مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

اسم المقال: الدفع بحالة الضرورة في التحكيم الاستثماري الدولي
اسم الكاتب: آلاء أحمد شاهين، موسى خليل متري
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8457
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 04:38 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية



المجلد 18، العدد 2
جمادى الأولى 1443 هـ / ديسمبر 2021م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

https//:doi.org/10.36394/jls.v18.i2.4

الدفع بحالة الضرورة في التحكيم الاستثماري الدولي

آلاء أحمد شاهين

موسى خليل متري

كلية الحقوق - جامعة دمشق

دمشق - سوريا

تاريخ الاستلام: 14-08-2018 **تاريخ القبول: 25-03-2019**

ملخص البحث:

في ظل حالة الانفتاح الاقتصادي وتحرر حركة التجارة العالمية وما رافقها من مرونة في انتقال رؤوس الأموال المادية والبشرية، برزت إلى حيز الوجود علاقات قانونية من طبيعة خاصة اتخذت شكل العلاقات الاستثمارية ذات الصبغة الدولية، والتي تتجلى بالدرجة الأولى بالاستثمار الأجنبي المباشر FDI إضافة للاستثمار الأجنبي غير المباشر Portofilo، ونظراً لما تولده هذه العلاقات من إشكاليات قانونية عجز القضاء الوطني و المشرع الوطني عن معالجتها مما دفع بقضاء التحكيم لتولي زمام الحل؛ فبرز إلى حيز الوجود القانوني التحكيم الاستثماري الدولي الذي كان بمثابة حجر زاوية لنشوء القانون الدولي للاستثمار، ولعل من جملة النظريات التي أسس بنيانها هذا النوع من التحكيم هي نظرية الضرورة باعتبارها أحد أهم الدفوع القانونية أمام هيئات التحكيم؛ والتي غالباً ما تلجأ إليها الدولة المضيفة للاستثمار لتبرير الفعل أو الامتناع عن الفعل الذي يشكل إخلالاً بالتزاماتها تجاه المستثمر الأجنبي بصرف النظر عن طبيعة هذه الالتزامات. لعل أهمية هذه الدراسة تتعاظم بهذه المرحلة الحساسة التي تمر بها الدول العربية عموماً والقطر العربي السوري خصوصاً والتي أثرت بشكل مباشر على الاستثمارات الأجنبية المنتشرة على امتداد الجغرافية السورية، وبخاصة ونحن مقبلون على مرحلة إعادة الإعمار وجذب الاستثمارات الأجنبية، حيث سنعالج مدى إمكانية استفادة الدولة السورية على سبيل المثال من نظرية الضرورة لتبرير موقفها تجاه المستثمرين الأجانب التي تأثرت استثماراتهم سلباً في ظل الأزمة من الناحيتين النظرية والعملية بأسلوب علمي قانوني ممنهج.

الكلمات الدالة: نظرية الضرورة، علاقات الاستثمار، المسؤولية القانونية.

المقدمة:

إذا كان قضاء التحكيم أداة لتحقيق العدالة تماماً كما هو حال قضاء الدولة؛ فإن ما يميزه في مجال الاستثمار هو قدرته على حسم المنازعات الاستثمارية عن طريق إيجاد حلول قانونية مستلهمة من واقع هذا النوع من التعاملات الاقتصادية؛ التي باتت اليوم أهم العوامل المؤثرة في حركة الاقتصاد العالمي، وذلك بالاستعانة بالعادات والأعراف والمبادئ القانونية التي تخدم مصالح المستثمر من جهة والدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى.

لقد شكلت السوابق التحكيمية الأرضية القانونية لوجود قانون سمي بقانون الاستثمار الدولي International Investment Law وهو قانون ذو طبيعة خاصة له مصادره المتعددة، إلا أن خصوصية أحكامه تكمن في تناولها للاستثمار الأجنبي وما يفرزه من إشكاليات قانونية قد تعجز القوانين الوطنية عن معالجتها ، فعلى عكس الاستثمار الوطني قد لا يكون المستثمر الأجنبي على علم ودراية كافيين بقوانين وأحكام الاستثمار في الدولة المضيفة؛ الأمر الذي أدى لنشوء نوع خاص من التحكيم هو التحكيم الاستثماري الدولي كرديف تطبيقي للقانون الدولي للاستثمار إذ يرتكز جوهره حول النزاعات الاستثمارية المنبثقة عن علاقات اقتصادية ذات طابع دولي .

ولعل ما يميز هذا النوع من التحكيم أنه غالباً ما يجد أساسه القانوني إضافة لعقود الاستثمار في اتفاقيات الاستثمار الثنائية BIT's أو الجماعية MIT's ، في حين أن مصدر التحكيم التجاري الدولي هو غالباً اتفاقيات خاصة بحتة (عقود دولية)، أضف لهذا وذاك وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية كطرف في التحكيم الاستثماري مما يضفي عليه طابع خاص ولاسيما بظل نشوء مراكز تحكيمية خاصة بهذا النوع من النزاعات مثل المركز الدولي لتسوية النزاعات الاستثمارية، و لعل أهم الدفوع القانونية المثارة أمام مراكز وهيئات التحكيم الاستثمارية هو الدفع بحالة الضرورة نظراً لآثاره القانونية المهمة على العلاقة ما بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار .

أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذه الدراسة القانونية بطابعها التطبيقي إذ أنها تعتمد بالدرجة الأولى على السوابق التحكيمية المرتبطة بالنزاعات الاستثمارية ذات الطابع الدولي، إضافة لارتكازها على القواعد المتعلقة بمسؤولية الدولة عن أفعالها غير المشروعة التي تبنتها لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة في دورتها الخامسة والثلاثين لعام 2001 م، إذ تبرز أصالة البحث بحالة المقاربة القانونية بين قواعد القانون الدولي بشقيه العام و الخاص في سبيل الإجابة عن التساؤلات التي يطرحها؛ الأمر الذي تفرضه طبيعة العلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار .

إشكالية البحث:

تتجلى إشكالية البحث في السؤال الآتي: كيف تعامل القانون الدولي للاستثمار بما يتضمنه من سوابق تحكيمية مع الدفع بحالة الضرورة؟ وما الآثار القانونية التي يولدها إعمال هذا الدفع؟

منهجية البحث:

نظراً للطابع القانوني الخاص لهذه الدراسة كونها جامعة بين عدّة فروع قانونية فهي تتصل من جهة بالقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص ومن جهة أخرى بقانون التجارة الدولية والقانون الدولي الاقتصادي كل ذلك تحت مسمى القانون الدولي للاستثمار، كان المنهج التحليلي العملي هو المعتمد بالدرجة الأولى إلى جانب المنهج الوصفي لناحية وصف الظاهرة القانونية وتفنيد معطياتها و ذلك بالاعتماد على قواعد لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة والمتعلقة بمسؤولية الدولة عن أفعالها غير المشروعة؛ والسوابق التحكيمية والقضائية التي تناولت الضرورة كمبرر لنفي عدم مشروعية فعل الدولة المضيفة للاستثمار بمواجهة المستثمر.

مخطط البحث:

مطلب تمهيدي: الضرورة

المبحث الأول: الدفع بحالة الضرورة

المطلب الأول: الأخذ بنظرية الضرورة

المطلب الثاني: الأساس القانوني للأخذ بنظرية الضرورة

المبحث الثاني: الأثر القانوني للدفع بحالة الضرورة

المطلب الأول: عناصر الفعل غير المشروع للدولة المضيفة للاستثمار

المطلب الأول: تبرير الفعل غير المشروع للدولة المضيفة للاستثمار

مطلب تمهيدي: الضرورة:

«الضرورة هي العدو الأكثر ضراوة للمجتمع القادر على تدمير أي قاعدة قانونية»[1]

أولاً- تعريف الضرورة: لفهم هذا المصطلح بالشكل القانوني السليم لا بُدَّ من التطرق لتعريفه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية.

أ. التعريف اللغوي: الضرورة اسم جمعه ضرورات أو ضرائر، وهي الحاجة أو المشقة أو الشدة التي لا خلاص منها، ويقال الضرورة في الشعر أي الحالة الداعية إلى أن يرتكب فيه ما لا يرتكب بالنثر [2].

ب. التعريف الاصطلاحي: عرف معجم المصطلحات القانونية لمحكمة كاليفورنيا العليا الضرورة بأنها: قوة لا يمكن مقاومتها تفرض سلطانها بما لا يسمح بالتصرف على نحو أخر[3]، ويستخدم الفقه والقضاء مصطلح حالة الضرورة State of Necessity بالإنجليزية و État de Nécessité بالفرنسية[4] لوصف الحالات الاستثنائية التي يكون فيها السبيل الوحيد المتاح للدولة لصون مصلحة أساسية لها من خطر جسيم ووشيك يهددها هو الامتناع عن أداء التزام أخر أقل الحاحاً ضمن شروط معينة[5].

ثانياً- الفرق بين الضرورة والقوة القاهرة Force Majeure [6]: ترجع نظرية القوة القاهرة بجذورها الأولى إلى القانون الروماني للدلالة على كل ما يستعصى توقعه بوسائل الإدراك الإنساني وحتى إن أمكن توقعه فإنه لا يمكن مقاومته[7]، وقد عرّفت المادة 23 من القواعد المتعلقة بمسؤولية الدول عن فعلها غير المشروع الصادرة عن لجنة القانون

(1) Allot , Philip , *State responsibility and unmaking of international law* , (Harvard international law journal, 1988) , Vol. 29 , N. 1 , P. 17 .

(2) المعجم الوسيط، (مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1425 هـ / 2004 م) ط2، ص 538 .

(3) Superior court of California ,Legal glossary , (22 June 2005), E-version is available on : www.saccourt.com visited on 30\1\2019 at 9:00 a.m .

(4) صلاح مطر، لين، معجم المصطلحات القانونية، (منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت، 2011 م)، ص 132.

(5) Dipietro, Domenico, State of necessity in investment arbitration ,(The European Middle Eastern arbitration review , 2008) - without page number available at : http://globalarbitrationreview.com visited on 14\2\2018 at 22:00 p.m

(6) نخلة، موريس والبعلبكي، روحي ومطر، صلاح، القاموس القانوني الثلاثي، (منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت، 2002م)، ص 661.

(7) غنام، د. شريف، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية آثر القوة القاهرة وال Hardship على تنفيذ العقود الدولية، (منشورات أكاديمية شرطة دبي، 2009/2010م)، ط1، ص17.

الدولي[1] في 2001 م والتي تبنتها الجمعية العمومية في 2002م القوة القاهرة بصدد الحديث عن أسباب نفي عدم المشروعية عن فعل الدولة بقولها: -1 تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة الذي لا يكون مطابقاً لالتزام دولي إذا كان راجعا لقوة قاهرة أي : حدوث قوة لا سبيل إلى مقاومتها أو حدث غير متوقع يخرجان عن إرادة تلك الدولة بما يجعل أداء ذلك الالتزام في هذه الظروف مستحيلاً مادياً -2 لا تنطبق الفقرة الأولى : أ- في حالة كون القوة القاهرة تعزى منفردة أو بالاقتران مع عوامل أخرى إلى تصرف الدولة التي تتزرع بها، ب – إذا تحملت الدولة تبعة نشوء تلك الحالة .

أ. الفرق بين حالة الضرورة والقوة القاهرة من حيث الشروط : يشترط لإعمال نظرية الضرورة كما سنرى لاحقاً بشكل مفصل : -1 وجود خطر جسيم ووشيك يهدد مصالح الدولة العليا ؛ 2 - أن يكون اخلال الدولة بالالتزام هو الطريق الوحيد لتجنب هذا الخطر ؛ -3 ألا يؤثر إخلال كهذا على مصالح أساسية للدولة التي يكون الالتزام قائم بمواجهتها أو للمجتمع الدولي ككل؛ 4 – ألا يكون الالتزام محل الاخلال مقرراً بموجب قاعدة آمرة ، في حين يشترط للتمسك بنظرية القوة القاهرة شرطان أساسيان هما :1 - وجود حادث غير متوقع لا يمكن مقاومته ، -2 الاستحالة المادية لتنفيذ الالتزام بسبب هذا الحادث. وبرأينا فإن ما يبرر دقة وصرامة الشروط المطلوبة لإعمال نظرية الضرورة مقارنة بالشروط المطلوبة لإعمال نظرية القوة القاهرة هو الخوف من أن تصبح نظرية كهذه مطية بيد الدول لتبرير خرقها لالتزاماتها التعاهدية أو غير التعاهدية أو تخلفها عن أدائها بالشكل المطلوب.

ب. الفرق بين حالة الضرورة والقوة القاهرة من حيث الأثر: تولد حالة الضرورة استحالة نسبية في تنفيذ الالتزام بعكس القوة القاهرة التي تولد استحالة مطلقة في التنفيذ تنتفي معها المسؤولية القانونية وما يرتبط بها من تعويض في كل

(1) لجنة القانون الدولي إحدى اللجان التابعة للأمم المتحدة تم إنشائها من قبل الجمعية العمومية بالقرار 172/2 في 1947 م بموجب المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة بدور الجمعية العامة في التشجيع المطرد للقانون الدولي وتدوينه، وهي تختلف عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، التي أنشأتها الجمعية العامة بالقرار 2205 سنة 1966 وتضطلع بدور هام في تعزيز مناسقة قانون التجارة الدولية وتحديثه بإعداد صكوك تشريعية وغير تشريعية في عدد من مجالات القانون التجاري الأساسية وترويج استخدام تلك الصكوك واعتمادها ، وصحيح أن كلتا اللجنتين تعملان على تطوير وتقنين القانون الدولي إلا أن الفرق الأساسي بينهما يتجلى بميدان العمل الذي تعبأ به كل منهما، فالأولى تتخذ من مسائل القانون الدولي العام ميداناً أساسياً لعملها في حين أن عمل الأخيرة منصب على مسائل القانون التجاري الدولي. للمزيد حول هذه اللجان قم بزيارة الموقع الرسمي للجنة القانون الدولي www.legal.un.org و الموقع الرسمي للجنة الأونسترال .www uncitral.un.org أخر زيارة في 8/2/2019 الساعة 9 صباحاً

مـرة تكـون فيهـا القـوة القاهـرة هـي السـبب فـي وقـوع الضـرر[1]، فـي حيـن أن حالـة الضـرورة لا يتولـد عنهـا اسـتحالة تنفيـذ الالتـزام ولا تنفـي المسـؤولية القانونيـة للدولـة وإنمـا يرتبـط فيهـا التعويـض بحجـم الضـرر المتولـد عـن فعـل الدولـة أو امتناعهـا كمـا سـنرى عنـد الحديـث عـن آثـار الدفـع بحالـة الضـرورة.

ثالثاً- طبيعة الدفع بحالة الضرورة:

أ. مفهـوم الدفـوع فـي الدعـوى التحكيميـة: الدفـوع جمـع دفـع والدفـع لغـةً الإزالـة بالقـوة و يقـال دفـع القـول أي رده بالحجـة[2] ، أمـا اصطلاحـاً فقـد عـرف الفقهـاء القانونييـن الدفـع بأنـه: وسـيلة الدفـاع القانونيـة التـي يجـوز للخصـم الاسـتعانة بهـا للإجابـة علـى طلـب خصمـه بقصـد تفـادي الحكـم للخصـم بمـا يدعيـه أو تأخيـر هـذا الحكـم؛ سـواء أكانـت هـذه الوسـيلة موجهـه إلـى الخصومـة أو بعـض إجراءاتهـا (الدفـع الشـكلي) أو موجهـة إلـى أصـل الحـق المدعـى بـه (الدفـع الموضوعـي) أو إلـى سـلطة الخصـم فـي اسـتعمال دعـواه منكـراً إياهـا (الدفـع بعـدم القبـول) [3] .

والسـؤال المطـروح بدايـةً هـل يختلـف مفهـوم الدفـوع وأنواعهـا والقواعـد الناظمـة لـكل نـوع منهـا فـي القضـاء عنهـا فـي التحكيـم؟

لا شـك أن الدفـوع التـي يمكـن تقديمهـا فـي أمـام القاضـي هـي ذات الدفـوع التـي يمكـن التمسـك بهـا فـي أمـام المحكـم، مـع وجـود بعـض الاختلافـات بالقواعـد القانونيـة الناظمـة لـكل نـوع مـن أنـواع هـذه الدفـوع فـي الخصومـة التحكيميـة عنهـا فـي الخصومـة القضائيـة كما سـنرى الآن الأمـر الـذي تفرضـه بطبيعـة الحـال خصوصيـة التحكيـم واختلافـه عـن الطـرق القضائيـة في حـل النزاعـات، فالدفـع يقابـل حـق المدعـي باللجـوء للقضـاء أو التحكيـم وينشـأ نتيجـة اسـتعماله؛ فالمحكمـة أو الهيئـة التحكيميـة لا تسـتطيع النظـر بالدعـوى بمعـزل عـن الدفـوع القانونيـة التـي يتحـدد بواسـطتها محـل الخصومـة و المسـائل التـي يتعيـن بحثهـا للفصـل بالدعـوى، وقـد اشـترط الفقـه والقضـاء[4] لقبـول الدفـوع أمـام القاضـي أو المحكـم بالإضافـة للشـروط الخاصـة بـكل نـوع مـن أنـواع الدفـوع القانونيـة علـى حـده جملـة مـن الشـروط العامـة الواجـب توافرهـا فـي أي دفـع

(1) قرار محكمة النقض السورية رقم 3004 تاريخ 13/12/1964م « تنتفي المسؤولية بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ شريطة عدم نسبة الحادث إلى المطالب بالتعويض وعدم إمكانية توقعه واستحالة مقاومته » (سجلات محكمة النقض في دمشق).

(2) مسعود، جبران، المعجم الرائد، (دار العلم للملايين: لبنان ،1999 م)، ط 6، مجلد 1، ص 673.

(3) أبو الوفا، د. أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، (منشأة المعارف: الاسكندرية ،1980)، ص 11.

(4) حرب محيسن، د. ابراهيم، النظرية العامة للدفوع المدنية دراسة مقارنة، (دار الفلاح للنشر والتوزيع: الأردن ،2008 م)، ص 19+18+17.

