقة وسطى، فهي مجرد توصيات لا تتمتع بأي قيمة قانونية على الإطلاق، ولكنها أيضا لا تتمتع بقوة ملزمة على اعتبار أنها قاعدة عرفية جديدة حلت محل قاعدة عرفية سابقة[1].

الفرع الرابع: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناءا على إعمال نظرية التركيز

إن أساس خضوع العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة هو أن هذا القانون هو القانون الذي ترتبط به عقود الدولة ارتباطا وثيقا على نحو يتعين معه إعمال قواعد هذا القانون .فعادة ما يتم إبرام هذه العقود في إقليم الدولة المتعاقدة ويتم تنفيذها في هذا الإقليم كما أنها علاوة على ذلك ترتبط بالمصالح الأساسية للدولة، ومن هنا فإن المحكم من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود يقوم بتحليل جميع العناصر القانونية والواقعية من أجل تحديد القانون الذي ترتبط به هذه العقود، على نحو قاطع كأن المحكم يقوم بعملية تركيز للعملية التعاقدية بين الدولة والطرف المتعاقد معها في القانون المناسب الذي يتعين إعماله على هذه العقود، ويقوده هذا البحث في غالبية الفروض إلى قانون الدولة المتعاقدة[2].

أخذ المشرع الجزائري بهذا الإتجاه تحقيقاً لحماية الدولة و تقييد مبدأ سلطان إرادة المستثمر الأجنبي، و تحقيق المساعي التي بموجبها تبرم الدولة الجزائرية هذا النوع من العقود الدولية، و

[1] **حفيظة السيد الحداد**، المرجع السابق، ص453.

[2] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 144.

كذلك تبني ما جاءت به الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر، سواء متعددة الأطراف أو ثنائية في مجال الإستثمار، و التي نصت صراحة على أن القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار في حالة نشوء منازعة بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي، هو قانون الدولة الواقع فيها النشاط، و هذا كمبدأ حمائي بالنسبة إلى كل الدول.[1]

المطلب الثاني: خضوع العقد الدولي للقانون الدولي [2].

من بين المقترحات الممنوحة لطرفي عقد الإستثمار الدولي، هو إخضاع العقود المبرمة من الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع الأطراف الأجنبية المتعاقدة معها للقانون الدولي العام، لا سيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية، إلا أن الأسس التي يستندون إليها تختلف من فقيه إلى آخر، وعلى الرغم من هذا الاختلاف، فهناك هدف واحد يجمعهم، وهو تدويل عقود الدولة من أجل اقناعها من السيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدول المتعاقدة، لما يمثله هذا الخضوع لذلك القانون من مخاطر جسيمة للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة.

وقد تباينت الآراء حول مشروعية إختيار الأطراف لهذه القواعد لتحكم عقدهم الإستثماري، فمنهم من يرى عدم جواز تطبيق قواعد القانون الدولي العام على هذا العقد، لأن طرفاً منه ليس من الأشخاص الدولية(المستثمر الأجنبي) و لا مجال للأفراد في هذا القانون، بينما يرى جانب آخر من الفقه، بأن هذا الإختيار مباح مادامت إرادة الأطراف تطبق هذه القواعد، لأنها قائمة على إتفاق أو شرط تعاقدي[3].

فخضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، يمكن الدول من تعديل العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي أو إنهائه بإراداتها المنفردة، وهو ما يؤدي إلى الإخلال بحقوق الطرف

---

[1] **بوخالفة عبد الكريم** ، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات، المركز الجامعي إيليزي، العدد 3، جانفي 2019، ص85.

[2] يقصد بقواعد القانون الدولي تلك القواعد العرفية و المعاهدات المتصلة بالتجارة الدولية و الإتفاقيات الخاصة، بحماية وتشجيع الإستثمارات الأجنبية .للمزيد من المعلومات أنظر: **جمال محمود الكردي** ، القانون(عقود بيع الأسلحة في النطاق الدولي)، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 11.

[3] **مكاوي أمال**، المرجع السابق، ص291.

الأجنبي الناجمة عن العقد، ودرء هذا الخطر لا يكون بتقييد سلطات الدولة عن طريق تبني شروط الثبات التشريعي، التي تهدف إلى تقييد إرادة الدولة أو الحد منها، والتي قد تفشل في تحقيق الغرض منها، إنما بخضوع هذه العقود للقانون الدولي[1].

– 1العقد الإداري الفرنسي يقضي بتمتع الدولة بالحق في تعديل بل وإنهاء عقود التنمية الاقتصادية التي تنفذ على إقليمها بإ رادتها المنفردة وال يقتصر إعمال هذا الاتجاه على الدول الراغبة في النمو، بل يمكن ألي دولة أن تقوم بتعديل العقد أو تغييره، ولكن يظل هذا الحق مقيدا بفكرة المصلحة العامة والحفاظ على المصالح الاقتصادية للطرف المتعاقد معها.

– 2مثل حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وحقها في إشراف والرقابة أثناء تنفيذ العقد، وحقها في تعديل شروط العقد أو إنهائه دون الرجوع للطرف الآخر، أو أن يقوم الطرف المتعاقد مع الشخص العام بإدارة وتسيير مرفق عام، ويتخذ اتصال العقد بالمرفق العام صورا متعددة، فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق أو إدارته أو استغلاله أو المساهمة فيه، عمال هذا الأخير أو يضمن للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة حماية أكيدة وفعالة، فمن ناحية يؤدي تدويل العقد إلى منح الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة إمكانية التمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهة الدولة المتعاقدة مباشرة، وما يترتب على ذلك من حقوق تترتب له في مواجهتها .فاعتبار العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها بمثابة معاهدة تسمح بمساءلة الدولة ، على الالتزامات التعاقدية التي تعهدت بها، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة قيام الدولة بتعديل العقد أو يؤدي التدويل إلى إمكانية مساءلة الدولة المتعاقدة معه دوليا .فخضوع عقود الدولة إلى القانون الدولي، يعد وسيلة لمقاومة الطابع الخاص الذي يطبقه القضاء على تلك العقود.

وينقسم فكر التدويل إلى عدة اتجاهات: الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص، الاتجاه القائل بخضوع عقود الدولة للقانون الدولي العام بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة و دون حاجة إلى إعمال منهج التنازع، الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام باعتباره معاهدة دولية، الاتجاه القائل بتدويل العقد تحت مظلة المعاهدات

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص558 و ما بعدها.

الحمائية، ثم الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد .وسوف نخصص لدراسة كل اتجاه فرع مستقل كالتالي:

الفرع الأول: إخضاع العقد للقانون الدولي العام استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص.

أولاً: رأي الفقيه مان :Mann يعتبر الفقيه مان من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة المقرر في القانون الدولي الخاص، لأن هذا القانون هو الأنسب للعقد، وقد بدأ MANN في تدعيم وجهة نظره بالقول، بأن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية وخاصة الدول، تخضع بدون شك من حيث المبدأ للقانون الدولي العام، ولكن على الرغم من أن الأشخاص الدولية تتعاقد عادة في نطاق القانون الدولي العام، إلا أنه لا توجد قاعدة قانونية تحظر عليهم إخضاع معام لاتهم لنظام قانوني وطني من اختيارهم [1].إذا كانت العقود المبرمة بين شخص دولي من ناحية وشخص طبيعي أو اعتباري تابع لنظام قانوني وطني من ناحية أخرى، تكون محكومة كقاعدة بواسطة نظام قانوني داخلي مختار بواسطة الأطراف، فإنه من الممكن بالنسبة لهذه العقود التي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الدولي العام أن تخضع للقانون الدولي العام استنادا إلى إ رادة هؤلاء الأطراف .وإخضاعها للقانون الدولي العام على أساس ولقد أسس Mann أريه في تدويل هذا النوع من العقود نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص، حيث أنه يرى أن مسألة ما إذا كان من الجائز في ظل أية ظروف للشخص الدولي والشخص الخاص إخضاع عقدهما للقانون الدولي العام أمر يتعلق بنظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص أكثر من تعلقه بالقانون الدولي العام ذاته .ذا كانت هناك قيود تحد من حرية الأطراف في الاختيار – وتناولها العديد من الفقهاء –، إلا أن أيا منهم لم يستبعد حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي العام، و خاصة عندما يكون العقد مبرما مع أحد أشخاص القانون الدولي، وعندما تقضي طبيعة الأشياء بأن تكون هناك عالقة وثيقة بالقانون الدولي العام .ويرى Mann أنه لا يجب النظر إلى مسألة اختيار القانون الدولي العام ليحكم العقد من خلال الواقع المتمثل في أن هذا القانون عادة ما ينظم العالقات بين

[1] **Mann,F.A**, "The proper Law OF Contracts Concluded by International Persons", British Year Book of International Law, 1959, p 35.

الأشخاص الدولية .وقد سعى Mann إلى تبرير وجهة نظره، بأن إمكانية تدويل العقود تكمن في متطلبات العالقات الدولية، حيث أن هناك بعض الحالات لا تجد حال عمليا لها في اختيار نظام قانوني أخر غير النظام القانوني الدولي، وخصوصا أن الدول عادة ما تكون غير مؤهلة للخضوع لنظام قانوني أجنبي، بينما الأشخاص الخاصة إما أن يكونوا رافضيين الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة أو يكونوا راغبين في ذلك، وفي مثل هذه الظروف فإن الإشارة إلى القانون الدولي تعد الوسيلة الفعالة لمواجهة هذه الظروف الواقعية التي توقف بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم [1].ولما كان للأطراف السلطة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد إعمالا لمبدأ الإرادة، فإنه بإمكان الأطراف توجيه هذا الاختيار نحو القانون الدولي العام واختياره كنظام قانوني حاكم للعقد .ذا كان من المؤكد أيضا أن القانون الدولي العام يختص بتنظيم العالقات فيما بين الدول ، لأنه ليس هناك ما يمنع اختيار ذلك النظام القانوني الدولي إذا ما انصرفت إليه إرادة الأطراف، وذلك على الرغم من كون أحد الأطراف المتعاقدة ليس شخصا من أشخاص ذلك النظام القانوني الدولي ثانيا: نقد الآراء التي ندى بها.

ثانياً: نقد الرأي تعرضت الآراء التي نادى بها Mann للعديد من الانتقادات.

1- إن تطبيق القانون الدولي على هذا النوع من العقود بناءا على نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص أمر يصعب الموافقة عليه، ذلك أن قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدول المختلفة، تهدف إلى حسم التنازع بين القوانين الوطنية التي تتزاحم فيما بينها لحكم العالقة التعاقدية، فهذه القواعد تفترض أنه أيا كان القانون واجب التطبيق فإنه لن يخرج عن كونه أحد القوانين الوطنية، كما أنه من غير المعقول أن يدخل القانون الدولي العام في تنازع مع القوانين الوطنية نظرا لسموه على هذه القوانين.

2- إن القانون الدولي العام، لا يمكنه أن يكون القانون المناسب لحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، حيث أن قواعد هذا القانون لا تسري إلا على العالقات التي تتم بين أشخاصه، فكل قاعدة قانونية في نظام قانوني معين تميز المخاطبين بها، سواء بطريق

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 231.

مباشر أو بطريق غير مباشر، ولذلك فإن هناك اتصالا وثيقا وضروريا بين جوهر القاعدة القانونية، الحق والواجب، والسلطة والأعباء الناتجة عنها، وأشخاص النظام القانوني الذي توجد فيه القاعدة .فالقواعد القانونية يتم صياغتها تبعا لطبيعة ونوعية واحتياجات وسلوك أشخاص النظام القانوني الذي تعد القواعد ذاتها جزء منه، كما أن هدف كل نظام قانوني هو تنظيم حالة وعالقات الكيانات الاجتماعية التي وجد من أجلها.

3- إن القول بأن بمقدور الأطراف اختيار القانون الدولي العام كقانون حاكم للعقد، معناه أنه بمقدور الأشخاص الخاصة أن يعترفوا ألنفسهم بالشخصية الدولية، وهو أمر لا يمكن قبوله، وذلك ألن القانون الدولي العام ذاته هو الذي يتولى تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه[1].

الفرع الثاني: إخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام (تدويل العقد)

يدعو هذا الإتجاه إلى إخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام ، بناءا على إرادة الأطراف المتعاقدة ودون حاجة إلى إعمال منهج التنازع ، حماية عن مصالح الدول الغربية و الشركات المتعددة الجنسيات[2]، خاصة إذا تخلف الإختيار الصريح للأطراف المتعاقدة، و تماشيا مع حرية الأطراف و مبدأ سلطان الإرادة للأطراف المتعاقدة الذي لا يقف عند مجرد الإختيار بين النظم القانونية الوطنية، بل تتعداها إلى إمكانية إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الإقتصادي أو القانون الدولي للعقود[3].

أولاً: مضمون الاتجاه

إعتبر أصحاب الإتجاه أن تدويل العقد هو وليد التعبير عن الإرادة المتطابقة للأطراف المستند إلى قاعدة تنازع القوانين الخاصة بالعقود الدولية ، و يقود إلى تقدير غير صحيح للدور الذي تقوم به الدولة في هذا الاتفاق، ويغفل أيضا طبيعة القانون الدولي، فإذا كانت إرادة الدولة

[1] **Mann,F.A** ,O OPP CIT, P47.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 230.

[3] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص240.

والطرف المتعاقد معها قادرة على إخضاع العقد المبرم بينهما إلى القانون الدولي، فإن هذا لا يعني أن مبدأ سلطان الإرادة يؤدي وظيفته المعتادة في الإسناد، فالقانون الدولي لا يمكن أن يكون محال لتنازع القوانين، نظرا لسموه على سائر الأنظمة القانونية[1]، بمعنى أن العقد يسند إليه بوصفه قانونا مختارا من قبل الأطراف، فإرادة الدولة والطرف المتعاقد معها في خضوع العقد المبرم بينهما للقانون الدولي لا تستمد من قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية .والرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص، لا يعد حال حتميا أو مفروضا بالضرورة، إلا أنه إذا كان من قبيل الأهمية، وهذا للطابع الخاص للع لاقة بين الدولة و الطرف المتعاقد معها تحديد القانون الوطني الذي يحكم هذه العلاقة، فإنه لا بد من معرفة أن للدولة حرية في اختيار القانون الدولي أو القانون الوطني، إذ أنه لا يوجد قانون داخلي يفرض عليها، فهي دائما وبإ رادتها الخالصة، تخضع لأي منهما، وذلك دون أدنى تدخل من قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود، فالدولة يمكن أن تلتزم تبعا للقانون الدولي أو للقانون الداخلي مع شخص خاص أجنبي، رغم عدم إمكانية التزام هذا الأخير تبعا لأحكام القانون الدولي العام، لأن القانون الدولي لا ينظم إلا العلاقات الناشئة بين أشخاصه، وذلك دون حاجة إلى الاستناد إلى قواعد الإسناد في إطار النظرية العامة للعقود لتحديد القانون واجب التطبيق عليها ، وإذا كان القانون الدولي يمكن إعماله على العقد المبرم بين الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها وطرف خاص أجنبي، فإن هذا التطبيق لا يستند إلى ضابط الإرادة المعبر عنه في إطار قاعدة تنازع القوانين الخاصة بالعقود، والتي تعين هذا القانون بوصفه قانون العقد، إذ أنه من المستحيل أن يكون القانون الدولي داخلا في تنازع تبعا للمفهوم المعروف لهذه الفكرة في تنازع القوانين مع قانون وطني، فإرادة الدولة في أن تلتزم في ع لاقة مع طرف خاص أجنبي وفقا لأحكام القانون الدولي هي الأساس الحقيقي لتدويل العقد، و ليس المقصود الإرادة المنفردة للدولة، بل من الإرادة المتطابقة لكل من الدولة والطرف المتعاقد معها، سواء اتخذ ذلك صورة إيجاب صادر من الطرف الأجنبي صادفه قبول الدولة، أو سواء اتخذ ذلك صورة اقتراح من الدولة قبله الطرف الأجنبي، بمعنى أن إرادة الدولة هي وحدها الصالحة لإدراج العقد في القانون الدولي، كما أن هناك عدد من العناصر

[1] للمزيد من المعلومات أنظر: **بشار محمد الأسعد** ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 132 وما بعدها.

الموضوعية التي تفيد في تحديد نوع العقود القابلة للتدويل تتصل بالصفة المركبة للعقود إلى جانب صفة الدولة ذاتها، ولذا فإنه بجانب وجود الدولة، فإن الشرط الموضوعي الوحيد الواجب توفره من أجل أن يرتب التدويل أثره، هو العهدة بالمنازعة المحتملة النشوء بين الدولة والطرف المتعاقد معها إلى التحكيم الدولي، ويترتب على ذلك أن منح الاختصاص للمحاكم الوطنية سواء كانت محاكم الدولة الطرف أو محاكم دولة أخرى يحول دون تدويل العقد، إلا أنه لا يفهم من ذلك أن مجرد وجود شرط التحكيم يعد عاملا كافيا على أن إرادة الأطراف انصرفت إلى تدويل العقد[1].

والأثر العام لتطبيق القانون الدولي على العقد المبرم بين الدولة وشخص أجنبي خاص، هو السماح لطرفي العقد اللذين يقفان على قدم المساواة بأن يتمسك كل منهما في مواجهة الآخر بقواعد القانون الدولي، ومن هنا فإن إرادة الدولة في التدويل أمر ضروري و لا غنى عنه، كما أن تدويل العقد يسمح للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة، التمسك في مواجهتها مباشرة بقواعد القانون الدولي والتي تقرر حقوقا لصالحه .فهذا الأثر المباشر للقانون الدولي، والذي بواسطته يكون الطرف الخاص في علاقة مباشرة مع هذا القانون، هي النتيجة المترتبة على التدويل، والتدويل يؤدي إلى أن هذه العقود يكون لها قاضيها وقواعدها الخاصة بها، فالقانون الدولي يتصل على نحو مباشر عن طريق قواعده بكل من طرفي العقد، بمعنى أنه، وهذه وظيفته كنظام قانوني، يوجه مسلك الأطراف ويحدد نطاق حقوق الأطراف وواجباتهم، وفي حالة نشأة منازعة لا يمكن حلها عن طريق المفاوضات، فإن المحكم الدولي يكون هو القاضي الدولي للعقد وهو أفضل من القاضي الوطني، ويمكنه أن يطبق القانون الدولي مباشرة.

إذن، على الرغم من الاختلاف الجوهري في المنهج الذي يؤدي إلى خضوع عقود الدولة للقانون الدولي استنادا إلى إعمال منهج تنازع القوانين، بمعنى أن القانون الدولي تم اختياره بناء على قانون الإرادة الذي يجد أساسه القانوني في قاعدة إسناد تبيح هذا الاختيار، أو في المنهج الذي يؤسس هذا الإعمال على إرادة الأطراف المتعاقدة التي لا تستند إلى قاعدة إسناد تهدف إلى حل التنازع بين القوانين.

[1] للمزيد من المعلومات راجع: **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 559 و ما بعدها.

إذ أن القانون الدولي لا يمكن أن يدخل في تنازع مع أي قانون وطني أيا ما كان، فإن الذي يعني في هذا المقام هو أن خضوع عقود الدولة للقانون الدولي العام مبعثه إ رادة الأطراف أيا ما كان المنهج الذي تستند إليه هذه الإرادة، وهذه الإرادة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية تستنبط من وجود شروط أخرى في العقد يمكن تفسيرها على أنها تشير إلى تطبيق القانون الدولي، وتستبعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة المستضيفة للإستثمار.

ثانياً: نقد الاتجاه

تعرض هذا الرأي للانتقاد، نظرا لافتقاد الأساس القانوني الذي تستند عليه إرادة الأطراف الاختيار القانون الدولي كقانون حاكم للعقد، حيث يرى البعض أن إ رادة الأطراف، حتى إذا كانت من بينها إرادة شخص من أشخاص القانون الدولي، لا تملك أن تقرر أن الاتفاق المبرم بين الدولة والأطراف الخاصة الأجنبية يجد أساسه ومصدره في هذا القانون .فالقانون الدولي هو وحده القادر على تحديد إذا كان عليه أن يأخذ بعين الاعتبار هذا التصرف ويضمن فاعليته القانونية ويضفي عليه القوة الملزمة، فالأمر لا يتعلق بمحض إرادة الأطراف في جلب الاختصاص التشريعي للقانون الدولي، إذ أنه من غير المعقول أن ينعقد الاختصاص لمحكمة العدل الدولية استنادا إلى أن بعض الأطراف إرتأت أن تضفي على نفسها صفة أشخاص القانون الدولي العام[1].

الفرع الثالث: إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره معاهدة دولية.

أولاً: مضمون الاتجاه

يرى بعض الفقهاء، أن العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية الخاصة عبارة عن اتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام الإتفاقي وذلك لتمتعها بالخصائص التالية

1-إن هذه العقود عادة ما تتخذ شكل المعاهدات الدولية، حيث يتم إبرامها وفقا للأشكال والإجراءات التي تبرم وفقا لها المعاهدات الدولية

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 562.

2-إن هذه العقود تتضمن شروطا، تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة في اختصاصها السيادي، أو الإجراءات التشريعية التي من شأنها تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد

3-تنص هذه العقود على خضوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها لمحكمة دولية

4-إن هذه العقود تتضمن إرادة حقيقية لألط ارف سواء كانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون واجب التطبيق، أو ضمنية في إخ راج الاتفاق من اختصاص القانون الوطني للدولة المتعاقدة .ويرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي الخاص يندرج بالضرورة ضمن اتفاقات القانون الدولي العام، بل فقط الاتفاقات التي تبرم في مستوى مرتفع، وذلك بمعنى أن الاتفاقات المبرمة بين الدولة والمتعاقد الأجنبي الخاص والمتعلقة بالأنشطة الاقتصادية لا ترقي إلى مستوى القانون الدولي العام إذا كان الطرف الأجنبي الخاص الذي يتعاقد مع الدولة في مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على مزايا لا تقبل أي سلطة وطنية أن تلتزم بها تجاه الشخص الأجنبي العادي، ولذلك لو كان الطرف الأجنبي الخاص فردا عاديا، فإن أي دولة متقدمة أو راغبة في النمو لن تكون في حاجة ألن تتعاقد على هذا المستوى المرتفع وتنص على الشروط غير المعتادة، فهذا المستوى المرتفع لا يمكن بلوغه إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركات تحوز قدرات وإمكانيات مالية هائلة ، وهذا الوضع لا يتسنى إلا للشركات متعددة الجنسياتMultinationales .

ثانياً: نقد الاتجاه

تعرض الرأي القائل باعتبار العقد معاهدة دولية للعديد من الانتقادات.

1- إن المعيار المقترح للتفرقة بين العقود ذات المستوى الرفيع والتي تخضع للقانون الدولي العام، والعقود ذات المستوى الأقل والتي تظل محكومة بالقانون الداخلي معيار يقوم على التقدير الشخصي الخالص، وال يمكن الاعتماد عليه في تحديد الطبيعة القانونية لأية عالقة قانونية .فهذا المعيار يعطي القوة الاقتصادية للشركة دورا حاسما إلى حد التأثير أو التحكم في الطبيعة القانونية

للعقد، وهذا في حين أن التكيف القانوني لعالقة قانونية معينة يجب أن يتأسس على معايير موضوعية بعيدة عن الضعف والقوة الاقتصادية للأشخاص أطراف العالقة.

2- إن القول بوجود تدرج بين طائفة العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية ينبع من رؤية غير دقيقة للواقع، فإذا كان من المعلوم أن كل العقود ال تساهم بنفس القدر في التنمية الاقتصادية أو الصناعية للدولة، إلا أن ذلك لا يعد مبررا كافيا للقول بأن البعض من هذه العقود يخضع للقانون الدولي العام، في حين أن البعض الأخر يظل بالضرورة بعيدا عنه بسبب ضعف أثره على اقتصاد الدولة المضيفة.

3- إن الخصائص المختلفة التي تتمتع بها هذه العقود والتي قال بها أصحاب هذا الرأي ليست كافية وحدها لإضفاء طابع المعاهدات الدولية على العقود، فاصط لاح المعاهدة لا ينصرف إلا إلى الاتفاقات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي، وقد عرفت اتفاقية فيينا في المادة الثانية منها المعاهدة بأنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي، ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي ولو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي، ذلك أن شكل التصرف ليس باتا في هذا الشأن.

4- إن الدولة لا تتصرف هنا باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي، أشخاص القانون الداخلي، فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة، فهي تعد أحد أشخاص القانون الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد، ولذلك يتعين التفرقة بين التصرفات التي تأتيها الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي ، وبين تلك التي تأتيها بوصفها شخصا من أشخاص القانون الداخلي[1].

5- إن اللجوء إلى التحكيم ذي الطابع الدولي، ليس من شأنه تدويل العقد بمعنى إخضاعه للقانون الدولي العام، فال يجب النظر إلى العقد على أنه عقد مدول لمجرد أنه يتضمن شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، إلا إذا اعتبرنا أن محاكم التحكيم المنشأة بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد محاكم دولية حقيقية، وهذا الأمر يعد أمر غير مقبول على المستوى الدولي

[1] **بلحسن هواري**، المرجع السابق، ص 125.

الخاصة الأجنبية تستمد قوتها الملزمة من القانون الدولي .وبغض النظر عن كون هذه العقود تحكمها مبادئ هذا القانون أم ال، فالعمل يجري بين الدول ، على إتباع سياسة يطلق عليها "الدبلوماسية المالية" وتتعلق بقيام دولتين بإبرام معاهدة دولية فيما بينهما تنص صراحة على أن أجهزة الدولة الموقعة على المعاهدة لها الحق أو تلتزم بإبرام الاتفاقيات مع الأشخاص الخاصة الأجنبية باسم الدولة أو باسم الأشخاص الاعتبارية العامة.

الفرع الرابع: إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد

يذهب جانب من الفقه، إلى القول بخضوع العقود المبرمة بين الدول والأطراف الخاصة الأجنبية والمعروفة بعقود الاستثمار للقانون الدولي، باعتبارها تصرفات قانونية دولية من نوع جديد .إن تدخل القانون الدولي في العالقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، أصبح من الأمور المعتادة حيث أن هناك العديد من المواثيق الدولية التي تشهد على وجود العديد من نقاط الاتصال بين هذه العقود والنظام القانوني الدولي[1].

والمقصود بالتدويل هنا هو الإسناد المباشر للعالقات بين الأطراف إلى القانون الدولي، كما أن التدويل له مدلول مزدوج ألن نتائجه تقع في آن واحد على صعيد العالقات بين الدول وعلى صعيد العالقات بين الأطراف أنفسهم. والتدويل بهذا المفهوم ليس عاما وال مطلقا، فمن ناحية فإن التدويل قاصر على عقود الاستثمار،ولا يمتد إلى كل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ومن ناحية ثانية فإن التدويل لا يشمل كل الروابط الناشئة عن العقد، فتطبيق القانون الدولي لا يمكن إلا أن يكون جزئيا وأن بعض الروابط التعاقدية الناشئة عن العقد تظل خاضعة في جميع الأحوال للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، فهذا القانون الوطني هو الذي يحدد صحة العقد وينظم المسؤولية تجاه الغير، ومن ناحية ثالثة فإنه يجب التشديد على أن التدويل لا يعني أن العقد قد أصبح مساويا للمعاهدة الدولية، كما لا يعني أن قواعد القانون الدولي التي تطبق فيما بين الدول يتم تطبيقها دون قيد أو شرط على هذه العقود، وبالتالي فإن العقد المدول لا يمكن اعتباره بمثابة معاهدة دولية، بل هو تصرف دولي من نوع جديد، والقانون الدولي الذي يطبق على العقد قد لا

[1] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص638.

يكون بالتحديد هو نفس القانون الذي يحكم العالقات فيما بين الدول، فهذه العقود تخضع لفرع جديد من فروع القانون الدولي وهو القانون الدولي للعقود .ثانيا: نقد الاتجاه .وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد أيضا، حيث أن القول بأن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة تعد تصرفات قانونية دولية من نوع جديد لا يتفق مع القانون الدولي في الوضع الراهن، حيث أنه من المعلوم أن الأعمال القانونية الدولية تنقسم إلى نوعين ، تصرفات قانونية تصدر من جانب واحد وهي التي تعد تعبيرا عن إرادة شخص قانوني دولي واحد ، وتصرفات قانونية تصدر من جانب شخص واحد أو أشخاص متعددة، وهي التصرفات التي تتم باتفاق إرادة هؤلاء الأشخاص ويطلق على هذه التصرفات مسميات مختلفة كالمعاهدة والميثاق والاتفاق،أما قرارات الجمعية العامة لألمم المتحدة المتعلقة بالسيادة الدائمة على الثورات الطبيعية، والتي أكدت على أنه يجب تنفيذ الاتفاقات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية بواسطة الدول ذات السيادة أو بين هذه الدول، انطلاقا من مبدأ حسن النية المتعارف عليه دوليا.

كذلك نصت اتفاقية البنك الدولي المبرمة في واشنطن عام 1965 صراحة على تطبيق مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص .والاتفاقية، وترتيبا على ذلك فإنه يمكن القول بأن القانون الدولي لا يعرف سوى نوع واحد من الاتفاق، وهو الذي يتخذ شكل المعاهدة الدولية، ولما كانت العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية لا تعد من قبيل المعاهدات المبرمة بين الدول، فإنها لا تخضع للقانون الدولي، كما يواجه الفقه المنادي بالتدويل، الكثير من العقبات، وتتمثل العقبة الأولى في الطبيعة الخاصة للطرف المتعاقد مع الدولة والذي لا يعد شخصا من أشخاص القانون الدولي، إذ أنه من المتفق عليه أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاصه، ولما كان الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي، فإنه لا يمكن أن يتمسك في مواجهة الدولة الطرف في العقد، والتي تعد شخصا من أشخاص هذا القانون بقواعد القانون الدولي .إن كل اتفاق مبرم بين طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بكل الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخص من أشخاص هذا القانون ومتمتعا بالأهلية التعاقدية الدولية، ولم تضف عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي احتياطي، لا يمكن أن يندمج في النظام القانوني الدولي، من خلال إقرار الأطراف المتعاقدة بأن

الاتفاق المبرم بينهما تسرى عليه قواعد القانون الدولي، وعقد الدولة، إذن، لا يعد اتفاقا دوليا وفقا للمفهوم التقليدي لهذه الفكرة في القانون الدولي بسبب وجود طرف خاص في العقد .

المطلب الثالث: الاتجاه القائل بخضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني لا ينتمي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام

يذهب جانب من الفقه، إلى تأكيد ضرورة خضوع عقود الاستثمار إلى نظام قانوني مستقل عن كل القوانين الوطنية الداخلية سواء كانت قوانين الدول المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة ، فالأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار، أطراف غير متكافئة على نحو يكون معه إخضاعها للقانون الوطني الداخلي مهددا لذاتيتها، فالقوانين الوطنية وضعت أساسا لمواجهة وتنظيم العالقات الناشئة بين أطراف متساوية ولم توضع من الأساس لمواجهة العالقات التي يختل فيها مبدأ المساواة القانونية بين الأطراف فيها .وال يقتصر التعثر في حكم عقود الاستثمار على القوانين الوطنية، بل إن هذا التعثر يعتري أيضا قواعد القانون الدولي العام، فهي تعجز عن إيجاد الحلول الملائمة لهذه النوعية من المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار هذه، وذلك على الرغم مما يدعيه جانب الفقه المدافع عن التدويل، فالقانون الدولي بطبيعته قانون ينظم العالقات القائمة بين أشخاصه، ومن المعروف أن المشروع الأجنبي المتعامل مع الدولة وأيا ما كان المركز الاقتصادي المرتفع الذي يتمتع به على المستوى العالمي، فـلا ينطبق عليه وصف الشخص الدولي حتى يمكن أن تخضع العلاقات بين هذا المشروع الأجنبي وبين الدولة إلى أحكام وقواعد هذا القانون [1] .ولما كانت القوانين الوطنية والقانون الدولي العام يعتريهما النقص عن الفصل في منازعات الاستثمار ذات الطبيعة الخاصة، فال محيص والحال كذلك من البحث عن نظام قانوني أخر يتمتع بطبيعة ملائمة ومناسبة لطبيعة هذه المنازعات، فضال عن كونه مستق لا عن هذه الأنظمة المتقدمة ليحكم عقود الاستثمار وليفصل في المنازعات الناشئة عنها .ولذلك نجد اتجاه أول من الفقه يؤيد فكرة القانون الذاتي للعقد على اعتبار أن العقد هو الذي يخلق قانونه ويحدد أحكامه وقواعده، واتجاه ثاني يذهب إلى أن النظام الذي يحكم عقود الاستثمار هو القانون العابر للدول، واتجاه ثالث يرى أن النظام

[1] **بلحسان هواري**، المرجع السابق، ص 157.

القانوني الذي يحكم عقود الاستثمار يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون الدولي، واتجاه رابع يرى أن القانون التجاري هو الذي يستطيع أن ينظم تلك العقود ويفصل في المنازعات الناشئة عنها، بينما يرى اتجاه أخير بإخضاع تلك العقود إلى ما يسمى بالقانون شبه الدولي .وفيما يلي تتعرض الدراسة لألهم أفكار تلك الاتجاهات وأهم الانتقادات التي وجهت إليها، وفق الخطة التالية:

الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد

يرى جانب من الفقهضرورة تحرير عقود الاستثمار من الخضوع لأي نظام قانوني، اعتماداً على مبدأ الكفاية الذاتية للعقد المبرم بين الطرفين، حيث أنه في مجال الاستثمارات والتجارة الدولية يعد من أحسن السبل للإفلات من قوانين الدول اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعاً، فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصياً بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة.

فالعقد لا يستلزم لوجوده أو خلقه – وعلى العكس من الكثير من النظم القانونية – تدخل أية سلطة خارجية أو نظامية. فهو كتصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدها، ودورها في وضع الاشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي ودون الرجوع إلى أية قواعد قانونية. فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة باعتراف المشرع نفسه منذ اعتمد قاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فردية[1].

وهكذا فإنه وفقاً لهذا الاتجاه ينبغي أن تنظم عقود الاستثمار بناءً على مبدأ واحد، وهو أن العقد يعتبر قانون الفصل في جميع المنازعات، حيث أن بنود هذه العقود وشروطها هي التي توجد القانون الذي ينظم العلاقة بين أطرافها، ولهذا ينبغي الإقرار بقوتها الإلزامية.

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 225.

أولاً: مضمون الاتجاه

يذهب Vedross إلى القول، بأن الاتفاقات التي تبرمها الدولة مع أشخاص تابعة لدولة أخرى لا تخضع للقانون الوطني لدولة محددة، إذ أن أطرافها لا يخضعون لقانون وطني مشترك، كذلك فإن هذه العقود ليست معاهدات دولية على نحو يوجب خضوعها للقانون الدولي العام، إذ أن أحد أطرافها لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، ومن هنا فإن هذه الاتفاقات تمثل طائفة ثالثة تتميز بأن الحقوق الناشئة عنها يحكمها نظام قانوني جديد من خلق الإرادة المتطابقة للأفراد، وهذا القانون هو القانون الذي يحكم العقد، فالنصوص والشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد المبرم بين الدولة والطرف الآخر الأجنبي المتعاقد معها يشكل نظاما قانونيا ينظم على نحو شامل وتام العالقات بين الأطراف المتعاقدة إن العقد، وفقا لهذا الجانب، يخلق قانونه الذاتي الحاكم له ويخضع ألحكامه، ويسند هذا الجانب من الفقه الأساس الذي يؤدي إلى خلق هذا النظام القانوني إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" من جهة، و مبدأ أن الاتفاقات المبرمة على نحو صحيح تعد بمثابة قانون للأطراف من جهة أخرى .وقد ذهب Vedross إلى القول، بأنه إذا كان المجتمع يمكنه أن يخلق القانون، فإنه بالمقابلة لذلك فإن العقد بالتطبيق لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، يمكن أن يؤسس مجتمعا جديدا يحكمه قانون العقد .فالقانون الذاتي للعقد نظام من خلق الأطراف ذاتها مستقل عن أي نظام قانوني أخر، إلا أنه نظرا لعدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشكلات القانونية الناجمة عنه، فإنه ليس هناك ما يمنع من إشارة القانون الذاتي للعقد إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو القانون الدولي، لسد هذه الثغرات .ويترتب على ذلك، استحالة إعمال قواعد القانون الوطني، إذا لم يشر إليه قانون العقد إذ أن الأخير وحده هو الذي يحدد الحقوق والواجبات المتبادلة لطرفي العقد، وفي جميع الأحوال فإن تطبيق هذه الأنظمة التي يشير إليها العقد، لا يتم إلا على اعتبار أنها شروط تعاقدية ليس على اعتبار أنها نصوصا قانونية، أو بعبارة أخرى فإن إعمالها يتم فقط بوصفها قانونا تم تفويضه من قبل قانون العقد.

ثانياً: نقد الاتجاه. Vedross

تعرضت نظرية القانون الذاتي للعقد لانتقادات حادة، فمن ناحية إن هذه النظرية تخالف القواعد العامة في القانون التي تقرر أن العقد لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني، بل يتعين أن يستند إلى نظام قانوني موجود مسبقا، فإرادة الأطراف لا يمكنها أن تنشئ نظاما قانونيا قائما بذاته،

فهذه الإرادة لا يمكنها إحداث آثارا قانونية إلا إذا استندت إلى نظام قانوني قائم يقرر أن تطابق الإرادات، يمكنه أن يرتب وفق شروط معينة آثارا قانونية محددة، فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ استقلال الإرادة ليس من المبادئ الفلسفية ومن غير الممكن أن يوجد من فراغ، بل لابد من أن يستند إلى نظام قانوني يمنحه القوة القانونية ويحدد لهما الضوابط ويرسم لهما الحدود .ومن ناحية ثانية، فإن نظرية القانون الذاتي للعقد تعد نظرية خيالية وليست واقعية، حيث أن الإدعاء بكفاية العقد الذي تبرمه الدولة لحكم العالقة بين أطرافه وأنه في غير حاجة إلى نظام قانوني معين ادعاء يناهض الواقع العملي الذي يؤكد استحالة توقع الأطراف مسبقا لكل أوجه النزاع التي قد تثار بينهم في المستقبل، فنصوص العقد مهما بلغت دقتها وتعددت تفاصيلها لا يمكنها أن تحكم حقوق والتزامات الأطراف، فالنقض والقصور في شروط العقد وأحكامه يعد أمرا قائما ألن الأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العالقة التعاقدية . أيضا إن النظرية القائلة بالقانون الذاتي للعقد، تبدو غير مقبولة على صعيد التطبيق العملي إلى الحد الذي دفع جانب من الفقه إلى وصفها بالنظرية المرعبة أو المخيفة من ناحية الآثار المترتبة على إعمالها، ففكرة قدرة الحكومات والأطراف المتعاقدة معها على خلق أنظمة قانونية مستقلة لا تخضع ألي سلطة وطنية أو دولية تؤدي إلى خلق نوع من عدم الثبات والاستقرار في مجال العالقات ذات الطابع الدولي .و قد وصفها الفقه بالنظرية المرعبة أو المخيفة من ناحية الآثار المترتبة على إعمالها، ففكرة قدرة الحكومات والأطراف المتعاقدة معها على خلق أنظمة قانونية مستقلة لا تخضع ألي سلطة وطنية أو دولية تؤدي إلى خلق نوع من عدم الثبات و الاستقرار في مجال العالقات ذات الطابع الدولي.

الفرع الثاني: إخضاع العقد لقانون عابر للدول.

أولاً: مضمون اتجاه Jessup Phillipe

يعتبر فيليب جيسوب Jessup Phillipe ، أول من لفت الأنظار إلى فكرة القانون العابر للدول، ويقصد باصطلاح قانون عبر الدول في أريه كل القواعد المنظمة للتصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة والتي تطبق على الجماعة الدولية ذات التركيب المتداخل والتي تبدأ بالفرد

حتى تصل إلى ما يسمى بالعائلة الدولية أو مجتمع الدول .فالدولة ليست الجماعة الوحيدة الذي يعني بها هذا القانون، ولذلك لا يوصف هذا القانون بأنه دولي .وعلى ذلك يحكم قانون عبر الدول العلاقات الإنسانية التي تتجاوز حدود دولة واحدة، أي العالقات التي توصف بأنها عابرة لحدود الدول، وقد تتعلق هذه العالقات بأفراد أو شركات أو بدول أو بمنظمات دولية أو بغير ذلك من الجماعات، ومن ثم فإن النشاط عبر الدولي قد يمارسه أفراد أو هيئات أو شركات أو دول، وترتيبا على ذلك فإن هذا القانون يحكم العالقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية .ولقد بنى جيسوب وجهة نظره هذه، على أساس وحدة المشكلات الإنسانية، حيث يرى أن بعض هذه المشكلات التي تعتبر دولية بصفة أساسية وتؤدي حتما إلى التوتر والمنازعات بين حكومات وشعوب دولتين مختلفتين، هي مجرد مشكلات إنسانية يمكن أن تثور على أي مستوى من مستويات المجتمع الإنساني بين الأفراد أو بين الهيئات على الصعيد الوطني أو الصعيد الدولي . ويرى جيسوب، أن قانون عبر الدول، والذي يشمل الجانبين المدني والجنائي، ويشمل ما نعرفه باسم القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، ويشمل كذلك القانون الوطني عاما أو خاصا، يسمح للمحكمة داخلية كانت أو دولية، بأن تختار عند التنازع من بين هذه النظم القانونية كلها القاعدة التي تراها أكثر اتساقا مع العقل أو العدل للفصل في أي منازعة، وال يلزم أن يكون الاختيار على أساس الإقليمية أو الشخصية أو الجنسية أو الموطن أو الاختصاص أو السيادة أو أي مبدأ أخر، إلا بالقدر الذي تكون فيه هذه التسميات انعكاسا للتجربة الإنسانية مع المناسبة المطلقة والنسبية للقانون، وبعبارة أخرى، فإن ضابط الاختيار عند جيسوب هو أن تكون القاعدة أكثر اتساقا مع العقل والعدل لتسوية آية منازعة دون التقيد بمبدأ معين من هذه المبادئ المذكورة .وعلى الرغم من أن جيسوب يعزو إليه الفضل في فكرة القانون العابر للدول، إلا أنه رأي أن هذا القانون ليس نظاما قانونيا كاملا، يبد أنه موجود، وعلى الرغم من كونه ناقصا، إلا أنه يقدم خدمات قيمة للمتعاملين على الصعيد الدولي.

ثانيا: نقد اتجاه Jessup Phillipe

تعرض اتجاه Jessup Phillipe لعدة انتقادات، نذكر منها

– 1 :إن هذا القانون ليس له مصادر قانونية خاصة به، بل إن مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، كما أنه لا يشتمل على معيار يتحدد على أساسه بشكل واضح القواعد التي

يستعيرها من الأنظمة القانونية الأخرى، وأخيرا فإن هذا القانون لا يحوز آليات خاصة به لتوقيع الجزاءات على من يخالف قواعده

– 2 .إن هذا النظام القانوني، لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانوني المطلوب، فلكي يتوافر الأمان القانوني يجب أن يتحقق اليقين في القانون بمعني أن تكون قواعده القانونية واضحة ومحددة، هذا في حين أن أنصار قانون عبر الدول لم يوضحوا على سبيل التحديد قواعد هذا القانون، ولم يبينوا طبيعة هذه القواعد وضابط إعمالها بما يبعد قانون عبر الدول عن دائرة اليقين القانوني إذا كان جيسوب قد حدد ضابط الاختيار بأن تكون القاعدة أكثر اتساقا مع العقل والعدل، فإن التساؤل الذي يثور هو من أين يستمد القاضي هذه السلطة السيادية؟ وهل يستمد القاضي هذه الحرية في الاختيار طبقا لمفاهيمه الشخصية للحق والعدل؟ إن قانون عبر الدول لم يكن محل تطبيق سواء من المحاكم الدولية أو الوطنية أو محاكم التحكيم، كما أن مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأوسلو عام 1977 قد رفض إد راج قانون عبر الدول ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز للأطراف الاختيار بينها.

الفرع الثالث: الرأي القائل بإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون[1]

أولاً: مضمون الاتجاه

يقصد بالمبادئ العامة للقانون، المبادئ الأساسية السائدة في مختلف النظم القانونية للدول المتمدينة، كالمبدأ الذي يقضي بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، والمبدأ الذي يقضي بأن Estoppel ،مبدأ الإثراء بلا سبب العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تغيير الظروف ومبدأ الحيلولة .ومبدأ تنفيذ العقد بحسن النية ومبدأ توازن الأداءات العقدية إلى غير ذلك من

[1] من المستقر عليه في القانون الخاص المعاصر أنه عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، فلا يجوز للقاضي أو المحكم البحث عما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف. ذلك أن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد إما أن تكون صريحة أو ضمنية، أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم ومجاز لا يستجيب إلى الواقع في غالبية الفروض، فهي لا تعدو في الحقيقة أن تكون إرادة المشرع أو القاضي الذي طرح أمامه النزاع ، لذلك فإنه يتعين على القاضي أو المحكم في بحثه عن القانون الواجب التطبيق اللجوء إلى تركيز الرابطة العقدية بإسنادها إلى القانون الأوثق صلة بها، والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في الرابطة العقدية. فيقول أحد الأساتذة أنه: " حين لا تكون نية الطرفين المتعاقدين معلنة بشأن القانون الذي يحكم العقد، ولا يكون من الممكن استنباطها من الظروف، فإن العقد يكون محكوماً بالنظام القانوني الذي يكون له به الصلة الحقيقية الأوثق .أنظر: **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 253.

المبادئ القانونية العامة الراسخة في جميع النظم القانونية للدول المتمدينة .والمبدأ العام هو كل قاعدة سلوك إجبارية تضبط النظام في المجتمع وتحكم الروابط بين الأشخاص وتبلغ من العمومية والتجريد ما يجعلها أساسا للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنه ، ويفترض في القاعدة القانونية، أن تخاطب الأشخاص دون أن تقصد شخصا محددا بعينة وأن تعالج الوقائع دون أن تعني بواقعة معينة بعينها، ويقصد بالأمم المتمدينة كل الدول الأعضاء في الجماعة الدولية أيا، وقد يصعب على مواطني الدول التي استقرت نظمها القانونية وعرفت هذا النوع من العقود، الدخول في عالقة تعاقدية مع حكومة أجنبية تكون نظمها القانونية مبهمة وغير واضحة وغير متطورة لتحكم مثل هذه العقود .وقد نادى McNair ، بضرورة التخلص من فكرة أن الاختيار الوحيد ينحصر بين القانون الدولي العام والنظام القانوني الوطني ألي طرف من الأطراف أو القانون الدولي الخاص .فالقانون الدولي الخاص في حد ذاته، لا يعد بديلا، لأنه لا يشتمل على القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع، نما تنحصر مهمته في إرشاد المحكمة في تحديد النظام القانوني الذي يجب أن تلجأ إليه لتسوية النزاع المشتمل على عنصر أجنبي .وفي تساؤله عن النظام المناسب الذي يحكم عقود الاستثمار الدولية أو عقود التنمية الاقتصادية المبرمة مع حكومة الدولة التي تحوز نظاما قانونيا غير مناسب لحكم هذه النوعية من العقود، رأى McNair أن اختيار النظام القانوني المناسب، يمكن أن يتأسس على نية الأطراف والتي قد تظهر إما صراحة بموجب نص في العقد أو ضمنا من خلال بنود العقد وطبيعته، وفي الحالة التي لا يحدد فيها الأطراف نظاما قانونيا معينا فإن نيتهم تكون قد اتجهت إلى إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون المعترف به من الأمم المتمدينة .وقد انتهى McNair إلى عدة مقترحات:

1- أن يتفق الأطراف المتعاقدة في البداية بشأن النظام القانوني واجب التطبيق

2- إن هذا النظام لا يمكن أن يكون القانون الدولي، ألن هذه العقود ليست مبرمة بين الدول

3- عندما يكون لدى الدول المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي وصالحة ألن التحكم هذا النوع من العقود، فإن للأطراف أو المحاكم التي تفصل في هذه المنازعات الناشئة عنها، أن يختاروا أيا من هذين القانونين أو أحدهما بالنسبة لبعض أوجه العقد والثاني للبعض الأخر

4- في المقابل عندما يكون النظام القانوني للدولة التي يجب أن ينفذ فيها العقد أو الجزء الأكبر منه غير متطور بالقدر الكافي لحكم هذا النوع من العقود، فمن غير المحتمل أن يكون في مقدور القانون الوطني لكل من الطرفين أو المحاكم الوطنية تقديم الحل المناسب، وفي هذا الفرض فإن النظام القانوني الأكثر مناسبة ليحكم العقد ليس القانون الدولي، ما دام أن الأمر لا يتعلق بعقود مبرمة بين الدول وال بعالقات دولية نما المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتحضرة[1].

ثانياً: نقد الاتجاه

تعرض هذا الاتجاه أيضا الانتقادات متعددة، نذكر منها :إن المبادئ العامة للقانون لا تشكل نظام قانونيا مستقلا وقائما بذاته ومتم يزا عن الأنظمة القانونية الداخلية والنظام القانوني الدولي، فكل

قانون وطني يتضمن بالضرورة مبادئ عامة كما أن المبادئ العامة للقانون تعد أحد مصادر القانون الدولي ومن ثم فإن المبادئ العامة للقانون لا يمكن النظر إليها إلا من خلال أحد نظامين قانونيين، إما النظام القانوني الداخلي أو النظام القانوني الدولي

1- إن أي نظام قانوني لا يمكنه أن يتشكل من المبادئ العامة للقانون وحدها فقد ذهب البعض إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون الوضعي مثل الهيكل العظمي للكائن الحي فكما أن الهيكل العظمي لا يستطيع العيش بدون الجسد فكذلك المبادئ العامة يجب أن تشتمل على التنظيم الملائم للعالقات المطلوب حكمها، هذا بالإضافة النظام القانوني الداخلي أو النظام القانوني الدولي

2- إن أي نظام قانوني لا يمكنه أن يتشكل من المبادئ العامة للقانون وحدها فقد ذهب البعض إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون الوضعي مثل الهيكل العظمى للكائن الحي فكما أن الهيكل العظمي لا يستطيع العيش بدون مشتم لات الجسد فكذلك المبادئ العامة يجب أن تشمل على التنظيم الملائم للعالقات المطلوب حكمها، هذا بالإضافة إلى أن المبادئ العامة أحيانا ما تكون متناقضة وأي نظام قانوني يجب أن يتضمن ليس فقط مجموعة القواعد الموضوعية بل أيضا الآليات التي تسمح بالتنسيق بين هذه القواعد وإزالة المتناقضات فيما بينها.

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 235.

3- إذا كانت المبادئ العامة للقانون لا تعد نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته فإن إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون وحدها معناه عدم خضوع العقد ألي قانون وهو ما يؤدي في نهاية الأمر إلى الخضوع للسلطة التقديرية للمحكمين مما يفسح المجال للتعسف والتحكم من قبل المحكمين.

الفرع الرابع: إخضاع العقد للقانون التجاري الدولي[1] Lex mercatoria

لا بد من الإشارة في البداية إلى أن المقصود بقواعد قانون التجارة الدولية حسبما سبق تعريفها هو: " مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادىء العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية ". ونقتصر في دراستنا هنا على عرض الاتجاه المنادي بتطبيق هذه القواعد عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، في البند الأول ثم تقييم هذا الاتجاه في البند الثاني.

أولاً: الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية:

يذهب جانب من الفقه وبصفة خاصة الغربي منه إلى أنه عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق، فعلى المحكم أن يقوم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية. حيث أن هناك اتجاهاً حثيثاً نحو تحرير عقود الاستثمار من القانون الداخلي وإخضاعها لقواعد القانون الدولي. وبما أن القانون الدولي العام لا يصلح في رأي أنصار هذا الاتجاه في حد ذاته للإعمال على عقود الاستثمار، فإن الحل الأمثل لحكم هذه العقود يتحقق بالبحث عن نظام قانوني آخر لا ينتمي لا إلى

[1] تعددت التعريفات الفقهية لقانون التجارة الدولية، غير أن الملاحظ عليها هو عدم إتفاقها على تعريف موحد، على حسب إختلاف المذاهب التي ينتمي لها كل فقيه، فيعرفه أحد الأساتذة على أنه" إن قانون التجارة الدولية يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية و العلاقات المالية المصاحبة لتلك التعاملات." كما يعرفه أستاذ آخر بأنه" النظام القانوني الذي يظم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلاً المعاملات التجارية الدولية" للمزيد من المعلومات أنظر: **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص147.

القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي العام، وهو النظام الذي يطلق عليه قواعد قانون التجارة الدولية Lex mercatoria[1].

حيث تعتبر قواعد قانون التجارة الدولية في رأي البعض من أنصار هذا الاتجاه هي الأكثر ملائمة للتطبيق على عقود الاستثمار الدولية.

حتى البعض منهم ذهب إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيداً من الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، فيذهب في تأكيده لصلاحية قانون التجارة الدولية لحكم عقود الاستثمار إلى أن هذا القانون لا يتضمن فقط القواعد المادية التي تتجاوز الحدود الوطنية، ولكنه يهدف أيضاً إلى تنظيم، من ضمن أمور أخرى، العلاقات التعاقدية القائمة بين طرفين غير متساويين في مركزهما القانوني، وذلك طالما ظهر من إرادة الأطراف أو من الظروف المحيطة أنهم استهدفوا استبعاد وطرح كل إعمال لقانون وطني محدد.

وعلى الرغم من إقرار البعض من الفقه مثل Gaillard بالطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، إلا أنه ينادي بعدم تعارض تلك الطبيعة مع منهج قانون التجارة الدولية عند السكوت المطلق للأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يوجد في رأيه ما يطلق عليه مبادىء مشتركة ومبادىء خاصة بعقود الدولة[2].

وقد وجد أنصار الاتجاه المنادي بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار دعماً في قرار مجمع القانون الدولي في دورته الثالثة والستين المنعقدة في Santiago de Compostela سنة 1989 تحت عنوان " التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها والمشروعات الأجنبية "، وذلك في المادتين الرابعة والسادسة من القرار واللتان تعرضتا للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق ، ص 246.

[2] **نادر محمد إبراهيم**: مركز القواعد عبر الدولية، مرجع سابق، ص472.

فقد نصت المادة الرابعة من القرار على أنه: " عندما يتم الاعتراض على صحة اتفاق التحكيم فإن هيئة التحكيم ستحسم النزاع بتطبيق واحد أو أكثر من التالي: القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يشير إليه نظام القانون الدولي الخاص الذي نص عليه الأطراف، أو المبادىء العامة للقانون الدولي العام أو الخاص، أو المبادىء العامة للتحكيم الدولي، أو القانون الذي ستطبقه محاكم الإقليم حيث مقر هيئة التحكيم. وعند القيام بهذا الاختيار فإن هيئة التحكيم في كل حالة سيقودها مبدأ ترجيح النص الذي يرتب الصحة ".

وتنص المادة السادسة من القرار على أنه: " يتمتع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادىء الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم، ... وبقدر ما يترك الأطراف هذه الأمور دون تحديد فإن هيئة التحكيم ستلتزم بأن تحدد القواعد والمبادىء الضرورية المستمدة من ذات المصادر المشار إليها في المادة الرابعة ".

كما اتجهت بعض هيئات التحكيم إلى تركيز العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها في مجال قواعد قانون التجارة الدولية كلية، بحجة أنها أكثر ارتباطاً بالنزاع. كما هو الحال بشأن بعض منازعات امتياز البحث عن البترول.

فقد انتهت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في شأن نزاع حول عقد امتياز البحث عن البترول والمرفوع من الشركة الألمانية Deutsch-Schactbau-und-Tiefbohrgesell-schaft والمشار إليها اختصاراً بمصطلح (DST) ضد حكومة إمارة رأس الخيمة وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول والتي يشار إليها اختصاراً بمصطلح Rakoil إلى أن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع إعمالاً للفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة من نظام تحكيم الغرفة، وفي ظل عدم الاتفاق الصريح بين الأطراف هي: مبادىء القانون المقبولة عالمياً والحاكمة للالتزامات التعاقدية، وبناءً على ذلك طبقت هيئة التحكيم المبادىء المستقر عليها في أحكام التحكيم في المنازعات المشابهة[1].

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 246.

كما أخذت بهذا الاتجاه الأحكام التي صدرت في تحكيم Sapphire ضد شركة البترول الإيرانية وتحكيم Aramco ضد السعودية وأيضاً تحكيم شيخ قطر.

ثانياً: تقدير الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية:

بعد أن عرضنا للاتجاه المناصر لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد في النظام القانوني عبر الدولي، **فإننا لا نؤيد تطبيق هذه القواعد على عقود الاستثمار وذلك لما يلي:**

أ- إن قواعد قانون التجارة الدولية لا تشكل نظاماً قانونياً متكاملاً باعتراف بعض أنصارها. فهذا النظام لا يحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية. فهو إن اشتمل على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنه يخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية من ذلك أهلية الأطراف، والتراضي، والتقادم المسقط، والفوائد التأخيرية. فاللجوء إلى تطبيق هذه القواعد على عقود الاستثمار يعتبر حلاً سيئاً في نتائجه وأيضاً في آلياته الفنية. حيث أنه من المستحيل أو من غير الواقعي كما يؤكد أحد الأساتذة تطبيق المبادىء المشار إليها، باعتبار أن هذه المبادىء ليست بقانون أو نظام قانوني يمكن الإحالة إليه بشأن العقود.

ب- إن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار لا تتناسب مع تركيز هذه العقود في النظام عبر الدولي وإخضاعها لقواعد قانون التجارة الدولية. فيؤكد أحد الأساتذة في هذا الخصوص على أن: " العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة كما هو شأن عقود التنمية واستغلال الثروات الطبيعية تخرج من مجال تطبيق القانون التجاري الدولي، فهذا القانون قد نشأ ليحكم العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة وهو ما يمكن أن يمتد أيضاً إلى العلاقات التجارية التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها شخص عادي، أما العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها كذلك، وحيث يتعلق الأمر بعمليات إنتاجية طويلة الأجل تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدول

النامية، فإنه يصعب التسليم بانطباق القانون التجاري الدولي على هذه العلاقات التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية "[1].

ج- فضلاً عما تقدم فإن اللجوء إلى قواعد قانون التجارة الدولية غالباً ما يخفي خلفه الرغبة في الوصول إلى حل مرض بالنسبة للشركات الأجنبية المستثمرة التي تسعى إلى استمرار التعامل مع الدول النامية، وذلك دون الخضوع لنظمها القانونية الداخلية على الرغم من كون قانون الدولة الطرف هو في الأغلب القانون الأكثر ارتباطاً بمنازعات عقود الاستثمار. حيث انتهت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية إلى أنه: " في حالة غياب الاختيار الصريح للأطراف، فإن القانون الذي يطبق على العقد المتنازع عليه هو قانون الدولة (س) على الرغم من أن العقد قد أبرم في بروكسل ومع أحد الرعايا البلجيكيين وبالرغم من صفته الدولية، فذلك العقد يخضع في موضوعه لقانون الدولة (س) ".[2]

[1] **هشام صادق:** القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص340-341.

[2] **بشار محمد الأسعد،** عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 250.

الباب الثاني :آليات تسوية المنازعات عقود الاستثمار الدولي

تعتبر مسألة وجود منازعات في أي مجال من مجالات الحياة أمر طبيعي، نظر ا لأن المعاملات التي تتم بين الأشخاص في أي مجتمع، لا بد من وجود لا محال، خلافات ونزاعات بينهم وهذا لتعارض المصالح بينهم.

فإن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار وان كانت في بدايتها حسنة، إلا أنه نتيجة لتضارب المصالح وطول مدة تنفيذ هذه العقود يؤدي لا محال إلى نشوب نزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، فالدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وطرف خاص أجنبي في مجال الاستثمار تتمتع بخصوصية، فان المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوثيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي[1]، ولهذا مسالة تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الدولي،مسألة ذات أهمية قصوى،وذلك بتوفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية مثل هذه النزاعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة،فيستوجب حينئذ إتباع طرق معينة لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بسبب هذه العقود.

فالمستثمر الأجنبي يبحث عن توفير بيئة مشجعة له من خلال الضمانات التي تكفل أمنه القانوني والاقتصادي في حالة نزاع بينه وبين الدولة المضيفة، واستقر الفقه والقانون على تسوية مثل هذه النزاعات، إما عن طريق الوسائل التي تجنب منازعات عقود الاستثمار، كشرط الصبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض، وشرط القوة القاهرة، والتي سبق دراستها في الاستثمار الدولي فالوساطة التوفيق القضاء الوطني والقضاء الدولي، الذي ظل خاصية ثابتة لحسم منازعات الاستثمار الدولي وهذا ما سنحاول دراسته في هذا الباب من خلال فصلين نتناول في:

الفصل الأول: الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي

الفصل الثاني: التحكيم التجاري الدولي كآلية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي.

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،المرجع السابق، ص 287

الفصل الأول:الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي

تعد مسألة فض منازعات عقود الاستثمار الدولي من المسائل الغاية الأهمية، والمستثمر الأجنبي حيث يأخذ قرار الاستثمار في دولة أجنبية أول ما يهمه ليس الجدوى الاقتصادية لمشروعه الاستثماري بل ما يهمه في المقام الأول الدولة التي تمنحه ضمانات كافية أثناء تنفيذ استثماره كضمان تحويل رؤوس الأموال وعدم التعرض إلى مشروعه الاستثماري واحترام حق الملكية والوفاء بالعقود كذلك البحث عن وسائل يسيرة وسريعة وذات فعالية لتسوية النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار.

إن كان الأصل هو خضوع منازعات عقود الاستثمار الدولي لسلطة القضاء الوطني دون غيره فان أية تسوية لتلك المنازعات لا تتم عن طريق القضاء الوطني تعتبر استثناءا، وذلك قصد جلب الاستثمارات الأجنبية، ورغبة المستثمر الأجنبي تجذب الوقوف أمام القاضي الوطني الذي يراه غير كفئ للنظر في المسائل التقنية والقانونية المعقدة وأن قانون الدولة المضيفة لا يتلاءم أو يتماشى مع متطلبات المعاملات الاستثمارية.

كما أنّ الدولة تسعى دائماً إلى جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها، لذلك تحاول بشتى السبل أن تعمل على تهيئة المناخ الملائم والجاذب للاستثمار الأجنبي، إذ أشارت معظم تشريعات الاستثمار العربية إلى مسألة حسم منازعات الاستثمار بوسائل متعددة في محاولة إلى طمأنة المستثمر الأجنبي وهو يقوم بالاستثمار على أراضيها.[1]

وسنحاول في هذا الفصل تسليط الضوء على الآليات الودية والقضائية من أجل فض المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن عقد الاستثمار الدولي، وسنتناول هذا الفصل في مبحثين: نخصص المبحث الأول إلى الوسائل الودية ودورها في فض منازعات عقود الاستثمار الدولي ، أما المبحث الثاني فسوف نخصصه إلى دور القضاء في فض منازعات عقود الاستثمار الدولي.

[1] **غسان عبيد محمد المعموري**، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار،دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2015، ص 168.

المبحث الأول :الآليات الودية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي

ويطلق عليها كذلك مصطلح الوسائل البديلة لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي، وهي وساءل لحسم المنازعات بطريقة ودية، وتعتبر من بين الضمانات التي تحرص التشريعات المختلفة على تقريرها ليطمئن المستثمر الأجنبي من عدم إساءة الدولة لسلطتها، وتوفير العديد من الأنظمة القانونية الملائمة لتسوية المنازعات وديا كالتوفيق أو المصالحة، الوساطة والمفاوضات(التي تم التطرق إليها سابقاً) وان كان القانون المصري يأخذ بالخبرة الفنية كوسيلة ودية لفض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار[1] ،

وكذلك بلجنة التظلمات التي نص عليها قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري لسنة 1997.[2]

حيث يكون حسم المنازعات فيها بطريقة ودية، ولا تكون التسوية التي يتم التوصل إليها عن طريق هذه الوسائل ملزمة إلا إذا قبلها الأطراف، وتخضع في ذلك لإرادة الأطراف،لا تكون القرارات الصادرة عنها ملزمة إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك [3] ويكون للأطراف إدراج هذه الوسائل البديلة كبند إجرائي في العقد قبل طرح النزاع أمام القضاء،وقد تتحول هذه الآليات من صفتها الودية إلى القضائية، وقد أعطت أغلب التشريعات سواء الوطنية أو الدولية بما في ذلك الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، حرية للأطراف باستخدام هذه الآليات سواء بالتدخل المباشر تحت إشراف أطراف عقد الاستثمار الدولي أو عن طريق الغير وبصفة اختيارية أو

---

[1] المقصود بالخبرة الفنية الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمته إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي،وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها إلى أن:"تقرير الخبرة المقدم في النزاع لا يعدو أ يكون عنصرا من عناصر الإثبات فيها،وللمحكمة أن تأخذ بها انتهى إليه محمولا على أساسيه متى اقتنعت بصحة الأسباب والأسس التي قام بها"ومتى أخذت به على هذا النحو فإنها لا تكون ملزمة بعد ذلك بالرد استقلالا على المطاعن التي وجعت لذلك التقرير،لأن في أخدها به محمولا على أسبابه ما يفيد بأنها لم تجد في تلك المطاعن ما يستحق الرد عليه بأكثر ما تضمنه التقرير للمزيد من المعلومات أنظر **طه خالد اسماعيل**، النظام القانوني لعقود الاستثمار وآليات فض منازعاتها، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،2019، ص 190 وما يليها.

[2] **القانون رقم 81 لسنة 1997** بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 314.

مؤسساتية، تحت إشراف مؤسسات دولية لفض المنازعات كالمركز الدولي لتسوية المنازعات أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري.[1]

ويتمثل دور هذه الوسائل في الوقوف بجانب القضاء كوسائل بديلة اختيارية غير إلزامية، تعمل على تكريس ودعم القضاء ولا يعني استعمال هذه الوسائل في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية التقليل من قدر القضاء أو الحط من شأنه.[2]

وهذا ما سوف نحاول عرضه من خلال هذا المبحث، م ن خلال التطرق إلى ماهية الوسائل البديلة لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي، والى الوسائل الأكثر استعمالا بخلاف التحكيم، ألا وهي الوساطة و التوفيق كأكثر الآليات الودية المستعملة لفض منازعات الاستثمار.

المطلب الأول : الوساطة كآلية ودّية لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية

أصبحت الوسائل البديلة تعرف انتشارا واسعا في العالم المعاصر، ليس فقط لكونها مقبولة وسهلة الولوج بل أيضا لضرورتها الملحة من أجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية خاصة والاستثمارات وتشجيع التبادل التجاري.

وسنتناول في هذا الفرع ماهية الوسائل البديلة وخصائصها،وتميزها على القضاء العادي ،كما سنخصص فرعا للتطرق إلى نشأة هذه الوسائل ومراحل تطورها.

الفرع الأول : ماهية الوسائل البديلة(بدائل القضاء)

إن مصطلح الوسائل البديلة لفض المنازعات لم يكن معروفا إلا في سبعينات القرن الماضي،حيث ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم في أوروبا، وذلك لحل المنازعات المتعلقة بالأعمال والاستثمار دون المرور على المسائل القضائية أو التحكيمية، وهي الآن تكتسي أهمية

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 255.

[2] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار** ، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية"التحكيم والوساطة والتوفيق "دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2014، ص 8

بالغة كأهم الطرق لفض المنازعات والجدير بالذكر أن هذا المصطلح لم تعرفه التشريعات المقارنة بقدر ما اهتمت على الإجراءات المتبعة بشأنها، كما اتبع المشرع الجزائري هذا الطرح ولم يتقدم تعريفا للوسائل البديلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حتى في النصوص القانونية التي لها صلة بموضوع الوسائل البديلة لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا جامعا للوسائل البديلة لفض المنازعات على غرار المرسوم التنفيذي رقم 09-100[1] المؤرخ في 10 مارس 2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي.

قانون الاستثمار الجزائري رقم 09/16 الملغى بالقانون رقم 18/22 في مادته 12 أحال إلى الطرق البديلة لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار [2]. كذلك قانون المحروقات رقم 07/05 المؤرخ في 28 أفريل 2005 المعدل والمتمم[3] الذي نص على اللجوء إلى المصالحة لفض النزاعات كآلية بديلة في نص المادة 58 منه،كما نص المرسوم الرئاسي 247/15[4] المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات أيضا اسم المرفق العام على التحكيم من أجل فض المنازعات في مجال العقود الإدارية الدولية للطرق البديلة لفض المنازعات ويطلق عليها الآليات البديلة، أما باللغة الأجنبية فتعددت تسمياتها، لكن التسمية الأكثر شيوعا هي التسمية الانجليزية والمختصرة في A.D.R " Alternative dispute résolution" أما باللغة الفرنسية فلها عدة تسميات منها:

---

[1] **القانون 08/08** المؤرخ في 25 فبراير 2008 عند نصه على هذه الوسائل البديلة

[2] تنص **المادة 12 من قانون الإستثمار الجزائري الجديد لسنة 2022 القانون رقم 18/22**على" زيادة على أحكام المادة أعلاهن يخضع كل خلاف ناجم عم تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أم يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه،للجهات القضائية الجزائرية المختصة،ما لم توجد إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق احكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام إتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه، التي تتصرف بإسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم".

[3] **قانون رقم 07/05** المؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر. ج. ج عدد 11، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005، معدل و متمم **بالقانون رقم 01/13** المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج. ر. ج. ج عدد 11، الصادرة بتاريخ 24 فبراير 2013، المعدل **بالقانون رقم 13/19** المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ينظم نشاطات المحروقات، ج.ر.ج.ج عدد 79، الصادرة بتاريخ 22 ديسمبر 2019.

[4] **المرسوم الرئاسي رقم 247/15** مؤرخ في 16 سبتمبر 2015ن يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج. عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

Les PAP(les procédures alternatives a la)/les MARD(modes alternatifs de règlement de différends)/les MARL(modes alternatifs de règlements des litiges)/les MAGC(modes alternatifs de gestion des conflits)/les RAC(la résolution des conflits)/les MATL(les modes alternatifs)/ les MATC(les alternatifs de traitement des conflits)/les MERCC(les mécanismes de règlements des conflits)

عن النظام (Alternative) أو الخيار وتدور هذه التسميات كلها حول فكرة واحدة وهي البديل القضائي، وذلك كسبا للوقت، وتفادى تعقيدات القضاء الكلاسيكي[1] وان كان هناك اختلاف عن سبب اللجوء إليها، وذلك حسب النظام القانوني المتبع،ففي النظام الأنجلوسكسوني مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، فان سبب اللجوء إلى مثل هذه البدائل هو طول المدة التي يمكن أن يستغرقها النزاع، أما النظام اللاتيني كفرنسا، المغرب، الجزائر، فإن سبب الاعتماد على مثل هذه الوسائل هو تخفيف العبء على القضاء ومحاولة التخفيف عنه.[2]

أولا: تعريف الوسائل البديلة وخصائصها

تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات على أنها:" تلك الطرق أو السبل التي تعطي الأفراد حرية واسعة لحل المنازعات التي تقع أو قد تقع بينهم، وتتبع هذه الوسائل آلية تتميز بالسهولة والمرونة حين قيامها بالمهام المتعلقة بالفصل في المنازعات المطروحة أمامها ولا يتبعها أو يصاحبها أية إجراءات معقدة وذلك لكون مصدرها الرئيسي هو الإرادة الذاتية لأطراف النزاع [3]وقد أكسبها ذلك شهرة واسعة خاصة بعد تزايد اللجوء إليها، ويكمن السر في اللجوء إلى مثل هته الوسائل، فان الأطراف المتنازعة هي نفسها التي تصوغ بنود حل النزاع بشكل تعاقدي، هذه الآليات ليست بديلا عن القضاء ولا هي منافسة له بل هي مكملة له ومعززة لاستقلاليته، ومساعد نزيه للأطراف في إيجاد الحل الأمثل الذي لا يضر أي طرف، وهذا هو السر في كونها أصبحت مفضلة لدى المتنازعين، عند الكثير من رجال الأعمال والمستثمرين خاصة الأجانب منهم لما فيه ربح للوقت،اقتصاد في المال.[4]

---

[1] **سي فضيل الحاج** ، المرجع السابق، ص 257.

[2] **محمد برادة غزيول**،المرجع السابق،ص 17.

[3] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**،المرجع السابق،ص 18.

[4] **محمد برادة غزيول**،المرجع السابق،ص 33.

كما قدم الفقه عدة تعريفات للآليات البديلة لفض المنازعات وفي هذا السياق جاء تعريف الأستاذ chales jarroson على لأنها:"مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث تهدف لإيجاد حل غير قضائي لهذا النزاع"[1].

أما الأستاذ Arthn marriot,henry brown عرف الوسائل البديلة بأنها:"مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطرق غير قضائية أو غير تحكيمية"[2].

كما عرفها الفقيه lees Amistelis lou بأنها:"مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات وغالبا ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي"[3].

فكل هذه التعريفات جاءت بمصطلح البديل أي البديل عن القضاء، ولا يجب أن يفهم من هذا المصطلح أن هذه الطرق هي منافسة للقضاء، بل بالعكس هي مكمّلة له ومعززة لإستقلاليته ومساعدة نزيهة للأطراف المتنازعة للوصول إلى الحل المناسب والذي لا يضر بمصلحتهم.

ثانيا:نشأة الوسائل البديلة:

إن القضاء ومنذ القدم لا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات لكن مع تطور التجارة خاصة الدولية والاستثمارات سواء الداخلية أو الأجنبية أصبحت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى من أجل حسم النزاعات الناشئة كالتحكيم [4]والوساطة والتوفيق.يعتقد البعض بأن الوسائل البديلة هي وسائل حديثة في تسوية النزاعات، مع أن الواقع الحالي الذي تعني له جذور تاريخية قديمة، باعتبارها نوعا من أنواع العودة للأصول، إذ أنها كانت تمارس منذ القدم فحل النزاعات عن

---

[1] **Ch,jarrosm**:"les modes alternatifs de règlements des conflits», cours ,D.E.SS,filière fruco plome U.C,2001,2002,p 2

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 258.

[3] **علاء أباريان**، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 53.

[4] تطور التحكيم مع تطور التجارة الدولية وكذلك تطورت إجراءاته والتي اقتربت كثيرا من إجراءات المحاكمة القضائية،ثم جاءت المعاهدات الدولية لتحصنه وتحصن أحكامه،ولم يعد المبالغة في القول بأن التحكيم لم يعد وسيلة بديلة لحسم النزاع،بل أصبح وسيلة الأساسية لذلك،لمزيد من المعلومات أنظر: **زينب وحيد نجام**، الوسائل البديلة لحل النزاعات، طبعة الثقافة، الطبعة الأولى، أربيل، 2012، ص 36.

طريق الحلول البديلة بشكل أو بآخر كان معروفا في المجتمع البشري منذ بداية النزاع، وكان يعتمد على تراث يعود تاريخه إلى آلاف السنين، وربما كان أقدم في الظهور والممارسة من عدالة الدولة[1] أو الإجراءات القضائية المعروفة في النظم القضائية المعاصرة.

إلى جانب التحكيم، كان هناك الوساطة والتوفيق وهذان النوعان قديمان أقدم من عدالة الدولة، وإذا كانت الوساطة تتم في السابق بشكل بسيط قائم على إصلاح ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع، فقد كانت مطبقة في القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 وقد ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية خلال الأعوام 1965 و1970 ، وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من وسطاء مقاطعة كيبك في كندا وأعد القانون العام أول قانون يتعلق في هذا الموضوع في 3-1-1973 وتبعه قانون 24-12-1976 الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية[2].

الفرع الثاني:دور الوساطة في فض منازعات عقود الإستثمار الدولية[3]MEDIATION

تعتبر الوساطة المحرك و السبيل الأول لإيجاد الحلول بين المتنازعين أو الخصوم، لتنوع مجالاتها وإتساع رقعة عملها وإختصاصاتها، خاصة تلك الناشئة في العلاقات البنكية بين الزبائن وفي منازعات البورصة والتأمين وعقود الإستثمار الدولية، وكذا منازعات البيئة وقوانين الملكية الفكرية، و منازعات العمل .....[4]، كما تعتبر وسيلة التوفيق و كما إعتبرها البعض، أفضل وسيلة لحل المنازعات الناشئة بين الأفراد كما هو عند العرب و الصينيين [5]، إلا أن الأطراف المتنازعة

---

[1] **محمد برادة غزيول**، المرجع السابق، ص 19.

[2] **زينب وحيد دحام**، المرجع السابق، ص36.

[3] Mediation is a process in which a neutral third party, a mediator, meets with the disputing parties and actively assists them in reaching a settlement based on their business interests and risk assessments or policy considerations and not only their legal positions. 'Mediation' as =used herein is intended to cover both the concepts of mediation and conciliation. The process is designed to assist parties in reaching a settlement, with minimum time and cost. In this informal but organized process, the mediator facilitates negotiation among the parties to help them identify interests, develop settlement options and overcome barriers to settlement. It assists parties to take a strategic overview of their positons, even if no settlement is reached.
DECISION OF THE ENERGY CHARTER CONFERENCE, GUIDE ON INVESTMENT MEDIATION, ENERGY CHARTER SECRETARIAT, Brussels, 19 July 2016,p3.

[4] **علاء أباريان**، المرجع السابق، ص64.

[5] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، المرجع السابق، ص245.

في العلاقات التجارية الدولية أو في منازعات عقود الإستثمار الدولية يفضلون الإعتماد على هذه الطريقة بالدرجة الأولى، ليس طعناً في القضاء أو التقليل من أهميته أو من أهمية الوسائل البديلة الأخرى المعتمدة، بل لتميزها في الحفاظ على الود بين الأطراف، وهذا ما سوف نعالجه تباعاً.

وتعتمد آلية المفاوضات على تدخل الأطراف مباشرة لحل النزاع وتفرغ في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كبند إجرائي وإلزامي لحل النزاع عند نشوبه، وقبل المرور إلى الوسائل الودية الأخرى، غير أنه قد يتدخل الغير لحل النزاع عن طريق التوفيق أو الوساطة، وهذه الآليات قد لا تلزم أطراف عقد الاستثمار الأجنبي باللجوء إليها ويترك لهم الخيار في إتباعها، كما أن اللجوء إلى آلية التوفيق أو الوساطة قد يكون حرا أي من اختيار الأطراف، أو مؤسساتياَ أي تحت مظلة إحدى المؤسسات الدولية الخاصة بفض النزاعات الاستثمارية[1]، وقد حرصت معظم الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف والتشريعات الوطنية المقارنة وكذا الشروط التعاقدية، على الوساطة، وجعلت منها أمراً إلزاميا قبل اللجوء إلى الوسائل القضائية، ويتبين أن وجود الوساطة كطريق رسمي في أية منظومة قانونية و قضائية إلى جانب التحكيم والتوفيق والقضاء لحل النزاعات يعد مؤشرا هاما وحيويا حين تقييم مدى حداثة و فعالية هذه النظام ، وقدرته على ولوج باب العدالة، ومسايرته الواقع الراهن وما يلازمه من تطور متلاحق في شتى المجالات[2].

أولاً: مفهوم الوساطة[3] أنواعها:

تشكل الوساطة الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة فهي المحرك والسبيل الأول لجهة إيجاد حل توافقي بين المتنازعين وتقع في قلب الوسائل البديلة، وكانت أكثر وسيلة شيوعاً في حسم النزاعات التجارية لا سيما في العقود التجارية الدولية الكبيرة مثل عقود الفيديك وقد تطورت الوساطة بشكل سريع كآلية لفض المنازعات منذ منتصف الثمانينات من القرن العشرين في مجال الشركات والقطاع التجاري، بحيث تفوقت على التحكيم كخيار للحل في النزاعات حول العقود وفشل تنفيذها وخروقات وانتهاكات العلامات التجارية و النزاعات حول

[1] **سي فضيل الحاج** ، مرجع سابق ، ص269.

[2] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**،المرجع السابق، ص190.

[3]الوساطة هي عملية في معظم جوانبها مرنة وقابلة للتكيف، وهو عامل من شأنه أن يخلق تحديات تواجه من يتصدى لتنظيم الوساطة، وفي الواقع يرى البعض أن الوساطة ينبغي ألا تخضع لتنظيم ما على الإطلاق.أنظر: **كتاب سلسلة الوساطة** :نحو إطار تشريعي للوساطة، مؤسسة التمويل الدولية، مجموعة البنك الدولي، 2016، ص1.

الملكية وغيرها من النزاعات وصولاً إلى الوساطة الإلكترونية عبر الانترنيت لتعالج تشكيلة متنوعة من النزاعات الدولية بين الشركات والعقود الدولية بصفة عامة.

كما خضعت لعدة تعريفات فقهية في مجال فض المنازعات بصفة عامة، ويتخذ اتفاق الوساطة عدة أنواع وصور وأشكال مثلها مثل الآليات الأخرى كالتوفيق والتحكيم وتتميز بمجموعة من الخصائص تقتضي تمييزها عن الآليات الأخرى للتسوية الودية، فضلاً على أنّ لها آثار هامة، وتقتضي عدة إجراءات لممارستها كآلية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية كنوع من عقود الدولة للاستثمار.

1- مفهوم الوساطة:تعرّف الوساطة بأنّها ": وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات يلجأ إليها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف، عن طريق فحص طلبات وادعاءات الأطراف، ويساعدهم في التفاوض لحسم النزاع[1]" ، كما تعرّف على أنّها " صورة من صور المفاوضة الممزوجة بالمساعدة الخارجية من قبل طرف ثالث متفق عليه من قبل المتنازعين لمعاونتهمعلىتحديد وكشف مصالحهم الرئيسية وإيجاد إتفاق مقبول لدى الجميع".[2]

ويعرّفها جانب من الفقه بأنها ": تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم بين الأطراف بشكل ودي للعمل على تسويته، ويشترك الطرف الثالث مباشرة في المفاوضات الدائرة بين الأطراف، ويقترح بنفسه حلاً للنزاع[3]"، كما قد يدخل الوسيط بصورة عفوية أو قد تستدعيه الأطراف المتنازعة للعمل كوسيط.

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ – **Fouchard** -:

« La mission du médiateur se limite à tenter de concilier les parties, ou à s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable.

La médiation est consensuelle du début à la fin.

Il accompagne les parties pour trouver une solution commune.

Les propositions ou recommandation qu'il leur présente après l'instruction de l'affaire.

n'ont aucun caractère obligatoire, elles ne l'acquièrent que si et lorsque les parties les ont acceptées.

Personne indépendante, neutre et impartial. ».

---

[1] –**paulsson (J)**:and other,The Freshfields Guide to the arbitration and ADR, Clauses in international Contracts 2n ed, The Hague, Kluwer, 1999, p109.

[2] **زينب وحيد دحام**، المرجع السابق، ص67.

[3] **سي فضيل الحاج** ، مرجع سابق ،ص270.

