كلية الحقوق والإدارة العامة

رسالة ماجستير بعنوان:

دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية

The Role of Arbitration in Maintaining the Economic Equilibrium of the International Investment Contracts

إعداد الطالبة

حنين أمين رمزي مقبول

إشراف الدكتور

يوسف شندي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون من كلية الدراسات العليا في جامعة بيرزيت–فلسطين

2015/2014

كلية الحقوق والإدارة العامة

كلية الدراسات العليا– دائرة القانون

دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية

The Role of Arbitration in Maintaining the Economic Equilibrium of Investment Contracts

إعداد

حنين أمين مقبول

إشراف

د. يوسف شندي

لجنة المناقشة

الدكتور يوسف شندي	رئيس لجنة النقاش	التوقيع
الأستاذ الدكتور أمين دواس	عضو لجنة النقاش	التوقيع
الدكتور محمود دودين	عضو لجنة النقاش	التوقيع

شكر وتقدير

أتوجه بالشكر والتقدير إلى كل من قدم لي العون والمساعدة في إتمام هذه الرسالة وأخص بالذكر الدكتور يوسف شندي الذي كان له الفضل الأكبر في الإشراف على هذه الرسالة وكان لملاحظاته القيمة وآرائه السديدة الأثر الهام في إثراء هذه الدراسة. وكذلك أتوجه بالشكر إلى عضوي لجنة النقاش: الأستاذ الدكتور أمين دواس والدكتور محمود دودين على مشاركتهم الفعالة وملاحظاتهم القيمة، التي كان لها الأثر في ظهور الأطروحة على هذا النحو.

الإهداء

إلى سندي وقوتي،،

إلى من آثروني على نفسهم،،

إلى من علموني علم الحياة،،

إلى والديّ العزيزين أطال الله في عمرهما،،

تقديراً لهم على دعمهم الدائم

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الشكر	أ
الإهداء	ب
قائمة المحتويات	ج
الملخص	و
المقدمة	ي
الفصل التمهيدي: ماهية عقد الاستثمار الدولي	1
أولاً: التعريف بعقد الاستثمار الدولي	2
ثانياً: العناصر المكونة لعقد الاستثمار الدولي	5
ثالثاً: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الدولي	10
رابعاً: التحكيم وسيلة لتسوية منازعات عقد الاستثمار الدولي	18
الفصل الأول: نظرة عامة على التحكيم في عقد الاستثمار الدولي	22
المبحث الأول: خصوصية التحكيم في عقد الاستثمار الدولي	23
المطلب الأول: سلطة المحكم في عقد الاستثمار الدولي	24
أولا: تعريف التحكيم الدولي	24
ثانياً: مدى سلطة المحكم في مواجهة منازعات عقد الاستثمار	26
المطلب الثاني: موقف الفقه والقانون من فكرة اللجوء إلى التحكيم في عقد الاستثمار الدولي	31

أولا: موقف الفقه	31
ثانياً: موقف التشريعات الوطنية	36
المبحث الثاني: المبادئ والشروط اللازمة لضمان فعالية التحكيم والحفاظ على توازن عقد الاستثمار	41
المطلب الأول: المبادئ القانونية اللازمة لضمان فعالية التحكيم الدولي	42
أولا: فعالية التحكيم كضمان في عقود الاستثمار	42
1- استقلال اتفاق التحكيم	42
2- مبدأ الاختصاص بالاختصاص	46
ثانياً: المبادئ الخاصة بضمان عدم الرجوع عن اتفاق التحكيم	50
1- تعذر الرجوع عن اتفاق التحكيم بالإرادة المنفردة	50
2- عدم التأثر بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف	52
المطلب الثاني: الشروط اللازمة لمراجعة عقد الاستثمار	55
أولا: شرط الثبات التشريعي	55
ثانياً: شرط إعادة التفاوض	60
الفصل الثاني: التحكيم الدولي والمنازعات الناجمة عن الظروف غير المتوقعة التي تصيب عقد الاستثمار الدولي	66
المبحث الأول: المقصود في الحوادث غير المتوقعة	67
المطلب الاول: القوة القاهرة	67
المطلب الثاني: الظروف الطارئة	72

المبحث الثاني: مدى سلطة المحكم في مواجهة الظروف غير المتوقعة في عقد الاستثمار الدولي	79
المطلب الأول: شروط التمسك في الحوادث غير المتوقعة	80
أولا: العقود التي يجوز تطبيق حالة القوة القاهرة والظروف الطارئة عليها	80
ثانياً: شروط تمسك المدين بوقوع حالة القوة القاهرة والظروف الطارئة	82
المطلب الثاني: الضوابط الخاصة بسلطة المحكم في معالجة الظروف غير المتوقعة	89
خاتمة	96
قائمة المصادر والمراجع	100

الملخص

مارس الاحتلال الاسرائيلي سياسية اقتصادية حالت دون تطور المنظومة الاقتصادية في فلسطين، وتأثر القطاع الصناعي والزراعي والاقتصادي في ذلك، ولذلك تعتمد السلطة الوطنية الفلسطينية بشكل كبير على الدعم الاجنبي الخارجي في اعادة بناء البنية التحتية وتطوير المشاريع الاقتصادية. وعليه، عمل المشرع الفلسطيني على سن قوانين تعمل على تشجيع الاستثمار في فلسطين كقانون تسجيع الاستثمار لعام 1998، كما وحاول أن يتماشى مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تنظم هذا الشأن.

في هذه الدراسة سنلقي الضوء على المنظومة القانونية في فلسطين والتي لها أثر مباشر في تشجيع الاستثمار الأجنبي في المنطقة، وذلك من خلال تحليل نصوص مواد قانون تشجيع الاستثمار لعام 1998 وقانون التحكيم الفلسطني لعام 2000، ومقارنتهم في المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي لها أثر كبير في تسجيع المستثمر بالإضافة إلى التطرق لاحكام قضائية محلية ودولية لها علاقة بهذا الشأن في فلسطين وفي الدول النامية عموماً.

ومن أجل الوصول إلى هذ الهدف فقد قسمنا الدراسة إلى ثلاثة فصول يستهلها مقدمة تفسر بشكل أعمق جوانب الدراسة ونطاقها، ومن ثم فصل تمهيدي يوضح مفهوم عقود الاستثمار الدولية، طبيعتها وأطرافها. ويليه فصل اول يتناول موضوع التحكيم عموماً، وأهم مبادئه وأحكامه، وخصوصية التحكيم في عقود الدولة، وأخيراً فصل ثاني يتناول الظروف غير المتوقعة التي قد تصيب عقد الاستثمار الدولي مثل الظروف الطارئة او القوة القاهرة، ووأثرها عل العقد، وكيف ممكن للمحكم أن يعيد توازن العقد بعد وقوع مثل هذه الحالات غير المتوقعة.

توصلنا في هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات لعل اهمها؛ أن للسلطة الوطنية الفلسطينية دور مهم في تسجيع الاستثمار الأجنبي في فلسطين وتقديم الضمانات والتحفيزات اللازمة لتحقيق ذلك، ويكون ذلك عن طريق سن منظومة قانونية متكاملة تعمل على المحافظة على حقوق طرفي العقد والتأكد من تطبيق إلتزاماتهم. ثانياً من اهم الضمانات المقدمة للمستثمر الأجنبي هو حمايته من التقاضي امام المحاكم الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار والتي هي طرف في العقد، وذلك عن طريق التحكيم كونه وسيلة اختيارية لطرفي العقد لكي يتم حل أي نزاع بينهم عن طريقه، والذي يمتاز بحياده وموضوعيته وسرعة إجرائاته. واخيراً على المشرع الفلسطيني إدراك مدى أهمية تماشي المنظومة القانونية في فلسطين مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تنظم هذا الشان، مثل المعاهدات التي تتناول تطبيق اتفاق التحكيم او تنفيذ أحكامه، والتي لها بالغ الأثر على تشجيع المستثمرين الاجانب.

Abstract

The investment activities in Palestine have been widely affected by the Israeli occupation of west bank and Gaza strip, the Palestinian economy is annexed deliberately to the Israeli economy, but without development. Accordingly Palestinian economy significantly depends on the foreign investment to take a role in rebuilding Palestine and shaping the Palestinian economy, thus the Palestinian legislation aimed to implement laws and regulations that motivate the investors to invest in our country.

This study seeks to focus on the role of arbitration in maintaining the economic equivalent for the both parties of the investment contract, and to provide a balance analysis of the legal framework by analyzing the investment law of 1988 and arbitration law of 2000 in order to examine its coherence with the international laws and regulations that stipulate the investment and the arbitration.

The Hope of this study is that it will evaluate the legal environment of the investment contracts in Palestine what motivates the investors to invest their money in Palestine and what makes an obstacle before the investors in this regard, also it seeks to provide

innovative ideas that could contribute to an increase in the development dimension of international investment contracts.

In order to achieve the above objectives, the study is subdivided into three chapters, proceeded by the introduction which explains the importance and the aims of this study. Then the introductory chapter focuses on the investment contract and its parties. The First chapter deals with the arbitration, its main principles, and its role in the host countries. The last chapter deals with the obstacles that might face the investment contracts parties, such as hard ship and Force majeure, and the role of arbitrator in re-balance the investment contracts between the parties, without breaching the investment contracts.

The main outcome of this study is that as an overall opinion, the legal climate for investment in Palestine is encouraging and satisfactory, since it provides the investor with the legal protection against litigation before the national courts of the host country. This study concludes that PNA has to improve the role of Palestinians high commission in attracting the investments, secondly, the regulations and laws that stipulate the investment sector must be in line with the international treaties that can protect the rights and obligations of the investors, and policy maker need to know what role these treaties actually play and to what extent they can contribute to receiving more investment abroad.

مـــقدمـة

تعتبر التنمية الاقتصادية من اهم الأهداف التي تسعى الدول إلى تحقيقيها على اختلاف سياساتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ولذا عملت الدول على تشجيع الاستثمار الأجنبي في هذا المجال لما له من دور رئيسي في دعم الخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، وذلك من خلال استغلال مواردها الطبيعية وتوفير رأس المال والتكنولوجيا والخبرات الدولية اللازمة للقيام بالأسواق المحلية والانفتاح على الأسواق الدولية.

ومن أهم الضمانات التي تشجع المستثمر الأجنبي على الاستثمار في الدولة هو توفير المناخ المناسب لهذه الاستثمارات من خلال توفير منظومة قانونية قادرة على حماية المشاريع الاستثمارية من التأميم أو المصادرة ومن التغيرات التشريعية والسياسية والإقتصادية. وحيث أن عقود الاستثمار الدولية المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي تثير العديد من المشاكل القانونية، فطبيعة هذه العلاقة تتسم بالتفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف العقد. فالدولة من جهة تعتبر شخصية معنوية عامة، تتمتع بسلطة سيادية استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها، ومن جهة أخرى فالشخص الأجنبي غالباً ما يكون إحدى الشركات الأجنبية الاستثمارية العملاقة عابرة الدول والتي تعتبر من أشخاص القانون الخاص، تقف في مراكز اقتصادية قوية تفوق ميزانياتها الاقتصادية في بعض الأحيان، ميزانية بعض الدول خصوصاً النامية منها.

وهذا التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف عقد الاستثمار الدولي، دفع المستثمر الأجنبي إلى دراسة قوانين الدولة المضيفة للاستثمار ومدى ملائمة قوانينها وتشريعاتها، ودراسة الضمانات التي تقدمها الدولة للمستثمرين، ولعل أهم الضمانات التي قد تقدمها الدولة للمستثمر الأجنبي، هو خضوع النزاعات التي قد تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة إلى التحكيم. ففي ظل هذا المناخ أصبح التحكيم من أهم الوسائل البديلة التي يلجأ إليها المتعاقدون في ميدان التجارة الدولية لفض منازعاتهم، لما يتمتع به التحكيم من حياد واستقلالية ولما يوفره من مزايا وضمانات للمستثمر الأجنبي بالمقارنة مع القضاء الوطني، ويكاد يخلو أي عقد من عقود التجارة الدولية من شرط أو اتفاق ينص على اتباع التحكيم عند حدوث نزاع بشأن تفسير العقد أو تنفيذه أو إنهائه.

وبالنظر إلى الدول العربية في المنطقة بشكل خاص، نرى أن التغيرات الواقعة بسبب الحروب والثورات العربية وتغير الحكومات والسياسات، أدت إلى تزايد مخاوف المستثمرين الأجانب من إقامة مشاريع استثمارية في المنطقة بسبب التقلبات السياسية والإجتماعية والإقتصادية التي أثرت على عقود استثمارية ضخمة، ونحن في هذه الدراسة نناقش كيف يمكن ان يكون التحكيم إحدى الوسائل التي تحمي حق المستثمر الأجنبي من هذه التقلبات التي تؤثر على سير عقد الاستثمار الدولي، وتشجعه على الاستثمار في الدول العربية وإنعاش إقتصادها.

أهمية البحث:

ترتكز أهمية الدراسة على عدد من الاعتبارات الاقتصادية والقانونية والعملية ويمكن إجمالها فيما يلي:

على المستوى الاقتصادي: تلعب عقود الاستثمار الدولية أهمية كبيرة في تنمية اقتصاديات الدول خاصة النامية منها، والتي تعتمد على المشاريع الاستثمارية في إدارة مرافق عديدة مثل مشاريع البنية التحتية ومشاريع الصرف الصحي والمياه والكهرباء وغيرها، الأمر الذي يختلف عنه لدى الدول المتقدمة التي قد

تلجئ إلى هذه المشاريع للتطوير والإعمار بشكل تكميلي أو ثانوي مقارنة مع احتياجات الدول النامية لهذه المشاريع الاستثمارية.

على المستوى القانوني: أصبح التحكيم إحدى أهم الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ومنها عقود الاستثمار، الأمر الذي فرض ضرورة اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العقود، باعتبار أن التحكيم أصبح أمراً واقعاً فرضته القوانين الوطنية والدولية وهو وسيلة محايدة ومستقلة يمكن أن تدير النزاع الواقع على عقد الاستثمار الدولي.

على المستوى العملي: تبرز أهمية الموضوع من كون اللجوء إلى التحكيم في عقود التجارة الدولية في فلسطين كان محدودا للغاية غير أن الأمور تغيرت بشكل ملحوظ في الفترة الحالية خصوصاً بعد التوجه القائل بتعديل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لعام 2000 ليتماشى مع التطورات التي يشهدها العالم ولدعم وتشجيع الاستثمار في فلسطين، أضف إلى ذلك إلا أنه لا يوجد دراسة تناولت موضوع التحكيم في عقود الاستثمار الدولية في فلسطين من جانب كيفية تسخير وبلورة التحكيم كمصدر محايد ومستقل لإعادة التوازن والثقة في العقد الاستثماري.

والجدير بالذكر أننا تناولنا في هذه الدراسة الجانب الموضوعي لا الإجرائي لدور التحكيم في إدارة عقود الاستثمار، وذلك من خلال استعراض نصوص القوانين الفلسطينية الخاصة بالتحكيم وذات الصلة بجذب الاستثمارات الأجنبية، من خلال قانون الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لعام 1998 وتعديلاته وقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لعام 2000.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية هذا البحث في دراسة ضمان التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم و كيفية التوفيق بين مصالح أطراف عقد الاستثمار الدولي وهما الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها والمستثمر الأجنبي بطريقة متوازنة، علماً بأن فكرة لجوء الدولة إلى التحكيم في عقودها قد أثارت خلافاً وجدلاً فقهياً واسعاً.

والإشكال الرئيسي في هذه الدراسة هو كيفية التوفيق بين مصالح الدولة المضيفة التي تسعى إلى تحقيق أهداف عامة دون أن تتخلى عن حقوقها السيادية أو حصانتها القضائية ودون أن تخسر مواردها وثرواتها الطبيعية وهدفها بتحقيق وتنمية إقتصادية من خلال جذب وتشجيع عقود الاستثمار من جهة، وبين الأهداف الاقتصادية والربح الذي يسعى إلى تحقيقه الطرف المتعاقد الآخر من جهة أخرى.

ويترتب على هذا الإشكال الرئيسي عدد من الإشكاليات الفرعية الأخرى، فما هي الشروط التي يجب أن يتم إدراجها في عقود الاستثمار لضمان فعالية التحكيم وحسن تنفيذ عقد الاستثمار؟ هل شرط الثبات التشريعي هو دائماً في مصلحة المستثمر أم أحياناً قد يكون ضد مصلحته؟ فمثلاً في حال اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي بسبب حدوث تغيرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو بسبب إجراء إنفرادي إتخذته الدولة المضيفة للاستثمار وأدى إلى تغيير المواقع القانونية والاقتصادية التي كان عليها أطراف العقد عند إبرامه، هل يستدعي هذا الخلل إنهاء العقد؟ أم هل يمكن إعادة النظر فيه أو إعادة التفاوض على شروطه؟ وهل لجوء أطراف العقد إلى وضع شروط القوة القاهرة أو الظروف الطارئة في عقودهم يحول دون الوقوع في هذه المنازعات؟ وفي حال عدم التمكن من تلاشي هذه النزاعات كيف يمكن للتحكيم أن يحل هذه النزاعات؟ وهل يجوز للمحكم الخروج عن القواعد العامة لتسوية نزاعات القوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

أسئلة البحث:

نحاول في هذه الدراسة الإجابة على الأسئلة التالية:

- ما هو التكييف القانوني لعقود الاستثمار الدولية هل هي: اتفاقيات دولية أم من عقود القانون الخاص أم تعتبر عقوداً إدارية أم عقود ذو طبيعة مختلطة ؟
- تعددت الآراء الفقهية بين معارض ومؤيد حول مدى جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في عقودها، فما هي مبررات كلا الطرفين، وكيف كان الحسم القانوني للمسألة؟
- هل يجوز للدولة المتعاقدة بعد البدء في إجراءات التحكيم أن تتمسك في حصانتها القضائية أو سلطتها السيادية بهدف وقف إجراءات التحكيم أو عرقلة عملية التحكيم؟
- الاعتراف باستقلالية اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، من شأنه تدعيم سلطة واختصاص هيئة التحكيم في الحالات التي تقدم فيها الدولة على إنهاء العقد أو الاحتجاج بعدم صلاحية اتفاق التحكيم، فما مدى سلطة المحكم في مواجهة تلك الإجراءات الانفرادية من جانب الدولة المضيفة للاستثمار؟
- ما هو دور التحكيم عند اصدار الدولة قانوناً جديداً يحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم، أو يحرم المستثمر من إحدى الضمانات أو الميزات التي قدمتها الدولة له عند إبرام العقد، والتي يكون المستثمر الأجنبي قد عوّل عليها عند إبرامه العقد المتنازع في شأنه؟
- في حال وقوع ظروف تشريعية أو سياسية أو اقتصادية على العقد غيرت من المراكز القانونية والاقتصادية للمتعاقدين، هل يمكن تصور اللجوء إلى إعادة المفاوضة على شروط العقد؟ وهل يمكن تصور ذلك في حال وقعت ظروف طارئة أو قوة قاهرة على العقد؟
- ما هو دور التحكيم في إعادة ضبط العلاقة القانونية بين المتعاقدين وتحديد أثر القوة القاهرة أو الظروف الطارئة على العقد في حال غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة أو Hard Ship؟

نطاق البحث والمنهج العلمي المتبع:

يقتصر النطاق الموضوعي لهذا البحث على دراسة دور التحكيم في الحفاظ على مصالح أطراف عقد الاستثمار الدولي قبل إبرام العقد وخلال تنفيذه إلى حين إنتهاؤه ومن أهم الصعوبات التي واجهتني في هذه الدراسة هو عدم وجود دراسات سابقة حول الموضوع في فلسطين، عدا بعض المقالات التي لم تتناول الموضوع بعمق. ولقد اعتمدت في هذه الدراسة بشكل رئيسي على نصوص قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لعام 1998 وتعديلاته، وقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لعام 2000 ومقارنتها بالنصوص التشريعية المماثلة في مصر والأردن وبعض القوانين الأخرى حسب الحاجة، بالاضافة الى أهم النصوص القانونية المنظمة للتحكيم الدولي، وتحليلها ومقارنتها وترجيح إحداها مع بيان الأسباب والمبررات، بالإضافة إلى دعم هذه الآراء بالتطبيقات العملية من واقع عقود الاستثمار الدولية وقرارات التحكيم وأحكام القضاء، وفي ذلك تم الاعداد لهذا البحث بالاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي المقارن من خلال تحليل نصوص المواد القانونية ومقارنتها بالقوانين المختلفة لمعرفة مزايا القانون الوطني وعيوبه.

تـقسـيم البحث:

تقتصر هذه الدراسة على البحث في دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية في إطار موضوعي لا إجرائي، وعرض لكافة الأفكار وإجابة على الأسئلة التي قد تتطرح بخصوص هذا الموضوع، وعليه قسمت هذه الدراسة على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: ماهية عقود الاستثمار الدولية

الفصل الأول: نظرة عامة على التحكيم في عقد الاستثمار الدولي

المبحث الأول: خصوصية التحكيم في عقد الاستثمار الدولي

المبحث الثاني: المبادئ والشروط اللازمة لضمان فعالية التحكيم

الفصل الثاني: التحكيم الدولي والمنازاعات الناتجة عن تغير ظروف العقد

المبحث الأول: المقصود بالحوادث غير المتوقعة

المبحث الثاني: مدى سلطة المحكم في معالجة الحوادث غير المتوقعة

تناولت في الفصل التمهيدي مفهوم عقود الاستثمار الدولية، والدولة، والمستثمر الأجنبي، كأطراف عقد الاستثمار الدولي والآراء الفقهية المختلفة الخاصة بالطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الدولي.

وخصصت الفصل الاول لدراسة مفهوم التحكيم الدولي واتفاق التحكيم، وموقف الفقه والقانون من لجوء الدولة إلى التحكيم في عقودها، ومدى تأثير ذلك على سيادة الدولة، وذلك في المبحث الأول. أما في المبحث الثاني، فقد تناولت أهم الشروط والمبادئ اللازمة لضمان فعالية دور التحكيم في عقود الاستثمار، مثل شرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض، أما المبادئ فهي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، وعدم إمكانية الرجوع عن اتفاق التحكيم بالإرادة المنفردة، ومنع تعطيل إجراءات التحكيم، أو عرقلتها.

وأخيراً تناولت في الفصل الثاني من هذه الدراسة أهم المتغيرات التي قد تؤثر على عقد الاستثمار الدولي، وهي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، تعريفها وشروط تطبيقها وأثرها على العقد، و سلطة المحكم في إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي في حال وقوع هذه الظروف غير المتوقعة.

وعليه تكون خطة البحث كالآتي:

الفصل التمهيدي: ماهية عقد الاستثمار الدولي

الفصل الأول: نظرة عامة على التحكيم في عقد الاستثمار الدولي

الفصل التمهيدي

ماهية عقد الاستثمار الدولي

تمهيد وتقسيم:

إن دراسة دور التحكيم الدولي في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، تستلزم الوقوف بدايةً على مفهوم عقد الاستثمار الدولي والعناصر المكونة له، الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها بوصفها طرفاً أول، والمستثمر الأجنبي بوصفه طرفاً ثانياً. كما تتطلب دراسة التكييف القانوني لعقد الاستثمار الدولي، وكذلك التطرق إلى أهم الضمانات التي تكفل حقوق كلّ من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار وهي التحكيم، وذلك مقدمةً عامةً يرتكز عليها الفصلان اللاحقان من هذه الدراسة.

وعليه، نتناول في هذا الفصل أربعة نقاط رئيسة هي:

أولا: التعريف بعقد الاستثمار الدولي.

ثانيا: العناصر المكونة لعقد الاستثمار الدولي.

ثالثا: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الدولي.

رابعا: التحكيم وسيلةً لتسوية منازعات عقد الاستثمار الدولي.

أولاً: التعريف بعقد الاستثمار الدولي

يعرف الاستثمار لغةً بأنه "استخدام المال وتشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام فيكثر المال وينمو على مدى الزمن"[1]. ولما كان تعريف الاستثمار يستمد أصوله من علم الاقتصاد، فيغلُب الطابع الاقتصادي على التعريف القانوني للاستثمار، فالاقتصاديون يعرفون الاستثمار بأنه " توظيف النقود لأي أجل في أي ملكية أو ممتلكات أو مشاركات، يُحتَفظ بها للمحافظة على المال أو تنميته سواء بأرباح دورية أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع مادية، أو هو استعمال حصيلة الادخار من السلع التي لم تستهلك في عمل أو تفاعل منتج"[2].

أما من الناحية القانونية، فقد وردت تعريفات عديدة للاستثمار، حيث عرفه البعض بأنه "انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريق مباشر أو غير مباشر بقصد تحقيق ربح نقدي متميز"[3].

---

[1] إبن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، 1956، ص 273–274.

[2] أحمد قاسم، أثر قانون تشجيع الاستثمار على الاقتصاد الأردني، الجمعية العلمية الملكية، عمان – الأردن، 1980، ص 1.

[3] فاضل الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار، مطابع دار الحكمة، بدون مكان نشر، 1990، ص 81.

وعرفته المادة (1/1) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية المعقودة عام 2002 بأنه "كافة انواع الأصول المستثمرة والتي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية، ويقوم بها مستثمر تابع لإحدى الدول المتعاقدة في أراضي دولة متعاقدة أخرى، والتي تقام وفقا للقوانين والأنظمة الخاصة بالدول المتعاقدة الأخرى...". وركزت بعض التعريفات على أجنبية المستثمر واستثماره في إقليم دولة غير دولته الأم حيث عرفه البعض بأنه "تقديم الأموال المادية والمعنوية والاداءات من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدول المستقبلة للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم، أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي من خلال مدة معقولة من الزمن"[4].

وقد اختلفت القوانين الوطنية للدول في تعريف الاستثمار، فبعض القوانين اقتصرت على تعريف المشروع محل الاستثمار[5]، وتعريف المستثمر، وسجل الاستثمار ولجنة الحوافز[6]، وهو ما لجأ إليه كل من المشرع المصري والأردني والفلسطيني، وذلك خلافاً لكل من المشرع السعودي والعراقي اللذين تناولا مفهوم الاستثمار بإسهاب. فالمشرع العراقي عرفه في المادة (1) من قانون الاستثمار رقم (13) لعام 2006 بأنه "توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد". في حين عرفه المشرع السعودي في الفقرة (و/ز) من المادة (1) من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لعام 2000 بأنه "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام"، كما وأوضح المشرع السعودي المقصود برأس مال المستثمر وأورد أمثلة عليه وصنف أشكال الاستثمار ووصف الأموال والحقوق متى كانت مملوكة للمستثمر الأجنبي بأنها استثمار أجنبي[7].

---

[4] فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومراكز الأجانب، ط5، دار النهضة، مصر، 1988، ص 395.

[5] راجع المادة (2) من قانون تشجيع الاستثمار الأردني، رقم 16 لعام 1995 وتعديلاته لعام 2000.

[6] راجع المادة (1) من قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم 1 لعام 1998.

[7] جورج حزبون حزبون ومصلح أحمد طراونة، التكييف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبية في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، 2006، ص 270 –271..

والملاحظ في القوانين الوطنية وجود نقص في بعض الجوانب في تعريف الاستثمار، وقد يرجع السبب في ذلك إلى أن الاستثمار هو مفهوم مرن متطور ومتغير بتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبهذا المفهوم الواسع يمكن للدولة جذب الاستثمارات الأجنبية على نحو أكبر.

أما بالنسبة لعقود الاستثمار الدولية فقد عرفها جانب من الفقه بأنها "عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار وهذه العقود الدولية التي يبرمها المستثمرون سواء أكانوا هيئات استثمارية دولية أو التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، وبناء عليه يلتزم الأخير بنقل موارد اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها"[8]، أو هي "العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد"[9].

نخلص من التعريفات السابقة إلى أن أطراف عقود الاستثمار الدولية هي الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، بما تتمتع به من نفوذ وسيادة تشريعية وتنفيذية وحصانة قضائية من طرف والمستثمر الأجنبي من طرف آخر[10]، وسنتناول كلا الطرفين بشيء من التفصيل لاحقاً، وتعرف عقود الاستثمار بأنها عقود طويلة الأمد تتضمن التزامات تنفذ غالبا خلال مدد طويلة ولذلك تكون عرضة للتغيرات في الظروف المحيطة بها، وبسبب هذه الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الدولية، تقوم الدول المضيفة للاستثمار بمنح مساحة كبيرة من الضمانات والحقوق غير المألوفة للمستثمر، كالحرية في الاستيراد والتصدير والإعفاء من الضرائب بهدف تشجيع الاستثمار.

---

[8] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2006، ص 88.

[9] عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، مجلة الشريعة والقانون، المؤتمر السنوي السادس عشر "التحكيم التجاري الدولي"، ص 202.

[10] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي، بيروت–لبنان،2003، ص 8.