قانونـي مهمـا كان نوعـه تتجلـى بمـا يلـي :

1. أن يكون موضوع الدفع التمسك بحق أو مركز قانوني موضوعي أو إجرائي.
2. أن تتوافر الصفة والمصلحة في التمسك بالدفع.
3. ألا يكون حق التمسك بالدفع ساقطاً.
4. أن يكون التمسك بالدفع منتجاً بالدعوى.

مـن الجديـر بالذكـر إضافـة للقواعـد السـابقة أنـه ليـس للجهـة الناظـرة بالنـزاع (قاضـي/ محكم) مـن حيـث المبـدأ سـلطة إثـارة أي نـوع مـن الدفـوع سـواء أكانـت شـكلية أو موضوعيـة أو متعلقـة بعـدم القبـول مـن تلقـاء نفسـها دون أن يتمسـك بهـا الخصـوم تكريسـاً لمبـدأ الحيـاد والمعاملـة العادلـة للأطـراف المتنازعـة[1]، مـع وجـود اسـتثناءات علـى هـذه القاعـدة علـى رأسـها الدفـوع المتعلقـة بالنظـام العـام للدولـة أو للمجتمـع الدولـي أو لكليهمـا حسـب معطيـات كل قضيـة علـى حـده.

ب. أنـواع الدفـوع فـي الدعـوى التحكيميـة: وهـي لا تختلـف مـن حيـث المبـدأ عـن نظيرتهـا فـي الدعـوى القضائيـة، وقـد كان الاتجـاه التقليـدي يقسـم الدفـوع القانونيـة إلـى طائفتيـن فقـط همـا الدفـوع الشـكلية والدفـوع الموضوعيـة، إلا أن الاتجـاه الفقهـي الحديـث[2] قسـمها إلـى ثـلاث طوائـف هـي الدفـوع الشـكلية والموضوعيـة والدفـع بعـدم القبـول:

1. الدفـوع الشـكلية/الاجرائية Exception De Procédure: عـرف البعـض الدفـع الشـكلي بأنـه: الوسـيلة التـي يطعـن بهـا الخصـم فـي صحـة الخصومـة أو الإجـراءات المكونـة لهـا[3]، كمـا عرفـه آخـرون بأنـه: كل دفـع يوجـه إلـى الخصومـة أو بعـض اجراءاتهـا دون التعـرض لـذات الحـق المدعـى بـه أو المنازعـة فيـه ويقصـد بـه تفـادي

(1) Article 22\4 of **ICC arbitration rules 2017** : « In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.» Also article 4+5 of **UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration 2014 :** «The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party. »

(2) انظر في هذه الاتجاهات عبد اللطيف خالد حمد، ابتسام، الدفوع في اجراءات التقاضي المدني، رسالة ماجستير، (جامعة النيلين: الخرطوم، 1438 ه/ 2017 م)، ص 77.

(3) هندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، (الدار الجامعية: بيروت، 1989 م)، ص 217.

الحكم بالموضوع بصفة مؤقتة[1]، ومن أهم الدفوع الشكلية التي يمكن التمسك به أمام المحكم هو الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية والذي يهدف لرفع يدها عن موضوع النزاع، وتتجلى أهم القواعد الناظمة لهذا النوع من الدفوع بما يلي:

- يجب إبداء الدفوع الشكلية جملة واحدة قبل الدفوع الموضوعية تحت طائلة سقوط الحق بها باستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام حيث يمكن إثارتها بأي وقت حتى من قبل القاضي نفسه ولو لأول مرة أمام النقض، أمّا في الخصومة التحكيمية فإن الأمر مختلف بعض الشيء إذ يكون إبداء هذا النوع من الدفوع متوقف على اتفاق الأطراف أو على المدة الزمنية المقررة لذلك من قبل هيئة التحكيم حيث يكون تقديمها متزامناً مع الدفوع الموضوعية إلا إذا ارتأت الهيئة التحكيمية قبولها بوقت متأخر.

- تتعرض الجهة الناظرة بالنزاع (محكم – قاضي) إلى الدفوع الشكلية قبل الموضوعية لأن قبول الأولى قد يغني عن النظر بالأخيرة وهذا لا يعني عدم امكانية النظر بهما معاً.

- على الصعيد القضائي لا يحوز الحكم الصادر بالدفع الشكلي حجية الأمر المقضي به لكنه يستنفذ سلطة المحكمة بالنسبة للمسألة الاجرائية التي يفصل بها.

- لا يستنفذ الحكم الصادر بالدفع الشكلي سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع النزاع

- الحكم الصادر بالدفع الشكلي هو حكم فرعي وعلى ذلك لا يجوز الطعن به ما لم يكن منهياً للخصومة.

- لا تخضع الدفوع الشكلية لقاعدة التحديد المطلق وإنما جاء تعداداها في مختلف الأنظمة القانونية على سبيل المثال لا الحصر.

2. الدفوع الموضوعية Defense De Fond: عرّفت الدفوع الموضوعية بأنها: تلك الموجهة إلى ذات الحق المدعى به ويترتب على قبولها رفض طلبات المدعي كلياً أو جزئياً[2] ، كما عرفت بأنها: كل دفع متعلق بموضوع الدعوى وينازع به

(1) أبو الوفا، د. أحمد، المرافعات المدنية التجارية، (منشأة المعارف: الاسكندرية ،1980 م)، ص 211.

(2) حرب محيسن، د. ابراهيم، النظرية العامة للدفوع، ص 23، نقلًا عن:

Jean Vincent – *Procédure civil* ,(Dalloz : Paris , 1976) , 18 ème édition, P.39 .

الخصم بالحق المدعى به[1]، ومن أمثلة هذه الدفوع في النزاعات التحكيمية هو الدفع بحالة الضرورة وفقاً للتحليل الذي سنتوصل إليه بالأسطر القادمة، ويحكم هذا النوع من الدفوع جملة من القواعد الخاصة تتجلى بما يأتي:

- لا يتقيد المدعى عليه بإبدائها بترتيب معين إذ يحق له إبدائها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية، وعلى الصعيد التحكيميّ فإن اتفاق الأطراف أو قرار الهيئة التحكيمية هو الفيصل في هذا المجال.
- وفي أروقة القضاء الوطني يحوز الحكم الصادر بالدفع الموضوعي حجية الأمر المقضي به ويمنع من تجديد النزاع بالمسائل التي فصل بها.
- يستنفذ الحكم الصادر بالدفع الموضوعي وبخلاف نظيره الشكلي سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع النزاع.
- الحكم الصادر بالدفع الموضوعي هو حكم منهي للخصومة وعليه فهو يقبل الطعن فيه مباشرة.
- تشترك الدفوع الموضوعية مع نظيرتها الشكلية بأنها لا تدخل في عداد الحصر والتعداد بمختلف الأنظمة القانونية.

3. الدفع بعدم القبول les fins de non-recevoir: تعددت تعريفات الدفع بعدم القبول إلا أنها لا تخرج عن معنى واحد مفاده أن الدفع بعدم القبول هو : وسيلة دفاع يرمي بها الخصم انكار وجود الدعوى فهو يوجه إلى وسيلة الحماية القضائية أو المطالبة القضائية فينكر على خصمه الحق باستعمالها لعدم توافر شروط هذا الاستعمال[2]، فهو لا يستهدف ذات الحق المدعى به كما هو شأن الدفع الموضوعي كما لا يستهدف اجراءات الخصومة كما هو حال الدفع الشكلي ومثاله الدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية لانتفاء صفة أحد طرفي اتفاق التحكيم[3] ، وتحكم هذا

(1) سيف، رمزي، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، (دار النهضة العربية: القاهرة ،1957 م)، ص 403.

(2) عبد الحكم، فودة، الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، (المكتب الفني للموسوعات القانونية: الاسكندرية – 2007 م)، ج1، ص 48.

(3) مثال ذلك نص المادة 10 من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي م/34 لعام 1433 ه التي تقول أنه: « 1- لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعيًاً أو من يمثله أم شخصاً اعتباريًا، 2- لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك »

النوع من الدفوع جمله من القواعد القانونية أهمها :

- على الصعيد التحكيمي لا يوجد قيود على إثارة الدفع بعدم القبول إلا ما تقرره إرادة أطراف النزاع أو الهيئة التحكيمية وهو بهذه النقطة يتقاطع مع الدفع الموضوعي و الشكلي على حد سواء، وعلى الصعيد القضائي يمكن إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

- في أروقة القضاء الوطني الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول هو حكم فرعي لا يقبل الطعن المباشر إلا إذا كان منهياً للخصومة ومثال ذلك إذا صدر الحكم بقبول الدفع بعدم القبول فإنه يقبل الطعن المباشر كونه منهياً للخصومة أما إذا صدر برفض الدفع بعدم القبول فإن الخصومة مستمرة والطعن به يكون مع الحكم المنهي للخصومة برمتها.

- لا يحوز الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول حجية الشيء المحكوم به من حيث المبدأ مع وجود استثناءات على هذه القاعدة فالحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل بها هو حكم موضوعي يحوز حجية الأمر المقضي به.

- من حيث المبدأ فإن الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول لا يستنفذ سلطة محكمة أول درجة وقد لقي الاتجاه القائل بعكس ذلك نقداً شديداً لأنه يتعارض مع مبدأ التقاضي على درجتين وهو مبدأ من النظام العام.

- إن الطبيعة الخاصة لهذا الدفع انعكست على مسألة تعداد حالاته على سبيل المثال أم الحصر حيث لقيت هذه المسألة اختلافاً بالآراء الفقيهة، إلا أن الرأي الغالب خلص للقول إنه وبالرغم من تعدد صور الدفع بعدم القبول تبقى محصورة في أحوال محددة لا تتجاوز الحدود التي يسمح بها الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا النوع من الدفوع[1]

وعطفاً على مثار بحثنا يثور السؤال التالي: تحت أي نوع من أنواع الدفوع القانونية يندرج الدفع بحالة الضرورة؟ هل هو دفع شكلي أم موضوعي أم أنه دفع بعدم القبول وما الآثار القانونية المترتبة على ذلك؟

برأينا فإنه ومن خلال قراءتنا التحليلية لمفهوم الضرورة وفقاً لما شرحنا بالأسطر السابقة من جهة ولمفهوم الدفوع وأنواعها من جهة أخرى نستنتج بأن الدفع بحالة الضرورة يخرج من نطاق الدفوع الشكلية كونه لا يتعلق بشكل الخصومة التحكيمية أو اجراءاتها ،

(1) أبو الوفا، د. أحمد، نظرية الدفوع، ص 810 وما يليها.

كما أنه يخرج من اطار الدفع بعدم القبول لأنه لا يقوم على انكار حق المستثمر باللجوء للقضاء التحكيمي، وإنما يؤسس على انكار الحق المدعى به أمام المحكم أو الهيئة التحكيمية والذي ينصب كما سنرى لاحقاً حول مسؤولية الدولة المضيفة تجاه المستثمر الأجنبي؛ وهذا ما يجعله مندرجاً ضمن طائفة الدفوع الموضوعية التي لا تحتمل الحصر أو التحديد ، بل إنه وكما سنرى بالأسطر القادمة من الأكثر الدفوع الموضوعية التي تتمسك بها الدول المضيفة للاستثمار في سبيل نفي مسؤوليتها القانونية عما يلحق بالاستثمارات الأجنبية على أراضيها من أضرارا مادية أو معنوية بسبب فعل أو امتناع عن فعل يعزى إليها .

وعلى ذلك يمكننا القول بأن الدفع بحالة الضرورة يخضع إضافة للقواعد القانونية العامة الناظمة للدفوع بشكل عام في التحكيم الاستثماري الدولي؛ إلى الأحكام الخاصة الناظمة للدفوع الموضوعية على وجه التحديد في هذا النوع من النزاعات التحكيمية ، الأمر الذي يستدعي منا التسليم بجميع الآثار القانونية المترتبة على ذلك وعلى رأسها إمكانية التمسك بالدفع بحالة الضرورة أمام المحكم/المحكمين من حيث المبدأ بأي مرحلة من مراحل الدعوى التحكيمية لدحض ادعاءات المستثمر الأجنبي كلياً أو على الأقل جزئياً ، وعلى الصعيد العملي يقوم المحكم أو المحكمون بتعيين وقت تقديم الدفوع وما يرتبط بها من أوراق ومستندات من قبل الأطراف المتنازعة ضمن ما يسمى بمرحلة اجراءات التحكيم Arbitral proceeding وذلك بموجب قواعد توجيهية اجرائية تصدرها الهيئة التحكيمية للأطراف procedural orders يتعين عليهم الالتزام بها إلا أنها تقبل التعديل وفق ظروف الخصومة التحكيمية[1] .

(1) See Article 22 of **ICC rules of Arbitration 2017** :«In order to ensure effective case management, the arbitral tribunal, after consulting the parties, may adopt such procedural measures as it considers appropriate, provided that they are not contrary to any agreement of the parties», 22\5 : «The parties undertake to comply with any order made by the arbitral tribunal.» , Article 24\2 :«The procedural timetable and any modifications thereto shall be communicated to the Court and the parties »

And Article 17 of **UNCITRAL rules of Arbitration 2013**:« As soon as practicable after its constitution and after inviting the parties to express their views, the arbitral tribunal shall establish the provisional timetable of the arbitration. The arbitral tribunal may, at any time, after inviting the parties to express their views, extend or abridge any period of time prescribed under these Rules or agreed by the parties.»

المبحث الأول : الدفع بحالة الضرورة

أجمع الفقهاء القانونيين[1]على إمكانية إعمال نظرية الضرورة في المجالات العسكرية والاقتصادية والإنسانية وحتى البيئية، ولعل ما يهمنا هنا بالدرجة الأولى هو ماهية هذه النظرية في العلاقة ما بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار لاسيما بعد تطور دور الدول من خلال انخراطها بأنشطة اقتصادية كانت حكراً على أشخاص القانون الدولي الخاص[2] ،هذه العلاقة ذات الطبيعة القانونية الخاصة[3] التي يحكمها القانون التجاري الدولي وتحديداً بشقه المرتبط بقانون للاستثمار. والسؤال المطروح ما هي محددات التمسك بنظرية الضرورة (مطلب أول) وعلى أي أساس قانوني يبنى تطبيقها في أروقة التحكيم؟ (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الأخذ بنظرية الضرورة

لنكون أمام حالة ضرورة من الناحية القانونية لابد من توافر جملة من الشروط والمحددات التي سبق ونصت عليها القواعد العرفية ثم تم تقنينها ضمن قوالب قانونية مكتوبة؛ أضف لتلك الشروط والمحددات ضرورة انتفاء أي عائق أو مانع قانوني من إعمال نظرية الضرورة.

أولاً: شروط الأخذ بنظرية الضرورة:

وفقاً للفقرة 1 من المادة 25 من قواعد مسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع Draft Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts التي وضعتها لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة عام 2001 م وتبنتها الجمعية العامة بالقرار رقم A\56\589 لعام 2002 م؛ لا يجوز للدولة الاحتجاج بحالة الضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل غير مطابق لالتزام دولي لتلك الدولة إلا في الحالتين الآتيتين : 1– في حالة كون هذا الفعل هو السبيل الوحيد أمام هذه الدولة لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك يتهددها 2 – في حال كون هذا الفعل لا يؤثر تأثير جسيم على مصلحة أساسية للدولة أو للدول التي كان الالتزام قائماً تجاهها أو للمجتمع الدولي ككل.

(1) Hill, Sarah , *The necessity defense and the emerging arbitral conflict in it's application to the U.S Argentina bilateral investment treaty* , (L&Bus.Rev.Am 2007),Vol.13 , p. 547 + 551 + 557 .

(2) مشهور الجازي، د. عمر، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، (مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 2002 م)، العدادان 9 و 10، ص 4.

(3) هواري، بلحسان، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، أطروحة دكتوراه، (جامعة مستغانم: الجزائر، 2017)، ص 117 - متاحة بنسختها الالكترونية على الرابط التالي : www.e-biblio.univ-m0sts.dz أخر زيارة 1/2/2018 م الساعة 7:00 صباحاً .

وعليه يمكننا استنتاج شروط تطبيق هذه النظرية على الشكل التالي:

أ. الشرط الأول: فعل الدولة غير المشروع هو سبيلها الوحيد لصون مصالحها الأساسية من خطر جسيم ووشيك يتهددها، ولكن ما المقصود بالمصالح الأساسية للدولة وما المقصود بالخطر الجسيم أو الوشيك الذي قد يتهدد هذه المصالح؟

لم توضح المادة 25 مفهوم المصلحة الأساسية للدولة إلا أن السوابق التحكيمية قد عملت جاهدة على رأب هذا الصدع، فهل تقتصر المصالح الأساسية للدولة على مصلحتها الوجودية المرتبطة بفكرة الأزمات العسكرية أم أنها قد تشمل أيضاً مصالح أخرى قد لا تقل عنها أهمية؟

في إطار الإجابة عن هذا السؤال المفصلي برز إلى حيز الوجود القانوني نظريتان لكل منهما وجهة مختلفة:

1. النظرية المضيقة : وفقاً لهذه النظرية يرتبط مفهوم المصالح الأساسية للدولة ارتباطاً وثيقاً بفكرة الوجود القانوني للدولة ذات السيادة، وبالتالي فإن أي اعتداء أو انتقاص من هذه السيادة يشكل مساس بمصالحها الأساسية الأمر الذي يتصور وفقاً لهذه النظرية بحالة وحيدة هي حالة «الأزمات العسكرية »[1] التي تتجلى بالنزاعات المسلحة إذ يتولد عنها حالة الضرورة العسكرية وهي أقصى درجات حالة الضرورة بمفهومها العام[2] ، وقد عرّفت الضرورة العسكرية بأنها : «حالة ملحة لا تترك وقتاً للأطراف المتنازعة لاختيار الوسائل المستخدمة في أعمالها»، أو «هي أحوال تظهر أثناء النزاعات المسلحة تفرض حيال قيامها ارتكاب أفعال معينة على وجه السرعة بسبب موقف أو ظروف استثنائية»[3]، إذ يكون هدف الدولة وكامل تركيزها موجهاً بهذه الحالة لحماية عناصر وجودها الرئيسية من أرض و شعب و سيادة أو سلطة الأمر الذي يحتم تبرير فعلها غير المشروع. والسؤال المطروح هناك: ما المقصود بالنزاعات المسلحة التي تولد حالة الضرورة العسكرية؟ وكيف يمكننا اسقاط ذلك على الحالة السورية؟

---

(1) Mayorgo, Ofilio , *Military necessity as a defense to the breach of investment treaty obligation*, (Harvard program on humanitarian policy and conflict research ,2013), p.2

(2) Yannaca Small,Katia, *Essential Security Interest Under International Investment Law International Investment Prespective: Freedom of Investment in Changing World*,(OECD, 2007), p. 104

(3) جميل اللوزي، أنس، مفهوم الضرورة العسكرية في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، (جامعة الشرق الأوسط: الأردن، 2014م)، ص 16 وما بعدها .

