جامعة الدكتور مولاي طاهر – سعيدة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تنفيذ عقود الاستثمار في ظل تفشي فيروس كورونا المستجد(covide _19)

مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص:قانون الأعمال

إعداد الطالبة

بختي لامية

إشراف الأستاذ:

د.بن عيسى أحمد

أعضاء لجنة مناقشة المذكرة:

د.هني عبد الطيف.....رئيسًا

د.بن عيسى احمد .....مشرفا ومقررا

د. لربيي مكي.....مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

شكر وعرفان

أحمد الله تعالى لأنه وفقني لانجاز هذا العمل المتواضع، أتقدم بالشكر الكبير أولا وأخيرا للمولى عز وجل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ" ***بن عيسى أحمد***" لإشرافه على إنجاز هذه المذكرة ولعظيم فضله وحسن توجيهه العلمي والمنهجية القيمة، فجازاه الله وزاده بسطة في العلم والرزق

كما أتقدم بالشكر الخالص والاحترام الكبير لأساتذتي كل من" ***سويلم فضيلة***" و "***نعار زهرة***" على توجيهاتهم وإرشاداتهم.

وأشكر كذلك في هذا الصدد كل أساتذة القانون في كلية الحقوق و العلوم السياسية -سعيدة- على نصائحهم ومحاضراتهم منذ أن خطيت خطواتي الأولى إلى يومنا هذا.

بختي لامية

إهداء

إلى من أحيا بصالح دعائهما.....

إلى من صنعوا مني طالبة طموحة.....

لتلك التي منها تعرفت على القوة والثقة بالنفس.....

لمن رضاهم خلقوا لي التوفيق.....

أبي العزيز ، أمي الغالية أطال الله في عمرهما

إلى أخواتي وصديقتي براكة سعادة التي ساعدتني في إتمام البحث

وكل من ساعدني بكلمة تحفيز جعلتني

أستمر بعطاء.....

إلى زملاء القانون أهديكم هذا البحث المتواضع وافقكم الله.

بختي لامية

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

1	ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
2	ص	صفحة
3	ط	طبعة
4	ق.إ.م.إ	قانون إجراءات المدنية وإدارية
5	ق.م.ج	قانون المدني الجزائري

ثانيا: باللغة الأجنبية

1	C.I.R.D.I	*Centre international pour règlement des différent*
2	F.M.I	*Fonds monétaire international*
3	Op.cit	Option Cite
4	N	Numéro
5	P	Page

مقدمة
Designed by pngtree

تسببت الأوبئة والأمراض على مر التاريخ بخسائر بشرية[1] واقتصادية كبيرة،ورتبت العديد من الإشكالات ذات الأبعاد القانونية والاقتصادية والاجتماعية، لارتباطها بالأمن الصحي العالمي وبالعوائق والإكراهات الناجمة عنها في مجال تبادل السلع والخدمات وحركة الاقتصاد العالمي ، كان آخرها جائحة كورونا التي ظهرت في اواخر2019، بمدينة "وهان" الصين.

شهد العالم في الآونة الحالية حالة اضطراب وعدم استقرار في كافة مجالات الحياة. وهذا خاصة بعد إعلان منظمة الصحة العالمية عن خطورة كوفيد 19، مما وجد أمام تحديات جسيمة حيث قيدت هذه الجائحة حياة وحريات الأفراد. من خلال القرارات التي اتخذتها الدولة الجزائرية بصفة خاصة والعالم بصفة عامة والتي تمثلت في فرض إجراءات سالمة للحد منها ومقاومة انتشارها ، وتمثلت هذه الإجراءات والتدابير في حماية أرواح شعبها وفق إجراءات وقائية[2] ،وتبنت إجراءات مقيدة للحركة التجارية في مختلف التنقلات وتوقيف العديد من الأنشطة وغلق جميع المؤسسات التربوية والاقتصادية والخدماتية[3] .

ومن هنا نسلط الضوء على العقود التي تؤدي بدورها إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة التي تظهر طرف فيها ،و باعتبارها سلطة عامة تملك اتخاذ القرارات المختلفة وتعتبر الركيزة التي بواسطتها تبنى هياكل اقتصادية ثابتة، والتي تكون عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطة الاقتصادية والخروج بها من عالم التخلف إلى عالم التقدم وتتمثل في عقود الاستثمار الدولية.

[1] في عام 1347، مرض الطاعون، يحصد200 مليون شخص خلال خمس سنوات، في عام 1520 الجذري يحصد 56مليون شخص كل عام واحد، وفي 1918أنفونزا الإسبانية تحصد 50مليون شخص خلال عام الواحد، وفي عام 1980الإيدز يحصد 35مليون شخص حتى يومنا هذا، وفي 2019 فيروس كورونا حصد أكثر من ثلاثة ملايين شخص حول العالم ،والرقم مزال في الازدياد. على موقع https://aawsat.com تم الاطلاع عليه يوم 2 جوان 2021.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 20-69، مؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير وباء فيروس كورونا- كوفيد19- ومكافحته ، جريدة رسمية 21 مارس2020، العدد15، صادر في 21 مارس 2020.

[3] مرسوم التنفيذي رقم 20-70، المؤرخ في 24 مارس 2020، الذي يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار كورونا ومكافحته، ج.ر، العدد 16، صادر في 24 مارس 2020.

ولهذه العقود دور فعال بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار ووسيلة تقوية بنيتها الاقتصادية من خلال استغلال مواردها الطبيعية وتوفير رأس مال وتكنولوجيا، مما تعمل هذه الدولة على تهيئة مناخ ملائم للاستقطاب وذلك من خلال الضمانات التي تقدمها للمستثمر الأجنبي.

نجد العقود الدولية تتميز بطول التزاماتها لتعقيداتها ومتطلباتها الزمنية إلى جانب مبالغها المالية ومواردها البشرية وقدراتها الاقتصادية الهائلة ،وعليه فان الظروف المحيطة بإبرام العقد تمتد مدة تنفيذه لعشرات السنين لا يمكن أن تبقى على حالها مدة طويلة ،ومن البديهي آن يطرأ على تنفيذ العقد تغير الظروف المصاحبة لتنفيذه .وال وسيلة القانونية أساسية لتسير التجارة الخارجية والمبادلات الاقتصادية والخدمات الدولية، فمن الطبيعي سوف تتوقف في ظل هذا الأوضاع بسبب التدابير المقيدة للحركة التجارية.

تخضع هذه العقود لقاعدة أساسية متمثلة في " العقد شريعة المتعاقدين" ومعنى ذلك أن إرادة الأطراف هي التي تنشأ العقد والتي تعدله وعليه إذا انعقد صحيحا مستوفيا أركانه وشروطه صار ملزما لطرفيه استنادا لقوله تعالى" **يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود"**[1] و يعد ذلك تأكيدا على مبدأ الرضائية ومصدر القوة الملزمة للعقد، إلى أن جائحة كورونا خرجت عن مبدأ الأصل، وجعلت تنفيذ عقود الاستثمار في ظلها مستحيلة وصعبة وهذا بدوره سيؤدي إلى نزاعات تنشأ بين أطراف العقد .

تكمن أهمية الدراسة في تنفيذ عقود الاستثمار في ظل تفشي فيروس كورونا المستجد وذلك من إثارة العديد من المسائل القانونية، انطلاقا من الصعوبات التي تثير تحديد نطاقه وصولا لمسألة تغير الظروف القانونية المحيطة به، وتتمثل أهميتها في:

-المساعدة في عملية التنمية والتطوير الاقتصاديات الدول .

-استقطاب رؤوس الأموال من خلالها.

-التوسع في العلاقات التعاقدية بين الدول.

[1] سورة المائدة، الآية -09-.

حيث اعتبرت الآراء المختلفة في العالم أن فيروس كورونا المستجد أصبح بين نظريتين القوة القاهرة والظروف الطارئة هي المسيطرة على المشهد القانوني ،باعتبارها صورة من صور السبب الأجنبي والذي كان له الآثر البالغ في منع الأطراف في تنفيذ عقودهم بما التزم به آو بما يقره القانون ،نظرا لطبيعة الظروف والإجراءات الوقائية التي أعلنتها الحكومة ولهذا تعتبر واقعة مادية تكون لها أثار سلبية واضحة يمكن رصد ملامحها على العلاقات القانونية بصفة عامة والعلاقات التعاقدية بصفة خاصة

ومن هذه الاعتبارات دفعتنا إلى تحديد هدف الموضوع وهو عرض مفاهيم تنفيذ عقد الاستثمار في ظل تفشي جائحة كورونا ،ومدى اعتباره من قبل القوة القاهرة آو الظروف الطارئة،وهل توافرت فيها شروط كلا من النظريتين ،في إطار الحلول الموجهة لمعالجة تغير الظروف المحيطة بعقد الاستثمار الدولي .

وكان لاختيار هذا الموضوع أسباب منها الذاتية و الموضوعية:

- الرغبة النفسية .

-الموضوع له قيمة وفائدة علمية في ظل هذا الوضع.

-ملامسة الموضوع للواقع .

-الظروف والمستجدات المتغيرة على الساحة العالمية بسب هذا الجائحة.

-عقود الاستثمار التي أصبحت أمر لا غنى عنه في العلاقات التجارية الدولية

بخصوص الدارسات السابقة، حيث لا توجد أطروحات تتحدث عن تنفيذ عقود الاستثمار قي ظل تفشي جائحة كورونا المستجد باعتباره من الموضوعات المستجدة حديثا مما دفعنا إلى الاستعانة بالمقالات والدوريات بشأن دلك.

ومن هذا المنطلق نطرح الإشكال الرئيسي:ما مآل تنفيذ عقود الاستثمار في ظل تفشي فيروس كورونا المستجد ؟

وتفرعت عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية :

-ما التكييف القانوني لجائحة فيروس كورونا المستجد covide19؟

-ما الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية ؟

بخصوص المنهج المتبع اعتمدت هذه الدراسة المنهج التحليلي، من خلال تحليل المفاهيم المرتبطة بمفهوم جائحة كورونا وتأثيرها على عقود الاستثمار .وقياسها على الأوضاع المشابهة لها .

وأيضا المنهج الوصفي باعتماده على إعطاء تعريف للمفاهيم الغامضة .

أهم الصعوبات التي واجهتها في هذا البحث :

-قلة ما كتب في هذا الموضوع.

-ندرة الأبحاث واعتباره من الموضوعات المستجدة .

نظرا لاتساع البحث وتشبعه بعدة مفاهيم قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين أساسين يندرج تحت كل فصل مبحثين:

الفصل الأول: عقود الاستثمار في ظل جائحة كورونا المستجد.

الفصل الثاني: آثار جائحة كورونا المستجد على تنفيذ عقود الاستثمار.

الفصل الأول:

عقود الاستثمار في ظل تفشي

فيروس كورونا المستجد

Co vide 19

أدت الظروف والتطورات الاقتصادية المستجدة ،داخل الدولة أو مع بعضها البعض إلى قيام العديد من المشروعات الاقتصادية ،وذلك أدى إلى اتساع نطاق المعاملات التجارية الدولية بوجه عام وانتشارها بوجه خاص، من هذه المعاملات يعرف بمعاملات الاستثمار[1]وهي عقود الاستثمار الدولي.

تعتبر هذه العقود وسيلة تتمثل في المساهمة في التنمية الاقتصادية، للدولة المضيفة من خلال استغلال مختلف القدرات للطرف الأجنبي والتي تعد إحدى مصادر التمويل التي تلجا إليها الدول النامية وذلك لسد فجوة الموارد المحلية التي تعاني منها.[2]

إلا إن ظهور فيروس كورونا المستجد، حيث كان له تأثيرا في تنفيذ الالتزامات التعاقدية لهذه العقود باعتباره وباء صحي عالمي اثر بشكل مباشر على المعاملات الدولية التجارية ،مما فرض نفسه كواقعة مادية ،وخلف ركود اقتصادي ووقف معاملات التعاقدية بسبب الإجراءات الاحترازية .مما يطرح تساؤل ،ما مصير عقود الاستثمار في ظل تفشي هذا الفيروس وما تكيفها القانوني ؟

مما ينبغي تناول ماهية عقود الاستثمار (***المبحث الأول***) وكيف يمكن تكييف جائحة كورونا المستجد ***(المبحث الثاني)***.

[1] خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة،عمان، الأردن،2014، ص 81.

[2] لبيك شوقي، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون الدولي الخاص للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2020،ص 12.

المبحث الأول:ماهية عقود الاستثمار.

تعتبر عقود الاستثمار نوع جديد من العقود لم تتضح إلى اليوم معالمها القانونية، خاصة في عصر الرقمنة مما يتطلب الإلمام الشامل والعميق بهذه العقود. وذلك بالخوض في التفاصيل النظرية وبالرغم من تعدد الآراء المعطاة لهذه العقود، نظرا للخلط الذي وقع فيه البعض بين عقود الاستثمار وعقود الدولة الأخرى وكذلك لعدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار ففكرة هذه العقود هي أقرب ما يكون إلى كونها فكرة وصيغة تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة[1].

يتم إبرام هذه عقود من قبل المستثمرون، سواء كان هؤلاء هيئات استثمارية دولية ممثلة بأحد أجهزتها مع شخص خاص أجنبي طبيعي آو اعتباري، والمستثمر الأجنبي يلزم بمقتضاه بنقل الموارد اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضيها.[2]

مما سنعرض في هذا البحث ،مفهوم هذه العقود والطبيعية الخاصة والمعايير دوليتهما ***(المطلب الأول)*** وهذه التي تميزها عن سائر العقود الأخرى وهي عدم تكافؤ في المراكز القانونية، وهنا يثور تساؤل حول من هم الأطراف المكونة لهذا العقد ***(المطلب الثاني)***.

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 82.

[2] المرجع نفسه، ص81.

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار

تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب، تفرض الحصول على الاستثمار الأجنبي للمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية بأهمية كبيرة.[1]

نتيجة دور الفعال في الاقتصاد بصفة عامة والتجارة الدولية بصفة خاصة، وتعتبر الركيزة أساسية التي تستند عليها معظم الدول والمنظمات والأفراد. مما يتم تعرف على معظم تعار يف لها ***(الفرع الأول)***، وأهم الطبيعة القانونية لهذه العقود ***(الفرع الثاني)***، والمعايير دولياتهما ***(الفرع الثالث)***.

الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار

إن العقد هو اتفاق إرادتين لإحداث أثر قانوني وهذا ما نصت عليه المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أنه " ***العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"***[2].

أما كلمة الاستثمار في مفهومها اللغوي، تعني طلب الحصول على ثمرة، مما يعني الثمر حمل الشجر أو المال أو النماء أو الزيادة.[3]

وبناء على ذلك، نستخلص تعريف لعقد الاستثمار مما نقوم بعرض بعض التعريفات التي وضعت له من الناحية الاقتصادية والقانونية وأهم الآراء بشأنها.

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 84.

[2] أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني جريدة رسمية، عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر، عدد 31 الصادر في 13 ماي2007.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 84.

أولا : التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي

أدت تطورات في ظروف الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وما شهده العصر العولمة من ظهور العلاقات اقتصادية وقانونية متمثلة في الاستثمارات أجنبية[1] وقد كان للاقتصاديين فضل السبق الفقهاء في تعريفه وكانت كالتالي:

" كل اكتساب الأموال من أجل الحصول على منتوج واستهلاكه "[2].

وأيضا " عملية شراء مواد تجهيزات وسلع بسيطة" يلاحظ أن هذا التعريف يعتبر الإشهار عملية الحصول على تجهيزات ومستلزمات الإنتاج دون الإشارة إلى الغرض الأساسي والأهداف المرجوة منه.[3]

وأيضا "على انه العملية الاقتصادية المدروسة من قبل شخص طبيعي أو معنوي تقوم على أسس عملية أو عقلانية توجه من خلالها أصول مادية أو مالية أو بشرية أو معلوماتية نحو تحقيق عوائد اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو علمية في المستقبل بتدفقات مستمرة عادة تحقق فيها تتجاوز القيم الحقيقية الحالية للأصول الرأسمالية وفي ظروف تتصف بالأمان قدر المستطاع مع استبعاد هامش مقبول للمخاطر"[4].

---

[1] لبيك شوقي، المرجع السابق، ص 12.

[2] عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمار في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص01.

[3] فاروق خلف والمكي دراجي،" ***إطار القانوني للاستثمار ودوره في التنمية الاقتصاد الوطني "***، مداخلة ضمن الملتقى الدولي السادس عشر حول " حول الضمانات للاستثمار في دول المغاربية"، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة والمخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة الجزائر، المنعقد يوم22و23 فيفري 2016.ص 267 .

[4] مُحَمَّد غانم، الاستثمار في الاقتصاد السياسي والإسلامي و التشريعي والاتفاقيات، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 33.

وعرفه البعض بأنه " عملية من عمليات استغلال رأس مال بهدف تحقيق عائد أو فائض مالي " هذا المفهوم الاقتصاد المبني على عنصر الهدف تبناه معهد القانون الدولي الذي عرف الاستثمار بأنه" l'investissement consiste en une fourniture de biens ou de services en une d'un gain"[1]

☜ هكذا يتبين من خلال ما سبق تعذر الإجماع من جانب الاقتصاديين على إيجاد تعريف محدد لعملية الاستثمار، بحيث يستخلص على اكتساب الموجودات المادية ومساهمة في الإنتاج وتحقيق الربح.

ثانيا: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي

إذا كان الاقتصاديون لم يتفقوا على وضع تعريف محدد وشامل للاستثمار، فان رجال القانون لم يكونوا بأحسن حظ منهم، حيث تعددت أهم تعارفهم واختلفت فكانت كالتالي :

فعرف على انه "ممارسة نشاط إنتاجي من طرف المستثمر الأجنبي على إقليم البلد المضيف "[2]

وأيضا "استخدام أصول المالية مهما كانت طبيعتها أو نوعها من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته ،وسواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أولا، بهدف تحقيق عائد منجز "[3]

وعرفه احد فقيه على انه "على أساس انه انجاز عملية بواسطة مساهمة في رأس المال، أي تخصيص دائم للأموال، للانجاز مشروع ذات طابع اقتصادي ويسمح للقائمين به بتقسيم الأرباح وتحمل الخسائر "[4]

---

[1] عيبوط محند واعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر،2012، ص123.

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ، ص03.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص87.

[4] قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر،2012، ص28.

ومن ملاحظ، عدم اتفاق فقهاء القانون على تعريف محدد له حيث تولت الاتفاقيات الدولية تعريفا الاستثمار لسد بعض الثغرات، ولابد من معرفة الموقف المشرع الجزائري خاصة عند توجه إلى مرحلة اقتصاد السوق.

1-تعريف الاستثمار غلى الصعيد الدولي

نحد الاتفاقيات الدولية التي تولت تنظيم عملية الاستثمار، تمثلت سواء تلك المبرمة في إطار تعدد الدولي أو الجهوي آو ثنائي،وهي كالأتي :

أ-تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية الشاملة متعددة الأطراف:

أهم الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف التي جاءت بتعريف الاستثمار نجد:

-اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة باستثمار (CIRDI)[1]حيث غضت النظر عن مفهومه، بل اهتمت بحل خلافات ذات طبيعة قانونية والتي لها علاقة باستثمار مع موافقة الأطراف عرض النزاع أمام (CIRDI).[2]

-وأيضا اتفاقية سيول لعام 1985، المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات(AMGI)، جاءت بتعريف محددا للاستثمار لان رأس مال هذه الوكالة محدد، فلابد أن يوجه لضمان عمليات استثمار فقط [3] ومن خلال المادة 12 من هذه اتفاقية جاءت بيان أنواع الاستثمارات صالحة للضمان والمتمثلة في حقوق الملكية والاستثمارات المباشرة المحدد من قبل مجلس الإدارة الوكالة، وكذا القروض المتوسطة والطويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع.[4]

---

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

[2] راجع، للمادة 12، من اتفاقية واشنطن ل 18 مارس 1965، الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة باستثمار بين الدول والرعايا دول الأخرى، المصادقة عليها في الجزائر بالمرسوم رقم95-04 بتاريخ 21جانفي 1995، ج ر، العدد7، سنة1995.

[3]. عيبوط محند واعلي، المرجع السابق،ص128.

[4] قبايلي طيب، المرجع السابق،ص29.

ب–تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية الجهوية

تهدف هذه اتفاقية إلى تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية وإزالة العوائق أمام حرية انتقال رؤوس الأموال والتبادل الحر مع وضع تعاريف الموسعة والشاملة لكل العناصر التي لها قيمة الاقتصادية دون تحديد.

وأيضا بينت أهم أشكال الاستثمار دون حصرها سواء المباشر أو غير المباشر وهذه تبنتها اتفاقية المتضمنة إنشاء مؤسسة العربية لضمان الاستثمارات.

ج – تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية:

تكرس هذه اتفاقية مفهوم واسع للاستثمار، باستعمالها عبارة " الأملاك والحقوق" [1]بمعنى كل شيء مادي أو غير مادي قابل للملكية وأيضا الأشياء التي يمكن أن تتدخل في الذمة المالية للفرد، حيث الاستثمار يشمل الأموال والحقوق من أي طبيعة كانت.

تعد الجزائر من بين الدول التي أبرمت العديد من اتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار و من أبرزها:[2]

- تمت إبرام معاهدة متعلقة باستثمارات في مجال اتحاد المغرب العربي وتمت المصادقة عليها في 22 جوان1990.
- وأيضا انضمت إلى اتفاقي تسوية المنازعات المتعلقة باستثمارات بين الدول والرعايا دول الأخرى ووافقت على اتفاقية المتضمنة إحدى الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات.

[1] عيبوط محند واعلي، المرجع السايق، ص 133

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص15.

2 –تعريف الاستثمار في التشريع الجزائري:

وجدنا الجزائر في نظام الرأسمالي أو اقتصاد السوق فإنها تفتحت على الاستثمار أجنبي بكل أشكاله ويقصد في القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 2 على أنه

-" ***إقتناء الصول تندرج في إطار الاستحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل.***

–المساهمة في رأس مال الشركة"[1].

☜ يلاحظ من هذه المادة، أنها عرفت الاستثمار هو الاستحداث الأنشطة الجديدة الاستثمارية والقدرات الإنتاج وذلك عن طريق الأصول أو المساهمة سواء نقدية أو عينية في مشروع قائم، في إعطاء فرصة للاستعادة النشاطات تحت عبارة إعادة التأهيل.

وأيضا، نجد المشرع لم يحدد نسبة من إمكانية المساعدة في رأس مال وإنما ترك الحرية للمستثمر

وهذا ما يبرر أن القانون 09-16، المتعلق بترقية الاستثمار كان يواكب التحولات المالية والاقتصادية في الجزائر خاصة ما تعلق بتحفيزات التي تجلب الاستثمارات الأجنبية.

إذن تطرقنا إلى تعريف الاستثمار الأجنبي وفق منظور الاقتصادي والقانوني مما نستعرض بعض الآراء التي عرفت عقود الاستثمار هي كالآتي:

عرف أحدهم على انه " العقد المبرم بين الدولة أو أجهزتها أو مشروعاتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بمقتضاه ينقل القيم الاقتصادية إليها لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق ربح للأطراف العقد"[2]

[1] القانون رقم16 –09 مؤرخ في 3أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، العدد 46، الصادر سنة 2016.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص91.

وأيضا " هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم المستثمر أجنبي بمقتضاه بنقل قيم الاقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها"[1]

وأيضا "تعهد المستثمر أجنبي بإنجاز الاستثمار ذو أهمية قسوة للدولة المتعاقدة مقابل تعهد هذه الأخيرة بالاعتراف بضمانات قصد تحقيق مردودية للمشروع الاستثماري"[2]

لكن أرجح التعريف الذي أورده أحد فقهاء هو" هي تلك العقود التي بمقتضاها يتم إيصال رأس المال أجنبي إلى دولة المضيفة على نحو المباشر وتستهدف في مقام الأول تسيير المرفق العام، وذلك بأن يقوم المستثمر أجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في دولة المضيفة إما بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني "[3]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

إن تحديد الطبيعة القانونية للعقود الاستثمار يعد أمر مهم لأنها تتخذ أشكال مختلفة ولكون الدولة إحدى أجهزة التابعة لها طرفا للعقد، والتي تتميز بالسيادة والسلطة مما تستدعي عدم المساواة في مراكز القانونية للعقد مع طرف المتعاقد أجنبي معها ولهذا يجب حماية مصالح هذا المتعاقد. ونزع الحصانة القضائية للدولة المضيقة للاستثمار، مما انقسم الفقه إلى عدة اتجاهات والآراء حول هذه الطبيعة وهي كالآتي:

[1] بشار محمد أسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط 1، منشورات الحلبي حقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص08.

[2] هاشمي أعمر،سيادة دول التأمين في عقود الاستثمار، شهادة الماجستير تخصص قانون دولي للأعمال، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، 2016، ص 9.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 92.

أولا: عقود الاستثمار اتفاقية دولية

يرى بعض الفقه أن عقود الاستثمار من ضمن اتفاقيات دولية، وذلك من أجل جعل الالتزامات الناشئة من عقد إلى التزامات دولية بحيث تترتب المسؤولية الدولية على دولة في إخلالها بهذه الالتزامات[1].

لكن هذا اتجاه قد واجه عديد من انتقادات، باعتبار أن اتفاقيات الدولية تنظم العلاقات بين أشخاص القانون الدولي العام. لذلك لا يمكن إن يعد من قبيل المعاهدات الدولية عقد بين أشخاص القانون الدولي[2]، لأن الدولة من البديهي تنزل مكانة الأشخاص الطبيعية وذلك لتسوية المراكز القانونية.

ثانيا: عقود الاستثمار الدولية عقود إدارية

يرى هذا الجانب أن هذه العقود من ضمن طائفة العقود الإدارية، على أساس هذه العقود تبرمها الدولة أو أحد أجهزة التابعة لها وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة بأحد أهم وسائل العقد إداري وتحت الهيئة العامة للاستثمار وأن مظهرها الخارجي كأنها عقود خاصة حيث يكون الاختصاص بشأن منازعتها للقضاء الخاص آو التحكيم [3].وكل هذه اعتبارات لا تمنعنا بوصفها العقود بالعقود الإدارية

لكن عندما ننظر من زاوية، أخرى وهي مساواة بين المراكز القانونية بين أطراف العقد مما ينبغي فكرة السيادة ولا تعد أساسا يميز هذه العقود واعتبارها عقود إدارية .

[1] حنين أمين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية ،رسالة نيل ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيزرنت، فلسطين، 2015، ص31 .

[2] مُحَمَّد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام ، الدار جامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2013، ص28.

[3] حنين أمين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص 32.

وأيضا هذه عقود الإدارية تتطلب وجود قضاء إداري دولي للنظر في المنازعات التي تنشا عنها والواقع يثبت لنا هذا النوع من المنازعات عادة ما يكون الاختصاص فيه للتحكيم الدولي.[1]

–ثالثا :عقود الاستثمار الدولية ذات طبيعة خاصة .

يرى هذا الاتجاه على أنها تتمتع بطبيعة خاصة،و ذلك لطبيعة أطرفها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة [2]،حيث تستمد خصوصيتها من موضوعها ومحلها الذي يتمثل التنمية الاقتصادية ،والتي تجمع بين خصائص القانون العام و الخاص مما يعطيها طبيعة مختلطة ،ذات طبيعة خاصة مما تحتوي جانبا من العناصر عقود الإدارية والمدنية .

مما لا يمكن القول أن عقود الاستثمار هي من قبيل عقود القانون الخاص ولا يمكن تصنيفها من عقود قانون العام لان إذا تم اعتبار الدولة شخصية عامة ذات سلطة سيادية تؤكد على إمكانية قيامها بتصرفات لها سلطة،وهذا سيضر بلا شك بمصالح المستثمر الأجنبي [3].

رابعا: عقود الاستثمار الدولية من عقود القانون الخاص

بما أن اتفاقيات الثنائية لا يمكن أن تكون إلا وليدة اتفاق بين طرفين رأى جانب من الفقه أن جميع العقود ومن ضمنها العقود النفطية لا يمكن أن تكون إلا عقودا بسيطة تخضع للأحكام القانون المدني[4] بناءا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأيضا حتى يتم تكافؤ مراكز القانونية على الدولة تنزل مكانة الأشخاص العاديين، وأن تتعاقد وفق للأحكام القانون الخاص.

---

[1] إبراهيم محمد القعود، ***" الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار "*** ، **مجلة العلوم القانونية والشرعية** ،كلية القانون، جامعة الزاوية ، العدد السابع، ص302.

[2] حنين أمين رمزي مقبول، المرجع السابق، ص30.

[3] حنين امين رمزي مقبول، المرجع نفسه، ص30.

[4] محمد موسى، المرجع السابق، ص304.

إلا أن هذا اتجاه لم يلقى قبولا عند الكثير من فقهاء القانون حيث أنه لم يقدم تفسيرات لبعض المظاهر لهذه العقود التي تتمتع الدولة بملامح السلطة العامية سعيا لتحقيق المصلحة العامة.[1]

لكن من الملاحظ غالبية الفقهاء تم تأييد على أنها عقود دولية وذلك لخاصيتين:

- لأنها عقود توفر الحماية للمستثمر الأجنبي من مخاطر التشريعات الداخلية
- الضمانات والامتيازات الممنوحة له من أجل تكافؤ المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة.

الفرع الثالث: معايير دولية عقود الاستثمار

يعتبر العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يتصل بعدة أنظمة قانونية، أي ذلك الذي لا يختصر داخل نظام قانوني واحد[2] إلا أن كانت صعوبة في وضع التعريف جامع لعقود الدولة مما يسمى يستدعي البحث عن معايير التي تبرز دولية هذه العقود.

إذن تعد مسألة أولية لازمة وضرورية. مما استخدم الفقه ثلاثة المعايير لتحديد الصفة الدولية لعقود الدولة في مجال الاستثمار وهي كالآتي:

أولا: المعيار القانوني

يتبنى هذا المعيار في تحديده لدولته العقد على فكرة مفادها أن العقد يعتبر دوليا لمجرد تطرق الصبغة الأجنبية، إلى أي من عناصر العلاقة العقدية المتمثلة في أشخاصها أو موضوعها أو واقعتها المنشئة وإذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد[3].

إلا أن اختلاف أصحاب هذا الاتجاه حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطات العقدية وتأثير كل منهما في اتسام العقد بالصفة أو بالطابع الدولي، مما تظهر صورتين من المعيار القانوني وهما:

---

[1] إبراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص304.

[2] هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية،2007، ص74.

[3] لبيك شوقي، المرجع السابق، ص 30.

☜ **الصورة التقليدية للمعيار القانوني:**

يكتفي هذا المعيار بإلحاق مبدأ المساواة بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تعرض الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد الطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص.[1]

وقد قيل أن هذا المعيار آلي وجامد، فهو يقضي باعتبار العقد دولي لمجرد أن يتوافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بغض النظر عن أهمية وفاعلية كل عنصر منها في إضفاء الصفة الدولية على العقد.

☜ **الصور الحديثة للمعيار القانوني :**

تأخذ الصورة الحديثة للمعيار القانوني، ان يتعين التفرقة بخصوص العناصر القانونية المؤثرة والفاعلة والعناصر الأخرى غير المؤثرة آو المحايدة المكونة للعقد، إذ لا يعتبر مجرد توفر العناصر الأخير كافي للإصغاء الطابع الدولي على العقد وإنما يستوجب الاكتساب هذا الطابع إن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فعال و مؤثر ،فتحديد دولية العقد من عدمها على هذا الأساس هي مسالة نسبية تتوقف على الطبيعة الرابطة العقدية [2] ،آي إسناد على منهج كيفي.

ثانيا:المعيار الاقتصادي

لقد ظهرت فكرة المعيار الاقتصادي على يد المحامي العام الفرنسي ،وهو الأستاذ ماتيه في قضية والتي طرحت أمام محكمة النقض الفرنسية في السابع عشر من شهر مايو 1927م، حيث قضت محكم بان العقد الدولي هو ذلك العقد الذي "يرتبط بحركة المد والجزر للأموال والبضائع غير الحدود [3]"

[1] ابراهيم محمد، المرجع السابق، ص 304.

[2] هشام خالد، المرجع السابق، ص 76.

[3] لبيك شوقي، المرجع السابق، ص 32.

حيث، وجدنا هذا المعيار اتخذ صور متعدد، إذا كانت كل صورة بمثابة حل يلبي حاجات ومقتضيات اقتصادية معينة شهدتها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه المعيار كحاجة لتفادي آو لتطبيق نص قانوني معين على النحو التالي

- ***–معيار المد والجزر***

يقصد إن العقد لا يعتبر دوليا إلا إذا تمت حركة مد وجزر أي ذهاب وإياب للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين آو اكتر.

وذلك بغض نظر عن جنسية المتعاقدين آو محل إبرام العقد آو تنفيذه.

- ***–معيار مصالح التجارة الدولية:***

يكتفي فان العقد يعتبر دوليا ذا تم ارتباطه بمصالح التجارة الدولية ،أي إن المعيار الاقتصادي يستجيب لمتطلبات اقتصادية صرفة،تتعدى نطاق الاقتصادي الداخلي لدولة معينة ،والتي تمثلت في صورة تصدير آو استيراد للسلع والخدمات رؤوس الأموال عبر الحدود الدولية [1]،ويعتبر هذا معيار تحصيل حاصل المعيار القانوني .

❋ كلا المعيارين تعرضت للنقد، مما حدي بالقضاء الفرنسي عند التصدي دولي عقود الاستثمار إلى الجمع بينهما وعلى لا يكتفي عند تقرير دولية لهذه عقود التحقق من وجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية "المعيار القانوني "وإنما يحرص أيضا على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية "المعيار الاقتصادي "[2].وهو ما يطلق عليه بالمعيار المختلط أو المزدوج.

[1] إبراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص308.

[2] ابراهيم محمد العقود، المرجع نفسه، ص 309.

- ***-المعيار المختلط (المزدوج)***

حيث هذا المعيار يجمع بين المعيارين السابقين، إذا لا يكفي من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية ليقرر دولي العقد المعني، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن يتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية[1]

ونجد الاتفاقية الأروبي للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961م، حيث جمعت بين المعيار الاقتصادي لدولية العقد المرتبط بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني المستمد من اختلاف محل إقامة أطراف العقد بمعنى إنشاء كل منهم لدولة مختلفة لتنتمي لدولية العقد في هذا الفرض وبالتالي دولية التحكيم[2].

وعليه، الصفة الدولية للعقد لا تتحقق إلا من خلال توافر المعيارين القانوني و الاقتصادي.

بالنسبة الموقف المشرع الجزائري من معيار دولية العقد، فهو لم يأخذ من هذه المعايير السابقة، إلا إن بالرجوع إلى النصوص الذي تنظم التحكيم التجاري الدولي، وتحديد ما مقصود بالتحكيم الدولي نصت المادة 1039 من ق.ا.م.ا على انه "***يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص نزعات متعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل[3]***"

من ملاحظ، أن المشرع غلب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني ومتمثل في ارتباط النزاع بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، ومعيار قانوني يتعلق بتعدد المواطن أو المقر أو الجنسيات.

بمعنى حتى يكون العقد دوليا يجب أن يتوافر في كل من المعيارين

[1] هشام خالد، المرجع السابق, ص76.

[2] إبراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص76.

[3] القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18صفر 1429، الموافق 25فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج.ر،عدد21، المؤرخة في 25 ابريل 2008 .

المطلب الثاني: أطراف عقود الاستثمار

إن عقود الاستثمار لها الدور المهم في اقتصاديات الدول الأخذة في النمو والغنية، التي تعد الوسيلة في بناء هيكلها الاقتصادي وتقوم بتحديد بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة، من اجل تحقيق الأهداف المرجوة لهذه الدول ،أو ذلك بزيادة تدفق الاستمارات الأجنبية .

تتميز عقود الاستثمار من غيره من العقود المبرمة في إطار العلاقات التعاقدية بعدم التكافؤ بين أطرافه، تشمل الدولة كالطرف الأول تتمتع بمظاهر السلطة العامة كشخص عام من أشخاص القانون الدولي العام ولها مزايا الخاصة في إطار هذا العقد ***(الفرع الأول)***، ويقابلها الطرف الثاني في العلاقة العقدية هو المستثمر الأجنبي ويعتبر الطرف الضيق في هذه العلاقة ولا يتمتع بالمظاهر السلطة العامة ***(الفرع الثاني)***، ويكون موضوعهما الاستثمار ***(الفرع الثالث)*** .

الفرع الأول : الدولة المضيفة للاستثمار كالطرف الأول

الدولة المضيفة للاستثمار لتنفيذ خطتها في التنمية وتحقيق مصلحة الاقتصادية للبلاد ونظرا للانفتاح الاقتصادي الذي يشهده عالم تقوم الدولة بإبرام العقود مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجاتها الاقتصادية وقد تقوم بإبرامها بطريقة مباشرة عن طريق ممثليها (رئيس الدولة آو رئيس الوزراء آو احد الوزراء) ،إما بطريقة مباشرة عن طريق إبرام هذه العقود من طرف (إحدى الهيئات آو المؤسسات العامة التابعة لها [1]).

فتعد الدولة طرفا في عقد الاستثمار عندما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية فتقوم بإبرام هذه عقود أو قد تدخل في مشروعات المشترك بينها وبين الشركات الخاصة [2]

[1] بشار مُحَمَّد أسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، لبنان2006، ص15.

[2] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية (وفق الأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص29.

إذن، يمكن تعريف الدولة على أنها ذلك الشخص من أشخاص القانون الدولي العام تتمتع بالسيادة ولها الشخصية القانونية على الصعيد الدولي و الوطني، وتتعاقد الدولة إما عن طريق ممثليها المباشرين متمثلين في السلطة التنفيذية(كرئيس الجمهورية، الوزير الأول، الوزراء....) أما عن طريق أجهزتها الفرعية أجهزة الإدارية كالمرفق العام، أو شركات الاقتصادية) من أجل التعاقد في مجال عقود الاستثمار

–ولابد من الإشارة أن أجهزة الدولة تمثل أشخاص عامة إقليمية (المحافظات والمدن والقرى) وأشخاص عامة المرفقية (كالمؤسسات العامة والمستشفيات)[1].

إلا أن الصعوبة تثور إذا كان الطرف الذي وقع ماديا على العقد هيئة عامة او مؤسسة تتمتع بشخصية معنوية ولها ذمة مالية مستقلة عن الدولة، ولكنها جهاز تابع لها يعمل لحسابها ,فهنا تثور مشكلة كيفية تحديد الطرف في هذه العقود.

ما هو المعيار الذي يمكن من خلاله اعتبار الدولة طرفا في العقود التي تبرمها الهيئات والمؤسسات العامة؟[2]

الجدير بالملاحظة، أن هناك معيارين يمكن اللجوء إليهما للقول بان ما تبرمه مؤسسة عامة تنصرف أثاره للدولة وهما معيارين، معيار القانوني(الاتجاه الضيق) ومعيار الاقتصادي (الاتجاه الواسع).

[1] أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في منازعات الإدارية وأثاره القانونية،ط&،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2010،ص،29.

[2] فتحي عوض حسين أبو رضوان، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر،غزة،2018م، ص 06.

أولا: المعيار القانوني

مفاد هذا المعيار أن عقود الاستثمار تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها ونصت المادة 25 من الاتفاقية واشنطن للمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار في الفقرة الأولى"***يمتد الاختصاص المركز إلى إي نزاع قانوني ينشا مباشرة عن احد الاستثمارات بين الدولة من الدول المتعاقدة آو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز...***[1] "

الاتفاقية لم تقتصر اختصاص المركز على المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة ذاتها إ ، ولكنها جعلت اختصاصه يمتد ليشمل أيضا المنازعات التي تكون إحدى أطراف هيئة عامة آو جهاز تابع للدولة المتعاقدة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز أي أن يكون معرفا ومعينا للمركز بواسطة الدولة [2].لا يقتصر على الدولة المضيفة الاستثمار فقط. وإنما يمتد ليشمل المؤسسات آو الوكالات التابعة للدولة التي تقوم على هذا الأخير بتعينها على المركز.

وجد هذا المعيار يعتمد على عملية التوقيع المادي على العقد ،واستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة آو الهيئة الحكومية التي قامت بالتوقيع على العقد مع تحملها المسؤولية الكاملة[3]

ما يعيب هذا المعيار انه تحكمي، لهذا ظهر المعيار الاقتصادي وذلك لتحديد مفهوم الطرف في العقود التي تبرمها الهيئات والمؤسسات العامة مع الأشخاص الأجنبية.

ثانيا: المعيار الاقتصادي

يستند هذا المعيار على تحديد مفهوم الطرف في العقد على الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تمارسها الدولة من جراء العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات التابعة لها.[4]

---

[1] اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

[2] شيرزاد حميد هروي، منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص32.

[3] بشار مُحَّد أسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص17.

[4] أحمد المصطفى مُحَّد صالح الصادق، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار(دراسة المقارنة)،لنيل درجة دكتوراه، القانون الخاص، قسم القانون، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة شندي ،سنة2012، ص 122.

لابد من الإشارة بان اختصاص CIRDI لا يمتد إلى النزعات التي تثور بين الدولة والمستثمر فحسب وحتى الهيئات العامة والى الأجهزة التابعة للدولة و التي تفرضها هذه الأخيرة أمام المركز، إلا انه حتى تتمكن هذه الهيئات العامة آو الأجهزة إدراج شرط التحكيم يحيل إلى المركز الدولي كل نزاعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI يتطلب موافقة الدولة على ذلك [1].

مما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 25 "***موافقة المؤسسات العامة و الأجهزة التابعة للدول المتعاقدة، لا تكتمل إلا بعد إقرارها من تلك الدولة فيما عدا لو وضعت الدولة المذكورة للمركز إن مثل هذا الإقرار غير ضروري***[2]"

ومن ملاحظ أن المركز (ICSSID) الهيئة الوحيدة والمختصة في تحكيم عقود الدولة مع المستثمرين الأجانب ، فان ذلك لا يمنع من أن يقوم الأطراف في منازعات الاستثمار بالاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم تحت مظلة احد المراكز التحكمية الأخرى.[3]

إذن الهيئات والمؤسسات العامة ذات الشخصية القانونية، طالما إنها تسهر على تطبيق وتنفيذ السياسة العامة والاقتصادية فهي في حالة تبعية بالنسبة للدولة مادام تمارس عليها سلطة الرقابة ولإشراف.

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص85.

[2] اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص.102.

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي كالطرف الثاني

يعد المستثمر الأجنبي كالطرف ثاني في عقد لاستثمار بعد الدولة كالطرف الأول آو احدي الهيئات التابعة لها، وهو الذي لا يحمل جنسيتها طبقا للأحكام قانون الجنسية الوطنية [1] إذن يعرف الشخص الأجنبي على انه "هو الشخص الطبيعي آو المعنوي الذي يستثمر أمواله في الإقليم براش المال لفرض إقامة مشروع استثماري[2]"

إذن يظهر هذا الطرف الثاني إما شخصا طبيعيا ***(أولا)*** آو شخصا اعتباريا ***(ثانيا)***

أولا: المستثمر الأجنبي الطبيعي

يعد الشخص الطبيعي هو ذلك الشخص الذي يتمتع بالشخصية القانونية منذ ولادته [3]، مما يكتسب الحقوق ويتحمل التزامات وبتالي عندما يتعاقد مع الدولة لا يؤثر على طبيعة عقود الاستثمار خلاصة إذا كان محل العقد ومضمونه متعلقين بالتنمية الاقتصادية[4].في الدولة المضيفة الاستثمار .

ونجد المعيار الجنسية هو الذي يميز المستثمر الأجنبي الطبيعي، باعتبارها إنها الرابطة القانونية والسياسية التي ينتمي شخص بمقتضاها لدولة معينة [5].

نصت المادة 2/25 من اتفاقية سالفة الذكر، على ما يلي "يقصد بعبارة احد رعايا الدول المتعاقدة الأخرى ما يأتي :-كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى بخلاف الدولة الطرف في النزاع[6]"

---

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص،91

[2] هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي ، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية ،مصر،2015، ص 20.

[3] شيرزاد حميد هروي،المرجع السابق، ص 35.

[4] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص98.

[5] بشار محمد لأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، المرجع السابق،ص33 .

[6] اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمار بين الدول، مرجع السابق.

إذن حددت هذه الاتفاقية الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي حتى ينعقد اختصاص المركز، والمتمثلة في شرطين أساسين هما:[1]

1 – أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق آو التحكيم، وكذلك أيضا في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق و التحكيم.

2 – إلا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي يوم اتخاذ الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك يوم تسجيل الطلب. طبقا للمادة 28 فقرة 3 على أن هذه العبارة لا تشمل أي شخص كان يحمل في أي من التاريخين جنسية الدولة الطرف في النزاع.

ثانيا: المستثمر الأجنبي الاعتباري

تعرف الشخصية الاعتبارية بأنها "مجموعة من الأوائل تستهدف تحقيق غرض مشترك، أو مجموعة من الأموال تخصص لهدف معين[2]"

وينقسم الأشخاص الاعتبارية إلى نوعين[3]:

أ–أشخاص اعتبارية عامة تخضع للأحكام القانون العام

ب–أشخاص اعتبارية خاصة تخضع الأحكام القانون الخاص

[1] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب، المرجع السابق، ص، 97

[2] شيرزاد حميد هروي، المرجع السابق ،ص، 36

[3] ناصر لباد ،الأساسي في القانون الإداري ،ط01،دار المجلد، سطيف، الجزائر، د،س،ن، ص، 49.

وعليه الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في العقد الاستثمار وقد يتخذ عدة صور هي كالأتي[1]:

- الشكل الشركة الأجنبية سواء خاصة أو عامة، التي تتعاقد معها الدولة لتحقيق تنميتها الاقتصادية، والتي تقوم على أساس مصدر رأس مال.
- شركة متعددة الجنسية، تقوم بممارسة نشاطها حتى خارج إقليم الدولة المتواجدة فيها (الدولة الأم)، والتي تقوم بإنشاء الشركة (التابعة)في دولة أخرى.تكون خاضعة لها وفي نفس الوقت لها استقلالية، حيث إنها الشركة التي تصل مبتغاتها الخارجية أو عدد العاملين في الخارج أو الاستثمار في الدول الأجنبي حوالي 25بالمئة من إجمالي المبيعات آو العاملين أو الاستثمار[2].
- إما في الشكل مشروعات والتي يساهم في تكونها أكثر من دولة من اجل نشاط اقتصادي تكون له فوائد على الشركاء و تكون طويلة الآجل.

- لذلك ظهرت معايير بواسطتها اعتبار الشخص الاعتباري شخصا أجنبيا بالنسبة للدولة المضيفة الاستثمار من اجل تحديد جنسية الشركات وتشمل هذه المعايير في مايلي:

1-معيار التأسيس:

مفاده هذا المعيار آن تحدد جنسية الشركة وفق لجنسية الدول التي تأسست بمقتضى قوانينها، باعتبار هذه القوانين هي التي تمنح الشخص الاعتباري الشخصية القانونية.

2-معيار جنسية الأعضاء أو شركاء:

تحدد جنسية الشخص الاعتباري على أساس جنسية الأعضاء المكونين له، وفي حالة اختلاف جنسيتهم تكون جنسية الشخص الاعتباري هي جنسية اغلبهم[3]

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص،ص 102.103.

[2] عبد السلام أبو قحب ، إدارة الأعمال الدولية، الدار الجامعة، الإسكندرية ،2005، ص،132

[3] احمد المصطفى محمد، المرجع السابق، ص 131.

3 –***معيار مركز الاستغلال:***

حسب هذا المعيار فان الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدول التي تتمركز فيها نشاطها وهو مكان الذي تتجمع فيه مصالحها، مثلا وجد الشخص الاعتباري في الجزائر، فانه من الطبيعي أن يتحصل على جنسية الجزائرية.

4–***معيار مركز الإدارة الرئيسي :***

يقصد بذلك أن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي تتواجد فيها مركز إدارته الرئيسي، مكان الذي توجد به أجهزة الشركة المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره كمجلس والإدارة المالية، والأجهزة الإدارية والفنية....[1]

لابد الإشارة إلى نص م. 50.ق.م.ج. على انه "***...موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته***[2] "

ونجد اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للاسمنت ACC الكائن مقرها بالجزائر العاصمة[3].

5–معيار الرقابة أو السيطرة:

ويقصد أن الشركة آو الشخص الاعتباري يعتبر اجنني متى كان ليخضع لرقابة آو السيطرة أجنبية بغض النظر عن مركز الإدارة، آو محل التأسيس النشاط وتكون هذه السيطرة من الأموال المستثمرة أو من حيث جنسية القائمين على الإدارة.[4]

[1] أحمد المصطفى مُحَّد، المرجع السابق ،ص، 131

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني المعدل ومتتم ، المرجع السابق .

[3] اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى .

[4] هفال صديق اسماعيل ،المرجع السابق ، ص، 28

نصت المادة 25-02 من اتفاقية واشنطن السالفة الذكر " ***كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى بخلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة في النزاع في ذات التاريخ ،يتفق على اعتباره احد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من المصالح الأجنبية*** [1]"

نجد الاتفاقية الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا بغرض تشجيع الاستثمارات الثنائية، وبرز موقف المشرع الجزائري باتخاذه لمعيار الرقابة في نص المادة 1-3 من هذه الاتفاقية حيث نص على انه "***عبارة الشركات تشير إلى كل شخص معنوي مشكل على إقليم احد الطرفين المتعاقدين طبقا لتشريع هذا الأخير، وله مباشرة غير مباشرة من طرف مواطني احد الطرفين المتعاقدين آو من طرف أشخاص معنوية لها مقرها الاجتماعي على إقليم احد الطرفين المتعاقدين او طيقا لتشريع هذا الأخير*** [2]."

الفرع الثالث: موضوع عقد الاستثمار

هدف موضوع عقد الاستثمار هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة ، لذلك لجأت هذه الدول إلى تشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية وذلك عن طريق انتقال رؤوس الأموال، الواردة إليهما من خارج خاصة الدول النامية .

---

[1] اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات بالاستثمار بين الدول .....،.المرجع السابق.

[2] اتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية لفرنسية، بشان التشجيع والحماية المتبادلة فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، لموقع الجزائر في 13فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي، رقم 94-01 ،مؤرخ في 02جانفي 1994،ج.ر.ج.ج،عدد 01،صادر في 02جانفي 1999'.

ونجد أنواع الاستثمار، يتضمن عديدة من العمليات المختلفة وتختلف باختلاف المعيار الذي يستخدم في تصنيفها، فنجده ينقسم من حيث الأمد إلى:[1]

أ–الاستثمار قصير الأجل ذي المدة التي تقل عن سنة .

ب–الاستثمار المتوسط الأجل وهو من سنة إلى خمس سنوات.

ج–الاستثمار طويل الأجل الذي يفوق عن خمس السنوات .

–وأيضا من حيث القائم عليه فيقسمها إلى استثمار عام و خاص.

إذن تتخذ الاستثمارات الأجنبية أشكالا قانونية مختلفة بسبب طبيعة عملها و حجمها ومن أهم تقسيمات التي شغلت بال الاقتصاديين و القانونين وهو تقسيمه إلى استثمار مباشر و غير المباشر كما يأتي .

أولا: الاستثمار أجنبي المباشر

يقصد به "تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء كانت الملكية كاملة أما كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني، بما يكفل السيطرة على إرادة المشروع ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فردا آو شركة الأجنبية آو فرعا الإحدى الشركات الأجنبية آو مؤسسة خاصة [2]

نجد تقرير منظمة التجارة والتنمية للأمم المتحدة (UNCTAD) بأنه ذلك النوع من الاستثمار الذي ينطوي على علاقة طويلة الأمد تعكس مصالح دائمة ومقدرة على التحكيم الإداري بين شركة في البلد الأم (البلد المستثمر) وشركة آو وحدة إنتاجية في بلد آخر وهو (البلد المضيف).[3]

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص32.

[2] فؤاد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص85.

[3] لبيك شوقي، مرجع السابق، ص21. وباسم حمادي الحسين، الاستثمار أجنبي المباشر، عقود التراخيص النفطية وأثرها في تنمية الاقتصاد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان،2014، ص17.

ويعرف الصندوق النقد الدولي (FMI)،بأنه "تلك الاستثمارات المخصصة لهدف اكتسابه فائدة دائمة في مؤسسة تمارس نشاطها داخل تراب دولة أخرى، ويكون هدف هذا الأخير هو امتلاك سلطة قرار فعلية في تسيير المؤسسة، فان الوحدات المشاركة وغير المقيمة والتي تخصص استثمارات فهي مسماة استثمارات أجنبية مباشرة [1]"

إذن الاستثمار الأجنبي المباشر يتم ممارسة خارج موطنه، من اجل تحقيق جملة من الأهداف الاقتصادية والمالية ....، وذلك عن طريق مشروعات المشتركة أو من خلال فروع للشركات المتعددة الجنسيات .

–إقامة المشروعات المشتركة

المشروع المشترك ينشا بين الحكومة آو مستثمر محلي من جهة، ومستثمر أجنبي آو أكثر من جهة أخرى،ظ ومن ثم يقوم الطرفان بموجبه الاشتراك في تمويل المشروع المقام في إقليم الطرف الأول آو يستغل الطرف الأول في ملكية المشروع ويتولى الطرف الثاني خدمات الإدارة والتوزيع وما شابه ذلك[2].

يكون هذا المشروع الدولي العام الذي يتم بموجبه الاتفاق بين الأطراف المشتركة فقد يأخذ هذا المشروع إما :[3]

- ✓ شكل شركة الوطنية ذات نظام دولي (أي الشركة تأخذ جنسية إحدى الدول ..)
- ✓ شبه الدولي

- إذن المشروعات المشتركة يعتبر الشكل الأمثل بالنسبة للدولة المضيفة الاستثمار،وذلك من اجل تكريس الرقابة فعلية على المشاريع الاستثمارية الأجنبية المنجزة على إقليمها،

[1] باسم حمادي حسين، المرجع السابق ، ص،18

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، 96.

[3] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص، 87.

2-الشركات المتعددة الجنسيات .

إن انتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة للاستثمار قد يتم بواسطة شركة المتعددة الجنسيات في إطار وإستراتجية إنتاجية عالمية موحدة تحت شعار تجنب الخسارة وزيادة الربح [1].

تعتبر شركات متعددة الجنسيات شركات تتمتع بقدرات مالية ضخمة وقاعدة تكنولوجيا جد متطورة ومراكز لبحث والتطوير في مختلف المجالات خاصة مجال الإدارة والتسيير واتخاذ القرارات اقتصادية لذلك ترتبط بالاستثمار الأجنبي المباشر.

ثانيا : الاستثمار الأجنبي غير المباشر

الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو الشكل الثاني من أشكال الاستثمار الأجنبي ،ويقتصر دور المستثمر الأجنبي على مجرد تقديم الرأس المال، (تكون صورة الأوراق المالية كالأسهم والسندات، أو قروض مقدمة من أفراد أو هيئات أجنبية) إلى الدولة المضيفة دون له الحق في إدارة المشروعات والرقابة عليه.

ولا تنقل على إثر هذا النوع من الاستثمارات المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة المرافقة لرأس المال، كما هو الحال في الاستثمار الأجنبي المباشر[2] .

كما تتميز الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة إنها تتجه نحو الأغراض الاستهلاكية والاتفاق بالعام بالميزانية، وفيه إمكانية الربح فيها اكبر على المدى القصير واقل على المدى الطويل، كما تتخذ الأشكال التالية [3]:

-عقود التراخيص -عقود التصنيع -عقود الإدارة -عقود آو الاتفاقيات الوكالة

-عقود التسوية -مشروعات أو عمليات تسليم المفتاح

-عقود تسليم المشروع مع الإنتاج .

---

[1] باسم حمادي الحسن، المرجع السابق، ص ص88-89.

[2] لبيك شوقي، المرجع السابق، ص 19.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص، 98.

ثالثا:أهمية الاستثمار الأجنبي:

تلعب الاستثمارات الأجنبية أهمية كبيرة في تحقيق الأهداف المرجوة منه وهي:[1]

- زياد ة الدخل القومي
- خلق فرص العمل
- دعم عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية
- زيادة الإنتاج ودعم الميزان التجاري والمدفوعات

وتأسيسا على ذلك آن الأهمية الاستثمارات الأجنبية لها دور فعالا في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة، وتحسين منظومة القانونية للدولة وذلك بتقديم الضمانات القانونية والدولية للطرف الثاني وذلك بواسطة اتفاقيات الدولية من اجل حماية الاستثمارات الأجنبية، وهنا هو المستفيد مع ضمانة عدم التراجع الدولة عن التزاماتها المقررة في المعاهدة [2]. وإذا تم عكس فإنها تقوم المسؤولية العقدية .

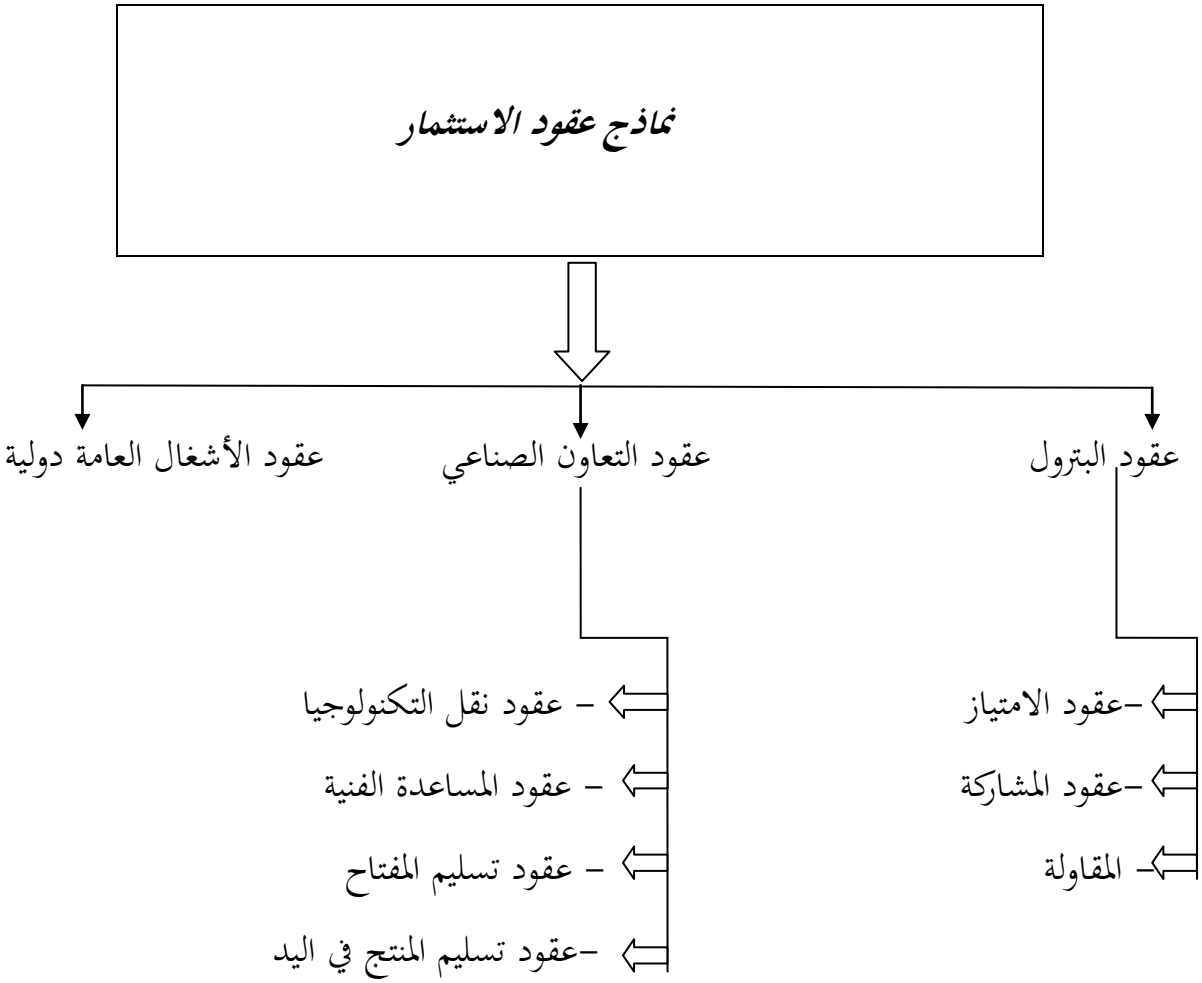
رابعا: نماذج العقود الاستثمار

إن لعقود الاستثمار نماذج وأصناف مختلفة، وتختلف باختلاف الخطط التنموية التي تتبعها الدول المضيفة الاستثمار إذ أن الخطط التنموية للدولة المضيفة هي التي تلعب الدور الكبير في تحديد نوع التعاقد الذي تبرمه الدولة المضيفة مع المستثمرين أصحاب رؤوس الأموال.

- ومن أهم هذه النماذج المختلفة لعقود الاستثمار والتي تعتبر أكثر هي عقود البترول وعقود التعاون الصناعي وعقود الأشغال العامة الدولي والتي سوف نعرضها وفق مخطط:

[1] حسن النمر، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية، ط 1، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر، 2017، ص10.

[2] هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1977، ص17.


نماذج عقود الاستثمار
عقود البترول
عقود التعاون الصناعي
عقود الأشغال العامة دولية
–عقود الامتياز
–عقود المشاركة
– المقاولة
– عقود نقل التكنولوجيا
– عقود المساعدة الفنية
– عقود تسليم المفتاح
–عقود تسليم المنتج في اليد

المبحث الثاني: التكييف القانوني لفيروس كورونا المستجد*Covide-19*

أدى فيروس كورونا إلى إضطربات في العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية الواقعة في مجال تطبيقه، مما أيضا اثر على تنفيذ العقود الدولية التي جعلت من تنفيذها مستحيلا آو صعبا آو يؤخر تنفيذها نظرا لطبيعة الإجراءات الوقائية التي أعلنتها الحكومة.

ويسري على العقود الدولية مبدأ عقد شريعة المتعاقدين فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية.[1] باعتبار إن الإرادة المشتركة للأطراف هي التي تنشأ ذاته[2]، تحدد مضمونه وتكسبه القوة الملزمة للعقد كأثر نسبي يستوجب التنفيذ.[3]

ومن البديهي، إن جائحة كورونا اثرت على موضوع عقد الاستثمار مما أدى إلى تغيير ظروف تنفيذ العقد، باعتباره وباء غير متوقع مما يتم تكييفه بنظرية القوة القاهرة ***(المطلب الأول)***، آم يؤدي إلى الصعوبة والإرهاق في تنفيذ التزاماته، الأمر الذي يطرح مسألة إمكانية تطبيق نظرية ظروف طارئة ***(المطلب الثاني)*** .

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول، ط03، ديوان المطبوعات الجماعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص248 .

[2] محمد صبري السعدي، شرح قانون المدني الجزائر، النظرية العامة للالتزام،(مصادر الالتزام، التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة)، ج1، ط2، دار الهدى،ا لجزائر،2004، ص47.

[3] قدري عبد الفتاح الشهاوي، أثار الالتزام، (نتائجه ،وتوابعه في التشريع المصري المقارن)، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص11.

المطلب الأول: التكييف القانوني للوباء كورونا المستجد بنظرية القوة القاهرة

إن التكييف تغير الظروف المحيطة بالعقد الاستثمار في ظل تفشي فيروس كورونا، نتيجة الإجراءات الاحترازية إلى قيام حالة القوة القاهرة باعتبارها إنها سمة القوة والقهر وتجعل التنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلة .

ونجد القوة القاهرة يرجع أصلها إلى القانون الروماني [1]، مما جري بنا التطرق إلى تعريفها ***(الفرع الأول)*** ومتطلبات قيامها في ظل الوباء فيروس كورونا –كوفيد-19،***(الفرع الثاني)*** .

الفرع الأول:تعريف القوة القاهرة

لا تتخذ القوة القاهرة في عقود الدولية مفهوما واحد، واختلفت معظم التشريعات إلى تعريفها باعتبارها من المصطلحات المهمة جدا في العقود خاصة ذات النطاق الواسع، مما كانت معظم تعارفها كالآتي:

أولا : التعريف الشريعي للقوة القاهرة

نجد المشرع الجزائري لم يعرفها، وإنما تم إشارة إليها كالسبب الأجنبي معفى من المسؤولية وذلك استنتاج من المواد(176 ق-م و 139 ق-م) كما جاء به في المادة 127-ق-م[2]، لكنه عرفها في المادة 5 فقرة 19 من القانون - 05-07 المتعلق بالمحروقات حيث نصت" ***القوة القاهرة، كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا غير ممكن"*** [3]

---

[1] شريف مُحَمَّد غانم، أثر الظروف في عقود التجارة الدولية، ط1، مطبعة الفجر الوطنية، دبي، الإمارات، 2010، ص18.

[2] راجع المادة 127 من قانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3] أنظر للقانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أفريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج، ر، العدد 50، الصادر بتاريخ جويلية 2005.

ثانيا: التعريف الفقهي

حيث كان التعريف التقليدي للقوة قاهرة على أنها" **حدث يقع بعد إبرامه للعقد، وأثناء تنفيذه يتصف بأنه حدث غير متوقع وغير ممكن ومستقل عن الإرادة المتعاقدين ويؤدي إلى الاستحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات والنتيجة المنطقية التي يرتبها... هي انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين تبعا لذلك.**" [1]

وأيضا عرفها عبد الرزاق السنهوري على أنها " ***أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هناك الخطأ في جانب المدين***". [2]

–وأيضا عرفها الفقيه الفرنسي دموك على أنها " ***فكرة القوة القاهرة... وكما تستفد من القضاء الفرنسي، جد بسيطة فهي تعرف باستحالة التنفيذ الناتجة عن واقعة غير متوقعة الحدوث، لا يساهم فيها الخطأ من المدين***"[3] .

ثالثا: التعريف القوة القاهرة حسب الهيئات الدولية

نجد اتفاقية فينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي في المادة 79 والتي تنصت على ما يلي " ***لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذ أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت الانعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه***"[4]

❀ نلاحظ من هذه المادة ذكرها مصطلح عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادة الأطراف مما يستنشف على أنها قوة القاهرة أو حادث فجائي أو الظروف الطارئة.

---

[1] شريف مُحَمَّد غانم، المرجع السابق، ص18.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقي ، بيروت، لبنان، 1998، ص963.

[3] مُحَمَّد الكبشور، المرجع السابق، ص25.

[4] اتفاقية الأمم المتحدة، عقود البيع الدولي للبضائع، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، 2011، ص24.

وأيضا في المادة 7-1-1 بعنوان القوة القاهرة والتي نصت" ***يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذ أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه وكان من عير المعقول أن يدخله في حساباه عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه"***[1]

❁خصوصية القوة القاهرة في عقود الاستثمار

على المستوى العملي والدراسات الفقهية، قد أثبتت أن القوة القاهرة في عقود الاستثمار دولية تختلف من حيث مفهومها عن القوة القاهرة حسب القواعد العامة، وذلك راجع لكون أن لأطرافه لا يجدون في الغالب إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة بل يفضلون خلق مفهوم جديد بشكل يتلاءم مع مقتضيات وطبيعة هذا العقد من أجل حفاظ على الرابطة العقدية فيما بينهم لذلك يعتمدون إلى وضع :

☜شرط القوة القاهرة في عقد الاستثمار الدولي

يعتمد الإطراف إلى وضع هذا شرط في عقدهم بهدف التمكن من مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها وتأثيرها على العقد، حتى ولو لم يكن بالإمكان توقعها .[2]

نظرا لأهمية هذه عقود التي تنطوي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، كلا للطرفين للمستثمر الأجنبي، الدولة، وذلك من اجل إشباع الحاجات ذات النفع العام.

وبالتالي إن استحالة تنفيذ العقد، وعدم تداركه يؤدي إلى إضرار بالمصلحة العامة لكل مشروعات المتعاقدة

---

[1] مبادئ المعهد الدولي للتوحيد القانون الخاص، ص211.

[2] عطارد نسيمة، "***جائحة كورونا بين القوة القاهرة وظروف طارئة في عقود التجارة الدولية"***، مداخلة، المؤتمر الدولي، "***جائحة كورونا كوفيد – 19 بين حتمية الواقع والتطلعات"*** ، الجزء الأول، بواسطة تقنية زوم ، المركز الديمقراطي العربي، برلين ،ألمانيا، بالتعاون مع المركز الجامعي مغنية، الجزائر، يوم 15و16 جويلية 2020، ص،387

❀ الغاية من إدراج هذا شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار تتمثل في:[1]

- ✓ تحديد المقصود منها
- ✓ تحديد القانون الواجب التطبيق، والذي يكون العقد نفسه بحسب اتفق إليه الإطراف العقد
- ✓ تحديد الحوادث التي تعتبر من قبيل القوة القاهرة.[2]

الفرع الثاني: متطلبات قيام القوة القاهرة في ظل تفشي فيروس كورونا _COvide19

بتطلب اعتبار الأوضاع المترتبة عن وباء كورونا إنها قوة قاهرة بالمفهوم القانوني ضرورة تواجد أمام الاستحالة المطلقة لتنفيذ التزامات العقدية (***أولا)***، فضلا عند ذلك استفاء الشروط المطلوبة لقيامها، ومدى تطابقها مع هذا الوباء المستجد ***(ثانيا)***، مع وضعها ظرفي ***(ثالثا)***.

أولا: الاستحالة المطلقة اثر مميز للقوة القاهرة

ويقصد على أنها "تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، بغير الخطأ من المدين الذي يتمسك بها [3]"، باعتبارها خاصية مميزة للقوة القاهرة لكن عندما تتوافر فيها الشروط معينة تتناسب مع كوفيد – 19 وهي :

1-شروط الاستحالة المطلقة :

[1] عطارد نسيمة ، المرجع السابق، ص 388.

[2] نموذج العقد ،تضعه غرفة التجارة الدولية غلى تعداد طويل يستغرق عدد الصفحات للحوادث ما يعتبر من القوة القاهرة ومن لا يعتبر من القوة القاهرة ، المرجع نفسه. 389.

[3] مُحَمَّد الكبشور ، المرجع السابق، ص 67.

أ –يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة: بمعنى أن لا تكون لدي المدين آو أي شخص غيره أي قدرة آو وسيلة مشروعة يستطيع بها أن يدفع آو يتجنب وقوع الحدث، وضرورة توافرها آمر يتفق عليه الفقه والقضاء[1]وهما تجمع فيها خاصيتين:[2]

- عدم الإمكان التوقع
- استحالة تنفيذ

ب – السبب الأجنبي: حتى ينقضي الالتزام بالوفاء يجب أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لابد للمدين فيها، وهو أربعة حالات هي (القوة القاهرة، حادث الفجائي، خطأ مضرور، خطا الغير.[3]) والأثر مترتب عليه كسبب الإعفاء المدين من التزامه متى ثبت توافره.

☜ الاستحالة محل الدراسة تكون أثناء تنفيذ العقد، إن عندما تكون قبل إبرام العقد يؤدي إلى عدم إبرام أساسا.

2-وضع الاستحالة المطلقة للتنفيذ في ظل الأوضاع المترتبة عن وباء كورونا :

تشكل الأوضاع المترتبة عن وباء كورونا استحالة مادية باعتبارها بسبب الأجنبي نتجت من تلك الإجراءات الحظر والتدابير المنع التي تتخذها الدولة للوقاية من تفشي هذا الوباء مما تؤدي بدورها إلى اختلال التوازن المالي للعقد والمعاملات التعاقدية، لذلك تعتبر هذه قرارات من عمل الأمير غير ممكن الدفع، الذي يدخل في حالات القوة القاهرة بشرط إثبات الصلة بين الحدث واستحالة التنفيذ[4].

---

[1] شريف مُحَمَّد غانم، المرجع السابق، ص 97.

[2] أنور سلطان، مصادر الالتزام في قانون المدني الأردني، ط01، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص، 338.

[3] راجع للمادة 127، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4] حصايم سميرة، " ***الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقود التجارة الدولية***"، مجلة الأبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، سبتمبر، 2020، ص، 14.

☜ يشكل عمل الأمير حالة قوة القاهرة، إذا أدى إلى استحالة المطلقة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية وما يتطابق مع الإجراءات الحظر و التدابير المنع التي اتخذتها الدول التي تمس موضوع و الأهداف العقد، مما اتجه الفقه إلى القبول بوجود مبدأ عام معترف به قضائيا وتحكميا، يقر بان فغل الأمير الأجنبي يترتب عليه نفي مسؤولية المدين[1].

- إذن إذا كانت الاستحالة نهائية (مطلقة) يترتب عليها ⟸ الفسخ
- إما إذا كانت الاستحالة المؤقتة يترتب عليها ⟸ الوقف التنفيذ

❋لكن الأصل اعتبارها الاستحالة المؤقتة، ويوقف تنفيذ العقد فترة وجود العائق إلا إذا ظهر أن التنفيذ بعد زوال العائق أصبح غبر مجد، لتتحول من مؤقتة إلى نهائية يفسخ بها العقد.[2]

ثانيا : استفاء شروط القوة القاهرة بالمفهوم القانوني و تطابقها مع كوفيد 19 :

يتطلب تحقيق القوة القاهرة توافر ثلاث شروط ترتبط أساسيا بالظروف أو الحدث وهي:

–عدم إمكانية توقع الحدث : يعني عدم القدرة المعقولة للأطراف توقع منه فكل من يخرج من إرادتهم، تم ذلك فكل ما يخرج عنه هو غير ممكن التوقع ويعفى من المسؤولية[3].

–وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الشرط في قرارها الصادر بتاريخ 02نوفمبر 2002 الذي جاء فيه " ما يميز القوة القاهرة هو عدم على التوقع وعدم القدرة على المقاومة، والتي يجب أن يخضع تقيم حدوثها من تاريخ إبرام العقد[4]"

[1] حصايم سمير، " الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد لتنفيذ عقود التجارة الدولية "، ص،14.

[2] شريف مُحَمَّد غانم، المرجع السابق ، ص310.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 878.

[4] Cass. Civ, 06 novembre 2002, Ste Clio ***"voyages culturels"*** clt= gouris-Dat n016211 et 1ere civ, 30 octobre 2008 n 697 mars 2009

❁ وعليه، أن الوباء كورونا لم يكن بالإمكان توقعه نهائيا نظرا انتشاره بصورة سريعة عجزت مختلف دول العالم عن التصدي له لذلك يعتبر شرط عدم التوقع في هذه الجائحة متوفرا.

–شرط عدم إمكانية الدفع : يعتبر شرطا لقيام القوة القاهرة، لذلك فعلى المدين إثبات مسالتين أولهما

–عدم قدرته على الدفع هذا الطرف أثناء حدوثه.

–إثبات عدم إمكانية منح النتائج المترتبة بعد حوادث الظرف المشكل لهذه القوة .و بيان الطابع القهري للحادث الذي يجعل منه عاجزا عن تنفيذ التزامه.[1]

❁ للحديث عن إمكانية تحقق شرط استحال الدفع في فيروس كورونا المستجد نقدم بعض الإحصائيات التي بينت استحالة دفع فيروس كوفيد – 19، حول العالم خاصة أشهر (ماي، جوان، من سنة 2020)، فبلغ عدد الإصابات في العالم ي 9 .435.392 أما عدد الوفيات481.966 والتي تصدرتها كل من الصين و ولايات المتحدة الأمريكية [2] .

❁ نجد هذه الأرقام تسببت الهلع واستحالة في مختلف مجالات، مما لأدى إلى وضع الإجراءات الاحترازية لمنع من انتشار هذا الوباء على غرار الدولة الجزائرية التي قامت غلق وتعليق جميع رحلات (البرية، الجوية، البحرية)كما جاء في المرسوم الذي يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار فيروس كورونا ومكافحته

[1] حصايم سميرة ،***"الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد لتنفيذ عقود التجارة الدولية"***، المرجع السابق، ص16.

[2] إحصائيات عن موقع الصحة العالمية تم الاطلاع عليه بتاريخ في20 ماي 2021.

-استقلال الحدث عن إرادة المدين: يقصد به أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المدين، فلا يتسبب في حدوثه ولا يسبقه أو يقترن به خطا المدين، ولا ينجم جراء إهماله وتقصيره أي هو انتفاء العلاقة السببية بين الحادث وفعل المدين.[1]

☜ أي لا يمكن إسناد هذا الحادث ولا بأي شكل من لأشكال إلى فعل المدين تحت أي ظرف سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

وخاصية خارجية الحدث، تمت الإشارة إليها نص المادة 176 من القانون المدني بصفة غير مباشرة «...***ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه***[2]"

❀ إذن فيروس كورونا من الجوائح التي قيدت تنفيذ عقود، والتي لا يمكن توقعها ولا التغلب عليها ولا دفعها، ولا يد المدين فيها فإنه يمكن بوصفها بالقوة القاهرة[3].

إذا كانت القاعدة العامة هي أنه لا يعذر احد بجهله للقانون، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها وإنما يرد عليها استثناء وحيد باعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة تصلح كعذر الاحتجاج بجهل القانون، نتيجة نظام العزل الصحي [4]، كون انتقال المرض إليه كان دون علمه ولا يمكن دفعه.

---

[1] أوليدي موسى، قادري عبد الرزاق، اثر القوة القاهرة في العقود الدولية، لنيل شهادة ماستر أكاديمي، غير منشورة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017-2018، ص 21.

[2] أنظر للمادة 176، من القانون المدني جزائري، المرجع السابق.

[3] علي السرطاوي. " ***اثر جائحة كورونا على العقود بمختلف أنواعه***"، *مداخلة*، ضمن متطلبات ندو البركة الأربعون الاقتصاد الإسلامي (وضع الجوائح والقوة القاهرة)، المنعقد في 09-10 مايو 2020، من طرف اقرأ الإنماء و التشغيل، المملكة العربية السعودية، ص 05.

تم الإطلاع عليها يوم 10 أبريل 2020الموقع ...w.w.w. Al baraka. Orge

[4] بن زيد فتحي " ***جائحة كورونا كقوة القاهرة للتمسك بمبدأ جواز العذر بجهل القانون***" ، حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، المجلد رابع وثلاثون، عدد الخاص(القانون وجائحة كوفيد 19، ص.188-205)، جويلية 2020، ص، ص 198-199 .

❁ وعليه، أن الوباء كورونا بحد ذاته لا يشكل قوة قاهرة، إلا أن خصوصيات الوباء والتدابير التي تتخذها الدولة تمثلت في القرارات الإدارية والمراسيم التنظيمية الملزمة التي اتخذتها تدريجيا لمنع من انتشاره التي لم يسبق لها مثيل والبعيدة المدى يبدو من ممكن وصف الحالة بالقوة القاهرة .

ثالثا: وضع الاستحالة الظرفية لتنفيذ في ظل الوباء كورونا المستجد.

تشكل الاستحالة القانونية في بعض الحالات ظرفية مؤقتة، بمعنى يكون مانع التنفيذ قابل لزوال بعد فترة من الوقت الكافية لتنفيذ، فإذا كانت المدة الزمنية ليست محل اعتبار في العقد فعن المدين في هذه الحالة يقع على عاتقه الوفاء بالتزامه بمجرد زوال الحدث آو العائق التنفيذ [1]. وإذا كانت المدة غير الكافية لتنفيذ العقد بعد زوال الحدث مما تتحقق الاستحالة النهائية.

نجد فكرة وقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة لحين زوال الظرف ترجع إلى القضاء الفرنسي التي لا تجد سندا في نصوص القانونية.[2]

أما القانون المدني الجزائري لاينص على الأخذ بالوقف في حالة الاستحالة المؤقتة للتنفيذ و اختصر فقط على النص أثر القوة القاهرة النهائية.

وهنا السؤال الذي يطرح نفسه إمكانية الوقف العقد الاستثمار لحين زوال الوباء كورونا؟ باعتبار إن الاستحالة المؤقتة يترتب عليها إعادة التوازن العقدي حين زوال المانع، من اجل تحقيق أهدافهم المرجوة.

[1]Busgean Pa, ***"Coronavirus force majeure et imprévision"*** le monde du droit=le magazine des profession juridiques18, mars2020,
in http://www. le monde du droit. Fr consulte le 10 avril 2021 h14:15

[2] راجع للمادة 176 من ق.م,ج, السالف الذكر

المطلب الثاني: التكييف القانوني للوباء كورونا المستجد بالنظرية الظروف طارئة

إن عقود الاستثمار هي عقود تنفذ على فترات زمنية طويلة، وفي الغالب على مراحل و تمثل نماذجها في (عقود البترول، عقود إنشاء المصانع، عقود تسليم المفتاح....)فإن كلا من الطرفين عند التعاقد خاصة المستثمر فإنه يقومان بإجراء ودارسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمالات الربح أو الخسارة.[1]

قد يترتب عن وباء كورونا–كوفيد 19 صعوبة في تنفيذ الالتزامات العقدية آو الإرهاق دون استحالتها مما يؤدي إلى التوازن العقدي الالتزامات أطراف، مما تفرض تطبيق نظرية ظروف طارئة من اجل إعادة التوازن، لكن يبقى سؤال مطروح ما مدى تطابقها مع الوباء كورونا المستجد؟

ولهذا سنتناول مضمون نظرية ظروف طارئة ***(الفرع الأول)*** ، وتطابق شروطها مع كوفيد 19 ***(الفرع الثاني)***.

الفرع لأول : المقصود بنظرية ظروف طارئة

إن نظرية ظروف طارئة هي حالة استثنائية التي يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه لهذا ما سنتعرف التعريف القانوني والفقهي لها .

–أولا : التعريف القانوني :

عرف المشرع جزائري نظري الظروف الطارئة في النص المادة 107 فقرة 03 على أنها ***"غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهده بخسارة فادحة جاز للقاضي***

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص122

تبعا للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد معقول ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك". [1]

إذن هي حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة.

نجد أن مشرع لم ينص على أمثلة تطبيقية للحوادث الطارئة كما فعلت بعض القوانين الأوربية، كالتقنين الألماني والبولوني[2]،الذي ذكر أمثلة للحوادث الطارئة كالحروب والأوبئة ....

ونجد الوباء كوفيد 19 يندرج ضمن الحوادث التي تكون مصدرها الطبيعية، دون يتدخل الإنسان والتي تجعل تنفيذ الالتزامات مرهقة مما تهدد خسارة فادحة للأطراف .

لكنه وضع معايير موضوعية يستعين بها القاضي في تحديد ما إذا كان الظرف استثنائيا يوجب تطبيق النظرية أم لا، حيث أشارت م 107سالفة الذكر على كون الحادث استثنائي عام وغير متوقع وتوافرت فيه المواصفات تطبيق لهذه النظرية[3]

ثانيا: التعريف الفقهي

عرفها الفقه بأنها " *تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا لأنه لو صار مستحيلا انقض الالتزام والفسخ ولم يكن هناك مجالا لتعديله"* [4]

[1] القانون المدني الجزائري المعدل ومتمم، سالف الذكر.

[2] مُحَمَّد صبري السعدي، مرجع السابق، ص 12.

[3] مصطفى جمال وآخرون، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2003، ص 199.

[4] خميس صالح ناصر، عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، أطروحة للاستكمال درجة الماجستير، القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر،2017، ص39.

كما عرفها إسماعيل عمر " *حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية لم تكن في حساب المتعاقدين وقت ولم يكن في وسعها ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن تكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح تنفيذه مستحيلا*"[1]

وأيضا عرفها الأستاذ حشمت أبو ستيت بقوله" *هي كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع عند التعاقد ينجم عنه اختلال في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل أو آجال ويصبح تنفيذ المدين لإلزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف* "[2]

يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أن نظرية ظروف الطارئة تعالج نتيجة حادث لا يكون للمتعاقدين يد في هذا الوباء كوفيد 19 وهذا يجعل تنفيذ العقد مرهقا بأحد المتعاقدين إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة دون أن يبلغ درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.[3]

[1] مولاي زكريا، بن الزين مُحَمَّد الأمين، خدايم كزيم، " ***تأثير فيروس كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية***"، حوليات جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، مجلد 34، (العدد الخاص: القانون والجائحة الكوفيد 19، ص ص 332-353)، جويلية 2020، ص337.

[2] فداق عبد الله ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، غير منشورة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد باديس، مستغانم،2018/2017، ص16

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص515.

الفرع الثاني: شروط نظرية ظروف طارئة وتطابقها مع الوباء كورونا المستجد

يتطلب الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية، توافر مجموعة من الشروط تتناسب مع خصوصية العقد، الذي يتطلب تنفيذه عادة فترة زمنية طويلة، قد يكون خلالها عرضة لتغير ظروف المحيطة به بالأخص مع تزايد تدخل الدولة في هذا المجال سواء باعتبار طرفا متعاقدا أو تدخلها بقرارات تكون بسبب في هذه الظروف[1] مع انطباقها مع الوباء كورونا المستجد.

1-أن تطرأ الحوادث بين الفترة إبرام العقد وتنفيذه : يجب أن يقع الظرف الطارئ عقب إبرام العقد وقبل تنفيذه .

2-*أن تكون الظروف استثنائية عامة:* بمعنى أن تكون الظروف استثنائية نادرة الوقوع وتكون عامة ولا يمكن تكون خاصة بالمدين[2]:فأثر الظرف لا يقتصر على أطراف عقد دولي لامعين بالذات بل يشمل كل العلاقات الدولية التي تدخل في نفس النطاق.

نجد الوباء كوفيد 19 مس العديد من مجالات الاقتصادية والعلاقات التجارية بصفة عامة والتعاقدية بصفة خاصة، ولهذا يعد حدث إستنائيا عاما لا يتفق مع الحالات العادية ويتحقق هذا الوباء المنتشر بعد تنفيذ العقد ليصبح العائق أمام المتعاقدين.

3-*أن يكون الظرف غير متوقع ولا يمكنه دفعه:* نجد كل عقد الدولي يحمل في طياته عنصر المجازفة وبالتالي عليه أن يتحمل نتائج مترتبة عن حادث غير متوقع ولا يمكن دفعه، وهو شرط جوهري

[1] حصايم سميرة ،أثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه،تخصص قانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تبزي وزو،2019ص، 205

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر، ط03،الساحة المركزية،بن عكنون، الجزائر، 1998،ص99.

لتطبيق هذه النظرية ، وإذا كان متوقعا فلا يمكن تطبيقها بحيث يكون غير معلوم إن حدوث هذه الواقعة آو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة في تنفيذ العقد إلي الحد الإرهاق[1].

لكن القضاء الجزائري يرى أن شرط عدم التوقع يغني عن كونه استثنائيا، لأن حادث استثنائي قد يكون متوقعا. أما الحادث غير المتوقع لابد أن يكون استثنائيا وبالتالي لا جدوى من اتخاذه كشرط لتطبيق نظرية الظروف طارئة[2].

ومن زاوية الأخرى نجد فيروس كورونا كوفيد 19،حادث استثنائي غير المتوقع ولا يمكنه الدفع حيث ظهر الأول مرة في "ووهان" بالصين ثم بعد ذلك انتشر في العالم حيث كان له تأثير سلبي على العقود المبرمة قبل تفشيه . لهذا صعب تنفيذ الالتزام وتم تأخيره إلى انتهاء من هذا الوباء.

4-أن يجعل الظرف تنفيذ الالتزام مرهقا لامستحيلا: بمعنى يترتب على الحادث الطارئ جعل تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا نتيجة حادثة استثنائية عامة لا يكن توقعها يهدد بخسارة فادحة تتجاوز خسارة المألوفة[3]، ولقد نصت المادة 107 فقرة 03 من ق.م.ج.على الإرهاق وذلك بقولها " ***صار مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة***" وذلك خسارة فادحة غير متوقعة بالنسبة للمدين.

5-*أن يكون الظرف أجنبيا عن المدين* : يجب أن يكون الحدث الذي أدى إلى قلب اقتصاديات العقد مستقلا أو خارجا عن الإرادة المدين ولا ينسب إليه، وعليه فعلى المدين الذي يتمسك بتطبيق نظرية ألا يكون الحادث لا بفعله ولا بخطئه .

---

[1] فليلي بنعمر،" ***فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظرف الطارئة*** "، مداخلة، المؤتمر الدولي،الجزء الثاني، المرجع السابق، ص222.

[2] لقرار الصادر،بتاريخ 10أكتوبر 1993،عدد ملف 99694، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994

[3] هبة محمد الديب، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية (دراسة تحليلة القانون المدني الفلسطيني)،مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين،2012، ص 143.

فيروس كورونا حادث استثنائي عام، وليس خاصا وهذا يتطابق مع نظرية ظروف طارئة و تفشيه من شأنه الزيادة في أعباء المدين و إرهاقه بإلحاق الخسارة الفادحة إذا ما نفذ التزاماته على النحو المتفق و التي لم يكن بمقدوره توقعها أثناء إبرام العقد.

- الآمر الذي تفرض معه مبادئ العدالة وإعادة النظر فيه حفاظا على التوازن العقدي لتطبيق هذه نظرية.[1]

[1] Bus, gêna pax al coronavirus force magrure et imprévision ..... op cit

خلاصة الفصل الأول

نجد عقود الاستثمار في ظل تفشي فيروس كورونا المستجد كانت كالتالي:

نجد شروط القوة القاهرة تتطابق مع جائحة كورونا، طالما أن أطراف العقد غير قادرين على تنفيذ الالتزام، وذلك راجع للأسباب التي إتخذتها الدولة من اجل منع تفشيه.

وفي المقابل هناك ظرف طارئ الذي يتطابق مع الجائحة حيث أصبحت الالتزامات التعاقدية مرهقة بالنسبة لأطراف العقد، ويبقى الالتزام قائما وغير مستحيلا ،بحيث يمكن للمتعاقد بوجود ظرف طارئ إن يطلب بموجبه من القضاء تعديل العقد حسب درجة الإرهاق الذي سبب هذا الظرف وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية.

وعليه أن جائحة كورونا المستجد يستدعي فرضيتين:

- ✓ الفرضية الأولى: أن جائحة كورونا تسبب في استحالة تنفيذ العقد كأن يصبح تنفيذه مستحيلا بسبب الإجراءات الاحترازية التي تمثلت في غلق الحدود من قبل السلطة المختصة لمنعه من تفشيها.
- ✓ الفرضية الثانية : أن فيروس كوفيد 19 يقوم مقام الظرف الطارئ متى أصبح من الصعب تنفيذ العقد، أي أصبح مرهقا ومعسرا دون أن يصل لدرجة استحالة.
  - إذن جائحة كورونا تستوعب كلا من نظريتين ،وهذا بحسب طبيعة الالتزام ومحل تنفيذه وهل أصبح هذا الالتزام صعب التنفيذ أم مستحيلا وهذا راجع في تقديره إلى محكمة الفصل .

الفصل الثاني

آثار فيروس

كورونا المستجد

على تنفيذ عقود الاستثمار

إن التكييف القانوني لفيروس كورونا، أدى إلي اضطرابات في العلاقات الدولية والتي أثرت على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية متمثلة في القوة القاهرة والظرف الطارئ باعتبارهما تهددان وجود العقد ومآله.

إذن بوجود هذه الجائحة فإنه يؤثر على تنفيذ العقد وتغير الظروف المحيطة به، مما يؤدي إلى الإخلال بقاعدة التوازن والمراكز القانونية للأطراف والصعوبات في التنفيذ.

ونجد عقود الاستثمار الدولية بأنها هي أيضا تكرس مبدأ سلطان الإرادة، والتي مفادها أن الأطراف لهم حرية التعاقدفي تضمين العقد وصياغة الشروط المنظمة نتيجة أثر الازدواجية للقوة القاهرة في هذا الصدد يؤدي إلي استمرار العلاقة التعاقدية بوجود مبدأ الحرية التعاقدية ***(المبحث الأول)***.

وقد لا تؤدي جائحة كورونا إلى استحالة تنفيذ العقد. إنما تؤدي إلى صعوبة إرهاق الطرف المدين، وبالتالي يختل التوازن العقدي ونتيجة ذلك هل إمكانية مراجعة عقد الاستثمار الدولي في نطاق نظرية الظروف الطارئة والمحافظة على العقد في ظل هذه الجائحة بسبب تغير الظروف المحيطة به ***(المبحث الثاني)***

المبحث الاول: تأثر تنفيذ عقود الاستثمار بالقوة القاهرة.

يتعرض عقد الاستثمار الدولي إلى مخاطر وصعوبات تجعل تنفيذه مستحيلا بفعل القوة القاهرة، مما تؤدي إلى إخلال بقاعدة التوازن الاقتصادي للعقد وبالمركز القانونية والمالية للأطراف.

ويترتب على استفاء شروط القوة القاهرة أثر طبيعي يتمثل في الانفساخ العقد وغياب مسؤولية المدين التعاقدية وانتفاءها[1]،و ما يعرف بالأثر الازدواجية في ظل الوباء فيروس كورونا المستجد ***(المطلب الأول)***

[1] شريف مُحَمَّد غانم، المرجع السابق، ص 55.

ولتوضيح ذلك فإذا كانت القواعد العامة تقضي بمسؤولية المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بالشكل المنصوص عليه في العقد فغن القوة القاهرة تعتبر استثناء عن هذه القاعد وذلك بغياب مسؤولية المتعاقد.

إلا إن طبيعة الالتزامات التعاقدي في ظل هذا الوباء قد تعرض استثناءات عن تطبيق المفهوم القانوني للقوة القاهرة بمعنى يمكن للإرادة الأطراف إمكانية التعامل معها وفق الشروط والبنود الاتفاقية ***(المطلب الثاني)***

المطلب لأول: الأثر لا زدواجي للقوة القاهرة:

ترتب حالة القوة القاهرة أثرين الهامين،أحدهما يمس الالتزام في ذاته فيتمتع تنفيذه (الفرع الأول) وثانيهما يمس المدين في ذمته المالية فيعدم مسؤوليته (الفرع الثاني) وهو الفرض الذي يتحقق في الحالات المترتبة عن الوباء فيروس كورونا كوفيد19 وذلك بمجرد توافر شروط القوة القاهرة .

الفرع الأول : الانفساخ العقد بسبب القوة القاهرة

ويقصد بالفسخ بالقوة القانون يعني انتهاء العقد دون الحاجة للاتفاق على الفسخ، ودون حاجة لحكم قضائي في الموضوع وإنما ينفسخ بقوة القانون في العقود الملزمة للجانبين ويحدث هذا عند استحالة الوفاء بالتزامات التعاقدية بالكامل كما هو الحالة استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة[1] . وعليه انحلال الرابطة العقدية بقوة القانون نتيجة استحالة تنفيذه لسبب اجتبي خارج عن الإرادة المتعاقدين.

انفساخ العقد بسبب حدوث القوة القاهرة مبدأ تعرفه كل تشريعات وإن اختلفت المصطلحات، ومن هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري حيث عالج الانفساخ بسب القوة القاهرة في المادة 121ق.م.ن."***في العقود الملزمة للجانبين إذا انقض التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحك القانون[2]"***

[1] بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة الالتزام، دار الخلدوني، الجزائر2012، ص، 144.

[2] القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم ، السالف الذكر.

نلاحظ من النص التشريعي، كلما حدثت القوة القاهرة كواقعة المادية قد تجعل تنفيذ مستحيلا(استحالة مطلقة).

أولا: شروط الانفساخ العقد

ينفسخ العقد بالقوة إذا كانت استحالة تنفيذه نهائية أو مطلقة بفعل القوة القاهرة، دون تدخل المتعاقدين خارج إرادتهم وحتى نكون أمام الانفساخ يجب توافر الشروط التالية:

أ-الاستحالة المطلقة (الموضوعية غير نسبية): يجب أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا، أي غير ممكن التنفيذ والاستحالة المقصودة هنا هي الموضوعية والمطلقة التي تتعلق بالالتزام في ذاته، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين[1] أما إذا كانت مؤقتة تستهلك فترة من وقت فان العقد يقف خلالها ثم يستأنف سريانه بعد انتهاء هذه الفترة[2].

ب-الاستحالة الكلية: بمعنى آن تكون الاستحالة التنفيذ كاملة، من اجل انفساخ العقد وإبراء ذمة المدين إن استحالة الجزئية لا تعفي المدين من التزاماته خاصة إن كانت تتعلق بالالتزامات الثانوية ،أما إذا كانت تتعلق بالالتزامات الجوهرية فان العقد ينفسخ العقد برمته[3]

ج-*وقوع الاستحالة بعد إبرام العقد:* بمعنى أن تقع الاستحالة تنفيذ ناشئة بعد إبرام العقد، فإذا كانت تلك الاستحالة قائمة عند إبرامه، فهذا لا ينفسخ ولكنه ينعقد أصلا آي يقع باطلا للاستحالة محله[4] .

[1] عبد الحكيم، الشوارلي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط01، منشأة المعارف،الإسكندرية، مصر، 1998، ص 54.

[2] عبد الحكم فودة، أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط 01، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 192.

[3] المرجع نفسه، ص 198.

[4] عبد الحميد الشوارلي، المرجع السابق، ص 54.

د-*أن تكون الاستحالة خارجية*: بمعنى راجعة لسبب أجنبي عدم نسبة الفعل للمدين، أي لا يد له في حدوثه[1] ويتمثل السبب الأجنبي في القوة القاهرة بحيث يجب أن تتوافر فيه الشروط السابقة الذكر في الفصل الأول من المبحث الثاني.

ثانيا: أثار الانفساخ

إذا توافرت شروط الانفساخ فان الالتزام ينقضي، ويفسخ العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه، ويترتب عليه جملة من الآثار من اجل إعادتهما في الحالة التي كانت عليهما قبل إبرام العقد وهذا ما سنوضحه:

ا-*انحلال العقد:* طبقا للنص المادة 121 ق.م.ج يودي الانفساخ إلى زوال العقد ومعنى يتحلل المتعاقدان من التزاماتهما التي لم يتم تنفيذه فلا يحق لآي منهما طلب تنفيذها وذلك من تلقاء نفسه وبالقوة القانون.[2]

وأخذت بهذه القاعدة مبادئ اليونيدروا حيث قضت بان إنهاء العقد يترتب عليه تحلل الأطراف مستقبلا من التزاماتهم المتقابلة[3].

ب-*زوال العقد بأثر رجعي:* هو الإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليهما قبل التعاقد، باعتباره كان لم يكن بتاريخ إبرامه خاصة العقود الفورية[4] وهذا ما كرسته المادة 122من ق.م.ج."***إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليهما قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"***

[1] عبد الحكم فوده، مرجع السابق، ص 203.

[2] عبد الحكم فوده، المرجع السابق،ص 219.

[3] المادة 5.3.7. من مبادئ اليونيدور "يترتب على إنهاء العقد تحلل الأطراف مستقبلا من التزاماتهم المتقابلة"،المرجع السابق.

[4] عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 206

ج-*حق الاسترداد:* طلب الرد نتيجة حتمية للفسخ من اثر رجعي، وهذا ما نصت عليه اتفاقية فينا للبيع الدولي 1980في نص المادة 81، و مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في الفقرة الأولى م.6.3.7 يحق للأطراف عند فسخ العقد المطالبة بالاسترداد العيني لما قام بتوريده علة أن يقوم بالرد بصورة متزامنة وإذا ولم يكن مناسبا فيتم الرد بمقابل النقدي كلما ذلك معقولا،إلا إذا كانت مدة التنفيذ قد امتدت وكان العقد قابلا للانفساخ فلا يكون هناك محلا الاسترداد.

لم تحدد الاتفاقية كيفية الاسترداد آو الرد، وإنما تركها للقانون الواجب التطبيق وأن يتم الرد من جانب المتعاقدين في وقت واحد حرصا من تحقيق التوازن بينهما.[1]

د- *أثر تحمل التبعية (تبعة الهلاك)*: الانفساخ العقد بالقوة القانون يشير بحث مسألة تحمل التبعية الهلاك، بمعنى تعين الطرف الذي يتحمل تبعة الشيء، تلك الخسارة التي تمثل في ضياع الشيء بسبب هلاكه بقوة القاهرة.

أما تبعية العقد فإنها تعني تحمل المدين في العقود الملزمة للجانبين الخسارة الناجمة عن الاستحالة بينما يتحملها الدائن في عقود الملزمة للجانب الواحد[2]، ونجد الاتفاقية فينا سالفة الذكر لم تنظم تبعية الهلاك ضمن الجزء بالإعفاء من المسؤولية بل تناولته ضمن الجزء الخاص بالإخلال بالالتزامات لكل من البائع والمشتري بموجب المواد (70-66).

وطالما آن الانفساخ يقع نتيجة القوة القاهرة فان من أثاره أيضا انتفاء مسؤولية المدين التعاقدية، الأمر الذي يفرض امتناع الحكم بالتعويض على المدين وهذا ما سنتطرق في الفرع الثاني باعتباره الأثر الثاني الذي تحدثه القوة القاهرة في العقد.

[1] خالد احمد عبد الحميد، فسخ العقد البيع الدولي للبضائع وفق الاتفاقية فينا 1980، ط1، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، مصر ،2002، ص 468.

[2] عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 220.

الفرع الثاني : اثر الانتفاء المسؤولية المدين

إن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، إنها تنهي الالتزام كقاعدة العامة بدون تنفيذه فإنها تدفع المسؤولية العقدية عن المدين[1]، تعد سببا للانتفاء مسؤولية المدين لا سبب للإعفاء منها لان انتفاءها يبرأ المدين من التزامه ولا يكون مسؤولا عنه لان استحالة التنفيذ لم تكن سبب الخطأ[2].

أما الإعفاء من المسؤولية لا تحقق إلا إذا توافرت أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، ومن ثم هدم قرينة المسؤولية ذاتها أي لان مسؤولية المدين في الالتزام العقدي تظل قائمة وعلى الرغم من وجود القوة القاهرة وتحقق شروطها ولهذا علينا التفرقة بينهما ونحن هنا قصدنا المصطلح الانتفاء.

أولا : انتفاء مسؤولية المدين

الانفساخ كواقعة المادية قانونية ذات الآثار المادية، فانه يرتب ذمة المدين من الالتزام فلا يجوز للدائن في هذه حالة أن يطالبه بتنفيذ، ذلك أن عدم التنفيذ مردود الاستحالة لسبب الأجنبي لا يد له فيها.

وهنا لا لطبع كانت الأسباب راجعة خارج إرادته ن فليس هناك أركان المسؤولية متمثلة في الخطأ آو تفسير آو تقصير آو إهمال وهذا ما نصت عليه المادة 176 من ق.م.ج ***"إذا استحال على المدين آن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض الضرر...ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ بشان عن سبب لا يد له فيه ...."***

[1] مُحَمَّد الكبشور المرجع السابق ص، 74.

[2] حصايم سميرة، ***"الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد..."***،المرجع السابق، ص 30.

المطلب الثاني: الاستثناءات عن تطبيق القوة القاهرة بالمفهوم القانوني على وباء كورونا المستجد.

لا ينطبق المفهوم القانوني للقوة القاهرة على جميع الأوضاع المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، بفعل هذه جائحة حيث أن طبيعة الالتزامات التعاقدية في ظل هذا الوباء تفرض الاستثناءات عن تطبيقها ***(الفرع لأول)*** . وقد فرضت المعاملات التعاقدية الدولية وضع مفهوم آخر للقوة القاهرة لا ترتب عليه بالضرورة ذات لآثار المترتبة على الآخذ بالمفهوم القانوني لها، حيث يمكن للأطراف العقد الاتفاق على مفهوم معين لهذه قوة وكيفية التعامل معها وفق الشرط اتفاقي[1] ***(الفرع الثاني)***، وإضافة لذلك إشارة للحلول العملية المتخذة دوليا في ظل جائحة لتطبقها معها ***(الفرع الثالث)***.

الفرع الأول: طبيعة الالتزامات التعاقدية في ظل وباء كورونا.

تفرض طبيعة الالتزامات التعاقدية في ظل وباء كورونا استثناءات عن تطبيق حالة القوة القاهرة وقد تكون واضحة ويمكن تطبيقها بسهولة[2]، بمعنى قد تأثر القوة بسبب جائحة على جزء من الالتزام فقط و يبقى جزء الباقي كل قابل التنفيذ وان انتهاء احدهما بسبب الاستحالة التنفيذ يؤدي بالتبعية للاستحالة تنفيذ الأخرى، وهي المسالة المنزوعة لتقدير قاضي بشان هذه الحالات[3]:

أولا: حالة القوة القاهرة مؤقتة

إذا كانت حالة القوة القاهرة مؤقتة، بالمقابل هناك الاستحالة الجزئية وهنا يمكن تنفيذ الجزء الباقي من العقد الذي لم يشمله الوباء، بشرط لا توجد صعوبات شديدة لأحد الإطراف المتعاقد. مما تعطيهم فرصة تعديل العقد من اجل تنفيذ وهي كالتالي:

---

[1] حصايم سميرة، ***"الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقود التجارة الدولية"***، المرجع السابق، ص 19.

[2] .دنيا جي، إلى أي مدى يمكن للقوة للقاهرة في زمن الكورونا أن تعفى المدين من التزاماته ، جريدة الصباح، 10 أفريل2020، تم تصفحه بتاريخ 29افريل 2021 الموقع http://www.assabah.Ma.

[3] حصايم سميرة ، المرجع السابق، ص 19.

1-*تعديل الالتزامات التعاقدية:* بمعنى تعديل الالتزامات عن طريق قيمتها أو مدتها آو اقتطاع جزء منها آو تمديد مدتها إذا كان من الممكن تنفيذها بسبب استحالة جزئية مؤقتة.

2-توقف العقد عند الاستحالة المؤقتة للتنفيذ: على سبيل المثال إذا انتهى تأثير فيروس كوفيد 19يمكن الاستغناء عن جزء من العقد وسيتم تنفيذ بقية ما لم يكن تنفيذ الالتزام في هذه الحالة مضنيا لأحد الطرفين.

3-تأجيل الوفاء بالالتزام إلى حين زوال الوباء كوفيد 19: نجد لأثار المترتبة عن جائحة كورونا تختلف من منطقة إلى أخرى، وذلك حسب الإجراءات الاحترازية وانه جائحة ليست مطلقة من حيث كونها قاهرة فان تداول صورة الإهمال ، وعدم مقدرة التنفيذ حيث يقتصر مفعولها إلى تمنع التنفيذ مؤقتا على تأجيل الوفاء إلى حين زوالها دون المساس بالمقدار أداءه[1].

على سبيل المثال، قد يتضمن توريد بضائع أو سلع وكان توريد البضائع تزامن مع الأوقات حظر التجول، وبالتالي إن المورد لا يعفى من التزامه بالتوريد ولكن يمكن التسامح معه بتأخير التوريد إلى حين انقضاء فترة حظر التجول فقط.

1/ عدم تأثير القوة القاهرة بسبب الوباء على الالتزام التعاقدي:

إذا كان المبدأ هو إن القوة القاهرة بتحققها تعفي المدين من عامل المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام، فان هناك حالات لاتصف فيها القوة القاهرة في التحلل من التزاماته وإنما يبقى مسؤولا رغم تحققها وهي[2]:

[1] دنيا جي، المرجع السابق، تم اطلاع عليه على الساعة: 14:15

[2] المرجع نفسه، 14:55

1-*اتفاق الأطراف العقد على تحمل المدين للقوة القاهرة :* لما كان العقد شريعة المتعاقدين فانه يجوز للطرفين أن يعدلا اتفاقهما من اثر القوة القاهرة الناتجة عن فيروس كوفيد، بمعنى أن يتفق أن لا ينفي المدين من التزامه.

ثانيا: صياغة بند أو شرط القوة القاهرة من قبل الأطراف:

أثار القوة القاهرة ليست أمرة بل يجوز الاتفاق على مخالفتها، فبرغم بأن القوة القاهرة يحددها القانون المدني وترجع إلى سلطات تعددية للقاضي، فأن لأطراف لهم حرية تحديد هذه التعريف أو ما يعرف بخصوصية القوة القاهرة في عقود الاستثمار الذي تم ذكرها سالف في الفصل الأول.

-وأيضا ما تضمنته المادة307 ق.م.ج التي نصت على" ***ينقضي الالتزام إذا أثبت أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبي عن إرادته"***

☜ وذلك ليبرأ المدين من المسؤولية دون النص صراحة على اعتبار القوة القاهرة سبب انقضاء العقد.

-تعد نظرية "Frnstration" أو نظرية الانهيار، النظرية الأساسية التي تعالج تغير الظروف في النظام القانوني الإنجليزي، حيث مفاد هذه النظرية يتم اعتبار العقد منها وإذا أصبح تنفيذه في ظروف مختلفة عن تلك التي تصورها أطراف العقد، وهو ما يؤدي إلى إنهاء العقد أو انقضاءه بالتالي انتقاء المسؤولية المتعاقدين، مع إعطائهم فترة يعطل فيها العقد مؤقتا قبل اعتباره منهارا.[1]

تؤكد بدورها اتفاقيات التجارة الدولية والعقود النموذجية أثر انتقاء المسؤولية المدين سبب وقوع حدث القوة القاهرة.

[1] حصايم سميرة، أثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية، المرجع السابق، ص180.

أ/-حيث نصت المادة79- فقرة01- على هذا المبدأ من اتفاقية فينا لسنة 1980 على "***لا يسأل الطرفين عن عدم تنفيذ أي التزامات إذ أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد، أو يكون بإمكانه تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه***"

ب/- وأشارت إليها مبادئ العقود التجارة الدولية Unidroit نفس مضمون في الفقرة01 من المادة7-1-7- حيث راجع إلى عائق ويعتمد بهذا المصطلح هو القوة القاهرة[1].

ثالثا: الامتناع الحكم بالتعويض:

- طبقا للقاعدة العامة إذ لم يتم الوفاء بالتزام من قبل أحد المتعاقدين جاز لمتعاقد الأخر بعد طلب الإعداد المتعاقد الأخر أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه مع تعويض في الحالتين إذ اقتضى أمر ذلك[2]، بسبب حدوث القوة القاهرة خرجت عن هذه القاعدة العامة وكانت مكرسة قاعدة استثنائية المتمثلة في:

إذ انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ برئت الذمة المدين من الالتزام والتعويض أيضا، فلا يجوز للدائن أن يطالب المدين بثمن تعويض وذلك إن إخلال بالتنفيذ مردوده القوة القاهرة الذي لا يد فيه، فليس هناك أي أركان المسؤولية وهو الخطأ حتى لو تدفق الضرر بالفعل في جانب الدائن إذ أن القوة القاهرة قطعت علاقته السيئة.[3]

[1] أنظر الفقرة الأولى من المادة7-1-7- من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، المرجع السابق.

[2] أنظر للمادة -113- من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[3] عبد الحكم قودة، المرجع السابق، ص208.

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة176ق.م.ج "***إذ استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عين حكم عليه بالتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يتبين أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه،ويكون الحكم كذبك إذ تأخر المدين في تنفيذ التزامه***"

-أيضا أشارت إليه اتفاقيات التجارة الدولية ، فنصت المادة79 من اتفاقية فينا -1980- سالفة الذكر، وأيضا مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص Unidroit في المادة7-3-5- سالف الذكر في الهامش.

رابعا: تنفيذ الباقي من العقد:

-إذ كانت الاستحالة كلية انفسخ العقد بكامله، ولعلى تقوم فكرة الأثر رجعي، وهي إعادة الأطراف إلى إحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد.

- أما إذ كانت الاستحالة الجزئية، فهنا الالتزام قابل للانفساخ فإنه يمكن تنفيذ الجزء الباقي من العقد الذي لم يشمله الانفساخ، باعتبار أن أثر الانفساخ ينحصر في الجزء الذي تحققت بشأنه الاستحالة فقط.[1]

-بعد تحقق شروط القوة القاهرة الناتجة عن فيروس كورونا لكافة شروطها في الالتزام التعاقدي، وتمت استحالة المطلقة في ظل تفشي فيروس كورونا المستجد، وما جراء الإجراءات الاحترازية في تنفيذ العقد الالتزام من قبل المدين فهذا مما يجعله يتحلل من المسؤولية العقدية وامتناع بالحكم بالتعويض.

وهذا ما يؤكده تصفح الاجتهادات القضائية المتعلقة بتطبيق حالة القوة القاهرة[2] في إطار ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في هذا المجال.

[1]عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص، 208.

[2]Gean pa, coronavirus force majeure et imprévision. .....op cit .

الفرع الثاني : الأخذ بالمفهوم لاتفاقي للقوة القاهرة على الأوضاع المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل الوباء كورونا.

حيث تتدخل الدولة كالطرف لأول في عقود الاستثمار بإبرام العديد من العقود لتحقيق متطلبتها التنموية التي ترتبها بنفسها آو بواسطة مؤسستها.

وبالتالي العمل عادة بالنسبة للعقود الدولية على الأخذ بالمفهوم الواسع للقوة القاهرة باعتباره مصدر لحل العديد من المشاكل آو صعوبات التي تحيط بالعقد وهو مبدأ حرية التعاقد وتنظيم شروط القوة القاهرة.

أولا: مبدأ حرية التعاقد

حرية التعاقد أو الحرية التعاقدية للأطراف مبدأ أساسي معترف به في كافة القوانين الوطنية وتترجم أهميته في هذا المقام عن طريق منح الإطراف حرية كبيرة في تنظيم شروط القوة القاهرة أو شروط الإعفاء من المسؤولية بصفة عامة[1].

بمعنى الإطراف غير ملزمين بالإبقاء على مفهوم القانوني للقوة القاهرة حيث لهم الحرية في تعدليه بتوسعه آو تقييده، مما يتم تطبيق الشروط التعاقدية وفي حالة غيابها يبقى الحل الوحيد للمدين الذي يريد إنهاء العقد بإثبات توفر شروط القوة القاهرة بمفهومها القانوني[2].

وهذا ما يأخذ الإطراف على عاتقهم عبء مواجهة المسائل القانونية التي يرتبها فعل الأمير عامة والنص صراحة في العقد على مسؤولية الدولة آو الهيئات العمومية التابعة لها عن عدم التنفيذ الراجع لمثل هذه التصرفات لينزل بذلك مفهوم القوة القاهرة منزلة الشروط التعاقدية وتصبح شروط تطبيقه أكثر مرونة[3].

---

[1] شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص166.

[2] Bus gen pa, coronavirus....., op cit

[3] حصايم سميرة، *"الآثار القانونية لفيروس كورنا المستجد..."*.، المرجع السابق، ص 21.

ثانيا : مبدأ الحرية تنظيم شروط القوة القاهرة

بمعنى للأطراف العقد لهم حرية بتنظيم شروط القوة القاهرة بشكل يختلف عن التنظيم القانوني لها باعتبار إن الإرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا، خاصة عند إعداد شروط العقد وتنظيم أثاره.

ويأخذ تنظيم الأطراف لهذا الشرط أكثر من شكل فيستطيعون أن يعدلوا في مفهوم الفكرة ووصف الأحداث المشكلة لها آو وظيفة القوة القاهرة، والآمر يتعلق رفي جميع الحالات باختيار الشكل الملائم لطبيعة علاقاتهم والصيغة المفضلة لهم في تنظيم هذا الشرط.[1]

ويرجع سبب تناولهم لهذه الحالة بالتنظيم مع تطويرهم لحلول جديدة لها إلا إن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة لايتلائم مع العقود الدولية نتيجة اعتبار عنصر المدة التنفيذ طويلة المدى. مما يعرف بالخصوصية القوة القاهرة في تنفيذ عقود الاستثمار الدولية تشمل جميع الأحداث المحتمل وقوعها والتي تؤثر في العقد.

إذن أن لأطراف يتمتعون بحرية كبيرة في التعريف القوة القاهرة اعملا لمبدأ الحرية التعاقد مما يكرس الحرية تنظيم شروط القوة القاهرة وذلك من اجل تحقيق غاياتهم وحفاظهم على التوازن العقدي وإنهاءه في تنفيذ.

ويبقى الأمثلة معالجة أثار وباء كوفيد 19، لضمان الاستقرار العقدي هو تبني الأطر القانونية السليمة لذلك سوف نرى ما قدمت الدول حلول في ظل القوة القاهرة في الفرع الثالث.

[1] شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص171.

الفرع الثالث: الحلول العلمية المتخذة دوليا في ظل جائحة كورونا المستجد.

نجد أن على أول حكم ظهر في ظل وباء فيروس كورونا من محكمة الإستئناف في كولما- فرنسا- اعتبرت فيه المحكمة عدم حضور أحد المتعاقدين أمام المحكمة، نظرا لظروف الاستثنائية التي لا يمكن تجاوزها والتي تحمل طابع القوة والقهر بسبب هذا الوباء ، حيث لم يتمكن من الحضور لكونه تحت الحجر 4 يوما بسبب إصابته بفيروس كوفيد-19- تنهي المحكمة إلى أن هناك القوة القاهرة كونها تتوفر فيها شروطها.

ومن ثم ثبت لمحكمة عدم إمكانية الحضور أو التواصل معه، ضمان زوال خطر العدوى والحصول على تصريح موافقة لحضوره إلى جلسة المحكمة[1].

وأضاف الحكم ثبوت أنه لم يتوافر لأحد المتعاقدين إجراء محادثة سمعية بصرية عن بعد وهو ما يؤكد على عدم إمكانية الحضور أو التواصل عن بعد لهذه الجلسة المحددة سلفا.[2]

ومن هنا أصبحت الدول بحد ذاتها معينة بالظروف الاستثنائية الناتجة عن الوباء كورونا وأنها التي تقرر حالة الطوارئ فقد أخذت على عاتقها المسؤولية.

بدأت الدول الاقتصادية الكبرى كالصين و أمريكا باستصدار بما يسمى بشهادات القوة القاهرة تتضمن انتقاء الأطراف من مسؤولياتهم العقدية التي يصعب الوفاء بها بسبب فيروس كورونا باعتباره ظرفا والقوة والقهر، خاصة الشركات الكبرى طالبت بها وذلك من أجل:

أ/- التحلل من التزاماتها التعاقدية.

ب/- على الأقل الإعفاء من غرامات التأخير.

ج/- أي من تعويض عن التأخير في التنفيذ.

[1] بن زيد فتحي، المرجع السابق، ص196 .

[2] بن زيد فتحي، المرجع السابق، ص196 .

بحيث يكون لهذه الشهادة أثر دولي وليس محلي فحسب وبشكل يجعل موقف الشركات متضررة قويا في أي نزاع أو خلاف قضائي يثار مستقبلا بسبب ما يشهده العالم حاليا.[1]

وهنا أعلن المجلس الصيني لترويج التجارة الدولية (CCBII) انه سيقدم شهادات قوة قاهرة لشركات الصينية في محاولة لحمايتها من فرق العقد بسبب الوباء كوفيد-19-.[2]

حيث أعلن وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي برونو لومير في 28 فيفري2019 بعد اجتماع مع الشركاء الاقتصاديين أن فيروس كورونا يعد القوة قاهرة بالنسبة لقطاع مقاولات أو الأشغال العمومية مؤكد أن الحكومة الفرنسية لن تطبق الغرامات التأخير في التنفيذ على الشركات المرتبطة بعقود الدولة وطرح أمكانية اللجوء إلى الخدمات الجزئية.[3]

وإن كان الاعتراف من قبل الدولة بطابع القوة القاهرة للفيروس في هذا المجال لا يحكم مسبقا على مواقف السلطة القضائية فيما يتعلق بالعلاقات التعاقدية بين الشركات ولا يلزم وفق مبدأ الفصل بين السلطات.[4]

---

[1] عقيل جاسم خلق، جائحة كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، الحوار المتمدن 31 مارس 2020 على موقع http://www.mahewar.org.....، تم تصفحه بتاريخ 29 أبريل2021 ، 18:57.

[2] Le coron virus et la forse majeure : comparaison entre la chine et la Frane .http://www.dalloz.fr. édition 29 /05/2021. H :19 :05

[3] حصايم سميرة،" **الآثار القانونية لفيروس كورونا على تنفيذ العقود الدولية**"، المرجع السابق، ص18.

[4] Haddad Elsa .le corona virus et ses conséquences sur le contrat .cas de forse majeure ou couse d imprévision. 20mars2020 in http://www.village.com. Consulte le 30 avril 2021 .h :19 : 30 .

المبحث الثاني: تأثر تنفيذ عقد الاستثمار بالظروف الطارئة

إن للظروف أثار هامة تتمثل في صعوبة تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا للمدين، وهذا لأخير يحتاج إلى معالجة ترفع المسؤولية عنه ما لحق من خسارة فادحة في ظل تفشي وباء فيروس كورونا التي لم يكن في الوسع توقعها، وهنا تقتضي العدالة العقدية ضرورة تحقيق التوازن بين الأطراف العقد نتيجة وجود احتلال توازن موضوعي في أداء العقد وذلك بسبب التغيير الظروف المحيطة بالعقد في ظل تفشي هذا الوباء.

ومن البديهي عند حدوث تغير في الظروف المحيطة بالعقد الدولي للاستثمار فان يتدخل القاضي آو المحكم لتحقيق التوازن العقدي لمساواة بين الأطراف وذلك عن طريق مراجعة العقد حتى يتلاءم مع الظروف المستجدة بسبب كوفيد 19 التي تقتضيه العدالة ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية.(***المطلب الأول***)

إلا أن اعتبار قضاء التحكيم لا يزال مترددا بشان الأخذ نظرية ظروف طارئة [1]، لكن الحل الوحيد الذي يقدمه المحكم وجرت الممارسات العملية في العقود الدولية في محاولته لعلاج عقد الذي اختل توازنه هو إلزام الأطراف إعمال شرط إعادة تفاوض آو الهاردشيب في الوضع تفشي هذا الوباء وذلك بالاتفاق الأطراف وتكييف ظروف المتغيرة على أساس إعادة التوازن العقدي ***(المطلب الثاني)***.

المطلب الأول: مراجعة العقد الاستثمار في ظل تفشي الوباء كورونا

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة علو وضع الإرهاق في تنفيذ العقد الدولي للاستثمار في ظل تفشي هذا فيروس، إلى صعوبة في تنفيذ العقد لاستحالته.

وهنا تظهر سلطة قاضي في تعديل ومراجعة العقد وذلك يجوز له رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهذا ما نصت عليها المادة 107 فقرة الثالثة" ***.....جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة***

[1] حصايم سميرة ، أثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية ، المرجع السابق، ص،218.

لمصلحة الطرفين إن برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك..."[1] إذن نص عليها مشرع ج. صراحة ولكن لم يحدد له الوسيلة آو الطريقة التي يتخذها لتعديل هذا العقد أذن له سلطة تقديرية في ذلك آو اخذ بالوسيلة التي يراها لتحقيق الهدف.

حتى يتم التوازن العقدي يجب مراجعة العقد وذلك عن طريق الوسائل المتعلقة برد الالتزام بحد ***ذاته (الفرع الأول).*** أو عن طريق الوسائل المتعلقة بالعقد.***(الفرع الثاني)***

الفرع الأول: الوسائل المتعلقة برد الالتزام بحد ذاته.

نص (م.ج) للقاضي التدخل الإعادة النظر في الالتزامات التعاقدية بسبب هذه الوباء غير المتوقع بما يؤدي إلى رفع الإرهاق الواقع على المدين أن يتخذ الوسائل المتعلقة برد الالتزام التي يراها مناسبة حسب سلطة التقديرية. ومن هنا تبرز أهمية هذه النظرية في المحافظة على وجود العقد منتجا أثاره وتسير تنفيذ مع عادة توازنه الاقتصادي المختل تحقيقا للاستقرار الرابطة العقدية[2].وتتمثل في:

أولا : إنقاص الالتزام المرهق:

قد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق، وإنها خير وسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وتخفيف عنه وذا فعل ذلك أصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه بالمقدار الذي عينه القاضي وبالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة.

والإنقاص الالتزام قد ينصب على الكم بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين للدائن وقد ينصب على الكيف [3]بان يقدم للمدين للدائن نفسه الكمية المتفق عليهما ولكن من صنف اقل جودة.

---

[1] راجع، المادة 107، من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[2] سويلم فضيلة، ***"اثر جائحة كورونا على عقود التجارة الكترونية"*** ، مداخلة، المؤتمر الدولي، " جائحة كورونا كوفيد بين الحتمية الواقع والتطلعات" الجزء الأول، المرجع السابق، ص 341.

[3] يوسف بوشاشي، "***نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات***"، حوليات جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 01، الجزائر، المجلد 31. العدد الأول، جوان2017، ص 124.

إن الهدف من هذه وسيلة التي اختارها القاضي هي تخفيف الخسارة الفادحة التي أصبحت تهدد المدين من اجل إعمال التوازن العقدي بين الأطراف[1]، وعلى سبيل المثال قد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق فيجوز أن ينقص الكمية التي يلتزم المدين بتوريدها وذلك في الحد معقول وأيضا إنقاص القسط المتبقي من الثمن في عقد البيع المؤجل فيه الثمن[2].

ثانيا: زيادة الالتزام المقابل .

قد يرى القاضي إن الوسيلة الناجعة الإزالة الإرهاق عن المدين وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد هي زيادة التزامات الدائن[3] وهي وسيلة أفضل وأحسن ومثال ذلك رفع ثمن سعر توريد على الثمن المتفق عليه ويلاحظ أن القاضي في هذه حالة لا يرفع سعر إلى حدود سعر السوق لأنه لو فعل ذلك لتحمل الدائن عبء الظرف الطارئ وهذا غير جائز غما يجري التعديل على نحو يتحمل فيه المدين الزيادة المألوفة في السعر، ثم يقسم مزاد عليه من زيادة غير مألوفة في الالتزام فيتحمل معا عبء هذا الظرف في هذه الحدود[4].

فان الرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة للالتزام الجاري تنفيذه، أما بالنسبة للالتزام المعدل آو الجديد فلا شان للقاضي بهما الأول لأنه انقضى والثاني لأنه غير معروف فقد يزول اثر الحادث بأثر رجعي وتعود قوته الملزمة.[5]

---

[1] علي فيلا لي، التزامات، النظرية العامة للعقد. ط03، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 400.

[2] مُحَمَّد حسين منصور، العقود الدولية، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 201.

[3] يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 140.

[4] إقصاصي عبد القادر ،*" نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي"* ،مجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية،مخبر القانون والمجتمع، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد الثاني، العدد الثاني، ديسمبر2018، ص 140.

[5] عزت صلاح عبد العزيز مُحَمَّد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة العالمية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 248 .

ثالثا: الجمع بين الزيادة والإنقاص :

يمكن للقاضي أن يجمع بيم الوسيلتين السابقتين بمعنى انه يمكن له أن يقوم بإنقاص الالتزام المدين والزيادة من التزام المقابل.

- إذن هاتين الوصلتين لا يكون فيهما تعديل للالتزام بالنسبة للقاضي إلا بالنسبة إلى الوقت الذي يوجد فيه اثر الحادث الطارئ، إذا تم إزالته قبل انتهاء مدة العقد عادت إلى العقد قوته الملزمة كاملة قبل وجود هذا الوباء كورونا ،وهنا في الفترة التي تقع زوال اثر الحادث ونهايته يكون المدين ملزما بأداء كل ما عليه طبقا لما كلن متفقا عليه وليس بسبب التعديل الذي قضى به القاضي[1].

الفرع الثاني: الوسائل متعلقة بالعقد

تعرضنا سابقا على الوسائل المتعلقة بالتزام والتي تنحصر في ثلاثة ، ولان سنتناول الوسائل المتعلقة بالعقد قد يلجأ إليهما القاضي من اجل نفاذ العقد لمدة يحددها ***(أولا)***. وذلك حسب ظرف طارئ أو يستعمل الوسيلة أخرى يتمثل في الفسخ العقد ***(ثانيا)***.

أولا : وقف تنفيذ العقد مؤقت.

من بين الخيارات التي يلجأ إليهما القاضي للحد من إرهاق المدين في تنفيذ التزامه وقف التنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث الطارئ، وذلك إذا كانت أسباب اختلال التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين راجع إلى أسباب مؤقتة يرجى زوالها.

[1] فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 52.

إذن الوقف ما هو إلا إجراء يستطيع به القاضي أن يمد من اجل تنفيذ الالتزام إذا انه يعطل التزامات العقد فترة اثر الظرف الطارئ فإذا زال الظرف وعادت الأمور إلى حالتها الأولى تحركت القوة التنفيذية للعقد مرة أخرى ونلاحظ مما سبق السمات التي تميز الوقف عم سبق من الوسائل وهي[1] :

- ❁ الوقف الالتزام لا يمس ماديات العقد سواء بإنقاص أو الزيادة لأحد لأطراف أو كلاهما للعقد.
- ❁ الوسيلة التي لا تسبب الإضرار بالدائن .
- ❁ الوقف يستغرق المدة المحددة أصلا لتنفيذ الالتزام فان هذا لا يؤثر على اجل تنفيذ الالتزام ،فإذا كانت المدة تنفيذ العقد 05 أشهر، فاعتبار كوفيد كالظرف الطارئ وهو المدة التي أوقفت فيها تنفيذ العقد فان حينها ترد له قوته التنفيذية في ظرف 03 أشهر.

ثانيا: فسخ العقد

اتفق جميع الباحثين عند ورجوعهم إلى النصوص المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة في مختلف القوانين المدنية والعربية والأجنبية، نجدها لم تتفق على رأي واحد حول الأخذ بجزاء الفسخ.

ولهذا رجعنا للقانون المدني ج. هل المشرع أعطى للقاضي للسلطة التقديرية في رد التزام المرهق إلى الحد المعقول بواسطة الوسيلة الفسخ؟

حيث وجدنا لم ينص صراحة على ذلك إلا إن بخصوص التوازن الاقتصادي يمكن للقاضي مباشرة هذه وسيلة وذلك طبق نص المادة 561 فقرة03 من ق.م.ج. ومفادها في حالة اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات كال من رب العمل والمقاول بسب حادث استثنائي عام ولم يكن متوقع وقت التعاقد جاز للقاضي أن يحكم الفسخ العقد آو زيادة الأجرة[2].

[1] عزت صلاح عبد العزيز مُحَّد، المرجع السابق، ص 285.

[2] أنظر المادة 561 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

❁ إذن هدف من نظرية الظروف الطارئة جاءت من أجل تحقيق العدالة العقدية القائمة والتوازن بين الأطراف العقد، خاصة الطرف الضعيف ومن تطبيقها آمر يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق في العقد على استبعاد تطبيقها ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك وقد أراد المشرع بهذا وصول إلى العدالة الاقتصادية الاجتماعية في العقود[1].

المطلب الثاني: إعادة شرط التفاوض في ظل تفشي كوفيد 19.

لقد أشرنا سابقا لمعالجة اختلال التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد على المستوى الدولي، وهو إدراج شرط إعادة التفاوض أو الهاردشيب في عقدهم من اجل مراجعة العقد وتكييف ظروف المتغيرة نتيجة تفشي فيروس كورونا من أجل ضمان استمرارية العقد.

إذن يعتبر من أهم الشرط التي يدرجها المستثمر والدولة المضيفة في ظل تفشي فيروس يقصد تعديل العقد في هذا الوضع، التي أدت إلى اختلال التوازن المالي ولاقتصادي للعقد.

ويعد هذا الشرط ضمانة عقدية يفرضها هذا الوباء كون عقد تنفيذ عقد الاستثمار يستثمر مدة زمنية طويلة قد يصاحبها تغيرات قانونية واقتصادية آو سياسية تؤثر على المستثمر الأجنبي لذلك يسعى هذا الأخير للمحافظة على مركزه القانوني من خلال إيراد هذه الضمانة في عقد الاستثمار [2].

وعليه إعادة تفاوض لاتفاقي في العقد الاستثمار كنتيجة للظرف الاستثنائي، هو الوباء كورونا لذلك يجب التطرق إلى مفهوم إعادة التفاوض ***(الفرع الأول)*** لاكما استوجب علينا البحث في مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض في ظل هذا الوباء ***(الفرع الثاني)***

[1] مُحَمَّد حسين منصور، مرجع السابق، ص 202.

[2] بوخالفة عبد الكريم، ***" شرط إعادة التفاوض آلية الإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية"*** مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، المجاد الواحد، العدد الثالث، ديسمبر 2018، ص 176.

الفرع الأول: مفهوم إعادة تفاوض .

يعتبر الشرط إعادة تفاوض من ابرز الأمور التي فرضتها طبيعة العقود الدولية، وحماية اتفاقية العقد ضمن تغيرات الظروف أي كانت طبيعتها.

ونجد هذه الوسيلة في مجال تطبيقها إلا إذا أدى هذا التغيير إلى إخلال بالتوازن العقدي مسببا ضررا لأحد الإطراف باعتباره مبدأ الحفاظ على العقد والعلاقة التعاقدية لذلك ما مقصود بهذا شرط ***(أولا)***

وما هي مبررات استحداث فكرة إعادة تفاوض في ظل كوفيد 19 ***(ثانيا)***

أولا: المقصود إعادة تفاوض

حيث تم تعريفه من قبل الفقهاء وتناولته الهيئات والمنظمات الدولية لذلك جاءت تعاريف عديدة ومتنوعة على مايلي:

1-تعريف الفقه شرط إعادة تفاوض:

عرفه أ.أويتي بأنه" الشرط الذي يسمح للإطراف إعادة تنظيم العقد الذي يربطها إذا حدث تغير في المعطيات الأولية للعقد والتي تم الاتفاق على أساسهما فتغير توازن هذا العقد إلى حد يجعل أحد أطراف يلحق به إعسار غير عادل[1]"

[1] Op petit Bruno, l'adaptation des contrats internationaux changement de circontsantances, la clause de hardship, 101 clunet et 1974, p794 et sep

كتاب إلكتروني مأخوذ من الموقع بتاريخ 01 ماي 2021. http://www .trans.lex.org.....

عرفه أستاذ إبراهيم الدسوقي" بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد التجاري الدولي قصد إعادة التوازن للعقد، ومن ثم يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد وبدرجاته ضمن شروط العقد، لا إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد[1].

ويعرفه آخر " بأنه الشرط الذي يسمح بإعادة النظر في العقد في ظروف معينة وفق لإجراءات محددة من قبل لأطراف نفسها أو من طرف الغير[2].

ولشرط إعادة التفاوض لديه عدة مصطلحات وهي كالأتي[3]:

-المصطلح الانجليزي *hardship* الذي يعني المشقة العقدية وهذا مصطلح ظهر في كنف التجار الدولية.

-الفقه الفرنسي يعبر عنه بعدة تسميات : كشرط مراجعة *clouse de révision*، شرط العدالة *clous dequite* أو شرط المحافظة *clous de sauvegarde*، شرط الصعوبة *clous de drivait*

-الفقه الجزائري عبر عنه بشرط المشقة وشرط إعادة التفاوض [4]وذلك بالنظر إلى النتيجة التي تتركب عنه وهي إعادة التفاوض.

[1] مروك احمد، شرط إعادة تفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، قسم حقوق، كلية حقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 134.

[2] المرجع نفسه، ص 134.

[3] أوليدي موسى، قادري عبد القادر، المرجع السابق، ص 69.

[4] مروك أحمد، المرجع السابق، ص135 .

2-تعريفه من قبل الهيئات و المنظمات الدولية.

أ-المبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص اليونيدروا:

نصت على شرط إعادة تفاوض المادة 3.12.6 في حالة الظروف الشاقة يجب للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة تفاوض، ويتعين توجيه هذا الطلب مسببا دون تأخير غير مبرر" ***وعليه يجوز للطرف المرهق أن يطلب إعادة تفاوض في ضوء وجود مبرر من اجل تحقيق التوازن العقدي.***

أما تعريفها له عرفته في المادة 2.2.6.[1]،التي مفادها انه في حالة اختلال الجسيم في الالتزامات إذا توافرت شروط الظروف الطارئة له حق في إعادة طلب شرط التفاوض.

ب-ونجد غرفة التجارة الدولية أعطت اقتراح نموذج لما يجب تكون عليه صياغة شرط إعادة التفاوض ليستعين بها الأطراف في تحرير العلاقة التعاقدية عند تحرير عقودهم، ونشرت لائحة تفصيلية بشأن ذلك سنة 1987[2].

ثانيا: دور آلية إعادة التفاوض في التقريب بين شرطي القوة القاهرة و إعادة التفاوض:

إن الهدف من إعادة التفاوض هو مراجعة العقد الدولي للاستثمار، حتى تتماشى أحكامه مع ظروف المتغيرة الجديدة ومنا يظهر إعادة التفاوض كأثر للقوة القاهرة من شرط إعادة تفاوض ونمهم من يرى اختلاف فيما بينهم.

[1] أنظر للمادة 2.2.6، من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص،. المرجع السابق.

[2] مروك أحمد، المرجع السابق، ص 138.

1-يرى بعض الفقه أن هناك حالات يكون فيها من المستحيل الفصل بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة تفاوض باعتبارها إنها الوسيلتين إلى المحافظة على العلاقة العقدية[1] وهذا بمفهوم التقليدي يحيز وقف نفاذ العقد باعتباره الحل النهائي لمشكلة الاستحالة المؤقتة.

أما في مفهومها الحديث فإنه يعني إعادة تفاوض بحسن النية بقية الوصول إلى اتفاق جديد ينظم التزامات الطرفين وفق للظروف الجديدة

- إذن فالهدف الرئيسي لكلا الشرطين هو السعي إلى تخفيف الذي قد يتحمل أحد الأطراف لتنفيذ العقد تحت ظروف أو معطيات مختلفة[2] لكن التقارب الشرطين لا يعني تساوي الفكرتين، إنما الواقع التعاقدي هو الذي خلق علاقة القانونية.

وعليه، تتجلى مظاهر الاقتراب بين كل من شرطين الشروط الواجب توافرهما في الحدث المؤدي للإعمال لكل منهما عند تغير ظروف تنفيذ عقد الاستثمار الدولي ويتمثل الأثر هو وقف التنفيذ.

2-ويظهر الاختلاف من حيث آن شرط إعادة التفاوض لا يطبق بشكل إلي ونتيجة مفهومان يجبيان نوعين من الانشغالات في غياب احتمال الخلط بينهما و أن التقارب بين هذين المفهومين كان سبب اعتمادهم على مفهوم التنفيذ العقلاني للالتزام.[3].

[1] هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، شهادة الدكتوراه، القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، 2016، ص 36.

[2] حصايم سميرة، أثار الاقتصادي عن تنفيذ العقود الدولية، المرجع السابق، ص 231.

[3] بن طبال جهيدة، المرجع السابق، ص 17.

ثالثا: مبررات استحداث فكرة إعادة تفاوض في ظل كوفيد 19.

عن ظروف إعادة التفاوض كآلية تسمح بمواجهة اختلال تنفيذ العقد نتيجة تغير ظروف هذا العقد عما كانت وقت إبرامه[1] بسبب وجود هذا الوباء والميزة الأساسية لتطبيق شرط إعادة تفاوض.

وأيضا نظرا لما تتميز به عقود الاستثمار الدولية بطول المدة تنفيذ وطبيعة محله والى أهمية الاقتصادية لهذه العقود والى الطبيعة خاصة لأطرافه.

مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض في ظل كوفيد 19، الذي يسمح بمراجعة العقد وملائمته مع الظروف المستجدة، حفاظا على بقاء العقد وقد يصنع الأطراف في العقد بعض الشروط التعديل التي تسمح بالمراجعة تلقائية دون إعادة التفاوض وتسمى شروط العقد تلقائية، وقد تكون أثر تغير الظروف إذا كان قانون يعطي صلاحية للقاضي بمراجعة العقد ويعد ذلك أحد تطبيقات نظرية الظروف الطارئة[2].

ومن البديهي، بوجود الاتفاق الأطراف على إعادة تفاوض فإنهم يلتزمون بالضرورة بإجراء المفاوضات بهدف إيجاد اتفاق مشترك يواجهون هذا الوباء لكن يفترض عليهم هذا الالتزام أن ينصرف الأطراف بالتفاوض بحسن النية وأمانة ونزاهة طيلة المفاوضات[3].

وهنا تتخذ حسن النية صورة مختلفة كان يلتزمان الطرفان المتعاقدان أي الدولة المضيفة والمستثمر في التعاون فيما بينهما بالنزاهة في العمل والأمانة وإعلام كل منهما لأخر بما لديه من بيانات وحقائق تتعلق بالتفاوض وهذا لأمر إجباري في مثل هذه العقود بما تتميز من ضخامة الأموال واقتصاد الدول.[4]

---

[1] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 14.

[2] حصايم سميرة" ***الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد.....***" المرجع السابق، ص 16.

[3] راجع للمادة 111 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4] بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 180.

الفرع الثاني: الآثار إعادة تفاوض في ظل تفشي فيروس كورونا المستجد.

يهدف شرط إعادة التفارض وسيلة للحفاظ على علاقة التعاقدية بين الأطراف قي ظل تفشي الوباء كوفيد-19-، متى توافرت تغيرات مستقلة عن إرادة الأطراف أخرى عن التوازن العقدي، يرتب آثاره وتتجسد في مواصلة تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم بإعادة تفاوض وهي كالأتي:

أولا: وقف تنفيذ العقد:

يعد وقف التنفيذ الأثر الأول والمباشر الذي يترتب على تفعيل الأحكام الخاصة بشرط إعادة تفاوض في العقود الاستثمار، ويرجع السبب في ذلك إلى أن تطبيقه أمر بديهي لا يحتاج إلى النص عليه صراحة فالظرف الذي يفرضه.[1]

☜ وذلك من أجل بقاء العقد الاستثمار وإستمراريته في ترتيب آثاره للوصول إلى تحقيق الهداف المبتغاة، ومن شأنها مواجهة وباء كورونا وحين زواله ليتم الرجوع بعدها إلى استئناف تنفيذ العقد بزوال الأوضاع المترتبة عليه.

1-***يعرف على أنه:"*** تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد ناجمة عن أحداث تخرج عن سيطرة الأطراف وذلك بهدف الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة انقطاع من أجل استئناف العقد مرة أخرى".[2]

يرجح تعريف: وقف تنفيذ العقد هو علاج قضائي أخذ بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة أو هو الاتفاق في حال الأخذ بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة يرد على العقد الذي تحول دون تنفيذه، قوة القاهرة تؤدي استحالة مؤقتة في تنفيذ الالتزام وينقضي إما بزوال الاستحالة وإمكانية التنفيذ أو بانفساخ العقد زوال الرابطة العقدية.[3]

[1] سميرة حصايم، المرجع السابق، ص26، وراجع شريف محمد غانم، مرجع السابق، ص310.

[2] بن طبال جهيدة، المرجع السابق، ص41.

[3] أوليدي موسى و قادري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص57.

☜ بمعنى يتم وقف تنفيذ العقد بعض الأحيان إذ طرأت[1]:

❁ قوة القاهرة مؤقتة تمنع الاستمرار في التنفيذ فالقوة القاهرة كقاعدة العامة تؤدي إلى انقضاء أي انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذه.

❁ أما إذ كانت القوة القاهرة تتسم بطابع التأقيت فإنها تؤدي إلى وقف العقد وليس انقضائه.

- أن الوقف العقد يعد الحل الأنسب في ظل تفشي هذا الوباء من أجل مراجعة عقد الاستثمار الدولي، وفي نفس الوقت أن هدف هو تخلص الأطراف العقد الدولي بلا استثمار من الالتزامات خاصة التي تضررت من جراء هذا الوباء، لهذا فإن الوقف تنفيذ العقد أثناء مراجعة العقد يتماشى مع روح التعاون[2] التي يجب أن تسود بين المشرع والدولة أثناء إدراجهم لشرط إعادة التفاوض.

☜ لكن ما هو الأساس الذي يمكن أن يستند عليه الوقف؟

2-الأساس القانوني للوقف: يستند وقف العقد في العقود الدولية أساسه في عدة مصادر إلى جانب إرادة الأطراف والتي تعتبر الأساس الأول نأخذ أيضا الاتفاقيات الدولية بها إما تقرره قرارات التحكيم التجاري الدولي.

- نجد أهم أساس ممكن أن يستند عليه وقف تنفيذ العقد هو إرادة الأطراف وذلك أن شرط إعادة التفاوض هو من الشروط التعاقدية [3] بناءا على الاتفاق الأطراف باعتبار أن الإرادة هي التي خلعت الشرط والتي تحدد نطاقه ومنها يرجع إلى القوة الملزمة، ومنها يرجع إلى الحكم القانون[4].

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص384.

[2] أحمد مروك، المرجع السابق، ص207.

[3] طبال جهيدة، المرجع السابق، ص 41.

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 384 .

تلجأ الإرادة الأطراف للوقف من أجل الحفاظ على العقد الاستثمار الدولي خاصة في ظل هذا الوباء، مهما كانت طبيعته التي تعيق التنفيذ وذلك لكي لا تزيد خطورة هذه الأحداث من الاختلال وتفادي خسارة وتماشيا مع هذا الوباء.

ومن البديهي، إن الإدارة الأطراف تلعب دورا كبيرا في تحديد نطاق الوقف لهذا هو أهم أساس الذي يستند إليه الأطراف لأن الوباء الذي أعاق تنفيذ العقد قد لا يؤثر على جميع الالتزامات الناتجة عن العقد إما قد يتفقون على أن لا يسري الوقف إلا على الالتزامات التي تأخرت بهذا الوباء.

☜ إذن إن الوقف العقد كاستثناء على مبدأ متابعة العقد بحيث أن يرد الوقف إرادة صريحة من قبل الأطراف العقد[1].

3_آثار وقف تنفيذ العقد الاستثمار:

من البديهي مرحلة وقف تنفيذ العقد لها مدة سوف تؤثر من بداية تنفيذ العقد إلى غاية انتهائه، وتتمثل هذه الآثار في الالتزامات جديدة تهدف ضمان لاستمرارية العقد بعد زوال الوباء، بالإضافة إلى وجود التزامات يفرضها الوقف على أطراف الاستثمار الدولي.[2]

أ/–وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد:

[1] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص163.

[2] طبال جهيدة، المرجع السابق، ص43.

يترتب على وقف نفاذ العقد وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية موجودة في العقد خلال فترة الوباء كوفيد-19- إما يبرئ الأطراف من المسؤولية عدم التنفيذ.

بمعنى يؤدي الوقف إلى عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه خلال المدة المعينة، ففي عقد التوريد مثلا يقف التزام المورد بتوريد البضاعة ويقف الالتزام بدفع الثمن.[1]

☜ وعليه، حالة لم يتفق الطرفان على أن يكون الوقف شاملا لكل الالتزامات المتقابلة بين الطرفين، فبعض الفقه قال بنظرية الدفع بعدم التنفيذ كأساس لوقف تنفيذ التزامات الدائن عند وقف التزام المدين لقوة القاهرة.[2]

-وقد يقتصر الأمر على تنفيذ الالتزامات الرئيسية مع بقاء الالتزامات الثانوية، وهنا إذ كان الالتزام الثانوي مستقلا في تنفيذ عن الالتزام الأصلي وكذا إن الالتزامات الفرعية للعقد يمكن أن يمتد لها الوقف في حالتين:[3]

-الحالة الأولى: حالة أن يؤثر الحدث بشكل مباشر على قدرة المستثمر على تنفيذ التزامه الفرعي بحد ذاته.

-الحالة الثانية: أن يكون الالتزام الفرعي مرتبط بالتزام الأصلي الموقوف عندئذ يمتد الوقف ليطال الالتزام الفرعي.

[1] مُحَمَّد حسين منصور، المرجع السابق، ص387.

[2] يقصد بعدم التنفيذ " هو امتناع مشروع عن الوفاء، ففي العقد ملزم للجانبين يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ بالتزام به"، المرجع السابق، ص 388.

[3] طبال جهيدة، المرجع السابق، ص 44.

ب_ الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين:

يترتب على الأطراف خلال المدة الوقف تنفيذ العقد، المحافظة عليه والاستمرار العقد لذا وجب على المتعاقدين تنفيذ بعض الالتزامات وتتجسد أهم هذه الالتزامات في الالتزام بالمحافظة على العقد، والالتزام باستئناف العقد بعد زوال الطرف[1] متمثل في الوباء كوفيد-19-:

- الالتزام بالحفاظ على العقد:

يؤثر وقف تنفيذ العقد على الأطراف العقد، أن يسعوا جاهدين على الحفاظ على العقد وهو الالتزام متبادل بين المتعاقدين مع الإتفاقهم على طبيعة الإجراءات من اجل الاستمرار خلال فترة الوقت من أجل الهدف المرجوة.

☜ -وهذا أثر يقتضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد التزام أطراف العقد الموقوف بالمحافظة عليه، والعمل على إبقاء الرابطة العقدية والتعاون في سبيل إزالة الوقف تمهيدا لاستئناف تنفيذ العقد، فإذا تبين من سلوك احد المتعاقدين أنه يتخذ الوقف كذريعة للإضرار بالطرف الأخر والتخلص من الرابطة العقدية فإن هذا سلوك يشكل إخلال بالعقد ويستوجب التعويض.[2]

-وقد يأخذ التزامات الأطراف من أجل المحافظة على العقد المظهر الإيجابي أن يقوم المستثمر ببعض الأعمال الإيجابية التي تهدف إلى جمالية العقد واستمرار تنفيذه على وجه سليم، هناك بعض العمال منها :[3]

- الحفاظ عن الشيء محل العقد.

[1] شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص339.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص388.

[3] أوليدي موسى، قادري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص64.

- القيام بتقديم الطلبات اللازمة للحصول على التراخيص التي يتطلبها فقط البضائع أو المنتجات محل العقد.
- الاحتفاظ بأداء ما نفذه المتعاقد الأخر قبل الوقف خاصة إذ لم يقابله شيء من الطرف الأخر.
- يلتزم كل من المتعاقدين بتقديم جميع المعلومات والمساعدات اللازمة لكي يستطيع الطرف المتعثر التخلص من عقبة التقيد التي أدت إلى وقف التنفيذ.

-لكن هناك حالات يؤدي الوقف إلى آثار غير الإيجابية أو بالمظاهر السالب بالنسبة للأحد الأطراف وهذا ما يؤدي بالأطراف إلى السعي للاستئناف سريان العقد من جديد.

– الالتزام بالسعي لسريان استئناف العقد:

-استئناف سريان العقد هو الهدف الذي يسعى إليه نظام الوقف ونجاح هذا الأخير يتوقف على مدى تحقيق هذا الهدف.

-وذلك لأن نجاح العقد مرهون بحد ذاته بمدى نجاح المستثمرين في استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى، لذلك يلتزم أطراف العقد بالقيام بكافة الإجراءات الضرورية وبذل الجهد اللازم وذلك للاستئناف العقد.[1]

❋ -فالتخلص من عائق التنفيذ هو تخلص من سبب الوقف وهو أنسب الطرق لعودة سريان العقد من جديد وقيام الأطراف بالتخلص من عقبة التنفيذ هو التزام بفرضه واجب التعاون بين الأطراف وبعد من المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقود التجارة الدولي.[2]

[1] بن طبال جهيدة، المرجع السابق، ص45.

[2] شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص132.

إذن يستمر الوقف طالما ظل لسببه قائما، وبزوال سبب الوقف يستأنف العقد سريانه ويعود للنفاذ وترتيب من جديد بنفس شروطه دون تعديل ويظل العقد بعد سريانه خاضعا لنفس القانون الذي كان يخضع له عند إبرامه لأننا بصدد نفس العقد.[1]

4/-انتهاء وقف تنفيذ العقد: ينهي وقف سريان عقد الاستثمار بطرق متعددة وهي:

أ/- انقضاء الوقف باستئناف سريان العقد.

ب/-نهاية مدة العقد(ما لم يمتد مدته مدة مستوية لمدة وقف...).

ج/- إذ أصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد في المدة المتبقية للتنفيذ.

ثانيا: *إعادة النظر في الالتزامات العقدية*

إن شرط إعادة التفاوض إنه يعطي الفرصة لأطراف العقد بإعادة النظر في التزاماتهم التعاقدية، التي تأثر تنفيذها بالوباء، كوفيد-19-، إذن إعادة النظر تعتبر من الآثار المترتبة على فكرة إعادة التفاوض.

-تعتبر عملية إعادة النظر الغاية من إنشاء شرط إعادة التفاوض ومن أجل إعادة النظر يقوم كل من المستثمر والدولة المضيفة بإدراج هذا الشرط في عقدهم في حالة نشوء حالة واقعية جديدة تغير ظروف العقد.

☜ -إن فكرة إعادة النظر تمثل النقطة الجوهرية التي يسعى أطراف العقد إلى تحقيقها بإعادة تفاوض، بعد اختلال التوازن العقد بفعل هذا الوباء فيروس كورونا من أجل إيجاد الحل المناسب في هذا الوضع.[2]

[1] محمد حسين المنصور، المرجع السابق، ص398. .

[2] طبال جهيدة، المرجع السابق، ص 46.

إذن تعرف إعادة النظر في الالتزامات التعاقدية أنها آلية من الآليات الهامة لحل الخلافات والنزاعات ناتجة عن هذا الوباء كوفيد- 19-أثناء تنفيذ العقد الاستثمار الدولي، وذلك عن طريق إلزام المتعاقدين بتبادل الاقتراحات وقد تتضمن التنازلات للوصول إلى اتفاق جديد وملزم للطرفين يخدم مصالحهم.[1]

-وتتجلى مدة إعادة النظر لها أثر سلبي على العقد وعلى أطرافه ولأن إطالة مدة إعادة النظر لها أثر سلبي على العقد وعلى أطرافه وخاصة الطرف المتضرر وذلك أشار إليه أحد الفقهاء بقوله ***" إذا كان اختلال العلاقة جسيما وكان تنفيذ العقد مستمر أو مشايع فإن الأشكال يطرح أكبر حيث يمكن التعليل منه من خلال أجل محدد لانتهاء إعادة النظر"***.

1_ طبيعة الالتزام بإعادة النظر:

وفي مستهل الحديث أنه آثار الجدل فقهي حول طبيعة الالتزام بإعادة النظر فمنهم من يعتبرها على أنها التزام ببذل العناية، وذهب جانب آخر العقد على اعتبار أن الالتزام بإعادة النظر هو تحقيق نتيجة.

أ/- يعين التزام ببذل العناية من قبل الأطراف من أجل تخفيف الضرر ويتحقق ذلك باتخاذ كافة التدابير المعقولة أو إجراءات تتناسب مع الأوضاع المترتبة وبوسائل متعددة تختلف باختلاف موضوع العقد والظروف المحيطة به ، ومن أجل ضمان بقائه.[2]

[1] حنين رمزي الأمين، المرجع السابق، ص60.

[2] حصايم سميرة،"**الآثار القانونية للفيروس كورونا** ...."، المرجع السابق، ص26.

ب/- أما جانب الأخر باعتبار أن الالتزام بإعادة النظر هو التزام بتحقيق نتيجة كانت من وجهة نظرهم لولى نية الأطراف العقد في الوصول إلى اتفاق مرضي يستمر به تنفيذ العقد، لما أدرجوا شرط إعادة التفاوض.[1]

وهكذا يتبين من خلال ما سبق أن التزام ببذل العناية هو رأي الذي يتماشى مع تغير ظروف المحيطة بالعقد.

وفي نفس الصدد تم إشارة أن الحل المناسب هو حسن النية في عملية إعادة النظر وذلك من أجل تحقيق العناية وبذل النتيجة وهو الحفاظ على علاقة العقدية وذلك عن طريق تعديله.[2]

ثالثا: الاتفاق الجديد

من نتائج إعادة النظر هو وصول الأطراف إلى النهاية ايجابية ترضي طرفين ولا تحقق هذه النتيجة إلا بنجاح مفاوضات وصول إلى الهدف المبتغاة وهو الاتفاق جديد في ظل الوباء يحدد ويتكيف مع ظروف الجديدة ويحدد الالتزامات الأطراف نتيجة لفكرة أو شرط إعادة تفاوض

☜ -لكن يبقى التساؤل المطروح ما تكييف هذا الاتفاق الجديد هل يعد عقدا جديدا إبرام بين لأطراف أو انه مجرد تعديل للعقد الأصلي؟

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه بان الاتفاق الجديد تعديل للعقد الأصلي،هو الأصح لان هدف من هذا تعديل هو بقاء العقد لأصلي قائما، بمجرد الأطراف تم اللجوء إلى فكرة إعادة تفاوض في ظل الوباء فيروس كورونا فإنهم يحبذون العقد الأصلي وان هذا الاتفاق الجديد مكمل له فقط، بمعنى هو

[1] بن طبال جهيدة، المرجع السابق، ص48.

[2] حنين رمزي الأمين، المرجع السابق، ص 68.

المحافظة على العقد الأصلي واستمرار إنشاء عقد جديد[1] وكان الالتزام الذي اختفى التزاما أساسيا لا يقوم العقد إلا به. فتكون أمام تجديد العقد الأصلي.

ومن زاوية، أخرى يرى الفقه أن الاتفاق الجديد عقدا جديدا طالما وجود النية في تعديل العقد الأصلي.

وعليه، لكي نحدد طبيعة الاتفاق الجديد، فانه يجب النظر إلى جزء العقد الذي ورده عليه التغيير، بمعنى إذا ورد التغير على وجود الالتزام ذاته أو على مصدره، وهنا نكوم أمام معادلة بسيطة وهي:

-نية التجديد + الاتفاق الأطرف صراحة للانقضاء التزام+التغيير في مسائل جوهرية=العقد جديد

رابعا: التحكيم كنتيجة لفشل عادة التفاوض

في حالت عدم نجاح عملية إعادة التفاوض آو عدم بالالتزام اتفاق الجديد فان اللجوء إلى التحكيم هو الحل الأخير، إذن التحكيم يعتبر اثر من آثار إعادة التفاوض في حال عدم نجاحه وفي هذه الحال تتمتع هيئة التحكيم في صلاحية إعادة التوازن للعقد متأثرا بالوباء فيروس كورونا المستجد إن اللجوء إلى التحكيم سواء في شكله التقليدي أو الالكتروني يخضع كلا الاثنين لاتفاق الأطراف على اعتباره وسيلة فعالة لحل هذا النزاع التي تثور بتنفيذ عقود الاستثمار ويكون هذا أما في شكل اتفاق تحكيم أو المشارطة التحكيم تكون في شكل مكتوب.

إلى أن الجائحة كورونا فرضت ظروف أخرى وجب إيجاد حلول لها من اجل المحافظة على العلاقة العقدية في ظل هذا الوضع لذلك أصدرت الغرفة التجارية الدولية مذكرة إرشادية بشأن تدابير الممكنة

[1] شريف محمد غانم، مرجع السابق، ص414.

التي تهدف إلى تخفيف من تأثير الجائحة كورونا [1] الذي أثر في الالتزامات التعاقدية ونشب العديد من النزاعات المعروضة على التحكيم خاصة التي تتعلق بالعقد الدولي.

حيث قامت هذه الغرفة التجارية بتحديد مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى تفادي التأخيرات التي تسببت فيها الظرف الراهن الذي أدى إلى تعطيل الجلسات المحكمة[2].

ولهذا أقرت هذه الأخيرة ضرورة إلى اللجوء إلى رقمنة الإجراءات لما تتميز به من مرونة في التكييف مع الأوضاع عن طريق استخدام وسائل [3] التواصل الالكترونية و منصات التداول التي تسمح بالفصل في النزاعات التحكمية في وضع هذا الوباء بشكل منصف و بأقل تكلفة.

على الأطراف اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع في ظل هذا الوباء التقيد بالإرشادات التباعد الاجتماعي وأخذ الحيطة اللازمة لتفادي آثار فيروس كورونا المستجد.

[1] المذكرة التوجيهية الصادرة من غرفة التجارة الدولية بشأن تدابير الممكن اتخاذها لتخفيف من آثار جائحة فيروس كورونا الصادرة في أفريل 2020.

[2] أنظر الملحق 1.

[3] أنظر الملحق 2.

خلاصة الفصل الثاني :

تماشيا مع ما تم ذكره لهدا الفصل من آثار فيروس كورونا المستجد على تنفيذ عقود الاستثمار الدولي تمثلت في:

رتبت القوة القاهرة أثرين هامين أحدهما يمس الالتزام والمتمثل في الانفساخ والأخر في انتفاء مسؤولية المدين بسبب هذا الفيروس إلا أن هناك استثناء عن هذه القاعدة والمتمثل في مبدأ حرية التعاقد لتنظيم شرط القوة القاهرة بشكل يختلف عن التنظيم القانوني لها في ظل انتشار هذه الجائحة

ولمعالجة اختلاف التوازن العقدي في ظل نظرية الظروف الطارئة الناتجة عن هذا الوباء هو مراجعة عقد الاستثمار وكان كالآتي:

سلطة القاضي في تعديل الالتزام المرهق إلى حد المعقول حسب المادة 107 فقرة 3 ،مما يتدخل لزيادة التزامات الدائن أو الإنقاص من التزامات المدين آو الفسخ ووقف تنفيذ العقد أما في نطاق الأعراف التجارية الدولية فالإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد نتيجة الظروف الطارئة لا يعطي للقاضي إمكانية التدخل بل ترتب التزاما يقع على عاتق الإطراف مفاده ضرورة اللجوء الأطراف إلى الشرط إعادة التفاوض من اجل المحافظة على العقد والاستمرارية في ظل الوباء المنتشر والبقاء لمد طويلة ولهذا نجد إرادة الأطراف التي تلعب دورا كبيرا في تحديد مصير العقد .

إذن مضمون نظرية الظروف الطارئة تختلف بين القانون الوطني وأعراف التجارة الدولية

خاتمة
Designed by pngtree

إن عقود الاستثمار لها مكانة فعالة بالنسبة للدولة حيث كان لها اهتمام كبير من قبل الفقهاء القانون والاقتصاد باعتبار المصدر الرئيسي لخلق الثروة الإنتاجية وجذب استثمارات وزيادة تدفق رؤوس الأموال وأيضا له دور فعال في التنمية الاقتصادية من طرف المستثمرين إلى الدولة المضيفة، مما تعدد أشكال وصور نماذج هذه العقود وذلك راجع باختلاف خطط التنموية، مما تسعى الدولة المضيفة توفير مناخ الملائم للاستثمار عن طريق تقديم الضمانات اللازمة للمستثمر.

تبرم عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أم اعتباري، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للطرف الأول والربح للطرف الثاني. مما نجد هذه عقود تتضمن أطراف غير متكافئة بالمراكز القانونية والاقتصادية والسياسية مما تتميز بطبيعة خاصة تميزها عن سائر العقود الأخرى.

إلا أن انتشار فيروس كورونا المستجد كوفيد-19- وما تلا ذلك من الإجراءات الاحترازية طارئة ومشددة، مما يستدعي أنه حدث استثنائي عام، مما حاولنا من خلال هذه الدراسة التحليلية إعطاء فكرة شاملة ودقيقة حول مفهوم هذا الوباء وتأثيره على تنفيذ عقود الاستثمار، وبعد عرضنا للقواعد العامة التي تحكم كل من نظريتين القوة القاهرة والظروف الطارئة، قد اختلف الفقه في تصنيف جائحة كورونا في أي من النظريتين:

- نظرية تم ربطها بالقوة القاهرة بمفهومها القانوني عند استفاء شروطها والتواجد أمام الاستحالة المطلقة للتنفيذ، بالنظر إلى طبيعة الالتزامات التعاقدية وبيان الإجراءات المتخذة لمنع تفشي الوباء كوفيد- 19- مما وجدنا خصوصية القوة القاهرة في عقود الاستثمار وهي حرية الأطراف في صياغة شرط القوة القاهرة وأثرها.

إذن يترتب عن وباء كورونا صعوبة في تنفيذ الالتزامات مما تم إسناد على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ومبادئ عقود التجارة الدولية، التي تتضمن أحكام خاصة تتعلق بالحالات التي يكون فيها تنفيذ العقد مستحيلا.

-مما بادرت البلدان الاقتصادية الكبرى جرد الأطراف من مسؤولياتهم، مما تم استصدار بشهادات القوة القاهرة باعتبارها الحل الأنسب في نتيجة الوضع مترتب عن وباء كورونا المستجد.

☜ بالإضافة أنه يترتب عن وباء كورونا صعوبة في تنفيذ الالتزامات العقدية أو ما يعرف بالإرهاق دون استحالتها، مما يستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن العقدي وكانت كالتالي:

- إذا تم الاتفاق الأطراف عقد الاستثمار للجوء إلى القانون الوطني فهنا نجد سلطة القاضي في الموازنة بين المصالح الطرفين سواء الاستعمال أو وسائل المتعلقة برد الالتزام بحد ذاته أو الوسائل المتعلقة بالعقد أو ما يراه المناسب.
- لكن في نطاق الأطراف التجارة الدولية بإخلال التوازن الاقتصادي للعقد الاستثمار للجوء إلى العملية التي من شأنها تحقيق إعادة التوازن في إطار الحرية التعاقدية وهي إعادة التفاوض لاتفاقي في ظل تفشي الوباء كورونا المستجد، حيث يقترح حلولا تضمن المحافظة عليه واستمراره بدلا من إنهاءه، والسعي بحسن النية والتعاون استمرارية عقد.
- وفي حالة عدم نجاح عملية إعادة التفاوض فإن اللجوء إلى التحكيم باعتباره الحل الأخير.

-ولا بد الإشارة إلى غرفة التجارة الدولية التي قامت من خلال المذكرة الإرشادية بشأن التدابير التي تهدف إلى التخفيف من تأثير جائحة كورونا كوفيد-19- بتحديد الإجراءات الاستثنائية لتسهيل القضايا التحكمية وتكييف هذه قواعد ليتماشى مع الوضع الاستثنائي وهذا تم تدرجه في ملاحق.

❁ وفي هذا الإطار يمكننا تقديم مجموعة من مقترحات لمعالجة تغير الظروف المحيطة بالعقد الاستثمار الدولي بفعل وباء كورونا المستجد:

- ✓ يجب إعادة النظر في قواعد القانون وفق ما يناسب خصوصية الأوبئة، من أجل الاستجابة التطورات الحاصلة مجال التجارة الدولية.
- ✓ يجب صياغة شرط القوة القاهرة بدقة ووضوح، مما لا يترك مجالا للشك عند تطبيق ذلك الشرط وذلك عن طريق:

أ/- تحديد ماهيتها بشكل الموسع.

ب/-تحديد قانون الواجب التطبيق .

ج/- تحديد الأحداث التي تعد من قبيل القوة القاهرة.

- ✓ من ناحية صياغة شرط إعادة تفاوض فيستحسن أن يلجأ الأطراف إلى صياغة الخاصة لتغيير عن عناصر الشرط بدلا من الصياغة العامة من أجل تمييزه عن الأنظمة المتشابهة.
- ✓ تكريس مبدأ التعاون وبحسن النية من أجل استمرارية عقود الدولية.

الملاحق

Designed by pngtree

الملحق رقم (1): قائمة مرجعية لبرتوكول بشأن الجلسات المرافعة الافتراضية.[1]

الملحق 1

قائمة مرجعية البروتوكول بشأن جلسات المرافعة الافتراضية

أ- لحظة ما قبل جلسة المرافعة: التحقق، التوجيهية

(i) تحديد ما إذا كانت المسألة برأي هيئة ضرورية لالترافيها في محيط أعمال جلسة المرافعة، وإن هيئة يمكن معالجتها استنادا إلى المستندات فقط؟

(ii) التحقق على عدد وقائمة المشاركين (المحكمون، الأطراف، المستشارون القانونيون، الشهود، الخبراء، الأعضاء الإداريون، المترجمون الفوريون، المختزلون، الفنيون، إلخ)؛

(iii) التحقق على عدد المشاركين في كل غرفة افتراضية وما إذا كان عددهم 3850 درجة لجميع الغرف المشاركة مطلوب أو ضروري؛

(iv) التحقق على غرف الغرفة الافتراضية لجميع المحكمين ولكل طرف في القضية بالتشاور بين بعضهم البعض بشكل خاص أثناء جلسة المرافعة؛

(v) تحديد جميع مواقع تسجيل الدخول وقائمة الانتظار؛

(vi) المرافقة على تحديد هوية كل فرد حاضر في كل غرفة افتراضية في بداية الجلسات الأحدث (الإدلاء كل فرد بأسمه)؛ و

(vii) إلى جميع ما سبق، التشاور والاتفاق بين الأطراف وهيئة التحكيم بشأن مواعيد جلسة المرافعة ومدتها وجدولها الزمني اليومي مع مراعاة مختلف المناطق الزمنية.

ب - المسائل الفنية، المراسلات المتحدثات، فريق الدعم

(i) التشاور بين هيئة التحكيم والأطراف بشأن ما يلي:

- المنصات الإلكترونية المستخدمة (بما في ذلك الوصول الفوري إلى المنصات الإلكترونية المذكورة)؛
- البعد الأمني من مواضيع النظام والمخاطرات الفنية (التسجيل السلس (الصوت والفيديو) والفورية والاستماع المتزامن في كل جوانب)؛
- ما إذا كانت هناك حاجة إلى معدات محددة في كل موقع (غرفة، أجهزة الكمبيوتر المحمولة، معدات الصوت، معدات الاتصال أي معدات أخرى أو أجهزة محمولة يحتمل أن يستخدمها أي من الأطراف ضرورية)؛

(ii) فحص أولي لتوافق المنصة والتكنولوجيا المختارة المستخدمة؛

(iii) مراعاة الحاجة إلى أدلة توجيهية للمشاركين الذين قيموا على دراية بالتكنولوجيا المنصة، التطبيقات، وأي المعدات المستخدمة خلال جلسة المرافعة؛

(iv) التشاور بين هيئة التحكيم والأطراف بشأن إعداد الخيارات التي يتعين اتخاذها في حال وقوع أعطال فنية خلال جلسة، انقطاع الاتصال أو انقطاع التيار الكهربائي (فترات الفصل بديلة والدعم الفني الافتراضي لجميع المشاركين)؛

(v) إعداد دورتين وحيدتين على الأقل خلال التحضير الذي يسبق جلسة المرافعة لاختبار الاتصال والبث، وخلال الفترة الأخيرة قبل بدء من جلسة المرافعة للتأكد أن كل شيء - على ما يرام.

ج - السرية الخصوصية، الأمن

(i) التشاور بين هيئة التحكيم والأطراف بشأن ما إذا كانت جلسة المرافعة الافتراضية ستظل خاصة وسرية بين المشاركين؛

(ii) التحقق على تحديد وتحديث وتأمين جميع المشاركين؛

(iii) التشاور بين هيئة التحكيم والأطراف بشأن ما يلي:

- تسجيل جلسة المرافعة الافتراضية (التسجيل الصوتي البصري، سرية التسجيل وقيمة التسجيل مقارنة بأي نسخة كتابية، إلخ)؛
- أي متطلبات أو محاذير خاصة مهمة قد تؤثر على تسجيل أو تصدق بعض المشاركين؛
- البعد الأمني من متطلبات التأمين لضمان سلامة أمن جلسة المرافعة الافتراضية ضد أي اختراق، تسجيل غير مشروع، إلخ.

[1] مذكرة توجيهية صادرة عن غرفة التجارة الدولية بشأن التدابير الممكن اتخاذها لتخفيف من آثار جائحة فيروس كورونا، المنعقد في 9 أفريل 2020ن ص 6.

الملحق رقم(2): البنود المقترحة لبرتوكولات السيبرانية والأوامر الإجرائية التي تتناول تنظيم الجلسات المرافعة الافتراضية.[1]

الملحق 2

البنود المقترحة لبروتوكولات السيبرانية والأوامر الإجرائية التي تتناول تنظيم جلسات المرافعة الافتراضية

I. المشاركون

"[ذكر هيئة التحكيم وتاريخه بعد جلسة المرافعة المقررة (إحالة التاريخ والوقت) من خلال المؤتمر الصوتي (فيديو كونفرنس)].

بناء على المعلومات المقدمة حالياً من الأطراف، يشارك المشاركون الآتي ذكرهم ("المشاركون") في جلسة المرافعة من المواقع المحددة أدناه:

أ. الطرف المدعي
[إدخال الأسماء وصلاحيات الوصول لمعدلي التعديل وإضافة الأعضاء]

ب. ممثلو الطرف المدعي
[إدخال الأسماء وصلاحيات الوصول لمعدلي التعديل وإضافة الأعضاء]

ج. المدعى عليه
[إدخال الأسماء وصلاحيات الوصول لمعدلي التعديل وإضافة الأعضاء]

د. ممثلو المدعى عليه
[إدخال الأسماء وصلاحيات الوصول لمعدلي التعديل وإضافة الأعضاء]

ه. هيئة التحكيم
[إدخال أسماء أعضاء هيئة التحكيم وصلاحيات الوصول لمعدلي التعديل وإضافة الأعضاء]

و. الشهود / الخبراء (لا مزيد التسجيل / الدخول بالتناوب / مشاركين آخرين بحسب الاقتضاء)
[إدخال الأسماء وصلاحيات الوصول لمعدلي التعديل وإضافة الأعضاء]

على كل مشارك أن يسجل الدخول، على الفور، بمجرد انضمامه أو يسأل إلى جميع المشاركين عبر البريد الإلكتروني، بأي تأخير في مواقع أعضاء التعديل أو تفاصيل الاتصال."

II. المسائل التقنية: أنواع الصفات، المتطلبات، طريق الدعم

"على الأطراف تأمين الصدى رابطاً بالفيديو موثوق به وذو جودة كافية يمكن لجميع المشاركين من المشاركة بفاعلية في جلسة المرافعة بواسطة الجلسة المختارة. على الأطراف أن يتأكدوا فيما بينهم وبين هيئة التحكيم وطاقم مشاركة منظم عليها لمزودي خدمات المؤتمرات الصوتية (الفيديو كونفرنس) المزمع استخدامها في الجلسة _____ أيام من تاريخ هذه المذكرة. ويجب على هيئة التحكيم التشاور مع الأطراف بشأن اختيار هم المفضل من قائمة مزودي الخدمات المطلق عليهم قبل اختيار مزود الخدمات.

يجب على الأطراف أن يتشاوروا ويبعثوا إلى الأقل على ما يلي خلال _____ أيام من تاريخ هذه المذكرة:

(i) اسم الأشخاص من موظفات الطاقم والمتطوعات الذين للاتصال الشخصي والفوري العناصر والعناصر وإدراج أنظمة التشغيل المستخدمة سرعات الحاسوبات سعة الذاكرة الوصول الخاص سرعات الكاميرا عرض الشاشة الدرزي للشبكة، الخ.)؛

(ii) أي أجهزة أو معدات (كاميرات عرض، كاميرات ويب، حاملة الكاميرا، مكبرات صوت أو سماعات رأس مدمجة) الضوضاء، هواتف، أجهزة كمبيوتر، لوحاتها، مواقع ات) مواصلات الاتصال، أي معدات أخرى أو أجهزة متعلقة بصورية بصرية بدراء الأطراف ضرورية للجلسات الافتراضية لهذه المرافعة؛ و

(iii) أي متطلبات متعلقة بالمواقع فيما يتعلق بموقع و الاتصال.

[1] مذكرة توجيهية، المرجع السابق، ص 8.

© إعداد نموذج بإذن الناشر المعهد العالمي للتحكيم من كتاب معاهدة فيينا، كلوزر

في حالة عدم الاتفاق يقدّم الطلب المذكور أعلاه، يجب على الأطراف إيداع هيئة التحكيم بمقترحاتهم المنفصلة مكتوبة بتاريخ لاحق للأسباب الكافية وراء الموافقات/أو المخالفات التي هي بإزاء مخططة أو أيضاً والمحكمة بمزود خدمات منصة المؤتمرات المصورة (فيديو كونفرنس) المختارة في الحين _____ أيام من انتهاء التاريخ المحدد في الفقرة السابقة. يجب على الأطراف تقديم اقتراحاتها المنفصلة إلى هيئة التحكيم بالشكل المرفق بهذا الأمر الإجرائي رقم _____ في الملحق 1.

تختار هيئة التحكيم في الاقتراح المشترك للطرفين أو المقترحات المنفصلة للأطراف وتؤكد أو تعدّل المخالفات والموافقات الفنية المحكومة التي سيتم استدعاؤها في جلسة المرافعة. عند تعيين المخالفات والموافقات المحكومة المذكورة، يجوز لهيئة التحكيم أن يستدعوا خبيرين في تكنولوجيا المعلومات يختارهما الأطراف أو تعيين لجنة هيئة التحكيم (على نفقة الأطراف)، يعملان بشكل مستقل ويساعدان هيئة التحكيم بصورة موجزة قبل الجلسة. عملية تحديد المخالفات والموافقات المحكومة. وإذا لم يتم الأمر، يتفق على هيئة التحكيم، بعد التشاور مع الأطراف، إصدار التوجيهات الضرورية لتحديد الأنشطة والمساعدة التي سيقدمها خبراء تكنولوجيا المعلومات.

عند الموافقة على كل أو جزء من الموافقات والمخالفات المذكورة أعلاه، أو عندما يتيح الأطراف هيئة التحكيم بمقترحاتهم المنفصلة يجب على الأطراف الأخذ في الاعتبار توافق مخالفاتهم وموافقاتهم المحكومة مع (1) أي مخالفات مخططة بمزود الخدمة المنصة المختارة، (2) وأي مخالفات خاصة بالمواقع لجميع المشاركين الآخرين.

يجب تقديم موجز بسيرة للأنشطة التوجيهية المحكومة من أجل استخدام خدمات منصة المؤتمر المصور (فيديو كونفرنس) المختارة بكفاءة وفعالية بإذن الأطراف/هيئة التحكيم في الحين _____ أيام من تاريخ اختيار مزود خدمة/منصة المؤتمر المصور (فيديو كونفرنس) بعد بأن خارج نهاية الأنشطة التوجيهية. وتقدم الأنشطة التوجيهية المذكورة تقارير خاصة على الميزات والأدوات المتاحة للمشاركين.

يتشاور الأطراف ويتفقون (أو يقدمون مقترحات منفصلة) على إجراءات المؤتمرين التنصيفية التي تعتبر لازمة في حالة حدوث أعطال فنية أو انقطاع للاتصال بشبكة الإنترنت أو انقطاع التيار الكهربائي أو أي حالات انقطاع أخرى لمنصة المرافعة خلال _____ أيام من تاريخ هذا القرار.

على محققي الأطراف وكل عضو من أعضاء هيئة التحكيم رأي مشارك آخر في جلسة المرافعة أن يتذكروا في تحقيق اختبار على الأقل من أجل (1) التأكد من أن المعدات والمخالفات الفنية المحددة لجلسة المرافعة فعالة وحاسمة، (2) ومخالفات الاتصالات بشبكة الإنترنت الأخرى. ظروف جلسة المرافعة، خلال الشهر الأول يسبق موعد الجلسة. يقوم الأطراف بالتنسيق والاتفاق مع هيئة التحكيم بتحديد مواعيد وأوقات ومدة تحقيقات الاختبار المذكورة.

للتجنب الشك، من الجليّ والمتفق عليه أن الأطراف يلجؤون إلى تعريض دعم كافة نتائج المخبرة المذكورة، في الوقت والمقترحاتهم في هذا الإختبار.

تختبر المخالفات المذكورة أعلاه بغض النظر عن نوع المؤتمر المصور (فيديو كونفرنس) المستخدم، بما في ذلك المؤتمرات المصورة (فيديو كونفرنس) من نقطة إلى نقطة والمؤتمرات المصورة (فيديو كونفرنس) المتعددة النقاط، والمؤتمرات المصورة (فيديو كونفرنس) عبر الإنترنت وما لمؤتمرات المصورة (فيديو كونفرنس) عبر الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة (إيزن)."

© جريدة الأعمال الدولية - مجموع الحقوق محفوظة. تريبل ISDB

قائمة المصادر والمراجع

أولا- قائمة المصادر:

-القرآن الكريم:

سورة المائدة، الآية، 09.

-الاتفاقيات المصادقة عليها:

1. الاتفاق المبرم بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية بشان التشجيع والحماية المتبادلة، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الوسائل المتعلق يهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13فيفري1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94 .01 مؤرخ في 02 جانفي 1994، ج.ر.ج.ح، عدد01 صادر في 02 جانفي 1994.
2. اتفاقية واشنطن الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346، المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج .ج ، عدد66، صادر في 6نوفمبر 1995.
3. مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بالعقود التجارية الدولية . المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص . الطبعة الثالثة، روما، 2003.
4. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع . لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي . نيويورك،2011.

-القوانين:

-النصوص التشريعية:

1. القانون رقم 07-05، مؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر،عدد 50 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2005.
2. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، صادر في 25 فبراير 2008.

3. قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03اوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد46، صادر في 03 أوت 2016.
4. أمر رقم 85-75. المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم القانون رقم 05-07 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر، عدد31، صادر في 13 ماي 2007.

-النصوص التنفيذية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 20-69، مؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير وباء فيروس كورونا كوفيد-19- ومكافحته ، جريدة رسمية 21 مارس2020، العدد15.
2. مرسوم التنفيذي رقم 20-70، المؤرخ في 24 مارس 2020 الذي يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار كورونا ومكافحته، ج.ر، عدد 16.

ثانيا: المراجع

1-باللغة العربية:

-الكتب.

1. أشرف مُحَّد خليل حماد، **التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية** ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2010.
2. أنور سلطان، **مصادر الالتزام في قانون المدني الأردني** ، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007.
3. باسم حمادي الحسين، **الاستثمار الأجنبي المباشر FDI ، (عقود التراخيص النفطية وأثرها في تنمية الاقتصادية)**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2014.

4. بشار مُحَّد الأسعد، الفعالية **الدولية في المنازعات عقود الاستثمار الدولية** ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

5. بشار أحمد أسعد ، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق، وسائل تسوية منازعاتها)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، 2006

6. بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري** . الجزء الأول، ط الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004.

7. بن شويخ الرشيد، **دروس في النظرية العامة للالتزام**، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.

8. حسن النمر، **الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية** ، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2017.

9. خالد أحمد عبد الحميد ، **فسخ العقد، البيع الدولي للبضائع وفق الاتفاقية فينا 1980**، ط01، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، مصر، 2002,

10. خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية ولأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن)**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014.

11. شريف مُحَّد غانم، **أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية** ، طبعة الأولى، مطبعة الفجر الوطنية، دبي، الإمارات المتحدة العربية، 2010.

12. شيرزاد حميد هروي، **منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، طبعة الأولى** ، دار فكر الجامعي، الإسكندرية،2017.

13. عبد الحكم فوده، **أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال الدولية القانونية** ، طبعة الأولى،منشأة المعرف، الإسكندرية،مصر، دون سنة النشر.

14. عبد الحميد الشوارلي، **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه** ، ط 3ن منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 1998.

15. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، الج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.

16. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني.(نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام)**، الج1، منشأة المعارف،الإسكندرية، مصر، 2003.

17. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **نظرية العقد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

18. عبد السلام أبوقحب، **إدارة الأعمال الدولية**، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005.

19. عزت صلاح عبد العزيز مُحَّد، **إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة العالمية**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2013.

20. علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام** ، ط3، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر،1998.

21. علي فبلالي، **الالتزامات(النظرية العامة للعقد)**، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

22. عليوش قربوع كمال، **قانون الاستثمار في الجزائر** ، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 1999.

23. فؤاد مُحَّد مُحَّد أبو طالب، **التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية(وفق الأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة)**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2010.

24. قدري عبد الفتاح الشهاوي، **آثار الالتزام، نتائجه وتوابعه في التشريع المصري المقارن** ، منشأة المعارف،مصر،2003.

25. مُحَمَّد الكبشور، **نظام التعاقد(نظرتين القوة القاهرة والظروف الطارئة)** ، ط 1، دار النجاح الجديدة للنشر، الدار البيضاء، مراكش، ص1993.

26. مُحَمَّد حسين منصور، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

27. مُحَمَّد صبري السعدي، **شرح قانون المدني الجزائري** (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، التصرف قانونين العقد، الإرادة المنفرد)، الجزء الأول، ط92، دار الهدى، الجزائر،200

28. مُحَمَّد غانم، الاستثمار في الاقتصاد السياسي ولإسلامي والتشريع ولاتفاقيات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

29. مُحَمَّد موسى خلف الجبوري، **النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013.

30. مصطفى جمال وآخرون، **مصادر وأحكام الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2003.

31. ناصر لباد، **الأساسي في القانون الإداري** ، ط 01، دار المجلد، سطيف، الجزائر، دون سنة النشر.

32. هشام خالد، **ماهية العقد الدولي**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

33. هشام علي الصادق، **النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية** ، منشأة المعرف، الإسكندرية، 1977.

34. هفال صديق إسماعيل، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة لجديدة**، الإسكندرية، 2015.

3-الرسائل والمذكرات الجامعية.

أ-الأطروحات:

1. أحمد المصطفى مُحَّد صالح الصادق، " ***التحكيم في منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارن")*** ،شهادة الدكتوراه، تخصص القانون خاص،قسم القانون، كلية الدراسات العليا والحث العلمي، جامعة شندي،2012.

2. حصايم سميرة ،" ***أثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية*** "،شهادة دكتوراه، تخصص قانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2019.

3. قابلي الطيب، " ***التحكيم في عقود الاستثمار ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن"*** ، شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2012.

4. مروك أحمد، ***"شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية"*** ، شهادة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، 2015.

5. هني عبد اللطيف،"***حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد*** "، شهادة الدكتوراه، في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2016.

ب/- رسائل ماجستير:

1. حنين أمين رمزي مقبول، " ***دور التحكم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقود الاستثمار الدولية***"، شهادة الماجستير، كلية حقوق والإدارة العامة، جامعة بيزرنت، فلسطين،2015.

2. خميس صالح ناصر وعبد الله المنصوري، ***"نظرية الظروف طارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد"*** ،شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر،2017.

3. فتحي عوض حنين أبو رضوان، ***"القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار*** "، شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2018.

4. هاشمي أعمر، ***"سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار"*** ، شهادة الماجستير، قانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2012.

5. هبة مُحَّد الديب، " ***أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية .(دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني)*** "، شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الازهر، غزة،2012.

ج-مذكرات الماستر:

1. أوليدي موسى، قادري عبد الرزاق، **أثر القوة القاهرة في العقود الدولية**، شهادة ماستر، غير منشورة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017-2018.

2. بن طبال جهيدة، **شرط إعادة تفاوض في عقود الاستثمار الدولية** ، مذكرة ماستر، غير منشورة، قانون علاقات دولية خاصة،كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016-2017.

3. فداق عبد الله، **نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماستر في حقوق، غير منشورة، قانون خاص معمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديسّ، مستغانم،2017-2018.

4/- المقالات:

1. إبراهيم مُحَّد العقود، **" الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية "** ، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزواية، 2015، ص ص283-317.

2. إقصاصي عبد القادر، "**نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي** "، مجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية ، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أحمد دارية، أدرار، الجزائر، المجلد الثاني، العدد الثاني، ديسمبر 2018، ص ص127-142.

3. بن زيد فتحي،" **جائحة كورونا كالقوة القاهرة لتمسك بمبدأ جواز العذر بجهل القانون"** ، حوليات جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، المجلد رابع وثلاثون، عدد خاص(القانون وجائحة كوفيد- 19-)، جويلية 2020، ص ص 188-205.

4. بوخالفة عبد الكريم،" **شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية"**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، المجلد الواحد، العدد الثالث، ديسمبر، 2018، ص ص176-196.

5. حصايم سميرة، **"الأثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقود الدولية** "، مجلة الأبحاث قانونية وسياسية ، كلية الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، سبتمبر 2020، ص ص11-32.

6. يوسف بوشاشي،" **نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات** "، حوليات جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر1، المجلد31، العدد الأول، جوان 2017، ص ص111-133.[1]

7.مولاي زكريا، بن الزين مُحَمَّد الأمين، خدايم كزيم، " ***تأثير فيروس كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية***"، حوليات جامعة الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، مجلد 34، (العدد الخاص: القانون والجائحة الكوفيد 19)، ، جويلية 2020، . ص ص 332-353

5/_ المداخلات:

1. سويلم فضيلة،" **أثر جائحة كورونا على عقود التجارة إلكترونية** "، مداخلة، الوقائع المؤتمر الدولي الافتراضي "جائحة كورونا كوفيد- 19- بين حتمية الواقع والتطلعات، الج 1، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا بالتعاون مع المركز الجامعي مغنية، الجزائر، منعقد يوم 15و16 جويلية2020.

2. عطارد نسيمة،" **جائحة كورونا بين القوة القاهرة وظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية**"، مداخلة، وقائع المؤتمر الدولي الافتراضي"جائحة كورونا كوفيد- 19-بين حتمية الواقع والتطلعات، الج1،المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا بتعاون مع المركز الجامعي مغنية الجزائر، منعقد يوم 15و16 جويلية2020.

3. علي السرطاوي، مداخلة بعنوان **"أثر جائحة كورونا على العقود بمختلف أنواعها"** ضمن متطلبات ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي،(وضع الجوائح والقوة القاهرة)، المنعقدفي09-10 ماي 2020، من طرف اقرأ للإنماء والتشغيل، المملكة العربية السعودية الموقع:. WWW.albaraka.

4. فاروق خلق والمكي دراجي،مداخلة **"الإطار القانوني للاستثمار ودوره في التنمية الاقتصاد الوطني"** الملتقى الدولي السادس عشر حول" الضمانات القانونية للاستثمار في دول

المغاربية"، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة والمخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة، المنعقد في 2016.

5. فليلي بن عمر،"**فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة** "، مداخلة، وقائع المؤتمر الدولي الافتراضي"جائحة كورونا كوفيد- 19-بين حتمية الواقع والتطلعات، الج 1،المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا بتعاون مع المركز الجامعي مغنية الجزائر، منعقد يوم 15و16 جويلية2020.

6/- المواقع إلكترونية:

1. دنياجي، *إلى أي مدى يمكن للقوة القاهرة في زمن الكورونا أن تعفي المدين من التزاماته* ، جريدة الصباح، 10أفريل 2020. الموقع http ://www.assabah.ma... تم تصفحه بتاريخ 29 ابريل 2021.

2. عقيل جاسم خلف، *جائحة كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة*، الحوار المتمدن، 31مارس2020، على الموقع http//w.w.w.mahewar.org....، تم تصفحه بتاريخ 29 ابريل 2021.

ثانيا: مراجع بالغة الفرنسية

1-ouvrage

-oppetit, bruno, l'adaptation des contrats internationaux changement de circontsantances : la clause de hard hip.101 client 1974-p794 et seq…..

https://www transe. L'ex. Orge كتاب إلكتروني مأخوذ من موقع :

Sites intrent

1. Busgéa. paxal ,coronavirus ,force majeure imprévision le monde du droit : le magazine des profession juridiques ,18 mars 2020.
   in http ://www le monde du droit. Fr. consulte :10 avril 2021
2. Haddad Elsa, le coronavirus et ses conséquences sur les contrats, cas de force majeure ou cause din prévision, 20mars2020in https://www.village.gustice.com. consulte10/04/2021.
   3-le coronavirus et la force majeure :comparaison entre la chin et la fronce, https://www.dalloz.actuliel édition 29/05/2020 .

الفهرس

الفهرس

الشكر وعرفان.....

إهداء.....

مقدمة.....

الفصل الأول:عقود الاستثمار في ظل تفشي الوباء كورونا المستجد_كوفيد 19.....

المبحث الأول: **ماهية عقود الاستثمار**.....07

المطلب الأول: **مفهوم عقود الاستثمار**.....08

الفرع الأول: **تعريف عقد الاستثمار**..... 08

أولا: التعريف الاقتصادي للاستثمار.....08

ثانيا: التعريف القانوني للاستثمار.....10

الفرع الثاني: **الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار**.....14

أولا: عقود الاستثمار اتفاقية دولية 14

ثانيا: عقود الاستثمار عقود إدارية.....14

ثالثا: عقود الاستثمار ذات طبيعة خاصة 15

رابعا: عقود الاستثمار عقود القانون الخاص.....15

الفرع الثالث: معايير دولية عقود الاستثمار.....16

أولا: معيار القانوني.....16

ثانيا: معيار الاقتصادي.....18

المطلب الثاني: أطراف عقود الاستثمار.....20

الفرع الأول: الدولة المضيفة للاستثمار كطرف الأول.....20

أولا: المعيار القانوني.....21

ثانيا: المعيار الاقتصادي.....22

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي كالطرف الثاني.....23

أولا: المستثمر الأجنبي الطبيعي..... 24

ثانيا: المستثمر الأجنبي الاعتباري.....25

الفرع الثالث: موضوع عقد الاستثمار.....28

أولا: الاستثمار أجنبي المباشر.....28

ثانيا: الاستثمار أجنبي الغير المباشر.....30

ثالثا: أهمية الاستثمار.....30

رابعا: نماذج العقود الاستثمار.....31

المبحث الثاني: التكييف القانوني لفيروس كورونا المستجد.....33

المطلب الأول: التكييف القانوني الوباء كورونا المستجد بنظرية القوة القاهرة.....34

الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة.....34

أولا: تعريف التشريعي القوة القاهرة.....34

ثانيا: تعريف الفقهي القوة القاهرة.....35

ثالثا: تعريف القوة القاهرة حسب الهيئات الدولية.....35

الفرع الثاني: متطلبات قيام القوة القاهرة في ظل فيروس كورو.....37

أولا: الاستحالة المطلقة أثر مميز للقوة القاهرة 37

ثانيا: استفاء شروط القوة القاهرة بمفهوم قانوني وتطابقها مع كوفيد 19.....39

ثالثا: وضع الاستحالة الطرفية لتنفيذ وباء كورونا المستجد.....42

المطلب الثاني: التكييف القانوني الوباء كورونا المستجد بنظرية الظروف طارئة.....43

الفرع الأول: المقصود بنظرية ظروف الطارئة.....43

أولا: التعريف القانوني.....43

ثانيا: التعريف الفقهي.....44

الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة وتطابقها مع فيروس كورونا.....45

خلاصة الفصل الأول.....49

الفصل الثاني: أثار فيروس كورونا المستجد على تنفيذ عقود الاستثمار.....

المبحث الأول: تأثر تنفيذ عقود الاستثمار بالقوة القاهرة.....51

المطلب الأول: الأثر لازدواجي للقوة القاهرة.....52

الفرع الأول: الانفساخ العقد بسبب القوة القاهرة.....52

أولا: شروط الانفساخ العقد.....53

ثانيا: أثار الانفساخ.....54

الفرع الثاني: أثر الانتفاء المسؤولية المدين.....56

أولا: انتفاء المسؤولية.....56

المطلب الثاني: الاستثناءات عن تطبيق القوة القاهرة بالمفهوم القانوني على وباء كورونا المستجد.....57

الفرع الأول: طبيعة الالتزامات التعاقدية في ظل وباء كورونا المستجد.....57

أولا: حالة القوة القاهرة مؤقتة.....57

ثانيا: صياغة بند القوة القاهرة من قبل الأطراف العقد.....59

ثالثا: الامتناع الحكم بالتعويض.....60

رابعا: تنفيذ الباقي من العقد.....61

الفرع الثاني: الأخذ بالمفهوم لاتفاقي للقوة القاهرة على الأوضاع المترتبة عن عدم تنفيذ التزامات تعاقدية في ظل وباء كورونا.....62

أولا: مبدأ الحرية التعاقد.....62

ثانيا: مبدأ حرية تنظيم شروط القوة القاهرة.....63

الفرع الثالث: حلول عملية المتخذة دولية في ظل كورونا المستجد.....64

المبحث الثاني: تأثر تنفيذ عقد الاستثمار بالظروف الطارئة.....66

المطلب الأول: مراجعة العقد الاستثمار في ظل تفشي فيروس كورونا.....67

الفرع الأول: الوسائل المتعلقة بالرد الالتزام بحد ذاته.....67

أولا: إنقاص الالتزام المرهق.....68

ثانيا: زيادة الالتزام المقابل.....68

ثالثا: الجمع بين الزيادة والإنقاص.....69

الفرع الثاني: الوسائل متعلقة بالعقد.....70

أولا: وقف تنفيذ العقد المؤقت.....70

ثانيا: فسخ العقد.....71

المطلب الثاني: إعادة شرط التفاوض في ظل فيروس كورونا المستجد.....72

الفرع الأول: مفهوم شرط إعادة تفاوض

72.....,,,,,,,,,.....

أولا: مقصود إعادة تفاوض.....73

ثانيا: دور آلية إعادة التفاوض في التقريب بين شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض.....75

ثالثا: مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض في ظل كوفيد 19.....76

الفرع الثاني: الآثار إعادة شرط تفاوض في ظل تفشي فيروس كورونا.....77

أولا: وقف تنفيذ العقد.....77

ثانيا: إعادة النظر في الالتزامات العقدية.....83

ثالثا: الاتفاق الجديد.....85

رابعا: التحكيم كالنتيجة لفشل إعادة التفاوض.....86

خلاصة الفصل الثاني.....88

الخاتمة.....89

الملاحق.....93

قائمة المصادر والمراجع.....97

الفهرس.....109

ملخص:

إن أحد أثار فيروس (covide-19) على المستوى الدولي، هو إثارته للعديد من الإشكالات القانونية في تنفيذ العقود وهنا تم تسليط الضوء على عقود الاستثمار باعتبارها الدعامة الرئيسية للاقتصاديات الدول من أجل جذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي والتي تتميز بدورها بخصوصيات عدة في إطار الحرية التعاقدية، لهدا تم تكييف هذه جائحة بالقوة القاهرة على أساس ارتباطه بطبيعة الإجراءات أو التدابير المتخذة لمنع تفشيه أو ظرف طارئ نتيجة وجود نظريتين استحالة تنفيذ وبين صعوبته وذلك حسب انتشار هذا فيروس

مما تم مراجعة هذا العقد نتيجة تغير الظروف المحيطة به أما من قبل سلطة قاضي لكن حسب معاملات التجارية الدولية لا تعطيه إمكانية التدخل بل يتم للجوء إلى عملية إعادة تفاوض في ظل تفشي جائحة كورونا المستجد.

كلمات المفتاحية: عقود الاستثمار، فيروس كورونا، القوة القاهرة، الظروف الطارئة، إعادة تفاوض لاتفاقي.

Résume :

L un des effets d un virus corona au niveau internationale. est qu' il soulever de nombreux problèmes juridiques . les contrats d'investissement ont été mis en évidence comme le principal pilier des économies de pays afin détira et d'encourager les investissement étrangers que a son tour caractérise par plusieurs particularités dans le cadre de la liberté contractuelle de sorte que cette novelle épidémie a été adaptée par force majeure sur la bas de son lien avec la nature des procédures oueds mesures prises or empêcher sa

propagation ou une circonstance d’urgence a la suite de l existence de deux théories entre l’impossibilité et la difficulté de mise en fonction de la propagation de ce virus corona .

Celle-ci a été revue en raison des circonstances d urgence qui l’entouraient soit par l autrice d un guge .mais selon les transactions commerciales internationales. Elle ne lui donne pas la processus de renégociation a la lumière de l’éclatement de la nouvelle pandémie de corona.

Mots clés

contrats d investissement_ corona virus_ force majeure_ imprévision_ renegociation