وقد تمنح الدولة من خلال عقود الاستثمار الدولية، المستثمر الأجنبي حقوقا داخل الدولة، كحقه في تملك مساحات مناسبة من الدولة المضيفة بهدف إقامة المشاريع الاستثمارية، وهي حقوق غير مألوفة قد تتخذ الطابع السياسي كحريته في الاستيراد والتصدير والإعفاء من جزء من الضرائب، وعلى الرغم من كل الضمانات التي توفرها الدولة للمستثمرين الأجانب، تبقى حقوق وتوقعات المستثمرين الأجانب محل نزاع مع الدولة المضيفة، ويعود ذلك بشكل جوهري لعناصر عقد الاستثمار الدولي وخصوصية العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، الناجمة عن عدم التساوي في المراكز القانونية الأمر الذي سنناقشه فيما يلي.

ثانيا: العناصر المكونة لعقود الاستثمار الدولية

تقوم عقود الاستثمار الدولية كأي عقد آخر على تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين. غير أن هذه العقود كما سبق وذكرنا تتميز بطبيعة خاصة ترجع بشكل أساسي إلى طبيعة أطراف عقد الاستثمار الدولي وهما الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها والمستثمر الأجنبي. هذه الطبيعة الخاصة تثير عدداً من التساؤلات ومنها طريقة إبرام العقد، فهل يجب أن توقع الدولة بصورة مباشرة على العقد أم يمكن تصور الدولة طرفاً في العقد من خلال توقيع أحد الأجهزة التابعة لها، وما هو المعيار الذي يتعين الاخذ به لاعتبار آثار العقد المبرم بوساطة أحد الأجهزة التابعة للدولة منصرفة إلى الدولة باعتبارها طرفاً فيه، وهل يجب أن يكون المستثمر الأجنبي شخصا اعتباريا ام يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً، ومتى يعتبر المستثمر أجنبياً، وهذا ما سيتم الإجابة عنه فيما يلي:

1- الدولة

نصت اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID)[11] في المادة (25) على أنه "يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها وبين مواطني دولة أخرى متعاقدة".

بناء على هذه المادة، وما سبق ذكره من تعريفات تشريعية وفقهية للاستثمار، يتضح أن عقد الاستثمار قد يبرم بين الدولة والطرف الأجنبي بطريقة مباشرة عن طريق رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أو أحد الوزراء مثلا، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق أحد الأجهزة او المؤسسات التابعة للدولة[12].

ولا شك بأنه لا توجد صعوبة في حال قيام الدولة بالتوقيع مباشرةً على العقد[13]، إلا أنه في بعض الاحيان قد يوقع على عقد الاستثمار أحد الأجهزة التابعة للدولة التي تطبق سياسة الدولة وتهدف إلى خدمة الصالح العام، وهنا تدق مسألة وجود الدولة طرفاً في العقد طالما لم توقع عليه بصورة مادية مباشرة.

وفي هذا الصدد، توجد قضايا تحكيمية عديدة منها حكم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، الذي تتلخص وقائعه بأن اتفاقاً تم بين شركة مقاولات وجهة حكومية أفريقية من أجل تنفيذ مشروع للصرف الصحي، ونصت المادة (12) من الاتفاق على أنه يحق للمقاول في حال حدوث عقبات لا يمكن توقعها أن يطالب بالتعويض عن الضرر الناجم إثر هذه العقبات، وقد حدثت عدة عقبات خارجة عن إرادة الشركة أثناء القيام بتنفيذ المشروع، ولجأت الشركة إلى التحكيم بهدف طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بها، وجاء دفع المحتكم ضدهما (وزير الإسكان وجهاز تنفيذي حكومي أفريقي خاص بالصرف الصحي) بثلاثة دفوع منها؛ الدفع بعدم قبول الدعوى بصفتها مرفوعة على غير ذي صفة وورد الدفع على النحو الآتي "إن العبرة

---

[11] وهي اتفاقية ناشئة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وهي مؤسسة تابعة للبنك الدولي، تأسست عام 1966 وهي تسعى إلى تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين المستثمرين الأجانب والدول الضيفة للاستثمار. أنظر في ذلك :/www.icsid.org تاريخ الزيارة 2014/3/12.

[12] وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص 49.

[13] فؤاد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية–مصر، 2010، ص 84.

في العقد الذي هو أساس مطالبة الشركة في التحكيم الماثل، فلا توجه الدعوى إلا من أحد الأطراف في العقد، ولا توجه إلا للطرف الآخر المتعاقد" وعليه استند المحتكم ضده بأنه لا يجوز مطالبة من لم يكن طرفاً في العقد، لأن المطالبة هنا أساسها العقد وحجته تقتصر على من وقع عليه فقط، وفي العقد المتنازع عليه لم يوقع الجهاز التنفيذي للصرف الصحي، وقد ذهبت هيئة التحكيم في هذا الشأن في حكمها الصادر في 1996/3/23 إلى أنه "لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي مدرجة ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير منذ 1981– 1982 وحتى 1984–1985، كما تم إدراج اعتماداته ضمن موازنة قطاع الاسكان في عام 1985–1988 الأمر الذي يؤكد أن الجهاز التنفيذي للصرف الصحي أصبح واجهة الدولة التي تهيمن على مشروع الصرف الصحي، والثابت أن العقد أبرم صحيحا في إطار مناقصة عامة تتعلق بمشروع أساسي يمثل حلقة من حلقات مشروع حيوي يتعلق بالمرافق العامة، وقد أولته الدولة عناية فائقة وكرست من أجله أموالاً سواء ضمن موازنة الدولة وهيئاتها العامة أو ضمن المنح والقروض المتاحة من الدول الأجنبية "ولذا يعتبر الجهاز التنفيذي الصحي للدولة واجهة الدولة في هذا العقد وخادماً لمصالحها وسياستها العامة، وحتى لو لم يوقع ماديا على العقد فهو يعتبر طرفا في العقد[14].

ولتحديد وجود الدولة من عدمه في عقد الاستثمار يمكن الارتكاز على معيارين هما:

- المعيار القانوني: وهو يقوم على فكرة التوقيع المادي على العقد والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الهيئة المتعاقدة بحيث لا يعد طرفاً في العقد إلا من وقع ماديا عليه[15].

---

[14] نقلاً عن فؤاد أبو طالب، مرجع سابق، ص 86–87.

[15] وقد اخذ بهذا المعيار في حكم التحكيم في قضية هضبة الأهرام وشركة جنوب الباسفيك الصادر عن محكمة استئناف باريس، وتتلخص وقائع القضية بأن وزير السياحة المصري ممثلا عن حكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للسياحة والسفر من جانب، وشركة جنوب الباسفيك من جانب آخر وقعوا على عقد بهدف إنشاء مركزين سياحيين بجوار مقر الأهرامات والآخر برأس الحكمة، ولم يتضمن هذا الاتفاق شرطاً تحكيمياً. لاحقا تم ابرام عقد اخر تكميلي بين الهيئة العامة للسياحة والسفر وشركة جنوب الباسفيك واشتمل على شرط تحكيمي وفقا للائحة غرفة التجارة الدولية بباريس ICC وفي نهاية العقد ورد توقيع الطرفين فقط. بعد فترة تم إلغاء المشروع فلجأت شركة الباسفيك إلى التحكيم في غرفة التجارة الدولية للتحكيم بباريس، وانتهت هيئة التحكيم في قراراها إلى إدانة الحكومة المصرية بصفتها طرفا في العقد وإلزامها بدفع مبلغ 12,5 مليون دولار لشركة الباسفيك، بالإضافة

- المعيار الاقتصادي: وهو يقوم على فكرة دور الدولة في العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات التابعة لها أو إن كانت هذه المؤسسات والهيئات تحقق سياسة الدولة العامة من خلال هذه العقود المبرمة، وهذا المعيار يبحث في الخلفية الاقتصادية التي ينشئها العقد، أو بعبارة أخرى الهدف الذي يخدمه المشروع المقام، بغرض معرفة إن كانت الدولة التي تعمل المؤسسة أو الهيئة العامة في اطارها تشكل يد مساندة لتحقيق مصالح الدولة، رغم ما يبدو من استقلال قانوني تتمتع به هذه الأجهزة العامة[16].

ونحن نذهب إلى الأخذ بالمعيار الاقتصادي، وهو ما أخذت به هيئة التحكيم في القضية سابقة الذكر، في تحديد وجود الدولة بوصفها طرفاً في عقد الاستثمار سواء أبرمته بصورة مباشرة أو عن طريق مؤسسات أو هيئات عامة تابعة لها، لأنه يساعد على إسدال الستار القانوني الذي تختبئ وراءه الدولة بهدف التملص من التزاماتها أمام المستثمر الأجنبي والذي هو سبب العديد من نزاعات عقود الاستثمار، هذا المعيار يعكس حقيقة الواقع الاقتصادي الذي يمس بصورة مباشرة بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة ويمثل الفائدة المتوقعة من مثل هذه المؤسسات كأداة منفذة لسياسة الدولة. أما المعيار القانوني فهو ضيق النطاق لا يكفل للمستثمر الأجنبي ضمانة وحماية ضد تصرفات الدولة النابعة من سلطتها السيادية لا سيما في العقود الكبرى التي تمس مصالح الدولة وتستمر لفترات زمنية طويلة.

2- المستثمر الأجنبي

إلى الفوائد والمصروفات القضائية. ولجأت مصر إلى الطعن بحكم التحكيم أمام محكمة استئناف باريس مدعية بانها ليست طرفا في العقد وورد في حكم الاستئناف بباريس: "إن الهيئة العامة للسياحة والفنادق لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية، وتوقيعها على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الحكومة المصرية بهذا الشرط، فهي تحمل المسؤولية المعنوية الخاصة بها، ولها ميزانية مستقلة، كما أنها تخضع لقواعد المحاسبات المالية التي تخضع لها شركات المساهمة المصرية، وبالتالي تكون هذه الشركة هي الطرف في العقد وليست الحكومة المصرية" مذكور في بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 18-20، حفيظة السيدة حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص516.

[16] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 20.

عرف المشرع الفلسطيني المستثمر في المادة (1) من قانون تشجيع الاستثمار رقم (2) لعام 1998 على أنه "أي شخص طبيعي أو اعتباري يستثمر أو سبق له أن استثمر في فلسطين بموجب أحكام هذا القانون أو القوانين السابقة". كما عرفه المشرع الأردني في المادة رقم (12) من قانون الاستثمار الأردني رقم (16) لعام 1995 بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يستثمر في المملكة وفق أحكام هذا القانون".

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية، فقد عرفت الفقرة الثانية من المادة (25) من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى لعام 1965، عبارة مواطن إحدى الدول الأخرى: "يقصد بعبارة "أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى"، ما يلي: (أ) كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع... ب–كل شخص معنوي يحمل جنسية احدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع"[17].

ويتضح من النصوص السابقة أن المستثمر قد يكون شخصا طبيعياً أو اعتبارياً، وقد وجاء التعريف قاصراً عن تحديد جنسية المستثمر، وقد يرجع ذلك إلى إبقاء مفهوم المستثمر واسعاً حتى يشمل المستثمر الأجنبي والوطني.

وعليه، قد يكون الشخص الأجنبي اعتبارياً، شركة أو شركات متعددة الجنسيات أو مشروعاً مشتركاً. وبناءً على اعتراف التشريع والفقه والقضاء للأشخاص الاعتباريين بالشخصية القانونية، يمكن لها مباشرة نشاطها التجاري أو الاقتصادي، ولا يؤثر على طبيعة عقود الاستثمار كون الطرف المتعاقد مع الدولة شخص طبيعياً أو اعتباريا.

17 http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/toc.html تاريخ الزيارة 17.04.2014

ثالثاً: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الدولي

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار يعد أمراً مهماً، لأن عقود الاستثمار الدولية قد تتخذ اشكالاً مختلفة سواء أكانت عقود استثمار ثنائية أو جماعية، وقد تباينت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية الأكثر اتصالاً بعقود الاستثمار الدولية، ولا شك بأن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية يعدّ نقطة ارتكاز في هذه الدراسة.

وسنستعرض أهم الآراء الفقهية في تكييف الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية وهي أربعة نظريات: عقود القانون الخاص، العقود ذات الطبيعة الخاصة، اتفاقية دولية، وأخيراً العقود الإدارية.

1- عقود القانون الخاص

أن عقود الاستثمار الدولية هي من قبيل عقود القانون الخاص، بناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين إذ إنّ هذه العقود تحوي التزامات وحقوقاً متوازنة بين طرفي العقد، والمستثمر له إمكانية فرض شروطه الخاصة على العقد، أضف إلى ذلك أن متطلبات العصر الحالي تفرض على الدولة أن تتنازل عن جزء من سيادتها وأن تنزل في منزلة الأشخاص العاديين وأن تتعاقد وفقا لأحكام القانون الخاص، دون أن تفرض شروطاً استثنائية نابعة من سيادتها داخل إقليمها الجغرافي[18].

وبناء عليه، ذهب البعض إلى القول بانعقاد الاختصاص بالفصل في هذه المنازعات للقضاء العادي، وذلك بناء على عدد من الحجج أولها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وأن هذه العقود تقوم على أساس حقوق والتزامات متبادلة ومتوازنة بين الطرفين، تقضي أن يكون التعامل على قدم المساواة[19].

ونرى بأن هذه الفكرة لا تتلاءم مع ذاتية عقود الاستثمار الدولية وخصوصيتها، لأنها تتضمن ملامح السلطات العامة وضرورة تحقيق المصلحة العامة، كما انها من الممكن أن تحوي التزامات وحقوق غير متوازنة وقد تشمل شروطاً غير مألوفة، لذا لا يمكن اعتبار عقد الاستثمار الذي تبرمه الدولة مع المستثمر الأجنبي من قبيل عقود القانون الخاص المحض.

2- العقود ذات الطبيعة الخاصة

---

[18] طارق بن هلال البورسعيدي، الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام B.O.T، مجلة الشريعة والقانون، العدد 36، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات،2011، ص 46.

[19] المرجع السابق، مرجع السابق، ص 60-61.

يتجه جانب آخر من الفقه إلى أن عقود التنمية الاقتصادية هي من العقود ذات الطبيعة المختلطة، التي تجمع بين خصائص القانون العام والقانون الخاص[20]، باعتبار طبيعة أطرافها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة[21].

على اعتبار أن الشروط التي توجد في العقد هي شروط جديدة، تجعل له طابعاً مختلطاً ذا طبيعة خاصة، فلذا هي تقيد من سيادة الدولة وسلطاتها وتنزلها منزلة الأشخاص العاديين وتمنح المتعاقد حصانة ضد التغيير في التشريعات. وقد أيد هذا الرأي عدد من قرارات التحكيم، ومنها قرار التحكيم في قضية Aramco (المملكة العربية السعودية)، والذي أشارت فيه لجنة التحكيم إلى أن عقد امتياز المناجم هو عقد ذو طبيعة خاصة مختلطة، ولا ينتمي إلى أي صنف آخر من العقود[22].

والقول أن عقود الاستثمار الدولية هي من العقود ذات الطبيعة المختلطة أمر غير صائب، إذ أننا قد نلمس بعض مظاهر القانون العام في هذا العقد بسبب وجود الدولة المتعاقدة ومنح المستثمر الأجنبي المتعاقد تسهيلات وامتيازات غير متوافرة في العقود الخاصة، حيث تتجسد أهم عناصر القانون الخاص في الطبيعة العقدية والتجارية، إذ يتم مناقشة البنود من قبل كلا الطرفين وتتضمن شروطاً خاصة بالقانون الواجب التطبيق على هذه العقود وطرق تسوية المنازعات الناشئة عنها عن طريق التحكيم. ولذا لا يمكن القول أن عقود الاستثمار– هي من قبيل عقود القانون الخاص، وكذلك لا يمكن اعتبارها من عقود القانون العام، إذ أن القول بأنها من عقود القانون العام واعتبار الدولة شخصية عامة ذات سلطة سيادية، تؤكد على إمكانية قيام الدولة بالتصرفات باعتبارها سلطة سيادية، وهذا سيضر بلا شك بمصالح المستثمر الأجنبي.

3- عقود دولية

---

[20] مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، بيروت، ص 85-86.

[21] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 75.

[22] أنظر في ذلك حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 464.

تعرف الاتفاقية الدولية على أنها "توافق ارادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي في إحداث آثار قانونية معينة طبقا للقانون الدولي"[23]. وقد ذهب البعض إلى أن عقود الاستثمار الدولية تدخل ضمن طائفة الاتفاقيات الدولية. وهذا يكون هذا الرأي قد بني كمحاولة لترتيب الالتزامات الناشئة عن العقد إلى التزامات دولية بحيث تترتب المسؤولية الدولية على الدولة في حال إخلالها بهذه الالتزامات[24].

ولقد واجه هذا الاتجاه العديد من الانتقادات، إذ أن هذا ليس عقد بين أشخاص القانون الدولي، أو أشخاص دولية، وقد عرف العقد الدولي على أنه "توافق شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي" و الدولة في عقد الاستثمار قد تتخلى عن جزء من سيادتها وحصانتها كشخص دولي وتنزل لمكانة الأشخاص الطبيعين، أضف إلى ذلك أنه ليس بالضرورة ان يكون كلا طرفي عقد الاستثمار الدولي أشخاص دوليين، فقد يكون شخص أجنبي طبيعي سواء فرد او شركة أجنبية أوغيرها، ولذا لا يمكن تعميم صفة الدولية على عقد الاستثمار.

4- العقود الإدارية

يعرف العقد الإداري على أنه "العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة للإدارة بهدف تسيير أحد المرافق العامة وتحقيق مصلحة عامة وأن يستخدم في ابرامه أساليب القانون العام من خلال تضمينه شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص بقصد ترتيب آثار قانونية"[25]. ويميل جانب من الفقه إلى اعتبار أن عقود الاستثمار الدولية تدخل ضمن طائفة العقود الإدارية، على أساس أن عقود الاستثمار تبرمها الدولة او أحد الأجهزة التابعة لها بناء على تشريعات الدولة وقوانين الاستثمار وبموجب إشراف الهيئة العامة لتشجيع الاستثمار، وبالتالي تعد عقوداً إدارية. وإذا كانت هذه العقود حسب مظهرها الخارجي تبدو كأنها

---

[23] جورج حزبون حزبون ومصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص 207.

[24] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 69.

[25] نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، دار الثقافة، عمان–الأردن 1995، ص 313، سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط5، 1991، ص 59.

عقود خاصة حيث يكون الاختصاص بشأن منازعاتها للقضاء الخاص أو للتحكيم، فإن تمييز هذه العقود بهذا الشكل لا يمنع من وصفها بالعقود الإدارية وتطبيق القانون الإداري عليها[26].

واستند الرأي السابق إلى عدد من المبررات تتمثل في أن[27]:

1- أحد طرفي عقد الاستثمار هو الدولة أو أي جهاز آخر من الأجهزة التابعة لها.

2- الهدف الأساسي من عقد الاستثمار هو تحقيق المصلحة العامة للمجتمع وتسيير مرافق عامة.

3- حق الدولة بوصفها طرفاً في العقد وبما لها من سيادة فرض مجموعة من الشروط غير المألوفة مثل حقها في تأميم المشروع من أجل مقتضيات المصلحة العامة، وحقها في منح الإعفاءات والميزات غير المألوفة التي تمنحها الدولة للمستثمر الأجنبي، وهي مزايا غير معتادة في مجال العقود مع الأفراد في القانون الخاص[28].

وأبدى البعض عدة تحفظات على صحة هذه الاعتبارات، خاصةً الاعتبار الأخير، إذ أن الشروط الاستثنائية أو غير المعتادة التي تمنح العقد الصفة الإدارية قد تعطى للمستثمر في مواجهة الدولة وليس العكس وما جرت عليه العادة في عقود الاستثمار، فالدولة قد تفرض قيوداً على سلطتها العامة لصالح الطرف الأجنبي المتعاقد معها وذلك بهدف جذب الاستثمارات وتشجيعها، ومثال على ذلك ما يتعلق بتقييد سلطاتها في العقد من خلال شرط الثبات التشريعي[29].

---

[26] فؤاد أبو طالب، مرجع سابق، ص 118.

[27] طارق بن هلال البورسعيدي، مرجع سابق، ص 59.

[28] مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاق حول تشجيع وحماية الاستثمارات المعقودة بين الأردن والنمسا والموقعة في فيينا في 2001/1/23 على أنه " لا يجوز لطرف متعاقد سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة نزع ملكية أو تأميم استثمار تابع لمستثمر من الطرف الاخر، أو اتخاذ أية اجراءات تؤدي إلى نتيجة مماثلة يشار إليها فيما بعد "نزع الملكية" إلا: أ-لأغراض المنفعة العامة. ب-بدون تمييز. ج-وفقا الإجراءات قانونية محددة. د-على أن يرافق ذلك تعويض فوري ومناسب وفعال".

[29] شرط الثبات التشريعي يتضمن تعهدا من الدولة المضيفة بثبات الأحكام والتشريعات القانونية في العقد والتي على أساسها تم انعقاد العقد بين الطرفين، وبهذا يكون المستثمر محمي من أية تعديلات من الممكن أن تجريها الدولة فيما يتعلق بالاستثمار مستقبلا، وقد يظهر ذلك جلياً من خلال نص المادة (15/11) من قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لعام 1998والتي تنص على أنه "يكون لمجلس الإدارة المهام والمسؤوليات

ثم إن مسألة المصادرة والحق في التأميم غير واردة في التشريعات الحديثة، ومن ذلك نص المادة (7) من قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لعام 1998 التي تنص على أنه " لا يجوز تأميم المشروعات أو مصادرتها كما لا يجوز الحجز على أموالها أو الاستيلاء عليها أو تجميدها أو مصادرتها أو التحفظ عليها إلا عن طريق القضاء". وأن المستثمر هو الذي يملي شروطه على الدولة في عقود الاستثمار وخاصة في حالة الدول النامية، ويعود ذلك إلى أن المستثمر الأجنبي في كثير من الأحيان يكون في مركز اقتصادي أقوى من الدولة[30].

كما ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن العادة قد سرت على إحالة الكثير من نزاعات عقود الاستثمار إلى المؤسسات التحكيمية وليس للقضاء الإداري، باعتبار أن هذه العقود تدخل في إطار الأعمال المدنية والتجارية، في حين أن العقد الإداري يعد عقدا وطنيا يخضع لقانون الدولة الطرف في العقد[31].

بعد استعراض الآراء السابقة لا بد بداية من تسليط الضوء على العلاقة العقدية بين الأطراف وهنا نتساءل إن كانت هذه العقود يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أم أن العقد قد يتضمن شروطاً استثنائية وضمانات وحوافز تفرضها الإدارة والمستثمر لضمان حقوقهم؟ ثانيا، هل يجب أن تكون الشروط الاستثنائية أو غير المعتادة في صالح الدولة أم من الممكن أن تمنح الدولة ضمانات استثنائية لصالح المستثمر؟

التالية:" ....11- مراقبة أي قانون أو نظام فلسطيني يقيد أية حقوق وضمانات نص عليها قانون الاستثمار أو يحد منها أو يمس بها، ورفع مقترحات لإدخال التغييرات على مثل هذه القوانين والأنظمة إلى مجلس الوزراء لإقرارها وفق الأصول..." وكذلك نص المادة (42) من نفس القانون"لا يؤثر هذا القانون سلبا على الموافقات والحوافز المقدمة إلى المستثمرين والمشاريع بموجب أية قوانين سابقة ذات صلة، وتبقى تلك الموافقات والحوافز سارية المفعول إلى حين إنهائها أو انتهاءها بموجب أحكام القوانين التي صدرت بناء عليها" وسوف نتطرق لشرط الثبات التشريعي بشكل مفصل في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه الدراسة.

[30] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 77.

[31] راجع في ذلك، بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار وائل، 2005، الأردن، ص 52-53.

وفي هذا الشأن فإننا نؤيد الرأي الأخير القائل بإطلاق صفة العقود الإدارية على عقود الاستثمار الدولية لعدة اسباب، بداية لإبرام أي عقد من عقود القانون الإداري لا بد من توافر ثلاثة عناصر مجتمعة بحيث لو تخلف أحدها انجلت عنه الصفة الادارية وهي[32]:

1- كون أحد أطراف العقد من اشخاص القانون العام

أحد أهم العناصر المكونة للعقود الإدارية هو وجود الدولة طرفاً في العقد أو أحد الأجهزة التابعة لها والتي تعمل على تحقيق مصالح الدولة بصفتها سلطة سيادية[33].

2- كون المشروع يخدم مرفقاً عاماً في الدولة

تتميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود بأنها تتعلق باحتياجات عامة مثل الطرق والمياه والكهرباء والاتصالات والطاقة وغيرها، ويكون الهدف الرئيسي من ورائها هو تحقيق منفعة عامة في الغالب لا تحقيق الربح[34]، وهو ما تقوم عليه معظم عقود الاستثمار وخصوصا الكبرى منها.

3- كون أن العقد يتضمن شروطاً وحقوقاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص

وهو أمر يمكن ملاحظته في جميع عقود الاستثمار، إذ إن الدولة لها الحق في أن تفرض شروطاً وتمنح صلاحيات وضمانات للمستثمر غير مألوفة ولا تتواجد في عقود القانون الخاص، كما أن للمستثمر الحق أيضا في فرض شروط خاصة به مثل اللجوء إلى التحكيم او شرط الثبات التشريعي[35]. وهنا لا يشترط في

---

[32] أنظر إلى عدل عليا رقم 97/464 مجلة نقابة المحامين الأردنيين العددان الأول الثاني كانون الثاني وشباط لسنة 2000، ص 155-161 أيضاً انظر إلى قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 34/2381 ق.ع جلسة 1993/5/16 بانه " العقد لا يعتبر إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا بالإدارة وتسيير مرافق عامة متضمنا شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا اداريا يخص بمنازعاته القضاء الإداري" منشور على www.eastlaw.com تاريخ الزيارة 2013/8/15.

[33] إلياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2010، ص 12.

[34] قريب من هذا الاتجاه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، 2009، ص 27.

[35] عبد العزيز منعم خليفة، مرجع سابق، ص 33.

أن تكون الشروط الاستثنائية جميعها مقررة لصالح الجهة الإدارية فلا يوجد مانع من إفادة المتعاقد الآخر من هذه الشروط، ما دام ذلك في المصلحة العامة[36].

أما بالنسبة لبعض الآراء القائلة بعد جواز التحكيم في عقود الدولة وعدم جوازه في العقود الإدارية أيضاً، فنرد بأن التحكيم في عقود الدولة هو متطلب سياسي اقتصادي يهدف إلى تشجيع الاستثمار بل قد يكون هو واقعاً حتمياً تتطلبه هذه العقود لكي تثبت نفسها في ميدان التجارة والاقتصاد، وهو ما سنناقشه في الفصل الاول من هذه الدراسة. وبالنظر في التشريعات الوطنية، فقد نصت المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لعام 2001 على انه "مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفا فيها". وكذلك قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001 فالذي نص في المادة (3) على أنه " تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية". والمادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 والتي نصت على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون".

---

[36] عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 2000، ص 116.

ومما تقدم يتبين أن التشريعات الوطنية قد شملت عقود الدولة جميعها على اختلاف طبيعتها سواء كانت تجارية إدارية أو غيرها، وعلى الرغم من أن النص على جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة لم يكن صريحاً، إلا أنه لا يوجد منع أيضاً.

نخلص إلى مما سبق بيانه، أن عقود الاستثمار الدولية أقرب ما تكون إلى طبيعة العقود الإدارية، وذلك للأسباب السابق ذكرها، وبإعتبار أن عقد الاستثمار الدولي جزء من عملية مركبة إدارية بطبيعتها ينطبق عليها عناصر العقود الإدارية، حيث أن المشروعات الاستثمارية تتم بأسلوب التعاقد الإداري ومنح الضمانات والحوافز الاستثنائية، أضف إلى ذلك أن الدولة في مثل هذه العقود في الغالب لا تهدف إلى تحقيق الربح وإلا كانت هذه الامتيازات والإعفاءات غير منسجمة مع إلتزامات الدول ومن هذه الضمانات اللجوء إلى التحكيم الدولي في حال وجود نزاع على عقد الاستثمار.

رابعا: التحكيم وسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية

تعمل الدول على جذب الاستثمارات الأجنبية بعدة طرق من خلال تقديم ضمانات قانونية واقتصادية لتيسير إجراءات الاستثمار، وقد أثبتت عدد من الوسائل القانونية فاعليتها ونجاحها في حماية الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها سواء أكانت وسائل مقررة في قوانين تشجيع الاستثمار الوطنية أو اتفاقيات الاستثمار الدولية التي نظمت في هذا المجال[37].

