جامعة 8 ماي 1945 –قالمة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية و الإدارية

تخصص قانون أعمال (النظام القانوني للاستثمار)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون اعمال

الموضوع :

التحكيم في منازعات الاستثمار

إعداد الطلبة

* بوكربوعة اسحاق

* سعداني عبد الواحد

إشراف الدكتور:

بوصنوبرة خليل

أعضاء لجنة المناقشة:

الرقم	الاسم واللقب	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	د/بوصنوبرة خليل	8 ماي 1945	أستاذ محاضر	مشرفا
2	د/عيساوي نبيلة	8 ماي 1945	أستاذ محاضر	رئيسا
3	د/شوايدية مونية	8 ماي 1945	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2013-2014

إهداء

اهدي ثمرة جهدي المتواضع

إلى الوالدين الكريمين الذين غمراني بحنانهما

إلى أخوتي

إلى كل العائلة والأصدقاء

"اسحاق" و "عبد الواحد"

خطة المذكرة

المقدمة

الفصل التمهيدي : ماهية التحكيم في عقود الاستثمار

المبحث الاول : مـــــــــــاهية التحكيـــــــم

المـطلب الأول : تـعريف التحكيـــــــــم

المـــطلب الثاني : أنـــــــــواع التـــــــــحكيم

المـطـلـب الثـالـث : خصائص التحكيم ميزات التحكيم ونقده

المبحث الثاني : مـــــــــــاهية عقود الإستثمـــــــــــار

المطلب الأول : تعريف عقـــــــود الاستثمار

المـطـلـب الثـانـي : انواع عـقـود الاستثـمـار

المـطـلـب الثـالـث : الخصائص العامة لعقود الاستثمار

الفصل الاول : خصوصية عقود الاستثمار

المبحث الأول : الخصوصية المستمدة من أطراف التعاقد

المطلب الأول: الدولة أو احدى مؤسساتها كطرف في النزاع

المـطـلـب الثـانـي : المـستـثـمـر الأجـنـبـي

المـبـحـث الثـانـي : الخصوصية المستمدة من محل العقد

المطلب الأول : عـقـود امـتـيـاز البـتـرول

المطلب الثاني : عـقـود نـقـل التـكـنـولـوجـيـا

المبحث الثالث : الخصوصية المستمدة من الشروط المدرجة في العقد

المطلب الأول: شـــــرط التحكيـــــــــم

المـطـلـب الـثـانـي : شـرط الثـبـات التـشـريـعـي

الفصل الثاني : النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المـبـحـث الأول : دور الاتفاقيات الدولية في تسوية منازعات الاستثمار

المطلب الأول :اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965

المـطـلـب الثـانـي :اتفاقية تـسـويـة مـنـازعـات الاسـتـثـمـار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني الدول العربية الأخرى

الـمـبحث الـثـانـي : دور المـراكـز الـدولـيـة فـي تـسـوية منـازعـات عـقـود الاسـتـثـمار

المـطـلـب الأول : مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي بواشنطن (اكسيد) ICSID

المطلب الثاني : غرفة التجارة الدولية في باريس

المبحث الثالث : نماذج تطبيقية من قضايا التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المطلب الأول : قضية هضبة الهرم ضد مصر

المطلب الثاني : قضية " HOLIDAY INNS " ضد المغرب

الخاتمة

قائمة المراجع

مقدمة

تعتبر الاستثمارات في هذا العصر العنصر الرئيسي الذي ترتكز عليه الخطط الاقتصادية العامة في معظم البلدان ، و خصوصا بلدان العالم الثالث و التي هي في طور تنمية اقتصادها و تقوم الاستثمارات بوظائف متعددة وفقا للهدف الذي توجه من اجله،فإن أحسن توجيهها فإن ذلك سيؤدي إلى تحقيق النجاح الذي تسعى إليه هذه البلدان ، خصوصا وان سد حاجات هذه الأخيرة يرتبط بتنفيذ المشروعات الاستثمارية ، كما إن النشاط التجاري الدولي أصبح هدف الشأن الدولي و الداخلي في كل بلد فبعد إن كانت التجارة تضم الاستثمار بمعناه الواسع أصبح الاستثمار رديف لأوجه جديدة من التجارة ،حتى أصبحت التجارة و الاستثمار وجهان لعملة واحدة.

ان التنمية وجذب الاستثمارات عنصر رئيسي في النجاح الاقتصادي في ظل العولمة ، كما انه في الوقت الذي تزداد فيه حدة التنافس على رؤوس الأموال ، على نطاق الاقتصاد العالمي ،يحتاج العالم العربي لكافة الوسائل و السبل لاستقطاب الاستثمار الأجنبي ومن هنا بدأت الدول العربية باعتماد الوسائل التي تهدف إلى تحسين المناخ الاستثماري وتوفير الحرية و الضمانات لجذبه، ولا يقتصر الأمر على تطوير البيئة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و الإعلامية لجذب الاستثمار ، فالبيئة القانونية تشكل ضمانة إضافية لهذا الجذب و الاستقطاب فالمستثمر يهدف إلى تكوين صورة واضحة لجميع العوامل المحيطة بالفرص الاستثمارية ، فتوضح المخاطر وتساعد على إزالة المخاوف بشأنها .

ومع توسع التجارة الدولية وازدياد عقود الاستثمار و تأثير العولمة على جميع نواحي الحياة نجد أن الدولة أصبحت في الكثير من العقود طرفا يتعاقد في مشروعات استثمارية مع شركات خاصة أو مع أفراد .

فالدول انتقلت وبشكل كبير إلى مجال التجارة الدولية و الاستثمار بعد أن كان حكرا على المؤسسات الخاصة و التجار.

كما أن المنازعات التي يتوجه أطرافها إلى التحكيم لحلها لم تعد تقتصر على المنازعات بين الدول فقط، أو بين أشخاص القانون الخاص ،وإنما توسعت الظاهرة لتشمل النازعات بين الدول أو مؤسساتها من جهة ، وبين المستثمرين من جهة أخرى فإذا كانت عقود الاستثمار الدولية بشكل عام تثير منازعات تتميز بالتعقيد نظرا لطابعها الدولي ، فإن عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار و المستثمرين الأجانب المتعاقدين معها تثير منازعات أكثر تعقيدا نظرا لوجود الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية.

و بالرغم من الانتشار الواسع للاستثمار الدولي نجد ان حقوق توقعات المستثمرين الأجانب تعاني في العديد من الدول عقبات غير متوقعة أكثر من أي وقت مضى ، مما يثير العديد من المنازعات بين المستثمرين و الدول المضيفة لاستثماراتهم

و الحل الأمثل في هذه الحالة لا يكون باللجوء إلى قضاء الدولة المتعاقدة لما قد يثيره من ريبة وشك لدى المستثمر، من تحيز القضاء في هذه الدولة لمصلحتها ، و كذلك الأمر بالنسبة للجوء إلى قضاء الدولة التي يتبع لها المستثمر ، كما انه في ظل عدم إمكانية اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لحل مثل هذه المنازعات ، بسبب عدم قدرة المستثمر على الوقوف كطرف أمام هذه المحكمة ، برزت الحاجة إلى إيجاد نظام حيادي لحل مثل هذه المنازعات .

فظهرت وسائل بديلة لحل مثل هذه المنازعات منها التحكيم التجاري الدولي ، و الذي يعد قضاء خاص بنشاء من اتفاق الأطراف على العهد إلى شخص أخر من اختيارهم بالفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين .

ويتفرع التحكيم التجاري الدولي إلى تحكيم حر و تحكيم مؤسسي حيث يتولى الخصوم في التحكيم الحر تنظيم جميع الإجراءات التحكمية ، بأنفسهم أما في التحكيم المؤسسي فإنه يتم في ظل منظمة تحكيم دائمة وفقا لنظام هذه الأخيرة .

تتنامى أهمية التحكيم في المجال الاستثماري بين الدول في العقود المبرمة بين الحكومات و الشركات و الأفراد و الواقع العملي دل على ازدياد اللجوء الى التحكيم في العقود الدولية .

تتوثق العلاقة بين التحكيم و حركة الاستثمار بقوة في مختلف المجالات وقد ازدادت منذ سبعينيات القرن الماضي مع الانفتاح الاقتصادي العالمي وقيام التكتلات الاقتصادية الكبرى و الشركات متعددة الجنسيات ، ومن هنا بات التحكيم ضرورة حتمية و كذلك ضمانة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق الاستثمارات ، أكثر من أي وقت مضى.

إلا ان موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار يطرح العديد من الإشكاليات تتمحور حول مدى نجاعة آلية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار و تتفرع عن هذه الإشكالية العديد من الإشكالات حول ، ماهية منازعات الاستثمار؟ و أسبابها و الوسائل المتاحة أمام الأطراف في تسويتها؟ وماهي الضمانات القانونية التي قدمتها التشريعات الوطنية و الدولية لأطراف الاستثمار ، و التي تكفل لهم تسوية عادلة لمنازعاتهم ؟ وهل يعد اتفاق التحكيم ضمانة إجرائية يستفيد منها الاطراف؟

للإجابة على الاشكالية الاصلية و الاشكاليات المترتبة عنه لابد علينا من دراسة الموضوع حسب الخطة التالية:

و قد ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاث فصول بحيث خصصنا الفصل التمهيدي لتعريف التحكيم في عقود الاستثمار ونتطرق في المبحث الأول إلى تعريف التحكيم، أنواعه، خصائصه، وفي المبحث الثاني الى تعريف عقود الاستثمار و خصائصه و أنواعه.

- أما الفصل الأول فخصص لمدى خصوصية التحكيم في عقود الاستثمار ، وفيه تتنوع الخصوصية بتنوع العقود فهنالك خصوصية مستمدة من أطراف العقد و أخرى من محل العقد ، وأخرى من الشروط المدرجة في العقد.
- اما الفصل الثاني فقد خصص للنظام القانوني للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، و الذي قسم الى ثلاث مباحث ، نتطرق في المبحث الاول لدور الاتفاقيات الدولية

في تسوية منازعات الاستثمار، وفي المبحث الثاني لدور المراكز الدولية و الاقليمية المتخصصة في التحكيم ، اما المبحث الثالث فقد جاء فيه نماذج تطبيقية ، من قضايا التحكيم في منازعات الاستثمار قضية الهرم ضد مصر و قضية (holiday inns)ضد المغرب.

وقد اتبعنا المنهج التحليلي في دراستنا هذه نظرا لمتطلبات هذا الموضوع وكذلك لمناسبته لدراسة الحالات التي تناولناها في هذا الموضوع .

و قد اعترضت دراستنا هذه مجموعة من المصاعب و التي تتمثل في ندرة المراجع الجزائرية و كذلك وجود المراجع باللغة الانجليزية وعدم قدرتنا على ترجمتها الى اللغة العربية وذلك لان جميع المعاملات التحكيمية تتم بهذه اللغة.

تمهيد

إن الحديث عن الاستثمار يتطلب فهم إبعاده ومعانية فغالبا ما تكون نشاطات الاستثمار الدولي تتعلق بحركة رؤوس الأموال ،والبضائع والخدمات ، والأشخاص عبر الحدود الوطنية لدول مختلفة.

على عكس الاستثمار الوطني حيث يكون المستثمر الوطني على دراية و اطلاع بالقوانين والتعليمات ،و المستثمر الأجنبي لا يكون مطلعا على هذه القوانين ،و لذلك فانه يلجأ إلى إدراج شر ط التحكيم في العقد الاصلي في اغلب الاحيان .

و إدراج شرط التحكيم ليس بالمنهج المستحدث، ففي بداية القرن الماضي أدرج أطراف عقود الامتياز البتر ولية و عقود الأشغال العامة شرط التحكيم في العقود الاصلية .

ونجد شرط التحكيم موجود في أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرم بين الدول المضيفة و دولة المستثمر الأجنبي ،وغالبا ما تمنح هذه الاتفاقيات الحماية الكافية لرعايا الدول الأخرى الطرف في هذه الاتفاقيات ،بما في ذلك الحماية من إجراءات الدولة المضيفة الاستثنائية وما قد يلحق ذلك من إجراءات تمس أموال المستثمر و تعيق من حركتها ،والهدف الرئيسي من هذه الاتفاقيات هو وضع نظام شامل جميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار .

فماذا تعني كلمة التحكيم وشرط التحكيم كل ما يخصه من أنواع وخصائص عقوده الاستثمار.

المبـــحث الأول

مـــــــــــاهية التحكيـــــــم

يعد التحكيم أقدم وسيلة لجأ إليها الإنسان لفض ما ينشأ بينه و بين غيره من نزاعات حيث عرفه القدماء في جميع الحقب التاريخية وازدهر التحكيم قبل الإسلام عند العرب و برز عديد من المحكمين حيث أن كل قبيلة لها محكميها ،و كانت أبرز قضية قبل الإسلام حكم فيها رسولنا العظيم عليه الصلاة و السلام في رفع الحجر الأسود إلى زاوية الكعبة المكرمة واختلفت قبائل قريش في ذلك وكاد يتسبب ذلك في حرب بينهم فأهتد والى تحكيم أول من يدخل عليهم فكان محمد ﷺ أول الداخلين فرضوا به حكما .

وجاء الإسلام ليضع التحكيم في أهم موقع في الحياة و هو العلاقة الزوجية بقوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا)[1] ،ثم جعل منه وسيلة لفض النزاعات غير الزوجية في قوله تعالى {فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما }[2] .وقد سطع نجم التحكيم في العصر الحديث وتزايده أهميته منذ منتصف القرن العشرين وحتى زمننا هذا بصورة كبيرة.

- **فما هو التحكيم الدولي ،وما أنواعه،و خصائصه ؟**

---

[1] - القرآن الكريم الآية 35 من سورة النساء.

[2] - القرآن الكريم الآية 65 من سورة النساء.

المــطلب الأول

تــعريف التحكيـــــــــم

الفرع الأول : تعريف التحكيم في اللغة

- التحكيم لغة معناه التفويض في الحكم،فهو مأخوذ من حكم و احكمه فاستحكم فصار محكما في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه فأحتكم عليه ذلك [3]
- وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه و يسمى الحكم بفتح الكاف أو بضم الميم وفتح الحاء و الكاف المشددة[4]
- وحكموه فيما بينهم أي أمروه أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكما فيما بينهم[5]

الفرع الثاني : تعريف التحكيم اصطلاحا

التحكيم إصلاحا تولية الخصمين حكما يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهم[6] وهو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على آن يتم الفصل في المنازعة التي أثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل ان تثور عن طريق

---

[3]- احمد حسان مطاوع ،التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ،دار النهضة العربية، 2007، ص19.
[4]- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ،سنة 2007 ص 05.
[5]- احمد حسان مطاوع ،المرجع السابق ،ص 19.
[6]- المرجع نفسه ،ص 19 .

أشخاص يتم اختيارهم أو الكيفية التى بموجبها يتم تعينهم كمحكمين ويتولى الاطراف تحديد أشخاص المحكمين [7]

الفرع الثالث:تعريف التحكيم

- فقها ذهب الاستاذ ReneDavid في كتابه الشهير "التحكيم في التجارة الدولية.

".إلى تعريف التحكيم بقوله : هو تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر – محكم أو أكثر – يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على اساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة [8]

ويعرفه الاستاذ Fouchard philippe بأنه : اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه.

و يعرفه الأستاذ احمد مخلوف بأنه نضام قضائي خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تثور بين المتعاملين في التجارة الدولية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك [9]

يجمع الفقهاء على ان التحكيم عبارة عن نظام للقضاء الخاص يسمح به القانون و تفرضه إرادة الأطراف ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم كقاعدة ويسندون إليهم مهمة القضاء التي تتوجب الفصل بالنسبة لهذه المنازعات المعروضة عليهم.

---

[7]- معوض عبد التواب ،المستحدث في التحكيم التجاري الدولي،دار الفكر الجامعي ،الطبعة الاول، 1997 ،ص11.

[8] - أحمد مخلوف ،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ،دار النهضة العربية ،الطبعة الثانية 2005،ص 8.

[9]- المرجع نفسه ،ص 9.

الفرع الرابع : التعريف القضائي للتحكيم

اما القضاء فيرى ان التحكيم هو طريق استثنائي لفحص الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية و بتالي فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة الأطراف [10]

وعليه يمكننا القول بأن التحكيم هو قضاء خاص لا ينافس قضاء الدولة ،بل مكمل له ،يترك للفرقاء المتنازعين حرية اللجوء إليه ولا يمكن اجبارهم عليه عوضا عن القضاء العادي ،ويتفق أطراف النزاع على تشكيل محكمة يتم اختياره للتحكيم بينهما وفقا للنظام الذي تتوافق إرادتهم عليه.

المـــطلب الثاني

أنـــــــــواع التـــــــــحكيم

الفرع الأول: التحكيم الحر

التحكيم الحر ويسمى بتحكيم الحالات الخاصة ad hoc arbitage وهو ذلك التحكيم الذي تنعقد فيه المحكمة لحسم نزاع محدد اي حالات فردية وتنقضي بعدها مهمة المحكمة بحسب طبيعته يتولى اطراف النزاع تنظيم عملية التحكيم منذ بدايتها الى صدور حكم التحكيم فهم يتولون إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع و بعده يختارون أعضاء هيئة التحكيم أو طريقة تعينهم و يحددون زمان ومكان ولغة التحكيم و القواعد الإجرائية التي تنظم خصومة التحكيم و القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإذا صدر حكم التحكيم انهت مهمة التحكيم وانفض الأطراف و المحكمون إلى حال سبيلهم المتأمل في طبيعة هذا النوع من التحكيم يدرك انه كان الأسبق من التحكيم المؤسسي بل لعله كان النوع الوحيد المعروف كقضاء للفصل في المنازعات الناشئة عن المعاملات بين الأفراد قبل ظهور الدولة الحديثة بمفهومها المعاصر أي أسبق من القضاء نفسه .