كما يمكن تعريفها على أنها :"إجراء معد يقوم الوسيط فيه بمساعدة الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق بعد التف اوض،وهي عادة سياق إرادي يفضي إلى توقيع اتفاق يحدد ويبين التصرف المستقبل للأطراف، ويلجأ الوسيط إلى العديد من الوسائل والأساليب المتنوعة لمساعدة الأطراف للوصول إلى اتفاق، دون أن تكون له سلطة القرار أو التقرير [1]. وتعرف أيضاً بأنها وسيلة ودية غير ملزمة لتسوية المنازعات، يلجأ بمقتضاها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في مح اولة تسوية النزاع ومساعدة أطرافه في الوصول إلى اتفاق، والتقرير الذي يقدمه الوسيط إلى الأطراف ليس ملزماً لهم ولكنه يتضمن توجيهات تساعدهم على حل خلافهم.[2]

وقد عرفت بعض التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية الوساطة، فعلى سبيل المثال عرف التشريع الفرنسي الوساطة الاتفاقية في المادة 1530 على أنها ":كل عملية منظمة، يحاول طرفان أو أكثر الوصول إلى اتفاق، بعيداً عن كل إجراء قضائي، من أجل الحل الودي لمنازعتهم، وذلك بمساعدة شخص يختارونه والذي يؤدي مهمته بالحياد، والتخصص، والاهتمام"

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 28 فبراير 2008 نجده تناول نظام الوساطة دون الإشارة إلى تعريفها ونوعها[3] ، مما طرح إشكالية نوع هذه الوساطة هل هي وساطة اتفاقية أم قضائية، أم هي خليط بينهما، وان كانت تحمل سمات الوساطة القضائية، وهذا بخلاف المشرع المغربي حيث أشار قانون المرافعات المدنية المعدل بالقانون رقم 5 لسنة2008 ، والذي خصص فيه المادة 327 لتعريف الوساطة الاتفاقية وصورها وان كان قد أخلط بين عقد الوساطة والصلح وجاء في إحدى فقراتها أن ":اتفاق الوساطة

---

[1] **طه خالد إسماعيل** ، المرجع السابق ، ص194.

[2] **محمود سمير الشرقاوي**،التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، دار النهضة العربية،القاهرة،2011،ص 11.

[3] لقد نصت **المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل من شانه أن يمس النظام العام، كما استحدث المشرع الجزائري طرقاً قانونية بديلة لحل المنازعات القضائية سعيا للحد من القضايا التي باتت تثقل كاهل القضاء، حيث لم يكتفي بأحكام الوساطة في المواد المدنية والتجارية فقط، بل كرسها كذلك في القضايا الجزئية، وذلك من خلال **الأمر رقم 02/15**المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 1966،ج.ر.ج.ج.ع40،المؤرخة في 25 جويلية 2015.إضافة إلى **قانون الطفل و حمايته 12/15** المؤرخ في 15-07-2015، المتعلق بحماية الطفل،ج .ر .ج .ج .ع39،المؤرخة في 19-07-2015. وبذلك أدخل المشرع الجزائري آلية الوساطة الجزائية لحل المنازعات الناشئة عن الجرائم.

هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح نشأ أو قد ينشأ فيما بعد.

وكذلك عرف النظام البريطاني نظام الوساطة من خلال تأسيس المركز الفعال لحل النزاعات، وهو عبارة عن شركة مدنية تعمل على تشجيع الوساطة في القضايا المدنية والتجارية دون قضايا الأسرة، وفي سنة1999وبموجب تعديل القانون المدني البريطاني أصبح اللجوء إلى القضاء، لا يتم إلا بعد فشل الحلول الودية وعلى رأسها الوساطة، و إن كانت بريطانيا سنة 2001 قامت بإبرام تعهد بالعمل بنظام الوساطة إذا كانت إحدى أجهزتها أو إدارتها طرفا في النزاع المعروض أمام المراكز الدولية المتخصصة في مجال الاستثمار .[1]

وبخصوص التشريعات الدولية فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية اليونيسترال على أنه" :لأغراض هذا القانون يقصد بمصطلح" التوفيق "أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص أحرين" الموفق "مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق صلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين[2] "، وقد تم نقد هذا التعريف من طرف عدة باحثين على أساس أنه سوى بين التوفيق والوساطة.

وفي الإطار الدولي أصدر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي عام 2013 قواعد للوساطة وعرفها بأنها" :تلك العملية التي يتولى بموجبها شخص محايد، يعين بواسطة أطراف النزاع أو نيابة عنهم، معاونيهم بشكل فعال ليتوصلوا إلى تسوية النزاع أو الخلاف مع تحكمهم الكامل في قرار التسوية وكذلك بنود اتفاق التسوية"[3].

---

[1] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق، ص194.

[2] **المادة الأولى من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.**

[3] **سي فضيل الحاج**، مرجع سابق ، ص272.

كما كرست الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر كاتفاقية المبرمة بين الجزائر والأردن الوساطة، وذلك بالنص على أنه أي خلاف يتعلق بالاستثمارات بين الطرفين المتعاقدين يجب أن يسوى خلال مدة 6 أشهر بقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين، وهو نفس الإجراء الذي قررته الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر المتعلقة بتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات[1].

2 -أنواع الوساطة: الوساطة في عقود الاستثمار[2] الدولية يمكن أن تكون في صورة شرط أو مشارطة، أو الوساطة بالإحالة، فشرط الوساطة عبارة عن اتفاق بين طرفين قبل وقوع النزاع، يتم إدراجه كتابةً في صلب العقد أو المعاملة بينهما، وينص على أنه إذا نشب نزاع بينهما يتم تسويته عن طريق شخص ثالث محايد هو الوسيط الذي يتفقان عليه، وبخصوص التشريعات الوطنية التي عرفت شرط الوساطة نجد قانون المسطرة المغربي لسنة 2008 ، أما مشارطة الوساطة فيكون سابقا على نشوء النزاع أي نزاع طرفيه، كما يكون بعد وقوع النزاع في صورة عقد وساطة، في حين نجد الوساطة بالإحالة والتي تعتبر الصورة الحديثة لاتفاق الوساطة، وتكون الإحالة إليها ليس من طرف العقد نفسه، بل من طرف عقد نموذجي يتضمن شروط عامة وله علاقة بالعقد الأصلي.

تتنوع الوساطة حسب المعايير سالفة الذكر على عدة أنواع:ويتسم كل نوع منها بطابعه الخاص الذي يميزه عن النوع الآخر وأهمها:

---

[1] **نصت المادة 2/10من المرسوم الرئاسي رقم103/97** مؤرخ في 28 ذي القعدة 1417 الموافق 5 أبريل 1997، يتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 غشت1996 ، ج.ر العدد، 20 الصادرة في 20 ذو القعدة 1417على أنه " :إذا لم يسوى الخلاف في مدة 6 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين المتعاقدين، فانه يحال بطلب من أحدهما إلى محكمة تحكيم."

[2] ويعتبر اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى الوساطة نقطة البداية في إجراءات الوساطة. وقد يأخذ هذا الاتفاق شكل شرط في العقد أو شكل مشارطة يتفق فيها الطرفان على الالتجاء إلى الوساطة لتسوية نزاعهم.على أنه من الممكن أن تبدأ الوساطة بلا أي اتفاق سابق، فقد يلجأ طرف من الأطراف المتنازعة إلى طلب الوساطة من أحد المراكز أو المؤسسات المتخصصة كمركز القاهرة، فيعرض المركز أو المؤسسة هذا الطلب على الطرف الآخر الذي قد يقبل الوساطة. وإذا كانت القاعدة العامة هي أن الوساطة اختيارية، إلا أن بعض الدول قد جعلت منها أسلوباً إجبارياً يجب الالتجاء إليه قبل الالتجاء إلى التقاضي مثل الأرجنتين.راجع في ذلك : **محمد أبو العينين:** دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة والاستثمار عن طريق التفاوض والوساطة، بحث مقدم إلى ندوة التفاوض والوساطة في عقود التجارة والاستثمار التي نظمها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 10 يوليو 2001، ص2.

أ-**الوساطة المؤسساتية أو النظامية:**هي الوساطة التي تتم عن طريق أحد مؤسسات أو مراكز الوساطة والتحكيم،حيث أن طلب إجرائها يقدم إلى مركز يقوم بدوره باقتراح أو تعيين وسيط لمساعدة الأطراف على حل النزاع الناشئ بينهم، فهي بذلك شأنها شأن التحكيم، تتم بإشراف مركز دولي أو وطني مختص، وتقتصر مهمة المركز بالإشراف على الوساطة.

و يكون لكل مركز للوساطة لوائحه الخاصة به التي تتضمن قوائم بأسماء الوسطاء المعتمدين لديه، و يكون هؤلاء من القضاة والمحامين والخبراء والمستشارين السابقين، كما تتضمن أيضا هذه اللوائح أنظمة المركز التي يطلع عليها الأطراف المتنازعة قصد معرفتها وكيفية عملها.

ويلاحظ بأن هذه المراكز تواكب في اختصاصها تطور الوساطة المقترن عادة بتطور وسائل العلاقات بين الأفراد، خاصة تلك الوسائل ذات الصلة بتكنولوجيا الاتصال والإعلام،التي أظهرت نوعا جديدا من الوساطة لحل النزاعات التجارية والتي تعرف بالوساطة عن بعد أو على الخط(Cyber)،وللوساطة المؤسساتية عدة مزايا تستقطب المتنازعين خاصة إذا ما كان الموضوع النزاع تجاريا قبل لجوؤهم إلى التحكيم أو القضاء العادي وأهم هذه المزايا:

1-توفر مراكز ومؤسسات الوساطة والتحكيم عادة الغطاء الإداري والتنظيمي والخدماتي لأطراف النزاع، حيث تقدم لهم كل المستلزمات الضرورية إلى حل لنزاعهم من خلال الوساطة.

2-توفر هذه المراكز والمؤسسات على اللوائح :الخاصة بتحديد أتعاب الوسطاء والرسوم المستوجبة حيث تكون أطراف النزاع على بيئة ومعرفة بها قبل ولوج عملية الوساطة حيز التنفيذ.[1]

3-تضمن التوازن بين الأطراف فيما يخص معرفة شروط الوساطة والقواعد التي تحكمها.

4-تعمل قواعد الوساطة المؤسساتية عادة على تنظيم وضمان إجراءات الوساطة، والتكفل بالقيام، وبالتالي ضمان طبيعة أو نوعية عملية حل النزاع.

[1] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق ،ص200.

5-ضمان الخبرة والسمعة فعادة تحظى الوساطة التي تتم أو تدار من قبل بعض المؤسسات أو المراكز المختصة بالاحترام والتقدير وثقة الأطراف والمحاكم أيضا نظرا لسمعتها ومكانتها المهنية.

ب-**الوساطة المستقلة** :عادة ما يطلق عليها الوساطة البسيطة ، نظر ا ليسرها وبساطتها ، ويقضي هذا النوع من الوساطة وسيط بين طرفي النزاع يقتصر دوره على مساعدتها معا للتوصل إلى حل للنزاع القائم بينها، وفي هذه الحالة يعمل الوسيط بشكل مستقل عن الأطراف.

ويقترب هذا النوع من الوساطة من نظام التوفيق وذلك في وجود شخص أو طرف ثالث(الوسيط) الذي تهدف مساعيه إلى تقريب وجهات نظر المتنازعين،ويكاد يقتصر دوره على هذا الجانب دون سواء.

ج-الوساطة الاتفاقية أو إتفاق الوساطة: يعتبر هذا النوع من أكثر أنواع الوساطة وضوحا ، لكونها تنطلق مباشرة من الإرادة الذاتية لأطراف النزاع، التي يتم التعبير عنها كتابة في صيغة اتفاق وساطة واضح ومحدد.

ويطلق البعض على هذا النوع الوساطة التحكيمية (médiation arbitration)لأن الوساطة فيه تتم من خلال اتفاق أو بند ينص عليه العقد، ويقضي بأنه في حال نشوب النزاع يتم عرضه على الوسيط، وفي حال فشل الوساطة دون التوصل إلى حل يتحول الوسيط إلى محكم، وهذا ما يطلق عليه في الولايات المتحدة ب MED/ARB أي الوساطة التحكيمية، وقد استخدم هذا النوع هناك منذ عام 1970 حيث تم اللجوء إليه في حل النزاعات التجارية ونزاعات الشغل، كما عرف أيضا في قانون هونغ كونغ للتحكيم منذ سنة 1990.[1]

ويتبين من ذلك أن مضمون إتفاق الوساطة يهدف بالأساس للوصول إلى الصلح بواسطة طرف ثالث(الوسيط) ويتخذ اتفاق الوساطة شكل شرط وساطة أو عقد وساطة.

[1] **علاء أباريان** ، المرجع السابق ،ص67.

-**شرط الوساطة**:و هو الاتفاق الذي تلتزم فيه الأطراف المتعاقدة، باللجوء إلى الوساطة من أجل حسم أي نزاع قد ينشأ بينهما في المستقبل بسبب تنفيذ العقد [1]، يتم التنصيص عليه في الاتفاق ويلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يعرضوا على الوساطة النزاعات التي قد تنشأ عن الاتفاق المذكور، ويجب أن يحرر الشرط كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة ملحقة به وأن يتضمن الشرط تعيين الوسيط أو الوسطاء أو التنصيص على طريقة تعيينهم.

- **عقد الوساطة**:يتم إبرام هذا العقد بعد نشؤ النزاع، ويمكن إبرامه حتى أثناء مسطرة قضائية جارية أمام المحكمة، وفي هذه الحالة يتعين إعلام المحكمة به داخل أقرب الآجال من إبرامه، ويترتب عنه وقف المسطرة أمام المحكمة ويجب أن يتضمن العقد تحديد موضوع النزاع، وتعيين الوسيط أو ذكر طريقة تعيينه إلى حين تبيان مآل الوساطة.

ويعتبر اتفاق الوساطة مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة محررة وموقعة من قبل أطراف النزاع،أو جاء في رسائل متبادلة بينهم،أو في أية وثيقة تثبت ذلك،أو حتى يتبادل مذكرات الدفاع،أو تلك التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق الوساطة دون أم ينازعه الطرف الآخر في ذلك.

وعلى غرار نظام التحكيم يجب أن يكون اتفاق الوساطة مكتوبا سواء بعقد رسمي أو عرفي أو بمحضر يتم تحريره أمام المحكمة،إذا كان النزاع مطروحا أمامها.

مما سبق بأن الوساطة الاتفاقية تتم خارج النظام القضائي بمعنى أنها غير ملزمة بنتائجها ، لكن رغم ذلك فهناك مجموعة من التساؤلات التي تخص مسألة إلزامية النتائج المترتبة عن الوساطة الاتفاقية ولعل أبرزها يتعلق بمدى جواز الصلح عن طريق الوساطة الاتفاقية؟

ترى بعض التشريعات الوطنية التي تأخذ بنظام الوساطة الاتفاقية كالمغرب الذي يأخذ بنظام الوساطة الاتفاقية التي تضمنها القانون رقم 05-08 [2] بأنه في حال عدم وقوع الصلح لأي من الأسباب فان الوسيط يقوم بتسليم الأطراف وثيقة عدم وقوع الصلح موقعة من طرفيه،أما إذا انتهى

[1] **محمد برادة غزيول**، المرجع السابق، ص136.

[2] **القانون رقم 08/05** المنظم بمقتضى الظهير الشريف 1/07/169 بتاريخ 30 يونيو 2007.

الوسيط في مسعاه إلى صلح بين الطرفين فان الوسيط يحرر محضر الصلح في وثيقة يضمن فيها الحل الذي توصل إليه الطرفان ويتعين بأن يوقع الوسيط مع الأطراف على وثيقة الصلح المتوصل إليه،ويخضع هذا الصلح لأجل صحته وآثاره للمقتضيات المتعلقة بالصلح والمنصوص عليها في قانون العقود والالتزامات.

وهذا يعني اكتساب الوساطة الاتفاقية لقوة الشيء المقضي به، ويمكن أن يتم إضفاءه بالصيغة التنفيذية، ويترتب عن ذلك انقضاء الحقوق المدعي بها وعدم الرجوع في الصلح إلى غير ذلك من آثار، وبالتالي يكتسي هذا الصلح طابع التنفيذ التلقائي، وفي حال رفض أحد الطرفين تنفيذه فيمكن للطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة لمباشرة إجراءات التنفيذ الجبري.

د-**الوساطة القضائية:**تختلف الوساطة القضائية عن نظيرتها الاتفاقية من حيث قاعدة انطلاقها، فهي تنطلق من داخل الإطار القضائي، سواء تم ذلك بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة ،فمن خلال الصورة الأولى يكون القضاء هو الجهة المباشرة والمكلفة بتدبير عملية الوساطة، فهو الذي يحيل موضوع النزاع إلى وسيط أو وسطاء معينين ضمن قائمة أسماء الوسطاء المعتمدين لدى المحاكم المختصة، وهؤلاء هم غالب الأحيان من المحامين القدامى والقضاة المتقاعدين أو من الخبراء والمستشارين في مجالات معينة، كما يكون هؤلاء جميعا متفرغين للوساطة.

وبذلك فان هذا النوع من أنواع الوساطة يمكّن القاضي من اقتراح الوساطة على أطراف النزاع وهو بصدد النظر أو البت في النزاع، كما يمكنه من تعيين الوسيط أما بناء على طلب الأطراف أو من تلقاء نفسه.

كما أن ممارسة هذا النوع من الوساطة وتطبيقها يبقى خاضعا لرقابة ووصاية القاضي، وتبقى سلطة القاضي بهذا الخصوص قائمة قبل وبعد تعيين الوسيط، و يتم إختيار هؤلاء الوسطاء من قبل رئيس المحكمة الإبتدائية و تحال عليهم القضايا لتسويتها [1]، فإذا فشل هذا الأخير في مهام وساطته فللقاضي حق الفصل في النزاع أو التوسط بنفسه بين الأطراف قصد إيجاد حل ودي تقبل به

[1] **محمد برادة غزيول**، المرجع السابق، ص137.

الأطراف(كما هو جار في نظام الوساطة الفرنسي) وبذلك ينتقل انطلاق عملية الوساطة بإشراف مباشر من قبل القاضي.

ويلاحظ بأن هذا النوع من الوساطة (الوساطة القضائية)ذائع الانتشار في العديد من النظم القانونية خاصة في النظم الأنجلوسكسونية، حيث تقوم المحاكم المختصة وبأمر من قاضي النزاع قبل الفحص أو البت في الدعوى،بعرض اقتراح على الأطراف المتنازعين باللجوء بداية إلى الوساطة.

وهكذا فقد أجاز القانون البريطاني للقضاة بأن يفحصوا قبل البت في القضية أن الوساطة قد تمت،وأجاز لهم أيضا الحق بتقدير تصرف المتنازعين حين الوساطة، فإذا كان أحدهم جاد بخوضها فيلزمه حينذاك بدفع نفقات المحكمة حتى في حالة ما إذا كان محقا فيما ادعاه[1].

كما ينص أيضا القانون اللبناني في مواده 456-460-461-490 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أحقية قيام القاضي بهذه الوساطة(القضائية)

ويعرف هذا النظام(الوساطة القضائية)في الولايات المتحدة الأمريكية[2] .

(Summary jury trail) حيث يقوم من خلاله المحلف المدني (jury) قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف المتنازعين عن موقف الدعوى ويتوصل معهم إلى إصدار حكم على شكل رأي (Ovisory vierdict) يكون بمثابة الأساس الذي تقوم عليه مفاوضات الوساطة.

وعلى هذا الأساس يرى البعض بأن الوساطة حسب القانون الأمريكي يغلب عليها الطابع القضائي، سواء من حيث طبيعة القائم عليها، أو من حيث الجهة المسؤولة عن تنظيمها، فالمادة 3/84 من القانون المدني الأمريكي تقرر:

---

[1] **علاء أباريان** ، المرجع السابق ،ص67.

[2] إن التشريع الأمريكي ،لم يعطي تعريفا للوساطة ،لكن تم إدماجها ضمن الوسائل البديلة ،المثمتلة في : التسوية ،التفاوض ،المصالحة أو التوفيق، التسهيل، الوساطة، تقصي الحقائق، المحاكمة المختصرة ،التحكيم للمزيد من المعلومات أنظر: **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق ،ص208.

"باحتفاظ المحكمة بفريق من الوسطاء لخدمة البرنامج وتختار المحكمة هؤلاء الوسطاء من وقت لآخر من بين الطلبات التي يتقدم بها المحامون الراغبون في تقديم الخدمة على أساس تطوعي،وفضلا عن ذلك فان القانون الصادر في نوفمبر بشأن حل أو تسوية النزاع الإداري أقر بقوة مبدأ دعم الآليات الودية غير الرسمية للخروج من أزمة بطء العدالة الإدارية بوجه خاص،ويلاحظ بأن هذا النوع من الوساطة يقترب نوعا من نظام التحكيم في بعض جوانبه،فالنتائج المترتبة عنه تكون ملزمة لأطراف النزاع خاصة إذا تم تحريرها كتابة وتم التوقيع عليها من هذه الأطراف والوسيط معا،رغم أن هذه العملية تحمل في معظم جوانبها طابع الصلح.

وذهب المشرع الفرنسي إلى إلزامية الحلول المتأنية عن طريق الوساطة القضائية خاصة في نزاعات الشغل،وتجدر الإشارة إلى أن إحالة على الوساطة القضائية تحكمه قواعد العرف بصفة عامة،حيث لم يتم تقنينها بنصوص محددة ومعينة،وذلك لدى العديد من النظم القانونية والتشريعية الوطنية والدولية كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة التي لا توجد فيها أية نصوص قانونية تنظم الوساطة القضائية باستثناء قانون إطار صادق عليه الكونغرس الأمريكي سنة 1990 وبمقتضاه يجوز للمحاكم اللجوء إلى الحلول البديلة لحل النزاعات،وقد ورد نص هذا القانون بصفة عامة من غير تدقيق أو تفصيل،وينطبق الأمر نفسه على بريطانيا التي بدورها تعتمد على الوساطة القضائية اعتمادا على قواعد العرف.

ه-الوساطة القانونية أو التشريعية:هي الوساطة التي توجد بخصوصها نصوص قانونية تحدد وتنظم سير إجراءاتها ويتمثل هذا النوع من الوساطة،في الوساطة الخاصة بالنزاعات المدنية ونزاعات الشغل وتحكمها عادة قواعد القانون المدني كما هو الشأن بالنسبة لقانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية في الأردن رقم 21 لسنة 2006 وأيضا ما جاء به قانون المسطرة المدنية المغربي خاصة في فصوله 56-327 وما تلاه،وقانون المسطرة المدنية الفرنسي لسنة 2006،وكذلك قانون العمل المغربي وقانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003.

ويتم اللجوء عادة لمثل هذا النوع من الوساطة في منازعات الأسرة والشغل،وتشكل عملية اللجوء إليها حافزا للتشريعات الوطنية لتقنينها حيث ثبت دورها المتعاظم في تخفيف الأعباء عن القضاء العادي خاصة لأن معظم الملفات المعروضة أمامه هي في الغالب نزاعات مدنية[1].

ثانياً- الطبيعة القانونية للوساطة

لم يقتصر أمر تبيان الآراء واختلافها حول الطبيعة القانونية للوسائل البديلة على نظام التحكيم فقط بل امتد ذلك ليشمل جميع هذه الوسائل.

وتعود أسباب هذا التباين والاختلاف لمجموعة من العوامل،التي تخص وضعية هذه الوسائل وسبل إجرائها وسند ارتكازها،الذي تتجاذبه الإرادة الذاتية من جهة،ومن جهة أخرى ما تقر به التشريعات الوطنية والدولية والمعاهدات والاتفاقيات والقوانين النموذجية الدولية،هذا بالإضافة إلى تعدد وتنوع صور وأصناف كل وسيلة من هذه الوسائل مما يؤدي في نهاية الأمر إلى صعوبة تحديد أو حتى معرفة طبيعتها القانونية.

أ-الطبيعة الاتفاقية-التعاقدية- للوساطة:قد تبدو الوساطة خاصة الوساطة الاتفاقية ذات طبيعة تعاقدية بحته،وذلك لكونها قائمة على سند اتفاقي أو تعاقدي مصدره الإرادة الذاتية لإطراف النزاع،سواء ورد هذا الاتفاق في بند من بنود العقد المبرم بينهما أو جاء في مشارطة اتفاق،كما أن مصدر قرار الوساطة هو اتفاق طرفي النزاع أولا وقبل كال شيء،فهما صانعا القرار،وبذلك يكون اتفاق الوساطة وقرارها النهائي جزءا لا يتجزأ،ويشكلان بناء واحد قاعدته الاتفاق وقمته القرار النهائي.

وبذلك تنبني الوساطة في هذه الحالة على قاعدة الإرادة الذاتية الحرة،أي أن قوامها مبدأ سلطان الإرادة الذي يتم التعبير عنها في اتفاق الأطراف،سواء تم إبرام هذا الاتفاق قبل أو أثناء أو بعد وقوع النزاع، وأيضا سواء كان الاتفاق واردا في العقد الأصلي أو جاء في وثيقة أو حتى بتبادل

[1] تقدر الدراسات الأكاديمية عدد الملفات التي يتم تسويتها سنويا عن طريق الوساطة في الو م أ بحوالي 75 ألف ملف نزاع للمزيد من المعلومات أنظر: **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق ،ص211.

مذكرات الدفاع أو تلك التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق الوساطة دون أن ينازعه الطرف الآخر في هذا الادعاء.

وبناء على هذا الاتفاق يلتزم الوسيط، بما ورد فيه وبدون الخروج عن ذلك، وعلى هذا الأساس تبقى مهمته مرهونة بإرادة الأطراف المعبر عنها في هذا الاتفاق، فالوسيط لا يبحث مع الأطراف في أي من الأمور التفصيلية، ولا في الجانب المتعلق بقانونيتها، ولا يتقيد بآجال أو بوسائل إثبات خاصة، وإنما يقوم بدفع الأطراف لصنع القرار بأنفسهم في جلسة أو جلسات يلتزمون فيها بالحفاظ على سرية ما راج بينهما، هادفا من وراء ذلك إيجاد توافق لإرادتيهما وتنفيذ ما تم بينهما من اتفاق سبق لهما أن ارتضيا به.

فالوسيط في هذه الحالة هو بالفعل شخص محايد لا يملك أية سلطة إلزام، ويكون بذلك على خلاف المحكم الذي يصدر حكمه النهائي بناء على نصوص العقد والقانون أيضا، وبالتالي فان حكمه يستند على بيانات الأحكام المنصوص عليها في القانون[1].

وتمتد إرادة الأطراف لتشمل تحديد إجراءات الوساطة،حيث لهم الحرية الكاملة في ذلك،لكن مع التأكيد على وجوب احترام المبادئ الأساسية المتبعة في التقاضي وتلك المتعلقة بالنظام العام وأهمها:

-مبدأ الطلب.
-مبدأ المساواة بين الخصوم.
-مبدأ الوجاهية بين الخصوم.
-مبدأ احترام حق حقوق الدفاع.

وبذلك يترتب على الطبيعة الاتفاقية أو التعاقدية للوساطة،ترك الأمر لأطراف النزاع وللوسطاء الذين تم اختيارهم بمحض إرادتهم،ومن ثم لا يجوز لأي جهة كانت أن تتدخل طالما أن موضوع النزاع لا يشوبه أي من الموانع كالمساس بالنزاع العام،كما لا توجد هناك أي من قواعد الأمرة

[1] حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق ،ص216.

النى يمكن فرضها عليهم،إلا في تلك الحدود التي يمكن لها المساس بالأسس الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية والتي ينص عليها القانون.

ومن جهة ثانية إن القرار النهائي لعملية الوساطة قائم بالأساس على رضي الأطراف،فهما فاعلان أساسيان في صنع القرار،وعادة تجسد طبيعة هذا القرار إرادتهما المشتركة ورغبتهما في الوصول إلى حل يرتضيانه ،وهو التنفيذ الذي يصدر طواعية وينفذ طواعية دون اللجوء للقضاء أو لجهة أخرى للحصول على أمر،طن ذلك لات يمنع أي طرف من أطراف النزاع من الانسحاب متى شاء من عملية الوساطة أو حتى رفض نتيجتها النهائية ودفع الدعوى أمام القضاء مجددا،ورغم ذلك يبقى الأمر محدودا في إطار ضيق.

وبالتالي فان ترك الحرية المطلقة للأطراف في ذلك من شأنه أن يضعف دور الوساطة في حل المنازعات ويقضي على الآمال المرجوة منها في حل المنازعات وتعزيز الثقة بها وتكريس ثقافة الحوار وتعميمها.

وبهذا الجانب تبرز أفضلية التحكيم،لعدم إمكانية الأطراف الانسحاب منه أو التراجع عنه بعد الاتفاق عليه،وعدم قدرتهم على رفض قراراته أو الطعن بها باستثناء الحالات التي تتضمنها النصوص القانونية، و الأجدر أن يتم البحث قصد إيجاد آليات محددة ومعينة تصون اتفاق الأطراف وتعاقدهم حين لجوؤهم بنظام الوساطة لحل منازعاتهم.

من جهة أخرى يلاحظ بأن المبالغة في دور الإرادة الذاتية، يجعل من الوسيط مجرد فاعل ثانوي في عملية الوساطة،حيث تقتصر مهمته على جمع الأطراف والاستماع والوصول على حقيقة مواقفهم فهو بذلك مجرد من أية سلطة فعلية قد تؤثر على مواقف الأطراف،فإذا كان ذلك وكما يراه البعض عنصرا ايجابيا يكرس مبدأ حياد الوسيط،فان له أيضا جانبه السلبي المتمثل بالتقليل من دوره في حل النزاع.

ب-**الطبيعة القضائية للوساطة**:إن القول للوساطة طبيعة قضائية له ما يبرره،فمن حيث الشكل يمكن النظر إلى مهمة الوسيط كمهمة قائمة على أساس النظر في النزاع والتوسط بين أطرافه

للتوصل به إلى حل يرتضونه وفي سبيل التوصل إلى هذا الحل يعمل جاهدا على تذليل العقبات أمامهم مستغلا مهاراته وخبراته ولباقته،وهو بقوم بدور قاض خاص مهمته إرساء العدل بين الخصوم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف.

وتبرز الطبيعة القضائية للوساطة في صنف الوساطة القضائية ، خاصة حينما يقوم القاضي بفرض ولايته أو وصايته على عملية الوساطة وتظهر الوساطة في هذا الصنف كآلية قضائية من حيث نشأتها ووظيفتها ويسود هذا الاعتقاد في النظم القانونية الفرنسية والبريطانية والأمريكية.

فمن خلال التجربة الفرنسية تمارس الوساطة من خلال تدخل القضاء إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة فإحالة النزاع على الوساطة حسب النظام الفرنسي أمر متروك لتقدير القاضي الذي له أن يقرر تعيين الوسيط، إما بناء على طلب أطراف النزاع أو من تلقاء نفسه،كما للقاضي أيضا اختيار الزمان والمكان اللذين يراهما مناسبين،باستثناء الحالات التي جعل منها المشرع الوساطة إجبارية كمنازعات الشغل مثلا[1].

وفي هذه الصورة تنشأ الوساطة في إطارها القضائي،فممارستها من طرف تبقى خاضعة لرقابة القاضي ووصايته،حيث له أن يضع حدا لها إما بناء على طلب الوسيط،أو إذا ما رأى أن في مواصلتها ما قد يسيء اليها،وهو ما قد يؤثر على صلاحية الوسيط،ومن جانب آخر فان السلطة التي يملكها القاضي تبقى بدورها قائمة قبل وبعد تعيين الوسيط.

وفي حالة فشل عملية الوساطة التي يقوم بها الوسيط لسبب ما،فان للقاضي الفصل في النزاع وفي أثناء ذلك يمكن له التوسط بين الأطراف قصد الوصول إلى تسوية ودية وليست قضائية للنزاع.

ويتبين من ذلك نتلك السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي في القيام بالوساطة وتجدر الإشارة هما أن دور القاضي في إيجاد صيغة ودية لتسوية النزاع لا ينبني على أساس تحديد الطرف الرابح أو الخاسر كما هو الشأن في الفصل القضائي،بل مساعدة الأطراف للوصول إلى حل عادل

[1] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق ،ص215.

لنزاعهم،فهو يعمل ومن خلال سلطته الواسعة على إشراكهم في صنع الحل لنزاعهم بالتوافق والتراضي بينهم.

وتعمل النظم القضائية في فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة على منح القضاة تلك السلطة ، بعد أن ثبت جدواها خاصة في حل المنازعات المدنية ونزاعات الشغل.

أما بالنسبة للتجربة الأمريكية في مجال العمل بالوساطة،والتي أضفت على هذه الأخيرة طابعا قضائيا مميزا،فيعتبر النظام الأمريكي من الأنظمة الأنجلوسكسونية التي قطع العمل بالوساطة منها مراحل هامة أبانت على نجاح كبير،ونخص بالذات تجربة ولاية كاليفورنيا التي أظهرت بأن العمل بالوسائل البديلة لحل النزاعات وعلى الأخص بالوساطة،قد أصبحت وعلى امتداد العقود الثلاثة الأخيرة تلعب دورا هاما في تسوية الكثير من النزاعات[1].

وأمام نجاح هذه التجربة في هذه الولاية فقد جرى تعميمها على باقي الولايات الأخرى وكان من أهم نتائج ذلك،تقليص عدد الملفات المعروضة على القضاء بنسبة 50 بالمائة في الفترة ما بين 1984 و 2002 كما تم تسجيل 75 ألف عملية وساطة في السنة[2].

أما فيما يتعلق بالتجربة البريطانية،فكما سبقت الإشارة إليه،فان نظام القضاء البريطاني قد منح القضاة الحق بأن يفصحوا قبل البت في القضية أن مح اولة الوساطة قد تمت،ويقضي هذا الحق بإضفاء الطابع القضائي للوساطة.

وفي سياق الحديث عن الطبيعة القضائية للوساطة نشير إلى بعض التشريعات الوطنية التي تضفي على الوساطة طابعا قضائيا أكثر منه قانونيا أو مزدوجا،ومن بين هذه التشريعات قانون الوساطة الأردني في التسوية النزاعات المدنية رقم 21 لسنة 2006 المشار إليه سابقا،فلقد حدد هذا القانون سير إجراءات تلك الوساطة،مما أكسبها هذا التحديد طبيعة قضائية بحثه،حيث أشار هذا

[1] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق ،ص217.

[2] **العربي العوفي**، دور الخبير المحاسب في اللجوء إلى الوسائل البديلة، المجلة المغربية للوساطة و التحكيم، الرباط ، العدد 5 2011، ص188.

القانون إلى ضرورة إحالة ملف الدعوى إلى قاضي الوساطة،الذي يجوز له تكليف الخصوم بتقديم مذكرة موجزة بأقوالهم وأهم البيانات والبيانات التي يستندون إليها،أما إذا كانت الإحالة إلى وسيط خصومي،فلا يحال إليه ملف الدعوى،ويكون أطراف النزاع ملزمين خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ الإحالة بتقديم مذكرة موجزة بأقوالهم وبياناتهم دون الحاجة لتبادل هذه المذكرات والمستندات فيما بينهم ويلزم على الأطراف أو وكلائهم حضور جلسات الوساطة للاستماع إلى المد اولات كما يحق للوسيط عقد جلسات انفرادية مع كل طرف من أطراف النزاع،وله أيضا الحق في اتخاذ ما يراه مناسبا لتقريب وجهات النظر وتسهيل إجراءات الوساطة وتقييم الأدلة وعرض الأسانيد القانونية والسوابق القضائية.

ومن خلال هذه الإجراءات التي حددها القانون الأردني المشار إليه فان الوساطة في هذه الحالة تقترب من الطبيعة القضائية حيث أنه يتم تغريم المتخلف عن جلساتها وهذا يعني تدخل القضاء في حث الأطراف لحضور جلسات مد اولاتها،مما يفقدهم تلك الإرادة أو الرغبة الذاتية في اتخاذ المواقف.

وعلى ضوء ما سبق ذكره بخصوص إمكانية اكتساب الوساطة طبيعة قضائية من خلال تجارب بعض النظم القانونية والقضائية يتبين بأنها(الوساطة)ابتكار وتطبيق قضائي لدى هذه النظم أكثر من كونها من صنع المشرع،ويظهر ذلك بشكل واضح في التجربة الأمريكية،حيث لا توجد هناك أية هناك أية أرضية تشريعية تنظم الوساطة باستثناء قانون إطار صادق عليه الكونغرس الأمريكي سنة 1990 وبمقتضاه يجوز للمحاكم اللجوء إلى الحلول البديلة لحل النزاعات،وورد هذا القانون بصيغة عامة من غير تدقيق ولا تفصيل،هذا مما أتاح الفرصة أمام القضاء للعمل بها في حرية واسعة.

ج-الطبيعة المختلطة أو المزدوجة للوساطة: تظهر الطبيعة المختلطة أو المزدوجة للوساطة،حين النظر إليها من زأوية التعاقد والقضاء معا،فهي تبدو ذات طبيعة تعاقدية في اتفاق الأطراف لحل أو تسوية نزاعهم وتفضيلهم اللجوء إليها قبل ولوج باب القضاء،لكن مع ذلك يترك لهم الخيار في التخلي عنها واستكمال الدعوى أمام القضاء،ولهذا الأخير حسب العديد من

التشريعات الوطنية الحق في إحالة النزاع على الوساطة من خلال وسيط يعينه القاضي بالاتفاق مع الأطراف أو بتدخله قبل النظر في الدعوى لتسوية النزاع تسوية ودية يرتضي بها الأطراف،وبذلك تتغير طبيعتها التعاقدية إلى طبيعة قضائية أي إلى وساطة قضائية[1].

ورغم ذلك فان قرار الوساطة النهائي بخصوص حل النزاع لا يعدو أكثر من اتفاق أو تعاقد،فهو بذلك لا يجوز على أمر التنفيذ أي أنه قرار يخلو من أمر الالزام وبالتالي لا يعتد به أمام القضاء إذا ما رفضه أحد الأطراف.

لكن رغم هذا التباين،فان حقيقة الأمر تبدو من خلال النظر إلى جوهر الوساطة،فهي من حيث الجوهر مهمة إنسانية أكثر منها مهنية هدفها تحقيق التوافق والصلح بين الخصوم،ومن جهة أخرى هي برمتها وسيلة اختيارية إرادية،وبذلك فهي أقرب بكثير للتعاقد منه للقضاء،وهذا يدل على أنها ذات طبيعة اتفاقية لكونها مبنية على قاعدة إرادة الأطراف الذي يعبر عنها اتفاقهم حول الأخذ بها لحل أو لتسوية نزاعهم.

الفرع الثالث: سير عملية الوساطة في تسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية:

تبدأ عملية الوساطة بمجرد اتفاق الأطراف عليها ، فهو بمثابة السند الذي تسري عليه ، سواء بموجب العقد الأصلي الذي يربط الطرفين و الذي ينص في احد بنوده على اللجوء إلى الوساطة في تسوية المنازعات التي تنشا بين الطرفين ، و هو ما يعرف ب " شرط الوساطة " أو clause de médiation، أو من خلال اتفاق الوساطة المستقل بعد نشأة النزاع ، وهو ما يعني" مشارطة الوساطة" compromise de médiation، و منه تعيين الوسيط الحر أو باللجوء إلى المركز أو الهيئة التي تتولى ذلك ، حيث يتم توضيح و ضبط مهامه في غضون مدة محددة لمحاولة الوصول إلى حل توافقي غير ملزم للأطراف ، وفق إجراءات معينة تعتمد على لقائهما به أو كل على حده ، لدراسة النزاع الاستثماري و عرض و اقتراح كل الحلول المتاحة والتي يمكن أن تفرز حلاً وسطا يلائم أطراف النزاع و يسمح باستمرار العلاقة العقدية الاستثمارية بينهما وهذا ما ينهي إجراءات

[1] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق ،ص217.

الوساطة سواء باتفاق الطرفين على إنهاء النزاع و القبول بما تم التوصل إليه مع الوسيط وإعداد محضر الوساطة ، أو تفضيل اللجوء إلى التحكيم أو أي آلية أخرى لتسوية النزاع . لتوضيح إجراءات الوساطة في تسوية منازعات عقود الاستثمار، سنتطرق إلى اتفاق الوساطة، ثم تعيني الوسيط ومهامه، قبل أن نستعرض سير عملية الوساطة، ثم انتهاء عملية الوساطة على النحو التالي:

أولاً : اتفاق الوساطة:

يمثل اتفاق الوساطة نقطة بداية العملية ، فقد يكون سابقا على نشأة النزاع بموجب بند في العقد الأصلي ، ينص على شرط الوساطة ، و هذا على غرار شرط التحكيم ، كما يمكن أن يتم ذلك بناء على مشارطة الوساطة بعد نشأة النزاع و لاحقا له ، أو عقد الوساطة ، كما يمكن أن تبدأ الوساطة بدون أي اتفاق سابق ، فقد يلجا طرف من الأطراف إلى طلب الوساطة من احد المراكز أو الهيئات المختصة ، يحدد فيه طبيعة النزاع و قيمة الأصل المتنازع عليه و هوية الطرف الآخر ، قبل أن يقوم هذا المركز بعرض بدوره هذا الطلب على الطرف الآخر للإشتراك في جلسات الوساطة في مقر مركز التسوية ، الذي بدوره قد يقبل ، أو يرفض الوساطة [1] .

إن التزام أطراف النزاع بتطبيق شرط الوساطة المنصوص عليه يف العقد المبرم بينهم هو التزام بنتيجة ، إما مواصلة الوساطة إلى غاية انتهاءها فهو التزام بوسيلة ، و في كلتا الحالتين جيب أن يشتمل هذا الاتفاق على كل العناصر اللازمة لمباشرة عملية الوساطة ، كتاريخ سرايانها ، و تحديد هوية الوسيط و مدة عمله ، إضافة إلى الوثائق و المستندات الضرورية التي يستند عليها أطراف النزاع ، و تكاليف هذه العملية ، فضلا عن تحديد الإطار القانوني و كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق .يعتبر اتفاق الوساطة عملا اختياراي يعتمد على رضا الأطراف في إقامته ، إلا أن بعض التشريعات و اللوائح جعلته منه عملا ذا أولوية يجب اللجوء إليه قبل التحكيم أو القضاء ، على غرار قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية "ICC" ، التي تنص على ضرورة اللجوء إلى

[1] **رقاب عبد القادر**، الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه في الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون عام معمق، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجلفة، 2020/2019، ص270.

بعض الإجراءات السابقة ، مثل محاولة تسوية النزاع وديا عن طريق المفاوضات أو الوساطة أو التوفيق عن طريق طرف محايد بين طريف النزاع . إن اتفاق أطراف النزاع على تفعيل الوساطة وتحديد هوية الوسيط ، هو بمثابة حجر الأساس يف مباشرة عملية الوساطة ، حيث يتم وضع خارطة طريق العملية حيت تكون بطريقة سلسة و تحقق الهدف المرجو منها بإنهاء النزاع ، شريطة التزامهم بما يلي – : حضور جلسات الوساطة من قبل أطراف النزاع أو وكلائهم أو من فوضوهم ، والالتزام بمواعيد الاجتماعات ، –تحديد مدة الوساطة ، التي من المرجح أن تتم بني 03 أشهر و 06 أشهر على أكثر تقدير ، وفق ما تنص عليه اللوائح والتنظيمات الدولية ، – الالتزام بالسرية أثناء حضور الجلسات [1]. هذه العوامل من ش أنها أن تسهم فـي إنجاح عملية الوساطة و إنهاء النزاع ، وهي تشكل التزاما على عاتق الأطراف بموجب شرط الوساطة المتفق عليه أو مشارطة الوساطة ، أين يتم تحديد التزامات كل طرف من الأطراف . يف الوساطة القضائية ، يستند اتفاق الأطراف على الوساطة يف دور القاضي ، الذي يعمل على عرض الوساطة على الأطراف و محاولة إقناعهم بذلك و ما من شانه إنهاء النزاع بطريقة ودية دون اللجوء إلى القضاء ، إذ نصت المادة 1/994 من ق ا م ا على : " ي جب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد " ، ما يعن ي أن المشرع الجزائري جعل هذا الإجراء وحوبياً على القاضي ، فيما نصت الفقرة 02 على : " إذا قبل الخصوم هذا الإجراء ، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع . " و هو ما يوضح أن عملية الوساطة مربوطة دائما بموافقة الأطراف ، رغم الطابع القضائي للوساطة ، حيث يمكن أن لا يتفق الأطراف على ذلك و يفضلون اللجوء إلى آلية أخرى لتسوية النزاع ، فيما يلاحظ أن المشرع الجزائري فوض القاضي بتعيين الوسيط لمحاولة إيجاد حل توافقي للنزاع بين الأطراف .

ثانياً : تعين الوسيط و مهامه:

[1] **أزاد شكور صالح**، المرجع السابق، ص 314.

للوساطة كغيرها من الآليات البديلة الأخرى قواعد خاصة بها ، فعلى اعتبار أن شخصية الوسيط تلعب دورا محورياً كبيراً و هاما لإتمام عملية الوساطة ، يكون من المهم بداية أن يتوافق السلوك المهني لهذا الوسيط المختار من قبل الأطراف ، أو المعين من مركز الوساطة ، مع قواعد سلوكيات الوسيط . لذا تتسم عملية تعيين الوسيط بأهمية في إنجاح عملية الوساطة ، فيحرص الأطراف على ضرورة الاختيار الصائب لشخص الوسيط الذي يتوفر على الكفاءة الالازمة لإدارة النزاع والتوسط بين أطراف الخصومة أو باللجوء إلى مركز خاص يحوز على وسطاء ذوي خربة وهلم من الكفاءة ما يمكنهم من إنجاح الوساطة ، وهو ما سنتطرق له من خلال ما يلي :

أ: تعيين الوسيط ترتبط الوساطة بشخص الوسيط ، بما أنها تتطلب أن يقوم طرف ثالث تتفق على قبوله جميع الأطراف من أجل تلقي الآراء المبدئية و عقد اجتماعات مغلقة و سرية أو لاً ، تؤول إلى الاتفاق على شخص الوسيط ، إذا كان حرا ، أو باللجوء إلى مركز وساطة دولي الذي يتم من خلاله تكليف احد الوسطاء للتوسط بين أطراف النزاع ،حيث إتفقت اغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمنازعات الاستثمار ، أو قواعد و لوائح المراكز و الهيئات الدولية على حرية الأطراف في الاتفاق على اختيار الوسيط الذي يرضونه لإدارة الوساطة بينهم ، حيث أقرت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على أن للأطراف الحرية الكاملة في كيفية اختيار الوسيط[1] ، كما نصت المادة 07 من قواعد الوساطة لدى الهيئة الأمريكية للتحكيم " AAA"على : " يتفق الأطراف على اختيار الوسيط ، أو تتكفل الهيئة بتعيينه إذا لم يتفق الأطراف على خالف ذلك " ، كما أقرت لوائح مركز القاهرة الإقليمي المتعلقة بالوساطة ، على حرية الأطراف في اختيار الوسيط ضمن قائمة الوسطاء المعتمدين لدى المركز ، أما إذا اختلفوا في ذلك فإن المركز سيعين وسيطا يتكفل بعملية الوساطة بني أطراف النزاع[2].

بينما نجد التشريعات الداخلية المتعلقة بالوساطة قد نظمت كيفية اختيار الوسيط أو تعيينه إذا كنا بصدد الوساطة القضائية ، وفق شروط معينة تضمن رضا الأطراف و مدى حربة و كفاءة الوسيط التي تسهم في فض النزاع ، فقد اقر المشرع الأردني في قواعد الوساطة لسنة 2011 على

[1] **رقاب عبد القادر**، المرجع السابق، ص273.

[2] **سهيل حسين الفتلاوي**، النظام القانوني لعقد الإستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص69.

أن اختيار الوسيط هو من صميم حرية الأطراف الذين يمكنهم اللجوء إلى القاضي المختص لطلب تعيينه ، إذا مل يتفقوا على ذلك ، بالرغم من أن قانون الوساطة لسنة 2003 الأردني كان يعطى للأطراف كما للقاضي الحق في تقرير الوساطة على حد سواء[1]، كما نصت المادة 997 من ق إ م إ الجزائري رقم 08-09 على : " تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية ، عندما يكون الوسيط المعين جمعية ، يقوم رئيسها بتعيين احد أعضائها لتنفيذ الإجراء بإسمه ويخطر القاضي بذلك " ، كما نصت المادة 999، على ضرورة موافقة الخصوم على تعيين الوسيط و تحديد الآجال الممنوحة له للقيام بمهمته[2] ، و هو ما يبين أن رضا أطراف الخصومة بشخص الوسيط المعين يعد أمرا ضروريا في مدى تجاوبهم معه و الوصول إلى تسوية للنزاع . كما يتوقف نجاح الوسيط في القيام بدوره على بعض الشروط و المقومات التي يجب أن تتوافر في شخصه ، مثل نصت على ذلك المادة 998 من ق إ م إ كالتالي : " يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة و أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

-أن لا يكون قد تعرض لعقوبة من جريمة مخلة بالشرف وأن لا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية.

-أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه .

-أن يكون محايدا و مستقلا في ممارسة الوساطة .و جاء المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المتعلق بكيفية تعيين الوسيط القضائي[3] لينظم عملية التعيين ، حيث نصت المادة 02 منه على : " يمكن لكل شخص تتوفر فيه الشروط المحددة في المادة 998 من القانون رقم 08-09 ، أن يطلب تسجيله في إحدى قوائم الوسطاء القضائيين وذلك ما لم قد حكم عليه بسبب جناية أو جنحة ، -قد حكم عليه كمسير من اجل جنحة الإفلاس ولم يرد اعتباره ، -ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا شطب اسمه أو موظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي . " كما نصت المادة 03

[1] **تراري ثاني مصطفى**، الوساطة كطريق لحل الخلافات في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا-عدد خاص-الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم، 2008، ص558.

[2] **المادة 999 من قانون إ م إ الجزائري**

[3] **المرسوم التنفيذي رقم 100/09** ، المؤرخ في13 ربيع الأول 1430 الموافق 10 مارس 2009، يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج ر ج ج د ش عدد25، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009.

منه على : " يتم اختيار الوسيط القضائي من ب ين الأشخاص المعترف هلم بالنزاهة و الكفاءة والقدرة على حل النزاعات وتسويتها بالنظر إلى مكانتهم الاجتماعية ، كما يمكن اختياره من بني الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية أو دبلوم أو تكوين متخصص أو أي وثيقة أخرى ، تؤهله لتولي الوساطة فـي نوع معني من النزاعات [1] " ، وهذه الشروط يجب أن تتوفر فـي الشخص المرشح لتولي الوساطة ، مما يمكّنه من النجاح في مهمة تسوية النزاع بني أطراف الخصومة . ولابد أن تستند عملية تعيين الوسيط على قبول الأطراف ، فهذا يشكل العامل الأساسي للبد ء في إجراءاتها ، مع مراعاة بعض الشروط التي يجب أن تتوفر في شخص الوسيط ، مثل ما يلي – :

الحياد الذي يضمن الع لاقة المتساوية البعد للوسيط عن جميع الأطراف، وأن يبتعد عن المقاربة الذاتية والشخصية للنزاع ، ويعتمد على المقاربة المنهجية والعلمية المحايدة ، والنظر إلى النزاع من زاوية موضوعية بـين المتنازعين لكي لا يتم تفضيل طرف على حساب آخر ، فعلى هذا الأساس تتحدد ثقة الأطراف واستعدادهم لقبوله كوسيط ، –التمتع بثقة المتوسطين ، فإذا لم يكن الوسيط أهالاً للثقة من جانب طرفي النزاع ، فان فرص الوصول إلى حل مقبول تكون ضئيلة ، – القدرة على إجراء الحوار والإقناع التي تستمد من قوة شخصية الوسيط ، سرعة البديهة والقدرة على التصرف في الظروف المفاجئة أو أي مرحلة من مراحل عملية الوسيط ، –التمتع بصفات متميز ة ، مثل ، التهذيب ، اللطف ، اللباقة ، الشعور بالارتياح في الكلام[2] ، –عدم إدلاء الوسيط لأي رأي في المركز القانوني للأطراف ، حتى لا يؤثر على جوانب النزاع بما انه ليس محكما ولا قاضيا ، –القدرة على التبرير وتقدمي الإقتراحات و البدائل ، بتقريب وجهات النظر بني الأطراف ومساعدتهم على تفهم المواقف، من خلاله تحكمه الجيد في لغة الخصوم، –وجوب الإلمام الجيد بموضوع النزاع مسبقا لكي يتمكن من مناقشة أطرافه، –التمتع بالخبرة الكافية فـي منازعات الاستثمار والتجارة الدولية،حتى يتمكن من الفصل في النزاع على نحو يتفق ومقتضيات المتغيرات الاقتصادية الدولية[3]، قد يكون الوسيط موظفا مختصا في م جال تسوية المنازعات الاستثمارية، أو استشاري تتوفر فيه المقومات اللازمة، أو قد يكون قاض متقاعد ذا خ برة، تعمل مراكز وهيئات

[1] **المادة 03 من المرسوم رقم 100/09** المتعلق بكيفيات تعيين الوسيط القضائي

[2] **أزاد شكور صالح**، المرجع السابق، ص319.

[3] **رقاب عبد القادر**، المرجع السابق، ص276.

تسوية المنازعات الدولية على توظيفهم، على غرار الأكاديميين المختصين، أو المحامين، أو الخبراء الدوليين.

ب: مهام الوسيط بعد تعيين الوسيط، يعمل الأطراف رفقته على تحديد الطريقة والإجراءات التي تتم بها الوساطة، حتى تكون ملائمة لنوع النزاع ومن ثم تحديد وتجميع المعلومات مع التأكيد على سريتها التامة . تتمثل مهمة الوسيط في تسهيل وبناء سبل المناقشة بين أطراف النزاع ، من خلال توضيح جميع جوانب النزاع وتدوير الزوايا، و تحليل الأسباب، بالإضافة إلى مساعدة المتنازعين في التوصل إلى الحلول المناسبة في إطار احترام قواعد النظام العام،وذلك وفق ما يلي تأسيس سبل المناقشة بصورة ترضي الطرفين، -إشعار الأطراف بالمسؤولية تجاه تسوية النزاع،- إشعار الأطراف باستقلاليتهم،- تشجيع الأطراف على تبادل الآراء والمناقشة ، بعد ذلك يتم تحديد الأمور المتفق عليها ابتداء والأمور غير المتفق عليها والتي هي موضوع النزاع ،و ترتيبها حسب الأولويات والتعامل معها تباعا بين أطراف الخصومة والوسيط، إذ قد يتم التعامل معها كوحدة واحدة لتسويتها، أو تجزئة مواضيع النزاع إلى نقاط والتعامل معها النقطة تلو الأخرى ، باعتبار أن عقود الاستثمار الدولية متشعبة ومتفرعة، خصوصا ذات الأجل الطويل، وهذا لتحديد وجهات الإختلاف والالتقاء في وجهات النظر وتقييم الحلول التي يتم التوصل إليها ووضعها في إطارها القانوني حتى تكون قابلة للتنفيذ والتطبيق، بعد صياغة عقد التوافق الذي يوقعه المتنازعين. يتضح أن الوسيط ليس قاضيا ولا محكما، فهو بمثابة محفز ، يهدف إلى تسهيل المفاوضات بين الأطراف ليجدوا حالاً يتوافقون عليه، على أن يبقى محايداً، لذلك يجب أن يكون مؤهلا للقيام بهذا الدور بحيازته لخبرة و مؤهلات تساعده على إ تمام مهمته و إنجاح وساطته، التي يجب أن تبنى على الإنصاف والعدالة والامتثال لأحكام القانون[1] .

ثالثاً : سير عملية الوساطة:

تبدأ الوساطة بعقد دورة مشتركة ، بين الوسيط و طرفي النزاع ، تبدأ بتبادل المذكرات بين الوسيط و كل طرف من أطراف النزاع ، التي تحوز على جميع المعلومات المتعلقة بالنزاع ، بما فيها النقاط التي أدت إلى نشأة النزاع ، مع تذكير كل طرف بالتزاماته بموجب عقد الإستثمار المبرم مع الطرف الآخر ، فيما يتولى الوسيط جمع كل المعلومات الجوهرية التي تفيد في حل

[1] **أزاد شكور صالح**، المرجع السابق، ص316..

النزاع بين الأطراف . تعتمد قواعد الوساطة في منازعات عقود الاستثمار لدى المراكز الدولية ، على غرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار icsid " ، "أو غرفة التجارة الدولية بباريس icc "، "بالإضافة إلى هيئة التحكيم الأمريكية aaa " ، "على مباشرة الوسيط ملهمته من خلال " الوساطة البسيطة " من اجل الوصول إلى حل ودي ، بدعوة الخصوم للاجتماع ، سواء م جتمعين أو كل على حدة ، لإي جاد مناخ مناسب للتفاوض و جمع المعلومات المفيدة ، ثم يقوم بتوضيح مفهوم الوساطة للأطراف ، قبل البدا في عملية الربط بين الأطراف و بدأ المفاوضات ، لتبادل جميع المعلومات المتعلقة بالنزاع عن طريق الوسيط ، الذي يقترح ذلك ، و يوضح أين يكمن أصل النزاع بينهم ، وكيف يمكن تجاوزه ، بتحديد المصالح بغية مساعدتهم على إيجاد أرضية صالحة لالتفاف وتسوية النزاع .

بعد إجتماع الأطراف وتوضيح معالم النزاع ، يحاول الوسيط إقناع الأطراف بضرورة تبين احلل الوسط و تنازل كل منهما عن جزء من طلباته للوصول إلى التسوية الملائمة ، علما أن التصريحات الشفهية و المستندات الخطية التي اطلع عليها الوسيط من قبل الطرفين خلال الاجتماعات المنفصلة أو بأي شكل كان لا يمكن إبلاغها للطرف الآخر دون موافقة صرحية من قبل الطرف الذي أدلى بها أو زود الغير بها[1] ، خاصة إذا كان النزاع معقدا ، و متعدد الجوانب، حيث يعمل الوسيط على استيعاب ادعاء كل خصم ودفاعه ، قبل تحليل وجهات النظر و محاولة تقريبها مشجعا الأطراف على الإدلاء أكبر قدر ممكن من المعلومات من أجل قبول تسويته المقترحة ، أو أن يستنجد بأي طرف آخر يمكن له المساعدة في موضوع النزاع ، سواء كانت وساطة اتفاقية أو قضائية ، حيث نصت المادة 1001- 2 من ق ا م ا رقم 08-09 على : " يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل بذلك ، و يرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع[2] "، وهو ما تضمنته المادة 371 من قانون م م الفرنسي وفق ما يلي : " يمكن للوسيط سماع أي شخص يمكن أن تسهم شهادته في تسوية النزاع "، وهذا ما يرتبط بموافقة الخصوم في ظل الوساطة الاتفاقية أو موافقة القاضي إذا كانت الوساطة ذات طبيعة قضائية .

[1] **رقاب عبد القادر**، المرجع السابق، ص279.

[2] **المادة 2/1001 من ق إ م إ الجزائري.**

إذا تبين أن الوساطة البسيطة لم تفضي إلى أي نتيجة ، كما لو لم تتضح أي بوادر لفض النزاع ، ينتقل دور الوسيط من الإشراف على الجلسات في المركز وإيصال مقترحات كل طرف إلى الطرف الآخر ومناقشته فيها، إلى الوساطة الفعالة ، أين يمكن له صياغة مشروع التسوية وعرضه على الأطراف، بعد تحديد نقاط الخلاف الجوهرية وبيانها، من خلال الدور الفعال الذي يلعبه الوسيط بتحويل أجواء لقاء الأطراف من التخاصم إلى التعاون، ليمكنهم من اتخاذ القرارات والخيارات [1].

كثيرا ما تنجح الوساطة الفعالة في تسوية النزاع بين الأطراف ، خصوصا إذا أدى الوسيط دوره الكامل كما ينبغي والتزم بما ترتب عليه، قبل الإنتهاء المدة المحددة ب 03 أشهر من انطلاق أولى جلساتها، أما إذا اتضح له أن من مسائل النزاع لا تحتمل التسوية عن طريق الوساطة ، فله أن يقترح عليهما الإجراءات أو السبل التي يرجح أن تؤدي، إلى تسوية تلك المسائل بفعالية و بأقل قدر من التكاليف، كأن يطلب من الأطراف تقديم حلولا أخرى للتسوية ، أو الأخذ بقرار خبير في أي مسالة من مسائل النزاع [2] ، أو اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية النزاع بصفة نهائية ، سواء من خلال عرض القضية من جديد على هيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف على ذلك ، أو انتقال مهمة الوسيط إلى محكم من خلال "الوساطة التحكيمية Med–arb " ، وهذا باختيار احد العروض التي كانت قد طرحت سابقا لتسوية النزاع ، مع عدم الإخلال بحق أي طرف من الطرفين يف إبداء أوجه دفاعه أمام التحكيم ، دون أن يكون للطرف الآخر التمسك بالمستندات أو الحجج أو الطلبات التي سبق وأن أبديت أمام الوسيط ، ولا يجوز للوسيط أن يشهد بها .

عموما تتسم مراحل عملية الوساطة بما يلي – : التعاقد على اللجوء إلى الوساطة ، بعد تقييم قابلية النزاع لذلك، وتحديد أدوار كل طرف، –معاجلة مواضيع النزاع ، عن طريق عقد جلسات تمهيدية بين أطراف النزاع بعد تحديد وجمع المعلومات ، وضبط نقاط الاتفاق والإختلاف وتحديد الأمور التي جيب البت فيها –التعامل مع النزاع بشكل جيد ومتكامل ، بعقد جلسات مشتركة ومغلقة ، تسمح بتحديد جوانب النزاع و شكله ، وعرض وجهات النظر المتباينة بني الأطراف،

[1] **علاء اباريان**، المرجع السابق ص77.

[2] **رقاب عبد القادر**، المرجع السابق، ص280.

كما يعمل الوسيط على تمييز وفصل المصالح المشتركة والمتباينة عن طريق التفرقة بين الوقائع القانونية وأولويات الأطراف، ومن ثم إعادة النظر في النزاع ، محاولة التوصل إلى الحل الوسط والمتوازن الذي يحظى بقبول الأطراف [1]، تطوير وتقييم الخيارات، عن طريق طرح الحلول المقترحة والممكنة لتسوية النزاع ، و تقييمها من حيث الأهداف ومدى ملاءمتها لنقاط المرجعية ، وبعدها يتم امتحان الخيارات واختيار أهمها، -الوصول إلى الاتفاق ، بعد جلسات التسوية و إنهاء النزاع ، عن طريق صياغة مسودة الاتفاقية النهائية ليتم مراجعتها من قبل الأطراف أو المحامين أو غيرهم كالمستشارين والمحاسبين ، على أن تنفذ بعد ذلك.

رابعاً : انتهاء الوساطة

إذا نجح الوسيط في الوصول إلى قواسم مشتركة بين الأطراف، فان ذلك يعين أن عملية الوساطة قد وصلت إلى مرحلة اتفاق، الذي يدون في وثيقة تسوية موقعة منهم تتمتع فيما بينهم بحجية الشيء المقضي به، وهي شبيهة بالحكم التحكيمي أو القضائي، إذا تم المصادقة عليه من طرف المحكمة المختصة، وهذا ما يجعل التسوية ملزمة للطرفين [2].

تضمنت قواعد الوساطة لدى المراكز والهيئات الدولية المختصة بتسوية منازعات الاستثمار على أو بموجب التشريعات الداخلية، ضرورة تدوين اتفاق الأطراف على إنهاء النزاع عن طريق الوساطة، ويكون له حجة السند التنفيذي و حجية الشيء المقضي فيه، على غرار الحكم التحكيمي، فهذا ما يجعله الأساس الذي يتم وفقه إنهاء النزاع و إعادة وضعية الأطراف إلى ما كانت عليه، كما يجعل علاقتهم الاستثمارية تستمر لأن ما يميز اتفاق الوساطة عن الحكم التحكيمي أو القضائي يتمثل في رضا الأطراف و قبولهم بحل وسط الذي قررته الوساطة ، وهذا ما توصلت إليه هيئة التحكيم الأمريكية التي نصت المادة 17 من قواعد الوساطة على " يفرغ اتفاق أطراف الوساطة في محضر الوساطة"، كما تضمنت قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ضرورة إعداد

[1] **أزاد شكور صالح**، المرجع السابق،ص 315.

[2] **فتحي والي**، المرجع السابق، ص116.

محضر الوساطة الذي يمثل اتفاق إنهاء النزاع بعد توقيعه من قبل الأطراف رفقة الوسيط ، الذي يحتج به فيما بعد للحصول على السند التنفيذي .

وهذا ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بمناسبة الوساطة القضائية ،حيث نصت المادة 1003 من ق ا م ا رقم 08-09 على: "عند إنهاء الوسيط لمهمته يخطر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه، في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق و يوقعه الخصوم ، ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا "، فيما نصت المادة 1004 على: " يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا "، وهذا يدل على أن اتفاق أطراف الوساطة يحوز مباشرة على السند التنفيذي بمجرد مصادقة القاضي عليه ويمكن تنفيذه وتسوية النزاع نهائيا .أما إذا استحالت التسوية عن طريق الوساطة ، فيقرر الوسيط إنهاءها إذا رأى انه من غير الممكن حسب تقديره أن تؤدي إلى تسوية النزاع،أو قد يتم من قبل احد الطرفين في أي وقت بعد مباشرة إجراءات الوساطة وقبل التوقيع على أي اتفاق بشان تسوية النزاع، حيث يتم اللجوء إلى أي آلية أخرى لتسوية النزاع بين الأطراف، فإذا كان اتفاق الأطراف المدون في العقد الأصلي بينهما ينص على اللجوء إلى التحكيم إذا فشلت مساعي الوساطة، وهذا ما أصبحت تتضمنه الكثير من عقود الإستثمار الدولية، فيتم تفعيله من قبل الطرف الذي طالب بإنهاء الوساطة ،أو من خلال مشارطة التحكيم بعد انتهاء إجراءات الوساطة دون تسوية النزاع، ومباشرة إجراءاته [1].

كما يمكن للأطراف اللجوء إلى القضاء إذا تمت الوساطة القضائية و انتهت مهمة الوسيط ، سواء كان ذلك من طرف القاضي بعدما تبين له أن لا جدوى من عملية الوساطة لأي سبب من الأسباب ، أو بطلب احد الأطراف ، مثلما نصت على ذلك المادة 1002 من ق ا م ا رقم على : " يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة ، بطلب من الوسيط أو من الخصوم ، إنهاء الوساطة تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها ، و في جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعى الوسيط و الخصوم إليها عن طريق أم ين الضبط " ، أو قد يتم تمديد مهمة الوسيط إذا كان ذلك ضروريا لإتمام إجراءات فض النزاع و هذا بأمر من القاضي بعد موافقة الخصوم . تتلاءم الوساطة مع منازعات عقود الاستثمار ، خصوصا التي يحرص أطرافها على ضرورة

[1] **رقاب عبد القادر**، المرجع السابق، ص282.

المحافظة و الإستمرار في العلاقة بينهم و حسن اختيار الوسيط الذي يمكنه تبني النزاع و إيجاد الحلول الملائمة لإنهائه ، بتخصيص القدر الملائم من الاهتمام و الوقت الإلزامي ، و التجاوب مع جهود الوسيط ومقترحاته.

المطلب الثاني: التوفيق أو المصالحة كآلية ودّية لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية

نصت اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1]، على قواعد إجرائية واضحة بشأن الإجراءات الواجب إتباعها من قبل أطراف النزاع، لأجل فض نزاعهم .كغيرها من هيئات ومراكز التحكيم، لكون التوفيق حلاً مفضلاً لمثل منازعات عقود الإستثمار من أجل التسوية الودية والتراضي بين الأطراف، وإذا كان نظام التحكيم يعد النظام الأساسي، والأمثل في تسوية منازعات الاستثمار، فإن أسلوب التوفيق أو الصلح يعد نظاما مفضلا أيضا لمثل هذه المنازعات، لما يؤدي إليه من تسهيل لعملية التسوية بالتراضي بين الأطراف المتنازعة.

لذا قام المركز الدولي الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتبني نظام للتوفيق الاختياري، من شأنه التيسير على الأطراف الوصول إلى نتيجة مرضية، وتسوية النزاع القائم وديا .ومن خلال هذه النقطة سنحاول التعرض إلى كل من إجراءات إبداء الرغبة في التسوية الودية عبر التوفيق، وكيفية تشكيل لجنة التوفيق واختيارها، وما ينجم عنها من قبول أو رفض لآرائها.

الفرع الأول: التوفيق كآلية ودية لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية

يقصد به إحالة النزاع إلى لجنة تقدم اقتراحاتها لتسوية النزاع، ولا تكون هذه المقترحات ملزمة لأي من الطرفين، إلا إذا وافق عليها، والتوفيق بالمعنى الضيق تحكمه قواعد القانون الدولي المستقرة[2].

[1] و قد نصت الاتفاقية على هذه القواعد في المواد 27-35

[2] **بلحسان هواري**، المرجع السابق ، ص238.

كما يعرف بأنه وسيلة إرادية يتم من خلالها مساعدة الأطراف، من قبل شخص يدعى الموفق، الذي يختار باتفاق الأطراف، يسعى من خلاله إلى تسوية ودية للنزاع القائم، ويتم اختيار وسيلة التوفيق بحرية تامة من قبل الأطراف[1] .

وفي تعريف آخر هو عملية يطلب فيها الطرفان من شخص ثالث أو أشخاص آخرين مساعدتهم في محاولاتهم للتوصل إلى تسوية ودية لنزاعهم الذي نشا عن أمور تعاقدية أو غير تعاقدية ،لم يكن للموفق الصلاحية القانونية لفرضها على الطرفين من اجل حل النزاع[2]

كما يرى البعض أن للتوفيق تعريفين أحدهما تعريف واسع والآخر تعريف ضيق، فالأول يقصد به عملية تسوية للمنازعة وديا بتدخل طرف ثالث، يقوم بهذه التسوية بين طرفي النزاع، محاولا تقريب وجهات النظر بينهما .بينما التعريف الثاني فيقصد به إحالة النزاع إلى لجنة، تقدم اقتراحاتها لتسوية النزاع، ولا تكون هذه الاقتراحات ملزمة لأي من الطرفين، إلا إذا وافق عليها أطراف النزاع. فمن خلال التعريف المشار، إليه أعلاه يمكن الوقوف على العناصر الأساسية، التي تحققها وسيلة التوفيق.

ويوجد نوعان من التوفيق هما التوفيق الخاص أو الحر والتوفيق المؤسسي، ويتم اللجوء إلى التوفيق الحر أو الاختياري بمحض إرادة الأطراف دون أدنى التزام من حيث المبدأ، ويتميز هذا النوع من التوفيق بإمكانية الاتفاق عليه في أية مرحلة سواء قبل نشأة النزاع أو بعد نشأته، أو اللجوء إليه في أثناء الإجراءات القضائية أو التحكيمية أو بعدها [(3)]، كما يتميز هذا الشكل من التوفيق بأنه غالبًا ما يتم بعيدًا عن رقابة القضاء وإشرافه، لأن جميع إجراءاته تتم بين الأطراف

[1] **عطار سمية** ، المرجع السابق ، ص344.

[2] **UNICITRAL MODEL LAW** on international commercial conciliation with guide to enactment and use new york .2002 united nations publication sales no.E05.v.4ISBN92-1-133730-5.page1.

[3] **محمد إبراهيم موسى**: التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م، ص28.

والموفق دون أي تدخل من قبل السلطات القضائية" [1]، أما التوفيق المؤسسي فتنظمه إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة والتي غالباً ما تقوم بتنظيم التحكيم أيضاً ومن أمثلة التوفيق المؤسسي قواعد التوفيق الاختياري لغرفة التجارة الدولية والتي دخلت حيز النفاذ من أول يناير 1998م، و لائحة إجراءات التوفيق و التحكيم لدى مركز أبو ضبي للتوفيق و التحكيم التجاري لسنة 1993، التي نصت في المادة 09 منه على : " يعتمد مركز أبو ضبي للتوفيق و التحكيم التجاري شرطاً نموذجياً لحل النزاعات التجارية الوطنية و الدولية بالتوفيق لإعتماد هذا الشرط في معاملاتهم بإدراجه في عقودهم و إتفاقاتهم وفق النص التالي : سائر النزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير أو إنهاء هذا الإتفاق تحل نهائياً عن طريق التوفيق وفقاً لأحكام التوفيق المنصوص عليها في لائحة أبو ضبي للتوفيق والتحكيم وذلك بواسطة هيئة توفيق مؤلفة من موفق واحد أو ثلاثة موفقين أو أكثر، و يصار إلى تسميتها وإستدعائها وفقاً للإجراءات والأصول المنصوص عليها في لائحة المركز."[2] وقواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك قرّرته الفقرة الأولى من المادة 28 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (الأكسيد).[3]

أولاً :عناصر التوفيق الأساسية:

من خلال التعاريف السابقة يمكن تصنيف العناصر الأساسية التي تتضمنها وسيلة التوفيق إلى عدة عناصر تتمثل فيها يلي:

أ: التوفيق طريق ودي لتسوية المنازعات: تعد وسيلة التوفيق وسيلة ودية لتسوية ما يثور بين الأطراف من منازعات وما يعوق علاقاتهم من مشكلات، تحول دون تمام تنفيذها أو استمرارها،

---

[1] **محمد أحمد عبدالنعيم**: مدى إخلال آلية التوفيق الإجبارية بحق التقاضي، دراسة تحليلية انتقادية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص32.

[2] ينظر نص **المادة 09** من لائحة المركز متاحة على العنوان الإلكتروني التالي:
www.adccac.ae تاريخ الزيارة 15-01-2021.

[3] تنص **المادة 28 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965** على:" لأي دولة 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 للطرف الآخر في النزاع".

فالتوفيق لا يعد وسيلة قانونية أو قضائية يرتكن إليها لحسم ما يثور بين الأطراف من منازعات، وإنما هو أحد الوسائل التي يصنع فيها القرار أو الاتفاق المرضي، لكلا طرفي النزاع، وبما أن أسلوب التوفيق هو أسلوب رضائي ودي، فإن إجراءاته وقواعده تتم بمنأى عن رقابة القضاء، بدليل أن ما يقوم به الموفق من مجهودات، ومحاولات لا تخضع لرقابة القضاء بصفة عامة

ب :التوفيق طريق اختياري لتسوية المنازعات: بما أن أسلوب التوفيق أسلوب ودي سلمي لتسوية النزاعات، فإن أساسه هو إرادة الأطراف وحدها، بحيث لا يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب جبرا، وإنما هو أسلوب رضائي يجد أساسه في مدى قبول أطراف النزاع الالتجاء إليه كحل ودي.

وأكثر من هذا فإن مبدأ الرضائية، ەو الذي سوف يحدد مدى اقتناع الأطراف به كحل ودي لنزاعهم، لأن إقبال الأطراف على أسلوب التوفيق، دون إبدائهم للرغبة في الخوض في إجراءاته وتقديم التنازلات المتبادلة، دليل أو قرينة على عدم الرضا والاقتناع به كحل ودي، وهو الأمر الذي سيؤدي إلى فشل إجراءات التوفيق لا محالة .وبالتالي فإن أسلوب التوفيق هو حل رضائي في جميع مراحله ، بدءا من إبداء الرغبة في اعتماده كحل للنزاع القائم، وصولا إلى الالتزام بالنتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها[1]، لأن هذه الأخيرة هي الأخرى تنفّذ وتحترم، على أساس مدى قبولها من قبل أطراف النزاع، ودون تدخل من أي جهة قضائية كانت.

فالتوفيق يبدأ بطلب من أحد الأطراف يخطر به الطرف الآخر لاستطلاع رأيه في قبول هذا الطريق من عدمه، وذلك عن طريق الهيئة أو المركز المقدم إليه طلب التسوية، وتبدو السمة الاختيارية بوضوح في الوقت الذي يمكن فيه الاتفاق على اللجوء إلى هذه الوسيلة[2]

ج :التوفيق آلية تدخل الغير (طرف ثالث): يعتمد على تدخل شخص من الغير أو طرف ثالث، وذلك إما لأجل التقريب بين وجهات النظر المتباينة، وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق، من أجل الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء، تتحقق فيها مطالبهم المختلفة، أو أن تتسع مهمة الموفق إلى حد اقتراح بعض الحلول على الأطراف، والتي قد يسفر بعضها عن شيء يرتضيانه، دون أن يملك الموفق إمكانية الانفراد بتقرير الحل، أو فرضه على أطراف النزاع[3].

---

[1] **عطار نسمية** ، مرجع سابق ، ص346.

[2] **أحمد أبو الوفاء**، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988 ، ص 21.

[3] **عطار نسيمة** ، مرجع سابق، ص346.

ولما كان ما يصدره الموفق من نتائج وتوصيات، لا يمثل حكما تحكيميا، أو حكما قضائيا أو قرارا ملزما، فإن نظام التوفيق لا يمكنه أن يستنفذ ولاية القضاء، وذلك على خلاف التحكيم، الذي يستنفذ تلك الولاية دون أن يغنى عنها، فالأمر دائما يحتاج إلى تدخل القضاء للفصل في كل ما يلزم، لتمكين المحكم من تنفيذ مهمته، مما يخرج عن حدود ولايته، ولضمان التزامه بالولاية المحددة له.

أما بعد صدور التوصية وقبول الأطراف لها، فإنها لا تخضع لتقدير القضاء، لأجل النظر في مدى صحتها، وذلك عكس القرار الصادر من المحكم، الذي يخضع للنظر في مدى صحة الحكم الصادر، عندما يطعن الطرف الصادر الحكم ضده ببطلان حكم التحكيمي، خاصة إذا كان مخالفاً للنظام العام في البلد الذي سينفذ فيه الحكم التحكيمي.

د :توصيات التوفيق غير ملزمة لأطرافه: تتميز الوسائل الودية لتسوية المنازعات، بكونها وسائل إرادية تقوم على مبدأ إرادة أطراف النزاع، سواء في اللجوء والإقبال عليها كحل للنزاع القائم، أو في مدى قبول النتائج، والتوصيات المترتبة عنها.

وبالتالي فإن أسلوب التوفيق مثله مثل باقي الأساليب الودية الأخرى، وإنه في فرضية نجاح العملية التوفيقية، التي تتمثل في توصل أطراف النزاع إلى اتفاق مرضي لكليهما، فإن الموفق سوف يصوغ جملة من التوصيات، التي هي بمثابة تنازلات لكلا الطرفين.

وعليه فإن الموفق من خلال مابذله من مجهودات يقتصر دوره فقط، على التقريب بين وجهات النظر لأطراف النزاع، وبالتالي فإن ما ستسفر عنه مجهوداته، هي عبارة فقط عن توصيات، ترقى لمرتبة الأحكام أو القرارات الملزمة. ومادام أن الأساليب الودية جملة، تقوم على إرادة الأطراف، فإن أسلوب التوفيق، هو الآخر توصياته غير ملزمة لأطراف النزاع، ولهم كامل الحرية في الالتزام بها واحترامها، من عدمه، إذا رأى أطراف النزاع أن هذه التوصيات لا تحقق الحد الأدنى من مطالبهم، أو ما يجدونه ملبيا لرغباتهم.

ونظرا لما يحققه أسلوب التوفيق من مزايا جعلت منه أحد الأساليب التي يعتمدها المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية.

ثانياً :مزايا التوفيق:

يعد التوفيق من أهم الوسائل الودية لفض المنازعات في مجال الاستثمار الدولي ، و نجد أن الأطراف يتفقون غالبا على اللجوء إلى التوفيق كإجراء تمهيدي سابق قبل عرض النزاع على وسيلة أخرى كالتحكيم مثلا و هذا للمزايا التي يتمتع بها نجملها في كل من الاقتصاد في الإجراءات وأنه عدالة ناجزة، وقلة تكلفته ومحافظته على العلاقات التعاقدية، وإصلاح الأضرار، وكذا إقامة التوازن والتعادل بين الأطراف.

أ: الاقتصاد في الإجراءات: عادة ما يفضل المتنازعين اللجوء إلى أسلوب التوفيق، باعتباره وسيلة ودية، تخرج عن نطاق الأساليب الرسمية الممثلة في القضاء، وإلى حد ما حتى التحكيم، وذلك لكون أن أسلوب التوفيق لا يتقيد بأي إجراءات قضائية أو تعقيدات، من شأنها إطالة أمد النزاع، من جهة وتفاقم الأضرار والخسائر المالية من جهة أخرى.

فالتوفيق طريق يحقق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات بمعناه العام، أي إعفاء الأطراف المتنازعة من الخضوع للقواعد الشكلية، وبالتالي قصر أمد التقاضي، وتقديم عدالة سريعة لهؤلاء الأطراف، بيد أن الأمر لا يقتصر على تحقيق السرعة في اقتضاء الحقوق فقط، وإنما أيضا أسلوب التوفيق يلبي رغبات الأطراف في الحصول على عدالة أقل تكلفة[1].

ب: الاقتصاد في التكاليف: إن خلو أسلوب التوفيق من الإجراءات الشكلية، والتعقيدات التي تتميز بها الأساليب القانونية الرسمية لتسوية النزعات، تنعكس على المصاريف والتكاليف التي يتحملها أطراف النزاع،مقارنة بالقضاء الوطني ، بحيث تكون أقل تكلفة من الأخيرة. فبما أن أسلوب التوفيق يتميز بأنه طريق سريع وفعال في تسوية المنازعات، فإنه حتما سيؤدي إلى الإقلال من التكلفة التي يتحملونها، في سبيل الوصول إلى حل عادل يرتضيانه، فالتوفيق يسمح للأطراف بالحصول على عدالة أقل تكلفة، وفي مدة قصيرة، وذلك على خلاف التحكيم.

[1] عطار **نسمية** ،المرجع السابق ، ص348.

فإذا كان التحكيم يشترك مع التوفيق في قصر المدة التي يستغرقها الفصل في النزاع، وإن كان البعض يرى أن هذه السمة لا تلازم التحكيم على الدوام، إلا أن التوفيق ينفرد بأنه غير مرهق للأطراف المتنازعة، وإن كان التحكيم يتميز بسهولة الإجراءات وسرعة الفصل، في المنازعات المعروضة عليه، فإنه يختلف عن التوفيق في كثرة النفقات، التي يتحملها أطراف النزاع في سبيل الفصل فيما يثور بينهم من منازعات، فالتحكيم شأنه في ذلك شأن القضاء.

فهو يحمل الأطراف ما لا يطيقون تحمله من نفقات، الأمر الذي يتجنبه نظام التوفيق، فوفقا لوسيلة التوفيق تتم الاستعانة بشخص من الغير، يكون أهل لإزالة أسباب النزاع وإعادة روح الود، الأمر الذي لا يكلف الأطراف الكثير من النفقات[1].

ج :**المحافظة على العلاقات التعاقدية:**يبدو التوفيق أكثر ملائمة كلما كانت العلاقة العقدية تحتاج إلى قدر من الاستمرار و التعاون كما في عقود البحث المشترك ، إلا أنها تغدو فعلا طريقة مناسبة لنظر المنازعات ، كتلك المتعلقة بخيانة الثقة ،كالتقليد أو السرقة الملكية الفكرية ، أو تلك التي يملك فيها احد الأطراف حسما قاطعا للنزاع من وجهة نظر موضوعية [2].

أهم ما يميز الأساليب الودية في تسوية النزاعات في حالة اللجوء إليها، هو الوقوف على رغبة الأطراف المتنازعة في تسوية خلافهم، في جو ودي يسوده مبدأ الاتفاق وإرادة الطرفين، وأن نفس الأمر ينطبق على أسلوب التوفيق، باعتباره طريق ودي للتسوية، ذلك أن الأطراف المتنازعة، عادة ما تسعى إلى ضمان استقرار العلاقات الاقتصادية، لما له من أثر حالي ومستقبلي.