ولا بد من توفير حماية للاستثمارات الأجنبية في مجال عقود الاستثمار الدولية من مخاطر غير تجارية قد تتعرض لها عقود الاستثمار الدولية وذلك عبر تحديد وسائل حماية من هذه المخاطر، وتهيئة مناخ قانوني مناسب يستهدف تشجيع المستثمرين الوطنيين والأجانب من الدخول إلى أراضي الدولة المضيفة للاستثمار، وتوفير البيئة القانونية الملائمة وتحسين الإطار التشريعي والقانوني واقرار الضمانات القانونية لحماية المشروعات الاستثمارية[38]، إذ من أهم الضمانات التي توفرها الدولة للمستثمرين الأجانب[39]:

---

[37] ومن أهم الاتفاقيات الدولية اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الاحكام، انضمت اليها العديد من الدول العربية مثل دولة الامارات العربية المتحدة واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعاية الدول الأخرى لعام 1965 والتي تحل بها المنازعات من خلال مركز التحكيم الذي انشئ في واشنطن في عام 1965 وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية الثنائية هناك العديد من الاتفاقيات لحماية وتشجيع الاستثمار بين الدول مثل اتفاقية تسديد مدفوعات المعاملات الجارية وانتقال رؤوس الأموال بين دول الجامعة العربية لعام 1953، واتفاقية الوحدة الاقتصادية بين الدول العربية لعام 1962 واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية لعام 1974 والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 .

[38] الضمان قانونا هو تقديم الوسائل الكفيلة بتحقيق أمان قانوني لمن تقدم له كي يقدم على العمل وهو ضامن لنتائجه، أنظر في ذلك عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، ط1، دار الثقافة، عمان–الأردن، 2010، ص 23.

[39] للمزيد أنظر عبد المنعم عبد الغني نعيم، بعض الضمانات القانونية للاستثمار تطبيق على الحالة المصرية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، عدد 3، مؤتمر التاسع عشر، مؤتمر الاستثمار، جامعة الإمارات، ص 599–628.

- ضمانات عدم نزع الملكية وعدم التأميم أو المصادرة[40].
- ضمانات عدم الحجز على أموال المشروع أو مصادرتها إلا بالطرق القانونية.
- ضمانات حماية امتيازات المشروع الاستثماري.
- ضمانات فض منازعات الاستثمار بالشكل العادل.

وتعدد أدوات وإجراءات تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن عقود الاستثمار، تبدأ عند المتعاقدين الحريصين في التخطيط للمنازعات، وكيفية إدارتها بالطرق السلمية عند صياغة بنود عقد الاستثمار، ووضع آلية تسوية النزاعات بطرق ودية، كالتفاوض وهي اقل كلفة من الاساليب الأخرى أو الوساطة والتوفيق وهي أسرع من التحكيم والتقاضي كما انها أقل كلفة. كما وقد يلجأ طرفا النزاع إلى اللجوء إلى المحاكم الوطنية إلا أنه نادر ما يحصل ذلك في عقود الاستثمار، لأن المستثمر الاجنبي غريب عن المحاكم الوطنية ولا يملك الثقة الكاملة في حياد واستقلالية المحاكم الوطنية خصوصاً بوجود الدولة طرفاً في العقد. وأخيراً قد يلجأ أطراف العقد إلى التحكيم بإعتباره الوسيلة الاكثر انتشاراً ولكونه ملزماً وأكثر مرونة من حيث اختيار المحكمين وكيفية حل النزاع.

وعلى الرغم من وجود عدد من الميزات للتحكيم؛ تتمثل بسرعة الإجراءات وتلافي الكثير من الوقت والجهد وسرية الجلسات، إلا ان هناك أيضاً بعض المساوئ والعيوب، فإجراءات التحكيم مكلفة، وقد يصعب تنفيذ حكم التحكيم في بعض الحالات خصوصاً عندما تكون الدول الطرف الآخر في العقد وتتمسك بحصانتها ضد المثول أمام هيئة التحكيم أو ضد تنفيذ قرار التحكيم[41].

---

[40] فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص 375.

[41] للمزيد إقرأ التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مراد محمود المواجدة، دراسة مقارنة، ط1، عمان، الأردن، 2010، ص42-44.

ولقد حظي التحكيم باهتمام كبير، سواء على مستوى الاتفاقيات الدولية أو الإقليمية أو التشريعات الوطنية أو من حيث إنشاء مراكز وهيئات تحكيم عربية، كما وقد وجدت اتفاقيات عديدة بين الدول العربية بخصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم أو اتفاقيات تتضمن تنفيذ قرارات التحكيم. ولعل أبرز الاتفاقيات المتضمنة شرط تسوية المنازعات عن طريق التحكيم هي:

- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة (1974) الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة، وبين مواطني الدول العربية الأخرى وذلك عن طريق التوفيق والتحكيم.
- **الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة (1980) وتتضمن ملحقا لتسوية النزاعات عن طريق التوفيق والتحكيم.**
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة (1987) وهي أهم الاتفاقيات العربية في مجال التحكيم التجاري، إذ انها الاتفاقية الوحيدة التي نظمت التحكيم بالنسبة لمختلف المنازعات التجارية في إطار مؤسسي.

اما أبرز الاتفاقيات المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم فهي:

- اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952 خاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة في دولة عربية لدى دولة عربية أخرى، سواء أكانت أحكاما قضائية أو تحكيمية.
- **اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة (1983)، وتشتمل على أحكام تتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة لدى الدول الأخرى.**

وأما بالنسبة لمراكز التحكيم وهيئاته فقد تم انشاء العديد منها في الدول العربية ومنها:

- **مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التابع للجنة الاستشارية القانونية الأفرو اسيوية، الذي يعود إنشاؤه لسنة 1978 ويطبق المركز قواعد اليونسترال بوجه عام.**
- **الهيئة العربية الأوروبية للتحكيم التجاري التابعة لغرف التجارة العربية الأوروبية، وتم وضع قواعد التحكيم الخاصة بالهيئة سنة 1982، واصبحت نافذة اعتبارا من10/1/1983 .**
- **غرفة تجارة وصناعة دبي، وصدر بشأنها نظام التوفيق والتحكيم رقم 2 لسنة 1994**
- الجمعية اللبنانية للتحكيم التي أنشئت سنة 1995 ولها نظام تحكيمي خاص بها.

نخلص مما سبق إلى أنه بالرغم من الانتقادات التي تعرض لها التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية المنازعات في عقود الاستثمار إلا أن الواقع العملي يدل بشكل واضح وبالنظر الى تطبيقات قضايا التحكيم الخاصة بعقود الاستثمار على رواج استخدام التحكيم وسيلة لفض منازعات الاستثمار، ولقد عملت المنظومة القانونية على تنظيم أحكام التحكيم سواء في مجال التشريعات أو إنشاء مراكز التحكيم، وهو الأمر الذي سنناقشه بالتفصيل في الفصل الأول من هذه الدراسة.

الفصل الأول

نظرة عامة على التحكيم في عقد الاستثمار الدولي

تمهيد وتقسيم:

يعتبر التحكيم ضماناً قانونياً للمستثمر الأجنبي ووسيلة لحماية استمرارية عقود الاستثمار الدولية عامةً، إلا أن دور التحكيم في الحفاظ على حقوق والتزامات طرفي عقد الاستثمار والحفاظ على توازن المصالح بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي أمراً يثير عدد من الإشكاليات.

إن الحديث عن دور التحكيم الدولي في حماية الاستثمارات الدولية يتطلب بيان المقصود بالتحكيم في عقود الدولة ومدى سلطة المحكم في تسوية منازعات عقد الاستثمار، خاصةً وأن فكرة وجود التحكيم الدولي في عقود الدولة أثارت جدلاً فقهياً واسعاً بين مؤيد ومعارض للجوء الدولة للتحكيم في عقودها، كما ولا بد من تناول أهم وأبرز المبادئ اللازمة لضمان وتطبيق اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولية ودور التحكيم الدولي في مراجعة عقود الاستثمار الدولية في حال إعادة التفاوض على عقد الاستثمار وفي مواجهة الإجراءات الانفرادية الصادرة عن الدولة الطرف في العقد.

وعليه، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الاتي:

المبحث الأول: خصوصية التحكيم في عقد الاستثمار الدولي.

المبحث الثاني: المبادئ والشروط اللازمة لضمان فعالية التحكيم في عقد الاستثمار الدولي.

المبحث الأول

نظرة عامة على التحكيم في عقد الاستثمار الدولي

تمهيد وتقسيم:

تجاوبت الكثير من الدول مع دعوات الشركات الاستثمارية بتوفير ضمانات وحوافز لها، وبالفعل قدمت تسهيلات وضمانات قاربت أحياناً إلى حد الإسراف وذلك بهدف تحقيق خططها التنموية الاقتصادية، لأن التحكيم يعد الوسيلة الأكثر قبولاً لدى المستثمر الأجنبي في تسوية منازعاته مع الدولة مستضيفة الاستثمار.

إلا أن فكرة وجود التحكيم في عقود الاستثمار الدولية والتي تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها طرفا فيها، لاقت جدلاً فقهياً بين مؤيد ومعارض للفكرة، هذه الاعتبارات استنفذت جهود فقهية ومبادرات قضائية وتشريعات وطنية عديدة هدفت جميعها إلى إرساء مبادئ واضحة عن دور التحكيم الدولي في عقود الدولة.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: سلطة المحكم في عقد الاستثمار الدولي.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقانون من فكرة وجود التحكيم في عقد الاستثمار الدولي.

المطلب الأول

سلطة المحكم في عقد الاستثمار الدولي

إن شرح فكرة التحكيم في عقود الاستثمار الدولية يقتضي بدايةً تحديد مفهوم التحكيم في التشريعات الوطنية والفقه والاحكام القضائية، وتحديد دور وسلطة المحكم في النظر في نزاعات عقد الاستثمار الدولي.

أولاً: تعريف التحكيم الدولي

عُرف التحكيم في اللغة بأنه: التفويض ومصدره حكَم ويقال حكمت فلان في فلان في مالي تحكيما، إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك، واستحكم فلان في مال فلان، إذا جاز فيه حكمه، وحكموه فيما بينهم، أمروه أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكما فيما بينهم[42]، أما فقهاً فقد عرفه البعض بأنه "اتفاق على

[42] ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الانصار، لسان العرب، دار احياء التراث العربي، بيروت–لبنان، 1956، ص 31–32.

طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"[43]، وعرفه البعض الأخر بأنه "الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوئها بينها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية"[44].

أما في تعريف التحكيم الدولي بشكل خاص فقد عرفه البعض على أنه "وسيلة لتصفية الخلافات بين الدول عن طريق تحقيق سيادة القانون أو بواسطة قضاة – أشخاص أو هيئات–على أن تلتزم تلك الدول المتنازعة بالاحترام وتنفيذ القرار الذي يصدره المحكم"[45].

ونخلص إلى أن التحكيم هو وسيلة بديلة لحل المنازعات والتي قد تكون الدولة طرفاً فيها أو أحد الأجهزة التابعة لها، ويتم الفصل في النزاع عن طريق أشخاص أو هيئات يختارها طرفي النزاع بحيث يكون قرارهم ملزم لا يمكن الرجوع عنه.

تأثرت معظم التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم بشكل كبير بالقانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران 1985[46]، حيث عرفت المادة (7) من القانون سابق

---

[43] أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، 1978، ص 15.

[44] حفيظة السياد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2004، ص 117.

[45] إبراهيم العناني، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، 1990، ص 1.

[46] أنظر المادة الثانية من فقرة (أ) من القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهذا الأخير في صيغته المعتمدة في سنة 1985 لم يضع تعريفا للتحكيم بشكل مباشر، واكتفت المادة سابقة الذكر من قانون التحكيم النموذجي بالنص على أنه " أن لفظ التحكيم يقصد به "كل تحكيم سواء تم تنظيمه من خلال مؤسسة تحكيمية دائمة أم لا". والتعريف الذي تقدم يبين أنواع التحكيم (التحكيم الإجباري والاختياري والتحكيم الحر والمؤسسي)، كما أنه ليس تعريف دقيق لمفهوم التحكيم، ولعل السبب في ذلك هو احترام الخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم.

الذكر، اتفاق التحكيم على أنه:" اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"[47].

وقد عرف المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم رقم (3) لعام 2000 في المادة (1) التحكيم بأنه " وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه"، وفي المادة (3) وضح الفرق بين التحكيم المحلي والدولي[48]. كما وعرف اتفاق التحكيم في المادة (8) على أنه " اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل"[49].

وأما في المجال القضائي، فقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أن "التحكيم بمعناه القانوني هو احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم". وبأنه " طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج

---

[47] http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/toc.htm تاريخ الزيارة 17.04.2014

[48] حيث نص على أنه: "لغايات هذا القانون يكون التحكيم أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين. ثانياً: دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية وذلك في الأحوال الآتية 1- إذا كانت المراكز الرئيسة لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتادة. 2-إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة- . 3-إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى: أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه. ب-مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف .ج-المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .ثالثاً :أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين .رابعاً: خاصاً إذا لم تقم بتنظيمه مؤسسة مختصة بالتحكيم. خامسا: إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها". راجع نص المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لعام 2000.

[49] وكما عرف قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 في المادة (10) اتفاق التحكيم على أنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية" وفي قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001 في المادة (2) بأنه "الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن".

عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ويقتصر على ما تتصرف إليه إرادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم"، وبأنه " إجراء يخرج النزاع من جهات القضاء المعتادة ليبت فيه أفراد يخولوا مهمة الفصل فيه"[50].

نخلص إلى أن التحكيم يعبر بصورة مباشرة عن مبدأ سلطان الإرادة، إذ أنه وسيلة يلجأ إليها الأطراف للخروج من دائرة القضاء العادي واللجوء إلى وسيلة بديلة مثل التحكيم الذي ينطوي على ركيزتين تميزاه عن غيره من الوسائل البديلة لفض المنازعات وهما؛ مبدأ الرضائية ومبدأ الإلزامية[51]، فهو اتفاق برضا الأطراف لعرض النزاع أمام محكم وفق اختيارهم وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على نشوء النزاع وهو ما يعرف بشرط التحكيم أو قد يتم الاتفاق عليه لاحقاً، بعد نشوء النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم. إلا أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً من الناحية العملية، لأنه يتم في المراحل الأولى من ابرام العقد، وبعد الاتفاق على معظم الأمور الجوهرية، على عكس مشارطة التحكيم التي يبرمها الأطراف بعد وقوع النزاع فيما بينهم مما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى صعوبة ابرام اتفاق التحكيم[52].

ثانياً: مدى سلطة المحكم في مواجهة منازعات عقد الاستثمار الدولي

لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في منازعات عقود الاستثمار طالما اتجهت إرادة أطراف العقد إلى اللجوء للتحكيم من أجل تسوية منازعاتهم، ونظرا للتعقيدات التي تعرف بها عقود الاستثمار الدولية فإن المستثمر عادةً ما يلجأ للتحكيم، إلا أن السؤال الذي يطرح هو مدى سلطة المحكم في النظر في نزاعات عقد

---

[50] أنظر في هذا المجال قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (72/37) المنشور في مجلة نقابة المحامين، العدد الأول، 1972، ص 38. وقرار التحكيم رقم (94/1774) المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الثالث، 1995، ص 185.

[51] للمزيد أنظر خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، 2001، ص 103 وما بعدها.

[52] للمزيد انظر ابراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 93-99 و فؤاد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص 22-23.

الاستثمار؟ هل يشمل جميع المنازعات القانونية وغير القانونية؟ وهل يشمل النزاعات الناشئة عن أعمال الدولة كسلطة عليا تتمتع بالسيادة؟

قد تقدم الدولة الطرف في عقد الاستثمار على القيام بتصرفات نابعة من اعتبارات السيادة مثل تأميم المشروع محل الاستثمار أو مصادرته، كما وقد تقع أحداث تغير من المراكز القانونية لأطراف العقد وتؤثر على توقعات المتعاقدين كارتفاع الضرائب أو الجمارك أو وقوع ظروف طارئة أو غيرها من الأسباب التي لا يمكن وصفها بأنها منازعات قانونية، فهل تحول اعتبارات السيادة أو عدم انطباق وصف النزاع القانوني دون نظر هيئة التحكيم في النزاع في عقد الاستثمار؟

ترفض بعض الدول إخضاع المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها الدولة بوصفها سلطة سيادية لمحكمة التحكيم بحجة ان اعتبارات السيادة تخالف ذلك; ولو سلمنا فعلاً بأن هذه الإجراءات لا يمكن إخضاعها للتحكيم فهذا يعني وقوع إجحاف على الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة، بحيث أنه قد يترتب ضرر على هذا الطرف بدون تعويضه، ولا يمكن تصور هذا الأمر ولذا، لا بد من ترتيب التزامات على عاتق الدولة بسبب الضرر الناجم عن الإجراء الذي اتخذته[53].

أما عن طبيعة هذه الالتزامات التي تترتب على عاتق الدولة فتحددها محكمة التحكيم فقد لا يكون لسلطة التحكيم القدرة على إرغام الدولة على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل اتخاذ الإجراء وإنما بإمكانها أن تفرض جزاءً عادلاً يتمثل بالتعويض، عن الضرر الواقع على الطرف الآخر، وهذا الأمر يخلص الطرف الآخر المتضرر من عبء إثبات بواعث الدولة من هذا الإجراء وإن يركز اهتمامه على أن يثبت لمحكمة التحكيم مدى الضرر الذي وقع عليه بسبب هذا الإجراء الذي اتخذته الدولة والتعويض المقرر لإصلاح هذا

[53] عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 247.

الضرر بصورة منفصلة عن مسألة مدى شرعية الإجراء الذي قامت به الدولة[54]، سواء أكان تأميم أو مصادرة، وعليه فإن سلطة هيئة التحكيم تكون في تحديد مقدار الضرر الواقع على الطرف الآخر دون التعرض لشرعية الإجراء، خصوصاً في الحالات التي قد يكون إعادة الحال إلى ما كانت عليه مستحيلاً استحالة مطلقة.

وبالنظر إلى الفقرة الأولى من المادة (25) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار والتي تنص على أن "اختصاص المركز يمتد إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة (أو جهاز تابع لها تحظر به المركز) وبين أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً باستثمار معين وأن يكون الأطراف قد ارتضوا كتابة الخضوع للمركز". ويبدو واضحاً أن المركز حصر اختصاصه في المنازعات ذات الطابع القانوني، إلا أنه لم يحدد مفهوم هذه المنازعات، فهل هي تشمل المنازعات المتصلة بالتأميم والمصادرة ام هي منازعات ذات طابع سياسي لا قانوني، وهل تشمل المنازعات التي تنشأ عن تفسير العقد، وتأويله، أو المنازعات الناشئة عن تغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية على العقد.

وهنا يجب عدم الخلط بين طبيعة النزاع، فقد يكون النزاع ناتجاً عن إجراء سياسي كالتأميم أو المصادرة، إلا أن المنازعة التي قامت على أساس هذا الإجراء قانونية، وهنا يكون دور المحكم في تحديد مدى شرعية التأميم دون تعويض الطرف المتضرر ولا تكون حول مدى حق الدولة في اتخاذ مثل هذا الإجراء. وعلى الرغم من عدم وجود نص واضح يبين مدى سلطة المركز بوصفه سلطة تحكيمية إلا أن القانونين اتفقوا إبان اتفاقية واشنطن 1965 على أن اصطلاح "المنازعات القانونية" يشمل كل المنازعات ومنها أعمال التأميم ما

[54] عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 248.

لم يتفق الأطراف على غير ذلك[55]. وأخذاً بعين الاعتبار الفقرة الرابعة من المادة (25) فإنها تقضي بأن " كل دولة متعاقدة يمكنها عند التصديق على الاتفاقية أو قبولها أو اعتمادها، أو في أي تاريخ لاحق أن تخطر المركز بطائفة أو طوائف المنازعات التي تعتبرها خاضعة لاختصاص المركز..." فإن الدولة لها الحرية الكاملة بأن تحظر بعض المنازعات –حتى وإن كانت قانونية–من اختصاص المركز.

وفي الواقع هناك العديد من المنازعات التي لا يمكن إدراجها تحت خانة النزاعات القانونية، ومنها المنازعات التي قد تقوم بسبب إعمال شرط إعادة التفاوض على العقد ومراجعته بهدف إعادة توازنه الاقتصادي، هذه المنازعات لا يمكن إخضاعها لقانون ما، لأنها ببساطة غير مستمدة من قانون معين، ولا ننفي إمكانية إحالتها إلى قواعد معينة إن تم الاتفاق المسبق على ذلك، ولكن في الغالب تخضع مثل هذه المنازعات لمبدأ حسن النية، ومبادئ العدالة والإنصاف[56]، ولذا يكون التحكيم أفضل وسيلة يمكن أن يذهب الأطراف لها لحل مثل هذه النزاعات، على إعتبار أن لأطراف التحكيم كامل الحرية أن يتفقوا على اخضاع هذه المنازعات للتحكيم بالصلح، وبهذه الحالة يمكن للمحكم أن يستند في حكمه لقواعد العدالة والإنصاف، ولا يرجع في ذلك إلى قانون خاص، كما هو الحال في التحكيم بالقانون، ولذا يتمتع المحكم بسلطات واسعة في تحديد وتنظيم هذه النزاعات على عكس القاضي[57].

ولأن إرادة الأطراف هي أساس اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود، فإن للأطراف سلطة توسيع أو تقييد سلطات المحكم في النظر في النزاع، وفي هذه الحالة لا يمكن للمحكم أن يخرج عن هذه السطات الممنوحة

---

[55] ابراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة–مصر، 1971، ص 6.

[56] Goldberg, Stephen B.; Sander, Frank E.A.; and Rogers, Nancy H. (1992). Dispute Resolution, Negotiations, Mediations and Other Processes. Boston, MA: Law School Casebook Series. Little, Brown and Company: pp 225.

[57] مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة–مصر، 2008، ص615.

له وإلا يكون حكمه قابلاً للطعن به بالبطلان[58]. ولقد نص قانون التحكيم المصري في الفقرة الأولى من المادة (53) على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها" وقد نصت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: 5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه. وعليه في حال كان حكم هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية خارجاً عن موضوع النزاع أو اتفاق التحكيم أو موضوعه، أو إن كان حكمها يخالف ما اتفق عليه أطراف النزاع فيكون للأطراف الحق في الطعن في القرار التحكيمي.

نخلص إلى أنه احتراماً لتوقعات المستثمر الأجنبي ودعماً وتشجيعاً للاستثمار لا بد من عدم إغفال حق المستثمر في التعويض في حال اتخذت الدولة الطرف في العقد إجراءً يضره أو في حال وقوع أحداث غير متوقعة خالفت توقعات المستثمر.

المطلب الثاني

[58] مصطفى الحبشي، مرجع سابق، ص 620.

موقف الفقه والقانون من فكرة وجود التحكيم في عقد الاستثمار الدولي

واجهت فكرة اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة عامةً وعقود الاستثمار الدولية خاصةً اختلافاً فقهياً وقانونياً واسعاً بين مؤيد ومعارض للفكرة.

أولاً: موقف الفقه

ذهب الفقهاء في ذلك إلى اتجاهين: إتجاه معارض لفكرة لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعاتها وإتجاه مؤيد.

أما **الاتجاه الأول** المعارض لفكرة لجوء الدولة أو أحد اشخاصها المعنوية إلى التحكيم، فقد ساقوا عدد من الحجج والمبررات في ذلك على النحو الاتي:

1- اصطدام التحكيم في عقود الدولة مع سيادتها

يرى البعض[59] أن لجوء الدولة إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار أمراً يمس بسيادة الدولة والصالح العام[60]، وأن شأنه شأن الامتيازات الأجنبية القديمة التي تهدف إلى العودة بنظام إقليمية القوانين[61]، لأنه يسحب من السلطة القضائية الوطنية سلطة الفصل في المنازعات[62].

---

[59] من أنصار الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في عقود الدولة، الدكتور أحمد المليجي (تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة عين شمس، 1979، القاهرة، ص 183 وما بعدها. والدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها. والدكتور عبد الحميد الشواربي، (التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة) منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، ص 465.

[60] يقصد بسيادة الدولة السلطة أو القوة العليا التي تلز الجميع والتي تمنح السلطة العليا على جميع الشؤون الواقعة في نطاق الأراضي الخاضعة لسلطتها الإقليمية، أنظر في ذلك مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، عمان–الأردن 2010، ص61.

[61] ابراهيم العناني، مرجع سابق، ص 20.

[62] السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 2005، ص 18.

كما يبرر أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم بأن الدولة وضعت دستوراً يحكم تصرفاتها، وبمقتضاه أُوجِدت السلطة القضائية وأخضعت ما قد ينشأ من منازعات عن عقودها إلى هذه السلطة دون غيرها، على أن ينحصر التحكيم فقط في المنازعات التي يكون أطرافها أشخاص عاديين أو هيئات خاصة[63]، والدولة لا تعتبر شخصاً عادياً أو هيئة خاصة لذا لا يمكن تصور خضوعها أو الأجهزة التابعة لها إلى قوانين وأحكام المحكمين اللذين يعتبرو أشخاصاً عاديين أو هيئات خاصة[64].

كما أن احتمالية تطبيق قانون أجنبي على العقد في حال اللجوء إلى التحكيم واستبعاد القانون الوطني للدولة الطرف في عقد الاستثمار الدولي، وخصوصاً في دول العالم الثالث، أمراً يثير الشكوك وعدم الثقة لدى هذه الدول بناءً على إعمال قاعدة قانون القوي يتغلب على قانون الضعيف، وهذا ما يقود إلى سحب بساط سيطرة هذه الدول على ثرواتها الطبيعية والتي تعتبر الدولة مالكة لها وتقوم بممارسة سيادتها باسم الشعب ولحسابه من أجل استغلال هذه الثروات، الأمر الذي يحيل مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية إلى سيادة شكلية خاوية المضمون[65]، ولعل هذا الرأي جاء بعد عدد من أحكام التحكيم المشكوك في موضوعيتها وحيادها ومثال عليها قضيةِ Aramco والمملكة العربية السعودية.

وتتلخص وقائع القضية بأن المملكة العربية السعودية أبرمت اتفاقاً مع Standard Oil of California لاستغلال البترول في عام 1933 ونتج عن هذا الاتفاق إنشاء شركة جديدة حملت جميع امتيازات وحقوق عقد عام 1933 ومن ثم تنازلت هذه الشركة عن كافة الحقوق والامتيازات الناجمة عن عقد الامتياز إلى شركة اسمها Arabian American Oil Company (Aramco) وذلك في عام 1944. وفي عام 1954 عقدت المملكة العربية السعودية عقد امتياز مع شركة Satco يقضي بمنح الأخيرة حق الأفضلية

[63] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 62.

[64] بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 52.

[65] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 64

في شحن البترول ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية. اعترضت Aramco على هذا النص بحجة أنه يتعارض مع الامتياز الممنوح في عام 1933 والذي يخولها الحق في اختيار وسائل النقل الضرورية، ولحل الخلاف بين Aramco والمملكة العربية السعودية اقترحت الأخيرة اللجوء الى التحكيم. وقامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون السعودي فيما يتعلق بالأمور الداخلية، وبحكم أن القانون السعودي مستمد من الشريعة الإسلامية ذهبت المحكمة إلى ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق لمعرفة الطبيعة القانونية للعلاقة محل المنازعة، وانتهت هيئة التحكيم الى عدم تطبيق القانون السعودي على سند من القول أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري السائد في القانون الفرنسي، كما ورفضت محكمة التحكيم دفع المملكة العربية السعودية بأن الحكومة السعودية تعتبر شخصية سيادية ووجودها يعتبر عاملا حاسما لتحديد الطبيعة القانونية[66].

ومع تقديرنا لهذا الرأي والتخوف على مصالح الدول والحفاظ على اعتبارات السيادة وحماية الثروات الطبيعية، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الدولة لا يمس بأي شكل من الأشكال بسيادة الدولة، لأن الدولة قادرة على اللجوء إلى أية وسيلة تراها مناسبة لتسوية منازعاتها والتحكيم إحداها. أضف إلى ذلك أن اختيار الدولة في أن تتنازل عن جزء بسيط من سياداتها عند اللجوء إلى التحكيم الدولي يبقى مرهوناً بالدولة وكيفية صياغة العقد المبرم مع الطرف الآخر بحيث تحفظ حقوقها من الضياع.

2- التحكيم في عقود الدولة يصطدم بالمبادئ الأساسية لاختصاص القانون الإداري

يرى البعض أن القضاء هو أحد مظاهر سيادة الدولة، ولا يجوز في منازعة تكون الدولة طرفا فيها أن تتنازل عن قضائها وجزء من سيادتها بهدف اللجوء إلى التحكيم، لأنه يسلب ولاية القضاء الإداري للدولة ويعزله عن الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، لذا لا يجوز لأطراف النزاع أن يرفعوا باختيارهم منازعة

---

[66] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 464.

من اختصاص المحاكم الادارية إلى التحكيم حتى لو وجد اتفاق يتضمن تعديل قواعد الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الإدارية وتخويل التحكيم سلطة الفصل في النزاع بدلا من المحكمة الإدارية المختصة أصلا بنظره[67].