النـزاع المسلح مفهـوم عـام يطبـق علـى حالـة المواجهـات المسلحة بيـن أطـراف متنازعـة و يصنـف وفقـاً لقواعـد القانـون الدولـي الإنسـاني ضمـن فئتيـن أساسـيتين همـا النـزاع المسـلح ذي طابـع الدولـي و النـزاع المسـلح غيـر ذي الطابـع الدولـي، و قـد عرفـت المـادة الثانيـة المشـتركة لاتفاقيـات جنيـف الأربعـة النـزاع المسلح الدولـي بصـدد الحديـث عـن نطـاق تطبيـق هـذه الاتفاقيـات بقولهـا: «تنطبـق هـذه الاتفاقيـة فـي حالـة الحـرب المعلنـة أو أي اشـتباك مسـلح أخـر ينشـب بيـن طرفيـن أو أكثـر مـن الأطـراف السـامية المتعاقدة حتـى لـو لـم يعتـرف أحدهـا بحالـة الحـرب. تطبـق الاتفاقيـة أيضـاً فـي جميـع حـالات الاحتـلال الجزئـي أو الكلـي لإقليـم أحـد الأطـراف السـامية المتعاقـدة حتـى لـو لـم يواجـه هـذا الاحتـلال مقاومـة مسـلحة». وقـد توسـع البروتوكـول الأول لاتفاقيـات جنيـف المتعلـق بحمايـة ضحايـا المنازعـات الدوليـة المسـلحة فـي مفهـوم المنازعـات المسـلحة الدوليـة لعـام 1977م فـي المـادة 1/ف3 التـي نصـت علـى: « ينطبـق هـذا الملحـق (البروتوكـول) علـى الأوضـاع التـي نصـت عليهـا المـادة 2 المشـتركة. و الفقـرة 4 نصـت علـى: تتضمـن الأوضـاع المشـار إليهـا فـي الفقـرة السـابقة: المنازعـات المسـلحة التـي تناضـل بهـا الشـعوب ضـد التسـلط الاسـتعماري والاحتـلال الأجنبـي وضـد الأنظمـة العنصريـة وذلـك فـي ممارسـتها لحـق الشـعوب فـي تقريـر المصيـر». أمـا النزاعـات المسـلحة غيـر الدوليـة فقـد عرفهـا البروتوكـول الثانـي لاتفاقيـات جنيـف الأربعـة المتعلـق بحمايـة ضحايـا المنازعـات المسـلحة غيـر الدوليـة لعـام 1977م وتحديـداً فـي المـادة 1/ف1 بأنهـا: «نزاعـات تـدور علـى اقليـم أحـد الأطـراف السـامية المتعاقـدة بيـن قواتهـا المسـلحة وقـوات مسـلحة منشـقة أو جماعـات نظاميـة مسـلحة أخـرى تمـارس تحـت قيـادة مسـؤولة علـى جـزء مـن اقليمـه مـن السـيطرة مـا يمكنهـا مـن القيـام بعمليـات عسـكرية متواصلـة منسـقة ». و فـي الفقـرة 2 أردفـت بالقـول: لا تسـري هـذا الملحـق علـى حـالات الاضطرابـات والتوتـر الداخليـة مثـل الشـغب وأعمـال العنـف العرضيـة النـدرى وغيرهـا مـن الأعمـال ذات الطبيعـة المماثلـة التـي لا تعـد منازعـات مسـلحة». وتعـد هـذه المـادة مكملـة ومتممـة للمـادة الثالثـة المشـتركة بيـت اتفاقيـات جنيـف الأربعـة التـي تحدثـت عـن التزامـات أطـراف النزاعـات المسـلحة غيـر الدوليـة[1] .

(1) Article 3 : « In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed ‘ hors de combat ‘ by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:
(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

ويضـاف لهذيـن النوعيـن مـن النزاعـات المسـلحة نـوع أخـر هـو النزاعـات المسـلحة المختلطـة أو المدولـة التـي تجمـع بطبيعتهـا بيـن النـزاع المسـلح الدولـي وغيـر الدولـي، وقـد كيفـت المحكمـة الجنائيـة الدوليـة ليوغسـلافيا السـابقة نـزاع البوسـنة والهرسـك بأنـه نـزاع مسـلحة ذو طبيعـة مختلطـة أو مـا يطلـق عليـه الفقـه النـزاع الداخلـي المـدول[1] . وبرأينـا فـإن كل مـا يمكـن تكييفـه بأنـه نـزاع مسـلح سـواء أكان ذو طابـع دولـي أم غيـر دولـي أم مختلـط فإنـه كفيـل بحـد ذاتـه بخلـق نـوع مـن الضـرورة العسـكرية وبالتالـي فإنـه يخـول الدولـة المضيفـة للاسـتثمار بالدفـع بحالـة الضـرورة تجـاه المسـتثمر وسـبب ذلـك برأينـا هـو اشـتراك جميـع الأشـكال السـابقة للنزاعـات المسـلحة بالأثـر القانونـي المتمثـل بإيجـاد «الأزمـة» والأزمـة لغـةً مـن أَزَمَ وهـي حالـة الضيـق والشـدة، ويقـال أزمـت السـنة أي اشـتد قحطهـا [2]، أمـا اصطلاحـاً فللأزمـة تعريفـات متعـددة نظـراً لتعـدد أنواعهـا فمنهـم مـن عرفهـا بأنهـا: «حالـة توتـر ونقطـة تحـول تتطلـب قـرار ينتـج عنـه مواقـف جديـدة سـلبية كانـت أم ايجابيـة تؤثـر علـى مختلـف الكيانـات ذات العلاقـة»[3]، كمـا عرفهـا البعـض بأنهـا : « ظـرف انتقالـي يتسـم بعـدم التـوازن ويمثـل نقطـة تحـول فـي حيـاة الفـرد أو الجماعـة ينتـج عنـه تغيـر كبيـر»[4] ، وتكـون الأزمـة عسـكرية بطبيعـة الحـال متـى ارتبطـت بالأمـن العسـكري الـذي هـو أولـى أولويـات أي دولـة فـي العالـم لذلـك كانـت الضـرورة العسـكرية برأينـا أشـد أنـواع الضـرورة تأثيـراً علـى سـلوكيات الـدول. وعطفـاً علـى التحليـل

(b) taking of hostages:

(c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;
(d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.
(2) The wounded and sick shall be collected and cared for.
An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.
The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.
The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.»

(1) إشراقية، د. أحمد، تصنيف النزاعات المسلحة بين كفاية النص والحاجة إلى التعديل، مؤتمر التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني، (جامعة العلوم التطبيقية الأردنية الخاصة: بيروت، 7/3/2016 م)، ص 16 + 26.

(2) المعجم الوسيط، ص 16.

(3) بن أحمد الشعلان، فهد، إدارة الأزمة الأسس المراحل الآليات، (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية: الرياض، 1423هـ)، ص 26.

(4) محمد مرسي، محمد مرسي، إدارة الأزمات العسكرية، مقال منشور بتاريخ 8/11/2008 م على الموقع الآتي: www.midad.com أخر زيارة بتاريخ 31/1/2019 م الساعة الواحدة ظهراً.

السابق وإسقاطا على الواقع السوري فإنه برأينا سواء تم تكييف الأزمة السورية بأنها نزاع مسلح ذو طابع دولي أم نزاع مسلح غير ذي طابع دولي (وهو التكييف المناسب برأينا) أم نزاع ذو طبيعة مختلطة؛ فإنه لن يؤثر على حق الدولة السورية وفقاً لهذه النظرية بالتمسك بالدفع بحالة الضرورة تجاه المستثمرين الأجانب التي تعرضت استثماراتهم للهدم والتخريب خلال سنوات الأزمة لطالما أنه لا خلاف حول اعتبار القطر العربي السوري بحالة نزاع مسلح بصرف النظر عن نوع هذا النزاع، و أكبر الدليل على ذلك أن الدراسات الفقهية و السوابق التحكيمية التي تناولت مسألة أثر النزاعات المسلحة وما تولده من ضرورة عسكرية على مسؤولية الدول تجاه المستثمر لم تفرق بهذا الصدد بين نزاع مسلح دولي وأخر غير دولي إنما كان جل تركيزها منصب على واقعة النزاع المسلح بحد ذاتها بصرف النظر عن تصنيفاتها بالقانون الدولي الإنساني، أضف لهذا وذاك أنه لا يوجد حتى الآن هيئة دولية مستقلة يحق لها تحديد فيما إذا كان النزاع المسلح القائم في مكان ما هو نزاع دولي أم غير دولي أم مدول لذا نجد تبايناً واضحاً بالمواقف حول هذا الأمر بين الدول و المنظمات الدولية والمحاكم الدولية والحركات المسلحة[1].

2. النظرية الموسعة: لا يقتصر مفهوم المصلحة الأساسية للدولة على مصالحها العسكرية المتعلقة باستتباب الأمن في البلاد والحفاظ على السيادة إلا أنها تشمل كذلك الأمر مصالح أخرى قد لا تقل أهمية عنها ينطبق عليها وصف المصلحة الأساسية للدولة مثل المصالح السياسية[2] والاقتصادية[3] و الاجتماعية والصحية والبيئة وحتى الاجتماعية كونها ترتبط ارتباط مباشر ليس بوجود الدولة من عدمه وإنما بالوجود المستقر لهذه الدولة[4]، الأمر الذي تم تكريسه بشكل

(1) يازجي ، د. أمل، النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي بين الحرب الأهلية و النزاع المسلح غير الدولي مفاهيم أساسية ،(مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية: دمشق ، استلام البحث 1/11/2017 م، الموافقة على النشر 6/12/2017م) دون رقم صفحة

(2) Hay, Richard & Nicoll, Leigh, *la protection des investissements étrangers contre les risques politiques* , (Stikemen Elliott LLP , 2009) , sans numéro de page.

(3) *La protection de la sécurité international dans les accords internationaux d'investissement* , Etude sur les politiques d'investissement international au service du développement – (la CNUCED : UN , 2009) , p.53 .

(4) With, William Burke & Von Staden, Andreas , *Investment protection in extraordinary times : The interpretation and applicable of non-precluded measures provisions in bilateral investment treatment* , (Virginia journal of international law, 2008),Vol.48 , Isuee.2 , p.358 .

واضح إبان الأزمة الاقتصادية[1] التي عصفت بالأرجنتين في سابقة CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic بالقضية رقم ARB\01\8 الصادرة عن المركز الدولي لتسوية النزاعات الاستثمارية لعام 2005 وأيضاً قضية LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic التي كانت منظورة أمام نفس المركز التحكيمي برقم ARB\02\1 لعام 2006[2]، وبرأينا فإن تقدير أساسية المصلحة من عدمها تحكمه عدّة عوامل تختلف من حالة إلى أخرى، وإسقاطاً لهذه النظرية على الوضع السوري الراهن نجد بأن الدولة السورية لا تعاني فقط من حالة أزمة عسكرية تتجلى بحالة الحرب كما شرحنا بالأسطر السابقة وإنما تعاني أيضاً من أزمة اقتصادية وإنسانية تهدد المصالح الأساسية للدولة كنتيجة طبيعية للأزمة العسكرية وما رافقها من عقوبات اقتصادية على الشعب السوري؛ مما يدفعنا للقول برأينا بأحقية الدولة السورية بالتمسك بحالة الضرورة تجاه المستثمر الأجنبي وفقاً للنظريتين المضيقة والموسعة بسبب تعرض مصالحها الوجودية (التي تتجلى بحالة الأزمة العسكرية) وغير الوجودية (المتجلية بحالة الأزمة غير العسكرية كالأزمات الاقتصادية والإنسانية وغيرها) للأخطار الجسيمة والمحدقة.

(1) الأرجنتين هي ثاني أكبر دولة من حيث المساحة في أمريكا اللاتينية وقد مرت بالكثير من الأزمات الاقتصادية على مر تاريخا إلا أن أزمة ما بين عامي 1998 و2002 كانت أكبر أزمة اقتصادية سياسية بتاريخ البلاد منذ اعلان استقلالها عن الامبراطورية الأسبانية عام 1816 م عرفت باسم أزمة افلاس الأرجنتين فمن الناحية السياسية تعاقب على حكم البلاد ثلاث رؤساء ومن الناحية الاقتصادية عانت من كساد عميق في منتصف 1998 وفي عام 1999 عندما تولى الرئيس فرناندو دي لاروا طلب مساعدة مجلس النقد الدولي الذي منح الأرجنتين اقراضها 7,2 بليون دولار لمدة 3 سنوات وفي أواخر 2000م عجزت عجزاً تاماً عن الوصول للأسواق المالية وفي 2001 وجدت الحكومة نفسها غير قادرة على الاقتراض أو الوفاء بالديون حيث بدأت بتجميد الودائع وفي 2002 تخلت رسمياً عن نظام قابلية التحويل حيث تقلص اقتصادها 20 % و بلغت نسبة البطالة 25 % و تقلص مستوى الدخل الوطني إلى 54,3 % و فقدت العملة الأرجنتينية (البيزو) ¾ قيمتها ولم يعاود الاقتصاد تعافيه إلا بحلول عامي 2003/2004 م ومازال الاقتصاد الأرجنتيني يمر بفترات صعود وهبوط حتى اليوم ودليل ذلك تسجيل البيزو الأرجنتيني أسوأ أداء له في سنة 2018 المنصرمة مقابل الدولار الأمريكي منذ عام 2015 م ، للمزيد راجع :

Lessons from the crisis in Argentina ,(Policy development and review department : International Monetary fund , 8 October , 2003) available at : www.imf.org visited on 2\2\2019 at 3:30 a.m

(2) Chubb, Kelley, *The «state of necessity» defense : A burden not a blessing to the international investment arbitration system* , (Cardozo journal of conflict resolution , 2013) ,p.532 .

وفيما يتعلق بدرجة تهديد هذه المصالح فقد اشترطت المادة 25 آنفة الذكر أن يكون الخطر المحدق بها جسيماً ووشيكاً بأنٍ معاً، فالخطر الجسيم هو الذي يعود بالضرر الجسيم على مصالح الدولة، والخطر الوشيك هو الخطر المحدق بتلك المصالح أي القريب الحدوث، وعليه فيما إذا كان الخطر بعيد الحدوث حتى لو كان جسيماً فإن شروط إعمال هذه النظرية سوف تختل؛ وبرأينا فإن حتمية حدوث الخطر الجسيم ولو لو يكن وشيكاً كافي لتحقيق مقتضيات هذا الشرط ، ويضاف إلى كل ما سبق ضرورة أن يكون تصرف الدولة هو الطريق الوحيد المتاح أمامها للحفاظ على مصالحها الأساسية من الخطر الجسيم الوشيك، وعليه وبمفهوم المخالفة فإن وجود طرق أخرى مشروعة للحفاظ على هذه المصالح يمنع الدولة من التمسك بنظرية الضرورة؛ كما أن تجاوز الدولة لما تقتضيه الضرورة يفقدها الحق بالتمسك بتبرير عدم المشروعية بالنسبة لهذا الجزء المتجاوز، والسؤال المطروح هنا من يملك حق تقرير ما إذا كانت مصالح هذه الدولة أو تلك الدولة مهددة فعلاً بخطر جسيم ومحدق أم لا ؟

برأينا لا يوجد جهة قادرة على العبء بهذه المهمة بالشكل المطلوب غير الدولة نفسها التي تكون مصالحها الأساسية محل تهديد إذ أن أمر كهذا شأن داخلي خاص يختلف من دولة إلى أخرى وتحكمه عدة عوامل متعلقة بنظامها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والثقافي والعسكري ودرجة نموها وتطورها على المستويين المحلي والعالمي.

ب. الشرط الثاني: فعل الدولة لا يؤثر بشكل جسيم على مصلحة أساسية للدول التي يكون الالتزام قائم بمواجهتها أو على المصالح الأساسية للمجتمع الدولي ؛ ويقصد بهذا الشرط ضرورة الموازنة والملائمة بين مصالح الدولة الأساسية التي سبق التعرض لها و جملة من المصالح الأخرى سواء أكانت فردية (الأمر الذي يتجسد بمصلحة الدولة التي يكون الالتزام قائم أمامها) كالدولة التي ينتسب إليها المستثمر خاصة فيما إذا وجدت اتفاقية استثمار ثنائية بين الدولتين، والمصلحة الجماعية (المتمثلة بمصلحة عدّة دول) كما في حالة اتفاقيات الاستثمار الجماعية؛ أو بمصلحة المجتمع الدولي ككل بصرف النظر عن أي اعتبار أخر، إذ أن منطوق الفقرة 2 من المادة 25 آنفة الذكر جاء مطلقاً و المطلق يجري على إطلاقه، وهنا يثور السؤال عن مساحة الحرية المعطاة للدولة لتقوم بواجب الموائمة والموازنة بين النقيضين؟

نظراً لحساسية هذه المسألة فقد أبدعت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ECHR نظرية Margin Of Appreciation (نظرية هامش التقدير) [1] عام 1979 في سابقة

(1) Galvez, Cynthia, *Necessity investor rights and state sovereignty for NAFTA investment arbitration* , (Cornell international law journal , 2013), Vol.46 , p.153 .

Handy side V United Kingdome حيث منحت المحكمة الدولة المخلة بالتزاماتها إمكانية تحديد المصلحة الأولى بالرعاية استناداً لطبيعة المصالح المتنازعة شريطة ألا تعتمد بحكمها على محض مصلحتها الشخصية وإنما بالاستناد إلى معايير محددة تبرر اتخاذها للقرار بالفعل أو الامتناع عن الفعل ، وقد كان معيار الكفاية هو الفيصل في هذه القضية بمعنى أن تكون الإجراءات المتخذة من قبل الدولة ملائمة وفقاً لمنظومتها القانونية الوطنية لتحقيق الغاية المبتغاة من وراء اتخاذها[1]، أما في سابقة Continental Causalty co. V Argentine Republic الصادرة عن المركز الدولي لتسوية النزاعات الاستثمارية بالقضية رقم ARB\03\9 لعام 2008 م فقد اعتمدت الهيئة التحكيمية معيار الحفاظ على النظام العام في الدولة المضيفة للاستثمار [2] .