فالأطراف عند اختيارهم لوسيلة التوفيق، فإنهم يضعون نصب أعينهم المصالح الاقتصادية المشتركة بينهم، سواء الحالية التي هي محل للخلاف، أو المصالح الاقتصادية المستقبلية .وعليه فإنه من شأن التوفيق في حال اعتماده كأسلوب للتسوية، أن يضمن استقرار العلاقات البينية الاقتصادية، ما دام أنه يبتعد كل البعد عن الإجراءات والشكليات القضائية، وما تقتضيه من حصانة دبلوماسية في حالة النزاع القائم بين دولة ومستثمر أجنبي.

---

[1] **طه أحمد علي قاسم**، المرجع السابق، ص9 .

[2] **طه خالد إسماعيل** ، مرجع سابق ، ص ص 188-189.

فالحل التوفيقي لا يفرض على أطرافه، وهو الأمر الذي يمكن من المحافظة على العلاقات الودية بين الأطراف، وهذا ما بينته المذكرة المقدمة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بشأن مشروع القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.

حيث أن اليونيسترال قد أعدت هذا القانون لمساعدة الدول، على صياغة إجراءات لحل المنازعات، تستهدف التقليل من تكاليف تسويتها، وتيسير الحفاظ على أجواء تعاونية بين أطراف التعامل، وتفادي ظهور مزيد من المنازعات، وبث اليقين في المعاملات الاقتصادية الدولية، وبتوعية الأطراف المنخرطة في المعاملات الاقتصادية، بأغراض تلك المعاملات، مما يشجع الأطراف على التماس طرق غير قضائية لتسوية المنازعات، مما يعزز الاستقرار في مجال تسوية هذه المنازعات. أكثر من هذا فإن المنطق الذي يقوم عليه التوفيق التجاري، يساعد إلى حد كبير على ضمان استمرارية العلاقات التعاقدية بين الأطراف، ويعمل على حمل الأطراف، في الخروج من دائرة الخلاف إلى مجال التسوية، ومواصلة تنفيذ الاتفاق الاستثماري، فعند التقاء وجهات النظر على نقطة اتفاق، فإن هذا من شأنه أن يضمن إقامة نوع من التوازن العقدي بين التزامات الأطراف، توازن يسمح إلى حد كبير باستمرارية العلاقات بينهم.

ذلك أن مهمة الموفق تكمن في خلق جو من التفاهم بين الطرفين، من خلال القيام بنوع من التهيئة لالتزامات الأطراف، تهيئة تساعد بدورها على إعادة التوازن بين الالتزامات المتولدة، عن العلاقات التعاقدية[1].

على أنه هناك جانب كبير من الفقه ينتقد أسلوب التوفيق، وجل الوسائل الودية، في مجال تسوية المنازعات، وخاصة المنازعات الاستثمارية، وإن مرجع هذه الانتقادات، مكمنها هو الفشل المصاحب لإجراءات التوفيق، في أغلب تجاربه، بحيث يعتبرها جانب من الفقه، خاصة في حالة فشلها أنها مضيعة للوقت، وتفويت الفرص.

إلا أنه يمكن الرد على هذا الانتقاد من خلال التأكيد، على أن فشل العملية التوفيقية، لا يرجع في الأساس إلى العملية في حد ذاتها، أو في الأسلوب المتبع .وإنما مرد الفشل قد يكون مرجعه عدة أسباب، وكما لا يمكن حصر هذه الأخير فقط في شخص الموفق، لأنه وإن كان الموفق يلعب

[1] **طه أحمد علي قاسم**، المرجع السابق، ص923 .

دورا محوريا في التقريب بين وجهات الاختلاف، إلا أن العملية التوفيقية تدعمها وسائل أخرى، كالعلاقة التي تجمع بين طرفي النزاع، وطبيعة الموضوع محل النزاع، ومدى رغبة، ونية أطراف النزاع في تسوية الخلاف بينهم تسوية ودية توفيقية.

على أنه إذا ا تم إجراء مقارنة بين أسلوب التوفيق، وباقي الأساليب الودية الأخرى، فإننا سنجد أن أسلوب الوساطة الذي هو الآخر يتطلب تدخل الغير، من أجل تسوية النزاع، والذي يتوافق في بعض النقاط مع أسلوب التوفيق، إلا أنه هناك نقاط اختلاف بين الأسلوبين، تتمثل في أن الوساطة هي أكثر مرونة في احتواء النزاع، من حيث كون أن الوسيط يجد مساحة أكبر من الموفق، لأجل التقريب بين الوجهات المختلفة، وذلك لكون أن الوسيط، له إمكانية اقتراح الحلول لأطراف النزاع، بخلاف الموفق.

وبالتالي فإنه وبالرغم من أن البعض يرى في أن الوسائل السلمية الأخرى، قد تفوق في آثارها الأثر المترتب على استخدام وسيلة التوفيق، وعلى الرغم من أن القرارات والتوصيات التي تصدرها للجنة التوفيقية غير ملزمة، إلا أن ما يتمتع به التوفيق كوسيلة للتسوية في المعاملات التجارية، والتي تنطوي على الاقتصاد في الإجراءات والتكاليف، ميزت أسلوب التوفيق في المحافظة على العلاقات الاقتصادية البينة، بين الأطراف المتنازعة، أضفى على هذه الوسيلة نوعا من القابلية والفاعلية، مما جعل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كهيئة دولية لتسوية منازعات الاستثمار، تتخذه كوسيلة مفضلة لتسوية منازعات الاستثمار القائمة، بين الدول الأعضاء فيها، ومواطني الدول الأخرى.

ونظرا لكون المركز الدولي هيئة تسوية دولية، تقوم على المؤسساتية في إجراءاتها، فقد اتسمت قواعد التسوية عن طريق استخدام وسيلة التوفيق بالطابع المؤسسي، الذي يبدوا جليا في مراحل التسوية عن طريق أسلوب التوفيق، وفي القواعد التي أقرها المجلس الإداري للمركز، كقواعد ضابطة لحسن استخدام هذه الوسيلة، والوصول إلى تسوية عادلة مرضية لأطراف النزاع، وهو ما سيتم التفصيل فيه النقطة الموالية.

الفرع الثاني:إجراءات التوفيق في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

تبدأ عملية التوفيق من خلال الاختيار المشترك من الأطراف لموفق معين نظرا إلى سمعته آو مؤهلاته الشخصية التي تجعله محلا للثقة ،كما يمكن للأطراف إسناد النزاع إلى هيئة مؤلفة من عدة أسماء تسمى مجلس التوفيق، إلا أن إجراءات اللجوء إليه تكون أكثر شكلية من تلك المتبعة في اختيار الموفق الفردي ، و هناك التوفيق المؤسساتي الذي يعتمد على الإجراءات والقواعد التي تنص عليها مؤسسة التوفيق كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.[1]

من خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى كل من طريقة إبداء الرغبة في الاعتماد على أسلوب التوفيق لتسوية الخلاف، وضوابط تكوين اللجنة التوفيقية واختصاصاتها، وإجراءات سير العملية التوفيقية، وأخيرا مكان عقد جلسات التوفيق.

أولاً :إبداء الرغبة في تسوية النزاع بموجب التوفيق:

إن إمكانية اللجوء إلى التوفيق كأسلوب ودي لحل النزاع، ممكن أن يتم النص والإشارة إليه مسبقا في الاتفاقية الاستثمارية، التي تجمع بين طرفي النزاع، بمعنى قبل نشوب النزاع، كما يمكن اللجوء إليه كاتفاق لاحق لنشوء النزاع.

أيضا قد تؤثر فكرة إلزام التوفيق في وسيلة التوفيق ككل، فقد تؤدي إلى التردد في استخدامه كوسيلة لتسوية المنازعات، فعدم الإلزام هو أحد السمات الرئيسية في وسيلة التوفيق، فالإطراف تدخل فيه باختيارها وتوافق عليه ولا تخشاه لأنها تعلم مسبقا أنه لا إلزام عليها، حتى ولو توصلت لجان التوفيق إلى نتائج ليست في صالح هذه الأطراف أو لا تتفق مع وجهة نظرها في النزاع، ذلك لأن الأطراف في إتباعها للتوفيق فإنها تأخذ رأي تقرير الموفقين على أنه رأي استشاري قد تأخذ به أو لا تأخذ وفقا لإرادتها[2].

[1] **طه خالد إسماعيل** ، مرجع سابق ، ص190.

[2] **أحمد نبيل حلمي**، المرجع السابق، ص30 .

ومن هذا المبدأ فإن الإلزام يعد مخالف لأساس التوفيق، الذي يقوم على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، فلا يمكن توقع قبول ومساهمة الطرفين في إنجاح العملية التوفيقية، إذا كان أحد الطرفين أو كليهما رافض لهذه الآلية من الأساس. وطبقا للإجراءات المعمول بها في ظل الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تبدأ الإجراءات بتقديم طلب كتابي يبدي فيه الطرف المتضرر رغبته في اللجوء إلى التوفيق كحل ودي للنزاع، إلى السكرتير العام الذي يقوم بدوره بإرسال نسخة من الطلب، بعد تسجيله في أمانة المركز، إلى الطرف الآخر في النزاع[1].

وبالتالي فإنه لا يمكن إعمال أسلوب التوفيق دون وجود اتفاق بين الأطراف وصحته، وإبداء أحدهم الرغبة في الأخذ به، وعليه يكفي لتسجيل طلب التوفيق أن يتبين لسكرتير المركز، دليل بسيط على رغبة الأطراف في الالتجاء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأجل تسوية النزاع القائم بينهما، ويعد من دلائل موافقة الأطراف، إدراج هذه الرغبة إما في اتفاق الاستثمار المبرم بينهما أو في اتفاق لاحق، أو من خلال النص على ذلك في قانون الاستثمار للدولة المضيفة[2]. وهذا بحسب نص المادة1/28 من اتفاقية واشنطن بنصها" **:الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة، الذي يرغب في اتخاذ إجراءات التوفيق، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يرسل صورة منه إلى الطرف الآخر**[3]".

يجب أن يشتمل الطلب المقدم، من أحد الأطراف تحديدا لموضوع النزاع وعناصره، حتى يتمكن الموفق من الإلمام بكافة المسائل التي تثير الاختلاف بين الأطراف، هذا فضلا، عما يقوم به هذا التحديد من اختيار الأشخاص، الذين يقومون بعملية التوفيق. وهذا ما جاءت به الفقرة 2 من المادة 28 بنصها " **:يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع، وهوية الأطراف،**

---

[1] **عطار نسمية** ، المرجع السابق ،ص353.

[2] **طه أحمد علي قاسم**، المرجع السابق، ص491 .

[3] أنظر **اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى**، الموقع عليها في 18-03-1965بواشنطن.

وموافقتهم على تقديمه إلى التوفيق طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق أو التحكيم"[1].

بعد ذلك يقوم السكرتير العام بتسجيل الطلب، والشروع في البدء في إجراءات التوفيق، مالم يثبت له من المعلومات التي تضمنها طلب أحد الأطراف اللجوء إلى التوفيق، أن النزاع يقع خارج اختصاص المركز بشكل ظاهر، عندئذ يتعين عليه إخطار طرفي النزاع بقبوله أو رفضه، تسجيل الطلب بحسب نص المادة 3/28 من الاتفاقية.

وعليه إذا ما تبين للسكرتير العام، بناء على البيانات الواردة في طلب إجراء التوفيق، أن النزاع يخرج عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فله في هذه الحالة الامتناع عن تسجيل الطلب.

إلا أن الامتناع المباشر عن تسجيل الطلب، يكون قاصرا على الحالة التي يكون فيها الطلب خارجا عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بشكل واضح أو ظاهر بحسب عبارة ةالفقرة.

أما إذا كان هناك شك في مدى اختصاص المركز بالنزاع، فيتوجب عليه اعتبار النزاع مما يدخل في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وتسجيل الطلب، ويشترط لقبول طلب مباشرة إجراءات التوفيق، أو التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي توافر شرطين:

1 - وجود طرف أجنبي أو إدارة أجنبية ممثلة في شركة.

2- أن تتفق الإدارة أو الشركة الأجنبية مع الدولة المضيفة أن تعامل الشركة أو الإدارة معاملة الشخص الأجنبي، حتى يتمكن توافر الشروط التي يتطلبها المركز الدولي لتسوية منازعات

[1] La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à la conciliation, conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.
Décret présidentiel, n° 95-346 du 6 Joumada Ethania 1416 correspondant au 30 octobre 1995, portant ratification de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CIRDI).

الاستثمار الأجنبي[1]. وتتحقق الإدارة الأجنبية بصرف النظر، عن ملكية المساهمين الأجانب لكل الأسهم، ويكتفي بملكية عدد كبير من هؤلاء المساهمين لغالبية الأسهم حتى تكون قرينة على الإدارة الأجنبية

على أن اتفاق التوفيق لا يحدث أية التزام على عاتق الأطراف، والاستمرار في إجراءاته، وحتى الأخذ والالتزام بما يراه الموفق .فإبداء الرغبة في اللجوء للتوفيق، لا يمثل أي التزام على عاتق الطرف مقدم الطلب، أو الذي أبدى موافقته على قبول هذه المحاولة. وبالتالي فإنه يجوز لأي منهما رفض مباشرة إجراءاته، أو حتى إنهاؤها بعد السريان فيها، واللجوء إلى الأساليب الأخرى التحكيمية والقضائية، دون أي قيد أو شرط[2].

ثانياً: تكوين لجنة التوفيق واختصاصها:

أ- وتر تشكيلة لجان التوفيق. تتميز القواعد الخاصة بالإجراءات التوفيقية، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، بقدر من المرونة، وإذا كانت القاعدة العامة تتمثل في أن يتمتع أطراف النزاع بحرية كبيرة في اختيار لجنة التوفيق، في حالة الاتفاق بينهما، إلا أنه يمكن اللجوء القواعد التي وضعها المركز الدولي الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، في حالة عدم الاتفاق على أعضاء اللجنة التوفيقية، لأجل تسهيل عملية الاختيار. إلا أن هذه الحرية يحدها قيد أساسي، هو اشتراط وترية التشكيل عند اتفاق أطراف النزاع على تحديدها، وذلك تحسبا لأي اختلاف في وجهات النظر بين الموفقين .وهذا ما أكدته المادة 29 فقرة 02 و 03 من الاتفاقية بنصها" :**تتألف اللجنة من موفق واحد أو من عدد فردي من الموفقين، يعينون طبقا لاتفاق الأطراف.وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن عدد الموفقين وطريقة تعيينهم، تضم اللجنة ثلاثة موفقين يعين كل طرف موفقا واحدا أما الموفق الثالث والذي هو رئيس اللجنة، فإنه يعين بالاتفاق مع الطرفين**".

[1] **عطار نسمية** ، المرجع السابق ، ص354.

[2] **بلحسان هواري** ، المرجع السابق ، ص253.

وتتشكل لجنة التوفيق، عقب تسجيل الطلب وإعلام الأطراف وتتكون اللجنة من موفق واحد، أو أي عدد فردي آخر يتم تعيينهم باتفاق أطراف النزاع، وفي حال غياب الاتفاق على عدد الموفقين أو طريقة تعيينهم تشكل لجنة التوفيق من ثلاثة موفقين، يعين كل طرف في النزاع واحدا منهم ويعين الثالث و هو رئيس اللجنة بالاتفاق بين الأطراف و هذا ما تفصله المادة 29[1]

فمن خلال نص المادة ، نجد أن لجان التوفيق قد تتكون من موفق واحد أو أكثر من موفق، إلا أنه في الغالب تتكون هذه اللجان التوفيقية من أكثر من موفق، ذلك أن وجود موفق واحد لا يمثل قوة ذات تأثير في تسوية المنازعات، كما أن القرار الذي يصدره أكثر من شخص يقلل من تأثير الضغوط والاتجاهات المختلفة في النزاع، بمعنى أن العمل الذي يشترك فيه أكثر من شخص سيغلب عليه الطابع الحيادي، وسيكون له من القوة ما يستطيع به مواجهة الاتجاهات والضغوط.

كما أن لجان التوفيق إذا ضمت أشخاصا تم اختيارهم وفق إرادة أطراف النزاع، وتوصلت هذه اللجنة فيما بعد إلى قرار محدد لتسوية النزاع، فإن هذا يعطيها قوة في تنفيذ قرارها أكثر، مما لو كانت اللجنة التوفيقية مكونة من شخص واحد وليس من اختيارهم.

إلا أن البعض يرى أن لجان التوفيق قد تتكون من عدد ز وجي من الموفقين، وأن عدد الموفقين سواء كان زوجيا أو فرديا ليس له تأثير على تسوية النزاع، ما دام أن لكل طرف الحرية في اختيار الموفق الذي يرتضيه، وأن لكل طرف الحق في اختيار نفس عدد الموفقين الذين يختارهم الطرف الآخر[2].

وما يمكن الإشارة إليه أنه حرية الأطراف في اختيار هيئة التوفيق، وبالقدر التي تتمتع به من مرونة في تحديد طريقة اختيارهم، وتحديد وقت اختيارهم، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي مقيدة بضرورة احترام مبدأ المساواة في الاختيار، وبالتالي فلا يحق لأحد الأطراف الاستئثار بهذه الحرية أو أن يكون له الحق في اختيار عدد يفوق ما يحق للطرف الآخر اختياره، وهذا ما قررته صراحة كافة الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية، كما تقضي ببطلان أي شرط يخول أحد

[1] **عبد الحميد الأحدب**، المرجع السابق، ص5 .

[2] نفس المرجع ،ص253.

الأطراف الانفراد بالاختيار دون الآخر أو عندما ينص الاتفاق على استئثار أحد الأطراف باختيار الموفق في حالة تخلف أحد الأطراف عن اختيار موفقه.

وإذا لم يوفق أطراف النزاع في تشكيل اللجنة التوفيقية خلال مهلة 90 يوما الموالية لإرسال السكرتير العام الإعلان بتسجيل الطلب إلى الأطراف، أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الأطراف خلافا لذلك، يجب على رئيس المجلس الإداري بناء على طلب أي طرف وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الإمكان إجراء التعيينات الناقصة،وهذا ما نصت عليه المادة 30 من الاتفاقية.

ورغم أن الاتفاقية منحت الأطراف قدرا كبير من الحرية بخصوص تشكيل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم إلاّ أنها أكدت أن عدم الاتفاق حول هذا الموضوع أو عدم رغبة أي منهما في التعاون لحل نزاعهما لن يؤدي إلى التوقف في الإجراءات، وقد وضعت الاتفاقية من الأحكام ما يمكن معه تنفيذ التعهد باللجوء إلى التوفيق أو التحكيم[1]

ومن مظاهر المرونة التي تميزت بها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في هذا الشأن، أنها سمحت للأطراف تعيين موفقين من خارج القوائم التي يحتفظ بها المركز، بشرط أن يكونوا حائزين لنفس الصفات الواجب توافرها في من يعين من قوائم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

ب- الشروط الواجب توافرها في أعضاء لجنة التوفيق: إن أطراف النزاع وإن كانوا يتمتعمون بقدر من الحرية في اختياراتهم، إلا أن قواعد وإجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، تضع بعض القيود والشروط في طريقة اختيارهم، و تلك الشروط تم النص عليها في المادة 15 التي تنص "يجري تعيين هؤلاء الأشخاص لمدة ست سنوات قابلة للتجديد"م المادة 1/14 من الاتفاقية التي نصت على مايلي" :**يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفايتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو**

[1] **أوسهلة عبد الرحيم** ،الآليات القانونية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم،تخصص قانون خاص ،فرع قانون الاقتصادي، جامعة جيلالي ليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015،ص130.

المالية .وأن تتوافر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال في مباشرة وظائفهم، مع ملاحظة أن التخصص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا".

ولا توجد أية مادة تحدّد عدد مرات قابلية التجديد للشخص المعين كمحكم أو موفق، ممّا يدفعنا إلى القول أنه لا مانع من تجديد الدولة العضو أو رئيس المركز الدولي الثقة في الشخص المعين (الموفق أو المحكم) عدة مرات متى كانت الشروط المطلوبة في المادة 14 قائمة دائما.

كما أنه يراعى في اختيار هيئة التوفيق سواء من قبل أطراف النزاع، أو عن طريق رئيس المجلس الإداري، تمثيلها للمبادئ الأساسية والأشكال العامة للنشاط الاقتصادي العالمي، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة. ويرى البعض أنه بعيدا عن شرط توافر الأهلية في شخص الهيئة التوفيقية، فإنه يتعين انتفاء مصلحتهم في النزاع الذي يتدخلون لتسويته، فانتفاء المصلحة في النزاع يعد شرطا أساسيا لضمان نجاح العملية التوفيقية، وهذه المصلحة قد تكون مصلحة مباشرة، وتتحقق في حالة ما إذا كان الموفق طرفا في النزاع الذي يتدخل لتسويته، بمعنى يكون هو الخصم والحكم في نفس الوقت[1].

وقد تتمثل في مصلحة غير مباشرة عندما تثبت أو تتحقق للموفق استفادة من النزاع المعروض عليه، لأجل القيام بالعملية التوفيقية، ولا شك أن تلك المصلحة سوف تنتفي، عندما يكون الموفق شخصا مستقلا عن أطراف النزاع. وإن كانت هذه الاستقلالية تؤثر على نجاح محاولة التسوية، نظرا لما تلعبه العلاقة التي تربط بين الموفق والأطراف من دور مؤثر، في نجاح عملية التسوية، ذلك أنه كلما كان هناك رباط وثيق بين الموفق وأطراف النزاع، كلما سهل هذا الأمر على لجنة التوفيق القيام بمهمتها خير قيام، لما تعنيه هذه العلاقة من توافر للثقة بين الموفق وأطراف النزاع، الأمر الذي ينعكس إيجابيا على العملية التوفيقية للخروج بحل رضائي يخدم مصلحة كلا طرفي النزاع. وتقضي القاعدة أنه في حالة بدأ الإجراءات التوفيقية، فإنه لا يجوز أن يتم إلحاق أية تعديلات على أعضاء اللجنة، وهذا وفقا لنص المادة 56/ 1 إلا في حالتين فقط :هما حالة وفاة الموفق أو حصول له مانع، وحالة الاستقالة.

[1] **عطار نسمية** ،المرجع السابق، ص358.

فحالة الوفاة أو حصول مانع للموفق، فقد تم النص عليه في فقرة 01 من المادة 56 بنصها "**متى شكلت لجنة التوفيق، أو محكمة التحكيم وبدأت الإجراءات، لا يجوز تعديل التشكيل .ومع ذلك فإنه في حالة الوفاة أو العجز أو الاستقالة بالنسبة لأحد الموفقين أو المحكمين، فإنه يتم شغل المنصب الشاغر طبقا لأحكام الفصل الثالث القسم الثاني أو الفصل الرابع القسم الثاني**".

عند إستقراء الفقرة 03 من المادة، نجد أنها قد فصلت في الاستقالة، حيث أنها قد ميزت بين حالتي ما إذا كانت الاستقالة بموافقة اللجنة أو بدونها. فإذا ما وافقت اللجنة على استقالة موفق ما وانسحابه، فإنه يتم تعيين بديل له وفقا لنصوص الاتفاقية الخاصة باختيار أعضاء لجنة التوفيق، وهي نفس الإجراءات المتبعة في تعيين الموفق المتوفى أو في حالة استحالة ممارسة مهمته. أما في حالة ما إذا استقال العضو المعين دون موافقة اللجنة، ففي هذه الحالة يقوم رئيس المجلس الإداري، بتعيين بديل عنه مباشرة من ضمن الأسماء الواردة في القوائم. ونشير أنه في حالة ما إذا تم تعيين موفق من بين الأسماء الواردة في قائمة لجان التوفيق، وبعد سريان إجراءات التوفيق، وتخلى عن صفته كموفق أو لم يعد عضوا في القائمة، فإنه في هذه الحالة يتعين عليه مواصلة الإجراءات التوفيقية، وعدم التحجج بفقدانه صفة الموفق، التي كان حائزا لها، وهذا بحسب الفقرة 02 من نفس المادة.

ويقول بعض الفقه أن الشخص المعين (كموفق أو محكم) والذي احتكم أطراف النزاع إليه من أجل توفيق أو تحكيم، واستقال أثناء تأدية مهامه، فإن هذه الاستقالة تسري على القائمة التي كانت تضم اسمه فقط دون المهمة الموكلة له، لأنها أصبح بموجب شرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم أو مهمة التحكيم أو اتفاق التوفيق مرتبطا بالنزاع المعروض عليه، وتحلله من هذا الالتزام يقيم مسؤوليته تجاه أطرافه الأخرى ، ويستند هذا الفريق في رأيه إلى المبادئ الأساسية للقانون في مجال المسؤولية العقدية [1]و هذا ما يتنافى مع نص المادة 56 من الاتفاقية.

[1] **أحمد أبو الوفاء**، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 117.

ج- اختصاص لجنة التوفيق: حددت المادة 32 من الاتفاقية المسائل التي تدخل في اختصاص اللجنة، والتي تتضمن سلطة الفصل في مدى اختصاصها بالنظر في النزاع ، فإنه يجوز للجنة التوفيق أن تفصل في الدفوع التي تقدم إليها بعدم الاختصاص، والمثارة من قبل الأطراف إما بسبب خروج النزاع عن اختصاص المركز ابتداء، أو على أساس أن المسألة أولية يجب الفصل فيها من قبل سلطة أخرى غير المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدولي.

وما تجدر الإشارة أن النص الفرنسي أكثر وضوحا من الترجمة العربية إذ أنّ عبارة "إن اللجنة محكومة باختصاصها" يقابلها في النص الفرنسي.

«La commission est juge de sa compétence».

ومن ثم فإن لجنة التوفيق تفصل في موضوع اختصاصها، إذ لها أن تفصل في الدفوع التي يثيرها أحد الأطراف استنادا إلى أن موضوع النزاع ليس من اختصاص اللجنة، ويجوز لها في هذه الحالة الفصل في هذا الطعن باعتباره مسألة أولية أو ضمها إلى موضوع النزاع والفصل فيهما معا و هنا أيضا يؤخذ على النص العربي سوء الترجمة إذ نجد عبارة:

"..فإن اللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرّر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية " تقابلها في النص الفرنسي عبارة.

«…doit être examiné par la commission qui décide s'il doit être traité comme une question préalable».

ومن ثم فإن ترجمة مصطلح question préalable إلى اللغة العربية تعني مسألة أولية وليس شكلية وشتان بين هذا وذاك في الاصطلاح القانوني[1].

[1] **أوسهلة عبد الرحيم** ، مرجع سابق ، ص ص 132-133.

الفرع الثالث :إجراءات سير عملية التوفيق:

نصت الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على إجراءات التوفيق أمام المركز الدولي من خلال موادها الأربعة 32 ، 33 ، 34 ، 35 .

و تتمثل إجراءات التوفيق، في بذل لجنة التوفيق المكونة من شخصيات متخصصة، إما من اختيار أطراف النزاع، أو بتعيين عن طريق رئيس المجلس الإداري وبموافقة أطراف النزاع ، مجهوداتها لأجل الوصول إلى حل رضائي، من خلال بحث جوانب النزاع، والخروج بتقرير يتضمن اقتراحات وتوصيات لحل الخلاف القائم. وتعمل لجنة التوفيق على ما يلي:

توضيح النقاط محل النزاع بين الأطراف. على تقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة، والسعي إلى توقيع اتفاق، يتضمن قواعد مقبولة من الطرفين.

وتجرى إجراءات التوفيق وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقية، و يتعين على اللجنة توضيح عناصر النزاع بين الأطراف، ومحاولة الوصول إلى قواعد وشروط يقبلها الطرفان والعمل على تقريب وجهات النظر بينهم، بغية تحقيق الغرض من الوصول إلى اتفاق.

وقد أجازت الاتفاقية للجنة في أية مرحلة من مراحل الإجراءات، وكذلك في أي وقت أن تصدر توصيات تتضمن قواعد للتسوية بين الطرفين، وذلك بالتعاون مع الأطراف لتمكينها من القيام بوظائفها، واختصاصاتها.

وتختص اللجنة بنظر النزاع المطروح عليها وفق اختصاصها، وإذا دفع أحد الأطراف بعدم اختصاصها، عليه أن يقيم الدليل على ذلك، لتقرر اللجنة ما إذا يعامل هذا الدفع كمسألة شكلية أو موضوعية. وهذا ما نصت عليه المادة 3/32" **:إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف، يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية، أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية."**

من خلال النص نجد أن الاتفاقية قد حددت المسائل التي تدخل في اختصاص اللجنة، والتي منحتها سلطة الفصل في شأن مدى اختصاصها بنظر النزاع، فالاتفاقية قد اعتبرت لجنة التوفيق قاضية بنفسها، في شأن مدى اختصاصها بنظر النزاع المطروح أمامها. وبناء على ذلك فإنه يجوز لها أن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص، والذي يثار من قبل أحد أطراف النزاع، والمتضمن خروج النزاع من اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أو أنه لا يدخل في لأسباب أخرى في اختصاص اللجنة، باعتباره مسألة أولية قبل الفصل في الموضوع، أو ضم مثل هذا الدفع إلى موضوع النزاع، والفصل فيهما معا في وقت واحد. ومن بين الإجراءات التي تتخذها لجنة التوفيق، هو قيامها بتحديد المسائل التي يتعين عليها معالجتها، وعادة ما تنقسم هذه المسائل إلى مجموعة من المطالب، ومجموعة من الدفوع التي يرد بها على تلك المطالب . وهنا يبرز دور الموفق الذي يقوم بتقريب وجهات النظر المتباينة لأطراف النزاع، وصولا بهم إلى نقطة التقاء، تتحقق عندها مطالبهم[1].

أمّا المادة 33 من ذات الاتفاقية فتنص على: تدار جميع إجراءات التوفيق طبقا لأحكام هذا القسم، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، طبقا للائحة التوفيق المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التوفيق، وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص عليها بمقتضى هذا القسم، أو بموجب لائحة التوفيق أو أي و هذه ،لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى اللجنة الفصل فيه على نحو ما تراه ملائما المادة تؤكد صراحة أن اتفاق وإرادة الأطراف الراغبين في التوفيق تلعب دورا بارزا حتى في إجراءات التوفيق، إذ يمكن لهم الاتفاق في لائحة التوفيق على إتباع إجراءات معينة في دعوى التوفيق أو تحديد مواعيد للرد على توصيات الموفق...الخ ومواد الاتفاقية ما هي إلاّ مكملة لإرادتهما، ونصت هذه المادة أيضا على أنه إذا لم يتفق الأطراف أو ثارت مسألة إجرائية لم يتوقعه المتنازعون في لائحة التوفيق أو أي لائحة أخرى، فإنه للجنة التوفيق الفصل فيه على نحو ما تراه ملائما هذا ما يؤكد أنّ الموفق لا يكتفي ولا يبحث عن تطبيق القانون وكفى، بل يعمل على إحقاق العدالة وقواعد الإنصاف[2].

[1] **بلحسان هواري** ، مرجع سابق ، ص256.

[2] **أوسهلة عبد الرحيم** ، مرجع سابق ، ص133.

و بحسب نص المادة 1/34 التي تنص على ما يلي " **:تتمثل وظيفة اللجنة في توضيح النقاط محل النزاع من الأطراف، وعليها أن تبذل قصارى جهدها في توجيههم نحو الحل الذي يقبلانه، ولهذا الغرض يجوز للجنة في أية مرحلة من الإجراءات أن توصي الأطراف بشروط التسوية، ويتعين على الأطراف التعاون بحسن نية مع اللجنة، بغرض تمكينها من تأدية وظائفها، ويجب عليهم أن يأخذوا توصياتها بأكثر قدر من الجدية والاعتبار**".

ويفهم من نص المادة أن للموفق دور بالغ الأهمية، يتجلى في التقريب بين وجهات النظر المتباينة لأطراف النزاع، وصولا بهم إلى نقطة التقاء، تتحقق عندها مطالب طرفي النزاع، وعادة تمر عملية التوفيق بمراحل متعددة حتى يمكن التوصل إلى تسوية مرضية لجميع الأطراف.

حيث تبدأ العملية التوفيقية بالتحضير والإعداد، ثم يعقبها بعد ذلك التقديم والعرض وبيان النزاع، وتوضيح عناصره، ثم بعد ذلك يتم طرح وتقديم البدائل التي يمكن الاختيار بينها، وأخيرا الاتفاق على التسوية والحل الذي يرتضيه الأطراف ويحقق مطالبهم، وعادة ما يلجأ الموفق إلى مبادئ العدالة والإنصاف، لإمكانية اقتراح بعض الحلول التي تنأى بالأطراف عن جو المنازعة[1].

وعلى العموم تنتهي إجراءات التوفيق بحسب الحالات التي تؤول إليها نتيجة التوفيق، وهذا بحسب نص المادة 2/32" **إذا توصل الأطراف إلى اتفاق تعد اللجنة محضرا رسميا يتناول عرضا لوقائع النزاع وتثبيت فيه اتفاق الأطراف وإذا قدرت اللجنة في أي مرحلة من الإجراءات التوفيقة أنه لا تتوفر أية إمكانية للتوصل إلى اتفاق بين الأطراف، فإنها تنهي الإجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن النزاع طرح على التوفيق، ولم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأنه .وإذا تغيب أحد الطرفين وامتنع عن المساهمة في الإجراءات تنهي اللجنة الإجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن أحد الطرفين تغيب أو امتنع عن المشاركة في الإجراءات.**

ومن خلال استقراء نص الفقرة نستدل أن النتيجة المحتملة لإجراءات التوفيق، تنقسم إلى ثلاث فرضيات، هي على النحو التالي:

[1] **عطار نسمية** ، المرجع السابق ، ص 363.

أولاً- نجاح عملية التوفيق :

:يمكن أن تكلل عملية التوفيق بالنجاح، إذا ما تلقت توصيات اللجنة الترحيب- والقبول من قبل أطراف النزاع، وفي هذه الحالة تعد اللجنة تقريرا مفصلا لوقائع النزاع والاتفاق الذي تم التوصل إليه، وهذا بحسب نص الفقرة المشار إليه أعلاه فإذا توصل الطرفان إلى اتفاق تقوم اللجنة بوضع تقرير مبينة فيه المسائل المتنازع عليها، ومسجلة أن الطرفين قد توصلا إلى اتفاق. وبالتالي فإنه وبحسب المادة 2/32 من الاتفاقية، فإنه إذا ما حققت اللجنة في سعيها وصول الأطراف إلى عقد الاتفاق، فإنها تقوم بوضع تقرير تسجل فيه موضوع النزاع، وما بلغته الأطراف من نتائج، أما إذا أخفقت اللجنة في بلوغ تسوية للنزاع، فإنها تنهي الإجراءات وتقوم بإعداد تقرير توضح فيه أسباب فشل الوصول إلى الاتفاق.

ويعرف التقرير الذي تعده اللجنة التوفيقية، أنه الاسم الذي يطلق على الوثيقة التي تعدها اللجنة، وتقدمها للأطراف المتنازعة، وهذا بهدف أن تتمكن الأطراف، من تكوين رأيها الخاص، بناء على ما تم تقديمه من مقترحات من قبل أعضاء اللجنة التوفيقية.

ويتضح من خلال تعريف التقرير أنه يجب أن يتضمن هذا الأخير عنصرين أساسين، يتمثل العنصر الأول في مقترحات أعضاء اللجنة لتسوية النزاع القائم بين الأطراف، أما العنصر الثاني فيتمثل في الأسباب التي دعت اللجنة إلى الاقتناع، بأن هذه المقترحات هي السبيل لتسوية النزاع، وإلى الاقتناع بأن الأطراف سيقبلون هذه المقترحات[1].

مع الإشارة إلى أن التقرير الذي تعده اللجنة لا يكون ملزما للأطراف، إلا منذ اللحظة التي يبدون قبولهم ورضائهم له.

ثانياً- توقف عملية التوفيق :

للموفق سلطة وقف الإجراءات التوفيقية، حسب سلطته التقديرية لمجريات التوفيق، ومدى تعاون الطرفين،لأن جهود التوصل إلى حل رضائي للطرفين،أساسه مدى قبول وتعاون الطرفين في إيجاد الحل.

[1] **طه احمد علي قاسم** ، المرجع السابق ، ص437.

ففي حالة ما إذا ثبت للموفق أنه من الصعب التوصل إلى تسوية ودية للنزاع المطروح عليها، فإنه في هذه الحالة، من الضروري عدم الاستمرار في تلك المحاولة وإضاعة الوقت، طالما أن نتيجة عملية التوفيق أضحت معروفة ومؤكدة، وبناء على ذلك تصدر اللجنة تقريرا، تبين فيها هذه عجز العملية التوفيقية[1].

وإنه بالإمكان الوقوف على عجز العملية التوفيقية، من خلال عدة دلائل ومواقف يؤتيها أطراف النزاع، مثل عدم تعاون أطراف النزاع في تقديم المقترحات والتنازلات المتبادلة، وكذلك عدم إبداء الرغبة الجدية في الحضور للقاءات التوفيقية، فكل هذه المؤشرات دليل على فشل إجراءات التوفيق، الأمر الذي يجبر اللجنة على إنهاء إجراءاتها، وإصدار تقرير ب وقف العملية التوفيقية. وهذا بدليل نص الفقرة التي تنص على ما يلي " **:وإذا قدرت اللجنة في أي مرحلة من الإجراءات التوفيقة أنه لا تتوفر أية إمكانية للتوصل إلى اتفاق بين الأطراف، فإنها تنهي الإجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن النزاع طرح على التوفيق، ولم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأنه .وإذا تغيب أحد الطرفين وامتنع عن المساهمة في الإجراءات، تنهي اللجنة الإجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن أحد الطرفين تغيب أو امتنع عن المشاركة في الإجراءات**".

فوفقا لنص المادة من الاتفاقية فإنه يترتب على تغيب أحد الأطراف، أو امتناعه عن المساهمة في إجراءات التوفيق، انتهاء الإجراءات بقرار تصدره اللجنة، التي يتوجب عليها أن تحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن أحد الأطراف، تغيب أو امتنع عن المشاركة في الإجراءات.

ثالثاً- إعتراض أحد الأطراف على عملية التوفيق :

قد يخبر أحد الأطراف لجنة التوفيق في أية مرحلة من م ا رحل التسوية برغبته في عدم استكمال إجراءات التوفيق، ويبرز أسباب هذه الرغبة، التي قد تتمثل في دفعه بعدم صلاحية أحد أعضاء اللجنة استنادا إلى وقائع توضح بجلاء وجود نقص في الصفات المتطلبة لإدراج اسم

[1] **طه احمد علي قاسم**، المرجع السابق، ص 440..

العضو في لجنة التوفيق، أو أحد أعضاء اللجنة غير صالح للتعين في لجنة التوفيق، لوجود ثمة علاقة بينه وبين الطرف الآخر في النزاع[1].

تختص اللجنة التوفيقية، بالنظر في الدفوع المقدمة ضدها، بشرط ألا يشترك العضو المدعى بعدم صلاحيته في إصدار قرار الفصل في الدفوع، وإنه في حالة ما إذا كان عدد الأعضاء الآخرين غير المطعون في صلاحيتهم، والمنوط بهم اتخاذ القرار بخصوص الطعن الموجه لها زوجيا، أو إذا كان الطعن موجها إلى موفق فرد واحد، وذلك في حالة تشكيل اللجنة من موفق واحد، ففي هاتين الحالتين يتصدى رئيس المجلس الإداري للطعن ويفصل فيه، وفي حالة ما إذا صدر القرار بعدم صلاحية العضو المطعون فيه يستبدل بعضو آخر، وفقا للأحكام الخاصة بتعيين الموفقين، وهذا بحسب نص المادة 58 من الاتفاقية.

وقد منحت الاتفاقية أطراف النزاع حرية واسعة في تقديم دعواهم أمام لجنة التوفيق، وبكافة الوسائل القانونية المتاحة ، وحتى لا يتأثر أي من أطراف النزاع من أي إجراء أمام اللجنة أثناء قيامها بعملها[2]، فقد نصت الاتفاقية كقاعدة عامة على أنه لا يمكن لأي طرف من أطراف النزاع، الحق في التمسك أمام أي جهة قضائية أخرى، بتقرير اللجنة أو توصياتها، أو ما صدر عن الطرف الآخر، من وجهات نظر أو أقوال أو ما قبله أو عرضه من تسويات للنزاع. استثناء فإنه يمكن لطرفي النزع الاعتماد على ما تم إبداؤه أمام اللجنة التوفيقية، إذا ما عرضت القضية أمام الجهات القضائية الأخرى، وهذا يتحقق فقط في حالة وجود اتفاق بين الأطراف المتنازعة، يقضي بإمكانية الاحتجاج، بما قيل أو قدم أثناء سير الدعوى التوفيقية، وهذا بحسب ما تقضي به ىالمادة 35 من الاتفاقية.

رابعاً- مكان عقد جلسات التوفيق:

بالرجوع إلى نصوص الاتفاقية فإن مكان اتخاذ الإجراءات التوفيقية، قد حددتها المادة 62 من الاتفاقية حيث" **تجرى عملية التوفيق والتحكيم في مقر المركز** "والذي حددته المادة الثانية من

[1] **بلحسان هواري** ، المرجع السابق ،ص258.

[2] **عطار نسمية** ، المرجع السابق ، ص364.

الاتفاقية عندما بينت أن" **مقر المركز هو مقر البنك العالمي للإنشاء والتعمير، ومع ذلك يمكن نقل مقر المركز إلى أي مكان آخر بقرار من المجلس الإداري للمركز يصدر بأغلبية ثلث أعضائه**".

ومع ذلك أجازت المادة 63 من الاتفاقية للأطراف الاتفاق، على أن تتم عملية التوفيق في مقر المحكمة الدائمة للتحكيم، أو في أي مؤسسة أخرى ملائمة سواء عامة أو خاصة، إذا كان المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، قد أجرى معها الترتيبات اللازمة بهذا الشأن، أو في أي مكان آخر توافق عليه لجنة التوفيق بعد التشاور مع السكرتير العام للمركز. وفيما يتعلق بمصاريف أعضاء اللجنة التوفيقية، فإن اتفاقية واشنطن تنص في المادة 60 /1 على أن تحدد لجنة التوفيق، أتعاب ومصاريف أعضائها، طبقا للقواعد التي يضعها المجلس الإداري، بعد التشاور مع الأمين العام بنصها :**تحدد كل لجنة توفيق وكل محكمة تحكيم أتعاب ومصاريف أعضائها في الحدود التي يقررها المجلس الإداري، وذلك بعد التشاور مع السكرتير العام**".

على أن الاتفاقية تجيز لأطراف النزاع أن يحددوا مسبقا وبالاتفاق مع لجنة التوفيق، أتعاب ومصاريف أعضاء تلك اللجنة، وهذا بحسب ما ورد في المادة 2/60 بنصها: **وبصرف النظر عن أحكام الفقرة السابقة، يجوز للخصوم أن يحددوا مقدما، بالاتفاق مع لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم أتعاب ومصاريف أعضائها**".

وإن طبيعة أسلوب التوفيق الذي هو عبارة عن وسيلة ودية، يتم من خلالها التوصل إلى اتفاق بين الطرفين، وليس قرار فاصل، فليس من طبيعة لجنة التوفيق، أن يكسب أحد الأطراف قضية أمامها أو يخسرها، وبذلك يتم تقسيم الأعباء المالية المتعلقة باللجنة وتسهيلات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، مناصفة بين الأطراف ، وبذلك يتحمل الأطراف أية نفقات تنشأ ثنايا الإجراءات، بالتساوي نتيجة لطبيعة إجراءات التوفيق ، وهذا بحسب نص المادة 1/61 من الاتفاقية التي تنص على ما يلي" :**في حالة دعوى التوفيق فإن أتعاب ومصاريف أعضاء اللجنة، وكذلك الرسوم الواجبة مقابل الانتفاع بخدمات المركز يتحملها طرفا النزاع مناصفة.**

ويختص الأمين العام بتحديد الأعباء التي يتحملها الطرفان مقابل خدمات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وذلك طبقا للقواعد التي يضعها المجلس الإداري، وهذا بحسب نص المادة 59 من الاتفاقية" **يحدد السكرتير العام الرسوم والمصاريف التي يتحملها الأطراف مقابل الانتفاع بخدمات المركز، وذلك طبقا للوائح المقررة في هذا الصدد من قبل المجلس الإداري**".

وبالنتيجة وعلى الرغم بما يتميز به أسلوب التوفيق، كحل ودي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه يمكن القول إن هذه الوسيلة، لم تكن ذات جدوى، وقليلا ما تلقى الترحيب، وذلك للاعتقاد السائد في مجال العلاقات الاستثمارية، من أن الطرف الضعيف هو فقط الذي يسعى إلى تسوية النزاع بطريقة التوفيق.

وفي الأخير نخلص إلى أن اختيار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأسلوب التوفيق بجانب التحكيم، اختيار صائب، ذلك راجع لكون أن المركز باعتباره هيئة دولية هدفها الأساسي، هو تهيئة مناخ من الثقة بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أو بين الدول نفسها، ليس هدفه فقط تسوية المنازعات عن طريق حكم تحكيمي حاسم، لأجل الفصل في النزاع المعروض على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وإنما يهدف إلى خلق الجو الودي والوفاق بموجب أسلوب التوفيق، الأمر الذي ينعكس بشكل إيجابي على مسار العلاقات الدولية الاقتصادية. ولا ريب أن سبيل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إلى ذلك هو استخدام أسلوب التوفيق، لأجل خلق أرضية مرضية لكلا طرفي النزاع، فالتوفيق ينتهي بإصدار مجموعة التوصيات، التي هي في الأصل مقترحات كلا الطرفين ولجنة التوفيق، لأجل التقريب بين وجهات النظر المتباينة، في جو يملؤه الود والوفاق، هذا التقريب من شأنه الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء بين مطالبهم، من دائرة الخلاف والخصومة إلى دائرة الاتفاق والتفاهم.

وعليه يمكن الإشارة إلى أن قد جرت سابقة تحكيمية، تم فيها الاتفاق على حل ودي بين طرفي النزاع، تمثل في حل توفيقي أثناء سريان العملية التحكيمية، وخلالها تم التوصل إلى اتفاق ودي بين طرفي النزاع .ولأجل إضفاء الصفة الرسمية والإلزامية للاتفاق الذي توصلا إليه أطراف

النزاع، تم صياغته في قالب حكم تحكيمي، من قبل المحكمة التي أنشئت لأجل القيام بالعملية التحكيمية في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي. وعليه نخلص إلى أن الحكم التحكيمي، قد يأخذ شكلا مغايرا، عن صورة قرار تتخذه المحكمة حيث يتخذ الحكم التحكيم صورة تسوية ودية للنزاع توصل إليها أطرافه، ثم تقدموا بطلبهم إلى المحكمة لإخراج التسوية الودية التي توصلوا إليها في النزاع القائم بينهم، على شكل حكم تحكيمي صادر من محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وقد تجسد ثلاث منازعات عرضت على المركز للتسوية، وهي:

-Guadalupe Gas Products V. Nigeria.

-GrenadaPrivate Power Limited V. Ukraine.

-Antoni Goetz V. Burnundi.

وتتلخص وقائع القضية الأخيرة في تقدم السيد Antoni Goetz ، وآخرون بطلب إلى السكرتير العام للمركز الدولي وذلك طلبا لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأجل النظر في النزاع القائم بينهم وبين حكومة جمهورية بوروندي[1].

حيث تعود وقائع النزاع إلى قيام حكومة بوروندي بعقد اتفاق بينها وبين المدعين، والذي بمقتضاه تمنح الأولى الأخيرين حق امتياز إنشاء منطقة صناعية معفاة من الضرائب والرسوم الجمركية، وذلك بهدف قيام الأخيرين بإقامة مصنع لتصنيع المنتجات المعدنية المستخرجة من هذه المنطقة، وبعد منح الموافقات والتراخيص اللازمة للمشروع، وبدء المشروع في مزاولة أعماله قامت حكومة بوروندي بسحب هذه التراخيص والموافقات وذلك بعد عامين من مزاولة المشروع لأعماله، مما نتج عنه تكبد المشروع لخسائر مالية جسيمة، ونتيجة لذلك تقدم المدعون بتقديم طلبهم السابق إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

وعندما قام السكرتير العام للمركز بإخطار حكومة بوروندي بالطلب المقدم ضدها، قامت باختيار محكمها، إلا أنها أخطرت السكرتير العام، أن هذا لا يحول بينها وبين تقديم اعتراضها على

[1]–ذكرته :**عطار نسمية** ، المرجع السابق ، ص370.

انعقاد اختصاص محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، للنظر في الفصل في النزاع. على الرغم من ذلك لم تقم حكومة بوروندي بالاعتراض على انعقاد اختصاص المركز، كما أنها لم تحضر جلساتها ولم تبد أسبابها في ذلك، على الرغم من المهلة التي منحتها لها المحكمة، مما أجبر المحكمة على السير في إجراءاتها وذلك وفقا للمادة 54 من الاتفاقية، التي تنص على أن تسير المحكمة في إجراءاتها في حالة عدم حضور أي طرف من أطراف النزاع وعدم إبداءه لأسباب عدم حضوره، وقد استمرت المحكمة في إجراءاتها وتوصلت إلى أن قيام حكومة بوروندي سحب التراخيص والموافقات التي سبق وأن منحتها للمدعين بعد انتهاكها لحقوق هؤلاء المدعين، ويعد تجريدا لصاحب الحق من حقه، وذلك وفقا للمادة الرابعة من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين حكومة بوروندي وبلغاريا، وأقرت المحكمة بضرورة قيام حكومة بوروندي، بأداء التعويض الكامل والعادل للمدعين، في خلال أربعة أشهر من إصدار المحكمة لقرارها، إلا أن الطرفان قد توصلا في خلال الفترة التي حددتها المحكمة لأداء التعويض إلى اتفاق، تم بمقتضاه منح حكومة بوروندي للمدعين حق امتياز لمنطقة صناعية أخرى، كما قررت حكومة بوروندي إعفاء المدعين من الضرائب المستحقة عليهم، أثناء مزاولة المشروع لأعماله عن الفترة التي سبقت سحبها للتراخيص والموافقات .واستجابة لمطالب الطرفين قررت المحكمة تجسيد هذا الاتفاق، وهذه التسوية الودية في صورة حكم تحكيمي، على أن يتحمل الطرفان نفقات إجراءات التحكيم مناصفة فيما بينه[1]م.

خامساً- حجية محاضر التوفيق.

نصت المادة 34 من الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تقوم بين الدول ورعايا الدول الأخرى على حدود اللجنة التوفيقية وكذا حجية المحاضر المحررة بشأن النزاعات التي تنظر فيها بقولها:

1- تتمثل وظيفة اللجنة في توضيح النقاط محل النزاع بين الأطراف، وعليها أن تبذل قصارى جهودها في توجيههم نحو الحل الذي يقبلانه، ولهذا الغرض يجوز للجنة في أي مرحلة

[1] **عطار نسمية** ، المرجع السابق ، ص371.

من الإجراءات، أن توصي الأطراف بشروط التسوية ويتعين على الأطراف التعاون بحسن نية مع اللجنة بغرض تمكينها من تأدية وظائفها، ويجب عليهم أن يأخذوا توصياتها بأكثر قدر من الجدية والاعتبار.

2- وإذا توصل الأطراف إلى اتفاق، تعد اللجنة محضرا رسميا يتناول عرضا لوقائع النزاع وتثبت اتفاق الأطراف، وإذا قدرت اللجنة في مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق أنها لا تتوفر أية إمكانية للتوصل إلى اتفاق بين الأطراف، فتنهي الإجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن النزاع طرح على التوفيق ولم يتوصل الأطراف إلى اتفاق ، وإذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن المساهمة في الإجراءات، تنهي اللجنة الإجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن أحد الطرفين تغيب أو امتنع عن المشاركة في الإجراءات.[1]

ومن ثم فإن المادة توضح وظيفة اللجنة والتي تقتصر على توضيح النقاط محل الخلاف وبذل قصارى الجهد المطلوب في إقناع أطراف النزاع بقبول الحل المتوصل إليه، أو ارتضاء فرص وشروط التسوية المقترحة دون إرغام أحد على قبولها وعلى أطراف النزاع التعاون بحسن نية مع لجنة التوفيق بغرض تمكينها من أداء وظيفتها، والالتزام بحسن النية في التعامل مع لجنة التوفيق هو التزام أدبي أكثر من كونه التزام قانوني أو تعهد دولي،لأنه لا جزاء قانوني لمن يمتنع عن المساهمة في الإجراءات ويبدي سوء نيته في التعامل مع هذه اللجنة، ولا يبقى أمامها إلا تحرير محضر رسمي بعدم إمكانية الوصول إلى اتفاق والأمر كذلك في حال غياب أحد الأطراف[2]

[1] Article 34: 1. La commission a pour fonction d'éclaircir les points en litige entre les parties et doit s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. A cet effet, la commission peut, à une phase quelconque de la procédure et à plusieurs reprises, recommander aux parties les termes d'un règlement. Les parties doivent collaborer de bonne foi avec la commission afin de lui permettre de remplir ses fonctions et doivent tenir le plus grand compte de ses recommandations.
2. Si les parties se mettent d'accord, la commission rédige un procès-verbal faisant l'inventaire des points en litige et prenant acte de l'accord des parties. Si à une phase quelconque de la procédure, la commission estime qu'il n'y a aucune possibilité d'accord entre les parties, elle clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant que le différend a été soumis à la conciliation et que les parties n'ont pas abouti à un accord. Si une des parties fait défaut ou s'abstient de participer à la procédure, la commission clôt la procédure et adresse un procès-verbal constatant qu'une des parties a fait défaut ou s'est abstenue de participer à la procédure.

[2] **أوسهلة عبد الرحيم** ، مرجع سابق ، ص139.

والتعامل بحسن نية مع لجنة التوفيق المشكّلة لنظر النزاع، يقتضي تقديم كل طرف في النزاع لمستنداته ووثائقه التي يعتمد عليها في تأسيس حقوقه، وكل وثيقة (فاتورة، عقد، تقييم جدوى، شهادات، خبرة...الخ) تسهل وتمكّن من إيجاد حل توفيقي يرضاه الجميع .وإذا توصل الأطراف إلى اتفاق فتعد اللجنة محضرا رسميا يتضمن عرضاً لوقائع النزاع ويثبت فيه اتفاق الأطراف[1].

والتوفيق لا يهدف إلى إصدار قرار فاصل في موضوع النزاع لصالح أحد الأطراف وإنّما يهدف إلى عقد اتفاق بين الأطراف حول هذا الموضوع بتنازل كليهما أو أحدهما عن جزء من حقوقه فليس من طبيعة أحكام لجنة التوفيق أن تكسب أو تخسر أحد الأطراف، وتباعا لذلك فإن تقسيم الأعباء المالية المتعلقة باستخدام تسهيلات المركز يكون مناصفة بين الأطراف .وهذا ما تنص عليه المادة 61 /1 بقولها:

"1- في حالة دعوى التوفيق، فإنّ أتعاب ومصاريف أعضاء اللجنة وكذلك الرسوم« الواجبة مقابل الانتفاع بخدمات المركز، يتحملها طرفي النزاع مناصفة"[2]

لكن السؤال الذي يطرح بخصوص المحاضر المحرّرة من طرف لجنة التوفيق هو إلى أي مدى يمكن الاعتداد بها؟ ! أو بمعنى آخر ما مدى حجية محاضر التوفيق بين أطراف النزاع وأمام الجهات القضائية أو الهيئات التحكيمية خاصة وأنّ المادة 34 السابق تفصيلها، أكّدت أنّ هذه المحاضر تتصف بالرسمية.

وحددت المادة 34 من الاتفاقية في فقرتها الأولى وظيفة لجنة التوفيق وحصرتها في توضيح النقاط محل النزاع بين الأطراف أو تلك الغامضة في عقد الاستثمار أو العلاقات الناتجة عنه، وكذا توجيههم نحو حل يقبلانه ويعملان على تنفيذ أحكامه، ومن ثمّ فإنّ ارتضاء الحل يجب

[1] **أوسهلة عبد الرحيم** ، مرجع سابق ، ص139.

[2] **Article 61**" 1. Dans le cas d'une procédure de conciliation, les honoraires et frais des membres de la commission ainsi que les redevances dues pour l'utilisation des services du centre, sont supportés à parts égales par les parties. Chaque
partie supporte toutes les autres dépenses qu'elle expose pour les besoins de la procédure".

أن يكون بقبول الطرفين وليس بإرادة طرف واحد أو بحل يفرض على أحدهما أو كلاهما، وهذا أهم الفروق بين التوفيق والقضاء والتحكيم وعليه يترتب آثار عدة وارتضاء الحل من طرفي النزاع يثبت في محضر رسمي تحرّره اللجنة التوفيقية،

كما وضحت الفقرة الثانية من المادة 34 من الاتفاقية وتنص على اتفاق الأطراف وبذلك تنتهي مهمة اللجنة، على أن يقوم كل طرف من أطراف النزاع بتنفيذ ما اتفق عليه أو يتنازل عن جزء من حقوقه نظير العمل بمثل هذا بالنسبة للطرف الآخر، لكن إذا ما نكل أحدهما عن تنفيذ ما وقع عليه في محضر الاتفاق المتوصل إليه بطريق التوفيق، فلا يمكن للطرف الثاني التمسك بهذا المحضر والدفع به في مواجهة الطرف المتراجع أو إجباره على تنفيذ ما توصلا إليه، ذلك أنّ إجراءات التوفيق اتفاقية ورضائية بالدرجة الأولى والقانون يكاد لا ترى بصماته أما شق التنفيذ لمحضر التوفيق فالقانون لا وجود لها تماما، بل إرادة الأطراف ورغبتها في الوصول إلى حل يرضيهما ويضع حدا للانسداد الذي يعود على المشروع الاستثماري سلبا، كفيلان بالتنازل عن بعض حقوقهما أو العمل بالتوصيات المقترحة في المحضر متى كانت منطقية وغير مجحفة في حق أحد الأطراف دون الآخر.

لكن عدول أحد المتنازعين عما قبل ووقّع عليه في محضر التوفيق الرسمي قد يجعله مسئولا مدنيا أمام القضاء ويلزم بالتعويض إذا أثبت المدعي أن عدول الطرف النّاكل لا مبرّر جدي له، والهدف منه كان الإضرار بمصالح المدعي في دعوى المسؤولية أو إذا أثبت أنّ التزم بتوصيات أو شروط لجنة التوفيق المحررة في محضر الاتفاق الرسمي الموقع وفي الآجال المحددة دون التزام الطرف الآخر.

وفي المقابل نصت المادة 35 من ذات الاتفاقية على ما يلي: "وما لم يتفق على خلاف ذلك، فإنها يجوز لأي من الطرفين بمناسبة أية إجراءات أخرى تتخذ أمام هيئة تحكيم أو قضاء أو بأية صورة أخرى، أن يستند إلى الآراء التي أعرب عنها أو التصريحات أو عروض التسوية التي قدمت من جانب الطرف الآخر خلال إجراءات التوفيق الفاشلة خلاف ما ورد بالمحضر الرسمي

أو توصيات اللجنة "[1] وهذه المادة تعتبر أن الآراء التي أعرب عنها أو عروض التسوية أو تصريحات الأطراف أثناء إجراءات التوفيق والتي فشلت في الوصول إلى حل يرضاه أطراف النزاع، لا يمكن بأي حال من الأحوال تقديمها كدليل إثبات لما يدعيه أحد الأطراف من حقوق في مواجهة الطرف الآخر أمام الجهة القضائية أو الهيئة التحكيمية المختصة.[2]

وبالتالي فإن المحضر الرسمي المحرّر من طرف لجنة التوفيق التي لم تتوصل إلى حل النزاع،هو وحده الذي يمكن الدفع به ويكون بالتالي حجة لما تضمنه من آراء وتوصيات الأطراف.

لكن هذه المادة ليست آمرة، فيمكن للأطراف الاتفاق في لائحة التوفيق مثلا على أنّ كل التصريحات والحلول المقترحة وعروض التسوية المقدمة أثناء إجراءات التوفيق، يمكن الدفع بها أمام القضاء أو التحكيم إذا لم يتوصل إلى توفيق يرضاه أطراف النزاع[3].

[1] **Article 35**: Sauf accord contraire des parties, aucune d'elles ne peut, à l'occasion d'une autre procédure se déroulant devant des arbitres, un tribunal ou de toute manière, invoquer les opinions exprimées, les déclarations ou les offres de règlement faites par l'autre partie au cours de la procédure non plus que le procès-verbal ou les recommandations de la commission.

[2] **عبد الحميد الأحدب**، المرجع السابق، ص5 .

[3] **أوسهلة عبد الرحيم** ، مرجع سابق ، ص142

المبحث الثاني: دور القضاء في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية.

تكمن الوسائل القضائية لحسم منازعات الإستثمار بكل بساطة في قضاء المحاكم، وتعد ممارسة سلطة القضاء من أهم مظاهر سيادة الدولة على ترابها، لذلك تصر تشريعات الدول على إخضاع جميع المنازعات المتعلقة بالأشخاص سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، منازعات الأموال العقارية منها و المنقولة، لقضائها و قوانينها، ما لم يكن هناك إتفاق يقضي بغير ذلك، فليس من حق الدولة المضيفة للإستثمار أن تلزم المستثمر الأجنبي بحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن إستثماره أمام محاكمها الوطنية، إذا وجد إتفاق بينهما على ذلك، و في المقابل ليس لها أن تمنعه من اللجوء إلى قضائها الوطني إذا رغب في ذلك، , إلا عرضت نفسها إلى المساءلة الدولية، لأنها بكل بساطة قد إرتكبت جريمة إنكار العدالة بموجب العرف الدولي الذي يلزمها بوجوب تأمين العدالة للجميع، وفقا للفقرة الثالثة من المادة 23 من إتفاقية لاهاي الرابعة لسنة 1957[1].

إن منازعات عقود الإستثمار الدولية و ما تتميز به بطابعها الخاص الناجم عن الإختلاف في المراكز القانونية لطرفي المنازعة،أحدها دولة ذات سيادة و الآخر في الغالب شخص طبيعي أو قانوني من أشخاص القانون الخاص، إستقر قضاء الدول على أن اللجوء إلى محاكم الدولة هو الأصل، أما اللجوء إلى غيره و على وجه الخصوص التحكيم فهو إستثناء من هذا الأصل [2]، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية و ما تكلفه من ضمانات أساسية[3].

من أجل الإحاطة بموضوع دور القضاء في حل منازعات عقود الإستثمار الدولية، فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول دور القضاء الوطني في حل منازعات عقود الإستثمار

---

[1] **طه خالد إسماعيل**، المرجع السابق،ص141.

[2] la complexité de procédure juridictionnelles nationales constitue un obstacle a ce que les investisseurs étrangers soumettes leur litiges a ce mécanisme la différence de l'arbitrage qui dépend essentiellement des règles internationales et de l'accord des parties les procédures juridictionnels pourront être peu familières aux investisseurs étrangers. voir : Nora EISSA **Zakaria Abdessalam**, Le règlement des litiges survenant dans les contrats de partenariat public-prive(PPP/PFI),thèse de doctorat en droit, Université de lile, présentée et soutenue publiquement le 18/12/2017,p230.

[3] **شيرزاد حميد هروري**، المرجع السابق، ص59.

الدولية، أما المطلب الثاني فنتناول فيه دور القضاء الدولي في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار الدولية.

المطلب الأول: دور القضاء الوطني في حل منازعات عقود الإستثمار الدولية

إن ممارسة سلطة القضاء تعتبر من أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها ، لذلك تصر معظم قوانين الدول النامية على غرار الجزائر على إخضاع جميع المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الدولية إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار كأصل عام [1]، وذلك ما نصت عليه التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بالاستثمار، وحتى العقود الإستثمار الدولية في حد ذاتها . وعلى هذا الأساس سوف نتناول مختلف الإشكاليات التي تثيرها هذه الآلية سواء من حيث مدى اختصاص القضاء الوطني بنظر المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار ومن حيث تحديد الاختصاص القضائي، النوعي والإقليمي خاصة في ظل الأنظمة القضائية التي تأخذ بإزدواجية القضاء.

الفرع الأول: مدى اختصاص القضاء الوطني بالفصل في منازعات عقود الإستثمار الدولية

أقر قانون الاستثمار الجزائري وسائل مختلفة لتسوية منازعات الاستثمار من بينها اللجوء للقضاء الوطني أي اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في منازعات الاستثمار الأجنبي، هذا ما جاء في القانون 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار في مادته 41 والذي الغي بالأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الذي نص في المادة 17 منه على انه: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذتها الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة...". يفهم من هذه المادة أن الاختصاص يؤول إلى المحاكم الجزائرية أو

[1] يمكن للأطراف اللجوء إلى محاكم الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، أو إلى محاكم دولة ثالثة، أو إلى محاكم الدولة المضيفة للاستثمار. إلا أن الملاحظ بصفة عامة هو ندرة لجوء الأطراف في حسم منازعاتهم عن طريق محاكم دولة المستثمر أو محاكم دولة ثالثة، ذلك أن اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو إلى محاكم دولة ثالثة لا يمكن أن يسهم كثيراً في تسوية المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، وذلك لعدة أسباب تتعلق بمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة، والذي يقصد به منع المحاكم الوطنية في بلد ما من محاكمة دولة أجنبية أو مؤسساتها، حيث أن سيادة الدولة واستقلالها يتنافيان مع إمكانية خضوعها بأية صورة من الصور لسلطان القضاء في دولة أخرى، فمقاضاة الدولة أمام محاكم دولة أخرى ينطوي على انتهاك لسيادتها ومساس باستقلالها.للمزيد من المعلومات راجع: **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص327 وما بعدها.

المحاكم الأجنبية، و هو أمر مستبعد بسبب أن المشرع الجزائري ل يس مؤه لا لتحد ي اختصاص المحاكم الأجنبية .لذا تم تعد يل القانون 03-01بالقانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار الملغى بالقانون 18/22 الذي نصت مادته 12 على أنه[1]: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائر ية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة في حق ه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا.."، ومن هذه المادة جاءت أكثر وضوحا بتحديد الاختصاص الذي يؤول إلى الجهات القضائية الجزائر ية المختصة إقليميا، و هي الجهات القضائية التي ينفذ في دائرة اختصاصها الاستثمار، والذي لا تربط دولته والجزائر أي اتفاقية متعددة الأطراف.

ويمتد اختصاص القضاء لوحده إلى مسائل التجر يم والعقاب والتي ترتكب بمناسبة الاستثمار كالتهرب الضريبي، إصدار شيك بدون رصيد من طرف المستثمر الأجنبي أو أن يقع ه و ضحيتها، أو التصر يح الكاذب أمام مصالح الجمارك ، أو في علاقاته مع المستهلك ..الخ. فالأمر لا يتعلق بنزاع بين أشخاص، وإنما باته ام لا تملكه إلاّ سلطات الدولة ممثلة في النيابة العامة ومن ثّم فليس للتوفيق ولا للتحكيم في مجالات التجر يم والعقاب وحالة الأشخاص أي دور خاص يمكن أن يؤديانه . كما أنّ بإمكان المستثمر الأجنبي في الجزائر أن يلجأ إلى القضاء الوطني بشأن أي نزاع يخص هذه الاستثمارات أو أي معاملات تجار ية ترتبط بها وله في ذلك اتخاذ كافة التدابير والإجراءات الكفيلة بحفظ حق ه أو المطالبة به وهذا وفق قواعد إجرائ ية وموضوع ية محددة وفقا للقوان ين والتشريعات الوطنية.

تجسدت أهمية وقيمة القضاء الوطني للدولة المضيفة ، كوسيلة أولية في حسم النزاعات المتعلقة بالمعاملات الأجنبية بموجب "شرط كالفو [2] "(نسبة إلى الفقيه الأرجنتيني كارلوس كالفو 1824-1907)، الذي كرس لفترة معتبرة من الزمن إناطة القضاء الوطني مهمة تسوية النزاعات الناجمة عن الاستثمار، بمعنى أن هذا الشرط يقضي بخضوع المشروعات الأجنبية للقوانين

[1] **المادة 12 من قانون رقم 22 -18 المتعلق بالإستثمار.**

[2] هو شرط تدرجه بعض الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب، إذ يتنازل المستثمر بمقتضى هذا الشرط عن حقه في الالتجاء إلى طلب الحماية الدبلوماسية من دولته في مواجهة الدولة المتعاقدة وقد تردد القضاء الدولي في مدى صحة هذا الشرط لكونه يتضمن تنازلا من المستثمر من حق دولته في حمايته أمام القضاء الدولي وهو مالا يملكه المستثمر على أساس أن هذه الحماية هي حق خاص للدولة التي يتبعها،للمزيد من المعلومات أنظر : هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2002، ص 100و ما بعدها.

والمحاكم الداخلية في الدولة المضيفة بالإضافة إلى تنازل أصحاب هذه المشروعات عن الحق في طلب الحماية الدبلوماسية من دولها الأصلية .لكن يبقى التساؤل حول موقف المشرع الجزائري و التشريع المقارن حول مبدأ لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء من أجل حل النزاعات الناشئة عن عقد الإستثمار الدولي، وهدا ما سوف نعالجه تباعاً.

أولا: موقف التشريع الجزائري من مبدأ لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني

تنص العديد من القرارات الدولية والتشريعات الوطنية، منها التشريع الجزائري و حتى عقود الإستثمار الدولية على أن المنازعات التي تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي تجرى معالجتها ضمن إختصاصها الوطني، ونجد موقف المشرع الجزائري في العديد من النصوص القانونية وكدا الاتفاقيات الثنائية و متعددة الأطراف سار على ه ذا النحو، وجاء هذا الموقف في نص المادة 12 من قانون 18/22 المتعلق بالإستثمار أين نصت " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص " . والمؤكد في نص هذه المادة أن الأصل والأساس الأول في تسوية نزاعات الاستثمار يعود إلى القضاء الوطني ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر أو اتفاق خاص مع المستثمر يقضي بوسيلة أخرى، فضلا على شرط إثبات استنفاذ إجراءات التسوية الودية إذا اتفق عليها كذلك . وقد رفع اللبس المشرع الجزائري حول هذه المادة بعد تعديل نص المادة 41 من المرسوم التشريعي 12/93 وكذا نص المادة 17 من الأمر 01/03 المتعلق بالاستثمار (الملغيين) بموجب قانون 09/16 الملغى، وبين بشكل واضح أن المقصود بمصطلح الجهات القضائية هي " الجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا "، وهو ما أصبح يتماشى مع القاعدة العامة في الاختصاص القضائي المنصوص عليها في نص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد

عليها في الجزائر مع جزائري . كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين ."

وتأكيدا على الوالية الأصيلة للقضاء الوطني للدولة المضيفة، في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، فقد أدرك قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا الاختصاص في نص المادة 6/32 من حيث إستحداث أقطاب متخصصة للنظر في مجموعة من المنازعات على سبيل الحصر بقولها" تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم، بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، واللإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمين." بمعنى تختص المحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات المتعلقة بالإستثمار الأجنبي مادام أن نشاط التجارة الدولية يكون حتما موضوعها الإستثمار الأجنبي، و تجدر الإشارة أن هذه الأقطاب المتخصصة تتشكل على خلاف القضاء العادي، من 03 قضاة يفترض تمتعهم بالخبرة الفنية والقانونية، وذلك لأهمية القيمة القانونية و المالية للنزاعات المطروحة أمامها، و على سبيل الحصر[1].

كما أكدت الجزائر تكريسا لترقية وحماية الاستثمار إلى إمكانية خضوع نزاعات الاستثمارات للمحاكم الوطنية في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطرف ونذكر منها :

-اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، والتي نصت في فقرتها 03 على أنه " تعترف بأنه اذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي لأن الالتجاء إلى طريق التسوية الدولية في شأن هذه المنازعات يمكن أن لا يكون مناسبا في بعض الأحيان"[2].

[1] **أحمد بوخلخال**، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر، ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية بن عكنون، الجزائر،2012،ص 76.

[2] أنظر:**إتفاقية واشنطن لسنة 1965**لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

-اتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية [1]، نصت هذه الإتفاقية على إختصاص القضاء الوطني في المادة 1/9 من الفصل الثاني المتعلق بمعاملة المستثمر العربي حينما يتخذ بشأن رأسمال عربي مستثمر في أي دولة عضو تدبير عام بنزع الملكية للمنفعة العامة على وجوب إتاحة فرصة الطعن للمستثمر العربي حول مدى مشروعية قرار نزع الملكية ومقدار التعويض أمام القضاء الوطني، كما نصت الفقرة 2 على إمكانية المستثمر العربي من اللجوء إلى الجهة القضائية الوطنية المختصة في طلب الأمر بإتخاد الإجراءات التحفظية أو إجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة من جهة قضائية مختصة.

كما يكون لكل طرف حق اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع في الحالات الآتية:

-عدم إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق

-عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة

-عدم إتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق.

-عدم إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم

عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب[2].

أما بموجب نص المادة 31 من الاتفاقية فإنه " للمستثمر العربي أن يلجأ إلى القضاء الدولة التي يقع فيها وذلك في الأمور التي تدخل اختصاص المحكمة على أنه إذا رفع المستثمر الدعوى أمام أحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى"، و يفهم من هذه المادة منع مسألة اللجوء إلى القضاء المزدوج في حالة ما إذا رفع النزاع في إحدى دول المستثمر أو الدولة المضيفة للإستثمار.

---

[1] **مرسوم رئاسي رقم 306/95** مؤرخ في 12 جمادى الأول عام 1416 الموافق 7 أكتوبر 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر عدد 59، الصادرة بتاريخ 16 جمادى الأول1416.

[2] **المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 306/95**، يتضمن مصادقة الجزائر على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

-اتفاقية التشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي [1] ، نصت في فصلها الخامس على الضمانات القضائية وتسوية النزاعات فأقرت في نص المادة 19 و 20 على بعض الحلول للنزاعات التي تثور بين دولة من دول الاتحاد والمستثمر على أنه " تقبل الأطراف المتعاقدة عرض كل نزاع له صبغة قانونية ينشأ بين أحدهم ومستثمر أحد الأطراف الأخرى بخصوص استثمار مقام في بلاده على الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي أو محكمة الاستثمار العربية في الدول العربية أو هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار وذلك طبقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بها والمصادقة عليها من قبل الأطراف المتعاقدة الأطراف في النزاع".

-الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر وايطاليا [2]، حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات حيث نصت في الفصل السادس تحت عنوان تسوية الخلافات في مادتها 08/ 2 على أنه " إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى ستة أشهر من تاريخ رفع طلب كتابي بهذا الصدد، فيمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لإحدى الهيئات المشار إليها فيما يلي، دون سواها:

أ- الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الإستثمار على إقليمها.

ب- المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات.....".

-الإتفاقية الجزائرية الفنلندية حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات [3] التي نصت في المادة 2/8 على " إذا لم تتم تسوية هذا النزاع في مدة 03 أشهر إبتداءً من تاريخ رفعه بإشعار كتابي، يرفع هذا النزاع وفقا لإختيار المستثمر إما:

---

[1] **صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 420/90** المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، يتضمن المصادقة على اتفاقية التشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي،ج.ر عدد 06،الصادرة بتاريخ

[2] **الإتفاقية الجزائرية الإيطالية** للترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات، المرجع السابق.

[3] **الإتفاقية الجزائرية الفنلندية** حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 469/06 المؤرخة في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 11 ديسمبر 2006، ج.ر .ع 82،الصادرة بتاريخ 17 ديسمبر2006.

أ- إلى الجهة القضائية المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الإستثمار.

ب- إلى التحكيم الدولي".

-الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا [1] ، في نص المادة 2/8 على أنه" إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى 06 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع ، فانه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى الهيئات القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع او إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات ".

والجدير بالذكر أن اختيار الهيئة القضائية وفق الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، يكون في الإطار الذي رسمته هذه الاتفاقيات لأطراف النزاع، إذ أغلبها تؤكد على اللجوء إلى المحكمة المختصة للبلد المضيف أو إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI ،وبالتالي هذا الإختيار الممنوح للمستثمر يجعله يستبعد القضاء الوطني، لكون أن مشروعه الاستثماري ذي أهمية مالية، لذلك فهو لن يُقبِل على الاستثمار في دولة ما إلا بعد أن يتحقق من أن النزاع الذي قد ينشأ بينه وبين الدولة المضيفة سوف لن يخضع إلى المحاكم الوطنية[2].

وما يسجل على هذه الاتفاقيات الثنائية الجزائرية في ميدان الاستثمار، وعند إشارتها إلى إختصاص المحكمة الوطنية وبصفة تبادلية فقد تباينت في التسميات، فبعض الاتفاقيات تتحدث عن المحكمة الوطنية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع، وأخرى تتحدث عن السلطة القضائية المحلية للطرف المتعاقد الآخر المضيف للاستثمار، وهناك من تتحدث عن الهيئة القضائية المختصة للبلد المستقبل للإستثمار محل الخلاف[3].

أما الإختيار الممنوح للمستثمر عوضاً عن القضاء والمتمثل في التحكيم في مجال الإستثمار ، فمعظم هذه الاتفاقيات تعطي الأفضلية للتحكيم المؤسساتي التابع للمركز الدولي CRDI دون

---

[1] **الإتفاقية الجزائرية الفرنسية** المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات، المرجع السابق

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 286.

[3] نفس المرجع، ص286.

التحكيم الحر، لكن في ظل التحكيم المؤسساتي لدى المركز تؤكد بعض الاتفاقيات الثنائية على أنه اختيار حصري[1]، بينما في اتفاقيات أخرى نجد اختيار التحكيم المؤسساتي لدى المركز يكون بشكل اختياري من بين مجموعة من الحلول المعروضة على المستثمر عوضاً عن التسوية القضائية[2].

وتقضي كذلك اتفاقية وتشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق ويوغسلافيا لسنة 2000 بنص المادة 2/19" :إذا لم يتم تسوية النزاع بالطرق الودية خلال مدة 06 أشهر فإنه يجوز لأي من الطرفين أن يحيل النزاع إلى المحاكم المختصة للطرف المتعاقد الذي هو طرف في النزاع[3]".

كما ساهمت الدول النامية في إخضاع منازعات الاستثمار إلى قضائها الداخلي من خلال إسهامها في صياغة قواعد النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي طالبت فيه بضرورة إعادة تحقيق العدل والإنصاف للنظام القانوني الذي يحكم العالقات الاقتصادية الدولية، كما جاء في نص المادة 212 من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول لعام 1974 ،حيث نصت على أنه: "عندما تثير مسالة التعويض خلافاً يتم حل هذا الخ لاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة، وعن طريق محاكمها، ما لم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على إتباع طرق سليمة أخرى على أساس المساواة في السيادة، ووفقا للمبدأ الاختيار الحر للوسائل[4]".

و الملفت للنظر نجد أن هذه الاتفاقيات الثنائية العربية والأوربية وحتى التي صادقت عليها الجزائر أنها تجعل من القضاء الوطني آلية من الآليات لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولي بصفة رئيسية، وتجيز مع ذلك اللجوء إلى الآليات الأخرى إذا كان هناك اتفاق يقضي بذلك، فضالا عن شرط إثبات استنفاذ إجراءات التسوية الودية عن طريق آلية المفاوضات أو الوساطة أو التوفيق، أي إجراءات المصالحة الودية بالمفهوم الواسع قبل مباشرة أي إجراء لاحق، سواء تضمنها العقد وفق مبدأ سلطان الإرادة أو نصت على ذلك الاتفاقية الدولية أو عقد الاستثمار، يمكن

---

[1] أنظر: **المادة 2/7 من الإتفاقية الجزائرية القطرية** بشأن التشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بالدوحة بتاريخ 1996/10/24،المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 229/97 المؤرخ في 1997/06/23،ج.ر.ع43لعام 1997.

[2] أنظر: **المادة 2/8 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية**، السالف الذكر.

[3] **دريد محمود السمرائي**، الإستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات القانونية، المرجع السابق، ص 314.

[4] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص288.

القول أن المشرع الجزائري أقر اختصاص القضاء الوطني الإقليمي بنظر منازعات عقود الاستثمار الدولي بصفة أصلية، كضمانة إجرائية ممنوحة للمستثمر الأجنبي، مع العلم أن معظم بل كل المستثمرين الأجانب يفضلون اللجوء إلى التحكيم كأفضل طريق لحل منازعاتهم التي تنشأ بينهم و بين الدولة المتعاقدة.

ثانياً: موقف التشريع المقارن من مبدأ لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني

كرست معظم التشريعات الوطنية العربية المقارنة اختصاص القضاء الوطني بنظر المنازعة المرتبطة بعقد الاستثمار بصفة خاصة ومنازعات الاستثمار بصفة عامة، فقد اعتبر المشرع الكويتي في القانون رقم 8 لسنة 2001[1] بشأن تنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت أن طريق السلطة القضائية بالدولة هو الطريق العادي للفصل في النزاعات الناشئة عن استثمار أجنبي أياً كان نوعها[2]، فقد نصت المادة السادسة عشرة في الفصل السادس من هذا القانون على أنه: " تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أيا كان ". وحول المقصود بالغير جاءت المذكرة التفسيرية للقانون لتحديد معنى الغير في مجال تطبيق أحكام هذه المادة أنها الجهات الحكومية والأشخاص الطبيعيين والأشخاص الطبيعية والاعتبارية العامة والخاصة.

أما المشرع المصري أخذ بعدم إقصائه للقضاء الوطني أمام التحكيم الدولي ، فقد نص في المادة 08 من القانون رقم 18 لسنة 2015المعدل للقانون رقم 07لسنة 1997 المتعلق بالاستثمار على أن تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار تخضع وفقا للطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أووفقا لقانون التحكيم المصري.الذي يحيل إلى إمكانية حله باللجوء إلى القضاء الوطني.

أما قانون الإستثمار العراقي، فقد نص على أن " المنازعات الناشئة بين الأطراف الخاضعين لأحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك بغير الحالات التي

[1] **القانون رقم 8 لسنة 2001** بشأن تنظيم الإستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت .

[2] أنظر: **بشار محمد الأسعد،** عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص330.

تخضع لأحكام القانون العراقي حصراً أو أن بكون فيها الإختصاص للمحاكم العراقية [1]"، بمعنى أن المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين الخاضعين لأحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يكن هناك إتفاق يقضي بغير ذلك، أما القواعد التي تحدد إختصاص القضائي فهي قواعد مادية موضوعية إنفرادية الجانب، تحدد إختصاص القضاء الوطني وحده، ولا يدخل في مجال أعمالها إسناد الإختصاص إلى المحاكم الأجنبية[2].

كما نص قانون الاستثمار السوري رقم 10 لسنة 1991 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم / 7/ والصادر بتاريخ 2000/5/13 وذلك في المادة السادسة والعشرين منه على أن: " أ- تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفق أحكام هذا القانون بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمار وعائداته إلا إذا كان الغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، كما لا يجوز الحجز عليها إلا بقرار قضائ ي، وتسوى الخلافا ت في جميع هذه الحالات باللجوء إلى القضاء السوري المختص.

ب- تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية والأجنبية المشملة مشاريعهم بأحكام هذا القانون وبين الجهات والمؤسسات العامة السورية وفق ما يلي:

- عن طريق الحل الودي، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل الودي خلال فترة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل احد طرفي الخلاف، يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية:

- اللجوء إلى التحكيم.
- أو اللجوء إلى القضاء السوري.

- أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية وفق الدول العربية لعام 1980 .

---

[1] أنظر: **المادة 27 من قانون الإستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.**

[2] **شيرزاد حميد هروري**، المرجع السابق، ص 64.

– أو أن يتم تسوية الخلاف وفق أحكام اتفاقية ضمان وحماية الاستثمار الموقعة بين الجمهورية العربية السورية وبلد المستثمر...[1]".