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية أمراً لا يتفق مع خصائص العقد الإداري والنظام القانوني والقضائي الذي يحكمه، وفيه إخلال صريح بخصائص العقد الإداري مما يؤثر على معيار تمييز العقد، كما وأنه يفرض قيوداً على قيام الدولة بممارسة سيادتها في مجال هذه العقود الأمر الذي يتعارض مع طبيعة هذه العقود طويلة الأمد التي تجعل الدولة في محاولة مستمرة لإعادة التوازن الاقتصادي لهذا العقد، مما يؤدي إلى البعد عن الأمان والاستقرار القانوني الذي لا يوفره اتفاق التحكيم[68].

ومع تقديرنا لهذا الرأي إلا أننا لا نتفق معه، لأن التحكيم يعتبر وسيلة مختلفة ومنفصلة عن القضاء سواء أكان مدنياً أو إدارياً، ولا يمكن القول بأن منازعات القانون الإداري لا تخضع إلا للقضاء الإداري، لأن المشرع عندما حدد اختصاصات القضاء الإداري في الدولة التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج، قصد بذلك رسم حدود بين كل من القضاء الإداري والقضاء العادي ولكن التحكيم هنا ليس محل مقارنة مع القضاء الإداري، بل هو وسيلة مختلفة وبديلة.

أضف إلى ذلك أن العقد الإداري لا يعدو ان يكون اتفاقاً رضائياً بين الدولة أو الإدارة العامة والمستثمر الأجنبي، وهذا الاتفاق يأتي بالإرادة الكاملة والموافقة التامة مع العلم بجميع جوانبه، وإن تمت الموافقة عليه سيوافَق على جميع شروطه وإجراءاته من ضمنها التحكيم.

---

[67] بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 51.

[68] عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 1998، ص 65–66.

أما الاتجاه الثاني المؤيد لفكرة لجوء الدولة أو أحد أجهزتها العامة إلى التحكيم مع المستثمر الأجنبي فقد قدم في ذلك عدد من الحجج والمبررات على النحو الاتي:

1- وجود التحكيم في عقود الدولة لا يتعارض مع سيادتها

يرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة لا ينقص من سيادة الدولة بل يحافظ على سيادتها باعتبار أن الدولة تختار بكامل إرادتها اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها[69]. والدولة بمختلف أجهزتها الإدارية الرسمية تملك القدرة السياسية والاقتصادية على اللجوء إلى أية تصرفات تراها مناسبة لحل منازعاتها وخلافاتها، ومنها التحكيم ما دام يحقق لها أهدافها وغاياتها، أضف إلى ذلك أن الدولة تباشر الكثير من التصرفات التي أباحها لها المشرع مثل إجراء التعاقد في مختلف مجالات البيع والشراء والتقاضي والاتفاقيات المحلية والدولية والتعيين وإجراءات المحاكمات وغيرها، فما الذي يمنعها من أن تلجأ إلى التحكيم لحل المنازعات والخلافات التي تكون طرفاً فيها[70]؟

وهذا بلا شك لا يعني تنازل الدولة بشكل كامل عن سيادتها بل يحتاج إلى التوفيق بين الاعتبارات السيادية للدولة وبين الاعتبارات القائمة على جذب الاستثمار الأجنبي، لذلك لا بد من مراعاة الاعتبارات التي تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية أو بعض عقود الدولة المتعلقة بتسيير مرافق عامة، وأن تكون الدولة حذرة في إدراجها لشرط التحكيم في عقودها عندما تدخل في تعاقد مع شخص أجنبي، أن يتم صياغة شرط التحكيم

---

[69] من أنصار هذا الاتجاه المؤيد للجوء الدولة إلى التحكيم في عقودها؛ الدكتور كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 68 وما بعدها. فتحي والي، منازعات التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 37 وما بعدها. محمد الروبي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، المؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، 28-30 أبريل، 2008، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية، ص 171 وما بعدها.

[70] بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 46.

بدقة متناهية وأن تضع الدولة في تشريعاتها النصوص التي تكفل حقوقها واحترام سيادتها بحيث لا تكون فريسة سهلة من خلال إدراج شرط التحكيم في عقودها[71].

2- إن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الدولة لا يتعارض مع أي أصل تاريخي أو فكري أو سياسي أو اجتماعي أو اقتصادي، ولا يتنافى مع أي مصدر رسمي أو غير رسمي من مصادر التشريع أو القواعد الأصولية العامة. وبما أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص على خلاف ذلك، وبما أنه لا يوجد نص يحرم على الدولة اللجوء الى التحكيم في عقودها مع المستثمر الأجنبي فإن هذه الإجازة تسمح للدولة وللأشخاص المعنوية للجوء الى التحكيم.

ولعل أهم المبررات التي يمكن التمسك بها في تأييد لجوء الدولة إلى التحكيم والتي قد تغني عن أي تبرير أو دفاع يتعلق بهذا الموضوع هو النصوص التشريعية، على الرغم من أن كثير من التشريعات الوطنية لم ينص صراحةً على جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة، إلا أن هناك دلائل على ان التحكيم في عقود الدولة امراً مشروعاً ولا يتنافى مع القانون العام ولا مع طبيعة أشخاص هذا القانون، الأمر الذي سنناقشه تالياً.

ثانياً: موقف التشريعات الوطنية

يقضي المنطق العملي بأن لكل دولة ظروفها السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تعيش في إطارها، وبالتالي قبولها أو رفضها لوجود التحكيم في عقودها الدولية يعود إلى هذه الظروف مجتمعة، إلا إن التوجه الفرنسي قد أثر في هذا الصدد على الكثير من الدول التي سارت على نهجه، ويتمثل هذا التوجه في أن بعض النصوص القانونية الفرنسية قد أوحت بعدم جواز التحكيم في عقود الدولة ومنها المادة (83) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والذي نص على أن هناك بعض الأمور لا يجوز الاقتراب منها بدون ابلاغ النيابة العامة ومنها التصرفات الخاصة بالدولة، وكذلك المادة (1004) من نفس القانون والتي

[71] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 82.

نصت على حظر اللجوء إلى التحكيم في أي أمر من الأمور التي يجب إبلاغ النيابة العامة بها، وباستطلاع المادتين سابقتي الذكر فإن الأمور الخاصة بالدولة ومنها عقود الدولة لا يجوز التحكيم بها. وبالتالي أثر هذا التوجه بالكثير من التشريعات الوطنية العربية على الرغم من صدور قوانين فرنسية حديثة أجاز فيها المشرع الفرنسي اللجوء الى التحكيم ونذكر منها قانون (9) يوليو 1975 المعدل للقانون المدني، وقانون (19) أغسطس لعام 1986[72].

وباستعراض موقف كلا من المشرع المصري والأردني والفلسطيني نجد بأن **المشرع المصري** اتجه إلى حسم الأمر في قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994، حيث نص في مادته الأولى على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مصر، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لإحكام هذا القانون."

وبناءً عليه، أجاز المشرع المصري للدولة وللجهات الإدارية في الدولة ولأشخاص القانون المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات في جميع الموضوعات، إلا ان هذا الحسم التشريعي جاء بعد مراحل متباينة ومهمة جداً من التأرجح ما بين الجواز والمنع[73].

وعلى الرغم من صدور القانون سابق الذكر إلا أنه بعد عرض استفسار على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فبراير 1997 أفتت الجمعية بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية لعدم النص صراحةً على جواز اللجوء الى التحكيم في هذه العقود في المادة رقم (1) سابقة الذكر، ولحل هذا

---

[72] بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 62.

[73] للمزيد ينظر، مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 112. بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص66.

الخلاف تدخل المشرع المصري وأحدث تعديلاً جوهرياً على المادة رقم (1) في أبريل 1997 وذلك بإضافة الفقرة التالية إليها "في جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه من الأشخاص الاعتبارية العامة.." وعليه، أصبح اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة والعقود الإدارية بشكل خاص أمراً واقعياً وواضحاً.

كما وأجاز **المشرع الأردني** للأجهزة الإدارية الرسمية العامة اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود التي تبرمها مع الأفراد أو الجهات الأخرى بصورة غير مباشرة وذلك عندما لم يورد نص على منع ذلك في قانون التحكيم الأردني رقم (18) لعام 1953 والذي أجاز من خلاله للدولة والأجهزة التابعة لها أن تلجأ الى التحكيم في عقودها التي تبرمها مع الأفراد والجهات الأخرى. كما نص في المادة (20) على أنه " يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية أحد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة". ويبدو أن المشرع الأردني أدرك ضرورة وجود نص صريح يجيز للدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها اللجوء إلى التحكيم لما له من أثر على تهيئة الجو المناسب لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، حيث نص المشرع الأردني بقانون التحكيم رقم (31) لعام 2001 في المادة (3) منه على أن " تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية"، وبهذا يكون المشرع الأردني قد حسم الأمر وأجاز للدولة والجهات الإدارية التابعة للدولة ولأشخاص القانون العام المعنوية اللجوء إلى التحكيم أيا كانت طبيعة هذه العقود أو موضوعاتها.

إضافة على ما تقدم، يؤكد توجه المشرع الاردني بجواز لجوء الدولة والاشخاص المعنوية العامة الى التحكيم في عقودها الدولية انضمام الأردن إلى اتفاقية واشنطن لعام 1965 في عام 1972، حيث اصبحت هذه

الاتفاقية جزء لا يتجزأ من التشريع الأردني ولها الأرجحية على سائر القوانين، وكذلك توقيع الأردن على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية لعام 1974 في عام 1974، حيث أنه لا معنى من التوقيع على هذه الاتفاقية الأخيرة إن لم تكن الدولة تمتلك أهلية اللجوء الى التحكيم في عقودها ذات الطبع الدولي[74].

أما **المشرع الفلسطيني** فقد شهدت الأراضي الفلسطينية حركة تقنين واسعة منذ بداية عام 2000 ضمن منظومة التشريعات التي صدرت في بداية عمل السلطة الوطنية الفلسطينية، في وقت كانت الخبرات الوطنية في التشريع ما تزال في خطواتها الأولى، حيث صدر قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لعام 2000 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار من مجلس الوزراء رقم (39) لعام 2004 الساري في الضفة الغربية وقطاع غزة.

وبمراجعة قانون التحكيم سابق الذكر نجد أن المادة (2) منه نصت على أنه " مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفا فيها". وعليه يتضح أن المشرع الفلسطيني قد أجاز للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تنشأ نتيجة أية علاقة قانونية، وهذا يشمل التعاقد مع الشخص الأجنبي، ولم يحصر هذه النزاعات بالنزاعات المدنية أو التجارية فقط على خلاف المشرع الأردني الذي لم يذكر عبارة "أية علاقة تعاقدية".

كما ونص في الفقرة السادسة من المادة (5) على أنه "... 6-لا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة" وبناءً عليه فالدولة بإعتبارها أحد أطراف عقد الاستثمار لا يمكن

---

[74] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 156.

أن تحتج بعدم أهليتها للجوء إلى التحكيم بناءً على اعتبارات السيادة والحصانة القضائية بقصد التحلل من التزاماتها باللجوء الى التحكيم والعدول عن اتفاق التحكيم.

وفي نفس السياق، نص المشرع الفلسطيني في المادة (40) من قانون تشجيع الاستثمار رقم (1) لعام 1998 على أنه "أ) عندما يعتقد المستثمر أو السلطة الوطنية الفلسطينية أن نزاعاً قد نشأ بينهما، يمكن لأي منهما أن يطلب المباشرة بإجراء مفاوضات وفقاً للإجراءات المحددة في الأنظمة. ويمكن لأحد طرفي النزاع أن يطلب اجراء مفاوضات قبل لجوئه الى تسوية النزاعات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة. ب) إذا اخفقت المفاوضات في تسوية النزاع في الفترة الزمنية المحددة في الأنظمة، يحق لأي من الطرفين أن يحيل النزاع إلى: 1. تحكيم مستقل ملزم كما تنص على ذلك الانظمة. 2. المحاكم الفلسطينية".

وبناءً على ما سبق، في حال حدوث نزاع بين السلطة الوطنية الفلسطينية والمستثمر الأجنبي، فيتم اللجوء الى التفاوض بدايةً، وإذا لم ينجح التفاوض يتم اللجوء الى التحكيم أو الى المحاكم الفلسطينية لفض النزاع، إلا أن المشرع الفلسطيني لم يذكر الوسائل سابقة الذكر على سبيل التدرج وإنما على سبيل التخيير علماً بأن هذ النص مستحدث ولم يكن موجود في قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني الملغى رقم (6) لعام 1995.

وهكذا نخلص مما تقدم، أن موقف المشرع في مصر والأردن وفلسطين تباين ولكن بشكل طفيف في تنظيم موضوع التحكيم في عقود الدولة أو العقود الإدارية بشكل أخص تبعاً لظروف كل دولة وبواعثها، وتأثرت هذه التشريعات بالقانون الفرنسي والقانون النموذجي UNICTRAL.

المبحث الثاني

المبادئ والشروط اللازمة لضمان فعالية التحكيم والحفاظ على توازن عقد الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

يبقى التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية منازعات عقد الاستثمار الدولي حبراً على ورق طالما لا يوجد ضمانات تساند عملية تطبيق التحكيم بصورة فعالة وكفاءة عالية، ولذلك لا بد من وجود مبادئ قانونية ضرورية للوصول لعملية التحكيم المنظمة والفعالة، بالإضافة إلى ضرورة وجود شروط مهمة تعمل على تسهيل مهمة التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي في حال وقعت منازعات أو اضطرابات أخلت بتوازن هذا العقد.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: المبادئ القانونية اللازمة لضمان فعالية التحكيم الدولي.

المطلب الثاني: الشروط اللازمة لمراجعة عقد الاستثمار الدولية والحفاظ على توازنها الاقتصادي.

المطلب الأول

المبادئ القانونية اللازمة لضمان فعالية التحكيم الدولي

لا بد من وجود مبادئ قانونية ضرورية للوصول لعملية تحكيم منظمة وفعالة، ومن أهم هذه المبادئ؛ استقلالية اتفاق التحكيم بحيث لا يحتج أحد أطراف العقد بعدم صحة اتفاق التحكيم في حال وجود عيب في عقد الاستثمار ذاته، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يمنح هيئة التحكيم الصلاحية الكاملة للبت في مسألة اختصاصها بنظر النزاع، أضف إلى ذلك المبادئ الخاصة بضمان عدم الرجوع عن اتفاق التحكيم بالإرادة المنفردة وعدم التأثر بالإجراءات التعطيلية التي قد يقوم بها أحد طرفي العقد بقصد تعطيل إجراءات التحكيم[75].

أولاً: فعالية التحكيم كضمان في عقود الاستثمار

من أهم المبادئ التي تضمن تطبيق اتفاق التحكيم الدولي؛ مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

1- استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الأصلي

[75] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 392.

يعرف اتفاق التحكيم بأنه (تصرف قانوني يتخذ شكل الاتفاق المكتوب بناءً على رغبة الطرفين ويهدف إلى الفصل في المنازعات الناشئة بين أطراف العقد أو المحتمل نشوئها بينهم. ويتمتع اتفاق التحكيم باستقلاليته التامة عن العقد الأصلي)[76]، فالاتفاق التحكيمي سواء كان داخل العقد أو منفصلاً عنه، فهو مستقل استقلالية تامة عنه ولا يرتبط بالعقد من حيث صحته أو إنقضائه أو فسخه أو بطلانه[77].

أضف إلى ذلك أن الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يرتب إمكانية تطبيق قانون مختلف على كلٍ منهما، ويترتب عدم تأثير أيٍ منهما على الآخر[78]، الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم في حسم منازعات الاستثمار. ولكن السؤال الذي يطرح هو ما الأساس القانوني لاستقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار؟

اتجهت الكثر من الدول إلى الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي تماشيا مع الفقه والقضاء، فنص كل من قانوني التحكيم المصري والأردني على أنه "... يعد شرط التحكيم اتفاقا 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"[79]. في حين نص المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم رقم (3) لعام 2000 في الفقرة الخامسة من المادة (5) على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه".

---

[76] أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية–مصر، 1990، ص 16.

[77] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بدون مكان نشر، 2001، ص 150.

[78] حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، دراسة تحليله وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، 1995، ص 1 وما بعدها.

[79] المادة (23) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994. والمادة (22) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001.

ويلاحظ أن من نصوص المواد سابقة الذكر على أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بصحة العقد الأصلي أو فسخه أو بطلانه أو إنهائه، لكن يؤخذ على المشرع الفلسطيني أنه لم يوضح كيف يمكن أن يكون اتفاق التحكيم باطلاً بذاته بعيداً عن العقد الأصلي كأن يكون غير مكتوب أو بدون اتفاق الطرفين، وذلك على غرار كلاً من المشرع المصري والأردني.

أما في الأعمال الدولية، فقد نص قانون الاونسيترال النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة لعام 1985 في المادة (1/16) على أنه "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم". وعليه فإن النص يشير صراحةً إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. أما قواعد غرفة التجارة الدولية I.C.C فقد نصت في الفقرة السادسة من المادة (4) على أن "الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه لا ينفي اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم، ويبقى مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه". وبناءً عليه، يكون للمحكم سلطة النظر في اختصاصه تبعاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. وبالتالي نخلص إلى أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تم تنظيمه في الأعمال الدولية والتشريعات الوطنية، وأن اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة لنفس القواعد التي يخضع لها العقد الأصلي.

كما أن هناك العديد من القضايا التحكيمية التي تناولت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، نذكر منها قضية حكومة المملكة العربية السعودية والشركة الأمريكية للمقاولة المتعهدة بتجهيز مدينة الملك خالد العسكرية. وتتلخص وقائع القضية بأن الشركة الأمريكية المقاولة تعاقدت مع شركتين أمريكيتين لأنها لا تملك كافة المواصفات والكميات اللازمة، ولم تكن السعودية طرفا في العقد المبرم ما بين الشركة الأمريكية المقاولة والشركتين الأمريكيتين، واشترطت الشركة الأمريكية المقاولة أن ترسل الشركتين خطاب ضمان غير مشروط قبل 15 يوماً من تاريخ توقيع العقد، وبعد أن أرسلت الشركتين خطاب الضمان المشروط فسخت الشركة

الامريكية المقاولة العقد، وبناءً على ذلك لجأت الشركتين إلى التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس I.C.C ودفعت الشركة المقاولة بأن هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع لأن العقد ينص على أن "العقد يصبح نافذا من وقت موافقة زبائن الشركة المشترية – أي الجانب السعودي– على الدواليب وخاماتها وما دام لم يتم التوريد يصبح العقد غير نافذ وكذلك شرط التحكيم". إلا أن هيئة التحكيم رفضت دفع الشركة المقاولة استنادا إلى النص الصريح في العقد على اللجوء الى التحكيم في كافة المراحل[80].

وفي قضية أخرى في الحكم الصادر في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، انتهت هيئة التحكيم إلى أنه إعمالا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فقد رفض المحكم ديوبي ما تمسكت به الحكومة الليبية من أن التأميم قد أنهى عقد الامتياز، وأن هذا الأثر يمتد إلى إنهاء شرط التحكيم الوارد في عقد الامتياز، استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[81].

وبناء على ما تقدم، نخلص إلى أن شرط التحكيم يبقى صحيحا ومستقلاً ومنتجا لآثاره القانونية بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي، ما لم يكن شرط التحكيم ذاته باطلاً ، ولكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً لا بد من توافر شروط موضوعية وشكلية.

- أما الشروط الموضوعية فهي:

1- أهلية أطراف التحكيم.

[80] محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، 2000، ص 203 وما بعدها.

[81] للمزيد أنظر في فؤاد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص 188-189.

2- الرضا بين أطراف التحكيم، وتعني توافر الإرادة الحرة غير المعيبة[82].

3- أن يكون محل الاتفاق مشروعاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب[83].

- أما الشروط الشكلية فتتمثل في شرط الكتابة.

وفي حال توافر أحد عيوب اتفاق التحكيم الموضوعية أو الشكلية، وتأثر شرط التحكيم وذلك ببطلانه أو زواله، فإن ذلك لا يؤثر على العقد الأصلي ويبقى العقد الأصلي صحيحا منتجا لأثاره القانونية، ويكون الاختصاص في الفصل في النزاع الذي ينشب عنه ثابتاً للقضاء بإعتباره صاحب الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات[84].

2- مبدأ الاختصاص بالاختصاص

من أهم المبادئ التي تضمن صحة تطبيق اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار، هي احترام دور هيئة التحكيم والاعتراف لها بالاستئثار بتسوية المنازعات الناشئة عنها، ولذلك تُمنح هيئة التحكيم الاختصاص بالفصل في مسألة اختصاصها[85]. والاعتراف باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفي البت في مسألة إختصاصها بنظر النزاع من عدمه، يعتبر تأكيداً لمبدأ القوة الملزمة لهذا الاتفاق[86]. ويمكن القول بأن مبدأ

---

[82] للمزيد أنظر أمين دواس، المصادر الإرادية "العقد والإرادة المنفردة"، دراسة مقارنة، ط1، دار الشروق، رام الله، 2004، ص 77-98 وعبد القادر الفار، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان-الأردن، 2001، ص 69-82.

[83] للمزيد أنظر أمين دواس، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص100-107 وعبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 83-90.

[84] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2006، ص 208.

[85] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 416.

[86] حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 111.

الاختصاص بالاختصاص يقوم على فكرة أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، ويقرر إن كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يكون مختصاً إلا بناءً على وجود اتفاق تحكيم صحيح[87].

ويرتب الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين؛ الأول إيجابي وهو السماح لهيئة التحكيم بالسير في اجراءات التحكيم والبت في الدفوع التي تنكر على الهيئة هذا الاختصاص، وهو محل اجماع عام من قبل المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم، والأثر الثاني سلبي وهو منع القضاء العادي من البت في مسألة اختصاص هيئة التحكيم[88]، لكن السؤال الذي يطرح هو ما الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه؟

لقد نصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على مبدأ الاختصاص بالاختصاص صراحةً في نصوصها، ومن هذه التشريعات الوطنية، ما نص عليه كلاً من قانون التحكيم المصري والأردني بأن " 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"[89]. وكما هو واضح في حال كان هناك دفع بعدم الاختصاص، فإن للمحكمين ولاية الفصل في مدى مشروعية ولايتهم أو صحتها وعليهم تقدير اختصاصهم عند الادعاء ببطلان اتفاق التحكيم ذاته، أو بسبب عدم قابلية النزاع للتحكيم[90]. ونصت المادة (13) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 على أنه "1-يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في

---

[87] فؤاد ابو طالب، مرجع سابق، ص 194.

[88] حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 133.

[89] المادة (1/22) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994. المادة (21/أ) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001.

[90] أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2003، ص60.

الدعوى. ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم". وهنا كيَّف المشرع المصري الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم القبول.

وقد نصت المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية: 1-المسائل المتعلقة بالاختصاص..." وعليه فقد اعترف المشرع الفلسطيني لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل في مسألة اختصاصها، ولكن يؤخذ على المشرع الفلسطيني أنه كان من الأفضل لو وضح الدفوع التي قد تشكك باختصاص هيئة التحكيم ونوع الدفع بدلاً من أن يترك النص للتأويل والتفسير.

وبالنظر إلى المادة (7) من نفس القانون نجدها تنص على أنه " 1-إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم. 2-لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم." وعليه فإن القاضي يتحقق من مسألة اختصاصه من عدمه فور عرض القضية عليه وقبل الدخول في أساس الدعوى، وعلى الطرف الآخر في التحكيم أن يدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في الدعوى. أما عن طبيعة الدفع بالتحكيم، فهو كما واضح من المادة (7) بأنه يؤدي إلى "وقف الإجراء". وكما سبق وذكرنا في تعليقنا على المادة (16) كان من الأحرى بالمشرع الفلسطيني أن يوضح طبيعة هذا الدفع بتوضيح مصطلح "وقف الإجراء" وما إذا كان يعتبر دفعاً بعد القبول كما هو الحال في مصر والأردن أو دفعاً بعدم الاختصاص كما هو الحال في فرنسا وسويسرا، أو دفعاً من نوع خاص.

وبطبيعة الحال لا يمكن للمحكمة المختصة أن تثير الدفع من تلقاء نفسها إنما بناءً على طلب أحد الخصوم، وهذا يعني بأن الدفع بالتحكيم لا يمكن أن يقدم إلا بصورة دفع ولا يمكن تصور تقديمه بصورة

مطلقة على شكل طلب للمحكمة، والهدف من هذا المبدأ هو عدم تعطيل إجراءات المحكمة ومحاولة تجنب الاحتيال الذي قد يقع من أحد طرفي العقد بهدف تعطيل الإجراءات، فلو أعطي الاختصاص بالبت في مسألة اختصاص هيئة التحكيم للقضاء العادي، وتبين أن هيئة التحكيم هي المختصة بالنظر في النزاع، فقد يؤدي ذلك إلى ضياع أهم ميزاة للتحكيم وهي ميزة السرعة.

أما في الأعمال الدولية؛ فقد أخذت بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، الفقرة الثالثة من المادة رقم (5) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، حيث نصت على أنه " مع التحفظ بالنسبة للرقابة القضائية اللاحقة التي ينص عليها قانون القاضي، لا يتخلى المحكم عن اختصاصه في نظر القضية، حيث تكون له سلطة الفصل في اختصاصه وفي وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يشكل ذلك الاتفاق جزءا منه". وكذلك المادة (1/21) من قانون اليونسترال لعام 1976 التي نصت على أن " هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، ويدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق". والمادة (1/16) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 حيث نصت على أنه " يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم..."، واتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 حيث اعترفت الاتفاقية بهذا المبدأ في المادة (3/5) بأن للمحكم سلطة تحديد اختصاصه ووجود اتفاق التحكيم او العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزءاً منه[91]، وكذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث جاء في المادة (41) منها على أن " تختص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها"[92]، وقواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي حيث نصت في المادة (1/21) على أن " هيئة التحكيم هي صاحبة

[91] بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 402.

[92] وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 53.

الاختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعد اختصاصها وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم او الاتفاق المنفصل عن التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق"[93].

كما أن هناك العديد من القضايا التحكيمية التي تؤكد على مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومنها حكم التحكيم التمهيدي في الدنمارك الصادر من المحكم المنفرد جومرد والذي أشار به إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بمناسبة النزاع الذي دار بين الشركة الفرنسية(Elfaquitaine) والشركة الوطنية الإيرانية نيوك، حيث جاء في حكم التحكيم أن "اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر مبدأً رئيسيا في مجال التحكيم الدولي ومعترفاً به بواسطة المعاهدات الدولية والعديد من أحكام التحكيم والفقه المتخصص في قانون التحكيم"[94].

نخلص إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يضمن للمتعاملين بمجال التجارة الدولية الأمان القانوني أثناء تسوية النزاع، على أساس أن المحكمين ملزمين بالفصل في مسألة اختصاصهم بصورة أولية لمباشرة مهمتهم. ومن الجدير بالذكر بأن ثبوت حق المحكم في البت في مسالة اختصاصه بالنظر في النزاع، مصدره مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في العلاقات الدولية الخاصة[95].

---

[93] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 100.

[94] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 401.

[95] فؤاد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص 198.

ثانياً: المبادئ الخاصة بضمان عدم الرجوع عن اتفاق التحكيم

من أهم المبادئ التي تضمن عدم رجوع أحد الأطراف عن اتفاق التحكيم في عقود الدولة، مبدأ منع الرجوع عن قبول التحكيم الدولي بالإرادة المنفردة، ومبدأ عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف.

1- منع الرجوع عن قبول التحكيم الدولي بالإرادة المنفردة

إن أساس اللجوء إلى التحكيم هو الرضا والاختيار، فقوام فكرة التحكيم في منازعات العقود الدولية وعقود الاستثمار يعتمد على مبدأ سلطان الإرادة[96]. والفكرة الأساسية لمبدأ سلطان الإرادة هو أن العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية لإرادة الأطراف، ولا يجوز تغيير هذه الإرادة أو الرجوع عنها أو تعديلها من طرف واحد وبصورة منفردة.

لذا لا يجوز للدولة أو للمستثمر الأجنبي أن يرجع عن اتفاق التحكيم من جانب واحد، على الرغم من أن الدولة –في الغالب–هي الطرف الذي يرجع عن اتفاق التحكيم سائقة في ذلك عدد من الحجج ومنها حجة عدم أهليتها للجوء الى التحكيم[97]. إلا إنه طالما تحققت الشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم، فإن اتفاق التحكيم يولد قوة ملزمة اتجاه أطرافه، ويمنع أحدهم من أن يستقل بنقض الاتفاق أو تعديله بإرادته المنفردة، ويترتب على مخالفة هذا المبدأ تحمل المسؤولية[98].