فالتحكيم الحر أو الخاص يمنح الحرية الكاملة للخصوم خاصة في التحكيم التجاري الدولي في تحديد القواعد الإجرائية التي يتبعها المحكم الذي يختار للفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية هم موضوعية وفي المكان و الزمان الذي يحددونه مالم يتعارض مع

---

[10]- معوض عبد التواب، المرجع السابق،ص،14.

القواعد الآمرة و النظام العام الدولي. [11]

الفرع الثاني التحكيم المؤسسي :

التحكيم المؤسسي arbitrage .institionnel ويعرف أيضا بالتحكيم المنظم وهو الأكثر شيوعا في مجال المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار فهذا النوع من التحكيم تشرف عليه مراكز وهيئات دائمة للتحكيم أنشئت خصيصا لتقديم خدمات استشارية وقضائية للمتعاملين في التجارة الدولية والصناعين ورجال الاعمال في مختلف القطاعات الإنتاجية والخدماتية سواء في المعاملات الوطنية أو الدولية وقد اعترف بالتحكيم المؤسسي في التشريعات الوطنية و الدولية بموجب اتفاقيات دولية وإقليمية من ذلك اتفاقية نيويورك 1958/06/10 الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها إذ نصت المادة 2/1 على انه يقصد بقرار التحكيم ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين معينين لحالة محددة بل أيضا القرارات التي تصدرها أجهزة التحكيم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف 1 وقد أشار إلى هذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة الخاص بالقانون التجاري الدولي لسنة 1985 وهو ما اخذ به المشرع الجزائري بموجب المادة 1041 **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام تحكيمي تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشرط عزلهم أو استبدالهم** وفي غياب هذا التعين يتعين على الطرف المستعجل أن يلجأ إلى القضاء الوطني لتعين المحكم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي الذي يجري بالجزائر وقرر الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري وهناك العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة المتواجدة في بعض الدول المعروفة لدى المتعاملين الاقتصاديين ورجال الأعمال والمستثمرين نذكر منها:

- غرفة التجارة الدولية (chambre de commerc internationale)بباريس وهي الأكثر انتشارا بنشاطها المهني و المعرفة اختصارا ب (ICC)
- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة في 1965/02/18 الخاص بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى

والمعروف اختصارا ب (ICSID) في اغلب الأحوال تتضمن العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة أو المستثمرين الأجانب شرط التحكيم عند حدوث منازعة ما فالمستثمرون يجدون صعوبة

[11]- د. خليل بوصنوبرة ، طرق الطعن في أحكام التحكيم في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه، 2009، جامعة قسنطينة.

في تسوية منازعات الاستثمار وذلك بالنظر إلى عدم إمكانية مخاصمة الدولة أمام القضاء.[12]

الفرع الثالث : التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي

يمكننا أن نوضح التحكيم الوطني بأنه ذلك الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويتعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني ولا ينفذ خارج إقليم الدولة، ولا يجوز للقاضي أن يتصدى لموضوع النزاع، حيث يقتصر دوره على بحث مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ، وخصوصا مدى اتفاق متطلبات التنفيذ مع النظام العام في الدولة [13]

ونعني بالتحكيم الدولي هو الذي ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة، ويثير عدة صعوبات مثل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وإجراءاته، وموضوع النزاع وتحديد مكان التحكيم، وأسماء وجنسيات المحكمين، وهذه لا وجود لها في التحكيم الوطني وهذا التحكيم يصعب تحديد انتمائه لدولة بعينها دون الدولة الأخرى، وهناك عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن غيره، وهي:

- **المعيار الجغرافي:** يتمثل في معيار التحكيم
- **المعيار الاقتصادي**: يتمثل بتعلق العقد المراد تسويته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية

ويعتبر المشرع الفرنسي التحكيم دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية في المادة 1492/مرافعات، أما المشرع المصري لم يربط الصفة الدولية بالصفة التجارية، في المادة 31 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

أما التحكيم الأجنبي، فهو الذي ينتمي فيه التحكيم بأحد أو بعض عناصره لدولة أخرى، كأن يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة معينة ينتمي إليها ويراد تنفيذه في دولة أخرى ولا يعد كل تحكيم أجنبي تحكيما دوليا، حيث إن التحكيم الدولي قد يكون كذلك مع جريانه في الداخل، وحتى مع خضوعه للقانون الوطني إلا أنه يجوز الجمع بين الأجنبية والدولية للتحكيم إن كان يتعلق بمنازعة دولية.

---

[12]- د.خليل بوصنوبرة، المرجع نفسه.

[13]- د. إبراهيم العنانى، "اللجوء الي التحكيم الدولي" ،رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،1970 ،ص69.

المطلب الثالث

خصائص التحكيم ميزات التحكيم ونقده

1- بساطة الإجراءات :

ويمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك. وهي في كل هذه الأمور وغيرها تبتعد، ما أمكن، عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان، أمام القضاء، طويلة ومملة، ولا فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات، وذلك على حساب موضوع وجوهر النزاع والنتيجة الطبيعية لذلك، أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت اقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء.

2- اختيار هيئة التحكيم :

كما تعتبر طريقة اختيار هيئة التحكيم، ودور أطراف النزاع في ذلك من مميزات التحكيم، فالأطراف أو ممثلوهم تكون لهم الفرصة الأولى والأكبر في اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

فإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، وهم عادة ثلاثة محكمين، يتولى طالب التحكيم (المدعي) تعيين محكمه أو ترشيح هذا المحكم للتعيين، في حين يقوم بالشيء ذاته المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه)، بالنسبة للمحكم الثاني. أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، فإما أن تعطى الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع، أو للمحكمين اللذين اختارهما الطرفان عنهما وذلك حسب قواعد التحكيم المطبقة على النزاع. ومثل هذا الأمر يعطي الأطراف نوعا من الأمان والراحة النفسية، حيث يساهم الشخص في اختيار قاضيه الذي سينظر النزاع، بل يساهم ولو بطريقة غير مباشرة في اختيار المحكم الثالث. وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني، حيث نجد المحكمة مكونة من قضاة رسميين في الدولة، لا دور للأطراف في تعيينهم أو تعيين أي منهم، وفي كثير من الأحيان، يكون الأطراف أو بعضهم غرباء عن ذلك النظام القضائي الوطني وفي هذا المجال أيضا، فان بعض المحكمين، أن لم يكن كلهم، انما يتم اختيارهم من ذوي الاختصاص والكفاءة بالنسبة للعقد موضوع النزاع، خاصة فيما يسمى بالتحكيم

المؤسسي الذي أشرنا إليه فيما مضى.

3- سرية الإجراءات:

والأصل في إجراءات التحكيم انها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث يمكن القول ان مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي، حتى لو سكتت القواعد القانونية النافذة (التشريع الوطني مثلا) عن النص على ذلك. وهذا بخلاف إجراءات التقاضي التي تكون، كمبدأ عام، علنية بحيث يستطيع أي شخص حضور هذه الجلسات. وتجدر الإشارة هنا إلى أمرين:

- **الأول**: ان التجار عموما يفضلون، في بعض الأحيان، سرية الإجراءات على علنيتها وذلك حفاظا، ما أمكن، على سرية الصفقات التجارية التي يبرمونها وتفصيلاتها المختلفة، وأسماء الأشخاص الذين يتعاملون معهم. بل ان بعض هذه الصفقات قد تتطلب السرية التامة بحكم طبيعتها، أو بحكم انتماء أحد الأشخاص لجنسية دولة تحظر دخوله في هكذا صفقات. فإذا نشب نزاع بين طرفي العقد، فانهما يفضلان تسويته بالطرق الودية أو، بأحسن الظروف، عن طريق التحكيم.
- **الثاني**: أن السرية في كثير من الأحيان ما تنقلب إلى علنية، وخاصة عند تنفيذ قرار التحكيم. فالنتيجة الطبيعية لكل دعوى، سواء كانت قضائية أو تحكيمية، أن يكسب أحد طرفي الدعوى، ولو جزئيا، القضية في حين يخسرها الآخر ولو جزئيا لذلك، فان أحد الطرفين قد يرفض تنفيذ القرار وديا، مما قد يضطر الآخر للجوء للقضاء الوطني لتنفيذه جبرا وعندئذ سيعرض القرار التحكيمي، وأسماء الأطراف، وممثليهم وكل ما يتعلق بالقضية، على القضاء لاتخاذ الحكم المناسب بشان القرار التحكيمي من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه ولو جزئيا ويترتب على ذلك، أن السرية التي حافظ عليها الأطراف وهيئة التحكيم إلى حين صدور القرار، انقلبت إلى علنية من حيث النتيجة عند عرض الأمر على القضاء.[14]

4- المصاريف

وتقابل محاسن التحكيم أو ميزاته المشار إليها سلبيات عدة لا يمكن التجاوز عنها، بحيث يمكن القول

---

[14]- هشام خالد، التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، 2007، ص32.

ان التحكيم، كأي نظام قانوني آخر، ليس كله محاسن ولا كله سلبيات فمن الانتقادات التي يمكن ان توجه للتحكيم، كثرة مصاريفه بالمقارنة مع القضاء، وخاصة عندما يكون التحكيم دوليا.

ففي هذه الحالة، قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم (الثلاثة مثلا) وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دولة مختلفة، مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين. هذا بالإضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حين يكون التحكيم مؤسسي.

وعلى الأغلب، فان هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طرديا مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة أي قيمة موضوع النزاع.[15]

5- تعيين المحكمين

ومن جهة أخرى، فان الشخص الذي يعين محكمه قد يشعر في قرارة نفسه بأنه يفترض في ذلك المحكم ان يدافع عن مصلحة من عينه، أو يمثل وجهة نظره ولو جزئيا. وربما ينطبق هذا القول أيضا على المحكم نفسه في علاقته بمن عيّنه أو رشّحه للتعيين من جهة، وبأعضاء هيئة التحكيم الآخرين من جهة أخرى. وقد يكون مثل هذا الافتراض غير دقيق من الناحية العملية في كثير من الأحيان، ولكن يجب ان نسلم بأنه الواقع أحيانا. لذلك، ليس غريبا ان نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا (في الهيئة الثلاثية مثلا)، يحأول ان يكون موفقا بين وجهتي نظر المحكمين الآخرين. والى الدرجة التي يصح فيها هذا الافتراض، فان ذلك يؤثر على العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم، ونزاهتهم، وعدم تحيزهم، أو الشعور بعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع .

المبحث الثاني

مـــــــــاهية عقود الإستثمـــــــــــار

---

[15] - انظر الملحق AWARED SENTENCE 4 .

الاستثمار من الناحية الاقتصادية هو الإنفاق المالي أو العيني المستخدم في مجال اقتصادي معين بغض النظر عن طابعه الإنتاجي واللاإنتاجي و الاستثمار الرأسمالي الذي يعتبر أهم أنواع الاستثمار هو الإضافات الجديدة القيمة الأموال الرأسمالية بغرض تكوين طاقات إنتاجية موجودة أصلا في المجتمع أو تجديدها أو للزيادة في المخزون من المواد الخام أو السلع [16]

وسنتعرف على التعريفات المختلفة لعقود الاستثمار وأنواعها وخصائصها العامة.

المطلب الأول

تعريف عقـــــود الاستثمار

إن القضاء الحديث لم يعد يكتفي بخصوص عقود التجارة الدولية بتوافر المعيار القانوني الذي يكشف عن دولية الروابط العقدية أسوة بغيرها من الروابط القانونية الخاصة بصفة عامة والذي يقتضي تضمنها لعنصر اجنبي أو اكثر إنما قد تطلب في شأن هذه العقود أيضا أن تتعلق بمصالح التجارة الدولية بأن تتعدى أثارها إطار الاقتصاد الوطني لما تودي إليه من انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود.[17]

الأمر الذي يجعل من إطار العلاقات الاقتصادية الدولية محلا للبحث و الدراسة

تتضمن خطة التنمية في كل دولة النهوض بالمشروعات بعضها يتمثل في تشييد أعمال البناء أو العقارات سواء تمثل في بناء بسبط أو مركب كالفنادق التي تسلم على هيئة مفتاح في اليد وبعضها متعلق بالبنية التحتية كشق الطرق و المطارات

بينما يتمثل البعض الأخر في تشيد المشروعات الصناعية الأخرى كشبكات الاتصال و المفاعلات النووية و المصانع الكاملة و يطلق بصفة عامة على العقود التي تنفذ من خلالها هذه المشروعات اصطلاح العقود الدولية للاستثمار[18]

---

[16]- سميح مسعود، الموسعة الاقتصادية ،شركة المطبوعات للتوزيع و النشر، بيروت ،1997 ص236 .

[17]- هشام صادق ،عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية ،سنة 2007، ص8.

[18]- أحمد حسن مطاوع ،المرجع السابق،ص 64.

على الرغم من صعوبة وضع تعريف محدد للتحكيم في مجال عقود الاستثمار فسنحاول وضع تعريف لهذه العقود وبناء على ذلك عرفه الدكتور احمد حسان الغندور يعرفه بأنها: العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني {الدولة أو احد الأشخاص العامة }وطرف خاص اجنبي حيث يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما في مقابل اجر يتعهد به

الطرف الوطني وقد يكون الأجر حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه وخسائره و قد اعتمد استخدام مصطلح العقود و ليس العقد على أساس أن العملية الدولية لا تبرم ولا تنفذ من خلال عقد واحد في اغلب الأحيان وإنما تبرم وتنفذ من خلال أشكال تعاقدية مختلفة و من ثم فإن لها نظام قانوني متنوع بحسب العناصر التي تدخل في تكوينات العقود الأصلية و اللاحقة لها.[19]

وقد عرفه المشرع الجزائري تعريفا غير دقيق و ذلك لتنوع العمليات الاستثمارية وقد حدد ما يقصد بالاستثمار في الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 2 من هذا الأمر.[20]

- يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي :

1- اقتناء أصول تندرج في اطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية .

3- استعادة النشاط في اطار خوصصة جزئية أو كلية.

كما يميل جانب آخر من الفقه إلى تعريف عقود الاستثمار كما يلي :هي عقود شبهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة وشخص اجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى و

---

[19]- المرجع نفسه ، ص 70 .

[20]- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أولى جمادة الثانية عام 1422 الموافق 20غشت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار.

تتعلق هذه العقود مثلا ببناء مجمع صناعي يكون مصحوبا عادة باتفاق المساعدة الفنية فقد يكون موضوع العقد على استخراج وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية و تحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا [21]

وتساهم هذه العقود في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة عن طريق المساعدة الاقتصادية والفنية والمالية الأجنبية للدولة المضيفة التي تتمركز على أرضها هذه الاستثمارات.[22]

المشروع بمعناه العام عبارة عن عملية ربط وتنظيم بين النشاط البشري والأموال عن طريق التنظيم والإدارة الفنية من اجل تحقيق أهداف اقتصادية محددة .

عرفها ايضا الأستاذ ابراهيم شحاته **"بأنها تلك المشروعات التي تشترك فيها الدولة مع المستثمر الاجنبي بقصد ممارسة نشاط اقتصادي يعود بالنفع على جميع الشركاء ويحتاج في العادة الى استثمار طويل الأجل وتنظيم مستمر"**[23]

في حين ان التشريعات الأخرى كانت اكثر تفصيلا في تعريفها للرأسمال الأجنبي اذا تنص المادة 1 من قانون الاستثمار القطري رقم 2000/13 على أن (**راس المال الأجنبي المستثمر: ما يستثمره المستثمرون الأجانب من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في دولة قطر بما في ذلك :**

1- النقد المحول الى الدولة عن طريق البنوك و الشركات المالية المرخصة
2- الموجودات العينية المستوردة لأغراض الاستثمار وفقا لأحكام هذا القانون
3- الارباح و العائدات و الاحتياطات الناتجة عن استثمار راس المال الاجنبي في المشروع إذا تم بها زيادة راس مال هذا المشروع أو اذا استنثمرت في احد المشروعات المسموح بها وفقا لأحكام هذا القانون
4- الحقوق المعنوية مثل الترخيص وبراءات الاختراع و العلامات التجارية المسجلة بالدولة [24]

وهذا ما اخذ به قانون الاستثمار الاردني رقم 68 لعام 2003 في المادة 12/ب منه [25] الامر رقم

21- حفيظة السيد الجداد ،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007،ص 30.
22- المرجع نفسه ص 31.
23- خالد محمد القاضي، المرجع السابق ص 41.

03/01 المؤرخ بتاريخ 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم بالأمر 08/06 المؤرخ بتاريخ 2006/07/15

المطلب الثاني

انواع عقود الاستثمار

يرى جانب من الفقه ان تباين و كثرة الصور و الأشكال التعاقدية الممكنة في مجال العقود الدولية للاستثمار يجعل من الصعوبة بمكان تقسيم هذه العقود كما ان اية محأولة للتقسيم ستكون من باب أولى تعسفية و لكن هذا لا يمنع بالطبع من وضع تقسيمات متعددة لهذه العقود بتعدد الزوايا التي ينظر من خلالها -1-ونظرا لتشعب الموضوع سنقسم عقود الاستثمار بالنظر الى ملكية الدولة لهذه المشروعات أو انتقالها الى ملكية القطاع الخاص

الفرع الأول :عقود تظل المشاريع فيها مللك لدولة

1. **عقود تقديم الخدمات :**وفيها يتولى المستثمر الاجنبي تقديم خدمة للدولة مقابل ثمن محدد و تظل الدولة أو الحكومة أو جهة القطاع العام مسؤولة عن المشروع ومخاطره التجارية كإقامة محطة كهربائية أو مياه.
2. **عقود الادارة :** مثل عقود التشغيل و الصيانة وهي عقود تلجأ فيها الدولة الى المستثمر لإدارة وصيانة مشروع كالفندق لرفع كفاءة تشغيله لمدة محدودة مقابل اجر محدد أو نسبة من الارباح .
3. **عقود الايجار :**وفيها تؤجر الدولة الى المستثمر اصول مرفق معين لمدة محددة مقابل اجر

---

[24] - http /www.gcc-legal.org/mjpotalpublic/Displaylegislation.