ولم يقتصر الأمر على الأنظمة القانونية الداخلية فهناك بعض الصيغ الدولية ذات الطابع الإقليمي والاتفاقات التي أكدت على اختصاص القضاء الوطني بالفصل في المنازعات الناجمة على الاستثمارات الأجنبية ونذكر منها :

–قرار رقم 29/3281 الصادر في الدورة 29 من الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الأعضاء والذي منحت بمقتضاه اختصاصا واسعا لمحاكم الدولة المضيفة في كل ما يتعلق بمنازعات الاستثمار اذ نصت المادة (2 / 2)من الميثاق على أنه " عندما تثير مسألة التعويض خلافا يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني وعن طريق محاكمها مالم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على إتباع وسائل أخرى سلمية لحل هذه المنازعات تقوم على أساس المساواة في السيادة بين الدول وفقا لمبدأ الاختيار الحر للوسائل . [2]"

– كما أصدرت منظمة الدول المصدرة للبترول (أوبك[3]) في مؤتمرها السادس عشر الذي عقد في فيينا في يونيو عام 1968، الدول الأعضاء بالتنازل نهائيا عن التحكيم والاستعاضة عنه بحل وطني، و أوضح قرارها رقم (16/90)أنه " في ماعدا الحالات التي تنص القوانين الوطنية للدول الأعضاء على خلاف ذلك ، فإن جميع المنازعات التي تنشأ بين الحكومة والمشروعات (الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الحكومة) يجب أن تخضع لقضاء المحاكم الوطنية المختصة أو المحاكم الإقليمية المختصة إذا كانت موجودة أو متى وجدت"[4] .

---

[1] أنظر: **قانون استثمار الأموال السوري رقم 10 لسنة 1991** مع التعليمات المنفذة له والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 الصادر في 2000/5/13، ص15.

[2] **عبد السلام أحمد حسين أمحمد**، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار وفقا لقانون تشجيع الإستثمار الليبي، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية، العدد12، 2021، 9.

[3] **الأوبك**: هي منظمة الدول المصدرة للبترول، تأسست سنة 19+60 في بغداد من قبل العراق و السعودية و إيران و الكويت وفنزويلا و مقرها في فيينا، يملك أعضاؤها 40 بالمائة من الناتج العالمي و 70 بالمائة من الإحتياط العالمي للنفط، وينتمي إليها حاليا 12 دولة من بينها الجزائر.

[4] **شيرزاد حميد هروري**، المرجع السابق، ص 68.و **غسان علي علي**، المرجع السابق، ص 213.

كما اشترط في بعض العقود اللجوء إلى المحاكم الوطنية كضرورة، قبل الانتقال لوسيلة أخرى من وسائل تسوية منازعات، و وجوب استنفاذ الطرق القضائية الوطنية في الدولة المضيفة للاستثمار وهو ما نصت عليه المادة 26 من اتفاقية الأكسيد ICSID أن الدولة يمكن أن تشترط ضرورة استنفاذ الحلول الوطنية كشرط لقبول التحكيم ولكن في الواقع العملي هذه الإمكانية من الصعب استعمالها، ففي قضية waste management جاء شرط ضرورة استنفاد الطرق الوطنية لتسوية النزاع كالأتي " في هذا السياق أن مفهوم ضرورة استنفاذ الطرق الوطنية لتسوية النزاع الاستثماري على المستوى الموضوعي ليس مجرد مطلب إجرائي في المطالبة الدولية ، إنما هو مطلب يتصل بموضوع النزاع ."[1]

الفرع الثاني: أسباب عزوف المستثمر الأجنبي عن القضاء الوطني

أثار موضوع تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار الدولية أو الإستثمار الأجنبي بشكل عام، عن طريق القضاء الوطني للدولة المضيفة للإستثمار العديد من الإعتراضات و العوائق من قبل المستثمرين الأجانب، التي تكمن في الصعوبات التي يواجهها المستثمر الأجنبي عند اللجوء إلى القضاء الوطني من أجل تسوية منازعاته في مجال الإستثمار [2]، و الإختلاف في المراكز القانونية لأطراف النزاع، إذ أن أحد الطرفين، ممثل في دولة ذات سيادة، و الطرف الآخر شخص طبيعي أو معنوي من أشخاص القانون الخاص.

ولا شك أن هذا الإختلاف ليس في صالح المستثمر الأجنبي، خاصة في حالة عقد الاختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة، لأن الأمر سيؤدي حتما إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة أمام قضاء الدولة المضيفة، وإلى عدم حصول المستثمر على إجراءات تقاض عادلة ، بالإضافة إلى عدم إنكار حقيقة، أن القضاء الوطني للدولة المضيفة سيتأثر لا محالة بالتوجهات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، خاصة وأن عنصر أجنبي طرف في القضية المطروحة عليه، فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة حتى وإن كان يتصف بالحياد و الإستقلالية فإنه في نهاية المطاف قضاء

[1] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص17.

[2] **شيرزاد حميد هروري**، المرجع السابق، ص 70.

غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها، مع متعاقد أجنبي وخاصة أن منازعات الاستثمار عادة ما تنشأ نتيجة الارتباط الذي يجمع بين طبيعة هذه العقود والمصالح الحيوية في الدولة من اقتصاد وسياسية التنمية فيها[1].

حتي وإن التزم القضاء الوطني بالحياد التام فإن المستثمر دائما يرتدد في منح الثقة للقضاء الوطني، لأنها إجراءات غير مألوفة بالنسبة له، فضلاً عن تخوفه المسبق من احتمال تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والاجتماعية السائدة في دولته. أو التزام القاضي الوطني بتطبيق قانون دولته في الوقت الذي يكون فيه هذا القانون محل شكوى أو اعتراض من جانب المستثمر الأجنبي، كما أن انتماء القاضي إلى الدولة المضيفة، يجعل منه خصماً وحكماً في آن واحد.

كذلك ما يمكن اعتباره عائق أمام المستثمر الأجنبي، فباللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة، هو حقيقة افتقار قضاة القضاء الوطني للخبرة الفنية والقانونية اللازمة لحل منازعات عقود الاستثمار الدولية المعقدة، وهو أمر مسلم به، حيث لا تكون هذه المحاكم متخصصة دائما في المواضيع التجارية، كما قد لا يتمتع القضاة دائما بتدريب كاف، على فض منازعات ذات طبيعة فنية ومركبة، مثل عقود استغلال الثروات الطبيعية، وعقود نقل التكنولوجيا وتسليم المفتاح وغيرها من العقود التي تتطلب المعرفة الفنية والخبرة القانونية المتخصصة في فض منازعاتها، وهو ما لا يتوفر في القضاء الوطني [2] ، كذلك الحالة النفسية للقاضي الوطني في كثير من الأحيان والتي تتجه نحو المصالح القومية و الوطنية وتأخذها بعين الإعتبار حين فصله في القضايا المعروضة أمامه.

وما يعاب على القضاء الوطني ، هو بطء إجراءات التقاضي لديه، والسبب يرجع إلى أن المحاكم الوطنية تنطوي على عدة تعقيدات، التي تعتري المنازعات المعروضة على القضاء، وخاصة هذا النوع من المنازعات، وما ينجم عنها من تراكم في القضايا، وكذا تعدد درجات التقاضي التي تتيح للطرف الخاسر إمكانية مراجعة القضية، وهو الأمر الذي لا يتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، التي بطبيعتها تتطلب السرعة في إجراءات الفصل في النزاع، لما تقتضيه من

[1] **عطار سمية**، المرجع السابق، ص 307.

[2] **خالد كمال عكاشة**، المرجع السابق، ص 149.

تحقيق مصلحة الطرفين في عدم تضييع الوقت مع إجراءات التقاضي، والإشكالية الأخرى التي تواجه المستثمر الأجنبي أمام القضاء الوطني هي الحصانة ضد التنفيذ ، في حال حصول هذا الأجنبي على حكم ضد الدولة المضيفة للاستثمار، إذ قد لا يتم تنفيذ الحكم، نظرا لما تقرره التشريعات الوطنية من حضر التنفيذ الجبري على الأموال العامة[1].

زد على ذلك أنه في الغالب عادة ما تتعلق منازعات الاستثمار الأجنبي بعمليات استثمارية مالية ضخمة وإن تعقيدات عرض النزاع على القضاء الوطني، من شأنه تضيع الوقت للمستثمر الأجنبي ، من خلال ترجمة وثائق ومستندات القضية، وإلى حين صدور الحكم بعد كل هذه التعقيدات، يكون المستثمر تكبد خسائر مالية إضافية ، وكل هذه التعقيدات والبطء في إجراءات التقاضي الوطني، لا تتفق مع طبيعة عقود الاستثمار الدولية، التي تتطلب السرعة في فض المنازعات الخاصة بها.

ونتيجة لكل هذه التعقيدات والنقائص التي تعتري القضاء الوطني، فإن المستثمر الأجنبي سيجد نفسه مجبراً على التهرب من القضاء الوطني، واللجوء إلى الهيئات الدولية. أكثر من هذا فإن المستثمر الأجنبي تخوفا من عدم حياد القضاء الوطني، عادة ما يلجأ إلى إدراج شرط في عقد الإستثمار، يتمثل في منح الولاية للهيئات الدولية لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة .

الفرع الثالث: متطلبات إصلاح القضاء الوطني لحسم منازعات عقود الاستثمار:

حتى يتم تطوير النظام القضائي بما يتلاءم ومتطلبات المستثمر الأجنبي ويحقق أهداف الدولة، لا بد من الموازنة بين المحافظة على سيادة الدولة وخضوعها لقضائها الوطني وطمأنة المستثمر وجذبه إلى ميادين العمل والبناء داخلها، ومن أهم لبنات هذا البناء إيجاد القاضي المتخصص سيما في مجال المنازعات التجارية بحيث يكون القضاء التجاري متخصصا وعلى درجة من التطور والمهنية منفتحا على المحيط الخارجي ملما بالتجارب القضائية وعلى دراية

[1] **فتيسي شمامة**، منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة صوت القانون، الجزائر، مج 6، ع 2، نوفمبر 2019، ص 1268.

بقوانين التجارة والاستثمار في الدول الأخرى، إذ لا يكفي مجرد إلمام القاضي بقانونه الداخلي حتى يكون قادرا على إيجاد الحلول المناسبة، لما يعرض عليه من منازعات في مجال الاستثمار وبالتالي يكون فاعلا في خلق مناخ يسوده الاطمئنان والثقة، بما يحقق الاستقرار الاقتصادي ويسهم في الدفع بعملية التنمية وتشجيع الاستثمار، لا يتحقق ذلك إلا إذا كان ضمن أهدافه ضمانة آمن المستثمرين وصون حقوقهم، وعلى الدولة أن تدرك أنه لا استثمار مالم تكن هناك ضمانات قضائية واضحة من خلال وجود قاض عادل يتمتع بالاستقلالية والكفاءة المتخصصة وملما بالوسائل العلمية في مجال الاتصالات الحديثة، بما يمكنه الاطلاع على نصوص القانون الأجنبي وأحكام القضاء المقارن وما تجود به الاجتهادات الفقهية وما تتناوله الاتفاقيات الدولية، حتى يكون هناك اجتهاد متطور يتلاءم مع تطور أساليب ونظم الحياة الاقتصادية الحديثة فيساعد على إيجاد حلول عملية وواقعية للمنازعة، بدلا من الوقوف عند حرفية النصوص التي عادة ما تكون نصوصا عتيقة سنت في عقود غابرة وقت أن كانت المعاملات تتسم بالبدائية والبساطة ولم يتدخل المشرع لتحديثها الأمر الذي يجعلها غير كافية لطمأنة وحماية المستثمر الأجنبي فيشترط في عقود الاستثمار فض المنازعات عن طريق التحكيم الدولي بما يزعزع الثقة في القضاء وينقص هيبة الدولة.

إذا من منطلق ما يجب أن يكون ، على الدولة أن تدخل بعض التعديلات على جهازها القضائي حتى تتخلص من مثالب علقت بها وتحسين صورتها وبذلك تكون انطلاقة جديدة لهيمنة القضاء الوطني على الوسائل البديلة التي درج المستثمر على اختيارها لما توفره من مزايا ولعل أهم ما يجب القضاء الوطني في اعتماده تطويرا لجهازه القضائي ما يلي :

-هيكلة قضاء متخصص، من خلال إيجاد محكمة تجارية متخصصة، ولو محكمة مركزية على مستوى العاصمة .

– تأهيل قضاة متخصصين في مجال التجارة الدولية و العقود الدولية والاقتصادية سواء في الجانب القانوني أو التقني الخاص بالمعاملات التجارية والأنشطة الاقتصادية والاتصالات الحديثة والاعتمادات المستندية ودعاوي النقل الجوي والبحري وأعمال المصارف والبنوك ومؤسسات الضمان والتأمين..الخ، وتنظيم فرع خاص في الجامعات كمرحلة أولية وتدريبهم تدريبا مهني

نظريا و تطبيقي بإنشاء محاكمات افتراضية، قبل تخصيص أكاديميات لتربص طويل المدى لصقل المكتسبات والمعارف وتطويرها، يمكن أن يكون هؤلاء قضاة وطنيين أو أجانب دوليين معترف بهم دوليا.

-العمل على تحقيق مبدأ الملائمة والمرونة مع الحياة التجارية ومتطلباتها من سرعة وثقة وائتمان، من خلال تقصير أجال ومواعيد إجراءات التقاضي والتقليص من درجاتها.

- تسهيل إجراءات تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية ذات الصلة بعمليات الاستثمار وإعطائها قوة إلزامية غير قابلة للطعن إلا في استثناءات محدودة . ولعل هذه المقترحات قد تعيد للقضاء الوطني هيبته من وجهة نظرنا، تحافظ بها الدولة على سيادة إقليمها و أحكامها القضائية، دون أن تتنازل مرغمة على سيادتها لوسيلة أو بدائل قضائية لحسم النزاع كالتحكيم[1].

المطلب الثاني: آلية القضاء الدولي

إن اللجوء إلى القضاء الوطني لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية، يعد من أهم الوسائل التي تعكس سيادة الدولة ولكن على الرغم من ذلك فالواقع العملي يرجح كفة الوسائل القضائية الدولية لاعتبارها أكثر حيادية واستقلالية من القضاء الوطني للدول المستضيفة للاستثمار. بحيث قد يتعذر على المستثمر الأجنبي المضرور أن يحصل على الحماية المطلوبة، كما لو تخلت محاكم الدولة المدعى عليها عن نظر الدعاوى إستناداً على نظرية أعمال السيادة أو كانت النظم القضائية و القانونية للدولة المستضيفة للإستثمار تخلو من طرق مضمونة لتحقيق الحماية القضائية [2]، كذلك المستثمر الأجنبي يتخوف من تأثر القاضي الوطني بمصالح دولته ، وبالتالي عدم حياديته ويتذرع بكون إجراءات القضاء الوطني غير مألوفة بالنسبة له، ومن أجل جذب الاستثمارات الأجنبية وتبديد مخاوف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني، نرى أن الدول المستضيفة للاستثمار لا تصر على جعل القضاء الوطني الوسيلة الوحيدة لفض منازعات الاستثمار وهذا ما أدى إلى ندرة لجوء أطراف النزاع إليها .ومن خلال التطبيقات العملية لوسائل تسوية منازعات الاستثمار يتبين

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 332.

[2] نفس المرجع ، ص 334.

مدى تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى الوسائل الدولية ولاسيما إلى القضاء الدولي، لاعتقاده بأنه يتميز بالحيادية والإستقلالية وتوفير الضمانات القانونية للحفاظ على حقوقه. ورغبة من الدول المضيفة في تأمين بيئة استثمارية كفيلة بجذب رأس المال الأجنبي، فإنها تسمح في الغالب باللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات طالما أنها تشبع قدرا من الثقة لدى المستثمر الأجنبي وتشجيعه على توظيف أمواله في الدولة المضيفة للاستثمار[1].

هذا ما يحمل المستثمر الأجنبي للجوء إلى القضاء الدولي لإقامة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار .

عرف قاموس القانون الدولي العام المسؤولية الدولية ب " الالتزام المفروض بمقتضى القانون الدولي على الدولة المنسوب إليها ارتكاب الفعل، أو امتناع مخالف التزاماتها الدولية بتقديم تعويض إلى الدولة المضرورة سواء في شخصها أو في شخص أموال رعاياها ."

ومن خلال هذا التعريف يمكن التحدث عن قيام المسؤولية الدولية، والتي يجب أن تتوفر فيها ثالث شروط وهي :

-حدوث إخلال بالتزام دولي .
-إمكانية إسناد هذا الإخلال إلى الدولة .
-حدوث ضرر ناتج عن الإخلال بشخص من أشخاص القانون الدولي أو رعاياه .

كما يشترط بعض الفقه وجود فعل غير مشروع مستقل عن العقد، والسبيل الوحيد أمام المستثمر الأجنبي للتقاضي أمام القضاء الدولي للمطالبة بحقوقه هو أن يطلب من دولة جنسيته أن تتبني مطالبه والتي تعرف بدعوى " الحماية الدبلوماسية "، ويشترط لاستخدام هذه الدعوى الجنسية الفعلية واستنفاذ الوسائل القانونية الداخلية المتاحة في الدولة المضيفة، ولكن غالبا ما تبوء هذه الطريقة بالفشل .ويتمثل القضاء الدولي في كل من محكمة العدل الدولية، محكمة التحكيم الدائمة ومحكمة الاستثمار العربية، و هذا ما سوف نتطرق إليه تباعاً.

[1] **عبد اللاوي خديجة**، المرجع السابق ص 403.

الفرع الأول: محكمة العدل الدولية[1]

تعد محكمة العدل الدولية، الأداة القضائية الرئيسية ل لأمم المتحدة، وهي أحد الأجهزة الستة الرئيسية للأمم المتحدة[2]، حيث ألحق النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بميثاق الأمم المتحدة نفسها وهو يحدد بُنية المحكمة وصلاحياتها واختصاصاتها والقانون المطبق. وتعززت العالقة بين محكمة العدل الدولية والأمم المتحدة بموجب المادة 92 من الميثاق، والتي تنص على ما يلي:" محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق وهو مبني على النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي وجزء لا يتجزأ من الميثاق"، كما تعزز المادة 93 أيضا من الميثاق على هذه الرابطة المتينة، فهي تنص على أن جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة تعتبر بحكم عضويتها، أطرافاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

أولاً-تشكيل المحكمة

تتشكل محكمة العدل الدولية من خمسة عشر عضوا، و لا يجوز أن يكون بها أكثر من عضو واحد من رعايا دولة بعينها ، و يتم انتخاب الأعضاء من طرف الجمعية العامة، و مجلس الأمن لمدة تسع سنوات، كما يجري انتخاب عادي لخمس قضاة منهم، مرة كل ثلاث سنوات . و يراعى في انتخاب قضاة محكمة العدل الدولية طبقا للمادة الثانية من نظامها الأساسي، أن يكونوا من " ذي الصفات الخلقية العالية الحائزين في بلادهم المؤهلات المطلوبة للتعيين في أرقى المناصب

---

[1] حلت محكمة العدل الدولية محل سابقتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي بموجب قرار الجمعية الهامة لعصبة الأمم الصادر بتاريخ 18 أفريل 1946

[2] **الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة** هي: الجمعية العامة، مجلس الأمن، المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، مجلس الوصاية، الأمانة العامة ،و تعتبر محكمة العدل الدولية الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة.للمزيد من المعلومات راجع: **سامي عبد العال**، المرجع السابق، ص 4.أنظر كذلك: **إياد يونس محمد الصقلي** ، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام، مقال منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق،س3، مج 03، ع01، ج01، 2018، ص 295.

القضائية، أو من المشرعين المشهود لهم بالكفاية في القانون الدولي، وكل هذا بغض النظر عن جنسيتهم ."[1]

و يؤخذ بعين الإعتبار في التعيين طبقا للمادة التاسعة من النظام الأساسي للمحكمة التمثيل الجغرافي للدول الأعضاء في الأمم المتحدة، حيث تنص المادة التاسعة على : "ينبغي أن يكون تأليف الهيئة في جملتها كفيلا بتمثيل المدنيات الكبرى و النظم القانونية الرئيسية في العالم"، والمتمثلة في النظام الأنجلوسكسوني، النظام اللاتيني، الشريعة الإسلامية، النظام الاشتراكي، ونظاما أمريكا اللاتينية وآسيا[2].

و طبقا لنص المادة 16 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإنه "لا يجوز لعضو المحكمة أن يتولى وظائف سياسية أو إدارية ، أو أن يشتغل بإحدى المهن "، كما يمنع على القاضي أن يعمل كوكيل، أو مستشار، أو محام في أية قضية، أو أن يفصل في قضية سبق له أن كان و كيلا عن أحد أطرافها، أو مستشارا، أو محاميا، أو سبق عرضها عليه بصفته عضوا في محكمة وطنية أو دولية أو لجنة تحقيق أو أية صفة أخرى[3] ".

كما أقر النظام الأساسي للمحكمة مزايا وإعفاءات سياسية لقضاة المحكمة عند أداء مهامهم ، ويحق للقضاة الذين يكونون من جنسية أحد أطراف الدعوى الجلوس في قضيته المعروضة على المحكمة، ويجوز لأطراف الدعوى الآخرين اختيار قاض آخر للقضاء يختار من بين القضاة الذين جرى ترشيحهم وفقا للمادتين 4ن 5و من ذات النظام الأساسي للمحكمة وذلك بصفة مؤقتة، أي خلال مدة النظر في الدعوى، كما يتمتع هذا القاضي بنفس الحقوق التي يتمتع بها القضاة الدائمون[4].

---

[1] **المادة 03 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.**

[2] **شريفي راضية**، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018/2017، ص317.

[3] أنظر: **المادة 1/17 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.**

[4] **شريفي راضية**، المرجع السابق، ص 318.

إضافة إلى تقاضي قضاة المحكمة راتبا سنويا، و يتقاضى الرئيس و نائب الرئيس مكافأة خاصة، و تعفى الرواتب والمكافآت من الضرائب كافة، كما تتحمل الأمم المتحدة مصاريف المحكمة على الوجه الذي تقرره الجمعية العامة[1].

ثانياً- اختصاصات محكمة العدل الدولية

جاء النص على اختصاصات محكمة العدل الدولية في الفصل الثاني من النظام الأساسي للمحكمة، وذلك في المواد من 34 إلى 38 من هذا النظام، نظرا لأن محكمة العدل الدولية هي الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، الذي يفصل في المنازعات الدولية، إلا أنها تفصل في المنازعات التي يكون أطرافها الدول فقط، وهو ما نصت عليه المادة 34 من نظام المحكمة: "للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافا في الدعاوى التي ترفع للمحكمة"، فضلاً أن المنظمات الدولية مع أنها من أشخاص القانون الدولي فهي لا تملك أهلية التقاضي أمام محكمة العدل الدولية، كما لا يجوز من باب أولى للأفراد والأشخاص المعنوية المثول أمام محكمة العدل الدولية إلا إذا تبنت الدول التي ينتمون إليها بجنسيتهم مطالبتهم بموجب إجراء دعوى الحماية الدبلوماسية[2] وفقا لشروط محددة قانونا ، أما فيما يخص الدول التي يحق لها اللجوء للفصل في منازعاتها أمام هذه المحكمة فتتمثل في :

-الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة باعتبارها أطرافا في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية استنادا إلى نص المادة /93 ف 1 من ميثاق الأمم المتحدة.

- الدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة، والتي تنضم إلى النظام الأساسي للمحكمة بشروط تحددها الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على توصية مجلس الأمن طبقا للمادة / 93 ف 2 من ميثاق الأمم المتحدة.

---

[1] **المواد 32 و 33 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.**

[2] لا يستطيع المستثمر الأجنبي فرداً كان أم شركة حق المثول أمام المحكمة مباشرة، والوسيلة الوحيدة للجوء إلى المحكمة هو قيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة، إستناداً إلى دعوى الحماية الدبلوماسية، حيث يعترف الفقه الدولي بحق الدولة في حماية مصالح رعاياها و بالتالي أهليتها في رفع دعوى أمام القضاء الدولي في حالة حصول إعتداء على هذه الحقوق و المصالح.للمزيد من المعلومات حول شروط الحماية الدبلوماسية أنظر: **سامي عبد العال** ، المرجع السابق، ص 5.أنظر كذلك:**إياد يونس محمد الصقلي**، المرجع السابق، ص 296.

– أما بالنسبة للدول الأخرى و التي ليست أعضاء في الأمم المتحدة، و لم تنضم إلى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإنها لا تستطيع الالتجاء إلى المحكمة إلا بشروط يحددها مجلس الأمن، و ذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في المعاهدات المعمول بها، على أنه لا يجوز وضع تلك الشروط بكيفية تخل بالمساواة بين المتقاضين أمام المحكمة[1] .

تختص محكمة العدل الدولية في الفصل في المنازعات الدولية المعروضة عليها من طرف الدول، و إصدار الأحكا م بشأنها، كما لها إختصاص إستشاري يتمثل في إبداء الرأي في المسائل القانونية التي تعرض عليها من طرف أحد أجهزة الأمم المتحدة .

1: الاختصاص القضائي لمحكمة العدل الدولية :أعطت المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، الولاية للمحكمة في الفصل في النزاعات الدولية وهي ولاية اختيارية كقاعدة عامة، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 36 على: " تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة أو في المعاهدات و الاتفاقات المعمول بها ". من خلال هذه المادة نجد أن الاختصاص القضائي لمحكمة العدل الدولية متوقف على رضا و موافقة الدول المتنازعة، و هذا ما أكدته المادة 95 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص: "ليس في هذا الميثاق ما يمنع أعضاء الأمم المتحدة من أن يعهدوا بحل ما ينشأ بينهم من خلاف إلى محاكم أخرى بمقتضى اتفاقات قائمة من قبل أو يمكن أن تعقد بينهم في المستقبل ،" و قد تكون موافقة أطراف النزاع على اللجوء إلى محكمة العدل الدولية من خلال اتفاق يبرم بين الدول المعنية يكون الهدف الأساسي منه إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية، مثل الاتفاق المبرم بين سلوفاكيا وهنغاريا عام 1993م، حيث اتفقت الدولتان على إحالة النزاع الناشئ بينهما إلى محكمة العدل الدولية، كما يمكن التعبير عن موافقة الدولة على

[1] **المادة 2/35 من نظام محكمة العدل الدولية**، كما أصدر مجلس الأمن في15–10–1946القرار رقم 6الذي حدد شروط الإنضمام للمحكمة بالنسبة للدول التي ليست طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، بشرط التصريح بقبولها المسبق للولاية الجبرية لمحكمة العدل الدولية راجع حيثيات هذا القرار: **Pierre Michel** Eismen,vicentcoussviatconstre et manuel de la jurisprudence de la cour international de justice paulhur, نقلا عن **شريفي راضية**، المرجع السابق، ص 319.

الاختصاص القضائي للمحكمة بوسائل أخرى دون التقيد بشكلية معينة، حيث استندت محكمة العدل الدولية في قضية "مضيق كورفو" إلى رسالة صادرة عن نائب وزير الشؤون الخارجية الألباني التي وجهها إلى ديوان المحكمة للتصريح بقبول ألبانيا باختصاص المحكمة [1].

لقد أعلنت العديد من الدول في عهد محكمة العدل الدولية الدائمة عن قبولها للولاية الجبرية للمحكمة، وتأسيسا على الفقرة 5 من المادة 36 انتقلت هذه الولاية بالنسبة لبعض الدول إلى محكمة العدل الدولية، وذلك في الفترة الباقية من مدة سريان هذه التصريحات وذلك بنفس الشروط الواردة فيها . وإذا كان الأصل هو الولاية الاختيارية للمحكمة، فإن هناك حالات تصبح فيها ولاية المحكمة إلزامية أي جبرية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية حيث جاء نص المادة كما يلي: "للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح في أي وقت بأنها بذات تصريحها هذا، و بدون حاجة إلى اتفاق خاص، تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها و بين دولة تقبل الالتزام نفسه، متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية:

أ –تفسير معاهدة من المعاهدات.

ب – أية مسألة من مسائل القانون الدولي.

ت – تحقيق واقعة من الوقائع إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولي.

ث – نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولة و مدى هذا التعويض.

وعملا بنص المادة المذكور أعلاه، أصدرت العديد من الدول مثل هذه التصريحات، وأصبحت بموجبها خاضعة للولاية الجبرية للمحكمة في المسائل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 36 من النظام الأساسي للمحكمة ، كما أجازت الفقرة 3 من المادة 36 ، أن تكون التصريحات الصادرة من الدول بشأن قبولها لاختصاص المحكمة دون قيد أو شرط ، أو أن تعلق على شرط المعاملة بالمثل من جانب عدة دول أو دولة معينة ، أو أن تقيد بمدة معينة، و تودع هذه التصريحات لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

[1] **شريفي راضية**، المرجع السابق، ص 320.

2: الإختصاص ا لإستشاري للمحكمة :إلى جانب اختصاصها القضائي، لمحكمة العدل الدولية اختصاص استشاري، حيث خولت المادة 96 من ميثاق الأمم المتحدة لكل من الجمعية العامة ومجلس الأمن، سلطة طلب الإستشارة من محكمة العدل الدولية في أية مسألة قانونية، حيث تنص المادة 1/96 على: "لأي من الجمعية العامة أو مجلس الأمن أن يطلب من محكمة العدل الدولية إفتاءه في أية مسألة قانونية"، ويمتد هذا الحق أيضا إلى سائر فروع الهيئة والوكالات المتخصصة المرتبطة بها وهو ما تنص عليه الفقرة –ب – من المادة 96 من ميثاق الأمم المتحدة حيث تنص: "و لسائر فروع الهيئة والوكالات المتخصصة المرتبطة بها، ممن يجوز أن تأذن لها الجمعية العامة بذلك في أي وقت أن تطلب أيضا من المحكمة إفتاءها فيما يعرض لها من المسائل القانونية الداخلة في نطاق أعمالها"، وهو ما يتماشى مع نص المادة 65 من النظام الأساسي للمحكمة ، والتي تنص على: "للمحكمة أن تفتي في أية مسألة قانونية بناء على طلب أية هيئة رخص لها ميثاق الأمم المتحدة باستفتائها أو حصل الترخيص لها بذلك طبقا لأحكام الميثاق المذكور ". أما بخصوص القوة الإلزامية للآراء الاستشارية التي تصدرها المحكمة ، فإنه ينبغي التمييز بين الآراء الاستشارية الإلزامية و الآراء الاستشارية العادية ، حيث أن الآراء الإلزامية تتمثل في تلك الآراء التي تصدرها محكمة العدل الدولية بشأن خلاف حول مسألة قانونية بين طرفين إتفقا على اللجوء إلى المحكمة لطلب رأي استشاري، فيكون بذلك هذا الرأي ملزما لكلا الطرفين، أما الآراء الاستشارية العادية، فهي لا تتمتع بقوة قانونية ملزمة [1]".

ثالثاً– إجراءات التقاضي أمام محكمة العدل الدولية

تضمن الفصل الثالث من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إجراءات التقاضي و سير الدعوى أمام هذه المحكمة، وذلك في المواد من 40 إلى و،54 طبقا للمادة 40 من نظام المحكمة، فإن إجراءات رفع الدعوى تتم إما بإبلاغ اتفاق الطرفين إحالة النزاع على المحكمة، و ذلك في حالة الاختصاص الاختياري، و إما بطلب يرسل إلى المسجل من طرف إحدى الدولتين المتنازعتين في حالة ما إذا كانت ولاية المحكمة إجبلوية، وفي كلتا الحالتين، يجب تعيين موضوع

[1] **شريفي راضية**، المرجع السابق، ص322.

النزاع و بيان أطرافه، و على مسجل المحكمة إعلان هذا الطلب فورا إلى ذوي الشأن، و أن يخطر به أعضاء الأمم المتحدة على يد الأمين العام، كما يتعين إخطار أية دولة أخرى لها مصلحة في الحضور أمام المحكمة[1] ، ويمثل أطراف النزاع وكلاء عنهم، ولهم الحق في الاستعانة بمحامين أو مستشارين أمام المحكمة، و تتم الدعوى في جلسات علنية ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب من الخصوم . و تتم المناقشة في الدعوى بتبادل المذكرات الكتابية والمرافعات الشفوية، حيث ترفق بها جميع الوثائق والمستندات المؤيدة لمزاعم كل طرف، ويستعمل في ذلك اللغات الرسمية للمحكمة، وهي: الفرنسية والإنجليزية حسب اتفاق الطرفين، على أن يصدر الحكم بنفس لغة سير المرافعات و تبادل المذكرات [2] ، كما تجيز المحكمة لمن يطلب من المتقاضين استعمال لغة أخرى غير الفرنسية والإنجليزية، وللمحكمة أن تستمع لشهادة الشهود بأقوال الخبراء و الوكلاء و المستشارين و المحامين [3] ، كما لها أيضا أن تقرر اتخاذ التدابير المؤقتة الواجب اتخاذها لحفظ حقوق الأطراف المتنازعة لحين الفصل النهائي للخلاف، ويبلغ فورا أطراف الدعوى ومجلس الأمن نبأ التدابير التي يرى اتخاذها [4] ، و ي حالة تخلف أحد طرفي النزاع عن الحضور، أو عن الدفاع عن إدعاءاته، جاز للطرف الأخر أن يطلب من المحكمة أن تحكم له بطلباته، وذلك بعد تأكدها من ولايتها القضائية للنظر في النزاع المطروح أمامها، ومن أن دعوى الخصم مؤسسة من حيث الوقائع والقانون .ولكل دولة ترى أن لها صفة قانونية يؤثر فيها الحكم في القضية أن تقدم للمحكمة طلب التدخل في الدعوى و، يرجع أمر البت في هذا الطلب للمحكمة [5].

أما فيما يخص القواعد القانونية التي تطبقها المحكمة عند فصلها في النزاعات الدولية، فقد وردت في نص المادة / 38 ف 1 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية كما يلي " : وظيفة

---

[1] **المادة 40 من نظام محكمة العدل الدولية.**

[2] **المادة 39** من نفس النظام

[3] **المادة 43** من النظام

[4] **المادة 41** من نفس المرجع.

[5] المادة **62 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.**

المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن :

أ-الإتفاقيات الدولية العامة و الخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة، ب-العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

د-أحكام المحاكم و مذاهب كبار المؤلفيين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 59".

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، يفهم أن محكمة العدل الدولية تفصل في المنازعات المعروضة عليها و فقاً لقواعد قانونية مستمدة من مصادر أصلية وهي المعاهدات الدولية العرف والمبادئ العامة للقانون، ومصادر ثانوية تتمثل في أحكام المحاكم ومذاهب كبار الفقهاء، كما خولت الفقرة الثانية من المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة سلطة الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل و الإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك، كما أن المحكمة غير ملزمة بالفصل في النزاع وفقا لهذه المبادئ حتى ولو وافق أطراف النزاع على ذلك[1].

في الأخير، تشكل الإجراءات المتبعة أمام محكمة العدل الدولية في واقع تطبيقها عائقا كبيرا يحد من أهميتها كهيئة دولية قضائية رفيعة الشأن تختص بتسوية المنازعات الهامة أمام تلك العراقيل التي يواجهها المستثمر بصفته شخصا طبيعيا أو معنويا عند اللجوء المباشر لهذه المحكمة، بسبب عدم إمكانية عرض النزاع على هذه المحكمة بصفته الشخصية أو أن يكون طرفا في نزاع تعرضه الدولة المضيفة للاستثمار عليها، مما يجعل هذا الجهاز غير منتج لآثاره أمام ما يبتغيه

[1] **شريفي راضية**، المرجع السابق، ص 324.

المستثمر الأجنبي لحسم النزاع التي تثور بينه وبين الدولة المضيفة له، بإجراءات مرنة ومواكبة لطبيعة استثماراته[1].

رابعاً- تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية

يعلن رئيس المحكمة ختام المرافعة وتنسحب المحكمة للمداولة في جلسة سرية، ويتم تلاوة الحكم في جلسة علنية بعد توقيعه من طرف الرئيس و المسجل، وكذا بعد إ خطار الوكلاء إخطارا صحيحا [2].وتفصل المحكمة في جميع المسائل برأي الأغلبية من القضاة الحاضرين، و في حالة تساوي الأصوات، يرجح صوت الرئيس أو من يقوم مقامه، ويجب أن يكون الحكم مسببا ويتضمن أسماء القضاة الذين شاركوا في إصداره، وفي حالة عدم إصدار كل الحكم أو بعضه بالأغلبية، فإنه يتعين على كل قاض يخالف رأي الأغلبية إرفاق الحكم بيان مستقل برأيه الخاص.[3]

كما نصت المادتان 59 و60 من النظام الأساسي للمحكمة على نهائية وإلزامية حكم المحكمة، وفي حالة النزاع حول مدى مدلول الحكم تقوم المحكمة بتفسيره بناء على طلب أي طرف في النزاع ، على أنه يمكن التماس إعادة النظر في الحكم في حالة ظهور وقائع هامة تؤثر في الدعوى، كان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة و الطرف الذي يلتمس إعادة النظر، على ألا يكون جهل الطرف المذكور نتيجة إهمال منه، على أن يتم تقديم إلتماس إعادة النظر خلال ستة أشهر على أكثر من اكتشاف الوقائع الجديدة، كما لا يجوز تقديمه بعد انقضاء أجل عشر سنوات من تاريخ صدور الحكم .، هذا ما نصت عليه المادة 61 من النظام، وقد فرضت المادة 94 من ميثاق الأمم المتحدة على أطراف القضية تنفيذ الحكم حيث نصت على ما يلي " : يتعهد كل عضو من أعضاء الأمم المتحدة" أن ينزل على حكم محكمة العدل الدولية في أية قضية يكون طرفاً فيها ".كما خولت الفقرة الثانية من نفس المادة للطرف الذي صدر الحكم لصالحه أن يلجأ إلى مجلس الأمن في حالة عدم تنفيذه من الطرف الآخر، لإصدار توصية أو قرار بالتدابير الواجب اتخاذها لتنفيذ الحكم، حيث جاء النص كما يلي " : إذا امتنع أحد المتقاضين في قضية ما عن القيام بما يفرضه عليه حكم تصدره المحكمة فللطرف الأخر أن يلجأ إلى مجلس الأمن، ولهذا المجلس إذا

---

[1] **عبد اللاوي خديجة**، المرجع السابق، ص 408.

[2] **المواد 54-58** من النظام.

[3] **المادة 57** من نفس النظام.

رأى ضرورة لذلك أن يقدم توصياته أو يصدر قرارا بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ هذا الحكم ."إلا أنه، و بالرغم من إلزامية أحكام محكمة العدل الدولية بصريح المادة المذكورة أعلاه، فإن الواقع الدولي ، يكشف عدم احترام الدول لهذا النص في العديد من الحالات، فقد تم رفض أول حكم أصدرته المحكمة في قضية مضيق"كورفو" عام 1948 حيث رفضت ألبانيا الامتثال للحكم و عن دفع التعويض الذي قرره الحكم لصالح بريطانيا نتيجة تحميل ألبانيا مسؤولية الأضرار التي لحقت بالبحرية البريطانية، بسبب نشر الألغام عبر مياهها الإقليمية، دون أن تخطر البحرية البريطانية بذلك، مما أدى إلى خسائر مادية وبشرية معتبرة من الجانب البريطاني [1] ، كما رفضت إيران إجراءات الحماية المؤقتة التي أمرت بها المحكمة في قضية شركة يرانية عام الزيوت الأنجلوا 1951 ،ولم يتم تنفيذ حكم المحكمة إلا بعد فترة طويلة من المفاوضات. كما امتنعت إيران عامي 1979 – 1980 عن تنفيذ حكم محكمة العدل الدولية القاضي بالإفراج عن الرهائن الأمريكيين بطهران...إلخ . ولقد فصلت محكمة العدل الدولية في عدة قضايا، أصدرت من خلالها قرارات و فتاوى، أرست، قضاء دوليا مستقرا يمكن للمهتمين ورجال القانون، الرجوع إليه للاستدلال و إيجاد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ومن القضايا الشهيرة التي فصلت فيها محكمة العدل الدولية و المتعلقة بمنازعات الاستثمار الأجنبي .

الفرع الثاني: محكمة التحكيم الدائمة

يرجع تاريخ محكمة التحكيم الدائمة إلى مؤتمر الس لام الدولي في لاهاي 1899وإلى مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لاهاي كذلك وتم به تعديل بعض بنودها [2].، بموجب إتفاقية التسوية السلمية للنزاعات الدولية، وينحصر نطاق هذه المحكمة في الفصل في المنازعات الاستثمارية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي والتي أنيط بها منذ عام 1962، و ذلك بالنسبة للدول التي تعد طرفا في إتفاقية لاهاي لسنة 1907 ،و تتكون من 122 دولة عضو، والجزائر ليست بعضو بمحكمة التحكيم الدائمة[3].

[1] أنظر: **شريفي راضية**، المرجع السابق، ص326.

[2] **سامي عبد العال**، المرجع السابق، ص 13.

[3] **قائمة الدول الأعضاء** متوفرة على الرابط:

https://pca-cpa.org/ar/about/introducyion/contracting-parties/على الساعة 03:15 تاريخ الزيارة 24-02-2022

حيث يشترط أن تكون الدولة التي ينتمي لها المستثمر الأجنبي طرفاً في الاتفاقية [1].غير أن المجلس الإداري التابع لها وافق في 26 مارس 1962 على الاعتماد على قواعد التوفيق والتحكيم لتسوية المنازعات التي تقوم بين دولة ما وأحد أشخاص القانون الخاص، حيث شكل في هذا الصدد لجان من ثلاث محكمين يختارهم أطراف النزاع، وفي حالة فشلهم في ذلك فلهم الاستعانة بسكرتارية المحكمة لتتولى عنهم مهمة اختيار المحكمين .ومن هنا، أصبح بإمكان محكمة التحكيم الدائمة أن تفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي،و من بين القضايا التي عالجتها المحكمة نذكر قضية مجمع ايكون للبناء الكندي مع دولة الإكوادور و التي عولجت سنة 2020 و التي تتعلق بمجال البناء، كذلك قضية الإمارات العربية المتحدة(Alcor holding ltd) مع جمهورية التشيك سنة 2018 و التي اسند فيها تطبيق قواعد الأونسيترال للتحكيم الدولي [2]، إلا أنها تبقى وسيلة محدودة وذلك لصعوبة توفر شروط النزاع عليها، كون اللجوء إليها يعتبر اختياري، كما ينبغي أن تكون الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها طرفا في اتفاقية ، حيث يتعذر بالنسبة لأغلب مستثمري الدول النامية اللجوء إليها.

الفرع الثالث: محكمة الإستثمار العربية .

أنشئت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980 ،إذ تمثل هياكل قضائيا إقليميا مختصا، حيث تم وضع نظامها الأساسي من قبل الهيئة العربية للاستثمار سنة 1985 ،بينما لم يتم تشكيلها حتى سنة 1991 بموجب قرار المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية. كما يندرج صنف هذه المحكمة ضمن القضاء الإقليمي المتخصص في مادة الاستثمارات. والجدير بالذكر، أن الجزائر صادقت على الاتفاقية الموحدة للإستثمار رؤوس الأموال العربية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306 [3] .

---

[1] للمزيد من المعلومات أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة على الرابط

تاريخ الزيارة 2022/02/24 على الساعة 02:18. www.pca-cpa.org

[2] **التقرير السنوي للمحكمة لسنة 2020** متوفر على الموقع الإلكتروني للمحكمة، المرجع السابق تاريخ الزيارة 24-02-2022 على الساعة 02:39.

[3] **المرسوم الرئاسي رقم 306/95** مؤرخ في 12 جمادى الأولى 1416 الموافق ل 7 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية، ج.ر عدد 59،الصادرة بتاريخ 16 جمادى الأولى الموافق ل 11 أكتوبر 1995.

تتشكل المحكمة من خمسة قضاة أصليين وعدد من الاحتياطيين ينتمون إلى جنسيات عربية مختلفة ، وهي تختص بتسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام إتفاقيات الإستثمار في البلدان العربية .كما تنص بعض الاتفاقيات العربية على اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية[1]، قولا بأنه تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمار عن طريق التوفيق أو التحكيم أو القضاء المتخصص في البلد المضيف للاستثمار أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة وفق الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة الإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي وافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي العربي بقراره عدد 841 بتاريخ 1970/09/10 .

كما تتمتع المحكمة بصلاحيات واسعة في مرحلتي الإجراءات الكتابية والشفاهية، ولكل طرف في الدعوى إبداء دفوعه شفاهياً أو كتابياً، وتجرى المرافعات في المبدأ عمومية (علانية) إلا إذا رأت المحكمة خالف ذلك بطلب من الأطراف أو أحدهم أو بدونه فإنها تكون سرية .وبموجب هذه الاتفاقية يمكن للمستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى هذه المحكمة دون إقامة الدعوى في نفس الوقت أمام كل منهما وذلك استنادا إلى المادة 21 [2]من الاتفاقية الموحدة وعليه إذا أقام الدعوى أمام جهة معينة فإنه لا يستطيع إقامتها أمام الجهة الأخرى .

أولاً – تشكيل محكمة الاستثمار العربية

تتشكل المحكمة من خمسة قضاة أصليين وعدد من الاحتياطيين ينتمون إلى جنسيات عربية مختلفة ، وهي تختص بتسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام إتفاقيات الإستثمار في البلدان العربية .

[1] أنظر **المادة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة الإستثمار العربية** متوفر على شبكة الأنترنت على الرابط: www.lasportal.org تاريخ الزيارة 25-02-2022 على الساعة 00:25.

[2] تنص **المادة 21 من النظام الأساسي للمحكمة** على:" للمستثمر العربي أن يلجأ إلى القضاء في الدولة المضيفة طبقاً لقواعد الإختصاص فيها و ذلك في الأمور التي تدخل في إختصاص المحكمة على أنه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين إمتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى".

كما تنص بعض الاتفاقيات العربية على اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية[1]، قولا بأنه تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمار عن طريق التوفيق أو التحكيم أو القضاء المتخصص في البلد المضيف للاستثمار أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة وفق الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة الإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي وافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي العربي بقراره عدد 841 بتاريخ 1970/09/10 .

بالإضافة إلى عدد من الأعضاء و الاحتياطيين ينتمي كل منهم إلى جنسية عربية مختلفة ، يختارهم المجلس الاقتصادي العربي من قائمة من القانونيين العرب تعد خصيصا لهذا الغرض إذ ترشح كل دولة طرف اثنين منهم ،ويشترط فيهم أن يكونوا ممن تؤهلهم صفلقهم الخلقية و العلمية لتولي المناصب القضائية الرفيعة ، وان يكونوا متمتعين بجنسية إحدى الدول العربية و يجب أن يكونوا متفرغين للعمل إلا إذا كانت الظروف تقتضي غير ذلك، و تكون العضوية لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد ، أما بالنسبة للرئيس فيتم تعيينه من قبل المجلس الاقتصادي من بين أعضاء المحكمة ، والمقر الدائم للمحكمة يكون في الجامعة العربية و يجوز أن تعقد جلساتها وأن تقوم بوظائفها في أي مكان آخر بقرار مسبب منها ، كما تعد المحكمة لائحة للعمل و الإجراءات فيها وتشكيل دوائرها على ان لا يقل عدد أعضاء الدائرة من ثلاثة .

ثانياً – اختصاص محكمة الاستثمار العربية

يشمل الاختصاص القضائي للمحكمة المنازعات التي تختص بالفصل فيها بحكم ملزم للأطراف، و لقد حددت الاتفاقية نطاق اختصاص المحكمة من حيث الموضوع و الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى المحكمة.

حددت المواد 29 و 30 من الاتفاقية نطاق اختصاص المحكمة من حيث الموضوع عندما نصت على أن المحكمة تختص بالفصل في المنازعات التالية:

- المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها.

[1] أنظر **المادة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة الإستثمار العربية** متوفر على شبكة الأنترنت على الرابط: www.lasportal.org تاريخ الزيارة 25-02-2022 على الساعة 00:50.

– المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي يتفق أطرافها على اعتبارها داخلة ضمن ولاية المحكمة،ولو كان هناك اتفاق سابق على عرض هذه المنازعات على التحكيم أو القضاء الدولي .

من حيث الأشخاص أوضحت المادة 29 الفقرة الثانية من الاتفاقية نطاق اختصاصها الشخصي عندما اشترطت أن يكون النزع قائما بين:

– دولتين أو أكثر من الدول الأطراف أو بين دولة طرف و بين المؤسسات و الهيئات العامة التابعة للأطراف الأخرى أو بين المؤسسات و الهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.

– الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة و بين المستثمرين العرب.

– الأشخاص السابق ذكرهم و بين الجهات التي توفر ضمانات للاستثمار طبقا لهذه الاتفاقية.

إن إختصاص المحكمة بإبداء آراء استشارية نصت عليه المادة 36 من الاتفاقية إذ نصت:" أن للمحكمة أن تفتي برأي استشاري غير ملزم بأية مسألة قانونية تدخل ضمن اختصاصها ،وبناءا على طلب دولة طرف أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس الاقتصادي، و يثبت الحق في طلب الرأي الاستشاري من المحكمة للدول الأطراف و الأمين العام لجامعة الدول العربية والمجلس الاقتصادي العربي ، وهذا يعني أن المستثمر العربي الخاص لا يستطيع اللجوء إلى المحكمة لأخذ رأي استشاري في مجال اختصاصها [1].

فيما يخص الإجراءات المتبعة أمام المحكمة للفصل في النزاع المعروض عليها فإن الاتفاقية تركت للمحكمة مهمة إعداد اللوائح التي توضح قواعد العمل و الإجراءات المتبعة أمامها وهي في ذلك لا تخرج عما هو متعارف عليه من الإجراءات التقليدية المتبعة أمام المحاكم الداخلية و الدولية ،وللمحكمة بناءا على طلب احد الأطراف أن تقرر التدابير المؤقتة التي يجب اتخاذها لحفظ حقوقه إذا رأت ذلك ضروريا .و إذا رأى أحد من غير أطراف الدعوى ممن تشملهم ولاية المحكمة أن له مصلحة يؤثر عليها الحكم في الدعوى جاز له أن يقدم طلب تدخل فيها و تبت المحكمة في هذا

[1] **معزوزة زروال**، المرجع السابق، ص 605.

الطلب . و لم تحدد المحكمة كيفية صدور الحكم من قبل المحكمة و إن كان من البديهي صدوره بالأغلبية،وهذا ما يتضح من خلال تكوين المحكمة من عدد فردي من القضاة ، أما بالنسبة لحجية الحكم فقد حد دتها المادة 34الفقرة الأولى من الاتفاقية عندما نصت على انه لا يكون للحكم قوة إلزام إلا في مواجهة أطراف الدعوى أما من ناحية الموضوع فتقتصر حجيته على ال نزاع الذي فصل فيها.

و لابد من الإشارة أن المحكمة تختص وحدها بتفسير الأحكام التي تصدرها و لأي طرف في النزاع أن يطلب من المحكمة تفسير الحكم و ذلك عند المنازعة في معناه أو مدلوله .

ثالثاً – الطعن في الحكم و مدى نفاذه

يعتبر حكم المحكمة نهائياً وغير قابل للطعن فيه وفقا للمادة 34 الفقرة الثانية و مع ذلك تجيز المادة 35 من الاتفاقية للمحكمة قبول طلب إلتماس إعادة النظر و ذلك إذا تحققت الشروط التالية.

-إذا تضمن الحكم تجاوزا خطيرا لقاعدة أساسية في الاتفاقية أو إجراءات التقاضي.

-إذا ظهرت واقعة ذات تأثير حاسم في الدعوى وكان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر.

-ألا يكون الجهل بهذه الواقعة ناشئا عن إهمال طالب إعادة النظر، يجب تقديم الطلب خلال ستة أشهر من تاريخ كشف الواقعة الجديدة و قبل انقضاء 5 سنوات على صدور الحكم.

لم تأخذ الإتفاقية بفكرة طرد الأعضاء حال مخالفتهم لأحكامها ، و هذا موقف محمود نظرا لاستجابته لاتجاه قوي في العمل الدولي مقتضاه نبذ هذه العقوبة القاسية و لم تبين الإتفاقية آثار الإستخلاف الدولي على العضوية في المؤسسة ومن تم يتعين اللجوء لأحكام القانون الدولي المتعلقة به لتحديد الحالات التي يؤدي فيها زوال العضوية والحالات التي تبقى فيها العضوية رغم تحققه[1].

[1] **معزوزة زروال**، المرجع السابق، ص 606.

من العرض السابق ، يتبين أن منازعات الاستثمار تتسم بنوع من التعقيد من ناحية عدم ثقة المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني من ناحية، وعدم وجود هيئة قضائية متخصصة لفض منازعات الاستثمار وعدم ملائمة أسلوب عمل محكمة العدل الدولية في فض هذا النوع من المنازعات لأن مناطها هو الدول دون الأفراد. ويترتب على ذلك ضرورة اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية لما تكفله من ضمانات قانونية لكل الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية نظراً من المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة ومن هذه الاتفاقيات: اتفاقية واشنطن لعام 1965 ،والتي تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والاتفاقية التي أبرمتها الدول العربية عام 1974 والتي أنشأت المجلس العربي لتسوية المنازعات، وكذلك هناك الكثير من الاتفاقيات الجماعية والثنائية التي تعقدها الدول المستضيفة مع المستثمرين الأجانب .على الرغم من الدور الفعال لكل من القضاء الوطني والدولي لحل منازعات الاستثمارات الأجنبية، إلا أن معظم المستثمرين الأجانب يفضلون اللجوء إلى التحكيم رغبة في الاستفادة من مزاياه، كما يطمح كل مستثمر أجنبي إلى فض نزاعه بأكبر قدر من السرية وأقل قدر من العلانية والنشر، والأهم من ذلك تجنب مشكلة التنازع الدولي للقوانين في النزاعات التجارية الدولية، كما لا ننسى إختصار مدة التقاضي من خلال سرعة إجراءات التحكيم

الفصل الثاني:

التحكيم الدولي كآلية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي

من أجل أن تكون هناك ثقة متبادلة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، لابد من إيجاد آلية فعالة ومحايدة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار الدولي، من اجل مراعاة الخصوصية بين الطرفين طرف ذو سيادة أو أخذ الأشخاص الاعتبارية التابعة للدولة التي تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة.

إتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي وما تقرره اغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار إلى اعتماد آلية التحكيم الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولي نظرا لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه.[1]

فضلا عن أهمية التحكيم الدولي في مجال عقود الاستثمار لكونه يوفر السرية لهذه العقود و التي تتضمن أسرار يحرص الخصوم في عقود الاستثمار الدولي على بقاءها طي الكتمان.

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 394.

المبحث الأول: التحكيم الدولي كضمانة إجرائية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي

إذا كانت إجراءات التحكيم هي نفسها في منازعات التجارة الدولية بوجه عام ، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الإستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في باقي المنازعات الأخرى، ويرجع ذلك لإختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التي تنظر في هذه المنازعات التصدي لها، والتي تنبع أساساً من كون احد أطراف هذه العقود يمثل شخصا عاما يتمتع بالسيادة ويتعامل مع شخص خاص، وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة، مما يجعل منازعات الإستثمار لا تخلو من خلفية سياسية وا إقتصادية دولية، وإن وجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفًا في التحكيم في منازعات الاستثمار يضفي على هذا النوع من التحكيم طابعًا خاصًا يستلزم المعالجة المتأنية حتى لا يفقد التحكيم فاعليته في هذا المجال وتنهار إحدى الضمانات الهامة التي يعّول عليها المستثمر الأجنبي.

المطلب الأول: ماهية التحكيم

تعد مسألة وجود منازعات في أي مجال من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية، نظرا لأن الإحتكاك والتعامل بين الأشخاص يولد خلافات نتيجة لتعارض مصالحهم .وتبعا لذلك فإن العلاقة في عقود الإستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار، تثير مشكلة أساسية، أ لا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها، وبين الأهداف الشخصية التي يسعى لتحقيقها الطر ف الخاص المتعاقد معها (المستثمر الأجنبي)، هذا الأمر يجعل من التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية، موضوعا في غاية الأهمية.و على هذا الأساس سوف نعالج مفهوم التحكيم، صوره و طبيعته القانونية تباعاً:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم و صوره و طبيعته القانونية في عقود الاستثمار

ليس هناك تعريف جامع مانع للتحكيم، بل تعددت وتنوعت التعريفات التي حاول أصحابها الوصول إلى تعريف جامع يتضمن جميع ما تتمتع به وسيلة التحكيم من سمات، ومانع يمنع ما تشابه معها من الوسائل من الاندراج تحت مظلة التحكيم.

أولا: تعريف التحكيم الدولي

تباينت التعاريف المقدمة للتحكيم مما ترك الباب مفتوحا أمام الاجتهادات القانونية و الفقهية خاصة و أن الكثير من الاتفاقيات الدولية و التشريعية الوطنية قد تجنبت إعطاء تعريفا مفصلا نحوه، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958، والقانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " Unicitral" وأيضا عرفه التجارة الدولية بباريس "cci" بحيث لم يرد في أي من هذه المنظمات أي تعريف مباشر لمصطلح التحكيم، حتى بالنسبة للتشريعات الوطنية التي سارت حذب هذه المنظمات و لم تعطي تعريفا مفصلا للتحكيم.

1/ تعريف التحكيم: يعتبر التحكيم وسيلة فعالة وسريعة لحل النزاعات التي قد تثار بين الخصوم و قد ازدهر التحكيم بازدهار التجارة الدولية والنشاط التجاري و ازدهار عقود الاستثمار و حدية انتقال رؤوس الأحوال و الأشخاص وعقود نقل التكنولوجيا و تطور المنظومة الصرفية ووسائل الاتصال،[1] حتى أصبح منظما بان شكل هيئات و مراكز دولية.[2]

أ/ تعريف التحكيم في اللغة: التحكيم لغة يعني التفويض في الحكم يقال حكمه في الشرع أي جعله حكما و فوض إليه الحكام فيه وحكمه في الأمر أي أمره أن يحكم، [3] و حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم، و يقال حكمنا فلانا بيننا أي أجزنا حكمه بيننا.[4]

إن أصل كلمة تحكيم في اللغة العربية من مصدر الفعل (حكم) بتشديد الكافي مع الفتح يقال حكم بالأمر حكما: قضى حكم له وحكم عليه و حكم بينهم حكم فلانا في الشيء و الأمر جعله حكما (احتكم) الخصمان إلى الحاكم رفعا خصومتهما إليه و احتكم في الشيء و الأمر: تصرفا فيه كما يشاء يقال احتكم في مال فلان و احتكم في أمره.[5]

---

[1] **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 59.

[2] من بين المراكز المتخصصة في مجال التنظيم التحكيم التجاري الدولي نجد **CCI .ICSID**

[3] **مجد الدين محمد بن يعقوب و زيادي**، القاموس المحبط، مطبعة دار العلم للجميع، بيروت

[4] **لسان العرب لمحمد بن علي بن حقبة بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري**، دار صابر، بيروت

[5] **المعجم الوجيز**، مجمع اللغة العربية والعلوم، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، 1990، ص 190.

وفي الصحاح يقال:حكم– الحكم:مصدر قولك حكم بينهم يحكمأي قضاء وحكم له وحكم عليه.[1]

وفي المعجم الوسيط حكم بالأمر حكما، قضى يقال: حكم له و حكم عليه وحكم بينهم، و حكم فلانا في الشيء والأمر، جعله حكما وحكمه يخصمان إلى الحاكم، رفقا خصومتهما إليه وحكمه في الشيء والأمر، تصرف فيه كما يشاء،[2]والحكم ما أسماء الله تعالى و (الحكم) الحاكم **قال تعالى:** " **أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا ۚ وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ ۖ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ** "[3] والحكم من يختار للفصل بين المتنازعين **قال تعالى:** "**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** "[4].

ب/ التعريف الاصطلاحي والفقهي للتحكيم: يعرف التحكيم في الاصطلاح بأنه "توليه الخصمين حكما بينهما و كذلك يعرف"على أنه اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم ويعرفه البعض على أنه نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعدياً عن إجراءات القضاء العادي.

أما على مستوى الفقه فق عرفه البعض على انه: " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم Arbitre أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم و قد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين بذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم Clause compromissoire و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم و يسمى في هذه الحالة "مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم[5]Compromis .

---

[1] **الصحاح في اللغة العربية والعلوم**، دار الحضانة العربية، بيروت، ص 285.

[2] **أحمد حسن الزيات**، المعجم الوسيط، قام بإخراجه مصطفى، ط2، ص 19.

[3] **سورة الأنعام، الآية 114.**

[4] **سورة النساء، الآية 35.**

[5] **أشرف عبد العليم الرفاعي** ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 210.

كما عرفه البعض الآخر بأنه: " وسيلة لحل النزاعات تقوم على اتفاق على إحالة بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشا بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة إلى شخص أو أشخاص يختارونهم ليفصلوا فيها بقرار ملزم لطرفي النزاع"[1].

و يرى بعض الفقه أن الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من الالتجاء إلى التحكيم هو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام محاكم الدولة.[2]كذلك عرفه البعض على أنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع البث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء.[3]

و قيل أيضاً أنه: " إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه يحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزما"[4]

كما ذهب بعض فقهاء القانون إلى تعريف التحكيم بأنه نظام للقضاء الخاص ينظمه القانون ويصبح بمقتضاه إخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي، لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم كقاعدة و يستخدمون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات" [5] أو هو: " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهما بالفعل أو التي يحتمل أن تثور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين"[6]

و يعرفه الفقه الفرنسي كما يلي:

---

[1] **عبد المنعم نائف عبوش الجبوري**، تسوية منازعات عقود الاستثمار بواسطة التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير في القانون، جامعة آل البيت كلية القانون الأردن، 2017، ص 12.

[2] **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 17.

[3] **عبد المنعم نائف عبوش الجبوري**، المرجع السابق، ص 12

[4] نفس المرجع ، ص 13.

[5] **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 62.

[6] **مختار أحمد يزيري**، التحكيم التجاري الدولي، ار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 5.

« l'arbitrage et une technique cisanta faire donner la solution d'une fonction, internent les rapports entre deux on plusieurs personnes par une ou plusieurs personnes, l'arbutre ou les arbitres- lesquelles liemment leurs pouvoirs d'une .. et statuent sur la base de cette convention sans etie investir a cette mission par l'etat ».[1]

كما عرفه الأستاذ Philippe Fouchard بأنه: " اتفاق الأطراف على عرض منازعاتهم للفصل فيما على هيئة خاصة هم الذين يختارونها"[2]

كما ذهب آخرون في تعريفهم للتحكيم بأنه: " عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق الأطراف المتنازعة على نزاع معين ، على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه على ضوء قواعد القانون و مبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو على ضوء قواعد العدالة وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر من المحكمين"[3]

وتعرفه الدكتورة حفظة السيد الحداد بأنه: " ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعة الناشئة بينهما أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم و ذلك إذا كانت هذه المنازعة تتعلق بمصالح التجارة الدولية"[4]

كما عرفه الدكتور إبراهيم شحاتة على أنه : " إجراء اختياري لأسرية المنازعات بحكم ملزم بتأسيس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع"[5]

ج-التعريف القانوني والقضائي للتحكيم: اختلفت التشريعات الوطنية والدولية حول إعطاء تعريف جامع ومانع للتحكيم فكان المستوى القانوني المقارن،فقد عرف قانون التحكيم المصري

---

[1] **طيب قبايلي**، كريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدية و الإدارية، دار بلقيس الجزائر، 2020، ص 10.

[2]**Philippe Fouch**ard, **Emmanuel Gaillard est holdGoldon**, traitée de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, N 07, p 11.

[3] **خليفة عبد المنعم عبد العزيز** ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006، ص 12.

[4] **حفيظة السيد المراد** ، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات حلي الحقوقية، ط 1، بيروت، 2004، ص 117.

[5] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 346.

رقم27 لسنة1994 التحديد المقصود بالتحكيم فنص في المادة 4 فقرة1 على" ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي تتفق عليه طرفا النزاع باردتاهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمةأومركز دائم للتحكيمأو لم يكن ذلك"[1].

أما على صعيد التشريع الفرنسي فقد عدلت أحكام قانون الإجراءات الحديثة بموجب المرسوم رقم 354 لسنة 1980 المتعلق بالتحكيم الداخلي و المرسوم رقم 500 لسنة 1981 المتعلق بالتحكيم الدولي و المرسوم رقم 48 لسنة 2011 بشأن إصلاح التحكيم، [2] و قام بإسناد نصوص وأحكام خاصة بالنسبة للتحكيم الدولي إلى جانب الأحكام العامة للتحكيم مع العلم أن قبل هذا ذهب قانون التحكيم الفرنسي رقم 04 لسنة 1993 إلى أن : " التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات إلى تنشأ أو يمكن أن تنشا بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية.[3]

أما المادة 442 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فق عرفت التحكيم بأنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات إلى يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم" و جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة بخصوص مشارطة التحكيم بأنها: "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر"[4].

وعلى المستوى الدولي فقد عرفت المادة 7 من قانون الاو نسي ترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، [5] و الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة

---

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 347.،

انظر كذلك عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، نشأة المعارف الإسكندرية، 1995، ص 24.

[2] **المرسوم رقم 2011/48** المؤرخ في 2011/01/13، ج ر ج ف، الصادر بتاريخ 2011/01/14 منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفرنسية www.Justice.gov.fr

[3] **سي فضيل الحاج**، مرجع سابق، ص 399.

[4] **Art 1442** du code de procédure civile Français N 2011-48 « la Convention d'arbitrage prend la forme dune clause compromissoire ou d'un comprmis la clause compromissoire et la convention par lequelle les parties a un on plusieurs contracts s'engagent a soummetre a l'arbitrage les litiges qui poussaient maitre relativement a ce on a ces contracts.

[5] **قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي** بالصيغة إلى اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985 و عدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 جويلية 2006.

للقانون النجاح الدولي [1] ينص على: " التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحال إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشا أو ما قد ينشا بينهما من نزاعات بشان علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية"

أما على مستوى القضاء فقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بأنه: " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار بعين باختيارهما أو بتعويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها يفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالاة مجردا من التعامل و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما وجهة نظره تفصيليا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية".[2]

و في حكم لها أقرت محكمة استئناف القاهرة أن التحكيم: " عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أساسه أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون كما هو الحال بالنسبة للقضاة المحاكم و إنما يستمدها من اتفاق الخصوم على تحكيمه ذلك الاتفاق الذي أجازه المشرع ليغني الخصوم بالتحكيم من الالتجاء إلى القضاء و ما يقتضيه ذلك من وقت و جهد و نفقات..."[3]

كما عرف مجلس الدولة الفرنسي للتحكيم بأنه: " يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث و التسليم بصفة قضائية لقرار التحكيم"[4].

---

[1] **لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي** هي هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة وهي تؤدي دورا فعالا في تحسين الإطار القانوني للتجارة و ذلك بالتشريع الدولي و تحديث قانون التجارة الدولية والمساهمات الفقهية إلى تستخدم من طرف التجار الدوليين في عملية التفاوض على المعاملات الدولية والنصوص التشريعية تتساؤل البيع ال دولي للبضائع تسوية النزاعات التجارية الدولية كالتحكيم و التوظيف والتجارة الالكترونية و الإعسار أما النصوص غير التشريعية فتشمل قواعد تتعلق بالاضطلاع بإجراءات التحكيم والتوفيق ومذكرات بشأن تنظيم الإجراءات التحكيمية ودليل قانوني بشأن عقود المنشآت الصناعية و التجارة .

للمزيد من المعلومات انظر موقع أمانة الاونسيترال www.unicitral.org

[2] **حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية القضية رقم 104 لسنة 20 جلسة 1999/07/03** و حكمها رقم 65 لسنة 18 ق جلسة 2001/01/06.

[3] **حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم 5 لسنة 122 ق، جلسة 2005/06/29.**

[4] **حسان نوفل،** التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 69.

كما عرفه جانب آخر من الفقه الفرنسي بأنه: " هيئة تمتلك سلطة خاصة تهدف من خلالها حل نزاع متبعة من سلطة القضائي [1] أو " هو هيئة يعهد لها و الأطراف مهمة حل نزاعاتهم لمحكمين ليعطوا قرارهم بحرية تامة"[2]

د/ تعريف التحكيم في التشريع الجزائري : لم يتعرض المشرع الجزائي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الساري المفعول و لا في قانون الإجراءات المدنية الملغى إلى التعريف بنظام التحكيم و إنما اقتضى بالنص على ما يستفيد هذا المعنى بنص المادة 50/100 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التعرف فيها لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتهما الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

وخيرا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا الصدد لان واجب المشرع عندما يضع قانون هو أن يختص بتحديد المبادئ و الأحكام العامة التي يجب أن يتناولها القانون أما المسائل الجزئية ومنها التعريف أو بيان الخصائص فهي من واجب الشراح و الفقهاء و رجال القانون و ليس من واجب المشرع،[3]لهذا تجد الفقه وضع عدة تعريفات للتحكيم إلى تم الإشارة إليها يختلف بعضها عن البعض الآخر، و العلة في هذا الاختلاف هو اختلاف الزاوية التى ينظر منها هذا النظام لتسوية النزاعات.

وعليه يمكن إعطاء تعريف التحكيم و الذي نميل إليه و هو تعريف الدكتور عبد الكريم سلامة والذي جمع فيه مختلف جوانب التحكيم بقوله بأن " و التحكيم هو نظام قضائي خاص يختار فيه

[1] **Voir ; Bertrand M et thierryB** , Droit enterme et droit international de l'arbitrage 5 eme édition dehmas Paris, 2005, p 15.
[2] **Voir : de Boisson M** le droit francais de l'arbitrage Dalloz Paris, 1987, p5.
[3] **أوسهلة عبد الرحيم**، مرجع سابق، ص 151.

الأطراف قضائهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشا أو نشأت بالفعل بينهم خصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية و التي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم" [1] أما بخصوص التحكيم الدولي فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1039[2] من ق إ م إ و حيث جمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي و وصفا المعيار الاقتصادي باستحضار المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل أما المعيار القانوني فربطه بتعدد الدول.[3]

ثانياً: اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار

الملاحظ هو أن اتفاق التحكيم على حد تعبير البعض هو قلب التحكيم قالبه و أنه و التحكيم وجهان لشيء واحد،[4] وهو المفترض أو الأساس أو الدستور لوجود عملية التحكيم بين الأطراف إذ يعتبر اتفاق التحكيم هو أساس التجاء الأطراف للتحكيم.

وتعددت التعريفات التشريعية والقضائية والفقهية لاتفاق التحكيمla convention d'arbitrage لكن الملاحظ هو تأثر هذه التعريفات بتعريف اتفاقية نيويورك العام 1958 بشان الاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها والقانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر سنة 1985 حيث تنص المادة 2 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، في تعريفها لاتفاق التحكيم على أنه: " الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدي أو غير التعاقدي المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم كما عرفت المادة 7 من القانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة 1985 اتفاق

---

[1] **أحمد عبد الكريم سلامة**،التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية دار النهضة العربية، القاهرة، 2006،ص 18.

[2] **أنظر المادة 1039** من **القانون رقم 08-09** مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتم، بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 دو الحجة 1443 الموافق لـــ 12 يوليو 2022 يعدل ويتمم **القانون رقم 08-09** المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية ،ج.ر.ج.ج،ع 48،الصادرة بتاريخ 17 يوليو 2022.

[3] **معزوزة زروال**، المرجع السابق، ص 568.

[4] **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة، 2004، ص 5.

التحكيم بأنه: " اتفاق بين الطرفين على أن ي.. إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة عقدية كانت أو غير عقدية، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرك تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

وعرفت المادة 10 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 اتفاق التحكيم بأنه: " اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية" بعدما كان قد عرف التحكيم في المادة 4 فقرة 1 السالفة الذكر.

وعرف المشرع التونسي اتفاق التحكيم في الفصل الثاني من الباب الأول الخاص بالأحكام المشتركة من قانون إصدار مجلة التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993[1]، اتفاقية التحكيم تنص على أن: " اتفاقية التحكيم هي التزام الأطراف على أن يخضعوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشان علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويكتسب الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم"

وقد عرفت محكمة تميز دبي اتفاق التحكيم في بعض أحكامها بأنه عبارة عن : " اتفاق الأطراف في عقد من العقود أو في اتفاق لاحق أو عند النزاع على طرد نزاعهم لما محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم دون قضاء الدولة"[2].

أما المشرع الجزائري فلم يعرف اتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم [3] و مشارطة التحكيم، كوسيلة لاتفاق الأطراف على الخضوع إلى التحكيم بمناسبة فض منازعاتهم بشان تنفيذ عقد أو اتفاق ما و قد عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1007 من ق إ م إ بأنه: " الاتفاق

[1] ذكره: **احمد إبراهيم عبد التواب**، اتفاق التحكيم مفهومه، أركانه وشروطه، نطاقه،دار النهضة العربية،القاهرة، ص 37.

[2] في الواقع إن شرط التحكيم كثيرا ما يدرج ي العقد بل أصبح هذا الشرط هو القاعدة في ميدان التجارة الدولية، و يمكن القول أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم و خاصة في المجال الدولي تنشأ استنادا إلى شرط التحكيم سابق على النزاع، و قليلة تلك القضايا التي تنشأ في المجال الدولي استنادا إلى اتفاق تحكيم لاحق على نشوء النزاع للمزيد من المعلومات انظر: **أشرف عبد العليم الرفاعي**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 201 – 202.

[3] للمزيد من المعلومات أنظر: **أوسهلة عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص155.

الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات إلى قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

وعليه فان التعبير عن إرادة الأطراف المتعلقة إلى اللجوء للتحكيم تكون بإحدى الصوتين احدهما شرط في العقد يضعه الطرفان و يسمى بشرط التحكيم و الصورة الثانية تتجسد في إبرام اتفاق مستقل عن العقد يسمى مشارطة التحكيم.

إلا أنه هناك صور آخر من صور التحكيم أو صور اتفاق التحكيم أو جدها الفقه الحديث والممارسات الحديثة في مجال التحكيم و هي شرط التحكيم بالإحالة و التي تعتبر الصورة الحديثة اتفاق التحكيم و هذا ما سوف نتطرق إليه:

1: شرط التحكيم la clause compromissoire :هو الاتفاق الذي يرد في غالب الأحيان كبند من بنود عقد من العقود بمقتضاه يلتزم أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشا بينهم من منازعات بخصوص هذا العقد تنفيذاً أو تفسيراً على محكم أو أكثر يختارونهم للحكم فيه، بدلا من المحكمة المختصة،[1] ويمكن أن ينصرف لاتفاقهم في العقد نفسه، أو لاحقا على العقد في اتفاق مستقل أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمن اتفاق التحكيم مع الوضوح لهذه الإحالة.[2]

وعرف الدكتور فتحي والي الاتفاق التحكيم على أنه: " اتفاق الأطراف على أن ما ينشا بينهم مستقبلا ن نزاع حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بينهم عن طريق التحكيم وعرفته المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2011/48 لسنة 2011 الصادر في 13 يناير 2011،[3] بأنه: " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أطراف عقد أو عدد من العقود بخضوع المنازعات المتولدة عن هذا العقد للتحكيم" السالفة الذكر، و يتضح من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي قد اعتبر شرط التحكيم بمثابة اتفاق مستقل أيضا في عقود القانون الخاص،[4] على

[1] **اشرف عبد العليم الرفاعي**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 202.

[2] **حمد إبراهيم عبد التواب**، المرجع السابق، ص 63

[3] **المرسوم رقم 2011/48.**

[4] **أو سهلة عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص 154.

خلاف المشرع المصري الذي وسع في نطاق شرط التحكيم فشمل ما ينتج من منازعات بين الأطراف في علاقاتهم العقدية أو غير العقدية و ذلك بنصه في المادة 10 فقرة 1 و 2 من قانون التحكيم المصرفي على: اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشا بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين".

غير أن المشرع الفرنسي ظل حتى وقت قريب يضيّق من نطاق شرط التحكيم، [1] وكان يقصر شرط التحكيم على عقود من نوع خاص و لا يجيز شرط التحكيم في العقود المدنية حتى صدور التعديل لسنة2011بموجب المرسوم2044/48فكان يشترط الكتابة لشرط التحكيم وإلا كان التحكيم باطلا في حين لم يكن يشترط ذلك في مشارطة التحكيم والخبرة شرطا للإثبات مشارطة التحكيم.[2]

وبموجب المرسوم 2011/48 ساري المشرع الفرنسي اشتراط الكتابة بين كل من شرط ومشارطة التحكيم و إلا كان الاتفاق باطلا،[3] وهذا على عكس ما تقرره قوانين الدول وحق التقاليد الانجلوساكسونية،[4] والتي لا ترى.. لإخضاع اتفاق التحكيم لشكل معين يعتبر عن سائر التصرفات القانونية الأخرى الخاضعة لمبدأ الرضائية وتكون الكتابة مجرد آلية إثبات اللجوء إلى التحكيم.

وغالبا ما يكون شرط التحكيم بصيغة عامة ترد فيه الأمور الجوهرية دون المسائل التفصيلية، ومثال ذلك تسوية النزاع الذي سوف ينشا بموجب هذا العقد سيكون عن طريق التحكيم، أما في

---

[1] كان القانون الفرنسي قبل صدور **المرسوم 2011/48 لسنة 2011** خاليا من أي نص يقرر الأخذ بمبدأ استغلال شرط التحكيم من عدمه في حين أن القضاء الفرنسي قد حرص على إبراز هذا المبدأ في العديد من الأحكام ، منها الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية سنة 1972 والذي ورد فيه بأنه: " في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل اتجاه العقد" وكذلك الحكم الصادر من ذات المحكمة سنة 1993 والذي جاء في " بان استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أصبح من القواعد المادية في القانون الفرنسي" للمزي من المعلومات انظر: **رشا موسى محمد**، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي،مقال منشور في مجلة أهل البيت،ع 11، الأردن، ص 187.

[2] **أحمد إبراهيم عبد التواب**، المرجع السابق، ص 73.

[3] نفس المرجع ، ص 73.

[4] **طيب قبايلي عبد اللؤيم تعويلت** ، المرجع السابق، ص 57.

حالة عدم إبرام هذا الاتفاق اللاحق إلى غاية وقت نشوء النزاع فان إبرام مشارطة التحكيم أمر ضروري بعد وقوع النزاع وهذا ما حصل في قضية أرامكو ARAMCO مع الحكومة السعودية بحيث ابرم الطرفان اتفاقا للتحكيم سنة 1955 بالرغم من أن عقد البترول القائم بينهما منذ 1933 كان يتضمن شرطا على اللجوء إلى التحكيم.[1]

وبهذا المعنى يتبين أن شرط التحكيم هو أمر احتمالي إذ يحتمل عدم حدوث النزاع بين أطراف عقد الاستثمار عند تنفيذه أو تفسيره وهذا الشرط يرد تبعا للعقد الأصلي أي يعتبر بندا من بنوده إلا أن هذا لا يمنع من أن يحرر هذا الشرط في صورة اتفاق لاحق له العقد الأصلي، بل إن هذا الشرط يصبح امتداد لتحرير اتفاقية تحكيم لاحقة بظهور النزاع.[2]

وتطرق المشرع الجزائري لشرط التحكيم في نص المادة 1007 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق ا م ا وعرفه على أنه : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشان هذا العقد على التحكيم" ويفهم من هذا النص من إمكانية وقوع خلاف بين المتعاقدين في المستقبل ومن واجبهم أن يضمنوا عقدهم بندا يلخصون فيه اتجاه إرادتهم لتسوية منازعاتهم بشان العقد المزمع تنفيذه عن طريق التحكيم وهذا ما يميز شرط التحكيم و هو تعلّقه بنزاع محتمل الوقوع في المستقبل و ليس تعلّقِه بنزاع قائم.[3]

2: مشارطة التحكيم Un Compromis :وهو الاتفاق الذي يتم بين الأطراف المتنازعة بعد قيام النزاع لعرض هذا النزاع على التحكيم، سواء كانت المشارطة لشرط تحكيم سابق بين الطرفين أو بعد نشوء النزاع بين الطرفين.[4]

---

[1] أنظر: **طيب قبايلي**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن المرجع السابق، ص 123.

[2] **أوسهلة عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص 155

[3] **رضوان ربيعة**، فض المنازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء و التحكيم ، رسالة دكتوراه نظام LMD ، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ورقلة، 2019 / 2020، ص 185.

[4] **أحمد إبراهيم عبد التواب**، اتفاق التحكيم، مفهومه، أركانه و شروطه، نطاقه، المرجع السابق، ص 90.

وقد عرف الفقيه الفرنسي Jean Vincent مشارطة التحكيم تعريفا مقاربا لفكرة اتفاق التحكيم ذاتها والواردة في نص المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، قبل تعديل سنة 2011، بأنها: " مشارطة التحكيم هي اتفاق بين شخصين أو أكثر من الأشخاص المتنازعة لعرض نزاعهم على محكم أو أكثر من اختيارهم دون قضاء الدولة و جاء النص بالصيغة الفرنسية على النحو التالي:

La convention de compromis et une contrant par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent que leur différentiel sera porté non devant les juridictions ordinaires mais devant un ou plusieurs arbitres de leur choix »

و أصبحت المادة بموجب المرسوم رقم 2011/48 تنص على : " مشارطة التحكيم بين اتفاق جميع الأطراف على تسوية أو خضوع النزاع المتولد بينهم عن طريق التحكيم و جاء النص باللغة الفرنسية:

Le compromis est la convention par laquelle les parties a un litige ne soumettront celui-ci a l'arbitrage »[1]

وهذا ما يبين مساواة ا لمشرع الفرنسي لسنة 2011 بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، خاصة وأن المادة 1443 نصت على البطلان في حالة عدم كتابة شرط أو مشارطة التحكيم.

ومشارطة التحكيم هي وثيقة تحكيم خاصة عرفها البعض أيضا على أنها " اتفاق يستطيع بموجبه أطراف نزاع قائم بالفعل، عرض هذا النزاع على محكم أو محكمين يختاره هؤلاء الأطراف لحسم النزاع"[2] وهذا مفاده إن مشارطة التحكيم هي اتفاق مستقل عن العقد، و تحرر في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع، و ليس عند إبرام العقد الأصلي الذي يقوم بشأنه النزاع.

[1] للمزيد من المعلومات: انظر **أسامة أبو الحسن مجاهد** ، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص 22.

[2] **سي فضيل الحاج**، مرجع سابق، ص 403.

وعرفها المشر ع المصري في نص المادة 01/10 من القانون المتضمن قانون التحكيم المصري المذكور أعلاه وذلك بإمكانية إبرام اتفاقية تحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية.