ولضمان تطبيق اتفاق التحكيم، كان من الضروري وضع قيود على إرادة الأطراف بخصوص انتهاك اتفاق التحكيم ، ولقد سبق وتطرقنا إلى النصوص القانونية الوطنية التي أجازت للدولة اللجوء إلى التحكيم في عقودها.وفي التنظيم الدولي نجد مثالاً واضحاً لتقييد إرادة أطراف التحكيم في اتفاقية البنك الدولي للإنشاء

---

[96] أحمد ابو الوفا، مرجع سابق، ص 28.

[97] ومن الجدير بالإشارة إليه، الى ان الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي قد حسمت مسألة الأهلية الدولية في إبرام اتفاق التحكيم حيث نصت المادة (1/2) على أن الاشخاص المعنويين الموصوفين في القانون المطبق بصددهم بالأشخاص المعنويين في القانون العام، لهم الأهلية لعقد اتفاقات التحكيم، بصورة اصولية" أنظر عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 383.

[98] إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص 15.

والتعمير والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، وقد حرص واضعوا الاتفاقية على النص صراحةً في المادة (1/25) على عدم جواز إنهاء اجراءات التحكيم بالإرادة المنفردة[99].

وقد جاء في قرار لمحكمة استئناف باريس في النزاع بين الشركة الإيطالية Icritero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار Kftcic: إن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأياً ما كان السبب الذي يستند إليه يعمل به في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي...". ونخلص من الحكم أن المحكمة أجازت للدولة وللأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، وأن المنع لا يمتد إلى عقود الاستثمار على اعتبار أن هذه العقود هي من عقود الدولة، وعليه لا يمكن للدولة أن تتذرع بعدم أهليتها لعدم اللجوء إلى التحكيم[100].

وفي قرار لنفس المحكمة في حكم صادر في القضية المرفوعة من شركة (Catoil) التي تحمل جنسية دولة (بنما) ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول، والتي تتلخص وقائعها بأن شركة (Catoil) قد دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص لها بذلك من البرلمان الإيراني، وذلك وفقاً للمادة (139) من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع وأصدرت الحكم التالي "بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق متماشيا مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشرع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق

---

[99] تنص المادة (1/25) في آخر الفقرة على أن "وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة". خالد محمد القاضي، مرجع السابق، ص 552.

[100] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 376.

من التحكيم المتفق عليه مسبقا بين الاطراف ، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشرع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نص القانون الوطني لهذا المشرع"[101].

نخلص إلى أنه لو اتفق أطراف عقد الاستثمار صراحةً على انعقاد الاختصاص بمنازعاتهم لهيئة تحكيم تشكل وفقاً لقواعد محددة، فلا يجوز لأي منهم أن يتراجع عن هذا القبول بالانسحاب من الاجراءات التي تتخذ امام هيئة التحكيم، فإجراءات التحكيم لا تنتهي إلا في إحدى الحالتين: أما بصدور حكم يحسم النزاع ، أو باتفاق جميع الأطراف على إنهاء الاجراءات قبل صدور الحكم.

وعليه، لا يمكن للدولة أو للهيئة أو للشركة الحكومية أن تتنصل من التحكيم بحجة عدم أهليتها، حيث أن التحكيم في المنازعات التي قد تحدث مع الدولة أو أحد أجهزتها أصبح أمرا مقررا تشريعيا ومؤكداً دولياً. وعلى ذلك فإن الاقرار بمبدأ منع الرجوع عن التحكيم بالإرادة المنفردة، سواء كان ذلك من قبل الدولة أو أجهزتها العامة من شأنه أن يبعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين تجاه نظام التحكيم، وهذا ينعكس إيجاباً على زيادة الاستثمارات الأجنبية وتشجيع الاستثمار في الدول النامية.

2- عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف

تناولنا في الفرع السابق احتمالية الرجوع عن اتفاق التحكيم من أحد طرفي العقد بإرادته المنفردة، أما في هذا الفرع، فنتناول حالة قيام أحد أطراف عقد الاستثمار باتخاذ موقف سلبي تجاه اجراءات التحكيم بهدف عرقلة عملية التحكيم، فعلى سبيل المثال قد يقوم أحد الأطراف بالامتناع عن تعيين المحكم المكلف باختياره، أو يمتنع عن حضور إجراءات التحكيم[102].

---

[101] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص376.

[102] فؤاد أبو طالب، مرجع سابق، ص 205.

ولضمان عدم عرقلة إجراءات التحكيم أقرت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية العديد من الاحكام لمواجهة امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكم أو المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم. كما نصت أيضا على عدد من الإجراءات لضمان عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف متعمداً عن إجراءات التحكيم بهدف الحد من فاعلية التحكيم ولتعطيل نظر النزاع لمدة طويلة، وذلك عن طريق الاعتراف باستمرار هذه الاجراءات دون ان يكون لغياب أحد الاطراف تأثير على ذلك[103].

وقد نظمت القوانين الوطنية مبدأ عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف، خصوصا في حال المماطلة في تعيين المحكم أو المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم بشكل واضح، فمن خلال الاضطلاع على نصوص المواد[104]، يتضح أن المشرع قد نص على إعطاء الأطراف حق تشكيل هيئة التحكيم، فإذا حصل خلاف فيما بينهم، فعندئذ يجوز للمحكمة المختصة تعيين المحكم بناءً على طلب أحد الخصوم. وفي حال كان الاتفاق على تعيين محكميّن بحيث كل طرف يختار محكم عنه، وبعدها يتم الاتفاق على اختيار محكم ثالث، إلا أنه لم يتم تعيين المحكم الثالث لسبب ما، فيجوز لأحد الأطراف اللجوء للمحكمة من أجل تعيين المحكم الثالث. وبهذا يكون المشرع أوقف أية محاولة من أحد الأطراف للتباطئ أو عرقلة إجراءات التحكيم[105].

أما في الأعمال الدولية؛ فنذكر ما نصت عليه اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965، من أنه إذا لم يتم تكوين المحكمة خلال 90 يوماً من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل من السكرتير العام طبقاً للفقرة الثالثة من المادة (36) أو في مهلة أخرى

---

[103] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار والعلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 414.

[104] أنظر في ذلك المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني لعام 2000، والمادة (27) من قانون التحكيم المصري لعام 1994، والمادة (16) من قانون التحكيم الأردني لعام 2001.

[105] حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 121.

يوافق عليها الطرفان، يقوم الرئيس تلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان بتعيين المحكم أو المحكمين اللذين لم يعينوا بعد ولا يجوز للمحكمين المعينين من قبل الرئيس طبقاً لنصوص هذه المادة أن يكونوا من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفاً في النزاع أو أن يكونوا من رعايا الدول المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفاً في النزاع. وبناءً على هذا النص، يكون المشرع في هذه الاتفاقية قد أوصدَ الأبواب أمام الطرف الذي ينوي عرقلة سير عملية التحكيم، من خلال التقاعس عن اتخاذ الإجراءات المطلوبة لتشكيل هيئة التحكيم.

وهناك أمثلة عديدة على عقود تضمنت نصوصاً خاصة بعدم عرقلة إجراءات التحكيم من قِبل أحد الأطراف، ما قضت به المادة (3/35) من عقد المقاولة المبرم بين العراق وشركة ايراب سنة 1968 بأنه "...إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال المدة الممنوحة له يقوم الطرف الآخر بطلب هذا التعيين من رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان بسويسرا، وعند غيابه يقوم بذلك أعلى رتبة في المحكمة المذكورة"[106] ونرى أن إضافة مثل هذا النص في اتفاق التحكيم أو تحت شرط التحكيم ضروري جدا من أجل منع محاولة أحد الاطراف من عرقلة إجراءات التحكيم[107].

[106] فؤاد ابو طالب، مرجع سابق، ص 208.

[107] والمضطلع على أحكام القوانين الوطنية يرى أن المشرع الوطني في عدد من الدول قد اورد أحكاما من شانها أن تضمن سير إجراءات التحكيم ومواجهة أي مماطلة من أحد الاطراف بهدف عرقلة إجراءات التحكيم، ففي حال تغيب أحد أطراف التحكيم عن حضور إحدى جلسات التحكيم أو جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبليغه او لم يسلم المستندات المطلوبة منه، تصدر هيئة التحكيم قراراها وفقاً للوقائع والبينات المتوفرة لديها، وكذلك الأمر بالنسبة للماطلة في تعيين محكم فإنه وفقا للنصوص القانونية يعطى الحق لهيئة التحكيم أو للمحاكم الوطنية بان تقوم بعملية التحكيم، أنظر في ذلك المادة (53) من قانون التحكيم المصري، والمادة (33) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (40) من قانون التحكيم الفلسطيني.

المطلب الثاني

الشروط اللازمة لمراجعة عقود الاستثمار الدولية والحفاظ على توازنها الاقتصادي

يتمتع أطراف عقد الاستثمار الدولي بالحرية الكاملة في إبرام العقد من عدمه، كما لهم حرية تحديد نوع العقد والشروط التي ترد فيه، ولأن عقود الاستثمار الدولية هي من العقود ذات المدة الطويلة، فهي تتأثر بعوامل ومتغيرات عديدة، لذا لا بد من تضمينها شروطاً تضمن استمرارية هذه العقود رغم المتغيرات التي قد تطرأ عليها. وعليه سنناقش شرطين هما: شرط الثبات التشريعي، وشرط إعادة التفاوض على بنود العقد.

أولاً: شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقد الاستثمار الدولي

يتمتع أطراف العقد الدولي بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فالمستثمر الأجنبي يسعى من جهة إلى تفادى اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار كقانون واجب التطبيق على العقد، لعدم إلمامه بأحكام القانون الوطني ولتفادي احتمالية خضوع العقد لكافة المتغيرات والتعديلات التي قد تلحق العقد نتيجة التغيرات التشريعية في الدولة، والتي قد تعمد الدولة إلى انتهاجها بهدف الإخلال بالتوازن العقدي بينها وبين المستثمر الأجنبي، والدولة من جهة أخرى، لا تقبل خضوعها لقانون وطني لدولة أخرى على أراضيها لاعتبارات السيادة.

ولذا يحكم قانون الإرادة شروط وآثار العقد، لأن الأخذ بحل آخر يشكل عقبة في وجه التجارة الدولية وبشكل خاص في وجه عقود الاستثمار. ويحاول الفقه دائما أن يقيم توازن بين إرادة الأطراف وموجبات القانون،

باعتبار أن الأخيرة تحقق قدر أكبر من الأمان والاستقرار للعقد، إلا إنه في العقود التجارية الدولية، قد يكون لإرادة الأطراف حرية أكبر ليس فقط في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بل في ممارسة بعض السلطات وفرض بعض الشروط وتطبيقها على العقد ومنها شرط الثبات التشريعي، والذي يعمل على تجميد العقد من الناحية الزمانية بحيث لا يسري على العقد إلا القوانين التي كانت سارية وقت ابرام العقد دون سريان أية تعديلات تشريعية حديثة[108].

ويقصد بشرط الثبات التشريعي "ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد او لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية"[109]، وفي تعريف آخر يعرف على أنه" أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، ومن ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد عبر تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطتها التشريعية ولكن لا يجردها منها"[110].

ويبدو شرط الثبات التشريعي الذي يتم من خلاله تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، أكثر ذيوعاً في العقود التي تبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية لا سيما في عقود الاستثمار[111]. ويمنع هذا الشرط الدولة من التمسك بتغيير تشريعاتها على نحو يضر بالمستثمر الأجنبي، مثل سن قوانين جديدة تهدف إلى زيادة الضرائب أثناء تنفيذ عقد الاستثمار لا سيما أنه من العقود طويلة المدة.

---

[108] أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، جامعة المنصورة–مصر، 1989، ص 123.

[109] سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، لبنان–بيروت، 2006، ص 111.

[110] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 322.

[111] أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص 125.

وقد يرد هذا الشرط على شكل شروط تعاقدية، أو تشريعية، فأما الشروط التعاقدية أو الاتفاقية[112] فهي التي ترد ضمن بنود أو شروط العقد الدولي ذاته وتنص صراحةً على تقييد حرية الدولة المضيفة للاستثمار من التمسك بلائحة أو تشريع جديد من شأنه التأثير على العلاقة التعاقدية[113].

وقد يرد شرط الثبات التشريعي بصورة نصوص تشريعية في صلب قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو التي ستدخل طرفاً في العقد، بمقتضاها تتعهد الدولة بألا تعدل أو تلغي قانونها، ومثال على ذلك ما قرره قانون الاستثمار الكاميروني لعام 1960 في المادة (18) منه على أن "اتفاق الإقامة يحدد خصوصا ...ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية والاقتصادية والمالية كما في مجال التحويل المالي وتسويق المنتجات"، وما قرره قانون البترول الليبي الصادر في نوفمبر 1955 على عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره، وذلك في المادة (24) منه التي أشارت فيه إلى أن كما أن التعديلات التي لحقت بهذا القانون تنفي مساسها بالامتيازات السابقة[114].

أما المشرع الفلسطيني، فقد نص في قانون الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لعام 1998 في المادة (42) منه على أنه " لا يؤثر هذا القانون سلباً على الموافقات والحوافز المقدمة إلى المستثمرين والمشاريع بموجب أية قوانين سابقة ذات صلة، وتبقى تلك الموافقات والحوافز سارية المفعول إلى حين إنهائها أو انتهائها بموجب

---

[112] وهناك أمثلة عديدة على ذلك، منها ما نصت عليه المادة (15) من الاتفاق المبرم بين الكاميرون وإحدى شركات تنقيب البترول على أنه "لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاستحقاق"، وكذلك نصت المادة (14) من العقد المبرم بين دولة توجو وشركة مناجم Benin والتي جاء فيه أنه "في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية في جمهورية توجو المستقلة فإن تلك الأخيرة تتعهد بان تضمن باستثناء خاص لصالح شركة مناجم Benin الاستفادة من الاحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية وحقول المناجم القابلة للتصريح بالبحث، والامتيازات الممنوحة للشركة هذا ما لم تتمسك الأخيرة بالأحكام الجديدة"، أما في العقود المصرية فقد تضمن عقد أسنا في المادة (30) شرطا بخصوص تثبيت الضرائب ورسوم التأمين الاجتماعي وتثبيت الأسعار الرسمية للإسمنت والحديد والخشب والزيوت وغيرها من المواد اللازمة لحماية المتعاقد من تغير الاسعار كي لا يضار المقاول من تغير الاسعار، وبهذا يكون قد تم وضع آلية لإعادة الرسوم والاسعار الزائدة إلى المقاول بفاتورة منفصلة أو خصمنها منه في خال نقصها"، محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاسغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2003، ص108.

[113] مصطفى الحبشي، مرجع سابق، ص389.

[114] أحمد عبد الكريم سلامه، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص 129.

أحكام القوانين التي صدرت بناءً عليها"، وعليه لا يؤثر هذا القانون على أية امتيازات سابقة ولا يسري القانون بأثر رجعي.

وهناك عدد من القضايا التحكيمية التي تطرقت إلى هذا الموضوع، ومنها قضية تكساكو Texaco لعام 1977 وتتلخص وقائع القضية بأن الحكومة الليبية أممت مشروع امتياز لتنقيب البترول مع شركتين أمريكيتين، وعندما لجأت الشركتين إلى التحكيم ورفضت الحكومة الليبية الذهاب الى التحكيم، لجأت الشركتين إلى محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم منفرد للفصل في النزاع، وعين المحكم ديوباي Dupuy، وعلى الرغم من عدم وجود شرط في العقد يمنع الدولة من اللجوء إلى التحكيم، إلا أنه المحكم لاحظ أن نص المادة (16) من العقد والتي تقضي بأن " الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق وإن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بوجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف ويتم تفسير هذا الامتياز وفقاً لقانون البترول واللوائح النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق... وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا يؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها"، وبناء عليه ذهب المحكم إلا أن هذا النص لا يمس سيادة الحكومة الليبية في اصدار قوانين وتشريعات جديدة في مواجهة مستثمرين أجانب أخرين، إلا أن نص المادة (16) ينحصر بعدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية في مواجهة الأطراف الذين التزمت الحكومة تجاههم، وعليه، فإن الحكومة الليبية لا يمكن أن تتجاهل تعهداتها للشركتين الأمريكيتين، وانتهت القضية بإصدار حكم في مصلحة الشركتين الأمريكيتين وألزم الحكومة الليبية بدفع مبلغ يقارب 19 مليون دولار[115].

[115] كما جاء أيضا في قرار التحكيم في قضية Sapphire International Petroluem V.N.I.O.C في عام 1963 بمناسبة النزاع القائم بين إيران وإحدى شركات البترول ان " الشركة الأجنبية تقدم للدولة الايرانية مساعدة مالية وفنية، وهذا يتضمن بالنسبة لها استثمارات، ومسؤوليات ومخاطر واسعة ويبدو حينئذ من الطبيعي أن تحمي نفسها ضد التعديلات التشريعية والتي يمكن أن تعدل من اقتصاديات العقد، وأن يكفل لها بعض الامان القانوني وهذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإيراني، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن

والمستفاد من الحكم السابق أن المحكمة أقرت تثبيت قانون العقد باللحظة التي أبرم فيها العقد بحيث أن القوانين الجديدة اللاحقة لا تسري عليه، نخلص إلى أن شرط الثبات التشريعي أضحى راسخاً بحيث لا تسري تعديلات القانون الجديدة على العقود التي أبرمت سابقاً، ويظل العقد خاضعاً للقواعد القائمة فقط وقت ابرامه، مما يؤدي إلى استقرار الرابطة التعاقدية وحفظ توقعات الأطراف، فقد تكون التعديلات الجديدة مؤدية إلى قلب توازن العقد وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح طرف من الأطراف.

وقد يكون التجميد النظام القانوني الوطني من تطبيق أية تعديلات تشريعية مستقبلية قد تضر بمصالحه، وفي المقابل يحق للمستثمر طلب الإستفادة من أية تشريعات مستقبلية فيها ميزات وضمانات أكثر من تلك التي حصل عليها المستثمر في ظل القوانين السابقة، وذلك إعمالاً لمبدأ الدولة الأولى بالرعايا، وهو ما تمنح الدولة المضيفة بموجبه للأطراف المتعاقدة معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك الممنوحة لدول أخرى بموجب معاهدات أخرة في نفس المجال[116]، من دون قيد أو شرط.

كما تعرف قاعدة الدولة الأولى بالرعايا أن الدولة المضيفة تمنح لمستثمري دولة أجنبية المعاملة نفسها التي يمنحها في حالات مماثلة لمستثمري جميع الدول الأجنبية الأخرى في إقليمه[117]،

تعدله"، Schwebel, Stephen, (1987) International Arbitration:Three Salient Problems, Cambridge:Grotius Publications Ltd. pp 38.

[116] محمود فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات واشكاليات التطبيق، مجلة الشريعة والقانون المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد ، ص630.

[117] شرط الدولة الأولى بالرعايا وهو من الشروط الي تتحقق نتائجها بمجرد توافر أسبابها دون حاجة إلى إعادة التفاوض وهو الاستفادة من الميزات المقدمة لمثيلاتها من الشركات الاستثمارية في المنطقة أو نفس القطاع الإنتاجي أو المنطقة الجغرافية، أنظر في ذلك الاتفاقية المبرمة ما بين مصر و هولندا في 1976/10/30، عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 217، كما وقد نص قانون الاستثمار الفلسطيني رقم (2) لعام 1998 في المادة (6/ب) على إمكانية منح معاملة تفضيلية للمستثمر الاجنبي على أساس الجنسية بموجب اتفاقيات تجارية أو استثمارية ثنائية أو متعددة الأطراف مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل

كما أن شرط الثبات التشريعي يمس بسيادة الدولة وحقها في إصدار تشريعاتها على النحو الذي سنته السلطة التشريعية، كما يصطدم بصورة مباشرة بمبدأ تطبيق التشريع بصورة فورية. ويتجه البعض إلى إعمال مبدأ حسن النية وأن الدولة لا تهدف عند سن التشريعات الجديدة إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد[118]. ونحن نرى أن هذه الاعتبارات مهمة وقيمة إلا أنه يصعب وضع رقابة على سلطة الدولة التشريعية والبحث في مبدأ حسن النية فقط، لأن هذا الأمر يعتبر شائكاً وحساساً في مثل هذه العقود الضخمة والتي تدوم لفترات طويلة. أضف إلى ذلك أن المستثمر الأجنبي يعول بشكل كبير على هذه الشروط. كما أن شرط الثبات التشريعي لا يمس بسيادة الدولة وقدرتها على سن قوانين جديدة، إلا أنه في نفس الوقت ناقوس يذكر الدولة بتعهداتها للمستثمر الأجنبي، فالدولة لها كامل الحق في أن تسن القوانين التي تناسب مصالحها القومية من دون أن تلتفت إلى مصلحة المستثمر الأجنبي طالما لا يوجد ضمانات كافية في اتفاقية الاستثمار[119]، وبكل الأحوال الإشارة إلى ذلك بشكل واضح في العقد سواء أن القوانين اللاحقة لإبرام العقد ستكون غير مطبقة على العقد أو أنها ستطبق على العقد وتسري بأثر فوري على العقد يعفي كلا الطرفين من نزاعات قد تقع في المستقبل.

وأخيراً نخلص إلى أن شرط الثبات التشريعي يرتب نتائج عديدة ومهمة تصل إلى حد إثارة مسؤولية الدولة المتعاقدة عن أعمالها في حال كان هدفها من سن التشريعات الجديدة فسخ العقد أو تعطيله، وقد لا يساعد شرط الثبات التشريعي على غل يد الدولة عن سن قوانين وتشريعات جديدة تبعاً لسلطته السيادية، إلا أن هذا الشرط يضمن للمستثمر الأجنبي حقه ضد أية إجراء قد تتخذه الدولة بهدف فسخ العقد[120].

---

[118] أنظر في ذلك رأي الأستاذ لوبولونجيه، محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 109-113.

[119] محمود فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، مرجع سابق، ص 2013، 618.

[120] المرجع السابق، ص 652.

ثانياً: شرط إعادة التفاوض

قد يتعرض عقد الاستثمار الدولي إلى ظروف سياسية واقتصادية وإجتماعية متقلبة تؤدي إلى إعادة النظر وإعادة التفاوض على شروط العقد، وذلك بهدف الوصول إلى مراكز قانونية واقتصادية جديدة. وغالباً ما يكون حرص الدولة على تضمين عقودها لشرط إعادة التفاوض أشد منه لدى الدولة من المستثمر، وذلك لأن المستثمر عادةً ما يرى عقد الاستثمار كوثيقة دستورية جامدة، أما الدولة فتراه وثيقة مرنة تعدلها وفق مصالحها العامة. ولذا قد يؤدي إعمال شرط إعادة التفاوض بحد ذاته إلى نشوء منازعات بين المستثمر والدولة المضيفة والتي يكون التحكيم أكثرها ملائمةً لحلها على أساس من احترام القانون والتعهد بالتفاوض بحسن نية.

ويعرف شرط إعادة التفاوض بأنه (شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع احداث معينة يحددها الأطراف من شأنها الاخلال بالتوازن العقدي واصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم)[121].

فقد يحدث أن يتفق أطراف العقد على عدد من النقاط ومن ثم يجد أحدهم بعد مرور فترة أن شروط العقد لم تعد ملائمة في ظل المستجدات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة التي تؤثر على سريان العقد وعلى توقعات المتعاقدين مثل إرتفاع العملة أو إنخفاضها، أو ارتفاع أسعار المادة الخامة الاساسية التي يقدمها المستثمر او غيرها من التغيرات التي تؤثر بشكل كبير على المراكز الإقتصادية لأطراف العقد[122]. ولهذا يقوم أطراف العقد الحريصين على تضمين عقودهم شرط إعادة التفاوض لما يوفره من حماية للأطراف، فهذا الشرط يساعد الأطراف على التقارب من أجل التوصل إلى حل مناسب لمعالجة النتائج

---

[121] مصطفى الحبشي، مرجع سابق، ص312.

[122] أنظر في مبادىء اليونيدروا (6.2.3) (6.2.1) للعقود التجارية الدولية لعام 2010، الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص .

الضارة التي أصابت العقد، ويمنح الأطراف فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكام العقد. كما أن هذا الشرط يرتب على الأطراف إلتزاماً بالجلوس إلى مائدة المفاوضات في حال وقوع أحداث معينة غالباً ما يتم تحديدها العقد مسبقاً[123].

فقد يحدث أن يتفق الأطراف على المفهوم القانوني للعقد ولكن في ظل المستجدات والظروف المتقلبة قد يجد أحدهم أن شروط العقد المتفق عليها مسبقاً أضحت غير ملائمة في ظل هذه المستجدات، ولأن منازعات إعمال شرط إعادة التفاوض لا تقوم بشكل رئيسي على أسس قانونية قائمة في قانون معين، وإنما قوامها هو تعارض المصالح بين الأطراف وعدم إمكانية التوصل إلى حل يحمي مصلحة الأطراف، فيكون اللجوء إلى التحكيم أو الإتفاقيات التحكيمية المستقلة القائمة على أسس مراعاة العدالة ومبدأ حسن النية، أكثر قبولاً وملائمةً من أجل الوصول إلى حل يناسب كل الأطراف، على إعتبار أن المحكم يمكن أن يسوي هذه المنازعات من خلال حلول ملزمة للأطراف. وهذا لا يتم إلا عند إتجاه نية الأطراف بشكل مؤكد وواضح إلى إخضاع هذه المنازعات غير القانونية لاختصاص هيئة التحكيم لأن الدور الذي ستقوم به هيئة التحكيم خارج عن دائرة القضاء التقليدي الذي تمارسه المحاكم عادةً[124].

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

---

[123] مصطفى الحبشي، مرجع سابق، ص 313.

[124] عصام الدين القصبي، دور التحكيم الدولي في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، مرجع سابق، ص 224-225.

أضف إلى ذلك أنه من أهم المبادئ التي تساهم في ضمان فعالية إعمال شرط إعادة التفاوض، هو التأكد من حسن نية الأطراف في التفاوض على العقد، فقد يلجأ أحد الأطراف إلى المماطلة أو عرقلة المفاوضات من أجل تفويت الفرصة على الطرف الآخر أو بغية فسخ العقد والتحجج بعدم التوصل إلى حل مناسب يرضي الطرفين. ولهذا لا بد من وجود مسؤولية على الطرف المفاوض سيء النية خصوصاً في المفاوضات على عقود التجارة الدولية الضخمة ومنها عقد الاستثمار الدولي الذي يستغرق وقتاً طويلاً وجهداً وأحياناً تكلفة سفر وتنقل. ولذا فإن المبدأ العام الذي تقضي به معظم القوانين المقارنة في ظل المفاوضات على العقود هو مبدأ المفاوضات العادلة أو التفاوض بحسن نية[125].

نصت العديد من التشريعات الوطنية والدولية على مبدأ حسن النية، ومنها ما نصت عليه المادة (1/148) من القانون المدني المصري والمادة (1/202) من القانون المدني الأردني بضرورة تنفيذ العقد بحسن نية. كما ونصت المادة (1-19/201) من القانون التجاري الأمريكي الموحد على "الأمانة في الواقع واحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل" . كما ونصت مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية المعدلة لعام 2010 عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص في المادة (1-7) على أنه " يجب أن يتصرف كل طرف وفقاً لما يقضيه حسن النية والتعامل العادل في التجارة الدولية". وجاء في المادة (3.2.7) من هذه المبادئ على "إجابة طلب الطرف الذي يحتج بوجود ميزة مفرطة لطرف آخر في العقد بدون مبرر، أو تعديل العقد أو البند بما يتفق مع مبادئ حسن النية وأمانة التعامل في المجال التجاري".

أما وبالنسبة للتفاوض بحسن نية بشكل خاص، فقد نصت المادة (2-1-15) من مبادئ اليونيدروا على أنه "1-يكون لكل طرف الحرية في إجراء التفاوض ولا يسأل عن الفشل في الوصول إلى اتفاق. 2-ومع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو ينهي المفاوضات بسوء نية عن الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر.

---

[125] أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5، العدد 1، 2008، ص 169.

3-ويتوافر سوء النية على وجه الخصوص بالنسبة للطرف الذي يدخل المفاوضات أو يستمر فيها دون أن تكون لديه نية الوصول إلى اتفاق مع الطرف الآخر".

ومما سبق نرى إلزامية وجود مبدأ حسن النية في المفاوضات السابقة على العقد أو خلال تنفيذ العقد أو تفسيره، لضمان استمرارية العقد والوصول إلى نتائج مرضية لكلا الطرفين. أما الطرف الذي يقطع المفاوضات بدون سبب أو مبرر مقنع أو أن يفاوض بسوء نية، يترتب عليه مسؤولية تجاه الطرف الآخر في المفاوضات. وتعددت الآراء الفقهية حول نوع المسؤولية المترتبة على إنهاء المفاوضات بدون سبب جدي إن كانت مسؤولية تقصيرية أو عقدية[126].