[25] -http /www.lob.gov.jo/ui/laws/search no.gsp no-68year-2003.

4-عقود التزام المرافق العامة :وهي عقود يتعهد فيها المستثمر باداء خدمة عامة للجمهور لمدة محددة وذلك بمنحها ترخيصا لاستغلال المشروع مقابل حصوله على تعريفة محددة يتقاضاها من الجمهور مقابل قيامه بتلك الخدمة على ان يتحمل المستثمر الاجنبي المخاطر التجارية الناشئة عن تشغيل المرفق

الفرع الثاني: عقود المشروعات التي بمتلكها القطاع الخاص

1- عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (BOOT)

وقد تاخذ هذه العقود صورة التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والتملك وفي هذا النوع من المشروعات يتحمل المستثمر كافة مخاطر المشروع التجارية ويكون ملكا له طول مدة الترخيص التي تنتهي بنقله الى ملكية الدولة

2- عقود البناء و التملك و التشغيل (BOO)

هنا تمنح الدولة ترخيصا للمستثمر لبناء مرفق جديد وتملكه وصيانته وتشغيله وتحمله جميع المخاطر بإعتبره المالك و المستعمل للمشروع .

المطلب الثالث

الخصائص العامة لعقود الاستثمار

اذا كان لعقود الاستثمار أهمية بالنسبة لاقتصاديات الدول الغنية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر فإن لهذه العقود أهمية قصوى بالنسبة للدول الآخذة في طريق النمو اذ انها تعد في كثير من الاحيان الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدول وتنظيم بنيتها الاساسية. [26]

الفرع الأول :**عقد الاستثمار من عقود المدة**

عقد مدة اي ان الزمن عنصر جوهري في تنفيذه فيكون هو المقياس الذي يقدر به الاداء. [27]

---

[26]- حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ،ص 19.

تتسم هذه العقود بطول المدة فهي لا تكون بعملية واحدة و انما تتعلق بإستغلال للموارد الطبيعية و تتم معه اقامة منشات و تجهيزات دائمة تظل مملوكة للطرف الاجنبي طوال مدة العقد. [28]

وهنا يتجلى دور التحكيم في فض النزاعات الناشئة نظرا لطول مدة العقد

الفرع الثاني : عقد الاستثمار هو عقد مركب

يمكن تعريف مجموعة العقود بانها ترابط عدة عقود معينة سواء بسبب موضوعها أو اشخاصه التحقيق عملية تجارية معينة فتكون بهذا مزيجا من عدة عقود يربطها وحدة الموضوع. [29]

تـمـهـيـد

تثير دراسة عقود الاستثمار المبرمة بين الدول و المستثمرين الأجانب العديد من المشاكل القانونية التي تتسم بصعوبتها و تعقيدها.

وتنجم هذه الصعوبة عن التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود فهي تبرم بين طرفين غير متكافئين هذا الأمر يضفي على هذه العقود ذاتية وخصوصية تؤدي إلى تميزها عن العقود الأخرى المعتادة وهو ما سندرج إليه في المبحث الأول ، كذلك و بالنظر إلى محل هذه العقود (المبحث الثاني) فإنها تتسم بكثرتها و تنوعها إذ تشمل إلى جانب عقود امتياز البترول العديد من عقود نقل التكنولوجيا و عقود التشييد و البناء ... ، أما بالنظر إلى الشروط المنصوصة فيها فإن غالبية هذه العقود يدرج فيها شرط التحكيم و بنسبة كبيرة شرط الثبات التشريعي و هو ما سنتطرق إليه في المبحث الثالث و الأخير.

---

[27]- احمد حسان مطاوع ،المرجع السابق، ص 90.

[28]- حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق، ص.27

[29]- احمد حسان مطاوع ،المرجع السابق، ص 92

المبحث الأول

الخصوصية المستمدة من أطراف التعاقد

تتميز عقود الاستثمار عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية بعدم التساوي و عدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة فأحد أطراف هذه العقود هو الدولة أو احدى مؤسساتها الإدارية و هي شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو في إطار القانون الدولي العام مما يطرح أمامنا إشكاليتين الأولى متعلقة بأهلية الدول و مدى قدرة أجهزتها لإبرام مثل هذه العقود عالية الأهمية و الثانية دفع الدولة بحصانتها لاجتناب تنفيذ حكم التحكيم.

أما الطرف الثاني في هذه العقود فهو عادة شخص اعتباري أجنبي لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية و المالية ، بأية سيادة أو ميزة[30] ، و سنتطرق لطرق اختياره من طرف الدولة.

المطلب الأول

الدولة أو احدى مؤسساتها كطرف في النزاع

أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا في هذه المنازعات مما يضفي على هذا التحكيم طابعا خاصا ، فلم يعد يقتصر دور الدولة الحديثة على ما كان يسمى قديما بالدولة الحارسة « L'état Gendarme » و إنما تطور دور الدولة في الوقت الحاضر عما كان عليه قديما ، و بدأت ترتاد العديد من الأنشطة الخاصة و تتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية ، وقد ترتب على ذلك تطور و تغيير في العديد من المبادئ و القواعد التي كانت تحكم وتنظم دور نشاط الدولة في الماضي ، و تعد التجارة الدولية و

---

[30]- حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ،2007، ص 35.

الاستثمار من أهم المجالات التي تدخلت فيها الدولة وقد ترتب على دخول الدولة في هذا المجال العديد من المشاكل.[31]

فذلك يؤدي إلى ضرورة خضوعها لآليات هذه التجارة بما فيها التحكيم الدولي الذي يطرح أمامنا إشكاليتين الأولى تتمثل في أهلية الدولة لإبرام عقد استثمار دولي مدرج فيه اتفاق تحكيم و الثانية تتمثل في الحصانة القضائية للدولة وأثرها في صحة اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار.

غير أنه يجدر بنا أن نتطرق إلى نقطة مهمة قد تثور بصددها إشكاليات واسعة ، وذلك في تحديدنا لمفهوم الدولة فإننا نقف أمام اتجاهين : أحدهما يضيق مفهوم الدولة نفسها بإبرامها من خلال من يمثلها (رئيس الدولة – رئيس الوزراء – أحد الوزراء) وأما الاتجاه الثاني و الذي يوسع مفهوم الدولة ، وفقا لهذا الاتجاه فإن عقود الاستثمار تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرام ها ، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها.

ودون الخوض في الآراء و الحجج الفقهية فإن الاتجاه الثاني هو الاتجاه الراجح الذي يؤيده غالبية الفقهاء.

أ. الأهلية القانونية للدولة

من أولى المشاكل القانونية التي تثيرها اتفاق التحكيم الدولي والتي نستطيع أن نتبينها من عديد أحكام التحكيم و الأحكام القضائية مشكلة أهلية الدولة (La capacité de l’état) وقدرتها (son aptitude) على إبرام اتفاق التحكيم الدولي ، لقد أثيرت هذه المشكلة بسبب وجود تشريعات غير قليلة في العالم تحضر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية و تجعلها ليست أهلا لإبرام مثل هذا الاتفاق.[32]

فالقانون الفرنسي على سبيل المثال كان يقضي بحرمان أو منع الدولة و أشخاص القانون العام من الالتجاء إلى التحكيم ، هذا المبدأ مؤسس على نص المادة 2060 مدني[33] ، ولكن هذا المبدأ لا يعتبر

---

[31]- أحمد حسان مطاوع ، التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات الدولية ، دار النهضة العربية ، 2007 ،ص 261.

[32]- أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، ص 296.

[33]- أفتى مجلس الدولة الفرنسي في 6 مارس 1986 برفض شرط التحكيم في عقد مشروع eurodisneyland.

من طبيعة مطلقة فيجوز الخروج عليه والسماح لأشخاص القانون العام بالالتجاء للتحكيم بصدد العقود التي تبرمها مع المشروعات الأجنبية و التي تتعلق بعمليات يكون لها فوائد أو منافع وطنية.[34]

ويرجع أساس ذلك إلى أنه يعد من قبيل التناقض أن تقوم الدولة نفسها بتنظيم القضاء و في نفس الوقت لا تعهد إليه بتنظيم المنازعات التي تتعلق بها.

غير أن البرلمان الفرنسي أصدر فيما بعد (19 / 08 / 1986) قانون رقم 972-86 يقضي بالترخيص للدولة و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العامة بشروط التحكيم في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات تهم المصلحة الوطنية.

أما فيما يتعلق بالقانون المصري من هذه القضية فإن الوضع مختلف ، وذلك لأنه لا يوجد في إطار أحكام القانون المصري ما يحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة الاتفاق على التحكيم.[35]

وهذا ما تبعته غالبية التشريعات الداخلية ، و التي أصبحت جميعها ومواكبة للتطورات المعاصرة في التجارة الدولية ، تسمح للدولة أو أحد أجهزتها بالتحكيم في العقود الدولية.

وتجدر الإشارة ونحن بصدد دراسة موضوع الأهلية بالنسبة للدول إلى وجود نوعين من الدول :

- الدول كاملة السيادة
- الدول ناقصة السيادة

حيث أن معيار هذا التقسيم هو مدى تمتع الدولة بالصلاحية للقيام بالأعمال القانونية الدولية ، الأمر الذي يدلنا على مدى الحق المعترف به لهذه الدول باللجوء إلى التحكيم الدولي بناء على هذه الصلاحية وبالتالي فالدول كاملة السيادة هي الشخص القانوني الذي يتمتع بالشخصية القانونية الدولية أي أهلية اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ولأنها تمتلك الإرادة للقيام بالتصرفات القانونية في إطار العلاقات الدولية فإنها تتمتع بأهلية اللجوء إلى التحكيم.[36]

---

[34]- أحمد حسام مطاوع ، المرجع السابق ، ص 269.

[35]- المرجع نفسه ، ص 270.

[36]- خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار الشروق ، الطبعة الأولى 2002 ، ص 180.

في نفس الوقت هناك بعض الوحدات القانونية الطبيعية في المجتمع الدولي لا تتمتع بالأهلية الكاملة نتيجة وضع قانوني خاص كالدول الخاضعة للحماية ، والدول التابعة و الدول الخاضعة لنظام الانتداب أو الوصاية ، هذه الدول ناقصة السيادة لا تتمتع بأهلية اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار.

ب. الحصانة القضائية

بعد أن انتهينا إلى أن الدولة تتمتع بالأهلية الكاملة في إبرام اتفاق التحكيم ننتقل إلى مسألة أخرى تتعلق بمرحلة إجراءات التحكيم وهي تمسك الدولة بحصانتها ، إذ يحدث عندما يثور نزاع وتختصم الدولة أمام قضاء التحكيم أن تدفع بهذه الحصانة للإفلات من الخضوع أو المثول أمام قضاء التحكيم.

إنه من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية « Immunité de juridiction » في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية ويقوم هذا المبدأ تأسيسا على فكرة السيادة والاستقلال و المساواة بين الدول.[37]

غير أن إدراج شرط التحكيم في عقد الاستثمار يعد تنازلا ضمنيا للدولة عن حصانتها القضائية ، وإذا تمسكت الدولة بحصانتها القضائية على الرغم من إدراج شرط التحكيم أمام هيئة التحكيم فإن هذا التمسك لا قيمة له ، إذ أن قبول الدولة لشرط التحكيم يعتبر بمثابة تنازل من قبلها عن حصانتها أمام المحكم الذي قبلت الخضوع الاختياري لقضائه.[38]

وذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الحصانة القضائية ميزة لا تتمتع بها الدولة إلا في مواجهة قضاء دولة تتساوى معها في السيادة ، وبالنظر إلى التحكيم فإنه لا يعد قضاء خاضعا لسيادة أية دولة من الدول بل هو قضاء خاص.[39]

حيث أنه من الأمور التي تحمل بين طياتها التناقض الكامل ، أن يؤدي التمسك بالحصانة القضائية في حالة الاعتراف بها إلى حرمان المحكم من الفصل في المنازعات المعروضة عليه ، في

---

[37]- أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 304.

[38]- أحمد حسان مطاوع ، المرجع السابق ، ص 308.

[39]- حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 277.

حين أن هذا المحكم قد استمد كل سلطان له من إرادة الأطراف التي قامت بتعيينه للفصل في المنازعة الناشئة بينهما.[40]

مجمل القول أن الدولة التي وافقت على إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بينها و بين طرف خاص ، لا يمكنها الاستفادة من الحصانة القضائية أمام محكمة التحكيم.

وعليه فأن ارتضاءها لشرط التحكيم في العقد يعد تنازلا ضمنيا منها عن حصانتها القضائية.

المطلب الثاني

المستثمر الأجنبي

جاء في الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في 18 مارس 1965 [41] بواشنطن في تعريفها للمستثمر الأجنبي وذلك في المادة 25 الفقرة 2 : " يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى ما يأتي :

- ❖ أي شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم لأي نزاع.
- ❖ أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم للنزاع وأي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف في النزاع في هذا التاريخ و الذي نتيجة لسياسة معاملة الأجانب اتفق الطرفان على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى تحقيقا لأغراض هذه الاتفاقية".[42]

نستخلص من المادة 25 من معاهدة واشنطن أن المستثمر الأجنبي قد يكون أي شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع وبالتالي فقد حددت كمعيار لتحديد المستثمر مخالفته في الجنسية للدولة المضيفة.

---

[40]- أحمد حسان مطاوع ، المرجع السابق ، ص 309.

[41]- وافقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب الأمر 04-95 المؤرخ في 1995/01/21 وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 1995/10/30.

[42]- عبد الفتاح مراد ، شرح تشريعات التحكيم الداخلي و الدولي ، دار الكتب و الوثائق المصرية ، 2007 ،ص 452.

غير أن خصوصية عقود الاستثمار المستمدة من المستثمر الأجنبي كطرف في التعاقد تتجلى في طرق اختيار الدولة لهذا المستثمر و التي يحكمها معيار واحد هو تحقيق المصلحة العامة.

تلك المصلحة التي تتمثل في اختيار المستثمر الذي يقدم أفضل العروض سواء من الناحية المالية أو الفنية.

وأهم هذه الطرق وأوسعها استخداما في مجال عقود الاستثمار هي المناقصة « Adjudiction » والثانية هي الدعوى إلى التعاقد « Appel d'offres » والثالثة الاتفاق المباشر « La négociation directe » .

1. المناقصة

هي طريقة تلتزم بمقتضاها الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطا ، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوبة أداؤها ، فهي تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء (تكلفة) ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة مثلا..[43]

فمنطق المناقصة يقضي بأن المتعهدين يتقدمون في مسابقة علنية بعروضهم في الحدود التي يحددها القانون أو تشترطها جهة الإدارة على أن يكون السعر محددا تحديدا قاطعا.[44]

وأسلوب المناقصة بصوره المختلفة تحكمه ثلاث مبادئ أساسية :

- العلنية : الإعلان عن المناقصة ، وتحديد من له الحق في المشاركة فيها.
- المنافسة : حرية دخول المناقصة في الحدود التي يحددها القانون.
- الآلية : ويقصد بمبدأ الآلية أو الإسناد الآلي للعقد في هذا المجال أن الإدارة تكون ملزمة بإسناد العقد إلى صاحب العطاء الأقل سعرا بغض النظر عن الاعتبارات الأخرى بخلاف الدعوة للتعاقد و التي

---

[43]- أحمد حسان مطاوع ، المرجع السابق ، ص 156.

[44]- جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة 2004 ، ص 139.

يكون فيها قدر كبير من الحرية للطرف الوطني في اختيار الطرف الأجنبي ، فيسمح له هذا الأسلوب بأن يختار أفضل العروض المقدمة مع التحرر من مبدأ الآلية.[45]

2. الدعوة إلى التعاقد

يعتبر هذا الأسلوب هو الأكثر استخداما على المستوى الدولي و ذلك نظرا لأن هذا الأسلوب يعد أكثر مرونة و أقل تعقيدا من أسلوب المناقصة ، ووفقا لهذا الأسلوب يقوم الطرف الوطني بإعداد كافة الوثائق الفنية والقانونية المتعلقة بالمشروع المراد إنجازه ، ثم بعد ذلك يقوم الطرف الوطني بتجسيد ذلك كله في شروط فنية وقانونية يتم طرحها على المشروعات بعد ذلك بتقديم عطاءات تتضمن الإجابة على الدعوة المقدمة من الطرف الوطني ، ثم يتولى هذا الأخير المفاضلة بين هذه العطاءات لكي يختار أفضلها من النواحي المختلفة سواء المالية أو الفنية.[46]

3. الاتفاق المباشر

إن هذا الأسلوب يمنح للطرف المدني أكبر قدر من الحرية في التعاقد واختيار الطرف الأجنبي دون التقيد بإتباع الإجراءات الشكلية التي تتطلبها القوانين و اللوائح.[47]

غالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تريد الإدارة أن تتعاقد عليها ، وعلى ذلك فإن أسلوب الاتفاق المباشر يتحرر من الإجراءات الصارمة التي تحكم المناقصات و الممارسات بكافة أنواعها فهو يعطي للإدارة حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها دون إتباع إجراءات معينة.[48]

لا تقتصر خصوصية عقود الاستثمار على طبيعة أطرافها بل إن لهذه العقود ذاتية تستمدها أيضا من محلها و من الشروط المدرجة فيها وهو ما سنعرض له الآن.

---

[45]- أحمد حسان مطاوع ، المرجع السابق ، ص 168.

[46]- المرجع نفسه ، ص 168.

[47]- أحمد حسان مطاوع ، المرجع السابق ، ص 171.

[48]- جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص 214.

المبحث الثاني

الخصوصية المستمدة من محل العقد

تتسم العقود المبرمة بين الدولة و المستثمر الأجنبي بكثرتها وتنوعها من حيث المحل الذي تنصب عليه هذه العقود ، إذ تشمل إلى جانب عقود امتياز البترول ، العديد من عقود نقل التكنولوجيا وعقود البناء و التشييد ، على نحو يقتضي منا التعرف على أهم هذه الأشكال التي تتخذها عقود الاستثمار.