فمشارطة التحكيم هي وثيقة أساسية للتحكيم الدولي في مجال الاستثمار والتي تضع قاعدة سلوك إلزامي بالنسبة للأطراف الموقعين عليها من حيث تنفيذها أو الالتزام بحكمها، كما يمكن اعتبار مشارطة التحكيم تنفيذا لشرط التحكيم الذي سبق الاتفاق عليه من قبل الأطراف قبل قيام النزاع، وعليه تعتبر مشارطة التحكيم كوسيلة لاستكمال العناصر الضرورية حتى يتم التبادل الوظيفي و إلا كان التحكيم باطلا، ولذا يتعين تحديد العديد من المسائل التي تتضمن تعيين النزاع على وجه الدقة ويتعين المحكمين ولغة التحكيم والقانون الواجب التطبيق وهذا كله تحت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.[1] كما قد تُعقد المشارطة لتقرير اللجوء إلى التحكيم دون أن يكون هناك شرط تحكيم متفق عليه سلفاً في العقد الذي نشأ عنه النزاع.[2]

وتطرق المشرع الجزائري إلى مشارطة التحكيم في المادة 1011 من قانون إ م إ بقوله: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم" ومفاد هذا التعريف أن يتفق الأطراف المتعاقدة على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بواسطة التحكيم وتحرر المشارطة في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث يبرم بين الأطراف المتعاقدة بعد نشوب النزاع وليس عند إبرام العقد الأصلي.

3: شرط التحكيم بالإحالة La clause compromissoire référence: يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المستحدثة لاتفاق التحكيم، و يتحقق هذا الشرط في الحالة التي يكتفي فيها الأطراف بالإحالة إلى عقد نموذجي يتضمن شرط تحكيم لدى إحدى الهيئات الدولية المتخصصة لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم، [3] و ذلك على أن العقد المبرم بين الأطراف لا

[1] **خالد كمال عكاشة**، مرجع سابق ص 214، و ينظر أيضا، قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص 123

[2] **غسان علي علي**، المرجع السابق، ص 309.

[3] **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 56

يشتمل على اتفاق تحكيم بل أنهم اوجدوا هذا الاتفاق عن طريق الإشارة في العقد القائم بينهم إلى اعتبار شروط نموذجية معينة كجزء من العقد و مكتملا له، بحيث تعتبر الإحالة إليها هي الأساس الذي يتم الاستناد عليه للقول بوجود الاتفاق التحكيمي بين الأطراف التطبيق شرط التحكيم الوارد ضمن بنود الإحالة الواردة في العقد [1] و هذا ما ذهب إليه الفقيه " مطولسكي H Motulsky حيث اعتبر شرط التحكيم هو عبارة عن شرط تحكيم بالإحالة خاصة أن اتفاقية نيويورك لا تشترط وجود شرط التحكيم في نفس العقد بين الأطراف و كان يعتبر ان شرك التحكيم على أنه عقد في عقد وعلى حسبه قد اعتبر شرط التحكيم بالإحالة ذو طبيعة تعاقدية.

حيث جاء النص باللغة الفرنسية كما يلي:

La clause compromissoire comme étant un contrat dans un contrat on peut déduire qu'elle peut avoir un support indépendant du contrat principal et admettre la validité des clauses arbitrables par référence surtout que la convention de New York n'exige par que la clause d'arbitrage figure dans le même contrat support »[2]

وأشار المشرع الفرنسي إلى شرط التحكيم بالإحالة في نص المادة 1443 من قانون إ م ف لسنة 1979 بنصها على: " يكون شرط التحكيم مكتوبا سواء ورد هذا الشرط في العقد الأساسي أو وثائق أخرى أحال إليها العقد"[3]

كما نصت المادة 10 فقرة 3 من القانون المصري الجديد على هذا الشرط و نصت على: " يعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد"

[1] **قبايلي الطيب**، المرجع السابق، ص 124.

[2] **H. Matulsky** , écrits, études et notes sur l'arbitrage, édition Dalloz, Paris, 1974, p 335.

[3] بقي المشرع الفرنسي ثابتا على نفس الموقف في المادة 1443 و أن أعاد صياغتها بمناسبة تعديله لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب المرسوم رقم 48 لسنة 2011 فهذا النص و إن كان يجيز التحكيم بالإحالة من حيث المبدأ إلا أنه يحسم مع ذلك الخلاف القائم حول الشروط اللازمة لصحة هذا الطريق من طرق الاتفاق بل التحكيم، للمزيد من المعلومات أنظر **جارد محمد**، مدى مشروعية شرط التحكيم بالحالة في عقود التجارة الدولية –دراسة مقارنة–، مقال منشور في مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد الأول، 2019، ص 134.

وهذا ما نصت عليه المادة 06/07 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 بنصها على: " تعتبر الإشارة عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا و أن تكون الإشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد" [1] والملاحظ من النص انه لم يتبين شروط إعمال التحكيم الإحالة، ولا كيفية الجزم بان إرادة طرفي العقد قد انصرفت إلى اعتبار أن شرط التحكيم بالإحالة الذي جاء بموجب الوثائق المحالة هي جزء من العقد.

أما عن المشرع الجزائري فلم يولي لشرط التحكيم بالإحالة أي اهتمام إلى أن أشار إليه بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 لسنة 2009 حيث نص في المادة 1008 فقرة 1 على:" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليه..."

والظاهر أن المشرع الجزائري قد اقتبس حرفيا خص المادة 1008 من المادة 1443 ما يكون الإجراءات المدنية الفرعي لسنة 1979 قبل تعديلها سنة 2011 بموجب المرسوم رقم48لسنة 2011.

ومن تطبيقات شرط التحكيم الإحالة التي كان أبرزها النزاع الذي احتدم أمام القضاء الفرنسي لمدة نزيد عن سبع سنوات بين شركة البترول التونسية ETAP و الشركة الهوندية Bomariol NV وتتلخص وقائع هذه القضية أنه في أوت 1983 تم الاتفاق بين الشركة التونسية للبترول ETAP والشركة الهولندية Bomariol NV على أن تبيع الأولى للثانية كمية من البترول الخام، وذلك بموجب تبادل برقيات والتي أشير فيها إلى إعمال الشروط العامة في العقد النموذجي للشركة التونسية، حيث تضمنت في البند السادس عشر منها شرط تحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس.

وعلى اثر ارتفاع أسعار البترول في الأسواق العالمية طلبت الشركة التونسية من الشركة الهولندية إعادة التفاوض لتحديد جديد للبيع وفقا لبند في العقد يقضي بذلك غير أن الشركة

[1] **المادة 7 فقرة 6 من قانون الأونسترال** النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006.

الهولندية رفضت التفاوض وتمسكت بالسعر المتفق عليه فقامت الشركة التونسية باللجوء إلى التحكيم.

غير أن الشركة الهولندية عارضت خضوعها للتحكيم و امتنعت عن تعيين محكم لها، حيث قررت في وثيقة التفويض أنّها لم تكن على علم بشرط التحكيم الوارد في الشروط العامة الملحقة من جانب الشركة التونسية، فضلا على أن شرط التحكيم بالإحالة غير صحيح وفقا لاتفاقية بنيويورك التي توجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا بالعقد و موقعا عليه من الطرفين.

وعلى الرغم من ذلك، قام رئيس غرفة التجارة الدولية بتشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد الغرفة التي أصدرت حكمها في 25-01-1985 مقررة اختصاصها بنظر النزاع، لتوافر شرط التحكيم بالإحالة حيث قضت بأنه: " ومن حيث أن نشاط الأطراف ينصب حول قطاع مهني خاص وهو البترول، ويكتسب كل منهما صفة التاجر، ويحترف هذا النشاط فإنه لا يمكن لأحدهما أن يدعي عدم معرفته بهذا الشرط كوسيلة لتسوية النزاعات التي تثور في هذا القطاع من النشاط".

طعنت الشركة الهولندية في حكم التحكيم أمام محكمة استئناف باريس التي قصت بتأييد هذا الحكم بناءا على توافر شرط التحكيم بالإحالة، و صحته وفقا لعموم نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ما دام قد ورد واضحا لا لبس فيه"[1].

وعلى اثر طعن الشركة الهولندية في الحكم الاستئنافي ألغت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس، حيث أخذت بالتفسير الضيق لنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك فقضت بان اتفاقية نيويورك لم تنص على شرط التحكيم بالإحالة و أنها توجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العق الأصلي، إلا إذا كان هناك تعامل سابق و معتاد بين الطرفين على الأخذ بهذا الشرط، يبرر المعرفة التامة به.

[1] نقلا عن: **احمد مخلوف**، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تاهيلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 2005، ص 47.

و بإحالة الدعوى إلى محكمة استئناف فرساي لتحكم فيها مجددا، ذهبت محكمة الإحالة إلى مخالفة رأي محكمة النقض الفرنسية حيث نصت بان اتفاقية نيويورك لا تستبعد من مجال تطيقها شرط التحكيم بالإحالة ما دام قد ورد مكتوبا في وثيقة تتضمنه.

و على اثر الطعن بالنقض من جديد في حكم الاستئناف أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما هاما يحسم هذه المسألة إذ قررت صراحة أنه:" في مجال التحكيم الدولي يصح شرط التحكيم بالإحالة المكتوب في وثيقة تتضمنه مثل الشروط العامة أو العقود النموذجية، انه ما دام قد أشير إلى هذه الوثيقة في العقد الأساسي و كان الطرف المراد الاحتجاج عليه بها قد علم بفحواها لحظة إبرام العقد، فإن سكوته يدل على أنه قبل إدماجها بما تتضمنه من شرط التحكيم في العقد".

و منه تستخلص أن شرط التحكيم في عقود الاستثمار الدولية مثله مثل عقود التجارة الدولية، لا يختلف عن شرط التحكيم العادي أو مشارطة التحكيم من حيث الأهمية و الإلزامية، فبمجرد تتضمنه الوثيقة المحال إليها في العقد الأصلي بشكل واضح لا يدع مجالا للشك حول اتجاه إرادة الأطراف إلى إعمال شرط التحكيم بالإحالة في عقدهم الدولي، و يصبح كأنه بند من بنود عقدهم الأصلي ولا يمكن لأحد الأطراف أن يدّعي جهله أن الوثيقة المحال إليها تتضمن شرط التحكيم.[1]

ثالثا: الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية:

اهتم الفقه بطبيعة التحكيم و أخذ حيزا لا بأس به في كتاباتهم و حاول العديد من الفقهاء إلى التوصل على هذه الطبيعة التي يكتنفها الغموض، [2] و يرجع هذا الاختلاف إلى الأساس الاتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم و النتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتمي إليها المحكم أي حكم التحكيم فذهب اتجاه إلى أن أساس التحكيم يكمن في إرادة الأطراف في الاتجاه إليه و اختيار محكمين ليس لهم أية صلة بالسلطة القضائية لحل النزاع القائم بينهم والخضوع لما يصدرونه من قرارات ليست لها طبيعة قضائية وذهب اتجاه آخر إلى إضفاء الطابع القضائي على التحكيم بحكم ممارسة المحكم

[1] **جارد محمد**، المرجع السابق، ص 140.

[2] **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 18.

لوظيفة قضائية مثله مثل القاضي في حين اتجه رأي آخر إلى الجمع بين الاتجاهين و هذا ما يعرف بالطبيعة المختلطة للتحكيم.

1/ الطبيعة التعاقدية للتحكيم: يغلّب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الإرادة حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية يستمد المحكم فيه ولا ينه من إرادة الخصوم و يعتبر ذلك طريقا استثنائيا لفض المنازعات وخروجا عن الأصل في عرض المنازعات على القضاء،[1] وان التحكيم عمل من اعمال الإرادة الفردية تستوعب فكرة العقد في القانون الخاص إلا تستوعب الاتفاق التحكيمي الذي يتضمن بدوره كامل فكرة التحكيم بها في ذلك العمل التحكيمي الذي لا يعد في نظر هذا الفقه إلا عملا تنفيذيا لاتفاق التحكيم أي للعقد [2] وإرادة الأطراف هي التي تحدد سلطة حكمه التحكيم واختصاصاتها وتحدد القواعد القانونية واجبة التطبيق للفصل النزاع المعروض أمامهم وهي التي تختار الشخص أو الأشخاص الذين تستند إليهم مهمة التحكيم وهؤلاء ليسوا بقضاة بل أفراد عاديين.[3]

ولقد أيّدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم شهير لها في يوليو 1937 و قالت فيه بأن: " قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة، وتنسحب عليها صفتها التعاقدية"[4]

و يرى أنصار هذه النظرية أن هد التحكيم يختلف عن هدف القضاء، حيث أن القضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أما التحكيم فهو يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لطرفي العقد، الذين كان اتفاقهم هو طرح نزاعاتهم أمام التحكيم، و القضاء يفترض عدم إرادة الأطراف في الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة احدهما في مواجهة الطرف الآخر، في حين التحكيم يرغب الأطراف بإرادتهما إبعاد منازعاتهم عن القضاء.[5]

---

[1] **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص 19.

[2] **بلسود عبد المالك**، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم لمؤسس أطروحة دكتوراه في القانون العامة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014، ص 15.

[3] **قبايلي طيب**، تعوبلت كريم، المرجع السابق، ص 16.

[4] أشار ليه : **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 19.

[5] **حسن عبد العزيز عبد الله النجار**، المرجع السابق، ص 53 – 54.

كما يرى أصحاب هذه النظرية، أن الطبيعة الخاصة للتحكيم يؤيدها القانون الوضعي للدواعي التالية:

الأصل في التحكيم هو التحكيم مع التفويض بالصلح، و بالتالي فالمحكمون لم يطبقون القانون بل العدالة في حين أن القاضي يطبق القانون بهدف تحقيق العدالة.

يمكن أن يكون المحكم وطنيا أو أجنبيا بينما وظيفة القضاء لا يباشرها إلا قاضي وطني.

إذا لم يقم المحكم بواجبه فلا تطبق عليه تهمة إنكار العدالة.

لا يجوز الطعن في حكم المحكم إلا برفع دعوى أصلية، فحكم التحكيم لا يقبل الطعن بتلك الطرق التي يطعن فيها للأحكام القضائية خاصة عن طريق الاستئناف.[1]

و تعرضت هذه النظرية للنقد من طرف البعض، و أنكروا عليهم مبالغتهم في دور الإرادة الذاتية للأفراد، فمع التسليم بأن التحكيم يبدأ باتفاق أو تعاقد فإن انتهاءه بصدور الحكم التحكيمي و تنفيذه لا يعد إطلاقا عمل تعاقديا،[2] فضلا و إن كان التحكيم يستند على اتفاق التحكيم فان الالتجاء إلى القضاء يستند أيضا على إرادة الخصوم المتمثلة في المطالبة القضائية و طلبات الخصوم و لا يحكم إلا بناءا على الطلبات المقدمة من طرفهم، و في حدودها، كما لا يمكن اعتبار الاتفاق أو العقد المبرم بينهم هو جوهر التحكيم، بدليل أنه لا يوجد عقد في حالات التحكيم الإجباري، كما أن المحكمين لا يعينون دوما باتفاق أطراف النزاع أو بواسطتهم، بل يمكن تعيينهم عن طريق المحكمة المختصة أو عن طريق مركز التحكيم في إطار التحكيم المؤسسي الذي سوف نتطرق إليه لاحقا.

2/ الطبيعة القضائية للتحكيم: ويرى أصحاب هذه النظرية أن نظام التحكيم هو نوع من أنواع القضاء، و على حسب رأيهم، يقف التحكيم إلى جانب القضاء و تبنى الفقه الفرنسي هذه النظرية

[1] **حسن عبد العزيز عبد الله النجار**، المرجع السابق، ص 56.

[2] **عطية عزمي عبد الفتاح**، قانون التحكيم الكوني دار النهضة العربية الطبعة الأولى، القاهرة 1990، ص 21.

على أن التحكيم يجمع بين عناصر العمل القضائي كالفصل في النزاعات، و أن كل ما يصدر عن المحكم يعتبر من قبيل الأعمال القضائية[1].

وأنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة،[2] ويستند الفقه الفرنسي على أن الصفة القضائية الممنوحة للحكم مقترنة بما يقوم به من قضاء خاص وأن الحكم الصادر عنه لا ينفّذ إلا بأمر من قبل الدولة صاحبة السيادة، كما هو الشأن النسبة للأحكام الصادرة عن قضاء دولة أجنبية، ويتفق هذا مع قواعد القانون الوضعي في العديد من دول العالم التي تؤكد على أن الأحكام الصادرة عن الهيئة التحكيمية طبقا للقانون تحوز على حجية الأمر المقضي وهذه الحجية تمنح عادة إلا لأحكام القضاء.[3]

وجه بعض الفقهاء عدة انتقادات لهذه النظرية، و ابرز ما جاء في هذه الانتقادات القول بان القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف سيادة النظام و القانون، بينما التحكيم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية اقتصادية كما هناك فرقا شاسع بين القاضي و المحكم فمهمة القاضي ليست الفصل في النزاع فقط بل له أيضا سلطة ولائية بخلاف المحكم الذي يقتصر دوره على حل النزاع و يمنحه مهمة القاضي بصف مؤقتة.

وبخصوص نزاع يعين سلفا، كما أن القواعد المطبقة على القضاء والتي تحكمه لا تطبق على التحكيم،[4]

كذلك من بين أهم الانتقادات الموجهة لهذا الجانب من الفقه، هو أن المحكم يفتقر لأهم سلطة من السلطات التي يتمتع بها القاضي أثناء نظر النزاع و هي سلطة الأمر L'imperium التي تسمح له بإلزام الشاهد بالحضور للإدلاء بشهادته أو إجبار الخصم بتقديم مستند تحت يده أو سلطة

[1] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق، ص56.

[2] **خالد محمد القاضي**، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، ط ، القاهرة، 2002، ص 112.

[3] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، مرجع سابق، ص 57.

[4] نفس المرجع، ص 58

توقيع الغرامات إلى جانب ذلك فان القضاء مظهر من مظاهر السيادة التي تستأثر بها الدولة، [1] وهو الشيء الذي لا يوجد في التحكم.

3/ الطبيعة المختلطة للتحكيم :اتجه هذا الجانب من الفقه إلى التوفيق بين البداية العقدية للتحكيم و نهايته القضائية، واعتبروا أن التحكيم يقوم على طبيعة مركبة فهو عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم وهو العمل الإرادي للأطراف، وهو قضاء بالنظر إلى كون الحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد، [2] بينما يرى البعض الآخر أن مراحل التحكيم هي التي تعطيه الطبيعة المختلطة التي يتميز بها باعتبار أن أوله اتفاق و وسطه إجراء وآخره حكم[3].

ولهذا الاتجاه دورا بارزا في تحديد الطبيعة الخاصة للتحكيم، فالاتجاهين السابقين تتلاءمان مع التكييف والوصف الذي يمتاز به التحكيم، و ظهر هذا الاتجاه و جمع بين المفهومين السابقين حيث يمكن القول بأن التحكيم هو خليط بين عناصر ذات طابع تعاقدي، و ذلك عندما تدخل مظاهر الإرادة في تكوينه و ترتيب آثاره، و عناصر ذات طابع قضائي، و ذلك من خلال إجراءات التحكيم التي تشبه إلى حد كبير إجراءات التقاضي بدأً من إجراءات التحكيم وصولا إلى حكم المحكم...[4] وهذا ما يضفي الطبيعة المزدوجة للتحكيم مرة صفة التعاقدية و مرة الصفة القضائية و هذا ما نتفق معه من خلال الحجج المقدمة من طرف أصحاب هذا الاتجاه.

4/ الطبيعة المستقلة للتحكيم: يرى أصحاب هذا الاتجاه، بأن التحكيم هو نظام مستقل بأحكامه و قواعده و أصالته، فقد ظهر في المجتمعات البدائية قبل أن يظهر القضاء و استمر قائما بحد ذاته حتى بعد ظهور القضاء، كما انه منتشر في كل أنحاء العالم، و حصل على رعاية و اهتمام رجال القانون و الفقه الأمر الذي جعل منه فضاء موازيا لقضاء الدولة بصورة مستقلة عنه.[5]

فهو نظام يمكن الأطراف من حلّ منازعاتهم بغير طريق القضاء، نظام لا يجد أساسه في القوانين الداخلية للدول فحسب، بل في مختلف الاتفاقيات الدولية و لوائح و أنظمة هيئات التحكيم الدائمة،

---

[1] **قبايلي طيب، تعولت كريم**، مرجع سابق، ص 17

[2] **خالد محمد القاضي**، المرجع السابق، ص 113.

[3] للمزيد من المعلومات، أنظر: **محسن شفيق**، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، صفحة 73.

[4] **ميساء هشام السامرائي** ، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى،بيروت،لبنان، 2018،ص 139.

[5] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، المرجع السابق، ص 60

وإذا كان عمل المحكم عملا قضائيا، إلا أنه مستقلا ولا يستمد سلطته القضائية من قضاء الدولة، فالتحكيم لا ينبثق من سلطة القضاء وإنما هو يسير في خط مواز مع الخط الذي يسير فيه قضاء الدولة،[1] فالتحكيم يمثل وسيلة مستقلة لحل المنازعات دون أن يكون تصرفا تعاقديا أو اتفاقيا أو عملا قضائيا.

خلاصة القول و بعد التعرض لكافة الاتجاهات التي حاولت أن تحد طبيعة التحكيم، فإن طبيعة التحكيم يحددها التحكيم نفسه والذي تتكامل فيه كل الاتجاهات، أي أنه نظام مركب تتفاعل فيه ثلاث إرادات إرادة أطراف النزاع و إرادة المشرع و إرادة الهيئات التحكيم.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

لنظام التحكيم أهمية بالغة على الصعيدين الداخلي والدولي: لرغبة الأشخاص في الإعتماد عليه كطريق بديل عن القضاء لحل منازعاتهم ، ورغبة الدول في تبنيه كأحد الطرق المفضلة لدى الأشخاص بدلا عن القضاء، وتوصل الفقه إلى عدة تقسيمات للتحكيم، على حسب النظام القانوني الذي ينتمي إليه سواء كان تحكيما دولي عام أو تحكيم دولي خاص أو تحكيم وطني إلا أنه من الواجب أن نشير إلى أن الأساس القانوني للتحكيم هو واحد في كل الأنواع أو التقسيمات [2]، لكن من باب تحديد بعض المفاهيم والمصطلحات القانونية الخاصة بهدا النظام، لابد من الخوض وتوضيح هذه الأنواع على الشكل التالي:

أولا: التحكيم الإختياري والتحكيم الإلزامي

الأصل في التحكيم، أنه أمر اختياري نابع من إرادة الأطراف وخاضع لها، وهذا ما نصت عليه أغلب القوانين الوضعية ، وتتجه فيه إرادة الأطراف إلى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، بحيث يختارون المحكمين والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته، ونكون أمام تحكيم اختياري متى كنا بصدد نزاع يعطي المفاضلة في حله بين القضاء والتحكيم، وهناك حالات يكون فيها التحكيم إلزامي أو إجباري، وينصب هذا التحكيم إما على تحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم الإجباري، أو على تحديد الهيئة الحاكمة أو على الأمرين معا[3].

---

[1] **قبايلي طيب، تعويلت كريم**، المرجع السابق، ص 18.

[2] **أوسهلة عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص171.

[3] **حسين عبد العزيز عبد الله النجار**، المرجع السابق، ص63.

أما عن التحكيم الإلزامي[1]، فيكون القانون هو المنظم له ويلزم الأطراف إلى الالتجاء إليه لفض منازعاتهم المتعلقة بروابط قانونية معينة، وعادة ما يرد هذا التنظيم في قانون الخاص ينص على هيئة التحكيم تكون لها الولاية للنظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا النص الخاص ، فيلتزم الأطراف بالالتجاء إليه بدلا من اللجوء إلى القضاء العادي، بمعنى أن الإرادة الذاتية في التحكيم الإلزامي تكون غائبة ، مما يجعل هذا النوع من التحكيم في نظر البعض أكثر قربا من قضاء الدولة، مما دفع البعض إلى تكيفه كنوع من القضاء الاستثنائي [2] وتترك حرية إختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم للأطراف حتى في بعض الدول قد يضع المشرع تنظيما كاملا لإجراءات التحكيم[3].

وثار تساؤل حول طبيعة القانون الذي يفرض على الأطراف المتنازعة اللجوء إلى التحكيم الإجباري، بحيث يرى جانبا من الفقه بعدم دستوريته (النص القانوني الذي يفرض التحكيم الإجباري) وقد أخذت المحكمة الدستورية الايطالية بهدا الرأي و إستندت إلى نص المادة 24 من الدستور الإيطالي التي تكفل للمواطن الحق في الإلتجاء إلى القضاء، وأن التحكيم الإجباري من شانه المساس بهذا الحق كذلك سارت المحكمة الدستورية المصرية في هذا الاتجاه أين قضت بعدم جواز التحكيم الإجباري الذي من خلاله يمكن لأحد أطراف النزاع الإذعان له، تنفيذا لقاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفاتها،لان مصدر التحكيم هو الاتفاق أو العقد،إذ أنْ التحكيم لا ينزع عن القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداء، إلا إذا كان متولدا عن الإرادة الحرة للأطراف[4].

ثانيا: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

التحكيم بالقانون، أو ما يطلق عليه اسم التحكيم بالقضاء ، كما نص على ذلك حكم محكم ة النقض المصرية حيث جاء فيه ما يلي " إذا لم ينص في مشارطة التحكيم على تفويض المحكمين

---

[1] نعني بالتحكيم الإلزامي قصور تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار الدولية عن طريق التحكيم ة يأتي من إعدام الإرادة للأطراف في إختيار التحكيم دون سواه.للمزيد من المعلومات راجع:**خالد محمد القاضي**، موسوعة التحكيم التجاري الدولي(في فض منازعات المشروعات المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري)،دار الشروق،ط 1، 2002، مصر،ص116.

[2] **حفيظة السيد الحداد**، الموجز في النظرية العامة للتحكيم،المرجع السابق، ص55.

[3] **طه خالد إسماعيل**،المرجع السابق، ص170.

[4] للمزيد من المعلومات أنظر:**فتحي والي**، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، مرجع سابق، ص33.

بالصلح فإنهم يكونون محكمين بالقضاء "[1] كما أطلق عليه تسمية التحكيم المقيد ، حيث أن هيئه التحكيم التي سوف تبث في النزاع المعروض أمامها تكون مقيده بالقانون ، كما سمي في بعض التشريعات، على غرار المشرع اللبناني بالتحكيم العادي ، وهذا ما ورد في نص المادة 775 من قانون التحكيم اللبناني[2] بقولها " يجوز أن يتفق الخصوم في البند التحكيمي أو في عقد التحكيم أو في عقد مستقل ، على أن يكون التحكيم عاديا أو مطلقا كما يجوز تفويض المحكم أو المحكمين التوفيق بين الخصوم".

ويقصد بالتحكيم بالقانون، ذلك التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في النزاع المعروض عليه متقيدا في حكمه بقواعد القانون ، وقد يكون هذا القانون هو المتفق عليه بين الأطراف المتنازعة، كما قد يكون هو القانون الذي تخضع له العلاقة موضوع النزاع، وقد يكون هو القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع المعروض أمامهم[3].

وينبغي ملاحظه أنه في التحكيم بالقانون لا يملك المحكم إجراء الصلح بين الطرفين إلا إذا فوض في ذلك من المحتكمين صراحة[4].

أما التحكيم بالصلح ، فهو الذي يعفي المحكم فيه من التقيد بأحكام القانون ويفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة، وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة حتى ولو كان هذا الحكم مخالفا لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع ، والذي يلتزم القاضي بتطبيقه ، فيما لو عرض النزاع عليه، إلا انه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمها احترام حقوق الدفاع ليتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهه الأطراف المتنازعة[5].

وعرفته المادة 39 الفقرة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنه 1994 على انه " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضهما بالصلح أن تفصل في

---

[1] أشار إليه:**حسان نوفل**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص72.

[2] **قانون التحكيم اللبناني**

[3] **ماجد راغب الحلو**،المرجع السابق، ص237.

[4] **مصطفى الجمال**،**عكاشة عبد ال** عال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الجزء الأول،ط 1، دار الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 1998، ص108 و ما بعدها.

[5] **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص ص 30.31.

موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"، ويعني أن يفوض أطراف عقد التحكيم هيئة التحكيم، في الحكم في النزاع بما تراه عادلا دون التقيد بأحكام قانون معين إلا ما تعلق منها بالنظام العام [1] كما يجوز للمحكم تطبيق قواعد القانون إذا وجد فيها معيارا كافيا للعدالة والإنصاف.

ثالثا: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

يمكن تحديد مفهوم التحكيم الوطني أو الداخلي حسب وجه ة نظر فقهاء القانون الذين حاولوا إيجاد مفهوم شامل للتحكيم الوطني ، فهناك من عرفه على انه " ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين له محكمين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني ولا يثير التحكيم الوطني لأنه يخضع للقانون الوطني ولا ينفذ خارج إقليم الدولة"[2] .

أما التحكيم الدولي فإذا تعلقت الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية، وقد أخذت بهذا المعيار مصالح التجارة الدولية من خلال الإتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم الدولي لعام 1961 في المادة الأولى منها وإتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية النزاعات الخاصة بالإستثمارات ذات الطابع الدولي[3].

رابعا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

يقصد بالتحكيم الحر ADHOC arbitration التحكيم الذي يتم من قبل محكم أو أكثر يتم تعيينهم وتحديد مهامهم ومكان عملهم وغير ذلك من الأمور الخاصة بعمليه التحكيم من قبل

---

[1] **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق،ص 74.

[2] **بدر أشهبون**، التحكيم الداخلي والدولي في القانون المغربي والقانون المقارن، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال، عدد خاص بالتحكيم،الجزء الثاني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، ص12.

[3] **رفيقة بسكري**، التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، جوان 2016، ص171.

الأطراف المتنازعة، أي انه يتم بشكل إرادي[1]، وهناك من يسميه بالتحكيم الخاص ، إلا أن هذه التسمية توحي بان هناك نظام خاصا وقواعد معينه تحكم هذا النوع من التحكيم ، وتسمية التحكيم الحر أنسب وأكثر دقه متماشية مع جوهر التحكيم الذي تنظمه إرادة الأطراف، وعادة ما يكون التحكيم الحر متأت عن مشارطة التحكيم بين الأطراف ذاتها والتي تشكل بنفسها المحكمة وتحدد القواعد الإجرائية[2].

أما التحكيم المؤسسي ، هو ذلك التحكيم الذي تتولاه منظم ة أو مركز أو هيئه من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة[3]، وفي هذا التحكيم النظامي يكون فض المنازع وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا، تحكم عمل هذه الهيئات المتخصصة في فض النزاعات عن طريق التحكيم[4] .

ومن أهم مميزات هذا النظام ، هو ضمان حسن سير التحكيم نظرا للكفاءة المهنية لمركز التحكيم المتخصص الذي يتولى أمره ، و الذي أحيل إليه النضر في المنازعة، وفقا للإتفاقيات الدولية أو الوطنية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات[5] أو عن طريق الإحالة.

---

[1] **أحمد المصطفى محمد صالح الصادق**، المرجع السابق، ص 85.

[2] **قادري عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 229.

[3] من بين **مراكز التحكيم الدائمة** نجد:

غرفة التجارة الدولية بباريس International chamber of commerce(ICC)

جمعية التحكيم الأمريكية American Arbitration Association (AAA).

لجنة التحكيم التجاري الأمريكية The Inter-American Commercial Arbitration Commision.

المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار الدولية The International Center of the Setlement of Investment Dispute(ICSID).

محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي The London Court of International Arbitration (LCIA).

غرفة ستوكهولم للتجارة The Stockholm Chamber of Commerce(SCC).

مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي International Commercial Arbitration Cairo Regional Center(CRCICA).

[4] **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية،مرجع سابق، ص 71.

[5] **طه خالد إسماعيل**، المرجع السابق، ص 171.

وقد تم الاعتراف بالتحكيم المؤسسي في التشريعات الوطنية والدولية بموجب اتفاقيات دولية وإقليمية كإتفاقية نيويورك لسنة 1958[1] الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها إذ نصت المادة الأولى فقرة اثنين على "يقصد بقرار التحكيم ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين لحاله محدده بل أيضا القرارات التي تصدرها أجهزه التحكيم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف" و هدا ما أخد به المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يمكن للأطراف مباشره أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم".

والتحكيم المؤسسي يتناسب مع مصلحة الأطراف في إنهاء النزاع، وذلك حتى لا يعرقل احدهما عمليه التحكيم، إلا أن الفقه انتقد التحكيم المؤسسي على أساس إنعدام مظاهر الرضائية وحرية الإرادة وعدم شعور الدول المضيفة للاستثمار بالارتياح للقرار التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية، باعتبار أن المستثمر الأجنبي هو الحلقة الضعيفة في عقد الاستثمار الدولي، ولا بد من توفير بعض الحماية له.

وعلى صعيد منازعات عقود الاستثمار الدولي يفضل أطراف العقد اللجوء إلى التحكيم المؤسسي بديلا عن التحكيم الحر نظرا لحساسية هذا النوع من العقود ، بالإضافة إلى المعلومات التي يتم تداولها بشأنه وضخامة المطالبات المالية التي تصل إلى مليارات الدولارات في بعض المنازعات[2].

خامسا: التحكيم الالكتروني

لا يختلف التحكيم الالكتروني في جوهره عن التحكيم التقليدي ، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءاته فلا وجود للورق أو الكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في التحكيم الالكتروني، وهذا ما يميزه عن التحكيم التقليدي من خلال الآلية التي يتم بها من بدايته إلى حين صدور الحكم التحكيمي و يتم عن طريق الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة.

---

[1] **إنضمت الجزائر إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958** الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم و تنفيدها، بموجب المرسوم رقم 233/88 بتحفظ ،

[2] **سي فضيل الحاج**، مرجع سابق، ص 414.

عرف البعض التحكيم الالكتروني على انه قضاء اتفاقي خاص قائم على إرادة الأطراف لتسويه المنازعات التي تنشأ أو تنشأ مستقبلا عن علاقة عقديه تجاريه كانت أو عاديه للفصل فيها بوسائل إلكترونية[1].

كما عرفه الدكتور خالد ممدوح إبراهيم بأنه " التحكيم الذي يتم إجراءاته عبر شبكة الاتصالات الدولية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"[2]، ومفاد هذا التعريف هو أمكانية إجراء لقاءات التحكيم نتيجة التطور التكنولوجي ، ودون التقييد بشكليات قانونيه عن طريق عقد جلسات التحكيم عبر عمليه التحاضر عن بعد (vidéo conférence) وقد عنيت التشريعات الدولية بهذا النوع من التحكيم وأشارت إليه في العديد من النصوص والتوصيات[3].

فقد نصت المادة الأولى من التوج يه الأوروبي رقم 31 /2000 في شان بعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الالكترونية على انه " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية المعروضة في العالم الالكتروني وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات"[4].

كما نصت الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 المعدة بواسطة اليونيسترال على انه "لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاده لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني"[5].

---

[1] **جعفر ديب المعاني** ، التحكيم الإلكتروني و دور القضاء الوطني بتفعيله، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2014، ص 33.

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**،التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008،ص 248.

[3] **عصام عبد الفتاح مطر** ، التحكيم الإلكتروني(ماهيته،إجراءاته آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية و العلامات التجارية و حقوق الملكية الفكرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 43.

[4] **المادة 1 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 2000/32.**

[5] **المادة 08 من نص إتفاقية الأمم المتحدة** المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. متوفرة على الموقع الإلكتروني: www.uncitral.un.org تاريخ الزيارة: 15-02-2022.

كما نصت على "حيثما يشترط القانون أن يكون العقد الذي تنطبق عليه هذه الاتفاقية كتابيا يعد هذا الشرط مستوفيا بوجود رسالة بيانات إذا كان من الميسور الاطلاع على المعلومات الواردة فيه على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"[1].

وأصدرت الأمم المتحدة عن طريق لجنه اليونيسترال الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية خاصة أن المادة 20 نصت صراحة بمساواة الكتابة والرسائل الالكترونية بالكتابة العادية، ومنحها نفس الحجية والإثبات في العقود الدولية وتجلى ذلك في نص المادة تسعة فقرة اثنين من الاتفاقية.

كما أن نص المادة 20 أخضع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المنصوص عليها في الفقرة الأولى للتعامل بهذه الاتفاقية، كاتفاقيه نيويورك بشان الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 كما اعترفت كذلك بالتوقيع الالكتروني في نص المادة 9 فقرة ثلاثة [2].

الفرع الثالث : مبررات اللجوء إلى التحكيم

يفضل أطراف عقود الاستثمار الدولية اللجوء إلى آلية التحكيم لتسوية منازعاتهم[3] ،وذلك لعدة أسباب و ما يوفره التحكيم من مزايا تتناسب وطبيعة هذه العقود، و بحياد هذه الوسيلة وذلك بعكس

---

[1] أنظر: **وثيقة اليونيسترال باللغة العربية رقم 19 ماي 2003** متوفرة على الموقع الإلكتروني :www.unicetral.org

[2] للمزيد من المعلومات أنظر: **خالد ممدوح إبراهيم** ، إبرام العقد الإلكتروني(دراية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 288.

[3] الحقيقة أن الأخذ بنظام التحكيم أو عدم الأخذ به اليوم أصبح في اعتقادنا خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية في دول العالم، فلم يعد من المقدور هذه الأنظمة أن ترفض تنظيم التحكيم التجاري الدولي، وإلا أصبحت في معزل عن التطورات الاقتصادية العالمية والعلاقات السياسية، بل إن ترك هذا النظام والعدول عنه قد يترتب عليه فوات منافع عديدة تصب في النهاية لصالح التنمية الاقتصادية ولأواصر السياسية لهذه الدول والتي لا يمكن أن تتم إلا بمشاركة المستثمر المشروعات الكبيرة العاملة بها ، وأدراج شرط التحكيم كبند أساسي لتسوية النزاعات الناشئة أو المحتمل وقوعها.

وأكثر من هذا هناك من يرى التحكيم آلية من آليات هيمنة النظام الرأسمالي العالمي، بل أن البعض يعتبره أداة استعمارية مفروضة من قبل الشركات العملاقة التي تتعدى ميزانياتها ميزانية دول، وما هي إلا وسيلة لتنازل على الحصانة القضائية للهيمنة على مصالح البلاد الاقتصادية.للمزيد من المعلومات أنظر:**رضوان ربيعية**، فض منازعات عقود الإستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، أطروحة دكتوراه في القانون،جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2020، ص71.

آلية القضاء الوطني التي لا يطمئن إليها المستثمر الأجنبي، فضلاً على أن التحكيم يعتبر ضمانة إجرائية لتسوية هذا النوع من المنازعات[1]، لأنه يوفر مزايا تتناسب مع طبيعة هذه العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ومع العملية محل العقد أو المشروع الإستثماري الضخم الذي يستغرق عدة سنوات لتنفيذه، والذي يكلف مئات الملايين من الدولارات، والذي يتطلب خبرات فنية عالية، كما يخلق إحساسا بالعدالة للمستثمر في حالة تغير الظروف الاقتصادية والسياسية وقوانين الدولة المضيفة مما يؤدي إلى المساس بمصالح المستثمر و أمواله، وبالموازاة أداة تضمن للدولة المضيفة استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وزيادة الاستثمارات، لذلك فمع هذه الخصوصية، وما يتمتع به التحكيم من مزايا كسرعة الإجراءات والسرية المطلوبة والتخصص وكذا حرية الأطراف في إختيار نوعية التحكيم، فإننا نجد ذلك يتناسب مع فض منازعات عقود الاستثمار الدولية، وعليه يمكن أن نشير إلى هذه المزايا التي يوفرها التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار الدولية، والتي تعتبر من المبررات التي تجعل أطراف النزاع يلجئون إليه لفض نزاعاتهم[2]، بإعتباره القضاء الطبيعي في مجال الإستثمار الدولي.

أولا: تناسب مزايا التحكيم مع طبيعة عقد الإستثمار الدولي.

إن الطبيعة الخاصة التي يتسم بها عقد الإستثمار الدولي، الناجمة عن طبيعة أطراف هذه العقود، الدولة من ناحية و المستثمر الأجنبي من ناحية أخرى، زيادة على ما عرفه القضاء من مثالب في فض منازعات عقود الاستثمار، فاحتل التحكيم في عقود الاستثمار الدولية أهمية كبيرة لما له من مزايا مكنته من أن يُفضل على سائر وسائل تسوية المنازعات، كونه يجرد النزاع من الخاصية السياسية، ضامنا استقلالية وحياد القرارات وسرعة الفصل في النزاع ، فضلا على اطمئنان المستثمر الأجنبي لوجود هذه الضمانة التي تجنبه تعسف الحكومات واحتمال الإضرار بمصالحه، كما يخلق إحساسا بالعدالة للمستثمر في حالة تغير الظروف الاقتصادية والسياسية وقوانين الدولة المضيفة مما يؤدي إلى المساس بمصالح المستثمر و أمواله، وبالموازاة أداة تضمن

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص350.

[2] **خالد كمال عكاشة**، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والإتفاقيات الدولي وخصوصية مركز واشنطن، المرجع السابق، ص166.

للدولة المضيفة استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وزيادة الاستثمارات،و سوف نسرد هذه المبررات على النحو التالي:

أ: تحقيق السرعة في الفصل في النزاع

تعتبر السرعة في حل المنازعات مطلب مهم لكل أطراف العلاقات التعاقدية لا سيما الطابع التجاري كما هو الشأن بالنسبة لعقود الاستثمار،خاصة و أن جميع الأنظمة القضائية في العالم وبمختلف درجاتها و تقدمها لديها مشكلة، و هي التأخر و البطء في إجراءاتها، و نوع من التراخي في الفصل في الدعاوى التي تعرض عليها[1]، ويأتي هذا العامل من المبررات الأساسية للاختيار التحكيم كبديل للقضاء، خاصة إذا ما راعينا تميز عقود الاستثمار وارتباطها بمشاريع ومصالح اقتصادية بالغة الأهمية و رؤوس أموال ضخمة، وجداول زمنية لتنفيذها، فإذا حصل بشأنها نزاع فإن الأمر يستوجب بالدرجة الأولى السرعة لتجنب تعطلها واستبعاد وقوعها في خسائر فادحة وتعقيداتها التقنية الكثيرة التي تؤدي لتوقف هذه المشاريع وتجمد مبالغها النقدية الكبيرة وفقدان حتى لقيمتها الإسمية والائتمان من طرف البنوك والمراكز المالية الممولة.

إذا يرجع سبب تفضيل أطراف عقود الاستثمار للتحكيم بدلا عن القضاء لما يقدمه من عدالة سريعة على نحو يحقق استقرار العلاقة الاستثمارية وإستمراريتها، ولتوضيح ذلك يمكن أن نحصي أهم العوامل الأساسية للتحكيم التي تحقق العدالة السريعة التي يرجوها الأطراف فيما يلي:

1-**العامل الأول : تفرغ المحكم (الهيئة التحكيمية)**:عادة ما يكون المحكم متفرغا للفصل في نزاع واحد، وبذلك يسهل عليه حسمه في وقت أقصر مما يستغرقه القضاء العادي، الذي لا ينظر في أي قضية حتى يأتي ميعادها ، كذلك يعد عنصر الخبرة للهيئة التحكيمية الفضل في الفصل الخصومة في وقت قصير مقارنة مع القضاء، ضف على ذلك إمكانية خروج المحكم بطلب من الأطراف على القانون والحكم بقواعد العدالة والإنصاف، أي ما يراه المحكم مناسب كل هذا

[1] **شيرزاد حميد هروري** ، منازعات الإستثمار بين القضاء والتحكيم، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017، ص133.

يكسب التحكيم ميزة العدالة السريعة،مع العلم أن قوانين التحكيم و لوائحه و مواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصدار قراره، بل و تسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدة عند إتفاقهم على التحكيم [1]. وهذا ما نصت عليه المادة 1018 من ق إ م إ بقولها" يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف المحكمة المختصة"، وهو ما دلت عليه كذلك نص المادة54 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري لسنة " 1994 على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنتي عشر شهرا (12) من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر مد الميعاد على أن لا يزيد عن ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. "، مع العلم أن المنازعة القضائية أمام الهيئة التحكيمية لا توقف عملية تنفيذ العقد ، عكس عرض النزاع أمام المحاكم القضائية المتعلق باللإستثمار الذي يمكن أن يفصل فيه في مدة طويلة مع طول تنفيذ الحكم القضائي مع تجميد تنفيذ عقد الإستثمار و حركة رؤوس الأموال[2].

2-**العامل الثاني:التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة:** يستند القضاء العادي على مبادئ أساسية كمبدأ التقاضي على درجتين أما ما يميز التحكيم وهو ما يخلق خاصية السرعة أنه قضاء من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية،مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه و للأسباب الوارد حصراً في القانون مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام[3] .

---

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص351.

[2] **حرير أحمد**، مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية منازعات عقود الإستثمار، مقال منشور في المجلة الجزائرية للتحكيم التجاري الدولي، مج 1، ع 1، 2021، ص 27.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص18.

تجدر الإشارة أنه على الرغم ما يوفر التحكيم من سرعة إلا أنه قد تعترضه صعوبات قد يطول على إثرها أمد فصل النزاع وذلك راجع إما لإجراءات المماطلة التي يقوم بها أحد الأطراف بغية ربح الوقت كعدم تعين المحكم أو الدفع بالبطلان أو عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات، وإما لخصوصية عقود الاستثمار التي تتميز بأنها عقود مركبة ومتداخلة ومتعددة الأطراف توجد مشاكل قانونية وفنية ومالية مستعصية تتسم بالتعقيد الشديد إنعكست على سرعة التحكيم في الفصل فيها.

ب: سرية التحكيم

إن ميزة السرية التي تغلف التحكيم تعد أحد العناصر الأساسية والطبيعة المكونة لنظام التحكيم والذي لا تقوم قائمته بدونها، وهي من المسائل التي تحرص عليها الأطراف المتعاقدة خاصة في مجال الإستثمار الدولي، على عكس القضاء العادي الذي يتصف بالإجراءات العلانية، و هو أمر غير مرغوب فيه في مجال الإستثمار الدولي، لما تؤدي العلانية من كشف لإسرارهم المهنية أو لمراكزهم الإقتصادية [1] ، لأن المستثمر الأجنبي يفضل خسارة دعواه على الكشف عن أسراره التجارية أو الصناعية خاصة فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا و التي تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله كما أنه لا يمكن الإفشاء عن أسرار العملية التحكيمية إلا بترخيص من صاحب هذه المعلومة السرية و مثال ذلك أنه لا يمكن لمحامي الأطراف بتزويد الإعلام عن نتائج العملية التحكيمية غلا بموافقة الأطراف كليهما [2].

وعليه لا يمكن أن يطلع على أسرار العقد سوى المحكمين الذين ينظرون في النزاع وهؤلاء عليهم واجب المحافظة على أسرار المهنة فلا يمكنهم أن يديعوا ما يتعلق بالنزاع من معلومات تحت طائلة المسؤولية وهو ما يجعل أطراف العلاقة الاستثمارية دائما ما يحرصون على إدراج بند التحكيم،و هو الأمر الذي لا يتاح لهم حالة التقاضي أمام القضاء العادي الذي لا تكون جلساته

[1] **طه خالد إسماعيل**، النظام القانوني لعقود الإستثمار و آليات فض منازعاتها دراسة مقارنة،المرجع السابق ص174.
[2] **حرير أحمد**، المرجع السابق، ص 27.

سرية إلا إذا تعلق الأمر بالحفاظ على الآداب العامة أو أمن الدولة الخارجي أو الداخلي وفق تقدير المحكمة المعروض أمامها النزاع[1].

بل وقد أبدت العديد من التشريعات على حرصها على الحفاظ على أسرار أطراف المنازعة التجارية والاقتصادية عند قضاء التحكيم وقررت في نصوصها إلزاما يقضي بدلك فنجد المشرع المصري قرر في مادته/ 44 فقرة 02 من قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 أنه لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم."

في حين أنه لا نجد مقابل لهذه المادة أو معناها في التشريع الجزائري واكتفى بذكر عنصر السرية في المداولات طبقا لنص المادة 1025 من ق إ م إ .إلا أنه يرى البعض أن الالتزام بالسرية يكون التزام ضمنيا بين الأطراف، وأنه في ضوء القبول له يمكن النظر إليه على أنه قاعدة عرفية في قضايا التحكيم أين نجد أن أخلاقيات التحكيم تفرض على المحكم الالتزام بالسرية.

وفي المجال الدولي أخذ بطابع السرية مكانا أساسيا لدى بعض المؤسسات والمنظمات الدولية حيث نجد أن المادة/ 27 ب من قواعد غرفة التجارة الدولية ICC تراعي مبدأ السرية وتشترط تسليم نسخة الحكم إلى الخصوم دون غيرهم، وقبلها تنص المادة/ 26 فقرة 03 من القواعد نفسها لا تسمح بحضور من لا علاقة له لجلسات التحكيم ، وفي هذا الصدد أوردت اتفاقية واشنطن أيضا هذا المبدأ في المادة / 48 فقرة 405 ، كما ورد هذا الحظر نفسه حول نشر قرار التحكيم في نص المادة / 32 فقرة 05 من قواعد الأونسيترال ، ومن ذلك المادة/ 33 فقرة 04 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام1993[2] .

وقد صدرت عدة قرارت تحكيمية و إجتهادات قضائية تؤيد هذه الخاصية، كالإجتهاد القضائي السوري الذي قضى برفض إكساء الحكم التحكيمي صيغة التنفيذ، كون هذا القرار التحكيمي صدر في مكتبة عامة و توجب رفضه مخالفة لمبدأ السرية و جاء في القرار مايلي:".... و حيث أن

[1] **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص22.

[2] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص63.

مبادئ التحكيم السرية في إجراءاته عند صدور الحكم و هذا ما قام به المحكم بمخالفة بعقد جلساته و إصدار قراره من مكتبة مباحة للعموم هي مكتبة القصر العدلي بدمشق و قد كرس هذا المبدأ العديد من الفقهاء من بينهم الدكتور أحمد أبو الوفا بكتابة التحكيم بالقضاء و الصلح

– و حيث أن هذين السببين يغنيان المحكمة عن البحث ببقية الدفوع.

– و حيث انه و وفقا لما تقدم فإن حكم المحكم موضوع الدعوى غير جدير بالإكساء"[1]

والواقع أن طابع السرية خاصة في عقود الإستثمار الدولية مثل عقود التنقيب و عقود الأشغال العامة، تقتضي مصالح أطرافها عدم الإعلان عن عقودهم، الأمر الذي يفسر ندرة الأحكام الصادرة و المنشورة، مما يعوق الجانب العملي للدراسات النظرية في التحكيم ، بيد أنه وعلى الرغم من أن الفقه يقر بأن هذه الخاصية من المميزات الكبرى للتحكيم، إلا أنها في الواقع تضعف الإلمام القانوني بالنواحي العملية لنظام التحكيم وسوابقه التحكيمية الأمر الذي يقف حجر عثرة في طريق تطور قواعده أكثر في المستقبل وعدم تحسين أدائه بتلافي تلك العثرات التحكيمية التي اكتنفت القرارات السابقة، لذلك أضم صوتي إلى ما اقترح في أن يتم نشر القرارات التحكيمية بعد مرور فترة زمنية من تمام التنفيذ وانتهاء العلة التي من أجلها شرعت السرية ولو تحدد مثلا بثلاث سنوات، أو نشرها في أقل من ذلك عن طريق عدم ذكر أسماء الأطراف النزاع وتشفيرها باستعمال الرموز حتى يتم الاستفادة بميكانيزمات ومفاتيح حل نزاعاتها،وإلقاء الضوء على عدالة أحكام المحكمين والتعليق عليها .

كما تجدر الإشارة أن السرية في الكثير من الأحيان ما تنقلب إلى علنية عند ثغرة تنفيذ قرار التحكيم فالنتيجة الطبيعية لكل دعوى سواء أكانت قضائية أو تحكيمية أن يكسب أحد طرفي الدعوى ولو جزئيا القضية في حين يخسرها الأخر ولو جزئيا لذلك فإن أحد الطرفين قد يرفض تنفيذ القرار وديا وهذا وارد، مما يضطر الأخر للجوء إلى القضاء الوطني لتنفيذه جبراً و عندئذ

[1] **حكم محكمة البداية المدنية–الثالثة عشر بدمشق– قرار رقم 35** صدر و أفهم علنا بتاريخ 2008/05/12،منشور في مجلة التحكيم، العدد الأول، لبنان، 2009،ص393.

سيعرض القرار التحكيمي وأسماء الأطراف وممثليهم وكل ما يتعلق بالقضية على القضاء لاتخاذ المناسب بشأن القرار التحكيمي من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه ولو جزئيا ويترتب على ذلك أن السرية التي حافظ عليها الأطراف وهيئة التحكيم إلى حين صدور القرار انقلبت إلى علنية من حيث النتيجة عند عرض الأمر على القضاء موضوع.

ج: التحكيم قضاء متخصص

يكفل التحكيم المعرفة و الخبرة القانونية المتخصصة و الفنية اللازمة لتسوية منازعات الإستثمار التي تتطلب معارف إقتصادية و فنية حديثة، و خبرة تتلائم مع توسع مجالات الإستثمار، فالقائمون بالتحكيم غالبا متخصصون و خبراء و مستشارون في الاقتصاد، أو في التجارة الدولية، أو الإستثمار، أو في العلاقات الدولية، غيرها من المجالات [1]، كما يوفر قدراً كبيراً من الضمانات التي تبث الثقة والاطمئنان في نفوس الخصوم، بحيث يتيح نظام التحكيم للطرفين المتنازعين إمكانية إختيار من يشاءون من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت [2]، ومثل هذا الأمر يعطي الأطراف نوعا من الأمان والراحة النفسية، كذلك اللغات التي تحرر بها عقود الإستثمار، و تجري بها المراسلات بين الأطراف.

فالشركات الكبرى التي هي مجال المشروعات العملاقة، كالبترول أو الإستثمار، تحتاج إلى تأمين أموالها و المجهودات الضخمة التي تبدلها في قيامها بنشاطها و إستثماراتها ضد التقلبات والتغيرات غير المتوقعة في التشريعات، خاصة في الدول النامية، فيعد بذلك قضاءً متخصصاً من شأنه أم يحقق العدالة و مما يساعد الأطراف على ذلك الحرية في إختيار المحكمين[3].

---

[1] **طه خالد إسماعيل**، النظام القانوني لعقود الإستثمار و آليات فض منازعاتها دراسة مقارنة،المرجع السابق ص176.

[2] **حرير أحمد**، المرجع السابق، ص 28.

[3] **بشار محمد الأسعد** ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، المرجع السابق، ص 20.أنظر كذلك: **طه خالد إسماعيل** ، النظام القانوني لعقود الإستثمار و آليات فض منازعاتها دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص176.

كما يكفل التحكيم عدالة متخصصة لما يتمتع به المحكمين من كفاءة وتخصص في تسوية مسائل عقود الاستثمار التي تتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلائم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم فضلا عن تمتعهم غالبا بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها لما يمتاز ون به من الإحاطة بأعراف وعادات عقود التجارة والاقتصاد الدولية وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف، وهذا خلافا للقاضي في المحاكم العادية الذي يمكن أن يكون فقيها قانونيا وملم بهذا الجانب لكن غالب يكون قليل الخبرة في المجال التجارة الدولية واتفاقيات الاستثمار الأمر الذي يتعذر معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني يعينه في الكشف ما كان غامضا عليه من جوانب النزاع، مما يؤدي لإضاعة الوقت وتحمل نفقات إضافية لذلك يكون الأفق اللجوء إلى الخبير مباشرة واختياره محكما حتى يفصل في النزاع في أسرع وقت، كما أن تعدد المحكمين يتيح فرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة التحكيمة وهو ما ينعكس في اطمئنان الأطراف والفصل في النزاع على نحو أفضل ، لكن تجدر الإشارة أنه من الأفضل أن تضم هيئة التحكيم رجل قانون حتى يعطي مصداقية للقرار التحكيمي وسلامة من الناحية القانونية، خاصة رئيسها الذي يجب أن يكون من المحكمين ذوي الخبرة القانونية لتجنب مواطن الإبطال.

د: حرية المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق.

إن من الصعوبات القانونية التي تواجه مجال التجارة الدولية، تعيين قانون واجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع و المحكمة المختصة بنظره و الفصل فيه، لذلك فإن التحكيم يكون هو الوسيلة المناسبة لخصوم التي تمكنهم من إختيار القواعد القانونية الملائمة، و إن أغلب الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم أرست دعائم مبدأ هام من مبادئ التحكيم من خلال منح الأطراف حرية إختيار القانون الذي يحكم الإجراءات و القانون الذي يحكم موضوع النزاع، تماشياً مع الطبيعة الخاصة للتحكيم، إلا أن هذه الحرية في الإختيار ليست مطلقة، بل مقيدة بحيث لا تتخطى القواعد الآمرة في القانون، وعلى رأسها النظام العام[1].

[1] **طه خالد إسماعيل**، النظام القانوني لعقود الإستثمار وآليات فض منازعاتها دراسة مقارنة، المرجع السابق ص177.

ثانيا: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

تبرم عقود الإستثمار بين طرفين غير متكافئين، الدولة ذات السيادة من ناحية و المستثمر الأجنبي من ناحية، فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي ، بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليها، و لعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النزاع[1].

كذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في عقود الإستثمار لعدم ثقته بنزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، لعدم توقعه أن موقفها سيكون حيادياً بشكل كامل نحو النزاع. فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة وأياً كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة تلك الدول المضيفة للإستثمار.

لذلك نجد حرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفاً من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، فضلاً عن عدم ثقته بعدالة القضاء الوطني للدولة المضيفة[2].

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفاً فيها أمام القضاء الوطني لدولة أخرى. وعلى الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل إلى الأخذ بالحصانة المقيدة للدولة، ومفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها إلا بصدد أعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام. إذ يظل الأصل هو التمتع بها، وهنا تظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص353.

[2] **طه خالد إسماعيل**، النظام القانوني لعقود الإستثمار و آليات فض منازعاتها دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 178.

المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، مما قد يؤدي إلى إهدار الحقوق الخاصة للمستثمر الأجنبي. أما في حالة أن تنظر النزاع محاكم الدولة المضيفة فإن المستثمر الأجنبي الطرف في النزاع قد يتعرض لقرارات مفاجئة أو تعسفية يمكن أن تصدرها الدولة بما لها من سيادة لتحقيق اعتبارات سياسية أو اقتصادية[1].

لكل ما تقدم نجد المستثمرين الأجانب حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة، ولو على حساب عدم إتمام العقد. ولعل في عقد "ديزني وورلد" الحاصل بين شركة أمريكية وفرنسا أفضل مثال على ذلك. فلقد اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجري في ضواحي باريس إلى التحكيم. غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسي وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، نزولاً في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية. وكانت قيمة العقد مليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا وللعالم؟ وتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفاً على الشرط التحكيمي... وأخيراً قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي[(2)].

ثالثا: التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع عقود الاستثمار:

من المسلم به أنه لكي يتحقق أكبر جذب للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، فإنه لابد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص، والتحكيم في الوقت المعاصر ينافس القضاء في الفصل في منازعات الإستثمار و يعد الطريقة المثلى لحسم النزاع،

---

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص353.

[(1)] أنظر: **عبد الحميد الأحدب**، آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي- الأوروبي في بيروت من 13- 2001/2/15، ومنشور ضمن مؤلف بعنوان (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الأوروبية)، إعداد مركز الدراسات العربي- الأوروبي، ط1، 2001، ص73.

وهو أداة يطمئن لها المستثمر الأجنبي، فلا يشعر بالخوف أو القلق من سلطان الدولة المضيفة [1]، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان، والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأنته، فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه. ومن أهم هذه الضمانات، توفر ضمانات قضائية لحماية استثماراته، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال، خصوصاً وأن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب. ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوعها. فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر غير التجارية، حيث تمكن التحكيم عبر آلية فض النزاعات وضمانة العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات [2]. وأصبح التحدي الذي تواجهه الاستثمارات الدولية من نوع " أن تكون أو لا تكون "، ففي حالة استحالة اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات، فإن الشركات الكبرى العائدة للبلدان الصناعية والتي هي وحدها القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية العلمية الراقية لبلدان العالم النامي سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الاستثمارات التي تحتاجها البلدان النامية.

وحرصاً من الدول، ولاسيما النامية منها، على جذب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لفض منازعات الاستثمار.

فقد جاء قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، وذلك في المادة السابعة منه على الوجه الذي يتفق عليه مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات الثنائية السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات

---

[1] **شيرزاد حميد هروري**، منازعات الإستثمار بين القضاء و التحكيم، المرجع السابق، ص 140.

[2] **عبد الحميد الأحدب** ، آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، المرجع السابق، ص72.أنظر كذلك: **طه خالد إسماعيل**، النظام القانوني لعقود الإستثمار و آليات فض منازعاتها دراسة مقارنة، المرجع السابق،ص 179 و ما بعدها.

الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، أو وفقا لأحكام قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ، كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[1].

أيضاً أقر قانون الاستثمار السوري رقم 10 اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار وذلك في المادة 26/ ب والتي تنص على أنه: "– تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية والأجنبية المشمولة مشاريعهم بأحكام هذا القانون وبين الجهات والمؤسسات العامة السورية وفق ما يلي: – عن طريق الحل الودي، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل الودي خلال فترة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف، يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية:– اللجوء إلى التحكيم..."[2]

كذلك اعتمد المشرع اللبناني التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار حيث نصت المادة 18 من قانون تشجيع الاستثمار في لبنان رقم 360 تاريخ 2001/8/16 على أن: " تُحل المنازعات بين المستثمر والمؤسسة بطريقة ودية. وفي حالة تعذر الحل الودي يمكن اللجوء إلى التحكيم في لبنان أو في أي مركز تحكيم دولي آخر "[3].

وعلى هذا الأساس فإن استهداف الدولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها ، يقتضي أن يقر القانون فيها (خصوصاً تشريع الاستثمار) مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده، مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة. فما لا شك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأنه أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في الوفاء بتعهداتها التي قطعتها على نفسها.

ورغم الإعتبارات المقدمة يبقى التحكيم إستثناءاً لإختصاص القضاء الوطني في حسم المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار الدولية داخل إقليم الدولة المستضيفة للإستثمار،لدى لا يمكن

---

[1] **عبد الحميد الأحدب**، المرجع السابق، ص180.

[2] **المادة 26 من قانون إستثمار الأموال السوري**، سالف الذكر، ص15.

[3] **قانون الإستثمار اللبناني**، سالف الذكر.

تسوية مثل هذه المنازعات ما لم تنص عليه القوانين الداخلية لهذه الدول المستضيفة على هذا الحق وبشكل واضح[1].

المطلب الثاني: مبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم

تكمن أهمية مبادئ التحكيم التي وضعها فقه القضاء التحكيمي، في كونها وضَعت الإطار العام الذي يسير عليه هذا النظام القانوني، ولا يمكن لأي محكم تجاهله عند إصداره لحكمه التحكيمي، حتي هناك من إعتبر أن هذه المبادئ بمثابة قواعد آمرة في نظام التحكيم و تلزم الجميع دون إستثناء، كإستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم ومبدأ الإختصاص بالإختصاص و هذا ما سوف نتطرق له تباعاً.

الفرع الأول: إستقلالية إتفاق التحكيم[2] عن العقد الأصلي

يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد على أنه يعتبر عقداً قائماً بذاته رغم أنه ليس إلا جزءاً من هذا العقد أو أحد بنوده [3] ، وتعتبر هذه القاعدة أولى القواعد التي ظهرت في التحكيم التجاري الدولي، وقد أوجدته السوابق القضائية التحكيمية الفرنسية واعتبرت بمثابة التأسيس لظهور النظام القانوني التحكيمي على المستوى

---

[1] **سعد حسين عبد ملحم** ، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار النفطي، مقال منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، مج 9، ع32، العراق،2020 ، ص35.

[2] يستعمل أغلب الفقه الفرنسي مصطلح Autonomie de le convention d'arbitrage أي " إستقلالية إتفاق التحكيم للتعبير عن علاقة الرابطة بين هذا الاتفاق و العقد الأصلي أو الأساسي الذي يتضمنه أو الذي يتعلق به ، و ذلك منذ أن إستعملته محكمة النقض الفرنسية في الحكم الذي أصدرته بمناسبة قضية قوست Gosset الشهيرة بتاريخ 07 ماي 1963 حيث قضت في صياغة تشريعية أكثر منها قضائية بأنه "في إطار التحكيم التجاري الدولي ،فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع دائما ،إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية باستقلال قانوني كامل ،يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف"
En matière d'arbitrage international, laccord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours , sauf circonstances exceptionnelles , une complète autonomie juridique , excluant qu'il puisse être affecte par une éventuelle invalidité de l'acte.

للمزيد من المعلومات أنظر: **تعويلت عبد كريم** ، المرجع السابق، ص 164.

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 393.

الدولي وقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع في الاعتراف بها فقد تبناها الفرنسيين فقهاً وقضاءً وتشريعاً باكراً بينما تخلف الإنكليز في الاعتراف بها لغاية 1996.[1]

أولاً: مفهوم استقلالية اتفاقية التحكيم

لم يقف نظام التحكيم عند مسألة فك الارتباط بين التحكيم والدولة، بل تجاوزه إلى فك الارتباط بين سند التأهيل التحكيمي الإتفاقي وبين العلاقة الاقتصادية التنازعية كما تم التعبير عنها في العقد الأساسي الذي انعقد بمناسبته التحكيم، سواء بالشرط التحكيمي المدرج به أو حتى الملحق به بموجب الإحالة أو بالاتفاق التحكيمي اللاحق لنشأة الفزاع(مشارطة التحكيم)، و نشير هنا إلى ان إستقلالية التحكيم تنطبق على شرط التحكيم فقط دون مشارطة التحكيم أو شرط التحكيم بالإحالة، وذلك لأن المشارطة تنعقد بعد أن يقع النزاع و لا تكون مدرجة بالعقد الأصلي بين الطرفين فلا يؤثر عليها بطلان أو فسخ العقد الأصلي[2].

يقصد بمبدأ الاستقلالية اعتبار اتفاقية التحكيم عقدا منفصلا عن العقد الأصلي أي عقدا قائما بذاته رغم أنه ليس إلا جزءا من هذا العقد أو أحد بنوده .وتستند هذه الاستقلالية إلى كون كل عقد يشكل موضوعا مختلفا عن الآخر، فاتفاقية التحكيم تتميز بمحلها الخاص بها، فمحل الاتفاقية هو عمل إجرائي بحث وهو محل منفصل عن العقد الأصلي، فالعمل الإجرائي محل التحكيم إنما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، وقد شهد م فهوم استقلالية اتفاقية التحكيم تطورا عكس التطور الذي شهده م فهوم التحكيم وعلاقته بقانون وقضاء الدولة ، لكن تحقيق هذا المبدا للأهداف المرجوة منه يتوقف، ليس فقط على الإعتراف به و النص عليه في القوانين و التشريعات بل ذلك يتأتى بالإعتراف بكل النتائج التي تترتب عنه سواء مباشرة أو غير مباشرة[3].

---

[1] **باسود عبد المالك**، المرجع السابق، ص 120.

[2] **السيد مصطفى ناطق صالح مطلوب** ، مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم التجاري، مقال منشور في مجلة الرافدين، مج 12، ع 43، سنة 2010، ص 130.

[3] **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص78.

أخذ الفقه والقضاء بمعيار مستمد من القانون الأنجلو أمريكي وهو مدى قابلية الشرط التحكيمي للفصل عن العقد الأساسي " severability"، وطبق أساسا على الشرط التحكيمي، لكن اعتماد هذا المعيار من شأنه أن يقصر تلك الاستقلالية على المظهر الأول والمباشر منها ،وهو الترابط المادي الشكلي أكثر من إعتداده بالترابط الفني القانوني بين العقد الأساسي والشرط أو الاتفاق التحكيمي حاملا رواسب التصور العقدي للتحكيم . كما أن تطبيق هذا المعيار من شأنه أن يضيق من أثر الاستقلالية في مفهومها الفني على التحكيم . لذلك كان طبيعيا أن يتم التخلي عن هذا المفهوم لعدم ملائمته للتصور القضائي للتحكيم الذي فرض نفسه على كل النظم القانونية ،وعدم ملائمته للطبيعة المكتسبة للتحكيم كقضاء مواز مستقل وبديل في العلاقات الدولية بالخصوص ، فاتجه تصور الاستقلالية إلى الأثر القانوني لعلاقة الترابط أو الانفصال بين اتفاقية التحكيم والعقد الأساسي على ولاية المحكم من جهة تأهيله واختصاصه أساسا وبالتالي أثرها على النظام القانوني للتحكيم.

وأخذاً بهذا التصور الفني القانوني، أصبحت استقلالية اتفاقية التحكيم تعني فك الترابط القانوني بينها وبين العقد الأصلي من وجهتين :عدم تلازم المآل أو المصير من جهة وجوداً وعدَماً صحة وبطلانا ، وعدم تلازم النظام القانوني، أي القانون المنطبق على كل من العقدين.

و يقول الفقيه والقاضي الانكليزي شويبال (SCHWEBEL)عندما يعقد الطرفان اتفاقا يتضمن شرطاً تحكيمياً فإنهما يوقعان اتفاقين وليس اتفاقا واحدا فلا تمتد عيوب نشأة أو نفاذ العقد الأصلي إلى الاتفاق التحكيمي[1] .

ففي قضية Impex وقضية Hecht ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم دون أدنى قيود[2]. une complète autonomie

ثانياً: تكريس مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

أخذت الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ابتداء بالمشرع المصري حيث أكد قانون التحكيم

[1] **باسود عبد المالك**، المرجع السابق، ص 122

[2] ذكره : **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 395.

المصري رقم 27 لسنة 1997على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ نصت المادة 22 على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته "، ولقد تبنى القانون البلجيكي الجديد للتحكيم، وأيضا قانون الإجراءات المدنية الهولندي على هذا المبدأ حيث نص على أن "اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل وأن لمحكمة التحكيم السلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكيم مدرجا به أو يشير إليه".

كذلك أقر التشريع الجزائري بهذا المبدأ في نص المادة 1040من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة ا لرابعة على "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي ، كما أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يجد أساسه القانوني من خلال نظرية إنتقاص العقد الواردة في القانون المدني والتي نصت عليها اغلب التشريعات الوطنية بما فيها القانون المدني الجزائري في المادة 114 منه والتي نصت على انه:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال، فهذا الشق هو وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله".[1]

ولقد تبنى القانون البلجيكي الجديد للتحكيم [2]، وأيضا قانون الإجراءات المدنية الهولندي [3] على هذا المبدأ حيث نص على أن "اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل وأن لمحكمة التحكيم السلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكيم مدرجا به أو يشير إليه ." وكذلك نصت المادة 178 فقرة الثالثة من القانون الدولي الخاص السويسري[4] الصادر سنة 1987 على "لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي " .و كذا القانون

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 434.

[2] **قانون التحكيم البلجيكي.**

[3] **قانون الإجراءات المدنية الهولندي.**

[4] **القانون الدولي الخاص السويسري تعوينت** ،ص 172.

الإنجليزي للتحكيم لسنة 1996 إعترف بإستقلالية شرط التحكيم بالعقد الأصلي بعد أن كان يرفضه رفضاً قاطعا في نص المادة 7من القانون[1].

وإذا كان هذا المبدأ قد تم تكريسه في العديد من الدول بواسطة نصوص تشريعية ،فقد تم تكريسه في دول أخرى بمقتضى اجتهادات قضائية وليس نصوص تشريعية كما هو الحال في والولايات المتحدة الأمريكية ،إذ قبلت المحكمة العليا ابتداء من سنة 1967 في قضية print prima ضد fload and Conkin أنه تبعا للقانون الفيدرالي فإن مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلا ومنفصلا عن مصير العقد المدرج في هذا الاتفاق[2].

ثالثاً: موقف القضاء التحكيمي:

تم تكريس هذا المبدأ في القضاء التحكيمي مبكرا وقد بينت العديد من أحكام التحكيم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على اعتبار أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي ،وذلك دون أن تستشعر أدنى حاجة من أجل تبرير هذه الاستقلالية، إلى الإشارة إلى قانون وطني محدد.

ففي القضية رقم 1526 لسنة 1968 قرر الحكم التحكيمي الصادر فيها أن هناك قاعدة تحوز القبول العام في إطار التحكيم التجاري الدولي أو في طريقها إليه [3]، بمعنى أن شرط التحكيم سواء تمَت الموافقة عليه بشكل منفصل عن العقد الأصلي أو كان متضمنا فيه، يتمتع دائما باستقلالية قانونية كاملة ،إلا في حالات استثنائية ،على نحو يستبعد معه إمكانية تأثره بأي بطلان محتمل يلحق هذا العقد.

ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى وصف المبدأ، بأنه يشكل قاعدة من القواعد المادية لقانون التجارة الدولية .ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى ذات الاتجاه الذي ذهبت إليه أحكام القضاء الفر نسي مقرِرة أنه وفقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ،فإنه يخضع في التحكيم التجاري الدولي إلى قانون آخر غير ذلك الذي يسري على العقد الأصلي . كذلك فإن جانبا من الأحكام الصادرة

---

[1] القانون **الإنجليزي للتحكيم.**

[2] **باسود عبد المالك**، المرجع السابق، ص 126.

[3] **حفيظة السيد الحداد**، الموجز في النظرية العامة غي التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص133.

في المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى ذهبت بدورها إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق.

وبالنسبة للاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم، فإنها لم تنص صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وإن كان يمكن استخلاص اتجاهها الضمني إلى إقرار هذا المبدأ من خلال إقرارها لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، ذلك أن تقرير مبدأ الاختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم للمحكم، ولا شك أنه سيكون أكثر ميلاً للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في النزاع [1]، فاتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 21 ابريل 1961 لم تتخذ موقفاً صريحاً إلا بشأن اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم وذلك في الفقرة الرابعة من مادتها الثالثة. وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فلقد اقتصرت في الفقرة الأولى من المادة 41 على تأكيد أن: " هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها "و لم تقر بإستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، أما إتفاقية نيويورك فلم تتعرض صراحة لمبدأ الإستقلالية، لكن يمكن القول أنها تكرسه بإعتبار أنها تقر بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، ومادام من بين تلك الأحكام ما هو مبني على الإستقلالية فهي بذلك لا تعارض المبدأ على الأقل[2].

كذلك فقد قامت معظم لوائح التحكيم بتكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من خلال النص صراحة على هذا المبدأ. فقد أقرت قواعد التحكيم التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هذا المبدأ، وذلك في المادة 21 منها التي أكدت على معاملة شرط التحكيم الوارد في العقد ويشير إلى إجراء التحكيم وفقاً لهذه القواعد بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. كما أكدت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم المادة 4/6 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية النافذ اعتباراً من أول يناير 1998، حيث نصت على أنه: " ما لم يتفق على خلاف ذلك، لا يترتب على الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم مادام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر

[1] أنظر **إبراهيم أحمد إبراهيم**: التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص98.

[2] **قادري عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 268.

في طلباتهم ". وأيضاً قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي [1]، حيث تنص المادة 21 /2 من هذه القواعد على أن: " يُعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وكل قرار من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم ".

كما كان للمحكمين في العديد من الأحكام المتعلقة بمنازعات عقود الاستثمار ، تأكيد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق.

ففي تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية تمسكت الحكومة الليبية بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن الأستاذ Dupuy قد رفض ذلك وأقر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

كما أكد المحكم Mahmassani في قضية Liamco أنه: " من المتفق عليه عموماً سواء في الممارسات العملية أو في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم بعد الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط، والذي يظل ساري المفعول حتى بعد هذا الإنهاء ".

كذلك أنتهى المحكم المنفرد Bernhard Gonard في قضية Elf Aquitaine إلى الاعتراف بالاختصاص لنفسه، وذلك استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم: " إذ أنه من المبادىء المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول، حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل[2].

الفرع الثاني: مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم

لا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقدا عن القوة الملزمة للعقد، حيث هذا المبدأ يعتبر مبدأ عالمياً، كما يعتبر من الآثار الموضوعية لإتفاق التحكيم [3]، والذي يعني أنه بمجرد

[1] **قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي**، متوفرة على موقع المركز :www.crcica.org

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 395.

[3] **عبد الحق كوريتي**، المرجع السابق، ص 161.

انعقاد العقد بصفة صحيحة وجب على أطرافه تنفيذه و لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله دون رضا المتعاقد الآخر، و لما كان الأثر الجوهري لذلك الإتفاق هو إلتزام طرفيه بعرض النزاع على هيئة التحكيم، فبمخالفة هذا الإتفاق يكون أحد الأطراف قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية[1]، بمعنى إستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع وهذا أكدته المادة 26 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 بقولها "" موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر ما لم ينص على غير ذلك تخلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية "، و قبلها المادة 25 التي بموجبها تم تقنين هذا المبدأ بقولها" إذا إتفق طرفي النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن الإستثمار بين دولة متعاقدة و بين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فإنه لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر"، و على ذلك فإن إتفاق التحكيم الذي أبرم صحيحاً يلزم طرفيه و لا يجوز لهما الإنسحاب منه إنفرادياً إلا بإتفاقهما معاً و إنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور الحكم [2]، ومن هنا فإنه إذا سعى أحد الأطراف إلى التخلص من شرط التحكيم وفقاً لقواعد المركز، وجذب الطرف الآخر إلى القضاء الوطني، فإنه يجب على المحكمة المرفوع أمامها الدعوى أن تعلن عدم اختصاصها وتقوم بإحالة الأطراف إلى المركز. وهو ما يدل على مسلك واضح من جانب واضعي الاتفاقية نحو تحقيق مزيد من الفاعلية لأحكام التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية[3].

ولا يستطيع طرفي الإتفاق النكول بإرادتهما المنفردة، أو تعديل أحد بنوده، و في حالة ما إذا تم الإخلال بإلتزامه يتم إجباره على تنفيد إلتزامه عينا بإجباره على تعيين محكمه أو تقديم مستنداته، وبدأ إجراءات التحكيم فإن إمتنع لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة أي إلى سلطة التعيين المختصة

[1] **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 70.

[2] نفس المرجع، ص 71.

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 395.

للقيام بتلك الإجراءات، وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني للإلتزام الناشئ عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم[1].

كما أن مخالفة هذه المبادئ يؤدي إلى المسؤولية العقدية والدولية، إلا في الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة، أو في حالة اتفاق الأطراف على حسم النزاع وديا، ولا يجوز لأطراف النزاع الرجوع عن قبول التحكيم الدولي أو فسخه أو الانسحاب منه بالإرادة المنفردة أو الدفع ببطلانه لعدم أهليتها بموجب قانونها الوطني أو بمركزها السيادي أو حصانتها الدولية القضائية والتنفيذية للتحلل من اتفاق التحكيم، وذلك ما تؤكده معظم التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم في جميع هذه الحالات ، حيث نصت المادة 1/25..."متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده"، كذلك ما أكد عليه مجمع القانون الدولي في قراره الصادر عام 1989 والذي نص على أنه:" لا يمكن للدولة أو الشركة الحكومية أن تدعي عدم الأهلية للتحكيم حتى تمانع أو تقاوم ت قد وافقت عليه من قبل [2]".

في هذا الشأن نصت المادة 195 من قانون المرافعات المدنية و التجارية القطري [3]على " إذا وقع النزاع و لم يكن الخصوم قد إتفقوا على المحكمين أو إمتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو إعتزله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له و لم يكن هناك إتفاق في هذا الشأن بين الخصوم جاز لأي منهم أن يطلب من المحكمة التي يكون من إختصاصها أصلاً نظر النزاع تعيين من يلزم من المحكمين و يرفع الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى"[4].

كما تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ، خاصة إذا إتخذ أحد أطراف النزاع موقف سلبي و إمتنع عن تنفيذ إلتزامه باللجوء إلى التحكيم، حيث نصت المادة 2/1041 بنصها:" في غياب

---

[1] **عصام عبد الفتاح مطر**، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة العربية الجديدة، ط 2009، ص 121.

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 430.

[3] **قانون المرافعات المدنية و التجارية القطري رقم 13 لسنة 1990**المؤرخ في1990/06/17 الموافق ل 1410/11/24.

[4] **عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 162.

التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

– 1رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم في الجزائر، – 2رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"[1].

وفي هذا الشأن نجد أن مركز الوساطة والتحكيم التابع للإكسيد، قد أصدر قرار يثبت عدم جواز للدولة المضيفة للاستثمار إلغاء شرط التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية في قضية ATA –: CONSTRUCTION ,INDUSTRIAL AND TRADING COMPANY V. THE HASHEMITE JORDAN OF KINGDOM - وتتلخص وقائع هذه القضية في صدور قرار من محكمة التمييز الأردنية يؤيد قرار صادر عن محكمة الاستئناف الأردنية والذي كان يقضي بإبطال قرار تحكيم صادر في قضية الشركة التركية وشركة البوتاس الأردنية، وإسقاط شرط التحكيم تبعا لقانون التحكيم الأردني، إلا أن المستثمر التركي اعتبر إسقاط شرط التحكيم استنادا للقوانين الداخلية الأردنية هو خرق للاتفاقية الثنائية المبرمة بين تركيا والأردن، ولجأ إلى مركز الإكسيد، الذي أصدر قراره في القضية لصالح المستثمر التركي و اعتبر ذلك عدم احترام اتفاق التحكيم من جانب الطرف الأردني [2].

كما اتجهت اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 38 إلى وضع آلية لمواجهة عدم تعيين هيئة التحكيم خلال المدة المحددة، والتي نصت "يتولى رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير تعيين المحكمين بناءا على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الإمكان، وذلك إذا لم تشكل

[1] **المادة 2/1041 من ق.إ.م.إ.الجزائري.**

[2] ذكره: **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 431.

المحكمة خلال 90 يوماً التالية للإخطار بتسجيل الطلب والمرسل من السكرتير العام للمركز للأطراف، أو خلال أي مدة يتفق عليها الأطراف"[1].

ولضمان فعالية أكثر للتحكيم في مجال غياب الأطراف فقد نصت إتفافية واشنطن في المادة 45 على:" 1-إذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه فإنه لا يعد لهذا السبب في حد ذاته، مسلماً بإدعاءات الطرف الأخر، 2-إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكمة أو فشل في تقديم دعواه خلال أي مرحلة من مراحل الإجراءات، فإنه من حق الطرف الآخر أن يطلب من المحكمة اتخاذ قرار بشأن النزاع ويجب على المحكمة قبل اتخاذ أي قرار إخطار الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية، إلا إذا اقتنعت المحكمة أنه ليس في نية الطرف المتخلف المثول أمامها وعرض دعواه"[2].

أما بالنسبة لنطاق القوة الملزمة لإتفاق التحكيم بالنسبة للأشخاص، فإن العقد طبقاً للمبادئ العامة، لا يقيد إلا أطرافه، و لا ينتج إلتزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم، دون أن ينتقل إلى غيرهم، طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد[3]، واتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن أي عقد يخضع لمبدأ نسبية الآثار المتولدة عن العقد، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفاً فيه، ولا يمكن أيضاً للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه، وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأطراف. فالاتفاق على التحكيم إذا كان تصرفاً قانونياً بالنسبة لأطرافه فإنه مجرد واقعة في مواجهة الغير[4].

فإن المبادئ العامة في نظرية العقد تقتضي أن العقد لا يلزم إلا أطرافه دون غيرهم بيد أن أتفاق التحكيم وخاصة في مجال العقود الدولية كعقود الاستثمار الدولية يؤدي في الكثير من الحالات إلى استعانة الأطراف الأصليين المتعاقدين بمقاولين من الباطن أو بشركات يتم تأسيسها أو إنشاء فروع مشتركة لمباشرة تنفيذ العقد أو العقود المتتابعة التي يتم إبرامها، أو حالة تجديد

---

[1] المادة **38 من إتفاقية واشنطن.**

[2] **المادة 45 من إتفاقية واشنطن.**

[3] للمزيد من المعلومات حول مبدأ نسبية اثر العقد راجع: **عبد الرزاق السنهوري،**

[4] **بشار محمد الأسعد،** عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 422.