ج. الشرط الثالث: ألا يكون فعل الدولة مخالفاً لالتزام مقرر بمقتضى قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العام، وهو شرط يفهم ضمناً من استقراء نص المادة 26 من قواعد الأمم المتحدة التي تنص على: «ليس في هذا الفصل ما ينفي صفة عدم المشروعية عن أي فعل من أفعال الدولة لا يكون متفقاً مع التزام ناشئ

(1) تتلخص وقائع هذه القضية بأن اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان كانت قد ادعت على المملكة المتحدة بخرقها لالتزاماتها المفروضة بنص المادة 10 فقرة 2 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان و الحريات الأساسية لعام 1950 المتعلقة بالقيود الواردة على حرية التعبير نظراً لعدم اتخاذها الاجراءات اللازمة بمنع أحد مواطنيها وهو السيد Richard Handyside من نشر كتاب فيه افساد للناشئين ، وقد توصلت المحكمة الأوروبية للقول بأن حكومة المملكة المتحدة لها هامش في تقدير مدى ضرورة اتخاذ هكذا اجراءات وفقاً لقانونها الوطني حيث توصلت بالنهاية لنتيجة مفادها أن المملكة لم تخرق مقتضيات المادة 2/ب من اتفاقية حماية الحقوق والحريات الأوروبية وإن كان قرار السلطات المختصة بحظر نشر الكتاب لم يغطي سوى 10 % من حجم الطبعة الأولى له .

(2) في هذه القضية ادعت شركة التأمين الأمريكية continental causalty على الحكومة الأرجنتينية بأنها خرقت 4 شروط تفرضها معاهدة الاستثمار الثنائية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية و الأرجنتين وهي : 1- شرط احترام الالتزامات التعاقدية -2 التعويض عن كل مصادرة للملكية 3 – المعاملة العادلة للمستثمر 4 – الانتقال الحر للأموال والأشخاص ، وقد تمسكت الأرجنتين بالدفع بحالة الضرورة استنادًا إلى الأوضاع الاقتصادية والمالية السيئة التي مرت بها البلاد في وما رافقها من تدهور في العملة المحلية و ارتفاع معدلات التضخم و الديون الخارجية الأمر الذي دفعها لاتخاذ اجراءات واصدار قرارات أثرت سلباً على الشركة المدعية، إلا أن الهيئة التحكيمية الناظرة بالنزاع رفضت ادعاءات الشركة الأمريكية المستثمرة معتبرة أن معيار النظام العام Public order الذي اعتمدت عليه الأرجنتين للحفاظ على مصالح الدولة العليا واتخاذ مثل هذه الاجراءات معيار حاسم بالاستناد إلى نظرية الضرورة »، باستثناء مسألة إعادة هيكلة سندات الخزينة التي وجدت فيها الهيئة التحكيمية خرق لمبدأ المعاملة العادلة للمستثمر الأجنبي لأنه بوقت اتخاذه كان الاقتصاد الأرجنتيني يتعافى ويعود لحالته الطبيعية .

For more information about this precedent visit the website : www.ita.law.uvic.ca visited on 12\3\2018 at 11:00a.m .

بمقتضى قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام»، ولكن يؤخذ على هذا النص برأينا أنه اقتصر على القواعد الآمرة في القانون الدولي العام متجاهلاً القواعد القانونية الآمرة في القانون الدولي الخاص والتي لا تقل أهمية عن الأولى ولاسيما أن العلاقة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي ذات طبيعة خاصة فبالرغم من خضوعها في جانب لقواعد القانون الدولي العام فإنها تخضع بالجانب الأكبر منها لقواعد القانون الدولي الخاص[1]، فعلى سبيل المثال تعتبر القواعد القانونية التي تحكم اتفاقيات الاستثمار الجماعية أو الثنائية بين الدول المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر التي تؤثر بشكل مباشر على التنظيم القانوني لمشاريع المستثمر الأجنبي بدءاً من نفاذ هذه الاتفاقيات و أهلية الدولة لعقدها وانتهاء بحالة انقضائها أو إيقاف العمل بها من قواعد القانون الدولي العام ، في حين تعتبر حقوق والتزامات طرفي عقد الاستثمار نفسه باعتباره عقد يتمتع بالصفة الدولية وكل ما يصدر عن الدولة المضيفة للاستثمار بغير صفتها السيادية محكومة بقواعد القانون الدولي الخاص ، لذا فإننا نؤيد ما ذهب إليه الفقه باعتبار القانون الدولي للاستثمار أو القانون الاستثماري الدولي فرع قانوني مستقل يهدف لإيجاد قواعد قانونية مادية أو موضوعية تحكم العلاقات القائمة بين المشروع الأجنبي والدولة[2]، وعليه فعندما يكون هناك تعارض بين التزامين أحدهما واقع على الدولة المضيفة للاستثمار بموجب قاعدة قانونية آمرة فإن الغلبة لهذا الأخير إذ لا يمكن إعمال الدفع بحالة الضرورة بما يخالف قاعدة قانونية أمرة والدليل أن حكم المادة 26 جاء شاملاً لجميع أحكام مواد الفصل الخامس والتي عددت كما سنرى حالات نفي صفة اللامشروعية عن فعل الدولة، وهنا يثور السؤال عن ماهية القاعدة القانونية الآمرة في المجال الدولي ؟

وفقاً للمادة 53 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 م يقصد بالقاعدة الآمرة وفقاً لأغراض هذه الاتفاقية : «القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها قاعدة التي لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع»، صحيح أن هذه المادة حددت معايير القاعدة الآمرة و رتبت جزاء البطلان على مخالفتها إلا أن أمر كهذا جاء بسياق محدد مقتصر على صحة المعاهدات، إذ تبقى إشكالية تحديد القواعد الآمرة قائمة في السياقات الأخرى مثار

(1) الأسعد، د. بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، (منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت ،2006 م)، ص 485.

(2) Latty, Frank– *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* , (édition Pedone : Paris , 2015) , p. 400 .

جدل فقهي وقضائي ولعل مشاريع الاستنتاجات التي وضعها المقرر الخاص للجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة تحت عنوان «القواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي Jus Cogens» والتي اعتمدتها لجنة القانون الدولي بدورتها التاسعة والستين من عام 2017 [1] قد وضعت النواة القانونية لتقنين الأحكام الناظمة لهذا النوع من القواعد مما يساهم بحل اشكالية كهذه، حيث حدد المقرر الخاص السيد Dire Tladi بالاستنتاج رقم 4 معايير القواعد الآمرة على النحو الآتي: «لتحديد قاعدة معينة كقاعدة آمرة من الضروري التدليل على أن القاعدة المذكورة تستوفي معيارين هما : -1 لا بُدَّ أن تكون من القواعد العامة للقانون الدولي 2 – لابد أن يعترف بها ويقبلها مجتمع الدول الدولي ككل باعتبارها قاعدة لا يسمح بالخروج عنها .»

وبرأينا فإن هذين المعياريين الذي تضمنهما الاستنتاج الرابع لا يختلفان من حيث المبدأ عن المعايير التي تضمنتها اتفاقية فينا إلا أن ما يميزهما أن إعمالهما غير مقتصر على سياق محدد كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية فيينا، لكن بنفس الوقت يؤخذ على واضعي هذه الاستنتاجات إغفالهم لمسألة الأثر القانوني المترتب على مخالفة هذا النوع من القواعد والمتجسد بطبيعة الحال بالبطلان الأمر الذي كان لابد من لحظه برأينا حتى تكمل الصورة في ذهن القاضي أو المحكم الناظر بالنزاع.

ثانياً- موانع الأخذ بنظرية الضرورة:

وفقاً للفقرة 2 من المادة 25 من قواعد لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع السابق ذكرها- «لا يجوز في أية حالة أن تحتج الدولة بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية: 1– إذا كان الالتزام الدولي المعني ينفي إمكانية الاحتجاج بالضرورة. 2– إذا كانت الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة. وعليه من استقراء هذه المادة يمكننا تحديد موانع تطبيق نظرية الضرورة على التفصيل الآتي:

أ. المانع الأول من الاحتجاج بنظرية الضرورة: الاستبعاد الصريح لمكنة الدفع بحالة الضرورة؛ بمعنى آخر إذا كان مصدر الالتزام بالفعل أو الامتناع عن الفعل الذي تم الإخلال به كاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر تمنع الدولة المضيفة للاستثمار من التمسك بحالة الضرورة تجاه المستثمر بالرغم من توافر شروط إعمالها وفقاً لما سبق ذكره، فإنها ستفقد هذه المكنة حتى ولو كان الأساس القانوني للتمسك بهذه النظرية قائماً في الأعراف المنظمة للعلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار كما سنرى عند الحديث

(1) هذه الاستنتاجات متاحة على الموقع الرسمي للجنة القانون الدولي على الرابط التالي : www.legal.un.org أخر زيارة 31/1/2019 الساعة الثالثة ظهراً .

عن الأساس القانوني للالتزام بهذه النظرية، فالقاعدة الفقهية تقول بأن الاتفاق مقدم على العرف[1]، وهذا ما يمكننا استنباطه أيضاً من نص المادة 55 من قواعد الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع تحت عنوان التخصيص والتعليق الرسمي عليها[2] .

ب. المانع الثاني من الاحتجاج بنظرية الضرورة: ألا تسهم الدولة بإحداث حالة الضرورة، وهذا من أكثر موانع إعمال نظرية الضرورة شيوعاً إذ يكفي أن يثبت المستثمر أمام الهيئة التحكيمية أن الدولة المضيفة للاستثمار ساهمت بإيجاد حالة الضرورة لدحض هذا الدفع شريطة ألا يكون المستثمر بسلوكه الخاطئ قد جر على نفسه الضرر تطبيقاً لنظرية اليد النظيفة Clean Hands التي تبناها التحكيم الاستثماري الدولي[3] ، والسؤال المطروح هنا هل يعتد بقصد الدولة التي ساهمت بخلق حالة الضرورة بمعنى هل ساهمت بخلقها عن قصد أو غير قصد؟ وهل يوجد درجة معينة للمساهمة بخلق حالة الضرورة أم أن أي مساهمة بإيجادها كبيرة كانت أم صغيرة كافية لنفي لمنع الدولة من التذرع بالضرورة كظرف نافي لعدم المشروعية؟

برأينا وبغياب النص فإن مساهمة الدولة بإحداث حالة الضرورة يجب أن تكون على درجة واضحة من الأهمية لتبرر دحض الدفع بالضرورة وسواء أكانت تلك المساهمة عن عمد أم عن إهمال وتقصير أو قلة احتراز إذ أن عنصر الخطأ برأينا متوافر بكلتا الحالتين.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للأخذ بنظرية الضرورة

على أي أساس قانوني يمكن للدولة المضيفة للاستثمار أن تتمسك بنظرية الضرورة وتستفيد بالتالي من كافة مفاعيلها القانونية؟

(1) بن عبد القادر قوته، د. عادل ، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية ، (المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب : جدة ،2007 م)، ص 65 وما بعدها .

(2) Article 55. **Lex specialis** : «These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.»

(3) De Alba, Mariano , *Drawing the line: Addressing allegations of unclean hands in investment arbitration* , LLM , (Georgetown University : USA , 2015) , without page number .

أولاً- الأساس التعاقدي للأخذ بنظرية الضرورة:

أ. عقد الاستثمار الأجنبي: لم يعرَف المشرع السوري عقد الاستثمار بقانون الاستثمار رقم 10 لعام 1991 ولا بتعليماته التنفيذية و من باب أولى كان الأجدر به تعريف الاستثمار وهذا مأخذ عليه إلا أنه حاول تلافي الموقف بالمرسوم رقم 8 لعام 2007 عندما عرّف الاستثمار بأنه «إقامة المشاريع أو توسيعها أو تطويرها أو تحديثها» ، وعرَّف المستثمر بأنه «الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يستثمر في سوريا وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي»، و هذان التعريفان وردا حرفياً أيضاً بالمرسوم رقم 9 لعام 2007 القاضي بإحداث هيئة الاستثمار السورية ، وبرأينا فأن تعريف الاستثمار المذكور أنفاً لا يغني عن تعريف عقد الاستثمار بالمعنى الذي تتمحور حوله هذه الدراسة الذي يختلف برأينا عن عقد الاستثمار الذي يبرم بين الدولة و المستثمر الوطني؛ إذ أن ما يميز الأول عن الثاني هو الصفة الدولية المرتبطة بدخول عنصر أجنبي في العملية التعاقدية وهو المعيار القانوني لدولية العقد، إضافة لتجاوز آثار العقد حدود دولة معينة نظراً لتحقق حالة الانتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود وهو المعيار الاقتصادي لدولية العقد، الأمر الذي دفع الفقه و القضاء إلى تسميته بالعقد الدولي للاستثمار[1]، ولقد تعددت تعريفات عقد الاستثمار الأجنبي الذي يبرم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار ؛ فعلى الصعيد الفقهي عرف بأنه : «عقد تبرمه الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي يتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار حفظ التنمية الاقتصادية للبلاد »[2]، وعلى الصعيد القضائي عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه: « ذلك العقد الذي يتجاوز الإطار الاقتصادي الداخلي و يتضمن في محتواه انتقالا للأموال و السلع و الخدمات عبر الحدود الجغرافية للدولة «[3]، أما على الصعيد التحكيمي فقد عرفه المحكم Cavin في سابقة Sapphire بأنه : عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي محله لا ينصب على العمليات التجارية إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدّة طويلة مع إلزام الشركة الأجنبية

(1) الأسعد، د. بشار، عقود الاستثمار، ص78 وما بعدها.

(2) الدين القصبي، د. عصام، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1993)، ص 10 مشار إليه لدى: رفيقة، د. قصوري وطالب، عيواج، النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي، (مجلة جامعة خنشلة باتنة: الجزائر،2016)، العدد 5، ص 182.

(3) شرف الدين، د. أحمد، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، (مطبعة أبناء وهبة حسان: مصر، دون سنة نشر)، ص 81 – المرجع السابق - نفس الصفحة.

بإقامـه اسـتثمارات ضخمـة ومنشـآت لهـا طابـع الـدوام »[1]، وبرأينـا فـإن أي تعريـف للعقـد الدولـي للاسـتثمار يجـب أن يرتكـز علـى المحـددات القانونيـة التاليـة :

1. أطـراف العقـد المتمثلـة بالدولـة كشـخص مـن أشـخاص القانـون الدولـي العـام والمسـتثمر الأجنبـي كشـخص مـن أشـخاص القانـون الدولـي الخـاص.
2. الصفـة الدوليـة لعقـد الاسـتثمار وفقـاً للمعيـار القانونـي المتمثـل بوجـود عنصـر أجنبـي أو الاقتصـادي المتمثـل بحركـة انتقـال رؤوس الأمـوال الماديـة والبشـرية عبـر الحـدود أو كلاهمـا معـاً.
3. محل العقد والذي يرتكز على الأنشطة الاستثمارية في الدولة المضيفة للاستثمار.
4. سبب العقد المتمثل بالدرجة الأولى بالتنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار.

ومهمـا يكـن تعريـف العقـد الدولـي للاسـتثمار فإنـه كأي عقـد آخـر يقـوم علـى مبـدأ سـلطان الإرادة (الحريـة التعاقديـة أو العقـد شـريعة المتعاقديـن) الأمـر الـذي يخـول أطرافـه إدراج الشـروط و البنـود العقديـة التـي تلائـم مصالحهـم و التـي تعتبـر بمثابـة القانـون الملـزم لهـم بمـا لا يخالـف القواعـد القانونيـة الآمـرة و مقتضيـات النظـام العـام[2]، وعليـه فيمـا إذا تضمـن عقـد الاسـتثمار المبـرم بيـن الدولـة المضيفـة للاسـتثمار و المسـتثمر الأجنبـي صراحـة مـا يكـرس حـق الدولـة المضيفـة للاسـتثمار بالتمسـك بنظريـة الضـرورة ضمـن حـالات وشـروط معينـة؛ فـإن الأسـاس القانونـي لإعمـال هـذه النظريـة يجـد مجالـه الرحـب فـي العقـد المبـرم بيـن الطرفيـن ووفقـاً للحـدود التـي يعينهـا هـذا العقـد. ولكـن تبقـى الإشـكالية فيمـا لـو لـم يتضمـن العقـد تنظيـم هـذه المسـألة بشـكل صريـح فهـل يمكـن عندهـا إعمـال الدفـع بنظريـة الضـرورة علـى أسـاس إقرارهـا ضمنيـاً فـي العقـد؟

برأينـا فـإن أمـر كهـذا يمكـن اسـتنباطه مـن خـلال معياريين أساسـيين: المعيـار الأول شـكلي وهـو يتعلـق بصياغـة العقـد فـإذا كان يفهـم منهـا إقرارهـا لنظريـة الضـرورة ومـا تولـده مـن آثـار قانونيـة فهـذا ينـزل منزلـة تبنيهـا الصريـح؛ ولكـن تبقـى الإشـكالية فيمـا لـو لـم يفهـم مـن الصياغـة القانونيـة للعقـد أمـر كهـذا؟ هنـا برأينـا يأتـي دور المعيـار الموضوعـي الـذي يعتمـد بالدرجـة الأولـى علـى نيـة الأطـراف وهنـا تكمـن صعوبـة اسـتنباط مـا اتجهـت إليـه إرادة الأفـراد عنـد إبـرام العقـد وبهـذه الحالـة تلعـب السـلطة التقديريـة للجهـة الناظـرة بالنـزاع دوراً مهمـاً؛ إذ يمكنهـا برأينـا وفـي سـبيل اسـتجلاء حقيقـة نيـة الأطـراف الاسـتعانة بعـدة معطيـات مرتبطـة بالعقـد علـى

(1) الأسعد، د. بشار، عقود الاستثمار، ص 13.

(2) **ملاحظة :** كل قاعدة نظام عام هي قاعدة آمرة ولكن ليس كل قاعدة آمرة هي قاعدة نظام عام .