المطلب الأول

عقود امتياز البترول

يعرف عقد الامتياز بأنه التصرف الذي بواسطته تمنح الدولة لمشروع أجنبي حقا خالصا له وقاصرا عليه للبحث في إقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله وذلك خلال مدة زمنية محددة.[49]

---

[49]- حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 175.

انطلاقا من هذا التعريف فإن عقد الامتياز هو من أعمال السيادة التي تقوم بها الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها وبموجبه يمنح شخص ما – طبيعي أو معنوي – حقا دون سواه ويسمى هذا الشخص بصاحب الامتياز.

ونتيجة لكثرة استخدامه في القرن الماضي في اتفاقيات البترول ، أصبح مصطلح امتياز رديفا لهذه الاتفاقيات وصار أي حديث عن الامتيازات قرينا باتفاقيات شركات النفط مع الدول المنتجة ، ومعظم كتب الفقه القانوني تعالج موضوع الامتيازات حصرا في إطار دراستها لاتفاقيات البترول.

1. الصورة التقليدية لعقود امتياز البترول:

يتميز هذا الأخير في صورته التقليدية بأنه يخول للمستفيد من الامتياز حقا في ملكية المواد المستخرجة من الأرض وما ينجم عن حق الملكية من إمكانية التصرف فيها دون قيد.

وجدت الشركات الأوروبية و الأمريكية في علاقتها بالعالم الثالث عدم اكتمال تلك الدول وجهلها التام بشؤون البترول ، فرصة سانحة للحصول على البترول بمقابل رمزي ، ولقد وجدت تلك الشركات بالتنسيق فيما بينها أن اتفاقيات الاستثمار التقليدية ، هي الأداة القانونية المناسبة لتحقيق ذلك الغرض ولعل ذلك هو السبب الرئيس في أن كافة الاتفاقيات البترولية التي أبرمت بين شركات البترول ودول العالم الثالث المالكة لمصادر البترول منذ نهاية القرن الماضي ، وحتى بداية القرن الحالي ، كانت دون استثناء عبارة عن اتفاقيات امتياز تقليدية. ولما كانت هذه العقود قد أبرمت في ظل ظروف اقتصادية واجتماعية مكنت الشركات الأجنبية من الاستفادة القصوى في أقل فترة زمنية ممكنة ، فإنه مع تغير الظروف السياسية والاقتصادية و الاجتماعية للدول المنتجة للبترول ، لم تعد هذه العقود صالحة لحكم العلاقات المستمرة بين كل الدول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها ، ولذا كان من الطبيعي أن يتم تعديل

هذه العقود على نحو يحقق مصالح كل من الأطراف المتعاقدة ويحول دون اتساع الهوة التي تفصل بين الدول النامية و الدول الصناعية.[50]

2. الصورة الحديثة لعقود امتياز البترول:

تبدأ مرحلة التغيرات الكبرى في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية بصدور القانون الفنزويلي لسنة 1948 والذي كرس مبدأ تقسيم الأرباح الناجمة عن النشاط في مجال البترول بين الشركات الأجنبية و الدول المنتجة بالتساوي ، ولقد ساعد النجاح الذي لاقاه إعمال هذا القانون إلى دفع الدول الأخرى المنتجة للبترول في منطقة الشرق الأوسط إلى المطالبة بإعمال ذات المبدأ.[51]

كما أدى اكتشاف البترول في العديد من الدول مثل ليبيا و الجزائر و نيجيريا إلى نشأة منظمة الدول المصدرة للبترول والتي تهدف إلى حماية المصادر المالية لأعضائها فطالبت في عام 1968 بأن يتم تحديد سعر البترول بواسطة الدول المنتجة له ، و مساهمة هذه الدول في رأس مال شركات استخراج البترول ، وضرورة بدأ المفاوضات بين الدول المنتجة و الشركات المتعاملة لتعديل العقود المبرمة بينها .[52]

و الواقع أن مساهمة الدول المنتجة للبترول في رأسمال الشركات الأجنبية كان بمثابة الحل الوحيد المطروح في تلك الفترة و البديل عن التأميم.

مع بداية السبعينيات تطورت العلاقة التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية ، وانتهى الأمر بخضوع كافة عمليات البترول وتكريره التي تتم على إقليم الدولة المنتجة للبترول لسيطرتها الكاملة ، وعلى الرغم من اختفائها من الساحة التعاقدية على نحو كامل ، فإن عقود امتياز البترول تركت المجال لأشكال تعاقدية أخرى لتحل محلها مثل عقود الخدمات و الوكالة و المشروعات

---

[50]– حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 175،176.

[51]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 177.

[52]- حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، دار هومة ، الجزائر ، 2010 ، ص 45.

المشتركة واقتسام الأرباح مما أدى إلى تخطي مرحلة عقود الامتياز إلى مرحلة العقود المسماة بعقود التنمية الاقتصادية.[53]

المطلب الثاني

عقود نقل التكنولوجيا

إن الفجوة العميقة الحالية في التقدم الاقتصادي و الصناعي و الفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول في طريقها إلى النمو من جانب آخر فرضت أهمية موضوع نقل التكنولوجيا.

هناك من الفقهاء من عرف التكنولوجيا بأنها " أفكار تتعلق بتطبيقات عملية في مجال الصناعة يترتب عليها تقدم واضح في مستوى الفن الصناعي وذلك بالقياس إلى الحالة السابقة لاكتشاف الفكرة " ويذهب البعض إلى تعريفها بأنها " الجهد المنظم الرامي لاستخدام نتائج البحث العلمي في تطوير أساليب أداء العمليات الإنتاجية بالمعنى الواسع الذي يشمل الخدمات و الأنشطة الإدارية و التنظيمية و الاجتماعية وذلك بهدف التوصل إلى أساليب جديدة يفترض فيها أنها أجدى للمجتمع ".

ونخلص مما تقدم أن التكنولوجيا هي التطبيق العملي للأبحاث والنظريات و المعارف العلمية في تطوير أساليب أداء عمليات الإنتاج والخدمات زيادة لقدرتها الإنتاجية وتحسينا لأدائها[54].

1. تعريف عقود نقل التكنولوجيا

هو اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستوردي التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو تقديم خدمات ، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو التراخيص لاستعمالها إلا إذا كان ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به.[55]

---

[53]- المرجع نفسه، ص46.

[54]- حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 18 .

[55]- المادة 73 من القانون التجاري المصري.

2. وسائل نقل التكنولوجيا

أ- الطرق التعاقدية التقليدية لنقل التكنولوجيا(عقد الترخيص)

تتم عمليات تبادل التكنولوجيا التي صاحبت النهضة الصناعية للدول الصناعية ، حتى عهد قريب من خلال براءات الاختراع و العلامات التجارية التي تمنح صاحبها الحق في التنازل ، بواسطة عقود تنازل براءات الاختراع او التراخيص ز . وقد تطور هذا النظام لنقل التكنولوجيا بين المتعاملين في السوق ، اللذين يمتلكون كفاءات علمية وتكنولوجية متقاربة، تتيح لهم إقامة علاقات متوازنة في نطاق تبادل المعرفة،وذالك وفقا للدور الذي يقومون به ، سواء كان دور العرض أو الطلب للتكنولوجيا .

وبالنظر لحيازتهم لثروة تكنولوجية خاصة بهم ، فان احتياجاتهم تقتصر على الحصول على تجديد أو طريقة صنع تكنولوجية ، تدخلها في أنشطتها دون صعوبات كبرى ، ولذلك فان حق الملكية الصناعية ، كان إذن مطوعا تماما لحكم هذه التبادلات التكنولوجية . فحقوق الملكية الصناعية ، بوصفها نظاما يحفز على التجديد التكنولوجي ، تعرف "النظام القانوني لمجموع العناصر التي رغم كونها معنوية ، تهدف إلى تدعيم وضع حائزيها في المنافسة ، وذالك عن طريق فن الاحتكار.

وعلى الصعيد الداخلي ، فان عقد التنازل عن براءة الاختراع أو العلامة التجارية ، و عقد التنازل عن استعمال المعارف الفنية المملوكة للغير ، تعد عقودا مسماة ، تنظمها التشريعات الوطنية الخاصة بحماية الملكية الصناعية .

و على الصعيد الدولي ، فان اتفاقية باريس الموقعة سنة 1883، مازالت تعد مرجعا لتشريعات الدول المكونة للاتحاد الذي خلقته هذه الاتفاقية ولقد انضم العديد من الدول، بمجرد استقلالها إلى هذا الاتحاد وقد حدت رغبة هذه الدول في تنمية اقتصادها، وتخلفها في النطاق التكنولوجي، إلى أن تبحث عن القبول في هذه المجموعة التكنولوجية التي تشكلها الملكية الصناعية واختيار استغلال المعلومات التكنولوجية عن طريق تسويقها في الخارج، بواسطة عقد خاص بالملكية الصناعية مع الغير،" يمكن اعتباره عملية، بواسطتها يتفق مشروعان من اجل توزيع بعض المزايا التي يمتلكها احدهما فق، أي تلك التي يمتلكها المورد"[56]

---

[56]– نصيرة بوجمعة سعدى ،عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص 70.

وفي هذا الاطار التعاقدي ، تباع المعارف التكنولوجية المشمولة بالحماية القانونية أو غير المشمولة بها بواسطة المبتكر linnovateur في إطار يتنازل فيه مورد التكنولوجيا إلى الغير، وذلك في مقابل دفع عائد . ويستفيد المتنازل له بظروف تسويقية تقل فيها المخاطر التجارية، عن التي يمكن أن يتعرض لها عن الاستثمار المباشر ويستفيد المتنازل له من استغلال المعلومات التكنولوجية المحمية براءات الاختراع أو الغير المحمية، وذلك مقابل عائد، ويسمح له هذا الحق في أن يتصرف في النتائج المتحصل عليها بواسطة الغير، دون أن يتعرض لمخاطر البحث، ويعطيه هذا الحق، مركزا احتكاريا في نطاق هذه التكنولوجيا على مستوى السوق المحلية وبما أن الترخيص بوصفه عقد ابرم بين مالك براءة الاختراع أو حائز المعلومات الفنية، وبين مستعمليها، فانه يحدد اطار تسويق التكنولوجيا حيث يكون كل من اخذ، ومقدم الترخيص، محققين لمصالحهما، نضرا لأنهما يتفاوضان بحرية بشان شروط العقد، وهذا يعني مساواتهما من الناحية القانونية .

واذا كانت هذه الطريقة للتسويق عن طريق الترخيص، تحدد المساواة القانونية للمتعاقدين، فان تطبيقاتها تبرر حالة عدم تكافؤ فيما يتعلق بظروف التفاوض بشان شروط العقد ، و يمكن ملاحظة نوعين من حالة عدم المساواة : احدهما يعد انعكاسا للذاتية القانونية للعقد محل البحث و الأخر ، مرتبط بالطابع الخاص بإدماج المعارف الجديدة في عملية الإنتاج . وسوف نعالج هاتين الحالتين تباعا:

الأولى- الذاتية القانونية لعقد الترخيص بوصفه عاملا لسيطرة مورد التكنولوجيا:

رأينا في عقد الترخيص، أن صاحب المعلومات الفنية المرخصة أو الغير مرخصة، يعطي الغير هذه المعلومات، إلا أنه أياما كان نطاق هذا الحق الذي يمكن أن يرد على كل أو جزء من الاختراع ، فانه لا يخول المستفيد منه أي جزء من ملكية براءة الاختراع أو من المعارف الفنية غير المرخصة، فالأمر ينصب فقط عن التنازل عن حق الانتفاع، ويضل المورد محتفظا بحق ملكية المعارف الفنية .

و على هذا النحو ، يعتبر عقد الترخيص أقرب إلى عقد الإيجار ، منه بالنسبة للقواعد التي تحكم عقد بيع البضائع . ويخول عقد الترخيص مورد التكنولوجيا ، سلطة السيطرة أثناء التفاوض على شروط

العقد ، و التي تزداد أهميتها كلما كان مكتسب التكنولوجيا لا يقوم بأية أنشطة تكنولوجية ، ويجهل التكنولوجيا البديلة .[57]

الثانية - ذاتية اندماج المعارف الفنية في عملية الإنتاج العامل الثاني لسيطرة مورد التكنولوجيا :

بصفة عامة ،تتم حماية المعارف المكتسبة في اطار عقد الترخيص ،بواسطة براءة أو عدة براءات اختراع ،تخول المكتسب وصفا كافيا واضحا و محددا على نحو كاف للمعلومات ،حتى يأخذ على عاتقه انجازها الصناعي.

ولكن مبدع أو مورد التكنولوجيا الحريص على الاحتفاظ باحتكاره والمعارف التكنولوجية لا يقدم إلا المعارف الضرورية لمنح براءة اختراع ،و يحتفظ بسر المعرفة محل البراءة ، أي يحتفظ بالمعرفة أو بمجموع المعلومات المناسبة لاستغلال المعارف في ظروف اقتصادية مناسبة وإذا كان المكتسب يدرج المعارف الجديدة في عملية الإنتاج ،بالنظر لاكتسابه للترخيص ،إلا انه مع ذلك لا يملك قدرا من المعارف المنتجة أثناء مرحلة التدرج التكنولوجي ،"والتي تكون فيها أنشطة التطويع والتحسين للمنتج أو للفنون الإنتاجية ،مولدة للمعلومات الفنية ".فالمعرفة الفنية التي تعد نتيجة مرحلة التدرج l'apprentissage تصبح عاملا مرجحا بالنسبة لمكتسب التكنولوجيا ،خاصة وانه في المرحلة الراهنة "ينذر أن تكون براءة اختراع قابلة للاستغلال ،في ظروف اقتصادية مناسبة ، دون أن تكون هناك معرفة فنية مقابلة لها " .فمورد التكنولوجيا بوصفه موردا للمعرفة و للمعرفة الفنية ، سوف يبحث عن استغلال احتكاره بان يفرض على اخد التكنولوجيا ،شروطا غير عادلة ،مثل معدل العائد ، و اخذ نصيب مرتفع بطريقة غير عادية ، من راس مال الشركة ، و الشراء إجباري للآلات و المواد الأولية ".وتنشا ظروف عدم المساواة ،الناجمة عن المعارف المتبلورة في المعرفة الفنية ،التي يحرم منها مكتسب التكنولوجيا ، وعدم التوازن في مرحلة التفاوض حول شروط عقد الترخيص بين المتعاقدين .و انعدام التوازن المذكور يرجع لصالح من يستغل سيطرة تكنولوجية والمستفيد هنا هو دون جدل القادر

[57]- نصيرة بوجمعة السعدي، المرجع السابق ، ص 71.

على استغلال السيطرة السابقة ،خاصة وان الاطار القانوني لعقد الترخيص يعطى له الاحتفاظ بملكية المعارف القانونية. [58]

وبتسويق المورد للتكنولوجيا من اجل تحقيق الربح لتميزه التكنولوجي في الخارج يبحث هذا الأول بواسطة عقد الترخيص ،أي بواسطة الملكية الصناعية ، عن المزايا الاقتصادية المشابهة لتلك المحصنة أثناء التسويق بين الشركة الأم و فروعها ، وهذه المزايا المالية أو التكنولوجية تتوقف كما يظهر هذا صراحة أو ضمنا من شروط العقد على السيطرة التكنولوجية و الاقتصادية للمتعاقدين .وبإبراز الحالة التي يوجد فيها الطرف الأخذ للتكنولوجيا في دولة متخلفة صناعيا و ينتمي المورد إلى دولة صناعية ، فان اللجوء إلى الوسائل التقليدية للتعامل في الفنون "أي الوسائل التي تقدمها الملكية الصناعية ، يبدو غير ملائم لإشباع الاحتياجات التكنولوجية للدول المكتسبة لها وكذلك لا يفي بغرض تحقيق التطور المرجو ولذلك لسببين رئيسيين فمن جهة تساهم حقوق الملكية الصناعية المتصورة لحماية الحقوق الخاصة لحائز براءة الاختراع وغالبا ما يكون هذا الحائز أجنبيا في الدول المتخلفة صناعيا "ليس فقط في استغلال الفنون التي تعد محلا للتسجيل في هذه الدول ولكنها تتوصل إلى خلق احتكار للواردات التي تقرها براءات الاختراع و بهذا الصدد ،يمكن أن نلاحظ وجود تناقض ،بين حقوق الملكية الصناعية و أهداف التنمية الوطنية

و من جهة أخرى ،فان حق الملكية الصناعية يبدو غير كاف ،و دون فاعلية كبيرة للاستجابة، لأهمية ولخصوصية حاجات تكنولوجية للدول المتخلفة الصناعية[59].

فهو غير كاف بالنظر إلى ان المبادلات التكنولوجية تتم اكثر فاكثر من خلال وسائل النقل الأخرى ، غير تلك المتمثلة في براءة الاختراع ،و نحن نعاصر تطورا ملحوظا للمعاملات ، التي ترد على التكنولوجيا و التي لا تشكل محل لأي حماية قانونية كالتنازل عن المعرفة الفنية ، كما نشاهد تراجع براءة الاختراع بوصفها سند يحمي حقوق الملكية الصناعية ، إلى جانب العقود الواردة على تنازل براءة الاختراع أو عقود الترخيص ، توجد عقود أخرى وهي عقود المعرفة الفنية و العقود الواردة على أعمال هندسية ، و

---

[58]- نصيرة بوجمعة السعدي، المرجع السابق ،ص 72.

[59]_ نصيرة بوجمعة السعدي ،المرجع السابق، ص 73.

عقود المساعدة الفنية في المجال الصناعي و مجال الإعداد ، أو المساعدة الفنية ففي اطار البحث و التطوير ، تلك العقود الأخيرة ، تدرج في قالب عام هو المعروف بعقود نقل التكنولوجيا[60] .