العقود بتغير الدائن أو المدين أو محل الالتزام، ففي كافة هذه الصور يمتد شرط التحكيم ويتسع نطاقه ليشمل العلاقات التي تنشأ تحت الاتفاق الأصلي ، في إطار ما يسمى بمبدأ الارتباط والتبعية في العقود أي بين العقد الأصلي والعقد الفرعي[1].

وهذا ما قضت به هيئات التحكيم الدولية، كالحكم الصادر في قضية Chemical Dow ،من طرف غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 71- 19-1987 حيث قضت بأن: " شرط التحكيم الذي يرد في احد العقود من أعضاء مجموعة واحدة يلزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، وبالرغم من تمتع كل منهما بشخصية معنوية مستقلة، مادامت قد أسهمت في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه "، حيث رفضت القضية تأسيساً على أن العقد الذي يتضمن شرط التحكيم موقع بين فرع مستقل للشركة المدعية Dow Chemical مقره (سويسرا) ولكنها شركة منبثقة من الشركة الأمريكية الأم. وقررت هيئة التحكيم قبول الشركتين الأمريكية (الشركة الأم) والفرنسية (الشركة التابعة الأولى) كطرفين في التحكيم، برغم من أن كل منهما يتمتع بشخصية قانونية مستقلة فضلاً عن عدم توقيعهما على العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، إلا أن لكل منهما دوراً في تنفيذ العقد كعضوين في مجموعة شركات Dow ككل، ولذا فإنه يمكن أن تعتبر كل من الشركة الأم والشركة التابعة الفرنسية طرفين في العقد وفي اتفاق التحكيم[2].

أما إذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين ف لا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى المنازعات المتصلة لتنفيذه، إذ لا يفترض إمتداد إتفاق التحكيم إلى مسائل لم يقصدها المحتكمون، بيد انه وفي إطار التحكيم التجاري الدولي، فقد تم الخروج على هذه القاعدة لضمان فاعلية أكثر لإتفاق التحكيم وعدم تفسيره على نحو ضيق أو موسع أو بطريقة متحررة، بل ينبغي أن يفسر بطريقة تؤدي إلى الوصول إلى احترام النية المشتركة للأطراف[3].

---

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 432.

[2] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 424.

[3] أنظر **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 75.و **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص433.

هذا ما قضى به المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في 25 سبتمبر 1983 في قضية . AMCO وفي هذا الإطار عالجت مختلف التشريعات الوطنية المقارنة جزاء مخالفة الإخلال بالقوة الملزمة الاتفاق التحكيم الداخلي والدولي، فنجد مثال المشرع الجزائري تعرض لمبدأ القوة الملزمة في التحكيم الداخلي بموجب المادة 1009 من ق.إ.م.إ.ج والتحكيم التجاري الدولي في المادة 2/1041 من نفس القانون .

فمبدأ القوة الملزمة في اتفاق التحكيم هو ضمانة من الضمانات القانونية التي تزيد في فعالية التحكيم التجاري الدولي لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية.

الفرع الثالث: مبدأ الاختصاص بالاختصاص-Compétence Compétence-

اعتبر الفقه هذه القاعدة الأثر المباشر الأول للقاعدة الأصلية المتمثلة في استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي ،ولقد اعتبر الفقهاء أن هذه القاعدة من القواعد الأساسية قي قانون التحكيم التجاري الدولي، ورغم هذه الأهمية التي أعطيت لهذه القاعدة المادية فإن بعض الفقهاء لم يكتفوا بما قيل بل زادوا على ذلك بأن جعلوا قاعدة الاختصاص بالاختصاص حجر الزاوية وإحدى أهم مبادئ النظام القانوني التحكيم، معتمدين في ذلك على مبدأ أن القضاء التحكيمي هو قضاء مواز وبديل بل هو القضاء الأمثل لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية .

أولاً : مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعد مبدأ الإختصاص بالإختصاص من أهم المبادئ التي تضمن للتحكيم فعاليته، فهدفه يتمثل في غلق الباب أمام كل الإجراءات و الوسائل الإحتيالية الرامية إلى المماطلة لإفقاد التحكيم الغاية من وجوده و هي سرعة الفصل في المنازعات، و يستخدم الفقه عادة للتعبير عن اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ،الألفاظ الألمانية المستخدمة من قبل الفقه الألماني والمعروفة ب Kompetenz-Kompetenz .

والواقع أن المعنى الحقيقي لمصطلح، Kompetenz-Kompetenz لم يتم إلقاء الضوء عليه مطلقا ،على الرغم من أهمية تلك المسألة لتحديد المقصود بفكرة اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه[1].

[1] **حفيظة السيد حداد**، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 228.

إذ أنه من الثابت أن المصطلح القانوني الألماني المذكور يضفي على هذا التعبير معنى مختلفا عما أراده الفقه من استعمال هذا المصطلح ،فالمصطلح الألماني Kompetenz-Kompetenz يعني سلطة المحكم في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه ودون الخضوع إلى أية رقابة قضائية[1].

و يقصد بهذا المبدأ أن المحكم ينظر و يبث في إختصاصه بناءاً على إتفاق التحكيم الصحيح وبصفة تلقائية، مع خضوعه في الوقت نفسه للرقابة القضائية اللاحقة و الهدف من ذلك هو حتى لا يلجأ أحد الأطراف إلى عرقلة سير التحكيم بالطعن في إختصاص هيئة التحكيم، و من ثم الدفع بعدم صحة إتفاق التحكيم [2]. وهكذا فإنه يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين أحدهما ايجابي والآخر سلبي:

فأما الأثر الايجابي فهو يتوجه في مرحلة أولى للمحكمين فاسحاً المجال أمامهم لتجاوز الحجة القائلة أنه لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص، بمعنى أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص ، و في حالة الطعن أمام القضاء الوطني ببطلان إتفاقية التحكيم فلا يرجئ الفصل في النزاع من طرف هيئة التحكيم.

وأما الأثر السلبي فهو السماح للمحكم بالبت و الفصل في مسألة اختصاصه أولاً وقبل أية جهة أخرى، بمعنى أنه يمتنع على قضاء الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبت فيها[3].

---

[1] رغم إختلاف مضمون مبدأ الإختصاص بالإختصاص في التحكيم عن المضمون الذي عرفه في القانون و الفقه الألماني سواء بمفهومه الدستوري أو الإجرائي، غلا أن الفقه يتفق على كونه مستلهم منه، رغم تفضيل إستبعاد المصطلح الألماني والإعتماد على المصطلح الفرنسي تحت تأثير الفقه السويسري، الذي عاين ونبه إلى الفرق بينهما من حيث المضمون.
للمزيد من المعلومات أنظر:
Emmanuel Gaillard, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, effets , droit commun et droit conventionnel »J.CL.DROIT INTERNATIONAL ,Fasc.586-5 ,n 29.

[2] **خالد كمال عكاشة** ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 188.أنظر كذلك: **عبد الله درويش**، الدفع بوجود شرط التحكيم(دراسة مقارنة)، مرجع سابق،ص18 و ما بعدها.

[3] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 400.

ثانياً: مبررات الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يجد مبدأ الاختصاص بالاختصاص مبررات الأخذ به من خلال ما يلي:

- يساعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص على سد طريق الغش والتحايل أمام الطرف سيء النية الذي يرغب في تعويق سير عملية التحكيم ، برفع النزاع أما م قضاء الدولة للفصل في مسألة الاختصاص.
- يعمل مبدأ الاختصاص على الاقتصاد في الوقت والإجراءات فلا خلاف في أن عدم الاعتراف بذلك المبدأ،يعني العودة إلى قضاء الدولة للبث في مسألة اختصاص هيئة التحكيم، وما يصحبها من طول في الإجراءات ومحاولة بعض الخصوم في التسويف والتأخير الإجرائي بغية تعطيل الفصل في النزاع، فظلا عن تراكم القضايا والبطء الملحوظ في انجازها أمام قضاء الدولة وكل هذا يمكن تجنبه بالاعتراف لهيئة التحكيم بالبث في مسألة اختصاصه
- أن مقتضيات الثقة الكاملة التي أولاها الأطراف لقضاء التحكيم بموجب الاتفاق الذي أبرموه، لا تستتبع فقط الثقة في الحكم الموضوعي الذي يحسم النزاع، بل كذلك الثقة في منح هيئة التحكيم سلطة البث في مسألة اختصاصها.
- أن فكرة الأثر المانع لاتفاق التحكيم تدعم مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث أن ذلك الأثر يحجب قضاء الدولة ويمنعه من نظر أية منازعة تدخل في إطار اتفاق التح كيم ومنها المنازعة في اختصاص هيئة التحكيم[1].

ثالثاً: مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص

ويستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم، وكذلك الاتفاقيات وقرارات الهيئات الدولية ذات الصلة، وأيضاً لوائح هيئات التحكيم، والتي حرصت على النص على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه.

[1] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص 298.

1: موقف المعاهدات الدولية: تنص العديد من المعاهدات الدولية على مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومن بين هذه المعاهدات ،ما جاءت به معاهدة جنيف لعام 1961 التي تعرضت لمبدأ الاختصاص بالاختصاص وسلطة المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بشكل واضح في نص المادة 3/5 على ذلك بقولها"لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص، أن يتخلى عن نظر المنازعة وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود صحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزءا منه، ذلك دون الإخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي[1]،وهذا على عكس اتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي لم تتطرق لمسألة اختصاص المحكم لاختصاصه وأغفلت هذه المسالة كون مبعثها الأساسي هي كيفية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي.

كما تبنت معاهدة واشنطن 1965الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مسالة اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ، مماثلة بذلك ما جاءت بها اتفاقية جنيف لعام 1961اذ نصت في مادتها 41على أن "المحكمة هي التي تحدد اختصاصها.

ولم تتخلف كذلك لوائح هيئات ومراكز التحكيم عن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، إذ أكدت لائحة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في مادتها 4/6 على أنه " إذا لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك فان الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يرتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم حتى في حالة انعدام العقد نفسه أو بطلانه، مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل في ادعاءاتها وطلباتها".

كما نصت لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة(قانون النموذجي) 1985 مؤكدة هذا المبدأ في نص المادة 16 إذ نصت على أنه "يجوز لهيئة التحكيم البث في مسألة اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته"

[1] **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 402.

والملاحظ أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص أصبح من المبادئ الأساسية للنظام العام لجميع الدول من خلال قبوله في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات واللوائح القانونية

2: موقف التشريعات الوطنية: تعترف معظم التشريعات الحديثة المعنية بتنظيم اتفاق التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ،فنجد المشرع المصري في نص المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري رقم 28 لسنة 1994 على أنه" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم ، أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع . " كما كرس المشرع الفرنسي مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث نصت المادة 1466 في قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد بشأن اتفاق التحكيم الداخلي على انه " إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس نطاق سلطته القضائية فان المحكم هو وحده الذي يفصل في صحة ونطاق هذه السلطة."[1]

أما على الصعيد التحكيم الدولي لم يتضمن القانون الفرنسي نصا مماثلا للنص المذكور إلا أن الرأي الراجح يقر أن المحكم يملك سلطة الفصل في كافة النزاعات المتعلقة باختصاصه، كما أن القضاء كان حريصا على هذا المبدأ ، وذلك من خلال أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر 1999/01/05 والتي جاء فيه يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم الدولي... أو أن المحكم يقضي في شأن مدى اختصاصه و أن قضاء الدولة غير مختص بالفصل بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم.

ومن التشريعات التي نصت كذلك على مبدأ الاختصاص بالاختصاص نص المادة 1/30 من قانون التحكيم الانجليزي [2] لعام 1996 الصادر بتاريخ 17 جوان 1996 بقولها" مالم يتفق الأطراف على غير ذلك ، يكون لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها الموضوعي المتعلق – 1 بوجود اتفاق تحكيمي صحيح، – 2 بالتشكيل الصحيح للمحكم ة – 3 بأن المسائل الخاضعة للتحكيم تتفق مع اتفاق التحكيم[3].

[1] **حفيظة السيد الحداد**، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 127.
[2] للإطلاع على **قانون التحكيم الإنجليزي** أنظر الموقع التالي: www.pacaarbitration.com تاريخ الزيارة 25-06-2021.
[3] **رضوان ربيعية**، المرجع السابق، ص 301.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص وهذا ما أكده من خلال نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية" تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع . " بمعنى عدم تدخل القضاء للفصل في النزاع حتى إذا وجدت شبهة بطلان شرط التحكيم، بهدف إرساء إختصاص هيئة التحكيم فاعليته وتحقيق حجب تدخل القضاء في هذه المرحلة .و القول بغير ذلك يعيد الاختصاص لقضاء الدولة قبل البدء في إجراءات التحكيم وهو ما يقلل من فاعليته وخرق مبدأ سلطان الإرادة، ويضعفه من بدايته.

الفرع الرابع : الاتفاقيات الدولية الناظمة للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية

الصراع الذي كان موجودا ما بين مبدأ السيادة الذي نادت به نظرية" كالفو "و الممارسة الحرة للنشاط الاقتصادي و الحاجة إلى استقطاب رؤوس الأموال ضحدته الاتفاقيات التي جعلت من التحكيم التجاري الدولي ضمانة للمستثمر الأجنبي لفض منازعاته و في ذات الوقت سببا لوفوده على البلد المضيف الذي هو في حاجة دائمة إلى التمويل المستمر. و لأن الآية انعكست أوجدت الدول الصناعية لنفسها خصوصا منفذا لتمرير قواعد تسمح بإخراج المنازعات من النطاق الوطني إلى مخرجات دولية.

أولاً: نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية[1]

كان لغرفة التجارة الدولية في باريس السبق في إنشاء مركز دولي للتحكيم يتمتع بالسمعة العالمية في حل المنازعات التجارية الدولية[2] ،و منذ إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة عام

[1] أنشأت المحكمة تحت رعاية غرفة التجارة الدولي بباريس وهي إتحاد يضم أكثر من سبعة آلاف مؤسسة من مؤسسات الأعمال تتوزع على أكثر من مائة وعشرة دول، وقد أنشئت في معظم هده الدول "لجان وطنية " تمثل الأعضاء لدى غرفة التجارة الدولية، ومن بين الدول العربية التي أنشئت فيها لجان وطنية لغرفة التجارة الدولية، مصر والأردن والكويت و لبنان والمملكة المغربية والمملكة العربية السعودية وتونس للمزيد من المعلومات راجع: **إبراهيم إبراهيم شحاته**، نبذة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والإستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق "المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، مج 80، ع 418/417،مصر، 1989، ص392.

[2] **معزوزة زروال**، المرجع السابق،ص579.

1923، ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية وذات الجنسيات المختلفة في مجال العلاقات التجارية الدولية ،على الرغم من أن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية –كغيرها من الهيئات المتخصصة_ هي هيئة خاصة تم إنشاؤها طبقا لقانون وطني(القانون الفرنسي)[1] .

و نتج عن طول خبرة الغرفة في قضايا التحكيم أن أنشأت نظاما موحدا و قضايا محددة للتحكيم ترشد الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم عن طريق الغرفة، و وضعت العديد من القواعد و الأحكام والشروط متعلقة بـالتحكيم، التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها في صياغة عقودهم[2]، و من بين أهم هذه القواعد و الشروط مايلي:

–أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إليها للتحكيم في المنازعات التي تنشب في العقود الدولية التي تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي " جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها رضائيا وفقا لنظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة والدولية بواسطة حكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم وفقا لهذا النظام" .

–أن تشمل عقودهم شرط التحكيم النموذجي التالي " يسوى أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرقه أو بطلانه عن طريق التحكيم وفقا لنظام لجنة القانون التجاري للتحكيم كما هو ساري حاليا ، تكون سلطة التعيين لغرفة التجارة التي تتصرف تبعا للإجراءات التي اعتمدتها الغرفة.

–أنشأت الغرفة المركز الدولي للخبرة الفنية ، ليقدم الخبرة الفنية لأطراف العقود الدولية، وأدرجت شرطا نموذجيا يصاغ على الشكل التالي" اتفقت أطراف هذا العقد على اللجوء عند الضرورة إلى المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية و الخاصة بالخبرة الفنية."

[1] **إبراهيم إبراهيم شحاته**، نبذة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الإستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق "المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، المرجع السابق، ص392.

[2] **احمد أبو الوفا**، المرجع السابق، ص15.

-وضعت الغرفة التجارية الدولية نظاما للتوفيق ، في حالة رغبة أطراف العقد في تدخل طرف ثالث محايد عند حدوث نزاع من أجل مساعدتهم للوصول إلى تسوية سليمة[1] .

كما يتمتع الأطراف بالحرية الكاملة في النظام الذي وضعته الغرفة بشأن التحكيم سواء من حيث اختيار المحكمين أو اختيار مكان التحكيم لغرفة التجارة الدولية في أي مكان في العالم و بكل لغات العالم الرسمية ، القواعد التي وضعتها الغرفة تضمن سلامة إجراءات التحكيم وتحقيق الحياد والنزاهة و الكفاءة في تسوية المنازعات بشأن عقود الاستثمار، إلا في حالة خلو النص على مثل هده القواعد وإلا خضعت الإجراءات حينها لأي قواعد متفق عليها من الأطراف أو المقررة من قبل الهيئة[2]، في حالة عدم إتفاق الأطراف سواء كانت هناك إشارة من عدمها إلى قواعد إجرائية لقانون وطني واجب التطبيق على التحكيم و هدا ما نصت عليه المادة 19 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 2017[3].

ثانياً: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام1965 (ICSID).

أمام القصور في توفير الحماية الإجرائية للمستثمر في منازعات عقود الإستثمار الدولية، كثف البنك الدولي جهوده بإعتباره المسؤول الأول عن التنمية الاقتصادية،لتوفير صرح دولي متخصص، لتسوية منازعات الإستثمار الناشئة بين المستثمرين الأجانب على قدم المساواة مع الدول المظيفة في العملية التحكيمية، و دون الحاجة إلى اللجوء إلى دولهم، ولقد توجت هده الجهود بإبرام إتفتقية متعددة الأطراف بتاريخ 18 مارس 1965 بواشنطن،أطلق عليها "إتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الإستثمارية بين الدول و مواطني الدول الأخرى" و تعرف بإتفاقية واشنطن، بموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (International Centre For Setlement Of Investment Disputes و يشار إليها إختصاراً ب ال

[1] **معزوزة زروال**، المرجع السابق،ص580.

[2] **خزرون سميرة**، قراءة في نظام تسوية النزاع أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، مجلة منازعات الأعمال،ع 45 ،2019،ص24.

[3] **المادة 19** من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 2017.

(ICSID)، وقد دخلت الإتفاقية حيز النفاد في 1966/10/14 ودلك بعد مضي ثلاثين يوماً عن إكتمال تصديق عشرين دولة على الإتفاقية، وفقاً للمادة 2/68 من الإتفاقية، وقد بلغ عدد الدول الموقعة على الإتفاقية لغاية تحرير هذه الأسطر وحسب آخر ما نشره المركز على موقعه الإلكتروني في 2021/09/03 [1] 164 دولة،منها 156 دولة صادقت عليها، وكانت آخر دولة وقعت على الإتفاقية هي دولة الإكوادور وذلك في 2021/06/21 وصادقت عليها بتاريخ 2021/08/04 ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2021/09/03.

1: مراحل و مفهوم الإستثمار في تحكيم المركز:ثار جدال حاد بين واضعي الإتفاقية حول مفهوم الاستثمار ، إذ عرفت المسودة الأولى الاستثمار بأنه أي مساهمة بالمال أو أصول أخرى ذات قيمة اقتصادية لمدة غير محددة، و إذا وجب تحديد هذه المدة فلابد أن لا تقل عن 5 سنوات ، إلا أن هذا التعريف لقي معارضة شديدة من ممثلي الدول لافتقاره للدقة أين استوحى تعريف آخر مرتبط بالربح وحقوق الملكية وتنمية الدول المضيفة كما قدمت الأمانة العامة للمركز، تعريفا آخر للاستثمار ينطوي على اكتساب حقوق الملكية أو الحقوق العقدية لتأسيس أو إدارة مشروع صناعي أو تجاري أو زراعي أو مالي أو خدماتي أو تقديم مساهمات أو أسهم في أ ي مشروع ، أو أن يكون في شكل التزامات مالية لكيان عام ، أو خاص و ليس الالتزامات الناشئة عن التسهيلات البنكية أو الائتمانية قصيرة الأجل[2].

في حين اقترح بعضهم أن يقتصر اختصاص المركز على الدعاوى التي لا تقل قيمتها عن مئة ألف دولار ، وهو الاقتراح الذي شهد معارضة شديدة من طرف الدول المتقدمة بل و عارضت أية محاولة للحد من نطاق مصطلح الاستثمار على اعتبار أن ذلك من شأنه أن يخلق حواجز تعسفية تحول دون الوصول إلى اتفاق بين الطرفين. بينما الدول النامية كانت تسعى إلى تضييق مفهوم الاستثمار إذ اقترح البعض الحد من نطاق اختصاص المركز باشتراط وجود موافقة مسبقة من الدولة المضيفة ، في حين اقترح البعض أن يتم إدراج قائمة نموذجية لأنواع الاستثمارات التي تعطي الاختصاص للمركز[3].

---

[1] أنظر **قائمة الدول الموقعة على إتفاقية المركز** على الرابط:
http://icsid.worldbank.org/fr/a-propos/etats-membres/base-de-donnees-concernant-les-etats-membres-du-cirdi. last visited on: fevrier 18,2021.

[2] **معزوزة زروال**، المرجع السابق،ص581.

[3] نفس المرجع، ص581.

إلا انه في نهاية المطاف اقترح ممثل بريطانيا أن لا يتم ذكر أي تعريف لمصطلح الاستثمار في صلب الاتفاقية لتجنب الصعوبات المتعلقة باختصاص المركز، و لقي هذا المقترح تأييد الأغلبية الساحقة لممثلي الدول ونتيجة لذلك لم تتضمن الاتفاقية في صيغتها أي تعريف للاستثمار .

ويتضح من خلال الأعمال التحضيرية للاتفاقية أن السبب الرئيسي لعدم إدراج تعريف للاستثمار في صلب المادة 25 الفقرة الأولى[1] بحجة أن تراضي الأطراف على إختصاص المركز يشكل شرطاً جوهرياً كما أن الدول المتعاقدة تتمتع بحرية كاملة في تحديد أنواع النزاعات التي ترغب أو لا ترغب عرضها على المركز[2] ، وهذه المادة أسالت الكثير من الحبر خاصة من ناحية إنتقادها،و في هذا الصدد يرى الأستاذ : E. Gaillard أن ذلك لا يعد معياراً مطلقا للتكييف، فإذا كان إتفاق الأطراف على إعتبار النزاع متعلقا بإستثمار مؤشرا هاما لإختصاص المركز، إلا أنه لا يمكن أن يكون محدداً بحد ذاته[3].

وإشترطت الإتفاقية في إطار تحديد الإختصاص الموضوعي للمركز الدولي، ضرورة توافر علاقة مباشرة بين النزاع وأحد الإستثمارات القائمة بين الطرفين دون أن تتضمن أي تعريف لمصطلح إستثمار في صيلغتها النهائية، ما عدا الإشارة التي تضمنتها الديباجة بشأن نوع الإستثمارات المعنية المتمثلة في "الإستثمارات الخاصة الدولية"[4].

وقسمت الاتفاقية إلى 10 أبواب حيث أفردت الباب الأول للأحكام الخاصة بالمركز والمحكمين ومصادر تمويل المركز و نظامه الأساسي وما يتمتع به من امتيازات وحصانات ، وخصصت الاتفاقية الباب الثاني لاختصاصات المركز والهدف من إنشائه .

---

[1] للمزيد من المعلومات حول تعريف المادة 25 من الإتفاقية راجع:يحي إكرام بدر، مفهوم الإستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965،مقال منشور .أنظر كذلك: **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص41 و ما بعدها.

[2] أكد واضعي الإتفاقية قي تقريرهم على ما يلي:

"Il na pas été juge nécessaire de définir le terme investissement compte tenu du fait que le consentement des partie constitue une condition essentiel et compte tenu du mécanisme par lequel les états contractants peuvent sil le désirent indiquer a l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts a soumettre au centre.art 25/4"

[3] **E. Gaillard** .Chronique des sentences arbitrales , Jdi n 1,1999,op.cit,p.281.

[4] **الفقرة الأولى من ديباجة الإتفاقية الإكسيد.**

2: الهدف من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:يتمثل الهدف من إنشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في النهوض بالتنمية الاقتصادية للدول النامية من خلال توفير مناخ استثماري ملائم ، حيث يعد إنشاء نظام فعال لتسوية منازعات الاستثمار عنصرا هاما من عناصر تحسين مناخ الاستثمار ، ولتحقيق هذا الغرض تعمل الاتفاقية على الموازاة والتوفيق بين مصالح كل من المستثمر الأجنبي من جهة والدولة المضيفة من جهة أخرى[1].

أ –تشجيع و تنمية الإستثمار:بمفهوم هذه الاتفاقية فإن توفير مناخ مناسب للاستثمار لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية يعزز ويساهم في التنمية الاقتصادية في البلد المضيف ،و هو ما يستبط من مقدمة الاتفاقية التي ورد فيها ما يلي" تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال ". وخلق الشفافية في فض منازعات الاستثمار لهو دافع بالغ الأهمية للاطمئنان للوضع الاقتصادي في البلد المضيف، بل هو إشهار بدون مقابل لتوظيف الأموال تنازل عن سيادة السلطة السياسية ابتغاء سيادة الاقتصاد و هو ما ورد في التقرير المقدم من قبل المديرين التنفيذيين للبنك الدولي وعلى وجه الخصوص البنذين 9 و 12 و نصهما –9 " إن المديرين التنفيذيين و هم يقدمون الاتفاقية المرفقة للحكومات ،فإنهم مدفوعون بالرغبة في تقوية الشراكة بين الدول من أجل التنمية الاقتصادية و إنشاء مؤسسة تهدف إلى تسوية منازعات الاستثمار ، يمكن أن تكون خطوة هامة على طريق خلق مناخ أساسه الثقة المتبادلة ، وبالتالي تشجيع الاستثمار في الدول التي تسعى لجذبه إليها – 12 ..." إن الالتزام من قبل دولة ما بالاتفاقية يزيد من فرص الاستثمار في أراضيها ، و هو الهدف الأسمى من الاتفاقية."

ب –الموازنة بين مصالح المستثمر والدولة المضيفة:الغنائم الاقتصادية المتوخاة من الاحتكام للمركز تقسم بالعدل بين كل من المستثمر والبلد المضيف كونه يوفر مزايا لكلا الطرفين ، فيستفيد

[1] **مصلح أحمد الطراونة**، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الإستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي،الجزء الأول، نطاق إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار وائل للنشر، ط 1، عمان، الأردن، 2013، ص11.

المتعاقد مع الدولة من عنصر الأمان القانوني القضائي الحساس بالنسبة لاتخاذ قرار الاستثمار خصوصا و أن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب.

بينما نسجل مصلحة مزدوجة للدولة المضيفة حيث يوفر لها مناخا استثماريا جيدا و بالتالي مزيد من الاستثمارات من ناحية ، كما أن الموافقة على تحكيم المركز تحمي الدولة من أشكال تحكيمية دولية أخرى ، وتمثل بالتالي ذرعا واقيا ضد الحماية الدبلوماسية التي تلجأ إليها دولة المستثمر من ناحية أخرى[1].

و مقارنة مع التحكيم الخاص، ما دمنا أمام تحكيم مؤسسي، فإن الاتفاقية تقدم مزايا أساسية من بينها اعتمادها وضع مخطط يتم السير عليه من طرف المتخاصمين ، فقد أوجدت مسبقا مواد وواعد إجرائية نموذجية ، إضافة إلى الدعم المؤسساتي المرتبط بإجراءات التحكيم كما يضمن تنفيذ الإجراءات وينص على الاعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية[2]، و يمكّن نظام المركز كل من الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي من اللجوء إليه ، غير أن الواقع العملي يبين أنه وفي غالبية الأحيان فإن المستثمر الأجنبي هو الذي يلجأ إلى التحكيم عبر المركز،كما تنص المادة 25 الفقرة الأولى من الاتفاقية المنشئة للمركز أن الاختصاص يشمل المنازعات ذات الطبيعة القانونية التي تثور بين الدولة المنظمة أو إحدى هيئاتها العمومية أو الهيئات الأخرى التابعة لها و المستثمر الأجنبي التابع لإحدى الدول الأخرى المنظمة للمركز ، والذين تجمعهم علاقة مباشرة بشأن الاستثمار مع اشتراط توافق إرادة الطرفين المكتوبة لطرح النزاع أمام المركز.

ويبدوا أن توافق الطرفين على طرح النزاع أمام المركز هو النشاط الأساسي المحدد لاختصاص المركز و يقدم في هذا الشأن شكلين أساسين للنظر في النزاع المقدمة هما التوافق و التحكيم[3].

---

[1] **معزوزة زروال**، المرجع السابق،ص583.

[2] **مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي** ، التحكيم في منازعات الإستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي،الجزء الأول، نطاق إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، المرجع السابق، ص206.

[3] **معزوزة زروال**، المرجع السابق،ص583.

تمكن الاتفاقية المركز من النظر في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية على أن يتعلق النزاع بموضوع أو مجموعة من المواضيع ذات الطبيعة القانونية، مع ملاحظة تجنب واضعي الاتفاقية التعريف بالاستثمار ثم إن المضامين المقدمة للاستثمار عبر الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية لا تلزم المركز من حيث اختصاصه أو عدمه ، هو الأمر الذي يعبر عن إرادة الأطراف المنظمة من تمكين المركز من النظر والبث في القضايا وإشكالات الاستثمار الدولي من دون التقيد بمفاهيم نظرية تعريفية لا تتناسب والمضامين المتطورة والحركية للاستثمار بمفهومه العملي.

أما من حيث القانون الواجب التطبيق فإن الاتفاقية المنشئة للمركز قدمت الإطار الإجرائي الخاص بالممارسة التوفيقية أو التحكيمية سعيا منها لاجتذاب أكبر عدد ممكن من الدول اعتبارا من أن تحديد القواعد القانونية المتناولة لموضوع النزاع كان من شأنه خلق صعوبات كثيرة مرتبطة بتناقض المصالح.

من جهة أخرى تبقي الإتفاقية في مواجهة المحاكم التحكيمية التابعة للمركز على إرادة الأطراف في مجال اختيار القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع، و في حالة غياب هذا التوافق تلتزم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المضيفة إضافة إلى التشريع الدولي. و مع ذلك لابد من الإشارة إلى أن الانضمام إلى الاتفاقية لا يعني بالضرورة الخضوع إلى هذه الآلية لفض المنازعات بل وجب توفر شروط إرادية تتمثل في الآتي:

*وجود اتفاقية خاصة تجمع الدولة المضيفة بالمستثمر الأجنبي

*النص على اختصاص المركز عبر تشريع وطني محدد

* انضمام كل من الدولة المضيفة و دولة المستثمر الأجنبي إلى اتفاقية دولية تنص على اختصاص المركز .

*عدم إستبعاد طوائف معينة من النزاعات من نطاق إختصاص المركز[1].

[1] إستبعدت السعودية منازعات البترول، وأعمال السيادة،كما قامت كل من جمايكا وغانا و الإكوادور بإستبعاد المنازعات المتعلقة بإستغلال الموارد المعدنية والطبيعية، كما إستبعدت جواتيمالا دعاوى التعويض الناجمة عن النزاعات المسلحة والإضطرابات المدنية وإستبعدت تركيا النزاعات المتعلقة بالملكية الفكرية والحقوق العينية على العقارات.للمزيد من المعلومات أنظر: **مصلح أحمد الطراونة ، فاطمة الزهراء محمودي** ، التحكيم في منازعات الإستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي،الجزء الأول، نطاق إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، المرجع السابق، ص259.

كما أن للأمين العام و المستخدمين الآخرين التابعين للأمانة دورا في تقديم الدعم الإداري المرتبط بالإجراء التحكيمي من حيث تحديد مكان الاجتماعات ، الترجمة و توفير أمانة لكل محكمة تحكيمية تختص بتسيير الجلسات وتنظمها وإعداد التقارير بشأن كل جلسة ، و إعداد الصيغ الأولية للأوامر الإجرائية، و يقوم من جانب آخر بدور الوسيط بين المحكمين و الأطراف في النزاع بشأن المسائل التنظيمية، يناط بالأمين العام مهمة محاسبية تخص المصاريف الخاصة بالمركز وأتعاب المحكمين.

تتميز الإجراءات الخاصة بالمركز بالاستقلالية عن كل سلطة قضائية وطنية، ولا يمكن لهذه الأخيرة التعليق أو التأثير بأي شكل من الأشكال على إجراءات المركز حتى و لو أقيم التحكيم داخل اختصاصها الإقليمي ،و يمكن للمحاكم الوطنية الأمر بتدابير مؤقتة بعد موافقة موافقة الأطراف.

تنص الاتفاقية من جهة أخرى على أنه يعود للمحكمة التحكيمية تقديم الأدلة من دون الاستعانة بالمحاكم الوطنية ، ثم إن الطعن أو أي شكل من أشكال مراجعة القرار التحكيمي الصادر عن المركز يعد ممنوعا.

مقارنة بأحكام الغرفة الدولية للتجارة، فإن اتفاقية واشنطن لم تتضمن النص على ما يعادل المجلس الدولي للتحكيم ، ذلك أن المركز تم إنشاؤه إعتمادا على اتفاقية دولية و ليس تبعا للائحة صادرة عن الغرفة الدولية للتجارة، وهو الشيء الذي من شأنه تقديم أكثر الضمانات الموضوعية للدول المضيفة.

ثم إنه ابتداءا من تاريخ 27 سبتمبر سنة 1978 رصدت للامين العام للمركز المهام التالية:

-المنازعات القائمة بين طرفين أحدهما دولة ليست منظمة إلى المركز.

-نزاع لا يتعلق مباشرة بالاستثمارات الدولية ، كما يمكنه كذلك مباشرة إجراءات التحري.

ثالثاً : نظام التحكيم بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونسيترال)

إن للتحكيم قيمة كبيرة بصفته وسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في سياق العلاقات الدولية، وبإنتشار إستعمال التحكيم لتسوية المنازعات التعاهدية بين المستثمرين والدول، و أصبح جليا على مستوى الفقه و الممارسة التجارية الدولية من أن إقرار نظام خاص بمسائل التحكيم الدولي من

شأنه تدليل صعاب التنمية مع ما يميز العلاقات الاقتصادية الدولية من تناقضات ، أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 كانون الأول/ديسمبر سنة 1976 نظاما للتحكيم الدولي بموجب القرار رقم 98/31.

هذا النظام التحكيمي الدولي ليس وليد اتفاقية و إن كان يشبه من حيث قواعده نظام المركز الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية ، و كذلك النظام التحكيمي للغرفة الدولية للتجارة ، على اعتبار أن اللجوء إليه اختياري و لا يمكن تنفيذ مقتضاياته إلا بموافقة و قبول أطراف النزاع أو إذا تم النص عليه عبر الاتفاقية المنظمة للاستثمارات و حمايتها بين الدول المصدرة والمستوردة لها[1].

أما عن الفوارق والاختلافات بين نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ونظام الغرفة الدولية للتجارة والمركز الدولي ، فإن الأول لا يرتبط بأي تنظيم مؤسساتي مما يجعله أكثر استقلالية ، تمكن وبكل يسر أطراف النزاع من تعديل أحكامه الإجرائية مما يتفق و رادتهما المستقلة، إلا أن النظم الثلاث تبقي على حرية الأطراف في تحديد قواعد سير الدعاوى وتتشابه من حيث القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة التحكيمية ، ومن جهة أخرى يمكننا تعداد بعض نقاط الاختلاف غير الجوهرية من ذلك إمكانية مراجعة قرار تحكيمي دولي صادر عن المركز الدولي في حالة اكتشاف وقائع لم تظهر أثناء المحاكمة ، وهي القاعدة التي لا نجد لها مثال في النظم التحكيمية الخاصة بالغرفة أو تلك الخاصة بلجنة الأمم المتحدة[2].

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و بالرغم من اختلاف العبارات المستعملة في كل نظام تحكيمي إلا أننا لا نجد أنفسنا أمام نفس المبادئ أي قانون العقد إن وجد أو إرادة الأطراف إن عبر عنها و اتفقت، ثم القواعد المنظمة بما في ذلك قواعد تنازع القوانين بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي المتناولة لموضوع النزاع.

---

[1] **محسن شفيق**، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص302.

[2] **معزوزة زروال**، المرجع السابق،ص586.

إعتمدت الأونسيترال في حزيران/ 21 جوان سنة 1985 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لمساعدة الدول على إصلاح و تحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي ، ولذلك جاء هذا القانون متضمنا جميع مراحل عملية التحكيم ، إبتداءا من إتفاق التحكيم و كوين هيئة التحكيم وولايتها و نطاق تدخل المحكمة ونطاق تدخل المحكمة من خلال الإعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه كما جسدت توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي، قبلت به الدول من جميع المناطق و من مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم[1] .

رابعاً : الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (اتفاقية سيول)

في الخمسينيات القرن الماضي ظهرت فكرة إنشاء جهاز دولي لضمان الاستثمارات ، وكانت الفكرة قد نوقشت في البنك الدولي للإنشاء والتعمير في عدة مناسبات خلال الفترة الممتدة من 1962 إلى عام 1982 ، دون اتخاذ أي قرار في هذا الشأن، كما تم إحياء الفكرة من جديد في خطاب رئيس البنك الدولي كلاوسن في الاجتماع السنوي لمجلس البنك الدولي عام 1982 ، وبعد عدة جولات ودراسات تفصيلية أجراها المختصون في البنك ومناقشات غير رسمية مع المدراء التنفذيين للبنك، انتهى العمل بوضع مشروع اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار الذي تم إقراره في أكتوبر 1985[2].

ولقد تم إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بموجب اتفاقية سيول في 11 أكتوبر 1985 ، وتم إقرارها سنة 1987، و دخلت حيز النفاذ سنة 1988، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/95، المؤرخ في 1995/10/30[3].

---

[1] **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، ط3، دار هومه للنشر، الجزائر، 2016،ص84.

[2] **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ص126.

[3] **المرسوم الرئاسي رقم 345/95** المتعلق بالمصادقة على الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار،ج ج ج د ش عدد 66،الصادرة بتاريخ 1995/11/06.

وعلى غرار المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول العربية، فقد ساهمت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية كمنظمة دولية حكومية متخصصة تعمل تحت إشراف البنك الدولي، وعملت على تطوير و إرساء قواعد القانون الدولي للاستثمارات، من خلال تغطية وضمان المخاطر غير تجارية التي قد تتعرض لها هذه الاستثمارات بمناسبة المساهمة في عملية التنمية، خاصة خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي المبرم بين الدولة المصيفة والمستثمر، فضلا عن مخاطر نزع الملكية والقيود الواردة على التحويلات المالية والحروب والاضطرابات الأهلية[1].

وهذا ما يطرح إشكالية الازدواجية في الضمان من طرف مؤسسات الضمان الدولية والإقليمية، الأمر الذي يتحتم معه التنسيق بين هذه الهيئات الناشطة في هذا المجال و إزالة كل المعوقات التي من الممكن أن تعيق عملية تدفق الإستثمارات الأجنبية[2].

1: أهداف الوكالة:تضمنت الاتفاقية في المادة الثانية أهداف الوكالة المتمثلة في تشجيع تدفق الإستثمارات لأغراض إنتاجية بين الدول الأعضاء و إلى البلدان النامية على وجه الخصوص، وهذه الأغراض الإنتاجية لا تقتصر على القطاع الصناعي بل إن ذلك ينصرف إلى كل القطاعات الاقتصادية حسب المادة الثانية من الاتفاقية. و لتحقق الوكالة أهدافها تقوم بما يلي:

-إصدار الضمانات للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية فهذا النوع من الضمانات يعتبر في حقيقة الأمر وظيفة من وظائفها و ليس هدفا في حد ذاته ، و يتوجب على الوكالة عند قيامها بالأنشطة المتعلقة بتشجيع الاستثمار أن تستهدي باتفاقات الاستثمار المبرمة بين الدول الأعضاء، و أن تسعى لإزالة المعوقات المماثلة أمام تدفق الاستثمارات بينها ، وكذلك تقوم بالتنسيق مع الهيئات الأخرى المعنية بتشجيع الاستثمار الأجنبي.

[1] أنظر: **المادة 11 فقرة أ من الإتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار .**

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص363.

و قبل التعرف على ماهية المخاطر التي تدخل ضمن نظام الوكالة ، يجب التعرف على العوامل التي تأخذها الوكالة بعين الاعتبار عند تقديم المخاطر التي تضمنها ، فبالإضافة إلى المخاطر التي قد تتعرض لها الاستثمارات من قبل الدولة ، يؤخذ بالاعتبار مخاطر المشروع ذاته كموقع المشروع و المجال الذي يستثمر فيه المشروع و أهميته ، وجدواه و ملاءته المالية واحتمالات الربح والخسارة ومقدار مشاركة المحليين و الأجانب من المستثمرين أو المشاركة المقدمة من المؤسسة الدولة[1] .

-القيام بنشاطات مكملة بهدف تشجيع تدفق الاستثمارات نحو و بين البلدان النامية.

-ممارسة كل الصلاحيات القانونية الأخرى كلما كان ذلك ضروريا لانجاز الهدف منها.

وإن من المهام المرتبطة بالضمان تحقيق تدفق رؤوس الأموال لغايات تطوير و إنماء البلدان النامية ولأهداف إنتاجية، لأغراض تكون حافزا للمزيد من عمليات نقل التكنولوجيا ، الذي يؤدي في النهاية وعبر الاستثمار المباشر إلى تنمية حقيقية مستدامة ، لا تنمية زائفة بما يعود بالنفع على جميع الدول الأعضاء،و لعل زيادة المعلومات و رفع مستوى كفاءة الخبرات المرتبطة بعملية الاستثمار، تعد عاملا

أساسيا لتحقيق مثل تلك الأهداف في ظل ما يهيمن على عالم التجارة الدولية ضمن إطار من المصالح فيما يعرف بالنظام العالمي الجديد ، ولا دلالة على ذلك أكثر من محاولة الوكالة الدولية القيام بوظائف تكون عونا لها في تحقيق أهدافها بتشجيع الاستثمارات الأجنبية، عبر إعطائها تأمينات ضد المخاطر غير التجارية التي من الممكن أن تتعرض لها خاصة، إن مثل تلك المخاطر تعتبر فوق توقعات الأفراد ، على عكس المخاطر التجارية التي تدخل دائما في الحسبان وخرج من نطاق ما تصبوا إليه الوكالة ،كما تقوم بتشجيع و تيسير إبرام الإتفاقيات المتعلقة بتشجيع و حماية الإستثمارات فيما بين الأعضاء[2].

[1] **معزوزة زروال**، المرجع السابق،ص587.أنظر أيضا:**قادري عبد العزيز**،المرجع السابق، ص426.

[2] **قادري عبد العزيز**،المرجع السابق،ص427.

2: المخاطر التي تغطيها الوكالة:قيام هذه الهيئة مرده حماية الاستثمارات الأجنبية من استخدام الدولة المضيفة لسيادتها أو بمفهوم أدق تلك المخاطر غير التجارية إيمانا منها بأن المخاطر التجارية تدخل ضمن توقعات الأفراد عند تحديدهم لمفهوم مخاطر المشروع و احتمالات الربح والخسارة ، فضلا عن أن تغطية المخاطر التجارية سوف يتسبب بإضعاف المقدرة المالية للوكالة وجعلها عاجزة مع مرور الوقت عند الايفاء بالتزامها تجاه المشاريع المضمونة و لهذا كانت هذه الاتفاقية ذات وظيفة واحدة هي ضمان المخاطر غير التجارية ، و إنه قد حددت هذه المخاطر على سبيل الحصر بالمادة 11 من الاتفاقية المنشئة للاتفاقية و هي:

أ- مخاطر متعلقة بتحويل العملة:تعرف المادة 11 الفقرة أ هذه المخاطر بشكل عام ، بحيث تشمل جميع صور القيود سواء المباشرة أو غير المباشرة ، و التي تفرضها الدولة ، على تحويل العملة بصورة قانونية أو عملية ،وتشترط هذه المادة أن تكون هذه المخاطر قد تسببت بفعل من الدولة المضيفة أو أحد أجهزتها أو هيئاتها العامة،ومن ثم فإن أي إجراء تتخذه الدولة بحق المشروع يؤدي إلى وضع قيود على تحويل العملة من وإلى الدولة المضيفة و هو خاضع لضمان الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

ب- خطر التأميم:حسب نفس المادة تشمل هذه المخاطر اتخاذ الحكومة المضيفة لأي إجراء تشريعي أو أي إجراء آخر ، يترتب عليه حرمان المستفيد من ملكيته أو الحد منها، أو الأضرار بمنافع أساسية لاستثماره،ويشمل ذلك أي إجراءات تتخذها سلطة التنفيذ، لا تشمل هذه الإجراءات تلك التدابير التي تتخذها الدولة في إطار الإجراءات العامة، والتي تتخذها بقصد تنظيم النشاط الاقتصادي و التي تتصف بصفة عمومية ولا يقصدها المستثمر بعينه، و من أمثلة هذه الإجراءات تشريعات الضرائب وحماية البيئة ولعمال وإجراءات السلامة العامة، ما لم تنطوي هذه الإجراءات على تفرقة تضر بالمستفيد من الضمان. كما يتعين على الوكالة في تعريف تلك الإجراءات أن تحرص على أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بحقوق الدولة المضيفة، أو المستثمرين في ظل اتفاقيات الاستثمار الثنائية أو الاتفاقات الأخرى أو القانون الدولي .

ج- **الإخلال بالعقد:**الذي يتمثل في نقض الحكومة لعقد بينها و بين المستثمر الذي تضمنه الوكالة، أو إخلالها بإلتزاماتها التعاقدية، في ثلاث حالات طبقا لنص المادة 11 من الإتفاقية

*عدم وجود هيئة يلجأ إليها المستثمر للمطالبة بحقوقه التعاقدية ضد الدولة المستقبلة

*أو إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في النزاع خلال مدة معقولة محددة في عقد الضمان وفق نظام الوكالة.

*أو إذا لم يتمكن المستثمر من الحصول على تنفيذ القرار الصادر لصالحه من تلك الهيئة

د- مخاطر الحروب و الإضطرابات المدنية

مثل التمرد و الثورات، حسب التعليق على الإتفاقية و عموماً الأحداث السياسية التي لا تستطيع الدولة التحكم فيها.

أما مخاطر الإرهاب فلا تغطيها الوكالة، إلا بتوسيع الضمان، أي وفقا للمادة 11/ب التي تنص على جواز الضمان ضد مخاطر غير تجارية أخرى بطلب مشترك من المستثمر و الدولة المضيفة للإستثمار و بموافقة نجلس الإدارة بالأغلبية.

هذا و تستبعد الفقرة ب و الفقرة ج من المادة 11 من الضمان الخسائر المترتبة عن إجراءات أو أحداث وقعت قبل إبرام عقد الضمان أو عن إجراءات حكومية كان المستثمر المعني قد وافق عليها أو كان مسؤولاً عن إتخادها أو عن مخاطر تخفيض قيمة العملة[1].

3: **الإستثمارات الصالحة للضمان:**تناولت المادة 12 من الاتفاقية تحديدا للاستثمارات المشمولة بالضمان و محورها حول حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو طويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع ، والإستثمارات عن طريق المساهمة، وكذلك ما يحدده مجلس إدارة الوكالة من صور الاستثمار المباشر بحيث يتضمن ذلك عقود الخدمات والإدارة والامتياز والترخيص، واتفاقات الشراكة سواء اتخذ الاستثمار صورة نقدية بحتة أو صورة عينية

[1] **قادري عبد العزيز**،المرجع السابق،ص442.

. ولابد من الإشارة إلى أن القروض التي تعتبر داخل ضمن إطار الاستثمارات الصالحة للضمان هي وحسب القروض طويلة الأجل أو المتوسطة ،أما إذا تعلق الأمر بقروض قصيرة الأجل فلابد أن تتوفر فيها الشروط التي حددتها الفقرة ب من المادة 12 ، و كذلك تضم الاستثمارات الصالحة للضمان المشاريع التي تم خصخصتها و الاستثمارات المتعلقة بالمساعدة الفنية والفرانشيز و الليزينغ وعقود نقل التكنولوجيا.

وتقوم الوكالة بضمان بقية أنواع الاستثمارات التي يوافق عليها مجلس إدارة الوكالة، و تورد الاتفاقية شروطا لابد للوكالة أن تتحقق من توفرها عند القيام بضمان استثمار معين و هي:

-أن تلبي المشاريع الاستثمارية حاجات الدول المضيفة كإشباع حاجاتها الاقتصادية و خلق وظائف جديدة للأيادي العاملة الوطنية و تحقيق نقل فعال للتكنولوجيا.

-أن تتماشى المشاريع الاستثمارية مع قوانين و لوائح الدولة المضيفة

-أن تكون المشاريع الاستثمارية تتسم بالملاءة المالية الجيدة ، و سمعة اقتصادي حسنة، ويتعين على الوكالة أن تتحقق من توفر الحماية الكاملة للاستثمارات التي يراد ضمانها.

خامساً: التحكيم طبقا لنظام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

تنص المادة/4 أ من الملحق الثاني ،المرفق بالاتفاقية" سيول "على أن إجراءات التحكيم تبدأ بإخطار من احد طرفي النزاع، يوجهه إلى الطرف أو الأطراف الأخرى في النزاع ، و يضمن المدعي إخطاره بالمعلومات المتعلقة بطبيعة النزاع و مطالبه واسم المحكم الذي يعينه ، أما الطرف المقابل يجب على المدعى عليه أن يجيب على الإخطار خلال 30 يوما من تاريخ الإخطار.أما إذا لم يتم تشكيل محكمة التحكيم خلال سنتين من تاريخ الإخطار من طرف الأمين العام للمركز الدولي لحل المنازعات بين الدول و رعايا الدول الأخرى بناءا على طلب مشترك من طرفي النزاع ، يعود الاختصاص في التعيينات متى لم تجر في الحالة الأخيرة خلال 30 يوما إلى رئيس محكمة العدل الدولية باتفاق الطرفين. على أنه لا يجوز لأحد الطرفين تغيير المحكم

الذي يعينه بعد بداية النظر في النزاع ، وفي حالة الظروف المانعة لأحد المحكمين من أداء الوظيفة يتم تعيين بديله بنفس الطريقة .

أما عن إجراءات التحكيم، و عند غياب نص الملحق الثاني أو إتفاق الطرفين على غير ذلك، فيحدد من طرف الهيئة على ضوء قواعد إتفاقية تسوية النزاعات بين الدول و رعايا الدول الأخرى.

أما عن القانون المطبق على المسائل التي تدخل في الملحق الثاني المرفق باتفاقية سيول فإن هيئة التحكيم تطبق نصوص هذه الاتفاقية بين طرفي المنازعة ذات الصلة بها ، ونصوص لوائح الوكالة وأنظمتها الداخلية و قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق والقانون المحلي للعضو المعني فضلا عن نصوص عقد الاستثمار الواجبة التطبيق إن وجدت ، ومع عدم الإخلال بأحكام هذه الاتفاقية يجوز للهيئة إذا اتفقت الوكالة والعضو المعني على ذلك أن تحكم في المنازعة وفقا لمبادئ العدل والإنصاف ولا يجوز للهيئة الامتناع عن إصدار حكم في المنازعة بحجة نقص القانون أو غموضه.

أما عن قرار التحكيم فيصدر بأغلبية الأصوات ، و ترسل نسخة منه إلى كل من طرفي النزاع، كما يكون ذلك القرار نهائيا و ملزما للطرفين[1].

سادساً: اتفاقية الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك سنة1958)

تم إعتماد نص الإتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958، وتتضمن 16 مادة كرست مجال تطبيق الإتفاقية و مبدأ المعاملة بالمثل، وتتعلق الأحكام الأخرى أساساً بالإعتراف بقرارات التحكيم وقابلية تنفيذها، طرق وآليات تنفيذ قرارات التحكيم لدى

[1] **قادري عبد العزيز**،المرجع السابق،ص445 وما بعدها..

السلطات الأجنبية، والإجراءات المتعلقة بحالات الرفض، وكيفية الإنضمام إلى الإتفاقية والمصادقة عليها[1].

ثار نقاش حول دولية و تجارية حكم التحكيم و الذي يمكن تقديمه كالآتي:

يقصد بالصفة الدولية لحكم التحكيم أنه يفصل في مسألة تتعلق بالتجارة الدولية ، كالمسائل الناشئة عن البيوع الدولية و عمليات التصدير و الإستيراد ، و عقود توزيع المنتجات الدولية، وعقود التكنولوجيا ووكالات العقود الدولية التي تساعد على تداول البضائع و الثروات عبر الحدود الدولية،وذلك بغض النظر عما إذا كان هذا الحكم وطنيا أو أجنبيا بالنسبة للدولة التي يطلب إليها الإعتراف به و تنفيذه في إقليمها ، أما الصفة الأجنبية لحكم التحكيم فيقصد بها أنه لم يصدر في إقليم الدولة التي يطلب إليها هذا الإعتراف و التنفيذ كدولة ذات سيادة بل صدر من هيئة تحكيم إنعقدت في دولة أجنبية متمتعة بسيادة أخرى ، و ذلك بصرف النظر إذا كان هذا الحكم الأجنبي يفصل في مسألة من مسائل التجارة الدولية السالف ذكرها أو يفصل في مسألة أخرى . وتقابل الصفة الأجنبية، الصيغة الوطنية لحكم التحكيم و هي الصفة التي تلحق بأحكام التحكيم التي تصدر من هيئة تحكيم منعقدة في نفس إقليم الدولة التي يطلب منها تنفيذها .

يمكن التعريج على أهم المراحل التي حضرت هذا النقاش فقد تجلى في بروتوكول جنيف لعام 1923 بشان الإعتراف بمشروعية مشارطة التحكيم و شرط التحكيم ، حيث نصت المادة الأولى منه على أن كل دولة من الدول المتعاقدة تعترف بمشروعية مشارطة التحكيم الذي يلزم أطراف عقد ما ، متى كانوا تابعين لقضاء دول مختلفة متعاقدة باللجوء إلى التحكيم في كل أو بعض ما يثور عن هذا العقد من منازعات تجارية أو غير تجارية و لو انعقد التحكيم في دولة أخرى غير الدولة التي يخضع لها كل طرف من هؤلاء الأطراف و يتقيد هذا النص بالصفة الأجنبية لحكم التحكيم بحيث نصت المادة الثانية من البروتوكول، من أن الدولة المتعاقدة التي يجري التحكيم في إقليمها تتعهد بتيسير إجراءات التحكيم وفقا لقانونها الإجرائي الواجب التطبيق على التحكيم بموجب مشارطة تحكيم.وبالتالي إذا إنعقد التحكيم في إقليم دولة متعاقدة أخرى غير التي يتبعها طرف تابع

[1] **مكاوي أمال**، المرجع السابق، ص375.

لدولة متعاقدة و صدر الحكم التحكيمي في ذلك الإقليم عد حكما أجنبيا بالنسبة للدولة الأخيرة متى طُلب تنفيذه على إقليمها[1].

و تأكدت الصفة الأجنبية لحكم التحكيم في إتفاقية جنيف لعام 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تصدر تنفيذا لمشارطة تحكيم أو شرط تحكيم إتفق عليه الأطراف بالتطبيق لبروتوكول جنيف لعام1923 .

كذلك تبنت الصفة الأجنبية لأحكام التحكيم بالمقابلة بصفتها الوطنية الإتفاقية الصادرة عن جامعة الدول العربية بتاريخ 14 سبتمبر سنة 1952 حيث إشترطت لتنفيذ حكم التحكيم في إقليم أي دولة من الدول العربية المتعاقدة أن يكون قد صدر في إقليم دولة عربية أخرى متعاقدة ، شأنه في ذلك أي حكم قضائي .

استمرت المقابلة بين أحكام التحكيم الوطنية و أحكام التحكيم الأجنبية مستقرة إلى أن شرعت الدول بعد إزدهار التجارة الدولية في وضع إتفاقية عالمية بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الصادرة في مسائل التجارة الدولية و تنفيذها في إقاليمها و حينئذ استخدمت غرفة التجارة الدولية وصف الحكم الدولي في مشروعها الذي وضعته . إلاّ أن الدول التي إنكبت على وضع إتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تؤيد هذا الوصف في المشروع و آثرت التمسك بالصفة الأجنبية لأحكام التحكيم حتى تحظى هذه الإتفاقية بقبول الدول التي لازالت تتمسك بهذه الصفة باعتبارها الصفة التقليدية السائدة في معظم الدول.

تحقيقا لذلك نصت المادة الأولى من هذه الإتفاقية على أن تطبق هذه الإتفاقية على الإعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها متى صدرت في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي يطلب إليها الإعتراف وتنفيذها في إقليمها سواء فصلت هذه الأحكام في منازعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين.

[1] **معزوزة زروال**،المرجع السابق،ص592.

1: إجراءات طلب الإعتراف و التنفيذ:تحتوي الإتفاقية على 16 مادة و هي لا تعالج جميع المسائل التي تتعلق بالتحكيم بل تقتصر على معالجة مسألة الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدول المنظمة إليها ، شريطة أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا.

يسرت إتفاقية نيويورك الإجراءات الخاصة بطلب الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم في الدول المنظمة إليها حيث ذكرت المادة الرابعة الوثائق التي يجب أن تقدم مع الطلب إلى الدولة المراد منها الإعتراف و تنفيذ الحكم ، و تتمثل هذه الوثائق في الآتي:

-أصل مصدق للحكم الخاص بالتحكيم أو صورة للحكم مستوفية لشروط التصديق

-أصل الإتفاق المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه مستوفية لشروط التصديق.

قررت الإتفاقية كذلك أن يكون تنفيذ الأحكام وفقا لقواعد الإجراءات المطبقة في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه على أن لا تفرض هذه الدولة و بشكل ظاهر شروطا أكثر صعوبة أو فرض مصاريف قضائية أكثر من تلك التي تفرض على الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.

2: إيقاف أو رفض التنفيذ:يكون طلب إيقاف تفيذ الحكم بغرض إعطاء مهلة لمن صدر الحكم ضده لكي يتمكن من إثبات أن الحكم غير قابل للتنفيذ لتوافر سبب من الأسباب المذكورة في المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك و هي:

-عدم أهلية أطراف إتفاق التحكيم، وفقا للقانون الواجب التطبيق أو عدم صحة إتفاق التحكيم طبقا للقانون الذي اختارته أطراف النزاع و في حالة عدم الإتفاق على ذلك يتم الرجوع إلى مكان صدور الحكم.

-أن الطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم لم يبلغ بشكل صحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم ، أو انه لم يكن بمقدوره أن يبدي دفاعه.

-أن الحكم قد انصب على خلاف لم ترد الإشارة إليه في مشارطة التحكيم أو في شرط التحكيم، أو أن الحكم يتضمن قرارات تتجاوز مانصت عليه مشارطة التحكيم. غير أنه إذا كان الحكم يتضمن فقرات تتعلق بالمسائل الخاضعة للتحكيم و يمكن فصلها عن المسائل التي لا تخضع للتحكيم فعندئذ يجوز الإعتراف و تنفيذ الفقرات الأولى من الحكم.

-إن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لا تتطابق مع ما اتفقت عليه الأطراف أو مع قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف على ذلك.

-إن الحكم لم يصبح بعد ملزما للأطراف أو أنه قد أبطل أو أوقف العمل به من السلطة المختصة ، في البلد الذي صدر فيه الحكم طبقا لقانون ذلك البلد ، غير أن الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الإتفاقية ذكرت سببين يمكن من خلالهما للسلطة المختصة في البلد المراد فيه الإعتراف وتنفيذ الحكم أن ترفض من تلقاء نفسها الإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إذا تبين لها:

-أن موضوع النزاع طبقا لقانون البلد لا يجوز حله بالتحكيم.

-أن الإعتراف و تنفيذ الحكم يتعارض مع قواعد النظام العام لذلك البلد[1].

[1] **معزوزة زروال**،المرجع السابق،ص594.

المبحث الثاني: التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمارICSID

يعتبر التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار تحكيم مؤسسي يحتل مكانة خاصة بين أنظمة التحكيم ، ويرجع التميز الذي ينفرد به التحكيم لدى المركز إلى خضوع كافة جوانب عملية التحكيم، وما يحققه من مزايا، إبتداءاً من تحريك الدعوى والسير في إجراءاتها وإنتهاء إلى الإعتراف بحكم هيئة التحكيم و تنفيذه، لقواعد نصت عليها الإتفاقية المنشأة للمركز سنة 1965 بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى،و التي تختلف عن أنظمة تحكيم الأخرى كنظام غرفة التجارة الدولية بباريس و نظام الإتحاد الأمريكي للتحكيم التي تخضع بدرجات متفاوتة للقوانين الوطنية[1].

وكما هو مسلم به إن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ينهي الخصومة بحكم تحكيمي فاصل في النزاع حائز لقوة الشيء المقضي فيه شانه في ذلك شأن الحكم القضائي، وهذا الأخير يقتضي بعض الشروط والبيانات والإجراءات الواجبة إتباعها قانونا، وما تثيره مسألة الحجية والاعتراف والتنفيذ والطعن في أحكام التحكيم الصادرة بمناسبة الفصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر المبرمة بين الدول وإحدى هيئاتها والمستثمر الأجنبي الخاص الشخص الطبيعي أو المعنوي وذلك في إطار التحكيم الحر أو المؤسسي.

وهذا ما سوف نتطرق إليه تباعاً:

المطلب الأول: دور المركز الدولي- CIRDI-في تسوية منازعات الاستثمار

تم إبرام وصياغة اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير سنة 1965 ، المنشأة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدولة وإحدى رعايا دولة أجنبية متعاقدة أخرى ، قصد تحسين وتلطيف مناخ الاستثمار في الحماية على الصعيد الدولي بين أطرف هذه العلاقة الحساسة المتمثلة في الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها(شخص عام)، مستثمر أجنبي(قانون خاص) وذلك

[1] **إبراهيم إبراهيم شحاتة**، نبدة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الإستثمار الدولي مع إهتمام خاص بالتحكيم عن طريق" المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار"،مجلة مصر المعاصرة،مج 80،ع417، 418، 1989، ص397.

من خلال الخدمات التي يوفرها هذا المركز من وسائل بديلة كالتوفيق والتحكيم التجاري الدولي لحل ما قد ينشأ مستقبلا من الخلافات الناجمة عن هذه العقود الاستثمارية، غير أن المتتبع للشأن التجاري الدولي يلاحظ مدى التطور الذي حققه هذا المركز الدولي – cirdi–منذ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في مارس 1966 ،سواء من حيث عدد الدول المتعاقدة فيها والذي بلغ إلى غاية 18/04/2015 51دولة في مختلف أنحاء العالم أو من زاوية حجم القضايا المعروضة للتسوية أمام هذا المركز، وإن كان المتفحص لسجل القضايا لدى هذه المؤسسة الدولية يظهر أن الإقبال الواسع للأطراف المتخاصمة يكون على خدمة التحكيم التجاري الدولي أكثر من خدمة التوفيق، وهذا راجع أساسا إلى تميز وخصوصية هذا المركز عن باقي مراكز التحكيم الدولية الأخرى على غرار "CCI"مثلا ، وذلك من حيث الاختصاص الشخصي والموضوعي لهذه الهيئة، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن أحكام اتفاقية واشنطن لسنة 1965أضفت نوع من المرونة والسهولة للشق الإجرائي لعملية التحكيم تحت إدارة هذا المركز إلى جانب فعالية ونجاعة محتوى هذه الاتفاقية فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة عنها كلها نقاط تبين نية واضعي الاتفاقية في إرساء جو حيادي وضمانات كثيفة ترمي لحماية مصالح أطراف هذه العلاقة العقدية الاستثمارية على قدم المساواة .

الفرع الأول :التنظيم الهيكلي للمركز الدوليC.I.R.D.I

تشجيعا للاستثمار الخاص الأجنبي، تعمد الدول المضيفة إلى النص في إطار تشريعها الداخلي أو في الاتفاقيات التي تبرمها مع الدول الأخرى، على اختصاص قضاء التحكيم للفصل في المنازعات الناجمة عن الاستثمار، خاصة بالاعتماد على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI.

في إطار إعمال طرق تسوية نزاعات الاستثمار، اشتملت اتفاقية واشنطن وكذا لوائح المركز الدولي على القواعد التي تدير العملية التحكيمية. في هذا الشأن، سمح واضعو الاتفاقية لأجهزة المركز المختلفة إلى جانب صلاحياتها في إدارة وتنظيم المركز، بالتدخل لإعداد عملية التسوية كما

تم النص على الجوانب الإج رائية المتعلقة بإيداع عريضة التحكيم وكيفية التعامل معها من قبل الهيئات المخولة، قبل تشكيل محكمة التحكيم المدعوة للنظر في موضوع النزاع.

أولاً: المجلس الإداري

يعتبر المجلس الإداري للمركز الدولي، بالجهاز الحاكم إذ يتألف من ممثل عن كل دولة متعاقدة بحيث تعين كل دولة ممثلا واحدا و بديلا عنه في حالة غيابه و يرأس هذا المجلس رئيس البنك الدولي، كما يكون لكل ممثل صوت واحد عدا الرئيس الذي ليس له حق في التصويت وهذا يدل على أن وظيفته إشرافية وعلى عدم المساواة بعضوية دول الأعضاء ، ويجتمع المجلس سنويا ويتخذ قراراته بأغلبية ثلثي الأصوات إلى إذا تطلبت الاتفاقية أغلبية معينة . أما من حيث الصلاحيات فيقوم بعدة وظائف أساسية كوضع القواعد الإدارية و اللوائح ، و إقرار الميزانية السنوية للمركز وكذا إرساء القواعد الإجرائية وممارسة كافة السلطات والاختصاصات التي يراها ضرورية لتنفيذ نصوص الاتفاقية .

1: تنظيم المجلس:نصت المادة 4 من اتفاقية واشنطن على تنظيم المجلس الإداري كما يلي:

1- يضم المجلس الإداري ممثلا عن كل دولة متعاقدة، ويمكن لنائب هذا الممثل أو من يقوم مقامه أن يجلس باعتباره ممثل الدولة في حالة غياب الأخير أو مرضه.

2- وما لم يكن هناك تعيين آخر، فإن محافظ البنك ونائب المحافظ اللذين تعينهما الدولة المتعاقدة، يقومان بحكم القانون بالوظائف الخاصة بممثل الدولة ونائبه.

و الملاحظ من خلال هذه المادة، نجد أن تشكيل المجلس الإداري يكـــون بممثل ونائب لكل دولـــة. إلاّ أن لهذا التمثيل خصوصية معينة بالنظر إلى مجموعتين من الدول: بالنسبة للدولة العضو في البنك ّ العالمي، فيعتبر محافظها ونائبه أمام البنك، ممثل ونائب في المجلس الإداري للمركز، إلاّ إذا قامت ّ الدولة المعنية بتعيين آخر تـراه ملائما. أما بالنسبة للدول الأخرى، فلها أن تختار من يمثلها في المجل س، و تعود رئاسة المجلس الإداري لرئيس البنك العالمي، مع أن

الرئيس لا ينتخب من طرف أعضائه. و في حالة غياب الرئيس أو مرضه أو كان منصبه شاغرا، فإن الشخص الذي يحل محله في البنك يقوم بوظيفة رئيس المجلس الإداري للمركز[1].

يلاحظ أن ازدواجية الرئاسة التي يتمتع بها رئيس البنك العالمي لها ما يبررها. باعتبار أن إنشاء المركز كان بمبادرة من البنك العالمي قصد تحقيق الأهداف الواردة في نظامه، وهي تشجيع الاستثمارات الخاصة الأجنبية وضمان تسهيل تسوية منازعاتها، وبالنظر إلى أن رئيس البنك العالمي لعب دورا لا يستهان به في مجال تسوية المنازعات أو تقديم التسهيلات الضرورية لذلك، فإن رئاسة المجلس الإداري للمركز من طرف رئيس البنك العالمي سيدعم سهولة تحقيق أهداف البنك في هذا المجال، رغم عدم تدخل الرئيس في مهمة التسوية بحّد ذاتها ، كما لا يتمتع بحق التصويت في المجلس ، لهذا فضلوا واضعو الاتفاقية أن يكون تسيير الشؤون الإدارية للمركز تحت سلطة شخص ذو كفاءة[2].

وعملاً بنظام عمل المجلس الإداري، نجد أن م 1/7 من الإتفاقية تنص على أن المجلس يجتمع في دورة عادية مرة في السنة وله إمكانية عقد دورات أخرى. و يكون انعقاد الدورات إما بقرار من رئيسه أو باستدعاء من الأمين العام للمركز شريطة أن يطلب ذلك خمسة أعضاء على الأقل.

أما عن التصويت، فتبنى واضعو الاتفاقية الشكل التقليدي البسيط . لا تميز الاتفاقية بين دولة مستوردة لرأس المال أو مصدرة له، و هذا ما نصت عليه م2/7 على أن " لكل دولة صوت، ويكون التصويت بالأغلبية ما عدا القرارات المهمة التي اشترطت الاتفاقية أن يكون التصويت بشأنها بأغلبية الثلثين.

و الملاحظ أن هذا النظام المعتمد في مجال التصويت جاء لصالح الدول المستوردة لرؤوس الأموال، بالأخص الدول النامية، بالنظر إلى أغلبيتها من حيث العدد م قارنة بالنسبة للدول

[1] **المادة 05 من الإتفاقية الإكسيد.**

[2] **قبايلي طيب**، المرجع السابق، ص 287.

المصدرة لرؤوس الأموال .إلاَ أن هذا لا يعني أن مصالح الدول المتقدمة في موضع خطر، خاصة بالنظر إلى مجالات تدخل المجلس الإداري واختصاصاته[1].

2: إختصاصات المجلس:يتولى المجلس الإداري مهمة التسيير الإداري والمالي للمركز إضافة إلى المهمة التنظيمية التي يتمتع بها في مجال وضع القواعد الإج رائية الخاصة بالتوفيـــق والتحكيم.

فنصت م1/6 من الاتفاقية، على ما يلي:

"مع عدم الإخلال بالاختصاصات التي يمكن أن تمنح للمجلس الإداري بمقتضى النصوص الأخرى في هذه الاتفاقية، فإنه يختص بما يأتي:

أ–تبني اللائحة الإدارية واللائحة المالية للمركز.

ب–تبني لائحة الإجراءات المتعلقة بتقديم النزاعات إلى التوفيق والتحكيم.

ج–تبني لائحتي الإجراءات المتعلقتين بدعاوى التوفيق والتحكيم.

د–الموافقة على كافة الترتيبات التي تتخذ مع البنك العالمي بغرض استخدام أمكنته وخدماته الإدارية.

ه– تحديد شروط تعيين السكرتير العام والسكرتيرين العامين المساعدين.

و– إقرار الميزانية السنوية لإرادات ومصروفات المركز.

ز– الموافقة على التقرير السنوي بشأن أوجه نشاط المركز .و القرارات التي تتخذ في المسائل الواردة في الفقرات أ، ب، ج، و، يجب أن تصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري."

[1] **قبايلي طيب**، المرجع السابق، ص288.

فنجد أن المهمة التي يتمتع بها المجلس الإداري في مجال التنظيم، هي وضع لوائح خاصة بالإجراءات، سواء تعلقت بإجراءات تقديم الدعاوى أو بإجراءات الخصومة ذاتها، وسواء تعلق الأمر بالتوفيق أو التحكيم [1].علما أن الأحكام الإجرائية الرئيسية قد وردت في الاتفاقية المنشأة للمركز، فاللوائح التي يضعها المجلس الإداري في هذا المجال تعتبر أحكاما إجرائية ذات طابع تكميلي ، ولا تطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على مخالفتها[2].

و للمجلس نقل مقر المركز إلى مكان آخر بقرار يصدره بأغلبية الثلثين. كما يتولى دعوة الدول غير الأعضاء في البنك العالمي وغير أطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية من أجل التوقيع على الاتفاقية و بنفس صيغة التصويت[3].

كما منحت المادة 3/6 من الإتفاقية سلطة واسعة من أجل تطبيق أحكام إتفاقية واشنطن و ذلك بنصها على " يباشر المجلس الإداري كافة الإختصاصات الأخرى التي يراها ضرورية من أجل وضع أحكام هذه الإتفاقية موضع التطبيق" وكأنها السلطة التنفيذية الموكلة لها تنفيذ محتوى الإتفاقية، ومنح واضعي الإتفاقية الحق للمجلس الإداري في إنشاء أيُ لجان يراها ضرورية من أجل تسهيل عمل المركز و هذا ما جاءت به المادة 2/6 من الإتفاقية[4].

3 : الاختصاصات الخاصة بالرئيس:منحت إتفاقية المركز الدولي اختصاصات لرئيس المجلس الإداري من أجل ضمان تطبيق أحكامها، في عدّة مجالات إضافة إلى الإختصاصات الأخرى التي يمكن أن تمنحها نصوص الإتفاقية، على النحو التالي:

1 –يعين رئيس المجلس الإداري قوائم الموفقين و المحكمين، فيمكن له أن يعين عشرة أشخاص في كل قائمة، مع ضمان تمثيل أهم الأنظمة القانونية في العالم وأهم قطاعات النشاط في المجال الاقتصادي[5].

---

[1] **قبايلي طيب**، المرجع السابق، ص 288.

[2] **المادة 33 و المادة 44 من إتفاقية واشنطن.**

[3] **المادة 02 و المادة 67 من إتفاقية المركز.**

[4] جاء نص **المادة 2/6 من الإتفاقية** على النحو التالي:" للمجلس الإداري أن ينشأ أية لجان يراها ضرورية لإنجاز أعمال المركز".

[5] أنظر **المواد 13 فقرة 2 و 14 فقرة 1 و الفقرة 2 من إتفاقية المركز.**

– 2 تعيين الموفق و المحكم في حالة عدم تعيينه خلال التسعين يوماً من تاريخ الطلب، و ذلك بطلب من الطرف المستعجل، و على حسب الإتفاق المبرم بين الطرفين سواء في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، فيمكن للأطراف الإتفاق على مدة أطول من أجل تعيين المحكم أو الموفق، وفقا للمادتين 30 و38 من الاتفاقية.

– 3 يتدخل الرئيس في تعيين المحكم أو الموفق مكان المحكم أو الموفق الذي إستقال عملاً بنص المادة 3/56، كما يمكن له الفصل في طلبات الردّ بالنسبة للمحكمين أو الموفقين طبقاً لنص المادة 58 من الإتفاقية.

–4 أعطت المادة 3/52 من الإتفاقية للرئيس الحق في مجال الطعن بالإلغاء في حكم المركز الدولي من أجل تشكيل لجنة التحكيم الخاصة –hoc-Ad– للبث في الطعن.

– 5 يتدخل رئيس المجلس الإداري في تقديم المترشحين من أجل انتخابهم من طرف أعضاء المجلس حتى يتم تشكيل الأمانة العامة للمركز .و يكون الإنتخاب من أجل تعيين الأمين العام للمركز و نوابه.

ثانياً: الأمـــانة العـــامة

تتكون الأمانة من أمين عام منتخب و يشترط أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري لإنتخابه على رأس الأمانة العامة للمركز، وأمين عام مساعد واحد أو أكثر وعدة موظفين ومستخدمين طبقا لنص المادة التاسعة، ويتم اختيار الأمين العام ومساعده لمدة لا تتجاوز 6 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري بناء على ترشيح من قبل رئيس المجلس بعد التشاور مع أعضاء المجلس، و بهدف ضمان الحياد في عمل الأمين العام نصت الاتفاقية على انه يمتنع الأمين العام ومساعده من ممارسه إي وظيفة سياسية أو غيرها و أي نشاط مهني آخر، إلا إذا قرر المجلس الإداري بعض الاستثناءات في هذا المجال.

وعند غياب الأمين أو شغور منصبه يعوضه في مهامه الأمين المساعد، أما إذا تعدد الأمناء المساعدون فان المجلس الإداري يحدد النظام الذي تؤدى تلك المهام وِفقه[1].

كما يزاول الأمين العام للمركز مهامه بصفته مسيراً للإدارة أو بصفته ممثلا قانونا للمركز وكاتبا له ، كما يعتبر المسؤول عن توظيف الموظفين في المصالح الإدارية للمركز طبقا لما يضعه المجلس الإداري من أنظمة في هذا الشأن، و يحدد الأمين العام الرسوم والمصاريف التي يتحملها الأطراف مقابل الانتفاع بخدمات المركز، كما يستشار من قبل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم لتحديد أتعاب أعضائها.

كما يمكن أن يُؤخذ رأي الأمين العام للمركز كم ستشار، تطبيقا لنص م 63 من الاتفاقية، من طرف لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم على إ جراء التوفيق أو التحكيم في مكان آخر غير ذلك المنصوص عليه في الاتفاقية.

أما الاختصاصات التي يؤديها الأمين العام بصفته الكاتب والممثل القانوني للمركز فتتمثل فيما يلي:

يتلقى الأمين العام جميع الإخطارات والتبليغات الواردة من الدول المتعاقدة المتعلقة ب:

-أنواع النزاعات التي يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز[2].

- الجهة القضائية الوطنية المعينة للحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم[3].

- تعيين الموفقين والمحكمين وفقا لنص م3/16 من الاتفاقية ..

-مشروع التعديل المقترح للاتفاقية[4].

يقوم الأمين العام بفحص طلبات التوفيق والتحكيم قصد تسجيلها، إن كانت تستوفي الشروط القانونية، واستبعاد تلك التي لا تتوافر عليها، ويخطر الأمين العام الأطراف بتسجيل الطلب من

---

[1] **المادة 10 فقرة 03 من إتفاقية المركز.**

[2] **المادة 4/25 من الإتفاقية**. و إن كانت هذه المادة محل إنتقادات عدة من طرف الباحثين في مجال منازعات الإستثمار الدولية.

[3] **المادة 2/54 من نفس الإتفاقية.**

[4] **المادة 65 من الإتفاقية**

عدمه، كما يقوم بتسليم طلبات تفسير الحكم التحكيمي أو إعادة النظر فيه أو إلغاءه ، كما يتخذ الإجراءات المناسبة قي هذا الشأن طبقا للمواد 50،51 و52 من الاتفاقية.

أيضا و وفقاً لنص م 1/49، يقوم الأمين العام للمركز بإرسال صور معتمدة من الحكم التحكيمي إلى أطراف النزاع، مع اعتبار تاريخ إرسال الصور تاريخ لصدور الحكم التحكيمي.

ثالثاً : السكرتارية

السكريتارية أيضا جهاز أساسي في التنظيم الهيكلي للمركز وهي تتشكل من السكريتير العام ونائب واحد و عدة نواب حسب الأحوال بالإضافة إلى مجموعة الموظفين والمستخدمين ويعتبر مقام السكرتير العام بالموظف الأول بالمركز بحيث يتم تعديله من قبل المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضائه لمدة ستة سنوات يجوز بعدها انتخابه لمرة أخرى .وقصد ضمان الحياد الإداري فإن أحكام اتفاقية واشنطن منعت السكرتير العام من الجمع بين منصبه هذا بأي وظيفة سياسية أخرى إلا بناء على موافقة المجلس الإداري[1].

أما صلاحية السكرتير العام فقد أسندت له عدة وظائف إدارية ، يقوم بإدارة المركز وهو الذي يقرر المرحلة التمهيدية لاختصاص المركز ويقرر استنادا لظاهر الأوراق ما إذا كانت شروط الاختصاص قد توفرت من عدمها كما كان يقوم بتعيين المحكمين في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف، كما يتولى التصديق على الأحكام التحكيمية التي يصدرها هذا المركز .

رابعاً: قائمة أو هيئة المحكمين.

كما أن لإدارة هذا المركز هيئة المحكمين من خلال احتفاظها بقوائم الموفقين والمحكمين، بحيث تلتزم كل دولة متعاقدة بتعين أربعة أشخاص من جنسية أي دولة كما يمكن لرئيس المجلس الإداري أن يعين عشرة أشخاص في هذه الهيئة شريطة أن يكونوا من جنسيات مختلفة.

[1] **المادة 09 و المادة 10 من إتفاقية الإكسيد.**

وحتى يكون هؤلاء الأشخاص مؤهلين بالقيام بعملية التوفيق أو التحكيم تستوجب أحكام الاتفاقية أن تتوفر فيهم المواصفات كالأخلاق و الكفاءة مشهود بها [1]، في ميدان القانون والتجارة ، ويعينون لمد 10 سنوات يمكن تجديدها، و في حالة الإستقالة أو الوفاة يمكن للجهة التي عينته أن تعين بديلاً له طبقاً لقاعدة توازي الأشكال، و تبلغ التعيينات إلى الأمين العام للمركز، و تحسب مدة التعيين من تاريخ تسلم ذلك التبليغ طبقاً لنص المادة 3/16 من الإتفاقية.

أما التشريع الجزائري وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية09/08 قد أشار إلى مسألة تشكيل هيئة التحكيم وتعيين المحكمين بحيث نص على أن محكمة التحكيم تتشكل من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي[2]، كما أعطى للأطراف الحرية الكاملة أو إسناد ذلك إلى نظام تحكيم معين فيما يخص تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. وفي حالة غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى القضاء وهنا يأتي الدور المساعد للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم وهو ما يعرف بالتشكيل القضائي لهيئة التحكيم بحيث أجاز المشرع الجزائري للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

1-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

7-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد **الإجراءات** المعمول فيها في الجزائر

وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ[3].

---

[1] نص **المادة 14 من الإتفاقية.**

[2] **المادة 1017 من ق.إ.م.إ.ج.رقم 09/08.**

[3] **المادة 1042 من ق.إ.م.إ.ج.رقم 09/08.**

ولقد اهتم المشرع الجزائري بمسألة استبدال وعزل المحكم وأورد حالات على سبيل الحصر يجوز فيها رد المحكم وطلب استبداله وفق نص المادة 1016 من ق.إ.م.إ.ج، بحيث يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط. لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسوياته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، هذا الأمر غير قابل لأي طعن.

ويلاحظ أن رد المحكمين هو تعبير عن إرادة المشرع في منع المحكم من النظر في الخصومة القائمة وذلك لأسباب تتعلق بنزاهة المحكم وبحياده، لذلك وقصد ضمان فعالية التحكيم في المنازعة بصفة عامة وعدم عرقلة إجراءات التحكيم قام المشرع الجزائري بتنظيم هذه المسألة على غرار التشريع السويسري. ونظام غرفة التجارة الدولية بباريس وقواعد التحكيم[1] **UNCITRAL** .

وذهبت معظم الإتفاقيات الدولية كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 في المواد 13-14 إلى هذا الإتجاه واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار العربي وبين مواطني الدول الأخرى لسنة 1951، والإتفاقية الأوربية ، وكذلك الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة1973، والإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي

[1] **سي فضيل الحاج** ،مرجع سابق ،ص 470.

لسنة1961 إلى إعداد قائمة بأسماء المحكمين ممن يتمتعون بمكانة و بكافة الشروط التي يجب توافرها في المحكم، ومن ثم تقوم الدول الأعضاء أو التي هي أطراف المنازعة بتعين الأشخاص التي ترى أنهم مناسبون للفصل في نزاعاتهم.

الفرع الثاني :إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم .

تسير كل قضية وفقاً لضوابط إجرائية معينة تحدد المسار الذي يتعين على الأطراف إتباعه بعد تشكيل هيئة التحكيم وصولاً إلى الغاية النهائية للتحكيم، وهي الفصل في النزاع بحكم حاسم له، ولطرفي التحكيم وكما سبقت الإشارة إليه الاتفاق على القانون الإجرائي الواجب التطبيق أي على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم.

وبالرغم من أن طرفي عقد الاستثمار لهما الحق في المفاضلة بين التحكيم الخاص(الحر) والتحكيم المؤسسي بشأن منازعات عقود الاستثمار الدولية ،إلا أن إجراءات التحكيم تختلف باختلاف التحكيم من حيث الجهة التي تنظمه، فإذا ما أسندت مهمة التحكيم لإحدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، فلا يكون لمبدأ سلطان الإرادة في هذا الشأن الدور الحاسم في وضع وصياغة القواعد الإجرائية التي تنظم إجراءات سير المنازعة، ذلك أن اللجوء إلى التحكيم المؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الدولية يقتضي ضرورة الامتثال للإجراءات المقررة في لوائحها.

أما في التحكيم الحر، فمبدأ سلطان الإرادة يتسع ويكون له دور كبير في صياغة القواعد الإجرائية التي تحكم التحكيم، حيث يضطلع أطراف النزاع بتعيين أعضاء التحكيم واختيار القانون الإجرائي الذي يحكم المنازعة سواء بصفة صريحة أو ضمنية كما سبقت الإشارة إليه، ويبقى لقانون محل التحكيم الدور الاحتياطي في هذا الصدد أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً في حالة عدم الاتفاق على القانون الإجرائي الواجب التطبيق.

وهكذا بعد تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم المنفرد تبدأ إجراءات التحكيم، التي يجب أن تستمر، وهو ما يعبر عنه بتداعي إجراءات التحكيم، ومن هنا تحرص التشريعات الوطنية على

غرار التشريع الجزائري [1]،ولوائح مختلف مراكز التحكيم على تحقيق هذه الاستمرارية التي دونها يفقد التحكيم أهم سمة يتميز بها وهي سرعة الفصل في المنازعات

ولقد عملت مختلف القوانين ولوائح هيئات التحكيم على ضمان مبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف حيث أن عدم توفيره يكون سببا لرفض تنفيذ الحكم وفقاً لنص المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كذلك نجد نص المادتين 14 و 15 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس قد وفقتا بين مبدأ الوجاهية والاستمرارية عن طريق اشتراط سماع أقوال الأطراف في مواجهة بعضهم بعضا مع الاكتفاء بالتأكد إلى الحضور في حالة تخلفهم عن الحضور رغم عدم وجود عذر مقبول، والاستمرار في الإجراءات باعتبارها حضوريا[2].

أولاً : لغة التحكيم

يعد أمر تحديد اللغة التي يجري بها التحكيم الدولي من الأمور المهمة التي يجب الاتفاق عليها بين أطراف الدعوى التحكيمية، و عملا لمبدأ الرضائية في التحكيم فإن طرفي النزاع في عقد الاستثمار الدولي، إذا اتفق على لغة معينة يجري بها التحكيم فما على المحكم إلا إتباع ما جاء في اتفاق التحكيم، والمشرع الجزائري سار على هذا النحو وفقاً لِنص المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج رقم :09/08 على غرار المشرع التونسي في الفصل 67 من قانون التحكيم ، وهذا بخلاف المشرع المصري الذي جعل لغة التحكيم هي اللغة العربية إلا إذا اتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك بموجب المادة 29 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994[3].

---

[1] **المادة 1021 من ق.إ.م.إ.ج.رقم 09/08** التي تنص على:"لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها ، ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم ".

[2] **طيب قبايلي** ، مرجع سابق ،ص 368.

[3] تنص **المادة 29** على"يجري التحكيم باللغة العربية مل لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أة لغات أخرى ويسري حكم الاتفاق أة القرار على لغة البيانات ة المذكرات المكتوبة و على المرافعات الشفهية و كذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص إتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك".

كذلك إن إجراءات التحكيم تختلف من التحكيم الحر إلى المؤسساتي، فتحديد اللغة وفق التحكيم الحر يكون وفق مبدأ سلطان الإرادة بتحديدها في العقد ذاته، ووفق القواعد المحال إليها تنظيم إجراءات التحكيم سواء الوطنية أو الدولية ، لذلك نجد المادة 20 من قواعد التحكيم الصادرة عام 2012 والمعدلة عام 2017 والنافذة في مارس من نفس السنة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، علماً أن هذه القواعد هي نسخة معدلة لقواعد نظام التحكيم لدى الغرفة لعام 1998 ، قد نصت على أن تحديد اللغة التي يجري بها التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وفي حالة عدم الاتفاق على اللغة التي يجري بها التحكيم تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات التحكيم، مع أخذ جميع الملابسات ذات الصلة بعين الاعتبار، بما في ذلك لغة العقد[1].

وهذا نفس النهج المتبع في قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المعتمدة في عام 2013 ، بموجب نص المادة 19 والتي توجب على هيئة التحكيم مراعاة مبدأ سلطان الإرادة في تحديد اللغة أو اللغات التي تجري بها إجراءات التحكيم.

أما قواعد التحكيم و التوفيق المعتمدة من طرف مركز الإكسيد CRDI ، فإنها تنص على أنه "على أطراف النزاع أن يتفقا على اللغة أو اللغات المستخدمة في إجراءات التوفيق/التحكيم، ويراعى في حالة اتفاقهم على لغة ليست ضمن اللغات الرسمية للمركز، وهي الانجليزية والفرنسية والاسبانية، حسب اللائحة رقم 34/ف1 من اللوائح الإدارية والمالية للمركز، موافقة لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم على ذلك بعد التشاور معال سكرتير العام للمركز، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على اللغة المستعملة في الإجراءات فإنه يصبح من حق كل طرف اختيار واحدة من اللغات الرسمية للمركز من أجل هذا الغرض وذلك وفق للقاعدة رقم :1/22 من قواعد التحكيم، وللقاعدة رقم 21 من قواعد التوفيق"[2].

---

[1] **المادة 20** من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017 ، ص 27 ، متاحة على الموقع الالكتروني للغرفة www.iccwbo.org تاريخ الدخول إلى الموقع:27-10-2020 على الساعة 23:52.

[2] **حسين أحمد الجندي**، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، المرجع السابق ، ص 24.

كذلك نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل سنة 2006 الذي وضعته اليونيسترال على أن:

1- ":للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم .فإن لم يتفقا على ذلك، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات ويسري هذا الإتفاق أو التعيين، على أي بيان مكتوب لأحد الأطراف وعلى جميع إجراءات الم ا رفعة وقرارات الحكم والقرارات والتبليغات الأخرى التي تصدر عن هيئة التحكيم.

2-لهيئة التحكيم أن تأمر بأن يرفق بأي دليل مستندي ترجمة له إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها أو عينتها هيئة التحكيم[1].

ثانياً :ميعاد صدور الحكم

يمكن لأطراف عقد الاستثمار الدولي في اتفاق التحكيم النص على المدة التي يجب على هيئة التحكيم أن تصدر فيها الحكم التحكيمي، كما يمكن للأطراف ترك تحديد هذه المدة للقانون الإجرائي المتفق عليه والواجب التطبيق، أو الإحالة إلى قواعد التحكيم لدى مراكز التحكيم الدولية في ظل التحكيم المؤسسي[2].

كما نجد أن أغلب الإتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة تحدد مدة معينة يجب أن يصدر خلالها قرار التحكيم، والتي اختلفت بخصوص القواعد المنظمة لها. و نص المشرع الجزائري على أن ميعاد إصدار حكم التحكيم هو أربعة (4)أشهر تبتدئ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم وذلك إذا لم يحدد أجل لإنهائه من طرف أطراف اتفاق التحكيم[3]، كما يمكن تمديد هذه المدة بشرط موافقة الأطراف المتنازعة، هذا مانصت عليه المادة 1018 من ق إ م إ الجزائري سواء وفق نظام التحكيم المعتمد أو يتم تحديده من طرف رئيس المحكمة المختصة[4].

---

[1] أنظر **نص المادة 22 من الإتفاقية.**

[2] **أحمد أبو الوفا**، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، المرجع السبق، ص 262.

[3] **نص المادة 1/1018 من ق.إ.م.إ.ج.رقم 09/08.**

[4] **نص المادة 2/1018 من ق.إ.م.إ.ج.رقم 09/08.**

هذا ما أقرته التشريعات الوطنية المقارنة ومن ذلك ما ورد في المادة 45 من قانون التحكيم المصري لعام 1994 ، والمادة 37 من قانون التحكيم الأردني لعام 2001، أما في ظل التحكيم المؤسسي، فنجد نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس باعتبار أن أغلب عقود الاستثمار الدولية وكذا الإتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بالحماية والتشجيع والترقية المتبادلة للاستثمار تحيل إليه، فنجد المادة 31 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس نصت على أن المدة التي يستغرقها إصدار حكم التحكيم والتي يجب على هيئة التحكيم أن تلتزم بها هي ستة (6) أشهر يبدأ سريانها من تاريخه آخر توقيع لهيئة التحكيم أو للأطراف على وثيقة مهمة، أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم من قبل الأمانة العامة للغرفة باعتماد المحكمة لوثيقة المهمة، ويجوز للمحكمة تحديد مدة مختلفة بناء على الجدول الزمني للإجراءات المعدة وفق أحكام قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، كما يجوز لهيئة التحكيم لدى الغرفة من تمديد ميعاد إصدار الحكم بناء على طلب مسبب من هيئة التحكيم ذاتها أو من تلقاء نفسها إذا قررت أن ذلك ضروريا[1].

ثالثاً: المداولة Délibération

تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار الحكم وتبليغه للأطراف، ويتم ذلك من خلال عملية المداولة بين أعضاء التحكيم إذا تعدد المحكمون في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به، وتكون المداولة بين جميع أعضاء هيئة التحكيم اللذين سمعوا المرافعة، غير أنه إذا كان المحكم واحداً فيصدر كذلك حكمه بعد قفل باب المرافعة وبعد تقديم جميع المستندات والمذكرات والدفوع من طرف المتنازعين، وذلك بالرجوع إلى كافة الوثائق وتصريحات الطرفين وكذلك استنادا إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء الموضوعي أو الإجرائي خاصة المتعلق بإصدار حكم التحكيم[2].

و نضمت معظم التشريعات الوطنية نظام المداولات بخصوص التحكيم، وأخذت بمبدأ السرية، وفي هذا الشأن ظهرت ثلاث اتجاهات فيما يخص مدى وجوب سرية المداولات في مجال

[1] **المادة 31** من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017.

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص479.

التحكيم، فهناك تشريعات وطنية لا تأخذ بسرية المداولات في مجال التحكيم ومن ذلك ما قانون التحكيم التونسي رقم :42 لعام 1993 ، أما الاتجاه الثاني، فجعل سرية المداولات التحكيمية أو علانيتها متروك لهيئة التحكيم ،كالمشرع المصري، أما الاتجاه الثالث وهو الذي يأخذ بمبدأ السرية ولا يرتب عليها أي جزاء في حالة مخالفتها ومن ذلك التشريع الجزائري في المادة 1025 من ق.إ.م.إ.ج، والتشريع الفرنسي في المادة 1479 من ق.إ.م.ف، كذلك نصت التشريعات الوطنية على أن تتخذ المداولات التحكيمية بأغلبية الآراء[1].

كذلك نجد معظم الإتفاقيات الدولية وعقود الاستثمار تدعو إلى ضرورة صدور قرار هيئة التحكيم بأغلبية الأصوات[2] و ضرورة كتابة حكم التحكيم وتسبيبه

رابعاً :صدور حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية

إن النتيجة المتوصل إليها بعد انتهاء إجراءات التحكيم والتي تكون أساسا لحل النزاع يطلق عليها تسمية القرار أو الحكم، إذ لبدا من صياغة تلك النتيجة في وثيقة من قبل المحكم أو المحكمين، بمعنى لبدا من مراعاة الشروط الشكلية في إصداره، والتي تنص عليها غالبية القوانين والقواعد التحكيمية، والتي ألزمت أن يصدر حكم التحكيم في منازعا عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في شكل مكتوب ويتضمن عرضاً موجزاً لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، وأن يحتوي حكم التحكيم على مجموعة من البيانات[3].

---

[1] نصت **المادة 1480 فقرة 01 من ق إ م ف** على" La sentence arbitrale est rendue a la majorite des voix "

[2] أنظر على سبيل المثال :**المادة/ 48 ف 1 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965** ، مرجع سبق ذكره، والتي نصت على أنه : "تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات جميع أعضائها"

[3] **المادة 1028** من ذات القانون على أنه ":يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

1-اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

7-تاريخ صدور الحكم.

1-مكان إصداره.

4-أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

2-أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري اشترط بيانات في حكم أو قرار التحكيم والتي لا يمكن توافرها إلا بالكتابة

ولقد اختلف الفقه والقضاء بخصوص البيانات والمحتويات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم وفقا ما نصت عليه التشريعات الوطنية والدولية، وهل يترتب عليها بطلان حكم التحكيم أم لا، وفرقت بين البيانات الجوهرية وغير الجوهرية، فإذا أهمل مثلاً المحكم في مجال الاستثمار ذكر بيان المكان الذي جرى فيه التحكيم، أو الذي صدر فيه الحكم فهذا لا يؤثر على صحة حكم التحكيم، كون أن مكان التحكيم محدد بمكان إيداع أصل الحكم لدى المحكمة المختصة بنظر النزاع لتصديق أصل هذا الحكم، وبالتالي فهذا البيان هو من البيانات غير أساسية[1].

أما عدم كتابة تاريخ صدور الحكم فهذا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم لاعتبار تاريخ حكم التحكيم من البيانات الأساسية التي تؤثر في صحة حكم التحكيم، إذ من خلال تاريخ صدور الحكم نعرف المدة التي استغرقها التحكيم سواء في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو القانون الوطني أو الدولي.

كذلك من واجب المحكم في منازعات الاستثمار الأجنبي سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي تسبيب الحكم وذلك بإيضاح الأدلة، والحجج القانونية والواقعية، والتي تم اعتمادها من قبل المحكم لإصدار حكمه، إذ أن تسبيب الحكم يعتبر ضمانة لأطراف النزاع، والتي يجب ذكرها بصورة موجزة وأن تكون ملائمة [2].

ويرى الفقه أن تسبيب حكم التحكيم يدفع المحكم إلى التفكير والتريث قبل إصداره ويعتبر ذكر الأسباب التي بني عليها حكم التحكيم مرشدا لممارسة الطعن عليه ومعرفة أخطائه أو سلامته في تطبيق القانون[3] ، وأخذ المشرع الجزائري في مجال الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم بالملحق في الاستئناف للأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ للحكم التجاري الدولي وذلك في حالة عدم تسبيب محكمة التحكيم أو إذا وجد تناقض في الأسباب، **بموجب نص المادة 1027 فقرة 02 من ق إ م إ ج.** التي تنص على انه " :يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

---

[1] **سي فضيل الحاج**، مرجع سابق، ص 481.

[2] **أحمد أبو الوفا**، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، مرجع سبق ذكره، ص 295.

[3] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص482.

ويلاحظ أن وجوب تسبيب حكم التحكيم أخذت بها أغلبية التشريعات، خاصة عند عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا على عدم استلزام تسبيب الحكم، غير أن عدم تسبيب الحكم قد تتحقق بإرادة الأطراف صراحة أو ضمنا، وفق ما نص عليه قانون التحكيم المصري رقم 72 لعام 1994في المادة/ 41 ف7 أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة/ 48 ف 1 من ا.و.ت.م.إ على أنه" :يجب أن يتناول الحكم مسألة طرحت على المحكمة وأن يبين الأسباب التي بني عليها"، ونصت كذلك المادة/ 17 ف 7 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لباريس بنسختها المعدلة في عام 7112 على أنه ":يجب أن يذكر حكم التحكيم الأسباب التي استند إليها"، أيضاً نصت المادة 41 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1982 مع التعديلات عليه التي اعتمدت في سنة 7112، على أنه" :يجب أن يصدر قرار التحكيم كتابة وأن يبين تاريخه، كما يجب أن يبين الأسباب التي بني عليها، مالم يكن الطرفان قد اتفقا على خلاف ذلك"...

كذلك نصت قواعد التحكيم لدى مراكز التحكيم، على تسبيب الحكم منها قواعد التحكيم لدى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة[1] حيث نصت المادة 1/57منه على تعليل حكم التحكيم وتوقيعه وتأريخه وإصداره بالأغلبية. ونظراً لارتباط مسألة كتابة الحكم وتسبيبه وتأريخه وتوقيعه بعملية النشر والتبليغ، فإن هناك جانب من الفقه ومن منطلق الحرص على الحفاظ على أسرار العلاقة الاقتصادية بين المتنازعين، فإنه يرى أن مبدأ علنية الجلسات المقرر في القضاء لا يمكن تطبيقه على نظام التحكيم، وان الهدف من اللجوء إلى التحكيم هو السرية سواء في مرحلة ما قبل صدور حكم التحكيم التجاري أو بعده[2]، لذلك وفي هذا الشأن نجد اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965 تمنع نشر حكم التحكيم كأصل عام إلا بموافقة طرفي التحكيم[3]، غير أن لائحة التحكيم لدى المركز بعد تعديلها سمحت للمركز بوضع بعض المقتطفات من التسبيب القانوني لهيئة التحكيم في منشورات المركز.

---

[1] **قواعد المركز** متوفرة على الرابط: https:**//www.caci.dz/**. تاريخ الزيارة: 25-06-2021على الساعة 22:36

[2] **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص483.

[3] تنص **المادة48من إتفاقية الإكسيد** في فقرتها الأخيرة على"...4-لا ينشر المركز أية أحكام بدون موافقة أطراف النزاع"

وبعد الانتهاء من كتابة وتسبيب حكم التحكيم وكذا المداولة بشأنه، تصدره هيئة التحكيم لحسم موضوع النزاع، وقبل ذلك يخضع لتوقيعها، تأكيدا على صدوره منها. ويعتبر التوقيع من البيانات الشكلية التي تشترطها أغلب التشريعات الوطنية والدولية في حكم التحكيم .

إذ نص المشرع الجزائري على توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب حكم التحكيم أثره باعتباره موقعا من قبل جميع المحكمين[1]، وهو نفس ما نص نص عليه المشرع الفرنسي في ق إ م ف في مادته 1480[2].

المطلب الثاني :حكم التحكيم في عقود الاستثمار الدولية وفقاً لإتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار

نظرا لقوة الإلزامية التي يتمتع بها الحكم الصادر في إطار اتفاقية واشنطن ، إضافة إلى العقوبات التي قد تتعرض لها الدولة عند عدم التزامها و تنفيذ حكم تحكيم المركز الذي وضعته اتفاقية واشنطن لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقا لنظام المركز ، سوف نتطرق إلى حكم التحكيم الصادر عن المركز و إلى كيفية تنفيذه تباعاً.

الفرع الأول :مفهوم حكم التحكيم وآثاره في منازعات عقود الاستثمار الدولية

إن أول آثر يترتب على صدور حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولي هو تخلي المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه[3] ،ولا يجوز لهم النظر في النزاع لسبق الفصل فيه، والعلة في ذلك هو منع تناقض الأحكام وتفعيلاً للاستقرار في مجال التحكيم في المنازعة الاستثمارية.

بمجرد صدور أحكام التحكيم، يكتسب حجية الأمر المقضي به شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائي، قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه، ويترتب على ذلك أن يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به وبما يقرره له من حقوق في مواجهة من صدر ضده، فقرار التحكيم

---

[1] أنظر: **المادة 1029 من ق إ م إ ج.**

[2] **Art 1480/23** du code procedure francaise " Elle est signee par tous les arbitres, si une minorite dentre eux refuse de la signer, la sentence est fait mention et celle-ci produit le meme effet que si elle avait été signee par tous les arbitres".

[3] **لما أحمد كوجان،** التحكيم في عقود الإستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ،2008، ص 149.

يعتبر ملزما ونهائيا، وتنفيذه قد يكون طواعيا أو جبرا من طرف الملتزم فيه، وبما أنه لا يجوز التنفيذ الجبري لحكم التحكيم إلا إذا كان هذا الحكم ذا قوة تنفيذية، ولا يوجد ما يحول ويمنع تنفيذه ، باستثناء طرق الطعن القانونية المقررة قانوناً[1].

وسوف نتطرق لحجية حكم التحكيم ومسألتي الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولية في ظل التحكيم المؤسسي لدى المركز، وفي ظل القانون الوطني والدولي، خاصة التشريع الجزائري وكذا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 واتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1985 تباعاً:

أولاً : مفهوم حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولية

الحكم التحكيمي هو ذلك الحكم الذي يفصل في النزاع أو في نقطة أو مطلب من نقاط أو مطالب النزاع، فصلاً نهائياً و ملزماً لطرفي النزاع ، ومن المؤكد أن المحكم هو موجب بتحقيق هذه الغاية، ومن أجل الوصول إليها لابد له أن يبذل العناية اللازمة لإصدار حكم قابل للتنفيذ[2]

نصت المادة 2/1 من اتفاقية نيويورك لعام 1965 على أنه"..يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف "، كذلك عرفت المادة 32/ 1 من قانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت عليه سنة 2006 الحكم التحكيمي كما يلي":تنهى إجراءات التحكيم بقرار التحكيم النهائي أو بأمر من هيئة التحكيم"، أما قواعد التحكيم المعتمدة سنة 2017 بغرفة التجارة الدولية بباريس، فلم تشير إلى تعريف حكم التحكيم وان كانت نظمت مختلف أنواع أحكام التحكيم[3].

بالنسبة للفقه فقد اقترح تعريفاً لحكم التحكيم، فعرف الأستاذ E .GAILLARD على أنه " العمل الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قطعي، كلياً أو جزئياً في النزاع المعروض عليه، سواء تعلق القرار بموضوع النزاع ذاته او بالإختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات، أدت

---

[1] **سري فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص487.

[2] **عبد الحميد الأحدب**، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص 300.

[3] أنظر **قواعد التحكيم المعتمدة سنة 2017** لدى غرفة التجارة الدولية بباريس **ICC**

بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"[1] وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع الفرنسي، كما عرفه البعض بأنه ":كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم وأيضا كل قرار صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع اياً كانت طبيعتها، أو يفصل في مسألة اختصاص محكمة التحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يعد قرار المحكمة حكماً تحكيميا إذا قامت محكمة التحكيم بتكييف القرار بأنه كذلك"[2].

والملاحظ في هذه التعريفات، أن منها من **يوسع** من تعريف حكم التحكيم و منها من يضيق، إلا أن المحكم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي قد يتخذ بعض القرارات أو الأحكام التحكيمية الجزئية أو التمهيدية، والتي لا تحسم النزاع بشكل نهائي، كالقرار الذي يتخذه المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق، أو عندما يخول من طرف أطراف النزاع لإجراء الصلح[3]، وقد أشار القانون الجزائري الوطني إلى هذه المسائل لا سيما المادة 1049من ق إ م إ ج ، و جعل المشرع الجزائري أحكام التحكيم الجزئية[4] والتحضيرية مثلها مثل الحكم النهائي قابلة للتنفيذ، وأعطاها الحجية اللازمة لتنفيذها، هذا بموجب المادة 1035 من ق إ م إ الجزائري.

---

[1] LAC**TE DES ARBITRES QUI TRANCHE DE MANIERE** de finitife, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la competence ou sur un motif de procedure qui les conduit a mettre fin a linstance " Gaillard Emamanuel, arbitrage commercial international, sentence arbitrale ; procedure, J.D.C.INTERNATIONAL ? 1994 ? fasc, 586.

[2] **حفيظة السيد الحداد**،الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية الخاصة،المرجع السابق،ص 16.

[3] **يعتبر الأستاذ E. GAILLARD** من أصحاب الإتجاه الموسع لحكم التحكيم إذ يعتبر أن العمل الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قطعي كلياً أو جزئياً في النزاع المعروض عليه، سواء تعلق القرار بموضوع النزاع ذاته أو بالإختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات، أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة.

أما الإتجاه المضيق فيتزعمه الفقه السويسري، الذي إعتبر حكم التحكيم هو الحكم الذي ينهي بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم، و أن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم و التي لا تفصل في نزاع محدد لا تعد أحكاماً تحكيمية. للمزيد من المعلومات، أنظر: **طيب قبايلي، كريم تعويلت**، التحكيم التجلري الدولي، المرجع السابق، ص ص 103 .104.

[4] يكون حكم التحكيم جزئياً، إذا فصل في جزء من النزاع المطروح أمام محكمة التحكيم، أي في جزء من الطلبات وبقيت طلبات أخرى تحتفظ محكمة التحكيم بولايتها في الفصل فيها.

ثانياً :حجية حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولية

يقصد بالحجية في القانون أن الحكم الصادر يحمل عنوانا للحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى، وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى، فالحجية إذن هي وصف يلحق بالحكم[1]

فأحكام التحكيم تكتسب الحجية بمجرد صدورها، فهي ترتب آثار بالنسبة للمحكم، حيث يقع على الهيئة التي أصدرتها التزام بعدم الرجوع إليها إلا في الحدود التي يسمح بها القانون أو اتفاق الطرفين، بمعنى آخر أن صدور القرار التحكيمي المحكم هو الذي بعد صدوره لا يبقى شيئ إلا ويكون قد حسم النزاع حوله[2]، وكذا مهمته التي أوكلت إليه بموجب اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم الذي تم بينه وبين الأطراف المتنازعة،ونص المشرع الجزائري على حجية حكم التحكيم بمجرد صدور 09/08 على غرار التشريعات العربية والغربية ، الأخرى في المادتين 1030 و 1031 من ق.إ.م.إ.ج .

وإذا كان المبدأ العام في ظل مسألة حجية حكم التحكيم يقضي باستنفاذ ولاية المحكم وهيئة التحكيم بنظر النزاع، إلا أنه ثمة استثناءات ترد عليه أقرتها التشريعات الوطنية والدولية لمراجعة حكم التحكيم أمام هيئة التحكيم وليس القضاء عند ممارسة الطعن في ظل الرقابة القضائية على أحكام التحكيم.

حيث نصت المادة 1030 من ق.إ.م.إ.ج رقم :09/08 أن لهيئة التحكيم الحق في أن تعود لحكمها في ثلاث حالات وهي:

أولا : تفسير حكم التحكيم، وإصدار حكم تحكيم إضافي.

ثانياً :تصحيح الأخطاء المادية سواء كانت بحتة أو حسابية، وإصدار حكم تحكيم إضافي.

---

[1] **سي فضيل الحاج** ،المرجع سابق ،ص488.

[2] **ممدوح عبد العزيز العنزي** ، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج–دراسة مقارنة–، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص62.

ثالثاً :إغفال المحكم لطلبات معينة أثناء إجراءات التحكيم.

وهذه الحالات الثلاثة والتي يمكن للمحكم الرجوع فيها إلى حكمه خروجاً عن قاعدة حجية حكم التحكيم نصت عليها كذلك مختلف التشريعات الوطنية والدولية ونظمت إجراءاتها، على غرار التشريع المصري في المواد 49-50-51 من قانون التحكيم المصري.

أما بخصوص الإتفاقيات الدولية ، فنجد أن إتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تعالج مسألة مراجعة حكم التحكيم عن طريق تفسيره وتصحيحه، ولقد ظهرت معالجة هذا الموضوع لأول مرة ، في الإتفاقيات الدولية في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 ، حيث نصت المواد 49 و 50 و 51 من ذات الإتفاقية على بعض الأحكام الخاصة بذلك[1]، مثل ما أجازته المادة 49 في فقرتها الثانية بالقول" .....أن تصحح أي أخطاء مادية واردة في الحكم....."[2].

كما اختلف الفقه حول الوقت الذي تحوز فيه أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي فيه، مثل ما اختلفت التشريعات الوطنية المقارنة مع الدولية بخصوص تنظيم هذه المسألة، حيث يرى بعض الفقهاء أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، وتبقى هذه الحجية قائمة حتى ولو كان يقبل الطعن بالبطلان، أو كانت هذه الدعوى قد رفعت بالفعل أو كان لم يصدر أمر تنفيذه، ذلك أن صدور الأمر بالتنفيذ يكون من أجل التنفيذ لا من أجل قوة الثبوت.

بينما يرى البعض الآخر أن أحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي بعد صدور الأمر بتنفيذه، غير أن الفقه الراجح هو من يبد ما ذهبت إليه بعض التشريعات الوطنية امثل التشريع الجزائري إلى اعتبار أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره معتبرين ذلك من النظام العام مثل الأحكام القضائية[3]

---

[1] **خالد كمال عكاشة**، المرجع السابق، 414.

2 أنظر **المادة 49 من الإتفاقية نيويورك.**

[3] **فؤاد علي القهالي**، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، دراسة مقارنة، مرجع سابق،ص ص 42-43.

كما أجاز القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 تصحيح حكم التحكيم وتفسيره، وإصدار حكم تحكيم إضافي، وذلك في المادة 33 ، كما أجازت قواعد التحكيم لدى مراكز التحكيم تفسير وتصحيح الحكم سواء من تلقاء هيئة المحكمة ذاتها أو بناءاً على طلب أحد الأطراف، من ذلك ما نصت عليه المادة 36 من قواعد التحكيم والوساطة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس.

والملاحظ أن حكم أو قرار التحكيم يكتسي حجية الشيء المقضي بمجرد صدوره، وهذه الحجية هي حجية نسبية، عليها استثناءات، وفق ما أقرته التشريعات الوطنية والدولية، ويتضمن هذا الحكم أو القرار حقوق والتزامات في ذمة الطرفين، ولابد لمن صَدر القرار ضده، أن ينفذ القرار لمصلحة خصمه، وغالبا ما يتضمن القرار دفع التعويضات بسبب الإخلال بالالتزامات الناتجة عن العقد المتفق عليه بين الطرفين أو عدم تنفيذها.

كما أثيرت مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سواء في منازعات عقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة أو في المنازعات الأخرى التي يتم فضها عن طريق التحكيم، جدلاً فقهياً وقانونياً خاصة من حيث الرقابة التي تمارس من طرف القضاء على حكم التحكيم الأجنبي الصادر في دولة ما المراد تنفيذه في دولة أخرى، وتباين التشريعات الوطنية والدولية في هذه الإشكالية على وجه الخصوص.

ثالثاً : الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في منازعات عقود الاستثمار الدولية

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً لمصطلحي" الاعتراف "و"التنفيذ "لحكم التحكيم الأجنبي في القانون رقم09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واكتفى بذكر أهم الشروط الواجب توافرها فيه حتى يتم الإعتراف به، وإعتبر المشرع الجزائري حكم التحكيم الصادر عن محكمة خارج الجزائر مجرد واقعة يقع إثبات وجودها على من يدعيها [1]، و نصت المادة 1051 من ق.إ.م.إ على أنه" ":يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

[1] **أوسهلة عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص246.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني"، كما نصت المادة 1052 من ق إ م إ ج على أنه ":يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شرط صحتها"، وهذا معناه أن الحكم التحكيمي يثبت بتقديم الأصل أو نسخة من الحكم و إتفاقية التحكيم، والملاحظ أن هذه المادة وعلى عكس المادة 04 من الإتفاقية(الإكسيد) لم تتطرق لمسألة ترجمة الحكم والإتفاقية إذا لم تكن محررة باللغة العربية بإعتباترها اللغة الرسمية، عند تقديمها للمحاكم الوطنية سواء للإعتراف بها أو الأمر بتنفيذها[1]، ونصت كذلك المادة 1053 من القانون "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل"

وعلى هذا النحو فإن المشرع الجزائري نجده قد نص على شروط الاعتراف بحكم التحكيم الدولي في الجزائر و هي:

1- إثبات وجود حكم التحكيم الدولي حيث أن طلب الأمر بالاعتراف وفق نص المادة 1052 من ق.إ.م.إ.ج ، يقتضي تقديم حكم التحكيم الدولي مرفوقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها أمام الجهة القضائية المختصة، لكن ما هي هذه الجهة المختصة بالنظر في طلب الاعتراف؟ فبرجوع إلى نص المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج ، كما نجد أن تحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم، فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر فرئيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص بنظر طلب الاعتراف، أما إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الجزائر فإن رئيس محكمة محل التنفيذ هو الذي يكون مختصاً.[2]

2- أن يكون الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي غير مخالف للنظام العام الدولي، وهذا ما نصت عليه المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج ، والمقصود بالنظام العام الدولي هو عدم ضمان

[1] **أوسهلة عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص246.

[2] أنظر **المادة: 1051 من ق.إ.م.إ. الجزائري.**

الخروج الإرادي على أحكام القواعد القانونية الآمرة، ويستعان بهذه الفكرة في نطاق العام الدولي لاستبعاد تطبيق قانون أجنبي[1].

وعن الحكم التحكيم الأجنبي الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولية سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، فقد اختلف الفقه والتشريع الوطني والدولي حول هذا التصنيف، أما بخصوص أجنبية حكم التحكيم الأجنبي فأغلب التشريعات أخذت بمعيار المكان، واعتبرت الحكم أجنبياً متى كان صادراً عن محكمة أجنبية أي باسم دولة أجنبية، حيث تعتبر الأحكام الصادرة عن المراكز الدولية، كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وغرفة التجارة الدولية وغيرها من مراكز التحكيم الدولية أحكاماً أجنبية إستناداً إلى مكان صدور الحكم التحكيمي فيها[2].

وفي حالة قبول طلب الاعتراف تعطى للحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في المنازعة القوة التنفيذية بأمر، ليصبح سنداً تنفيذياً قابلاً للتنفيذ على تراب الجمهورية الجزائرية.

والمشرع الجزائري في ظل ق.إ.م.إ.ج أورد فرعاً خاصاً في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي، حيث أحالت المادة 1054 من القانون إلى المواد من 1035 إلى 1038 من القانون نفسه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي.

ويكون حكم التحكيم التجاري الدولي بصرف النظر عن نوعه نهائي أو جزئي أو تحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل.

والمعروف في قواعد تنفيذ الأحكام سواء القضائية أو التحكيمية، أن تنفيذها يكون طوعيا، غير أن المشرع الجزائري تخلى عن فكرة التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم التي كانت مقررة في ظل

---

[1] **دمانة محمد، معنصري مريم**، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع4 ، جوان 2016 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، ص 150.

[2] **القانون الفرنسي يفرق بين الحكم التحكيمي** الصادر داخل فرنسا و ذلك الصادر خارج فرنسا بدون تفريق بين الدولي وغير الدولي، ومادام الحكم التحكيمي صدر في الخارج، فإن الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا أثر له، لأن القانون الفرنسي إنما يشير إلى الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج بدون أي تفرقة بين الدولي و غير الدولي
محكمة إستئناف باريس(الغرفة الأولى المدنية في 15 يناير 2008).
Mouawad et autre/societe henco heneine constructional et devoloppement co.
أنظر: **مجلة التحكيم**، العدد الأول، يناير،2009،ص 609.

المرسوم التشريعي 09/93 بموجب المادة 458 مكرر 2/16 الملغى و ذلك بعد صدور القانون 09/08 من ق .إ.م.إ.ج ، و ذلك في نص المادة 2/1051 التي تشير إلى أنّ التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم من خلال عبارة " بأمر " التي تفيد الإلزام في تنفيذ الحكم التحكيمي سواء داخل الجزائر أو خارجها[1].

ويتم تنفيذ حكم التحكيم جبرا باللجوء إلى القضاء وفق شروط وإجراءات معينة وذلك لاستصدار الأمر بالتنفيذ، حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 1051/ 2[2] فنميّز بين حالتين فيما يخص إخطار قاضي التنفيذ في حالة ما صدر حكم التحكيم بتنفيذه رضائياً، والاستثناء هو امتناعه عن التنفيذ، مما يجعل للذي صدر حكم التحكيم لصالحه، الحق في الالتجاء إلى القضاء طالباً المساعدة لإرغام الطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم بالتنفيذ الجبري، إن لم يكن هنالك سببا قانونيا يحول دون تنفيذ حكم التحكيم، كالطعن في القرار، فالمادة 1051 تعتبر أنّ حكم التحكيم الصادر عن محكمة خارج الجزائر يعد مجرد واقعة مادية يقع إثبات وجودها على من يدّعيها.

ولتنفيذ حكم التحكيم جبرا الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولية باعتباره حكماً أجنبياً، سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي وسواء كان خاضعا للقانون الوطني أو الدولي لا بد من توافر مجموعة من الشروط:

أ- مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث أخذت الجزائر به في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية على غرار باقي التشريعات الدولية، وذلك ما يظهر من خلال التحفظات التي أبدتها الجزائر عند انضمامها إلى اتفاقية نيويورك 1965 ، والتي من بينها عدم قبولها سوى الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر على تراب دولة أخرى متعاقدة وعضو في اتفاقية نيويورك.

---

[1] **سي فضيل الحاج**، المرجع سابق ،ص490.

[2] تنص **الفقرة الثانية من المادة 1051 من ق. غ. م.** إ على".... و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الجزائري.

ب- أن يكون الحكم نهائياً وقطعياً ولو أن مسالة حكم التحكيم النهائي والقطعي تخضع لقانون الدولة الذي صدر فيها حكم التحكيم، وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري فيما يخص تنفيذ السندات التنفيذية في المادة 2/605 من ق.إ.م.إ.ج ، حيث أن الحكم النهائي هو الحائز لقوة الشيئ المقضي به والذي لا يجوز معه طرح النزاع مرة أخرى على هيئة التحكيم، أما الحكم القطعي فهو الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، بحيث لا يعد قطعياً إلا بعد استنفاذ طرق الطعن فيه، ولو أن هذه النظرية في رايي موجودة بالنسبة للأحكام القضائية، إلا أن أحكام التحكيم الدولي هي ذات حجية نسبية، وارتباط طرق الطعن بالطرق التنفيذ، إذ يمكن إصدار أمر بالتنفيذ، حتى قبل ممارسة الطعن.

ج- عدم تعارض حكم التحكيم الأجنبي الاستثماري مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية في الدولة المراد تنفيذه فيها، ولو أن هذا الشرط قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 605/ ف 3 من ق.إ.م.إ.ج 09/08 بالرغم من وروده في مجال السندات التنفيذية الأجنبية، على غرار الشرط السابق المتعلق بحجية حكم التحكيم، وحتى الشرط الموالي المتعلق بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في الدولة المراد تنفيذ فيها حكم التحكيم الاستثماري الأجنبي، وهو الشرط الرابع، إلا أن نص المادة 605 ، يثير الكثير من الغموض كون أن المشرع الجزائري جعل حكم التحكيم من السندات التنفيذية المنصوص عليها وفق نص المادة 9/600 ، ثم يخرجه من القواعد العامة الخاصة بالتنفيذ السندات الأجنبية المنصوص عليها في المادة 605 من ذات القانون، ولعلى أن المشرع الجزائري أراد من وراء ذلك إعطاء حكم التحكيم الأجنبي الفعالية اللازمة في مجال المنازعة الدولية بما يتماشى مع ما التزمت به الدولة على مستوى الدولي خاصة في منازعات عقود الاستثمار الدولية، وذلك ما يستفاد من نص المادة 608 من ذات القانون والتي نص على أنه ":إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والإتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول ."وهو ما يتماشى كذلك مع ما نصت عليه اتفاقية واشنطن في المادة 54 من إتفاقية واشنطن ، وحتى مع أحكام القضاء، إذ يمكن الإشارة هنا كيف اتجه القضاء في بعض الدول ، إخطار قاضي التنفيذ، فمثلاً المشرع الفرنسي نص في المادة 1/1477 من ق.إ.م.ف على أن تنفيذ الجبري يستلزم

إستصدار أمر أمام رئيس المحكمة التي يمتد إختصاصها إلى المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي[1].

وقد جعل المشرع الجزائري بموجب نص المادة 1058/ ف 2 من ق.إ.م.إ، منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم الدولي أن تتم بأمر على العريضة وجعل الاختصاص بإصدار هذا الأمر إلى المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم أو المحكمة التي سيقع تنفيذ حكم التحكيم الدولي في دائرة اختصاصها، وذلك إذا كان مقر التحكيم خارج الإقليم الوطني[2].

إذن نجد المشرع الجزائري بمناسبة تنفيذ حكم التحكيم الدولي، قد خرج عن القواعد العامة الخاصة بتنفيذ السندات الأجنبية المنصوص عليها في المادة 605 من ق.إ.م.إ التي تجعل الحصول على الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية عن طريق القضاء العادي وأمام المحكمة المنعقدة بمقر المجلس، متي استوفت الشروط المنصوص عليها في ق.إ.م .و.ج.

غير أن إجراءات التنفيذ الجبري تأتي بعد امتناع من صدر ضده حكم التحكيم، بمعنى يجب أن نفرق بين إجراءات مهر حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية الواردة في المواد من 1035 –1038 من ق.إ.م .و ا.ج والمحال إليها بموجب نص المادة 1054 من نفس القانون، وبين إجراءات التنفيذ الجبري لحكم التحكيم التجاري الدولي كسند تنفيذي وفق نص المادة9/600من ق.إ.م.إ الجزائري.

يرى الدكتور عمر بن سعيد من جامعة خنشلة بالجزائر في مقاله الموسوم ب":تنفيذ حكم التحكيم التجاري الأجنبي في الجزائر "أن المشرع الجزائري وبخصوص تنفيذ حكم التحكيم الدولي لم ينص على ما يعرف بمقدمات التنفيذ الجبري الواردة في ضمن الكتاب الثالث الباب الرابع منه الخاص باالتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، والتي كان من باب الأول أن يحيلنا إليها، بدلاً من إحالته على أحكام المواد 1035 إلى المادة 1038 من ق.إ.م .و ا.ج ، كما أن المشرع الجزائري أورد نص المادة 1037 من من ق.إ.م .و ا.ج تحيلنا إلى تطبيق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل

---

[1] ذكره **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 496.

[2] تنص **المادة 2/1058 من ق.إ.م.إ** على" **لا يقبل الأمر** الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه، أي طعن ....."

على أحكام التحكيم[1]، وهذا **ما يدفعنا** للرجوع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية الواردة ضمن الكتاب الرابع من ق.إ.م .و ا.ج المواد 600 وما بعدها.

أما بخصوص مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في ظل الإتفاقيات الدولية فإن **اتفاقية** نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958 فلم تعرف كذلك هي الأخرى مصطلحي" الاعتراف "و"التنفيذ"، والتي تعتبر بمثابة الميثاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث تم الإعلان عنها في 20 مايو 1958 في مدينة نيويورك، التي ألغت إتفاقية برتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927 ، بعدما كان يمثلان أول نظام قانوني عالمي للتحكيم التجاري الدولي، ،كما انضمت الجزائر إلى هذه الإتفاقية بموجب قانون 18/88 المؤرخ في 10يوليو سنة 1988.[2]

وقد جاءت هذه الإتفاقية بهدف توحيد القواعد الخاصة المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام ىالتحكيم الهولية، وبالرجوع إلى نص المادة 03 من هذه الإتفاقية نجدها تلزم كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم، وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار[3]، وذلك طبقا للشروط الواردة في المادتين الرابعة والخامسة من ذات الإتفاقية.

والجدير بالذكر أن اتفاقية نيويورك لم تحصر مجال تطبيقها في الدول المتعاقدة فقط، وإنما أجازت كذلك تطبيق أحكامها لكافة الدول حتى ولو لم تكن طرفا فيها، غير أن الجزائر أخذت بمبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الذي أخذت به معظم دول العالم، وأبدت

---

[1] ذكره **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص 498.

[2] **القانون رقم : 18/88** المؤرخ في 10 يوليو عام 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ،ج.ر.ج.ج.،ع 28،الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988 .

[3] تنص **المادة 03 من إتفاقية نيويورك** على" على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة و أن تقوم بتنفيذها وفقاً للإجراءات المتبعة في الإقليم الذي يحتج به القرار، طبقاً للشروط الواردة في المواد التالية، ولا تفرض على الإعتراف بقرارت التحكيم التي تنطبق عليها هذه الإتفاقية أو على تنفيذها شروط أكثر تشديداً أو رسوم أو أعباء أعلى، بكثير مما يفرض على الإعتراف بقرارت التحكيم المحلية أو على تنفيذها"

تحفظات عند انضمامها إلى اتفاقية نيويورك ، والتي من بينها عدم قبولها سوى الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر على تواب دولة أخرى متعاقدة وعضو في اتفاقية نيويورك.

كما أن هناك صلة بين مصطلحي" الاعتراف "و"التنفيذ "وهي إذا ما كان على طرف ما أن يلتمس الاعتراف والتنفيذ معاً، أو ما إذا كان بإمكانه أن يسعى إلى الحصول إلى الاعتراف بقرار التحكيم بصورة مستقلة، لكن في قرار صادر سنة 1981 عن المحكمة العليا الألمانية فسرت فيه "الاعتراف "و"التنفيذ "بأنهما إجراءين مرتبطان ولا يمكن التماس كل واحد منهما على حدة[1].

غير أن هناك فرق بين الاعتراف بالحكم أو القرار التحكيمي وبين تنفيذه، فقد يعترف به ولا ينفذ، ولو نفذ فيفترض أته تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية، فالاعتراف يعني أن القرار قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، والتنفيذ يعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في ىالقرار التحكيمي، وفي حالة امتناعه يجب إجباره بموجب قانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه. ومن أجل طلب الاعتراف والتنفيذ لقرار أو حكم التحكيم جبرياً، لبدا من اختيار المكان الذي يراد منه الاعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه، وهذا المكان هو المكان الذي توجد فيه ممتلكات وأموال المدين التي هي موزعة في عدة دول متعددة، مما يتعين معه من طالب التنفيذ اختيار المكان الأكثر ملائمة للاعتراف بالقرار وتنفيذه وفقاً للقواعد الدولية التي تنظم هذه المسألة خاصة قواعد القانون الدولي الإتفاقي الثنائي ومتعدد الأطراف.

أما بخصوص أحكام الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم الدولي في اتفاقية الإكسيد **CIRDI فإن الصفة النهائية التي يتميّز بها حكم التحكيم الصادر في إطار المركز، تعطي للأطراف الحق في تنفيذه على تراب الدولة المتعاقدة بشرط عرض المسألة على الجهة المختصة في دولة التنفيد** [2]، فقد نصت المادة 53، على" أن حكم التحكيم يكون ملزماً ولا يكون قابلاً للاستئناف أو لأي طعن

[1] **أمانة الأونسيترال**، دليل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1985،ط 2017 ، واشنطن، ص 9.
[2] **قبايلي طيب**، المرجع السابق، ص423.

آخر فيما عدا ما نص عليه في هذه الإتفاقية، ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه، إلا إذا أوقف تنفيذه طبقاً لأحكام هذه الإتفاقية[1] .

أما المادة 54 من الإتفاقية فإنها تلزم كل دولة متعاقدة أن تعتبر حكم المحكمين الصادر طبقاً لهذه الإتفاقية ملزماً و واجب التنفيذ داخل أراضيها ، وتنفذ الالتزامات المالية التي يقضي به الحكمن على نحو ما يُتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدول، ويجوز للدولة المتعاقدة ذات النظام الفيدرالي أن تنفذ حكم المحكمين في محاكمها الفيدرالية أو بواسطتها وأن تقرر أن مثل هذه المحاكم تعتبر الحكم كما لو كان حكماً نهائيا صادراً من محاكم إحدى الولايات[2].

ويجب على الطرف، الذي يريد الحصول على اعتراف بهذا الحكم سواء أكان هذا الطرف هو المستثمر الأجنبي أم الدولة المضيفة، أن يتقدم للمحكمة المختصة أو للسلطة التي قد تكون الدولة عينتها لهذا الغرض صورة عن الحكم مصدقة من السكرتير العام للمركز، كما تلتزم كل دولة بإعلام وإبلاغ السكرتير العام للمركز بالمحكمة المختصة والمختارة بأي تغيرات تحدث في هذا الجانب، وينحصر دور المحكمة المختصة في إصباغ الحكم بالتنفيذ دون رقابته، كون أن القرار المراد تنفيذه والصادر عن المركز يتمتع بالنفاذ الدولي المباشر[3]، **وللدولة الحرية الكاملة في إختيار الجهة الرسمية التي تُقدم أمامها أحكام التحكيم الدولية الصادرة عن المراكز من أجل الإعتراف بها وتنفيذها.**

من الناحية العملية ، ومن أجل الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، فإن بعض الدول و تطبيقاً لنص المادة 2/52 من إتفاقية واشنطن، قد عينت بعض الجهات الرسمية من أجل الإعتراف والتنفيد على غرار بلجيكا و السويد اللتان عينتا وزارة الخارجية، كما عينت مصو وزارة العدل

[1] **المادة 54 من إ.و.ت.م.إ لعام192**

[2] **المادة 54/ ف 1 من إ.و.لت.م.إ لعام 1965.**

[3] **عزت محمد البحيري**، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،1992، ص153.

من أجل الإعتراف و التنفيذ، أما إيطاليا فقد أعلمت المركز بتعيينها محكمة الإستئناف لمكان التنفيذ[1].

ويلاحظ أن نص المادة 54/ ف 2 إ.و لعام 1965 ، يوافق نص المادة الرابعة من إتفاقية نيويورك لعام 1928 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، إلا أن الاختلاف يكمن في أن الطرف طالب الاعتراف والتنفيذ يلتزم بتقديم نسخة عن الحكم وفق اتفاقية واشنطن، في حين أنه في ظل اتفاقية نيويورك ملزم بتقديم نسخ أصلية من اتفاق التحكيم ومن الحكم، مع ترجمة مصدق عليها لاتفاق التحكيم، وللحكم الصادر في حالة اختلاف لغته عن لغة البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وبالتالي فإجراءات الاعتراف والتنفيذ في ظل اتفاقية واشنطن هي أكثر مرونة وسهولة عنها في اتفاقية نيويورك لعام 1958[2].

كما نجد اتفاقية نيويورك لعام 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تنظم علاقتها بالمعاهدات الأخرى وبالقوانين المحلية أو الوطنية في مجال الاعتراف والتنفيذ، حيث تؤكد على أن الإتفاقية لا تخل بصحة المعاهدات الأخرى المتعلقة بالاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذها، وإذا تيسر تطبيق قواعد قد تكون أكثر تساهلاً من الإتفاقية على الاعتراف والتنفيذ، وبمعنى آخر إذا عملت الدول المتعاقدة على تنفيذ قرارات وفق القوانين المحلية أو المعاهدات أكثر مؤاتاة للتنفيذ فلا يعد ذلك انتهاكاً لاتفاقية نيويورك.

كما أن اتفاقية واشنطن قد نصت على إلزامية الاعتراف والتنفيذ بحكم المحكمين الصادرة عن المركز، إلا أن هذا التنفيذ لا يجب أن يتعرض مع الأحكام المحصنة إذ يمكن أن يتعرض قرار التحكيم المراد تنفيذه لمخاطر التصادم مع أحكام القانون الوطني، مما يعطّل تنفيذه طبقاً لما تقضي به قوانين إحدى الدول المتعاقدة من منع التنفيذ ضد أملاك وطنية أو أجنبية، ولهذا سمحت اتفاقية

[1] للمزيد من المعلومات أنظر: الموقع الإلكتروني متوفر عليه الجهات الرسمية لبعض الدول من أجل تنفيذ أحكام التحكيم الدولية على أراضيها. تاريخ الزيارة: 25-03-2020 على الساعة 00:48 www.worldbank.org

[2] ذكره: **سي فضيل الحاج**، المرجع السابق، ص503.

واشنطن للدول بالدفع بحصانتها السيادية اتجاه تنفيذ أحكام تحكيم المركز[1] ،مما يتناقض مع الأهداف التي وضعت الإتفاقية من أجلها ، وان كانت الإتفاقية قد أعطت ضمانات أخرى للمستثمر الأجنبي في حالة رفض تنفيذ حكم التحكيم كاللجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولته طبقاً لنص المادة 27[2] من الاتفاقية.

كما أن الدفع بالحصانة السيادية ضد تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز هو أمر منتقد لعدة أسباب وهو أن قبول الدول على التحكيم في المركز هو بمثابة تنازلها عن سيادتها بنظر هذا النوع من المنازعات المتعلقة بالاستثمار، كذلك أن الدفع بالحصانة ضد أحكام التحكيم الصادرة عن المركز يؤذي إلى التعارض مع مبدأ حسن في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ذلك أن اتفاق التحكيم باعتباره قضاء خاصا يستمد قوته الإلزامية من اتفاق التحكيم ومن مبدأ سلطان الإرادة.

أضف إلى ذلك أن تمسك دولة بالحصانة في هذه الحالة يتنافى مع التزاماتها كطرف في الإتفاقية ويجعل من الممكن توقيع الجزاءات عليها نتيجة إخلالها بالالتزامات المنصوص عليها في الإتفاقية، مما ينعكس على ذلك على علاقتها الدولية ومصالحها الحيوية، وبالأخص الاقتصادية منها. على تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر عنها ودون تأخير.

كذلك أكدت قواعد التحكيم لدى**CCI** فضلاً عما نصت عليه قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 2006 بنسختها المعدلة سنة ، في المادتين 35 و 36 منه، وما يميز اتفاقية واشنطن عن باقي الإتفاقيات الأخرى لا سيما اتفاقية نيويورك لعام 1958 هو أنها لا تربط بين التنفيذ وضرورة الحصول على الصيغة التنفيذية، فالحكم الصادر عن المركز نهائي وملزم للأطراف، وبالرغم من ذلك إلا أن حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي بصفة عامة سواء في ظل التحكيم الحر آو المؤسسي هو مؤطر قانونا سواء في ظل القانون الوطني أو الدولي، وبالرغم من أنه يخضع للاعتراف والتنفيذ إلا أن التشريعات الوطنية والدولية سمحت

[1] **سي فضيل الحاج** ،مرجع سابق ص 511.

[2] تنص **المادة 27 من الإتفاقية** على" لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تمنع الحماية الدبلوماسية أن ترفع قضية في خصوص أي نزاع متى إتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم....."

بمراجعته، و تصحيحه، سواء عند التنفيذ أو عند الطعن، وفق طرق الطعن المقررة في التشريع الوطني والدولي وفي التحكيم الحر والمؤسسي.

ونخلص إلى أن إتفاقية واشنطن قد تضمنت قواعد تؤكد على إلزامية الحكم التحكيمي الدولي، وإن هذا الحكم التحكيمي للمركز لا يخضع للرقابة الداخلية من طرف الجهة القضائية المختصة التي عينتها الدول المتعاقدة للتأكد من صح شروط الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، و يعتبر هذا من قبيل الإكتفاء الذاتي في مسألة الإعتراف بالحكم و ضمان تنفيذه على الرغم من الإمكانية المتاحة للدول في التمسك بالحصانة الدبلوماسية كما تم الإشارة إليه سابقاً.

الفرع الثاني:طرق الطعن فيأحكام التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار الدولي

بصدور الحكم التحكيمي، تنتهي خصومة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي ، وتبدأ بعد ذلك مرحلة ما بعد الحكم، وفيها يبرز موضوعان : الأول يتعلق بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، والثاني يخص طرق الطعن فيه إما بالبطلان أو الاستئناف أو الطعن بالنقض وتختلف هذه الطرق من التشريع الوطني الجزائري عنه في المقارن والدولي[1].

ويعرف الطعن بالحكم بأنه ":هجوم ايجابي بواسطة الطرف الخاسر بخصوص صلاحية حكم التحكيم الدولي، يعتمد على نصوص النظام القانوني المناسب، ويتخذ عدة أشكال"

أولا : طرق الطعن في التشريع الوطني والمقارن

تختلف طرق الطعن على أحكام المحكمين الصادرة في منازعات عقود الاستثمار الدولي من تشريع لآخر، ومن التحكيم الحر عنه في المؤسسي، وحسب الإحالة إليه من طرف عقد الاستثمار الدولي أو من التشريع الوطني أو الدولي، حيث أن هناك بعض التشريعات اتجهت إلى إخضاع

[1] **حيثالة معمر،سي فضيل الحاج**، طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)،مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية،عدد15،جانفي 2016،ص94.

أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية كالتشريع القطري في قانون المرافعات المدنية والتجارية لعام 1991 ، والإماراتي لعام 1997 ، واللذان يجيزان الطعن بالاستئناف لمن صدر حكم التحكيم ضده

وتوجد بعض التشريعات ومنها التشريع الوطني الجزائري فرقت في طرق الطعن بين ما إذا كان التحكيم داخلياً وبين ما إذا كان التحكيم دولياً، واختلفت في طريقة الطعن في كليهما، فبخصوص المشرع الوطني فقد ميز من حيث طرق الطعن بين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، وأحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الإقليم الجزائري.

1 -حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر: إن المشرع لم يسمح بإقامة دعوى البطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، فلا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، وجعله قابل للطعن غير المباشر عند التنفيذ عن طريق الاستئناف في الأوامر المتعلقة بالاعتراف أو التنفيذ[1]، وعليه فالأمر القاضي برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائر يقبل الاستئناف، لكن هذا الأخير(الاستئناف) ليست محددة أسبابه حصرا، مثل الأمر القضائي الذي يعطي صيغة التنفيذ أو الاعتراف بحكم تحكيمي دولي خارج الجزائر، والذي هو قابلاً للاستئناف كذلك لكن ضمن الحالات المحددة على سبيل الحصر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي ذكرتها المادة 1056[2]

2 -حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر: إن الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان بعكس الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر

---

[1] نص المادة **1055من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08**التي تنص على :" يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف".

[2] تنص **المادة 1056** على "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :

-1 إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية.

-2 إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون .

-3 إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

-4 إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .

-5 إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

-6 إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

الذي لا يقبل الطعن بالبطلان،و هذا ما نصت عايه المادة 1056 من ق.إ.م.إ الجزائري[1]، وعليه فالطعن في أحكام التحكيم الدولي وفق التشريع الوطني الجزائري الصادرة في المنازعة الاستثمارية إذا ما تم الإحالة إليه وفق مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاستثمار أو وفق التشريع الوطني أو الدولي، يكون بالطرق التالية:

أ –الطعن بالاستئناف: أخضع المشرع الجزائري الطعن بالاستئناف والطعن بالبطلان لنفس الأسباب والحالات التي يبنى عليها الطعن، وهنا يجب أن نميز بين مسألتين :الأولى هي الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي، والثانية تتمثل في الحكم التحكيمي التجاري الدولي في حد ذاته كقرار تحكيمي دولي، لاختلاف أحكام الاستئناف والبطلان في كليهما.

ويكون الطعن بالاستئناف ضد الأمر الصادر من الجهة القضائية سواء تضمن الأمر بالاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر أو رفضهما، وهذا ما نصت عليه المادة :1055 من القانون رقم :09/08 ، وعددت المادة 1056الحالات التي أن يبنى عليها الاستئناف.

وتجدر الإشارة أن هذه الحالات الستة المذكورة، جاءت على سبيل الحصر.

أ–1 التحكيم بدون اتفاقية تحكيم :يعد اتفاق التحكيم من بين الأسباب التي يستند إليه الأطراف في طلب البطلان لحكم التحكيم الدولي، فإذا ادعى أحد الأطراف عدم وجود هذا الاتفاق ولم يستطع الطرف الأخر إثبات وجود شرط التحكيم في العقد أو وجود مشارطة للتحكيم بين الطرفين توجَ ب على القاضي مراقبة وتفحص هذا الحكم من أجل التثبت قبل إبطاله، وقد يكون الحال أن يكون الطرفان قد عينا في الاتفاق خبيرا أو وسيطا وليس محكما، ويمكن أن يثار هذا الدفع في

[1] المفارقة بين ما جاءت به **المادة 1056 من ق.إ.م.إ الجزائري** و مضمون ما جاءت به إتفاقية واشنطن من أسباب لرفض الإعتراف و التنفيذ للحكم التحكيمي، نجد أن هناك تطابقاً بين الأسباب، إلا أن المشرع الجزائري بدل أن يضع هذه الأسباب كشروط لرفض الإعتراف و التنفيذ، نجده قد أدرجها تحت عنوان طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي.

حالة وجود اتفاق تحكيم في عقد ضمن مجموعة عقود متتالية ونشأ خلاف حول استقلالية هذه العقود من عدمها، إلى غير ذلك من الحالات التي يثار فيها لُبْس من وجود اتفاق للتحكيم من عدمه[1].

عدم وجود اتفاقية تحكيم نصت عليه العديد من القوانين مثل القانون اللبناني في المادة 800 من قانون أصول المحاكمات .أو القانون المصري في المادة 1/53 وتصدى القضاء المصري للعديد من النزاعات التحكيمية المتعلقة بعدم اشتمال الحكم على وثيقة التحكيم كما هو الحال في القضية رقم 10635 والذي جاء في منطوقها ما يلي" إذ كان الثابت من حكم التحكيم موضوع التداعى أن مدوناته قد خلت من إيراد نصوص اتفاق التحكيم، ومن ثم فإنه يكون قد جاء باطلا ، ولا ينال من ذلك ما أورده الحكم المطعون فيه بأسبابه من اكتمال إيراد هذا الاتفاق بإرفاقه مع حكم التحكيم حسبما أشار إلى ذلك قرار تصحيح هيئة التحكيم لحكمها وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى مع ذلك برفض دعوى الطاعنة ببطلان حكم التحكيم، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.[2]"

أ-2 التحكيم بناء على اتفاقية باطلة:المسألة الثانية التي يتوجب على القاضي مراقبتها هي صحة اتفاقية التحكيم، ولم يحدد المشرع الجزائري في قانون التحكيم سببا معينا لبطلان اتفاقية التحكيم، ما يفتح الباب أمام تطبيق القواعد العامة للعقد بصفة عامة، فقد تبطل اتفاقية التحكيم إذا لم تتوافر فيها كافة الأركان اللازمة لصحة انعقاد العقود من رضا وأهلية ومحل وسبب وشكلية.

فلابد أن تكون إرادة الأطراف خالية من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، بالإضافة إلى مشروعية المحل و السبب.

و هناك أسباب أخرى تؤدي إلى إبطال اتفاقية التحكيم والتي جاءت في نص المادة 1006 ق إ م إ، التي تمنع اللجوء للتحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم والأشخاص المعنوية إلا في معاملاتها التجارية.

---

[1] **قبايلي محمد**، تدخلات القاضي الجزائري في الخصومة التحكيمية التجارية، مذكرة دكتوراه تخصص قانون الأعمال،كلية الحقوق، جامعة الجزائر2017/2016، ص350.

[2] انظر **قرار محكمة النقض المصرية**، الطعن رقم 10635 لسنة 76 جلسة 27/02/2007 س58ص237 ق، 40البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية تاريخ الزيارة: 26-03-2020 على الساعة :00:58 : www.cc.gov.eg

كما نصت المواد 1008 و 1012 من نفس القانون على بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا، وإذا لم يتضمن أسماء المحكمين أو طريقة تعينهم، وإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم موضوع النزاع ، هذا في حالة ما إذا كان الأطراف قد اختاروا تطبيق القانون الجزائري للفصل في النزاع. وعلى العموم تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي أقرها القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1].

وإذا لم يتفق الأطراف على أي قانون وسكتت إرادة الأطراف صراحة، أو ضمنا عن بيان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فلا مناص من الرجوع إلى قانون الدولة التي اتخذت فيها الإجراءات.

أ-3 انقضاء مدة التحكيم:الأمر الأخر الذي على القاضي أن يتفحصه هو التأكد من صدور الحكم التحكيمي في الأجل الإتفاقي الذي حدده الأطراف أو الأجل القانوني الذي نص عليه القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

وبالتركيز على القانون الجزائري للتحكيم نجد أن المشرع قد نص في المادة1018 ق إ م إ، على أنه ":يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنهائه، وفى هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أومن تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف ، وفى حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفى غياب ذلك يتم من طرف المحكمة المختصة."

وفى الواقع العملي نقول أنه يصعب على الأطراف تحديد مدة لإنهاء المحكمين لعملهم، فلذلك نجد أنه من النادر أن يشتمل عقد التحكيم على مدة معينة بانتهائها يصدر الحكم التحكيمي، ولكن ما يحدث هو الإحالة إلى نظام تحكيمي أو إلى قانون تحكيمي يتضمنان مدة لإنهاء التحكيم وإصدار

[1] تنص **الفقرة الثانية من المادة 1040 من ق ا م ا، الجزائري** على انه " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره"...

الحكم فإذا انتهت هذه المدة ولم يفصل المحكمون في نزاع الحكم إلا بعد مرورها فإن الحكم يمكن أن يطعن فيه بالبطلان[1].

نشير هنا إلى انه يمكن تمديد هذه المدة بأمر من رئيس المحطمة المختصة إذا طلب منه ذلك ، و هذه في إطار دوره المساعد للتحكيم ، وفقا للإجراءات و الشروط المنصوص عليها في المادة 1048 من ق ا م ا ج .

أ-4 إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعين المحكم الوحيد مخالفا للقانون:أكد المشرع الجزائري على ضرورة قبول المحكم أو المحكمون بالقيام بالمهمة الموكلة إليهم، وضرورة إعلام الأطراف في حالة وجود سبب من أسباب الرد، وأنه لا يجوز لهم في هذه الحالة مباشرة عملهم إلا بموافقة جميع الأطراف وفقا لنص المادة 1015 ق إ م إ . بالإضافة لذلك أوجبت المادة 1017 من نفس القانون أن يكون تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو مجموعة من المحكمين شرط أن يكون عددهم وترا. وعليه يمكننا أن نميز حالتين:

الحالة الأولى[2] :هي حالة ما إذا كان هناك عيب في تشكيل محكمة التحكيم كأن يصدر

الحكم عن هيئة مشكلة من عدد زوجي، وبالتالي يقبل الحكم الطعن بالبطلان.

الحالة الثانية :هي حالة ما إذا كان هناك عيب في تعيين محكم معين ، كعدم توافر فيه الشروط القانونية اللازمة لتوليه المهمة التحكيمية كالأهلية أو كان محروما من حقوقه المدنية أو لا تتوفر فيه عنصري الحيدة والاستقلالية، أو لم تتوفر فيه الشروط الإتفاقية كشرط الجنسية وشرط تمتعه بمؤهلات معينة[3].

---

[1] **قبايلي محمد**، مرجع سابق ،ص353.

[2] للمزيد من المعلومات أنظر: **لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار**، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامع ، الإسكندرية، ط1، 2010،ص326.

[3] **لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار**، نفس المرجع ،ص326.

أ-5 عدم مراعاة مبدأ الوجاهية:من المبادئ الأساسية للقضاء احترام حق الدفاع ومبدأ الوجاهية وهذين المبدأين الهامين يعتبران ضمانة أساسية لسلامة أي تقاض وأي حكم يصدر في النزاع، فهما يُمَكِنان الأطراف من الحضور وتقديم دفوعهم أثناء المرافعات الشفوية وتبادل المذكرات والاطلاع والرد على كل ما يحصل في القضية، ولقد حرصت الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وأنظمة المراكز والمؤسسات التحكيمية على إلزامية احترام هذا المبدأ.

وقد يحدث الإخلال بهذه المبادئ كأن تنتقل هيئة التحكيم للمعاينة دون تبليغ الأطراف وحضورهم، أو أن تُعين خبيرا بغير علمهم وهذا يحول دون مناقشتهم لتقرير هذه الخبرة، بالإضافة إلى إجراء المرافعات دون حضور أحد الأطراف لأنه لم يبلغ تبليغا رسميا بموعد الجلسة، ويرى الكثير من فقهاء القانون أن الإخلال بمبدأ الوجاهية يعد من أبرز الأسباب التي يمكن أن يستند إليها الخصوم في رفع دعوى البطلان، وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض الجزائرية في قرارها رقم 838445 في النزاع بين مؤسسة تحويل للغرب *STCO*، ومؤسسة روبلاك باناما والذي فصلت فيه على النحوي الآتي :" حيث طعنت شركة تحويل الحبوب للغرب للغرب *stco* شركة ذات المسؤولية محدودة الكائن مقرها بسيق بتاريخ 2 فيفري 2012 في القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 17 أكتوبر 2010 تحت رقم 10/0789 فهرس 10/02790 و القاضي:

في الشكل :قبول الاستئناف

وفي الموضوع :تأييد الحكم المستأنف والقاضي:

1-بالاعتراف بقرار التحكيم الصادر في مادة التحكيم الدولي وتنفيذه بالتراب الوطني قرار التحكيم رقم806 /13 الصادر بتاريخ 2009/06/30 عن غرفة التحطيم غافتا بلندن الخاصة بجمعية تجارة البذور والتغذية في شأن التحكيم الذي جرى بين شركة روبلاك باناما الكائن مقرها بجمهورية باناما باعتبارها البائع المدعية وشركة تحويل الحبوب للغرب الكائن مقرها بحي الشهداء وهران – الجزائر، باعتبارها المشتري المدعى عليها.

2-تبليغ هذا الأمر للمحكوم عليها بموجب التحكيم وفقا لمقتضيات أحكام المادتين 1057و 1059من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتقيدا بأحكام المادتين1056 و 1060 من نفس القانون.

3-الإذن لأمين الضبط بتسليم نسخة رسمية من قرار التحكيم ممهور بالصيغة التنفيذية حيث أثارت الطاعنة ستة أوجه الطعن.

حيث قدمت المطعون ضدها مذكرة رد ترمي إلى عدم قبول الطعن شكلا لعدم ذكر الأوجه التي بني عليها الطعن وفي الموضوع رفض الطعن لعدم التأسيس.

وعليه فإن المحكمة العليا.

حيث إن الطعن بالنقض استوفى الأشكال والآجال القانونية فهو مقبول شكلا.

عن الوجه الأول :المأخوذ من القصور في التسبيب طبقا للمادة 10/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدعوى أن الطاعنة تقدمت بدفعين الأول متعلق بانعدام وجود اتفاقية تحكيم والثاني مرتكز على عدم احترام مبدأ الوجاهية في التحكيم وأن قضاة الموضوع لم يعيدوا ذكر الطلبات الموجودة في عريضة الاستئناف ولم يناقشوها ولم يجيبوا عنها لا بالقبول ولا بالرفض وذلك ما يشكل قصورا في التسبيب ينجر عنه نقض وإبطال القرار المنتقد، حيث إنه فعلا فإن القرار المطعون فيه على الرغم من أن الطاعنة أثارت دفعا يتعلق بعدم الوجاهية في التحكيم الذي جرى بينها وبين المطعون ضدها تحت جمعية تجارة البذور غافتا بلندن ذكر في حيثياته أن الأمر المستأنف عاين الشروط المتوافرة في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي من بينها وجوب مراعاة مبدأ الوجاهية في التحكيم ومن ثمة قبل الاستئناف وأيد الأمر المستأنف، غير أنه بالرجوع إلى هذا الأخير لا يظهر للمحكمة العليا أنه عاين مبدأ الوجاهية في حكم التحكيم طبقا للمادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بذلك يشكل فعلا قصورا في التسبيب ويؤدي إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه لقصور التسبيب دون الحاجة إلى

مناقشة باقي الأوجه، حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق المطعون ضدها طبقا للمادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية."[1]

أ-6 فصل هيئة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها: إن السلطة التي تخول للمحكم أو المحكمين إصدار حكمهم في النزاع تجد سندها في اتفاق الأطراف، وعليه فإن المحكمين ملزمون بالحدود أو لضوابط المنصوص عليها في هذا الاتفاق ، ولقد أصاب المشرع الجزائري عندما أدرج هذه الحالة ضمن حالات البطلان لأن أساس التحكيم في الدرجة الأولى هو اتفاق الأطراف فإذا اتجهت إرادتهم للتحكيم في نزاع معين فلا يجدر بهيئة التحكيم أن تفصل في موضوعات ومسائل لم يشملها محل النزاع أو أن تغفل في الفصل في طلب أو أكثر من طلبات الخصوم.

ونشير للتوضيح أن تحديد المهمة في اتفاقية التحكيم يكون ممكنا في مشارطة التحكيم إلا أنه غير ممكن بالنسبة لشرط التحكيم لأن هذا الأخير ينعقد قبل حدوث النزاع.

و من خلال المواد 1008 و 1012 ق إ م إ. وعدم قيام هيئة التحكيم بعملها في حدود المهمة المسندة إليها يعرض حكمها للبطلان إذا أثاره أحد الخصوم، وقد يكون هذا الإبطال كليا أو جزئيا.

وبهذا الصدد فقد أبْطلتْ محكمة استئناف باريس حكم هيئة التحكيم الذي قضى بتحديد بداية حساب الفوائد التأخيرية في تاريخ سابق على ذلك الذي تمسك به المدعي. وكذلك ببطلان حكم تحكيم فصل في الحقوق العقارية لأحد الأطراف في حين كانت المهمة المسندة إليه مقصورة على تحديد مآل النظام القانوني للشركة.

أ-7 **انعدام التسبيب أو التناقض فيه:** المقصود بالتسبيب هو تبيان الحجج والأدلة الواقعية والقانونية التي أسست واعتمدت عليها محكمة التحكيم في إصدار حكمها، والتسبيب هو عنوان العدالة والثقة واحترام للأطراف ولحقوق الدفاع.

[1] **قرار المحكمة العليا**، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 838445 ، بتاريخ 2013/04/04،مجلة المحكمة العليا ،العدد الأول 2013، ص210.

وقد جعل المشرع الجزائري التسبيب من أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، فلابدَ أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة، وهذا حتى يقتنع الأطراف بعدالة هذا الحكم بالإضافة إلى إمكانية الرقابة على هذا الحكم من خلال التسبيب وهذا بدوره يجعل هيئة التحكيم أشد حرصا ودقة عند إصدارها للحكم.

وتنقسم القوانين الوطنية بين مُوجِب للتسبيب كالقانون الفرنسي واللبناني، وبين غير ملزم لها كالقانون الإنجليزي والأمريكي، وقد نصت المادة32 من القانون النموذجي على تسبيب الحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ومما أكدت عليه المادة1056 ق إ م إ، هو ليس فقط عدم وجود الأسباب في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر ولكن يجب أن تكون هذه الأسباب غير متناقضة فيما بينها مما يضفي غموضا على مصداقية الحكم الفاصل في الن ا زع، وهذا التناقض في الأسباب قد يفسر على أن المُحَكم قد استند إلى قواعد قانونية مختلفة.

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا بشدة هو :ما مصير الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر والذي تم إخضاعه إلى قانون أجنبي وكان هذا القانون لا يوجب على هيئة التحكيم تسبيب حكمها؟

لقد سكت المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة ونتمنى أن يتداركها في التعديلات القادمة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبخصوص تناقض الأسباب أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها بتاريخ16 جوان 1976 إلى أن تناقض الأسباب يكيف على أنه خُلُو من الأسباب، وهو أقرب إلى الصواب لأن تضاد الأسباب يعدم بعضها البعض.

أ-8 مخالفة الحكم للنظام العام الدولي:يمكن للقاضي أن يتدخل تلقائيا في هذه الحالة لبسط رقابته على الحكم التحكيمي بغض النظر عما أثاره الطاعن، على اعتبار أن تدخله هو تدخل لحماية النظام العام الدولي، سواء كان ذلك بمناسبة طلب استصدار الامر بالتنفيذ أو بمناسبة الطعن بالبطلان ،وهذه الحالة تعد من بين أهم حالات البطلان التي نص عليها المشرع في المادة

1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص فكرة النظام العام الدولي التي اعتمدها القانون الجزائري في إبطال حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، متأثرا بموقف القانون الفرنسي على اعتبار اخده بفكرة الرقابة على حكم التحكيم من زاوية النظام العام التقليدي بمفهوم القانون الداخلي البحث [1]فهي فكرة تقوم على نضام شامل لكل الأنظمة العامة للدول والمصالح العليا للمجموعة الدولية.

وبالرغم من خطورة فكرة النظام العام الدولي إلا أن المشرع الجزائري تمسك بها في إبطال أحكام التحكيم الدولية، مما قد يسهم في تلاشي فكرة النظام العام الوطني الذي هو أساس هوية وكيان الدولة وبالتالي يؤدى إلى التضحية بالمصالح العليا لها.

على أنه وعلى العكس من ذلك فإن المشرع المصري نص في المادة53 يقضى ببطلان حكم التحكيم الدولي إذا ما تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .وهو ما يتوافق مع ما أشارت إليه المادة 05 من القانون النموذجي للتحكيم، التي تجيز رفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام إذا كان مخالفا للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيه.

ونصت المادة :2/1058 ، من نفس القانون على أنه ":لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه."

وقد تباينت التشريعات الوطنية واختلفت في تحديدها للحالات التي يجوز بموجبها الطعن ببطلان حكم التحكيم، بين موسع فيها وبين مضيق لها كل حسب نظرته وفلسفته اتجاه التحكيم، وهناك من القوانين ما لا يضع أسبابا محددة للبطلان كالتشريع الإنجليزي مثلا، مما يترك السلطة التقديرية للقاضي في قبول أو عدم قبول الطعن بالبطلان[2].

[1] **طيب قبايلي – كريم تعويلت**، المرجع السابق، ص125.

[2] **قبايلي محمد**، مرجع سابق، ص349.

وبالرجوع إلى نص المادتان :1056 و 1058 الفقرة الثانية، نستنتج أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر بالجزائر، لا يقبل أي طعن ما عدا الطعن بالبطلان، فالمشرع الجزائري لم يذكر مصطلح الاعتراف في المادة :2/1058.

وبالتالي يفهم بأن أمر التنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر بالجزائر هو الذي لا يقبل الاستئناف ويقبل الطعن بالبطلان، في حين أن الأمر بالاعتراف بالحكم التحكيمي سواء الصادر في الجزائر أو خارجها، هو الذي يمكن أن يخضع للاستئناف، أو ربما أن المشرع الجزائري يكون قد أدمج المصطلحين في نفس المعنى التنفيذ أو الاعتراف، أو أغفل إدراج مصطلح الاعتراف سهواً في الفقرة الثانية من نص المادة :1058.

و يرفع الطعن بالاستئناف ضد الأمر الرافض أو المؤيد للاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه خلال شهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ للحكم التجاري الدولي[1].

ب –الطعن بالبطلان:نص المشرع الجزائري على طلب بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة في الجزائر، بعكس الأحكام التحكيمية الصادرة خارج الوطن، وهذا وفق ما نص المادة : 1056 من قانون الإجراءات المدنية ، والذي يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه بما أن المشرع الجزائري لم يخصه بإجراءات خاصة،إضافة لذلك يقبل الطعن خلال شهر من خلال تاريخ النطق بحكم التحكيم، أو خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، كما للطعن ببطلان حكم التحكيم التجاري الدولي أثر موقف لتنفيذه كما أن القرار الصادر فيه قابل للطعن بالنفض، ويلاحظ أن المشرع

[1] تنص **المادة 1057 من ق ا م ا ج** على : "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال اجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة .

الجزائري وحد حالات الطعن بالاستئناف وحالات الطعن بالبطلان[1] وكذلك الإجراءات المتبعة لرفع الطعن وحتى المحكمة المختصة والمواعيد[2].

ج –**الطعن بالنقض:**أعطى المشرع الجزائري أطراف الخصومة التحكيمية الدولية إمكانية الطعن بالنقض في الحكم التحكيمي وذلك في الحكم الصادر بطلب بطلان حكم التحكيم، أو في القرار الصادر في استئناف حكم الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، وتكون المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص، وفقاً للأحكام المنظمة للطعن بالنقض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يشير إلى الأوجه التي يمكن أن يؤسس عليها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في المادة :1061[3] ، وبالرغم من سكوت المشرع إلا أنه يمكننا الاستنتاج بأن الأوجه التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة :358[4] هي التي سنأخذ بها، ما داما الطعن بالنقض موجه لقرارات قضائية صادرة من مجالس مختصة داخل الجزائر

وقد أخذ المشرع الفرنسي كذلك بهذه التفرقة مبرزا التمييز بين التحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي، حيث يفرق بين حكم التحكيم الدولي الصادر بفرنسا، وحكم التحكيم الدولي الصادر خارج فرنسا مثل ما فعله المشرع الجزائري، فلا يجيز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج فرنسا مباشرة، وإنما تتم مراقبته بطريقة غير مباشرة عن طريق الطعن بالاستئناف في الأوامر المتعلقة بالتنفيذ، وهذا بعكس حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في فرنسا، فهو قابل للبطلان وهذا ما نصت عليه المادة :1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، أما حالات البطلان والتي يبنى عليها الطعن فنصت عليها المادة 1520 من نفس القانون.

وتجدر الإشارة أن حالات البطلان هي نفس الحالات التي يؤسس عليها الاستئناف، وفق ما نصت ، حيث أن التشريع الفرنسي وحد حالات) عليه المادة :1522 الفقرة الثانية التي أحالتنا

[1] **المادتان 1056 و 1058 الفقرة 1 من قانون09 / 08 .**

[2] **المواد 1060 – 1059 – 1057 من قانون09 / 08 .**

[3] **تنص المادة 1061** على:"تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض.

[4] **عددت المادة 358**من قانون الإجراءات المدنيةوالإدارية18 وجها من الأوجه التي يمكن أن يبنى عليها الطعن بالنقض.

على المادة :1520 البطلان والاستئناف مثل فعله المشرع الجزائري في المادة :1056 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري السالفة الذكر، إلا أن المشرع الجزائري أضاف حالة أخرى، وهي حالة إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب، فهذه الحالة غير موجودة في التشريع الفرنسي وانفرد بها التشريع الجزائري، وحالات البطلان وردت في نص المادة1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كما يلي:

L'article: 1520

Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1- Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent : ou

2- Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué : ou

3- Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée : ou

4- Le principe de la contradiction n'a pas été respecté : ou

5- La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

ومن حيث الجهة التي تنظر الاستئناف المرفوع ضد الأمر المؤيد للاعتراف أو التنفيذ في التشريع الفرنسي، فنجد المادة[1] :1525 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تخول الاختصاص لنفس المحكمة التي نظرت في أمر التنفيذ أو الاعتراف وهي محكمة الاستئناف، على غرار المشرع الجزائري حيث نص في المادة :1057 كما سبقت الإشارة إليه أن الطعن بالاستئناف يرفع أمام المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاص المحكمة التي أصدرت أمر التأييد أو الرفض للاعتراف أو التنفيذ للحكم التجاري الدولي الصادر عن محكمة التحكيم.

وفيما يخص ميعاد رفع الاستئناف فهو شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي الدولي، وفق المادتان :1523 و 1525 من قانون

[1] **Art:1525**:« La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel.
L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.
Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue de l'exequatur.
La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article *1520*».

الإجراءات المدنية الفرنسي، وهو نفس الميعاد الذي كرسه المشرع الجزائري في المادة :1057 من قانون الإجراءات المدنية الجزائر.

ولقد حصن قانون التحكيم المصري لسنة 1994 أحكام التحكيم، ضد طرق الطعن المعروفة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والإدارية، وجعلها نهائية لا يجوز الطعن فيها إلا بالبطلان، وفق الحالات التي نصت عليها المادة :1/53 من قانون 1994 :المتعلق بالتحكيم المصري، وبذلك يكون المشرع المصري قد خالف المشرع الجزائري والفرنسي، مما يطرح إشكالية مدى توفيق المشرع المصري في هذا الاتجاه الذي أنتهجه في ظل النقد الموجه له من طرف الفقه.