وفي الواقع شرط إعادة التفاوض ليس دواءً شاملاً لحل المتغيرات الواقعة على العقد، هذا الشرط قد يكون بحد ذاته سبباً للتأثير على استقرار العقد. فأحياناً ترفض هيئة التحكيم إعمال شرط إعادة التفاوض والنظر في النزاع الناشئ عن تغير الظروف لعدم وجود منازعة قانونية قائمة فعلاً وفق القانون، فكما سبق وذكرنا المنازعات القائمة على أساس تغير الظروف يكون قوامها تعارض المصالح بين أطراف العقد. وأكثر من ذلك، قد تقبل هيئة التحكيم النظر في النزاع إلا أنه حكمها قد لا يلقى نفاذاً لنفس السبب. ووفقاً لقواعد ال ICSID[127]،لا بد من وجود منازعة قانونية من أجل التحكيم، وكذلك بالنسبة لقواعدUNICTRAL.

كما وقد يكون تأثير شرط إعادة التفاوض سلبياً على العقد لأن الدولة المضيفة للاستثمار قد تستغل هذا الشرط بحيث تقوم بإتخاذ إجراءات إنفرادية بهدف عرقلة سير العقد أو فسخه متذرعة في ذلك بمقدرة المستثمر الأجنبي على أن يراجع العقد وفقاً لشرط إعادة التفاوض. ومثال على ذلك ما نصت عليه المادة

---

[126] للمزيد أنظر أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

[127] وهي قواعد خاصة بتسوية مناوعات الاستثمار بين الدول والاشخاص من جنسيات أخرى لعام 1965، Stephen M. Schwebelk, International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge Groutuis Publications Limited, 1987, United Kingdom, Page15.

(34) من اتفاقية المشاركة في التنقيب عن البترول واستخراجه في دولة قطر على أنه " حيث أن المركز المالي للمستثمر (المتعاقد) قد تحدد طبقاً لهذا الاتفاق على أساس القوانين واللوائح السارية في ذلك التاريخ فمن المتفق عليه أنه إذا صدر أي قانون أو لائحة أو مرسوم يؤثر في المركز المالي للمتعاقد أو على وجه الخصوص إذا زادت الرسوم الجمركية خلال مدة سريان الاتفاق، سيصل كلا الطرفين في مفاوضات على أساس حسن النية إلى حل عادل يحافظ على التوازن الاقتصادي للعقد، وإذا خفق الطرفان في الوصول إلى هذا الحل فإن هذه القضية يمكن أن تحال بواسطة أي من الطرفين إلى التحكيم"[128]. وعليه فعلى الرغم من أن دولة قطر قد حفظت للمستثمر حقه في إعادة التفاوض في حال تغيرت القوانين أو التشريعات التي كانت سارية على العقد وقت إبرامه، إلا أن الدولة في نفس الوقت قد تستخدم هذا النص كحجة على قدرتها لتغيير القوانين والتشريعات السارية على العقد حتى ولو كانت تخل بالمركز القانوني والاقتصادي للمستثمر، متذرعة بأن للمستثمر الحق في إعادة التفاوض على شروط العقد. ولكن السؤال المهم هو، ما هي الضمانات التي تعطى للمستثمر بأن يكون بعد هذه التغيرات التشريعية وبعد المفاوضات، في المركز القانوني والمالي ذاته الذي كان عليه عندما وافق على على إبرام هذا العقد مع الدولة، وفقاً لتوقعاته ودراسات مطولة للمشروع من نواحي عدة. فمن جهة يحرص المستثمر على إدراج شروط الثبات والاستقرار لحظر تصرفات الحكومة النابعة من سلطتها السيادية من التأثير على العقد، وضمان تطبيق شرط المستثمر الأكثر رعاية، والحكومة من جهة أخرى غالباً ما تتمسك بشروط المراجعة وإعادة التفاوض.

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

[128] المرجع السابق، ص 205.

القانونية أو المالية أو أثرت على توقعاتهم الاقتصادية، بعدما بذلوا الكثير من الوقت والجهد والنفقات من أجل إبرام العقد. ولذا نرى أن التوظيف الجيد والمناسب وإعمال مبدأ حسن النية في هذه الشروط يوصل الأطراف إلى بلوغ هدفهم والحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد، سواء في إعمال شرط الثبات التشريعي أو إعادة التفاوض.

الفصل الثاني

المنازعات الناتجة عن الظروف غير المتوقعة على عقد الاستثمار الدولي

تمهيد و تقسيم:

قد تحول المخاطر والصعوبات التي قد يتعرض لها عقد الاستثمار الدولي دون تنفيذ الالتزامات المترتبة على أطرافه، ولعل أهم هذه المخاطر هي تلك التي تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً كحالة القوة القاهرة، أو مرهقاً كحالة الظروف الطارئة، وفي كلا الحالتين يصبح تنفيذ الالتزام أما مستحيلاً أو مرهقاً لأحد الطرفين أو كليهما.

وقد نظمت التشريعات الوطنية والدولية نظرية القوة القاهرة، إلا أن معظمها تجاهل فكرة الظروف الطارئة إعمالاً لمبدأ إلزامية العقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولهذا السبب ولغياب تشريع عام ينظم العلاقات التجارية الدولية، ولعدم اطمئنان المستثمر الأجنبي لتطبيق قواعد القانون الداخلي، يعتبر التحكيم الدولي الوسيلة الأمثل لإعادة التوازن لعقد الاستثمار، وإزالة الخلل الواقع على العقد إثر هذه الظروف، عن طريق إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وترتيب جزاء مرن على أحد الأطراف أو كليهما يتناسب مع الضرر الواقع إثر هذه الظروف.

ولتوضيح ذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين على النحو الاتي:

المبحث الأول: المقصود بالمنازعات غير المتوقعة.

المبحث الثاني: مدى سلطة المحكم في معالجة الحوادث غير المتوقعة في عقد الاستثمار الدولي.

المبحث الأول

المقصود بالمنازعات غير المتوقعة

قد يتعرض عقد الاستثمار الدولي إلى مخاطر وصعوبات تجعل تنفيذ عقد الاستثمار مستحيلاً كحالة القوة القاهرة أو مرهقاً كحالة الظروف الطارئة، وفي كلا الحالتين يصبح تنفيذ العقد ضاراً بالمدين، مما يؤدي إلى الإخلال بقاعدة التوازن الاقتصادي للعقد وبالمراكز القانونية والمالية للأطراف، وغالباً ما ينصب عدم تنفيذ

عقد الاستثمار على محل العقد أو محل الالتزام، والمعروف فقهياً أن محل العقد هو المعقود عليه ومحل الالتزام هو تنفيذ ما اتفق عليه الأطراف[129].

ولا بد بدايةً من الوقوف على النظرية التقليدية لكلاً من القوة القاهرة والظروف الطارئة، ونحن هنا لسنا بصدد تتبع التطور التاريخي لكلا النظريتين، بل عرض ما يلزم لتوضيح دور التحكيم في حال وقعت هذه الظروف غير المتوقعة على عقد الاستثمار الدولي.

الفرع الاول: القوة القاهرة La Force Majeure

تحول بعض الظروف غير المتوقعة دون تنفيذ الالتزامات المترتبة على أحد الطرفين أو كلاهما كما هو متفق عليه في عقد الاستثمار الدولي وقت إبرامه، وقد تؤدي هذه الظروف إلى إستحالة تنفيذ الالتزامات بصورة نهائية ودائمة أو بصورة مؤقتة وتعرف بحالة القوة القاهرة. ولقد عرف البعض حالة القوة القاهرة بأنها "حدث أو مجموعة من الاحداث لم يكن في وسع المدين توقعها عند ابرام العقد ولا تداركها وهي خارجة عن سلطان إرادته ويترتب عليها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه"[130]، أو هي "أحداث تؤدي إلى الاخلال بالالتزامات التعاقدية، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً"[131].

ويلاحظ من هذين التعرفين، أن مفهوم القوة القاهرة ينظر إلى الحادث كونه بعيداً عن سيطرة طرفي العقد، بحيث لا يمكن مقاومته لسبب أجنبي خارج عن سيطرة الأطراف، ولسبب غير منظور لا يمكن توقعه، قد ينتج عن عاصفة أو هزة أرضية أو حرب أو قرار السلطة أو غيره من الأسباب. ولأهمية هذه الاحداث وتأثيرها الكبير على حياة العقد، تم العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية لمواجهة

---

[129] عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 83-96.

[130] السنهوري، الوسيط، ج1، ص 645.

[131] محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية، بدون دار نشر، 2000، ص 196.

هذه الأحداث غير المتوقعة في حال وقوعها. إلا أن مجرد إدراج شرط القوة القاهرة قد لا يحول دون نشوء المنازعات، وهنا يبرز دور التحكيم كوسيلة مثلى لفض مثل هذه المنازعات. ولكن السؤال الذي يطرح هو ما الأساس القانوني لتنظيم حالة القوة القاهرة في العقود الدولية؟

اتجهت الكثر من الدول إلى الاعتراف بحالة القوة القاهرة، فقد نصت المادة (247) من القانون المدني الاردني على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين". كما ونصت المادة (261) من نفس القانون على أنه "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر، كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك". كما نصت المادة (165) من القانون المدني المصري على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك". ونصت المادة (373) من نفس القانون الأخير على أنه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه". وأخيراً لم يختلف مشروع القانون المدني الفلسطيني عن القانون المدني المصري والأردني بخصوص تنظيم حالة القوة القاهرة، فقد نصت المادة (181) منه على أنه "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

وبناءً على ما سبق، نرى أن المشرع لم يورد تعريف دقيق وواضح لحالة القوة القاهرة، بل اكتفى بذكر معيار إستحالة التنفيذ بصورة عامة كسبب لإنفساخ العقد[132]، من دون ذكر أسباب الاستحالة أو معيار تحديد الاستحالة. كما ويتضح من النصوص السابقة أنه في حالة القوة القاهرة فإن المدين غير ملزم بتنفيذ الالتزام ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، وعليه فإن إحتمالية الاتفاق على عكس القواعد العامة وارد[133].

ومن الملاحظ أن موقف المشرع في كلاً من التشريعات السابقة هو موقف عام فضفاض، إذ أنه لم يحدد معيار الاستحالة، وكيفية تحليل الحادث وأثره على قدرة المدين بتنفيذ إلتزاماته. مما يترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي أو المحكم في تحديد معيار الاستحالة والذي له أكثر من صورة فقد تكون الاستحالة جزئية أو مؤقتة أو كلية[134]، كما وقد تنصب استحالة التنفيذ على العين محل العقد أو على محل الالتزام، وهذه الظروف تعتبر ظروف متنوعة غير ثابتة خاصة في عقود الاستثمار الدولية، الأمر الذي يتطلب خبرة ودراية فنية وتقنية عالية، أفضل ما توجد في التحكيم، لأن معظم الاحداث التي تدور حول القوة القاهرة يغلب عليها الطابع الفني والفصل بها يحتاج إلى خبرة عملية كافية.

---

[132] ومن الجدير بالذكر أن في حالة القوة القاهرة في حال استحالة تنفيذ اللتزام بسبب القوة القاهرة فإن هذا يؤدي إلى انفساخ العقد وليس فسخه، فالفسخ يكون أحد الطرفين مقصراً في تنفيذ إلتزامه رغم إمكانية التنفيذ أما الإنفساخ فيرجع عدم التنفيذ لسبب خارج عن إرادة الأطراف ولذا ينفسخ العق من تلقاء نفسه، أنظر في ذلك أمين دواس، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص 244.

[133] مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص259.

[134] وتؤدي الإستحالة الكلية إلى انقضاء الالتزام بالكامل التزام المدين والتزام المقابل له وبالتالي اتفساخ العقد من تلقاء نفسه، أما الاستحالة الجزئية فينضي من الالتزام ما يقابل هذ الجزء مستحيل التنفيذ، أما الإستحالة الوقتية فهي تأخذ حكم الاستحالة الجزئية وهي في حالة أستحالة تنفيذ الالتزام لفترة من الزمن، أنظر في ذلك أمين دواس، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص245-247.

وعلى أية حال إنطلاقاً من التنظيم التقليدي لحالة القوة القاهرة، فللمدين أن يتمسك بحالة القوة القاهرة ولا يسأل عن عدم تنفيذه لإلتزامه بسبب استحالة التنفيذ طالما توافرت شروط ثلاثة وهي[135]:

1- وقوع سبب أجنبي خارجي لا يد للمتعاقدين فيه.

2- عدم امكانية توقع الحدث (مفاجئ واستثنائي)[136].

3- عدم إمكانية دفع الحدث ببذل جهد معقول.

4- أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة[137].

أما في النظر في الأعمال الدولية، فقد تناول المشرع في اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع مفهوم القوة القاهرة، ولكن بشكل غير مباشر عندما تطرق الى أحكام الاعفاءات من المسؤولية عند عدم تنفيذ العقد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (79) على أنه "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وإنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه". ومن الملاحظ من النص السابق أن المشرع لم يشترط أن تقع ظروف الحادث بعد إبرام العقد إذ نص بشكل واضح انه من الممكن أن تعود جذور الحادث الذي يشكل القوة القاهرة يعود إلى وقت سابق على إبرام العقد شريطة عدم العلم أو توقع مثل هذا الحادث، كما وقد اعتمد المشرع على نية الأطراف وقت ابرام العقد حيث أنه بإمكان أحد الأطراف أن يدفع باستحالة تنفيذ إلتزامه بسبب ظروف لم يأخذها في عين الإعتبار عند التعاقد ولم يتمكن من تجنبها أو تجاوز آثارها.

---

[135] مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 256.

[136] محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، مرجع سابق، ص198.

[137] عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 131.

وفي المقارنة بين تنظيم التشريعات الوطنية والأعمال الدولية لحالة القوة القاهرة، نرى أنه وفقاً للتشريعات الوطنية فإن حالة القوة القاهرة دائماً ما تؤدي إلى إنفساخ العقد، ولكن إنفساخ عقد التجارة الدولي الذي تكبد أطرافه جهد ووقت طويل لإبرامه يعني خسارة مالية كبيرة لكلا الطرفين، ولذا عادةً ما لا يرغب أطراف العقد بفسخه لمجرد وقوع حالة القوة القاهرة في حال كانت الاستحالة وقتية أو جزئية وإن لم يكن هناك ما يمنع أن يتفق الأطراف على خلاف القواعد التقليدية التي تنظم القوة القاهرة.

ونستدل على ذلك من نصوص المواد (181) و (165) و (261) التي نص عليها القانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه في حالة القوة القاهرة يصار إلى إنفساخ العقد "**مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك**". وهنا يكون دور التحكيم في إختيار الوسيلة الأفضل لتسوية المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة، وسنناقش هذا الأمر بالتفصيل في ما بعد.

وفي ذلك قضايا تحكيمية عديدة منها النزاع الواقع بين شركة تركية والسلطات الليبية من أجل إنشاء مطار طرابلس في ليبيا، حيث تعاقدت الشركة الليبية من الباطن مع شركة بلجيكية وكان العقد من الباطن محكوم بالقانون الليبي، إلا أنه ظهرت صعوبات متعلقة بالتنفيذ بسبب حدوث إنفجار في المطار أثناء تنفيذ الأعمال، وعليه أوقف الطرفين تنفيذ العقد دافعين كلا منهما بخطأ الطرف الآخر، وقد بدأت الشركة التركية بإجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس في 1975، وارتأت هيئة التحكيم أن مساهمة الشركة البلجيكية في الإخلال بعقد المقاولة من الباطن بسبب خطأ الشركة التركية أمر غير مبرر، حيث أن الشركة التركية غير مسؤولة عن التفجيرات، وإنما ما حصل يعتبر قوة قاهرة، وعليه فإن الشركة التركية غير متهمة بأية خطأ في تنفيذ إلتزاماتها العقدية، كما وارتات هيئة التحكيم أن وجود مفجرات مدفونة في أرضية المطار التي كانت محلاً للقصف أثناء الحرب يعتبر أمراً متوقعاً، ولكن أهمية وكمية المتفجرات تجاوزت ما توقعه الأطراف، وفي مراسلات عدة بين الحكومة الليبية والشركة التركية بُينت سمة القوة القاهرة الخاصة

بالمتفجرات الموجودة، كما أوضحت الشركة التركية بأنها أخذت بالتدابير اللازمة من أجل إزالة تلك العوامل في الوقت المناسب. وعليه إنتهت المحكمة إلى أن الشركة التركية غير مخطئة بسبب وجود حالة القوة القاهرة[138]. وفي قضية أخرى وهي قضية هضبة الأهرام والتي تتلخص أحداثها أن اتفاقاً بين وزير السياحة المصري والهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق ***EGOTH*** من جانب، وشركة جنوب الباسيفك من جانب آخر ***S.P.P***، لبناء مشروع سياحي ضخم، إلا أن المشروع تعرض إلى إنتقاد شديد من الرأي العام في مصر والعالم، وذلك بعد أن صدق وقبل المشروع من وزير السياحة المصري، معتبرين أن هذا المشروع يشوه منطقة الأهرامات، وبناءً عليه قُرر إلغاء ترخيص المشروع وسحبت الهيئة العامة للاستثمار تصديقها عن المشروع، وعليه لجأت الشركة الأجنبية المستثمرة إلى التحكيم مطالبة بتعويض قدره 5,42 مليون دولار أمريكي، وتحججت الهيئة العامة للسياحة والفنادق بأن عدم تقديم الدولة المصرية التسهيلات المطلوبة يعد حالة قوة قاهرة ولذلك هي معفية من أداء إلتزاماتها، إلا أن هيئة التحكيم قضت بإلزام الدولة المصرية بدفع مبلغ التعويض[139].

وبناءً على القضيتين سابقتي الذكر نرى أن هيئة التحكيم لم تقرر مباشرةً إنفساخ العقد لمجرد وقوع حالة القوة القاهرة، وقد يعود ذلك إلى أن الحكومة الليبية في القضية الأولى والحكومة المصرية في القضية الثانية طرفاً في العقد، فمن غير المعقول أن يتذرع الطرف الذي هو سبب في وقوع حالة القوة القاهرة بها لعدم تنفيذ إلتزامه، في حين أن الطرف الآخر قد تكبد مصاريف ووقت وجهد لتنفيذ الالتزام أو جزء منه. ومما تقدم، نخلص إلى أن مفهوم القوة القاهرة على المستوى الدولي أوسع منه مقارنةً من القوانين الوطنية، وعلى وجه

---

[138] محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 253-254.

[139] أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بدون دار نشر، 2005، ص 324-330.

العموم لا يوجد مفهوم واحد للقوة القاهرة وإنما يختلف مفهومها بإختلاف طريقة تنظيمها في القوانين الدولية أو على المستوى الدولي أو حتى في العقود التي يدرج فيها مبدأ القوة القاهرة.

ثانياً: الظروف الطارئة[140]

تجاهلت الكثير من القوانين تنظيم نظرية الظروف الطارئة إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتعود الجذور التاريخية لنظرية الظروف الطارئة إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أرسى دعائم هذه النظرية في حكمه الشهير الصادر في 30 مارس 1916 والمتعلق بقضية ارتفاع أسعار الفحم الحجري، وهي المادة المستخدمة في توليد الغاز، وحيث كانت الشركة العامة لتنوير مدينة بوردو الفرنسية قد رفعت دعوى على المدينة وحصرت طلباتها في رفع سعر الغاز المستعمل للإضاءة وتعويضها عن الخسائر التي أصابتها من جراء إرتفاع أسعار الفحم نظراً لاحتلال اقاليم أوروبا خاصة المناطق التي يتم توريد الفحم منها إلى فرنسا، وقد إشتملت هذه القضية على حكم طويل مفصل احتوى مبادئ وقواعد أساسية ترتكز عليها نظرية الظروف الطارئة[141]. وتتلخص وقائع القضية بأن الشركة العامة للإضاءة أبرمت عقد مع مدينة بوردو الفرنسية من أجل إمداد المدينة بالغاز لمدة 30 عاماً، وتحددت أسعار البيع في ذلك الوقت، وبعدما قامت الحرب العالمية الأولى واجتاح الجيش الالماني المدن التي تحتوي على الفحم في فرنسا، تعذر على الشركة الاستمرار في توريد الغاز لمدينة بوردو واضطرت إلى استيراد الفحم من الخارج وكانت باهظة الثمن، ولذا طلبت تعديل العقد مع بلدية بوردو لكي يتناسب مع الأحداث الجديدة[142]. ويلاحظ من هذه القضية أن أداء الالتزام لم يكن

---

[140] كما وتعرف نظرية الظروف الطارئة في الفقه الفرنسي بـLa Theorie l'imprevision وفي الفقه الأمريكي بـGross Indequity clause.

[141] ابراهيم طه الفياض العقود الادارية مكتبة الفلاح الكويت 1981 ص 164 عبد العزيز شيما مبادئ واحكام القانون الاداري اللبناني دراسة مقارنة الدار الجامعية بيروت،1994، ص 48، سليمان محمد الطماوي: مرجع سابق، ص 661.

[142] سليمان المرقس، مرجع سابق، ص 516، عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999 ص 19-20 ،السنهوري، مرجع سابق، ص 521.

مستحيلاً على المدين كما هو الحال في القوة القاهرة، وإنما أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين عندما أصبح هناك إرتفاع في أسعار المحروقات لسبب خارج عن سيطرة أطراف العقد، وهو جوهر نظرية الظروف الطارئة.

إلا أن تنظيم نظرية الظروف الطارئة قانونياً واجه الكثير من العراقيل، ففي نفس الوقت الذي أرست به المحكمة الفرنسية في القضية السابقة أحكام ومبادئ نظرية الظروف الطارئة من جهة، رفضت محكمة النقض الفرنسية نظرية الظروف الطارئة في قضية أخرى من جهة أخرى، حيث قضت بأنه من غير الممكن تعديل عقد يرجع إلى القرن السادس عشر، وزيادة الأجر المتفق عليها لري بعض الأراضي الزراعية من ترعة بعدما تغيرت الظروف الاقتصادية[143]. ولقد سار على هذا النهج القانون المصري في القضية الصادرة عن محكمة استئناف مصر في الحكم الصادر بتاريخ 9 ابريل 1931 في قضية توريد الذرة في سعر تم الاتفاق عليه عند ابرام العقد، إلا أنه إثر وقوع ظرف طارئ وهو إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهين وربع إلى ما فوق الخمس جنيهات ارتفع معه سعر الذرة بشكل ملحوظ، وقضت المحكمة بأن الغاء التسعيرة الجبرية للذرة بعد إبرام العقد يقتضي عدالة رفع سعر التوريد المتفق عليه ليتناسب مع التسعيرة الجبرية الجديدة، إلا أن محكمة النقض ألغت هذا الحكم بتاريخ 14 يناير 1932 وأقرت بأن المشرع لم ينص أو يقر على نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني[144]. وكذلك الحال بالنسبة للقوانين المطبقة في فلسطين، فمعظمها لم تأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية في حكمها: إن نظرية الظروف

---

[143] نقض فرنسي 6 مارس 1876 ونقض فرنسي مدني 18 يناير 1950، اشار اليها سليمان مرقس، مرجع سابق ص 515، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 518-519.

[144] استئناف مصر الوطنية في 9 ابريل 1931 المحاماة 12 رقم 41 ص 63، اشار اليها سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 517-518، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 519-520.

الطارئة التي استندت إليها محكمة الاستئناف لتعويض المطعون ضدها لم تكن من النظريات المعمول بها زمن نفاذ مجلة الاحكام العدلية[145].

ونرى جلياً مما سبق أن نظرية الظروف الطارئة لم تلاقي قبولاً وتنظيماً مفصلاً في مجال التشريعات المدنية وذلك تمسكاً بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وأن العقد لا يمكن فسخة أو تعديله أو إنهائه لمجرد وقوع صعوبات أرهقت المدين. إلا أن القضاء الإداري في كثير من الدول أخذ على عاتقه تطبيق هذه النظرية لأنها تهدف إلى تحقيق الصالح العام، وباعتبار أن القضاء الإداري معروف بأنه قانون قضائي فهو أكثر مرونةً وتجاوباً مع مسايرة الظروف من القانون المدني الذي قد يعتبر أكثر جموداً ويبقى غالباً حبيساً للنصوص التشريعية. ولعل شيوع المعاملات التجارية الدولية والعقود التجارية ومنها عقد الاستثمار الدولي وزيادة الحاجة الى تقنين مثل هذه الحالات، أظهرت بعض القوانين مرونة أكثر في تقبل نظرية الظروف الطارئة، ومنها لائحة المناقصات والمزايدات المصرية التي نظمت مسألة الظروف الطارئة حيث نصت في المادة (60) على أنه "إذا طرأت ظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً دون أن يصبح مستحيلاً، كان للمدين الحق في تعويض عادل وإذا استمر قيام هذه الظروف ولم يعد يرجى زوالها جاز إنهاء العقد".

كما ورد نص على نظرية الظروف الطارئة في المادة (6) من قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم (129) لعام 1947 حيث نصت على أنه "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وافضت إلى الاخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الاسعار، واذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الارباح الباهظة

[145] الطعن رقم (2004/3) الصادر عن المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة نقض، منشور على الموقع الالكتروني المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، تاريخ الزيارة 2013/11/15 الساعة، 3:30.

إلى القدر المقبول"[146]. وبالنظر إلى القانون المدني المصري الصادر عام 1848 نجد أنه نص صراحةً في المادة (147) على أنه "1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبذلك أصبحت نظرية الظروف الطارئة على الرغم من آراء بعض المعترضين[147]، مقررة في مصر بنصوص تشريعية بالنسبة للعقود المدنية، ولقد سار على غرار القانون المصري العديد من القوانين العربية بل ومنها من اقتبس النص سابق الذكر حرفياً مثل القانون السوري[148].

أما المشرع الأردني فقد أدخل تعديلاً طفيفاً حيث نص في المادة (205) من القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976 على أنه" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". وعلى الرغم من عدم وجود نص واضح في مجلة الأحكام العدلية ينص على نظرية الظروف الطارئة[149]، فقد نص مشروع القانون المدني الفلسطيني في

---

[146] سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 663-664، محمد السناري، مرجع سابق، ص 22.

[147] حمدي عبد الرحمن، نظرية الفقه في العقد الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، 2009، ص 487، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 514.

[148] انظر المادة رقم 84 من القانون المدني السوري لعام 1949.

[149] على الرغم من خلو مجلة الاحكام العدلية من نص قانوني ينظم حالة القوة القاهرة -كما وقد أقرت سابقا محكمة العليا في غزة في الحكم سابق الذكر- إلا أنه المتأمل في نصوص مجلة الاحكام العدلية يرى أنها نصت على عدد من الأحكام التي تحمل في طياتها مغزى وروح نظرية الظروف

المادة (151) على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقا للمدين، ويهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

وبلا شك يعتبر الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ضرورة حتمية لمواجهة الأحداث غير المتوقعة التي قد تؤدي إلى الاختلال بالتوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار مثل المستجدات والتطورات الاجتماعية والاقتصادية والعلاقات الدولية التي قد تطرأ على العقد، ولذلك كان لا بد من النص صراحةً على نظرية الظروف الطارئة بهدف حماية الطرف الضعيف الذي سيرهقه تنفيذ الالتزام في الظروف الجديدة غير المتوقعة والمحيطة في العقد.

ومما سبق يمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة بأنها "عبارة عن ظروف وأحداث لم تكن متوقعة حدثت اثناء تنفيذ العقد الإداري أدت إلى قلب اقتصاديات العقد إذ كان من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبئاً وأكثر كلفةً مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، واذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوض تعويضا جزئيا"[150]. وجاء في تعريف آخر أنها "عبارة عن حوادث و ظروف غير متوقعة عند ابرام العقد تؤدي إلى قلب

الطارئة، أنظر في ذلك المادة في المادة (16) "المشقة تجلب التيسير" و يعني ان الصعوبة تصير سببا للتسهيل او يلزم التوسيع في وقت المضايقة المادة (18) "الامر اذا ضاق اتسع" و يعني انه اذا ظهرت مشقة في امر ما يرخص ، والمادة (19) "لا ضرر ولا ضرار" المادة (20) "الضرر يزال" المادة (21) "الضرورات تبيح المحظورات" المادة (22) "الضرورات تقدر بقدرها" المادة (27) "ازالة الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف" وأخيرا المادة (31) "درء المفاسد اولى من جلب المنافع".

[150] سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 666

اقتصاديات العقد و تؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، وفي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئي عن هذه الخسارة"[151].

أما عن شروط تمسك المدين بوقوع الظرف الطارئ هي كالآتي[152]:

1- أن يكون الحدث عاماً غير واقع على المدين وحده.

2- عدم امكانية توقع الحدث (مفاجئ واستثنائي).

3- عدم إمكانية دفع الحدث ببذل جهد معقول.

4- أن يجعل الالتزام مرهقاً.