ب-**الطرق التعاقدية الجديدة لنقل التكنولوجيا**

ان مفهوم عقد نقل التكنولوجيا قد وسع بطريقة ملحوظة فمن الناحية العملية فان الانتقال من مرحلة اكتساب التكنولوجيا عن طريق عمليات مستقلة إلى اكتساب التكنولوجيا المدرجة في التصرف الخاص للاستثمار ،سوف يتم في مرحلتين متميزتين:

- في **المرحلة الأولى** : تعقد مسؤولية مورد التكنولوجيا على اقامة مجمع جاهز للتشغيل مصالح لتحقيق نتائج "عقد تسليم المفتاح
- في **المرحلة الثانية :** تمد الالتزامات المنبثقة من عقد تسليم المفتاح ، مع الإبقاء على مسؤولية مورد التكنولوجيا ، خلال الفترة اللازمة للسيطرة الصناعية المستقلة لمنشاة ، بواسطة المستخدمين المحليين . وهذه العملية تترجم من خلال عقد تسليم الوحدة المنتج في اليد ، ومن هذه العملية فان رأس المال التكنولوجي بوصفه عاملا للتنمية ، يتحقق من خلال الاستثمار الصناعي [61].

ج- صيغ الطرق التعاقدية الجديدة لنقل التكنولوجيا

إن تطويع بيع المجمعات الصناعية ، باعتباره وسيلة لاكتساب للسيطرة على التكنولوجيا يعد نتيجة للتصور الذي يأخذ بعين الاعتبار عدم ملائمة الصيغ المستخدمة خلال الستينات و على وجه الخصوص الشكلين المعروفين حتى ذالك الحين من اجل نقل التكنولوجيا .

- فقد اتجه حق الملكية الصناعية إلى حماية التكنولوجيا ، واتضح عدم ملائمة هذا الحق ، لحكم العلاقات بين المتعاملين المختلفين في المستوى التكنولوجي.

-أما بالنسبة للاستثمار المباشر ، فان طبيعة دور الشركات المتعددة الجنسيات تحول دون انتشار الفنون . في ضل هذا النظام لا تنقل الشركة الأم إلى فروعها إلا ما يعد ضروري بصفة قصوى لنشاطها الذي اسند اليها .

---

[60]_ نصيرة بوجمعة السعدي ،المرجع السابق ،ص 74

[61]_ المرجع نفسه ، ص 75

أولا : صيغة عقود تسليم المفتاح

هي تسمية مأخوذة من صناعة المباني ابتداء من تصميمها و انتهاء ببنائها وانتقلت هذه الصيغة إلى الدول الصناعية ، ويستجيب اكتساب المجمعات الصناعية بواسطة عقد تسليم المفتاح ، للحاجة في تلقي تكنولوجيا اكثر تقدما من التكنولوجيا المتاحة محليا في فرع أو آخر من فروع الصناعة ، والواقع إن عقد تسليم المفتاح يعد تاما لا سيما أذا ما تعلق الآمر بمشروعين ينتميان إلى أوساط صناعية متماثلة . وعلى النقيض من ذلك فعقود تسليم المفتاح المبرمة مع الدول المتخلفة صناعيا ، و لعدم وجود خبرة في الاستغلال و الكفاءات لهذه الدول من شأنه أن يضعف مسؤولية المنشاة.

ثانيا : صيغة عقود تسليم الوحدة مع المنتج في اليد

هو امتداد لعقد تسليم المفتاح ومن اهم خصائصه تأجيل التسليم النهائي للمنشاة ، إلى موعد تكون فيه المشروعات التابعة للدول المتخلفة صناعيا قادرة بنفسها على تحقيق الاستغلال لمجمع صناعي ولا تنقضي العقود إلا بالتسليم النهائي حيث يتحقق من خلاله أن التجهيزات تعمل بواسطة المستخدمين المحليين ، وذالك وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد ، ومنه فان المكتسب يسعى للحصول على الضمان الكافي لان المورد سيضمن التزاماته حتى اللحظة التي يكون فيها المكتسب قادرا بنفسه على توجيه المنشاة الصناعية ويعتبر هذا العقد وسيلة للحصول على مقدار من التنمية [62].

المبحث الثالث

الخصوصية المستمدة من الشروط المدرجة في العقد

---

[62]_ نصيرة بوجمعة السعدي، المرجع السابق،، ص 76

تتميز عقود الاستثمار و التي تكون الدولة طرفا فيها عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية باحتوائها العديد من الشروط غير المعتاد توافرها في هذه الأخيرة ، و من أبرز هذه الشروط التي ينص عليها في عقود الاستثمار على نحو مألوف و مستمر : شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي.

المطلب الأول

شـــــرط التحكيـــــــم

يتميز اتفاق التحكيم الدولي باعتباره تصرفا قانونيا بأنه يجمع بين وصف كل من الالتزام المنجز و الالتزام المعلق، فهو التزام منجز إذا تم الاتفاق عليه بعد نشوء النزاع (مشارطة) حيث يتم تنفيذ الاتفاق مباشرة باتخاذ إجراءات التحكيم.

وهو التزام معلق إذا تم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع (شرط التحكيم) وفي هذه الأخيرة يكون الالتزام معلقا على شرط واقف « suspensive condition » هو حصول النزاع وهو أمر قد يقع وقد لا يقع.[63]

أولا- شرط التحكيم وأنواعه

« Clause compromissoire » ويقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة أو بعبارة أخرى يرد ضمن نصوص عقد معين ، وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم.[64]

ويتنوع شرط التحكيم بحسب مجال ما يتناوله التحكيم في العقد وكذلك من حيث تنظيمه للتحكيم عند وقوع نزاع مسبق بين أطراف العقد الأصلي :

أ. شرط التحكيم من حيث المجال

وينقسم إلى شرط تحكيم عام وشرط تحكيم خاص.

---

[63]- نصيرة بوجمعة سعدي ، المرجع السابق ، ص 395.

[64]- خالد محمد القاضي ، المرجع السابق ، ص 164.

1. شرط التحكيم العام

هو النص الذي بموجبه تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة أي نزاع يتعلق بأية نقطة في العقد الأصلي إلى التحكيم دون استثناء ، أو بعبارة أخرى هي أن كل الخلافات الناجمة عن العقد و التي قد تثور مستقبلا يكون التحكيم هو المختص بنظرها و الفصل فيها ، كأن ينص في العقد على ما يلي :" أي خلاف يقع بين طرفي هذا العقد و الذي ينشأ عن هذا العقد أو ما يتعلق به يحال إلى التحكيم للفض فيه.[65]

2. شرط التحكيم الخاص

هو النص الوارد بالعقد الأصلي والذي تلتزم بموجبه الأطراف بإحالة أية خلافات تثور مستقبلا إلى التحكيم بشأن مسألة معينة أو مسائل محددة على سبيل الحصر.[66]

ب. شروط التحكم من حيث تنظيمه لعملية التحكيم

و ينقسم إلى تحكيم تحضيري و تحكيم منظم

1. شرط التحكيم التحضيري (التعهد التحضيري)

هو أن ينص شرط التحكيم بإحالة ما قد يثور من منازعات مستقبلا بشأن العقد الأصلي إلى التحكم دون تنظيم أو ترتيب ، و هذا ما يعني أنه بمجرد وقوع النزاع لابد من اتفاق ثاني بين الأطراف لوضع اتفاق تحكيم خاص . أو بعبارة أخرى أن بمجرد وقوع النزاع لابد من تنظيم للتحكم المتفق عليه في العقد .

2. شرط التحكيم المنظم (التعهد المنظم)

يعني أن شرط التحكيم لا ينص فقط على مجرد اللجوء إلى التحكيم عندما يثور النزاع مستقبلا ، بل يتضمن شرط التحكيم أيضا نصوصا منظمة للتحكيم بشأن تشكيل المحكمة و عدد المحكمين و العدد الذي يقوم كل طرف بتعيينه و كيفية اختيار رئيس المحكمة و جنسية المحكمين و مكان التحكيم و لغته وما إلى ذلك من تفاصيل و إجراءات

ثانيا : اتفاق التحكيم

---

[65]- خالد محمد القاضي ، المرجع السابق ، ص 171.

[66]- المرجع نفسه ، ص 172.

هو اتفاق طرفين أو أكثر على تسوية نزاع نشأ بينهم بالفعل و ذلك عن طريق التحكيم.

ويختلف الاتفاق بهذا المعنى عن شرط التحكيم، فإذا كان الأخير يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع و يأتي في الغالب كبند من بنود العقد، فان اتفاق التحكيم يتم الاتفاق عليه بعد نشوء النزاع و اتفاق لاحق و مستقل عن العقد الأصلي، ولا يتم اللجوء إلى اتفاق التحكيم إلا إذا خلا العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف من شرط التحكيم ، فإذا وجد الأخير فانه يغني عن ذلك الإتفاق.[67]

كما أن الاتفاق يتضمن الموضوعات التي تطرح على التحكيم بشكل دقيق وتفصيلي ، وبعبارة أخرى فان اتفاق التحكيم يواجه نزاعا حالا قائما موجودا عكس الشرط الذي يواجه نزاعا محتملا قد يثور وقد لا يثور في المستقبل.[68]

وإذا كان إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار وما يثيره من مسائل خاصة بهذه العقود عاملا من عوامل إبراز خصوصيتها فإنه ليس الشرط الوحيد الذي ينص عليه في هذه العقود ويؤدي استظهاره إلى تأكيد خصوصية هذه العقود، إذ أنه إلى جانب هذا الشرط المنصب على تحديد الاختصاص القضائي بنظر المنازعات المتولدة عن عقود الاستثمار، فإن هذه الأخيرة تتضمن شرطا آخر يميزها عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية وتتعلق بتحديد الاختصاص التشريعي ونقصد به شرط الثبات وعدم المساس بالعقد ، وتلك هي المسألة التي سنعرض لها الآن.

المطلب الثاني

شرط الثبات التشريعي

يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلى تفادي اختيار قانونها الوطني كقانون حاكم للعقد ، وذلك درء للمخاطر الناجمة عن هذا الاختيار و التي تتمثل في ضرورة خضوع العقد لكافة التعديلات و

---

[67]- أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 37.

[68]- خليل بوصنوبرة ، طرق الطعن في أحكام التحكيم في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ،2009 ، جامعة قسنطينة ، ص37.

التغييرات التي قد تلحق بهذا القانون ، لاسيما تلك التي تعمد الدولة إلى إجرائها للإخلال بالتوازن التعاقدي بينها و بين الطرف الأجنبي و أيضا لتفادي إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة[69].

ونظرا لفشل المستثمر الأجنبي في الكثير من الحالات في إقناع الدولة المتعاقدة معه على اللجوء إلى التحكيم أو اختيار قانون آخر غير قانونها الوطني أو خضوع العقد لقانون وطني آخر لدولة أخرى ، فلم يكن للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة من حل سوى محاولة تحجيم دور القانون الوطني للدولة على اعتباره قانونا حاكما للعقد ، وذلك بتأكيد عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة في قانونها الوطني على العقد بحيث ينص صراحة في العقد على أن القانون الذي يسري على العقد هو قانون الدولة المتعاقدة بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أية تعديلات لاحقة تطرأ على القانون.

ويستهدف شرط الثبات التشريعي بالدرجة الأولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت ، من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه ، وتعهدها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي.[70]

فعلى الرغم من أن الدولة مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها و التي تمكنها من ـ بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد ـ خلق قوانين و إعمالها على العقد المبرم.[71]

فعدم المساواة بين الأطراف في عقود الاستثمار و تمتع أحد هذه الأطراف و هو الدولة بالقدرة على التشريع و خلق القواعد القانونية ، يدفع الطرف الخاص المتعاقد معها إلى الحيلولة بين الدولة و بين استخدامها الميزة التي تتمتع بها بوصفات سلطة تشريعية قادرة على خلق القانون و إعماله على العقد المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي.[72]

---

[69]ـ حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 320.

[70]ـ المرجع نفسه، ص 324.

[71]ـ حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001 ، ص 6.

[72]ـ حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب ، مرجع سابق ، ص 325.

و عليه فان شرط الثبات التشريعي يهدف لإخضاع العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي إلى قانون ثابت ومحدد و معروف لدى الأطراف منذ لحظة إبرامه حتى انقضائه.[73]

و لتحقيق تلك الغاية فان الأطراف المتعاقد تلجأ إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو من شأنه إما تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد – سواء تم إدماجه في العقد أم لا – و إما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون واجب التطبيق على العقد.[74]

ويرى جانب من الفقه أن شرط الثبات التشريعي كمثل شرط التحكيم يجبر الدولة على التنازل عن سلطتها العامة ، حيث نجد تصارعا بين مبدأ " قدسية العقود"[(*)] و عدم المساس به مع فكرة "سيادة الدولة" و حقها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها و بين الأشخاص الأخرى إذا اقتضى الصالح العام ذلك التعديل ، و عليه فان قبول الدولة التعاقد مع المستثمر الأجنبي يفيد وفقا لهذا النظر تنازلها عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة فتكون الغلبة لمبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة بين أطرافها.[75]

و لابد من الإشارة في الأخير إلى أن عقود الاستثمار تعتبر من العقود طويلة المدة ، التي يستغرق تنفيذها سنوات عدة ، فهي تستعصي في أغلب الأحوال على إعمال أية قواعد تؤدي إلى عدم تغييرها و التبديل بطبيعتها ، و نظرا لطابع عدم الثبات الذي يميز هذه العقود فان جانبا لا يستهان به من الفقهاء يوجب أن تتضمن هذه العقود شروط تدعو أطرافها إلى مراجعتها و مواءمتها تحسبا لتغير الظروف.[76]

---

[73]- المرجع نفسه ، ص 328.

[74]- المرجع نفسه ، ص 331.

*. قدسية العقد : يعتبر العقد بمقتضاه نظام ثابتا يحدد حقوق الأطراف والتزاماتهم على نحو نهائي وفاصل لا يقبل أي تعديل أو تغيير طوال مدة سريانه.

[75]- حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب ، مرجع سابق ، ص 345.

[76]- المرجع نفسه ، ص 358.

تمهيد

زاد اهتمام الدول بالتحكيم ي منذ أواخر القرن التاسع عشر وخلال القرن العشرين تم توقيع العديد من الاتفاقيات و البروتوكولات الخاصة بتنظيم التحكيم الدولي بصفة عامة،غير ان أهم اتفاقية نظمت التحكيم كآلية لتسوية أللمنازعات المتعلقة بالاستثمارات ،كانت اتفاقية واشنطن التي أبرمت سنة 1965 ومثيلتها بالنسبة للدول العربية {اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى}.

كما أنشأت مراكز التحكيم الدولية في الدول الكبرى مثل مركز إكسيد الذي سنتناوله في هذا الفصل بالإضافة إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي .

و قد ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث فنتعرض في الأول إلى دور الاتفاقيات الدولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار على المستوى الدولي و الإقليمي ،و في المبحث الثاني تعرضنا إلى دورا لمراكز الدولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار وفي المبحث الأخير الى نماذج تطبيقية من قضايا التحكيم في منازعات عقود الاستثمار .

المبحث الأول

دور الاتفاقيات الدولية في تسوية منازعات الاستثمار

تعد الاتفاقيات الدولية من اهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص ومن بينها و بطبيعة الحال القواعد التي تتضمن تنظيما مباشر لبعض العقود الدولة ، ونخص بالذكر عقد الاستثمار الامر الذي يؤدي بنا الى التعرض بالتفصيل لاتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول و مواطني الدولة الاخرى التي تمخضت عن المركز الدولي لتسوية المنازعات { ICSID }على اعتبار ان هذه الاتفاقيات تشكل ابرز الاتفاقيات الدولية في هذا المجال ،كما ساهمت بشكل ملحوظ في دعم ثقة المستثمر مما ادى الى تدفق رؤوس الاموال للدول التي هي في حاجة اليها وسنتعرض ايضا الى لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية و المواطنين العرب التي تعتبر نموذج معرب لاتفاقية واشنطن مع بعض الاختلافات.

المطلب الاول

اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين

الدول و مواطني الدول الاخرى لعام 1965

تولى البنك الدولي للإنشاء و التعمير إعداد هذه الاتفاقية سنة 1965 وذلك بهدف تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي مما يؤدي الى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية. [77]

عرض مشروع الاتفاقية خلال الاجتماع السنوي لمجلس المحافظين الذي عقد في 1962 على المحافظين و طلب مدير البنك انذاك منهم اصدار قرار يخول للمديرين التنفيذين

دراسة امكانية انشاء جهاز لتسوية منازعات الاستثمار الدولية تحت رعاية البنك الدولي.[78]

---

[77] - خالد محمد القاضي المرجع السابق، ص 137.

[78] - خالد محمد القاضي المرجع السابق، ص 137 .

وعلى ضوء الدراسات المكثفة التي شارك فيها رئيس البنك ومجلس المحافظين و المديرون التنفيذيون و المستشار العام و حكومات الدول الاعضاء وكذلك العديد من الاجتماعات الاستشارية على المستوى الاقليمي في جهات مختلفة من العالم ساهمت فيها على الصعيد الاداري اللجان الاقتصادية للأمم المتحدة و المقر الاوروبي للأمم المتحدة تم التوصل الى صيغة مقبولة لاتفاقية دولية متعددة الاطراف تنشئ مركز للتحكيم في المنازعات بين الدول المتعاقدة بحيث تراعي في صيغتها الموازنة الدقيقة بين مصالح الدول و المستثمرين الاجانب و قد توجت هذه المجهودات في 1965/03/18 بوضع مشروع اتفاقية متعددة الاطراف اطلق عليها اسم < اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الاخرى > والتي دخلت حيز التنفيذ اعتبار من 14 اكتوبر 1966 وفي الواقع ان هذه الاتفاقية كانت تهدف البعث الثقة و الطمأنينة في نفوس اصحاب رؤوس الاموال في الدول المتقدمة والذين يسعون دائما الى حماية اموالهم و استثماراتهم من اجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم. [79]

قسمت الاتفاقية الى عشر ابواب حيث افرد الباب الاول للأحكام الخاصة بالمركز {إنشاؤه – هيكله – مجلس الادارة – قائمة المحكمين – مصادر تمويل المركز-نظامه الاساسي و ما يتمتع به من امتيازات و حصانات}

ام الباب الثاني فهو للحديث عن اختصاصات المركز و الهدف من انشائه و الباب الثالث خصص للحديث عن طلبات التحكيم و تشكيل لجنة التحكيم و اجراءاته،ام الباب الرابع للاتفاقيات فقد جاء ليلقي الضوء على التحكيم وكيفية تحرير طلبات التحكيم و تشكيل محكمة التحكيم و ما تتمتع به المحكمة من سلطات و وظائف ،كما تتحدث هذه الاتفاقية في هذا الباب ايضا عن الحكم وكيفية صدوره وتفسيره و إعادة النظر فيه و طلب إبطاله و الاعتراف به و تنفيذه اما الباب الخامس فقد جاءت احكامه لتنظيم مسالة تغيلر و تنحية اعضاء لجان التحكيم و المحكمين ووردت مصاريف الاجراءات و الرسوم التي يدفعها

---

[79]– خالد محمد القاضي المرجع السابق ، ص170.

الطرفان و في الباب السادس و السابع و الثامن و التاسع جاء فيه الحديث عن مكان اجراء التحكيم و المنازعات بين الدول المتعاقدة و تعديل الاتفاقية للتختتم الاتفاقية بباب عاشر وردت فيه احكام نهائية. [80]

لقد لاقت هذه الاتفاقية اقبالا منقطع النظير في دول العالم فقد انظمت اليها منذ البداية 18 دولة اوروبية و 34 دولة افريقية و 11 دولة اسيوية و 4 دول امريكية من بينها الولايات المتحدة الامريكية و بقية بعيدة عنها الدول الاشتراكية بإستثناء رومانيا ومعظم دول امريكا اللاتينية و استراليا وكندا و الهند و نيوزيلاندا و ماتزال الدول المنظمة الى هذه الاتفاقية تتكاثر سنة بعد سنة و اهم ما حققته الاتفاقية هو ادخال نظام التحكيم بين الدول المضيفة و المستثمر الاجنبي اي بين شخص من الفانون العام و شخص من القانون الخاص في التشريعات الداخلية للدول الموقعة عليها ثم لم تعد جزء من التشريع الداخلي فحسب بل لها الأولوية كاتفاقية دولية على التشريعات الداخلية.

كانت الدول العربية قد اقبلت على الانضمام الى اتفاقية واشنطن في وقت مبكر و اول هذه الدول المنضمة سوريا و تونس 1966 ثم المغرب 1967 و الصومال 1968 الاردن ومصر 1972 ثم السودان 1973 البحرين 1976 الكويت 1979 فالإمارات 1982 لبنان 1983 ثم سلطنة عمان 1995.

أما الجزائر فقد وقعت على الاتفاقية في تاريخ 17 أفريل 1995 وتم ايداعها بالأمانة و بتاريخ 21 فيفري 1995 ودخلت حيز التنفيذ في 22 مارس 1996 .[81]

المطلب الثاني

اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار

---

[80] – WWW.ICSID.COM

[81]- انظر الملحق رقم 2: انضمت الجزائر للاتفاقية في 1995/04/17 ودخلت حيز التنفيذ في 1996/03/22 .

بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني الدول العربية الاخرى

عندما وقعت ازمت النفط في سنة 1973 و ارتفعت اسعاره خطرت للدول العربية المستثمرة فكرة تعريب اتفاقية واشنطن وذلك بالانتقال من اتفاقية ذات اطار دولي الى اتفاقية ذات اطار اقليمي و قد وقع الاتفاق حول فض النزاعات المتعلقة بالاستثمارات في 10جوان 1974 من طرف كل من الاردن – السودان –سوريا – العراق –الكويت – مصر –اليمن وقد انضمت اليه ليبيا ودولة الامارات العربية صادق عليه مجلس الوحدة الاقتصادية [82]في اجتماعه المنعقد في ديسمبر 1974 ودخل حيز التنفيذ في 1976/08/20.

فالاتفاق على حل النزاع بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني البلاد العربية الاخرى في واقع الامر تطبيق لاتفاقي واشنطن ولمتطلبات الوطن العربي في شتى ميادينه.

وتلتقي الاتفاقيتان في نقاط عديدة ولا تختلفان إلا نادر أو على نقاط محددة وسنبرز هذه الاسس التي تقوم عليها الاتفاقيتان مبينين ما يجمع و ما يفرق بينها من نقاط.

1- يقتضي أن يكون التحكيم مختلطا

تنص الاتفاقيتان على ان يكون التحكيم يجب ان يكون مختلطا بمعنى ان يكون شخص تابع للقانون العام من جهة و شخص تابع للقانون الخاص من جهة اخرى وعليه لا يمكن اللجوء بين دولتين أو بين شخصين .

اما نقطة الاختلاف في هذا العنصر تكمن ف بان التحكيم في الاتفاقية العربية يقتضى ان يكون بين عربيين ولم يفتح المجال الا للنزاعات العربية.

<u>-2- المستثمر</u>

---

[82]- اتفاق الوحدة الاقتصادية بين الدول الاعضاء في جامعة الدول العربية وقع في 1962/06/06بين اربع دول عربية اعضاء في الجامعة العربية ثم انضمت اليه عشر دول اعضاء و مجلس الوحدة الاقتصادية هو الجهاز التنفيذي فيه وقد بدأ اعماله سنة 1964.

ان الاتفاقيتان تفرضان علي المستثمر ان يكون من رعايا دولة منتمية الى الاتفاقية غير الدولة التي تكون فريقا في النزاع وذلك لتجنب تحكيم مابين الدولة او احد رعاياها.

-3- اسنفاذ طرق المراجعة

في اتفاقية واشنطن نصت المادة 26 على انه < موافقة الطرفين على التحكيم وفقا لهذه الاتفاقية تعني اتفاقهما على استبعاد سائر سبل حل النزاع الاخرى الا اذا نص على غير ذلك ويجوز للدولة المتعاقدة ان تطلب استنفاذ سبل حل النزاع المحلية الادارية او القضائية كشرط لموافقتها على التحكيم طبقا لهذه الاتفاقية> [83] الامر الذي يعني انه يمكن للدولة المتعاقدة ان تربط موافقتها على التحكيم بشرط ان تكون جميع وسائل المراجعة المحددة في تشريعها الداخلي قد استنفذت ويمكن لهذا الشرط ان يتخذ اشكالا مختلفة .

اما بالنسبة للاتفاقية العربية فقد وجدت نفس القاعدة دون الاشارة الى اي استثناء يعطي للدول المتعاقدة الحق في تعليق قبولها للتحكيم بإلزامية ان تكون جميع وسائل المراجعة الداخلية قد استنفذت الامر الذي يعني ان التحكيم في المنازعات المتعلقة بالاستثمار والقائمة بين دولة عربية و اخرى هو الوسيلة الوحيدة من وسائل فض النزاعات التي يمكن تطبيقها و هذا ما اكدته المادة 2 من الاتفاقية التي نصت على : <إن الاتفاق يهدف الى حل كل نزاع قانوني ينتج مباشرة عن الاستثمار>

المبحث الثاني

دور المراكز الدولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار

---

[83]- المادة 26 من اتفاقية واشنطن الملحق رقم 1.

تقبل الدولة على التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار على اقليمها وهو الامر الذي دفع بالكثير من الدول الى ان تضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم الامر الذي يؤد بالضرورة الي تزايد عدد مراكز التحكيم المكلفة بفض نزاعات الاستثمار وسنتعرض في هذا المبحث الى اهم المراكز

المطلب الأول

مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي

بواشنطن (اكسيد)ICSID

المادة الأولى من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 تنص على أنه :

1- ينشأ بموجب هذه الاتفاقية مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار

2- يكون الغرض من المركز تهيئة الوسائل لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة عن طريق التوفيق والتحكيم وفقا لأحكام هذه الاتفاقية .

ونصت المادة 25 منها على اختصاص المركز بقولها(يمتد اختصاص المركز الي اي نزاع قانوني ينشأ مباشرة على احد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين احد مواطني دولة اخرى متعاقدة ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز .....).

انشئ مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي بموجب اتفاقية واشنطن عام 1965 في وقت كانت فيه قضية التنمية للعالم الثالث في حاجة ماسة الى الاستثمارات الاجنبية وقد وقع عليها 154 دولة اودعت 140 منها وثائق تصديقها حتى نهاية نوفمبر 2003 .[84]

الفرع الاول: شروط اختصاص المركز بنظر منازعات الاستثمار

[84]- جلال وفاء محمدين التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 1995 ص17.

بمقتضى نص المادة 25 من الاتفاقية الخاصة بفض منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة وبين مواطني إحدى الدول المتعاقدة الاخرى يشترط لانعقاد اختصاص المركز ثلاث شروط حيث يتعين ان يكون احد اطراف دولة متعاقدة وان يكون الطرف الاخر مواطن من دولة اخرى معاقدة كما يجب ان يكون الرضاء بالتقديم الى تحكيم المركز من كلا الطرفين و اخيرا يتعين ان تكون المنازعة قانونية و متعلقة بالاستثمار.

الشرط الاول:ان يكون احد الاطراف دولة متعاقدة وان يكون الطرف الاخر مواطن من دولة متعاقدة اخرى: حددت الاتفاقية نطاق تطبيقها بسريانها على الدولة المتعاقدة و مؤسساتها او فروعها و مواطني الدولة المتعاقدة الاخرى فلا تسري هذه المعاهدة اذا كان الطرفان من الافراد الخاصة كما لا يمتد نطاقها الى المنازعات التي تحدث بين الدول بعضها مع البعض الاخر و الواقع ان السبب في اخراج المنازعات بين الافراد بعضهم و البعض الاخر يمكن ان تحل من خلال النظم التحكيمية الوطنية او الخاصة اما المنازعات بين الدول فهي تخضع للقانون الدولي العام .[85]

الشرط الثاني: الرضا : يعتبر الرضا او قبول التحكيم لدى المركز العمود الفقري لاختصاصه ذلك انه لا يمكن بحال من الأحوال العدول عن الرضا بقبول التحكيم تحت مظلة المركز فبمجرد صدور الرضا لا يمكن لأي طرف التراجع عن التقديم للتحكيم امام المركز حتى ولو كان احد الأطراف المتنازعة قد انسحب من الاتفاقية نفسها كما ان الرضا او قبول التحكيم لدى المركز يحرم الاطراف من تقديم منازعتهم امام اي جهة أخرى فعلى سبيل المثال تحرم الدولة المتعاقدة التي يتبعها المستثمر الاجنبي من تقديم أى حماية دبلوماسية له و كذلك تحرم من تقديم اي طلب للدفاع عن المستثمر المنتمي إليها ويمكن ان يصدر الرضا بإختصاص المركز قبل او بعد نشأة النزاع على انه يجب في جميع الاحوال ان يكون الرضا موجودا حين تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز و بعبارة اخرى يجب ان يتقدم الرضا على تقديم الطلب للتحكيم

ويتعين ان يكون الرضا بالتحكيم لدى المركز كتابة وقد تأخذ الكتابة اشكالا عدة فيمكن للأطراف إختيار احد شروط التحكيم النموذجية التي تم أعداها بواسطة المركز سلفا و ان كان لا يوجد اي إلتزام على

---

[85]– المرجع نفسه، ص18.

الاطراف بضرورة استعمال هذه الشروط كما يجوز للأطراف التعبير عن رضاهم في شرط تحكيمي يتضمنه عقد الاستثمار وأخيرا يمكن للمستثمر ان يعلن عن رضائه بالتحكيم في ظل المركز ان قبلته الدولة الطرف في العقد فيما بعد. [86]

الشرط الثالث : ان تكون المنازعة قانونية وناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار

فلابد وان تكون المنازعة متصلة او متعلقة بحق او إلتزام قانوني كما يجب ان تكون ناشئة بطريقة مباشرة عن عقد إستثمار[87] ولقد تركة الاتفاقية للأطراف سلطة تقديرية واسعة في تقرير ما اذا كانت معاملة ما او صفقة ما تعتبر إستثمار. [88]

غير ذلك ان هذه السلطة التقديرية الممنوحة للأطراف ليست مطلقة ذلك ان محكمة التحكيم في ظل المركز يمكن ان تحكم بإن صفقة معينة لا تشكل إستثمار وذلك إذا كان إعتبارها كذلك يمثل خروجا عن روح الاتفاقية .

يبلغ عدد القضايا التي سجلت امام المركز منذ بدأ نشاطه حتى سنة 2004 اكثر من 100 قضية معظمها حسمت عن طريق التحكيم .

وإذا كان المركز على هذا القدر من الاهمية في مجال التحكيم في منازعات الاستثمار فإنه قد اصبح ساحة من الساحات التي تشعر فيها دول العالم الثالث بالغبن و الاحباط خاصة بعد هن كرس المركز ومن خلال التحكميات المختلفة التي جرت في إطاره عددا من القواعد التي تجعل اختصاصه ملزما.

---

[86]- بل ان الدولة المتعاقدة و الطرف في التحكيم يمكن ان تعلن عن قبولها للتحكيم تحت مظلة المركز في معاهدة ثنائية مع دولة اخرى ينتمي إليها المستثمر الاجنبي او يوضع نص بذلك في قوانينها الخاصة باستقدام الاستثمارات الاجنبية.

[87]- انظر المادة 25 فقرة 1 من الاتفاقية المنشئة للمركز

[88]- ذلك ان الاتفاقية نفسها لم تعرف المقصود بالاستثمار ولهذا فإن اطراف المنازعة هم الذين يحددون وقت رضائهم بالتحكيم تحت مظلة المركز ما اذا كان موضوع عقدهم يمثل استثمارا.

ومن خلال سجل القضايا التي عرضت على المركز نجد 12 دولة من إفريقيا منها 5 دول عربية و 5 دول آسيوية بالإضافة الى نيوزلندا اما امريكا اللاتينية فكان منها 8 دول و 6 دول من اوروبا فظلا عن مرتين لأمريكا .[89]

والواقع ان جميع الدعاوى قد رفعت عن المستثمر الأجنبي ضد الدول المضيفة للاستثمار وهي في معظمها دول نامية حتى انه يمكن الإشارة الى حالات معدودة ضد دول متقدمة منها دعوى ضد آيسلاندا عام 1983 و أخرى ضد نيوزلندا عام 1987 و حالة ثالثة ضد الولايات المتحدة الأمريكية عام 1999 (مرتين) و رابعة ضد اسبانيا .

وقد لوحظ ان المستثمر الاجنبي بدأ يهتم بشكل كبير بإستغلال الثغرات القانونية في الدول النامية حتى يخلق نزاعا يؤدي الى دفع الدول النامية الى ساحات التحكيم الدولي فيحصل على تعويضات اكثر ربحية بكثير من عمليات الاستثمار من الناحية الفنية و اذا كانت الاغلبية الساحقة من الدعاوى قد رفعت من المستثمر الاجنبي ضد الحكومات المضيفة للاستثمار فإن معظم الدعاوى التي صدرت فيها احكام ضد هذه الدول الا حالة واحدة *

يلاحظ ان اعضاء هيئة التحكيم في ICSID كانوا في اغلبيتهم الساحقة من دول اوروبا والولايات المتحدة اما المحكمون من العالم الثالث فيعدون على اصابع اليد الواحدة[90].

---

[89] – عبد الله الأشعل ،المرجع السابق ،ص 107.

* – وهى دعوى رفعتها حكومة إكوداور ضد شركة بترول في نزاع حول عقد للكشف و الاستغلال لابار البترول وصدر الحكم فيها في 2004/02/20 لصالح حكومة اكوادور .

[90]- عبد الله الاشعل ،المرجع السابق ،ص 109.

اما العالم العربي فقد كان له نصيب الاسد من الدعاوى امام محاكم ICSID حيث مثلت مصر ثلاث مرات[91] تونس 1976 [92] و المغرب مرتان 1972و 2000 [93] و الامارات العربية 2001[94] وأخيرا أعلنت "ويذر إنفيستمنتس 2"،عن رفعها دعوى للتحكيم الدولي بقيمة 5 مليارات دولار أمريكي ضد جمهورية الجزائر،كتعويض عن الأضرار في حصة (ويذر انفيستمنتس) في أوراسكوم تليكوم الجزائرية المعروفة باسم (جازي)، وقد تم تسجيل الدعوى لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وأشارت (ويذر انفيستمنتس) - فى بيان لها- إلى أن الادعاء ناتج عن إخلال الجزائر في مناسبات عديدة بالتزاماتها القانونية الدولية تجاهها، وذلك بموجب معاهدة الاستثمار بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي لبلجيكا – لوكسمبورغ .

وقال نجيب ساويرس رئيس مجلس إدارة الشركة: "فازت (أوراسكوم تليكوم القابضة) في العام 2001 بمناقصة تنافسية لبناء البنية التحتية للاتصالات بالجزائر، واستثمرت الشركة لهذا الغرض 3 مليارات دولار، مما خلق 4 آلاف فرصة عمل جديدة، إضافة إلى ارتفاع مستوى استخدام الهاتف المتحرك بنسبة بلغت 52% في غضون 7 سنوات فقط و أضاف "التزمت الحكومة الجزائرية باتخاذ عدد من إجراءات الحماية، بما في ذلك وعدها لنا بالامتناع عن التدخل التعسفي في عملياتنا، ولكننا شهدنا منذ 2008 اتباع الحكومة الجزائرية حملة للتدخل والمضايقة والتي كلفت الشركة ما يزيد على 5 مليارات دولار، وهو الأمر الذي انعكس بشكل سلبي على عمليات الشركة وجميع المستثمرين الأجانب في الجزائر.

وأوضح أن إخلالات الجزائر الأخرى للمعاهدة، شملت أيضا فرض ضرائب غير مبررة تبلغ قيمتها أكثر من 950 مليون دولار على (جازي) ، ووقف مدفوعات أرباحها إلى مساهميها الأجانب ، وعدم حماية الشركة خلال أعمال شغب خاصة بكرة القدم في نوفمبر 2009، وفرض تعليمات من قبل بنك الجزائر في 15 أبريل 2010 (الذي لا يزال ساري المفعول حتى اليوم)، والذي تم فيه تقييد جميع البنوك الجزائرية عن القيام بأية معاملات مصرفية دولية نيابة عن "جازي " وردًا على ذلك أعلن وزير

---

[91] -قضية هضبة الهرم و سنتعرض لها في المبحث القادم.

[92]- كان النزاع يتعلق ببناء مشروعات سياحية وتم تسويتها و ديا في 1988/11/01.

[93]- رفعت عليها شركة HOLIDAY INNS المبحث القادم.

[94]- تتعلق بعقد بناء مسجد ولكن الدعوى توقفت بناء على طلب المدعى في 2001/08/07.

المالية الجزائري كريم جودي أن قرار الرئيس السابق لأوراسكوم تيليكوم الجزائر نجيب ساويرس باللجوء الى التحكيم الدولي للمطالبة بخمسة مليارات دولار من الجزائر في شكل تعويض عن الضرر تعود إلى عام مضى .وقال كريم جودي فى تصريح له نقلته جميع وسائل الأعلام الجزائرية الحكومية مساء اليوم، الاثنين، "ليس لدي أي تعليق حول هذه القضية التي ليست بمثابة معلومة جديدة بما أنها تعود إلى سنة تقريبا، وفي المجال التجاري وعندما لا يكون هناك اتفاق حول قرار فإنه بإمكان رجال الأعمال المطالبة بالتحكيم .

وبخصوص المفاوضات الجارية بين الجزائر وفيمبيلكوم الروسية حول تقييم و شراء نسبة 51% من أوراسكوم تيليكوم الجزائر المعروفة تجاريا باسم "جازى" من طرف الجزائر، قال كريم جودي أن المفاوضات جارية وتجدر الإشارة إلى أنه في سنة 2011 تنازل نجيب ساوريس عن نسبة 51.7% من مساهمته في أوراسكوم تيليكوم لشركة فيمبيلكوم الروسية .

المطلب الثاني:

غرفة التجارة الدولية في باريس

كان لغرفة التجارة الدولية في باريس السبق في انشاء مركز دولي للتحكيم يتمتع بالسمعة العالمية في حل النزاعات التجارية الدولية و كذلك منذ إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة عام 1923 و منذ لك الحين ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الاطراف المتنازعة ذات العلاقات الدولية [95]

ونتج عن طول خبرة الغرفة في قضايا التحكيم ان انشأت نظاما موحدا و قضايا محددة للتحكيم ترشد بها الاطراف الذين يرغبون في اللجوء الى التحكيم عن طريق الغرفة كما وضعت العديد من القواعد و الأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها في صياغة عقودهم واهم هذه القواعد :

1- اوصت غرفة التجارة الدولية الاطراف الذين يرغبون في اللجوء اليها للتحكيم في المنازعات التي تنشب في العقود الدولية التي تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي ((جميع الخلافات التي تنشا عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم او عدة احكام يتم تعينهم وفقا لهذا النظام))

2- ان تشمل عقودهم شرط التحكيم النموذجي التالي ((يسوى اي نزاع او خلاف او مطالبة تنشا عن هذا العقد او عن خرقه او انهائه او بطلانه عن طريق التحكيم وفقا لنظام لجنة القانون التجاري للتحكيم كما هو ساري حاليا تكون سلطة التعين لغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعا للإجراءات التي اعتمدتها الغرفة))[96]

3- عنيت الغرفة بأنشاء المركز الدولي للخبرة الفنية وذلك ليقدم الخبرة الفنية لاطراف العقود الدولية و ادرجت له شرطا نموذجيا ((اتفقت اطراف هذا العقد على اللجوء عند الضرورة الى المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية و الخاصة بالخبرة الفنية))

4- وضعت غرفة التجارة الدولية نظاما للتوفيق في حالة رغبة اطراف العقد في تدخل طرف ثالث محايد عند حدوث نزاع من اجل مساعدتهم للوصول الى تسوية سلمية يتمتع الاطراف بالحرية

---

[95]- خالد محمد القاضي ،المرجع السابق،ص 150.

[96]- المرجع نفسه ، ص151.

الكاملة في النظام الذي وضعته الغرفة بشان التحكيم سواء من حيث اختيار المحكمين او اختيار مكان التحكيم لغرفة التجارة الدولية في اي مكان في العالم

وبكل لغات العالم الرسمية، القواعد التي وضعتها الغرفة تضمن سلامة و سلاسة اجراءات التحكيم بهدف تحقيق الحياد والنزاهة و الكفاءة في تسوية المنازعات بين الطرفين مما جعل الكثير من الاطراف المتنازعة بشأن عقود الاستثمار تلجأ لغرفة التجارة الدولية بباريس لتسوية تلك المنازعات [97]

المبحث الثالث

نماذج تطبيقية من قضايا التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

سنرى من خلال هذا المبحث صور لقضايا واقعية طرحت امام مراكز التحكيم و اخترنا بعض اهم القضايا العربية التي شغلت فكر المحكمين و اصبحت محلا للتعليقات القانونية لفترة طويلة من الزمن

المطلب الأول :

قضية هضبة الهرم ضد مصر

- **وقائع القضية**

على اثر سياسة الانفتاح الاقتصادي التي أعلنتها مصر في منتصف السبعينيات و اصدر تشريع خاص عن الاستثمارات الاجنبية تتمثل في القانون رقم 43 لسنة 1974 رأت مصر ان تقيم مشروع سياحيا ضخما تحقق من خلاله تطوير السياحة و جذب المزيد من رؤوس الاموال الاجنبية و قد وقع الاختيار على الاهرامات بإعتبارها من المناطق السياحة لتكون مكان تنفيذ هذا المشروع. [98]

وبالفعل فقد تم الاتفاق مع احدى الشركات العالمية المتخصصة في مجال المشروعات السياحية وهي شركة جنوب الباسفيك (SPP) لتتولى إقامة هذا المشروع و قد تم في سبيل ذلك إبرام عقدين متتالين،

---

[97]- خالد محمد القاضي، المرجع السابق ،ص 154.

[98]- وكان من أبرز سمات هذا المشروع إنشاء قرية سياحية تضم بحيرات صناعية و ملاعب غولف و مدينة ملاهي.

العقد الاول حرر في 23 سبتمبر 1974 بين وزير السياحة المصري و الهيئة المصرية العامة للسياحة و الفنادق من جانب وشركةSPP من جانب اخر وقد تم الاتفاق بموجب هذا العقد على انشاء شركة مشتركة تحمل اسم الشركة المصرية للتنمية والسياحة تشارك فيها الهيئة العامة للسياحة والفنادق بنسبة 40 % وشركة SPPبنسبة 60% على ان تكون الادارة للشركة الاخيرة ولقد تعهد كل من وزير السياحة و الهيئة العامة للسياحة والفنادق بتخصيص الارض اللازمة للمشروع ونقل منفعتها للشركة المشتركة مع تسهيل الحصول على التراخيص الادارية في هذا الشأن .

ويمثل هذا العقد الاتفاق الاساسي بين الاطراف ويلاحظ انه لم يكن يضمن اي شرط للتحكيم .

العقد الثاني وحرر في 12 ديسمبر 1974 و كان بين الهيئة العامة للسياحة والفنادق و بين شركة SPP وقد تم بموجب هذا العقد الاتفاق على انشاء المشروع السياحي بمنطقة هضبة الهرم [99] و وضع كافة التفاصيل اللازمة بشأنه مع تنظيم بعض المسائل مثل الارباح والضرائب والتراخيص وما الى ذلك وقد ورد في هذا العقد شرط التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس وقد صادق عليها وزير السياحة المصري وصادق عليه بخط يده بعد توقيع الطرفين بعبارة (صدق و قبل وتأيد). [100]

وبعد انقضاء 5 شهور كاملة على ابرام هذا العقد وبالتحديد في 12 افريل 1975 قامت الهيئة العامة للاستثمار بالتصديق على المشروع وفقا لأحكام القانون رقم 43 لسنة 1974 وتحديد مدة الشركة المشتركة ب 49 عام وخلال الفترة من ماي 1975 الى جانفي 1977 انتهت كافة الاجراءات الادارية اللازمة لنقل ملكية الارض المخصصة للمشروع الى الشركة المشتركة وما كادت تبدأ الانشاءات و يسير المشروع نحو اولى خطواته حتى تعرض لانتقاد شديد من الرأي العام في مصر والعالم معترا اياه تشويها كبيرا لمنطقة الاهرمات التي تمثل جزء من التراث الثقافي للعالم وهنا اتخذ المشروع بعدا سياسيا فقرر مجلس الشعب المصري تشكيل لجنة خبراء لدراسة المشروع ثم جاء قرار وزير الثقافة بجعل منطقة المشروع من الملكية العامة وهو ما كان يعني إلغاء ترخيص ملكية الارض للهيئة العامة للسياحة والفنادق التي قامت فيما بعد بسحب تصديقها عتى المشروع و إبلاغ بوقف اعمالها الانشائية حتى

---

[99]– وآخر بالبحر الاحمر هو مشروع راس الحكمة.

[100] – وقد كانت هذه الكلمات الثلاث مثار اشكال رئيسي بالقضية.

اصدر الرئيس المصري انور السادات في 19 جوان 1978 بإلغاء القرار السابق بالاستغلال السياحي لمنطقة هضبة الهرم بقرار سياسي من رئيس الجمهورية و هو الامر الذي دفع شركةSPP الى اللجوء للتحكيم امام غرفة التجارة الدولية بباريس مطالبة بالتعويض [101] الناجم عن الاضرار التي لحقتها جراء إلغاء المشروع

- حجج SPP

- وجود الدولة المصرية كطرف في العقد الثاني و الوارد به شرط التحكيم من خلال توقيع وزير السياحة المصري وتديقه وقبوله لهذا العقد

- الهيئة العامة للسياحة و الفنادق لم تكن تتعاقد باسمها الشخصي وإنما باسم الدولة المصرية – الدولة المصرية و الهيئة العامة للسياحة و الفنادق تعتبر ان كيان واحد

1- حجج الدولة المصرية

- لم تكن طرفا سوى في العقد الاول و هذا العقد لم يكن يتضمن شرط التحكيم اما العقد الثاني و الوارد به هذا الشرط فلم يكن توقيع وزير السياحة عليه سوى لمجرد التصديق بصفته رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للسياحة و الفنادق

- ان توقيع الوزير على العقد يأتي بما له من سلطة رقابية على اعمال الهيئة المذكورة ويمارسها وفقا لأحكام القانون المصري وليس الدولة المصرية

***حكم غرفة التجارة الدولية**

انهى حكم الغرفة الى اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع تجاه الدولة المصرية وفي الموضوع قضت بإلزامها بدفع تعويض قدره 12.5 مليون دولار امريكي بالإضافة. الى فوائد قدرها 5% سنويا تحسب على هذا المبلغ اعتبارا من تاريخ بدأ اتخاذ إجراءات التحكيم واستبعاد الهيئة العامة للسياحة و

[101]– طلبت تعويضا قدره 42.5 مليون دولار امريكي.

الفنادق من مجال الدعوى قامت الدولة المصرية بالطعن في حكم التحكيم امام محكمة استئناف باريس استناد الى نص المادة 1504 من قانون المرافعات الفرنسي مطالبة ببطلان حكم التحكيم لأنه صدر بدون وجود اتفاق تحكيم ومخالفته للنظام العام الدولي (المادة 1502) .

وقد استجابت محكمة الاستئناف لهذا الطعن وقررت في الحكم الصادر عنها بتاريخ 1984/07/12 ببطلان حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس و استندت المحكمة الاستئنافية في بطلان هذا الحكم الى عدم وجود اتفاق تحكيم ترتبط به الدولة المصرية حيث لم يكن لها صفة التعاقد بين الاشخاص الموقعين على العقد الثاني الوارد به شرط التحكيم

طرحت القضية مرة اخرى امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ليحسم في القضية نهائيا بحكم مفاده (مسؤولية الدولة المصرية عن فسخها للمشروع وإلزامها بدفع تعويض لصالح شركة SPP مقداره 27.661 مليون دولار امريكي اضافة الى فوائد قدرها 17.5 مليون دولار امريكي [102]

المطلب الثاني

قضية " HOLIDAY INNS " ضد المغرب

- **الوقائع و الاجراءات**

في عام 1966 ونظرا لرغبة حكومت المغرب في تطوير قطاع الفندقية في الدولة طلبت حكومت المغرب من الشركات الغربية للبترولOPC القيام باتصالات مع مجموعة امريكية متخصصة في مجال الفندقية والسياحةHOLIDAY INNS والتي قام ممثلها بالبدء بالمحادثات التفصيلية بالاشتراك معOPC من جهة وبين الحكومة المغربية التي يمثلها وزير المالية من جهة اخرى انتهت هذه

[102]– أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 325- 332.

المفاوضات الالية الى تحقي قناعة لدى الحكومة المغربية في ان المشروع يمكن تحمل نفقاته الاقتصادية وانه سيعود عليها بفائدة منقطعة النظير في يوم 1966/09/28 تم توقيع اتفاق خطاب نوايا بين الاطراف في السفارة المغربية بواشنطن.

في يوم 1966/12/05 تم توقيع العقد النهائي الذي اطلق عليه الاتفاق الاساسي و هذا العقد تضمن مجموعة من النصوص على جانب كبير من الأهمية النص الأول، ان الطرفين اتفقا على انشاء اربع فنادق في اربع مدن في المغرب وهذه المدن الأربعة هي الرباط ومراكش وتمجر وفاس، واتفقا على انشاء مشروع مشتركjoint venture واتفقت الحكومة المغربية على ان هذه الفنادق يجب ان تكون على مستوى الفنادق الخمس نجوم، اول التزام يقع على عاتق الحكومة المغربية هي انها سوف تقوم بإقراض للشركتين من اجل انشاء الأربع فنادق ولكن هذا القرض مضمون برهن عقاري الالتزام الثاني التزامت الحكومة المغربية تجاه هذه الشركات بمجموعة من الالتزامات ذات الطابع السيادي ، لأنها التزمت ان تقوم بتسعير العملة بأفضل اسعار للشركات و ان تقوم بعملية تسهيل في الجمارك و التزمت في ان تمكنها في الحصول بأقل سعر ممكن للأراضي التي سوف تنشأ عليها الفنادق و تسمح لها بتملكها و كذلك اعفاؤهم من الضرائب.

اما بالنسبة للالتزامات الواقعة على عاتق الشركات الأجنبية هي ان تقوم هذه الشركات بتنفيذ الأربع فنادق على اعلى مستوى و يشمل التنفيذ البناء و التجهيز و الإدارة، و هو التزام بتحقيق نتيجة ، و تلتزم ايضا هذه الشركات بان تقوم بتسديد القرض و اقساطه و الفوائد المستحقة عليه و كل فندق وجب ان لا تزيد قيمته عن60% عن قيمة القرض وفي حال الزيادة تتعهد الشركات الأجنبية ان تغطي تلك الزيادة.

تملك الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع حكومة المغرب أنها تقوم بتحويل جميع الحقوق و الالتزامات الناشئة عن هذا العقد لأي شركة أجنبية ، تقوم بإنشائها و تملكها بنحو تام أو تملك جزء فيها و يعد مجرد فرع تابع لها و تنفيذا لهذا البند من هذا العقد قامت الشركة،HOLIDAY INNS بإنشاء شركة في سويسرا تملكت كل أسهمها بنسبة100% وقامت الشركة الغربية للبترول في أميركا تعد مجرد فرعا لها، و الشركتين المنشأتين جديدا قامتا بالتوقيع على العقد، و الواقع من الأمر لم تكن الحكومة المغربية مهتمة بهذا التنظيم الشكلي، لأنها تحصلت منهما على ما يعرف بخطاب ضمان وهو خطاب

صادر عن كل منHOLIDAY INNSوالشركة الغربية للبترول تتعهد فيه كليهما لحكومة المغرب بأنها تضمن باعتبارها ضامن وكفيل او تقوم الشركات الموقعة على العقد بتنفيذ العقد وفي حالة عدم التنفيذ فتقوم الشركتين الأم بتنفيذ الالتزامات شخصيا ايضا فانه في العقد المبرم، اتفق الأطراف على انه اي مشكلة سوف تنشأ عن تنفيذ او تفسير هذا العقد يختص بها، هيئة تحكيم تشكل وفقا لقواعد المركز الدولي المختص بفض النزاعات ICSID.[103]

بدأت بوادر الخلاف بين المغرب و الشركات الأجنبية بسبب مألوف عادة و هو ان الخبرة الفنية التي تمتلكها بعض الشركات المتعددة الجنسيات تنجح في نقلها في بعض الدول وتخفق في نقلها في بعض الدول الأخرى، وهذا الذي حصل في المغرب ، لأن حصل تعديل في الوزراء، الوزراء الجدد اكتشفت ان هذا العقد مجحف لحقوق المغرب، ولذلك يجب اما اعادة التفاوض او على الأقل تفسيره على نحو يحقق مصالح حكومة المغرب، سيما ان هذا العقد قد وضع على عاتق حكومة المغرب التزامات مالية بشكل كامل ولم يلزم الشركات الأجنبية باي مبالغ مالية ، ولذلك بدأت الحكومة المغربية تمتنع عن اعطاء التسهيلات الجمركية و التسعيرة الخاص وامتنعت عن سداد اقساط القرض فنشأ النزاع لأن الشركات الأجنبي لم تستطع ان تنفيذ المشروع وسداد ما عليها، و عندما بلغ النزاع في قمته قامت الشركة الأميركية على الحكومة المغربية ولم تقم الشركات الأجنبية برفع المنازعة وحدها ولكن ايضا دخل في هذه المنازعة الأربع شركات المغربية القائمين بتنفيذ المشروع JOINT VENTURE COMPANIESوتمسكت حكومة المغرب بانه لا اختصاص للمركز بنظر المنازعة المرفوعة عليها من قبل الأربع شركات المغربية، لأنه لم يصدر عنها اتفاق صريح على ان تعامل هذه الشركات المغربية بصفتها شركات اجنبية تابعة لدولة اخرى، بالنسبة لنص لمادة 25 للوهلة الأولى انه لن يتطلب موافقة الدولة المكتوبة موافقة صريحة لأنه لو كانت هذه المادة تتطلب موافقة الدولة صراحة لذكرت ذلك، والواقع من الأمر ان مثل هذا التفسير يجب ان لا ننساق اليه اللهم إلا اذا كانت هناك قرائن قاطعة لا تثير ادنى شك او ادنى لبس على ان الدولة على الرغم من انها لم تعطي موافقة صريحة على

---

[103]- فاطمة الزهراء محمودي ،التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الاجنبي، الجزء الاول، دار وائل للنشر ،عمان ،2013 ،ص 23-24.

