الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

إشكاليات فض منازعات عقود الطاقة

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبة:
بوجلابة حنين
عباس سارة

إشراف الأستاذ:
ربعية رضوان

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة	الهيئة المستخدمة	الصفة
بركات عماد الدين	أستاذ محاضر أ	جامعة الشاذلي بن جديد	رئيسا
العايب نصر الدين	أستاذ محاضر ب	جامعة الشاذلي بن جديد	ممتحنا
ربعية رضوان	أستاذ محاضر ب	جامعة الشاذلي بن جديد	مشرفا ومقررا

السنة الجامعية :2023-2024

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

إشكاليات فض منازعات عقود الطاقة

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبة:
بوجلابة حنين
عباس سارة

إشراف الأستاذ:
ربعية رضوان

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة	الهيئة المستخدمة	الصفة
بركات عماد الدين	أستاذ محاضر أ	جامعة الشاذلي بن جديد	رئيسا
العايب نصر الدين	أستاذ محاضر ب	جامعة الشاذلي بن جديد	ممتحنا
ربعية رضوان	أستاذ محاضر ب	جامعة الشاذلي بن جديد	مشرفا ومقررا

السنة الجامعية: 2023-2024

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

(ملحق القرار 1082 المؤرخ في 2020/12/27)

أنا الممضي أدناه:

السيدة:.....بوجلابة حنين.....

الصفة:.....طالبة.....

الحاملة لبطاقة التعريف الوطنية رقم: ...119991241002370004.....

الصادرة بتاريخ:.....2022/02/10 .....

عن دائرة:.....القالة.....

المسجلة بكلية:...الحقوق والعلوم السياسية.....قسم:.....الحقوق.....

والمكلفة بإنجاز مذكرة ماستر تخصص **قانون أعمال**.

أصرح بشرفي أني إلتزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاق المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2023/09/08

إمضاء المعني بالأمر:

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

(ملحق القرار 1082 المؤرخ في 2020/12/27)

أنا الممضي أدناه:

السيدة:.....عباس سارة.....

الصفة:.....طالبة.....

الحاملة لبطاقة التعريف الوطنية رقم:.....1199612430007400002.....

الصادرة بتاريخ:....2016/03/16.....

عن دائرة:.....القالة.....

المسجلة بكلية:...الحقوق والعلوم السياسية.....قسم:.....الحقوق.....

والمكلفة بإنجاز مذكرة ماستر تخصص **قانون أعمال**.

أصرح بشرفي أني إلتزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاق المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2023/09/08

إمضاء المعني بالأمر:

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

بكل إمتنان وعرفان أتقدم بجزيل الشكر والحمد إلى المولى عز وجل صاحب الفضل العظيم في كل نجاح وفقنا فيه.

بفائق التقدير والإحترام أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف "ربعية رضوان" الذي كان لنا نعم المشرف ونعم الموجه طيلة فترة إعداد هذا البحث إضافة، إلى الدعم الدائم الذي قدمه لنا في إدارة عملنا والمتجسد في النصائح القيمة والتوجيهات النيرة التي مكنتنا من إتمامه على غرار صبره علينا

فلك منا كل الثناء والتقدير، سائلين المولى عز وجل أن يرزقك من جميل فضله.

بوجلابة حنين

عباس سارة

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من كانت لي حافزا للعلم والمثابرة، التي كان دعائها مصباحا أنار لي درب الحياة ورضاها عني زادني عزيمة ، إلى أمي حفظها الله حبا في عطائها وطمعا في رضاها أدامها الله منارا فوق رأسي.

إلى من شجعني ودعمني ودفعني دائما نحو النجاح، و كان لي خير عون وسند

إلى أبي أطال الله في عمره.

إلى الذين وقفوا والى جانبي وترقبوا بشغف وشوق كبير إتمام هذا العمل إلى كل أفراد عائلتي إخوتي وأخواتي كل بإسمه، لهم كل الحب.

بوجلابة حنين

الإهداء

أتقدم بهذا العمل المتواضع إلى من أعطياني الأمان والشجاعة إلى من علماني الصبر والقناعة والحق والعدالة، إلى كل من كانا منبع أدبي وعلمي... أمي وأبي أطال الله في عمرهما ومدهما بالصحة والعافية.

إلى إخوتي وأخواتي، و إلى براعم عائلتنا منبع الفرح والسرور.

إلى رفقاء دربنا في الدراسة والحياة.

إلى كل من يعرفني من قريب أو بعيد.

عباس سارة

قائمة المختصرات بالعربية

ص	صفحة
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ص- ص	من الصفحة إلى الصفحة
ق م أ	قانون مدني أردني
ع	عدد
م	مجلد
د ط	دون طبعة
ف	فقرة
د س	دون سنة نشر
الو م أ	الولايات المتحدة الأمريكية

قائمة المختصرات باللغة الأجنبية

p	page
Op.cit	Opus citatum المرجع السابق
ibid	Ibidem المرجع نفسه

مقدمة

مقدمة

تعتبر الطاقة من الموارد والإستعمالات الأساسية في الحياة، وخاصة في عصرنا الحالي والتي لا يمكن الإستغناء عنها، وبدأ إستعمال الطاقة في القديم بصورة محدودة بداية من ظهور الطاقات التقليدية كإستخدام البترول والغاز وأيضا الفحم والطاقة النووية، ومع التطور الحاصل في العالم و تطور الإقتصاد وتوسع حاجة الدول والأفراد إزدادت الحاجة لإستعمال هذه الأخيرة، بعدها ظهرت الطاقات المتجددة والمتأتية من مصادر المياه وحرارة الشمس والرياح والتي لها دور فعال في التخفيف من أضرار البيئة كونها تطلق إنبعاثات أقل بكثير من تلك الناتجة عن الطاقات التقليدية، ونظرا لتنوع أنماط الطاقة بين تقليدية ومتجددة حديثة، نتج عنها تنوع العقود وأطرافها وبالتالي إختلاف المراكز القانونية وكذا توصيفها القانوني.

ولا جدال في أن هذه العقود أهم ماتعتمده الدول في تنمية وتطوير إقتصادها، وتحوز على أهمية كبرى بالنسبة لكافة دول العالم، فهي تهدف إلى تقديم خدمات للدولة من خلال إستثمار الثروات الطبيعية والتي لا تستطيع الدولة القيام بتنفيذها، مما يجعلها تبرم عقود إستثمارية مع الشركات الأجنبية.

ومما لا شك فيه أن إبرام العقود الإستثمارية في هذا المجال يختلف عن العقود العادية، لخصوصيتها فهي عقود تتميز بالتعقيد والتقنية ناهيك عن ضخامة رأس مالها وطول مدتها، بالتالي قد تعاصر العديد من التغيرات في الظروف الإقتصادية والإجتماعية والسياسية للدول وخاصة في ظل التفاوت في المراكز بينهما، مما قد ينتج عنها في كثير من الأحيان منازعات عديدة بين الأطراف المتعاقدة.

بالتالي يتعين الوقوف على نوعية هذه المنازعات لما تمثله من مخاطر حقيقية على مشروعات الطاقة

الدولية، والتي قد تعود في الغالب لمخالفة طرفي العقد للإلتزامات المفروضة عليهما، الأمر الذي حث الأطراف المتعاقدة للبحث عن وسائل قانونية أو إتفاقية كفيلة لضمان حقوق كل طرف وخاصة الطرف الضعيف، وتعمل من جهة أخرى على الحد من ظهور المنازعات، إلا أن وجود هذه الاخيرة في مثل هذه العقود أمر طبيعي ونتيجة حتمية لإختلاف المراكز القانونية للطرفين، وكذا تصادم المصالح والتي يسعى كل منهما لتحقيقها، الأمر الذي يستوجب توافر وسائل محايدة وفعالة لتسوية منازعات هذه العقود وتضمن لهم الاستمرار في تنفيذ العقد وإستقراره.

وتتجسد أهمية هذا الموضوع في كون قطاع الطاقة من القطاعات الحساسة التي يتوجب علينا دراستها ومعرفتها عن قرب، وكذا مسالة الحد من منازعات عقود الطاقة مسالة ذات أهمية بالغة في المجال الإقتصادي سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، مما يدفعنا للبحث لإيجاد وسائل وأساليب أكثر فعالية تحد فعليا من هذه المنازعات.

أما عن أسباب إختيار هذا الموضوع فهي تتراوح بين أسباب شخصية والمتمثلة في الميول لدراسة والتعمق في مختلف مواضيع الإستثمار و كونه كذلك في مجال التخصص، أما عن الأسباب الموضوعية فتتمثل في أنه يعد أحد أهم المواضيع في العالم ويطرح العديد من التشعبات والإشكالات القانونية التي تتطلب التركيز عليها في بحوثنا.

وتهدف هذه الدراسة إلى محاولة تحديد الأسباب المنشئة للنزاعات في عقود الطاقة وحصرها من جهة، وبيان كيفية حل هذه الخلافات من جهة أخرى، بالإضافة إلى بيان الدور الإستباقي الذي تلعبه الشروط التعاقدية في تجنب مثل هذه النزاعات.

وفي إطار إنجاز هذا العمل تمثلت أهم الصعوبات التي صادفتنا في نقص المراجع المتخصصة حول الموضوع خاصة الكتب القانونية.

ونظرا للخصوصية والطبيعة القانونية التي تتميز بها عقود الطاقة دفعتنا إلى طرح الإشكالية التالية:

- مامدى كفاية الآليات القانونية لفض منازعات عقود الطاقة أمام إشكالية غموض الوصف القانوني لها ؟

وفي إطار هذه الإشكالية نناقش التساؤلات التالية:

- كيف يمكن الحد من ظهور هذه المنازعات؟
- مامدى فعالية الشروط التعاقدية في الحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية بين المستثمر والدولة؟
- وماهو دور الوسائل الودية والقضائية لحل هذه النزاعات؟

وقد تم الإعتماد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والمنهج المقارن في ظل أحكام القانون الجزائري والقوانين العربية والأجنبية، بالإضافة إلى الإتفاقيات الدولية، وتارة أخرى إعتمدنا على المنهج الوصفي ويظهر من خلال تحديد المفاهيم والتعاريف الخاصة بالموضوع وجمع أكبر قدر من البيانات والتعبير عنها بدقة.

وفي سبيل الإجابة عن إشكالية بحثنا ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين :

جاء الفصل الأول تحت عنوان المنازعات الدولية الناشئة عن عقود الطاقة وتم تقسيمه إلى مبحثين جاء المبحث الأول تحت عنوان أنواع النزاعات الناشئة عن عقود الطاقة أما المبحث الثاني فبعنوان الشروط التعاقدية الخاصة بنزاعات عقود الطاقة.

أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان وسائل فض منازعات عقود الطاقة وتم تقسيمه إلى مبحثين جاء المبحث الأول تحت عنوان الوسائل الودية لفض منازعات عقود الطاقة وإما الثاني فكان تحت عنوان الوسائل القضائية لفض منازعات عقود الطاقة.

الفصل الأول

المنازعات الدولية الناشئة عن عقود الطاقة

الفصل الأول : المنازعات الدولية الناشئة عن عقود الطاقة

تعتبر عقود الطاقة بشقيها المتجددة وغير المتجددة من العقود طويلة الأجل، معقدة التفاصيل كثيرة المخاطر متعددة الأطراف، ضخمة في رأس مالها وتؤثر فيها العديد العوامل الطبيعية والبشرية وتعتبر من أهم العقود التي تعتمدها الدول في تنمية و تطوير إقتصادها،بالتالي تسعى هذه الدول لتوفير مناخ مناسب وبيئة محفزة لإستقطاب مثل هذه العقود، إلا أن عدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف والناتج عن كون الدولة المضيفة تتمتع بمظهر سيادي عام مما يجعلها الطرف الأقوى في العلاقة العقدية[1]، وكباقي العقود قد تطرأ بعض الكبوات التي تؤثر على السير الحسن للمشروع الطاقوي والتي يمكن أن نستخلصها في نوعين أولهما تلك النزاعات التي تثار نتيجة التغيير في الظروف المحيطة بالعقد و التي تكون خارجة عن إرادة الأطرف، من بينها النزاعات الناشئة عن القوة القاهرة و الظروف الطارئة ،والنوع الثاني يتمثل في تلك المنازعات الناشئة نتيجة لخرق إلتزامات أو إنتهاك حقوق أحد الأطراف، والصادرة عن إرادة الأطراف و التي تكون بسبب عدم تقيد الطرف المستثمر في عقد الطاقة بما يقع على عاتقه من إلتزامات، أو ما تمارسه الدولة المضيفة من إجراءات وقرارات تخل بها بأحد إلتزاماتها كتغيير قوانينها وتشريعاتها بعد إبرام العقد، وهذا ما لا يحبذه المستثمر[2] ولهذا يلجا هذا الأخير إلى تضمين العقود التي يبرمها بشروط تمثل طوق نجاة أو سياج حماية ضد الإجراءات التي تتخذها الدولة،[3] وإنطلاقا مما سبق نستعرض أهم النزاعات الناشئة عن عقود الطاقة (المبحث الأول) بالإضافة إلى الشروط التعاقدية الخاصة بالنزاعات في عقود بالطاقة (المبحث الثاني).

[1] – سمية صخري، "النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية" ، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2017-2018، ص193.

[2] – بلحسان هواري، " تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية"، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017، ص89-116-96.

[3] – سمية صخري ، المرجع السابق، ص 196.

المبحث الأول: أنواع النزاعات الناشئة عن عقود الطاقة

إن الطبيعة الخاصة التي تحظى بها عقود الطاقة ولكونها من العقود طويلة المدة،وبالنظر لما تتمتع به من تعقيدات فلا شك من نشوء نزاعات بين أطراف العلاقة التعاقدية،التي تحوز على العنصر الأجنبي حتما كباقي العقود الاستثمارية سواء كان شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ومن الثابت أن العلاقة التي تربط الطرف الأجنبي و الدولة المضيفة تظهر بصورة جيدة في بدايتها، ولكن هذا لا ينفي إمكانية تغيرها بسبب تضارب المصالح بين الطرفين، خاصة في ظل التفاوت في المراكز القانونية للأطراف كون أحد الطرفين غالبا ما يكون شخص عام سيادي، مما يتسبب في نشوء نزاعات بينهما كنتيجة لممارسة هذا الأخير لإجراءات في مواجهة المستثمر في عقود الطاقة كطرف خاص أو قيامه بالإستيلاء على المشروع الإستثماري بنزع ملكيته أو التأميم...،وعلى الرغم من أن الطرف الأجنبي قد يكون شخصا طبيعيا غير سيادي، فهذا لا يمنع تسببه في نشوء نزاعات في حالة إخلاله بإلتزاماته العقدية، وعلى غرار ما سبق هناك أسباب أخرى لا دخل للأطراف في حدوثها تؤدي لنشوء نزاعات كحالة القوة القاهرة والظروف الطارئة.[1]

وللإحاطة بأنواع هذه النزاعات سنتناول في(المطلب الأول) المنازعات الناشئة لأسباب إرادية في عقود الطاقة أما في (المطلب الثاني) فنخصه للمنازعات الناشئة لأسباب غير إرادية في عقود الطاقة.

المطلب الأول: المنازعات الناشئة لأسباب إرادية في عقود الطاقة

تبرم عقود الطاقة بمختلف مصادرها من الطاقة المتجددة وغير المتجددة [2] بين طرفين، الدولة أحد

[1] – سمية صخري ، المرجع السابق ،ص 193 – 230 .

[2] – يطلق مصطلح الطاقة المتجددة على مصادر الطاقة التي لها صفة الديمومة والتجدد، أي أن مخزونها غير قابل للنفاذ وأهمها الطاقة الشمسية، والمائية والطاقة العضوية والهوائية ... ، أما الطاقة الغير متجددة أو التقليدية فهي تلك المصادر الناضبة والتي موجودة في الطبيعة بكميات محدودة والتي ستنتهي مع الزمن لكثرة الاستخدام كالنفط والغاز والفحم ... لمزيد من المعلومات انظر عبد المطلب النقرش "الطاقة مفاهيمها، أنواعها، مصادرها "وزارة الطاقة والثروة المعدنية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2005، ص 9-12، وكان قد نظم المشرع الجزائري الطاقة المتجددة وعرفها في القانون رقم 09-04 المتعلق بالطافات المتجددة، أما عن الطاقات التقليدية فنظمها بموجب القانون رقم 19- 13.

الأجهزة العامة التابعة لها من جهة، ومستثمر أجنبي خاص كشخص طبيعي أو معنوي من جهة أخرى وعلى الرغم من الجهود المبذولة من قبل أطراف العقد ومحاولة الإتفاق على كل المسائل الجوهرية والتفصيلية إلا أن هناك إحتمالية حصول نزاع بين الطرفين نتيجة الإخلال بالالتزامات والتوازن العقدي، وسبب هذه المنازعات في الغالب إرادة الأطراف، فنجد بالدرجة الأولى الدولة المضيفة والإجراءات التي تتخذها (الفرع الأول)، وكذا أسباب أخرى تتعلق بالمستثمر وما يرتكبه من تصرفات (كفرع ثاني).[1]

الفرع الأول:المنازعات الناشئة بسبب تدخل الدولة

تشتمل عقود الطاقة على طرف وطني وهي الدولة أو أحد الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها وتقوم هذه الأخيرة بناء على ممارستها لحقوقها ومظاهر سيادتها بإتخاذ إجراءات سواء بشكل مباشر أو غير مباشر يترتب عنها عرقلة النشاط الإستثماري وبالتالي نشوء نزاع بين الطرفين تعود أسبابه للدولة المضيفة كإتخاذها إجراءات وقرارات فردية (أولا) أو قيامها بالإستيلاء على الإستثمارات الأجنبية في شكل مشاريع عقود الطاقة (ثانيا) [2].

أولا: إتخاذ الدولة لإجراءات فردية :

إن الخصائص التي تتمتع بها عقود الطاقة المتمثلة في طول مدتها وتنفيذها على مراحل وكذا بإختلاف وتنوع أشكال هذه العقود (عقود إمتياز، مشاركة...) وبإختلاف نوع ومصدر الطاقة محل العقد وخاصة التقليدية منها والتي تتعلق في أغلب الأحيان بإستغلال الثروات الباطنية كالغاز والبترول وإرتباط هذه العقود بخطط التنمية الإقتصادية التي تتبعها الدولة المضيفة، بالإضافة إلى كونها ذو علاقة

[1] – رضوان ربعية ، "فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم" ،أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2019 – 2020، ص 234.

[2] – سمية صخري، المرجع السابق، ص 209.

مباشرة بمختلف المجالات الأخرى السياسية والتشريعية وحتى الاجتماعية[1] ولهذه الأخيرة سلطات وإمتيازات سيادية على إقليمها تمكنها من القيام ببعض الإجراءات، كالإستيلاء على أموال الأجانب الموجودة فوق أراضيها كمظهر من مظاهر السيادة التي تتمتع بها، وتهدف إلى حرمان المستثمر من الفوائد المالية وحقوقه بشكل مباشر أو بأخر، وتتعدد هذه الإجراءات وتأخذ عدة أشكال تتبعها الدولة المضيفة للإستيلاء على المشاريع الإستثمارية الطاقوية، أهمها التأميم والمصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة.[2]

1 – التأميم:

يعود ظهور التأميم إلى مرحلة إنتشار الأفكار الإشتراكية في عدد من دول العالم، ويرجع أول تطبيق له إلى عام 1917 في المكسيك وروسيا، وأصبح اللجوء إلى التأميم شائعا في كل الدول على الرغم من إختلاف أنظمتها الإقتصادية والسياسية ... تحت مبدأ سيادة الدولة على مواردها الطبيعية وبذلك أصبح حقا مشروعا من حقوقها القانونية التي لا يمكن إنكارها.[3]

وفي هذا الإطار نجد الأمم المتحدة في المادة4 من قرارها رقم 3201 بتاريخ 01 -05-1974 أكدت على حق كل دولة أن تؤمم مواردها، ولا يجوز إخضاعها لضغوط اقتصادية و سياسية لمنعها من ممارسة هذا الحق.[4]

ويعرف التأميم بأنه نقل للممتلكات الخاصة للأفراد لصالح القطاع العام من أجل إستغلالها وتحقيق

---

[1] – لما احمد كوجان ،" التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن" منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008،ص 101.

[2]– نصر الله، عمورة محمد الشريف، " التحكيم في عقود البترول"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة،الجزائر،2017-2018، ص20.

[3] – سمية صخري، المرجع السابق، ص 211- 212.

[4] – سمية صخري، المرجع نفسه، ص 214.

المنفعة العامة، ويكون هذا بموجب القانون، مع وجوب تقديم تعويض عادل بالتالي هو وسيلة تؤدي إلى سيطرة الدولة على وسائل الإنتاج لتصبح ملكا للدولة.[1]

وعرفه هارون مهدي "هو إجراء قانوني تقوم به الدولة بغرض فرض سيطرتها على المشروعات الخاصة وطنية كانت أو أجنبية تجسيدا للصالح العام والمنفعة العامة الوطنية "[2]، وقد إنصبت معظم التعريفات الأخرى على المضمون نفسه بحيث عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " الإجراء الذي يراد به نقل لملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكا للجماعة تحقيقا لضرورات اجتماعية و إقتصادية وذلك مقابل تعويض أصحاب هذه الحقوق المؤممة ".[3]

هذا وتطرقت العديد من التشريعات والقوانين لظاهرة تأميم الإستثمارات الأجنبية من بينها المشرع الجزائري عندما ذهب إلى وضع إجراءات تحد من عدم التأميم، مثله مثل مجموعة من التشريعات فنجده قد تطرق لمسالة التأميم في المادة 687 من القانون المدني التي تنص على أنه: " لايجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات الملكية والكيفية التي يتم التعويض بها يحددها القانون".[4]

ومن أشهر التأميمات الخاصة بالصناعة البترولية نأخذ الجزائر كنموذج حيث باشرت سياسية التأميمات في مجال المحروقات بداية من سنة 1967 وانتهت سنة 1971 بتأميم الشركات الفرنسية

[1]- عباس عنيد غانم، " الضمانات ضد المخاطر غير التجارية المقدمة للمستثمر الأجنبي في القانون "، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، العراق، المجلد الثامن، ع 2، 2017، ص 403-404.

[2]- رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 243.

[3]- عباس عنيد غانم، المرجع السابق، ص 403.

[4]- أنظر إلى لأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،ج،ج ر ج ج ، عدد 78 المعدل والمتمم.

العاملة في هذا المجال[1]، و قيام ليبيا بتأميمها للبترول أيضا قد بدأ سنة 1971، و تم بموجب القانون الصادر في1973، وقيام إيران بتأميم بترولها الذي كانت تستغله شركة البترول الأنجلو إيرانية سنة 1951.[2]

وعلى كل حال يعد التأميم أحد الإجراءات السياسية الخطيرة التي تتعرض لها الإستثمارات الأجنبية وهو سبب مباشر من أسباب نشوء النزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر في عقود الطاقة.

2 – المصادرة

تعرف المصادرة على أنها عقوبة، أو إجراء ذو طابع جزائي، تستولي بمقتضاه الدولة على ملكية أو أموال أحد الأشخاص، بسبب مخالفته للقانون أو النظام العام، مع إنتفاء عنصر التعويض ويتخذ هذا الإجراء من قبل السلطة القضائية أو التنفيذية وفي كلتا الحالتين يكون إستنادا لنص قانوني[3]، ولعل مايميز المصادرة أنها دون تعويض و ترد على المنقولات، إذ لا يتصور ورودها على العقارات.[4]

ويجدر الذكر أن المصادرة نوعين، مصادرة إدارية وأخرى جنائية، وبالرجوع إلى قانون الإستثمار الجزائري رقم01-03 الملغى نجده قد نص على المصادرة الإدارية، وذلك في المادة 16 منه حيث نصت على مايلي " لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ...".[5]

[1] – علة عمر، " حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي "دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير، كلية لحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008، ص 90.

[2]– سمية صخري، المرجع السابق، ص 216- 217.

[3] – سمية صخري، المرجع نفسه، ص 229.

[4]– مسعودي يوسف، "عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر الغير تجارية" ،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة احمد دراية أدرار ، المجلد الثاني، ع9، 2018، ص 696.

[5]– انظر إلى الأمر الملغى رقم 01-03، مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار .

وفي هذا السياق نجد أيضا إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ،التي صادقت عليها الجزائر في المادة 1/18 منها قد نصت على مايلي : "يغطي التامين الذي توفره المؤسسة ... الخسائر المترتبة على... إتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على إستثماره وعلى الأخص المصادرة ...)[1]، وبهذا تعد سبب من أسباب منازعات الإستثمار إذا لم يستند صدورها إلى قانون أو حكم بات.

3 – نزع الملكية للمنفعة العامة :

عرفها الفقه بأنها " تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام...."[2]، ويمكن تعريفه أيضا بأنه وسيلة تتخذها الدولة لحرمان مالك العقار أو المشروع الإستثماري من ملكه جبرا، وذلك لتحقيق المنفعة العامة، مع دفع تعويض لصاحب الملكية الخاصة الذي تضرر بموجب هذا القرار، ويمكن القول أنه إجراء له طابع إستثنائي يرتبط بالإمتيازات المتمتعة بها السلطة العامة، ويرد على العقارات بصفة خاصة، لأن المنقولات لا يمكن نزع ملكيتها.[3]

وعرفته محكمة النقض المصرية على أنه:"حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان...".[4]

كما إتجه المشرع الجزائري إلى الأخذ بإجراء نزع الملكية للمنفعة العامة وذلك في المادة 20 من دستور 1996 الملغى حيث نصت على ما يلي: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه

---

[1]– حسين نوارة، " الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 16 ماي 2013 ، ص 51.

[2]– مسعودي يوسف ، المرجع السابق ، ص 695 .

[3]– قرميط إكرام، عبود أميمة ،" الوسائل القانونية للوقاية من منازعات عقود الإستثمار "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2020– 2021، ص 20–22.

[4] – حسين نوارة، المرجع السابق، ص 45.

تعويض قبلي عادل ومنصف".[1]

والملاحظ أن هذه الإجراءات مستمدة ومبنية على حق الدول في سيادتها على إقليمها وثرواتها الطبيعية، التي أقرها القانون الدولي العام، و إعترفت بها مختلف الاتفاقيات كحق للدولة المضيفة لكنها قيدتها بشروط، وعليه فإن مباشرة الدولة المضيفة لأحد هذه الإجراءات دون أن يجيز لها القانون، أو دون التقيد و إتباع الشروط اللازمة، يعتبر سببا مباشرا لنشوء نزاع بين طرفي العقد.[2]

ثانيا : قيام الدولة بأحداث تغييرات في تشريعاتها:

قد تقوم الدولة المضيفة بعدة تصرفات من شانها أن تمس بصاحب المشروع الطاقوي وحقوقه وكذا مصالحه من بينها، قيام هذه الأخيرة بتعديلات على مستوى قوانينها وتشريعاتها الوطنية، و التي قد تمتد لتشمل في بعض الأحيان قوانين لها علاقة بالمشروع الإستثماري بشكل مباشر أو غير مباشر كقانون المالية والبيئة والقانون الضريبي...[3]، وعلى كل حال يحق لكل دولة القيام بالإلغاء أو التعديل في قوانينها، إذا رأت أن هذه التغييرات تحقق الصالح العام من جهة، ومادامت لا تمثل إخلالا بأحد التعهدات الدولية من جهة أخرى، لكن ما يدعو للنزاع هو أن الدولة بتحديثها وتعديلها لقوانينها قد يحدث وأن تخالف إلتزامات تعاقدية أبرمتها مع المستثمر التي تتمثل فيما يسمى بشرط الثبات الشريعي(شرط الاستقرار التشريعي)، والذي يهدف إلى منع الدولة كسلطة تشريعية من التغيير في قوانينها، أو تتعهد بموجبه بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد الإستثماري.[4]

---

[1]- قرميط إكرام، المرجع السابق، ص 21.

[2]- عبابسة محمد، " أسباب منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر وإشكالية الحماية الدولية للمستثمر " ، مجلة الدراسات الحقوقية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولاي الطاهر، سعيدة ، المجلد 8 ، ع 1، ماي 2021 ص 1054.

[3] - نصر الله، عمورة محمد الشريف، المرجع السابق ، ص 19.

[4]- سمية صخري، المرجع السابق، ص 195 ، 196.

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بسبب تدخل المستثمر

ترتب عقود الاستثمار في مجال عقود الطاقة كسائر العقود التزامات على طرفي العقد، وأي إخلال بهذه الأخيرة يؤدي حتما إلى نشوء منازعات بين أطراف العقد، وقد تطرقنا فيما سبق إلى الأسباب التي تجعل من الدولة المضيفة مخلة بإلتزاماتها مما يتسبب في وقوع خلافات و نزاعات، لكن لا يمكن إسناد قيام هذه النزاعات دائما من طرف الدولة المضيفة بقيامها بإجراءات فردية تمس حقوق المستثمر بل قد تكون في كثير من الأحيان ناتجة عن خرق المستثمر (محلي – أجنبي) لإلتزامات جوهرية مفروضة عليه بموجب العقد[1]، والتي هي حق للدولة المضيفة للإستثمار، وتتعدد هذه الإلتزامات وتتنوع وهي عدم التزام المستثمر بالإعلام والإخبار حول المشروع الاستثماري(أولا) ونقل التكنولوجيا وتدريب العمالة المحلية (ثانيا) وكذا الالتزام بحماية البيئة (ثالثا).[2]

أولا : إخلال المستثمر بالتزامه في الإعلام والإخبار

يعد الإلتزام بالإعلام والإخبار وكذا الحصول على كافة المعلومات التي تحيط بالمشروع الإستثماري لعقد الطاقة حق من حقوق الدولة المتعاقدة، بحيث تسعى هذه الأخيرة بشكل مستمر ودائم، على مراقبة ومتابعة هذه المشاريع، لكونها مرتبطة بشكل مباشر بإقتصادها وبخطط التنمية للدولة المضيفة ويمكن تعريف هذا الإلتزام على أنه :(الواجب الذي يؤديه المستثمر من خلال إيداع مختلف الوثائق والتقارير والمستندات الدورية لدى الجهات المختصة في الدولة فتصبح ملكا لها)[3]، وهذا يعني أننا لسنا بصدد إلتزام واحد فقط، بل يمكن القول بأنها مجموعة من الإلتزامات تتمثل في منح المستندات

[1]– كركوب هشام، " عقود الشراكة الدولية المبرمة بين الشركات الجزائرية والأجنبية في إطار الاستثمار "، رسالة دكتوراه في القانون الدولي العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 2016، ص 110 ، 111.

[2]– عبابسة محمد، المرجع السابق، ص 1054.

[3]– قرميط إكرام، عبود اميمة، المرجع السابق، ص 31.

والأوراق والخطط والوثائق، مع تقديم تقارير دورية لسير المشروع وحالته لفائدة الدولة.[1]

ويجد هذا الإلتزام مصدره في عقد الإستثمار الطاقوي، وكذا التشريعات الوطنية المتعلقة بالإستثمار، ويمكن النص على هذا الإلتزام في عقد الإستثمار تحت طائلة الفسخ ، إذا تم الإخلال به ومخالفته.[2]

وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري على هذا الإلتزام في المادة 15 من القانون رقم 18/22 المتعلق بالإستثمار على مايلي:" يجب على المستثمر أن يلتزم بما يأتي: .... شفافية المعلومات المحاسبية والجبائية والمالية ....تقديم كل المعلومات الضرورية التي تطلبها الإدارة لمتابعة وتقييم تنفيذ أحكام هذا القانون".[3]

وأيضا المادة 32 في الفقرة3و4 من القانون رقم 16-09 الملغى والمتعلق بترقية الإستثمار والتي نصت على مايلي: ".... يلزم المستثمر بتقديم المعلومات المطلوبة إلى الوكالة.... تحدد كيفيات جمع المعلومات عن تقدم المشاريع وإلتزامات المستثمرين بعنوان المتابعة وكذا العقوبات في حالة الإخلال بالإلتزامات المكتسبة مقابل المزايا الممنوحة عن طريق التنظيم ".[4]

ثانيا:إخلال المستثمر بالتزامه بنقل التكنولوجيا وتدريب العمالة المحلية

من بينها إلتزامه بنقل التكنولوجيا، و يعد هذا الأخير من أهم الإلتزامات المترتبة بموجب عقد

[1]- رضوان ربعية، المرجع السابق، ص251.

[2]- أيت يوسف نعيمة، "الطبيعة القانونية لعقود الدولة في مجال الاستثمار" مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2020 ، ص 54.

[3]- قانون رقم 18/22 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق 24 يوليو سنة 2022 يتعلق بالاستثمار، ج.ر.ج.ج ، ع 50 الصادرة بتاريخ 28 يوليو سنة 2022 .

[4]- القانون الملغى رقم 09/16 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج ،ع 46 الصادرة بتاريخ غشت سنة 2016.

الإستثمار وذلك نظرا لضخامة هذه المشاريع وكذا لطول مدة العقد، ويتمثل في نقل المعرفة والخبرة الفنية ... ويعد هذا الإلتزام في الغالب خاص بالإستثمارات الأجنبية دون المحلية، وهذا راجع للإفتقار للتكنولوجيا و التقنيات الحديثة، ما جعل الدولة المضيفة تسعى لجلب الإستثمارات الأجنبية و العمل على إدراج هذا الإلتزام في كل عقود الطاقة متى أمكن ذلك، وتوطين التكنولوجيا الوافدة مع تلك المشاريع[1]، بالإضافة لما سبق يلتزم المستثمر ويتعهد بموجب العقد على تدريب العمالة الوطنية وتكوين المهارة الفنية والمعرفة لهؤلاء الأشخاص ومدهم بأحدث التقنيات، كتدريس الخبرة الهندسية أو تشغيل وتركيب الآلات والأجهزة، وتقديم كافة المعلومات، حتى يتسنى للدولة المضيفة التعرف على هذه الأجهزة وتنقل ملكيتها إليها [2]، وتهدف الدولة من خلال هذا الإلتزام على إحلال العمالة المحلية محل العمالة الأجنبية على المدى البعيد، مما يساهم في توفير مناصب شغل والتخلص من البطالة وغيرها من معيقات التنمية.[3]

كما ترى الفقيهة حفيظة السيد حداد :(أن إلتزام المستثمر بتدريب العمالة المحلية وتحقيق إندماجها في العمليات الفنية المتطورة إلتزام بتحقيق نتيجة لا يعتبر مجرد بذل عناية، إذ لا يمكن للمستثمر التنصل منها و دفع المسؤولية عنه).[4]

لذا فإن إخلال المستثمر بهذا الإلتزام ينتج عنه لا محالة خلاف ونزاع بين المستثمر والدولة المضيفة نظرا لكون هذا الخرق يمس بمصالح هذه الأخيرة.[5]

[1] – قرميط إكرام ،عبود أميمة، المرجع السابق، ص32.

[2]– رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 249.

[3] – ايت يوسف نعيمة، المرجع السابق ، ص 55.

[4] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 249 –250.

[5] – قرميط إكرام، عبود اميمة، المرجع السابق، ص 33، 34.

ثالثا : عدم إلتزام المستثمر بحماية البيئة

لا جدال أن عقود الإستثمار الطاقوية تعد بمثابة عنصرا محوريا، وشريان الحياة الاقتصادية ومن المقومات الإقتصادية التي تحقق العديد من المزايا والمكاسب[1]، لكن هذا ليس على حساب البيئة بكل ما تشتمل عليه من كائنات حية و موارد طبيعية، ولهذا سعت مختلف الدول لإدراج البعد البيئي كمعيار في تخطيط وتنفيذ المشاريع الإستثمارية، بحيث نصت المادة 03 من قانون الإستثمار على أنه: " تنجز الإستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل إحترام القوانين والتنظيمات المعمول بها لاسيما المتعلقة بالبيئة ... وبصفة عامة بممارسة النشاطات الإقتصادية ".[2]

لذا نرى أغلب عقود الاستثمار تلزم المستثمر وتشدد على التقيد بحماية البيئة وإحترام القوانين الخاصة بها، وإتجهت جميع الدول لإدراج المعايير البيئية في النشاطات الإستثمارية، ضمن قوانينها الداخلية نظرا إلى الأضرار التي يمكن أن تخلفها على المحيط والبيئة [3]، وفي هذا السياق نصت المادة 15من القانون رقم 22-18 على مايلي :(يجب على المستثمر .... السهر على إحترام التشريع المعمول به والمعايير لاسيما منها تلك المتعلقة بحماية البيئة ....).[4]

لذلك متى ثبت وجود تلوث بيئي ناتج عن المشروع الإستثماري، يؤدي بطبيعة الحال لإثارة نزاع بين طرفي العقد الإستثماري، نتيجة لخرق التزام المستثمر المتمثل في حماية البيئة[5]، وهو يشمل كل من عقود الطاقة التقليدية بالأخص وبعض العقود الطاقة المتجددة بشكل أخف.

---

[1] – حميدة جميلة، "إدراج البعد البيئي في القانون الجديد للاستثمار –دراسة على ضوء المادة الثانية من القانون 09/16 "، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية ،جامعة لونيسي علي البليدة 02 ،ع 4 ،جانفي 2015 ،ص13.

[2] – بلكعيبات مراد،" التزام المستثمر بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في الجزائر"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي، الاغواط، المجلد السادس،ع2، 2022، ص 1278، 1281.

[3] – بلكعيبات مراد، المرجع السابق، ص1284.

[4] – قانون رقم 18/22، يتعلق بالإستثمار، سالف الذكر.

[5] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 247.

المطلب الثاني: المنازعات الناشئة لأسباب غير إرادية في عقود الطاقة

نظرا لكون عقود الاستثمار بصفة عامة، وعقود الطاقة بصفة خاصة، عقود يتطلب انجازها وتنفيذها فترات زمنية طويلة، مما يجعلها عرضة للتأثر بالكثير من التغييرات والأحداث السياسية والإقتصادية وحتى الإجتماعية، والتي من شأنها أن تحول دون تنفيذ العقد، و تتمثل هذه الأحداث في تلك الظروف الإستثنائية الغير مألوفة، والتي عادة ما تكون نادرة الوقوع، تجعل الموجب العقدي مستحيلا، كما في حالة القوة القاهرة (الفرع الأول)، لكن هناك حالات أخرى تجعل من الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا فإنه يكون مرهق لأحد الأطراف ويهدده بخسارة فادحة والمتمثلة في مايسمى بالظروف الطارئة (ثانيا).[1]

الفرع الأول: القوة القاهرة كسبب منشأ لمنازعات عقود الطاقة

قد يطرأ على مشروع الطاقة إجراءات خارجية يستحيل توقعها، تتسبب في منع أحد الطرفين من تنفيذ إلتزامه العقدي ،وعموما هي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى نشوء النزاعات في العقود الطاقوية، نتيجة للإستحالة المطلقة في تنفيذ بعض أو كل الإلتزامات الجوهرية في العقد، وللإحاطة بهذه الحالة والتعرف عليها وجب علينا التطرق إلى ماهيتها و مضمونها (أولا) ثم التعرف على شروطها

أولا : المقصود بالقوة القاهرة ومضمونها

1- التعريف الفقهي والقضائي

عرفها بعض من رجال الفقه بأنها حادث غير متوقع، لا يد للشخص فيه ولا يجوز دفعه وتترتب عليه أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا.[2]

[1] – لما احمد كوجان ، المرجع السابق، ص 86.

[2] – نصر الله ، عمورة محمد الشريف، المرجع السابق، ص17.

وعرفها الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنها " أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا دون أن يكون هنالك خطأ في جانب المدين ".

كما عرفها الفقيه الفرنسي Dévouer Mandil بأنها "كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة المدين ولا يكون باستطاعة هذا المدين توقعها أو حدوثها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلق الوفاء بإلتزامه".[1]

2- التعريف التشريعي و القضائي

وتعتبر حالة القوة القاهرة مبدأ مسلم به لما لها من تأثير كبير على حياة العقد، بحيث إعترفت ونصت عليه العديد من التشريعات والتنظيمات، وفي هذا الشأن نجد المشرع الفرنسي قد أشار إليها في المادة 1148 من ق.م. الفرنسي حيث نصت على مايلي :(لا محل لإلتزام المدين بالتعويض إذ سبق القوة القاهرة أو حادث فجائي في منع المدين من أداء الإلتزام الذي تعهد به)[2].

وقد أخذ بها مجلس الدولة لفرنسي حين سمح لشركة الغاز في مدينة بوردو برفع سعر التوريد نظرا لوجود ظرف إستثنائي والمتمثل في الحرب وذلك في الحكم الصادر بتاريخ(30 يوليو 1916).[3]

وعلى صعيد التشريع الجزائري نجده قد نص عليها في المادة 5 من قانون المحروقات 05-07 المعدل والمتمم بموجب القانون 03-01 المؤرخ في 20 -02- 2013 وعرفها بأنها: (كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد إلتزاماته التعاقدية أو العديد منها أنيا أو نهائيا غير ممكن).[4]

---

[1] – أوليدي موسى، قادري عبد الرزاق، " أثر القوة القاهرة في العقود الدولية "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017-2018 ، ص 10.

[2] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 256.

[3] – كركوب هشام، المرجع السابق، ص 103.

[4] – عبابسة محمد، المرجع السابق، ص 1049.

وأشار لها كذالك في المادة 127 من ق.م.ج، حيث نصت على مايلي : " إذا اثبت الشخص أن الضرر لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة....، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق على غير ذلك ".[1]

ونشير أيضا في هذا الصدد، إلى ما أخذت به محكمة النقض المصرية، من حيث أن القوة القاهرة هي كل حدث غير مستطاع التوقع، حتى من جانب أشد الناس يقظة، أي أنه وجب أن تكون عدم إمكانية التوقع مطلقة، وقت إبرام العقد.[2]

ومن خلال ما تقدم، نستخلص أن القوة القاهرة حدث لايمكن توقع حدوثه، يترتب عنه إستحالة تنفيذ الطرف المتعاقد لإلتزامه إستحالة مطلقة، مما يؤثر سلبا على حياة العقد الإستثماري وهو ما لا يحبذه أطراف هذا العقد، لذا يعمد هؤلاء على إدراج شرط القوة القاهرة في عقودهم والغرض منه هو تحديد المقصود بالقوة القاهرة أو أن يحددوا مسبقا الأحداث، وذلك من أجل محاولة التصدي ومواجهة هذه الظروف الإستثنائية في حالة وقوعها، لضمان إستمرارية هذه العلاقة العقدية بين الأطراف المعنية[3]، إلا أن ذلك لم يحل دون كثير من المنازعات الناتجة عن إعمال هذا الشرط.

ثانيا : شروط قيام القوة القاهرة

يستشف من ما تم تقديمه من مختلف التعاريف بخصوص حالة القوة القاهرة، أنه يجب توافر مجموعة من الشروط معا، حتى يتسنى لنا القول بأننا بصدد قوة قاهرة، والمتمثلة في شرط عدم إمكانية التوقع عند إبرام العقد، وعدم إمكانية الدفع، وكذا إستقلالية الحدث عن إرادة المتعاقدين.

[1] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 256.

[2] – أوليدي موسى، المرجع السابق، ص 10-11.

[3] – لما احمد كوجان، المرجع السابق، ص 78.

1- شرط عدم إمكانية توقع الحدث عند إبرام العقد

يشترط في الحادث حتى يعتبر من قبيل القوة القاهرة ،أن يكون غير متوقع ،ولا يخطر في الحسبان وقت إبرام العقد بمعنى أنه لا يوجد أي سبب يجعلنا نعتقد أنه سيحدث، و هذا مانصت عليه هيئة التحكيم في القضية رقم (2139)[1]، و بهذا يخرج من دائرة القوة القاهرة كل ظرف أو حدث محتمل أو كان من الممكن التنبؤ بوقوعه، فإذا كان من الممكن توقعه وقت إبرام العقد، فلا يمكن في هذه الحالة أن يحتج المتعاقد بوجود حالة القوة القاهرة أي ضرورة توفر عنصر المفاجأة.[2]

وفي هذا الصدد ينقسم الفقه إلى إتجاهين، الأول يأخذ بالمعيار الموضوعي لعدم التوقع والثاني بالمعيار الشخصي، بحيث يقوم المعيار الموضوعي في تقديره لعدم التوقع، على مقياس الرجل العادي الحريص الذي يأخذ بالحسبان الظروف المحيطة بالعقد، والتي نشأ في ظلها كعامل المكان والوقت والفصل في السنة، ويجب أن يكون عدم التوقع قائما لأي شخص أو مدين أخر، متى وجد في نفس الظروف التي وجد بها الطرف المتعاقد [3]، أما الاتجاه الأخر فقد ذهب إلى الأخذ بالمعيار الشخصي والذي يستند على إعتبارات شخصية (ذهنية، نفسية) لصيقة وخاصة بالمدين.

2 - شرط عدم إمكانية الدفع

حتى يتعين تحقق حالة القوة القاهرة ،لايكفي عدم إمكان توقع الحدث ،بل لابد أن يكون مستحيل الدفع والمقاومة، أي أن لايكون في طاقة المدين ، إتيان أي تصرف من شانه أن يدفع أو يتجنب به وقوع الحدث[4]، أو التغلب على نتائجه بأي وسيلة، مما يجعل من تنفيذ الطرف المتعاقد

[1] - سمية صخري، المرجع السابق، ص 234.

[2] - رضوان ربعية، المرجع السابق، ص257.

[3] - أوليدي موسى ، المرجع السابق، ص 17.

[4] - رضوان ربعية ، المرجع السابق، ص257.

(المدين) لإلتزامه مستحيلا إستحالة مطلقة، ولا تكون الإستحالة بالنسبة للمدين فقط بل تكون كذلك بالنسبة إلى أي شخص في موقف المدين.[1]

وفي هذا أكدت محكمة النقض المصرية "أنه يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها الإلتزام أن تكون أمرا لايقبل للمدين بدفعه أو التحرر منه ويترتب عليه إستحالة تنفيذ الإلتزام إستحالة مطلقة".[2]

وهو ما أخذت به أيضا مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص unidroit المتعلقة بالعقود التجارية الدولية من حيث ضرورة توافر هذا الشرط وذلك في المادة 7-1-7 منه، وأشارت إليه أيضا إتفاقيات التجارة الدولية في نص المادة 89 من إتفاقية فيينا بحيث تصف الحدث المعفي من المسؤولية بأنه الحدث الذي لا يمكن تجنبه أو تجنب عواقبه ...".[3]

وبهذا لا يعد من قبيل القوة قاهرة ما كان بوسع المدين دفعه و تلافيه، حتى ولو كان من غير الممكن توقعه.

3- شرط استقلالية الحدث عن إرادة المتعاقدين

و يطلق عليه أيضا شرط الخارجية، و يقصد به أن يكون الحدث المشكل للقوة لقاهرة خارج عن إرادة المدين، أي أن لايكون هناك خطأ صادر عن المدين ، أدى بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تشكيل حالة القوة القاهرة أو بما يؤدي إلى إستفحالها، وبمعنى أخر أن لا تكون ناجمة عن أفعال الطرف المتعاقد أو بسبب تقصيره و إهماله، أي وجوب انتفاء العلاقة السببية بين الحادث المسبب لحالة القوة القاهرة وفعل المدين .[4]

[1] – أوليدي موسى ، المرجع السابق، ص 19 .

[2] – سمية صخري ، المرجع السابق، ص 234 .

[3] – أوليدي موسى، المرجع السابق، ص 21.

[4] – أوليدي موسى، المرجع نفسه، ص 21.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى السبب الأجنبي وذلك في نص المادة 176 من ق.م بقوله "....
ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه .... ",[1]

وأيضا ما ورد بنص المادة 178 من ق.م.ج،: "..... كذالك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم".[2]

وتجدر الإشارة، إلى أنه عند القول بخارجية الحدث عن فعل المدين، فهذا لا يشمل ألا يكون من فعل ممن هم تحت رقابته ورعايته أو من فعل تابعيه وبالتالي نستخلص إلى أنه إذا تسبب المدين بوقوع الحادث أو ساعد على وقوعه، فلا يعد من قبيل القوة القاهرة، ولو توفر فيه الشرطان السابقان ومن ثم لا يعفي من المسؤولية .[3]

وفي ختام هذا الفرع نشير إلى أحد أبرز القضايا بخصوص القوة القاهرة، حيث تعود حيثيات هذه القضية، إلى إمتناع الشركة البولندية عن توريد كميات الفحم المتفق عليها مع الشركة الألمانية في المدة الزمنية المحددة، و ذلك لقيام الحكومة البولندية بإصدار قرار بمنع تصدير الفحم، و قضت محكمة التحكيم في هذا الشأن بإعفاء الطرف البولندي من إلتزاماته وفسخ العقد، نظرا لكون قرار الحكومة حدث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، وبالتالي يعد بمثابة قوة قاهرة.[4]

الفرع الثاني : الظروف الطارئة كسبب منشأ لمنازعات عقود الطاقة

قد تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد ظروف إستثنائية غير متوقعة، مغايرة تماما للظروف التي أبرم فيها

[1] – المادة 176، من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

[2] – المادة 178، المرجع نفسه.

[3] – أوليدي موسى، المرجع السابق، ص 22.

[4] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 263 .

العقد، من شانها أن تجعل من تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد أو أثقل عبئا أو أكثر كلفة، دون أن يصل إلى درجة عدم إمكانية التنفيذ وبالتالي نكون أمام ظروف طارئة تهدده بخسارة فادحة.[1]

وسنتطرق في هذا الصدد إلى المقصود بها وشروطها (أولا) و كذا إلى إمكانية تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة (ثانيا).

أولا : المقصود بالظروف الطارئة وشروطها

1 – المقصود بالظروف الطارئة

يمكن تعريفها على أنها حادث ذو صفة عامة، لا يمكن توقعه، لاحق على إبرام العقد، ينتج عنه إختلال بالتوازن الإقتصادي للإلتزامات العقدية للطرفين ، بالتالي يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا وشديد الخسارة لأحد الطرفين.[2]

كما قيل بأنها "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت... ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الإلتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلا ".[3]

كما عرفها عبد الحميد عثمان محمد بأنها " حوادث طارئة عامة، لم تكن متوقعة وقت التحمل بالالتزام العقدي المتراخي التنفيذ فتجعله مرهقا ".[4]

و عرفها أيضا كل HESS-FALLON Brigitte و MARIE SIMON-Anne بأنها حوادث

[1] – عبابسة محمد، المرجع السابق، ص 1050.

[2] – رضوان ربعية ، المرجع السابق، ص265.

[3] – سالم بن سلام بن حميد الفليتي، " أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية "، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، المجلد 2، ع 88، سنة 2019، ص 25.

[4] – دحمون أنيسة، بوزيد لويزة، " حدود القوة الملزمة للعقد ، الظرف الطارئ ، الشرط التعسفي"، مذكرة ماستر في القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س، ص 17.

غير متوقعة تطرأ بعد إبرام العقد، تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد إخلالا فادحا وأمثلة الحوادث حرب، أزمة .. ".[1]

كما توجهت العديد من التشريعات إلى ترسيخ وتبني هذه النظرية، من بينها المشرع المصري بحيث نص ق.م.م رقم 131 لسنة 1948 على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين ... ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي ... صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي .... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ".[2]

أيضا توجه المشرع الجزائري إلى تبني هذه النظرية وذلك في المادة 107 من ق.م.ج والتي نصت على مايلي : ".... إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة".[3]

وكان أول من تبنى هذه النظرية كان مجلس الدولة الفرنسي وذلك في الحكم الذي أصدره بتاريخ 30 مارس 1916، ومفاده أنه إذا وجدت ظروف تخل التوازن العقدي اختلالا جسيما، ولم يكن بالإمكان توقعها، أن تساهم جهة الإدارة في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد وذلك في القضية المشهورة لشركة غاز بوردو، التي حصلت على عقد امتياز لتوريد الغاز والكهرباء،لكن بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، قامت الحرب العالمية الأولى وإرتفع سعر الفحم إرتفاعا فاحشا والذي هو مصدر صنع الغاز و الكهرباء، وهذا لا يجعل من تنفيذ إلتزامها مستحيلا، لكن أصبح تنفيذه مرهقا

[1] – دحمون أنيسة، المرجع السابق، ص 17.

[2] – سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص 23.

[3] – المادة 107 من القانون المدني، سالف الذكر.

حد الخسارة الشديدة، ولهذا السبب طالبت السلطة المانحة للإلتزام بتعديل العقد.[1]

2 – شروط قيام الظروف الطارئة:

تتفق نظرية الظروف الطارئة مع نظرية القوة القاهرة فيما يخص شروط قيامها، ألا وهي وجوب توفر شرط عدم توقع الحدث وعدم القدرة على دفعه أي ضرورة وجود عنصر الفجأة، ونجد كذال كشرط خارجية الحدث عن إرادة المتعاقدين، إلا انه يقع الاختلاف من حيث تأثير الحدث أو الواقعة على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، إذ يترتب على حالة القوة إستحالة تنفيذ الإلتزام العقدي، بينما حالة الظروف الطارئة فإنها تجعل من تنفيذ هذا الإلتزام مرهقا للمدين ويهدده بتحمل خسارة فادحة وهو ما يشكل لنا الشرط الثالث لإعمال نظرية الظرف الطارئ [2]، وسنقوم بعرض هذه الشروط كما يأتي:

أ – أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه:

يقصد بهذا أن تكون الأحداث التي من شانها أن تشكل حالة الظروف الطارئة تتصف بأنها إستثنائية، أي وقائع نادرة الحدوث ولم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، كذلك كان من غير الممكن للمدين أن يجابه ذلك الحدث أو يتفاداه ببذل جهد معقول.[3]

ب – شرط الخارجية الظرف عن إرادة الأطراف:

أي أنه وجب أن يكون الحدث خارج عن إرادة المدين، ولا ينتج عنه إهماله أو تقصيره أو تسبب بوقوعه بشكل مباشر أو غير مباشر وإلا انتفت حالة الظرف الطارئ، كما يشترط أن يكون الحدث عاما لا يخص المدين فقط.[4]

---

[1] – ربعية رضوان، المرجع السابق، ص 265، 266.

[2] – دحمون أنيسة، المرجع السابق، ص 28،29.

[3] – إقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص 135– 136.

[4] – ربعية رضوان، المرجع السابق، ص 267.

ج – أن يكون تنفيذ العقد مرهقا:

يقصد بالإرهاق وجود صعوبة وعسر في تنفيذ المدين لإلتزاماته العقدية نتيجة ظهور حالة إستثنائية لم يكن بالوسع توقعها[1]، بحيث يؤدي إجباره على التنفيذ إلى إمكانية إفلاسه أو على الأقل تلحق به خسارة فادحة تخرج عن المألوف.[2]

ثانيا: تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة

قد سبق وأشرنا أن الظروف الطارئة هي عبارة عن أحداث غير مألوفة وغير متوقعة، تجعل من تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته العقدية أمر شاق يهدده بخسارة فادحة، مما تتسبب بشكل ملحوظ في الإخلال بتوازن الأداءات العقدية[3]، فقد يتفق الأطراف على شروط العقد لكن بمرور مدة زمنية أثناء تنفيذ العقد، تظهر إعتبارات ووقائع سياسية أو اقتصادية ...، تؤثر على حياة العقد ولهذا السبب يكون التعديل هو الحل الأمثل لإعادة التوازن العقدي، لذا في أغلب الأحيان يتجه المتعاقدون على الإتفاق بشكل مسبق على وضع شروط تسمح بإعادة التفاوض وتجديد النظر في بنود العقد ومقوماته مرة أخرى.[4]

ونظرا للأهمية البالغة لهذا الشرط فقد ورد في المادة السادسة من مبادئ توحيد عقود التجارة الدولية كما يلي " في حالة وجود شرط تغير الظروف الاقتصادية يجوز للطرف المتضرر أن يطلب إعادة التفاوض ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وان يكون مسببا ".[5]

[1] – ربيعة رضوان، المرجع السابق، ص 268.

[2] – دحمون أنيسة، المرجع السابق، ص 16.

[3] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 268-269.

[4] – لما احمد كوجان، المرجع السابق، ص 88.

[5] – بوخالفة عبد الكريم، "شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية "، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، م 01، ع 03، ديسمبر 2019، ص 180.

ويمكن تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه: " بند يتفق عليه الأطراف في العقد التجاري الدولي لغرض إعادة الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة بنود العقد عند حدوث تغيرات في الظروف الخارجة عن إرادتهم وتوقعاتهم التي يكون من شأنها أن تحدث إختلالا في التوازن العقدي وإضرار بأحد الأطراف عند الإستمرار في تنفيذ العقد ".[1]

وعرفه أيضا الأستاذ oppetit على أنه " إتفاق الأطراف على إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم الاتفاق عليه عند التعاقد، مما قد يخل ويسبب أضرار لأحد المتعاقدين ".[2]

بالتالي يهدف هذا الشرط بالدرجة الأولى على المحافظة على التوازن الإقتصادي للعقد عن طريق تعديل أحكام وبنود هذا الأخير بالتالي يعطي فرصة لهذا العقد بالإستمرار.[3]

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ سامي منصور " إن التوازن العقدي قلما يتحقق واختلال التوازن العقدي هو الذي يتحقق في العادة ولكن يشترط أن يكون إختلالا مألوفا في التعامل ...، فهناك أعباء عادية تفرضها طبيعة العقد أو تفترضها الإرادة العقدية ... وفي هذا الإطار يبقى عنصر الثبات مستقرا في التعاقد لا يمس ...، ولكن إن يتجاوز العبء ما هو مألوف أو عادي على ضوء طبيعة العقد وظروف التعامل، هو مايطرح مسألة إمكانية المساس بعنصر الثبات في العقود وبقاعدة إستقرار التعامل، عندما يصدر عن حادث فجائي، تتجاوز نتائجه التقدير المعقول، فالحادث الفجائي بذاته ليس مصدرا لطرح المسألة، ولكنه يصبح كذلك عند إقترانه بنتائج هامة تنعكس سلبا على التوازن المفترض بين الموجبات ".[4]

[1] – رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 270.

[2] – بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 180.

[3] – بشار محمد الأسعد، "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص306.

[4] – لما احمد كوجان، المرجع السابق، ص 87.

ومن تطبيقات هذا الشرط نجد المادة 39 من العقد المبرم بين جمهورية مصر والهيئة المصرية للبترول وشركة "ريسول اكسبلور ايجبتد أس إيه"، وشركة "موبيل اكسبلوريشن ايجيبت انك"، نصت على أنه: " في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو لائحي يؤدي إلى إنتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوما للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات".[1]

وأيضا العقد المبرم بين غانا وشركة "دشل" المبرم سنة 1924 لإكتشاف وإنتاج البترول والذي أقر حق الأطراف في مراجعة العقد في حالة تغير الظروف المتعلقة بصناعة البترول وتسويقه.[2]

كذالك الجزائر التي لجأت إلى إعادة التفاوض في قضيتها مع المؤسسة المغربية البترولية لحل نزاعهما البترولي والتي طرحت أمام غرفة التجارة الدولية cci تحت الرقم 3344، وفي قضية أخرى بين الشركة الأمريكية ANADAKO ، والتي كانت في عقد استغلال للبترول مع شركة سونطراك، و كان قد ثار النزاع بسبب فرض الجزائر لضريبة جديدة وذلك بموجب القانون06-10 المتعلق بقانون المحروقات الملغى، وعلى إثرها باشر الطرفان مفاوضات خلصت إلى إتفاق مشترك بتعديل بعض أجزاء العقد.[3]

وبهذا يعد شرط إعادة التعديل أو التفاوض أحد أهم الوسائل لفض النزاعات التي تطرأ خلال عملية تنفيذ العقد، بحيث يمكن الأطراف من الإستمرارية بالعقد دون إختلاله أو فسخه، بالإضافة إلى تحقيق العدالة بين المتعاقدين و الحفاظ على إستقرار المعاملات.[4]

[1] – بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 185.

[2] – سمية صخري، المرجع السابق، ص 239.

[3] – بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص –186-185.

[4]– دحمون أنيسة، بوزيد لويزة ، المرجع السابق، ص 60.

المبحث الثاني: الشروط التعاقدية الخاصة بعقود الطاقة

إن العلاقة التعاقدية كما هو معروف ومتداول تقوم على حقوق و التزامات بين أطراف العقد هذا بالنسبة إلى العقود التي تبرم بين أطراف خاصة، لكن الأمر يختلف عندما تكون الدولة طرف في هذا العقد أو أحد أجهزتها الإدارية بإعتبارها تملك قوة تستطيع من خلالها إصدار أحكام و قوانين وتشريعات جديدة غير التي كانت قبل إبرام العقد، وذلك خدمة لمصلحتها فيؤثر ذلك على العقد فيقلب التوازن التعاقدي فيوجه العقد إلى مصلحتها على حساب المستثمر الذي قد يلحقه ضرر من جراء هذه التعديلات الجديدة[1] وكل ذلك دفع المستثمر إلى وضع شروط تعاقدية لحماية نفسه من المخاطر التي قد تطرأ على العقد باعتبار أن الدولة تتمتع بسلطة تشريعية ومجموعة من المزايا على عكس المستثمر، كما عملت الدولة على وضع هذه الشروط في العقد لتشجيع وإستقطاب الاستثمار وتدفق رؤوس الأموال، و على الرغم من وجود العديد من الشروط التعاقدية التي يمكن للأطراف الإتفاق عليها إلا أننا إخترنا الحالات الأبرز والأكثر تقنية والتي بحد ذاتها تطرح إشكالات قانونية، ونظرا لأهميتها سنتطرق لدراستها في مطلبين (المطلب الأول) تحت عنوان شرط الثبات التشريعي باعتباره آلية من آليات الحماية ولما له من دور في تجميد القوانين ومنع إلغائها أو تعديلها بشكل يضر بالعقد أو بالالتزامات أو الحقوق التي يحملها، كذلك في (المطلب الثاني) نجد شرط المظلة و الذي يجعل من التعهدات غير قابلة للتعدي.[2]

المطب الأول: تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الطاقة

يعد شرط الثبات التشريعي أو عدم المساس من أهم الشروط المعروفة في عقود الدولة، لأنه يشكل

[1] – بودالي منية، بوحارة لامية، " عقود الاستثمار في القانون الخاص " ، مذكرة ماستر، كية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2015، ص 49.

[2] – أيت يوسف نعيمة، المرجع السابق، ص 2.

أهم ضمان قانوني في العلاقة الإقتصادية وإدخال هذا الشرط في عقود الطاقة يعمل على كبح تسلط الدولة في سن قوانين جديدة تسري على العقد ويجعل المستثمر في أمان من هذه الأخيرة.[1]

لذلك جاء هذا الشرط لحماية مصلحة المستثمر الأجنبي، لأنه يشكل أهم ضمان قانوني له وبهذا الخصوص سنقوم بتعريف شرط الثبات التشريعي (الفرع الأول) ومن ثم سنعرض الآثار القانونية لهذا الشرط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بشرط الثبات التشريعي

إن فكرة شرط الثبات التشريعي تعد من أهم لضوابط التي أوجدتها مشاريع عقود الطاقة والإستثمار، وهي الضمانة التي يتم الذهاب إليها للحد من سلطة الدولة المضيفة من ممارسة امتيازاتها في تعديل أو إلغاء القوانين و التشريعات الداخلية لهذه الدولة ،والتي تمس بالعقد الإستثماري بشكل مباشر أو غير مباشر، بالتالي تم إدراج هذا الشرط كآلية لمجابهة هذه التغييرات.[2]

أولا : تعريف شرط الثبات التشريعي وطبيعته

1- مفهوم شرط الثبات التشريعي :

هو ذلك الشرط الذي يهدف إلى غل يد الدولة عن تعديل قوانينها التي قد تحكم العقد لمصلحتها على نحو يؤدي إلى إخلالها بالعلاقة العقدية.[3]

وتم تعريفه أيضا على أنه ذلك الشرط التعاقدي الذي يعمل على تجميد أحكام العقد وذلك من

[1] - سمية صخري، المرجع السابق، ص 196.

[2] – عداد لينة، خالدي جمانة، " شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري " مذكرة ماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،2021 -2022 ، ص 7.

[3] – محمد موسى خلف الجبوري، "النظام القانوني لعقد الإستثمار في تصفية النفط الخام ، دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013، ص62.

يوم إبرام العقد وكذالك دون تطبيق تعديل على أحكام العقد.[1]

وقد عرفه الأستاذ pierr lalive على أنه" ذلك الشرط الذي يهدف إلى منع الطرف المضيف من التعديل لصالحه ولصالحه المحيط القانوني ...."[2].

ويعود ظهور شرط الثبات التشريعي في سنة 1920، وذلك في المادة 08 من الإتفاقية البترولية المبرمة بين شيخ البحرين و شركة **بابكو**، والتي نصت على مايلي: " لايجوز للشيخ إلغاء الإتفاقية بتشريع عام أو خاص أو أي إجراء إداري أو أي طريق أخرى مهما كان نوعها ".[3]

وأخذ بهذا المبدأ أيضا في عقد الامتياز المبرم بين الشركة الانجليزية angloform و إيران سنة 1933 في المادة 11 منه بحيث نصت على:" لايجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص ... أو أي إجراء قانوني يصدر من السلطة التنفيذية ...".[4]

وتوال الآخذ بهذا المبدأ في العديد من العقود المتعلقة بالطاقة، كالعقد المبرم بين شركة البترول الأمريكية وتونس سنة 1978، والذي جاء في مضمونه" أن القانون واجب التطبيق هو القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد".[5]

وفي نفس السياق يجد شرط الثبات التشريعي مصدره ف العديد من التشريعات، من بينها المشرع الجزائري والذي ضمنه في القوانين المتعلقة بالإستثمار من بينها القانون رقم 18/22 في المادة 13 منه و التي نصت على : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ

[1] – إيمان محمد السيد السيد حسب النبي، " الأساس القانوني لشرط الثبات التشريعي والآثار الناتجة عنه " مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد 2، المجلد 54، أكتوبر 2021 ص 219.

[2] – ايت محمد الطاهر، سي محمد ادير، " الإطار القانوني لعقد الإستثمار – ضمان الإستثمار الدولي – " مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2020 ، ص 56.

[3] – عداد لينه، خالدي جمانة، المرجع السابق، ص 8.

[4] – سمية صخري، المرجع السابق، ص 195.

[5] – ايت محمد الطاهر، سي محمد ادير، المرجع السابق، ص 58-59.

مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ".[1]

وفي الأخير يمكننا القول أن شرط الثبات التشريعي غايته الحفاظ على ثبات القانون واجب التطبيق على العقد وإبقائه على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه أو بمعنى أخر أن لا تسري التعديلات والتغييرات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمار المنجز[2]، فهو صورة للحد من تعقيدات القانون الواجب التطبيق وتشابك الإرادات حول القانون الذي يحكم العقد وتنفيذه.

2- صور شرط الثبات التشريعي

يمكن تقسيم شرط صور الثبات التشريعي إلى نوعين :

أ – الشروط التعاقدية والاتفاقية:

هي تلك الشروط الواردة ضمن العقد في حد ذاته ،وتنص على أن القانون الذي سيطبق على العقد هو القانون الساري وقت إبرام العقد، مع إستبعاد جميع التعديلات التي قد تطرأ عليه في وقت لاحق[3]، فبفضل هذه الإتفاقية يجمد دور الدولة في القيام بأي تعديل، لأن القانون الدولي العام يولي أهمية كبيرة لحماية المستثمر الأجنبي، لذلك يتجه هذا الأخير دوما إلى التمسك بهذه النصوص والعمل على تثبيتها في العقد[4]، وخير مثال على هذا الشرط العقد المبرم سنة 1978 بين الحكومة التونسية وشركة البترول الأمريكية سابق الذكر، كذلك العقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى الشركات للبحث عن البترول بحيث جاء في نص العقد مايلي:

" لا يمكن أن تطبق على الشركة دون موافقتها المسبقة التعديلات التي قد تلحق فنعهد بأن تضمن

[1] – قانون رقم 18/22، سالف الذكر.

[2] – ايت محمد الطاهر، سي محمد ادير، المرجع السابق، ص 57.

[3] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 77.

[4] – ايت محمد معمري الطاهر، سي محمد ادير، المرجع السابق، ص86.

إستثناء خاص لصالح الشركة الإستفادة من الأحكام السابقة في حالة عدم المطالبة بالأحكام الجديدة".[1]

أيضا العقد المبرم بين الغابون وشركة France ville لمناجم اليورانيوم الذي جاء في نص المادة 19 منه أن تضمن للشركة القانون ساري المفعول وقت الإبرام مع إمكانية الاستفادة من القانون الجديد في حالة المطالبة بذلك .[2]

ب – الشروط التشريعية:

يقصد بشرط الثبات التشريعي هو ذلك الشرط الذي تقوم بموجبه الدولة المضيفة بتقديم ضمان في صلب قانونها الوطني، ومفاده عدم تطبيق قوانين جديدة تسري على العقد، وكل ذلك من أجل تشجيع الإستثمار الأجنبي، بحيث تتعهد فيه هذه الأخيرة بأن لا تعدل أو تلغي القانون واجب التطبيق على العقد أو الإتفاق الاستثماري .[3]

وقد تبنى هذا النوع من التجميد العديد من التشريعات كالقانون الليبي لسنة 1955 والإيراني لسنة 1957 سابقي الذكر، بالإضافة إلى قانون الاستثمار الكاميروني لسنة 1960 والذي ينص على أن إتفاق الإقامة يحدد خصوصا ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية والإقتصادية والمالية.[4]

أيضا القانون الإستثمار الأردني رقم 68 لسنة 2003 في المادة 6 منه على مايلي " للمستثمر الذي منحت له كل المزايا والضمانات بموجب التشريعات التي تشجع الاستثمار وكذا التعديلات التي كانت نافذة قبل سريان القانون الجديد أن يختار :

[1] – عداد لينة، خالي جمانة، المرجع السابق، ص 59.

[2] – عداد لينة، خالدي جمانة، المرجع نفسه، ص 12.

[3] – لروي لطفي، ارجيلوس عماد الدين، " شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، أدرار، 2018-2019 ص 30.

[4] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 75.

- الإحتفاظ بالمزايا المقدرة بالتشريع السابق.
- ترك المزايا والخضوع للتشريع الجديد".[1]

وفي هذا السياق نذكر ماورد في دورة أثينا لعام 1979 حيث قرر مجمع القانون الدولي وذلك في صدد مناقشة القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين الدول وأحد الأشخاص الأجنبية أنه "يجوز للأطراف الاتفاق على أحكام في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد ".[2]

أيضا ما ذهب إليه نفس المجمع في دورة سويسرا لسنة 1991 على أنه إذا اتفق الأطراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود والمعمول به وقت إبرام العقد، بالتالي تطبق أحكامه كشروط مندمجة في العقد حتى لو تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون.[3]

ثانيا : طبيعة شرط الثبات التشريعي

لقد ثار بهذا الخصوص جدل كبير بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي فهناك من اعتبره انه مجموعة من الشروط التحويلية للطبيعة القانونية، أما الجانب الأخر فيرى أنه شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد، وسنقوم بعض الإتجاهين كالتالي:

1 – شرط الثبات التشريعي شرط تحويلي لطبيعة القانون :

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن القانون عندما يدرج في العقد يصبح بذلك شرط عقدي، على إعتبار أن التعديلات الجديدة لايمكن أن تطبق على العقد ،مما يجعل من القانون المختار فاقد لصفته كقاعدة قانونية، وهذه الشروط التعاقدية لا يمكن أن تكسب قوتها إلا بإرادة الأطراف، بالتالي يتجه هؤلاء إلى

[1] – عداد لينه، خالدي جمانة، المرجع السابق، ص 14.

[2] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 76.

[3] – بلحسان هواري، المرجع نفسه، ص 76.

الإقرار بأن الأطراف لهم الحق في وضع القواعد التي تخدم وتنظم علاقتهم بكل حرية.[1]

2 – شرط الثبات التشريعي شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد

على عكس الاتجاه الأول يرى بعض الفقهاء الآخرون أن شرط الثبات التشريعي ما هو إلا شرط توقيفي لقوة سريان قانون العقد في تعديله، هذا معناه انه ليس هناك تغيير في طبيعة القانون بل فقط يتوقف سريان القواعد الجديدة التي تظهر بعد انعقاد العقد، بالتالي هذا الشرط يعد إستثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد.[2]

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي

لقد عمل المشرع الجزائري على تكريس شرط الثبات التشريعي في المنظومة القانونية الوطنية بداية من المرسوم التشريعي رقم 93-12والذي ينص وفقا للمادة 39 على أنه " لاتطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ".[3]

وبعدها نص عليه في العديد من القوانين اللاحقة منها القانون رقم 01-03 لسنة2001 ونجد ذلك في نص المادة 15:"لاتطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ".[4]

كذلك القانون رقم 22-18 لسنة 2022 في نص المادة 13 بقولها : " لا تسري الآثار الناجمة

[1] – عداد لينه، خالدي جمانة، المرجع السابق، ص 22.

[2] – عمر زغودي، " شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري "، أطروحة دكتوراه في القانون الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2019-2020 ، ص 34-35.

[3] – لروي لطفي، ارجيلوس عماد الدين، المرجع السابق، ص 54-55.

[4] – الأمر الملغى رقم 01-03 المتعلق بالإستثمار، سالف الذكر.

عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا، على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ".[1]

وفي نفس السياق قامت الجزائر بإبرام العديد من الإتفاقيات في مجال الثبات التشريعي ومن مثال ذلك الإتفاقية الموقعة بين المؤسسة الوطنية سوناطراك وشركة انادارکو الجيريا كوربوريشن سنة 1980 في إطار البحث عن الوقود السائل وإستغلاله في الجزائر.[2]

الفرع الثاني: أثار تطبيق شرط الثبات التشريعي وجزاء الإخلال به

إن شروط الثبات المدرجة في العقد بين الدولة المضيفة والمستثمر هي شروط صحيحة ومنتجة لجميع أثارها (أولا) والتي قد ترتب نتائج وأثار إيجابية كما قد تكون سلبية، من جهه أخرى إذا قامت الدولة المضيفة بسن أحكام قانونية جديد تمس بشكل مباشر بهذا الشرط يعد إخلالا من جانبها بإلتزاماتها (ثانيا).

أولا: أثار تطبيق شرط الثبات التشريعي

مما لاشك فيه أن شرط الثبات التشريعي له دور كبير في جذب الإستثمارات وتوفير المناخ الملائم لها، ولا ننكر المزايا والايجابيات التي يقدمها هذا الشرط لأحد الطرفين، إلا انه من جهة أخرى قد يرتب أثار ونتائج سلبية على الطرف الأخر كما أن الاخلال بهذا الشرط أثار أخرى قد تؤثر على حياة المشروع الإستثماري.[3]

1 – الآثار الايجابية لتطبيق شرط الثبات التشريعي:

يؤكد جانب من الفقه أن شروط الثبات تؤدي دورا هاما في عملية جذب الإستثمار فهي تضمن

[1] – الأمر رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار، سالف الذكر.

[2] – قرميط إكرام، عبود اميمة، المرجع السابق، ص 54.

[3] – إيمان محمد السيد السيد، المرجع السابق، ص ص 234-245.

تأمين حماية مطلقة للمتعاقد الأجنبي، وتجعله بمنأى من أي تغيير تشريعي كتعديل القانون الجبائي أو الضريبي و غيرها من القوانين التي لها علاقة بالاستثمار طيلة مدة العقد و تبعث في نفسه والإطمئنان على مشاريعه الإستثمارية الطاقوية مما يشجع على جذب رؤوس الأموال للدول النامية.[1]

من جهة أخرى تحقق شروط الثبات المحافظة على توازن وإستقرار إلتزامات الأطراف المتعاقدة وتساعد على حفظ توقعات المستثمر المتعاقد مع الدولة المضيفة، وبهذا يتحقق الأمان والاستقرار في مجال المعاملات الإقتصادية والتجارية، وبالتالي يؤدي إلى نجاح المشروع حسبما خطط له.[2]

كما أنه في حالة إخلال الدولة المضيفة بهذا الشرط يعطي للمستثمر الحق في المطالبة بالتعويض[3] وأيضا له دور فعال في الحد من المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي كونها باعثا هاما في الوصول لتسوية ودية.[4]

وبهذا يكون شرط الثبات التشريعي إجراء ضروري يجب على الدول القيام به إذا ما أرادت جذب الإستثمارات الأجنبية إلى بلدها، كما أن تطور العلاقات الإقتصادية الدولية يستلزم هذا النوع من الإجراءات بين الدول، لأن عدم إستقرار التشريعات المنظمة للإستثمار يؤثر سلبا على مصالح المستثمر ويولد لديه الإحساس بعدم الثقة والإطمئنان على إستثماراته، بسبب كثرة التغييرات التشريعية وعدم إستقرارها الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي في قلق ويؤثر سلبا عليه ويجعله يقرر عدم مواصلة مشروعه الاستثماري.[5]

---

[1] – نور الدين يونسي، سعدي محمد لمين، " شرط الثبات كضمانة تشريعية للمستثمر الأجنبي"، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020-2021، ص 37-38.

[2] – عمر زغودي، المرجع السابق، ص 157-158.

[3] – بن الزوخ جمعة، "شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي "، مذكرة ماستر في العلاقات الدولية الخاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014-2015، ص 43.

[4] – لروي لطفي، ارجيلوس عماد الدين، المرجع السابق، 59.

[5] – عمر زغودي، المرجع السابق، ص ص 157-159.

2 – الآثار السلبية لتطبيق شرط الثبات التشريعي

لقد انتقد هذا الشرط من العديد من الفقهاء و حسبهم أنه يرتب أثارا سلبية على عاتق الدولة ويلحق أضرارا بالمصالح الإقتصادية لتلك الدولة، كما يتعارض مع سيادة الدولة المضيفة للإستثمارات من حيث أنه يعد تدخل للتقليص والحد من سلطاتها التشريعية[1]، ذلك من أنه يمنع الدولة من التعديل على العقد من جهة وتغيير أو إلغاء تشريعاتها من جهة أخرى.

كذلك الدور الذي يلعبه شرط الثبات التشريعي يكمن في إعطاء الحق للأطراف في حرية إختيار القانون الذي يحكم العقد والذي يكون لصالحهم مع إستبعاد أجزاء منه، وخصوصا تلك التي تكون بعد تعديله، وهذا يعد مرفوض لأن الإسناد يكون إجمالي وليس جزئي.[2]

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عيبوط محند وعلي " فإن مثل هذه الشروط تتنافى مع الفعالية الضرورية في مجال العقود الإقتصادية بصفة عامة، وبدلا من تجميد النظام القانوني للدولة، يمكن إعتماد شروط أخرى تضمن مصالح الطرفين كشرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في العديد من الإتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الإستثمارات وكذلك شرط إعادة التفاوض حول شروط العقد حسب تغير الظروف والقوانين".[3]

أيضا نعرض ماذهب إليه قضاء بروكسل في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في 04 فيفري 1936 وذلك في قضية ville danvers بحيث جاء في الحكم مايلي : " أن الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئيا الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل لكل تعديل له".[4]

كذلك ماجاء في قرار المحكمة العليا الألمانية في 27 ماي 1936 أنه: " من المستحيل أن يقرر

[1] – لروي لطفي، ارجيلوس عماد الدين، المرجع السابق، ص 61.

[2] – إيمان محمد السيد السيد، المرجع السابق، ص 242.

[3] – بوسعيد جحيقة، المرجع السابق، ص 52.

[4] – بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 41.

الأطراف عند إخضاع عقدهم لتشريع دولة معينة إستثناء لقانون واحد يتعلق بمسألة معينة سواء كان هذا القانون ساريا ، أو أن الأطراف يخشون بدء سريانه لاحقا، هذا ما لم يتعلق الأمر بقانون مكمل ولا يكون إستبعاده بالتالي مخالفا لخضوع الأطراف لنظام التشريع في تلك الدولة ".[1]

ثانيا: جزاء الاخلال بشرط الثبات التشريعي

تمارس الدولة على إقليمها السلطة على نشاط المشروع الإستثماري، وتعتبر هذه السلطة مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، وبقيام الدولة لهذه السلطات تضطر لإتخاذ إجراءات إنفرادية، كتغيير أو إلغاء أحد القوانين أو التشريعات الوطنية التي تحكم العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر في عقود الطاقة، ويعد هذا إخلالا بإلتزامها إذا ماتضمن العقد على شرط الثبات التشريعي مما يؤدي لقيام مسؤوليتها.[2]

فالدولة المضيفة التي تحوز على الإختصاص التشريعي قادرة على تعديل أو تغيير القانون السابق متى تبين لها وجود مصلحة عامة من ذلك، حتى وان كانت على إتفاق مع الطرف الأجنبي، وفي هذه الحالة تكون قد خرقت هذا الاتفاق على الرغم من وجود ضمانات سابقة، بالتالي تكون قد أخلت بشروطها[3]، وتستند قيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة إلى التصرف غير المشروع المنسوب لها والذي أخل بالتزاماتها التعاقدية، والذي يرتب بدوره إخلالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين والمقصود به عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين دون موافقة الأخر، كذلك مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة والتي نعني بها تلك الحقوق العينية و الشخصية التي إستقرت و أصبحت ثابتة مكتسبة بطريقة قانونية طبقا للقانون الوطني لدولة ما والتي لايمكن المساس بها بموجب قانون جديد.[4]

[1]- نور الدين يونسي، سعدي محمد لمين، المرجع السابق، ص 40.

[2]- لروي لطفي، ارجيلوس عماد الدين ،المرجع السابق، ص 67.

[3]- بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 47.

[4] - لروي لطفي، ارجيلوس عماد الدين، المرجع السابق، ص 75- 76.

وبالتالي هذه التصرفات الغير مشروعة الصادرة عن الدولة في إطار ممارستها لسلطاتها السيادية في مجال الإستثمار بهدف تحقيق منفعة وطنية، قد يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية للدولة ، و في هذه الحالة يمكن للمستثمر الأجنبي اللجوء إلى الجهات القضائية للدولة المضيفة للمطالبة بالتعويض، أو اللجوء إلى الهيئات التحكيمية في حال كان هناك إتفاق أو معاهدة تنص على إمكانية لجوء المستثمر إلى التحكيم في حالة إقدام الدولة على القيام بإجراء على الإتفاق المبرم بينهما.[1]

المطلب الثاني: تكريس شرط المظلة في عقود الطاقة

تذهب أغلبية عقود الإستثمار إلى تضمين عقودهم بما يسمى بشرط المظلة، بحيث تمثل شروط المظلة بالنسبة للمستثمرين الأجانب في عقود الطاقة يعتدي علاجا دوليا لمتابعة المطالبات المتعلقة بعقودهم في حين أن سبب المطالبة يستند إلى إنتهاك معاهدة الإستثمار الثنائية أو المتعددة الأطراف النابع عن إنتهاك بند من بنود العقد الإستثماري، أو كانت الدولة المضيفة قد سلبت المستثمر الأجنبي حق من حقوقه الواردة في العقد كمصادرة مشروعه أو تأميمه أو قيامها بإجراء مماثل، وحتى نتعرف على هذا الشرط عن كثب سنعرض ماهيته (الفرع الأول)، من ثم نمر لدراسة أثارها من حيث التفسير الواسع والتفسير الضيق لهذا الشرط (الفرع الثاني).[2]

الفرع الأول :ماهية شرط المظلة

تحتوي معاهدات الإستثمار في الكثير من الأحيان على نصوص خاصة تهدف لحماية حقوق المستثمر وتجعلها غير قابلة للإنتهاك، بحيث تخلق ضمانا شاملا ضد أي تدخل في الحقوق التعاقدية

[1] – بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 47.

[2] – k. jonckheere ، « practical implications from an expansive interpretation of Umberlla claauses in international investment law » ، saouth carolina journal of international law and business ، volume 11 issue 2 ،p148.

المنصوص عليها في عقد الإستثمار المبرم بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة للإستثمار، و على هذا الأساس سنحاول إعطاء تعريف لشرط المظلة (أولا) من جهة، وعرض مراحل ظهوره وتطوره من جهة أخرى (ثانيا).[1]

أولا: تعريف شرط المظلة

عرفه البعض من الفقه على أنه: " شرط في معاهدات الإستثمار الثنائية أو غيرها من إتفاقات الإستثمار الدولية التي تلزم الدولة المضيفة بضمان أو الوفاء بإلتزاماتها التعاقدية تجاه المستثمرين الأجانب بشكل عام، إن معنى وأثر شرط المظلة في معاهدات الإستثمار الثنائية هو أن الدولة المضيفة تتعهد بمراعاة الإلتزام بالإتفاق التعاقدي مع المستثمر الأجنبي ويشار إلى شرط مراعاة الإلتزامات بإعتباره شرط المظلة أو شرطا جامعا"، أي أنها عبارة عن بنود منصوص عليها في معاهدات الإستثمار الدولية ضد الدولة التي تنتهك عقد الإستثمار.[2]

وقد أعطيت لهذا الشرط العديد من التسميات فقد أطلق عليه مصطلح البنود الشاملة و أيضا إسم مراعاة التعهدات و في أحيانا أخرى جاء بمصطلح حرمة العقد أو العقد شريعة المتعاقدين ويمكن القول أيضا أنه آلية تضغط على الدولة المضيفة لتنفيذ وعودها.[3]

من جهة أخرى تؤكد بعض هيئات التحكيم على أن البند الشامل غايته تعزيز الإلتزامات الجوهرية المدرجة في معاهدة الإستثمار الخاصة بالدولة المضيفة أو التي هي طرفا فيها.[4]

---

[1] – عقيل كريم زغير، " شروط المظلة وأثرها في قرارات تحكيم الإستثمار الدولية "، مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ع2 ، 2020 ص 262.

[2] – عقيل كريم زغير، المرجع نفسه، ص266.

[3] – i . Golcuklu « Umbrella Clauses in the iCsid arBitration » ، public and private international law bulletin ، hukuk fakultesi ، istanbul altinbas universitesi ، volume37، issue2 ،p356.

[4] – k. jonckheere ، op . cit . p 144.

و عرفته هيئة تحكيم الأكسيد إلى أنه: " بند تتحمل الأطراف المتعاقدة من خلاله بموجب بنود المعاهدات إلتزامات موضوعية أو إجرائية إضافية فيما يتعلق بالتعهدات الواردة في الإتفاقيات الخارجة عن المعاهدة ".[1]

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "بروسبر ويل" ويل أن معاهدة الإستثمار إذا تضمنت بندا شامل ستحول مجرد الإلتزام التعاقدي بين الدولة والمستثمر إلى إلتزام بموجب القانون الدولي، أيضا يرى الفقيهmann " أن البند الشامل يحمي المستثمر من مجرد الإخلال بالعقد ذلك أنه يحمي المستثمر من أي تدخل في حقوقه التعاقدية سواء نتج ذلك عن مجرد خرق للعقد أو قانون تشريعي أو إداري وبغض النظر عن مسألة ما إذا كان هذا التدخل يرقى إلى مصادرة أم تغيير شروط العقد ...أو إنهاء العقد أو الفشل في تنفيذ أي من شروطها ...".[2]

وبالتالي كان للمستثمرين بناءا على البند الشامل المكرس في المعاهدات الثنائية وحتى الجماعية المطالبة بالتعويض من الدولة المضيفة بشكل مباشر عن الأضرار التي لحقت بإستثماراتهم الدولية نتيجة عدم إلتزام الدولة المضيفة بإلتزاماتها أو نتيجة معاملة تمييزية قامت بها أو محاولة مصادرة أو تأميم المشروع الإستثماري مما يثير مسؤوليتها الدولية.[3]

ولعل الغاية من هذا البند من جهة أخرى هو منع انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية للدولة المضيفة من النظر في القضية وذلك من أجل تجنب الإجراءات التعسفية لتلك الدولة.[4]

[1] – عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص 266

[2] – k. yannca-smal, « interpretation of the Umbrella clause in investment agrerments , investmen division , directorate for financial and enterprise affairs ,oced, p 107.

[3] – عقيل كريم زغير، المرجع السابق، 265-266.

[4] – i . Golcuklu, op.cit. p357.

كما تجب الإشارة إلى أنه هناك أكثر 2500 معاهدة إستثمارية تحتوي 40في المائة منها على بنود مظلية[1]، وفي هذا الصدد نجد العديد من المعاهدات التي تبنت هذا الشرط من بينها نجد المادة 10من معاهدة الإستثمار الثنائية المبرمة بين سويسرا والفلبين تضمنت بند شامل بنصها على:" يلتزم الطرف المتعاقد الأخر بأي إلتزام يكون قد تعهد به فيما يتعلق بإستثمارات محددة في أراضيه من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الأخر".[2]

كذلك نجد معاهدة الإستثمار الثنائية المبرمة بين فرنسا والعراق في المادة 10 منها قد نصت على:" تخضع الاستثمارات التي تكون موضوع التزام خاص لطرف متعاقد فيما يتعلق برعايا أو شركات الطرف المتعاقد الأخر، دون الاخلال بأحكام هذه الاتفاقية، بشروط الإلتزام المذكور إذا تضمن الأخير أحكاما أفضل من تلك الواردة في هذه الإتفاقية".[3]

وجاءت أحكام اتفاقية ميثاق الطاقة على نفس الخطى وتبنت شروط المظلة وذلك ما إلتمسناه في نص المادة 10/ف1 والتي نصت على أنه يجب على كل طرف متعاقد ان يقوم بتشجيع وخلق أوضاع مستقرة، عادلة وذات شفافية للمستثمرين التابعين لأطراف أخرى متعاقدة في تلك الإتفاقية كما يجب أن يتم توفير معاملة عادلة ومنصفة لتلك الإستثمارات، بحيث لا يجوز أن يتم معاملة تلك الإستثمارات بأي حال من الأحوال معاملة أقل تفضيلا من تلك المقررة في القانون الدولي".[4]

ثانيا : ظهور وتطور شرط المظلة

بعد التعرف على شرط المظلة و الذي أعطيت له العديد من المسميات و الذي وضع لحماية

---

[1] – k. yannca–small ، op .cit ، p 105.

[2] – k. jonckheere ,op.cit. p148 .

[3]– عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص 265.

[4] – ندا إبراهيم عبد الرحمن ابراهيم عنان، " التحكيم في عقود الطاقة وفقا لإتفاقية ميثاق الطاقة " ، بحث مستخلص من رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة، د س، ص 12.

الإستثمار الأجنبي بناءا على المعاهدات المبرمة بين الدول المصدرة للإستثمار و الدول المضيفة و يغير طبيعة القضية الخاصة إلى قضية دولية نتيجة خرق المعاهدة الدولية.[1]

بحيث سجل أول ظهور لهذا البند في تسوية نزاع شركة النفط الأنجلو إيرانية (AIOC) لسنة 1954والذي كان سببه قيام الحكومة الإيرانية بتأميم النفط الإيراني مما أدى لتضرر الشركة (AIOC)، وعلى إثرها حاولت الشركة سابقة الذكر للحصول على تعويض لكن باءت محاولاتها بالفشل، لكن من جهة أخرى تقدم لها العالم البريطاني لوترباخت بإقتراح تسوية تضمن إبرام معاهدة شاملة تحتوي على ضمان من إيران بالوفاء بشروطها والتزاماتها وبناءا على هذا تم اعتبار أي خرق للعقد بمثابة خرق للمعاهدة.[2]

وهناك من يعيد أول ظهور لشرط المظلة في قضية فنزويلا و شركة "فدكس ان اف" في سنة 1998 حين قررت الهيئة التحكيمية التابعة للمركز الدولي لحل منازعات الإستثمار أكسيد، أن فنزويلا ملزمة بإحترام الشروط والأحكام المنصوص عليها في إتفاقية التشجيع والحماية المتبادلين للإستثمارات بين هولندا ودولة فنزويلا لعام 1991 بحيث نصت المادة 03 منها على:" يتعين على كل طرف متعاقد مراعاة أي إلتزام قد إتفق عليه فيما يتعلق بمعاملة إستثمارات مواطني الطرف المتعاقد الأخر".[3]

وهناك من يعيد أول ظهور لشرط المظلة لمشروع التنمية لعام1967 بشأن حماية الملكية الأجنبية والذي وضعته مسودة Abs-shawcroos في نص المادة 02 من هذه الوثيقة ونصت على: "يجب على كل طرف في جميع الأوقات ضمان مراعاة التعهدات التي قدمها فيما يتعلق بممتلكات رعايا أي

[1] -k.paramita, « the Umberlla clausethat changes the international investment protection standard» ,hasanuddin law review , volume 6 ,issue1, 2020,p 31 .

[2] - i . Golcuklu , op.cit. p357.

[3] - عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص 267.

طرف أخر ".[1]

وتبنت العديد من المعاهدات ابتدءا من الخمسينات هذا الشرط، بحيث نجد المعاهدة الثنائية الموقعة بين الو.م.أ والأرجنتين لعام 1991 على صيغة نموذجية : " يلتزم الطرف الأخر بأي إلتزام قد يكون قد دخل فيه فيما يتعلق بالإستثمارات"، و أيضا المعاهدة الثنائية المبرمة بين أوكرانيا و الو.م.أ تضمنت البنود المظلية في المادة 02 منها بالإضافة المعاهدة المبرمة بين ألمانيا والباكستان بلغة متقاربة ووصف مشابه تضمنت على البند الجامع في نص المادة 08 منها، كذلك المعاهدة بين تركيا والو.م.أ في المادة 02 منها.[2]

وتزايد إنتشارها في الألفينات وتحديدا في عام 2010 حددت مؤسسة الإتحاد الأوروبي على أن شروط المظلة عنصرا أساسيا وركن هام في معاهدات الإستثمار الثنائية للدول الأعضاء والتي وجب تضمينها في إتفاقيات الإتحاد الأوروبي بخصوص حماية الإستثمار، ونظرا لكفاءة وفعالية هذا الشرط إزدادت الإتفاقيات المتبنية والمتضمنة لهذا الشرط، و إن لم تكن كلها فأغلبها كذلك، وبحلول سنة 2005 كانت 2500 معاهدة وفي 2017 أصبحت ما يقارب 3232 معاهدة.[3]

الفرع الثاني: أثار شرط المظلة

إنقسم الفقه وأحكام التحكيم بخصوص أثر شرط المظلة إلى نهجين أو فريقين الأول يدعي الأثر الشامل والموسع لشرط المظلة (أولا)، أما الثاني فيقر بالأثر الضيق لهذا الشرط (ثانيا).

أولا: التفسير الضيق لشرط المظلة

يرى هذا الاتجاه أنه ليس كل خرق تعاقدي للدولة المضيفة تجاه المستثمر الأجنبي هو عبارة عن

[1] - k. paramita , op .cit, p32.

[2] - i . Golcuklu , op.cit. p359 .

[3]- عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص265.

إنتهاك لإلتزام دولي حيث يجب أن يتجاوز الإنتهاك حدا معينا قبل أن يتم إعتبار أن الدولة المضيفة إنتهكت معايير الحماية الدولية والتي يكون إنتهاكها سبب لتحمل المسؤولية الدولية.[1]

وفي هذا الصدد أقرت لحكمة التحكيم في قضية"سيمنز"ضد الأرجنتين أنه من أجل تحميل الدولة المضيفة المسؤولية الدولية كان يجب أن تكون قد إستعملت سلطتها كدولة [2]، بالتالي إذا كان جوهر النزاع وسببه عائد لمخالفة عقدية عادية أو خطأ عادي حينها لن يبقى للبند الشامل أي دور.[3]

وذهبت محاكم أخرى إلى الإقرار بأن شرط المظلة غير قابل للتطبيق في حالة ما إذا كانت الدولة لم تقم بتنفيذ العقد بإسمها أي أن لا تكون الدولة متمثلة في كيان مملوك لها أو قسما فرعيا لها بخلافها.[4]

ومن تطبيقات هذا الإتجاه نجد ما أقرته محكمة التحكيم في قضية SGS ضد باكستان ان شرط المظلة الوارد في المعاهدة بين باكستان ودولة المستثمر ليس أساسا كافيا لتقرير إختصاصها، وهنا ميزت محكمة التحكيم بين المطالبات الناشئة عن معاهدة الإستثمار والمطالبات الناشئة عن عقد الإستثمار بمعنى أن البند الشامل الوارد في المعاهدة لا يرفع الإنتهاك التعاقدي إلى مستوى إنتهاك معاهدة الإستثمار الثنائية.[5]

ويرى الأستاذ walde أنه للإعتراف بفعالية البنود الشاملة وجب تحقق شرطين، الأول أن يتم تحديد طبيعة سلوك الدولة المضيفة ما إذا كان ذو طبيعة تجارية أو سيادية، ومن جهة أخرى إستلزم أن توفر الشرط الثاني ألا وهو أن تنطوي أفعال الدولة على سوء نية وعلى عناصر من سوء الإستخدام.[6]

[1]- عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص 268-269.

[2] - k. paramita , op .cit,p37 .

[3] - k. yannca-small ، op .cit ، p108.

[4] - k. paramita , op .cit,p36-37 .

[5] - i . Golcuklu , op.cit 362 .

[6] - عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص270-271.

وفي قضايا أخرى نجد المحكمة في قضية "الباسو" مع الأرجنتين أقرت أن البنود الشاملة المنصوص عليها في معاهدة الإستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة و الأرجنتين لا تقوى على تحويل أي مطالبة بالعقد إلى مطالبة على أساس المعاهدة.[1]

كذلك في قضية مصر وjoy minig إعتمدت محكمة التحكيم على النهج الضيق لشرط المظلة وإستبعدت على هذا الأساس نطاق معاهدة الاستثمار الثنائية، وأقرت أن النزاع يخرج عن إختصاصه كونه كان نزاع تعاقدي تجاري بحت ولم يدخل في نطاق معاهدة الإستثمار.[2]

وفي نفس السياق أوصى العالم لوترباخت بخصوص قضية AIOC وباكستان على عدم التعامل مع البند الخاص بكل نزاع تعاقدي بسيط، ويقصد بهذا عدم إعتبار كل نزاع بالضرورة أنه نزاع قائم على أساس إنتهاك معاهدة إستثمار.[3]

كما بينت محكمة التحكيم بعد تحليلها للفقرة02 من المادة 02 من معاهدة الإستثمار الثنائية بين مصر والمملكة المتحدة بخصوص النزاع القائم بين الجمهورية المصرية و joy ming أنه ما لم يكون هناك إنتهاك واضح ومؤكد للحقوق والإلتزامات المنصوص عليها في المعاهدة لا يمكن إعتباره خرق للمعاهدة وهو النقطة المفقودة في هذا النزاع.[4]

وفي نفس السياق إعتبر الفقه أن هيئة التحكيم قد بررت وجهة نظرها من خلال النقاط التالية:

– أن التفسير الضيق لشرط المظلة سيساهم في نقص أعداد القضايا القانونية أمام المحاكم الدولية.

– أن التفسير الواسع للبنود المظلية سيجعل الحماية الموضوعية الأخرى لمعاهدة الإستثمار الثنائية زائدة عن الحاجة.

---

[1] – i . Golcuklu , op.cit 364.

[2] - عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص271.

[3] – k. paramita ,op .cit,p40.

[4] – عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص271.

– إن شرط التفسير الموسع لشرط المظلة سيعطي للمدعي خيار إلغاء شرط تسوية النزاع في الإتفاقية وبالتالي سوف يجعله لا معنى له من خلال منح المدعي الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي عن أي خرق.[1]

ثانيا: التفسير الموسع لشرط المظلة

تعتمد المحاكم التي تعتمد على النهج الموسع لشرط المظلة بناءا على المادة 1/31 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تنص على وجوب تفسير المعاهدة وفقا للمعنى العادي لشروطها.[2]

و يظهر تبني هيئة التحكيم للنطاق الواسع بشرط التحكيم من خلال قضايا عدة تظهر بداية من خلال قضية LG&E Energy Corp ضد جمهورية الأرجنتين حيث رأت المحكمة أن إنتهاك الدولة للضمانات المنصوص عليها في العقد يشكل إنتهاك للبند الجامع الذي ينص على أنه " يجب على الطرف الأخر مراعاة أي التزام قد يكون قد إلتزم به فيما يتعلق بالإستثمارات ".[3]

وفي قضية أخرى لدولة الأرجنتين مع Sempra energy Int'lv خلصت المحكمة إلى أن إلغاء الأرجنتين لإلتزاماتها التي تعهدت بها من خلال تدابير تنظيمية يشكل إنتهاكا لشرط المظلة في معاهدة الإستثمار الثنائية التي تجمع الأرجنتين و الولايات المتحدة و بالتالي تعتبر المطالبات الناشئة عن العقد بمثابة مطالبات ناشئة بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية.

وقد تم إستخدام نفس المنهج أيضا في قضية Eureko b.v.v بحيث أشارت هيئة التحكيم للمادة 31 من إتفاقية فيينا، بالتالي رست على تفسير شرط المظلة على نطاق واسع بحيث يشمل أي إلتزام إستثماري نص عليه الأطراف، وبهذا تصبح المطالبة التعاقدية مطالبة بناءا على المعاهدة وتخضع

[1] – عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص 269.

[2] – k. jonckheere , op.cit.p148.

[3] – k. jonckheere , ibid, p159.

لإختصاص المحكمة.[1]

وفي قضية SGS ضد الباكستان في سنة 2004 من جهة و قضيتها مع الفلبين سنة إتجهت 1991 إتجهت هيئة التحكيم في القضيتين على حد السواء إلى إعمال النطاق الواسع لشرط المظلة بحيث دعمت الشركة لرفع مطالبات العقد ضمن نطاق البند الشامل، وإستندت في ذلك على ثلاث حجج أولها أن نص شرط المظلة يؤيد التفسير الواسع بحيث تمت كتابته بصيغة إلزامية بإستعمال كلمة كلمة "يتعين"، والثانية ينبغي تفسير أي شك فيما يتعلق بنطاق المادة 2 من المعاهدة الثنائية بين سويسرا والفلبين لصالح حماية الإستثمار، والثالثة أكدت أنه لو أراد الطرفان قصر شرط المظلة على الإلتزامات الناشئة بموجب بنود القانون الدولي الأخرى، فإن الطرفين أحرار في النص على مثل هذا التقييد في معاهدة الإستثمار الثنائية، لكنهما لم يفعلا ذلك.[2]

[1] - k. paramita , op .cit . p35-36.

[2] - عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص 272-273.

ملخص الفصل

ماتم إستخلاصه في هذا الفصل هو أن المنازعات الحاصلة في إطار العلاقة التعاقدية في عقود الطاقة متشعبة نظرا لخصوصية هذه العقود و إختلاف المراكز القانونية لأطرافها وتعارض الأهداف والمصالح، مما يجعل من نشوء هذه المنازعات أمرا يكاد أن يكون حتميا وهذا ما يشكل صعوبة في تصنيف وضبط المنازعات التي يمكن أن تنشأ، غير أنه قد ينسب نشوئها للدولة أو للمستثمر عند إخلال أحدهما للإلتزامات المفروضة عليه بموجب العلاقة الاستثمارية، أو قد تكون لأسباب أخرى خارجة عن إرادة المتنازعين، وفي ظل هذا تلجأ الأطراف إلى تضمين عقودهم بشروط تعاقدية تضمن لهم حماية من جهة ووقاية من جهة أخرى للحد من ظهور ونشوء هذه المنازعات، إلا أن بيان إلتزامات وحقوق كل طرف في العقد ضمن بنود وشروط مفصلة لا ينفي وقوع النزاع، حتى أنه قد أثارت هذه الشروط جدل فقهيا فهي متشعبة وتتسم بالخصوصية كما أنها لا تضمن الحد من وقوع الخلافات، ومن جهة أخرى تؤثر في الكثير من الأحيان على أحد الأطراف أكثر من الأخر كتأثيرها مثلا على سيادة الدول المضيفة وذلك عند وضع شروط تقيد من سلطة هذه الأخيرة كشرط الثبات التشريعي وبهذا كان على الأطراف في عقود الطاقة الإعتماد على وسائل كفيلة تحوز على الفاعلية اللازمة لفض منازعاتهم.

الفصل الثاني

تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الطاقة

الفصل الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الطاقة

تثير عقود الإستثمار في الطاقة منازعات معقدة، وذلك بالنظر لطبيعة هذه العقود وأطرافها التي أضفت طابع خاص على منازعاتها، والتي قد تثور في الكثير من الأحيان على الرغم من التأطير العقدي للحقوق والإلتزامات والإتفاق على كافة المسائل الجوهرية منها والتفصيلية في العقد، وبالنظر لمدى أهمية هذه العقود لكلا الطرفين يسعى هؤلاء جاهدين لإيجاد حلول ووسائل علاجية لهذه المنازعات من أجل إستمرارية العقد، ومن هذه الوسائل نجد وسائل قضائية وأخرى ودية، بحيث تتميز هذه الأخيرة بكونها تصدر أحكام غير ملزمة و تعتمد على الغير، وكرستها مختلف التشريعات والمنظمات بحيث هناك من أقرتها وأكدت على إلزاميتها وهناك من أعطت الحرية في الأخذ بها من عدمه، من جهة أخرى أضحت هذه الوسائل تتمتع بدور كبير وأكثر ايجابية في مجال عقود الاستثمار بصفة عامة وعقود الطاقة بصفة خاصة، وتتعدد وتتنوع هذه الآليات إلا انه يتجلى أبرزها في الوساطة والتوفيق، أما فيما يخص الوسائل القضائية فهي تتمثل في التقاضي أمام المحكمة المختصة أي القضاء الوطني للدولة والذي يعد صاحب الإختصاص الأصيل في الفصل في القضايا والمنازعات التي تكون في تراب الدولة المضيفة، غير أن هذا لايرضي الأطراف الأجنبية المتعاقدة في الكثير من الأوقات وذلك بالنظر إلى عدة إعتبارات أهمها خوفهم من نزاهة وحيادية القضاء الوطني لهذه الدولة[1]، وبهذا تولدت لديهم الحاجة لإيجاد نظام محايد بديل عن القضاء والمتمثل في التحكيم بحيث يعد بمثابة القضاء الطبيعي في هذا المجال، نظرا لما يتميز به من خصائص فضلا عن كونه ضمانة لهذه الأطراف لفض منازعاتهم [2]، كما إعترفت العديد من التشريعات والمنظمات وحتى الإتفاقيات بإمكانية اللجوء

[1] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، " وسائل تسوية المنازعات في عقود التراخيص النفطية " دراسة مقارنة ، مجلة واسطة للعلوم الإنسانية ،جامعة واسط ، المجلد 11، العدد 32 ، سنة 2016، ص 52-53 .

[2] – البقمي عائض بن سلطان، "تسوية المنازعات الدولية في عقود النفط والغاز " ، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ، المجلد 105، العدد 515، سنة 2014، ص 68 .

إلى التحكيم مباشرة.[1]

وإنطلاقا مما سبق سنقوم بعرض الوسائل المستخدمة لفض المنازعات في عقود الطاقة، بحيث خصصنا المبحث الأول للبحث في الوسائل الودية، أما المبحث الثاني لعرض الوسائل القضائية.

المبحث الأول: الوسائل الودية لفض نزاعات عقود الطاقة

الأصل في فض منازعات عقود الطاقة هو اللجوء إلى الطريق القضائي للبت فيها، إلا أن هذا الطريق قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى تفاقم الخلاف وقطع العلاقات، على غرار طول الإجراءات القضائية وتعقيدها وتكاليفها الباهظة، وبهذا كانت الحاجة لإيجاد وسائل بديلة تساهم على الوصول إلى تسوية ودية سريعة ومحاولة التوفيق بين المصالح المتعارضة بين المتنازعين بطريقة تحافظ على العلاقة الودية وإستمرار الرابطة التعاقدية بينهم، وتتعدد هذه الوسائل فنجد المفاوضات، التوفيق والمساعي الحميدة، الوساطة، المصالحة[2] لكن سنكتفي بالتطرق للوساطة والتوفيق كونهم من أهم الوسائل الودية الإختيارية والأكثر شيوعا والتي تتم عن طريق تدخل طرف ثالث لحل النزاع وتقريب وجهات النظر في محاولة منه لحل النزاع.[3]

وعلى ضوء ما تم ذكره سنتناول في هذا المبحث الوسائل الودية المتمثلة في التوفيق (المطلب الأول) والوساطة (المطلب الثاني) ودورهما في حل نزاعات عقود الطاقة.

---

[1] – فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي، " وسائل تسوية منازعات العقود النفطية " ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون جامعة بابل، العراق، العدد 1، سنة 2022، ص 682.

[2] – تعد المصالحة أحد أهم الطرق البديلة لفض المنازعات لكنها غير شائعة تماما كباقي الوسائل الودية وهناك من يعتبرها أنها مصطلح متقارب من مصطلح التوفيق أو أنهما وجهان لعملة واحدة، وهناك من يفرق بينهما على إعتبار أنهما وسيلتين مختلفتين، ويمكن القول أنها وسيلة ودية ذو طبيعة تعاقدية تعتمد على الغير وتقوم على تنازل كل من الطرفين عن حق يطالب به للوصول إلى إتفاق ينهي الخصام بين الأطراف، أنظر إرزيل الكاهنة "مكانة المصالحة في تسوية منازعات التجارة الدولية " ، مجلة العلوم الإنسانية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، م ألف ع46 ، ديسمبر2016، ص ص28-29.

[3] – هامل نجاة، " دور الوسائل الودية في تسوية منازعات الإستثمار "، مذكرة ماستر في قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017،ص 8-9.

المطلب الأول: التوفيق كوسيلة لفض منازعات عقود الطاقة

يعد التوفيق أحد أهم الوسائل الودية المستعملة في حل النزاعات بحيث تسعى إلى إصلاح الضرر الناشئ عن المنازعات من التجارية والاقتصادية من خلال حل ودي نابع عن إرادة صادقة للأطراف لتجنب الوقوف موقف المتنازعين، وكل ذلك عن طريق عمل الموفق، فهذا الأخير يصل للحلول التي تعبر عن رضا أطراف النزاع من خلال تقريب وجهات نظرهم، وانطلاقا من هذا سوف نسلط الضوء في هذا المطلب على ماهية التوفيق (الفرع الأول) و أيضا بيان أهم إجراءاته (الفرع الثاني).[1]

الفرع الأول: ماهية التوفيق

كما سبق القول يهدف التوفيق بالدرجة الأولى الوصول إلى نقطة تفصل في النزاع القائم عن طريق إبداء مقترحاته، ومن هذه النقطة سنعمل على بيان تعريفه (أولا) من جهة ومن ثم عرض أنواعه وخصائصه من جهة أخرى (ثانيا).

أولا: مفهوم التوفيق

حتى نستطيع التعرف على وسيلة التوفيق كآلية لحل نزاعات الطاقة يجب التعمق في تعريفها وبيان أهم الخصائص التي تتميز بها.

1 – التعريف الفقهي للتوفيق:

أعطى الفقه للتوفيق العديد من التعريفات، فهناك من عرفه على أنه: وسيلة من الوسائل الودية لحل المنازعات،عن طريق تشكيل لجنة بموافقة الأطراف من شخصيات مختصة في بحث تداعيات النزاع النزاع بغية التوصل لحل كل من له.[2]

[1] – بوالقرارة زايد، " تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري "، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، سنة 2011، ص 16.

[2] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 48.

يمكن تعريفه أيضا على أنه سبيل ودي يعمل للوصول إلى حل النزاع عن طريق العمل على تقريب وجهات النظر المختلفة لإقتراح أسس و حلول لتسوية النزاع ترضي طرفي النزاع.[1]

ونلاحظ أن هذا المفهوم قد ركز بشكل مباشر على الدور الذي يلعبه التوفيق في تسوية النزاع.

وتم تعريفه أيضا من جانب الأطراف التي تقوم بالتكفل بحل النزاع على أنه تدخل أشخاص خاصة ليسوا بقضاة، تكون مهمتهم الوحيدة البحث عن أرضية للتوفيق وتفادي المعترك القضائي[2] وذلك بعرض الحلول على الأطراف فيقبلون بها أو يرفضونها.[3]

2 – التعريف القانوني للتوفيق:

عرفته المادة 01 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 على أنه " أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير أخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيه الطرفان إلى شخص أخر أو أشخاص آخرين "الموفق" مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى ...، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".[4]

أما في التشريع الجزائري فجاء بمصطلح المصالحة في قانون الإستثمار رقم22-18 بحيث نصت المادة 12 منه على إخضاع كل المنازعات التي تثور بين المستثمر والدولة الجزائرية للمصالحة إذا ما تم الإتفاق عليها بين الأطراف بعقد خاص أو تضمنتها أحد الإتفاقيات الثنائية و إلا كان الإختصاص للقضاء.[5]

---

[1] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 47-48.

[2] – مروة محمد محمد العيسوي، " التوفيق كآلية فاعلية لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار"، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة القيصم، ع94 أفريل 2021، ص309.

[3] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 48.

[4] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 48.

[5] – انظر الأمر 22-18 سابق الذكر.

كما نصت على هذه الآلية العديد من التشريعات والمنظمات و حتى الإتفاقيات الدولية لكنها م تتطرق إلى تعريفها و إكتفت بوصفها على أنها وسيلة ناجعة لحل نزاعات الإستثمار، و منها من إكتفت ببيان إجراءاتها و من بينها إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية و إتفاقية البنك وأيضا نظام غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 02 منه ...[1]، وتبنته العديد من التشريعات من بينها التشريع المصري وأيضا التشريع العراقي في المادة 11 من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ومن الإتفاقيات نجد الاتفاقية المبرمة بين العراق والسودان لتشجيع الإستثمار حيث جعلوا اللجوء إلى التوفيق أمر لابد منه قبل طرح النزاع على القضاء.[2]

كما نشير في هذا الصدد إلى أهم العقود التي أخذت بالتوفيق في مجال النفط من بينها إتفاق إيران – الكونسرتيوم لسنة 1954 بحيث ورد في المادة 43 منه مايلي " للأطراف إحالة النزاع إلى لجنة تحقيق مختلطة .... ويقع على اللجنة البحث عن حل ودي للنزاع ....".[3]

وعلى ضوء ما سبق ذكره يمكننا أن نعرف التوفيق على أنه وسيلة ترمي إلى تدخل شخص من الغير حيادي يسمى بالموفق، تحاول أن يقرب بين أطراف النزاع ويقترح إتفاق صلحي بينهم، كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يصدر قرارات بل تتوقف مهمته على تقديم إقتراحات فقط وتتميز أنها غير ملزمة للأطراف.

كما وجبت الإشارة إلى أن التوفيق عند تسميته بالمصالحة يختلف عن مصطلح أخر معروف في المجال القانوني "الصلح" ، فهما يختلفان من حيث مجال الإستعمال والقائم بهما،فالمصالحة في التشريع الفرنسي عبر عنها بالمصطلح DE LA TRANSACTION وهي بهذا تعني إتفاق بين الأطراف على التنازل المتبادل عن مطالبهم مع الإستعانة بطرف من الغير لإيجاد حل وسط للنزاع بعيدا عن القضاء

[1] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 46.

[2] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 49.

[3] – كاوه عمر محمد، " النفط ومنازعات عقود إستغلاله " الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2015، ص 213.

أما الصلح فهو ترجمة للكلمة الفرنسية "conciliation" والتي تعني الإتفاق على إنهاء النزاع أمام القضاء و بهذا يكون صلح قضائي أو دون تدخل القضاء ويسما صلح إتفاقي، وهو يهدف لتقريب وجهات النظر بين الأطراف، لكن يرقى إلى مسمى المصالحة إذا ما تم خارج القضاء وتم التوقيع عليه.[1]

ثانيا: أنواع التوفيق وخصائصه

بعد تعريف التوفيق (المصالحة)، ننتقل في هذه الجزئية لبيان أنواعه، بالإضافة إلى المميزات الفعالة التي يشتهر بها والتي سنبينها من خلال تعداد خصائصه.

1 – أنواع التوفيق:

للتوفيق نوعين وهما كالتالي:

أ– التوفيق الخاص:

تعد قواعد التوفيق التي إعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1980خير مثال لهذا النوع ويقصد به ذلك التوفيق الذي تتم إدارته وتنظيمه على وفق مايحدده الأطراف أنفسهم دون مساعدة من أية مؤسسة.[2]

ب– التوفيق المؤسسي:

هو ذلك التوفيق الذي يتم تنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة و التي كثيرا ما تكون مراكز تحكيمية[3] ، كقواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أو القواعد الخاصة بالتوفيق لدى مركز الوساطة والمصالحة التابعة لمركز القاهرة.[4]

[1] – إرزيل الكاهنة، المرجع السابق، ص 29.

[2] – كركوب هشام، المرجع السابق، ص 119.

[3] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص48.

[4] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 54.

2 – خصائص التوفيق:

للتوفيق خصائص عدة وهي كالتالي:

أ– يتميز مرونة إجراءاته وعدم إلزاميه القرارات الناتجة عنه

يمتاز التوفيق بقدر كافي من المرونة والبساطة بالنسبة لإجراءاته ولا تتصف بالتعقيد كما يساعد على المحافظة على العلاقات وإستقرارها بين الطرفين،[1] بالإضافة إلى ان القرارات الصادرة عنه لا تتصف بالإلزامية أي أنه ليس لها حجية الأمر المقضي فيه وللطرفين الأخذ بها أو رفضها.[2]

ب– طريق ودي وسريع

التوفيق عبارة عن وسيلة ودية إختيارية تقوم على الإرادة البحتة للطرفين بالإلتجاء إليها كما تأخذ منحى بعيد عن القضاء ورقابته، وعمل الموفق فيها لا يخضع لرقابة القضاء أيضا[3]، كما يتم الفصل في النزاع بهذه الطريقة في مدة تقل عن ثلاث أشهر.[4]

ج– تحقيق العدالة بأقل تكلفة

يعمل التوفيق على تحقيق التوازن في الإلتزامات بين الأطراف مما يصلح ويجبر الأضرار المتولدة عن العلاقة التعاقدية التي نشأ بسببها الخلاف[5]،كما يوصف أنه قضاء الفقراء[6]، فهو لا يحتاج محامين أو شهود أو خبراء ...، وهذا ما يقلل من المصاريف و النفقات التي يتكبدها الأطراف في سبيل حل الخلاف.[7]

---

[1] – إرزيل الكاهنة، المرجع السابق، ص 32.

[2] – فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي، المرجع السابق، ص 670.

[3] – مروة محمد محمد العيسوي، المرجع السابق، ص 311.

[4] – إرزيل الكاهنة، المرجع السابق، ص 2.

[5] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 243.

[6] – إرزيل الكاهنة، المرجع السابق، ص 32.

[7] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 242.

د- وسيلة مبنية على تدخل الغير لحل النزاع

هو طريق قوامه تدخل أحد من الغير ويسمى الموفق يقوم بدراسة أوجه الخلاف ليساعد طرفي النزاع للوصول إلى أرضية مشتركة للتفاهم حول تسوية الخلاف بإقتراح حلول ترضيهم[1]، كما يكون هذا الأخير ذا خبرة و إختصاص وكفاءة مما يجعله ذو مردودية في هذا النزاع.[2]

الفرع الثاني: إجراءات سير عملية التوفيق

إن أساس عملية التوفيق هي إرادة ورغبة طرفي عقد الطاقة في حل نزاعهما بهذا الطريق لإذابة الخلافات بينهما، ويكون هذا من خلال أول خطوة وهي إرسال طلب الإتفاق على اللجوء إلى التوفيق من قبل أحد الطرفين للطرف الأخر، وبهذا تبدأ إجراءات التوفيق من يوم قبول الطرف الثاني للدعوة، ومن هنا تباشر مرحلة تشكيل وإختيار لجنة التوفيق (أولا) وتنتهي مهمتها بإنتهاء عملية التوفيق (ثانيا) بأحد الأسباب التي سنبينها لاحقا.[3]

أولا: تشكيل هيئة التوفيق وتحديد سلطاتها

بعد إستكمال إجراءات تقديم طلب التسوية بالتوفيق، يحين دور إختيار الأطراف لهيئة التوفيق وأعضائها وتحديد مهامها وسلطاتها وإلتزاماتها للنظر في الخلاف.

1 - تشكيل هيئة التوفيق:

إن القاعدة العامة هي أن يتم تشكيل وإختيار أعضاء لجنة التوفيق بناءا على رغبة وإرادة الأطراف و لكن هذه القاعدة يحكمها شرط و هو أن تتخذ اللجنة الشكل الوتري عند تشكيلها أي من ثلاث موفقين وذلك عند الوضع بعين الإعتبار قيام أي خلاف في وجهات النظر بين أعضاء اللجنة.[4]

---

[1] - صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص48.

[2] - إرزيل الكاهنة، المرجع السابق، ص 32 .

[3] - هامل نجاة، المرجع السابق، ص 57-63.

[4] - هامل نجاة، المرجع نفسه، ص 59.

وفي هذا الصدد نصت إتفاقية واشنطن على: " أن تشكل لجنة التوفيق بعد تسجيل طلب التوفيق لدى السكرتير العام للمركز، كما تشكل اللجنة من محكم واحد أو من أي عدد فردي من الموفقين يتم تعيينهم بموافقة الأطراف المتنازعة ".[1]

ويقوم كل من الطرفين بتعيين موفقا واحدا، أما الموفق الثالث وهو رئيس الهيئة يتم إنتقاءه بناءا على الإتفاق المشترك للطرفين،[2] بحيث نصت المادة 29 من اتفاقية واشنطن 1965 على " تشكل اللجنة من محكم واحد للتوفيق أو من أي عدد فردي، يتم تعيينهم بموافقة الأطراف المتنازعة، وإذا لم يتفق الطرفان على عدد الموفقين، وعلى طريقة تعيينهم، تشكل اللجنة من ثلاث موفقين، يقوم كل طرف بتعيين واحد، ويتم تعيين الموفق الثالث، الذي يتولى في هذه الحالة رئاسة اللجنة بإتفاق بين طرفين النزاع"[3]، وتكون هذه العملية بناءا على إحترام مبدأ المساواة تحت طائلة البطلان، بحيث لا يمكن لأحد الأطراف الإنفراد بالاختيار دون الأخر، وهو كذلك حتى في حالة تخلف أحد الطرفين عن الإختيار لا يجوز للطرف الثاني الإختيار بدل منه[4]، و الصحيح هو مانصت عليه نفس الاتفاقية في نص المادة 30 بأنه عند عدم اختيار الموفقين في أجل (90) يوم، توكل مهمة الإختيار في هذه الحالة للمركز .[5]

وعلى خلاف ما سبق جاءت قواعد الأونسترال للتوفيق لسنة 1980 معاكسة لإتفاقية واشنطن بحيث أجازت أن تتألف هيئة التوفيق من عدد زوجي وهو ما إلتمسناه في نص المادة 04 منها بحيث نصت على مايلي: " في إجراءات التوفيق بموفقين إثنين، يقوم كل طرف بتعيين موفق واحد "، وهذا

[1] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 254.

[2] – بلحميدي وفاء، اكل إيمان،" مدى فعالية الطرق البديلة لحل منازعات الإستثمار" ، مذكرة ماستر في القانون الخاص، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب ، عين تموشنت ، 2017-2018، ص 40.

[3] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 59.

[4] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 255.

[5] – بلحميدي وفاء، اكل إيمان، المرجع السابق، ص 40.

يعني أنه لا ضرر أو حرج في أن تكون اللجنة ذو تشكيلة ثنائية مادام هدفها واحد وهو حل النزاع.[1]

ومن جهة أخرى يشترط في إختيار اللجنة أن يكونوا حائزين على الأهلية اللازمة ويتصفون بقدر من الأخلاق ذو خبرة وكفاءة وإختصاص في مجال التجارة والإستثمار وملمين بطبيعة العقد وموضوع النزاع ونوعه، مع التأكد من إنتفاء أي علاقة أو مصلحة للموفقين الذين تم إختيارهم في النزاع الذي هم بصدد تسويته[2]، وهذا ما تضمنته المادة 14 من إتفاقية واشنطن، كما يرى البعض يكون الموفق شخص طبيعي من باب أنه لا يجوز أن تعهد مهمة التوفيق إلى شخص معنوي كأن يكون مركز أو هيئة، بالتالي وجب أن يكون الموفق أو الموفقين أشخاص طبيعيين.[3]

2 – إلتزامات الموفق:

من إلتزامات لجنة التوفيق في خضام سير عملية التوفيق أن تأخذ ببعض المبادئ بعين الإعتبار والتي تشكل في نفس الوقت إلتزامات لها، بحيث يباشر الموفق مهمته وفقا لما يراه ملائما مستهديا بمبادئ العدل والإنصاف والحيدة والنزاهة، ويتجلى هذا في عدم الانحياز لأحد طرفي النزاع أو ضده في أي مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق، وهو ما جاءت به المادة 75 من نظام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات والمادة 06 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي للأونسترال لعام 2002.[4]

كذلك يلتزم الموفق بالالتزام بمبدأ سرية التوفيق، بمعنى المحافظة على الأسرار المهنية للمهمة التي تعهد على القيام بها، وبهذا يتوجب عليه عدم إفشاء أسرار إجراءات التوفيق والجلسات أو تسريب المعلومات والوثائق والأقوال والأدلة، و إلا تحمل تبعة إفشاء هذه الأسرار، و هذا مانص عليه القانون

[1] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 59.

[2] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 255-256 .

[3] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 60.

[4] – مروة محمد محمد العيسوي، المرجع السابق، ص ص 351-353.

النموذجي للتوفيق التجاري الدولي في نص المادة 09 منه، وعلى غرار هذا نجد أيضا نص المادة 33 من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبو ظبي والتي تضمنت مايلي: " يمتنع على هيئات التوفيق أو أي من مؤازريها إفشاء أو إشاعة أية معلومات أو بيانات أو خصوصيات تلك بالقضية للغير، وإذا كانوا قد إطلعوا عليها خلال نظر القضية تحت طائلة المسؤولية الشخصية بالتعويض تجاه المركز وذوي الشأن، ولإدارة المركز أن تتخذ ما تراه مناسبا بحق المخالف لهذا الحظر".[1]

3 – سلطات ومهام الموفق:

إن جوهر التوفيق ماهو إلا محاولة تقريب لوجهات النظر و تقديم حلول للنزاع القائم، وفي إطار هذا يكون للموفق كامل السلطة في طلب المستندات أو إيضاحات أو بيانات ...أو أي وثيقة أخرى أو وضع أي شروط تراها ضرورية لتسوية نزاعهم[2]، كما يقع على الأطراف مساعدة اللجنة في هذا والإمتثال لطلباتها وإحاطتها بالتفاصيل بحسن نية حتى تتمكن هذه الأخيرة من القيام بوظيفتها.[3]

أيضا للموفق مهمة دفع الأطراف لقبول إجراء تعديل العقد وإلتزاماته طبقا لقواعد العدالة، بالتالي فرش الطريق لإقامة نوع من التوازن العقدي بين الأطراف مما يساهم بإستمرار الرابطة التعاقدية.[4]

تقوم أيضا لجنة التوفيق بتحديد المسائل التي يتعين النظر فيها ودراستها من جهة وتعمل من جهة أخرى على التحضير والإعداد، مرورا بتقديم وعرض النزاع وتوضيح عناصره وثناياه، ومن ثم تنتهي بتقديم إقتراحات تساعد على التوفيق والمصالحة بين الأطراف.[5]

---

[1] – مروة محمد محمد العيسوي، المرجع السابق، ص 353-354.

[2] – مروة محمد محمد العيسوي، المرجع نفسه، ص 344-346.

[3] – بلحميدي وفاء، اكل إيمان، المرجع السابق، ص 40.

[4] – بلحسان هواري ، المرجع السابق، ص 245.

[5] – بلحسان هواري ، المرجع نفسه، ص 256

ثانيا: نهاية عملية التوفيق

في الواقع إن سير عملية التوفيق ونجاحها تقف على روح الود والمحاولة الصادقة و الإلتزام بالتعاون من الأطراف للوصول إلى تسوية ودية لهذا النزاع، وفقدان هذه الخاصية قد يكون السبب الرئيسي في فشل التوفيق،[1] وبغض النظر عن سبب فشلها فإن مصيرها يتلخص في إحدى الحالات الثلاثة :

1 – نجاح عملية التوفيق:

بعد نهاية الموفق من عملية التوفيق فإن النتيجة يمكن أن تكون إيجابية بمعنى أن يتم الوصول لحل للخلاف بين الدولة والمستثمر في عقد الطاقة، ويتحقق هذا بوصول الأطراف تحت تأطير اللجنة التوفيقية بإلاتفاق على التنازل المتبادل بجزء من الإدعاءات أو بإعتراف أحد الطرفين للطرف الأخر بحقوقه وعلى كل حال تقوم اللجنة وهي بصدد تثبيت حالة الإتفاق بإعداد محضر رسمي يتناول عرضا لوقائع النزاع ومجريات عملية التوفيق من بدايتها وصولا لنهايتها،[2] وهو ما أكدته المادة 27 من اتفاقية واشنطن والتي نصت على:" إذا توصل الطرفان إلى إتفاق فتقوم اللجنة بإعداد تقرير توضح فيه عناصر النزاع وتثبت فيه كذلك الإتفاق الذي توصل إليه الطرفان ".[3]

كما تلزم الإشارة إلى أنه بمجرد توقيع الطرفين المتنازعين على الإتفاق ملزم لهما وواجب التنفيذ وفي هذا الصدد نشير إلى نص المادة 13 من قواعد الأونسترال للتوفيق لسنة 1980 على:" بالتوقيع على إتفاق التسوية ينهي الطرفان النزاع ويصبحان ملزمين بذلك الإتفاق".[4]

2 – فشل عملية التوفيق:

قد لا يصل طرفي النزاع إلى التسوية الودية بعد قطع شوط كبير ورغم الجهد المبذول من الموفقين

[1] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 256-257.

[2] – مروة محمد محمد العيسوي، المرجع السابق، ص355-356.

[3] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص257.

[4] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 63.

ولا تؤتى العملية التوفيقية ثمارها وتتعثر لأسباب عدة، فقد تتمثل هذه الأسباب في إنتفاء الرغبة الجادة لدى الأطراف، أو عدم تسليم أحدهما بحق الطرف الأخر، أو إقتناع كل طرف على حد السواء بأنه على حق مما يجعل مهمة الموفق صعبة في الوصول بهم إلى أرضية مشتركة، بالتالي يقوم الطرفين بتقديم طلب لإنهاء العملية،[1] ويستوي كذلك أن تبادر الهيئة بإقرار فشل التوفيق من تلقاء نفسها وتصدر إعلانا بذلك عند إقتناعها بإستحالة الوصول إلى نقطة إتفاق، وكون الإستمرار والمحاولة تشكل إضاعة للوقت طالما أن النتيجة أصبحت معروفة، وهذا ماجاء في نص المادة 34 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على أنه: " إذا وصل الطرفان...ولم يتبين للجنة في مرحلة من مراحل الإجراءات أنه ليس هناك إحتمال للإتفاق بين الطرفين تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات وتعد تقريرا تبين فيه موضوع النزاع وتسجل فيه فشل الطرفين للوصول إلى إتفاق ...".[2]

كما قد يفشل التوفيق لأسباب تعود للموفق نفسه كأن يقصر في مهمته أو يخل بإحدى إلتزاماته، أو أن تنتفي فيه أساسا المؤهلات اللازمة لإدارة عملية التوفيق، أو قد يحدث ويقترح وجهة نظر أو حل غير صائب بالنسبة لأحد الطرفين فتفشل هذه العملية.[3]

3 – إيقاف سير عملية التوفيق

يمكن إنهاء عملية التوفيق من خلال إنسحاب أحد طرفي النزاع أو كلاهما في أي مرحلة من مراحل سير إجراءات التوفيق، فيقوم على إثرها برفع طلب لهيئة التوفيق وذلك من اجل إخطارها بعدم رغبته أو تراجعه عن نيته في إستكمال إجراءات التوفيق.[4]

وفي إطار هذا جاءت المادة 11 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري لعام 2002 لتأكيد ما

[1] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 258.

[2] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 64.

[3] – مروة محمد محمد العيسوي، المرجع السابق، ص 361-362.

[4] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص65.

سبق ذكره بقولها:" تنتهي إجراءات التوفيق: .... بإصدار الطرفين إعلانا إلى الموفق يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان أو بإصدار احد الأطراف إعلانا موجها إلى الطرف الأخر أو الأطراف الأخرى والى الموفق في حال تعيينه، يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان".[1]

وعلى كل حال وجبت الإشارة إلى أن التوفيق يبقى ذو دور نسبي في فض منازعات عقود الطاقة ذلك أنه يصدر قرارات غير ملزمة للأطراف، بمعنى أنه مرتبط بحرية الأطراف في الإلتزام بما يصدر عن الهيئة التوفيقية من أحكام وقرارات أو رفضها، مما يجعل هذه الآلية مضيعة للوقت والجهد والمصاريف في بعض الأحيان.

المطلب الثاني: الوساطة كوسيلة لفض منازعات عقود الطاقة

تعتبر الوساطة وسيلة ودية طوعية و الأكثر شيوعا في حسم النزاعات بحيث بدأت تأخذ حيزا واسعا خاصة في الجانب التجاري و الإقتصادي لاسيما في المنازعات الكبيرة المتعلقة بالمجال الطاقوي بترول وغاز...، لما تتيحه من مرونة، فهي إجراء هيكلي أين يشارك الوسيط والذي يكون محايد ونزيه وذو مهارة مع الأطراف من أجل الوصول لإتفاق بغية إنهاء النزاع القائم بينهما، وبناءا على هذا سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى التعريف بهذه الوسيلة من خلال بيان ماهيتها (الفرع الأول) والتطلع على كيفية سير إجراءاتها من جهة أخرى (الفرع الثاني).[2]

الفرع الأول: ماهية الوساطة

تعد الوساطة وسيلة سلمية غايتها وهدفها دائما ما يكون بلوغ الصلح و إيجاد حل توافقي مما يساعد على القضاء على الخلاف القائم بين الطرفين، وحتى نتعرف على هذه الوسيلة عن قرب أكثر

[1] – مروة محمد محمد العيسوي، المرجع السابق، ص 360.

[2] – البقمي عائض بن سلطان، المرجع السابق، ص 85.

سنعمل على تسليط الضوء بشكل خاص على مفهومها (أولا) مرورا بعرض أنواعها(ثانيا) ومميزاتها(ثالثا).[1]

أولا: تعريف الوساطة

عمل الفقه والتنظيمات والمنظمات الدولية على محاولة إعطاء تعريف دقيق للوساطة، وعرفها كل فقيه بحسب الزاوية التي ينظر منها، مما أنتج عدة تعريفات سنبينها كالأتي:

1 – التعريف الفقهي للوساطة

تعرف الوساطة بشكل عام بأنها أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات، تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للإجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وهي غير ملزمة تتم بمساعدة شخص محايد وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع وتتميز إجراءاتها بالسرية .[2]

كما نجد الأستاذ عبد السلام ذيب قد عرفها على أنها:" تكليف شخص محايد له دراية بالموضوع ولكن بدون سلطة الفصل فيه يسمى الوسيط، يكلف بسماع الخصوم ووجهة نظرهم من خلال الدخول في محادثات قد تكون وجاهية أو غير وجاهية قصد ربط الإتصال بينهم وحملهم لإيجاد الحلول التي ترضيهم ".[3]

وعرفها الأستاذ شروق عباس فاضل بأنها:"وسيلة إختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات يلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف، عن طريق فحص طلبات وإدعاءات الأطراف، ويساعدهم في التفاوض لحسم النزاع ".[4]

---

[1] – بوالقرارة زايد، المرجع السابق، ص 21-22.

[2] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 18-19.

[3] – زيري زهية، " الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، مذكرة ماجستير في قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، سنة 2015، ص43.

[4] – خروبي نسرين، بوجاهم عفاف، "الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2018-2019، ص 8-9.

وعرفتها المجموعة الأوروبية للقضاة على أنها " طريق إتفاقي لتسوية النزاعات المطروحة أمام القضاء والتي بواسطتها يقوم القاضي المكلف بالنظر في النزاع بعد موافقة الأطراف بتعيين وسيط يعمل تحت إشرافه بمقابل لمحاولة تقريب وجهات النظر ومساعدتهم على إيجاد حل للنزاع المطروح بينهم".[1]

وبالنسبة للفقه الغربي فنجد guillaume-hofnung قد عرفها على أنها وسيلة أخلاقية للتحاور تقوم على روح المسؤولية والإستقلالية التي يتمتع بها المشاركون، ترمي إلى إنشاء وإصلاح الروابط الإجتماعية.[2]

2 – التعريف التشريعي

نصت مختلف الهيئات الدولية والتشريعات وتبنت آلية الوساطة لكن لم تتطرق لتعريفها وتحديد مفهومها، ومن بينها التشريع الجزائري بحيث إكتفى بالإشارة إليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 المعدل والمتمم في المواد من 994 حتى 1005، بحيث تضمنت المادة 994 مايلي:"يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد بإستثناء قضايا شؤون الأسرة وقضايا العمالية، وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم، ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع.[3]

وعرفها في القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل على أنها: " إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير ويشتركان في تعيينه ".[4]

---

[1] – خروبي نسرين، بوجاهم عفاف، المرجع السابق، ص 11.

[2] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 44.

[3] – أنظر الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ،ج ر ج ج العدد21.

[4] – قانون رقم 90-02، المؤرخ في 6 فبراير سنة 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ، ج ر ج ج ، العدد 6.

كما ذكرتها مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية على أنه:

" ... والوساطة إجراءات تتخذ طوعيا، إذا وافق على ذلك طرف النزاع وبالتالي فإن اللجوء لمثل هذه الوسائل أمرا إراديا، راجع لإرادة الأطراف النزاع عن طريق الإتصال بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر حول الموضوع المتنازع عليه ".[1]

والملاحظ أن مذكرة منظمة التجارة العالمية قد حاولت التأكيد على الصفة الطوعية والإختيارية للوساطة، وعلى الرغم من أن الوساطة تعتبر وسيلة إختيارية إلا أن هناك من الدول من جعلت منها طريق إجباري قبل الإلتجاء إلى القاضي كالأرجنتين.[2]

وعلى ضوء التعريفات السابقة بدورنا يمكننا القول أنها وسيلة ودية مرنة وأكثر فعالية إذ أن الهدف منها ينطوي على المحافظة على العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وخلق وسط مريح وحلا مربح للطرفين.

ثانيا: أنواع الوساطة ومميزاتها

أقرت مختلف القوانين والتنظيمات الوساطة كطريق بديل لحل النزاع لما تتميز به من خصائص لاسيما مرونة إجراءاتها والسرية محاولة لإيجاد حلول ترضي طرفي الخصومة كما عدة أنواع وهي كالتالي:

1 – أنواع الوساطة:

للوساطة أنواع تختلف بإختلاف الجهة التي تم النظر منها، سنعرضها كالأتي:

أ– الوساطة الاتفاقية:

تنعقد الوساطة الإتفاقية في العقود الطاقوية إما باتفاق الأطراف بعد إثارة النزاع بينهما أو بموجب نص إتفاقي كإدراج شرط الوساطة في العقد لحل أي نزاع قد يطرح بمناسبة العلاقة التعاقدية على الوساطة، بحيث يختارون شخص يرونه مناسب ليقوم بدور الوسيط من أجل حل النزاع، ما يعني أنها

[1] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 20.

[2] – كركوب هشام، المرجع السابق، ص117.

مبنية على الإرادة المحضة للأطراف.[1]

كما ينقسم هذا النوع من الوساطة بدوره إلى 03 أنواع أولها الوساطة البسيطة والتي تقوم على وجود طرف يسعى إلى البحث لخلق أرضية مشتركة بين الطرفين وإيجاد حل للنزاع، والأخرى تتمثل في الوساطة الإستشارية والتي يطلب فيها الطرفين إستشارة من محام أو خبير من ثم يعرضون عليه مهمة ممارسة الوساطة بينهما، وفي الأخير نجد الوساطة التحكيمية والتي تكون في شكل بند وارد في العقد يقضي بإحالة أي نزاع ناشئ عن الرابطة العقدي بينهما للوساطة .[2]

وفي هذا الصدد نشير للتعريف الذي منحه التشريع المغربي للوساطة الإتفاقية بحيث نص عليها قي قانون المسطرة المدنية على بقوله: " إتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد ".[3]

ب- الوساطة القضائية

هي تلك الوساطة التي تكون بناءا على توصية من القاضي رئيس المحكمة، ويسمى بقاضي الوساطة بحيث يكون من مهامه عند بدأ أي نزاع إقتراح اللجوء إلى الوساطة على المتنازعين و إدارتها و الإشراف على إجراءاتها فيما بعد[4]، و يكون للأطراف حرية قبول أو رفض الاقتراح، و عند فشل الوساطة يعود إختصاص الفصل في النزاع للقضاء.

ونجد هذا النوع من الوساطة في العديد من التشريعات من بينها نجد النظام الأنجلو سكسوني وأخذ بها أيضا التشريع الجزائري[5]، على غرار المشرع الأردني الذي خصص إدارة خاصة بالوساطة على

[1] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 46.

[2] – خروبي نسرين، بوجاهم عفاف، المرجع السابق، ص22.

[3] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 47.

[4] – بلحميدي وفاء، اكل ايمان، المرجع السابق، ص 49-50.

[5] – خروبي نسرين، بوجاهم عفاف، المرجع السابق، ص 23.

مستوى المحكمة تتشكل من قضاة الوساطة ويعينون من طرف رئيس المحكمة.[1]

ج- الوساطة الخاصة:

يتولى مهمة الوساطة في هذا النوع من أطلق عليه إسم "الوسيط الخاص" ويكون عادة من ذوي المهن الحرة من بين المحامين المتقاعدين والقضاة والمهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة.[2]

ويعين هذا الأخير من طرف رئيس المجلس القضائي بتنصيب من وزير العدل، وعلى كل حال يتم إحالة النزاع للوساطة بناءا على طلب الأطراف أو بناءا على قرار قاضي إدارة الدعوى بعد موافقتهم.[3]

2 - خصائص ومميزات الوساطة

تتميز الوساطة بالكثير من الخصائص التي تميزها عن باقي وسائل الفصل في النزاعات منها:

- ✓ توفر الوساطة للمتنازعين الفرصة للإلتقاء وعرض وجهات النظر ومحاولة إزالة الإشكالات بين الأطراف، والتوصل لحل يرضيهم عن طريق تقريب وجهات النظر المتباعدة، والخروج بمصالحة تزيل كافة الخلافات وضمان رضا الطرفين.[4]
- ✓ أثبتت البحوث و الدراسات أن نسبة نجاح الوساطة تصل إلى نسبة 85 بالمئة، بالإضافة إلى أنها تحقق توفير نسبة5 بالمئة من التكاليف، ونسبة 15 بالمئة من الوقت المستهلك مقارنة بالتحكيم[5] بحيث أن عملية الوساطة لا تتجاوز مدة الثلاث أشهر.[6]

---

[1] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 47.

[2] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 30.

[3] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 48.

[4] – خروبي نسرين، بوجاهم عفاف، المرجع السابق، ص21.

[5] – البقمي عائض بن سلطان، المرجع السابق، ص85.

[6] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 26.

- ✓ الوساطة عبارة عن أسلوب مرن يكفل للمتنازعين فض الخلاف بطريق ودي بعيدا عن تعقيد الاجراءات وطولها ومختلف الشكليات الأخرى، بالإضافة إلى أنها تدعم خصوصية النزاع والأطراف ويتجلى ذلك من خلال تكريس مبدأ سرية الجلسات والأقوال والأدلة وغيرها.[1]
- ✓ الوساطة هي أسلوب لصيق وغير مستقل عن القضاء حتى أنها تعد من الإجراءات التي يعرضها القاضي على الأطراف قبل الفصل في النزاع المطروح عليه، كما يعود إختصاص الفصل في النزاع للقضاء بعد سقوط وفشل الوساطة.[2]

الفرع الثاني: إجراءات الوساطة

يعتبر إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى الوساطة أو بعرض القاضي لهذه الأخيرة على الأطراف نقطة البداية في إجراءات الوساطة، إذ أنه إجراء وجوبي حسب ماجاء به ق إ م و إ في نص المادة 994 منه، فإذا قبل المتنازعين هذه المبادرة يباشر القاضي مهمة تعيين وسيطا (أولا) لمحاولة التوفيق بينها، ويقوم هذا الأخير بمهامه تحت إشراف القضاء من بداية عملية الوساطة حتى نهايتها (ثانيا).[3]

أولا: تعيين الوسيط وتحديد مهامه

إن السير في إجراءات الوساطة يتطلب إختيار وسيط من بين جدول الوسطاء الخصوصيين و إدلائه بقبوله لهذه المهمة من جهة، و قبول الأطراف لهذا الوسيط من جهة أخرى ، كما أن إختياره يقف على مجموعة من الشروط وجب توفرها فيه لضمان السير الحسن لعملية الوساطة والوصول لنتيجة مرضية.[4]

---

[1] – خلوي ليدية، زريفي نبيلة، " الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإقتصادية بين ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والنصوص الخاصة"، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2021، ص 21-22.

[2] – بلحميدي وفاء، اكل إيمان، المرجع السابق ، ص 49-50.

[3] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 26.

[4] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 63-64.

1 – كيفية تعيين الوسيط

بعد إقتراح وعرض فكرة الوساطة على الخصوم وبعد موافقة الطرفين وهو ما جاءت به المادة 999 من قانون إ م و إ، من حيث وجوب أن يكون الأمر القاضي بتعيين الوسيط حائز على موافقة الخصوم[1]، ومن ثم تأتي مرحلة إصدار القاضي قرار تعيين الوسيط، ويكون من ضمن قائمة الوسطاء القضائيين المعتمدة لدى المجالس القضائية أو إتفاق التحكيم طبقا لنص المادة 1012 أو من طرف رئيس المحكمة الواقعة في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ[2].

من جهة أخرى يجب أن يكون القرار القاضي بتعيين الوسيط متضمن كافة المعلومات المتعلقة به كإسمه وعنوانه ومهامه.[3]

والجدير بالذكر أنه يمكن أن يعين الوسيط دوليا من طرف أحد مراكز حل النزاعات عند لجوء الأطراف إليها كغرفة التجارة الدولية.[4]

2 – شروط إختيار الوسيط

نظرا للأهمية البالغة للعملية التي يتولاها الوسيط ونظرا لحساسيتها وجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط سنحاول حصرها في مجموعة من النقاط:

- ✓ أن لايكون للوسيط أي صلة قرابة بأطراف النزاع، وأيضا أن تنتفي له أي مصلحة من النزاع.[5]
- ✓ يجب أن يكون الوسيط مؤهلا للنظر في النزاع وأن يكون من الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الإستقامة والنزاهة (998من قانون إ م و إ).[6]

---

[1] – أنظر الأمر 08-09 المتضمن لقانون إ م و إ، سالف الذكر .

[2] – خروبي نسرين، بوجاهم عفاف، المرجع السابق ، ص31.

[3] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 64.

[4] – بوالقرارة زايد، المرجع السابق، ص 23.

[5] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص33.

[6]– المرسوم التنفيذي رقم 09-100 ،المؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج ر ج ج عدد 16 .

- ✓ أن يكون مسجل في قائمة الوسطاء القضائيين على مستوى المجالس القضائية ،كما يمكن أن يكون غير مسجل، لكن في هذه الحالة يلزم أن يؤدي اليمين(المادة 04).[1]
- ✓ أن يكون يتمتع بسرعة البديهة و قوة الشخصية و القدرة على إدارة الحوار والإقناع.[2]
- ✓ أن لا يكون قد تعرض لعقوبة جراء جريمة مخلة بالشرف وإلا يكون ممنوع من حقوقه المدنية.[3]
- ✓ يستخلص من نص المادة 997 من ق إ م و إ، أن المشرع الجزائري قد أناط مهمة ممارسة أعمال الوساطة للشخص الطبيعي أو وإلى الجمعيات وفي هذه الحالة يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ هذا الإجراء.[4]

3 – سلطات الوسيط ومهامه

- ✓ يعمل الوسيط على تنظيم عملية الوساطة وشرح إجراءاتها للأطراف.[5]
- ✓ ان يحاول التقليل من هوة الخلاف بين الأطراف المتنازعة من خلال إبراز الجوانب الهامة من عناصر التسوية وتوضيح مدى قلة أهمية الجوانب التي قد يشتد بشأنها النزاع.
- ✓ تكمن مهمة الوسيط في اقتراح حلول وتقريب وجهات النظر دون أن يحاول فرض وجهة نظره على المتخاصمين، كما أنه لا يصدر أي قرارات.[6]
- ✓ للوسيط حق إنهاء الوساطة عندما يتبين له إستحالة السير فيها والخروج بنتيجة.[7]

---

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 09- 100 سابق الذكر.

[2] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 24.

[3] – خلوي ليدية، زريفي نبيلة، المرجع السابق، ص 35.

[4] – أنظر الأمر08-09 المتضمن لقانون إ م و إ، سالف الذكر.

[5] – هامل نجاة، المرجع السابق، ص 35.

[6] – خلوي ليدية، زريفي نبيلة، ص36.

[7] – بوالقرارة زايد، المرجع السابق، 24.

ثانيا: بدأ عملية الوساطة وإنتهائها

تبدأ عملية الوساطة من خلال مباشرة عقد الجلسات بين الأطراف والوسيط وتنتهي في كل الأحوال بنجاحها أو فشلها.

1 – بدء عملية الوساطة

بعد صدور الأمر بتعيين الوسيط وقبول هذا الأخير، يبدأ بمباشرة مهامه، وأول إجراء يقوم هو إستدعاء الخصوم إلى أول لقاء للوساطة، يتعرف فيها على الأطراف المتنازعة ويستمع لوجهة نظر كل واحد منهم، ويتلقى منهم مستنداتهم والوثائق التي تدعم دفوعهم كما يقوم بالتعريف عن نفسه ويبين ويشرح لهم دوره كوسيط كما يؤكد لهم حيدته ويؤكد لهم ضمان سرية إجراءات الوساطة وجلساتها[1] طبقا للمادة 1000 من ق إ م و إ ج والتي نصت على: "..... يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة".[2]

ويحاول الوسيط من خلال عقد هذه الجلسات التوفيق بينهما و إرساء أرضية مشتركة للجمع بينهما وتوحيد وجهات النظر، كما يمكن للوسيط بعد الجلسة الأولى أن يعقد جلسات إنفرادية مع الأطراف أو ممثيليهم من أجل سماعهم ومعرفة موقفهم ووجهة نظرهم حول النزاع، كما له سماع أشخاص من الغير وذلك بموافقة أطراف النزاع.[3]

كما لا تستمر عملية الوساطة لمدة طويلة بل على العكس تكون في مدة وجيزة، أي في غضون ثلاث(03) أشهر وهو ما نصت عليه المادة 996 ق إ م و إ.[4]

[1] – زيري زهية، المرجع السابق، ص65-66.

[2] – انظر الأمر08-09، سابق الذكر.

[3] – زيري زهية، المرجع السابق، ص66.

[4] – أنظر الأمر 08-09، سالف الذكر.

2 – إنتهاء عملية الوساطة:

إن الوساطة مرتبطة بمدى نجاح الوسيط في التوفيق مابين طرفي النزاع للوصول إلى حل من عدمه كما قد تنتهي قبل إنتهاء مدتها بطلب من الوسيط أو بتدخل القاضي.

أ– نجاح الوساطة:

إن نجاح الوساطة يظهر من خلال تمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يضع حدا للنزاع الناشئ، ففي حال ما إذا توصل الوسيط إلى تسوية النزاع، يرفع للقاضي الآمر بالوساطة تقريرا بذلك، ويرفق بها إتفاقية التسوية الموقعة من قبل الأطراف للمصادقة عليها، حيث تعتبر هذه الإتفاقية بعد إتمام عملية المصادقة عليها بمثابة حكم قطعي لا يخضع لأي طعن طبقا لنص المادة 1004من ق إ م و إ.[1]

ب– فشل الوساطة:

مثلما تنتهي الوساطة بنجاحها قد تنتهي بفشلها من جهة أخرى، فقد تنتهي بإنتهاء مدتها المقررة دون الوصول لإتفاق بين الأطراف[2] ما لم يتم تمديد مدتها طبقا للمادة 996 من نفس القانون[3] كما يمكن للقاضي إنهائها تلقائيا عندما يتبين له إستحالة السير فيها، كما ينهيها بناءا على طلب من الوسيط في حالة رفض الأطراف للحلول المقترحة، أو بطلب من الأطراف المتنازعين طبقا للمادة 1002، وفي كل الأحوال ترجع القضية إلى الجلسة بأمر من القاضي للفصل فيها وإصدار حكم.[4]

وما تم ملاحظه هو أنه على الرغم من ما تتميز به هذه الوسيلة إلا أنها كباقي الوسائل الودية من حيث أنها لا تخرج بقرار نافذ وملزم مما يجعلها لا تحقق المبتغى والمراد منها بوضع حل جذري لإشكالية المنازعات الحاصلة بين الأطراف في عقود الطاقة.

---

[1] – خلوي ليدية، زريفي نبيلة، المرجع السابق، ص 38.

[2] – زيري زهية، المرجع السابق، ص66.

[3] – انظر الأمر 08-09 سالف الذكر.

[4] – زيري زهية، المرجع السابق، ص 67.

المبحث الثاني: الوسائل القضائية لفض منازعات عقود الطاقة

إن التخطيط لتسوية المنازعات التي تنشأ في أي مشروع يتعلق بالطاقة أي ما يدور في مجال النفط والغاز والطاقة الشمسية ... يعد أمرا حتميا، بحيث تتطلع الأطراف المتعاقدة في بداية الصفقة إلى وضع خطة أو آلية لمعالجة المشاكل والنزاعات التي قد تطرأ على العقد لاحقا، وتتمثل هذه الوسائل في اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة أو التحكيم كوسائل قضائية، بحيث يعد القضاء في الأصل صاحب الإختصاص في حسم نزاعات مشاريع الطاقة شأنها شأن باقي النزاعات الأخرى، إلا أن المستثمرين يبدون قلقهم وخوفهم حيال حيادية ونزاهة القضاء الوطني للدولة المضيفة[1]، مما أدى إلى استحداث التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء، كونه وسيلة حيادية وسريعة، وضمانة فعالة لحماية المستثمرين ومصالحهم من تعسف الحكومة، أيضا نقص الخبرة لدى القاضي الوطني وذلك بشكل خاص في مجال النفط والغاز نظرا لخصوصية هذه العقود التي تتطلب معارف إقتصادية وفنية ولغوية وغيرها تتلائم مع هذا المجال[2]، ولهذه الأسباب لا يكاد يخلو أي إتفاق إستثماري في عقود الطاقة من شرط اللجوء إلى التحكيم، وللإحاطة بهذه الوسائل سنتطرق أولا إلى القضاء كوسيلة لحل منازعات عقود الطاقة (المطلب الأول)، و من ثم المرور إلى التحكيم كوسيلة ثانية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : القضاء كوسيلة لفض نزاعات عقود الطاقة

إن الأصل في مسألة فض النزاعات بصفة عامة ومنها نزاعات عقود الطاقة التي تقع داخل إقليم الدولة يؤول الإختصاص بالفصل فيها أوليا للقضاء الوطني، والذي يعد مبدأ أساسي يكرس سيادة الدولة على إقليمها[3]، لكن يرى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة أنه ليس هناك إنصاف في المعاملة

[1] – فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي، المرجع السابق، ص 675.

[2] – رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 59 – 65.

[3] – ربعية رضوان، المرجع نفسه، ص 10.

على قدم المساواة بين المستثمر مع الخصم المتمثل في الدولة، مما جعل هذا الأخير يرى وجوب إخضاع هذه المنازعات لقضاء أخر غير قضاء الدولة المضيفة (الفرع الأول) والذي قد يتمثل القضاء الدولي (الفرع الثاني).[1]

الفرع الأول:أولوية إنعقاد الإختصاص لقضاء الدولة المضيفة

من البديهي عندما ينشب نزاع داخل حدود الدولة فإن إختصاص النظر فيه ينعقد للقضاء الوطني ما لم يتفق الأطراف على ما يخالف هذا، بالتالي يفصل في الموضوع على أساس القانون الوطني، لكن في ظل إزدواجية القضاء الذي تأخذ به أغلبية الدول يثور التساؤل والإشكال حول الجهة المختصة للفصل في النزاع داخل حدود الدولة، بالتالي سنتطرق للقضاء النوعي لهذه الأخيرة ودراسة مدى إختصاصه (أولا)، كذلك هناك بعض من الدول أنشئت محاكم إقتصادية والتي خصصتها لحل نزاعات الإستثمار ذات الطبيعة الإقتصادية (ثانيا).[2]

أولا: إختصاص القضاء النوعي للدولة المضيفة

يتم تسوية النزاع في عقود الإستثمار بصفة عامة وعقود الطاقة بصفة خاصة في إطار النظام القضائي والإجرائي المعروف بالنسبة لسائر المنازعات، كما يتصف هذا النظام بالإزدواجية في الكثير من دول العالم من بينها الجزائر، بحيث يتم الفصل بين الجهات القضائية التي تنظر في المنازعات الإدارية عن غيرها من الجهات القضائية الناظرة في باقي المنازعات العادية،[3] ولكون عقود الطاقة تنطوي على طرف عام سيادي والمتمثل في الدولة فإن العقد هنا يكون عقد إداري، ومن جهة أخرى

[1] – إياد يونس محمد الصقلي، " تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام " ،مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، المجلد 3، العدد1،سنة 2018، ص 289-290.

[2] – ربعية رضوان، المرجع السابق، ص 53.

[3] – ربعية رضوان، المرجع نفسه، ص53.

هي عقود موضوعها إقتصادي، بالتالي تتمثل نقطة الإستفهام والإشكال هنا في نوعية القضاء المختص بالنظر في منازعاتها.[1]

1 – إختصاص القضاء العادي:

يمثل اللجوء إلى المحاكم الوطنية الآلية الأولى والتي ينص عليها عدد هام من الاتفاقيات الثنائية نجد منها الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، و الإتفاقية المغربية الإيطالية نصت كل منهما على إمكانية رفع الخلاف إلى الهيئة القضائية المختصة في الدولة المضيفة وذلك عند تعذر حل الخلاف بالطرق الودية[2].

كما نجد منظمة الأوبك تنص في قرارها رقم 90/16 لسنة 1968، والذي أعلنت فيه السياسية النفطية على: "فيما عدا الحالات التي تنص القوانين الوطنية للدول الأعضاء على خلاف ذلك، فإن كافة المنازعات الناشئة بين الدول الأعضاء وشركات النفط الأجنبية تدخل في الإختصاص المطلق للمحاكم الوطنية المختصة ".[3]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 12 من القانون22-18 على:" يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة ما لم توجد إتفاقيات ثنائية...."[4].

و بإعتبار أن عقود الطاقة ذات طبيعة إقتصادية تبرم عن طريق مؤسسات عمومية إقتصادية كمؤسسة سوناطراك الجزائرية، لم ينص عليها المشرع في نص المادة 800 من قانون إ م إ حيث خصها فقط لذكر المؤسسات الإدارية التي تكون منازعاتها إدارية ، مما يمكن إعتبار أن منازعات هذا

[1] – بوالقرارة زايد، المرجع السابق، ص25.

[2] – محمد محمود ولد عبد الله المختار، " الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في تشريعات دول المغرب العربي "، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2006، ص206.

[3] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص54.

[4] – قانون الإستثمار رقم 22-18سابق الذكر.

النوع من المؤسسات يندرج ضمن إختصاص القضاء العادي وتخضع لأحكام القانون المدني والتجاري كونها من العقود الخاصة، وذلك عند إعمال المعيار الموضوعي لتحديد الإختصاص القضائي بناءا على النظر لطبيعة النشاط محل المنازعة.[1]

كذلك هو الأمر عند إعمال المعيار العضوي والذي ينظر إلى طبيعة أطراف المنازعة عند إسناد الإختصاص القضائي، وذلك لأن المشرع الجزائري أخرج هذه المؤسسات الإقتصادية من نطاق الهيئات التي يختص القضاء الإداري بالنظر في منازعاتها، لكونها شخص معنوي يخضع بالأساس للقانون الخاص.[2]

كما أوجد المشرع الجزائري في إطار إعادة تنظيم الهيكلة القضائية للقضاء الوطني من خلال إصلاح الأنظمة القانونية والقضائية الخاصة، وتكريس فكرة التوجه نحو القضاء المتخصص مايسمى بالمحاكم التجارية، وهي محاكم لها إختصاص نوعي وحصري للنظر والفصل في المنازعات ذات الطابع التجاري بعدما كانت من إختصاص الأقسام التجارية في المحاكم العادية، وخاصة بعد فشل تجربة محاكم الأقطاب، وتم إستحداث هذه المحاكم بموجب القانون رقم 22-13 المعدل والمتمم للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجعل من الصلح خطوة لازمة وأكيدة حتى يتسنى رفع دعوى أمام هذه المحاكم.[3]

وبموجب المادة 536 مكرر من ق.22-13، فإن هذه المحاكم تختص بالنظر في عدة منازعات تجارية ذكرتها المادة على سبيل الحصر كمنازعات الإفلاس و التجارة الدولية ومنازعات البنوك...[4].

[1] – ربيعة رضوان، المرجع السابق، ص ص 53-55.

[2] – بومرداس نريمان، "منازعات المؤسسات العمومية الإقتصادية بين إختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري في الجزائر"، مذكرة ماستر قي قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945، قالمة ، 2021-2022، ص 17.

[3] – بن عزوز فتيحة، " تداعيات إستحداث قضاء تجاري متخصص في الجزائر"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي مغنية، المجلد 09 العدد01، ص234-236.

[4] – قانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، المعدل والمتمم للقانون 08-09 المؤرخ في 25فبراير 2008، ج ر ج ج ، العدد 48.

والملاحظ بعد التطلع على نص هذه المادة نرى أنها لم تتطرق للمنازعات الخاصة بالإستثمارات أو عقود الطاقة ولم تخضعها لهذه المحاكم، الأمر الذي مازال يشكل نوع من الغموض و يثير الإشكال بشأن فض منازعات هذا النوع من العقود.

إلا أنه عند الوضع بعين الإعتبار أن عقود الطاقة تندرج ضمن عقود التجارة الدولية، وكذا من حيث أن موضوعها ونشاطها إقتصادي تجاري يجعلها تدخل في إختصاص المحاكم التجارية المتخصصة، بالتالي كان على المشرع إضافة هذه العقود ومنازعاتها لهذه الأخيرة.

2 – إختصاص القضاء الإداري:

لا يستوعب القضاء العادي كل صور المنازعات الخاصة بالمؤسسات الاقتصادية كونها تمارس نشاط تجاري و إقتصادي خاصة في مجال النفط و الغاز ...، و خصوصا في إطار تدخل الدولة والأشخاص العامة في هذا المجال بصفتها طرفا في هذه العقود، بالتالي يمكن أن تعد هذه الأخيرة عقود ذات طابع إداري وان كانت تبدو من الظاهر عقود خاصة، بيد أن المشرع الجزائري لم يخرجها من دائرة العقود الإدارية فقط لكونها تنطوي على طبيعة خاصة أو مختلطة. [1]

كما نخص بالذكر أن المشرع الجزائري قد إعتمد في مجال توزيع الإختصاص بين القضاء العادي والإداري على قاعدة المعيار العضوي القائم على أساس أن تحديد المنازعة الإدارية يتم بالنظر إلى أطرافها، إذ ركز على صفة الأشخاص الإدارية التي تكون طرفا في العقد، وهذا ما جاءت به المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] والتي تنص على " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة، الولاية،البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها". [3]

[1] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 50-54.

[2] – بومرداس نريمان، عربة مروة، المرجع السابق، ص19-20.

[3] – الأمر رقم 08-09، سالف الذكر.

وبهذا نشير إلى بعض المنازعات التي يتولى القضاء الإداري في الفصل فيها من بينها المنازعات الضريبية التي تتعلق بفرضها أو تحصيلها، يؤول الإختصاص المبدئي للفصل فيها للمحاكم الإدارية حسب نص المادة 122 من القانون رقم 01-21 المتضمن قانون المالية[1]، لكن دون أن ننسى الإشارة إلى أنه يجب مراعاة الطعون الإدارية الإجبارية في هذا النوع من المنازعات المنصوص عليها في المواد 70و71 من ق إ ج حتى تقبل الدعوى أمام القضاء الإداري.[2]

أيضا فيما يخص القرارات الصادرة عن الوكالة الوطنية للاستثمار بخصوص رفض أحد الإستثمارات، سحب، تجريد لأي من المزايا...، أمكن اللجوء للمحاكم الإدارية بإعتبارها مؤسسة إدارية عمومية.[3]

هذا إلى جانب إختصاص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.[4]

ويفهم مماسبق أن منازعات عقود الطاقة تؤول للمحاكم الإدارية بالنظر إلى أحد أطرافها والمتمثل في الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها وذلك بإستقراء نص المادة 800 سابقة الذكر، إلا أنه عمليا لم يكن هناك أي سابقة للقضاء الإداري وإن فصل في إحدى قضايا الإستثمار وخاصة في مجال عقود الطاقة نظرا لأن هذه النزاعات تحال دائما للتحكيم.[5]

ثانيا: إختصاص المحاكم الاقتصادية

في ضوء إنتشار المنازعات التجارية والإقتصادية سعت النظم القانونية إلى وضع تشريعات لإنشاء

---

[1] – بوالقرارة زايد، المرجع السابق، ص 29.

[2] – سي الفضيل الحاج، سي فضيل الحاج، " آليات فض منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر "، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية حامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،سنة 2018-2019، ص 301-302.

[3] – بوالقرارة زايد، المرجع السابق، ص 25-26.

[4] – بومرداس نرمان، عربة مروة، المرجع السابق، ص 19.

[5] – ربعية رضوان، المرجع السابق، ص 54.

محاكم إقتصادية تقوم بالمهام الأساسية لحل وتسوية هذا النوع من الخلافات بين الدولة والمستثمر أو بين المستثمرين أنفسهم وذلك في مدة وجيزة، وفي هذا الصدد نجد التشريع المصري قد أقام هذا النوع من القضاء إيمانا منه بأهميته الكبيرة في جودة العمل القضائي لاسيما من ناحية الإجادة والإتقان والسرعة في الفصل.[1]

وبهذا الشأن أصدر التشريع المصري القانون رقم 120 لسنة 2008 المتضمن إنشاء المحاكم الإقتصادية، وذلك لإقامة قضاء متخصص ينظر في نوع معين من المنازعات وهي تلك المنازعات التي تنشأ بمناسبة علاقة قانونية ذات طبيعة إقتصادية بصفة عامة والنشاط الإستثماري بصفة خاصة، كما أن هذه المحاكم ما هي إلا محاكم تابعة للقضاء العادي[2] لكنها تعتبر قضاء ثالث كونها تجمع بين القضاء المدني والجنائي بحيث تصدر أحكام ذات طبيعة مدنية في بعض القضايا بينما تصدر أحكام جنائية بخصوص قضايا أخرى.[3]

كما أن الدعاوى التي تدخل ضمن إختصاص المحاكم الإقتصادية طبقا للمادة 06 من قانون المحاكم الاقتصادية، هي تلك الدعاوى التي تنشأ عند تطبيق مجموعة من القوانين الإقتصادية والتي لها علاقة بالإستثمار[4] كقانون التجارة في شأن نقل التكنولوجيا و الوكالة التجارية والإفلاس ...[5].

ونشير أيضا إلى أن هذه المحاكم تنظر في القضايا المطروحة أمامها بصفة مبدئية من خلال آلية الصلح والوساطة فإذا فشلت تمر لإصدار أحكام قضائية بخصوصها.[6]

---

[1] – هبة بدر أحمد صادق، " إطلالة على المحاكم الإقتصادية ومنازعات الإستثمار " ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، الجزء الثاني، سنة 2017، ص710 .

[2] – هبة بدر أحمد صادق المرجع السابق، ص 711-726.

[3] – عمر فلاح العطين، " دور المحاكم الاقتصادية في فض المنازعات التجارية "، دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة أل بيت الأردن المجلد 45، العدد 4، سنة 2018، ص 77.

[4] – ربعية رضوان، المرجع السابق، ص 58.

[5] – عمر فلاح العطين، المرجع السابق، ص 77.

[6] – عمر فلاح العطين، المرجع نفسه، ص 78-79.

وعلى غرار هذا تتشكل هذه الأخيرة من دوائر ابتدائية ودوائر إستئنافية يعين قضاتها حسب نص المادة02 من قانون المحاكم الإقتصادية، فبنسبة للدوائر الإبتدائية تتكون من تشكيلة 03 رؤساء من المحاكم الإبتدائية (القضاء العادي)، أما بالنسبة لتشكيلة الدوائر الإقتصادية الإستئنافية فهي تتكون من 03 قضاة من محاكم الإستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس محكمة إستئناف.[1]

الفرع الثاني: القضاء الدولي ودوره في حل نزاعات عقود الطاقة

إن الأصل في العلاقات الإقتصادية أنه للدولة الحق في أن تمارس سيادتها على مواردها الطبيعية من خلال إخضاع كل المنازعات الناشئة عن الإستثمارات في هذه الموارد الطبيعية لمحاكمها ووفقا لقوانينها، ولما كان لجوء المستثمر في مجال الطاقة للقضاء الوطني للدولة المضيفة لا يخلو من الصعوبات، سواء أكانت موجودة بالفعل أم أنه لا يثق بقدرة هذا القضاء على إنصافه وعدم تحقيق المساواة بين الطرفين، مما يجعل هذه الوسيلة غير فعالة بالنسبة إليه، فيفضل اللجوء إلى و جهة قضائية أخرى كالقضاء الدولي لما له من دور فعال في حل خلافات عقود الاستثمار والمتمثل في محكمة العدل الدولية[2] (أولا) وأيضا محكمة الإستثمار العربية (ثانيا).

أولا: محكمة العدل الدولية ودورها في فض نزعات عقود الطاقة

إن مخالفة الدولة المضيفة للعقد أو لإلتزاماتها عندما يكون مقترنا بخطأ تعسفي، أي إذا إرتكبت هذه الأخيرة في حق الطرف الأجنبي فعل غير مشروع تقوم مسؤوليتها الدولية مما يمكن مقاضاتها دوليا وتعرف هذه المسؤولية بأنها:" الإلتزام المفروض بمقتضى القانون الدولي على الدولة المنسوب إليها إرتكاب فعل أو إمتناع مخالف لإلتزاماتها الدولية بتقديم تعويض إلى الدولة المضرورة سواء في شخصها

[1] – هبة بدر أحمد صادق، المرجع السابق، ص 714-715.

[2] – سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 309.

أو شخص أو أموال رعاياها".[1]

ونشير في هذا الصدد أنه وعلى الرغم من تحقق قيام المسؤولية للدولة المضيفة إلا أن الطرف الأجنبي فردا كان أو شركة لا يستطيع مقاضاتها، نظرا لكونه لا يتمتع بالشخصية الدولية ذلك أن المسؤولية الدولية هي علاقة بين أشخاص القانون الدولي، بالتالي فالسبيل الوحيد أمام المستثمر هو أن يلجأ للدولة التي يحمل جنسيتها لتتبنى هي الأخرى مطالبه، وذلك بما لها الحق في بسط حمايتها الدبلوماسية على رعاياها، وهذا يعني أنها تتمتع بأهلية رفع دعوى المسؤولية الدولية أمام محكمة العدل الدولية إذا ما تم الإعتداء على حقوق ومصالح رعاياها.[2]

ويمكن تعريف محكمة العدل الدولية بالقول أنها الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة وتقوم بمهامها وفقا لنظامها الأساسي الملحق بالميثاق وتتكون من 15 قاضيا يتم انتخابهم لمدة تسع سنوات يمثلون ثقافات قانونية متنوعة[3]، وقد حصرت المادة 34 من النظام السابق الذكر إختصاص المحكمة الدولية في الفصل في المنازعات الناشئة بين الدول فقط، بحيث أن المستثمر في عقود الطاقة لا يستطيع المثول أمامها بصفة مباشرة[4]، بالتالي تقوم الدولة التي ينتمي إليها برفع مايسمى بدعوى الحماية الدبلوماسية وهي عبارة عن "إجراء تلجأ إليه دولة المستثمر سعيا منها لتامين حقوق إستثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بجنسيته لدى دولة أخرى بعد إقدام هذه الأخيرة على المساس به بالمخالفة لإلتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي ".[5]

[1] – بشار محمد الأسعد، " عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة " ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 334-335.

[2] – إياد يونس محمد الصقلي، المرجع السابق، ص 296.

[3]– سامي محمد عبد العال، " دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الإستثمار "، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق، جامعة طنطا، لسنة 2015، ص 4.

[4] – بشار الأسعد، المرجع السابق، ص 337.

[5] – سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 312.

كما تتميز بأن لها اختصاص نوعي الأول هو حل المنازعات التي تقع بين الدول إليها وفقا للقانون الدولي، والثاني إختصاص تقديم فتاواها و إبراز رأيها في المشاكل القانونية المحالة لها من قبل أجهزة الأمم المتحدة.[1]

ولمباشرة الدولة الحماية الدبلوماسية أمام محكمة العدل الدولية لابد من توافر (03) شروط ألا وهي شرط الجنسية، شرط إستنفاذ طرق الطعن الداخلية في الدولة المضيفة وأخيرا شرط الأيادي النظيفة.

1 – شرط الجنسية:

لا تستطيع الدولة التصدي للدول الأخرى وبسط حمايتها على رعاياها سواء كانوا أشخاصا طبيعي أو اعتباريين، إلا إذا توافرت فيهم رابطة التبعية بينها وبين هؤلاء الأشخاص، بالتالي لابد من رابطة تبرر تدخل الدولة للحماية، ومن ثم فكل من لا يحمل جنسية الدولة لا يجوز لهذه الأخيرة التدخل في محاولة لحمايته.[2]

وتجدر الإشارة أنه قد تصادف بعض الحالات أن يكون الفرد أو الشركة طالبة الحماية يحمل أكثر من جنسية هنا اتجه الفقه للأخذ بمعيار الجنسية الفعلية كأساس للتفضيل بين الجنسيات المتراكمة ومفاد هذا المعيار هو أن يكون هناك ارتباط واقعي حقيقي كالإقامة المعتادة أو وجود صلة الروابط العائلية وليس إرتباط صوري بين الدولة طالبة الحماية والفرد أو الشركة المتضررة، كذلك إشترط الفقه في هذا الشأن وجوب توفر هذه الرابطة في وقت نشوء النزاع.[3]

2 – شرط إستنفاذ طرق التقاضي الداخلية للدولة المضيفة:

إن توفر شرط الجنسية لا يكفي لمباشرة الدولة دعوى الحماية الدبلوماسية على رعاياها إذ يستلزم

[1] – ربعية رضوان، المرجع السابق، ص33.

[2] – سامي محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 5.

[3] – إياد يونس محمد الصقلي، المرجع السابق، ص 297-298.

الأمر أن يكون المستثمر المدعي الضرر قد إستنفذ دون نجاح طرق الطعن الداخلية المتاحة على مستوى الدولة المضيفة(القضاء العادي والطعن الإداري، الإستئناف النقض...الخ) مطالبا الحصول على حقه، أي اللجوء إلى النظام القانوني الأدنى درجة وصولا إلى النظام القانوني الأعلى درجة وفي ذلك تطبيقا لمبدأ إقليمية القوانين والجهات القضائية.[1]

3 – شرط الأيادي النظيفة:

ومفادها أن الدولة لا تستطيع ممارسة الحماية الدبلوماسية إلا إذا كان الفرد المتضرر الذي ينتمي إليها لم يساهم بسلوكه في حدوث هذا الضرر كتهربه من الضرائب أو محاولة إخفاء جنسيته أو إنتحال جنسية الدولة المضيفة أو إنتهاك قوانينها ومخالفة أحكامها، بالتالي يكون قد إنتهج سلوكا يعاقب عليه القانون ففي هذه الحالة يعد غير جدير بالحماية الدبلوماسية.[2]

ثانيا: محكمة الإستثمار العربية ودورها في فض نزعات عقود الطاقة

أنشئت محكمة الإستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980، وتم وضع النظام الأساسي لها من طرف الهيئة العربية للإستثمار عام 1985[3] وتختص هذه الأخيرة بالنظر في نزاعات الإستثمار التي تثور بين إحدى البلدان العربية الأطراف في إتفاقية تأسيسها، أو أحد الهيئات التابعة لأكثر من دولة طرف، أيضا تنظر في النزاعات القائمة بين مستثمر عربي وبين الجهات التي توفر ضمانات للإستثمار وهي المؤسسة العامة لضمان الإستثمار.[4]

وتشكل هذه المحكمة من سبعة قضاة على الأقل مع عدد مماثل من الأعضاء الإحتياطيين ينتمي كل منهم إلى جنسية عربية مغايرة و هذا ماجاء في نص المادة 03 من الإتفاقية الموحدة المعدلة

[1] – سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 317.

[2] – سامي محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 9.

[3] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 34.

[4] – رنين الناظر، " تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار"، مجلة القانون والمجتمع، فلسطين، المجلد 10، ع 02، سنة 2022، ص 85.

في سنة 2013 [1]، والجدير بالذكر أن هذه الأخيرة أنشئت تمهيدا لإنشاء محكمة دولية تختص بتسوية نزاعات الإستثمار على المستوى العالم العربي[2].

إضافة إلى إختصاصها بالنظر في النزاعات جاءت المادة 36 من الإتفاقية لتضيف لها اختصاص أخر والمتمثل في تقديم أراء إستشارية بناءا على رغبة أحد الأطراف المتعاقدة حسب نص المادة "للمحكمة أن تفتي برأي إستشاري غير ملزم في أية مسألة قانونية تدخل ضمن إختصاصها وبناء على طلب دولة طرف أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس "،[3] كما خصصت المادة 53 هي الأخرى دائرة على مستوى المحكمة لهذا الغرض حيث نصت على:" وتشكل إحدى دوائر المحكمة لهذا الغرض، وتعرض الموضوعات التي يطلب فيها الرأي بطلب كتابي يقدم إلى رئيس الدائرة يتضمن بيانا دقيقا للمسألة محل الرأي، ويرفق به المستندات اللازمة ".[4]

وتصدر محكمة الإستثمار العربية أحكاما نهائية غير قابلة للطعن لها قوة النفاذ في الدول الأطراف ويتم تنفيذها بشكل فوري فهي بمثابة أحكام وطنية صادرة عن إحدى المحاكم الداخلية للدول الأعضاء[5] لاسيما أنها تختص هي نفسها بتفسير الأحكام الصادرة عنها حسب ماجاء في المادة 04 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية والتي نصت على مايلي " إذا وقع في منطوق الحكم غموض أو لبس جاز لأي من الأطراف أن يطلب من المحكمة تفسيره ....".[6]

وبناءا عما سبق نستخلص أن محكمة الإستثمار العربية تختص بكل النزاعات الإستثمارية القائمة

---

[1]– رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 34 .

[2] – بعلول يعقوب، " تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار "، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2015-2016، ص 22 .

[3] – رنين الناظر، المرجع السابق، ص 85.

[4] – بعلول يعقوب، المرجع السابق، ص 28.

[5] – رضوان ربعبة، المرجع السابق، ص 35.

[6] – رنين الناظر، المرجع السابق، ص 88.

بين الدول العربية الأطراف والمؤسسات والهيئات التابعة لها أو مع الأفراد المستثمرين التابعين لإحدى هذه الدول، بالإضافة إلى أنه يخرج عن نطاق إختصاصها منازعات المستثمرين الأجانب مع الدول العربية والمستثمرين العرب مع الدول الأجنبية.[1]

المطلب الثاني: التحكيم كوسيلة لفض نزاعات عقود الطاقة

يعد التحكيم الوسيلة المثلى التي يلجأ إليها المستثمر في محاولة منه لحل الخلافات التي تطرأ على العقود الطاقوية التي يبرمها مع الدولة، نظرا لضخامة وطول مدة هذه المشاريع وما تتمتع به من خصوصية من جهة، وما يتمتع به التحكيم من سرعة وإختصار للوقت والجهد وكذلك غير مكلف[2] و أيضا إعتبارا لريبة المستثمر وعدم ثقته بالقضاء الوطني للدولة المضيفة من جهة أخرى [3]، وسنقوم في هذا المطلب بالتعرف على ماهية التحكيم وعرض صوره (الفرع الأول)، كذلك بيان كيفية سير إجراءاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية التحكيم وصوره

أصبح التحكيم نظاما لابد منه في منازعات عقود الطاقة المتجددة والغير متجددة نظرا لإدراك الكثير لدوره وأهميته في كونه أفضل وسيلة لحل الخلافات والنزاعات الإستثمارية[4]، بحيث يعد نوع من القضاء البديل عن قضاء الدولة[5]، وفي هذا الإطار سنعرض المقصود به (أولا) ثم سنبين صوره (ثانيا).

---

[1] – بعلول يعقوب، المرجع السابق، ص 27.

[2] – فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي، المرجع السابق ، 675.

[3] – رضوان ربيعة، المرجع السابق ، 58.

[4] – عمر زيير ظاهر الشيخاني، "التحكيم في منازعات الإستثمار في مشاريع الطاقة المتجددة " مجلة جيهان–أربيل للعلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم القانون ، جامعة جيهان –أربيل، العراق، المجلد 6، 2022، ص 3.

[5] – سعد حسين عبد الملحم، " دور التحكيم في تشجيع الاستثمار النفطي "، مجلة البحوث والدراسات النفطية، كلية القانون، جامعة الفلوجة العراق، العدد 30، 2021، ص 66.

أولا : المقصود بالتحكيم ودوافع اللجوء إليه

1 – التعريف الفقهي للتحكيم

في العموم يعرف التحكيم على انه وسيلة لفض النزاعات أمام محكم أو أكثر أو هيئة لها سلطة الفصل و النظر في النزاع بناءا على إتفاق بين الطرفين.[1]

وقد حاز التحكيم على إهتمام الكثير الفقهاء مما أعطي له أكثر من تعريف ،وبهذا الخصوص نجد الدكتور محسن شفيق والذي عرفه بأن "التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ بإتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء".

وفي نفس السياق قام الأستاذ robert على أنه " منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة قضائية ".[2]

في حين نجد الدكتور شحاتة إبراهيم وصف التحكيم بأنه " إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم يتأسس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع ".

أيضا الدكتور أنطوان قسيس والذي عرفه على أنه " الاتفاق على حل النزاعات من قبل شخص أو أشخاص معينين يفصلون فيها بدلا من يفصل فيها من قبل المحكمة القضائية المختصة ".[3]

كذلك ما ذهب إليه Charles jarson إلى منح التحكيم تعريف أخر من خلال النظر إلى الجهة التي ستقوم بالفصل في النزاع وعرفه على أنه " هو النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف ".[4]

---

[1] – طوطاوي محمد أمين، بلغيث عمارة، " تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولة والمستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري "، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، مجلد 8، العدد 2، ص 236.

[2] – حمدوني عبد القادر، " التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على ضوء القانون الجزائري"، مذكرة ماستر في القانون الدولي العام، كلية الحقوق جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2014 -2015، ص 20.

[3] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 261.

[4] – حمدوني عبد القادر، المرجع السابق، ص 21.

2 – التعريف التشريعي والقضائي للتحكيم

بداية من المشرع الجزائري الذي تطرق إلى تعريفه للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1007 منه بأنه " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة...لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".[1]

وقد أتى المجلس الدولي الفرنسي بتعريف أخر للتحكيم، ومفاده أن التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث، وتسليم بأن قرار المحكم هو قرار قضائي، كما أعطى هذا الأخير صفة الطبيعة القضائية لحكم التحكيم.[2]

بينما عرفه قانون المرافعات الفرنسي في المادة (1442) لسنة 1975 على أنه " إتفاق أطراف العقد على خضوع المنازعات التي يمكن أن تتولد أو تنشأ عن هذا العقد للتحكيم ".[3]

ومن جهة أخرى عرفه قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن التحكيم هو "إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما لمتابعة علاقة قانونية أو عقدية أو غير عقدية".[4]

والملاحظ أن قانون التحكيم المصري أجاز اللجوء إلى التحكيم في أي منازعة عقدية أو غير عقدية على خلاف قانون المرافعات الفرنسي الذي أجازه بمناسبة منازعة ناتجة عن العقد فقط.

وقام المشرع الأردني بتعريف التحكيم على أنه" إتفاق الأطراف، سواء من الأشخاص الحكومية أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد،على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات

[1] – عمر زغودي، المرجع السابق، ص 104.

[2] – محمود نوري حسن، " التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة "، د.ط ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017 ص 18.

[3] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 56.

[4] – فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي، المرجع السابق، 676.

التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية "[1]، وهنا نرى أن القانون الأردني جاء على خطى قانون التحكيم المصري.

هذا وقد قامت محكمة النقض المصرية بتعريفه بأنه " طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام لمحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي وعدم مخالفة مانص عليه في باب التحكيم ".[2]

3 – دوافع اللجوء إلى التحكيم:

يعد التحكيم بالنسبة للأطراف المتعاقدة الطريقة والوسيلة المفضلة لحسم نزاعاتهم في ظل تواجد عدة مبررات وأسباب تدفعهم لإختياره، ألا وهي المميزات والخصائص التي يمتاز بها هذا الأخير لاسيما انه يعتبر ضمانة هامة للمستثمرين تحفظ حقوقهم وذلك عند وضع مخاوف هؤلاء من القضاء الوطني للدولة المضيفة بعين الإعتبار[3]، وفي هذا الشأن سنعرض أهم الأسباب التي تدفعهم لإختيار التحكيم وهي كالأتي :

أ– عامل السرعة والوقت :

بالنظر إلى إرتباط مشاريع الطاقة بمصالح إقتصادية هامة ومبالغ مالية ضخمة والتي يجب أن تنجز في حدود زمن معين مما يتحتم حل النزاعات الناتجة عنها في أقصر وقت لإستبعاد توقف هذه المشاريع، وكذا منع الوقوع في خسائر كبيرة وضمان إستمراريتها، ومن أهم الدعامات التي تساعد على تحقيق السرعة المنشودة هي تفرغ المحكم للفصل في نزاع واحد، كذلك تمتع المحكمين بالخبرة اللازمة للفصل في النزاع ، ضف إلى ذلك أن الهيئة التحكيمية ملزمة بالفصل في النزاع بإصدار حكم

[1] – عمر زيير ظاهر الشيخاني، المرجع السابق، ص 160.

[2] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 57.

[3] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 263.

نهائي خلال المدة المتفق عليها.[1]

ب- عامل السرية :

تعد السرية مبدأ من مبادئ التحكيم والتزام ضمني بين الأطراف نظرا لحساسية المعلومات والتي تتعلق بالمشروع الاستثماري الطاقوي والتي قد تحدث أزمات وأضرار إقتصادية وسياسية ،مما تؤثر على العقد أو المشروع من نواحي عدة كإضطراب أسعار البترول في عقود إنتاج وتصفية البترول كمثال[2] بالتالي هو قضاء يتم في سرية على عكس القضاء العادي والذي يكون في شكل علني، وفي هذا الشأن أخذت العديد من المنظمات والتشريعات بهذا المبدأ من بينها إتفاقية واشنطن في المادة 48منها، أيضا المشرع المصري في المادة 44 من قانون التحكيم لعام 1994.[3]

ج- خدمة مصالح الأطراف:

من الطبيعي أن يكون لأطراف العقد أهداف ودوافع من وراء إبرامه، فبداية من المستثمر الذي يسعى إلى تحقيق الربح والمحافظة على رأس ماله لذا يبحث عن بيئة ملائمة تحقق رغباته وأهدافه وتضمن له مناخ إستثماري جيد... الخ، من جهة أخرى نجد أن الدول تسعى إلى إستقطاب الإستثمارات لإنعاش وتطوير إقتصادها وجلب رؤوس الأموال، ولهذا تسعى الدول المضيفة إلى توفير تلك البيئة المنشودة عن طريق لتحقق توازن بين مصلحة الطرفين، الأمر الذي أدى إلى ميول الطرفين لإختيار التحكيم بإعتباره وسيلة تصون حقوق الأطراف وتضمن دوام الثقة بينهما.[4]

د- عامل مرونة وسهولة الإجراءات وقلة التكاليف:

يمتاز التحكيم بسهولة ومرونة إجراءاته خاصة من حيث حرية الأطراف في مشاريع الطاقة في

[1] - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص59-60.

[2] - بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 264.

[3] - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص62-63.

[4] - رضوان ربيعة، المرجع نفسه، ص 66-68.

إختيار نوع التحكيم المراد إتباعه ،وكذا تعيين المحكمين وأيضا إختيار مواعيد ومكان إجراءه[1]، وكذا القانون واجب التطبيق، ضف على ذلك أن التحكيم لايستنزف الكثير من المصاريف أيضا انعدام التدرج القضائي وذلك على شكل مخالف للقضاء العادي الذي يستهلك مبالغ مالية كبيرة، كذلك يتطلب شهود ومحامين ورسوم قضائية...[2]

ثانيا : صور التحكيم

إذا كان اللجوء إلى التحكيم يتم بتوافق الأطراف بصدد كل أو بعض المنازعات الخاصة بالعقد المبرم بينهم فإن هذا الاتفاق قد يأخذ صورة شرط في العلاقة التعاقدية أو إتفاق لاحق لها يتضمن اللجوء إلى التحكيم بصفة صريحة، أو قد يأخذ صورة مشارطة تحكيم وذلك عند الاتفاق على الولوج إلى التحكيم بعد وقوع النزاع فعلا [3]،أو قد يكون من خلال الإشارة أو الإحالة إلى وثيقة أو عقد سابق تضمن التحكيم وهنا يسمى بالتحكيم بالإحالة.[4]

1 – شرط التحكيم:

وهو ذلك الشرط الذي يتفق عليه الأطراف في وثيقة العقد مصدر العلاقة القانونية وبمقتضاه يتم إحالة أي نزاع محتمل الوقوع إلى التحكيم، وهو يعد بمثابة تنازل الأطراف عن اللجوء إلى القضاء من[5] ومن جهة أخرى من المهم أن تكشف الأطراف عن إرادتهم بشكل صريح في الاتفاقية على إختيارهم للتحكيم في حال وقوع النزاع، ويشترط في هذا أن تكون صياغة هذا الأخير بعناية كأن تكون بسيطة وواضحة وبشكل يغطي كافة أنواع النزاعات التي قد تنشأ عن العقد الطاقوي[6]، بالإضافة إلى أن هذا

[1] – عمر زيير ظاهر الشيخاني، المرجع السابق، ص 161.

[2] – رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 65-69.

[3] – عمر زغودي، المرجع السابق، ص103-104.

[4] – سمية صخري، المرجع السابق، 254.

[5] – محمود نوري حسن، المرجع السابق، ص 25-26.

[6] – البقمي عائض بن سلطان، المرجع السابق، ص 67-71.

الشرط يتم الإتفاق عليه قبل نشوب النزاع بالفعل، بالتالي العبرة تكون بلحظة الإتفاق فإذا كانت هذه اللحظة قد أتت قبل ميلاد النزاع فنكون بصدد شرط التحكيم كذلك يستوي أن يكون في وثيقة العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة عنه.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من التشريعات قد أخذت بإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي كمبدأ، وهذا معناه أنه في حالة ما كان العقد الأصلي الذي يتضمن إتفاق التحكيم باطلا فإنه لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم، أي أنه يبقى صحيحا في حالة توافر شروطه وبهذا يكون له إستقلالية قانونية كاملة.[2]

2 – مشارطة التحكيم:

تعد مشارطة التحكيم إتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي وتتعلق بنزاع قد ولد فعلا وهي خاصة بهذا النزاع وحده، وتكون بعد دخول العقد موضوع النزاع حيز التنفيذ،[3] مع الإشارة إلى أنه لا يصار إليها إلا إذا خلا العقد الأصلي من شرط التحكيم، وغير هذا تأتي بصيغة دقيقة مع التطرق إلى كافة التفاصيل والمسائل التي يجب عرضها على التحكيم، أي تتضمن تنظيما لكل مايتعلق بهذا الأخير كتعيين المحكمين وقانون واجب التطبيق واللغة ...إلخ، والجدير بالذكر أنه يلزم ذكر وتحديد هذه المسائل وذلك تحت طائلة البطلان.[4]

3 – التحكيم بالإحالة:

يعد من الصور الحديثة للتحكيم ويقصد به أن يقوم الطرفين بالإشارة إلى وثيقة أو عقد يتضمن

[1] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 284.

[2] – فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي، المرجع السابق، ص 679.

[3] – عمامرية نبيلة، " تسوية المنازعات الناجمة عن العقود الاستثمارية" البترولية عن طريق التحكيم التجاري الدولي" مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2011-2012، ص107.

[4] – محمود نوري حسن، المرجع السابق، ص ص 31-33.

شرط التحكيم بقصد تطبيق أحكام تلك الوثيقة على العلاقة بين الأطراف، وبهذا يتم عدها جزءا لا يتجزأ من العقد، ويشترط في التحكيم بالإحالة ضرورة وجود صلة بين العقد المتضمن للإحالة والوثيقة المحال إليها.[1]

الفرع الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم

قبل البدء في عملية التحكيم لابد من المرور بجملة من الخطوات أو الأعمال الإجرائية السابقة على عرض النزاع على الهيئة التحكيمية والوصول للحكم النهائي للنزاع ألا وهي بدء إجراءات التحكيم (أولا) من ثم مباشرة الخصومة التحكيمية (ثانيا).

أولا : بدء إجراءات التحكيم في عقود الطاقة

بعد قيام النزاع وإعلان أحد الطرفين رغبته في إحالة النزاع إلى التحكيم[2] وذلك بموجب شرط التحكيم أو مشارطة تحكيم، على هذا الأساس تبدأ إجراءات التحكيم والتي تتمثل في مجموعة من النقاط الواجب توافرها وإتفاق الأطراف عليها في شرط التحكيم، من بينها تشكيل هيئة التحكيم وتحديد مهامها وكذا تحديد القواعد الإجرائية الأساسية المطبقة في نظام التحكيم وسنتطرق لدراستها كالتالي :

1 – تشكيل هيئة التحكيم:

يتوقف تشكيل هذه الأخيرة بناءا على إختيار وإتفاق الأطراف، إلا أنه هناك من الإتفاقيات ما يجيز إمكانية تعيين المحكين من قبل الغير عند وجود عذر أو تقاعس من قبل أحد الأطراف، و غالبا مايكون الغير متمثل في رئيس محكمة العدل الدولية أو السكرتير العام للأمم المتحدة أو أي منظم دولية أخرى.[3]

[1] – بلحسان هواري، المرجع السابق، ص286.

[2] – صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص63.

[3] – حمدوني عبد القادر، المرجع السابق، ص46.

بالإضافة لما سبق يمكن أن تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد إلا أنه بالنظر إلى كبر وخطورة النزاعات المتعلقة بعقود الطاقة يتم إختيار ثلاثة محكمين يعين الأول والثاني من قبل الطرفين أما الثالث يعين من قبل المحكمان[1] أو قد يتم إختياره من طرف الجهات القضائية الأجنبية أو سلطات الدولة المتعاقدة ويتولى رئاسة الهيئة[2]، كذلك يستلزم قبول المحكم بالمهمة الموكلة إليه وفي هذا الشأن نصت المادة 1015 من ق إ م و إ على مايلي: " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليهم".

كما تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ألزم أن يكون عدد المحكمين عددا فرديا بحيث تنص المادة 1017 من نفس القانون السابق على مايلي: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".[3]

2 – القواعد الإجرائية الأساسية المطبقة في نظام التحكيم:

أ– مقر التحكيم:

إن الأصل في تحديد مكان التحكيم يكون من إختيار أطراف النزاع في عقود الطاقة ووفقا لهذا قد يتفق الطرفين على أن يكون مكان إنعقاد التحكيم إقليم الدولة المتعاقدة[4]، وهذا ما تصر عليه الدولة المضيفة كونها ترفض إنعقاد التحكيم في دولة أخرى كون ذلك يتعارض و يشكل إنتقاصا من سيادتها عند تطبيق قانون دولة أخرى على إجراءات التحكيم[5] ، و قد يقع إختيار الأطراف و بعد

[1] – كاوه عمر محمد، المرجع السابق، ص 237.

[2] – ربحيوي هواري، " التحكيم البترولي "، أطروحة دكتوراه في القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2020 2021، ص 251.

[3] – حمدوني عبد القادر، المرجع السابق، ص46.

[4] – كاوه عمر محمد، المرجع السابق، ص 240.

[5] – سعد حسين عبد الملحم، المرجع السابق، ص 73.

إصرار الطرف الأجنبي في عقود الطاقة على أن يكون مقر التحكيم خارج إقليم الدولة المتعاقدة فيتجهوا لإختيار دولة ثالثة لتكون مقرا للتحكيم[1]، وكمثال على ذلك نجد العقد المبرم بين العراق وبين إئتلاف الشركات الروسية في سنة 1997 قد نص على أن يكون التحكيم في جنيف[2] كما يجب تحديد مقر التحكيم بصراحة و دقة لما له من أهمية في العملية التحكيمية.[3]

و تجدر الإشارة إلى أنه في حالة خلو شرط(إتفاق) التحكيم من النص على مكان التحكيم يبقى الأمر لإتفاق هيئة التحكيم.[4]

ب- لغة التحكيم :

يتم إختيار وتحديد اللغة أو المستعملة في عملية التحكيم وفقا لإرادة الأطراف، وفي حالة سكوت إتفاق التحكيم في تحديد اللغة، تبادر هيئة التحكيم لإختيار اللغة مراعية في ذلك معرفة طرفي النزاع باللغة المشتركة و كذا إلمام الهيئة بهذه الأخيرة، وفي نصت المادة 15 من قواعد الغرفة التجارية الدولية على" أن المحكم يحدد اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم مراعيا في ذلك الظروف و لاسيما لغة العقد ".[5]

بينما إتجهت بعض الدول إلى إشتراط اللغة الوطنية في التحكيم الجاري في بلدها، من بينها التشريع السعودي و المصري واللذين حرصا على إعتماد اللغة العربية كلغة أساسية للتحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .[6]

---

[1] – ربحيوي هواري، المرجع السابق، ص 277.

[2] – سعد حسين عبد الملحم، المرجع السابق، ص 73.

[3] – البقمي عائض بن سلطان، المرجع السابق، ص 77.

[4] –كاوه محمد عمر، المرجع السابق، ص 240.

[5] – حمدوني عبد القادر، المرجع السابق، ص 52-53.

[6] – ربحيوي هواري، المرجع السابق، ص 281.

ج- جلسات ونفقات التحكيم:

تعقد بناءا على طلب أحد الأطراف جلسة أو عدة جلسات للمرافعة وسماع الشهود و الخبراء وعرض الأدلة وتكون الجلسات سرية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، كما يمكن أن تكون في أي مكان يتفق عليه الأطراف، كذلك نشير إلى أن معظم العقود الطاقوية تذهب إلى جواز مباشرة إجراءات التحكيم مع إصدار الهيئة لقرارها في حالة تخلف أحد الأطراف أو عدم إحضار شاهد أو تقصير متعمد في عدم إحضار دليل.[1]

بالإضافة لهذا تحدد عملية توزيع نفقات وتكاليف التحكيم بتسديد كل طرف نفقات محكمه أما نفقات المحكم الثالث فتكون بالتساوي بين الخصمين، وهناك من العقود من يعمل بالقاعدة العامة وهي أن التكاليف تتبع الحدث الواقع أي أن من يتحمل النفقات كليا أو جزئيا هو الطرف الذي صدر قرار في غير صالحه.[2]

ثانيا:سير الخصومة التحكيمية

لا تقل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع وإجراءات التحكيم أهمية عن سابقاتها تلك الإجراءات التي تستمر منذ إعلان أحد الإطراف رغبته في اللجوء إلى التحكيم، إذ لابد من معرفة على وفق أي نظام أو قانون سيطبق على هذا الأخير.

1 - القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع التحكيم وإجراءاته

إن اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال الطاقة يخضع لإرادة الأطراف الدولة والشركات الأجنبية، بحيث يمكن لهما الإتفاق على أي القوانين التي تجد قبولا و إرتياحا من قبلهما، كما يجب النص عليه صراحة في إتفاق أو مشارطة التحكيم[3]، و في هذا كرست

[1] - ربحيوي هواري، المرجع السابق، ص 284-285.

[2] - كاوه عمر محمد، المرجع السابق، ص 247.

[3] - عمامرية نبيلة، المرجع السابق، ص 141.

العديد من التشريعات والمنظمات في مجال التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة في إختيار الأطراف للقانون الذي يحكم موضوع منازعتهم، ومنها نجد الإتفاقية الأوروبية لسنة 1961 في المادة 07 منها والتي نصت على: "الأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على الحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"، وعلى نفس الخطى أقرت بهذا لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، وأيضا إتفاقية انتر امريكان لسنة1957، كذلك لائحة التحكيم الخاصة الصادرة عن الأمم المتحدة لسنة1976 في المادة 33 منها و التي نصت على: "تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يحدده الأطراف لحكم موضوع النزاع....".[1]

أما إذا لم تتمكن الأطراف من إختيار قانون لتطبيقه على موضوع المنازعة ففي هذه الحالة تتولى هيئة التحكيم إختيار القانون الأمثل لحل النزاع وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 458 مكرر14 من المرسوم التشريعي 39-09 الملغى وأيضا المادة 1050 من ق إ م وإ، بحيث إشترط أن يكون القانون ذات صلة بموضوع النزاع وغير مخالف للنظام العام [2] وهو ما أخذ به المشرع المصري والفرنسي أيضا، وفي نفس السياق نصت إتفاقية واشنطن لسنة 1965 على: ".... فإن لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف في النزاع بما ي ذلك قواعد تنازع القوانين وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد".[3]

و هذا ما ذهبت إليه أيضا لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الإقتصادية للأمم المتحدة لدول أسيا والشرق الأقصى المسماة لائحة C.E.A.E.O وذلك في المادة 7 منها: (....لحكم موضوع المنازعة،وإذا لم يعين الأطراف القانون الواجب التطبيق فإن المحكم أو المحكمين يطبقون القانون

[1] – سمية صخري، المرجع السابق، ص 301-302.

[2] – نصر الله، عمورة محمد الشريف، المرجع السابق، ص 74.

[3] – رضوان ربعية، المرجع السابق، ص 212.

الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في هذا الخصوص).[1]

أما بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه على إجراءاته التحكيم فإن الأمر لايختلف كثيرا عن الطرق المتبعة عند إختيار قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث أن اغلب التشريعات والنظم أعطت الأولوية لحق الأطراف في إختيار قانون واجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، أما في الحالة العكسية وهي عدم إتفاق الأطراف فإن الأمر يعود لمحكمة التحكيم، بحيث نصت بهذا الخصوص إتفاقية نيويورك لسنة 1958 على حرية الطرفين على اختيار القانون الإجرائي وفي حالة عدم اتفاقهم يتم الرجوع إلى العقد وقانون الدولة مقر التحكيم [2]، بينما نجد بعض المنظمات على شاكلة لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 2012 في مادتها 19 نجدها قد أخضعت إجراءات التحكيم بشكل أساسي لنظام تحكيم الغرفة الدولية ومن ثم منحت للأطراف حق إختيار القانون واجب التطبيق في حالة فشل هذا النظام في مسألة معينة.[3]

2 – صدور حكم التحكيم

مما لا شك فيه أن الغاية التي يسعى إليها أطراف النزاع هي الحصول على حكم تحكيم، فبعد دراسة الملف و إستكمال التحقيق فيه تباشر مرحلة إتخاذ القرار ، وهو القرار الذي يصدره المحكمون الذي إتفق المتنازعون على إختصاصهم بحل الخلاف، إذ أنه يفصل في النزاع و يحصل كل ذي حق على حقه،[4]كما أن هذا الحكم يصدر بالأغلبية إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم محكم، بالإضافة إلى أنه حكم ملزم و ينهي الخصومة نهائيا ويحوز حجية الشيء المقضي فيه وغير قابل للطعن.[5]

---

[1] – سمية صخري، المرجع السابق، ص302.

[2] – ربحيوي هواري، المرجع السابق، ص 298.

[3] – ربحيوي هواري، المرجع نفسه، ص 299.

[4] – حمدوني عبد القادر، المرجع السابق، ص61-62.

[5] – محمد محمود ولد عبد الله المختار، المرجع السابق، ص 214.

كما أن تنفيذ حكم التحكيم يعتبر الهدف النهائي من نظام التحكيم وواجب التنفيذ وفي هذا الشأن نصت إتفاقية واشنطن لسنة 1965 في فصلها رقم 54 على " تعتبر كل دولة متعاقدة حكم المحكمين الصادر طبقا لهذه الإتفاقية ملزما لها، وتنفذ الإلتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان حكما نهائيا وصادرا من إحدى محاكم تلك الدولة ".[1]

وعلى الرغم من الحيز الكبير الذي أخذه التحكيم في التشريعات والتنظيمات وحتى الإتفاقيات الدولية من حيث التنظيم والقيمة القانونية إلا أنه قد أصبح لا يلبي الغاية والدور الذي يتطلع إليه المتنازعين في مجال عقود الطاقة، ذلك أنه لما كان يعاب على القضاء بأنه يقيد القضاة والأطراف المتنازعين بالقانون من ناحية ضرورة مراعاة القوانين وعدم مخالفتها، كان التحكيم يمنح حرية أكثر للمحكم وللمتنازعين في تأطير العملية التحكيمية، وكذا تكريس حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على هذه العملية، لكن ما يعكس هذه الميزة هو أن بعض أنواع التحكيم النظامي كالتحكيم المؤسسي يفرض قواعد وإجراءات مختارة سابقا واجبة التطبيق ومقيدة لإرادة الأطراف.

[1] – كركوب هشام، المرجع السابق، ص 134.

ملخص الفصل

نستنتج في ختام هذا الفصل أن الطرق البديلة لحل منازعات عقود الطاقة على الرغم من أنها تقدم دو فعال في الحفاظ على العلاقة العقدية بين الأطراف بطريقة سلمية تبعث على نوع من الإرتياح بينهم، إلا أنها تبقى طريق نسبي لا يقدم حلول جذرية للمنازعات خاصة في ظل عدم إلزامية القرارات الصادرة عنها وهذا ما يجعل الأطراف دائما تلجا إلى الطريق القضائي بداية بالقضاء الوطني بإعتباره يحوز على الولاية العامة لكن يعتريه النقص والكثير من المثالب على غرار البطء وعدم ثقة المستثمرين من حياده ونزاهته، وكذلك هو الأمر بالنسبة للقضاء الدولي والذي يكون المثول أمامه مربوط بالعديد من الشروط وتكتنفه الكثير من الصعوبات وكل هذا جعل من التحكيم الطريق الأمثل بالنسبة للأطراف لحل منازعاتهم في عقود الطاقة والذي أصبح يعد القضاء الطبيعي في هذا المجال لكن أصبح يضاهي القضاء من حيث تكاليفه وإجراءاته خاصة المؤسسات التحكيمية الدائمة والتي تضع لوائح تفرض قواعد واجراءات على المحكم والأطراف فيما يخص العملية التحكيمية وسريانها مما يؤدي إلى تكبيل حرية المحكم والأطراف، ولاسيما العراقيل التي تحيط بتنفيذ حكم التحكيم.

الخاتمة

الخاتمة

في ختام موضوعنا المتعلق بعقود الطاقة وإشكالية فض المنازعات المتعلقة بها نجد أن هذه الأخيرة تكتسي نوعا من الخصوصية التي ترجع أساسا إلى التفاوتات في المراكز القانونية لمبرمي هذا النوع من العقود، وذلك كون أحد طرفيه ذو سيادة والطرف الثاني قد يكون شخص أو شركة أجنبية أو محلية إذ نجد صعوبة في تعداد المنازعات التي قد تقع نظرا لتشعبها وكذا لما تحتويه من تقنية تتطلب التخصص، كما التمسنا وجود العديد من الوسائل التي تعتمد عليها الأطراف لحل منازعاتهم تختلف مزايا وعيوب هذه الوسائل من وسيلة لأخرى.

وبناءا على ذلك ومن خلال معالجتنا للموضوع توصلنا للنتائج التالية:

- إن الأسباب المؤدية للنزاعات في عقود الطاقة قد يكون طرفها المستثمر في هذا المجال من خلال إخلاله بالتزاماته الملقاة على عاتقه، أو قد تكون بسبب الدولة المضيفة بإتخاذها لبعض الإجراءات التي تخل بها أحد إلتزاماتها أو تجحف بها أحد حقوق الشركة المستثمرة، كما قد ينشأ النزاع بسبب قوة قاهرة أو ظرف طارئ مما ينتج عنها إختلال في التوازن العقدي والإقتصادي.
- يحقق شرط الثبات التشريعي قدرا كبيرا من التوازن ويبدد قلق المستثمرين، إلا انه لا يشترط بالضرورة تحقيق غاية المستثمر فقد يحقق الغاية وقد لا يحققها.
- يلعب شرط المظلة دور فعال في حماية الإستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة ويتم تضمينه في المعاهدات الإستثمارية الثنائية والجماعية لكن دائما مايسعى المستثمر للإحتماء به مهما كان حجم الضرر صغير أو كبير.
- إن تسوية هذه النزاعات عبر آلية التحكيم يلقى قبول متزايدا في العديد من التشريعات والإتفاقيات، لأنه يعطي ضمانات قوية تغني عن الإنتظار الطويل والتعقيدات التي يتسم بها القضاء غالبا لكن دائما ما يحتاج مساعدة القضاء الوطني خاصة في تنفيذ الأحكام.

– مما لاشك فيه أن الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود تتطلب حل منازعاتها بالطرق الودية لأنها تحقق إستمرار التفاهم والتعاون في علاقتهم العقدية، بيد أن هذه الوسائل تقوم على الرضا الكلي للأطراف ولهم مطلق الحرية في قبول قراراتها أم رفضها، كما تمتاز بخصائص جعلت مختلف التشريعات والهيئات الدولية تقر بها وهناك من جعلها وسيلة لازمة قبل المرور للتقاضي عبر الوسائل القضائية.

و من خلال دراستنا لهذا الموضوع يمكن ان نقترح بعض الإقتراحات ألا وهي:

- نقترح ضرورة نشر وترسيخ ثقافة نظام الوسائل الودية لتسوية المنازعات مع إصدار قوانين خاصة بها تنظمها بشكل واضح.
- نقترح على المشرع الجزائري توسيع دائرة اختصاص المحاكم التجارية المتخصصة ليشمل أنواع عدة من المنازعات التجارية وبالأخص منازعات عقود الطاقة.
- على الدول العربية إبرام إتفاقيات أكثر تهتم بكافة ما يثور في قطاع الطاقة لتعزيز التعاون بينهم في هذا المجال.

قائمة المصادر
المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا المصادر:

1: القوانين

- قانون رقم 04-09 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1945 الموافق 18غشت سنة 2004، يتعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة، ج ر ج ج، عدد 52.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ج ر ج ج، العدد21 الصادر بتاريخ 23فبراير 2008.
- القانون الملغى رقم 09/16 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الاستثمار ج.ر.ج.ج،ع 46، الصادرة بتاريخ غشت سنة 2016.
- قانون رقم 19-13 المؤرخ في 14ربيع الثاني عام 1441 الموافق 11 ديسمبر سنة 2019 ينظم نشاطات المحروقات، ج ر ج ج، عدد 79.
- قانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، المعدل والمتمم للقانون 08-09 المؤرخ في 25فبراير 2008 المتضمن لقانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر ج ج، العدد 48.
- قانون رقم 18/22 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق 24 يوليو سنة 2022 يتعلق بالاستثمار، ج.ر.ج.ج، ع 50 الصادرة بتاريخ 28 يوليو سنة 2022.

2:الأوامر

- الأمر الملغى رقم 01-03، مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار.

- الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم في 2007،ج،ج ر ج ج، عدد 78 المعدل والمتمم.

3:المراسيم

– المرسوم التنفيذي رقم 09-100، المؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج ر ج ج عدد 16.

ثانيا المراجع:

1:الكتب

- بشار محمد الأسعد، "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،لبنان 2006.

- كاوه عمر محمد، " النفط ومنازعات عقود إستغلاله "، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية لبنان، سنة 2015.

- لما احمد كوجان، "التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في واشنطن" ، منشورات زين الحقوقية ،بيروت، لبنان، 2008.

- محمود نوري حسن، " التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة " ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2017.

- محمد موسى خلف الجبوري، "النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام ، دراسة مقارنة " ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013.

2: المقالات

- إرزيل الكاهنة ، " مكانة المصالحة في تسوية منازعات التجارة الدولية " ، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، م أ ،ع 46، ديسمبر 2016.

- البقمي عائض بن سلطان ، "تسوية المنازعات الدولية في عقود النفط والغاز "، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ، المجلد 105، العدد 515، سنة 2014.

- إياد يونس محمد الصقلي،" تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام "، مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 3،العدد1، سنة 2018.

- إيمان محمد السيد السيد حسب النبي، " الأساس القانوني لشرط الثبات التشريعي والآثار الناتجة عنه "، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد 2، المجلد 54، أكتوبر 2021.

- بلكعيبات مراد،" التزام المستثمر بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في الجزائر "مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي، الاغواط، المجلد السادس، ع2 ، 2022.

- بن عزوز فتيحة، " تداعيات إستحداث قضاء تجاري متخصص في الجزائر"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي مغنية، المجلد 09 العدد01.

- بوخالفة عبد الكريم، " شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية "، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، م 01، ع 03، ديسمبر 2019.

- حميدة جميلة، "إدراج البعد البيئي في القانون الجديد للاستثمار –دراسة على ضوء المادة الثانية من القانون 09/16 "،مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية ،جامعة لونيسي علي البليدة 02 ،ع 4 جانفي 2015.

- رنين الناظر، " تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار"، مجلة القانون والمجتمع ، فلسطين، المجلد 10، ع 02، سنة 2022.

- سالم بن سلام بن حميد الفليتي، " أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية "، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طنطا، المجلد 2، ع 88، سنة 2019.

- سعد حسين عبد الملحم، " دور التحكيم في تشجيع الإستثمار النفطي "، مجلة البحوث والدراسات النفطية، كلية القانون، جامعة الفلوجة العراق، العدد 2021،30.

- صفاء تقي عبد النور العيساوي، " وسائل تسوية المنازعات في عقود التراخيص النفطية " دراسة مقارنة، مجلة واسطة للعلوم الإنسانية،جامعة واسط، المجلد 11، سنة 2016، العدد 32.
- طوطاوي محمد أمين، بلغيث عمارة، " تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولة والمستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري " مجلة صوت القانون،كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، مجلد 8، العدد 2، سنة 2022.
- عبابسة محمد، " أسباب منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر وإشكالية الحماية الدولية للمستثمر "، مجلة الدراسات الحقوقية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، المجلد 8،ع 1، ماي 2021.
- عباس عنيد غانم، " الضمانات ضد المخاطر غير التجارية المقدمة للمستثمر الأجنبي في القانون "، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، العراق، المجلد الثامن،ع 2 ، 2017 .
- عقيل كريم زغير، " شروط المظلة وأثرها في قرارات تحكيم الاستثمار الدولية "، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون،جامعة كربلاء ،ع2 ، 2020.
- عمر زبير ظاهر الشيخاني، "التحكيم في منازعات الإستثمار في مشاريع الطاقة المتجددة " مجلة جيهان-أربيل للعلوم الإنسانية والاجتماعية،قسم القانون، جامعة جيهان -أربيل، العراق، المجلد 6 ،2022.
- عمر فلاح العطين، " دور المحاكم الاقتصادية في فض المنازعات التجارية "، دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة أل بيت الأردن، المجلد 45، العدد 4، سنة 2018.
- فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي، " وسائل تسوية منازعات العقود النفطية "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، العدد 1، سنة 2022.
- مروة محمد محمد العيسوي " التوفيق كآلية فاعلية لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار "، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة القيصم، ع94 أفريل 2021.

- مسعودي يوسف، "عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر الغير تجارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة أحمد دراية أدرار، المجلد الثاني، ع9، 2018.

3:الرسائل والمذكرات

- أطروحات الدكتوراه

- بلحسان هواري، " تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية "، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم ، 2017.
- حسين نوارة، " الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر " ،أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 16 ماي 2013.
- ربحيوي هواري، " التحكيم البترولي "، أطروحة دكتوراه في القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، سنة 2021-2022.
- رضوان ربعية ، "فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2019 – 2020.
- سمية صخري، " النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية" ، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017-2018.
- سي فضيل الحاج،" آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر "، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية حامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، سنة 2018-2019.
- عمر زغودي، "شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري "، أطروحة دكتوراه في القانون الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2019-2020.

- كركوب هشام، " عقود الشراكة الدولية المبرمة بين الشركات الجزائرية والأجنبية في إطار الاستثمار " رسالة دكتوراه في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 2016.
- محمد محمود ولد عبد الله المختار، " الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في تشريعات دول المغرب العربي "،أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2006.
- ندا إبراهيم عبد الرحمن ابراهيم عنان، " التحكيم في عقود الطاقة وفقا لإتفاقية ميثاق الطاقة "، بحث مستخلص من رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، د س.

- رسائل الماجستير

- بوالقرارة زايد،" تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري "، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، سنة 2011.
- زيري زهية، " الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري" ، مذكرة ماجستير في قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2015.
- علة عمر، " حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، كلية لحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.
- عمامرية نبيلة، " تسوية المنازعات الناجمة عن العقود الاستثمارية" البترولية عن طريق التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ،2011-2012.

- مذكرات الماستر

- أوليدي موسى، قادري عبد الرزاق، " أثر القوة القاهرة في العقود الدولية "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017-2018.
- أيت محمد الطاهر، سي محمد ادير، " الإطار القانوني لعقد الاستثمار – ضمان الاستثمار الدولي – " مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2020.

- أيت يوسف نعيمة، "الطبيعة القانونية لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020.
- بلحميدي وفاء، اكل إيمان، " مدى فعالية الطرق البديلة لحل منازعات الإستثمار" ، مذكرة ماستر في القانون الخاص معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2017-2018.
- بعلول يعقوب، " تسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار"، مذكرة ماستر في قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2015-2016.
- بن الزوخ جمعة، "شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي " ، مذكرة ماستر في العلاقات الدولية الخاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014-2015.
- بودالي منية، بوحارة لامية، " عقود الاستثمار في القانون الخاص"، مذكرة ماستر، كية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2015.
- بوسعيد جيجيقة، "الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر" ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2021-2022,
- بومرداس نريمان، "منازعات المؤسسات العمومية الاقتصادية بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري في الجزائر" مذكرة ماستر قي قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945، قالمة، 2021-2022.
- حمدوني عبد القادر، " التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على ضوء القانون الجزائري"، مذكرة ماستر في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2014 -2015.
- خروبي نسرين، بوجاهم عفاف، "الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945 ،قالمة، 2018-2019.
- خلوي ليدية، زريفي نبيلة، " الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإقتصادية بين ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والنصوص الخاصة"، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،سنة 2021.

- دحمون أنيسة، بوزيد لويزة، " حدود القوة الملزمة للعقد ، الظرف الطارئ ، الشرط التعسفي " مذكرة ماستر في القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، د.س.
- عداد لينة، خالدي جمانة، " شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري " مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2021 -2022.
- قرميط إكرام، عبود أميمة ،" الوسائل القانونية للوقاية من منازعات عقود الإستثمار " مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2020- 2021.
- لروي لطفي، ارجيلوس عماد الدين، " شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر"،مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018-2019.
- نصر الله، عمورة محمد الشريف، " التحكيم في عقود البترول"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة، الجزائر، 2017-2018.
- نور الدين يونسي، سعدي محمد لمين، " شرط الثبات كضمانة تشريعية للمستثمر الأجنبي"، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020-2021.
- هامل نجاة، " دور الوسائل الودية في تسوية منازعات الاستثمار "، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017.

4: التقارير والدراسات

- سامي محمد عبد العال، " دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الإستثمار "، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق جامعة طنطا، لسنة 2015.
- عبد المطلب النقرش "الطاقة مفاهيمها، أنواعها، مصادرها، "وزارة الطاقة والثروة المعدنية، المملكة الأردنية الهاشمية، سنة 2005.
- هبة بدر أحمد صادق، " إطلالة على المحاكم الإقتصادية ومنازعات الإستثمار "، كلية الحقوق،جامعة عين شمس، العدد الأول، الجزء الثاني، سنة 2017.

ثانيا:المراجع باللغة الأجنبية

- i . Golcuklu « Umbrella Clauses in the iCsid arBitration »، public and private international law bulletin ، hukuk fakultesi ، istanbul altinbas universitesi ، volume37، issue2,2017.
- k. paramita , « the Umberlla clausethat changes the international investment protection standard» ,hasanuddin law review , volume 6 ,issue1, 2020.
- k. jonckheere, « practical implications from an expansive interpretation of Umberlla claauses in international investment law » ,saouth carolina journal of international law and
- business ، volume 11 issue 2, 2015.
- k. yannca-small, « interpretation of the Umbrella clause in investment agrerments » investmen division, directorate for financial and enterprise affairs ، oced.

الفهرس

فهرس المحتويات

شكر و تقدير .....

الإهداء .....

مقدمة 1

الفصل الأول : المنازعات الدولية الناشئة عن عقود الطاقة..... 5

المبحث الأول: أنواع النزاعات الناشئة عن عقود الطاقة 6

المطلب الأول: المنازعات الناشئة لأسباب إرادية في عقود الطاقة..... 6

الفرع الأول:المنازعات الناشئة بسبب تدخل الدولة..... 7

أولا: إتخاذ الدولة لإجراءات فردية 7

ثانيا: قيام الدولة بأحداث تغييرات في تشريعاتها: 12

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بسبب تدخل المستثمر 13

أولا : إخلال المستثمر بالتزامه في الإعلام والإخبار 13

ثانيا: إخلال المستثمر بالتزامه بنقل التكنولوجيا وتدريب العمالة المحلية..... 14

ثالثا : عدم إلتزام المستثمر بحماية البيئة 16

المطلب الثاني: المنازعات الناشئة لأسباب غير إرادية في عقود الطاقة 17

الفرع الأول: القوة القاهرة كسبب منشأ لمنازعات عقود الطاقة..... 17

أولا : المقصود بالقوة القاهرة ومضمونها 17

ثانيا : شروط قيام القوة القاهرة 19

الفرع الثاني: الظروف الطارئة كسبب منشأ لمنازعات عقود الطاقة..... 22

أولا : المقصود بالظروف الطارئة وشروطها 23

ثانيا: تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة..... 26

المبحث الثاني: الشروط التعاقدية الخاصة بعقود الطاقة 29

المطب الأول: تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الطاقة 29

الفرع الأول: المقصود بشرط الثبات التشريعي 30

أولا : تعريف شرط الثبات التشريعي وطبيعته 30
ثانيا : طبيعة شرط الثبات التشريعي 34
ثالثا : موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي 35
الفرع الثاني: أثار تطبيق شرط الثبات التشريعي وجزاء الإخلال به 36
أولا: أثار تطبيق شرط الثبات التشريعي 36
ثانيا: جزاء الاخلال بشرط الثبات التشريعي 39
المطلب الثاني: تكريس شرط المظلة في عقود الطاقة 40
الفرع الأول :ماهية شرط المظلة 40
أولا: تعريف شرط المظلة 41
ثانيا : ظهور وتطور شرط المظلة 43
الفرع الثاني: أثار شرط المظلة 45
أولا: التفسير الضيق لشرط المظلة 45
ثانيا: التفسير الموسع لشرط المظلة 48
الفصل الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الطاقة 52
المبحث الأول: الوسائل الودية لفض نزاعات عقود الطاقة 53
المطلب الأول: التوفيق كوسيلة لفض منازعات عقود الطاقة 54
الفرع الأول: ماهية التوفيق 54
أولا: مفهوم التوفيق 54
ثانيا: أنواع التوفيق وخصائصه 57
الفرع الثاني: إجراءات سير عملية التوفيق 59
أولا: تشكيل هيئة التوفيق وتحديد سلطاتها 59
ثانيا: نهاية عملية التوفيق 63
المطلب الثاني: الوساطة كوسيلة لفض منازعات عقود الطاقة 65
الفرع الأول: ماهية الوساطة 65
أولا: تعريف الوساطة 66
ثانيا: أنواع الوساطة ومميزاتها 68
الفرع الثاني: إجراءات الوساطة 71

أولا: تعيين الوسيط وتحديد مهامه..... 71
ثانيا: بدأ عملية الوساطة وإنتهائها 74
المبحث الثاني: الوسائل القضائية لفض منازعات عقود الطاقة..... 76
المطلب الأول : القضاء كوسيلة لفض نزاعات عقود الطاقة 76
الفرع الأول: أولوية إنعقاد الإختصاص لقضاء الدولة المضيفة 77
أولا: إختصاص القضاء النوعي للدولة المضيفة 77
ثانيا: إختصاص المحاكم الاقتصادية 81
الفرع الثاني: القضاء الدولي ودوره في حل نزاعات عقود الطاقة 83
أولا: محكمة العدل الدولية ودورها في فض نزعات عقود الطاقة 83
ثانيا: محكمة الإستثمار العربية ودورها في فض نزعات عقود الطاقة 86
المطلب الثاني: التحكيم كوسيلة لفض نزاعات عقود الطاقة..... 88
الفرع الأول: ماهية التحكيم وصوره..... 88
أولا: المقصود بالتحكيم ودوافع اللجوء إليه..... 89
ثانيا: صور التحكيم 93
الفرع الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم 95
أولا: بدء إجراءات التحكيم في عقود الطاقة 95
ثانيا:سير الخصومة التحكيمية 98
الخاتمة.....
قائمة المصادر والمراجع.....
الفهرس.....

ملخص المذكرة

إن التخطيط لتسوية النزاعات التي قد تنشأ في عقود الإستثمار في مجال الطاقة أمر ضروري لنجاح هذه العقود طويلة المدة، وإذا لم تكن تدار بشكل صحيح فإنها قد تعيق العائد الاقتصادي لهذه المشروعات الاستثمارية ولهذا فان الأطراف بحاجة لوضع خطة مستقبلية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن عقودهم، وإختيار آليات التسوية لهذه النزاعات بالطريقة التي يرغبونها، ولاشك أن تحديد النزاعات والتعقيدات التي ممكن أن يواجهوها والإتفاق على وضع حلول لها أو تضمين عقودهم ببعض الشروط التي تحد من نشوء الخلافات وتعمل على تفاديها تصنع الفرق بين النجاح والفشل لأي مشروع من مشاريع عقود الطاقة.

الكلمات المفتاحية: عقود الطاقة ، البترول، الغاز، الثبات التشريعي ، البنود الشاملة، التحكيم، منازعات.

Résumé

La planification de la résolution des litiges pouvant survenir dans les contrats d'investissements énergétiques est essentielle au succès de ces contrats de long terme et , si elle n'est pas correctement gérée ,elle pourrait entraver la barrière économique à ces projets d'investissement les parties doivent élaborer un plan futur pour résoudre les différends pouvant survenir dans le cadre de leurs contrats, choisir les mécanismes de résolution de ces différends de la manière qu'elles souhaitent , et sans aucun doute identifier les conflits et les complication auxquels elles pourraient être confrontées et convenir de développer des solutions, ils ont ou incluent dans leurs contrats des conditions qui limitent l'émergence de litiges et cherchent à les éviter fait la différence entre le succès et l'échec de tout projet de contrat énergétique .

Mots clés: contrats énergétiques, pétrole, gaz, stabilité législative, clauses globales, arbitrage, litiges.

abstract

Planning to resolve disputes that may arise in energy investment contracts is essential for the success of these long-term contracts, and if not managed properly , it could hinder the economic barrier to these investment projects, the parties must develop a futur plan to resolve any disputes that may arise under their contracts , chosse the mechanisms for resolving these disputes in any way they wich, and undoubtedly identify the conflicts and complications that they may face and agree to develop solutions, they have or include conditions in their contracts that limit the emergence of disputes and seek to avoid them makes the difference between the success and failure of any energy contract projecte.

Keywords: energy contracts, legislative stability, comprehensive clauses, commercial arbitration, energy contract disputes.