حيث بالرجوع إلى أحكام القانون المصري، نجده فيما يخص ميعاد الطعن بالبطلان حدده بتسعين (90) يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، وهو نفس الميعاد الذي نص عليه قانون اليونيسترال المحدد ب ثلاثة أشهر، والجهة المختصة بنظره محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في القاهرة، أضف إلى ذلك أن المشرع المصري وحسب أ ري المحامي الدكتور فتحي البطاينة من الأردن، أحسن صنعاً بتأكيده على أن رفع دعوى البطلان، لا يؤدي بقوة القانون إلى وقف تنفيذ حكم التحكيم، إلا إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى، هذا بخلاف التشريع الجزائري والفرنسي الذي أقر الأثر الموقف للطعن بالبطلان فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي بقوة القانون كما سبقت الإشارة إليه.

ويعد القانون المصري لعام 1994 بشأن التحكيم من قبيل هذه الأنظمة القانونية الموسعة لنطاق البطلان إذ منح المشرع المصري للقضاء المصري الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا كان التحكيم قد جرى في مصر بصدد منازعة دولية أو كان قد جرى في الخارج، وكان القانون المصري هو المطبق على إجراءات التحكيم بناءا على اتفاق الأطراف.

ثانيا: الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي طبقا لإتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار المنشئة للمركز الدوليICSID:

صادقت الجزائر على الإتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965 ، والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب المرسوم رقم 346/95المؤرخ في 30 أكتوبر1995[1]، وينقسم التحكيم من حيث تنظيمه إلى حر ومؤسسي، ويأخذ بنظر إلى معيار دوليته تحكيم دولي وتحكيم داخلي، وقد يأخذ التحكيم التجاري الدولي إحدى الصورتين :الأولى ما يطلق عليه بالتحكيم الخاص الذي يتولاه الأطراف ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات التي تطبق بشأن موضوع النزاع، والثانية التحكيم المؤسسي الذي أصبح متسقاً مع ظروف التجارة الدولية، مثل التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي يعد من قبيل التحكيم التجاري الدولي الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والتي تتضمن مجالاتها تداول الأموال والخدمات بين الحدود[2]. بيد أن الإتفاقية الدولية المنشئة للمركز، لم تحدد عمليات الاستثمار التي تختص بالمنازعة الناشئة عنها، حيث يذهب جانب من الفقه إلى التوسع في تفسير تلك العمليات، وتوسيع اختصاص المركز ليشمل المنازعات التي تدخل في جميع عقود الاستثمار وما به من عقود الاستيراد والتصدير، وعقود المقاولات وغيرها من العقود التجارية الدولية المرتبطة بها[3]، ولقد عالجت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز، طرق الطعن في أحكام التحكيم الصادرة عنه والمتمثلة في:

1- طلب تصحيح الحكم:تنص المادة 2/43 من الاتفاقية على ما يلي" **:بناء طلب أحد الخصوم الذي يقدم خلال خمسة وأربعين يوما من صدور الحكم، تستطيع المحكمة بعد إخطار الطرف الآخر، أن تفصل في أية مسألة تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيها عند إصدار حكمها، وكذلك أن تصحح أية أخطاء مادية واردة في الحكم، ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزء لا يتجزأ من**

[1] **المرسوم الرئاسي رقم346/95** المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى،مرجع سابق ذكره.

[2] **طه علي أحمد قاسم** ، مرجع سابق ، ص ص 457-458.

[3] **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص329.

الحكم، ويخطر به الخصوم بذات الأشكال المقررة لذلك .وتبدأ المدد المنصوص عليها بالمادة 11 2 / والمادة 2 / 12 تبدأ في السريان من تاريخ صدور الحكم".

وبالتالي فقد أجازت المادة ، طلب تصحيح ما وقع في الحكم من أخطاء، وذلك إذا توافرت الشروط التي جاءت بها المادة المشار إليها أعلاه، والتي تتمثل في ما يلي:

1 – أن يطلب أي من الخصوم ذلك .وبالتالي فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقوم بتصحيح الحكم من تلقاء نفسها، وإنما لا بد من أن يكون هناك طلب خطي من أحد الخصوم المتنازعة.

2 – أن يكون الخطأ ماديا، ويقصد بالخطأ المادي الخطأ في التعبير عن الارادة سواء اتخذت صورة خطأ كتابي أو حسابي، وعلى ذلك لا يعد من قبيل الأخطاء المادية التي تجيز تصحيح الحكم، الخطأ فيما يتعلق بتقدير الوقائع أو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم النزاع أو تفسيرها.

3 – أن يقدم طلب التصحيح خلال 45 يوما من تاريخ صدور الحكم الأصلي. وفي هذه الحالة ، تقوم هيئة التحكيم التي سبق لها وأن أصدرت الحكم الأصلي، بإبلاغ الطرف الآخر، بطلب تصحيح الحكم، ثم تنظر في هذا الطلب، ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزء لا يتجزأ من الحكم الأصلي[1] و يرفق معه.

ويبلغ به الخصوم بذات الكيفية التي يبلغون فيها بالحكم، والتي تتمثل في قيام السكرتير العام بإرسال لهم صورة معتمدة من الحكم المطابق، ويعتبر الحكم قد صدر في يوم إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم، ولأجل الحيلولة دون استغلال عملية التصحيح للمساس بالحكم، فقد حددت الاتفاقية ميعادا للطعن بإعادة النظر أو بالإلغاء، من تاريخ إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم.

[1] **عمر هاشم محمد صدقة**، المرجع السابق، ص 196.

2- طلب تفسير الحكم:أجازت المادة 51 من الاتفاقية على تقديم طلب لتفسير الحكم التحكيمي بنصها على :1- **إذا نشأ نزاع بين الأطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم فإنه يمكن للخصم صاحب الشأن، أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير الحكم.**

- ويعرض الطلب بقدر الإمكان على المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تفسيره .وإذا تعذر ذلك، تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقا للقسم الثاني من هذا الفصل، ويجوز للمحكمة متى قدّرت أن الظروف تتطلب ذلك أن تقرر وقف تنفيذ الحكم، إلى أن تفصل في طلب التفسير المعروض عليها".

وبالتالي يمكن لأي من أطراف النزاع أن يقدم طلباًللمحكمة التي أصدرت الحكم التحكيمي، من أجل تفسير معنى الحكم أو مضمونه، وهذا الطلب يكون كتابيا ويقدم للسكرتير العام للمركز، وإذا لم يتمكن طالب التفسير من اللجوء إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، فإنه يتم تشكيل محكمة جديدة بنفس الطريقة، التي شكلت بها المحكمة الأصلية، والتي نصت عليها الاتفاقية في المواد من 37 إلى 40 ، من الاتفاقية.

و المقصود بطلب تفسير الحكم، هو البحث في العناصر المكونة للحكم، وفقا لما يمليه المنطق ، ودون الاعتداد بإرادة المحكم، ولهذا فإنه ليس من الضروري أن يقوم بالتفسير ذات هيئة التحكيم، التي أصدرت الحكم المراد تفسيره[1].

وقد قررت الاتفاقية للمحكمة، في هذه الحالة أن تصدر قرارا بإيقاف تنفيذ الحكم، إيقافا مؤقتا إلى حين أن تتوصل المحكمة إلى قرار يفصل في هذا الطلب ، بحيث يملك الطرف صاحب طلب تفسير الحكم التحكيمي، المطالبة في أي وقت بإيقاف تنفيذ الحكم أو أحد أجزائه والمرتبطة بتفسير هذا الطلب[2].

[1] **خالد كمال عكاشة**، المرجع السابق، ص 415.

[2] **طه أحمد علي قاسم**، المرجع السابق، ص 496.

كما أنه للمحكمة إذا قدرت أن الظروف المحيطة بالطلب، تتطلب وقف تنفيذ الحكم، فإنها تأمر بتعليق تنفيذ الحكم لحين صدور قرارها النهائي، ويعلم السكرتير العام للمركز الأطراف بإيقاف التنفيذ، الذي يعد نافذا من تاريخ إرسال هذا الإعلان، وينتهي إيقاف تنفيذ حكم التحكيم بصورة تلقائية، من تاريخ صدور القرار النهائي في طلب التفسير[1].

3- طلب إعادة النظر في الحكم: تنص المادة 52 من اتفاقية واشنطن على ما يلي:

" **1- يجوز لكل من الأطراف أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إعادة النظر في الحكم، بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم، بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهورة قبل النطق بالحكم، من قبل كل من المحكمة والطرف طالب إعادة النظر في الحكم، بحيث أن تجاهلها لم يكن راجعا إلى خطأ الطالب.**

2- يجب أن يقدم طلب إعادة النظر خلال التسعين يوما التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة، وفي جميع الأحوال خلال السنوات الثلاث التالية لصدور الحكم.

3- ويجب أن يعرض الطلب بقدر الإمكان على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب إعادة النظر فيه، وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة ذلك تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقا للقسم الثاني من هذا الفصل.

4- ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن تقرر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب الخصم في صدد إعادة النظر وقف تنفيذ الحكم فإن التنفيذ يوقف مؤقتا حتى تفصل المحكمة في هذا الطلب".

فوفقا لنص المادة 52 فإنه قد أجازت لأي من الخصوم، التقدم إلى السكرتير العام للمركز، بطلب لإعادة النظر في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم، إذا ما توافرت الشروط التي تتطلبها المادة 52 من الاتفاقية.

[1] **خالد كمال عكاشة**، المرجع السابق، ص 415.

وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 52 الشروط التي يشترط توفرها لأجل تأسيس طلب إعادة النظر في الحكم، والمتمثلة في ظهور وقائع جديدة، لم تكن معلومة عند صدور الحكم، إلا أنه يشترط في هذه الوقائع حتى تكون سببا صحيحا، لطلب إعادة النظر في الحكم ما يلي:

– أن يكون من شأن الواقعة الجديدة التأثير في الحكم بشكل جوهري، بمعنى أنه لو تم العلم بها قبل صدور الحكم، لتغير مضمون الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة.

– أن تكون هذه الوقائع غير معلومة قبل النطق بالحكم من قبل المحكمة، وكذا الطرف طالب إعادة النظر في الحكم.

بمعنى أنه لو كانت الوقائع التي يبنى عليها طلب إعادة النظر، معلومة لدى المحكمة أو الطرف طالب إعادة النظر، فإن السكرتير العام أن يرفض طلب إعادة النظر .وعلى العموم فإن مسألة التثبيت من علم الطرف بها، من عدمه، هي من الأمور التي ترجع للسلطة التقديرية للمحكمة.

– أن لا تكون الواقعة الجديدة المبني عليها طلب إعادة النظر في الحكم، ترجع إلى خطأ جهل الطرف طالب إعادة النظر، أو لسبب عائد إلى تقصيره [1].

و يشترط في طلب إعادة النظر أن يشتمل على التاريخ، ويشار فيه إلى الحكم الذي يتعلق به أمر الإيداع، وتفصيلا عن الوقائع التي يتم اكتشافها والتي من شأنها التأثير بصورة حاسمة في الحكم.

و يجب تقديم طلب إعادة النظر إلى السكرتير العام خلال تسعين يوما من اكتشاف الواقعة وذلك وفقاً للمادة 51 من الاتفاقية ، وفي جميع الأحوال يجب تقديم هذا الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

إن عدم امتثال طالب إعادة النظر في الحكم للميعاد المحدد في نص المادة، يرتب سقوط حقه في طلب إعادة النظر، وأن العبرة في ذلك أن مدة الثلاث سنوات، هي مدة كافية لإعادة النظر في

[1] **لما أحمد كوجان**، المرجع السابق، ص 169.

الحكم، وليس من المعقول أن يبقى حكم التحكيم مهددا بالإلغاء إلى الأبد وذلك أخذا لمبدأ السرعة في التعامل.

وبحسب نص المادة 51 /3 ، فإنه بمجرد تقديم الطرف المعني لطلب إعادة النظر في الحكم إلى السكرتير العام، وتوفر كل الشروط ، يقوم السكرتير العام بإحالة الطلب إلى المحكمة، التي سبق وأن أصدرت الحكم التحكيمي، وفي حالة ما إذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة، وفقا للقسم الثاني من الفصل الرابع بناء على طلب الأطراف[1]، و من ثم تحقق أثر الموقف لتنفيذ الحكم التحكيمي، بحث أنه يجوز لمقدم الطلب، أن يطلب وقف تنفيذ الحكم مؤقتا، إلى حين صدور الحكم بشأن طلب إعادة النظر في الحكم، كما يمكن للمحكمة هي الأخرى أن تقرر وقف تنفيذ الحكم، بدون طلب منها، وذلك إذا قررت المحكمة أن الظروف المحيطة بالقضية تتطلب ذلك.

وعليه فإن طلب وقف تنفيذ الحكم، يجب أن يتم بمناسبة طلب إعادة النظر، بحيث لا يجوز للخصم طلب وقف التنفيذ مستقلاً عن طلب إعادة النظر ، ويتم وقف التنفيذ بقرار من المحكمة، سواء بناء على طلب أو من تلقاء نفسها، إذا ما توفرت الشروط السابقة، ومن الملاحظ في هذا الشأن أن قرار المحكمة لا يجوز الطعن فيه.

4- طلب إلغاء الحكم: إن المادة 52 من اتفاقية واشنطن تجيز للأطراف المتنازعة، الحق في تقديم طلب إبطال الحكم التحكيمي، الصادر عن محاكم المركز الدولي، بصدد تسوية النزاع القائم بينهم، وذلك بموجب تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز، و يمكن طلب الإبطال للحكم على أساس الأسباب الواردة في نص المادة 52 من الإتفاقية.

وتتجلى أهمية نظام الإلغاء في إطار اتفاقية واشنطن، في حصر نطاق هذا الطعن في إطار المركز الدولي ذاته، بمعنى في الاطار الدولي فقط، وبالتالي تستبعد كل امكانية لبطلان أحكام محاكم المركز، أمام القاضي الوطني، الأمر الذي لا تعرفه أنظمة التحكيم المؤسسي الأخرى.

[1] **خالد كمال عكاشة**، المرجع السابق، ص 417.

أ : أسباب طلب إلغاء الحكم: لقد عددت المادة 1/52 أسباب الإلغاء بشكل واضح وصريح تم تحديدها على سبيل الحصر وهي على النحو الآتي:

1- إذا لم تكوّن هيئة التحكيم بطريقة صحيحة، ويقصد بذلك عدم تكوين المحكمة وفقاً للقواعد التي نصت عليها الإتفاقية خاصة المواد 37-38-39-40 ، بحيث يجب أن تتكون من عدد فردي من المحكمين، الذي يعينون من القائمة التي أعدها المركز بأسماء المحكمين، والذين يكونون من دول غير دول الطرف في النزاع، والدولة المتعاقدة التي يكون أحد مواطنيها طرف في النزاع .

2- إذا تجاوزت هيئة التحكيم اختصاصها بشكل واضح، بحيث يتحقق ذلك في حالة مخالفة هيئة التحكيم للصلاحيات، والاختصاصات المخولة لها، في اتفاق التحكيم، كأن تتدخل للفصل في مسألة غير تلك المتفق عليها، أو كأن تطبق قواعد قانونية سبق وأن استبعدها الاتفاق صراحة.

3- إذا وقع تأثير غير مشروع على عضو من أعضاء هيئة التحكيم، كأن يثبت تلقي المحكم رشوة أو منفعة، من أحد الأطراف بغرض إصدار حكم لصالحه[1].

4- إذا لم تراعي المحكمة أحد القواعد الأساسية من قواعد الإجراءات ، حيث أن الإجراءات تلعب دورا هاما في سير محاكم التحكيم، والقضاء بصفة عامة، لذلك يجب مراعاتها لتفادي إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي.

5- إذا لم يكن الحكم التحكيمي مسبباً تسبيباً قانونياً قد بنيَ عليه الحكم التحكيمي، حيث يستطيع أطراف النزاع إلغاء الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدولي ، في حالة ما إذا شاب ذلك الحكم، قصورا في التسبيب، وهو جزاء تم التأكيد عليه نتيجة مخالفة المادة 3/48 من الاتفاقية، والتي تنص على " : **يجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسببا**".

[1] **لما أحمد كوجان**، المرجع السابق، ص 170.

فلا بد من أن يكون الحكم مؤسسا على أسباب تمكن المطلع على القضية، من تتبع الوقائع والقانون الذي استند عليه الحكم، بحيث تكون الأسباب مترابطة بعضها ببعض، وتؤدي في النهاية إلى النتيجة التي توصل إليها المحكم، وبالمقابل فإذا كانت الأسباب متناقضة وضعيفة أو غير مقنعة، ولا تحمل في طياتها الرد على ما يقدمه أطراف الدعوى، من طلبات ودفوع، فذلك يعد قصورا في بيان الأسباب التي بني عليها الحكم، الأمر الذي يستوجب إبطاله[1].

وقد تعددت دعاوى الإبطال المقدمة للمركز الدولي، والتي أبدت فيها اللجان المؤقتة المختصة، رأيها فيها، ومن أمثلة هذه الدعاوى نجد:

-Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Government of Guinea

قضية:

Maritime International Nominée et ablissement v. Republic of Guini :

فقد طرحت مسألة الاختصاص، وكذا مسألة التسبيب، حيث لم تنفذ حكومة غينيا التزاماتها تجاه شركة MINE المترتبة عن اتفاق الاستثمار بينهما، المتعلق بنشاط نقل، حيث قامت بابرام اتفاق سري مع شركة أخرى، فطرحت الشركة النزاع أمام هيئة التحكيم الأمريكية American » « Arbitration Association فطعنت حكومة غينيا في الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، الذي أدانها بتعويض الشركة بمبلغ يتجاوز 27 مليون دولار أمريكي، أمام المحكمة العليا الأمريكية على أساس أن الاختصاص يعود إلى المركز الدولي CIRDI ، بناء على اتفاق الاستثمار، كسبت الدعوى فتحول النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث أصدرت هيئة التحكيم حكما بتاريخ 06 جانفي 1988 ، فقضت فيه بمسؤولية غينيا، وألزمتها بالتعويض للشركة، فأقامت حكومة غينيا إجراءات إبطال الحكم استنادا لنص المادة **1/52 ه** التي تقضي بامكانية الطعن بالبطلان في حالة عدم تسبيب الحكم، وكذ نص المادة **3/48** من الاتفاقية، مؤكدة على أنه يتعين على محكمة التحكيم، أن تعالج كل مسألة طرحت أمامها، كما يتعين عليها تحديد الأسباب التي بنت

[1] **عطار نسيمة**، المرجع السابق، ص 410.

عليها حكمها، خاصة تلك التي تؤثر في الحكم، ورأت أن الحكم معرض للإبطال إذا كانت الأسباب تبدوا متناقضة أو متعارضة، حيث لا يقتصر التزام المحكمة على ذكر الأسباب التي تدعم النتيجة التي توصلت إليها، وإنما يمتد الأمر إلى ذكر الأسباب التي تدعوها لرفض أي حجج قدمت إليها.

ومما لا شك فيه أن اعتماد ما توصلت إليه اللجنة الخاصة بقضية MINE تؤدي إلى نتائج غير مطمئنة على فعالية تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث يمكن الاستناد إلى قاعدة عدم كفاية الأسباب، وهي قاعدة غير محددة المعالم، تسمح بالخوض في موضوع النزاع مرة أخرى، كما يمكن أن ترفع من عدد القرارات التي تتعرض للإبطال[1] .

ب : إجراءات الطعن بإلغاء الحكم التحكيمي: تمارس اجراءات الإلغاء أمام لجنة مؤقتة Ad hoc Committeeتشكل خصيصا لهذا الغرض، وهذه اللجنة بخلاف هيئة التحكيم، لا يمكن أن تشكل من قبل الأطراف، وإنما يتم تشكيلها بواسطة رئيس المجلس الإداري من ثلاثة أعضاء يشترط فيهم ما يلي:

1- أن يكونوا مدرجين في قائمة المحكمين التي إعتمدها المركز.

2- ألا يكون أحدهم من أعضاء الهئية التي أصدرت الحكم.

3- ألا يكون أحدهم منتميا لجنسية الدولة الطرف في النزاع، أو الدولة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع.

4- ألا يكون قد عين في قائمة المحكمين، بواسطة الدولة الطرف في النزاع، أو دولة المستثمر الطرف في النزاع.

5- ألا يكون أحدهم قد اشترك في القضية بصفته مستشارا.

[1] ذكرته: **عطار سمية**، المرجع السابق، ص412.

ج : أثر إلغاء الحكم التحكيمي: يترتب على الطعن بالإلغاء وقف تنفيذ الحكم، إلى حين صدور قرار المحكمة في الطعن، إذا ما ثبت وجود ظروف من شأنها أن تجعل من مواصلة التنفيذ، الوصول إلى حالة يتعذر معها العودة إلى الحالة التي كان عليها الأطراف قبل التنفيذ ، وهذا بحسب نص الفقرة الخامسة من المادة 52 من الاتفاقية. ويتم تقرير وقف تنفيذ الحكم، إما بقرار من اللجنة من تلقاء نفسها، وإما بناء على طلب من الطرف الطاعن في الحكم بالإلغاء.

كما حدد الإتفاقية في نص المادة 2/52 على ميعاد طلب الإلغاء إلى السكرتير العام و هو 120 يوماً من تاريخ صدور الحكم التحكيمي، وإستثناءاً يجوز تقديم الطلب خارج المدة في حالة ما إذا كان هناك فساد من طرف أحد المحكين، كتلقيه رشوة من أحد الأطراف المتنازعة ليكون الحكم لصالحه، على أن يقدم هذا الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

وبهذا نجد أن واحدة من أهم مميزات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، هي عدم إمكانية الإعتراض على الحكم التحكيمي أمام المحاكم الوطنية في الدول المتعاقدة الطرف في النزاع، ولكن هذه الأحكام تبقى قابلة للإبطال أمام لجنة خاصة تم إنشاؤها لهذا الغرض ومحكميها هم من قائمة المحكمين في المركز.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة يمكن أن نخلص إلى أن عقد الإستثمار الدولي، وإن كان يشوبه في البادئ نوع من الغموض بشأن تحديد ملامحه الأساسية، فإن الوقوف عند الحقيقة القانونية لهذا النوع من العقود لن يأتي إلا من خلال توضيح المقصود بهذا العقد الذي يتميز عن تلك العقود التي توصف بالدولية، والتي عادة ما يصطلح على تسميتها عقود التجارة الدولية التقليدية التي قد لا يتطلب لها أن يكون أحد أطرافها دولة، مع إختلاف مفهوم عقد الإستثمار الدولي لدى الفقه وعدم وجود عقد مسمى يمكن أن يطلق عليه عقد الإستثمار الدولي لا في التشريع الوطني ولا الدولي، كما تبين لنا أن عقد الإستثمار الدولي يثير العديد من المشاكل القانونية التي تتسم بالصعوبة والتعقيد، كون هناك تفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف العقد، فعقد الإستثمار الدولي يبرم بين طرفين غير متكافئين، دولة لها سيادة أو أحد أجهزتها التابعة لها، ومستثمر أجنبي لاسيادة له، قد يكون شخصاً طبيعياً أو إعتباري عامأو خاص قصدنقل القيم الاقتصادية.

كما تختلف هذه العقود عن باقي العقود الدولية الأخرى، بحيث أنها تنفرد بصفات لا تنطبق على سواها من العقود ولها طبيعة خاصة بها، فهي تجمع بين قواعد القانون العام والقانون الخاص مع إحترام مبدأين هما، سيادة المصلحة العامة في هذه العقود والإعتراف للدولة المضيفة للإستثمار بحقها في ممارسة سلطاتها التنظيمية.

وتخضع هذه العقود الدولية لقاعدة قانون الإرادة، وغالباً ما يقع إختيار الأطراف على قانون الدولة المضيفة، إذ أن وجود الدولة في العقد لا يؤثر فيه فهي تتعاقد بصفتها طرف عادي في العقد أي صاحبة المصلحة، حتى في حالة إختيار الأطراف لقواعد القانون الدولي أو لقواعد التجارة الدولية ليحكم هذه العقود أما في حالة السكوت فيرجع للمبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه العقود.

عقد الإستثمار الدولي كغيره من العقود الملزمة لجانبين، تحتمل حدوث منازعات سواء قبل تنفيذها أو أثناء التنفيذ أو بعده، بالرغم من العمل على إدراج آليات وقائية في العقد لتجنب المنازعة

والمحافظة على التوازن العقدي للعقد الدولي، فغالبية عقود الإستثمار الدولي أوجلها يدرج فيها على الأقل شرطان أساسيان، أولهما: إدراج شرط الثبات التشريعي الذي يثبت العلاقة التعاقدية بين الطرفين ويضمن عدم إستعمال الدولة لنفوذها، أما الشرط الثاني فهو إدراج شرط إعادة التفاوض والذي يحفظ للطرفين حقوقهما في حالة إستجدت أمور تستوجب إعادة التفاوض (قوة قاهرة مثلا)، بالإضافة إلى إدراج شرط كيفية تسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بمناسبة هذا العقد الدولي.

كما إستقر الفقه على إدراج مجموعة من الحلول تم تطبيقها في الكثير من القضايا التي عرضت على هيئات التحكيم الدولي في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق وهو استعمال بعض النظريات لتحديد القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي أو المحكم كنظرية التركيز التشريعي والتي يعطي فيها المشرع ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، ونظرية التركيز الموضوعي، التي يجتهد على أساسها المحكم أو القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز الرابطة العقدية وفق العناصر الموضوعية والظروف المحيطة بالعقد التي تتركز في الدولة المضيفة للإستثمار أي مكان تنفيذ العقد الدولي(قانون الدولة المضيفة للإستثمار).

إستقرت الممارسة العملية فيما يتعلق بحسم منازعات عقود الإستثمار الدولية على اللجوء إلى وسيلتين لحسم المنازعات، الأولى هي الوسائل الغير قضائية أو(الوسائل البديلة) وهي وسائل بسيطة وسريعة وأقل تكلفة من باقي الوسائل إلا أنها غير ملزمة للأطراف ، إلا إذا قبلوها وهي كالتوفيق، والوساطة وآلية المفاوضات ،وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في الكثير من الإتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بالحماية وتشجيع الإستثمار، أما الثانية فهي الوسائل القضائية وتتمحور في قضاء المحاكم الوطنية أو الدولية.

ويعتبر القضاء الوطني هو صاحب الإختصاص الأصيل في منازعات عقود الإستثمار وذلك لإتصاله بموضوع الإستثمار ولمبدأ السيادة الإقليمية، إلا أنه لا يُحبذ من قبل المستثمرين لعدة أسباب منها –:المدة الزمنية التي تستغرقها القضايا في ساحات المحاكم، الشك في حيدة القضاء الوطني من طرف المستثمر الأجنبي لتعلقه بمصلحة الدولة المستضيفة للإستثمار، إضافةً لإفتقار قضاة المحاكم الوطنية للخبرة الكافية في مثل هذه العقود الحديثة .وأقرت معظم التشريعات المقارنة

على غرار المشرع الجزائري إختصاص القضاء الوطني كأصل عام في فض المنازعات الناشئة عن عقد الإستثمار الدولي والإستثناء هم التحكيم الدولي، في حالة وجود بند في العقد يسمح باللجوء إليه،أو وجود إتفاقية دولية أبرمتها الدولة الجزائرية تجيز اللجوء إلى التحكيم الدولي (شرط التحكيم بالإحالة)، وفق ما نصت عليه المادة 12 من قانون ترقية الإستثمار 18/22 الجديد.

أما بالنسبة للقضاء الدولي كوسيلة لحسم منازعات الإستثمار فهو مشروط على فشل القضاء المحلي في توفير الحماية والعدالة الضرورية لحقوق المستثمر وذلك إذا ما إستخدمَت الدولة نفوذها كجهة صاحبة سيادة.

بالرغم من أهمية جميع الوسائل الأخرى في حسم منازعات عقود الإستثمار، إلا أن التحكيم الدولي مازال يمثل الوسيلة الأكثر قبولاً وطلباً لحسم منازعات عقود الإستثمار الدولية، مما دفع إلى تضمين شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم في معظم عقود الإستثمار الدولية في الأونة الأخيرة، إضافةً إلى ظهور هيئات التحكيم الخاصة والتحكيم المؤسسي في جميع أنحاء العالم، وبالفعل أثبت التحكيم قدرته الفائقة على حسم منازعات عقود الإستثمار الدولية بجدارة وبالأخص التحكيم المؤسسي تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار CIRDI أو غرفة التجارة الدولية بباريس CCI.

وجود توافق دولي ووطني بخصوص مسألة حجية حكم التحكيم التجاري الدولي وكذا الإعتراف به وتنفيذه، بموجب الأحكام الصادرة في منازعات عقود الإستثمار الدولية، وتباين في التشريعات الوطنية والدولية بخصوص مراجعة حكم التحكيم التجاري الدولي خصوصاً فيما يخص طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي.

إن التحكيم كطريق لحل المنازعات واقع لا مفر منه، إذ يبقى نظاماً يجب التعامل معه كأحد الضمانات لإستقطاب الاستثمارات الأجنبية، إلاّ أنه يجب في الوقت نفسه توجيه العناية اللازمة لمسألة التوفيق بين مصالح الأطراف المتنازعة، حيث لا يمكن لنظام التحكيم أن يعرف مستقبلا زاهراً ما لم يتم مراعاة طبيعة علاقات الإستثمار وخصوصية النزاعات الناجمة عنها.

وعلى ما تقدم يمكن ومن خلال الدراسة حول منازعات عقد الإستثمار الدولي ومنازعاته، يمكن تقديم مجموعة من التوصيات على النحو التالي:

*1 العمل قدر الإمكان على تفادي منازعات الإستثمار، ذلك أن لِأطراف العقد مصلحة حقيقية في السعي لتحقيق أهداف عقد الإستثمار الدولي.

*2 الإستعانة بأهل الإختصاص من القانونيين والإقتصاديين، عند تحرير عقد الإستثمار الدولي وصياغته وحتى المترجمين المعتمدين وذوي الخبرة، خاصة وأن معظم عقود الإستثمار الدولي يتم تحريرها باللغة الإنجليزية. وهذا ما يضفي نوعية حين إبرام عقد الإستثمار.

*3 يجب أن تتضمن عقود الإستثمار الدولية بنوداً واضحة عند تحديد إلتزامات الأطراف، بحيث تأتي هذه الإلتزامات محددة بدون لبس أو غموض لتجنب المنازعات التي يمكن أن تثيرها هذه العقود، خاصة الإتفاق على شروط خاصة التي تعترض تنفيذها مثل القوة القاهرة (وهو ما حصل سنة 2019 حين تفشي فيروس كورونا COVID-19 الذي أعتبر قوة قاهرة وما أثاره من مشاكل في تنفيذ العقود الدولية)، والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، بحيث يوضح البند الخاص بكل واحد من هذه الظروف حالاتها وشروط تطبيقها والآثار المترتبة عليها لحسم أية منازعة قد تثور بشأنها.

*4 على الدولة الجزائرية أن تحسن إختيار المحكمين المتمتعين بالكفاءة والحياد والاستقلال لضمان تسوية عادلة للنزاع، فضلا عن ضرورة حسن اختيار المحامون والوكلاء الذين يتمتعون بالدراية التامة للإجراءات المتبعة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وبأحكام إتفاقية واشنطن ولوائحها من أجل ضمان الدفاع عن حقوقه ومصالحه أمام محاكم التحكيم.

*5 العمل على إستقطاب وتوطين الرأس المال الوطني الموجود في الخارج وفتح المجال أمام الجالية الجزائرية للمساهمة في التنمية والإستثمار بتدعيم الإتصال وتبادل الأفكار مع المتعاملين العرب لرفع الحواجز والعراقيل التي تحول دون إستقطاب رؤوس الأموال الجزائرية المتواجدة بالخارج.

*6 بات من الضروري إصدار قوانين استثمارية خاصة بكل قطاع (الفلاحي، الصناعي، السياحي...إلخ) إقتداءاً بالدول الأكثر استقطاباً للإستثمارات ، خاصة وأن الجزائر تعرف عدم استقرار تشريعي رهيب ينفر المستثمرين الأجانب، تجنبا للوقوع في نزاعات بعد تعديل القوانين، فبسط يد السلطة التنفيذية على التشريع في المسائل التقنية والإجرائية الخاصة بالاستثمار لا يحفز الإستثمار الأجنبي، على عكس إصدار القوانين الاستثمارية الخاصة بكل قطاع بشكل مستقل مع إعطاء السلطة في ذلك للسلطة التشريعية.

*7 لابد من إصدار قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي مع إحاطت ه بتعديلات وإضافة نصوص قانونية لتنظم هذه الآلية بشكل واضح لا يدع مجالا للتأويل، والإجتهاد مع تشريع نصوص في ذات القانون تنظم آلية التوفيق كآلية قانونية لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية و هذا لضرورة انعكاس التزام الدولة أمام المجتمع الدولي في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية في القانون الوطني أو الداخلي، ومراهنة الدولة الجزائرية وخاصة في الوقت الحالي على استقطاب المزيد من التدفقات الاستثمارية الأجنبية.

وبعد فهذا جهدي، قمت به بحمد الله تعالى وتوفيقه وعلى قدر المستطاع وحسبي أنني لم أدخر جهداً، فإن كنت قد وفقت فمن الله وإن كنت قد أخطأت فمني ومن الشيطان وحسبي أن يكون لي أجر واحد وهو أجر المجتهد.

والله أسأل أن يتقبل هذا العمل بقبول حسن وأن يجعله ذخراً لنا يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلبٍ سليم " **لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَو أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ ۖ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآ ۚ أَنتَ مَوْلَىٰنَا فَٱنصُرْنَا عَلَى ٱلْقَوْمِ ٱلْكَٰفِرِينَ**".البقرة الآية 286.

تم بحمد الله وتوفيقه

ملحق رقم:01

قرار مجلس الدولة

الجزائري

ملحق رقم: 02

قائمة الدول الأعضاء

في مركز ICSID

ملحق رقم: 03

قائمة المحكمين الجزائريين

لدى ICSID

قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم.

I. المراجع باللغة العربية

أولا :المعاجـــم:

1) **أحمد حسن الزيات**، المعجم الوسيط، قام باخراجه مصطفى، ط2.

2) **الصحاح في اللغة العربية و العلوم**، دار الحضانة العربية، بيروت، لبنان.

3) **المعجم الوجيز**، مجمع اللغة العربية والعلوم، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، 1990.

4) **لسان العرب لمحمد بن علي بن حقبة بن منظور الانصاري الافريقي المصري** ، دار صابر، بيروت، لبنان.

5) **مجد الدين محمد بن يعقوب وزيادي** ، القاموس المحبط، مطبعة دار العلم للجميع، بيروت ، لبنان.

ثانيا :الكتب:

أ–المراجع العامة:

1) **أحمد أبو الوفا** ، الوسيط في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2002.

2) **أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص، الجنسية و المعاملة الدولية للأجانب، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001–2002.

3) **أحمد عبد الكريم سلامة** ، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى القاهرة، 2004.

4) **أحمد عبد الكريم سلامة** ، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1 ، 2000 .

5) **أحمد مخلوف**، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تاهيلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 2005.

6) **أسامة أبو الحسن مجاهد** ، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، مصر، 2012.

7) **أشرف عبد العليم الرفاعي** ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

8) **أمين شريط**، حق السيادة الدائنة على الثروات الطبيعية، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر.

9) **جمال محمود الكردي** ، القانون عقود بيع الأسلحة في النطاق الدولي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

10) **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة، الجزائر، 2016.

11) **حفيظة السيد الحداد**، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي،

12) **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب(تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007.

13) **حمزة أحمد حداد**، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1 ، 2007.

14) **خالد محمد القاضي**، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، ط1 ، القاهرة، 2002.

15) **خليفة عبد المنعم عبد العزيز**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

16) **زكريا الغزاوي**، مسطرة التحكيم دراسة مقارنة ،دار الأفاق المغربية، ط1،المغرب ،2019.

17) **زينب وحيد دحام**،الوسائل البديلة لحل النزاعات، مطبعة الثقافة،الطبعة الأولى أربيل،2012.

18) **سراج أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

19) سهيل حسين الفتلاوي ، النظام القانوني لعقد الإستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.

20) شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، أثر القوة القاهرة وال Hard ship على تنفيذ العقود الدولية، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة 1، الإمارات العربية المتحدة، 2010.

21) طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2008.

22) طيب قبايلي، كريم تعويلت،التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدية والإدارية ، دار بلقيس الجزائر، 2020.

23) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

24) عبد الاله المحبوب ، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، مطبعة الأمنية، الرباط ، المغرب ،2015.

25) عبد الحميد الأحدب ، آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية،بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي-الأوروبي في بيروت من 13-2001/2/15،ومنشور ضمن مؤلف بعنوان (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية-الأوروبية)،إعداد مركز الدراسات العربي-الأوروبي،ط1، 2001.

26) عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني،دار المعارف ، مصر،1998.

27) عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 نشاة المصارف الإسكندرية، 1995.

28) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

29) عبد الله العروي ، مفهوم الدولة، المركز الثقافي العربي، ط 09،الدار البيضاء، المغرب، 2011.

30) عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،. 1992 .

31) عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني (ماهيته، إجراءاته، آلياته، في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والمعاملات التجارية وحقوق الملكية الفكرية) ، دار الجامعة العربية الجديدة، ط 2009.

32) عطية عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكوني دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 1990.

33) علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

34) عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، ط 2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012.

35) عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، ط 3، دار هومه للنشر، الجزائر، 2016.

36) كامل عبده أحمد السيد عاشور ، السياسات الضريبية وأثرها على الاستثمار الأجنبي المباشر في الصين، المكتب العربي للمعارف، ط1، القاهرة، مصر، 2017.

37) كتاب سلسلة الوساطة، نحو إطار تشريعي للوساطة، مؤسسة التمويل الدولية، مجموعة البنك الدولي، 2016.

38) لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامع ، الإسكندرية، ط1، 2010.

39) ماهر كنج ومروان عوض ، المالية الدولية، العملات الأجنبية والمشتقات المالية بين النظرية والتطبيق ، معهد الدراسات المصرفية، عمان، الأردن، ط1، 2004.

40) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.

41) محمد إبراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م.

42) محمد سناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة.

43)**محمود سمير الشرقاوي**، التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ،2011.

44)**محمودي مسعود** ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2006.

45)**مختار أحمد يزيري**، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

46)**مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، ط 1، دار الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 1998.

47)**نبيل صقر**، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم :09/08 المؤرخ في25 فبراير2008،الخصومة ،التنفيذ ،التحكيم،دار الهدى ،ميلة ،الجزائر ،2008.

48) **هشام علي صادق** ، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، دون طبعة، سنة 2002.

ب-المراجع متخصصة:

1) **احمد إبراهيم عبد التواب** ، اتفاق التحكيم مفهومه، أركانه وشروطه، نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة.

2) **أحمد أبو الوفاء**، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية،1988 .

3) **أحمد عبد الكريم سلامة** ، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

4) **بشار مجمد الأسعد** ،عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة(ماهيتها-القانون الواجب التطبيق عليها-وسائل تسوية منازعاتها)،ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2006.

5) **بشار محمد الأسعد** ، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

6) **بشار محمد الأسعد** ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية(دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية)، ط1،منشورات حلبي الحقوقية ،لبنان ،2009.

7) **جعفر ديب المعاني** ، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2014.

8) **جلال محمدين** ،التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار ،دار الجمعة الجديدة ،الإسكندرية ،2001.

9) **حسان خضر** . الاستثمار الأجنبي المباشر، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، عدد 2004.

10)**حسين عبد العزيز عبد الله النجار** ،البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية "التحكيم و الوساطة و التوفيق "–دراسة مقارنة–،بدون دار النشر، الطبعة الأولى ،2014.

11)**حفيظة السيد الحداد**، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات حلي الحقوقية، ط1، بيروت، 2004.

12)**خالد كمال عكاشة** ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والإتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، ط 01، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2014.

13)**خالد ممدوح إبراهيم** ، إبرام العقد الإلكتروني(درا سة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

14)**خالد ممدوح إبراهيم** ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

15)**شيرزاد حميد هروري**، منازعات الإستثمار بين القضاء والتحكيم، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017.

16)**صلاح الدين جمال الدين**، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

17)**طه أحمد علي قاسم**، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية(دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2008.

18)**طه خالد إسماعيل**، النظام القانوني لعقود الاستثمار وآليات فض منازعاتها، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،2019.

19) **عبد الخالق الدحماني** ، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثماري في إطار التحكيم الدولي، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء ، المغرب، 2015.

20)**عبد الرزاق حمد حسين الجبوري** ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2014.

21)**عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الإستثمار في الدول العربية، ط 1،دار الثقافة للنشر،عمان ،الأردن،2017.

22) **عجة الجيلالي**، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار- الأنشطة العادية وقطاع المحروقات –دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2006.

23)**عصام الدين القصبي**، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 1991.

24)**عصام عبد الفتاح مطر** ، التحكيم الإلكتروني(ماهيته،إجراءاته آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية)،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

25)**عمر هاشم محمد صدقة** ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

26) **عيبوط محند وعلى**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر 2014.

27)**غسان عبيد محمد المعموري** ، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان ، 2015.

28)**قادري عبد العزيز**،الاستثمارات الدولية –التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات-، دار هومه، الجزائر ،2004 .

29)**لما أحمد كوجان** ،التحكيم في عقود الإستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ،2008.

30)**محمد أحمد عبد النعيم**، مدى إخلال آلية التوفيق الإجبارية بحق التقاضي، دراسة تحليلية انتقادية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

31)**مصلح أحمد الطراونة ، فاطمة الزهراء محمودي** ، التحكيم في منازعات الإستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي،الجزء الأول، نطاق إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار وائل للنشر، ط1،عمان، الأردن، 2013.

32)**معاوية عثمان الحداد** ، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، 2015.

33)**ممدوح عبد العزيز العنزي** ، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج– دراسة مقارنة–، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

34)**ميساء هشام السامرائي** ، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2018.

35) **هبة هزاع**، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2016.

36) **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008.

ثالثاً : أطروحات ورسائل.

أ– أطروحات الدكتوراه:

1) **أحمد المصطفى محمد صالح الصادق**، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة شندي، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، السودان، 2012.

2) **اشويطر معمر عبد المؤمن علي** ، تسوية منازعات الإستثمار طبقاً لإتفاقية واشنطن لعام 1965، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2019.

3) **أوسهلة عبد الرحيم** ، الآليات القانونية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم،تخصص قانون خاص ،فرع قانون الاقتصادي، جامعة جيلالي ليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.

4) **باسود عبد المالك** ، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه في القانون العامة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014.

5) **رحمان أمينة**، النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019-2020.

6) **رضوان ربيعة**، فض المنازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم رسالة دكتوراه نظام LMD جامعة قاصدي رابح، كلة الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2019/ 2020.

7) **رقاب عبد القادر**، الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه في الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون عام معمق، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجلفة، 2020/2019.

8) **سي فضيل الحاج**، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الدولي للأعمال، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مستغانم 2019/2018.

9) **شريفي راضية**، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018/2017.

10) **عبد اللطيف هني** ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

11) **عبدلي محمد عبد الكريم** ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2010.

12) **عطار نسيمة**، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2018/2017.

13) **قبايلي الطيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق ولعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012،

14) **قبايلي محمد**، تدخلات القاضي الجزائري في الخصومة التحكيمية التجارية، مذكرة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2017/2016.

15) **مشيد سليمة** ، المستثمر الأجنبي و قانون النشاطات المتقنة في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015 / 2016.

16) **معزوزة زروال**، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، الجزء الأول، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2015/ 2016.

17) **معيفي لعزيز** ، الوسائل القانونية لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون،جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو،2015.

18) **مكاوي أمال**، النظام القانوني لبعض النماذج المتداولة من عقود الإستثمار الدولية المباشرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي ليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/2010.

19) **موكه عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على إستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2016.

ب–مذكرات ماجستير

1) **أحمد بوخلخال**، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بن عكنون، الجزائر،2012.

2) **حنين أمين رمزي**، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الإستثمار الدولية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و الإدارة العامة، جامعة بير زيت، فلسطين، 2015.

3) **عبد الرحمن برغل** ، النظام القانوني للاستثمار في المناطق الحرة، رسالة ماجستير في القانون التجاري، جامعة حلب، كلية الحقوق، 2014.

4) **عبد المنعم نائف عبوش الجبوري**، تسوية منازعات عقود الاستثمار بواسطة التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)ن رسالة ماجستير في القانون، جامعة آل البيت كلية القانون الأردن، 2017.

5) **هبة محمد محمود** ، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية(دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، 2012.

6) **وائل صلاح الدين محمد الأمين** ، عقود الإستثمار الدولية و منازعاتها، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الخرطوم، كلية القانون، السودان،2009.

رابعاً :المقالات والمجـــلات العلمية:

1) **إبراهيم إبراهيم شحاته**، نبذة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الإستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق "المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، مج 80، ع 418/417،مصر، 1989.

2) **إبراهيم منصور** ، أثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة مؤتة للدراسات و البحوث، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، الأردن، 2008.

3) **أبو سعد محمد شتا**، مفهوم القوة القاهرة، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، مج 74، ع 394، 1983.

4) **أحمد عبد الكريم سلامة** ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد33، 1987.

5) **أشرف وفا محمد** ، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار في مجال التحكيم، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع04 ج 01، 2019.

6) **إياد يونس محمد الصقلي**، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام، مقال منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، س3، مج 03، ع01، ج01، 2018.

7) **إيمان حمزة حسين**، أنواع المشروع المشترك، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الأردن، عدد خاص 3، الجزء الثاني، 2017.

8) **بدر أشهبون**، التحكيم الداخلي و الدولي في القانون المغربي والقانون المقارن، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال، عدد خاص بالتحكيم،الجزء الثاني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب.

9) **بوخالفة عبد الكريم** ، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،المجلد 1، العدد 03، الجزائر،2018.

10)**بوخالفة عبد الكريم** ، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات، المركز الجامعي إيليزي، العدد 3، جانفي 2019.

11)**تراري ثاني مصطفى** ، الوساطة كطريق تحت الخلافات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا–عدد خاص–الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم، 2008.

12)**جارد محمد**، مدى مشروعية شرط التحكيم بالإحالة في عقود التجارة الدولية–دراسة مقارنة– ، مقال منشور في مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد الأول، 2019.

13)**حرير أحمد** ، مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية منازعات عقود الإستثمار، مقال منشور في المجلة الجزائرية للتحكيم التجاري الدولي، مج 1، ع 1، 2021.

14)**حيثالة معمر**، سي فضيل الحاج، طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد15، جانفي 2016.

15)**خالد علي سليمان بني أحمد** ، الفرق بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة: مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ع 02، 2006.

16)**خزرون سميرة**، قراءة في نظام تسوية النزاع أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، مجلة منازعات الأعمال، ع 45 ،2019.

17)دمانة محمد، معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع4 :، جوان 2016 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر.

18)رانيا جعفر ، دور شرط الثبات التشريعي في تحقيق الأمان القانوني لأطراف عقد الاستثمار،مجلة القانون والأعمال،عدد 42 جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،2019.

19)رشا موسى محمد ، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مقال منشور في مجلة أهل البيت، العدد 11، الأردن.

20)رفيقة بسكري، التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 09، جوان 2016 .

21)سعد حسين عبد ملحم، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار النفطي، مقال منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، مج 9، ع32، العراق،2020 .

22) السيد مصطفى ناطق صالح مطلوب ، مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم التجاري، مقال منشور في مجلة الرافدين، مج 12، ع 43، سنة 2010.

23) عبد السلام أحمد حسين أمحمد ، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار وفقا لقانون تشجيع الإستثمار الليبي، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية، العدد12، 2021.

24) العربي العوفي ، دور الخبير المحاسب في اللجوء إلى الوسائل البديلة،المجلة المغربية للوساطة و التحكيم ن الرباط ،العدد 5 2011.

25) عمر محمد السيوى، العقد الإداري و القوة القاهرة، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، كلية القانون، مج13، 1994.

26) عيد خالد عبد القادر، التحكيم في عقود الإستثمار، مقال منشور في مجلة مركز صالح عبد الله كامل للإقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، مج 21، ع63،2017.

27)فتيسي شمامة ، منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة صوت القانون، الجزائر، مج 6، ع 2، نوفمبر 2019.

28)لعجال يسمينة، فاعلية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة حمة لخضر، عدد17، 2017.

29)مجلة التحكيم، العدد الأول، لبنان، يناير 2009.

30)محمد أبو العينين، دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة والاستثمار عن طريق التفاوض والوساطة، بحث مقدم إلى ندوة التفاوض والوساطة في عقود التجارة والاستثمار التي نظمها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 10 يوليو 2001.

31)منور أو سرير ، دراسة نظرية عن المناطق الحرة (مشروع منطقة بلارة)، مجلة الباحث عدد02، 2003.

32)موسى إلياس البياتي ، النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي و وسائل حلها في القانون العراقي رقم 13 لسنة 2006، مجلة مركز الدراسات الكوفة، العدد 43 من سنة 2016.

33)وليد لعماري ، استمرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة 1، الجزائر، جوان 2016.

34)يحي إكرام بدر ، مفهوم الاستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965، مقال منشور في مجلة بدر *مجلة القانون الدولي*،بكلية الحقوق ، الإسكندرية، 2014.

35)مقال منشور في جريدة النهار الصادرة بتاريخ 12 سبتمبر 2019.

خامساً: الأحكام القضائية.

1) قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 838445 ، بتاريخ 2013/04/04، مجلة المحكمة العليا ،العدد الأول 2013.

2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية القضية رقم 104 لسنة 20 جلسة 07/03/ 1999 وحكمها رقم 65 لسنة 18 ق جلسة 2001/01/06.

3) حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم 5 لسنة 122 ق، جلسة 2005/06/29.

4) حكم محكمة البداية المدنية –الثالثة عشر بدمشق– قرار رقم 35 صدر و أفهم علنا بتاريخ 2008/05/12،منشور في مجلة التحكيم، العدد الأول، لبنان، 2009.

سادساً:نصوص قانونية .

أ –الدستور الجزائري :

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 1996 الصادر بموجب **المرسوم الرئاسي رقم 96-438** المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 08 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996. المعدل والمتمم بالقانون 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002 ج.ر.ج.ج ،ع 25 الصادر بتاريخ 14 أفريل 2002 المعدل بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، المعدل بموجب **القانون رقم 16-01** المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر عدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016. ، المعدل بموجب **المرسوم الرئاسي رقم 20 – 442** المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في 01 نوفمبر 2020، عدد الجريدة الرسمية 82.

ب –الاتفاقيات الدولية :

1) الإتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الإستثمارات والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/95، المتعلق بالمصادقة على الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، ج.ر.ج.ج. عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/06.

2) الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (**APSI**) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم الجزائري في 2001/8/5، ج.ر.ج.ج. عدد 8 الصادرة بتاريخ 2001/1/26.

3) اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى، الموقع عليها في 18-03-1965بواشنطن.

4) **الإتفاقية الجزائرية الفنلندية حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 469/06** المؤرخة في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 11 ديسمبر 2006، ج.ر عدد 82،الصادرة بتاريخ 17 ديسمبر2006.

5) **الإتفاقية الجزائرية القطرية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بالدوحة** بتاريخ 1996/10/24، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 229/97 المؤرخ في 1997/06/23،ج.ر عدد 43 لعام 1997.

6) **اتفاقية جنيف الموقعة في 26 سبتمبر 1927**

7) **بروتوكول جنيف المبرم في 24 سبتمبر 1923**

8) **اتفاقية تشجيع و حماية و ضمان الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر العربية ودولة الإمارات العربية المتحدة الموقعة في أبو ضبي** بتاريخ 11-5-1997 ،الصادر بالموافقة عليها ،قرارا رئيس الجمهورية 221لسنة 1998.

ج- القوانين العضوية:

1) **القانون العضوي رقم 01/98** المؤرخ 30 مايو 1998، المتعلق بإختصاص مجلس الدولة وتنظيمه و عمله، ج.ر.ج.ج. عدد37.

د- الأوامر والقوانين:

1) **الأمر رقم 284/66** المؤرخ في15-09-1966،المتضمن قانون الإستثمار،ج. ر.ج. ج.ع 80 الصادرة بتاريخ 17-09-1966.

2) **الأمر رقم 16/72** المؤرخ في 7 يونيو 1972،المتضمن المصادقة على الإتفاقية المتعلقة بإنشاء الوكالة العربية لضمان الإستثمار،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 53 لعام 1972.

3) **الأمر رقم 02/15** المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية لس نة 1966،ج .ر .ج .ج .عدد 40،المؤرخة في 25 جويلية 2015.

4) **الأمر رقم 11/03** مؤرخ 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد و القرض ج.ر.ج.ج. عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003، معدل بالأمر رقم 01/09 مؤرخ

في 29 رجب عام 1430 الموافق 22يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2009، معدل و متمم بالأمر رقم 04/10 مؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق ل 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج، عدد 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010، معدل بالقانون رقم 08/13 مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.ج. عدد68، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2013، معدل بالقانون رقم 14/16 مؤرخ في 28 ربيع الأول 1438 الموافق 28 ديسمبر سنة 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج.ر.ج.ج. عدد 77، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2016، المتمم 10/17 مؤرخ في 20 محرم عام 1439 الموافق 11 أكتوبر لسنة 2017، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، عدد 57، الصادرة بتاريخ 12 أكتوبر سنة 2017، المعدل بالقانون رقم 16/21 مؤرخ في 25 جمادى الأولى الموافق 30 ديسمبر سنة 2021، يتضمن قانون المالية لسنة 2022، ج.ر.ج.ج. عدد 100، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2021.

5) **القانون رقم 277/63** المؤرخ في 26-07-1963، يتضمن قانون الإستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 53 الصادرة بتاريخ 02-08-1963.

6) **قانون رقم 11/82** مؤرخ في 21 أغسطس 1982، يتضمن الإستثمار الإقتصادي الخاص الوطني، ج.ر.ج.ج. عدد 34 الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1982.

7) **القانون رقم 13/82** المؤرخ في 28-08-1982،المتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 35 الصادرة بتاريخ 31-08-1982،المعدل ولمتمم بالقانون رقم 13/86 المؤرخ في 19-08-1986،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 35 المؤرخة في 27-08-1986،المعدل ومتمم.

8) **القانون رقم : 18/88** المؤرخ في 10 يوليو عام 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ،ج.ر.ج.ج.،ع 28،الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988 .

9) **القانون رقم 90/ 10**مؤرخ في 18افريل 1990 ،يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، عدد 16الصادرة بتاريخ 18 افريل 1990.الملغى.

10) قانون رقم 11/91 مؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج.ر.ج.ج. عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 شوال 1411 الموافق ل 08 ماي 1991.

11) القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج.عدد 11، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005، معدل و متمم بالقانون رقم 01/13 المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر.ج.ج.عدد 11، الصادرة بتاريخ 24 فبراير 2013، المعدل بالقانون رقم 13/19 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ينظم نشاط المحروقات، ج.ر.ج.ج.عدد 79، الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2019.

12) القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتم، بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 دو الحجة 1443 الموافق لـــ 12 يوليو 2022 يعدل ويتمم **القانون رقم 08-09** المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية ،ج.ر.ج.ج،ع48،الصادرة بتاريخ 17 يوليو 2022.

13) قانون الطفل و حمايته 12/15 المؤرخ في 15-07-2015،المتعلق بحماية الطفل ، ج .ر .ج .ج .عدد39،المؤرخة في 19-07-2015.

14) قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج. عدد 6 المؤرخ في 03 أوت 2016، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-13 المؤرخ في 11 جويلية 2018 يتضمن قانون المالية التكميلي سنة 2018 ج.ر.ج.ج،عدد42 مؤرخ في 15 جويلية 2018. الملغى.

15) القانون رقم 18/22 المؤرخ في 24 يوليو 2022، يتعلق بالإستثمار، ج.ر.ج.ج.عدد 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.

هـــ- المراسيم الرئاسية:

1) المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988،المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10-06-1958،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 48 الصادرة بتاريخ 23-11-1988.

2) **المرسوم الرئاسي رقم 420/90** المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، يتضمن المصادقة على اتفاقية التشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي،ج.ر عدد 06،الصادرة بتاريخ 1990/12/26.

3) **المرسوم الرئاسي رقم 002/92** المؤرخ في 1992/10/12، المتضمن المصادقة على إتفاقية ضمان و تشجيع الإستثمار بين دول المغرب العربي، ج.ر.ج.ج. عدد

4) **المرسوم الرئاسي رقم 306/95** مؤرخ في 12 جمادى الأول عام 1416 الموافق 7 أكتوبر 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر.ج.ج. عدد 59، الصادرة بتاريخ 16 جمادى الأول1416.

5) **المرسوم الرئاسي رقم 95-345**، مؤرخ في 6جمادى الثانية عام 1416 الموافق ل 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر.ج.ج. عدد 66، صادرة في 5 نوفمبر 1995.

6) **المرسوم الرئاسي رقم 346/95**، مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 هـ الموافق لـ 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج.ج. عدد 66، صادرة في 5 نوفمبر 1995.

7) **المرسوم الرئاسي رقم103/97** مؤرخ في 28 ذي القعدة 1417 الموافق 5 أبريل 1997، يتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 غشت 1996 ، ج.ر.ج.ج. عدد، 20 الصادرة في 20 ذو القعدة 1417

8) **المرسوم الرئاسي 98-334**، التوزيع في 26-10-1998 يتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات، ج، عدد 80 سنة 1998.

9) **المرسوم الرئاسي رقم 01-201** مؤرخ في 23 يوليو 2001، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقرطية الشعبية وحكومته الجمهورية الكورية حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع باعتزاز في 12-10-2001، ج.ر.ج.ج، عدد 40 الصادر في 25 يوليو 2001.

10) المرسوم الرئاسي رقم 03-535 مؤرخ في 30 ديسمبر 2003، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومته الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدنمارك حول ترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع في 25 جانفي 1999، ج.ر.ج.ج، عدد 2 لسنة 2004.

11) المرسوم الرئاسي رقم 05-192 مؤرخ في 28 ماي 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 15 ديسمبر 2004، ج.ر.ج.ج. عدد 37 لسنة 2005.

12) المرسوم الرئاسي رقم 05-235 مؤرخ في 23 جوان 2005، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهوري الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببرن في 30 نوفمبر 2004، ج.ر.ج.ج. عدد 45 لسنة 2005.

13) المرسوم الرئاسي رقم 128/06 مؤرخ في 3 أبريل 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة فيدرالية روسيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 10 مارس 2006، ج.ر.ج.ج. عدد 21 لسنة 2006.

14) المرسوم الرئاسي رقم 14-431 مؤرخ في 26 فيفري 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد،الموقع بالجزائر في 15 فيفري 2003،.ر.ج.ج.ع 84 لسنة 2003.

15) المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج.عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.المعدل والمتمم.

16) المرسوم الرئاسي رقم 22-296 مؤرخ في 07 صفر عام 1444 الموافق 04 سبتمبر سنة 2022، يحدد تشكيلة اللجنة العليا الوطنية للطعون المتعلقة بالإستثمار وسيرها، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

و-المراسيم التشريعية والتنفيذية:

1) المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار ج.ر.ج.ج. ع 64 صادرة في 10 أكتوبر 1993،المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1993 يتضمن قانون المالية لسنة 1998،ج.ر.ج.ج. ع 98 الصادرة في 31 ديسمبر 1998.

2) مرسوم تنفيذي 94- 320 المتعلق بالمناطق الحرة، المؤرخ في 17 أكتوبر 1994،ج. ر. ج. ج،عدد 67 الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1994.الملغى و الأمر 02/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 يتعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ج.ج، عدد 43 صادرة بتاريخ 20 يونيو 2003، الموافق عليه بالقانون 11/03 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003، ج.ر.ج.ج.، عدد 64 الصادرة في 26 أكتوبر 2003 الملغى بالقانون رقم 10/06 المؤرخ في 24 يونيو 200 ينعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ج.ج، عدد 42 الصادرة بتاريخ 25 يونيو 2006 الملغى بالقانون رقم 15/22 مؤرخ في 20 يوليو 2022يحدد القواعد المنظمة للمناطق الحرة، ج.ر.ج.ج، عدد 49 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2022.

3) المرسوم التنفيذي رقم 100/09، المؤرخ في 13 ربيع الأول 1430 الموافق 10 مارس 2009، يحدد كيفية تعيين الوسيط القضائي، ج.ر.ج.ج.عدد 25، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009.

4) المرسوم التنفيذي رقم 22-297 مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للإستثمار و سيره، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

5) المرسوم التنفيذي رقم 22-298 مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد تنظيم الوكالة الجزائرية لترقية الإستثمار و سيرها، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

6) المرسوم التنفيذي رقم 22-299 مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد كيفيات تسجيل الإستثمارات أو التنازل عن الإستثمارات أو تحويلها و كذا مبلغ

وكيفيات تحصيل الإتاوة المتعلقة بمعالجة ملفات الإستثمار، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

7) **المرسوم التنفيذي رقم 22-300** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد قوائم النشاطات و السلع و الخدمات غير القابلة للإستفادة من الوزايا و كذا الحدود الدنيا من التمويل للإستفادة من ضمان التحويل، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

8) **المرسوم التنفيذي رقم 22-301** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد قائمة المواقع التابهة للمناطق التي توليها الدولة أهمية خاصة في مجال الإستثمار، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

9) **المرسوم التنفيذي رقم 22-302** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يحدد معايير تأهيل الإستثمارات المهيكلة و كيفية الإستفادة من مزايا الإستغلال وشبكات التقويم، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

10)**المرسوم التنفيذي رقم 22-303** مؤرخ في 11 صفر 1444 الموافق ل 8 سبتمبر سنة 2022، يتعلق بمتابعة الإستثمارات والتدابير الواجب إتخادها في حالة عدم إحترام الواجبات والإلتزامات المكتتبة، ج.ر.ج.ج.عدد 60، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1444 الموافق ل 18 سبتمبر سنة 2022.

سابعاً :القوانين الأجنبية

1) **قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985** مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 ،بتاريخ 07 جويلية 2006.

2) **أمانة الأونسيترال**، دليل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1985 ، ط 2017 ، واشنطن.

3) **قانون المرافعات المدنية و التجارية القطري رقم 13 لسنة 1990** المؤرخ في 1990/06/17 الموافق ل 1410/11/24.

4) **قانون استثمار الأموال السوري رقم 10 لسنة 1991** مع التعليمات المنفذة له والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 الصادر في 2000/5/13.

5) القانون رقم 81 لسنة 1997 بشأن ضمانات و حوافز الإستثمار المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015.

6) قانون الاستثمار الكويني رقم : 08 لعام 2001، الملف بالقانون 116 لعام 2013 بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت.

7) قانون التوجيه الأوروبي رقم 2000/32.

8) القانون رقم 8 لسنة 2001 بشأن تنظيم الإستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت.

9) قانون الإستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.

10)القانون رقم 08/5 المنظم بمقتضى الظهير الشريف 1/07/169 بتاريخ 30 يونيو 2007.

11)قانون الاستثمار التونسي رقم 71 لعام 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016، يتضمن قانون الاستثمار التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2016.

12)قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 2017.

13)قواعد التحكيم لذى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017.

14)قانون الاستثمار المصري رقم 72 لسنة 2017، ج.ر.ج.ج. عدد 21، الصادرة بتاريخ 31 ماي 2017.

15)القانون الدولي الخاص السويسري .Fedaral act of december 18، 1987، on 1 ganuary of status(private law international، 2019

16)قانون الاستثمار الأردني، نظام تنظيم الإستثمارات غير الأردنيين رقم (77) لسنة 2016(و تعديلاته 2019 و 2020).

17)التقرير السنوي لمحكمة العدل الدولية لسنة 2020 .

18)قانون التحكيم اللبناني.

19)قانون التحكيم البلجيكي

20)قانون الإجراءات المدنية الهولندي

21)القانون الإنجليزي للتحكيم ARBITRATION ACT 1996 CHARPTER 23

II:المراجع باللغة الفرنسة

1) Abderrahmane Benhama، le régime d'investissement étrangers en Algérie(aspects juridique)،thèse de doctorat en droit، université paris 1 panthéon Sorbonne، 2020.

2) Bertrand M et Thierry B، droit interne et droit international de l'arbitrage، 5 eme édition، dehmas، paris، 2005.

3) Ch،jarrosm:"les modes alternatifs de règlements des conflits»، cours ،D.E.SS،filière fruco plome U.C،2001،2002.

4) De Boisson M ? LE DROIT FRANÇAIS DE LARBITRAGE ? DALLOZ ? PARIS ? 1987.

5) Emmanuel Gaillard، arbitrage commercial international، conduit a mettre fin a l'instance sentence arbitrale، procédure، J.D.C.international، fasc، 1994.

6) Emmanuel Gaillard، arbitrage commercial international، convention d'arbitrage، effets، droit commun et droit conventionnel، j. cl. Droit international، fasc.

7) H Matulsky، écrits études et notes sur l'arbitrage، édition Dalloz، paris، 1974.

8) Laviec Jean pierre، protection et promotion des investissement، étude on droit international économie، nouvelle édition، graduate intitule publication، 1986.

9) Leben Charles، La théorie du contrat et l'évolution du droit international des investissements، RCADI، T302، 2003.

10) Mann F A،the proper law of contracts concluded by international persons، british year book of international law، 1959.

11) Mostafa Trari Tani، Droit de l'arbitrage commercial international،1ere édition، BERTI éditions، Alger، Algérie، 2007..

12) Nora EISSA Zakaria Abdessalam، Le règlement des litiges survenant dans les contrats de partenariat public-prive(PPP/PFI)،thèse de doctorat en droit، Université de Lille، présentée et soutenue publiquement le 18/12/2017،p230.

13) OCDC، définition des références des investissements international، Paris، 1983.

14) Oppetti Bruno، l'adaptation des contrats internationaux changement de circonstances la clause hard ship، clunet، 1974.

15) paulsson (**J**):**and other**،**The Freshfields** Guide to the arbitration and ADR، Clauses in international Contracts 2n ed، The Hague، Kluwer، 1999.

16) Philippe Fouchard، Emmanuel Gaillard et Hold Golden، traitée de l'arbitrage commercial international، litec ; n 07، 1996.

17) Pierre Michel Eismen،vicentcoussviatconstre et paulhur، manuel de la jurisprudence de la cour international de justice.

18) Richard Des gagne، la participation des états au commerce international، les contrats gouvernement aux droit compare et en droit international، présents l'obtention du diplôme de maîtrise en droit compare، université MCGILL، 1991.

19) Rrosser Paul، la force majeur est irrésistible et imprévisible، revue la semaine juridique، ed-gn، paris، 3 décembre 2008.

20) Zouaouia Rachid، le régime des investissements étranger en Algérie، journal du droit est international clunet/n 03/ 1993.

21) UNCTAD (world investment report 1999، for direct investment and the challenge of development Geneva and Ney work، 1999.

22) UNICITRAL MODEL LAW on international commercial conciliation with guide to enactment and use new york .2002 united nations publication sales no.E05.v.4ISBN92-1-133730-5.

23) UNCTAD (world investment report 2004، the shift towards dervices) Geneva and new york ، 2004.

24) Décret présidentiel، n° 95-346 du 6 Joumada Ethania 1416 correspondant au 30 octobre 1995، portant ratification de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CIRDI).

25) Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - Code procedure civile française

26) **DECISION OF THE ENERGY** CHARTER CONFERENCE، GUIDE ON INVESTMENT MEDIATION، ENERGY CHARTER SECRETARIAT، Brussels، 19 July 2016.

- **المواقع الالكترونية**

1) النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. www.pca-cpa.org

2) www.adccac.ae

3) موقع وزارة الإستثمار الأردنية www.moin.gov.jo

4) www.imf.org

5) www.nafta-sec-acena.org

6) النظام الأساسي لمحكمة الإستثمار العربية متوفر على شبكة الأنترنت على الرابط: www.lasportal.org

7) **المرسوم رقم 2011/48** المؤرخ في 2011/01/13، ج.ر.ج.ج، ج ف، الصادر بتاريخ 2011/01/14 منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفرنسية www.Justice.gov.fr

8) **موقع امانة الاونيسترال** www.unicitral.org

9) قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، متوفرة على موقع المركز :

10)www.crcica.org

11)قائمة الدول الموقعة على إتفاقية المركز على الرابط:

12)قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017 www.iccwbo.org

13)البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية *www.cc.gov.eg*

14)وثيقة اليونيسترال باللغة العربية رقم 19 ماي 2003 متوفرة على الموقع الإلكتروني www.unicetral.org

15)www.wordbank.org

16)www.cc.gov.eg

17)www.caci.dz

18)www.pacaarbitrage.com

19)قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. www.crcica.org

الفهرس

الإهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	01
الباب الأول :ماهية عقود الاستثمار الدولي ومنازعاتها	14
الفصل الأول:ماهية عقد الاستثمار الدولي	16
المبحث الأول: مفهوم عقود الاستثمار الدولية	17
المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار الدولية	17
الفرع الأول: مفهوم الاستثمار الدولي	17
أولا: تعريف الاستثمار في الفقه الدولي	17
ثانيا: تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية	19
رابعاً : تعريف الاستثمار في القانون:	28
خامساً: العنصر الأجنبي في الاستثمارات الدولية	31
الفرع الثاني: أنواع الاستثمار	37
أولاً: الاستثمار الأجنبي المباشر	38
ثانياً: الاستثمار الأجنبي غير المباشر	47
المطلب الثاني: تعريف عقد الاستثمار الدولي	50
الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقود الاستثمار الدولية	51
الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقود الاستثمار الدولي	53
الفرع الثالث : أشكال عقود الاستثمار الدولية	54
أولاً–عقود البترول:	54
ثانياً: عقود التعاون الاقتصادي	60
ثالثاً: عقود الأشغال العامة الدولية	63
المبحث الثاني :خصائص عقود الاستثمار الدولية	65
المطلب الأول :نوعية الأطراف المتعاقدة	65

الفرع الأول: الدولة والجهاز العام التابع لها 65
أولاً- الاتجاه الضيق لعقود الاستثمار الدولية: 66
ثانياً- الاتجاه الموسع لعقود الاستثمار الدولية: 66
الفرع الثاني : المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار الدولية 74
أولاً- الشخص الطبيعي الأجنبي: 74
ثانياً-الشخص المعنوي الأجنبي: 77
المطلب الثاني:الشروط الخاصة المدرجة في عقود الاستثمار الدولية 80
الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي 80
أولاً- مفهوم شرط الثبات التشريعي: 81
ثانياً- صور شرط الثبات التشريعي: 82
ثالثاً-التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي: 84
رابعاً- الآثار القانونية لشرط الثبات التشريعي: 87
الفرع الثاني: شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية 88
أولاً-تعريف شروط إعادة التفاوض: 88
ثانياً- آثار شرط إعادة التفاوض 92
الفصل الثاني:منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها 95
المبحث الأول: منازعات عقود الإستثمار الدولية. 96
المطلب الأول: أسباب منازعات عقود الإستثمار الدولية 96
الفرع الأول: القوة القاهرة سبب أجنبي لمنازعات عقود الإستثمار الدولية 96
أولاً: القوة القاهرة كأحد الأسباب المؤدية إلى منازعات عقود الإستثمار الدولية 97
ثانيا: التمييز بين القوة القاهرة والأحداث الطارئة 100
ثالثا: الطابع الفني لمنازعات القوة القاهرة. 101
رابعا: كيفية إثبات الحدث المؤدي لقيام منازعات القوة القاهرة. 103
الفرع الثاني : منازعات سببها الظروف الطارئة 109
أولاً: مفهوم الظروف الطارئة في عقود الاستثمار 110

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 112
ثالثاً: أثر الظروف الطارئة على عقد الاستثمار 115
رابعاً: سبل إعادة التوازن العقدي 117
خامساً: نتائج مرحلة التفاوض 125
المطلب الثاني: الأسباب الراجعة للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي(أطراف العقد) 127
الفرع الأول: الأسباب التي تعود للدولة الطرف في عقد الإستثمار الدولي 127
أولاً: نزع الملكية للمنفعة العامة 128
ثانياً: التأميم 133
الفرع الثاني:إخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته التعاقدية 141
المبحث الثاني: القانوني واجب التطبيق على منازعات عقود الإستثمار الدولية 144
المطلب الأول: خضوع عقد الإستثمار الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة. 146
الفرع الأول: خضوع عقود الإ ستثمار الدولية لقانون الدولة الم ضيفة لوجود قرينة مفترضة لصالح القانون الوطني. 146
الفرع الثاني: تدخل الإعتبارات السياسية في خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة 149
الفرع الثالث: إخضاع عقد الإستثمار الدولي لقانون الدولة المضيفة بناءاً على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة 149
الفرع الرابع: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناءا على إعمال نظرية التركيز 153
المطلب الثاني: خضوع العقد الدولي للقانون الدولي . 154
الفرع الأول: إخضاع العقد للقانون الدولي العام استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص. 156
أولاً: رأي الفقيه مان:Mann 156
ثانياً: نقد الرأي 157
الفرع الثاني: إخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام (تدويل العقد) 158
أولاً: مضمون الاتجاه 158
ثانياً: نقد الاتجاه 161

الفرع الثالث: إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره معاهدة دولية. 161
أولاً: مضمون الاتجاه 161
ثانياً: نقد الاتجاه 162
الفرع الرابع:إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد 164
المطلب الثالث: الاتجاه القائل بخضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني لا ينتمي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام 166
الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد 167
أولاً: مضمون الاتجاه 168
ثانياً: نقد الاتجاه.Vedross 168
الفرع الثاني: إخضاع العقد لقانون عابر للدول. 169
أولاً: مضمون اتجاه Jessup Phillipe 169
ثانيا: نقد اتجاه **Jessup Phillipe** 170
الفرع الثالث: الرأي القائل بإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون 171
أولاً: مضمون الاتجاه 171
ثانياً: نقد الاتجاه 173
الفرع الرابع: إخضاع العقد للقانون التجاري الدوليLex mercatoria 174
أولاً: الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية: 175
ثانياً: تقدير الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية: 177
الباب الثاني:
آليات تسوية المنازعات عقود الاستثمار الدولي 179
الفصل الأول:الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي 180
المبحث الأول :الآليات الودية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي 181
المطلب الأول : الوساطة كآلية ودّية لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية 182
الفرع الأول : ماهية الوسائل البديلة(بدائل القضاء) 182
أولا: تعريف الوسائل البديلة وخصائصها 184

ثانيا:نشأة الوسائل البديلة: 185
الفرع الثاني:دور الوساطة في فض منازعات عقود الإستثمار الدولية MEDIATION 186
أولاً: مفهوم الوساطة أنواعها: 187
ثانياً- الطبيعة القانونية للوساطة 198
الفرع الثالث: سير عملية الوساطة في تسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية: 204
أولاً : اتفاق الوساطة: 205
ثانياً : تعيين الوسيط و مهامه: 206
ثالثاً : سير عملية الوساطة: 210
رابعاً : انتهاء الوساطة 213
المطلب الثاني: التوفيق أو المصالحة كآلية ودّية لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية 215
الفرع الأول: التوفيق كآلية ودية لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية 215
أولاً :عناصر التوفيق الأساسية: 217
ثانياً :مزايا التوفيق: 220
الفرع الثاني:إجراءات التوفيق في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي: 224
أولاً :إبداء الرغبة في تسوية النزاع بموجب التوفيق: 224
ثانياً: تكوين لجنة التوفيق واختصاصها: 227
الفرع الثالث :إجراءات سير عملية التوفيق: 233
أولاً- نجاح عملية التوفيق : 236
ثانياً- توقف عملية التوفيق : 236
ثالثاً- إعتراض أحد الأطراف على عملية التوفيق : 237
رابعاً- مكان عقد جلسات التوفيق: 238
خامساً- حجية محاضر التوفيق. 242
المبحث الثاني: دور القضاء في فض منازعات عقود الاستثمار الدولي. 247
المطلب الأول: دور القضاء الوطني في حل منازعات عقود الإستثمار الدولية 248

الفرع الأول: مدى اختصاص القضاء الوطني بالفصل في منازعات عقود الإستثمار الدولية 248
أولا: موقف التشريع الجزائري من مبدأ لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني 250
ثانياً: موقف التشريع المقارن من مبدأ لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني 256
الفرع الثاني: أسباب عزوف المستثمر الأجنبي عن القضاء الوطني 259
الفرع الثالث: متطلبات إصلاح القضاء الوطني لحسم منازعات عقود الاستثمار: 261
المطلب الثاني: آلية القضاء الدولي 263
الفرع الأول: محكمة العدل الدولية 265
أولاً–تشكيل المحكمة 265
ثانياً– اختصاصات محكمة العدل الدولية 267
ثالثاً– إجراءات التقاضي أمام محكمة العدل الدولية 270
رابعاً– تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية 273
الفرع الثاني: محكمة التحكيم الدائمة 274
الفرع الثالث: محكمة الإستثمار العربية . 275
أولاً – تشكيل محكمة الاستثمار العربية 276
ثانياً – اختصاص محكمة الاستثمار العربية 277
ثالثاً – الطعن في الحكم و مدى نفاذه 279
الفصل الثاني:التحكيم الدولي كآلية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي 281
المبحث الأول: التحكيم الدولي كضمانة إجرائية لفض منازعات عقود الاستثمار الدولي 282
المطلب الأول: ماهية التحكيم 282
الفرع الأول: مفهوم التحكيم و صوره و طبيعته القانونية في عقود الاستثمار 282
أولا: تعريف التحكيم الدولي 283

ثانياً: اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار 290
ثالثا: الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية: 300
الفرع الثاني: أنواع التحكيم 305
أولا: التحكيم الإختياري والتحكيم الإلزامي 305
ثانيا: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح 306
ثالثا: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي 308
رابعا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي 308
خامسا: التحكيم الالكتروني 310
الفرع الثالث : مبررات اللجوء إلى التحكيم 312
أولا: تناسب مزايا التحكيم مع طبيعة عقد الإستثمار الدولي. 313
ثانيا: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم 320
ثالثا: التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع عقود الاستثمار: 322
المطلب الثاني: مبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم 324
الفرع الأول: إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي 325
أولاً: مفهوم استقلالية اتفاقية التحكيم 325
ثانياً: تكريس مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي 327
ثالثاً: موقف القضاء التحكيمي: 329
الفرع الثاني: مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم 331
الفرع الثالث: مبدأ الاختصاص بالاختصاص-Compétence Compétence- 337
أولاً : مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص 337
ثانياً: مبررات الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: 339
ثالثاً: مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص 339
الفرع الرابع :الاتفاقيات الدولية الناظمة للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية 342
أولاً: نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية 342
ثانياً: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام1965 (ICSID). 344
ثالثاً : نظام التحكيم بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونسيترال) 350

رابعاً : الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (اتفاقية سيول) 352
خامساً: التحكيم طبقا لنظام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار 357
سادساً: اتفاقية الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك سنة 1958) 358
المبحث الثاني: التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمارICSID 363
المطلب الأول: دور المركز الدولي– CIRDI–في تسوية منازعات الاستثمار 363
الفرع الأول :التنظيم الهيكلي للمركز الدوليC.I.R.D.I 364
أولاً: المجلس الإداري 365
ثانياً: الأمـــانة العـــامة 369
ثالثاً : السكرتارية 371
رابعاً: قائمة أو هيئة المحكمين. 371
الفرع الثاني :إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم . 374
أولاً : لغة التحكيم 375
ثانياً :ميعاد صدور الحكم 377
ثالثاً: المداولة Délibération 378
رابعاً :صدور حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية 379
المطلب الثاني :حكم التحكيم في عقود الاستثمار الدولية وفقاً لإتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار 382
الفرع الأول :مفهوم حكم التحكيم وآثاره في منازعات عقود الاستثمار الدولية 382
أولاً : مفهوم حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولية 383
ثانياً :حجية حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الدولية 385
ثالثاً : الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في منازعات عقود الاستثمار الدولية 387
الفرع الثاني :طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار الدولي 398
أولا : طرق الطعن في التشريع الوطني والمقارن 398

ثانيا: الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي طبقا لإتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار المنشئة للمركز الدوليICSID:	413
الخاتمة	423
ملحق رقم :01 قرار مجلس الدولة الجزائري	428
ملحق رقم: 02 قائمة الدول الأعضاء في مركز ICSID.	429
ملحق رقم: 03 قائمة المحكمين الجزائريين لدى ICSID	430
قائمة المراجع والمصادر	431
الفهرس	457

الملخص: يلعب الإستثمار الأجنبي دوراً أساسياً في عملية تنمية الدول المضيفة له، وبات من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في الوقت الراهن، ولا سيما النامية منها، وذلك بمساهمة الرأس المال الأجنبي في تمويل مشاريعها التنموية و تطوير إقتصادها.

حيث تلجأ الدول النامية عادة لأجل هذا الغرض إلى إبرام عقود إستثمار دولية حسب خططها التنموية، وهذه العقود تجمع بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية ، الدولة التي تتمتع بحق سيادي، والمستثمر الأجنبي الخاص، الذي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة.

يعد النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية من أكثر موضوعات الاستثمار أهمية. حيث لقي الاهتمام على الصعيدين الدولي والداخلي، باعتبار أن تحديد وسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بما يتلاءم وطبيعتها، يعد ضمانة من ضمانات تحفيز تداول هذا النوع من العقود.

الكلمات المفتاحية: الإستثمار الأجنبي، عقد الإستثمار الدولي، المنازعات، الوسائل الودية.

Résumé :L'investissement étranger joue un rôle clé dans le processus de développement des pays d'accueil, et il est devenu l'une des caractéristiques les plus importantes de la politique économique des pays à l'heure actuelle, en particulier les pays en développement, avec l'apport de capitaux étrangers dans le financement de leur projets de développement et développer leur économie.

Là où les pays en développement recourent généralement à cette fin à la conclusion de contrats internationaux d'investissement en fonction de leurs plans de développement, et ces contrats associent deux parties inégales dans des situations juridiques, l'État qui jouit d'un droit souverain, et l'investisseur privé étranger, qui ne bénéficie pas de la moindre degré de souveraineté.

Le système juridique de règlement des différends en matière d'investissement étranger est l'une des questions d'investissement les plus importantes. Il a attiré l'attention tant au niveau international qu'au niveau national, étant donné que la définition des modalités de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers de manière appropriée à leur nature est l'une des garanties pour stimuler la circulation de ce type de contrats.

Mot clé:investissement étranger, contrat d'investissement étranger, litiges, mode alternative.

Abstract :Foreign investment plays a key role in the development process of host countries, and it has become one of the most important features of the economic policy of countries today, especially developing countries, with the contribution of foreign capital in the financing of their development projects and developing their economy.

Where developing countries generally resort for this purpose to the conclusion of international investment contracts according to their development plans, and these contracts associate two parties that are unequal in legal situations, the State which enjoys a sovereign right , and the foreign private investor, who does not enjoy any degree of sovereignty.

The legal system for settling foreign investment disputes is one of the most important investment issues. It has drawn attention both internationally and nationally, given that defining the modalities for resolving disputes relating to foreign investments in a manner appropriate to their nature is one of the guarantees to stimulate the circulation of this type contracts.

Key words:foreign investment, foreign investment contract, disputes, alternatif dispute résolution.