خضوع المنازعات بينها و بين الشخص الذي يحمل جنسيتها قد تصرفت بشكل ضمني قاطع يفيد قبولها على خضوع هذه المنازعات لاختصاص المركز.

المادة 25 :[104] البعض قد يتصور لفظ اتفق الطرفان على انه لا يشترط فيه الاتفاق الصريح بل يكتفى بالاتفاق الضمني، لأن تفسير الاتفاق الصريح يجب ان ينص المشرع صراحة على ان الاتفاق صريح وحكومة المغرب لم تكن من هذا الجانب الذي يرجح ان يكون الاتفاق ضمنيا، وان مثل هذا الاتفاق يجب ان يكون صريح لأنه سوف تترتب عليه آثار قانونية خطيرة في ان الشخص الاعتباري التابع للدولة الطرف سوف تتم معاملته على انه شخص اجنبي تابع لدولة اخرى متعاقدة و انطلاقا من هذا التفسير ذهبت حكومة المغرب الى ان ليس للمركز اي اختصاص في نظر المنازعات الناشئة بين حكومة المغرب، و الشركات الأربع التي تم انشائها من اجل تنفيذ الأربع فنادق في الأربع مدن و استندت في ذلك الى حجتين. [105]

1- الشركات الأربع المحلية تم نشأتها و تم تكوينها و تأسيسها بعد توقيع العقد الذي وجد فيه شرط التحكيم ومن ثم فهي لم توقع على هذا العقد وتكون النتيجة الطبيعية المترتبة على ذلك انها لا تستفيد من شرط التحكيم الموجود وقت توقيع العقد.

2- بانه لم يثبت في اي وقت من الأوقات ان قامت الحكومة المغربية بمعاملة هذه الشركات المحلية الأربع على انها شركات اجنبية تابعة لدولة اخرى بسبب سيطرة المصالح الأجنبية عليها.

ولما كان يشترط ان يكون هناك رضاء صريح لكي يختص المركز اي في ان تقبل في ان تعامل هذه الشركات على انها شركات تتبع دولة اخرى متعاقدة لخضوعها للمصالح الأجنبي، و كان هذا الرضاء الصريح لم يصدر عنها ابدا لذلك لا يكون هناك اختصاص للمركز.

وعلى الرغم من قوة هذه الحجج فان الطرف الأميركي في المنازعة قام بتقديم حجج مضادة في ما يلي:

---

[104]– المادة 25 من اتفاقية واشنطن 1965.

[105]–حسان نوفل،التحكيم في منازعات الاستثمار،دار هومه ،ص84.

1- تتعلق بعملية تفسير حرفي لنص المادة 25 فقرة 2 ب، فذهبت الشركات الأميركية الى انه يتضح من نص المادة الى ان يكون هناك اتفاق على معاملة الشخص التابع لذات الدولة على انه شخص اجنبي تابع لدولة اخرى متعاقدة بسبب سيطرة المصالح الأجنبية على و لم تتطلب اي شكل لهذا الاتفاق و بالتالي يمكن ان يتواجد هذا الاتفاق حتى و لو لم يتم افراغه في شكل معين، و قد ذهب الطرف الأميركي ، الى القول بان هذا التفسير الحرفي لنص المادة 25 2 ب هو الذي يتفق مع ما يجري عليه العمل على صعيد عقود الاستثمار من قيام الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي المتعامل معها من انشاء مشروعات اعتبارية تتمتع بالجنسية المحلية و الوقع من الأمر ان هذا التفسير الحرفي الذي يتمسك به الطرف الأميركي، و بغض النظر عن التفسير الذي اعطاه الطرف المغربي، لا يمكن الانصياع له، لأن المادة 25 فقرة 2 ب، تضع استثناء على مبدأ عام مستقر مفاده عدم جواز الأشخاص بمقاضاة دولتها على الصعيد الدولي، و من ثم فان هذه المادة لقت معارضة شديدة عند وضع المعاهدة و حتى هذه المادة تم قبول هذا الاستثناء الموجود فيها بأغلبية قليلة جدا، ومن ثم فانه يتعين تفسير المادة 25 فقرة 2 ب ، تفسيرا مضيقا ، بمعنى انه لا يجوز اعطاء الاختصاص للمركز إلا في الأحوال التي يكون فيها هناك اما رضاء صريح على قبول اختصاص المركز في المنازعات القائمة بين الدولة والشخص الاعتباري التابع لها ولكنها تقبل ان يعامل على انه شخص تابع لدولة اجنبية اخرى بسبب سيطرة المصالح الأجنبية عليه،على ان يكون هناك رضاء ضمني تؤكده قرائن قانونية قاطع.

الحجة الأولى: اذا عبرت الدولة صراحة ، او يكن هناك اتفاق ضمني قاطع.

الحجة الثانية: التي تمسك بها الطرف الأميركي انه بالرجوع الى العقد، الموقع نجد ان الحكومة المغربية قد التزمت بأنها تقوم بإعطاء القرض للشركات الموقعة على العقد والى اي شخص اعتباري آخر، ينشأ من اجل هذا الغرض، وترتيبا على ذلك فان الشركات الأربعة التي نشأت بعد هذا العقد ، والتي تمسكت الحكومة المغربية بانشائها ولم يكن للطرف الأميركي اي مصلحة بإنشائها يختص المركز بالمنازعات التي تنشأ بينها وبين الحكومة المغربية.

الحجة الثالثة: التي تمسك بها الطرف الأميركي أنه اذا تمسك الطرف المغربي بعدم اختصاص للمركز على الرغم من وجود شرط التحكيم فان هذا الأمر يفيد ان الحكومة المغربية قامت بتفسير العقد و نص المادة 25 2 ب بما يتعارض مع مبادئ حسن النية في التفسير.[106]

- **موقف محكمة التحكيم**

ذهبت الى القول ان المادة 25 2 ب ، تضع استثناء على مبدأ عام في المعاهدة، و لذلك فانه يتعين ان يكون رضا الدولة بمعاملة الشخص التابع لها على انه شخص تابع لدولة اخرى متعاقدة بسبب سيطرة المصالح الأجنبية عليه ، يجب ان يكون هذا الرضا صريحا اللهم إلا اذ كانت هناك قرائن قاطعة قد قبلت ضمنا ان يتم معاملة الشخص المحلي التابع لها على انه شخص اعتباري تابع لدولة أجنبية بسبب المصالح الأجنبية المسيطرة عليه القانون الذي سيحكم العقد المبرم بين الدولة و الشخص الأجنبي التابع لدولة اخرى (القانون الواجب التطبيق).

المادة 42 فقرة 1 من معاهدة واشنطن تقول انه يجب التفريق حول القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم بين اختيار الأطراف لقانون معين لكي يطبق عليهم وبين عدم الاختيار ففي الحالة الأولى، فان القانون المطبق هو القانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف.

اما في الحالة الثانية، اي عند عدم اختيار قانون معين فان القانون الواجب التطبيق هو اما القانون الوطني،قواعد التنازع او قواعد القانون الدولي العام [107] المادة 42 فقرة 2 لا يجوز للمحكمة ان تمتنع عن الفصل في الدعوى بحجة عدم وجود نص قانوني او بحجة غموض النص ، و إلا اعتبرت منكرة للعدالة [108]

---

[106]- نصيرة بوجمعة سعدي عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ص 400-409.

[107]– انظر نص المادة 42 من الاتفاقية

[108]- المرجع نفسه.

المادة 42 الفقرة 3 ليس هناك ما يمنع ان تقوم محكمة التحكيم بالفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدل و الإنصاف اذا اتفق الأطراف على العهدة لها بهذه الصلاحية الطعن بحكم التحكيم يجري اما هيئة تحكيمية يشكلها المركز بنفسه اما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة المعقودة خارج نظام المركز فانه بالنسبة لهذه العقود ايضا سوف نفرق بين

-الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق وعند عدم الإختيار في الحالة يطبق اما القانون الوطني للدولة المتعاقدة او قواعد LEXEMERCATORIA اي المبادئ و الأعراف التجارية الدولية .[109]

[109]– جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 1995 ص 43

الخاتمة :

ان نمو التجارة الدولية و تشابك المصالح الاقتصادية و ثورة الاتصالات التي جعلت العالم قرية صغيرة ،وسهولة انتقال رؤوس الأموال في شكل استثمارات ضخمة وعقود نقل التكنولوجيا و عقود الإنشاءات و عقود التجارة الدولية كل ذلك اوجد الحاجة الماسة لتطوير آلية التحكيم التجاري الدولي ليكون الوسيلة الفعالة و المناسبة ، بل و الملاذ الأمن للرجوع إليه في حسم أي خلافات تنشب بين الأطراف المتعاقدة فلهذا أصبح واقع التحكيم يشكل عصبا مهما في مجال الاستثمار .

ان قبول الدول النامية اللجوء للتحكيم مبناه حاجتها الملحة و اليائسة أحيانا للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية وليس عن قناعة من جانبها بملائمة هذا الأسلوب القضائي الخاص لفض المنازعات .

يعتبر التحكيم التجاري الدولي وسيلة فعالة لفض منازعات الاستثمار و بصفة خاصة ،فان التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (ICSID) هو أكثر الأشكال التحكمية مناسبة لتسوية المشكلات و المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب من الأفراد و الشركات الخاصة .

اذ أن التقديم للتحكيم في هذا المركز يفضل بكثير تقديم هذا النوع من المنازعات للتحكيم الحر، كما انه يفوق في الميزات غيره من أشكال التحكيم في المراكز التحكمية الأخرى مثل التحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية في باريس وختمنا دراستنا هذه بالنتائج التالية:

- إن تضمين عقد أو اتفاقية الاستثمار شرط الثبات التشريعي ضمانة اتفاقية للمستثمر الأجنبي من قيام الدولة بتغيير في تشريعاتها قصد الإضرار بالمستثمر.
- تضمين عقد أو اتفاقية الاستثمار شرط إعادة التفاوض الذي بموجبه يلتزم الأطراف في حالة التغيير الجوهري لظروف التفاوض مرة أخرى من أجل خلق التوازن التعاقدي الجديد وإعادة تكييفه، في حالة الأحداث الطارئة أو القوة القاهرة .
- يمكن تكييف النزاعات الناشئة عن الأزمة المالية بأنها ناتجة عن ظروف طارئة وللهيئة التحكمية السلطة التقديرية في تقرير ذلك حسب نوع وظروف القضية المثارة أمامها.
- تعد الوسائل الودية الحل الأنجع لتقريب وجهات النظر في قضايا الاستثمار لاسيما في بداية النزاع بما من شأنه أن يكفل استمرارية المشروع الاستثماري ونجاحه.

- صعوبة الالتجاء إلى القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار حيث إن المركز القانوني للمستثمر الأجنبي الخاص لا يؤهله الوقوف أمام الدولة في محكمة العدل الدولية.
- محكمة الاستثمار العربية تجربة جديرة بالاهتمام كأحسن وسيلة دولية لتسوية منازعات الاستثمار، ولكن مازال دورها سلبيا بالنظر إلى ندرة القضايا التي تنظرها،من ناحية أخرى يصعب التجاء المستثمر الأجنبي(غير العربي) لها وفقا لنظامها الحالي المنحصر بالدول العربية والمستثمرين العرب .
- تناسب الوسائل الودية بما فيها الوساطة الالكترونية مع منازعات التجارة الالكترونية وإمكانية الاستفادة من هذه الوسائل في تسوية منازعات الاستثمار بصورتها التقليدية .
- يمكن القول إن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بواسطة الأطراف يمنع احتمال نشوء نزاع حول هذه المسألة، ويجنب المخاطرة غير المحسوبة التي يحملها لهم قرار التحكيم في شأن القانون الواجب التطبيق، وإرادة الأطراف بهذا الخصوص قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، وهذه الأخيرة يمكن أن تستفاد من أفعال أو كتابات تدل على إتجاه إرادة الأطراف أو توقعهم أن قانونا معينا سوف يحكم علاقاتهم، وهذه الإرادة الضمنية يجب أن تستقرا بأسباب معقولة تسوغ ما انتهت هيئة التحكيم إليه.

قائمة المراجع

اــ الكتب :

ــ احمد حسان مطاوع ،التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ،دار النهضة العربية ، 2007.

ــ أحمد مخلوف ،إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ،دار النهضة العربية ،الطبعة الثانية 2005.

1ــ جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة 2004.

2ــ جلال وفاء محمدين التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 1995.

3ــ حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، دار هومة ، الجزائر ، 2010.

4ــ حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001.

5ــ حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007 .

6ــ سميح مسعود، الموسعة الاقتصادية ،شركة المطبوعات للتوزيع و النشر،بيروت ،1997.

7ــ عبد الفتاح مراد ، شرح تشريعات التحكيم الداخلي و الدولي ، دار الكتب و الوثائق المصرية ، 2007.

8ــ فاطمة الزهراء محمودي ،التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الاجنبي، الجزء الاول، دار وائل للنشر ،عمان ،2013.

9ــ محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ،سنة 2007.

10ــ معوض عبد التواب ،المستحدث في التحكيم التجاري الدولي،دار الفكر الجامعي ،الطبعة الاول، 1997.

11ــ نصيرة بوجمعة سعدى ،عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992.

12ــ هشام صادق ،عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية ،سنة 2007 .

رسائل جامعية:

1ــ إبراهيم العنانى اللجوء الي التحكيم الدولى ،رسالة دكتواره مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة عين شمس 1997.

2ــ خليل بوصنوبرة ، طرق الطعن في أحكام التحكيم في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه، 2009، جامعة قسنطينة.

النصوص القانونية :

ــ القانون التجاري المصري

ــ الأمر 04-95 المؤرخ في 1995/01/21 وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 1995/10/30

المواقع الالكترونية :

1–http /www.lob.gov.jo/ui/laws/search no.gsp no-68year-2003.

2_http /www.gcc-legal.org/mjpotalpublic/Displaylegislation.

3_WWW.ICSID.COM .

الاتفاقيات :

ـ اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية

ـ اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الاخرى لعام 1965

عنـــــــــــــــــوان	الصفحة
مقدمة .	**2**
الفصل التمهيدي: ماهية التحكيم في عقود الاستثمار	**8**
المبـــحث الأول مـــــــــــاهية التحكيـــــــم	**9**
المـطلب الأول :تــعريف التحكيـــــــــم	**10**
الفرع الأول : تعريف التحكيم في اللغة	**10**
الفرع الثاني : تعريف التحكيم اصطلاحا	**10**

الفرع الثالث:تعريف التحكيم	**11**
الفرع الرابع : التعريف القضائي للتحكيم	**11**
المـــطلب الثاني أنـــــــــواع التـــــــــحكيم	**12**
الفرع الأول: التحكيم الحر	**12**
الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي	**12**
الفرع الثالث : التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي	**13**
المـطـلـب الثـالـث: خصائص التحكيم ميزات التحكيم ونقده	**15**
المبحث الثاني: مـــــــــاهية عقود الإستثمـــــــــــار	**18**
المطلب الأول :تعريف عقـــــود الاستثمار	**18**
المـطـلـب الثـانـي :انواع عـقـود الاستثـمـار	**21**
الفرع الأول :عقود تظل المشاريع فيها مللك لدولة	**22**
الفرع الثاني: عقود المشروعات التي بمتلكها القطاع الخاص	**22**
المـطـلـب الثـالـث:الخصائص العامة لعقود الاستثمار	**23**
الفرع الأول :عقد الاستثمار من عقود المدة	**23**
الفرع الثاني : عقد الاستثمار هو عقد مركب	**23**
الفصل الأول: خصوصية عقود الاستثمار	**25**
المبحث الأول:الخصوصية المستمدة من أطراف التعاقد	**26**
<u>المطلب الأول</u> :الدولة أو احدى مؤسساتها كطرف في النزاع	**26**
المـطـلـب الثـانـي المـسـتـثـمـر الأجـنـبـي	**30**

المبحث الثاني الخصوصية المستمدة من محل العقد	34
المطلب الأول :عقود امتياز البترول	34
المطلب الثاني:عقود نقل التكنولوجيا	36
المبحث الثالث:الخصوصية المستمدة من الشروط المدرجة في العقد.	44
المطلب الأول:شـــــرط التحكيـــــــم	44
المطلب الثاني:شرط الثبات التشريعي.	47
الفصل الثاني: النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار	51
المبحث الأول: دور الاتفاقيات الدولية في تسوية منازعات الاستثمار	52
المطلب الاول اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965.	52
المطلب الثاني اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني الدول العربية الأخرى.	55
المبحث الثاني :دور المراكز الدولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار	57
المطلب الأول مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي بواشنطن (اكسيد) ICSID	57
الفرع الاول: شروط اختصاص المركز بنظر منازعات الاستثمار	58
المطلب الثاني:غرفة التجارة الدولية في باريس	63
المبحث الثالث :نماذج تطبيقية من قضايا التحكيم في منازعات عقود الاستثمار	64
المطلب الأول :قضية هضبة الهرم ضد مصر	64

المطلب الثاني قضية " HOLIDAY INNS " ضد المغرب.	68
الخاتمة .	76
الملاحق	—
قائمة المراجع.	—
الفهرس.	–