وقد تختلط على البعض كلا من نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة ونظم قانونية أخرى مقاربة كالغبن اللاحق والاستغلال والاذعان، وتعد نظرية القوة القاهرة أكثر النظم القانونية المشابهة لنظرية الظروف الطارئة، حيث تشترك كلاهما بعدم إمكانية توقع الحدث وعدم إمكانية دفعه أو مقاومته. وقد يكون نفس المسبب للظرف الطارئ هو المسبب للقوة القاهرة، إلا أنه في الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وفي الثانية مستحيلاً.

ويبرز الاختلاف الجوهري بين كلا النظريتين في الأثر الذي تخلفه كلا منهما، إذ أن حالة القوة القاهرة تؤدي إلى إستحالة التنفيذ وبالتالي إنقضاء الالتزام أو انفساخ العقد، بينما نظرية الظروف الطارئة تؤدي إلى الإرهاق في التنفيذ ولا ينفسخ العقد إثرها بل يرتد الى الحد المعقول من خلال تعديل العقد.

---

[151] جابر جاد، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 174 ما بعدها.

[152] أمين دواس، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص225-226.

وقد يخرج التحكيم عن حدود النظرية التقليدية سابقة الذكر لكلاً من القوة القاهرة والظروف الطارئة المنصوص عليها في التشريعات الوطنية في حال تم الالتفاق على ذلك صراحةً حسب بنود اتفاق التحكيم أو حسب القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فقد يهدف المتعاقدين الحريصين في عقد الاستثمار الدولية إلى الحفاظ على العقد واستمراره وذلك حفاظاً على الجهد والوقت الذي قد بذل خلال المفاوضات على العقد، وماقد يلحق الأطراف من خسارة في حال تم فسخ العقد، ولذلك في حال وقوع قوة قاهرة يكون خيار انفساخ العقد هو الخيار الأخير لديهم إن لم يوجد مخرج آخر. وهنا يكون دور المحكم هاماً لإيجاد وسيلة ومخرج لإعادة توازن العقد وتقريب نظرية القوة القاهرة –طالما كان ذلك ممكناً– من نظرية الظروف الطارئة بحيث لا توقع أثرها على العقد ويحكم بإنفساخه.

نخلص مما سبق إلى إن نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة رغم اقترابهما وتشابهما في بعض النقاط إلا أن هناك مميزات مختلفة لكلاً منهما، فأثناء مدة العقد قد تحدث ظروف استثنائية عامة لا يكون بمقدور المتعاقدين تجاوزها أو توقعها ومن شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، وهنا يكون الأطراف أمام حالة ظروف طارئة. كما وقد تحدث ظروف عامة استثنائية لا يكون بمقدور المتعاقدين تجاوزها أو توقعها إلا أنه من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيل التنفيذ، وهنا يكون الأطراف أمام حالة قوة قاهرة.

المبحث الثاني

مدى سلطة المحكم في معالجة الحوادث غير المتوقعة على عقد الاستثمار الدولي

تمهيد وتقسيم:

يجوز للمحكم تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي إلى عقد الاستثمار الدولي ورفع الإرهاق الواقع على أي من طرفي العقد طالما توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، وذلك بعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد. ولقد رتب المشرع جزاءً مرناً يتمثل في رد الالتزام إلى الحد المعقول إما بإنقاص

الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد، وذلك غالباً ما يكون في حالة الظروف الطارئة، أما في حالة القوة القاهرة فإن القواعد العمة تقضي بإنفساخ العقد حيث أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً، إلا أنه من الممكن أن تكون الحالة مختلفة بالنسبة لعقد الاستثمار الدولي نظراً لطبيعة العلاقة بين أطرافها ورغبتهم في الاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا يرجع إلى تقدير المحكم للخلل الواقع على العقد والجزاء المناسب لتلافيه أو تخفيفه.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: شروط التمسك بالحوادث غير المتوقعة.

المطلب الثاني: مدى سلطة المحكم في معالجة الحوادث غير المتوقعة.

المطلب الأول

شروط التمسك بالحوادث غير المتوقعة

تتلاقى كلاً من نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة في بعض الشروط اللازمة لتطبيق كلاً منهما، وهي أن يكون الحدث استثنائي غير متوقع، لا يمكن رده أو تجنبه، وأن يكون خارجاً عن إرادة المدين. وتختلف كلاهما عن الأخرى في الأثر الناتج عنها، ففيي حالة القوة القاهرة يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما في حالة

الظروف الطارئة فيكون تنفيذ الالتزام مرهقاً. ولا يمكن للمدين أن يحتج بعدم قدرته على تنفيذ إلتزامه بسبب وقوع قوة قاهرة أو ظرف طارئ، إلا في العقود المستمرة متراخية التنفيذ. وبلا شك يرجع تقدير ذلك للمحكم الذي يتأكد من توافر شروط تطبيق النظريتين، ويعمل على الموازنة بين مصلحة أطراف العقد.

أولا: العقود التي يجوز فيها تطبيق نظرية القوة القاهرة أو الظروف الطارئة

يرى البعض أنه لا يمكن تصور تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة على العقود الإحتمالية أي العقود التي تقوم على الكسب أو الخسارة، والتي لا يمكن معرفة آثارها مسبقاً أو ما قد يحصل عليها المتعاقد سلفاً كعقود التأمين والمضاربة[153]. دافعين بذلك بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة يكون على العقود متراخية التنفيذ طويلة الأمد التي يتصور خلالها وقوع حوادث عدة غير متوقعة وإستثنائية. والسبب في ذلك أنه لا يمكن تصور وقوع حوادث غير متوقعة بين إبرام العقد وتنفيذه إذا كان التنفيذ فورياً بعد الإبرام مثل حالة البيع والشراء الفوري، فلذلك يعرف أن العقود الإحتمالية تقوم على فكرة الغرر أي أنه لا أحد من المتعاقدين يعرف ما سيأخذ أو يعطي.

ومع إحترامنا وتقديرنا للرأي السابق وبأن فرصة وقوع أحداث عديدة بين فترة التعاقد والتنفيذ أكبر منها في العقود طويلة الأمد مقارنةً في العقود القصيرة أو الإحتمالية، إلا أن هذا لا يمنع بأن يكون العقد غير متراخ وتقع أحداث بين إبرام العقد وتنفيذه تؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة[154]. أضف إلى ذلك أنه قد لا تكون إلتزامات كلا الطرفين متراخية، فقد يكون أحدهما إلتزامه متراخياً والآخر إلتزامه فوري، فعلى سبيل المثال لو أبرم عقد استثمار بين دولة ومستثمر أجنبي، وكان إلتزام الدولة أن تقوم بدفع مبلغ من

---

[153] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص524، عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1997، ص 274، موسى أبو ملوح، شرح مشروع القانون المجني الفلسطيني، مصادر الالتزام/ المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية، ط1، 2003/2002، ص224.

[154] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص524.

المال أو تقدم قطعة أرض وهو ليس إلتزاماً متراخياً، وفي المقابل قد يكون إلتزام المستثمر بناء وإدارة المنفعة لفترة زمنية طويلة[155].

ولقد ذهب أغلب الفقه إلى أنه على الرغم من عدم تصور تطبيق حالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية وعقود المضاربة، إلا أنه إذا كان في الإمكان دفع الاحتمال، ينتفي عنصر المفاجأة، وهكذا يصبح العقد من العقود محدد المدة وتسري عليها أحكام الظروف الطارئة والقوة القاهرة[156]. وبكل الأحوال فإن أحد أهم خصائص عقد الاستثمار الدولي أنه طويلة المدة ولهذا يمكن تصور وقوع ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية عديدة على العقد خلال وقت إبرامه وحتى تنفيذه.

وأخيراً نحن نذهب مع الرأي الذي لا يفرق بين العقود طويلة التنفيذ أو فورية التنفيذ، لأنه من الأحرى إعتبار هذا الحدث غير المتوقع والاستثنائي، عذراً للمدين لعدم قدرته على تنفيذ إلتزامه، سواء على شكل ظرف طارئ أرهق المدين، أو قوة قاهرة إستحال معها تنفيذ الالتزام، في الفترة ما بين إبرام العقد وتنفيذه حتى ولو كانت قصيرة أو إحتمالية مثل عقود التأمين، ، طالما توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة مجتمعة.

ثانياً: شروط تمسك المدين بوقوع القوة القاهرة أو الظروف الطارئة

يشترط للتمسك بحالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة أن يكون الحدث الواقع خارج عن إرادة المتعاقد، وأن يكون استثنائياً عاماً ليس في الإمكان توقعه أو رده، وأخيراً أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً في حالة الظروف الطارئة ومستحيلاً في حالة القوة القاهرة. وسنتناول هذه الشروط على النحو الآتي:

---

[155] عبد الرزاق السنهوري، مرجع السابق، ص 524، أمين دواس، المصادر الإرادية، مرجع السابق، ص222.

[156] أنظر في ذلك عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص274.

1- استقلال الحدث عن إرادة المدين

يعني أن يكون الحدث الذي سبب الخلل خارجاً عن إرادة المدين[157]، فمن غير المعقول أن يتمسك المدين بعدم قدرته على تنفيذ إلتزامه بسبب القوة القاهرة أو الظروف الطارئة وهي من فعله، أو بمعنى آخر يجب ألا يعزى السبب في وقوع الظرف غير المتوقع إلى إرادة المدين، بل ويجب أن يكون هذا السبب أجنبياً عن المدين. ونصت مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) في المادة (6-2-2) على أنه "تتوافر حالة الأحداث الشاقة إذا وقعت ظروف تخل بتوازن العقد بشكل جوهري... ج- أن تكون هذه الاحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها...".

وقد يكون هذا الشرط من أهم الشروط التي يمكن التمسك به في حالة عقد الاستثمار الدولي، خصوصاً أن الدولة صاحبة السيادة والحصانة القضائية طرفاً في العقد، ولهذا تدق المسألة إذ يصعب فصل إرادة الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها كطرف في العقد،عن إرادة الدولة كسلطة سيادية، ولا يمكن تصور أن تفرض الدولة على نفسها أمراً نابعاً من سلطتها السيادية ومن ثم أن تتحجج بعدم قدرتها على تنفيذ التزاماتها. ومثال على ذلك قيام الدولة بإحداث تغييرات تشريعية جوهرية في تشريعها الوطني أو إتخاذ إجراءات نابعة من سلطتها السيادية تؤدي إلى إبطال أو فسخ العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي كقرار التأميم أو المصادرة.

ومن أشهر القضايا التحكيمية التي تدخلت إرادة الدولة فيها وأدت إلى وقوع القوة القاهرة ومن ثم تمسكت بها الدولة لعدم تنفيذ إلتزامها، هي قضية فندق النيل الشهيرة بين الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق *EGOTH* حيث تمسكت الهيئة المصرية بعدم مسؤوليتها عن الاضرار التي لحقت ب *S.P.P* من جراء

[157] مجمد لبيب شنب، المسؤولية عن الاشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون المدني الفرنسي، القاهرة 1957، ص 175.

عدم تنفيذ الهيئة لالتزاماتها متمسكة بالقرار الجمهوري الصادر بإلغاء المشروع المتعاقد عليه، وبإعتبار هذ القرار قوة قاهرة حالت دون تنفيذ الهيئة لالتزاماتها[158].

كما وقضت هيئة التحكيم للغرفة التجارية الدولية في باريس، بأن منع تحويل العملات الصعبة من قبل البنك المركزي التابع للدولة لا ينشأ لمؤسسة تابعة للدولة الأحقية بالتمسك بحالة القوة القاهرة، وذلك لأن المشروع يعتبر من مشروعات القطاع العام ولا يمكن التذرع بقرار الدولة بعدم تحويل العملة على أنه قوة قاهرة[159]. كما ودافعت نفس المحكم في قضية صوفيا عن مصالح مشروعات القطاع العام، واعتبرت قرار التخطيط للبلد الذي منع تنفيذ مشروعات القطاع العام يعد عملاً من اعمال السلطة ويثير حالة استحالة تنفيذ، وبالتالي يعد حالة من حالات القوة القاهرة، ولم ترجع هيئة التحكيم هذا الفعل الذي هو سبب فعل الاستحالة إلى مؤسسة القطاع العام البلغارية المتمسكة بحالة القوة القاهرة[160].

وهذا يعتبر تباين واضح في الأحكام الصادرة من نفس محكمة التحكيم، ولهذا لا بد من التقيد بمعيار موحد لمثل هذه الحالات لتحديد دور إرادة الأطراف في الحوادث غير المتوقعة، وقد ظهر في ميدان التجارة الدولية معياران في هذا الصدد: الأول هو المعيار الشخصي والمقصود به عدم تدخل إرادة المدين في أي وقت أو أي شكل في وقوع الحدث، وهنا لا بد للمحكم أن يحلل موقف المدين وسلوكياته من الحدث. والمعيار الثاني

---

[158] عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السادس التحكيم التجاري الدولي، منشور في مجلة الشريعة والقانون المؤتمر السادس عشر" التحكيم التجاري الدولي"، ابريل 2008 ص 209-210 .

[159] حكم صادر عم محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية ICCاحكم القضية رقم 1979-3093/3100 منشور على الموقع الإلكتروني www.westlaw.com تاريخ الزيارة 2013/10/17 الساعة 14:02.

[160] حكم صادر عن محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية CCIمجموعة أحكام (7/61، 1961، 21/56، 16/56، 61/65، 41/64) منشور على الموقع الإلكتروني www.westlaw.com تاريخ الزيارة 2013/10/17 الساعة 14:02.

هو معيار موضوعي حيث لا يكفي أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة المدين بل لا بد أن يكون بعيداً عن مجال نشاطه أو عمله[161].

ونحن نرى تغليب المعيار الشخصي، لأن المعيار الموضوعي واسع وفضفاض، وقد يمنع المتعاقد في كثير من الأحيان من التمسك بحالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، على الرغم من عدم تدخل إرادته في وقوع الأحداث غير المتوقعة. أما المعيار الشحصي فهو أكثر تحديداً، إذ أنه يبحث في إرادة المدين ودوره في وقوع هذه الأحداث التي أثرت على تنفيذ العقد.

2- عدم إمكانية توقع الحدث

عدم إمكانية توقع الحادث أو دفعه يعد شرطاً أساسياً للتمسك بحالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة[162]. وعدم التوقع هو أمراً مهماً في تحديد قدرة المتعاقد على تحاشي وقوع الحادث، وتوقع الظرف هو "العلم الراجح أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدث في وقت تنفيذ العقد بحيث يكون معلوماً أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة في تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق"[163].

وقد أكدت مبادئ اليونيدروا على ضرورة أن يكون الحدث غير ممكن التوقع من قبل المدين، إذ نصت المادة (6-2-2) في الفقرة (ب) على أنه "...إذا لم يستطع الطرف المضرور أن يأخذ في حسبانه مثل هذه الأحداث وقت ابرام العقد".

---

[161] انظر سلامة فارس عرب ص 102 جادالله عبدالحفيظ عوض، ص105.

[162] مع العلم بان مسالة التوقع من عدمه تخضع لسلطة القاضي أو المحكم التقديرية والتي يتم تقديرها بناء على الظروف التي أحاطت في العقد راجع في ذلك محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الاداري، دار الفكر العربي، 2001، ص884.

[163] تعريف لحسب الرسول الفزاري، مرجع سابق، ص329.

كما و قد ذهبت هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس في القضية رقم 2708 في عام 1976، إلى رفض طلب البائع في زيادة الثمن المتفق عليه أو وقف إلتزامه بالتوريد بعد حدوث ارتفاع في الإسعار، معللة رفضها بأن ارتفاع الأسعار كان له إعتبارات قوية للرجحان عند أبرام العقد والمدين كان عليه توقع هذا الأمر، كما وقد رفضت نفس محكمة التحكيم إدعاء بعض رجال الاعمال الألمان حاملي الجنسية الاسرائيلية عدم قدرتهم على تنفيذ إلتزامهم بسبب عدم قدرتهم على الدخول إلى إحدى الدول العربية بسبب جنسيتهم الاسرائيلية، وقد جاء في القرار ".. وإن العقبة عندما تكون متوقعة وقت ابرام العقد، فعلى المدين اتخاذ كل الاجراءات والاحتياطات اللازمة لتجنبها وتخفيف اثارها والامتناع عن ابرام العقد وايجاد حل لها"[164].

ويرتبط عدم التوقع بعد إمكانية دفع الحادث وهذا يعني انعدام ارادة المدين وقدرته على التصرف على نحو يتفادى معه الحدث ونتائجه، بل ويكون الحدث خارج حدود إرادته وطاقته ولا يكون بقدرة المدين دفع الحدث أو التقليل من مخاطرة وحجم مضارة[165]. أما إن كانت العقبات التي تواجه المتعاقدين يمكن توقعها كأرتفاع الأسعار أو إنخفاضها أو عدم إمكانية دخول دولة ما بسبب الجنسية، فإن هذه العقبات لا بد من توقعها ودراساتها بشكل تفصيلي قبل الدخول في العقد. إلا أنه لا يمكن قول ذلك دون تحديد، لأن بعض العقود طويلة الأمد قد تواجه عقبات كثيرة، ومن الممكن أن يحتج الدائن بأنه هذه العقبات يمكن توقعها مسبقاً، مثل تغير الأحوال السياسية والإقتصادية في دولة تعاني من عدم استقرار ولذا هي ليست مبرر لعدم تنفيد التزامات المدين.

---

[164] منشور في مجموعة قرارات غرفة التجارة الدولية باريس المجموعة الاولى ترجمة جاد الله عبد الحفيظ عوض، بنغازي ليبيا، 1998، ص 145.

[165] حسين عامر القوة الملزمة للعقد, ج1، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1949، ص 160.

ولهذا لا بد أن يكون هناك معيار واضح، لتقدير قدرة المدين على التوقع، ويأخذ التحكيم عادةً في معيار الاحتمال الجاد في قياس عدم التوقع[166]. وقد عرفته هيئة التحكيم في احدى القضايا بأن "عدم إمكانية التوقع" تعني "أنه في لحظة وقوع الحادث لا توجد أية أسباب خاصة تدل على انه سوف يقع"[167]. ويتم تقدير شرط عدم التوقع وقت ابرام العقد، في الوقت الذي يفترض على اطراف العقد، مواجهة كل الظروف والاحداث التي من المحتمل أن تخل بتوازن العقد[168]. وعليه لا بد أن يكون الظرف لا يمكن توقعه، ولا تعتبر الحروب بالضرورة ظرفاً غير متوقعاً، حيث ان هناك حروب يمكن توقعها بين لحظة وأخرى، ولكن ما يترتب على الحرب من نتائج لا يمكن توقعها تعتبر ظرفاً لا يمكن توقعه[169]. هذا المعيار للشخص الطبيعي المعتاد وليس معياراً ذاتياً[170]، وبلا شك ويترك للمحكم تقدير ذلك.

3- أن يكون الحدث استثنائي عام

التمسك بحالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة وعدم القدرة على تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد، يعد استثناءً على القوة الملزمة للعقد، ولهذا لا بد أن يكون الحدث الواقع إستثنائياً وغير مألوفاً[171]. ومن الأمثلة

---

[166] وعدم التوقع قد ينصرف الى عدم توقع الحادث، أو نتائجه أو الاثنين معا ويختلف الفقه في تقدير عدم التوقع اذ يرى البعض ان الاهمية في التقدير عدم توقع النتائج والبعض الاخر يرى أهمية عدم توقع الحدث نفسه، جميل الشرقاوي صعوبات تنفيذ العقود الدولية عادل محمد خير، عقود البيع الدولية للبضائع من خلال لاتفاقية فينا ،ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 122، رشوان حسن رشوان اثر الظروف الطارئة على العقود الملزمة للجانبين، دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة، 1994، ص187.

[167] عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص 258.

[168] الرسول الشيخ الفزاري، مرجع سابق، ص 340.

[169] الرسول الفزاري، مرجع سابق، ص329.

[170] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص526-527، عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص50.

[171] والحادث الاستثنائي وقد يكون الحادث الاستثنائي سياسي، اقتصادي، إداري ولكن صادر من غير الجهة المتعاقدة ،ويقصد بالحادث الاستثنائي ذلك الحادث الذي يندر وقوعه بحيث يبدو شاذا بغير المألوف في حياة المجتمع فلا لعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حسابه ومن الامثلة على ذلك الزلزال الحرب فرض تسعيرة جبرية او انتشار بلاء او استيلاء اداري 525 ولم يأت المشرع الفلسطيني على ذكر أمثلة على

على الحوادث الإستثنائية الزلزال والحرب والإضطرابات المفاجئة وفرض تسعيرة جبرية أو إنتشار وباء أو إستيلاء إداري[172].

ولم يأت المشرع الفلسطيني بأمثلة على الحوادث غير المتوقعة تاركاً ذلك للقضاء والفقه، فمن الممكن أن يكون الحدث الاستثنائي واقعة مادية أو طبيعية أو صدور قانون جديد[173]. وقد يختلط شرط عدم التوقع وشرط الاستثنائية معاً، لأن عدم توقع الظرف يعني بأنه غير مألوف أي إستثنائي، فالظرف المتوقع هو الظرف الاستثنائي متكرر الحدوث.

ولا يكفي أن يكون الحدث استثنائياً، بل لا بد أن يكون عاماً أيضاً، يعني أن يكون الظرف شاملاً لعدد كبير من الناس، مثل آفة زراعية تصيب محصول بلدة كاملة أو فيضان عالي غير متوقع يغرق مساحات من الأراضي، وعليه لا يمكن أن يتمسك المدين بظرف موت أو إصابة أحد أقاربه أو معارفه كظرف منعه من تنفيذ إلتزاماته لأنه يعد ظرفاً خاصاً وليس عاماً[174]. وفس نفس الوقت لا تعني عمومية الظرف أن يكون قد طال الناس جميعاً، بل أصاب مجموعة من الناس اللذين يتشابهون بنفس المهنة، مثل إرتفاع أسعار سلعة معينة يحتاجها المزارعين، أو آفة سماوية أصابت محصول القمح في بلدة معينة. ومعيار العمومية قد يكون شخصي يرجع إلى مهنة المدين أو إقليمي يقدر بمساحة الإقليم المتضرر وأحياناً قد يندمج العنصران

الظروف الاستثنائية وقد يكون الظرف الاستثنائي ليس نتيجة فصل الطبيعة او واقعة مادية بل قد يكون راجع لصدور قانون جديد، انظر في ذلك عبدالحكيم فودة، مرجع سابق، ص 84، موسى ابو ملوح، مرجع سابق، ص225.

[172] سليمان مرقس، مرجع سابق، 525، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 525.

[173] عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص49، موسى ابو ملوح، مرجع سابق، ص225.

[174] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص526، حسام الدين الأهولني، النظرية العامة للإلتزام، دار أبو المجد للطباعة، 1996، بدون مكان نشر، ص321، عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، 284-285، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص525.

معاً[175]. ونحن نرى أن هذا الشرط هو مرجع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فمن غير المعقول أن يبرئ المدين من إلتزاماته بسبب وقوع ظرف شخصي له، فهذا يعتبر إهداراً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وإنما في حال كان الظرف عاماً واستثنائياً عام أصاب مجموعة من الأشخاص تضررت مصالحهم من الظرف غير المتوقع يمكن أن يعذر المدين من تنفيذ إلتزاماته.

3- أثر الحدث في إرهاق المدين في حالة الظروف الطارئة

كما سبق وذكرنا يشترط في الظرف الذي يراد التمسك به في حالة الظرف الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، والإرهاق هو الأثر المترتب على نشوء حالة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها[176]. وهو يعني أن يخل هذا الظرف بالتوازن الاقتصادي للعقد بحيث في حال إستمر المتعاقد بتنفيذ إلتزامه يتجاوز القدر المألوف أو المتوقع من تنفيذ الالتزام في الظروف العادية أو وقت إبرام العقد. وقد عرفت مبادئ *UNIDROIT* الخاصة بالعقود التجارية الدولية الكلفة أو المشقة على أنها "أحداث تؤثر بشدة على توازن العقد سواء بزيادة تكلفة أحد الأطراف أو تخفض قيمة العائد وتكون هذه الأحداث غير معروفة أو متوقعة وقت إبرام العقد أو كانت خارج سيطرة الطرف المضار.."[177]. وهنا يعتبر معيار الإرهاق معياراً مرناً، يتغير بتغير الظروف، فما قد يكون مرهقاً لمدين ما قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، ويكفي أن يكون تنفيذ الالتزام مهدداً للمدين بخسارة فادحة، أما الخسارة المألوفة لا تكفي[178]، وفي طبيعة الحال يخضع تقدير شرط الإرهاق للسلطة التقديرية للمحكم.

---

[175] حسب الرسول الفزاري، مرجع سابق، ص313-316.

[176] الرسول الفرازي، مرجع سابق، ص 366، سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 528-529.

[177] أنظر في ذلك http://www.unidroit.org/arabic/presentation/statute-arabic.pdf تاريخ الزيارة 2013/10/17 الساعة 11:54

[178] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 527 .

4- أثر الحدث في استحالة التنفيذ في حالة القوة القاهرة

استحالة تنفيذ الالتزام تعد عنصراً اساسياً في تقييم الحادث على أنه حالة من حالات القوة القاهرة، ولا بد أن يؤخذ بعين الاعتبار زمن وقوع الحادث والمكان الذي حصل فيه والظروف التي رافقته، وهذه كلها عناصر متنوعة وليست ثابتة وخاصة في ظروف عقد الاستثمار الدولي.

وقد تكون استحالة التنفيذ فعلية من مسائل الواقع كفيضان أو زلزال أو بركان، وقد تكون استحالة قانونية بسبب وجود مانع قانوني يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، مثل صدور قرار من الدولة كسلطة عليا يمنع توريد البضاعة إلى الخارج[179]، والمقصود هنا بالاستحالة، الاستحالة المطلقة[180].

المطلب الثاني

الضوابط الخاصة بسلطة المحكم في رد الالتزام الى الحد المعقول

بعد التعرف على الشروط التي يجب أن يتمسك بها المدين من أجل التبرئ من التزاماته، يبرز دور المحكم بعد التأكد من توافر هذه الشروط، في رد الالتزام إلى الحد المعقول بغية إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار. وسنتناول في هذا المطلب مدى سلطة المحكم في رد الالتزام إلى الحد المعقول إن كان ذلك ممكناً، فالمحكم له سلطة تتجسد في وقف تنفيذ العقد والشروع بإيجاد حل للمتغيرات الجديدة بغية الوصول الى اتفاق جديد، وهذا يمكن تصوره في حالة الظروف الطارئة، أما في حالة القوة القاهرة فإن قواعد القوانين

---

[179] محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص240.

[180] مصطفى عبدالمحسن الحبشي، مرجع سابق، ص261.

الوطنية تقضي بانفساخ العقد[181]، ولكن يمكن تصور الوصول إلى حلول أخرى لتسوية النزاع الناشئ عن القوة القاهرة طالما كان ذلك ممكناً، أو الحكم بالمسؤولية العقدية على أحد الأطراف إن أجتمعت أسس ثلاثة وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وذلك يكون في حالة لم يثبت المدين إن عدم قدرته على الوفاء بإلتزامه يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه. حيث أن هذا السبب الأجنبي ينفي الرابطة السببية بين الخطأ والضرر وعليه لا يكون المدين مسؤولاً عن ما حدق ولا يكون مسؤولاً عن تنفيذه إلتازماته[182]. وسنتناول الأحكام التي قد يلجأ إليها المحكم من أجل تسوية النزاع الناشئ عن القوة القاهرة أو الظروف الطارئة في ما يلي.

أولاً: انفساخ العقد

ترتب قواعد القوانين الوطنية غالباً الأثر التقليدي عند وقوع حالة القوة القاهرة وهو **الأثر الإعفائي**، والذي يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه في حال تحققت شروط القوة القاهرة، وعليه يمكن للدائن أن يلزم المدين بتنفيذ إلتزامه[183]، ولا يتعرض المدين للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ[184].

---

[181] في حال كانت تأثير القوة القاهرة على العقد أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا هنا للمحكم سلطة تقديرية بإعادة التفاوض على العقد طالما ذلك ممكنا أو فسخ العقد إن كانت الاستحالة كلية أو دائمة، وفي بعض الحالات قدد يتحول الظرف الطارئ الى قوة قاهرة يستحيل معها مواصلة تنفيذ العقد كما يستحيل اعادة التوازن الاقتصادي للعقد وفي مثل هذه الحالة يستطيع المحكم أن يفسخ العقد في حال الإخفاق في الوصول إلى اتفاق جديد .سليمان طماوي، مرجع سابق، ص 704 وما بعدها.

[182] محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص240.

[183] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الاتزام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص 725.

[184] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص880.