رأسها مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد وما يتخللها من اتفاقيات تمهيدية أو العقد الابتدائي الذي يسبق إبرام العقد النهائي إضافة لمحددات أخرى .

ب. اتفاقيات الاستثمار الثنائية : نص المشرع السوري بالمادة 6 فقرة أ من المرسوم 7 لعام 2008 على ضرورة مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار النافذة في سوريا، و كان الأجدر به أن يعرّف هذا النوع من الاتفاقيات وتبيان أثارها القانونية على العلاقة بين الجمهورية العربية السورية و المستثمر الذي ينتمي لأحد الدول الموقعة على هذه الاتفاقيات، في الواقع لقد اجتهد الفقهاء في ايجاد تعريف لاتفاقيات الاستثمار الثنائية BIT وتسمى باللغة الانكليزية Bilateral Investment Agreement، إلا أن جميع هذه التعريفات لم تخرج عن اعتبارها : «اتفاق بين دولتين ينظم قواعد وشروط استثمار الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في دولة معينة لدى دولة أخرى»[1]، وتعتبر اتفاقيات الاستثمار الثنائية من أهم مصادر قانون الاستثمار الدولي بمفهومه المعاصر وأول دولة تبنتها كانت ألمانيا ثم تلتها بقية الدول الأجنبية والعربية ، و نذكر على سبيل المثال لا الحصر أبرز البنود التي تتضمنها اتفاقيات الاستثمار الثنائية[2] :

1. تعريف الاستثمار والمستثمر وتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية
2. ضمان الحماية الكاملة للمستثمر واستثماراته في أراضي الدولة المضيفة
3. عدم نزع الملكية دون تعويض
4. حسن معاملة المستثمر بما لا يقل عن معاملة المستثمر الوطني أو أي مستثمر أجنبي أخر.

(1) Bernardini, Piero , *investment protection under bilateral investment treaties and investment contracts,* (The journal of world investment, 2001) , Vol.2 , N.2 , p.236 and after

(2) انظر في هذا البنود على سبيل المثال ما تضمنته اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمار الثنائية بين دولة الإمارات العربية المتحدة وحكومة الجمهورية العربية السورية الموقعة عام 1997 والتي دخلت حيز النفاذ في 2001 م و أيضاً اتفاقية تشجيع الاستثمار بين الامارات العربية المتحدة والمملكة المتحدة التي وقعت عام 1992 ودخلت حيز النفاذ عام 1993 و أيضاً اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الاتحاد الروسي و القطر العربي السوري الموقعة عام 2005 والتي دخلت حيز النفاذ عام 2007 ، هذه الاتفاقيات وغيرها متاحة على الرابط التالي : www.investmentpolicyhub.unctad.org أخر زيارة في 21/1/2019 الساعة السابعة صباحاً .

5. تحديد أساليب حل النزاعات التي قد تثور بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار وهو ما يسمى بشرط التحكيم، وتعتبر سابقة APPL V Serilanka لعام 1990 على سبيل المثال أول حكم يؤسس اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى وجود نص باتفاقية الاستثمار بين المملكة المتحدة وسيرلانكا يحيل الأطراف إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية[1].

6. نظرية الضرورة : و هو ما يهمنا بالدرجة الأولى إذ أن تنظيم اتفاقية الاستثمار الثنائية لنظرية الضرورة من خلال اقرارها لحق الدولة المضيفة للاستثمار بالتمسك بحالة الضرورة تجاه المستثمر يعتبر أحد أهم مكوناتها، فإذا تضمنت اتفاقية الاستثمار بند كهذا بشكل صريح أضحى الأساس القانوني للدفع بحالة الضرورة متمثلاً ببنود اتفاقية الاستثمار الثنائية نفسها وهو أساس قائم على مبدأ حرية إرادة الدول الموقعة على الاتفاقية[2]، و لكن الإشكالية تثور بحال لم تتضمن الاتفاقية بنداً ينظم حالة الضرورة وما تولده من آثار قانونية بشكل صريح ؟ هنا برأينا يبرز دور القاضي أو المحكم بالبحث عن النية المشتركة للدول المتعاقدة والتي يمكن استجلائها بالاستعانة بعدّة معطيات أهمها منطوق اتفاقية الاستثمار نفسها إذ ووفقاً لنص المادة 31 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات: 1) – تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها 2) – بالإضافة إلى نص المعاهدة بما في ذلك الديباجة والملاحق يشمل سياق المعاهدة من أجل التفسير ما يأتي:

- أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة يكون قد تم بين الأطراف بمناسبة عقدها.
- أي وثيقة صدرت من طرف أو أخر بمناسبة المعاهدة وقبلتها الأطراف الأخرى.

7. يؤخذ بعين الاعتبار إلى جانب سياق المعاهدة ما يأتي:

- أي اتفاق لاحق بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها.
- أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها.
- أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على العلاقة بين الأطراف.

(1) الأسعد، د. بشار، عقود الاستثمار، ص 470 و471

(2) For ex: US V Turkey bilateral investment agreement 1986 article 5 : « This treaty shall not preclude the application by either party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of it's obligation with respect to the international pace or security or the protection of it's own essential security interests»

- يعطى معنى خاص للفظ معين إذا ثبت أن نية الأطراف قد اتجهت لذلك.

أضف لما سبق فإن المادة 32 من اتفاقية فينا نصت على وسائل التفسير التكميلية بقولها: «يمكن اللجوء إلى وسائل تكميلية في تفسير بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملابسات عقدها وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة 31 أو لتحديد معنى النص حين يكون من شأن التفسير وفقاً لتلك المادة:

- أن يترك المعنى غامضاً أو غير واضح.
- أن يؤدي إلى نتيجة غير منطقية أو غير مقبولة.

أما فيما يتعلق باتفاقيات التحكيم الجماعية أو المتعددة الأطراف فإنها تختلف عن نظيرتها الثنائية بأن الأولى تقوم على أساس التسليم بالفوائد التي تعود على جميع الدول الموقعة من وجود الاستثمارات الأجنبية على إقليم أياً منها، وتهدف لتكريس جملة من القواعد الدولية التي تحكم سلوك الدول بمواجهة الاستثمارات الأجنبية الخاصة مما يحتم برأينا اختلاف البنود التي تتضمنها الاتفاقيات الجماعية عن تلك التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية لاسيما مع تعدد الأطراف الموقعة وتباينها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي[1] .

ثانياً- الأساس غير التعاقدي للأخذ بنظرية الضرورة:

و السؤال المطروح بهذا الصدد بحال لم يتضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي تنظيماً قانونياً لنظرية الضرورة، و لم يكن هناك اتفاقية استثمار ثنائية بين دولة المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار، أو وجدت هكذا اتفاقية لكنها لم تتضمن حق الدولة المضيفة بالتمسك بحالة الضرورة لا بشكل صريح و لا بشكل ضمني فما هو الأساس القانوني للتمسك بهذا الدفع من قبل الدولة المضيفة للاستثمار؟

بداية لابد من التنويه إلى دور القانون الواجب التطبيق على العلاقة الاستثمارية بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار في تحديد مسألة الأخذ بنظرية الضرورة من عدمها؛ بمعنى إذا كان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة بمصادره القانونية المختلفة[2]

(1) An example of the clauses in multilateral investment convention see OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1967) available at : www.oecd.org visited on 2\2\2019 at 3 a.m

(2) على سبيل المثال : إذا كان قانون دولة الامارات العربية المتحدة هو القانون الواجب التطبيق فإنه وفقاً للمادة 2 من قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم 18 لعام 1993 فإنه تسري على التجار والأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان وبما لا يتعارض مع نص تجاري آمر ، وإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ، إما اذا لم يوجد

قد كرس نظرية الضرورة فعندها لا إشكالية تذكر، ولكن الإشكالية تثور فيما لو خلا القانون الواجب التطبيق من أي تنظيم قانوني للدفع بحالة الضرورة أو كان تنظيمه له ليس بالمستوى المطلوب فما هو الأساس القانوني لإعماله من قبل المحكم بهذه الحالة؟ للإجابة عن هذا السؤال المهم يتعين برأينا التفرقة بين مرحلتين:

أ. مرحلة ما قبل تقنين نظرية الضرورة: لقد عمدت السوابق التحكيمية إلى تأسيس نظرية الضرورة بهذه المرحلة بالاستناد إلى العرف و المبادئ العامة للقانون الدولي للاستثمار، الأمر الذي تجلى بعدد من السوابق التحكيمية الصادرة عن المراكز المتخصصة بنزاعات الاستثمار مثل المركز الدولي لحل النزاعات الاستثمارية ICSID في جملة من القضايا المتعلقة بحق دولة الأرجنتين بالدفع بحالة الضرورة تجاه المستثمرين الأجانب استناداً إلى مبادئ القانون الدولي العرفي السائدة في هذا المجال International Customary Law[1]، وأيضاً في عدة سوابق قضائية كتلك الصادرة عن محكمة العدل الدولية في قضية مشروع سد نهر الدانوب[2]

عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية بما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري وبالعودة إلى قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لعام 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لعام 1987 هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة بين المستثمر ودولة الاستثمار فإنه وحسب المادة الأولى منه اذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بموجب قواعد الشريعة الاسلامية وإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف بما لا يتعارض مع النظام والآداب العامة بالبلاد .

(1) For example The Tribunal considered in the decision on liability in the case of LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, which arising out of certain measures adopted by Argentina, specially the adoption of the Emergency Law of 2002, which modified the regulatory environment under which the claimants invested in three natural gas distribution enterprises in Argentina. Case No. ICSID ARB/02/1(Oct. 3. 2006) held that :« Applying the rules of international law is to be understood as comprising the general international law including customary international law », this precedent is available at : https://investmentpolicyhub.unctad.org visited on 25\11\2018 at 2:30 a.m .

(2) The related paragraph of the case affirmed that : « the state of necessity is indeed a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation, and that such defence has been codified in the ILC Articles» for more information see : The case of Gabeikovo-Nagymaros Project «GN-Project» Hungary \ Slovakia Judgment, (I. C. J. Reports, 25 September ,1997) , no page number.

بين المجر وسلوفاكيا[1]، وقد لقي هذا الاتجاه تأييداً فقهياً[2] باعتبار أن الأعراف السائدة في العلاقات بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار إضافة للمبادئ العامة لقانون الاستثمار من أهم المصادر الأساسية لقانون الاستثمار الدولي؛ إذ يتم تطبيقهم من قبل الهيئة التحكيمية تلقائياً حتى دون حاجة لاتفاق الأطراف على ذلك ما لم يتم استبعادهم صراحة من قبلهم[3].

ب. مرحلة ما بعد تقنين نظرية الضرورة : لم يعد إعمال نظرية الضرورة من قبل المحكم أمراً إشكالياً بعد صدور القواعد الخاصة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع ، إذ شكل تقنين نظرية الضرورة بالمادة 25 منها أساساً قانونياً لإعمالها فيما إذا توافرت شروط ذلك وفقاً لما سبق شرحه، و الأكثر من ذلك أنه و في التعليق الرسمي على المادة 25 من قواعد الأمم المتحدة بشأن مسؤولية الدول يتضح الارتباط الكبير بين مرحلة ما قبل تقنين النظرية بشكل مكتوب ومرحلة ما بعد تقنينها إذ اعتبرت مرحلة ما قبل التقنين بمثابة الأساس القانوني لتقنين هذه النظرية، فعمل لجنة الأمم المتحدة برأينا هو عمل كاشف لا منشئ فنظرية الضرورة متأصلة في القانون الاستثماري الدولي العرفي و بمبادئه القانونية العامة كما سبق ورأينا وكل ما قامت به هذه اللجنة أنها أطرتها ضمن نص قانوني هو نص المادة 25 مما يسهل على الدولة المضيفة للاستثمار التمسك بهذا الدفع

(1) لمحة عن هذه القضية : في عام 1977 وقعت المجر وجمهورية تشيكوسلوفاكيا السابقة معاهدة لإنشاء سلسلة من السدود على نهر الدانوب بهدف منع الفيضانات وتسهيل التنقل وإيجاد مصدر جديد نظيف للكهرباء، وفى عام 1981 اتفقت الدولتان على إبطاء المشروع بسبب مشاكلهما الاقتصادية، غير أنه في عام 1984 شهدت المجر احتجاجات شعبية ضد إنشاء سلسلة السدود، على أساس أنه سيعرض الاحتياطي الاستراتيجي للمجر من المياه للتناقص، كما سيعرض الأراضي الزراعية لأخطار عديدة.إلا أن حكومة تشيكوسلوفاكيا كانت ماضية قدما فى إنشاء السد من ناحيتها، وفى ظل هذه الأعمال تم تقسيم جمهورية تشيكوسلوفاكيا، وورثت جمهورية سلوفاكيا الوليدة مشاكل السد، ورأت أنه من الضروري المضي قدما في الإنشاءات، لكن المجر رفضت وأعلنت أنها ترغب في إزالة جميع المباني والمنشآت وعودة النهر إلى حالته الأصلية، وطلبت إلغاء معاهدة 1977، فلم تجد سلوفاكيا بدا من الاتفاق مع المجر على اللجوء لمحكمة العدل الدولية، لتصدر في النهاية حكمها القاضي بأن معاهدة بودابست عام 1977 ملزمة للطرفين دون استثناء، وأنه يجب على المجر أن تشارك سلوفاكيا في إتمام إنشاءات السد، دون الالتفات للمخاطر البيئية التي أثارتها الحكومة المجرية كسبب لنقض المعاهدة.

(2) Subramanian , S .R ., *Too similar or too different state of necessity as a defense under customary international law and the bilateral investment treaty and their relationship* , (Manchester journal of economic law, 2012) , Vol.9 , Issue 1 , p.73 .

(3) Schill, Stephan , *Sources of international investment law : multilateralization , arbitral precedent , comparativisim soft law* , (Amsterdam law school research, 2017), paper *N.19 , without page number , available at : SSRN: https://ssrn.com/abstract=2932159 vis*ited on 3\4\2018 at 5:00 a.m.

كمبرر لفعلها غير المشروع تجاه المستثمر؛ خاصة و أن هذه المادة لا يقتصر التمسك بها على نوع معين من الالتزامات التي أخلت بها الدولة فهي تشمل كل خرق لالتزام دولي سواء أكان تعاقدياً أم غير تعاقدياً كما شرحنا بالأسطر السابقة وسواء أكان هذا الالتزام بمواجهة دولة أو مجموعة دول أو تجاه فرد أو مجموعة أفراد أو تجاه المجتمع الدولي بأسره[1] . وهنا يثور السؤال عن طبيعة هذه القواعد التي تنعكس على سلطة المحكم بتطبيقها بمعنى هل يمكن للمحكم تطبيقه من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك به الأطراف؟ والأكثر من ذلك هل يتعين عليه استبعاد أي قانون أو اتفاق يخالفها؟

وفقاً لقواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية التي دخلت حيز التنفيذ بدءاً من الأول من آذار 2017 م ولاسيما المادة 21 منها[2] والتي تقابل المادة 35 من قواعد الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 2013 م[3] فإن للأطراف حرية اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، وعليه فإذا وجد اتفاق يقضي بإعمال قواعد لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدول عن فعلها غير المشروع (سواء في اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم أو عقد الاستثمار نفسه أو اتفاقية الاستثمار الثنائية/الجماعية) يصبح إعمال نص المادة 25 أمر مفروغ منه، وحتى في حال غياب هكذا اتفاق فإن النتيجة واحدة في حال كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة الاستثمارية محل النزاع يقضي بإعمال هذه القواعد، ولكن الإشكالية تثور في غير هذه الحالات فهل يبقى من حق للمحكم تطبيق أحكام الضرورة وفقاً لما أتت به قواعد لجنة الأمم المتحدة وعلى أي أساس يتم ذلك؟

برأينا يحق له تطبيقها في كل مرة لا يوجد فيها قاعدة آمر (لأن القاعدة التكميلية يمكن الاتفاق على خلافها) أو لا تتجه فيها إرادة أطراف العلاقة الاستثمارية إلى استبعاد تطبيقها صراحةً أو ضمناً (وهنا يظهر دور المحكم بتقصي إرادة الأطراف حول هذه المسألة مستعينا بمختلف المعطيات والظروف). أما الأساس القانوني لذلك فهو الطبيعة القانونية لهذه المادة نفسها إذا نظرنا إليها في إطار القانون الحاكم للعلاقة بين المستثمر والدولة

(1) انظر بهذا الصدد التعليق الرسمي على قواعد مسؤولية الدولة (لجنة القانون الدولي: الأمم المتحدة، 2001) الدورة الثالثة والخمسون، ص 39 بالنسخة العربية، ص 32 بالنسخة الانكليزية متاح على الموقع الرسمي للجنة www.legal.un.org أخر زيارة بتاريخ 25/12/2018 م الساعة السابعة صباحاً.

(2) Art 21\1 : «The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.»

(3) Art 35\1 :« the arbitral Tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of dispute . Failing such designation by the parties the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate » .

المضيفة للاستثمار على وجه الخصوص فهي لا تخرج برأينا عن كونها نص تكميلي أو تفسيري يمكن لأطراف العلاقة الاستثمارية الاتفاق على مخالفته أو عدم الأخذ بأحكامه أو الأخذ ببعضها دون البعض الآخر، والدليل على ذلك أنها لو كانت ذات صبغة قانونية آمرة لنص واضعوها صراحةً على عدم جواز مخالفتها ولرتبوا على مخالفتها ما يترتب على مخالفة القواعد الآمرة من آثار قانونية.

ولكن الأمر لا يسير دوماً على هذا النحو ففي الحالة لا يُستبعد فيها تطبيق هذه القاعدة يغدو إعمالها من قبل الجهة الناظرة بالنزاع أمراً ملزماً، واسقاطاً على مثار بحثنا فإن تطبيق أحكام نظرية الضرورة التي قننتها المادة 25 من قبل المحكم ما هو بالنتيجة إلا تطبيق لقواعد قانون الاستثمار الدولي أو القانون الدولي للاستثمار International Investment Law بمصادره المختلفة؛ إذ تندرج الأحكام ذات الصلة بالعجلة الاستثمارية العالمية التي تقرها جهات دولية كاللجان القانونية التابعة للأمم المتحدة ضمن المصادر الأساسية لهذا القانون[1] ، وبرأينا لا يوجد قاعدة ذات صلة بأمر كهذا في وقتنا الراهن أكثر من قواعد مسؤولية الدول عن أعمالها غير المشروعة، بل والأكثر من ذلك فإنها تعكس شكلاً من الأشكال المكتوبة أو المقننة لقواعد القانون الدولي للاستثمار تلك القواعد التي تشكل بمجموعها العصي على التحديد نظاماً قانونياً قائماً بذاته له مصادره الذاتية و قضاؤه الخاص مما يلزم المحكم بتطبيقها كلياً أو جزئياً باعتبارها قانون اختصاص المحكم أو ال Lex Fori[2] حتى بالحالة التي لا يكون فيها المحكم مفوضاً بالصلح، ومن هنا تأتي القوة القانونية لنص المادة 25 أو بعبارة أخرى الأساس القانوني لتطبيقها من قبل المحكم من تلقاء نفسه حتى لو لم تتمسك بها الدولة المضيفة للاستثمار؛ أو تمسكت بها في ظل غياب التنظيم القانوني أو الاتفاقي لها في علاقتها مع المستثمر، فدور المحكم بهذه الحالة لا يختلف عن دور القاضي الوطني الذي يلتزم عند عرض النزاع عليه وغياب النص أو الاتفاق بأن يحكم وفقاً لما تمليه عليه قواعد العدالة والإنصاف والاستقامة التجارية المنبثقة جميعها عن فكرة القانون الطبيعي تحت طائلة تعرضه لتهمة انكار العدالة، وهو بهذا لا يقوم بالاختراع أو الابتكار وإنما يمارس الدور القانوني المناط به. والأكثر من هذا وذلك أنه وكما لاحظنا بالأسطر السابقة فإن الفقه والقضاء اعترف للمحكم بسلطة إعمال نظرية الضرورة وما تولده من آثار قانونية من تلقاء نفسه في مرحلة ما قبل التقنين فمن باب أولى الاحتفاظ له بهذه المكنة في مرحلة ما بعد تقنين هذه النظرية.

(1) Bjorklund, Andrea & Reinisch, August , *International investment law and soft law* ,(Edward Elgar publishing limited: UK , 2012) , p.10 and after .

(2) Steven Creen, Michael , *Legal realism , lex fori and the choi*ce of law revolution , (The Yale law journal , 1995) Vol.104 , P. 967 at: www.yalelawjournal.org visited on 7\9\2018 at 2:00 a.m

المبحث الثاني: الأثر القانوني للدفع بحالة الضرورة

عندما يثبت أمام الهيئة التحكيمية في النزاعات الاستثمارية الوجود القانوني لحالة الضرورة وفقاً لما سبق بيانه في المبحث الأول فإن أمر كهذا يولد جملة من الآثار القانونية تتجلى بالدرجة الأولى بتبرير الفعل أو الامتناع عن الفعل غير المشروع الذي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار تجاه المستثمر[1] ، والسؤال المطروح هنا كيف يتجلى ذلك من الناحية العملية؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تتطلب منا بداية تحليل عناصر الفعل غير المشروع (مطلب أول) ومن ثم تبيان أثرة على مسؤولية الدولة المضيفة (مطلب ثاني).

المطلب الأول : عناصر الفعل غير المشروع للدولة المضيفة للاستثمار

وفقاً للمادة 2 من قواعد الأمم المتحدة لمسؤولية الدول عن أفعالها غير المشروعة وتحت عنوان «عناصر فعل الدولة غير المشروع دولياً »: ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إغفال: أ) - ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي ب) - يشكل خرقاً لالتزام دولي على الدولة. وعليه ومن خلال قراءتنا التحليلية لهذا النص يمكننا تحديد عناصر الفعل غير المشروع للدولة المضيفة للاستثمار على الشكل الآتي:

أولاً- فعل الدولة المضيفة للاستثمار غير مشروع:

وفقاً المادة 2/ف2 من قواعد لجنة الأمم المتحدة أنفة الذكر فإن معيار عدم مشروعية الفعل هو «أن يشكل الفعل خرقاً لالتزام دولي» فما المقصود بالالتزام الدولي؟ ومتى يشكل فعل الدولة المضيفة للاستثمار على وجه الخصوص خرقاً لالتزام دولي؟

يكون الالتزام دولياً عندما يجد أساسه القانوني في أحد مصادر القانون الدولي (العام أو الخاص) حسب كل حالة على حده فالنص جاء مطلق والمطلق يجري على إطلاقه، وعليه فإن تماشي الفعل أو الامتناع عن الفعل مع قواعد القانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار لا يعني بأي حال من الأحوال إضفاء صبغة المشروعية عليه من وجهة نظر القانون الدولي، فأمر كهذا لا يحول دون إمكانية اعتباره غير مشروع دولياً، ووفقاً للمادة 12 من قواعد الأمم المتحدة فإن الدولة تعتبر بحالة خرق لالتزام دولي متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه هذا الالتزام بصرف النظر عن منشأ الالتزام وطابعه، وبطبيعة الحال يشترط أن يكون الالتزام الدولي محل الخرق نافذاً إزاء الدولة

(1) Boed, Roman , *State of necessity as a justification for internationally wrongful conduct* , (Yale human rights and development law journal, 2000) , Vol.3 , Issue 1 , Art 1 , p.7 .

وقت حدوث الفعل؛ وعليه واسقاطاً على مثار بحثنا فإذا كان الالتزام الذي أخلت به الدولة المضيفة للاستثمار يجد أساسه القانوني باتفاقية الاستثمار الثنائية بينها وبين دولة المستثمر فإن إخلال هذه الأخيرة بأيٍّ من الالتزامات المفروضة عليها بموجب الاتفاقية الثنائية يشكل إخلالاً بالتزاماتها الدولية تجاه الدولة الثانية الطرف بهذه المعاهدة ، ولكن السؤال المطروح إذا لم يوجد اتفاق كهذا بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر فهل يشكل إخلال الأولى بأيٍّ من التزاماتها تجاه المستثمر خرقاً لالتزام دولي ومن ثمّ ينطبق عليه وصف الفعل غير المشروع ؟

برأينا ووفقاً للقواعد القانونية العامة وعطفاً على العبارة الأخيرة التي انتهت بها المادة 12 من قواعد لجنة الأمم المتحدة والتي تقول: «بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه» يمكننا القول بأن مصادر الالتزام بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار لا تقتصر فقط على المصادر التعاقدية مثل عقود الاستثمار الدولية بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي أو اتفاقيات الاستثمار الثنائية أو الجماعية بينها وبين دولة المستثمر، و إنما تشمل إضافة لذلك المصادر غير التعاقدية و أهمها العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون أو المبادئ القانونية العامة[1] سواء أكانت مقترنة بالقانون الدولي العام أو الخاص أم القانون الداخلي والمقارن وفقاً لكل حالة على حده[2]، والتي تتميز عن العادة والعرف بوصولها لدرجة التجريد والعمومية تخولها الدخول في إطار القياس القانوني[3]، إضافة للسوابق التحكيمية التي تعتبر من المصادر الأساسية لا الاحتياطية للقانون الدولي للاستثمار[4]، ومن ثمّ إذا وجد الالتزام الذي أخلت به الدولة المضيفة للاستثمار أساسه القانوني في أياً من قواعد القانون الدولي للاستثمار بمصادره القانونية المختلفة فإن خرقه يشكل برأينا خرقاً لالتزام دولي تجاه كلٍّ من المستثمر ودولته على حد سواء، وهذه الفكرة الحديثة نسبياً قد تم التلميح إليها بطريقة أو بأخرى في موضعين[5]؛

(1) انقسمت الآراء في مجال تحديد مفهوم هذه المبادئ في اتجاهين مختلفين : الأول اتجه لوضع تعريف قانوني محدد لها ومنهم الفقيه بيسكاتوري باعتبارها مجموعة قواعد تساهم في توجيه أي نظام قانوني من حيث تطبيقه وتنميته حتى لو لم يكن لها دقة القواعد الوضعية وانضباطها، في حين أن اتجاه أخر ومنهم الفقيه ريبيير رفض وضع تعريف خاص بها معتبراً أن ادراك مفهومها لا يتم إلا عند مخالفتها ، إلا أنه لا خلاف بالرأي حول اتصافها بالعمومية والتجريد وبقوتها الملزمة باعتبارها قانون غير مكتوب يعود بجذوره الأولى إلى فكرة القانون الطبيعي، للمزيد في هذا الشأن راجع رسالتنا في الماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية (دراسة تحليلية مقارنة) – جامعة دمشق – كلية الحقوق – 2017 – ص 16 وما يليها .

(2) السيد الحداد، د. حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت ، 2002 م)، ص 768 وما يليها.

(3) المرجع السابق، ص 780

(4) Schill , Stephan ,*Sources of international investment law* , without page number .

(5) Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with the

الأول تجلى بالتعليق الرسمي العام على مجمل قواعد لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع[1]، والثاني في التعليق الرسمي الخاص بالمادة 2 من هذه المواد[2]، حيث اعتبر مصطلح «خرق الالتزام الدولي» شاملًا التزامات الدولة التعاهدية وغير التعاهدية تجاه دولة أخرى أو تجاه الأفراد.

وبرأينا فإن هذا لا يعني أن كل خرق من قبل الدولة المضيفة لالتزاماتها يصل لدرجة اعتباره خرق لالتزام دولي وإنما لابد من النظر إلى كل حالة على حده بالاستناد إلى طبيعة الالتزام بحد ذاته؛ فإذا أخلت الدولة المضيفة للاستثمار بالتزام مفروض عليها تجاه المستثمر بموجب عقد الاستثمار المبرم بينهما فإن أمر كهذا لا يرقى بالضرورة لدرجة اعتباره خرقاً لالتزام دولي.

ثانياً- نسبة الفعل غير المشروع إلى الدولة المضيفة للاستثمار:

وفقاً للفقرة أ من المادة 2 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي السابق ذكرها لا يكتفى أن يكون فعل الدولة المضيفة للاستثمار غير مشروع وإنما لابد وأن يعزى إليها فعلاً، والسؤال هنا متى ينسب الفعل غير المشروع للدولة المضيفة للاستثمار؟

أ. مسؤولية الدولة عن تصرفاتها: الدولة هي شخص من أشخاص القانون العام يتمتع بالشخصية الاعتبارية ولا يقوم إلا بتوافر ثلاث أركان من أرض وشعب وسيادة، إلا أن أمر كهذا لا ينفي حقيقة أن الدولة لا تستطيع أن تتصرف بنفسها حيث يصدر العمل أو الامتناع عن العمل عن شخص أو مجموعة أشخاص باسم الدولة فهي لا تستطيع التصرف إلا من خلال وكلائها ممثليها، والسؤال المطروح هنا من هم هؤلاء الأشخاص الذي يعتبر التصرف الصادر عنهم تصرفاً صادراً عن الدولة المضيفة للاستثمار نفسها؟

1. مسؤولية الدولة عن أعمال أجهزتها والأجهزة الموضوعة تحت تصرفها: وفقاً للمواد 4 و5 و7 من قواعد لجنة الأمم المتحدة فإن الدولة تسأل عن:

تصرفات أجهزتها إذ يعد فعل أي جهاز من أجهزة الدولة صادر عنها بمقتضى القانون

official commentaries, (International Law Commission , 2001) ,p. 32+ 36 and after .

(1) Idem , P. 32 : « The present article …..They apply to whole field of international obligation of states whether the obligation is owed to one or several states, to an individual or group, or to the international community as a whole .»

(2) Idem, – P.36 « the terminology of breach of an international obligation of the state is long used to cover both treaty and non-treaty obligations » .

الدولي سواء أكان الجهاز يمارس وظائف تشريعية أم تنفيذية أم قضائية أم أي وظائف أخرى وسواء أكانت صفته أنه جهاز من أجهزة الحكومة المركزية أم جهاز من أجهزة وحدة إقليمية من وحدات الدولة وذلك وفقاً للقانون الداخلي لهذه الدولة.

- تصرفات الأشخاص أو الكيانات التي تمارس بعض اختصاصات السلطة الحكومية وفقاً لما يخوله قانون تلك الدولة شريطة أن يكون الشخص أو الكيان قد تصرف بهذه الصفة في الحالة المعنية.
- تصرفات الأجهزة التي توضع تحت تصرف الدولة من قبل دولة أخرى إذا كانت تتصرف ممارسة لبعض اختصاصات الدولة التي وضعت تحت تصرفها.
- والسؤال المطروح هنا هل يبقى الفعل منسوباً للدولة في حال تجاوز أياً من الشخوص السابقة حدود صلاحياته أو خالف التعليمات؟

في الواقع أجابت المادة السابعة من قواعد الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدول على هذا السؤال إذ اعتبرت أن مسؤولية الدولة متحققة حتى لو تجاوز وكيلها حدود سلطاته أو خالف التعليمات، و برأينا وبالرغم من حرص واضعي هذه القواعد على منع الدولة من التهرب من مسؤولياتها إلا أن المبالغة بذلك قد لا تتفق و منطق العدالة القانونية ؛ وبرأينا إذا ثبت أن الدولة قامت بواجبها على أتم وجه فإن المسؤولية هنا لم تعد مسؤولية دول وإنما مسؤولية أفراد فالدولة تستطيع العودة على من خالف التعليمات أو تجاوز حدود سلطاته واختصاصاته دون مبرر قانوني .

وفي سابقة Framatome v Ieran لعام 1984 و بالرغم من دفع الحكومة الإيرانية ببطلان العقد المبرم بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية و الشركات الفرنسية الثلاث بسبب عدم أهلية رئيس هذه المنظمة لإبرام العقد، إلا أن محكمة التحكيم أقرت بأن مبدأ حسن النية يحول دون أن تستبعد الحكومة الإيرانية مسؤوليتها عن المخالفات التي ترتكبها أجهزتها وقد ميزت بين تمتع الوكالة باختصاص ابرام عقد الاستثمار وبين عدم مراعاتها القواعد المتبعة في إبرامه[1] .

2. مسؤولية الدولة عن الأعمال الصادرة بناء على توجيهاتها: وفقاً للمادة 8 من قواعد لجنة الأمم المتحدة فإن تصرف شخص أو مجموعة أشخاص بناء على تعليمات دولة ما أو بتوجيه منها أو تحت رقابتها يعتبر فعلا صادراً عنها بمقتضى القانون الدولي.

ب. مسؤولية الدولة عن تصرفات الغير: إذا سلمنا بمسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار

(1) السيد الحداد، د. حفيظة، العقود، ص 89 وما بعدها

عن أفعالها فهل يمكننا تصور مسؤولية الدولة عن أفعال الغير؟ كيف ومتى؟

1. مسؤولية الدولة عن أعمال الغير في حالة الفراغ السلطوي: وفقاً للمادة 9 من قواعد الأمم المتحدة يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة تصرف شخص أو مجموعة أشخاص إذا كانوا يمارسون في الواقع بعض اختصاصات السلطة الحكومية في غياب السلطات الرسمية أو في حال عدم قيامها بمهامها شريطة أن يتم ذلك في ظروف تستدعي ممارسة تلك الاختصاصات.

2. مسؤولية الدولة عن أعمال المتمردين والثوار: وفقاً للمادة 10 من قواعد الأمم المتحدة يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة بمقتضى القانون الدولي تصرف أي حركة تمردية تصبح هي الحكومة الجديدة لتلك الدولة كما يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة الجديدة تصرف أي حركة تمردية أو غير تمردية تنجح في إقامة دولة جديدة في جزء من أراضي دولة كانت موجودة قبل قيام الحركة أو في أراضي تخضع لإرادتها.

3. مسؤولية الدولة عن أعمال غير صادرة عنها بموجب أياً من الحالات السابقة ومع ذلك تنسب إليها بحالة وحيدة هي حالة اعترافها بها وكأنها صادرة عنها [1].

المطلب الثاني: تبرير الفعل غير المشروع للدولة المضيفة للاستثمار

من حيث المبدأ فإن إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بأيٍّ من التزاماتها تجاه المستثمر سواء أكان شخص طبيعي أم اعتباري يشكل فعل غير مشروع من وجهة نظر القانون الدولي للاستثمار، وسواء أكان الأساس القانوني لهذا الالتزام تعاقدي أم غير تعاقدي، إلا أن الاستثناء يتجلى بنفي حالة عدم المشروعية في ظروف معينة قد تحتم ذلك.

أولاً- حالات نفي عدم مشروعية الفعل:

إضافة لحالة الضرورة[2] التي سبق تناولها بالشرح والتفصيل فإن قواعد الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع بررت عدم مشروعية هذا الفعل في الحالات الآتية:

أ. الموافقة: تؤدي موافقة الدولة بحسب الأصول على ارتكاب دولة أخرى فعلاً معيناً إلى انتفاء عدم مشروعية ذلك الفعل إزاء الدولة الموافقة ما دام ذلك الفعل في حدود تلك الموافقة.

(1) راجع المادة 11 من قواعد لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدولة عن أفعالها غير المشروعة.

(2) Hoelck , Marie Christine , *State of necessity as an exemption from state responsibility for investment*, (University of Heidelberg and Max Plank institute & University of Chile, 2009) , Vol. 13 . p.427 .

ب. الدفاع عن النفس: تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة إذا كان هذا الفعل يشكل تدبيراً مشروعاً للدفاع عن النفس اتُخذ طبقاً لميثاق الأمم المتحدة.

ج. التدابير المضادة: تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة الذي لا يكون مطابقاً لالتزام دولي تجاه دولة أخرى إذا كان هذا الفعل يشكل تدبيراً مضاداً متخذاً ضد الدولة الأخيرة وبقدر ما يكون كذلك وفقاً لأحكام الفصل الثاني من الباب الثالث.

د. القوة القاهرة: وقد سبق لنا دراستها وتمييزها عن حالة الضرورة حيث تنتفي بتحققها صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة الذي لا يطابق التزام دولي إذا كان ذلك الفعل راجعاً إلى قوة لا سبيل إلى مقاومتها أو حدث غير متوقع يخرجان عن إرادة الدولة مما يجعل أداء التزامها أمراً مستحيلاً من الناحية المادية، مع ملاحظة أنه في حال كون القوة القاهرة تعزى منفردة أو بالاقتران مع عوامل أخرى إلى تصرف الدولة التي تتذرع بها؛ أوفي حال تحملت هذه الدولة تبعة نشوئها فلا مجال عندها لإعمال مفاعيل هذه النظرية.

ه. حالة الشدة: تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة الذي لا يكون مطابقاً لالتزام دولي لتلك الدولة إذا لم تكن لدى الشخص الذي قام بالفعل المذكور، وهو في حالة شدة، وسيلة معقولة أخرى لإنقاذ حياته أو حياة الأشخاص الآخرين الموكلة إليه رعايتهم. لا تنطبق الفقرة 1 في الحالتين التاليتين:-1 في حالة الشدة التي تُعزى منفردة أو بالاقتران مع عوامل أخرى إلى تصرف الدولة التي تتذرع بها؛ أو 2 - في حالة ترجيح أن يؤدي الفعل المعني إلى حدوث خطر مماثل أو أكبر.

وبجميع الأحوال فإن احتجاج الدولة المضيفة للاستثمار بأياً من الحالات السابقة لا يخل بضرورة تقيد الأخيرة بالالتزام محل الإخلال إذا لم يعد الظرف النافي لعدم المشروعية قائماً[1]

.

ثانياً- أثر نفي عدم مشروعية الفعل على مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار:

والسؤال المطروح هنا فيما إذا انتفت صفة عدم المشروعية عن الفعل الذي قامت به الدولة المضيفة للاستثمار امتثالاً لمقتضيات حالة الضرورة فهل هذا يعني عدم ترتب أي مسؤولية على الدولة تجاه المستثمر بسبب فعلها غير المشروع؟

(1) راجع الفقرة أ من المادة 26 من قواعد الأمم المتحدة بشأن مسؤولية الدول عن فعلها غير المشروع تحت عنوان عواقب الاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية التي نصت على: «الاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية بموجب هذا الفصل لا يخل بما يأتي: التقيد بالالتزام المعني إذا لم يعد الظرف النافي لعدم المشروعية قائما وبقدر ما لا يعود قائما».

في الواقع لقد انقسم الفقه والقضاء في الإجابة على هذا السؤال الهام في اتجاهين مختلفين:

أ. الاتجاه الأول : تقوم مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار على ثلاثة أركان أساسية؛ الركن الأول يتجلى بنسبة الفعل إلى الدولة، والركن الثاني يرتبط بكون الفعل المنسوب للدولة غير مشروع دولياً، أما الركن الثالث فهو الضرر الذي يتمخض عن هذا الفعل[1]، وعليه وفقاً لهذا الرأي إذ اختل أحد هذه الأركان الثلاثة يتعذر علينا التسليم بمسؤولية الدول، و باعتبار أن حالة الضرورة تنفي الصفة غير المشروعة عن فعل الدولة كما سبق ودرسنا فإن هذا يعني اختلال أحد أركان مسؤوليتها و بالتالي لا مجال للقول بتحقق مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار بهذه الحالة على الإطلاق، و يلاحظ تأثر أنصار هذا الرأي[2] بنظرية الخطأ كأساس لتحقق مسؤولية الدولة فنفي عدم مشروعية الفعل برأيهم يعني نفي الخطأ من جانب الدولة، ومن ثمّ لا مجال للقول بمسؤوليتها وما يترب على هذه المسؤولية من آثار قانونية تتجلى بالتعويض . وبرأينا فإن التسلم المطلق بنظرية كهذه من الخطورة بمكان ما كونها تشجع الدول على الإفلات من التزاماتها القانونية تجاه أشخاص القانون العام والخاص على حد سواء.

ب. الاتجاه الثاني : نظراً لقصور الاتجاه السابق إذ من غير المنطقي القول بأن نفي صفة اللامشروعية عن الفعل مبرر لنفي مسؤولية الدولة فالفعل بالأصل غير مشروع وما حالة الضرورة إلا استثناء على القاعدة العامة القاضية بعدم مشروعيته فالإخلال متحقق والضرر متحقق و نسبة التصرف للدولة المخلة متحقق وهذه الأركان الثلاثة كافية بحد ذاتها لقيام مسؤولية الدولة بالتعويض، وعليه رفض أنصار هذا الرأي الأخذ بنظرية الضرورة كسبب من أسباب التبرير أو مانع من موانع المسؤولية معتبرين أن نفي صفة اللامشروعية عن الفعل لا تنتفي معها مسؤولية الدولة التي تبقى قائمة بكل عناصرها ، فالدولة بهذه الحالة مسؤولة لكنها غير مذنبة Responsable Mais Pas Coupable الأمر الذي أيده القضاء الفرنسي عام 1998م في سابقة الدم الملوث الشهيرة[3] إذ تعود وقائعها الى عام

(1) Omar Medon, Ali , *The baise of international responsibility and it's principles towards illegal action in international law* , (International journal of west Asian studies, 2013) , Vol.5 , N.1, without page number .

(2) صادق أبو هيف، د. علي، القانون الدولي العام، (منشأة المعارف: الإسكندرية، 1962 م)، ص 259

(3) The details of this precedent available at : http://www.liberation.fr/societe/1998/07/21/proces-du-sang-contaminé visited on 20\1\2018 at 12:00 a.m

1985 حين اعطى رئيس الوزراء الفرنسي آنذاك فابيوس تعليماته لوزير الدولة للصحة ووزيرة الشؤون الاجتماعية باستيراد كميات من الدم لحاجة المستشفيات الفرنسية لها وتبين بعد ذلك انها تحمل فيروس الايدز بعد وفاة عدد من المرضى، وعلى نفس الخطى كانت قد سارت محكمة العدل الدولية في سابقة Nicaragua[1] (v. The United States of America 1986) حيث أقرت مسؤولية الولايات المتحدة الأمريكية بسبب نشاطها العسكري ضد دولة نيكاراغوا الذي يتعارض مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة ، ويلاحظ تأثر أنصار هذا الاتجاه[2] بالنظرية الموضوعية (نظرية الضرر أو تحمل التبعة) لتأسيس مسؤولية الدولة ويعاب على هذه النظرية برأينا أنها تكرس فكرة الضمان المطلق أو الحماية المبالغ فيها للمستثمر بصرف النظر عن تحقق الخطأ من جانب الدولة المضيفة للاستثمار .

ونحن إذ لا نؤيد أي من النظريتين السابقتين وبرأينا إذا سلمنا بأن حالة الضرورة كفيلة بإسباغ الصفة المشروعة على الفعل غير المشروع؛ ومن ثمّ نفي الخطأ عن كاهل الدولة المضيفة للاستثمار (الأمر الذي كرسه الاتجاه الفقهي والقضائي الأول) فهذا لا يعني أن فعل الدولة لم يلحق ضرراً بالمستثمر يستوجب الجبر إلا أن الأساس القانوني لجبر الضرر بهذه الحالة لا يستند إلى عدم مشروعية الفعل (كما اعتبر أنصار الاتجاه الفقهي والقضائي الثاني) وإنما يستند برأينا إلى قاعدة عامة مقتضاها أن «كل فعل سبب ضرر لغير يلتزم مرتكبه بالتعويض» وهي قاعدة أقرتها التشريعات المحلية والدولية على حد سواء؛ الأمر الذي يمكننا استنتاجه من خلال استقرائنا للفقرة ب من المادة 27 من قواعد الأمم المتحدة والتي نصت على ما يأتي:

« الاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية لا يخل بمسألة التعويض عن أي خسارة تسبب فيها هذا الفعل». بمعنى أخر فإن الآثار القانونية للمسؤولية متحققة حتى في حال عدم التسليم بقيام هذه المسؤولية على أساس الخطأ وذلك استناداً لقواعد القانون الطبيعي من عدالة وإنصاف هذه القواعد التي تعتبر بحد ذاتها مصدراً أساسياً من مصادر القانون الدولي العام والخاص، إذ لا يُعتد هنا إلا بالضرر ورابطة السببية بين هذا الفعل والضرر دونما حاجة إلى البحث عن مدى مطابقة هذا الفعل للقانون الدولي.

(1) For more information about this case visit : https://casebook.icrc.org/case-study/icj-nicaragua-v-united-states visited on 20\1\2018 at 12:00 a.m

(2) سرحان، د. عبد العزيز، القانون الدولي العام في أحكام المحاكم وما جرى عليه العمل في مصر، (دار النهضة العربية: القاهرة ،1973 م)، ص 385.

وبجميع الأحوال فإنه متى تحققت مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار فإن تعويض المستثمر الأجنبي وفقاً لما استقر عليه العمل في أروقة التحكيم الاستثماري الدولي قد يتخذ شكلاً أو أكثر من الأشكال التالية:

1. التعويض العيني: ويقصد به إعادة الشيء إلى أصله أي إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر لذلك سمي بالتعويض العيني لأنه يزيل الضرر عيناً و كأن الفعل أو الامتناع عن الفعل المرتكب من قبل الدولة المضيفة للاستثمار استناداً لمقتضيات حالة الضرورة لم يكن، وهذا النوع من التعويض برأينا لا يجد له تطبيقاً مناسباً في العلاقات الاستثمارية نظراً لطبيعتها القانونية الخاصة؛ لذا نلاحظ اعتماد السوابق التحكيمية بالدرجة الأولى على التعويض النقدي كأثر لتحقق المسؤولية في هذه الحالة.

2. التعويض النقدي: هو التزام الدولة المسؤولة بدفع مبلغ مالي إلى الطرف المضرور لتعويضه عما أصابه من ضرر يكون كافياً لجبر هذا الضرر، وهذا التعويض هو الصورة الأكثر شيوعاً في العمل الدولي عند وضع المسؤولية الدولية موضع التنفيذ؛ لأن النقود هي المقياس المشترك لقيمة الأشياء المادية؛ فضلاً عن وجود حالات كثيرة يتعذر فيها الحكم بالتعويض العيني[1].

3. الترضية: يُراد بها أي إجراء غير التعويض العيني أو النقدي يمكن للدولة المسؤولة أن تقدمه للمضرور بمقتضى العرف الدولي أو الاتفاق بهدف إصلاح الضرر[2]، وتتعدد صور الترضية وإجراءاتها ومنها على سبيل المثال منح المستثمر مزايا استثمارية لم تكن موجودة له من قبل.

ولكن فيما لو أردنا الذهاب أبعد من ذلك؛ في حال خلصت الهيئة التحكيمية إلى وجوب قيام الدولة المضيفة للاستثمار بتعويض المستثمر تثور أمامنا إشكالية أخرى: على أي أساس تقوم بحساب هكذا تعويض؟ فهل تأخذ بالحسبان الخسارة المتحققة أم الكسب الفائت أم كلاهما معاً في تقديرها لحجم تعويض المستثمر؟

تعد هذه المسألة من المسائل الإشكالية التي يطول شرحها ونظراً لحساسيتها وانعكاسها المباشر على مصالح الأطرف في النزاعات الاستثمارية فقد تجاذبتها عدة آراء على الصعيدين الفقهي والقضائي ؛ ونحن إذ نؤيد ما ذهب إليه المحكم المنفرد السيد Pierre

(1) السيد الحداد، د. حفيظة، العقود، ص 100 وما بعدها.

(2) دراجي، د. إبراهيم، المسؤولية الدولية، (هيئة الموسوعة العربية: سوريا، 2010 م)، الطبعة الأولى، المجلد 18، ص 618.

cavin في سابقة Sapphaire International Petroleum LTD v. National Iranian Oil Co لعام 1963 م[1] ، حيث طبق في حكمه القاعدة العامة التي تحكم مسألة التعويض التي تهدف لوضع المضرور في الحالة التي كان سيكون عليها لولا حدوث الضرر؛ والنابعة من مبدأ حسن النية Pacta Sunt Servanda المبدأ الراسخ منذ أمد بعيد في مختلف الأنظمة القانونية على الصعيدين الدولي و المحلي، وعلى ذلك فقد اعتبر السيد Pierre أن حجم التعويض يشمل إضافة للخسارة المتحققة Damnum Emergens المنفعة الفائتة Lucum Cessans بشرطين الأول: أن تكون القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع قد كرست حق المضرور بالتعويض عن الكسب أو المنفعة الفائتة، والشرط الثاني : أن ينجح المضرور فعلاً في إثبات فواتها ، في حين اعتبر أن مسألة تحديد مقدار هكذا تعويض في حال ثبوته هي مسألة واقع تدخل بإطار سلطة المحكم الناظر بالنزاع وفقاً لكل حالة على حده وبما لا يتعارض مع قواعد العدالة والإنصاف Ex aeqo et bono .

وبنهاية الدراسة لابد من الإشارة إلى الدعوى التحكيمية المنظورة حالياً أمام محكمة التحكيم التجارية الدولية ICC برقم ZF/21845 لعام 2017 م بين الجمهورية العربية السورية وإحدى شركات الاستثمار الأجنبية الضخمة [2] والمتعلقة بمدى مسؤولية الحكومة السورية عن تعويض هذه الأخيرة عن الأضرار التي لحقت بمشاريعها الاستثمارية في القطر العربي السوري في ظل الأزمة السورية ؛ إذ تعتبر قضية كهذه تطبيقاً عملياً بغاية الأهمية لنظرية الدفع بحالة الضرورة من قبل الدولة المضيفة للاستثمار في أروقة التحكيم الاستثماري الدولي ، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد ما هي الطبيعة القانونية لالتزام الدولة المضيفة للاستثمار فيما يتعلق بمسألة حماية الاستثمارات الأجنبية القائمة على أراضيها ؟ بعبارة أخرى هل هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق غاية؟

تثور هذه الإشكالية في حالة غياب وجود اتفاق أو نص قانوني يحسم مسألة كهذه بشكل واضح وصريح فمن مصلحة المستثمر التمسك باعتبار التزام الدولة بحماية استثماراته التزاماً بتحقيق نتيجة في حين أنه من مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار التمسك باعتباره التزام ببذل عناية ، وقد تباينت الآراء بهذا المجال إلا أن هناك شبه إجماع فقهي وقضائي[3]

(1) The details of this precedent are available on https://www.biicl.org visited on 8\2\2019 at 22p.m

(2) هذه السابقة مازالت حتى تاريخه منظورة أمام التحكيم ولم يصدر بها أي حكم حتى الآن لذا فهي غير معدة للنشر والاطلاع بعد ، وقد تم الاطلاع عليها من قبل الباحث بصفته محامي من خلال القضايا التي تصادفه شخصياً في مهنة المحاماة في الجمهورية العربية السورية .

(3) In the case of **ELSI (1989) the chamber of the ICJ said** : «to the provision of 'constant protection and security' cannot be construed as the giving of a warranty that

علـى اعتبـار التـزام الدولـة فيمـا يتعلـق بحمايـة الاسـتثمارات الأجنبيـة علـى أراضيهـا هـو التـزام ببـذل عنايـة Due Diligence وفقـاً للنظريـة الحديثـة فـي هـذا المجـال لا التـزام بتحقيـق غايـة وفقـاً للنظريـة التقليديـة ، بمعنـى أخـر فـإن الدولـة تسـتطيع التملـص مـن مسـؤوليتها تجـاه المسـتثمر إذا أثبتـت أنهـا بذلـت كل مـا بوسـعها لحمايـة اسـتثماراته لكنهـا فشـلت بذلـك ، ولكـن بهـذه الحالـة تبقـى إشـكالية وجـود معيـار محـدد لدرجـة العنايـة التـي يتعيـن علـى الدولـة بذلهـا فـي سـبيل تحقيـق ذلـك قائمـة ؟ وفيمـا لـو ذهبنـا مـع المعيـار الـذي تبنـاه أغلـب الفقهـاء القانونييـن[1] فـي هـذا المجـال وهـو معيـار «العنايـة المعقولـة» Reasonable Degree Of Vigilance يبقـى السـؤال: مـن يحـدد معقوليـة الاجـراءات المتخـذة مـن قبـل الدولـة؟ هـل هـي الدولـة نفسـها أم المسـتثمر الأجنبـي أم طـرف ثالـث؟ برأينـا إن السـلطة التقديريـة للجهـة الناظـرة بالنـزاع تلعـب بـه دوراً مفصليـاً فـي هـذا المجـال اسـتناداً للمعطيـات المتاحـة فـي كل قضيـة علـى حـدة وبمـا لا يتعـارض مـع العـرف والمبـادئ القانونيـة العامـة السـائدة فـي هـذا المجـال.

الخاتمة:

انطلاقـاً مـن قاعـدة الضـرورات تبيـح المحظـورات بنـى التحكيـم الاسـتثماري الدولـي نظريـة أكثـر مـن مهمـة أحـوج مـا نكـون إليهـا اليـوم فـي ظـل مـا يكابـده الوطـن العربـي عمومـاً و القطـر العربـي السـوري خصوصـاً مـن أزمـات مختلفـة علـى كافـة الأصعـدة الاقتصاديـة والاجتماعيـة والعسـكرية والسياسـية والبيئيـة وحتـى الثقافيـة منهـا، فكـم مـن مسـتثمر أجنبـي كان أم محلـي تعرضـت مشـاريعه الاسـتثمارية للأضـرار فـي المناطـق المشـتعلة بالأزمـات سـوف يقاضـي الدولـة المضيفـة للاسـتثمار باعتبارهـا المسـئول الأول عـن تأميـن الحمايـة الكاملـة والمعاملـة العادلـة لهـذه الاسـتثمارات ؟؟

وهنـا سـنجد هـذه الـدول نفسـها أمـام مـأزق قانونـي لـن تسـتطيع الخـروج منـه بسـهولة إلا بوجـود محامـي قـوي وذكـي يتقـن إعمـال الدفـع بحالـة الضـرورة أمـام المحكـم أو الهيئـة التحكيميـة كأحـد أقـوى الدفـوع القانونيـة التـي يمكـن أن تسـاعد الدولـة المضيفـة فـي تبريـر أي خـرق لالتزاماتهـا سـواء بالفعـل أو الامتنـاع عـن الفعـل تجـاه هـذا المسـتثمر.

---

property shall never in any circumstances be occupied or disturbed» , also In case of **Noble Ventures v Romania (2005) the ICSID court said that** : «full protection and security is not a strict standard, but one requiring due diligence to be exercised by the State» . for more see Schreuer, Christoph , *Full protection and security* ,(journal of international dispute settlement , 2010) , p. 15.

(1) Idem, P. 15 , Transferred from : Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph ,*Principles of International Investment Law* , (Oxford University Press :UK , 2008) , p.149+ 150

إذ سلطت هذه الدراسة القانونية الضوء على شروط وموانع تطبيق نظرية الضرورة من قبل الدولة المضيفة للاستثمار كما عالجت الأساس القانوني لإعمالها أمام المحكم وفقاً لكل حالة على حده، والأهم من هذا وذاك أنها حددت الآثار القانونية لتحققها لناحية قيام مسؤولية الدولة من عدمها؛ وكل ذلك في ضوء قواعد لجنة القانون الدولي المتعلقة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع التي تبنتها الجمعية العمومية في الأمم المتحدة صراحة عام 2002م، وقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج القانونية الجديدة وأوصت بمجموعة من المقترحات على النحو التالي :

النتائج:

1. أسهم التحكيم الاستثماري الدولي ببلورة نظرية الضرورة وإبرازها إلى حيز الوجود القانوني وعزز ذلك تقنين هذه النظرية بقواعد لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع والتي يمكننا اسقاطها على العلاقة القانونية بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار في كل مرة تكون الأرضية القانونية مهيأة لذلك.

2. يعيش القطر العربي السوري ومنذ عام 2011 بحالة ضرورة اسقاطاً على نص المادة 25 من قواعد الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية الدولة عن فعلها غير المشروع.

3. يحق للدولة السورية الدفع بالضرورة في النزاعات الاستثمارية أمام هيئات التحكيم تجاه المستثمر الأجنبي الذي تأثرت استثماراته بفعل الأزمة السورية.

4. إن تحقق حالة الضرورة وإن كان ينفي عدم مشروعية الفعل أو الامتناع عن الفعل الذي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار تجاه المستثمر إلا أنه لا يمكن أن يعفيها كلياً من تعويض المستثمر الأجنبي الذي تأثرت استثماراته على أراضيها وفقاً للأسس والقواعد القانونية العامة التي تمليها بالدرجة الأولى اعتبارات العدالة والمنطق القانوني.

التوصيات:

1. حث المشرعين العرب عموماً على إعادة النظر في أحكام قوانين الاستثمار الوطنية لديها بما يتناسب مع تطورات الاقتصادية والسياسية في المنطقة العربية والعالم وحث المشرع السوري خصوصاً على إعادة النظر بالمرسوم التشريعي رقم 8 لعام 2007 الناظم للاستثمار في الجمهورية العربية السورية لجهة:

- تمييز الاستثمار الوطني عن الاستثمار الأجنبي وإفراد كل منهما بأحكام خاصة به

- تبني نظرية الضرورة بأحكام مفصلة وواضحة كي لا تكون حالة الفراغ التشريعي ذلك حجة أمام المستثمر الأجنبي للتنصل من أحكامها.

2. حث المعنيين برسم السياسات الاستثمارية في الدول العربية عموماً وفي الجمهورية العربية السورية خصوصاً على إدراج نظرية الضرورة وما تولده من آثار قانونية على كل من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار في جميع الاتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرمها مع أي دولة أخرى ولاسيما في المرحلة القادمة مرحلة إعادة الإعمار.

3. حث الدول العربية على الاستفادة من تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في هذا المجال ولاسيما مؤخراً مع صدور قانون الاستثمار الأجنبي المباشر رقم 19 لعام 2018 م الهادف لترسيخ مكانة دولة الإمارات كمركز استقطاب للاستثمار الأجنبي على المستويين العربي والعالمي.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- المراجع العربية:

الكتب:

1. المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط2، مصر، 1425 هـ / 2004 م.
2. أبو الوفا، د. أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980م.
3. أبو الوفا، د. أحمد، المرافعات المدنية التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980 م.
4. الأسعد، د. بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م.
5. السيد الحداد، د. حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002 م.
6. بن أحمد الشعلان، فهد، إدارة الأزمة (الأسس – المراحل – الآليات)، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1423 هـ.
7. بن عبد القادر قوته، د. عادل، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 2007 م.
8. حرب محيسن، د. إبراهيم، النظرية العامة للدفوع المدنية (دراسة مقارنة)، دار الفلاح للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 م.
9. سرحان، د. عبد العزيز، القانون الدولي العام في أحكام المحاكم وما جرى عليه العمل في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973 م.
10. سيف، رمزي، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، النهضة العربية، القاهرة، 1957 م.
11. صادق أبو هيف، د. علي، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1962 م.
12. صلاح مطر، لين، معجم المصطلحات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2011-م.

13. عبد الحكم، فودة، الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، المكتب الفني للموسوعات القانونية، ج1، الاسكندرية، 2007 م.
14. غنام، د. شريف، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال Hardship على تنفيذ العقود الدولية)، أكاديمية شرطة دبي، ط1، 2009/2010 م.
15. مسعود، جبران، المعجم الرائد، ط 6، مجلد 1، دار العلم للملايين، لبنان، 1999 م.
16. نخلة، موريس والبعلبكي، روحي ومطر، صلاح، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
17. هندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، 1989م.

الرسائل العلمية:

الدكتوراه:

18. هواري، بلحسان، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، أطروحة دكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، جامعة مستغانم، الجزائر، 2017 – متاحة بنسختها الإلكترونية على الرابط التالي : www.e-biblio.univ-m0sts.dz

الماجستير :

19. جميل اللوزي، أنس، مفهوم الضرورة العسكرية في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014 م.
20. عبد اللطيف خالد حمد، ابتسام، الدفوع في إجراءات التقاضي المدني، رسالة ماجستير– جامعة النيلين، الخرطوم، 1438 هـ/ 2017 م.

المقالات والنشرات:

21. إشراقية، د. أحمد، تصنيف النزاعات المسلحة بين كفاية النص والحاجة إلى التعديل، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني المنعقد في جامعة العلوم التطبيقية الأردنية الخاصة، بيروت، 7/3/2016 م.
22. دراجي، د. إبراهيم، المسؤولية الدولية، الموسوعة العربية، هيئة الموسوعة العربية، رئاسة الجمهورية العربية السورية، ط/1، مج 18، 2010 م.
23. رفيقة، د. قصوري وطالب، عيواج، النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي، مجلة جامعة خنشلة باتنة، الجزائر، العدد 5، 2016 م.
24. محمد مرسي، محمد مرسي، إدارة الأزمات العسكرية، مقال منشور بتاريخ 8/11/2008 م على الموقع التالي: www.midad.com
25. مشهور الجازي، د. عمر، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث علمي قانوني منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العددان 9 و10 لعام 2002 م.
26. يازجي، د. أمل، النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي بين الحرب الأهلية والنزاع المسلح غير الدولي مفاهيم أساسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، تاريخ استلام البحث 1/11/2017 م، تاريخ الموافقة على النشر 6/12/2017م.

Transliteration Arabic References: الترجمة الصوتية لمصادر ومراجع اللغة العربية:

Alkutub:

1. almu'jam alwaseet, maktabat alshurouq aldawliyah, t.2, Misr, 1425 h / 2004 m.
2. 'Abu Alwafaa, Dr. 'Ahmad, nadhariyat aldufou' fi qanoun almurafa'at, munsha'at alma'arif, Al'iskandariyah, 1980m.
3. Abu Alwafaa, Dr. Ahmad, almurafa'aat almadaniyah altijaariyah, munsha'at alma'aarif, Al'iskandariyah, 1980 m.
4. Al'as'ad, Dr. Bashshaar, 'uqoud alistithmaar fi al'ilaqaat aldawliyah alkhassah, manshouraat alhalaby alhuqouqiyah, Bairout, 2006 m.
5. Alssayid Alhaddaad, Dr. Hafeedhah, al'uqoud almubramah bain aldduwal wa al'ashkhaas al'ajnabiyah, manshourat alhalaby alhuqouqiyah, Bairout, 2002 m.
6. *Bin 'Ahmad Alsha'laan, Fahd, 'idarat al'azmah (al'usus - almarahil – al'aaliyaat), manshouraat 'akadeemiyat nayif al'arabiyah lil'uloum al'amniyah, Alriyad, 1423 h.
7. bin 'Abd Alqadir Qoutah, Dr. 'Adil, 'athar al'urf wa tatbeeqaatuh almu'aasirah fi fiqh almu'aamalaat almaliyah, alma'had al'islamy lilbuhouth wa alttadreeb, Jidaah, 2007 m.
8. Harb Muhaisin, Dr. Ibrahim, alnadhariyah al'aammah lildufou' almadaniyah (dirasah muqaaranah), dar alfalah lilnashr wa altawzee', Al'urdun, 2008 m.
9. Sarhaan, Dr. 'Abd Al'aziz, alqanoun aldawly al'am fi 'ahkaam almahakim wa ma jaraa 'alaih al'amal fi Misr, dar alnahdah al'arabiyah, Alqahirah, 1973 m.
10. Saif, Ramzy, alwajeez fi qanoun almuraafa'aat almadaniyah wa altujariyah, alnahdah al'arabiyah, Alqahirah, 1957 m.
11. Sadiq 'Abu haif, Dr. 'Aly, alqanoun alddawly al'aam, munsha'at alma'aarif, Al'iskandariyah, 1962 m.
12. Salah Mutar, Leen, mu'jam almustalahaat alqanouniyah, manshouraa alhalaby alhuqouqiyah, Bairout -2011m.
13. 'Abd Alhakam, Foudah, almawsou'at alshaamilah fi aldufou' wa alduf'aat, almaktab alfanny lilmawsou'aat alqanouniyah, j1, Al'iskandariyah, 2007 m.
14. Ghannam, Dr. Shireef, 'athar taghayur aldhurouf fi 'uqoud altijarah aldawliyah ('athar alquwwah alqahirah wa al Hardship 'ala tanfeeth al'uqoud aldawliyah), 'akadeemiyat shurtat Dubay, t1, 2009/2010 m.
15. Mas'uoud, Jabraan, almu'jam alraa'id, t6, mujallad 1, dar al'ilm lilmalaayeen, Lubnan, 1999 m.
16. Nakhlah, Mourees wa Alba'labaky, rouhy wa matar, Salah, alqamous alqanouny alththulaathy, manshourat alhalaby alhuqouqiyah, Bairout, 2002m.

17. Hindy, ‘Ahmad, ‘usoul almuhakamaat almadaniyah, alddaar aljami’iyah, Bairout, 1989m.

Alrasaa’il Al’ilmiyah:

Alduktourah:

18. Hawary, Bilhassaan, taswiyat almunaza’at al’iqtisadiyah aldawliyah, ‘utrouhat duktourah fi qanoun al’ilaaqaat al’iqtisadiyah aldawliyah, jami’at Mustaghanim, Aljaza’ir, 2017 - mutahah bi nuskhatiha al’iliktrouniya ‘ala alrraabit altaaly : www.e-biblio.univ-m0sts.dz

Almaajister:

19. Jameel Allouzy, ‘Anas, mafhoum alddarourah al’askariyah fi alqanoun aldawly al’insany, risalat majistiyr, jami’at alsharq al’awsat, Al’urdun, 2014 m.
20. ‘Abd Allateef Khalid Hamad, ‘Ibtisaam, alddufou’ fi ‘ijra’aat alttaqaady almadany, risalat majistiyr- jami’at Alnneelain, Alkhurtoum, 1438 h/ 2017 m.

Almaqaalaat wa Alnasharaat:

21. ‘ishraaqiyah, Dr. ‘Ahmad, tasneef alnnizaa’at almusallahah bain kifayat alnas wa alhajah ‘ilaa altta’deel, waraqah bahthiyah muqaddamah ‘ilaa mu’tamar altatbeeq al’ameen lilqanoun aldawly al’insany almun’aqed fi jami’at al’uloum altatbeeqiyah al’urduniyah alkhassah, Bairout, 7/3/2016 m.
22. Darajy, Dr. ‘Ibrahim, almas’ouliyah alddawliyah, almawsou’ah al’arabiyah, hay’at almawsou’ah al’arabiyah, ri’aasat aljumhouriya al’arabiyah alssouriyah, t/1, maj 18, 2010 m.
23. Rafeeqah, Dr. Qusoury wa Talib, ‘eewaaj, alnidham alqanouny li’uqoud al’istithmaar al’ajnaby, majallat jami’at Khanshilah Batinah, Aljaza’ir, al’adad 5, 2016 m.
24. Muhammad Mursy, Muhammad Mursy, ‘idarat al’azamat al’askariyah, maqaal manshour bitareekh 8/11/2008 m ‘alaa almawqi’ altaaly: www.midad.com
25. Mashhour Aljaazy, Dr. Omar, alttahkeem fi munaza’aat ‘uqoud al’istithmaar, bahth ‘ilmy qanouny manshour fi majallat niqabat almuhameen al’urduniyeen, al’adadaan 9 wa10 li’aam 2002 m.
26. Yazjy, Dr. ‘Amal, alnniza’aat almusallahat ghair that altaabi’ aldawly bain alharb al’ahliyah wa alnnizaa’ almusallah ghair aldawly mafaheem ‘asaasiyah, majallat jami’at dimashq lil’uloum al’iqtisadiyah wa alqanouniati, tareekh ‘istilam albahth 1/11/2017 m, tareekh almuafaqah ‘alaa alnnashr 6/12/2017m.

القواعد القانونية الدولية:

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with the official commentaries ,Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10) .

ICC rules of arbitration 2017 .

UNCITRAL rules of arbitration with it's amendments 2013 and UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration 2014 .

ثانياً- المراجع الإنكليزية:

Allot , Philip , State responsibility and unmaking of international law , Harvard international law journal , Vol. 29, N.1, USA, 1988.

Bernardini, Piero , investment protection under bilateral investment treaties and investment contracts , The journal of world investment , Vol.2 , N.2 , Geneva , 2001 .

Bjorklund, Andrea & Reinisch, August , International investment law and soft law , Edward Elgar publishing limited , UK , 2012.

Boed, Roman, State of necessity as a justification for internationally wrongful conduct , Yale human rights and development law journal , Vol.3 , Issue 1 , Art 1 , 2000 .

Chubb, Kelly, The state of necessity Defense a burden not a blessing to the international investment arbitration system , Cardozo journal of conflict resolution , Vol.14 , 2013 .

De Alba, Mariano , Drawing the line: Addressing allegations of unclean hands in investment arbitration , LLM , Georgetown University ,USA ,2015 .

Dipietro, Domenico , State of necessity in investment arbitration , The European Middle Eastern arbitration review , December , 2008, available at : http://globalarbitrationreview.com

Galvez, Cynthia , Necessity investor rights and state sovereignty for NAFTA investment arbitration , Cornell international law journal , Vol.46 , 2013 .

Hill, Sarah , The necessity defense and the emerging arbitral conflict in it's application to the U.S – Argentina bilateral investment treaty , L&Bus.Rev.Am , Vol.13 , 2007

Hoelck, Marie Christine , State of necessity as an exemption from state responsibility for investment , University of Heidelberg and Max Plank institute and University of Chile , Vol. 13 , 2009 .

Mayorgo, Ofilio , Military necessity as a defense to the breach of investment treaty obligation , Harvard program on humanitarian policy and conflict research , 2013.

Omar Medon, Ali , The base of international responsibility and it's principles towards illegal action in international law , international journal of west Asian studies , Vol.5 , N.1, 2013 .

Schill, Stephan , Sources of international investment law : multilateralization , arbitral precedent , comparativisim soft law , Amsterdam law school research paper N.19 , 2017, available at : https://ssrn.com/abstract=2932159

Schreuer, Christoph , Full protection and security , journal of international dispute settlement , 2010.

Steven Creen, Michael , Legal realism , lex fori and the choice of law revolution , The Yale law journal , Yale university, Vol.104 , US, 1995, available at: www.yalelawjournal.org

Subramanian, S .R . , Too similar or too different state of necessity as a defense under customary international law and the bilateral investment treaty and their relationship , Manchester journal of economic law , Vol.9 , Issue 1 , 2012

With, William Burke & Von Staden, Andreas , Investment protection in extraordinary times : The interpretation and applicable of non-precluded measures provisions in bilateral investment treatment , Virginia journal of international law ,Vol.48 , Issue.2 ,USA , 2008 .

Yannaca Small, Katia , «Essential Security Interest Under International Investment Law», International Investment Perspective: Freedom of Investment in Changing World , OECD , 2007 .

Lessons from the crisis in Argentina , Policy development and review department – International Monetary fund , 8 October , 2003, E-version available at : www.imf.org

ثالثاً- المراجع الفرنسية:

Latty, Frank, Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational , édition Pedone , Paris , 2015

Hay, Richard & Nicoll, Leigh, la protection des investissement étrangers contre les risques politiques , Stikemen Elliott LLP publications , 2009.

La protection de la sécurité international dans les accords internationaux d’investissement , Etude de la CNUCED sur les politiques d’investissement international au service du développement , UN , New York & Genève , 2009 .

The State of Necessity Defense in International Investment Arbitration

Alaa Ahmad Chahin

Moussa Kalil Mitry

Faculty Law - Damascus University

Damascus - Syria

Abstract:

In light of the economic extroverted and international commerce liberation movement which was accompanied with flexibility in material and human funds transmission, a particular relationship emerged in the field of law in the form of international investment relation which is divided into direct investment (FDI) or indirect investment (Portfolio). This kind of relation has generated a new legal problematic that the national judicature and legislator failed to solve, which, in turn, motivated the arbitration to find a reasonable solution to it. As a result, international investment arbitration came into legal existence and served as a cornerstone for the rise of international investment law. Perhaps one of the theories that established this type of arbitration is the theory of necessity as one of the most important legal defenses before the arbitral tribunals. This is often resorted to by the state restricting investment to justify the act or refrain from the act that constitutes a breach of its obligations towards the foreign investor regardless of the nature of these obligations. Actually, the importance of this study is further validated by the critical stage experienced by the Arab countries in general and the Syrian Arab country in particular, which directly affected foreign investments throughout the Syrian territory, especially as the country is approaching the stage of reconstruction and attraction of foreign investments. We will address, for instance, the possibility of the Syrian state benefiting from the theory of necessity to justify its position towards foreign investors, whose investments were negatively affected by the crisis, from the theoretical and practical perepectives, using a systematic, legal, and scientific method.

Keywords: Necessity Theory, Investment, Legal Responsibility.