وهذا هو التنظيم القانوني الموجود في القوانين الوطنية العامة إلا أنه قد يرتب آثار قانونية سلبية على عقود التجارة الدولية الضخمة ومنها عقد الاستثمار الدولي، الذي تكبد أطرافه الكثير لإبرامه، ولذا يفضل إدارة هذه الظروف غير المتوقعة بصورة أخرى من أجل إنقاذ العقد من الفسخ، فمن الممكن أن يتم اللجوء إلى وقف الأعمال وإطالة الأجل التعاقدي أو مشاورة الأطراف أو تعويض المتضرر أو إبرام عقد جديد أو غيرها من الحلول مع مراعاة تأثير القوة القاهرة على العقد الأصلي[185]، وغالباً ما يكون ذلك دور هيئة التحكيم في إيجاد حل مناسب يحاكي توقعات أطراف العقد. وقد يلجأ الأطراف إلى **إعادة التفاوض** على العقد بهدف الوصول إلى حل يناسب أطراف العقد. ولكن السؤال الذي يطرح هل تأخذ أحكام التحكيم الدولي بمفهوم التقليدي للقوة القاهرة أو بمعنى آخر هل تأخذ بالأثر الإعفائي وتقرر انفساخ العقد؟

تأخذ معظم أحكام التحكيم بفكرة القوة القاهرة وتنظيمها التقليدي طالما أن أطراف العقد لم يتفقوا على خلاف ذلك، وعليه يكون تأثير القوة القاهرة انفساخ العقد وعدم مساءلة المدين عن عدم تنفيذ إلتزامه[186]، إلا أنه لأطراف العقد الحرية الكاملة في اللجوء إلى أي وسيلة أخرى مناسبة لتسوية النزاع الحاصل بسبب حالة القوة القاهرة كإعادة التفاوض على العقد أو توزيع المخاطر على طرفي العقد.

وعلى الرغم من إنفساخ العقد يكون غالباً في حالة القوة القاهرة إلا أنه في بعض الحالات قد تجتمع القوة القاهرة والظروف الطارئة معاً وبهذا يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولعل العلة تمكن في أن القوة القاهرة تعد سبباً لفسخ العقد وتحلل المتعاقد من إلتزاماته، وفي حالة الانفساخ يكون دور القاضي في التأكيد على أن التزام المدين أصبح مستحيل التنفيذ بسبب لا يد له فيه[187].

---

[185] مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 273.

[186] مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 289.

[187] أمين دواس، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص244.

وفي ذلك صدر عن مجلس الدولة الفرنسي حكماً في قضية تراموای شيربورخ 1932 وقد كانت الشركة تواجه عجزاً مالياً لمدة ثمان سنوات فقدمت لها المدينة مانحة الالتزام منحة مالية على أن ترفع سعر تعريفة ركوب الترام، إلا أن الشركة رأت رغم ذلك بأن زيادة الحد المعقول للتعرفة سيؤدي إلى فقدانها لزبائنها مما سيجعل الوضع أكثر سوءاً، فطلبت تعويضاً من مجلس المديرية، إلا أنه تم رفض ذلك الطلب ونظر مجلس الدولة للموضوع إستئنافاً، وقرر أنه ثمة حالة قوة قاهرة وكان الحكم كالآتي "ومن حيث أنه من شأن الظرف الطرائ أن يؤدي إلى قلب العقد فإن بإمكان الإدارة مانحة الالتزام أن تتخذ الإجراءات الضرورية لمساعدة الملتزم كي تؤمن له الاستمرار في أداء خدماته في المرفق الذي يديره، ولا سيما منح المساعدات المالية اللازمة للاستعانة به على مواجهة الظرف الطارئ على أن هذه المساعدة لا تجوز له إلا إذا كانت ملابسات قلب اقتصاديات العقد مؤقتة، أما إذا كانت نهائية تعجز قدرة الملتزم علة التصرف لمواجهتها فإن الظروف الاقتصادية الجديدة تشكل حالة من حالات القوة القاهرة"[188].

ثانياً: وقف تنفيذ العقد

ويقصد بوقف تنفيذ العقد توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهم العقدية المتبادلة لحين ايجاد حلول بديلة والتوصل الى اتفاق جديد لتنظيم الالتزامات، ويعد الوقف الأثر الأول والمباشر الذي يترتب على حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة، كما يمكن أن يطبق نظام الوقف على العقد في حالة القوة القاهرة إن كانت إستحالة التنفيذ إستحالة جزئية أو مؤقتة، وعلى الرغم من أن نصوص التشريعات الوطنية نظمت حالة القوة القاهرة إلا أنها لم تنص على إمكانية وقف العقد في حال الاستحالة الجزئية أو المؤقتة. وتوفر فترة الوقف للمتعاقدين الفرصة لمراجعة العقد ومراجعة التزاماتهم والتفاوض بشأنها، والوقف يشمل فقط تلك الالتزامات

[188] عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة–مصر، 1975، ص156.

التي تأثرت قدرة الاطراف على تنفيذها بسبب وقوع الحادث، أما الالتزامات التي لا يزال الأطراف قادرين على تنفيذها فإن نظام الوقف لا يطالها[189].

ويميل قضاء التحكيم في ميدان التجارة الدولية إلى الأخذ بنظام وقف تنفيذ العقد حفاظاً على العقد وإلماماً بحجم الخسائر التي قد تنجم عن انهاء العقد بمجرد وقوع حوادث غير متوقعة، وهنا يلعب التحكيم دوراً مهماً في حال طلب أحد طرفي العقد وقف التنفيذ في حين الطرف الاخر طلب استكمال التنفيذ، إذ يحق للمحكم الحكم بوقف التنفيذ من تلقاء نفسه حينما يجد ضرورة إلى ذلك.

ومن الامثلة على ذلك ما وصلت اليه هيئة التحكيم في القضية رقم (2894) حيث حكمت بأن "...وعلى الأطراف الامتناع عن تنفيذ التزاماتهم لحين الانتهاء من الاتفاق على تعديل جميع بنود العقد وبما يتناسب مع الوضع الاقتصادي الجديد..."[190]، وعليه لا بد أن تكون مدة الوقف محددة لحين تسوية النزاع و إيجاد التسوية المناسبة للنزاع.

ثالثاً: انقضاء الوقف ورد الالتزام الى الحد المعقول

يكون الطريق الطبيعي لانقضاء الوقف إما بإنتهاء مدة الوقف أو التوصل إلى وسيلة لإعادة توازن التزامات طرفي العقد ورده إلى الحد المعقول، وإن المعنى القريب لكلمة "رد" هي تقليل عبء الارهاق. فالمحكم عليه

[189] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص621.

[190] محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 114.

أن يقوم بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يتوقعها وقت التعاقد ويقسم ما يزيد عن ذلك بين المتعاقدين سوية[191]، كما تعرف أيضاً بنظرية توزيع المخاطر.

ولقد نصت المادة (151) من مشروع القانون المدني الفلسطيني أن للقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه ولو حتى أدى ذلك إلى إهدار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما وعلى الرغم من أن المادة (181) من نفس القانون نصت على فسخ العقد بسبب القوة القاهرة، إلا أن للقاضي أن يعالج الموقف بطريقة أخرى أن كان هناك اتفاق على غير ذلك كما ذكرنا سابقاً، وعليه في حال اتفق أطراف العقد على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن القوة القاهرة أو الظرف الطارئ فإن للمحكم السلطة الكامل في إدارة النزاع على الطريقة التي يراها مناسبة. فيصار إلى طرق أخرى لتسوية النزاع بدلاً من الانفساخ، فللمحكم سلطة أن ينقص الالتزام المرهق أولاً و ثانيا أن يزيد في الالتزام المقابل و ثالثاً أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحدث[192]، وهذا يعني أن إرادة المحكم تحل محل إرادة الأطراف، كما يعني أن هناك إلتزامات جديدة على أطراف العقد، بحيث تنقضي الالتزامات القديمة[193]. وسوف نتناول الطرق التي يستطيع المحكم أن يلجأ إليها لتعديل العقد على النحو الآتي:

1- انقاص التزامات المدين

---

[191] قضت محكمة النقض المصرية بأن " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني أنه متى توافرت الشروط التي يطلبها القانون في الحادث الطارئ على القاضي تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا الى الحد المعقول وهو حينما يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار ان ذلك افراط في مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين، لأن المشرع وعلى ما أفصحت عنه الآمال التحضيرية للقانون أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صبغة مادية ولم يأخذ فيها بمعيار ذاتي أو شخصي وإنما جعل معيارها موضوعيا" 1977/3/1 – في الطعن 580 لعام 43 ق) اشار اليه عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 96، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 528 هامش 1.

[192] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 528.

[193] سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرسة، 2005، ص165.

قد يرى المحكم أن إزالة الارهاق وإعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد يستلزم إنقاص الالتزامات المترتبة على المدين، وقد يكون الانقاص من النحية الكمية أو الكيفية[194].

2- زيادة الالتزام المقابل

قد تقتضي الموازنة بين مصلحة طرفي إزالة الارهاق عن المدين وذلك بزيادة التزامات الدائن، فيوزع المحكم الزيادة غير المألوفة على طرفي العقد وهو بذلك يحقق نوعاً من التوازن الاقتصادي بين الالتزامات التي يرتبها العقد على الطرفين[195].

ومثال على ذلك، اذا تعهدت شركة على توريد الغاز بسعر 37 دولار للبرميل الواحد و زاد السعر لسبب خارج عن إرادة المدين ليصل الى 65 دولار، فهنا للمحكم أن يوزع الضرر بحيث يتحمل المدين الخسارة المألوفة و الباقي توزع على الطرفين، أما لو كانت الزيادة 10 دولار فهي زيادة معقولة ومتوقعة في الأسعار يتحملها المدين لوحده. وقد تكون بعض العقود ملزمة لجانب واحد أو أن أحد طرفي العقد نفذ إلتزامه بإعطاء قطعة أرض على أن يشيدها الطرف الآخر ويديرها خلال مدة معينة مثل عقود الاستثمار، وهنا قد يكون الحل إما بإنقاص الالتزام إلى الحد المعقول أو وقف تنفيذ العقد، لأن في بعض العقود لا يتصور زيادة الالتزام المقابل لأنه لا يوجد التزام مقابل، كما أنه انقاص الالتزام أ, زيادة الالتزام المقابل لا يكون إلا بالجزء الذي لم يتمكن المدين من تنفيذه[196].

---

[194] فمن ناحية الكم قد يتعهد تاجر بأن يورد كمية من السكر لأحد مصانع الحلوى بتسعيرة معينة ومن ثم أمر خارج عن ارادة التاجر كالحرب يمنع من أستيراد السكر فيترتب على ذلك تقليل كمية السكر ويصبح توصيل الكمية المتفق عليها لمصتع الحلوى مرهق للتاجر فيكون للقاضي خيار تقليل كمية السكر، أورد المثال عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 530. وقد يكون من الناحية الكيفية قد يتم الاتفاق على توريد كمية معينة من صنف معين ولأسباب خارجة عن ارادة التاجر قد لا يستطيع توريد نفس الصنف وهنا يكون للقاضي سلطة أن يسمح للتاجر بأن يورد نفس الكمية ولكن من صنف آخر قد يكون أقل جودة، أورد المثال حسب الرسول الفزاري، مرجع سابق، ص702.

[195] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 532-533 .

[196] عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 97.

3- تعليق تنفيذ الالتزام إلى حين زوال الحدث غير المتوقع

لا يمكن القبول بتعليق تنفيذ الالتزام إلا إذا كان هناك أمل من استكماله وعودة الظروف الى الوضع الطبيعي، فإن رأى المحكم أن هناك أمل من زوال الحدث في وقت قصير يمكن له تعليق الالتزام، ويكون الباعث لتعليق تنفيذ الالتزام لفترة زمنية مؤقتة ومحددة، التريث لبعض الوقت أو اعطاء فرصة للمدين للبحث عن مورد جديد للحصول على المبيع. وتقع حالة تعليق تنفيذ العقد أيضاً في حالة القوة القاهرة إن كانت الاستحالة جزئية أو مؤقتة، ولا يمس التعليق جوهر العقد من الناحية المادية فتبقى الالتزامات محتفظة بقيمتها دون أن تتأثر بالتعليق المؤقت[197]، وبكل الأحوال يخضع التعليق إلى ضوابط معينة وهي[198]:

- أن تكون فترة التعليق ثابتة او محددة نسبيا.
- وأن يوضح الباعث من تعليق تنفيذ العقد.

نخلص مما سبق إلى أن المنازعات التي تدور حول القوة القاهرة والظروف الطارئة في عقد الاستثمار الدولي هي منازعات تتسم بالطابع الفني، وتتعلق بتحديد الضرر الذي لحق بالمتعاقد والتأكد من الشروط الواجب التمسك بها، وإذا كان مبرراً إيقاف العقد أم إنهاؤه. ويكون دور المحكم في الموازنة بين مصالح أطراف العقد بحيث يحافظ على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار نفسه، ولهذا يفضل دائماً وجود نص صريح في العقد خاص بالظروف الطارئة والقوة القاهرة بشكل أخص-لأن القواعد عامة تنص على انفساخ العقد في حالة القوة القاهرة- وفي هذا النص يحدد طرفي العقد ملامح حالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة ونتائجها

---

[197] حسب الرسول الفزاري، مرجع سابق، ص703.

[198] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، القاهرة، 1988، ص2.

وكيفية معالجتها، وعليه تختص هيئة التحكيم بإعادة ضبط العلاقة القانونية بين اطراف العقد وإعادة التوازن للعقد مرة ثانية[199].

[199] عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، مرجع سابق، 213.

الخاتمة

يعتبر تشجيع الاستثمار الأجنبي بؤرة اهتمام معظم الدول وهدفاً أساسياً تدور حوله السياسة الاقتصادية للدولة. إلا أن الدول العربية تواجه عادةً صعوبات في جذب الاستثمارات، ويرجع ذلك إلى أسباب عدة أهمها التقلبات السياسية والإجتماعية والإقتصادية في المنطقة، وبسبب سياسات الدول ذاتها ونهجها في إدارة روابط الاستثمار، وتبرم الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها عقود الاستثمار مع شخص أجنبي أو طبيعي بهدف نقل القيم الاقتصادية إلى الدولة المضيفة للاستثار لاستغلالها في مشروعات عديدة، ولتنفيذ خطط الدولة الاستراتيجية وتحقيق التنمية الاقتصادية.

وبلا شك يتأثر المستثمر بالتوجهات السياسية للدولة وبتشريعاتها وبالقواعد السائدة، وبمقدار المزايا والضمانات التي توفرها الدولة من استقرار اقتصادي وسياسي وتشريعي واستقرار للمناخ الاستثماري. كما

وتتأثر الاستثمارات الأجنبية الخاصة بشكل كبير بأسلوب فض المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار الدولي في أية مرحلة من مراحله. وعلى الرغم من أهمية الوسائل الأخرى في حسن منازعات عقود الاستثمار إلا أن التحكيم مازال الوسيلة الأكثر قبولاً لدرجة يمكن أن يعتبر معه أن التحكيم ضمانة من الضمانات التي تقدمها الدولة للمستثمر وأمراً حتمياً في هذه العقود.

إلا أن فكرة لجوء الدولة إلى التحكيم تثير مخاوف وصعوبات عدة تنجم عن كون أحد أطراف العقد الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها يتمتع بوضع مميز وسلطة سيادية تهدف الدولة دائماً إلى الحفاظ عليها سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناءه أو حتى بعد صدور الحكم، هذا الأمر استدعى انشغال كثير من الفقهاء والقضاة في بحث فكرة جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في عقودها. والحقيقة أن مجرد وجود التحكيم كإحدى الضمانات التي تكفل تسوية منازعات الاستثمار، بدون التأكيد على دعائم وضمانات أخرى مثل استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الثبات التشريعي وإعادة التفاوض وغيرها من الشروط والمبادئ الهامة، يعتبر ضمانة ناقصة وغير كفيلة بالحفاظ على حق المستثمر الأجنبي، كما أنه لا يعني بالضرورة أن التحكيم سيوفر فعالية وحماية كاملة لعقد الاستثمار. ولذا لا بد للقائمين على صياغة بنود وشروط عقد الاستثمار الدولي، أخذ هذا الأمر بعين الإعتبار.

وبناءً على ما جاء في متن هذه الرسالة من معلومات حول دور التحكيم في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقد الاستثمار، فإننا توصلنا إلى ما يلي من النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج

1- على الرغم من تعدد الآراء الفقهية وإختلافها حول طبيعة عقد الاستثمار الدولي وتكييفه على أنه إما: إتفاقية دولية، أو من عقود القانون الخاص، أو عقد ذو طبيعة خاصة، أو عقد إداري. إلا أننا مع كامل إحترامنا للآراء الأخرى، أيدنا الرأي الأخير والقائل بأن عقد الاستثمار الدولي أقرب ما يكون إلى العقود الإدارية،

فعلى الرغم من أن عقد الاستثمار الدولي يعتبر عملية مركبة تتضمن أطرافاً غير متكافئة بالمراكز القانونية والسيادية، كما ويتضمن شروطاً غير مألوفة في باقي العقود. إلا أنه ينطبق عليه عناصر العقد الإداري، من حيث وجود الدولة طرفاً في العقد لإدارة منفعة عامة وبهدف تحقيق الصالح العام في الغالب وليس الربح الشخصي. ولأن عقد الاستثمار الدولي يتضمن شروطاً غير مألوفة، كالامتيازات والضمانات التي تمنحها الدولة للمستثمر الأجنبي بهدف تشجيعه، ولهذه الأسباب فإن عقد الاستثمار الدولي أقرب ما يكون إلى طبيعة العقود الإدارية.

2- عقود الاستثمار الدولية هي من العقود طويلة الأمد ذات آجال اقتصادية طويلة ترتبط بخطط استراتيجية للدولة، وتتمتع الدولة في هذه العقود بسلطية سيادية باعتبارها سلطة عليا، غير مألوفة لدى المتعاقد الآخر، هذا الأمر يولد منازعات ذات طابع خاص أكثر وسيلة ملائمة لتسويتها هي التحكيم.

3- لاقت فكرة لجوء الدولة إلى التحكيم في عقود الاستثمار اهتمام العديد من الفقهاء بين مؤيد ومعارض؛ فذهب الإتجاه المعارض بأنه لإعتبارات السيادة وحصانة الدولة القضائية لا يمكن اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة. وقد انتهي هذا الخلاف بشكل نهائي بحسم تشريعي في كثير من الدول بإجازة اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة، حتى وإن أوردت بعض هذه التشريعات بعض القيود على هذا الخيار.

4- يتغير التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي بتغير الظروف المحيطة بالعقد، هذه الظروف قد تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد كحالة القوة القاهرة أو صعوبة تنفيذ العقد كحالة الظروف الطارئة، ولقد جرت العادة على إدراج شرط القوة القاهرة أو hard ship في عقود التجارة الدولية، وفي حال غياب شرط صريح في عقد الاستثمار الدولي ينص على حالة القوة القاهرة، أسبابها، ونتائجها، فإن تحديد أثر القوة القاهرة يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، بهدف إعادة ضبط العلاقة القانونية وإعادة التوازن للعقد.

ثانياً: التوصيات

1- نأمل من الدول العربية محل الدراسة وخاصةً فلسطين، الانضمام للاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية واتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وتنظيم مجال التحكيم في العقود الإدارية تنظيماً دقيقاً ومدروساً.

2- التشجيع على النص بصورة صريحة في عقود التجارة الدولية وخصوصاً عقود الاستثمار الدولية على شرط القوة القاهرة و hard ship ، بصورة لا يشوبها اللبس أو الغموض لما له من أثر على الحفاظ على العقد وتفادي النزاعات.

3- ضرورة النص بصورة واضحة على شرط إعادة التفاوض في حال نشوب نزاعات بين المتعاقدين، وتحديد الأحداث والمتغيرات التي تدفع إلى اللجوء إلى إعادة التفاوض، وتحديد مدة التفاوض، ومدة وقف العقد خلال فترة التفاوض، والمكان الذي ستتم به المفاوضات وضرورة التزام المتعاقدين على التفاوض بحسن نية وجزاء مخالفة ذلك.

4- تأكيداً على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وتنظيمه في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لعام 2000 في المادة (5) منه، والتي أكدت على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعدم بطلان اتفاق التحكيم في حال إنفساخ العقد الأصلي أو بطلانه أو إنتهائه، إلا أنه كان حرياً بالمشرع بيان الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم باطلاً في ذاته، والحالات التي يبطل إتفاق التحكيم بها، على غرار المشرع المصري والأردني.

5- ضرورة أن يبين قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (16) المقصود بمصطلح "وقف الإجراء" الخاص بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وحق أحد الأطراف بأن يدفع بوجود التحكيم أمام المحكمة، وأن يوضح طبيعة الدفع إن كان دفع بعدم القبول أو دفعاً بعد الاختصاص أم دفع آخر من نوع خاص، بدلاً من ترك الأمر للتفسير والتأويل.

6- أن يوضح المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني، المقصود بحالة القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة وتحديد مفهوم كلاً منهما، وحالاتهما وعدم ترك التعريف فضفاضاً.

7- تشجيع الدراسات الخاصة في البحث في دور التحكيم في حماية الاستثمارات الأجنبية من الناحية الإجرائية والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والعقد نفسه، إذ أن الباحثة قد ركزت في هذه الدراسة بشكل أكبر على الجانب الموضوعي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم (16) لعام 1995 المنشور في الجريدة الرسمية. العدد 4423/ تاريخ 2000/4/2.
- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لعام 1998.
- قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لعام 1998 المنشور في الوقائع الفلسطينية. العدد 29/ تاريخ 1998/7/8.
- قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001 المنشور في الجريدة الرسمية. العدد 4496/ تاريخ 2001/7/16.

- قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 المنشور في الجريدة الرسمية. العدد 16/ تاريخ 1994/4/21.
- قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لعام 2000 المنشور في الوقائع الفلسطينية. العدد 33/ تاريخ 2000/6/30.
- مجلة الأحكام العدلية.

ثانياً: المراجع

1- الكتب

- إبراهيم، كمال: التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة–مصر، 1991.
- أبو الوفاء، أحمد: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، 1978.
- أبو زيد، سراج حسين: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، لبنان–بيروت، 2006.
- أبو طالب، فؤاد: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية–مصر، 2010.
- أبو ملوح، موسى: شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، مصادر الالتزام–المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية، ط1، فلسطين، 2003/2002.
- إسماعيل، محمد عبد المجيد: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2003
- الأحدب، عبد الحميد: موسوعة التحكيم الدولي، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بدون مكان نشر، 2001.

- الأسعد، بشار محمد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية،ط1، بيروت–لبنان، 2006.
- الأهواني، حسام الدين: النظرية العامة للإلتزام، دار أبو المجد للطباعة، بدون مكان نشر1996.
- الأنصاري، جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، 1956.
- الحبشي، مصطفى: التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة–مصر، 2008.
- الرفاعي، أشرف عبد العليم: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية– مصر، بدون سنة نشر.
- الزهاوي، فاضل: المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، مطابع دار الحكمة، بدون مكان نشر، 1990.
- السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، 2003.
- السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد–نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952.
- الشرقاوي، جميل: صعوبات تنفيذ العقود الدولية عادل محمد خير، عقود البيع الدولية للبضائع من خلال لاتفاقية فينا، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة–مصر، 1994.
- الشواربي، عبد الحميد: فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، ط3، الإسكندرية– مصر، 1997.

- الشواربي، عبد الحميد: التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، بدون سنة نشر.
- الشيخ، عصمت عبد الله: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 2000.
- الطماوي، سليمان محمد: الاسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط5، القاهرة–مصر، 1991.
- العناني، إبراهيم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، 1990.
- الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان–الأردن، 2001.
- الفياض، ابراهيم طه: العقود الادارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.
- القاضي، خالد محمد: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، 2001.
- القصبي، عصام الدين: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 1998.
- المراكبي، السيد عبد المنعم: التجارة الدولية وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 2005.
- المواجدة، مراد محمود: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، عمان–الأردن 2010.
- بندق، وائل أنور: موسوعة التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية–مصر، 2004.

- تناغو، سمير عبد السيد: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية–مصر، 2005.
- جاد، جابر: عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- حداد، حفيظة السيد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي، بيروت–لبنان، 2003.
- حداد، حفيظة السيد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2004.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، 2009.
- دواس، أمين: المصادر الإرادية "العقد والإرادة المنفردة"، دراسة مقارنة، ط1، دار الشروق، رام الله–فلسطين، 2004.
- رشوان، رشوان حسن: أثر الظروف الطارئة على العقود الملزمة للجانبين، دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة–مصر، 1994.
- رياض، فؤاد عبد المنعم: الوسيط في الجنسية ومراكز الأجانب، ط5، دار النهضة، القاهرة–مصر، 1988.
- سامي، فوزي محمد: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2006.
- شحاتة، ابراهيم: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة–مصر، 1971.
- شنب، محمد لبيب: المسؤولية عن الاشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون المدني الفرنسي، مكتبة النهضة العربية، القاهرة–مصر، 1957.

- شيما، عبد العزيز: مبادئ واحكام القانون الاداري اللبناني دراسة مقارنة الدار الجامعية، بيروت–لبنان، 1994.
- عاشور، مرتضى جمعة: عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2010.
- عامر، حسين: القوة الملزمة للعقد, ج1، ط1، مطبعة مصر، القاهرة–مصر، 1949.
- عبد الباسط، محمد فؤاد: القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة–مصر، 2001.
- عبد الرحمن، حمدي: نظرية الفقه في العقد الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر.
- عبد الهادي، بشار جميل: التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار وائل، عمان–الأردن 2005.
- عبد الله، عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، ط1، دار الثقافة، عمان–الأردن، 2010.
- عشوش، أحمد عبد الحميد: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية–مصر، 1990.
- علم الدين، محي الدين إسماعيل: منصة التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، 2000.
- عوض ، جاد الله عبد الحفيظ: مجموعة قرارات غرفة التجارة الدولية باريس المجموعة الاولى، بنغازي ليبيا، 1998.
- فرج، توفيق حسن: النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، القاهرة–مصر، 1988.

- فودة، عبد الحكم: آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، 1999.
- فياض، عبد المجيد: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة–مصر، 1975.
- قاسم، أحمد: أثر قانون تشجيع الاستثمار على الاقتصاد الأردني، الجمعية العلمية الملكية، عمان–الأردن، 1980.
- كنعان، نواف: القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، دار الثقافة، عمان–الأردن 1995.
- مخلوف، أحمد: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، 2005.
- ناصيف، إلياس: العقود الدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت–لبنان، 2010.
- والي، فتحي: منازعات التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 1971.

2– الدوريات

مجلة نقابة المحامين الأردنيين. العدد الأول، لسنة 1972. والعدد الثالث، لسنة 1995. والعددان الأول والثاني كانون الثاني وشباط لسنة 2000.

3– الرسائل الجامعية

- الفزاري، الرسول الشيخ: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي رسالة دكتوراه– كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة–مصر، 1979.

- المليجي، أحمد: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه –كلية الحقوق في جامعة عين شمس، القاهرة–مصر 1979.

4 – المجلات

- البورسعيدي، طارق بن هلال: الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام B.O.T، مجلة الشريعة والقانون، العدد 36 المؤتمر التاسع عشر، جامعة الإمارات، 2007.
- الروبي، محمد: التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المؤتمر السادس عشر، "التحكيم التجاري الدولي"، أبريل، 2008.
- القصبي، عصام الدين: التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السادس التحكيم التجاري الدولي، مجلة الشريعة والقانون، المؤتمر السادس عشر،" التحكيم التجاري الدولي"، ابريل 2008.
- حداد، حفيظة السيد: شرط التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، دراسة تحليله وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، 1995.
- حزبون، جورج حزبون. وطراونة، مصلح أحمد: التكييف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبية في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة الحقوق، المجلد 3، العدد 1، 2006.
- سلامة، أحمد عبد الكريم: شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، جامعة المنصورة–مصر، 1989.
- فياض، محمود: دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات واشكاليات التطبيق، مجلة الشريعة والقانون، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين، "الطاقة بين القانون والاقتصاد"، جامعة الإمارات، مايو، 2013.

- نعيم، عبد المنعم عبد الغني: بعض الضمانات القانونية للاستثمار (تطبيق على الحالة المصرية)، مجلة الشريعة والقانون، المؤتمر التاسع عشر، "الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، جامعة الإمارات، إبريل 2011.
- دواس، أمين: المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5، العدد 1، 2008.

5- مراجع باللغة الانجليزية

- Goldberg, Stephen B.; Sander, Frank E.A.; and Rogers, Nancy H. (1992).Dispute Resolution, Negotiations, Mediations and Other Processes. Boston, MA: Law School Casebook Series. Little, Brown and Company
- Schwebel, Stephen, (1987) International Arbitration:Three Salient Problems, Cambridge:Grotius Publications

6- مواقع الإنترنت

- www.eastlaw.com .
- المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، /muqtafi.birzeit.edu.
- www.westlaw.com.
- http://www.unidroit.org/arabic/presentation/statute-arabic.pdf قواعد اليونيدروا لعقود التجارة الدولية الصادرة لعام 2004 عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص.