

الجامعة اللبنانية

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

العمادة

التعويض عن الضرر في قانون التحكيم (دراسة مقارنة)

رسالة أعدت لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال

إعداد الطالبة

هديل اسماعيل الحاج اسماعيل

لجنة المناقشة

الدكتور عبدالمجيد محمود المغربي	الأستاذ المشرف	رئيساً
الدكتور علي فايز رجال	أستاذ	عضواً
الدكتور عارف العبد	أستاذ مساعد	عضواً

الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذا البحث. وهي تعبر عن رأي صاحبها فقط.

الإهداء

DÉDICACE

À ma très chère mère..

Tu représentes pour moi le symbole de la bonté par excellence, la source de tendresse et l'exemple du dévouement qui n'a pas cessé de m'encourager et de prier pour moi.

Ta prière et ta bénédiction m'ont été d'un grand secours pour mener à bien mes études.

Aucune dédicace ne saurait être assez éloquente pour exprimer ce que tu mérites pour tous les sacrifices que tu n'as pas cessé de me donner depuis ma naissance, durant mon enfance et même à l'âge de l'adulte.

Je te dédie ce travail en témoignage de mon profond amour. Puisse Dieu, te préserver et t'accorder santé, longue vie et bonheur.

الشكر والتقدير

أتوجه بالشكر والتقدير إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية الفرع الأول، ولاسيما (قسم الحقوق) الممثل بمديرته الدكتورة نعمة مكي. وممثل الأستاذة الدكتور حسين عبيد، وأساتذة فرع قانون الأعمال.

وإلى الأستاذ المشرف الدكتور عبدالمجيد محمود المغربي والذي حظيت من خلال هذه الرسالة بشرف العمل مع حضرته مستفيدة من خبرته وإرشاداته.

وأخيرًا، الشكر والتقدير كذلك إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية الفرع الثالث مديراً وأعضاءاً وأساتذة على جهودهم في السنوات الأربع الأولى من دراستي للقانون.

مصطلحات

Abréviations

- (1) A.A.P.L: Asian Agricultural Product Company
- (2) BITs: Bilateral Investment Treaties.
- (3) C.C.I: la Chambre de Commerce Internationale
- (4) CISG: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.
- (5) Ibid: Abréviation du latin "ibidem" (au même endroit). "Ibid" est utilisé en bas de page, pour citer un ouvrage déjà énoncé dans l'oeuvre.
- (6) ICC: International Chamber of Commerce.
- (7) ICCA: International Council for Commercial Arbitration.
- (8) ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes.
- (9) ILC: International Law Commission.
- (10) NAFTA: The North American Free Trade Agreement.
- (11) Op.cit: Abréviation de l'expression latine "opus citatum" signifiant "ouvrage déjà cité". Elle s'utilise dans la plupart des cas dans des notes en bas de page si l'oeuvre a été citée relativement loin, précédemment dans le livre.
- (12) PCIJ: The Permanent Court of International Justice.
- (13) SADC: Southern Africa Development Community.

التصميم

المقدمة.

الفصل الأول: المفهوم القانوني للضرر وخصوصيته في قانون التحكيم.

المطلب الأول: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود التجارة الدولية.

المطلب الثاني: إلتزام الدائن في تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني: التعويض عن الضرر في العقود الإستثمارية الأجنبية في ظل النظم

العابرة للدول.

المطلب الأول: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود الإستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري

الدولي.

الخاتمة.

المقدمة

يعد التحكيم من الوسائل المهمة التي يلجأ إليها المتعاقدون، وعلى الأخص في عقود الإستثمار الأجنبية وعقود التجارة الدولية، لحل المنازعات التي يمكن أن تثار، ويعود ذلك إلى المزايا العديدة التي يتسم بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة هذه العقود. فمن جهة يقلل من مخاوف المستثمرين من خلال ضمان حيادية القرار المتخذ لحسم النزاع. ومن جهة أخرى يتميز التحكيم بالسرية، الأمر الذي يحد من المساس بمركز المتعاقدين وبسمعتهم في مجال النشاط الإقتصادي أو التجاري، هذا فضلاً عن سرعة البت بالنزاع مما يسمح بتوفير الوقت.

إن المتأمل في الواقع الدولي، يتلمس عمق الأثر الذي ولدته المستجدات في التعاملات والعلاقات إن على مستوى التجارة الدولية أو على صعيد الإستثمار التعاهدي. وقد أدى هذا التطور المستمر في الظروف إلى خلق إشكاليات ومعضلات كشفت النقاب عن معضلة مواعمة القواعد والنظم المعتمدة لمسايرة المستجدات. ولعل أبرز تلك التحديات الضاغطة، في الآونة الأخيرة، تتجسد في مسألة "الضرر" إن من حيث "المفهوم" أو من حيث "التقييم" أو من حيث "طرائق التعويض عنه" سيما في عالم التحكيم بإعتباره الأداة الأكثر ملائمة لدى المتعاملين في عالمي التجارة والإستثمار بالنظر لما يتمتع به من مزايا السرعة والحياد والسرية والإقتصاد في النفقات.

وبمراجعة عامة لمواقف الفقه والإجتهد التحكيمي، تبرز بوضوح دقة وخصوصية مقارنة تلك المسألة بالمقارنة مع الأطر التقليدية الوطنية. ومن شواهد ذلك، تباين النظر إليها من قبل المعنيين بالمسار التحكيمي.

فمن جهة الأطراف المحتكمة، ترتدي مسألتي تقييم الضرر والتعويض عنه بخاصة طابعاً محورياً بل تعد الهدف الأساس للجوء إلى التحكيم مما سيؤثر بطبيعة الحال على مقدار مطالبتهم المالية في الخصومة التحكيمية.

أما من جهة الخبراء التقنيين، فتقتصر مهمتهم في إقناع الهيئة التحكيمية بسلامة وموضوعية الأسس التي إعتمدت في تقييم الضرر اللاحق بالأطراف المحتكمة. ولتلك الأسس معاييرها وطرائقها التقنية. أما

لناحية الهيئة التحكيمية، فحكمها بالتعويض سيتأثر بطبيعة الحال بتحليلها الموضوعي المجرد للطلبات المالية المقدمة من الأطراف مع الأخذ بالإعتبار أدلة الإثبات وواجبي العدل والإنصاف في "التناسبية الوجوبية" بين الفعل المرتكب والتعويض المطالب به.

ولا شك، أن المزج بين هذه التطلعات المتباينة بذاتها سيولد نتائج مأساوية إذا ما كانت المعايير المعتمدة إن في التقييم أو في التعويض غير منضبطة بصورة علمية دقيقة.

وأيًا كانت الطريقة المعتمدة في تقدير السلوك الخاطيء، قد تواجه الهيئة التحكيمية بالذات صعوباتٍ حادة في تقدير الإجراءات التي كان من الواجب إعتماها لتخفيف الخسارة اللاحقة بأحد الأطراف. وفي هذا السياق، تؤكد غالبية القرارات التحكيمية ذات الصلة أن الإلتزام بتخفيف الضرر على سبيل المثال، يؤدي دورًا هامًا في تقييم الضرر من جانب المحكمين بحيث يعتبر تنفيذ الدائن أو عدم تنفيذه لهذا الإلتزام أحد العناصر الهامة التي يأخذها المحكمون بالإعتبار في تحديد التعويض المستحق. وفي حالات أخرى، قد تقضي الهيئة التحكيمية على المدين بالإلتزام برد المبالغ والنفقات التي أنفقها الدائن في سبيل تخفيف ما أصابه من ضرر، وذلك من باب التعويض المستحق.

وعليه أمام ما نشهده اليوم من كثرة في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الإقتصادية والتجارية الدولية من جهة، وأمام ما يعترى القانون التحكيمي من نقص في أحكامه فيما يتعلق بموضوع الضرر ودور المحكم في تحديد وتقدير التعويض الملائم له، كان لا بد من البحث في موضوع الـ"التعويض في قانون التحكيم" و ما يتشعب عنه من مضامين.

الأهمية: تبرز أهمية البحث في موضوع التعويض عن الضرر في قانون التحكيم، لاسيما فيما يتعلق بعقود الإستثمار وعقود التجارة الدولية، على كافة الصعد.

وتتحقق أهمية وفائدة هذه الدراسة عمليًا وعلميًا في آنٍ معًا. بحيث تتبلور **الأهمية العملية**، في إرتباطها بعقود والتزامات تتميز بقيمتها المالية الضخمة وتأثيرها على الحياة الإقتصادية بشكل قد يطل الملاءة والقدرة المالية لدى كل من أطراف العلاقة التعاقدية، مما يوجب تقنين ضوابط واضحة المعالم حرصًا على سلامة المفهوم ودقة التطبيق بما يعزز الأمن القانوني المنشود من الإجراء التحكيمي.

أما الأهمية العلمية فتتحقق في فائدة تبني مفاهيم جديدة بأبعادٍ مغايرة لتلك المعتمدة في النظم الوطنية متميزة إن من حيث الشكل أو من حيث المضمون.

التصميم:

المقدمة.

الفصل الأول: المفهوم القانوني للضرر وخصوصيته في قانون التحكيم.

المطلب الأول: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود التجارة الدولية.

المطلب الثاني: إلزام الدائن في تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني: التعويض عن الضرر في العقود الإستثمارية الأجنبية في ظل النظم العابرة للدول

المطلب الأول: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود الإستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

الخاتمة.

الفصل الأول: المفهوم القانوني للضرر وخصوصيته في قانون التحكيم.

إن وقوع الضرر هو الشرارة الأولى التي ينتج عنها التفكير في مسألة من يتسبب فيه سواء كان ذلك وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية أو وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. حيث إنه إذا لم يكن ثمة ضرر، فليس من مسؤولية. وهذا على ما تقرر قاعدة أن لا دعوى بغير مصلحة، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا لم يثبت وقوع ضرر، فلا محل للبحث في نوع المسؤولية التقصيرية كانت أم عقدية. وفي هذا تفرق المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية التي يمكن أن تقوم بغير حدوث ضررٍ ما.

من هنا، إن اختلاف الرأي في الفقه بشأن المسؤولية المدنية وبنائه على فكرة الخطأ أو تحمل التبعة أو مجرد السبب في إحداث الضرر، لا أثر له على ضرورة إشتراط الضرر لتحقيق هذه المسؤولية. وبالتالي إن إنعقاد المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أم عقدية مشروط بإجماع أركانها وهي الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما. على هذا النحو يشكل الضرر لا الخطأ قوام المسؤولية المدنية أو هو الركن الأول الذي تقوم عليه المسؤولية.

وإذا كان ثمة إستقرار أو ركود بين رجال الفقه والقانون في مفهوم الضرر وما يتفرع عنه من إشكاليات على صعيد الأطر والقواعد القانونية المحلية التقليدية دون أي محاولة منهم لتطوير تلك القواعد وجعلها تتلاءم مع ما نعيشه اليوم من تطور ملحوظ على صعيد التعاملات والعلاقات العقدية، إلا أنه في عالم التحكيم نجد أن الوضع مختلف تماماً حيث إن التطور المستمر في الظروف أدى إلى خلق إشكاليات ومعضلات كشفت النقاب عن معضلة مواعمة القواعد والنظم المعتمدة لمسايرة المستجدات.

على الصعيد المحلي، أورد قانون الموجبات والعقود أحكاماً خاصة بتحديد التعويض وماهيته عن الأضرار الناتجة عن جرم أو شبه جرم (المادة ١٣٤ وما يليها من قانون الموجبات والعقود) أي المسؤولية التقصيرية، والأضرار الناتجة عن الإخلال بالموجبات العقدية أو عدم تنفيذها (المادة ٢٦٠ وما يليها من قانون الموجبات والعقود) أي المسؤولية العقدية. ورغم اختلاف التعويض الملائم لكل نوع من أنواع المسؤولية

إلا أن قاسماً مشتركاً يجمع بينها ويتمثل بضرورة بيان أنواع الضرر القابل للتعويض، أي الضرر المادي^١ والمعنوي^٢ المباشر وغير المباشر والضرر المستقبلي، وتحديد قيمة التعويض الملّئم.

ولكي يؤخذ بالضرر كركن من أركان المسؤولية المدنية بصورة عامة، يجب أن تتوافر فيه المواصفات التالية: أن يقع الضرر على حق أو مصلحة مشروعة ومحمية قانوناً؛ والمصلحة القانونية، أي المصلحة المشروعة، هي التي يحميها القانون فيمنح صاحبها الحق بالمدعاة إذا مست بضرر نتيجة لفعل خاطئ وذلك طلباً لإزالة الضرر إما عيناً أو بدلاً. أن يكون أكيداً وحالاً، ويترتب على ذلك أن الضرر الإحتمالي، أي غير مؤكد الحصول، يخرج عن دائرة المطالبة بالتعويض لتعذر تحديده بتاريخها وبالتالي لتعذر تقدير التعويض عنه. أما بالنسبة للضرر المستقبلي، فلا بد للتعويض عنه أن يتصف بصفتين ذكرتهما المادة ١٣٤ موجبات وعقود: أولهما أن يكون وقوعه مؤكداً، والثانية أن يكون بالإمكان تحديد قيمة التعويض بشأنه.

إضافة إلى ذلك، لا بد من أن يكون الضرر مباشراً: أي أن يصيب المتضرر كنتيجة مباشرة للخطأ الحاصل، أي مرتبطاً بالفعل الأصلي بصورة مباشرة وواضحة. كذلك يجب أن يكون الضرر شخصياً: أي حل بالمدعي في جسده أو نفسه أو ماله، وأن يتصل سببياً بالفعل الخاطئ بمعنى أن تقوم الصلة السببية بينهما، بحيث يكون الضرر نتيجة طبيعية أو متفرعة عن هذا الفعل وأن يكون قابلاً للتعويض عيناً ونقداً. هذا بالنسبة لمفهوم "الضرر" في المسؤولية المدنية. فماذا عن مفهوم الضرر وخصوصيته في عالم التحكيم والمنازعات التحكيمية؟

إن موضوع التعويض عن الضرر في النزاعات التحكيمية يحتل اليوم مركزاً مهماً على صعيد البحث القانوني. فبعد أن كانت الدراسات بمعظمها تتمحور حول الشروط الواجب تحققها لقيام دعاوى التعويض (من خطأ وضرر وصلة سببية) أضحى اليوم البحث في عنصر "الضرر" نفسه هو الأهم، سواء لجهة خصوصية

١ الضرر المادي: هو الضرر الذي يمس بمصالح مالية داخلية ضمن الذمة المالية للمتضرر فينتقص منها أو يدمرها. وبصورة عامة يشكل الضرر تعدياً على حق من حقوق الإنسان في سلامة نفسه وممتلكاته فينتقص منها أو يعطلها أو يتلفها أو يغتصبها أو يحول دون ملكها واستعمالها أو استثمارها.

٢ الضرر المعنوي: هو الأذى الذي يلحق بغير ماديّات الإنسان فيمس بمشاعره أو بإحساسه أو بعاطفته أو بنفسه أو بمكانته العائلية أو المهنية أو الإجتماعية محدثاً لديه الألم النفسي أو الشعور بالإنقاص من قدره. وقد اعتبرت المادة ١٣٤ من قانون الموجبات والعقود وكذلك المادة ٢٦٣ منه، أنه يعتد بالضرر المعنوي كما يعتد بالضرر المادي، وأضافت المادة ٢٦٣ شرط أن يكون تقدير قيمته بالنقد ممكناً على وجه معقول.

مفهومه في النزاعات التحكيمية أو لجهة تحديد المعايير الواجب الإستناد إليها في تقدير التعويض الملائم للضرر الحاصل. سيما وأن قانون التحكيم يفتقر في أحكامه لقواعد تحدد مفهوم "الضرر" أو كيفية "تقييمه" أو "طرق التعويض عنه"، في وقتٍ يعد التحكيم الأداة الأكثر ملاءمة لدى المتعاملين في عالمي التجارة والاستثمار بالنظر لما يتمتع به من مزايا السرعة والحياد والسرية والإقتصاد في النفقات.

وعليه أمام ما نشهده اليوم من كثرة في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الإقتصادية والتجارية الدولية من جهة، وأمام ما يعتري القانون التحكيمي من نقص في أحكامه فيما يتعلق بموضوع الضرر ودور المحكم في تحديده وتقدير التعويض الملائم له، كان لا بد من تناول "ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عالم التحكيم لاسيما ما يتعلق بعقود التجارة الدولية بإعتبارها الأكثر تداولاً في عصرنا الحالي. وذلك على النحو التالي: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود التجارة الدولية (المطلب الأول) والتزام الدائن في تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود التجارة الدولية

تعتبر عقود التجارة الدولية العصب الرئيسي في الحياة الإقتصادية العالمية. وتتخذ أشكالاً متعددة تسييراً للمعاملات التجارية التي بلغت في تنوعها حداً لا حصر له بإعتبارها الأداة القانونية الأكثر ذيوياً لتبادل السلع والخدمات عبر الحدود.

تعد هذه العقود من فئة العقود غير المسماة، لا تشتمل النظم القانونية الوطنية على تنظيم يلائم خصوصيتها، لا سيما اليوم في ظل ما تشهده العقود الدولية من تطور ووثبات سريعة ومتلاحقة في مجال التجارة الدولية. فمن غير المنطقي أن تُطبق التشريعات الوطنية على التجارة الدولية التي تواجه ظروفًا مختلفة، بإعتبار أن تنفيذ هذه العقود التجارية الدولية إنما يتم في بيئة دولية مختلفة إختلافاً كبيراً عن البيئة الداخلية للتجارة الوطنية، وتلبيةً لحاجات العلاقات الإقتصادية الدولية.

من هنا كانت نشأة عدة قواعد موضوعية أو ما يسميها البعض بقانون التجارة الدولي "Lex mercatoria" أو القانون العرفي عبر الدول "droit coutumier transnational" أو القانون عبر الدولي "droit transnational" أو القانون الموضوعي للتجارة الدولية "droit substantiel du commerce international"، وذلك بهدف تأمين الأمان القانوني للمتعاقدين. فالأصل في الإلتزامات التعاقدية عموماً أن يتم تنفيذها من قبل أطرافها تنفيذاً هادئاً، غير أنه قد يطرأ من الظروف ما يثير النزاع بين المتعاقدين ويلحق الضرر فيما بينهم لاسيما في العقود الدولية^٢، فهي عقود مركبة وطويلة الأجل تثير إشكالات ذاتية سواء في إبرامها أو في تنفيذها.

يحتفظ التحكيم لنفسه، في مقارنة مع قضاء الدولة، في مجال تسوية النزاعات التجارية الدولية بمكانة مهمة لا بل استثنائية نسبياً، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب وطبيعة منازعات هذه العقود الدولية من جهة، وتميزه بالسرعة والسرية في الإجراءات، الأمر الذي يضمن الأمان القانوني والإقتصادي للمتعاقدين من جهة أخرى.

وعليه، أمام ما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب وطبيعة التعاملات الدولية السائدة في يومنا هذا لا بد من طرح التساؤلات حول "مفهوم التعويض" في عالم التحكيم الدولي، سيما وأن التعويض عن الضرر هو السبب الأساسي الذي يدفع المتعاقدين إلى اللجوء للتحكيم. فهل ثمة نظام خاص للتعويض في مجال التحكيم التجاري الدولي؟ و ماهي المعايير التي يتم اعتمادها لتقييم الضرر وتقدير التعويض الملائم له؟ وماذا عن المبدأ الذي بات يعتبر قاعدة دولية مكرسة في عالم التحكيم لدى العديد من الدول "الإلتزام في تخفيف الضرر"؟ ما هو مفهوم هذا المبدأ وما هي طبيعة الإلتزامات التي تُفرض على أطراف العلاقة التعاقدية في ظلّه؟

١ تشير بعض الدراسات إلى أن أول رصد تاريخي لمصطلح Lex mercatoria قد ظهر في مجموعة إنجليزية تدعى "Fleta" والتي كانت عبارة عن مدونة لبعض الأعراف. كما يشير

البعض إلى أن أول الفقهاء الذين استخدموا هذا المصطلح في العصر الحديث هو الفقيه J. ESCARRA. وذلك في إطار حاشية في أحد أبحاثه المنشورة عام ١٩١٠. كما يرى البعض أن الفقيه الفرنسي LAMERT هو من حاول إثبات هذا التعبير.

٢ يفضل الدكتور أحمد عبدالكريم هذه التسمية، نظرية العقد الدولي المطبق في القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية إنتقادية، دار النهضة العربية ١٩٨٩، ص ٢٦١.

وكذلك يميل إلى هذه التسمية الدكتور عادل أبو هشيمة، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر - الامارات، ص ٧.

٣. طارق الحموري، ندوة صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ - جمهورية مصر العربية، ديسمبر ٢٠٠٧.

جميع هذه التساؤلات وغيرها ستتم معالجتها والإجابة عليها تباعاً، حيث سنعمد فيما يلي إلى بيان خصائص الضرر القابل للتعويض في عقود التجارة الدولية (النبذة الأولى)، لنتطرق من ثم إلى فكرة مقدار التعويض في التحكيم التجاري الدولي. هل نحن أمام تعويض كامل عن الضرر أم أن ما يُقر به من قبل المحكمين هو تعويض جزئي عن الأضرار؟ (النبذة الثانية).

النبذة الأولى: خصائص الضرر القابل للتعويض في عقود التجارة الدولية.

من أجل التوصل إلى دراسة متماسكة للقواعد التي تنظم مسألة التعويض عن الضرر في التحكيم الدولي، لا بد أولاً من دراسة الخصائص الأساسية الواجب توفرها في الضرر لكي يكون قابلاً للتعويض وفقاً لقواعد التحكيم الدولي.

يشكل الضرر لا الخطأ قوام المسؤولية المدنية، فمهما اختلف الرأي في الفقه بشأن المسؤولية المدنية وبنائه على فكرة الخطأ أو مجرد السبب في إحداث الضرر، إلا أنه لا أثر لذلك على ضرورة اشتراط الضرر لتحقيق هذه المسؤولية.

وفي التحكيم التجاري الدولي، لا يكفي تخلف المدين عن تنفيذ التزامه العقدي لترتب التعويض، كما لا يكفي الخطأ أو المسلك غير المشروع بشكل عام، إنما لا بد بالإضافة إلى ذلك أن يلحق بالمدعي الدائن ضرراً نتيجة أي تخلف عن التنفيذ أو نتيجة الفعل غير المشروع. مع الإشارة إلى أنه ثمة بعض الاستثناءات ينفصل فيها التعويض عن الضرر، وسنقوم بذكرها تباعاً فيما يلي، حيث يؤخذ بعملية تقييم الضرر الإعتبارات والأوضاع الإقتصادية.

ولا بد من الإشارة إلى أن المحكمين لا يستندون في تقييم التعويض على الأنظمة الداخلية، إنما يحددون الضرر عملاً بمعايير عامة معتمدة من معظم الأنظمة القانونية في العالم. وعليه سنقوم فيما يلي بدراسة خاصيتين لا بد من توفرهما في الضرر الحاصل لتحقيق التعويض عنه وفقاً لأحكام التحكيم التجاري الدولي، وهما وقوع الضرر فعلاً (الفقرة الأولى) وتوقع الضرر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وقوع الضرر فعلاً.

يمكن تعريف الضرر المحقق الوقوع بأنه "الضرر غير المشكوك فيه لأنه موجود بالفعل، وقع فعلاً وتم تحقيقه أو أنه سيقع حتماً في المستقبل ولا مفر منه"^١. وعليه لكي تترتب المسؤولية في ذمة المدين لا بد من وجود ضررٍ سواء كان هذا الضرر قد وقع فعلاً أم أنه سيتحقق في المستقبل، إذ إن القضاء التحكيمي الدولي وكما هو الحال في الأنظمة القانونية الداخلية، لا يحكم بالتعويض إلا في حالة وجود ضرر مهما كان القانون الواجب التطبيق. مع الإشارة إلى إنه ثمة العديد من الفروض قد يتخلف المدين فيها عن تنفيذ موجباته العقدية دون أن يلحق بالدائن أي ضرر^٢، وفي هذه الحالة يقع على عاتق الدائن عبء الإثبات. فالضرر ركن من أركان المسؤولية والحق بالتعويض لا يترتب إلا حيث يثبت وجود لإخلال بحق أو مصلحة مالية للمتضرر.

نشير إلى أنه ثمة حالات لا يرتبط فيها منح التعويض بالضرورة بتوفر الضرر أو إثبات حدوثه، ومن ذلك ما يمنحه المحكمون من فوائد تقديرية على مبلغ من المال قد تكون قانونية أو اتفاقية، حيث إن الضرر فيها مفترض ولا يُكلف الدائن الذي حرم من المال إثبات وجوده^٣.

وفي حالات أخرى وباعتبار أن المحكمين ملزمين بتطبيق قواعد قانونية من عدة أنظمة قد تكون مختلفة تماماً عن بعضها البعض، قد لا تكون الفرصة المتاحة للمحكمين أحياناً لمنح تعويضات وظيفتها تعويضية وإنما عقابية^٤. وعن ماهية التعويض العقابي أو "الضرر العقابي"، فعلى الرغم من أن مفهوم التعويضات العقابية نشأ بدايةً في بريطانيا إلا أن تطبيقه كان محدوداً هناك، في حين أيدت محاكم الولايات المتحدة منذ فترة طويلة تطبيق هذا المفهوم لاسيما فيما يتعلق بحالات خرق العقود. ووفقاً لتقدير هيئة التحكيم: "التعويضات العقابية تطبق لمعاقبة المدعى عليه عن سلوكه الشاذ وردعه عن تكراره هو وغيره في المستقبل".

1 ORTSCHIEDT Jérôme, La Réparation du Dommage dans L'arbitrage Commercial International, Dalloz, 2001, p.20.

٢ في عقود النقل مثلاً، إذا تأخر المسؤول عن النقل في تنفيذ موجهه و تسليم البضائع، أو إذا تأخر الراكب عن الوصول في الموعد المحدد، فإن مجرد التأخير الحاصل غير كافٍ للقول بتحقيق ركن الضرر وبالتالي توجب التعويض.

٣ المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري: لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير.

4 ORTSCHIEDT Jérôme, op.cit., p.20.

وفي قضية wilkes V. woods تم التعبير عن التعويض العقابي بأن "وجود مفهوم التعويض ليس فقط كرضى للمتضرر وإنما كذلك عقاب للمذنب لردعه عن أي سلوك أو تصرف خاطئ في المستقبل وكدليل على إستنكار هيئة التحكيم لهذا تصرف".¹

وفي وقائع القضية المذكورة، John Wilkes (١٧٢٥-١٧٩٧) صحفي بارز وعضو في البرلمان. عام ١٧٦٣، نشر Wilkes مقالاً ينتقد فيه الملك جورج الثالث. ردًا على المقال المنشور، أصر وزراء الملك على معاقبة Wilkes، و أصدروا أمرًا عامًا يخول John Wood ومساعديه بتفتيش منزل Wilkes في لندن بحثًا عن أدلة للتجريم. ونتيجةً لتنفيذ الأمر المعطى بالتفتيش، رفع Wilkes دعوى قضائية ضد Wood بتهمة التعدي على ممتلكات الغير. ادعى Wood أنه لا يمكن مقاضاته باعتبار أن كان لديه أمر بالتفتيش وبموجب القانون العام كل شخص لديه إذن بالتفتيش هو محصن ضد دعاوى التعدي على ممتلكات الغير. إلا أن Wilkes أصر على أن أمر التفتيش باطل، وبأنه لا يحق للملك ووزرائه إصدار أمر عام كهذا إذ إن القانون الإنكليزي يشترط أن يحدد إذن التفتيش المواد التي سيتم اكتشافها والمكان المتوقع العثور على تلك الأشياء فيه. فلا يمكن للحكومة ببساطة إعطاء الشرطة سلطة تفتيش ممتلكات الشخص على أمل العثور على أدلة تدينه، إنما يجب أن يحدد أمر الاعتقال ما تعتقد السلطات الحكومية أنها ستعثر عليه والمكان المحتمل لوجوده. وقد خلصت الهيئة التحكيمية بعد التشاور مطولاً، إلى الحكم بتعويضاتٍ للمدعي يصل قدرها إلى ألف جنيه، مشيرةً إلى أنه ليس الهدف من التعويض معالجة الضرر اللاحق بالمتضرر فقط، بل كذلك ردع المدعى عليه عن ارتكاب السلوك الخاطئ نفسه مجددًا.

وعليه إن المحكمين لا يعتمدون في تصديهم لمسألة تقييم الضرر على الأنظمة القانونية الداخلية، إنما يحددون الضرر بالإستناد إلى مفاهيم عامة باتت بمثابة مجموعة من القواعد التي تشكل نظامًا خاصًا للتعويض عن الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي على خلاف ما يعتقده البعض بعدم وجود مثل هكذا نظام.

1 American Constitutionalism, Volume II: Rights and Liberties, Chapter 2: The Colonial Era—Criminal Justice/Search and Seizure, Wilkes v.

Wood, 19 Howell's State Trial 1153 (C.P. 1763), copyright OUP 2013.

ومن المبادئ التي أوضحت بمثابة قاعدة دولية في مجال التحكيم التجاري الدولي، أنه على الطرف المتضرر الذي يطالب بالتعويض إثبات وجود الضرر أو القرينة على وجوده كحد أدنى من خلال إثبات السلوك الخاطئ أو التصرف غير المشروع. وذلك على الرغم من أن أيًا من صيغ الإتفاقيات الدولية لم تحدد صراحةً من يقع عليه عبء الإثبات. إلا أن القرارات التحكيمية التي تتناول هذه المسألة بدرجة ما من الصراحة تتفق على أن الطرف الذي يتقدم بالمطالبة يتحمل عبء إثبات مطالبته^١. وقد تأكد إعتبار هذه القاعدة بمثابة قاعدة دولية في العديد من القرارات التحكيمية، ففي القرار رقم ٣٣٤٤ الصادر عن CCI في سنة ١٩٨١ أوردت محكمة التحكيم أنه على كل طرف من الأطراف المتخاصمين إثبات ما يدعيه من وقائع تثبت حقه^٢.

يلاحظ المعلقون في هذا المجال أن تطبيق القاعدة المذكورة هو الممارسة العامة لجميع محاكم التحكيم الدولية تقريبًا فيما يتعلق بمسؤولية إثبات الضرر وقد ظهرت في العديد من القرارات في مجال التحكيم الإستثماري الدولي. ففي المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار (ICSID) في قضية شركة Asian Agricultural Products Ltd ضد سريلانكا إعتبرت هيئة التحكيم أن "هناك مبدأ قانوني عام يضع عبء الإثبات على المدعي". وعلى الرغم من إستخدام مصطلح المدعي، أوضحت المحكمة كذلك أنه "فيما يتعلق بـ"إثبات الإدعاءات الفردية التي قدمتها الأطراف في سياق الإجراءات، فإن عبء الإثبات يقع على الطرف الذي يزعم الحقيقة". وفي التفاصيل: "تمتلك الجهة المدعية، وهي شركة تابعة لهونغ كونغ AAPL، 48.2 % من Serendib، وهي شركة مشتركة سريلانكية أنشأت لإنتاج وتصدير الروبيان إلى اليابان.

١ إنظر قضية كلوت رقم ٤٧٦ [تحكيم - هيئة التحكيم التجاري الدولي الملحق بغرفة التجارة والصناعة للإتحاد الروسي، القرار ١٩٩٨/٤٠٦، في ٦ حزيران ٢٠٠٠] (عبء الإثبات على المشتري المتضرر).

2 TransLex.org, Law research, ICC Award No. 3344, 1981, p. 983

https://www.trans-lex.org/203344/_/icc-award-no-3344-clunet-1982-at-978-et-seq/

[...] Mais encore faut-il, pour que la responsabilité de X puisse être envisagée, que la preuve d'un préjudice soit administrée. Or, Y n'a apporté aucune preuve du préjudice qu'elle allègue ni a fortiori du fait requis par la jurisprudence arbitrale internationale qu'elle avait pris toutes les mesures pour limiter son préjudice... L'application des principes de l'amiable composition, dans la mesure où ils autorisent l'arbitre à se dégager des formes et des règles de la procédure, ne peut conduire à une solution différente. En effet, le respect de cette règle de procédure, communément reçue dans les diverses législations nationales selon laquelle chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit s'impose aux juges arbitres, sous peine d'arbitraire »

قامت Serendib بشحن شحنتين فقط من الروبيان وبعدها تم تدمير المنشأة الرئيسية للشركة "مزرعة انتاج الروبيان" في يناير / كانون الثاني عام ١٩٨٧ نتيجة لعملية مكافحة التمرد التي قامت بها قوات الأمن السريلانكية. ونتيجة لذلك، توقف عمل Serendib، وفقد استثمار AAPL^١.

وبالمثل رأت هيئة التحكيم في قضية Tokios Tokelés ضد أوكرانيا أن "عبء إثبات تأثير إجراءات الدولة يقع بلا منازع على المدعي"^٢.

وفي قرار آخر رقم ٦٦٥٣ الصادر عن CCI في عام ١٩٩٣، أكدت كذلك المحكمة أن عبء الإثبات يقع على عاتق المشتري، حيث إن الأخير يطالب بالتعويض لعدم مطابقة المبيع (قضبان الفولاذ) للمواصفات المتفق عليها وبذلك يتوجب عليه إثبات ما يدعيه للحصول على حقه بالتعويض^٣.

وفي السياق عينه، تم اتخاذ قرار في قضية Italstrade SpA and Salini Costruttori SpA (الجهة المدعية) وهما شركتان تأسستا بموجب قوانين ايطاليا ضد المملكة الأردنية الهاشمية Jordan (مدعى عليها)، وفي التفاصيل: تشير المحكمة إلى أنه في ٤ نوفمبر ١٩٩٣، تم توقيع عقد بين الجهة المدعية ووزارة المياه والري/ سلطة وادي الأردن من أجل "بناء مشروع سد كرامة". تم الإنهاء من العمل في أكتوبر ١٩٩٧. لكن الأطراف اختلفوا حول المبلغ الواجب دفعه للمقاول، وفي ٧ أغسطس ١٩٩٧ أرسل Salini Costruttori SpA إلى الدكتور منذر حدادين، وزير المياه والري في الأردن، ملخص عن المطالبات والنزاعات العالقة حتى ٣٠ يوليو ١٩٩٧ بالإضافة إلى ملخص عن تلك التي لم تقدم بعد.

أشار Salini إلى أن سلطة وادي الأردن والمدعين قاموا بتشكيل لجنة على المستوى الفني، لمحاولة التوصل إلى تسوية ودية. وأضاف أنه لم يتم التوصل إلى إتفاق بعد وطلب التدخل الشخصي من الوزير في حالة

1 Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka, ICSID, 1990

2 Revista Brasileira de A R B I T R A G E M, Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability, – DOCTRINA INTERNACIONAL , RBA Nº 49 – Jan-Mar/2016 – p.92

3 ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (*Steel bars case*) [...] the most delicate question in this context is that of the burden of proof of the alleged lack of conformity. This proof has to be provided by claimant [the buyer]. In fact, as the Convention does not regulate this issue, Article 1315 of the French Civil Code has to be applied here. That text takes up the rule of *actori incumbit probatio*, the party alleging lack of conformity has to provide proof for it. This rule is as well, according to the Arbitral Tribunal, a basic principle of international commerce.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html#cx>

عدم إثبات هذا التسوية الودية، طالباً منه النظر في اللجوء إلى التحكيم وفقاً لأحكام العقد المبرم بين الأطراف.

في الأشهر التالية، استمرت المناقشات بين أطراف النزاع وتم تسوية أربعة من المطالبات بعضها بشكل كامل والبعض الآخر جزئياً، في حين تم رفض الإدعاءات الأخرى. وقد أكدت هيئة التحكيم في القرار الصادر عنها أنه يعتبر "مبدأ قانوني راسخ، وجوب إثبات المدعي للوقائع التي يعتمد عليها دعماً لمطالبه".

كذلك الأمر، وتوضيحاً لدور عبء الإثبات كقاعدة للحكم، رأت هيئة التحكيم في قضية Plama Consortium Limited ضد بلغاريا أنها "غير قادرة على تشكيل أي وجهة نظر حازمة بشأن ما حدث بالفعل" وبالتالي حكمت ضد المدعي نظراً لفشله في تحمل عبء الإثبات^١.

وبذلك يتضح لنا أنه يتوجب على الطرف المتضرر إظهار الوقائع التي تثبت حقه في التعويض فضلاً عن ضرورة إثبات وجود الضرر، بإعتبار أن الضرر هو العنصر الأهم والمنشئ لحقه بالحصول على التعويض. وقد استقر الاجتهاد القضائي للتحكيم الدولي، بصرف النظر عن القانون المطبق سواء كان قانون دولة داخلي أو مبادئ lex mercatoria^٢، على رفض قبول مطالبات التعويض من قبل المدعي المتضرر في كل مرة لا يتم فيها إثبات وجود ضرر من قبل هذا الأخير.

وفي استنتاج لما تقدم، حيث إن مفهوم عبء الإثبات معترف به على نطاق واسع في النظم القانونية ذات التقاليد المختلفة، يجوز للمحكمين إعتباره مبدأً عاماً من مبادئ القانون التجاري الدولي وتطبيقه دون الرجوع إلى أي قانون وطني. ويكون بذلك قد أضحي واجب إثبات المدعي المتضرر لما يدعيه من وقائع من جهة وإثباته لوجود الضرر من جهة أخرى، بمثابة قاعدة دولية مكرسة بين قواعد التجارة الدولية وهو ما استقرت عليه معظم قرارات التحكيم الدولي.

1 Revista Brasileira de A R B I T R A G E M, Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability, – DOUTRINA INTERNACIONAL, RBA Nº 49 – Jan–Mar/2016 – p.92.

٢ يتم تعريف Lex mercatoria عموماً على أنها مجموعة من قواعد التجارة الدولية التي تم تطويرها من قبل الجمارك في مجال التجارة وأكثتها المحاكم الوطنية. وقد ذكر هذا التعريف

أيضاً في حجة محكمة التحكيم الدولية في باريس في القرار النهائي للقضية رقم ٩٢٤٦ في ٨ مارس ١٩٩٦. / المصطلح lex mercatoria يأتي من اللاتينية ويعني "قانون التاجر". تم استخدام هذا المصطلح في العصور الوسطى من قبل التجار في أوروبا لتسمية مجموعة من القانون التجاري.

وأمام ضرورة وجود ضرر لاستحقاق التعويض، لا بد من طرح بعض التساؤلات حول مدى ضرورة تحقق الضرر حالاً وفعلاً حسب المعنى الصريح للمصطلح. فهل إن استحقاق التعويض يتطلب أن نكون أمام ضررٍ حال ومؤكّد بشكلٍ مطلق؟ وما مدى قوة الإثبات اللازمة لإقناع المحكمين بوجود هذا الضرر؟

للإجابة على هذه التساؤلات سنبيين فيما يلي من جهة مفهوم الضرر المحتمل وما إذا كان قابلاً للتعويض وفقاً لأحكام قانون التجارة الدولية، وسنتناول من جهةٍ أخرى مبدأ التعويض عن فوات الفرصة من خلال بيان مفهوم "معيّار المعقولية" المعتمد من قبل المحكمين في تقرير التعويض حسب ما استقرت عليه قرارات التحكيم الدولية.

البند الأول: مدى جواز التعويض عن الضرر المحتمل

الضرر المحتمل هو الذي يتوقّف وقوعه على ظرف غير مؤكّد حصوله، فتكون فكرة الإحتمال هي التي تحكمه فتميّزه عن الضرر المستقبلي، وهذا الإحتمال هو الذي يستبعد التعويض عنه^١. فالحكم بالتعويض يجب أن يستند إلى ضررٍ أكيدٍ ومحققٍ وقابلٍ للتقدير، وإلا اتسع نطاق التعويض لدرجةٍ تخرج عن التصور العقلي. مثال على ذلك، لا يمكن التعويض عن الضرر الذي يخشاه من يقيم بجوار مركز حربي من العمليات الحربية أو من يسكن بجانب مصنع ما ويخشى حصول انفجار أو حادث معين في المصنع.

وفي مجال التحكيم التجاري الدولي، يرفض المحكمون غالباً التعويض عن الضرر المحتمل وذلك بناءً على اتجاهين. اتجاه أول من قرارات التحكيم يرى عدم جواز التعويض عن الضرر المحتمل وذلك دون الإشارة إلى أية قاعدة دولية تبرر ذلك، إنما يستندون في قراراتهم إلى قواعد داخلية خاصة بقانون الدولة المطبق في حينها ومثال على ذلك القرار ٣٨٩٤ الصادر عن CCI عام ١٩٨١: وفي مجريات المحاكمة تم تطبيق القانون الألماني حيث استبعدت هيئة التحكيم جزئياً طلب المدعي السوري بالتعويض لأنه ليس مؤكداً بشكل كامل أن الأشياء التي استلمها هي أقل قيمة من المقابل المادي الذي دفعه، وذلك دون أية محاولة لتبرير الحكم من قبل الهيئة^٢. أما الإتجاه الثاني من قرارات التحكيم التجاري الدولي فقد اعتبر أن عدم جواز

١ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المنشورات الحقوقية صادر، ١٩٩٩، ص ٢٨٥.

2 CCI No 3894 en 1981, J DI 1982, Y Derains.

التعويض عن الضرر المحتمل إنما سببه وجود قاعدة دولية تمنع ذلك. مثال القرار AAPL الصادر بتاريخ ١٩٩٠ / ٦ / ٢٧ حيث جاء فيه:

تقدمت شركة Asian Agricultural Products Ltd (A.A.P.L) بطلب الحصول على تعويض من جمهورية سيرلانكا بسبب الضرر الذي لحق بمركز إنتاج الجمبري التابع لشركة Serendib Seafood Ltd السيرلانكية والتي هي على شراكة معها وذلك نتيجة التدخل العسكري للحكومة في مواقع المتمردين اللاجئين، مع الإشارة إلى أن الشركة الأخيرة كانت قد قامت بإستثمارات عدة وافقت عليها السلطات المحلية^١.

تناولت هيئة التحكيم الموضوع وأسندت قرارها إلى المادة الثامنة من إتفاقية حماية الإستثمارات المبرمة عام ١٩٨٠ بين سيرلانكا و بريطانيا^٢: "يوافق كل طرف متعاقد بموجب هذه الإتفاقية على الخضوع للمركز الدولي لتسوية المنازعات الإستثمارية، للتسوية عن طريق التوفيق أو التحكيم بموجب إتفاقية تسوية نزاعات الإستثمار بين دول ومواطني الدول الأخرى المفتوحة للتوقيع في واشنطن ١٨ مارس ١٩٦٥". ولم تكتف هيئة التحكيم بالمعاهدة المذكورة وحسب بل استندت كذلك في حكمها إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي والتي تثبت ضرورة إلزام الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالمستثمر الأجنبي نتيجة لأفعال أو تقاعس الشريك المحلي للمستثمر المتضرر. وانتهت الهيئة في قرارها إلى إقرار مسؤولية دولة سيرلانكا وقضت بتعويض لشركة A.A.P.L.

1 Sentence CIRDI Du 27 juin 1990 Société *Asian Agricultural Products Ltd* (A.A.P.L) c. Sri Lanka, par Le journal d'une doctorante, publié le 24/12/2012. [<https://www.legavox.fr/blog/le-journal-d-une-doctorante/sentence-cirdi-juin-1990-societe-10369.htm>]

Sentence qui nous intéresse particulièrement....en 1987, la société *Asian Agricultural Products Ltd* (AAPL), immatriculé à Hong Kong qui avait pris une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise du Sri Lanka, *Serendib Seafood Ltd*, a saisi le CIRDI d'une demande tendant à voir condamner la République du Sri Lanka du fait de la destruction du centre d'élevage au cours d'une opération militaire dirigée par les forces sri lankaises contre les rebelles qui s'y étaient réfugiés.

2 Article 8(1) of the Bilateral Investment Treaty: "Each contracting party hereby consents to submit to the international Centre for the settlement of investment disputes (...) for settlement by conciliation or arbitration under the convention on the settlement of investment dispute between states and nationals of the other states opened for signature at Washington on 18 march 1965 any legal disputes arising between that contracting party and national or company of the other contracting party concerning an investment of the latter in the territory of the former"

كذلك، استناداً إلى القرار التحكيمي الصادر في قضية Amco V. Republic of Indonesia^١، كتب السيد Ignaz Seidl-Hohenveldern أن "القانون الدولي لا يعتمد في إقراره للتعويضات على التخمينات العشوائية أو غير المؤكدة للأضرار". بمعنى أن الحكم بالتعويض لا يتعلق بشكل مباشر بالتعويض نفسه بقدر ما يتعلق بالأضرار، وهو ما يؤكد عليه المحكمون بثبات كبير في قراراتهم التحكيمية بأنه لا يمكن تعويض الخسارة الافتراضية أو المحتملة.

وعليه نستنتج مما تقدم من قرارات تحكيمية، أن القضاء التحكيمي الدولي استقر على رفض التعويض عن الضرر الإجمالي dommage éventuel مستنداً في ذلك إلى وجود قواعد في العديد من الإتفاقيات الدولية تنص على عدم جواز التعويض عن الضرر المحتمل. وفي هذا المجال لا بد من طرح بعض التساؤلات حول ماهية "التعويض عن فوات الفرصة"؟ هل أجاز قضاء التحكيم التجاري الدولي التعويض عن الضرر الناتج عن فوات الفرصة أم سار بشأنه على منوال الضرر المحتمل؟

البند الثاني: التعويض عن فوات الفرصة

يفترض تقويت الفرصة أن المدعي كان يأمل في منفعة تؤول إليه وكان يعول على فرصة تتيح له الحظ في أن يحقق أمله لو سارت الأمور طبق مجراها الطبيعي، فأتى المدعي عليه بخطأ يحرمه من هذه الفرصة ويبدد أمله ويجعل من المستحيل الجزم بجدوى تلك الفرصة وما سينتج عنها فيما لو أتيحت له^٢.

وعن مدى إمكانية اعتبار الضرر الناتج عن فوات الفرصة ضرراً حالاً وأكيداً ويجوز التعويض عنه، يبين الدكتور مصطفى العوجي في مؤلفه "المسؤولية المدنية" أنه يمكن للفعل الضار أن يمنع الضحية من تحقيق مصلحة هدفت إليها فيفوت عليها هذه الفرصة مما يلحق الضرر بها، وهذا الضرر حال وليس مستقبلياً. وبالتالي فهو قابل للتقدير حين حصوله ويُعوض عنه كضرر قائم بذاته، فالهدف مستقبلي ولكن تقويت الفرصة يمثل ضرراً حالاً فيما إذا تحققت مقوماته^٣.

1 Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia ICSID Case No. ARB/81/1.

٢ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المنشورات الحقوقية صادر، ١٩٩٩، ص ٢٧٨.

٣ عاطف النقيب، المرجع السابق نفسه، ص ٢٧٨.

في مصر، قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس هنالك ما يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمتضرر من فرصة في الكسب فوتها عليه الخطأ الحاصل، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرًا محتملاً فإن تقويتها أمرٌ محققٌ لأبد من التعويض عنه^١.

أما على صعيد التحكيم الدولي، فإنطلاقاً من أن القضاء التحكيمي يرفض التعويض عن الضرر المحتمل كما بينا سابقاً، يمكن أن نستنتج أن التعويض عن فوات الفرصة يكون ممكناً وجائزاً في كل مرة يكون فيها تقويت الفرصة على المتضرر أمرٌ حالٌ ومحققٌ. وفي هذا المجال نتساءل هل إن التعويض عن الضرر من قبل القضاء التحكيمي الدولي يتطلب أن نكون أمام ضرر مؤكد بشكلٍ مطلق؟ أم يكفي أن نكون أمام درجة معقولة من ثبوت الضرر؟ وما هو معيار التقييم للمعقولة في هذا المجال لكي لا نصل إلى حد الإحتمال وبالتالي إنتفاء التعويض؟

على الرغم من أن قواعد التحكيم لم تعالج قواعد الإثبات بشكلٍ كافٍ، إلا أنه لا يمكن للمحكمين رفض الحكم بسبب عدم اليقين في القانون أو الأدلة، ويجب على الطرف الذي يدعي حقيقة أن يثبت هذه الحقيقة بأدلة ثابتة وكافية لدعم مطالبه أو دفاعه. ولكن ماذا عن درجة الإثبات المطلوبة؟

وجدت محكمة ICSID في قضية Ron Fuchs v. Georgia أنه "لا يفرض على الأطراف أي عبء إثبات يتجاوز ميزان الإحتمال أو المعقولة"^٢. وإذا كان المحكمون يرفضون إقرار التعويض عن الضرر المحتمل كما سبق وبيننا، إلا أنهم مع ذلك لا يجعلون إقرار التعويض مشروطاً بوجود ضررٍ مؤكدٍ بشكلٍ مطلق، حيث إنه ثمة العديد من العقوبات التي تقف عائقاً أمام تمكن المتضرر من إثبات تحقق الضرر بشكلٍ مطلق وتتعدد هذه العقوبات بين عقوباتٍ نظرية "obstacles d'ordre théorique" وعقوباتٍ عملية "obstacles d'ordre pratique"^٤.

١ عادل أبو هشيمة، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٧

2 Revista Brasileira de A R B I T R A G E M, Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability, –DOCTRINA INTERNACIONAL , RBA Nº 49 – Jan–Mar/2016 – page 94

٣ لا يمكن للدليل المقدم في حينها أن يؤدي إلى خلق يقين مطلق لدى المحكم، إنما من الممكن أن يوصله فقط إلى حقيقة محتملة وغير كاملة. فعلى حد تعبير السيد روجر بيرو، يسعى المناقضي أثناء اجراءات النزاع إلى تقديم أدلة بطريقة تخلق، "احتمالاً في ذهن" المحكم. أي انها مجرد مسألة "اليقين الكافي".

4 ORTSCHIEDT Jérôme, op.cit., p.37.

الفقرة الثانية: توقع الضرر

في لبنان، لا يمتد التعويض في المسؤولية العقدية إلى الضرر غير المتوقع لأن إرادة الطرفين لم تدخله في الحساب عند التعاقد^١. وكذلك الحال في مصر حيث يقتصر التعويض في النزاعات العقدية على الأضرار المتوقعة عادة وقت التعاقد ما لم يرجع الضرر إلى غش المدين أو خطئه الجسيم فيسأل عندئذ عن جميع الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة^٢.

على صعيد التحكيم الدولي، نجد أن المنازعات التي تتم تسويتها عن طريق التحكيم تكاد تكون حصرية من أصل تعاقدية. وبالتالي لا بد لنا من التساؤل هل إن التعويض عن الأضرار التعاقدية في مجال التحكيم التجاري الدولي يخضع حصراً كذلك لقاعدة توقع الضرر؟ أم أنه ثمة استثناءات قد يقرر في ظلها المحكمين التعويض عن أضرار غير متوقعة من قبل الأطراف خلال التعاقد؟ وعليه ما هو أساس هذه القاعدة وما هو المعيار المعتمد لقياس توقع الضرر؟ من أجل تقييم نطاق قاعدة توقع الضرر العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، من الضروري أولاً توضيح أساس هذه القاعدة .

البند الأول: أساس قاعدة توقع الضرر

في مجال التحكيم التجاري الدولي، لا يمكن تفسير القاعدة التي تخضع مسألة التعويض عن الضرر التعاقدية على ضرورة توقعه باللجوء إلى مفهوم السببية^٣. حيث إنه في الكثير من الأحيان قد تكون العديد من الأضرار ناتجة بشكل مباشر عن عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية وإنما غير متوقعة من قبل الأطراف فيتم بالتالي رفض التعويض عنها.

تستند القاعدة العابرة للحدود الوطنية التي تجعل "إمكانية حدوث الضرر" أي بمعنى آخر "توقع الضرر"، أحد سمات الضرر القابل للتعويض، إلى اعتبارات مختلفة يتعلق بعضها بإرادة الأطراف المتعاقدة من جهة والضرورات الاقتصادية من جهة أخرى.

١ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المنشورات الحقوقية صادر، ١٩٩٩، ص ٤٤.

٢ عادل أبو هشيمة، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٠ (٣)

٣ إن مسألة سبب الضرر (السببية) في تكوين المسؤولية هي أمر سابق على مسألة التوقع، حيث يتم أولاً البحث في مدى تحقق الصلة السببية بين الضرر الحاصل و الخطأ المرتكب من قبل أحد أطراف العقد قبل البحث في مدى توقع هذا الضرر من قبل الأطراف. فالتحقق من قيام الصلة السببية بين الخطأ و الضرر إنما يؤثر على تطبيق المسؤولية نفسها وليس على مدى الضرر الذي يمكن إصلاحه.

فالنسبة لدور الأطراف المتعاقدين في تكوين قاعدة "توقع الضرر"، لا يمكن إعمال المسؤولية العقدية إلا في حدود توقعات الأطراف وقت التعاقد. فالمدين لا يكون مسؤولاً إلا عن الأضرار التي تم توقعها أو التي قد تكون متوقعة عند إبرام العقد، حيث يعتبر أنه قد وافق ضمناً على التعويض وفقاً لهذا الحد والتزم بذلك عند التعاقد"¹.

ولقد أقر المحكمون في مجال التجارة الدولية هذا الأساس لقاعدة توقع الضرر. حيث جاء في قرار لمحكمة التحكيم في باريس (رقم القرار غير منشور): اتفقت شركة بلجيكية مع شركة من رومانيا على أن تباع الأولى للثانية جانباً من منتجاتها، وأودعت في هذا العقد شرط اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وعند الدخول في مرحلة التنفيذ رفضت الشركة الرومانية تسليم المنتجات المتعاقد عليها قائلةً أن حالة الأسواق في رومانيا لا تسمح بتصريف هذه الكميات لأن الظروف هناك قد تغيرت ولا تستطيع أن تغامر بعمل يعرضها للخسارة، وأثارت المبدأ اللاتيني القديم الذي يقول بأن المتعاقد يبقى على إلتزامه إذا ظلت الظروف التي تعاقد في ظلها قائمة ولم تتغير، وعند تغييرها لا يلتزم أو على الأقل يعدل إلتزامه بما يتفق مع الظروف الجديدة ويعبر عن هذا المبدأ باللاتينية: REBUS SIC STANTIBUS.

رفضت محكمة التحكيم هذا الإدعاء وقالت بأنه من المفترض أن الممارسين في مجال التجارة الدولية يعلمون أهمية الإلتزامات التي يتحملونها ويلتزمون بها، وأن العقد الذي يوقعون عليه حدد هذه الإلتزامات بصفة نهائية. ويستفاد دائماً من سكوت العقد عن ذكر أية شروط أو بنود تتعلق بإمكانية مراجعة أو تعديل العقد أو أخذ الظروف المستجدة في الحسبان على أنه إرادة صريحة من الطرفين نحو إعتبار العقد جامداً ليست فيه أية مرونة تسمح بتعديله وأن هذه الإيضاحات نهائية لا تحتل تفسيراً آخرًا. وهو ما يمثل معنى العبارة التي قال فيها المحكمون أن العقد قد حدد الإلتزامات بصفة قطعية، فإنهم يقصدون أن إستبعاد مبدأ ثبات الظروف على حالها هو نتيجة لإرادة الطرفين منذ إبرام العقد.

ويرفض ادعاءات الشركة الرومانية أصبح الطريق ممهداً أمام مطالب الشركة البلجيكية وأصبح واضحاً أنها تستحق التعويض. ورأت محكمة التحكيم أن التعويض يمنح عن الضرر المتوقع فقط أو الضرر الذي ينتج بحسب السير العادي للأمر والضرر الذي يتوقع المتعاقد إمكانية حصوله أثناء إبرام العقد. وقد

¹ DEMOLOMBE Charles, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Imprimerie Générale, p. 566.

أصبح النظر إلى الضرر المتوقع وحده مبدئاً من مبادئ قانون التجارة الدولي للأشياء المنقولة المادية الذي يرمز إليه بالحروف LUVI (أعد عام ١٩٦٤)^١.

ورغم أن التحكيم في هذه القضية كان يجري في باريس وأن القانون الفرنسي كان يطبق عليه، إلا أن المحكمين حرصوا على أخذ مبدأ التعويض عن الضرر المتوقع في قانون التجارة الدولي (وهو موافق أيضاً للقانون الفرنسي حول هذه النقطة).

أما على الصعيد الإقتصادي، يمكن فهم القاعدة التي تقصر التعويض على الأضرار التعاقدية المتوقعة من خلال تحليل إقتصادي إذا تم النظر إلى الآثار السلبية التي قد تتجم عن عدم تطبيق هذه القاعدة (أي قاعدة توقع الضرر) في المنازعات التجارية الدولية. فالسماح بالتعويض عن الأضرار التعاقدية التي لا يمكن توقعها من شأنه أن يزيد من تكلفة المسؤولية، ما قد يشكل ضغطاً على النشاط الإقتصادي وإيقافاً للعجلة الإقتصادية. فضلاً عن أن إعتقاد العاملين في مجال التجارة الدولية بأن وضع مسؤولياتهم محل إعتبار يمكن أن يدفعهم إلى تحمل عبء الأضرار التي لم يكن من الممكن توقعها، وبالتالي ضمان التعويض عنها، والتي قد تصل إلى مبالغ كبيرة نسبياً، من شأنه أن يؤدي دون شك إلى تعديل في مستوى المبادرة الفردية في التعاقد وبالتالي تراجع الإستثمار.

وعليه إذا كان التحكيم هو الطريقة الطبيعية لحل النزاعات بين العاملين في مجال التجارة الدولية، فعلى المحكمين عدم التشدد في ترتيب مسؤولية هؤلاء التجار. حيث إن التعويض عن الخسائر القائمة بين الدائن والمدين من خلال فرض قاعدة تستبعد التعويض عن الأضرار غير المتوقعة من شأنه ضمان الحكم بتعويضات عادلة ومعقولة، وهو ما يشعر التجار بالأمان القانوني ويشجعهم على توسيع استثماراتهم وتعاملاتهم التجارية.

البند الثاني: نطاق قاعدة توقع الضرر العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي

من أجل فهم نطاق قاعدة التعويض عن الضرر المتوقع العابرة للحدود، من الضروري توضيح مفهوم الأضرار التعاقدية المتوقعة من جهة وتحديد معيار تقييم التوقع من جهة أخرى.

١ د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، تقدير التعويض في التحكيم الدولي (٢)، ص ١٩١.

بالنسبة لمفهوم الأضرار التعاقدية المتوقعة، إن الهدف من إقامة المسؤولية العقدية على عاتق المدين الذي لم ينفذ تعهده أو تأخر في تنفيذه أو أساء التنفيذ هو التعويض على الدائن عن الضرر الذي لحق به من جراء تخلف المدين عن أداء موجباته. فالضرر هو الركن الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية، فإذا لم يتوفر انتفت هذه المسؤولية وإن شكلت تصرفات المدين خطأ.

وعلى الرغم من وجود تباين في الآراء حول قاعدة توقع الضرر، لנاحية الإستثناءات التي قد تطال هذه القاعدة والغرض من التوقع، إلا أن ذلك لم يقف عائقاً أمام تكريس قاعدة محددة وواضحة في هذا المجال.

فعلى صعيد الأنظمة القانونية الداخلية^١، نصت المادة ٢٦٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني: "إن التعويض في حالة التعاقد قد لا يشمل سوى الأضرار التي يمكن توقعها عند إنشاء العقد ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعاً". عملاً بأحكام المادة المذكورة، يكون المشرع اللبناني قد أكد على ضرورة الإلتزام بقاعدة "توقع الضرر" في التعويض عن الأضرار التعاقدية، مستثنياً الأضرار التي تحدث بسبب خداع المدين، حيث يصبح عندها هذا الأخير مسؤولاً عن كافة الأضرار الحاصلة. فإذا نتج الضرر عن تصرف من قبل المدين متصف بسوء النية أو الخداع سئل عن كامل الضرر.

لم يقتصر إقرار قاعدة "الضرر المتوقع" على الأنظمة الوطنية فحسب، بل تعدتها لتصبح قاعدة دولية عابرة للحدود الوطنية أقرها القضاء التحكيمي التجاري الدولي والعديد من الإتفاقيات الدولية. حيث لحظت كل من إتفاقية لاهاي ١٩٦٤ م في المادة ٨٢ منها وبصيغة مماثلة إتفاقية فيينا ١٩٨٠ م في المادة ٧٤ منها قاعدة توقع الضرر بعبارات متطابقة، حيث جاء في المواد المذكورة: "يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والمكسب الذي فاته نتيجة المخالفة.

١ في فرنسا، نصت المادة ١٢٣١-٣ من القانون المدني الفرنسي الجديد على أنه: "يكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي تم توقعها أو التي يمكن توقعها في وقت إبرام العقد، إلا عندما يكون عدم أداء المدين لموجه سببه الخطأ جسيم أو الخداع.

Art. 1231-3.- Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

في مصر، نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري على أنه: "ومع ذلك إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت إنعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد¹.

وعليه، نجد أن كل من الإتفاقيتين المذكورتين، قد أقرتا قاعدة الضرر المتوقع على أن لا تزيد التعويضات عن الخسارة التي وقعت أو الكسب الفائت والذي كان متوقعًا عند التعاقد وذلك دون أن تأتي أي من هاتين الإتفاقيتين على ذكر أي استثناء على قاعدة التعويض عن الضرر المتوقع، على خلاف العديد من الأنظمة الوطنية التي أقرت التعويض عن كافة الأضرار الناتجة عن الخطأ الجسيم من قبل المدين أو خداعه، وعدم حصره بالأضرار المتوقعة. وبالتالي لم تلاحظ أي من الاتفاقيتين المذكورتين ما ينص على استبعاد قاعدة الضرر المتوقع في حالة التدليس أو الخطأ الجسيم من المدين².

إن تقييم إمكانية توقع الضرر، وفقًا للأحكام المذكورة، يجب أن يتم بالإستناد إلى عوامل موضوعية - ما كان يجب على المدين أن يتوقعه في ضوء الحقائق التي كان يجب أن يكون على دراية بها - وبالإستناد إلى عوامل ذاتية شخصية - وهو ما كان المدين قد توقعه بالإستناد لما يدركه. بالتالي، كما هو الحال في القانون الفرنسي والإنكليزي، إن ما تدعو إليه إتفاقية فيينا هو التقدير المجرد الموضوعي للضرر المتوقع.

وفي المنحى نفسه، نجد أن مبادئ UNIDROIT للعقود التجارية الدولية، والتي يعتبرها واضعوها أنها تمثل قواعد ال *lex mercatoria*، لم تنص كذلك على أي إستثناء فيما يتعلق بقاعدة الضرر المتوقع لناحية الخطأ الجسيم أو التدليس من قبل المدين. حيث جاء في نص المادة ٧.٤.٤ " يلتزم الدائن بالتعويض فقط عن الضرر الذي يتوقعه لحظة إبرام العقد أو الذي كان من الطبيعي توقعه كنتيجة محتملة لعدم التنفيذ".

1 Art 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : « Lorsque le contrat n'est pas résolu, les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie. Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut aurait dû prévoir lors de la conclusion du contrat, en considérant les faits qu'elle connaissait ou aurait dû connaître comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat ».

2 ORTSCHIEDT Jérôme, op.cit., p.55

الأمر الذي يفرض أن يكون مفهوم الضرر المتوقع واضحاً وضيقاً لا يتخلله أي التباس. مع الإشارة إلى أن مفهوم الضرر المتوقع هو مفهوم مرّن يترك في تقديره هامشاً واسعاً للمحكم على أن يكون موضوع التوقع إنما يتعلق بطبيعة أو نوع الضرر دون التطرق إلى مدى هذا الضرر.

أما على صعيد القضاء التحكيمي التجاري الدولي، اعتمدت معظم القرارات التحكيمية سواء بشكلٍ صريحٍ أم بشكلٍ ضمني المبدأ المتفق عليه في أغلب الأنظمة القانونية بأن المدين لا يكون ملزماً سوى بما هو متوقع، لحظة إبرام العقد، من نتائج في حال عدم تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية.

ومن القرارات التحكيمية التي تم الإستناد في حثيياتها بشكلٍ صريحٍ على قاعدة توقع الضرر بإعتبارها قاعدة دولية، القرار رقم ١٥٢٦ الصادر عام ١٩٦٨م عن هيئة التحكيم الCCI و الذي أعلنت فيه الهيئة التحكيمية أنه وفقاً للواقع العملي للمحاكم من جهة والذي يتطابق مع العديد من القوانين الوضعية المكتوبة، على سبيل المثال م ٤٢ من القانون الموجبات السويسري، ووفقاً للفقهاء التحكيمي من جهةٍ أخرى (لاسميا الفقيه Encycl.Dalloz) إن عملية تقييم الضرر حسب السير العادي للأمر تتم بالإستناد إلى قاعدة الضرر المتوقع فقط^١.

في حين أنه في قرارات أخرى نجد أن هيئة التحكيم اعترفت بشكلٍ ضمني بالصفة الدولية لقاعدة توقع الضرر، حيث جاء في القرار رقم ٣٤٩٣ الصادر عام ١٩٨٣ عن المجلس الدولي للتحكيم التجاري ICCA^٢ أنه وفقاً للمادة ٤٢ (١)^٣ من إتفاقية ICSID، في حالة عدم وجود أي اتفاق محدد بين الطرفين، فإن القانون المطبق هو قانون مصر. وأنه عندما يتضمن قانون البلد ثغرة أو أن تطبيقه ينتهك القانون الدولي، فإن المحكمة ملزمة بتطبيق مبادئ القانون الدولي وقواعده ذات الصلة (الوظيفة التكميلية

1 CCI. No 1526 en 1968 J.D.I 1974 page 918

https://www.trans-lex.org/201526/_/icc-award-no-1526-clunet-1974-at-915-et-seq/

2 International Council for Commercial Arbitration

3 Art 42(1): The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

والتصحيحية للقانون الدولي)^١، الأمر الذي يظهر اعترافاً ضمنياً بأن المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري المسند إليها للحكم بالتعويض عن الأضرار المطالب بها والتي قُصر فيها التعويض عن الأضرار التعاقدية المتوقعة فقط هي قاعدة دولية.

وعليه على الرغم من وجود خلاف حول الهدف من قاعدة الضرر المتوقع بين مختلف النظم القانونية والإستثناءات التي قد تطالها لناحية التعويض عن جميع الأضرار في حالة الخطأ الجسيم أو التدليس كما ذكرنا آنفاً، إلا أن توافق القرارات التحكيمية إن بشكلٍ ضمني أو صريح على ضرورة الإستناد إلى قاعدة الضرر المتوقع لإقرار التعويض تجعل من هذه الأخيرة قاعدة دولية من قواعد التحكيم التجاري الدولي.

ويبقى السؤال في هذا المجال حول المعيار الذي يقاس من خلاله توقع الضرر من عدمه، هل نحن أمام معيار موضوعي أم أن الظروف الشخصية للمتعاقدين قد تدخل بعين الإعتبار؟ وماذا عن موضوع التوقع، هل يقتصر على توقع الضرر في سببه أم يجب أنه يشمل مقداره كذلك؟

إن تطبيق القاعدة الدولية، العابرة للحدود الوطنية، التي تقصر التعويض على الأضرار المتوقعة من قبل المدين أو التي كان ينبغي عليه توقعها تستبعد أي آلية تلقائية في تقدير الأضرار. حيث إنه إذا كان من الممكن تحديد ما توقعه المدين فعلاً من أضرار قد تنتج عن عدم تنفيذه لإلتزاماته، نظراً للعناصر الظرفية البحتة المتعلقة على سبيل المثال بأحكام العقد، إلا أن تقدير ما كان ينبغي على المدين توقعه إنما يفرض بالضرورة مقارنةً مع ما كان سيتوقعه شخصاً آخرًا معتاداً في ظل الظروف التي وجد فيها المدين.

وبالتالي يتعين على المحكمين في هذا المجال، إتمام عملية تقييم التوقع الحاصل للضرر من قبل المدين بكل موضوعية وتجرد بعيداً عن أية معايير شخصية. وهو ما يدعو إليه بصراحة التعليق على المادة ٧.٤.٤ من مبادئ الـ UNIDROIT^٢ وأحكام المادة ٧٤ من إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع السالفة الذكر. وعليه، إن عملية تقييم الضرر المتوقع بطريقة مجردة وموضوعية إنما تتطلب إعتداد تحديد نموذج مرجعي لقياس ومقارنة تصرفات المدين به، ووضعه في سياق الظروف نفسها.

1 Case summary :Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v Arab Republic of Egypt, Year of the award: 1992, p.4.

(https://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf)

2 Le commentaire attaché à l'article 7.4.4 des Principes d'Unidroit, institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome, 2010, p.327.

وعن مفهوم الشخص المعتاد (المعقول) المعتمد كمعيار لتحليل توقع المدين للضرر الحاصل، فلا بد من أن يكون هذا الأخير عاملاً في مجال التجارة الدولية أي أن يكون مهنيًا على علم بأصول العمليات التجارية وعلى دراية تامة بالتقنيات والممارسات المعمول بها والأعراف والقواعد التي تحكمها وتقوم عليها، وذلك استناداً لما أوضحناه أعلاه بأنه لا بد من أن يوجد الشخص المعتاد في الظروف نفسها التي كان عليها المدين لإجراء مقارنة بين ما توقعه الأخير من أضرار وما كان سيتوقعه الشخص المعتاد في حال وجد في الظروف نفسها. أما إذا كان عدم توقع المدين يرجع إلى فعل الدائن، كأن يسكت الدائن عن إعلام شركة النقل بأن "الطرد" يحتوي على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره، فإن الشركة لا تكون مسؤولة عن هذا الضرر، إذ من حقها ألا تتوقعه وهذا ما كان الشخص المعتاد ليفعله.

أما بالنسبة لموضوع التوقع، يسعى الإجتهد القضائي للتحكيم الدولي في الواقع إلى البحث والتأكد ما إذا كانت طبيعة الأضرار متوقعة ولا يسأل حول مدى التوقع الحاصل^١. فعلى سبيل المثال جاء في القرار ٧١٩٧ الصادر عام ١٩٩٢ عن هيئة التحكيم CCI أن الضرر موضوع التعويض هو المتوقع في سببه فقط وليس في مقداره^٢. وذلك على خلاف ما جاء في أحكام القانون الفرنسي المدني حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية وهي بصدد تطبيق المادة ١٢٣١ من القانون المذكور، أن الضرر التعاقدية الذي يمكن تعويضه هو الذي يكون متوقعاً لحظة إبرام العقد وهذا التوقع لا يكون في سببه فقط ولكن أيضاً في مقداره^٣. وفي التعويضات المقررة للشركة البلجيكية جاء في قرار محكمة التحكيم في باريس^٤: "يدخل في تقدير الضرر المتوقع عن عدم تنفيذ العقد: الخسائر التي لحقت بالشركة البلجيكية، ومنها تلف بعض المنتجات أو سائرها، واضطرابها إلى تسريح بعض عمالها ودفع تعويضات لهم حتى تخفض الإنتاج والإضرار إلى بيع بعض الأصول لسداد ديون مستحقة وعرضها إنتاجها بأسعار منخفضة للحصول على سيولة سريعة.

1 ORTSCHIEDT Jérôme, op.cit, p.56-57

2 ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992 (*Failure to open letter of credit and penalty clause case*) [Cite as:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>]

3 Art. 1231-3.- Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

٤ د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، تقدير التعويض في التحكيم الدولي (٢)، ص ١٩١.

كذلك يدخل في الضرر المتوقع الكسب الغائب والربح الذي ضاع على الشركة البلجيكية، ويقدر ذلك على أساس حجم الصفقات المتفق عليها أو التي كانت منتظرة حسب السير العادي للأمر ولكن لا يحكم بتعويض عن الأضرار غير المتوقعة، فإذا كانت هناك شركات أخرى علمت بأزمة الشركة البلجيكية وكانت بصدد شراء منتجاتها منها فأحجمت عن ذلك لدى علمها بالأزمة فإن ذلك الضرر غير متوقع ولا تمنح تعويضاً عنه.

وعليه يستنتج مما تقدم أن الأخذ بمبدأ الضرر المتوقع كقاعدة دولية عابرة للحدود الوطنية لا يتطلب توقع تفاصيل محددة للخسارة أو قيمة الخسارة التي لحقت بالطرف المتضرر على وجه الدقة، بل إن عملية تقدير قيمة التعويض عن الخسارة أو الأضرار التي توقعها الطرف المخالف أو كان بإمكانه توقعها وقت إنعقاد العقد باعتبارها نتيجة محتملة لمخلفاته، إنما تتم من خلال إخضاع سبب هذه الأضرار والعقبات الناتجة عن المخالفة أو نوعها للتوقع دون التطرق إلى مقدار الضرر الحاصل.

وبعد البحث في الخصائص الواجب توفرها في الضرر لتحقيق التعويض وفقاً لأحكام التحكيم التجاري الدولي، من وقوع فعلي للضرر وتوقعه. سنتناول فيما يلي ماهية مبدأ التعويض الكامل عن الضرر القابل للتعويض فهل نحن أمام تعويض كامل عن الضرر أم أن ما يُقر به من قبل المحكمين هو تعويض جزئي عن الأضرار؟

النبذة الثانية: مبدأ التعويض الكامل عن الضرر القابل للتعويض

بعد البحث في الخصائص الواجب توفرها في الضرر لتحقيق التعويض وفقاً لأحكام التحكيم التجاري الدولي، من وقوع فعلي للضرر وتوقعه. سنتناول فيما يلي ماهية مبدأ التعويض الكامل عن الضرر القابل للتعويض فهل نحن أمام تعويض كامل عن الضرر أم أن ما يُقر به من قبل المحكمين هو تعويض جزئي عن الأضرار؟

عند الحديث عن مبدأ التعويض الكامل عن الضرر نكون أمام عنصرين اثنين وهما الخسارة المتحققة واللاحقة فعلاً بالمتضرر من جهة والربح الفائت من جهة أخرى، حيث إنه بتعويض هذه الأضرار وبإعادة

الحال إلى ما كانت عليه نكون أمام تطبيق لمبدأ التعويض الكامل عن الضرر. فالإجتهاد القضائي للتحكيم الدولي يرى أن وظيفة التعويض هي إعادة الفريق المتضرر إلى الحالة التي كان يمكن أن يكون عليها في حالة عدم وجود حدث ضار، وذلك في المنازعات التجارية الخاصة بالبحثة كما في المنازعات التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها.

انطلاقاً من هذه الوظيفة الخاصة بالتعويض، نستمد سبب وجود المبدأ العابر للحدود والذي بموجبه كامل الضرر هو الواجب تعويضه. ومن أجل توضيح المبدأ المذكور بشكل أفضل، لا بد لنا من البحث في مصدر قاعدة التعويض الكامل عن الضرر (الفقرة الأولى)، ومن ثم نطاق تطبيق هذه القاعدة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مصدر قاعدة التعويض الكامل عن الضرر

كرست العديد من الأنظمة القانونية الداخلية^١ مبدأ التعويض الكامل عن الضرر القابل للتعويض، كما تم إقراره كذلك من قبل اثنين على الأقل من الإتفاقيات الدولية التي تنظم العلاقات التجارية عبر الحدود. وبمجرد الإقرار بأن وظيفة التعويض في التحكيم التجاري الدولي هي إعادة التوازن الذي تم الإخلال به بسبب الحدث الضار، يصبح مبدأ التعويض الكامل أمراً طبيعياً للغاية. بإعتبار أن التعويض يفترض إعادة الضحية إلى الحالة التي كانت عليها في حالة غياب مثل هذا الحدث الضار، من خلال تعويض كل من الخسارة المتحققة المثبتة (emergens damnum)^٢ والمكسب الفائت (lucrum cessans)^٣.

لم يقتصر تبني مبدأ التعويض الكامل عن الضرر على الأنظمة الوطنية فحسب بل أقرته كذلك العديد من الإتفاقيات الدولية إلى جانب مبادئ الـ UNIDROIT وكذلك المبادئ الأوروبية لقانون العقود.

١ في لبنان: نصت المادة ٢٦٠ من قانون الموجبات و العقود على أنه: "يجب ان يكون بدل العطل والضرر معادلاً تماماً للضرر الواقع أو الربح الفائت".

في فرنسا: تم اعتماد صياغة "التعويض الكامل عن الضرر" في المادة الجديدة ١٢٣١-٣ من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن "المدين مسؤول فقط عن الأضرار التي تم توقعها أو التي يمكن توقعها عند إبرام العقد، إلا في حالة عدم الأداء بسبب الخطأ الجسيم أو الاحتيالي".

في مصر: نصت المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري أن التعويض يشمل "ما لحق الدائن من من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام، أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول".

2. La perte subie ، الخسارة المتحققة.

3 Le "gain manqué " (lucrum cessans) représente le bénéfice qu'elle aurait pu raisonnablement obtenir mais n'a pas obtenu du fait d'un acte de corruption.

فعلى صعيد الإفاقيات الدولية، جاء في نص المادة ٨٢ من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤^١ أنه عندما لا يتم حل العقد، فإن الأضرار الناجمة عن مخالفة العقد التي ارتكبتها أحد الأطراف تساوي الخسارة التي تكبدها الطرف الآخر والمكاسب التي فاتته. يجب ألا تكون هذه التعويضات أكبر من الخسارة التي تكبدها والأرباح الفائتة التي توقعها الطرف المتخلف عن التنفيذ في وقت إبرام العقد، مع الأخذ في الاعتبار الحقائق التي كان يعرفها أو التي كان من الواجب عليه أن يعرفها باعتبارها عواقب محتملة لمخالفة العقد.

وفي المنحى نفسه، نصت المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا^٢ على أن التعويض عن الأضرار التي لحقت بالدائن نتيجة مخالفة المدين بالتنفيذ لالتزاماته العقدية إنما هو مبلغ يعادل الخسارة المتحققة والكسب الفائت، مع الإشارة إلى أنه كثيراً ما يتطلب حساب التعويض عن الأرباح الضائعة تنبؤات بأسعار البضائع في المستقبل أو يتضمن قدرًا من عدم اليقين فيما يتعلق بالخسارة الفعلية المستقبلية.

لم تورد أي من الإتفاقيتين المذكورتين أي حكم يتعلق بكيفية تقدير الخسارة اللاحقة أو الكسب الفائت، تاركين بذلك مسألة التقدير للقاضي أو المحكم بإعتبارهما أكثر قدرة على تحديد هذه الخسارة أو ذلك الكسب بطريقة ملائمة مع الأخذ بالإعتبار إستعانة المحكم بالقانون الوطني المطبق على موضوع الخلاف.

وفي تقييم قيمة الربح الفائت بغية الوصول إلى الحكم بتعويضٍ عادلٍ وشامل، يمكن وفقًا لإحدى القرارات أن يتضمن إثبات ضياع الأرباح تقديم دليل على الطلبات التي تلقاها المشتري من زبائنه ولم يستطع تلبيتها ودليل على خسارته للسمعة، بالإضافة إلى دليل على أن البائع المخالف كان يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بهذه الخسارة^٣.

1 Art.82 (La Haye, 1er juillet 1964) Lorsque le contrat n'est pas résolu, les dommages intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie. Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut aurait dû prévoir lors de la conclusion du contrat, en considérant les faits qu'elle connaissait ou aurait dû connaître comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat.

٢ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

٣ قضية كلوت رقم ٨٥، محكمة المقاطعة الاتحادية، الولايات المتحدة الأمريكية، أيلول ١٩٩٤، (دليل كافٍ حوفاً للقانون العام و لقانون نيويورك لتقدير قيمة التعويض بقدر معقول من

اليقين")

أما على صعيد المبادئ القانونية الدولية، تلاقى كل من مبادئ الـ UNIDROITS والمبادئ الأوروبية لقانون العقود على الأحكام نفسها فيما يتعلق بقاعدة التعويض الكامل عن الضرر. حيث جاء في نص المادة ٧.٤.٢ من مبادئ الـ UNIDROITS، وفي المعنى نفسه بالنسبة للأحكام الواردة في المبادئ الأوروبية لقانون العقود، "أنه للدائن الحق في التعويض الكامل عن الضرر الذي لحق به نتيجة الخلل في تنفيذ العقد أو عدم التنفيذ. ويشمل الضرر الخسارة التي أصابته والكسب الذي فاتته مع الأخذ بالإعتبار كل كسب تحقق للدائن من نفقات أو خسارة تم تجنبها"^١.

من جهةٍ أخرى، يتوافق عدد كبير من الفقهاء المعاصرين على أن مبدأ التعويض الكامل عن الضرر إنما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بقواعد التجارة الدولية Lex Mercatoria. في هذا المجال، يؤكد الفقهاء "فيليب فوشارد، إيمانويل غايلارد وبيروولد جولدمان"، عند البحث في القواعد التي هي في نظرهم من المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي، أن "مبدأ التعويض الكامل عن الضرر إنما يشمل التعويض عن الخسارة المتكبدة والمكاسب الفائتة وهو مبدأ مقبول ومعتمد بشكل عام"^٢.

وبالمثل، يرى الأستاذ Ugo Draetta أنه "يبدو أن محاكم التحكيم C. C. I. اعتمدت بعض القواعد المقبولة عمومًا فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأضرار. في المقام الأول، لا يوجد أدنى شك فيما يتعلق بمسؤولية الفريق المسبب للخطأ عن كامل الأضرار الناجمة عن الخسارة المباشرة إضافةً إلى الربح الفائت"^٣.

وبالعودة إلى أحكام المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع المذكورة سابقاً، والتي تنص على واجب الفريق مرتكب الخطأ بالتعويض عن الخسارة التي تكبدها الفريق الآخر والأرباح الفائتة، يرى الأستاذ Filali Osman أن "مبدأ التعويض الكامل عن الضرر إنما ينظر إليه المحكمون، بالتزامن مع القوانين الوطنية والدولية، على أنه من المبادئ القانونية العامة"^٤.

1 «Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée »

2 ORTSCHIEDT Jérôme, La Réparation du Dommage dans L'arbitrage Commercial International, Dalloz, 2001, p.75

3 ORTSCHIEDT Jérôme, ibid, p.75

4 OSMAN Filali, Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, note 12, p. 180.

فضلاً عن أراء الفقهاء، أقر إجتهد القضاء التحكيمي الدولي بمبدأ التعويض الكامل عن الضرر بإعتباره قاعدة عابرة للحدود حيث للمحكمين صلاحية الإستناد إلى المبدأ المذكور عند تقدير التعويض عن الأضرار الحاصلة دون العودة إلى قانون الدولة الداخلي. فمنذ العام ١٩٠٢ لحظت هيئة التحكيم، بشكل عام، أنه وفقاً للمبدأ العام في القانون المدني يجب أن يشمل التعويض ما لحق الشخص من ضرر وما فاتته من كسب، وإن هذا المبدأ يعد واجب التطبيق على المنازعات الدولية.

وفي المعنى نفسه القرار رقم ١٥٢٦ عام ١٩٦٨ ذكرت هيئة التحكيم CCI -دون ذكر مصدر القاعدة- إن تعويض الضرر إنما يشمل ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب^١.

وفي حكم صادر تحت رعاية ICSID في قضية MINE^٢ الصادرة في ٦ يناير ١٩٨٨ م وعلى الرغم من أن هيئة المحكمة لم تأت على ذكر القانون الواجب التطبيق على مسألة المسؤولية التي تقع على عاتق جمهورية GUINEA إلا أن المحكمة أظهرت قبولها واعتمادها المبدأ العام القائل بالحق بالتعويض الكامل عن الضرر والذي وفقاً إليه فإن MINE لها الحق في الحصول على تعويض عن المكاسب التي كانت ستجنيها لو أن جمهورية Guinea لم تبطل العقد إلى جانب التعويض عن الخسارة المتحققة.

وعليه في ضوء إلزام الأسر الكبيرة من الأنظمة القانونية الداخلية^٣ بمبدأ التعويض الكامل عن الأضرار من جهة، و تبني الفقه التحكيمي الدولي للمبدأ المذكور من جهة أخرى، فضلاً عن استناد معظم القرارات التحكيمية الدولية إليه في تقديرها للتعويضات الواجبة لإعادة التوازن إلى العلاقات التجارية الدولية وطمأنة بالتالي المستثمرين والموردين وكبار التجار في العالم، أضحي مبدأ التعويض الكامل عن الضرر ليس مجرد قاعدة بسيطة تتبع ببساطة من حقيقة أن عموميتها تدعم مجموعة واسعة من الحلول الإيجابية، إنما يشكل قاعدة عابرة للحدود الوطنية من قواعد النظام العام للتحكيم التجاري الدولي ومكرسة في العديد من الإتفاقيات الدولية.

١ عادل ابو هشيمة، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦٥.

2 Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea ICSID Case No. ARB/84/4, parag.65

[<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-maritime-international-nominees-establishment-v-republic-of-guinea-award-wednesday-6th-january-1988>]

٣ لبنان، مصر، فرنسا و غيرها...

الفقرة الثانية: نطاق قاعدة التعويض الكامل عن الضرر.

انطلاقاً من أن مفهوم التعويض نفسه إنما يفترض وجود "معادلة معينة بين الفائدة الضائعة أو الفائدة من جهة والفائدة الممنوحة كبديل أو التعويض من جهة أخرى"، يحق بالتالي للدائن الحصول على منفعة معادلة لتلك التي كانت سيؤمنها له تنفيذ المدين لالتزامه.

وعليه وبطريقة تقليدية للغاية، إن عملية التعويض عن الضرر تدفع بالمحكم إجراء مقارنة بين حالة الذمة المالية للدائن الضحية بعد وقوع الحدث الضار وتلك التي كانت سائدة في حالة عدم وقوع الحدث الضار. وبناءً على ذلك، تستند عملية تعويض الضرر إلى حقيقة تخصيص تعويض يعادل الأضرار المتحققة فعلاً، لذلك لا يأخذ المحكمون في الحسبان إلا صافي الأضرار المتحققة فعلاً فقط من خلال تقييم الخسارة التي تكبدها الفريق المتضرر من جهة والمكسب الفائت من جهة أخرى.

وباعتبار أن الخسارة التي تكبدها الفريق المتضرر «*damnum emergens*»، والمكسب الذي فاته «*lucrum cessans*» إنما يشكلان العنصرين اللذين يتكون منهما نظام التعويض الكامل عن الضرر، لا بد بالتالي من إيضاح مفهوم هذين العنصرين.

فيما يتعلق بالخسارة المتحققة فعلاً، هي كل ما لحق بالمتضرر من أضرار فعلية وحالية، ويجب أن تفهم بالمعنى الواسع. بمعنى آخر، هي تشمل كل ما يطرأ الطرف المتضرر من إنخفاض في أصول ذمته المالية أو زيادة في التزاماته مع الغير التي تنشأ عندما يتقاعس الفريق الآخر المدين عن القيام بواجباته العقدية، الأمر الذي قد يجعل من الدائن مدين في علاقة تعاقدية أخرى مع الغير ويدفع به إلى إقتراض الأموال للوفاء بالتزاماته الأخرى^١.

أما عن المقصود بالربح الفائت أو كما يطلق عليها أحياناً، الخسارة التبعية، هي الفائدة التي كانت ستستحق عادةً للفريق المتضرر لو تم تنفيذ العقد بشكل صحيح، دون أن ننسى بالتأكيد أن التعويض عن

١ مثال: (أ) شركة إنشاءات، تستأجر رافعة من الشركة (ب). أثناء العمل انكسر الذراع الطويل الثابت للرافعة الذي يستخدم لتحريك الأشياء، حيث كان قد تم صيانته سابقاً بشكل سيء. و نتيجة الانكسار الحاصل سحقت سيارة المهندس المعماري الأمر الذي أدى إلى إنقطاع العمل في الموقع لمدة ثمانية أيام. وترتب نتيجة لذلك على شركة الإنشاءات (أ) موجب دفع غرامة تأخير قدرها ٥٠٠٠٠ يورو للمالك. في تقدير التعويض الملائم، يجب على الشركة "ب" أن تسد النفقات التي تكبدها الشركة "أ" نتيجة انقطاع العمل، فضلاً عن مقدار العقوبة وكلفة تصليح سيارة المهندس المعماري التي دفعتها الشركة (أ) المستأجرة للرافعة

فوات الفرصة يكون ممكنًا وجائزًا في كل مرة يكون فيها تقويت الفرصة على المتضرر أمر حال ومحقق وذلك انطلاقًا من أن القضاء التحكيمي يرفض التعويض عن الضرر المحتمل كما بينا سابقًا^١.

وباعتبار أن الضرر القابل للتعويض هو بأكمله محل تعويض، في ظل تبني مبدأ التعويض الكامل عن الضرر، فمن الطبيعي جدًا أن يمنح المحكمون تعويضات عن جميع أنواع الأضرار. على سبيل المثال، في حال رفض المشتري تسلم البضائع ودفع الثمن المتوجب عليه خلال المدة المتفق عليها في العقد، يجوز للبائع الحصول على تعويض عن تكاليف التخزين والأضرار التي أدى فيها هذا الرفض إلى تعطيل عمل شركته^٢. وكذلك في حال تسبب عدم أداء المدين لإلتزاماته العقدية إلى زيادة تكاليف الدائن الشخصية، تؤخذ حينها هذه التكاليف في الاعتبار عند تقييم الضرر.

يستنتج كذلك عن الأخذ بمبدأ التعويض الكامل عن الضرر، مراعاة حالة إنخفاض أو تبدل قيمة الوحدة النقدية في تحديد قيمة البديل التعويضي بالإضافة إلى الأخذ في الحسبان ما يتكبده الفريق المتضرر من تكاليف أو مصاريف في كل مرة يتجه بها نحو تخفيف ما لحق به من أضرار بغية الوصول مع المدين إلى إمكانية إيفائه بإلتزاماته العقدية قدر الإمكان، حيث تؤخذ هذه التكاليف بالاعتبار عند تقدير التعويض الملائم عن الضرر^٣.

وفي قرار LIAMCO عام ١٩٧٧، رأت هيئة المحكمة أن "العدالة" هي أحد المبادئ العامة للقانون. وعليه، وجدت المحكمة أنه من المعقول والعاقل اعتماد صيغة "التعويض العادل" كتدبير لتقدير الأضرار في النزاع الحالي.

وفقًا للصيغة المذكورة، خلصت المحكمة إلى أن "الخسارة المتحققة" يجب أن تمثل القيمة السوقية للموجودات المؤممة عند إنتهاء الإمتياز السابق لأوانه، وذلك كما أثبتت أدلة المدعي. كما رأت المحكمة أيضًا، أنه من "المنصف والعاقل" منح تعويضات عن "الأرباح الفائتة".

١ مراجعة فكرة "التعويض عن فوات الفرصة" ص (تحدد الصفحة عند الإنتهاء من ترقيم صفحات الرسالة).

2 ICC Arbitration Case No. 7197 of [1992]

3 ORTSCHIEDT Jérôme, op.cit., p.77.

أكدت المحكمة من جديد أنه على أساس الالتزامات الناشئة عن إتفاقات الإمتياز، كانت ليبيا مسؤولة عن دفع التعويض الكامل عن جميع الخسائر التي تكبدتها (damnum emergens). وقد قرر المحكم أن المبلغ المطالب به وقدره ٦٧٧ ٨٨٢ ١٣ دولارًا يجب أن يمنح لشركة LIAMCO كتعويض عادل ومنصف^١.

يبقى أن نشير إلى أنه على الرغم من أن المحكمين في تقديرهم للتعويض إنما يطبقون مبدأ التعويض الكامل الذي أضحي بمثابة قاعدة دولية من قواعد النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه يبقى من واجب الهيئة التحكيمية وفي ظل إقرارها للتعويض أن تأخذ بالإعتبار ضرورة عدم إثراء الفريق المتضرر بسبب الأضرار الناجمة عن عدم الأداء. وفي هذا المجال يجب على المحكم أن ينظر في تعيينه لمبلغ التعويض إلى قدر الضرر وليس إلى درجة خطورة الخطأ الذي نشأ عنه الضرر، فقد ينتج ضرر فادح عن خطأ بسيط وقد يكون سبب ضرر زهيد خطأً جسيماً، إنما في كلا الحالين يجب أن يكون التعويض تاماً^٢. والأمر نفسه بالنسبة للظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول عن الضرر والتي من الواجب عدم إدخالها في الحساب عند تقدير التعويض. فإذا كان المسؤول غنياً لن يكون هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، أو كان فقيراً لن يكون هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل، فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من ضرر دون مراعاة لظروفه الشخصية. حيث إن العبرة هي في تحديد مدى الضرر تبعاً للظروف الشخصية التي تحيط بالمتضرر لا بالمسؤول عن حدوث الضرر^٣.

وعلى صعيد الصكوك الدولية في هذا المجال، تنص الفقرة الأولى من المادة ٧.٤.٢ من مبادئ الـ UNIDROITS على وجوب الأخذ بالإعتبار أي مكسب يتحقق للفريق المتضرر من عدم الأداء أثناء تقدير التعويض الملائم له، سواء كان ذلك في شكل نفقات لم يتكبدها (على سبيل المثال، عدم دفعه تكلفة غرفة الفندق لفنان لم يظهر)، أو لخسارة تجنبها (على سبيل المثال، في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية والتي لو تمت كان لينتج عنها صفقة خاسرة)^٤.

1 Case summary, Libyan American Oil Company (LIAMCO) v The Libyan Arab Republic, 1977, Ad Hoc Tribunal (Draft Convention on Arbitral Procedure, ILC 1958)

٢ جورج سيوفي، النظرية العامة للعقود، الجزء الأول، ١٩٩٤، ص ٤٩٥.

٣ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: مصادر الالتزام، مجلد ١، دار النهضة العربية، ص ٩٧٣.

4 International institute for the unification of private law, commercial contracts, UNIDROITS principles 2010, Art 7.4.2, illustrations

بعد بيان مفهوم كل من الخسارة المتحققة فعلاً والربح الفائت بالنسبة لنطاق قاعدة التعويض الكامل عن الضرر، يبقى محط للتساؤل في هذا المجال نطاق التعويض الكامل فيما يتعلق بالأضرار المعنوية. فما هو مفهوم هذه الأضرار؟ وكيف يتم تطبيق قاعدة التعويض الكامل عن الضرر في ظلها؟

يشمل الضرر المعنوي الضرر الماس بالحقوق المعنوية للإنسان، أي بالحقوق الملاصقة لشخصيته الإنسانية، كحقه في حرية القول والفعل وحقه في خصوصياته وسمعته وشهرته ومكانته الإجتماعية والعائلية والمهنية وحقوقه الأدبية، كحق التأليف، وحقوقه المدنية إجمالاً في أن يكون مواطناً مشاركاً في حياة بلده والتمتع بما وهبه الله من مزايا وصفات وإمكانات جسدية وروحية وجمالية وأدبية. وبالتالي فإن كل إنتقاص أو تعطيل لهذه الحقوق والمواهب أو مساس بها يشكل ضرراً معنوياً قابلاً للتعويض، على أن يحدد المتضرر نوع التعويض الذي يطالب به، حتى إذا كان مشروعاً استجاب القاضي لمطلبه وإلا ألبدسه الشكل الأكثر تماشياً مع مصلحة المتضرر، كالنشر في الصحف مثلاً (المادة ١٣٦ موجبات وعقود)^١.

في التجارة الدولية، قد نجد تطبيقاً للأضرار المعنوية فيما يتعلق بالعقود المبرمة بين الفنانين أو الرياضيين البارزين أو النساء والمستشارين الذين تتعامل معهم شركة أو مؤسسة. وفي جميع هذه الأشكال من العقود التجارية الدولية التي قد ينتج عن الإخلال في تنفيذها أضراراً معنوية، لا بد من تحقق شرط الضرر الأكيد المتحقق، إلى جانب الشروط الأخرى المبينة سابقاً للحصول على تعويضات.

وعليه إذا كانت وظيفة التعويض هي إعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان سيكون عليه في حال عدم وجود حدث ضار، فمن المهم بالتالي أثناء هذه العملية أن يتم التعويض كذلك عن ما لحق الدائن من أضرار معنوية. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يؤثر الإخفاق في أداء الإلتزام أو تأخر أداء الإلتزام على صورة الدائن وسمعته التجارية. فالفريق الذي لم يستلم الأموال المستحقة له قد يكون عرضة لتشويه مصداقيته في أعين المصرفيين الذين يتعامل معهم أو مورديه نظراً للحالة المالية السيئة التي أصبح يعاني منها نتيجة تأخر المدين عن إيفائه للمبالغ المترتبة للدائن في ذمته. الأمر الذي يجعل دون شك صورة الدائن (البائع) التجارية محط شكوك من التجار المحيطين به.

١ مصطفى العوي، القانون المدني الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، مؤسسة بحسون ١٩٩٦ ص ١٦٩.

يعود للقاضي تحديد مدى الضرر المعنوي وأن يقدر التعويض عنه نقوداً. ولكن لا بد من الإشارة إلى أن تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود هو أمر عسير عملياً لأن السمعة الإنسانية والمكانة الاجتماعية لا تقدران بمال، وبالتالي هنالك صعوبة في الإثبات من جهة و صعوبة في إمكانية تحقق شرط اليقين أو التوقع المطلوب للتعويض من جهة أخرى. لذلك يأتي التعويض عن المساس بهما كوسيلة إرضاء (أي تطيب خاطر) أكثر منه لإعادة وضع اهتز إلى حالته الأولى لأن ما حصل قد حصل ولا يمكن محوه^١.

وفي هذا المجال، جاء في القرار Bonfant & Benvenuti الصادر تحت رعاية ICSID في ٨ أغسطس ١٩٨٠، والذي في التفاصيل: تقدمت الشركة الإيطالية Bonfant & Benvenuti، المسجل مكتبها في روما، في ١٥ ديسمبر ١٩٧٧ إلى الأمين العام لمركز ICSID في العاصمة واشنطن، بطلب تحكيم مؤرخ في ١٢ ديسمبر ١٩٧٧ مع بروتوكول الاتفاق ("الاتفاقية") المؤرخ ١٦ أبريل ١٩٧٣ بين B&B وحكومة جمهورية الكونغو الشعبية التي تحتوي على بند تحكيم يحيل إلى إتفاقية تسوية المنازعات الإستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وذلك بهدف تسوية الخلاف الناشئ بين الطرفين وتعويض الشركة الإيطالية عما لحق بها من أضرار نتيجة عدم إستلامها حصتها من الأرباح بصفتها مالكة لـ ٤٠٪ من الأسهم في PLASCO، وقد طالبت المدعية بمبلغ ٦٠ مليون فرنك أفريقي كتعويض عن الأضرار التي زعمت أنها تكبدتها نتيجة للخسارة التي تعرضت لها. رفضت هيئة التحكيم هذا الطلب، مشيرةً إلى أنه "لا يوجد أي دليل يثبت حقيقة مزاعم المدعية، التي تكتفي بمجرد تأكيدات لا تصاحبها أي أدلة ملموسة أو حتى بدء بيئة ظاهرة".

من جهة أخرى، طالبت المدعية بمبلغ ٢٥٠ مليون فرنك أفريقي كتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بها وذلك نتيجة: (١) خسارتها لفرص العمل والإستثمارات في إيطاليا،

(٢) عدم قدرتها على إستئناف أنشطتها في إيطاليا بسبب النقص في رأس المال لديها، بعد أن استثمرت جميع مواردها المالية في الكونغو،

(٣) فقدان ائتمانها مع الموردين والبنوك،

١ مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، مؤسسة بحسون ١٩٩٦، ص ٦٤.

(٤) وأخيرا خسارتها للتنظيم الخاص بها على مستوى الإدارة والموظفين التقنيين نتيجة المغادرة القسرية والمتسارعة من الكونغو.

وقد رأت المحكمة أن الجهة المدعية وباعتبار أنها لم تتمكن من إثبات ما تدعيه من أضرار معنوية لحقت بها عبر دلائل ملموسة، إلا أنها تستحق أن تمنح مبلغًا إجماليًا قدره ٥ ملايين فرنك أفريقي كتعويض عن "أضرار غير مالية "معنوية"، باعتبار أن مطالب الفريق المتضرر بالتعويض وما أسفر عن هذه الطلبات من دعاوى قضائية قد أرهق الجهة المدعية معنويًا وأدى إلى تعطيل أنشطتها التجارية^١.

بعد البحث في مبدأ التعويض الكامل عن الضرر والذي أضحي بمثابة قاعدة دولية مكرسة في قواعد النظام العام للتحكيم التجاري الدولي، بموجبها يترتب على الفريق المتقاعس عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو الذي تأخر في التنفيذ أن يعرض على الفريق المتضرر ما لحقه من أضرار متحققة فعليًا وغيرها من مكاسب فائتة. لابد لنا من تناول مبدأ "الإلتزام في تخفيف الضرر" والذي يجعل الفريق المتضرر كذلك في موقع إلتزام تجاه الفريق المخطئ. فما هو هذا الإلتزام؟ وما تأثيره على الحق في التعويض الكامل المقر به في معظم الأنظمة الوطنية والإتفاقيات الدولية ومعظم القرارات التحكيمية؟

المطلب الثاني: مبدأ الإلتزام بتخفيف الضرر

إن واجب تخفيف الضرر the duty of mitigate damage هي فكرة انكلوسكسيونية النشأة، إبتدعها القضاة الإنكليزي والأمريكي ثم ما لبثت بعد إرساء معالمها وتوضيح أسسها القانونية أن انتقلت إلى القوانين المنظمة للتجارة الدولية ولعل من أبرزها إتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1890.

أثار واجب الدائن في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية العقدية إشكاليات قانونية متعددة، حيث ثار جدل عميق حول طبيعة هذا الإلتزام وأساسه القانوني من جهة، وموضوع الفترة التي يتوجب على الدائن أن يتجه خلالها نحو تنفيذ إلتزامه بتخفيف ما لحق به من ضرر من جهة أخرى. فإذا كان من المتفق عليه

1 ICSID Case No. ARB/77/2. S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, parag (4.89-4.95)

[<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-s-a-r-l-benvenuti-bonfant-v-peoples-republic-of-the-congo-paris-court-decision-i-tuesday-23rd-december-1980>]

أن واجب الدائن ينشأ في اللحظة التي يخل بها المدين بالإلتزامات الناشئة عن العقد المبرم مع مدينه إخلالاً حقيقياً مصرحاً به، فإن الفترة الزمنية المتوجب خلالها على الدائن تنفيذ إلتزامه بتخفيف الضرر تبقى محط تساؤل؟

لم تقتصر الإشكاليات لواجب الدائن في تخفيف الضرر على الأساس القانوني له، فالطبيعة الإستثنائية لهذا الواجب أظهرت تبايناً واسعاً في القضاء التجاري الدولي والقضاء العربي لناحية الجهة التي يقع عليها عبء إثبات إخلال الدائن بهذا الواجب من جهة، وكيفية تطبيق هذا المبدأ فعلياً من قبل الدائن المتضرر؟ للإجابة على الإشكاليات المطروحة، سنعمد فيما يلي إلى البحث ماهية قاعدة التزام الدائن في تخفيف الضرر (النبة الأولى)، لنتناول من ثم خصائص هذا المبدأ وكيفية تطبيقه (النبة الثانية).

النبة الأولى: ماهية قاعدة إلتزام الدائن في تخفيف الضرر

أمام أهمية قاعدة إلتزام الدائن في تخفيف الضرر في عالم التحكيم التجاري الدولي وما تثيره من إشكاليات، لابد لنا من البحث في مصادر هذه القاعدة من حيث الأنظمة التي أشارت إليها والإتفاقيات التي كرسها كمبدأ أساسي من المبادئ الواجب الإرتكاز عليها خلال مرحلة التعويض عن الأضرار وتقييم التعويض الملائم والعاقل (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى ضرورة تناول الأساس القانوني لهذه القاعدة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مصادر قاعدة إلتزام الدائن في تخفيف الضرر

أشارت الأنظمة القانونية الوطنية، مع إختلاف الآلية المستخدمة، وإن بشكل غير مباشر، إلى مبدأ الإلتزام بتخفيف الضرر.

في لبنان، أشار المشرع اللبناني بشكل غير مباشر لمبدأ إلتزام الدائن بتخفيف الضرر حيث يستفاد من أحكام قانون الموجبات والعقود اللبناني لاسيما ما يتعلق منها بالمسؤولية العقدية أنه لا يحق للدائن الذي

تسبب بخطئه^١ في عدم تنفيذ الموجب بأن يطالب المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ، مثال على ذلك تهرب الشاري من إستلام الشيء المبيع فتصرف به البائع. وبما أنه لا يحق للإنسان التذرع بخطئه لتحميل الأضرار الناتجة عنه للغير، فإنه لا يحق للدائن بخطئ منه أن يحمل المدين مسؤولية عدم تنفيذ موجباته.

أما في مصر، يظهر نص المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري أن المشرع لا يهدف إلى تعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه إلا إذا كان الضرر الحاصل نتيجة طبيعية لذلك. ولقد وضعت المادة المذكورة ضابطاً "لمفهوم النتيجة الطبيعية للضرر ألا وهو" ألا يكون في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهدٍ معقول".

في فرنسا، لم يتم إقرار مبدأ الإلتزام بتخفيف الضرر بشكلٍ صريح في القانون الخاص الفرنسي على خلاف القانون العام^٢ وإنما من الممكن استنتاجه بشكلٍ واضح من الأحكام القضائية، وذلك منذ أعمال إتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٨، والتي صاغت بشكل صريح قاعدة الإلتزام بتخفيف الضرر في مجال عقود البيع الدولية.

وعليه، إذا كان من المتعارف عليه في الأنظمة القانونية الحديثة -كالقانون الفرنسي، المصري واللبناني- أنه يتوجب على الدائن الذي لحق به ضرر من جراء إخلال مدینه بإلتزاماته العقدية المفروضة عليه، أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يزيد من مقدار الضرر الذي لحق به في إطار نظرية الخطأ المشترك، فإن القوانين الانكلو-أمريكية ذهبت أبعد من ذلك حيث أضافت إلى هذا الواجب السلبي واجباً إيجابياً بأن يسعى ضحية العقد إلى إتخاذ أي تدبير معقول، طبقاً لطبيعة العقد وظروف تنفيذ الإلتزامات

١ يؤدي خطأ المتضرر، أي الدائن بالموجب، إما إلى إعفاء المدين من موجب التعويض كلياً فيما أدى هذا الخطأ إلى استحالة التنفيذ، وإما إلى الإعفاء الجزئي فيما إذا تسبب بالتأخير

فيه. كأن يتخلف صاحب البضاعة المراد نقلها في عقد النقل عن تسليمها في الزمان المتفق عليه أو سلمها بتوضيب سيء مما أدى إلى تلفها

٢ فرض القاضي الإداري الفرنسي بشكل مباشر على الطرف المتضرر تخفيف ضرره فطبقاً لأحكام مجلس الدولة العامة: إن تقييم الأضرار التي تقع على الأموال المدعى بها من قبل الدولة

أو المرافق العامة يجب أن يحدث في التاريخ الذي حدث فيه السبب و الذي يعرف مضمونه، و يمكن أن يقوم بأعمال تخفيض للتعويض. - منقول عن: عادل أبو هشيمة، التعويض في

التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٨٠، هامش (٣).

الناشئة عنه، من شأنه أن يخفف أو يزيل الضرر الذي نتج سواء تمثل هذا الضرر بخسارة متحققة فعلاً أو بكسبٍ فائت^١.

ونظراً لما ينطوي عليه هذا الواجب من فعالية إقتصادية لا يمكن تجاهلها لاسيما في نطاق المسؤولية العقدية، فقد تلقفته الإتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية ومعظم التشريعات التجارية العربية بشيء من التحوير، بل وصل صدهاء إلى معاقل الأنظمة اللاتينية، فضلاً عن إقراره في معظم قرارات التحكيم التجاري الدولي.

في هذا المجال، نصت إتفاقية فيينا للبيع الدولية في المادة ٧٧ منها على أنه "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فاتته. وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها"^٢.

يمكن فهم إلزام التخفيف من الأضرار على أنه أحد المبادئ التي تستند إليها إتفاقية فيينا للبيع الدولية. وهو يعتمد على مبدأ حسن النية في الأعمال التجارية الدولية بقدر ما هو مسألة إقتصادية، ويهدف إلى توفير حد للسلوك السلبي الذي يسمح بتفاقم الأضرار التي كان يمكن تجنبها.

وفي المعنى نفسه نصت المادة ٨٨ من إتفاقية لاهاي، الصادرة في الأول من يوليو ١٩٦٤ والتي جاءت بقانون موحد خاص بالمنقولات، على أنه: " يتعين على الطرف الذي يزعم مخالفة العقد اتخاذ جميع الخطوات المعقولة لتقليل الخسائر اللاحقة به. إذا فشل الطرف المتضرر بتخفيف ما لحق به من خسائر، للطرف الآخر حينها طلب تخفيض التعويض"^٣.

١ ظافر جبارة، عماد سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية اعماله، دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الاتكولي إمبريكي وإتفاقية فينا للبيع الدولية لسنة

١٩٨٠، ص ٢.

2 Art77 de la Con.de vienne 1980 : La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée

3 Article 88(La Haye 1964) La partie qui invoque la contravention au contrat est tenue de prendre toutes les mesures raisonnables afin de diminuer la perte subie. Si elle néglige de le faire, l'autre partie peut demander la réduction des dommages-intérêts.

تناولت مبادئ الـ UniDroit كذلك مبدأ إلزام الدائن في تخفيف الضرر في المادة ٧.٤.٨ منها، حيث جاء فيها: "(١) إن الطرف المتخلف عن التنفيذ ليس مسؤولاً عن الأذى الذي يلحق بالطرف المتضرر وذلك إلى الحد الذي كان يمكن لهذا الأخير تجنبه بإتخاذ خطوات معقولة.

(٢) يحق للطرف المتضرر إسترداد أي نفقات تكبدها بشكلٍ معقول في محاولته للحد من الضرر^١."

إن الهدف من هذه المادة هو تجنب إتخاذ الطرف المتضرر موقفاً سلبياً مما أصابه بإنتظاره التعويض عن الضرر الذي كان يمكنه تجنبه أو الحد منه. فعملاً بأحكام المادة المذكورة لن يتم تعويض أي ضرر كان يمكن للطرف المتضرر تجنبه بإتخاذ خطوات معقولة. مثال على ذلك، في ٢ مايو، طلبت A من الوكالة B، وهي وكالة سفر، حجز غرفة لها في فندق X في المدينة في ١ يونيو، بتكلفة ٢٠٠ يورو.

في ١٥ مايو، علمت A أن الوكالة B لم تقم بالحجز. ومع ذلك، انتظرت الزبون A حتى ٢٥ مايو لإجراء حجز جديد، وفي حينها كان من الممكن فقط العثور على غرفة بتكلفة ٣٠٠ يورو، في حين كان من الممكن تأمين الإقامة مقابل ٢٥٠ يورو فيما لو اتخذت الزبون A إجراءً سريعاً بالفعل في ١٥ مايو. لذلك لا يمكن لها سوى استرداد ٥٠ يورو فقط من B^٢.

من جهةٍ أخرى، تناولت المبادئ الأوروبية لقانون العقود إلزام الدائن في تخفيف الضرر في المادة ٩:٥٠٥ منها حيث جاء فيها:

"(١) الطرف المخل بإلتزاماته العقدية ليس مسؤولاً عن الخسارة التي لحقت بالطرف المتضرر وذلك إلى الحد الذي يمكن للطرف المتضرر أن يكون قد خفض الخسارة فيه من خلال إتخاذ خطوات معقولة.

1 ARTICLE 7.4.8 (MITIGATION OF HARM): (1) the non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

2 International institute for the unification of private law, comments on the art 7.4.8, via the link:

<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/406-chapter-7-non-performance-section-4-damages/1030-article-7-4-8-mitigation-of-harm>

(٢) يحق للطرف المتضرر إسترداد أي نفقات تكبدها بشكلٍ معقول في محاولته للحد من الخسارة".^١

لا بد من الإشارة في هذا المجال إلى أن واجب الدائن في تخفيف الضرر قد لقي ترحيباً واسعاً من شراح هذه الإتفاقيات، حيث إنه ثمة إجماع بينهم على أن واجب تخفيف الضرر هو أحد أهم المبادئ القانونية العامة الحاكمة للتجارة الدولية، والتي يندر أن تعرض قضية ما على هيئة قضائية محلية أو دولية أو على هيئة تحكيم دون أن يثار مدى إلزام ضحية العقد بواجبه في تخفيف الضرر.

الفقرة الثانية: الأساس القانوني لقاعدة التزام الدائن في تخفيف الضرر

رغم ما حذي به واجب الدائن في تخفيف الضرر من مكانة على مستوى التشريعات الوطنية الداخلية والإتفاقات الدولية، فضلاً عن إقراره في العديد من القرارات التحكيمية الدولية، إلا أن تساؤلات كثيرة طرحت حول الأساس القانوني الذي استند إليه في إقرار وتكريس هذا الواجب كمبدأ عام من مبادئ التجارة الدولية. فهل إن واجب تخفيف الضرر الملقى على عاتق الدائن هو تطبيق عملي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود (البند الأول)، أم ثمة إعتبارات إقتصادية إلى جانب حسن النية تبرر كذلك هذا الالتزام؟ (البند الثاني).

البند الأول: مبدأ حسن النية كأساس لواجب تخفيف الضرر

أوجد الفقه القانوني تعريفاتٍ مختلفة لمبدأ حسن النية، منها أن حسن النية في إبرام العقود هو: "الالتزام بتوجيه الإرادة نحو تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل".^٢

1 Article 9:505: Reduction of Loss: (1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss. (via the link: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_149)

^٢شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان (٢٠٠٨). نقلاً عن مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة

ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط ٢٠١٤/٢٠١٥.

وعرفه البعض الآخر بأنه: التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسات الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها، وإلتزام كل طرف من طرفي العقد بهذه الممارسات العادلة بحيث لا تؤدي إلى الإضرار بالغير دون سبب مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة^١.

وعليه إن مبدأ حسن النية هو من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية، حتى أنه بلغ حدًا من الرسوخ. حيث إنه وإن لم ينص عليه صراحةً في النصوص القانونية يبقى من الممكن الإستدلال عليه من خلال مظاهره كالإلتزام بحدود القانون وعدم الإلتجاء في تنفيذ العقود إلى ما يخالف القواعد القانونية كالغش والتواطؤ بإعتبارها من مظاهر سوء النية.

ومع تطور العلاقات التجارية والإنتفاع على العقود التجارية الدولية، لم يبق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود عبارة عن واجب سلبي ملقى على عاتق المتعاقدين متمثلاً بضرورة الإلتزام بالإستقامة والنزاهة بل تعداه إلى أكثر من ذلك ليصبح واجب إيجابي على عاتق الدائن المتضرر يمثل ضرورة التعاون مع المدين بالتنفيذ وإتخاذ إجراءات من شأنها إيجاد بديل عن الإلتزام غير الممكن تنفيذه وبالتالي تخفيف ما هو متوقع من أضرار.

على صعيد التشريعات الوطنية اعترفت معظم الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية، كمبدأ يحكم سلوك أطراف العقد ويفرض عليهم إتباع قواعد سلوكية معينة في معاملاتهم وتصرفاتهم طيلة مدة العقد.

يختلف تطبيق هذا المبدأ من دولة إلى أخرى فمنهم من يقصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد (كما القانون المدني الفرنسي القديم والقانون المدني الإيطالي)^٢. أما في لبنان، تناولت المادة ٢٢١ من قانون الموجبات والعقود واجب التعامل بحسن النية في العلاقات التعاقدية وذلك ليس فقط على صعيد تنفيذ الإلتزامات التعاقدية إنما كذلك في جميع مراحل تكوين العقد من مفاوضات إلى فهم وتفسير وتنفيذ للإلتزام

١ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الموجبات في القانون اللبناني، مؤسسة بحسون، بيروت. نقلا عن مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية

للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط ٢٠١٤/٢٠١٥.

٢ المادة ١١٢٤ من القانون المدني الإيطالي باللغة الفرنسية:

«Les contrats doivent être exécutés de bonne foi, et ils obligent non seulement à ce qui y a été exprimé mais encore à toutes les conséquences qui en dérivent suivant l'équité, l'usage' ou la loi»

التعاقدية. وقد جاء في نص المادة المذكورة: "إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف".

في فرنسا، لم يبق تطبيق مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي الجديد يتناول فقط "مرحلة تنفيذ العقد" كما نص عليه في المادة ١١٣٤ من القانون المدني القديم^١. إنما نجد أن المشرع الفرنسي قد ألغى نص المادة المذكورة مستبدلاً إياه بثلاث مواد تتناول الأحكام نفسها للنص الملغى مضيفاً إليها تطوراً ملحوظاً على صعيد مبدأ حسن النية لجعله يشمل جميع مراحل العقد من مفاوضات وتشكيل وتنفيذ. وذلك على الشكل التالي:

- المادة ١١٠٣. إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين.
 - المادة ١١٩٣. لا يجوز تعديل العقود أو إلغاؤها إلا بموافقة الطرفين المتبادلة، أو للأسباب التي يسمح بها القانون.
 - المادة ١١٠٤. يجب التفاوض على العقود وتشكيلها وتنفيذها بحسن نية.
- وتعتبر هذه الأحكام هي من النظام العام.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد عدل الأحكام التي تتعلق بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال إلغائه لنص المادة ١١٣٤ لاسيما الفقرة الثالثة منه والتي أحل مكانها المادة ١١٠٤ المذكورة أعلاه والتي بموجبها يتسع نطاق تطبيق مبدأ حسن النية ليتناول جميع مراحل تكوين العقد من مفاوضات وإعداد إلى جانب مرحلة التنفيذ وهي من القواعد المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها.

في بلجيكا، أقرت المحكمة العليا في عام ١٩٨١ مبدأ حسن النية، حيث فرضت على البنوك واجب حسن النية في تنفيذ العلاقات التعاقدية مع عملائهم^٢. ومنذ بدء نفاذ القانون المدني الجديد في Québecois

1 Art. 1134. - « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

^١ إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. لا يمكن إلغاؤها إلا بموافقة متبادلة من فراق العقد، أو للأسباب التي يسمح بها القانون. و يجب أن تنفذ الالتزامات وفقاً لحسن النية.

2 REIFEGRSTE Stephan, Pour Une Obligation de Minimiser Le Dommage, Droit Des Affaires, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 2002,

note 210, (consulte le 6/12/2019) via : <https://books.openedition.org/puam/529>

عام ١٩٩٤، أصبح مبدأ حسن النية في غاية الأهمية، حيث جاء في نص المادة ١٣٧٥ منه: "إن مبدأ حسن النية يحكم سلوك الطرفين في وقت نشأة الإلتزام و تنفيذه و إنقضائه"^١.

في مصر، نصت المادة ١٤٨ في الفقرة الأولى منها على مبدأ حسن النية حيث جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" ويعتبر الفقه المصري هذا المبدأ جوهرياً والأساس في تنفيذ العقود^٢.

مع تطور العلاقات التجارية والانفتاح على العقود التجارية الدولية، لم يبق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود عبارة عن واجب سلبي ملقى على عاتق المتعاقدين متمثلاً بضرورة الإلتزام بالإستقامة والنزاهة بل تعداه إلى أكثر من ذلك ليصبح واجب إيجابي على عاتق الدائن المتضرر يمتثل بضرورة التعاون مع المدين بالتنفيذ وإتخاذ إجراءات من شأنها إيجاد بديل عن الإلتزام غير الممكن تنفيذه وبالتالي تخفيف ما هو متوقع من أضرار.

على صعيد الإتفاقيات الدولية، وأمام ما لمبدأ "حسن النية في تنفيذ العقود" من أهمية وما له من تأثير على سير العلاقات التعاقدية، وأمام ما نشهده من تطور ملحوظ على صعيد العلاقات التجارية الدولية لم يقتصر تكريس هذا المبدأ الأخلاقي على التشريعات الوطنية فحسب بل تبنته كذلك الإتفاقيات الدولية منها فيينا ١٩٨٠، فضلاً عن الإستناد إليه وإقراره في العديد من القرارات التحكيمية وإعتباره من المبادئ الأساسية المتعلقة بعقود التجارة الدولية.

وفي هذا المجال، نصت الفقرة الأولى من المادة ٧ من إتفاقية فيينا الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع الصادرة عام ١٩٨٠ تحت عنوان "نصوص عامة" على أنه يراعى في تفسير وتطبيق هذه الإتفاقية طبيعتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان حسن النية في التجارة الدولية"^٣.

1 REIFEGRSTE Stephan, op.cit., note 210.

2 عادل ابو هشيمة، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٩٤

3 Article 7: (1) Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

كذلك تناولت المادة ١-٧-١ من مبادئ Unidroit مبدأ حسن النية حيث جاء فيها: "يلتزم الأطراف بأن تتطابق تصرفاتهم مع متطلبات حسن النية في التجارة الدولية ... لا يستطيع الأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تحديد نطاقه"^١. وقد امتد أثر مبدأ حسن النية في العلاقات التجارية الدولية ليصل إقراره في الفقرة ١٠٦ من المادة الأولى من مبادئ قانون العقود الأوروبية^٢.

ونتيجة لهذا الإقرار الواسع لمبدأ حسن النية في معظم التشريعات الوطنية وغيرها من الإتفاقيات الدولية، ذهب غالبية الفقهاء نحو إعتبار أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، هو الأساس الذي يقوم عليه مبدأ إلتزام الدائن في تخفيف الضرر ولا سيما في عقود التجارة الدولية.

وفي هذا المجال، يؤكد الأستاذ Philip Kahn: "إن الإلتزام بتخفيف الأضرار يعد مبدأ عاماً يتفرع من مبدأ حسن النية"^٣.

وفي المعنى نفسه يرى الأستاذ Doniel Alexandre أن "الأحكام استخلصت من مبدأ حسن النية التزاماً آخر أكثر وضوحاً يشكل مبدأ عاماً في المسؤولية وهو إلتزام الدائن بتخفيف خسائره في حالة عدم تنفيذ العقد الدولي"^٤.

أما على صعيد القرارات التحكيمية الدولية، فقد اختلف الإجتهد القضائي في تفسير أحكام المادة ٧ من إتفاقية فيينا ١٩٨٠. حيث إنه من جهة ثمة إجتهدات أخذت بالتفسير الواسع لأحكام المادة المذكورة ولم تقصر تطبيق مبدأ حسن النية على ما يتعلق بتفسير العقود فقط بل جعلته يشمل كذلك مرحلة التنفيذ. ومن جهة أخرى ثمة قرارات تحكيمية أخذت بالمعنى الضيق للمادة ٧ المذكورة واعتبرت في حكمها أن حسن النية هو واجب سلبي ملقى على عاتق المتعاقدين يتمثل بالالتزامهم بالأمانة والإستقامة في علاقتهم التعاقدية وأنه

1 ARTICLE 1.7 (Good faith and fair dealing): (1) each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

2 Article 1:106: (1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application.

٣ عادل ابو هشيمة، المرجع السابق، ص ٩٧. منقول عن:

Kahn (P.) " Les principes de bonne foi devant les arbitres du commerce international" J.D.i 1989 P 307.

٤ عادل ابو هشيمة، المرجع السابق، ص ٩٧ منقول عن: Alexandre (D), Rapport Français sur le droit international prive

من غير الممكن إعتبار المبدأ المذكور هو وحده الأساس لقاعدة إلزام الدائن في تخفيف الضرر إنما هنالك إلى جانبه واجب التعاون بين الفرقاء في العلاقة التعاقدية والذي يعتبر واجب إيجابي يتمثل بإتخاذ الدائن الإجراءات المعقولة لتخفيف ما لحق به من أضرار نتيجة مخالفة المدين لإلتزاماته العقدية^١. وهنا لا بد من طرح التساؤلات التالية: ما درجة المعقولة الواجب على الدائن التقيد بها؟ أو بمعنى آخر ما مدى الجهد الواجب على الدائن بذله في سبيل تخفيفه للضرر الذي لحق به؟ وما هي الإجراءات الواجب عليه اتخاذها؟ جميع هذه التساؤلات ستتم الإجابة عليها في النبذة الثانية من هذا المطلب.

البند الثاني: الإعتبارات الإقتصادية كمبرر لإلتزام الدائن في تخفيف الضرر

كما هو الحال مع القاعدة التي تقصر التعويض على الأضرار التعاقدية المتوقعة، فمن المؤكد أن الإعتبارات الإقتصادية هي أفضل ما يبرر إلزام الدائن في تخفيف الضرر. وللفادة الإقتصادية لهذا الإلتزام شقين: تجنب هدر الموارد من جهة وتخفيض التكلفة الإجمالية للتعويض من جهة أخرى^٢.

بالنسبة لتجنب هدر الموارد، إن الموقف الذي يقضي بإنتظار التعويض عن عدم تنفيذ العقد، بدلاً من الإتجاه نحو إقامة علاقات تجارية مجدية وقابلة للتنفيذ، لا يمكن أن يكون محل تشجيع^٣. وإذا توسعنا خارج العلاقة التعاقدية لدراسة عواقب عدم إلزام الدائن بتخفيف ما لحق به من أضرار، فإننا نرى بالفعل أن من شأن عدم قدرة الدائن على الوفاء بإلتزامه، أن يكون له تداعيات إقتصادية مؤسفة. فالأموال المستخدمة لتعويض الطرف المتضرر عن الضرر الذي لم يتم العمل على تخفيفه هي جزء من الموارد التي لن يتمكن مرتكب الضرر من إستثمارها في نشاطات أخرى، الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على النشاط التجاري لمرتكب الضرر بشكل خاص من جهة وعلى التعاملات التجارية بشكل عام من جهة أخرى. وبالتالي فإن التجارة الدولية ككل تتأثر بسلوك اللذين لم يتخذوا تدابير معقولة للحد من الضرر الذي لحق بهم.

١ عادل ابو هشيمة، المرجع السابق، مراجعة ص ٩٩.

2 ORTSCHIEDT Jérôme, La Réparation du Dommage dans L'arbitrage Commercial International, Dalloz, 2001, p.120.

3 ORTSCHIEDT Jérôme, ibid, p.120.

وعليه يتضح لنا مما تقدم، أن العقوبة المفروضة على الطرف المتضرر والمتمثلة بتخفيض مقدار التعويض الممنوح إليه بنسبة ما كان بإمكانه تخفيضه من أضرار في حال إلزامه بواجب تخفيف الضرر الملقى على عاتقه، ليست فقط إدانة لسلوكه تجاه مرتكب الضرر، إنما هي إدانة أوسع لسلوكه تجاه جميع الجهات الفاعلة في التجارة الدولية.

أما بالنسبة لأثر إلزام الدائن في تخفيف الضرر على تخفيض التكلفة الإجمالية للمسؤولية عن التعويض، فمما لا شك فيه أنه في كل مرة تكون فيها تكلفة التعويض مرتفعة، نكون أمام رادع فعلي للإستثمار ولتنمية النشاط التجاري والإقتصادي ككل. حيث إنه من ناحية، إن إعتقاد ممارسي التجارة الدولية بأنه من الممكن أن يُطلب منهم دفع تعويضات كبيرة في حال لم يتمكنوا من الوفاء بالتزاماتهم من شأنه أن يقلل من المبادرة الفردية لديهم خشيةً من تكلفة التعويضات المرتفعة التي قد يتكبدها.

ومن ناحية أخرى، إن إرتفاع تكلفة المسؤولية عن التعويض من شأنه أن يؤدي تلقائياً إلى زيادة في تكلفة التأمين، الأمر الذي من شأنه أن يؤثر كذلك سلباً على الديناميكية التجارية. وعليه، إن المبدأ العابر للحدود الوطنية الذي يفرض على الطرف المتضرر أن يخفف من أضراره يشكل رادع لا جدال فيه لتضخم تكلفة المسؤولية.

تأسيساً على ما تقدم، لا يمكن الجزم بأن "مبدأ حسن النية" هو وحده الذي يشكل الأساس القانوني لقاعدة الإلتزام في تخفيف الضرر، حيث إن الإعتبارات الإقتصادية المشار إليها أعلاه والتي تهدف إلى تجنب هدر الموارد وتقليل كلفة المسؤولية عن التعويض، تعد كذلك مبرر أساسي وفعلي للإلتزام بتخفيف الضرر وأكثر ملائمةً في ظل ما نشهده من تطور سريع على صعيد العلاقات التجارية الدولية وضرورة وجود وفرة بالسيولة والموارد بشكل مستمر لتشجيع التجار والمحافظة على الثروة الإقتصادية واستمرارية التعاملات التجارية والعلاقات الدولية.

النبذة الثانية: خصائص قاعدة إلزام الدائن في تخفيف الضرر وتطبيقاتها

بعد البحث في مصادر قاعدة "إلزام الدائن في تخفيف الضرر" لابد لنا من بيان طبيعة هذه القاعدة،
فها نحن أمام واجب عرفي أم أنه واجب مفروض قانوناً؟ وما طبيعة هذا الواجب المفروض على الدائن
بالتعويض هل هو واجب وسيلة أم واجب تحقيق غاية؟ وكيف يتم إنفاذ هذا الواجب من قبل الدائن
المتضرر؟ جميع هذه التساؤلات ستتم الإجابة عليها من خلال البحث في خصائص قاعدة إلزام الدائن في
تخفيف الضرر (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى كيفية تطبيق هذه القاعدة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصائص قاعدة إلزام الدائن في تخفيف الضرر

يتميز واجب الدائن في تخفيف الضرر بجملة من الخصائص القانونية يُستدل عليها من المضمون
الضمني للنصوص القانونية المشار إليها أعلاه والتي تناولت هذا الموجب، ومن هذه الخصائص نذكر على
ما يلي:

إن إلزام الدائن في تخفيف الضرر هو واجب مفروض بحكم القانون، ورد صراحةً في معظم
الأنظمة القانونية الداخلية والإتفاقيات الدولية. ويترتب على هذه الخاصية أن هذا الواجب ينشأ ويترتب على
عائق طرفي العلاقة التعاقدية بمجرد إبرام العقد وإن لم يكن هذا الأخير ينص على ذلك أيًا كان نوع العقد.

وفي هذا المجال نشير إلى أنه، درج القضاء الدولي أو القضاء الانكلو-أمريكي على عدم إعمال
قاعدة تخفيف الضرر في حال وجود شرط جزائي في العقد على أساس أن مقدار التعويض المستحق يلغي
هذا الواجب، حيث يعتبر حينها أنه لا داعٍ لإحتساب قيمة التعويض الواجب للدائن تبعاً لما اتخذه من
إجراءات لتخفيف الضرر، بإعتبار أن التعويض مقدر سلفاً في حال الإخلال في التنفيذ بموجب شرط جزائي.
مثال على ذلك، أقرت المحكمة العليا في ولاية ماساشوستس Massachusetts الأمريكية في حكم حديث
لها في قضية NPS LLC v. Minihane تاريخ ٢٠٠٨ أنه "في حال تضمن العقد بند يحدد مقدار

التعويض في حال الإخلال بتنفيذ العقد (أي بمعنى شرط جزائي)، يكون واجب تخفيف الضرر الملقى على عاتق المدين غير ذي صلة ولا ينبغي مراعاته عند تقييم الأضرار^١.

وعن طبيعة أو نوع هذا الإلتزام المفروض على عاتق الدائن، نطرح التساؤل التالي، هل إن الإلتزام بتخفيف الضرر هو إلتزام ببذل عناية أم إلتزاماً بتحقيق نتيجة؟ مع الإشارة إلى أنه للتمييز بين هذين النوعين من الإلتزامات أهمية كبيرة لناحية الإثبات.

في الإلتزام بتحقيق نتيجة يتمثل الخطأ العقدي في واقعة عدم التنفيذ. أما بالنسبة للإلتزام ببذل عناية يكون من الضروري إثبات خطأ المدين بالإلتزام. وبهذه الحال يكون من مصلحة المدين بالإلتزام (أي الدائن) أن يجعل من الواجب الملقى على عاتقه موجب بذل عناية كي ينقل بذلك عبء الإثبات على الدائن بالموجب (أي المدين مرتكب الخطأ العقدي).

وفي الإجابة عن الإشكالية المطروحة، تعددت الآراء واختلفت. فثمة إتجاه قال بأن إلتزام الدائن في تخفيف الضرر هو إلتزام بتحقيق غاية (الإلتزام بنتيجة)، وثمة من قال بأنه إلتزام بوسيلة تقليدي^٢.

بالنسبة للإتجاه الأول، ثمة العديد من القرارات التحكيمية في مجال التجارة الدولية التي عبرت عن كون إلتزام الدائن في تخفيف الأضرار هو موجب تحقيق نتيجة. ومن هذه القرارات، القرار رقم ٢٢١٦ عام ١٩٧٤ حيث جاء في مضمونه أن الشركة النرويجية (المشتري) تمنعت عن إستلام البترول المرسل إليها من قبل المؤسسة البائعة (مؤسسة تابعة للقطاع العام في بلد منتج للبترول)، متذرةً بأن قيمة النقد قد تبدلت في خلال فترة توقيع العقد والتنفيذ وأن الأسعار الراهنة أضحت أعلى من تلك المتفق عليها في تاريخ إبرام العقد. وعليه من المفروض على المؤسسة البائعة في هكذا حالة أن تبذل قصارى جهدها لبيع البترول، الذي رفضت الشركة المشتريّة استلامه، وذلك بأقصى سرعة ممكنة تجنباً من ضخامة الضرر الذي سليح بها^٣.

1 Supreme Judicial Court of Massachusetts. Norfolk May 15, 2008: "in the case of an enforceable liquidated damages provision in a contract,

the issue of mitigation is irrelevant and should not be considered in assessing damages "via: <https://casetext.com/case/nps-llc-v-mini-hane>.

٢ عادل أبو هشيمة، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٠٧.

3 CCI No 2216 EN 1974, consulte via: https://www.trans-lex.org/202216/_/icc-award-no2216-clunet-1975-at-917-et-seq/

من جهةٍ أخرى، ثمة إتجاه ثانٍ لقرارات عدة اعتبرت أن هذا الإلتزام هو إلتزام بوسيلة تقليدي. بمعنى آخر، ليس الهدف من إلتزام الدائن في تخفيف الضرر تقليص حجم الأضرار اللاحقة به ومن ثم إنقاص مقدار التعويض المستحق على المدين، إنما الهدف هو **إتخاذ كافة الإجراءات المعقولة** التي من شأنها أن تحد من حجم الضرر اللاحق به إذا أمكن. ويعتبر الدائن قد إلتزم بالواجب المفروض عليه بمجرد محاولته **تخفيف الضرر ولو لم يتوصل إلى تحقيق النتيجة المرجوة**. فلو كشف المشتري عيباً في الآلة المصنعة التي أرسلها له البائع، فأخبر الأخير بذلك وبأنه سوف يقوم بجلب فنيين لإصلاحها غير أن هؤلاء الفنيين لم يتمكنوا من إصلاح العيب، جاز للمشتري في حال عدم إستعمال حقه بالتنفيذ العيني أن يرجع على البائع ليس فقط بمقدار الخسارة التي لحقت به والكسب الذي فاتته فحسب، بل له الحق في أن يطالب فضلاً عن ذلك بالتكاليف التي تكبدها في جلب الفنيين من أجرة ولوازم تصليح إعمالاً لواجبه في تخفيف الضرر^١.

وفي الإتجاه نفسه، القرار الصادر من CCI في القضية رقم ٧١٧٩ عام ١٩٩٢ م. في هذه القضية قام البائع بإجراءات المحافظة على البضائع التي لم يتسلمها المشتري، نتيجة للقرارات الإدارية التي صدرت عن حكومة دولته، وعلى الرغم من ذلك ادعى المشتري أمام هيئة التحكيم أن البائع لم يقم بالإجراءات الضرورية لتخفيف أضراره دون أن يقيم الدليل على ذلك. وفي قرار الهيئة، رفضت هذه الأخيرة الإدعاء إستناداً إلى أن المشتري لم يقدم ما يثبت به أن البائع خالف إلتزامه بتخفيف أضراره^٢. مما يعني أن عبء الإثبات يقع في هذه الحالة على عاتق المدين المتقاعس عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، أي أن إلتزام البائع هنا "الدائن" إلتزام بوسيلة وليس تحقيق نتيجة لأنه لو كان كذلك لتحقق الإخلال بمجرد واقعة عدم التنفيذ.

وعليه نستنتج مما تقدم، أنه لا يمكن إعتبار إلتزام الدائن بتخفيف الضرر هو إلتزام بتحقيق نتيجة كما لا يمكن إعتباره إلتزاماً بوسيلة تقليدي، بل هو **إلتزام بوسيلة مخفف**. حيث إن المطلوب من الدائن أي الطرف المتضرر هو بذل عناية معقولة فقط لتخفيف الضرر وليس التصرف بفاعلية مؤكدة مضمونة، وهذا

١ ظافر جبارة، عماد سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية اعماله، دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الانكليو امريكي وإتفاقية فينا للبيع الدولية لسنة

١٩٨٠، ص ١٨.

٢ عادل ابو هشيمة، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٠٩.

ما أكدّه بحق الأستاذ Eric Loquin بقوله أن هنالك مبدأً دولياً أنشأ إلزاماً على الدائن بأن يعمل في حدود الوسائل المعقولة لتخفيف ضرره أو وقفه¹.

وعن مفهوم المعقولة الواجب على الدائن التقيد به في إتمامه لإلزامه بتخفيف الضرر، يذهب المحكمون في تحديده إلى اعتماد مبدأ القياس على ما كان سيقوم به عاملون في مجال التجارة الدولية وفي الظروف نفسها من إجراءات لتخفيف الضرر مقارنةً مع ما قام به الدائن بالإلزام. ففي حال كانت النتيجة وجود تطابق في الإجراءات المتخذة لتخفيف الضرر يكون بذلك الدائن قد إلتمز تماماً بتنفيذ مجبه. أما في حال عدم وجود تطابق بالإجراءات المتخذة من قبل كل من الطرفين يعد حينها الدائن لم يلتزم بإتمامه واجب تخفيف الضرر بشكل صحيح، وبالتالي يتم حينها تخفيض التعويض بمقدار الضرر الذي كان يمكن تجنبه.

وعن المقصود في الظروف نفسها، نشير إلى أنه لا بد دائماً من الأخذ بالإعتبار أثناء تقدير مدى الإلتزام بمعيار المعقولة، الظروف الإقتصادية والأداء العام للسوق وذلك بهدف تقدير ما إذا كانت الإجراءات المتخذة لتخفيف الضرر تعد معقولة أم لا، فضلاً عن ضرورة الأخذ بالإعتبار الخصائص العامة للإلتزام الموعود به الدائن بالتنفيذ من قبل المدين. فالوسائل المستخدمة بالنسبة لبضائع قابلة للهلاك والتلف مع مرور الوقت ليست نفسها التي تستخدم لتخفيف الضرر عن سلعة أخرى غير قابلة للتلف إنما معرضة لإنخفاض ثمنها.

وعليه يستنتج مما تقدم أن تحديد أو تقدير معيار المعقولة الواجب على الدائن الإلتزام به في أعماله لواجب تخفيف الضرر، إنما يتطلب النظر في مدى تحقق التطابق بين تصرفات الدائن نفسه وغيره من المحترفين في مجال التجارة الدولية وذلك في ظل الظروف الإقتصادية والتعاقدية نفسها.

الفقرة الثانية: كيفية تطبيق قاعدة إلزام الدائن في تخفيف الضرر

منذ بداية البحث بواجب الدائن في تخفيف الضرر، أشرنا إلى العديد من النصوص التي تبنت هذا الواجب وبيننا مفهومه لدى العديد من الأنظمة القانونية. ومع ذلك إن فهم هذا الإلتزام الذي أضحي قاعدة

¹ Ortscheidt (J.), La Réparation du Dommage dans L'arbitrage Commercial International, Dalloz, 2001, page 128, 129

دولية من قواعد قانون التجارة الدولية إنما يتطلب البحث في نظامه، أي لا بد من تناول تطبيقات هذا الإلتزام وكيفية تنفيذه من قبل الدائن المتضرر. لذلك سنتناول فيما يلي الإجراءات المادية الواجب على الدائن إتخاذها بهدف تحقيق مفاعيل واجب تخفيف الضرر (البند الأول)، بالإضافة إلى الواجب الذي تفرضه الهيئة التحكيمية على الدائن بتنفيذ إلتزامه بتخفيف الضرر خلال مدة معقولة (البند ثاني).

البند الأول: واجب الدائن بإيجاد بديل

في كل مرة يتقاعس فيها أحد أطراف العقد عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو يقوم بتنفيذها بشكل سيء، يترتب تلقائياً على عاتق الطرف الآخر (الدائن بالتنفيذ)، واجب إيجاد حل بديل وتجنب الإلتجاء نحو فسخ أو إلغاء العقد.

إن واجب الدائن بإيجاد بديل بغية تخفيف الأضرار التي قد تنتج عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه أو التنفيذ بشكل سيء، من الممكن أن يطبق من خلال حالتين.

الحالة الأولى: التوجه نحو شخص ثالث لتنفيذ العقد في المكان والظروف نفسها العائدة للطرف المتقاعس.

تعتبر حالة اللجوء إلى شخص ثالث لتنفيذ الإلتزامات العقدية من الوسائل الأساسية التي يتجه نحوها الطرف المتضرر بغية تخفيف الضرر اللاحق به. في هذا المجال يعمد الدائن المتضرر إلى التعاقد مع شخص ثالث بإمكانه تنفيذ الإلتزامات التعاقدية ليعود من ثم عند إتمام التنفيذ إلى مطالبة معاقده الأصلي (الذي تقاعس في تنفيذ إلتزاماته العقدية) بتحمل كافة التكاليف المتكبدة بالإضافة إلى أية خسارة أخرى في الأرباح المتوقعة. مثال على ذلك، حكم غرفة التجارة الدولية رقم ٢٢١٦: وجدت هيئة التحكيم أن عدم إستلام المشتري للبضائع (النفط)، يشكل عدم تنفيذ للعقد وعلى الطرف البائع في هذه الحالة "أن يبذل كل جهد ممكن لديه لتأمين بيع هذا النفط إلى أطرافٍ ثالثة في أسرع وقتٍ ممكن من أجل الحد من مدى الخسارة التي

ستلحق به، بإعتباره نوعاً من البضائع التي يسهل إعادة بيعها بشكل خاص بسبب العديد من الأسواق الدولية^١.

وفي المعنى نفسه، الحكم الصادر عن جمعية المحكمين البحريين رقم ٢٥٦١: "يعتبر مخل بقاعدة تخفيف الضرر مستأجر السفينة الذي لم يتعاقد مع وكيل شحن آخر لتأمين تنفيذ عقد النقل: إن الضرر الناتج عن عدم إيصال البضائع إلى المكان المقصود كان بالإمكان تجنبه فيما لو أن مستأجر السفينة قد قام بشحن البضائع بواسطة سفينة أخرى بديلة عن الأصلية^٢.

وفي مثال آخر، فيما يتعلق بعقود التوزيع، إعتبرت CCI، في القضية رقم ١٢١٩٣ لعام ٢٠٠٤ "أنه من خلال الإستمرار في هلاك المخزون، فشل المدعي في إلتزامه بتقليل الضرر إلى الحد الأدنى". ويشير Eduardo SILVA ROMERO في هذا المجال إلى أن الإلتزام بالحد من الضرر "يعني بالتالي أن يلجأ الموزع إلى وسائل معقولة لإعادة بيع المخزونات المتبقية بعد إنتهاء عقد التوزيع".

تجدر الإشارة إلى أنه، عند صدور هذا القرار، استبعدت هيئة التحكيم تسوية النزاع بإستخدام المبادئ العامة لقانون التجارة، أو القانون الذي تعتبره أكثر ملاءمةً (القانون اللبناني)، الأمر الذي يبدو بمثابة تكريس لهذا الإلتزام بشكل مستقل عن أي إشارة إلى قانون دولة أو إلى المبادئ العامة للتجارة الدولية^٣.

الحالة الثانية: والتي أشار إليها الإجتهد التحكيمي: هي إمكانية إيجاد سوق بديل مع الإبقاء على العلاقة التعاقدية مع الطرف مرتكب الخطأ التعاقدية إنما في ظروف تعاقدية مختلفة.

في قرار صادر عن الCCI رقم ٢٤٧٨ عام ١٩٧٤، عوقب الدائن المتضرر بسبب إخفاقه في التقليل من أضراره وذلك بعد إكتشاف أن الأخير لم يقبل عرضاً لمراجعة السعر التعاقدية الذي اقترحه الطرف الآخر منشئ الضرر، مع الإشارة إلى أن قبول الدائن المتضرر بتنفيذ العقد في ظل ظروف

1 MALAZOUE David, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, Mémoire de Master II Droit des Contrats Internes et Internationaux. Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe SERAGLINI, Université PARIS SUD, 2013/2014, p.18.

(C.C.I., n°2216, 1974; via: https://www.trans-lex.org/202216/_/icc-award-no2216-clunet-1975-at-917-et-seq/).

2 MALAZOUE David, ibid, p.18.

3. MALAZOUE David, op.cit., p.18.

مختلفة لا يمنع حقه في طلب تعويض عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذه على النحو المنصوص عليه في البداية.

البند الثاني: إتخاذ الإجراءات اللازمة خلال مدة معقولة

إن قرارات هيئات التحكيم لم تقتصر على إجبار الدائن المتضرر على إتخاذ الإجراءات اللازمة لتخفيف ضرره، بل ألزمته كذلك في كيفية تنفيذه لهذه الإجراءات، أي أن تتم "في أسرع وقت ممكن". حيث إنه من جهة، عندما يلاحظ الدائن المتضرر عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، وبالتالي نشوء الضرر الذي لحق به، يبدأ بالنسبة له "سباق مع الزمن": كلما مرّ الوقت، زاد تفاقم الضرر، ويمكن تفسير ذلك بأبسط فرضية، مثل تلف البضائع وخسارتها أو إنخفاض قيمة المواد.

وحيث إنه، نادراً ما يكون الدائن المتضرر هو وحده الذي تأثر بمخالفة الإلتزامات العقدية، إذ من المحتمل في كثير من الأحيان أن يكون هذا الأخير مرتبطاً بأشخاص آخرين، سواء كانوا محترفين أم لا. الأمر الذي من شأنه أن يجعله في موضع مسؤولية تجاه المتعاقدين معه ما قد يتسبب له بالمزيد من التكاليف بما في ذلك تكاليف التأمين مثلاً. ولهذا السبب بدا من الضروري للغاية إجبار الدائن المتضرر على التصرف على وجه السرعة، حيث يعتبر مطالباً بالحد من الضرر في أقرب وقت ممكن.

نشير إلى أنه لم يستدل من مضمون المادة ٧٧ من إتفاقية فيينا للبيع الدولي على وقتٍ محدد يمكن للدائن المتضرر أن يتخذ خلاله إجراءات تخفيف الضرر، إلا أن الأحكام القضائية قد أوجدت معياراً يفرض على الدائن التقيد به إذا ما أراد أن يطالب بالتعويض وهو ضرورة أن يتم إتخاذ الإجراءات اللازمة في خلال مدة معقولة وملائمة للظروف، كقيام البائع بإعادة بيع البضائع إلى طرف ثالث بعد شهرين من رفضها، وهو ما يعد تصرفاً معقولاً وخلال مدة معقولة في سياق صناعة الأزياء.

وفي حكم آخر وجدت المحكمة بأنه لا يوجد تقصير من المشتري إذا قام بشراء بضائع بديلة بعد أسبوعين من إعلان البائع أنه لن ينفذ إلتزاماته^١.

١ رعد حسين، نبيل شعبيث، تدخل الدائن في تخفيف الضرر، بحث مشترك، ص ١٨

وعليه يستفاد مما تقدم أن معيار المدة المعقولة إنما يختلف من علاقة تعاقدية إلى أخرى وهي تقدر دائماً بقرار استتسابي للمحكمة ووفقاً لما هو معمول به دولياً في مجال الإلتزام موضوع العقد.

خلاصة الفصل الأول

تناولنا في الفصل الأول المفهوم القانوني للضرر وخصوصيته في قانون التحكيم. من خلال هذا الفصل بحثنا في ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود التجارة الدولية، فضلاً عن دور الدائن في تخفيف هذا الضرر.

بالنسبة للضرر في عقود التجارة الدولية، بيّنا خصائص الضرر القابل للتعويض في أن يكون "قد وقع فعلاً" وأن يكون "متوقعاً". كذلك تطرقنا لمبدأ التعويض الكامل عن الضرر من جهة مصادره، حيث لم تتبناه الأنظمة الوطنية فحسب بل أقرته كذلك العديد من الإتفاقيات الدولية إلى جانب مبادئ الـ UNIDROIT وكذلك المبادئ الأوروبية لقانون العقود. بالإضافة إلى نطاق الإلتزام بهذا المبدأ من جهة أخرى، أي هل نحن أمام تعويض كامل أم تعويض جزئي؟ وخلصنا إلى أنه على الرغم من أن المحكمين في تقديرهم للتعويض إنما يطبقون مبدأ التعويض الكامل الذي أضحي بمثابة قاعدة دولية من قواعد النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه يبقى من واجب الهيئة التحكيمية وفي ظل إقرارها للتعويض أن تأخذ بالإعتبار ضرورة عدم إثراء الفريق المتضرر بسبب الأضرار الناجمة عن عدم الأداء.

إضافة لما تقدم، كان لا بد من التساؤل عن دور الدائن المتضرر في مسألة التعويض عن الضرر وذلك من خلال البحث بقاعدة "إلتزام الدائن في تخفيف الضرر" لجهة مصدر هذه القاعدة وأساسها القانوني المرتكز على مبدأ حسن النية في التعاملات العقدية. بالإضافة إلى بيان كيفية تطبيق هذه القاعدة من خلال إتجاه الدائن نحو "إيجاد بدائل" و"إتخاذ الإجراءات اللاحقة في خلال مدة معقولة".

وإذا كانت مسألة البحث في ماهية عقود التجارة الدولية وطبيعة ما ينتج عنها من منازعات تعاقدية وبالتالي أضرار تثير العديد من التساؤلات المشار إليها آنفاً وتطرح إشكاليات متعددة. فماذا بالنسبة للعقود الدولية التي تلعب الدولة والمؤسسات العامة التابعة لها دوراً أساسياً فيها "عقود الإستثمار الأجنبي"؟ هل إن المنازعات التي تطل هذا النوع من العقود وما ينتج عنها من أضرار هي نفسها التي تعترض تنفيذ عقود التجارة الدولية؟ وهل نحن أمام التعويض عينه؟ وما طبيعة النظم العابرة للدول الخاصة بالتعويض عن الضرر في التحكيم الدولي؟ هذه التساؤلات وسواها ستتم الإجابة عليها في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفصل الثاني: التعويض عن الضرر في العقود الإستثمارية الأجنبية في ظل النظم العابرة للدول.

إن الحديث عن الإستثمار، في ظل ما يسمى اليوم بعصر العولمة والانفتاح، يتطلب بالضرورة فهم معانيه وأبعاده بشكل واضح. حيث إنه من الثابت أن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الإقتصادية للدول في العصر الحالي ولا سيما الدول النامية منها، تطلعها إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها الإقتصادية، سواء كان في صورة إستثمارات أجنبية عامة أم خاصة.

وانطلاقاً مما للتحكيم الدولي من فعالية في مجال معالجة المنازعات التجارية والإستثمارية، حيث يعتبر في ظل ما نشهده اليوم من نمو هائل في أعمال التجارة الدولية آليةً مستخدمة بشكل متكرر لتسوية النزاعات التعاقدية بين الأطراف التي تختار التحكيم بدلاً من المحاكم العادية، الأمر الملاحظ من خلال العدد المتزايد "لشروط اللجوء إلى التحكيم" في مضمون العقود الدولية. من السهل جداً أن نلاحظ التنوع والتعدد في مصادر القواعد القانونية التي تستند إليها الهيئات التحكيمية في الإجتهاادات الصادرة عنها. فإما أن نكون أمام قاعدة قانونية وطنية ارتقت لمستوى قاعدة عابرة للحدود الوطنية تلائم أحكامها مضمون النزاع الحاصل أو أن نكون أمام تطبيق لإحدى نصوص المعاهدات الدولية^١ أو الإتفاقيات الثنائية الإستثمارية في كل مرة يكون النزاع ناشئاً عن تنفيذ عقد إستثمار أجنبي. وبالتالي نحن أمام نظم عامة وأخرى خاصة ارتقت في مستواها لتصبح ذات طابع عالمي، عابرة للحدود الوطنية.

ولعل ما يبرر هذا التنوع، هو ما يتمتع به التحكيم من ميزة تعطي الحق للأطراف بالتحديد المسبق للقانون الذي سيطبق على النزاع، وهو ما يشار إليه غالباً في مضمون العقود الناشئة فيما بينهم بالبند الذي يحدد القانون الموضوعي الواجب التطبيق على مجريات النزاع.

إنطلاقاً مما تقدم سنعمد فيما يلي إلى بيان "ماهية الضرر وطبيعته القانونية في العقود الإستثمارية" (المطلب الأول) لنتناول من ثم "النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي" والتي بنتيجة تعددها أصبحت عملية التعويض عن الأضرار أكثر عدالة وإنصافاً وبمثابة ضمانة

١ معاهدة فيينا لعقود البيع الدولية ١٩٨٠م، اتفاقية لاهاي، الصادرة في الأول من يوليو ١٩٦٤ والتي جاءت بقانون موحد خاص بالمنقولات.

لحقوق العاملين في مجال التجارة الدولية. فما هي هذه النظم العابرة للحدود الوطنية؟ ما السبب وراء سعي فقهاء العالم التجاري الدولي إلى تكوينها وقوننتها بما يعرف اليوم "بالقانون التجاري الدولي"؟ وما الهدف منها؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في العقود الإستثمارية

يلعب الإستثمار الأجنبي دوراً أساسياً في عملية تنمية الدول المضيفة له. فهو يمكنها من إستغلال مواردها الطبيعية، كما يسهم في تنمية بنيتها التحتية كالإتصالات والطرق والمطارات، وكذلك تدريب الأيدي العاملة المحلية، وتنمية وتطوير مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والوصول إلى السوق الأجنبية^١.

ولما كانت الإستثمارات الأجنبية العامة التي تحصل عليها الدول النامية تحكمها في الغالب إعتبارات سياسية، اتجهت الدول النامية بغية إنجاز عملية الإنماء الإقتصادي إلى جذب الإستثمارات الأجنبية الخاصة^٢.

وللتوسع أكثر في مفهوم هذه العقود الإستثمارية وتناول ما قد ينشأ عنها من نزاعات وأضرار من الواجب إيجاد التعويض الملائم لها، سنتناول فيما يلي طبيعة المنازعات في العقود الإستثمارية (النبذة الأولى)، ومن ثم التعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية (النبذة الثانية).

النبذة الأولى: طبيعة المنازعات في العقود الإستثمارية

إن عقود الإستثمار هي تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو إعتباري، حيث يلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاه بنقل قيم إقتصادية إلى الدولة المضيفة لإستغلالها في مشروعات على أرضها. وإذا كانت عقود الإستثمار الدولية تثير منازعات تتسم

١ فاضل حاضري، التحكيم بين الاستبعاد و القبول في عقود الاستثمارات الأجنبية، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٤، العدد الواحد والعشرون، ص ٢٦٣.

2 بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ٧.

بالتعقيد نظراً لدوليتها، فإن عقود الإستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب المتعاقدين معها تثير بدورها منازعات أكثر تعقيداً من الأولى، نظراً لوجود الدولة كطرف أساسي في مثل هذه العلاقة التعاقدية^١.

انطلاقاً مما تقدم، سنعمد فيما يلي إلى التعريف بالعقود الإستثمارية (الفقرة الأولى) لنتطرق من ثم إلى ما قد ينشأ عنها من نزاعات بين أطرافها أثناء مراحل تنفيذها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف العقود الإستثمارية

يعد الإستثمار الأجنبي عملية مركبة من عناصر إقتصادية وأخرى قانونية، لذلك هو محل إهتمام من فقهاء الإقتصاد والقانون على حد سواء. وردت تعريفات عدة للإستثمار الأجنبي على الصعيدين الإقتصادي من جهة والقانوني من جهة أخرى. ومما عرف به الإستثمار الأجنبي وفقاً للمفهوم الإقتصادي، "أنه العملية الناشئة عن تدخل إيجابي لأحد الأفراد بهدف إيجاد تجهيزات دائمة تؤمن خدمات عاجلة"^٢. يقصد كذلك بالإستثمار الأجنبي، إنتقال لرؤوس الأموال بين البلدان بقصد توظيفها في عمليات إقتصادية مختلفة ك شراء أوراق مالية، أو أموال منقولة تدر ربحاً، أو إمتلاك عقارات تعطي ريعان، أو بقصد توظيفها في عمليات ائتمانية. يعد الإستثمار الأجنبي إضافة جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الفترات التالية.^٣

ينقسم الإستثمار الأجنبي من الناحية الإقتصادية إلى إستثمار منتج أو غير منتج وذلك تبعاً لمجموع الخدمات والسلع المنتجة خلال مدة من الزمن، أي فيما إذا كانت أعلى أو أدنى من الكلفة المباشرة. وتعتبر من أهم التقسيمات التي شغلت بال الإقتصاديين والقانونيين، تقسيم الإستثمار إلى مباشر وغير مباشر. فالمهم من إبرام عقد الإستثمار الأجنبي ليس مدته أو الشخص القائم به، بل ما يمكن أن ينتج عنه من ضمان لإدارة وتوجيه المستثمر للمشروع الإستثماري.

١ وائل طيارة ، تعليق للدكتور وائل طيارة على حكم صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى في واشنطن،مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٥،

العدد الخامس والعشرون، ص ٦٥٥.

٢ صفوت عبدالحفيظ، دور الاستثمار في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٨.

3 هناء السامرائي، الاستثمار الأجنبي المباشر و التجارة الدولية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ١٣.

وفي تعريف الإستثمار الأجنبي المباشر"هو تملك المستثمر الأجنبي كل أو جزء من الإستثمارات في المشروع المعين، وقيامه بالمشاركة في إدارة المشروع، في حالة الإستثمار المشترك، فضلاً عن سيطرته الكاملة على الإدارة والتنظيم في حالة ملكيته المطلقة لمشروع الإستثمار".

إن جميع التعريفات الآنفة الذكر تدور حول مفهوم معين لعقود الإستثمار الأجنبي المباشر، ألا وهو ضمان سيطرة المستثمر الأجنبي على إدارة وتوجيه المشروع الإستثماري في صورة منفردة أو في صورة مشروع مشترك مع الدولة المضيفة أو مواطنيها.

أما بالنسبة للإستثمار الأجنبي غير المباشر، يقتصر فيه دور المستثمر الأجنبي على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة في الدولة المضيفة لتقوم هي بهذا الإستثمار دون أن تكون له أي سيطرة أو رقابة على المشروع، وهو يأخذ في الغالب صورة قروض تقدمها الهيئات الخاصة والأفراد أو صورة شراء أسهم أو السندات الدولية طويلة الأجل.

وعليه، إن المعيار الذي نستطيع بموجبه أن نميِّز بين عقود الإستثمار المباشر وغير المباشر هو السيطرة والتحكم في الإستثمار، فالأول يتميز بإمكانية قيام المستثمر الأجنبي بالرقابة والسيطرة وإمتلاك أصول حقيقية، في حين أن الثاني لا يترتب عليه أي نوع من أنواع السيطرة أو الرقابة، فهو ليس إلا ظاهرة مالية، وتحويل لملكية الموارد من يد إلى أخرى^١.

أما على صعيد المفهوم القانوني، عرّف الإستثمار الأجنبي على أنه: "إنتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بقيمةٍ تحقق ربحاً للمستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة"^٢.

ولما كان الإستثمار الأجنبي يمثل في حقيقته إنقلاًلاً لرأس المال والخبرة الفنية والتكنولوجيا عبر الحدود، أبرمت إتفاقيات عديدة لضمان الإستثمار ولتسوية المنازعات الناجمة عنه، وقد تضمن البعض من تلك الإتفاقيات تعريفاً مباشراً للإستثمار. حيث عرفت المادة ٦ من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الصادرة عام ١٩٥٠ الإستثمار بأنه "إستخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات

١ رشا محمد، بحث عن دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، جامعة أهل البيت، العراق.

٢ رسالة معدة عن " عقود الاستثمار الأجنبي"، المؤلف غير معروف، متوفرة على: <https://www.mobt3ath.com/uplode/book/book-26812.pdf>

التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي، أو تحويله إليها لذلك الغرض، وفقاً لأحكام هذه الإتفاقية^١.

في لبنان، لعب الإطار القانوني والسياسات المشجعة على الإستثمار دوراً مهماً في الحفاظ على ثقة المستثمر الأجنبي في الإقتصاد المحلي. وقد كان للموارد البشرية المتخصصة والمتعددة اللغات ذات الكلفة التنافسية بالإضافة إلى السياسات الليبرالية في البلاد دورها الأساسي في تثبيت لبنان على خارطة الإستثمار وضمن إهتمامات المستثمرين الذين يتطلعون إلى تقديم خدماتهم للأسواق المحلية والإقليمية.

على صعيد أطراف العلاقة التعاقدية في العقود الإستثمارية، لا يشترط في المتعاقد مع الدولة المضيفة أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص، إذ قد يكون الطرف الأجنبي شخصاً خاصاً وشخصاً عاماً أيضاً، بإعتبار أن هناك الكثير من عقود الإستثمار وخصوصاً الإستثمارات الكبيرة تقوم بها الدولة، وأمثلة ذلك نجدها في عقود البترول التي تشكل جانباً مهماً من الإستثمارات المباشرة.

وعلى الرغم من أن الدولة المضيفة للإستثمار هي مجرد طرف متعاقد مع المستثمر الأجنبي، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي نظراً للمزايا السيادية التي تتمتع بها. فالعلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وإن ظهرت حسنة في بدايتها ومن شأنها أن تعود بالربح والمنفعة على كل من الطرفين، إلا أنها سرعان ما تتبدل نتيجةً لتعارض المصالح بين الطرفين. ومما لا شك فيه أن منازعات عقود الإستثمار تتمتع بخصوصية ناجمة عن كون هذه العقود تبرم بين طرف عام ممثل بالدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وطرف خاص أجنبي، وهو ما سنقوم بتناوله فيما يلي تباعاً في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية: المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الإستثمارية

تنشأ منازعات الإستثمار الأجنبي لأسباب مختلفة. حيث إنه إذا كان مشروع المستثمر ناجحاً ويحقق منافع إقتصادية للدولة المضيفة، فلا داعٍ من أن تقوم الدولة بوضع العراقيل أمام المستثمر أو التدخل في

١ الجامعة اللبنانية، مركز الأبحاث و الدراسات في المعلوماتية القانونية: <http://www.legiliban.ul.edu.lb/>

استثماراته، بل إنها تحاول الحفاظ على جميع مكاسب المشروع. على الرغم من ذلك، قد تنشأ المنازعات إذا تغيرت النتائج والتوقعات المرجوة من الإستثمار الأجنبي.

في الماضي، نشأت العديد من النزاعات بين طرفي العقود الإستثمارية بسبب التدخلات المادية للحكومات في أصول المستثمر. ولذلك كفل القانون في الوقت الحالي أنواعاً جديدة من الحقوق، حيث اتسع نطاق الحقوق الإقتصادية للمستثمرين التي أصبحت حقوقاً فعلية لتشمل أنواعاً مختلفة من الحقوق غير الملموسة والملكيات مثل حقوق الملكية الفكرية وما يتعلق بها^١.

وعلى الرغم من ذلك، بقيت الدولة المضيفة لهذه الإستثمارات تتجه نحو التدخل في تلك الحقوق الممنوحة للمستثمر الأجنبي الأمر الذي نشأ عنه المزيد من المنازعات على صعيد تنفيذ العقود الإستثمارية.

ومن الأسباب التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح بين كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بشكلٍ يؤدي إلى إنعدام التوافق بينهما، هو ظهور العديد من التغيرات على الصعيد الإقتصادي أو السياسي أو الإجتماعي، تؤدي بدورها إلى بروز تدخلاتٍ إدارية من جانب الدولة المضيفة في الإستثمارات الأجنبية يتبعها حتماً نشوء العديد من المنازعات. كما قد ترجع المنازعات إلى ما يكشف عنه في بعض العقود من عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات، إذ قد يتضح في النهاية عدم عدالتها^٢.

وقد ترجع أسباب المنازعات كذلك لفشل التوقعات الخاصة بالمشاريع المشتركة، فقد لا يستطيع الأطراف التعاون بسبب وجود ضغوط خارجية أو إختلاف التوقعات بشأن نتائج المشروع الذي سيتم تنفيذه.

النبذة الثانية: التعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية

انطلاقاً من أن التحكيم يعد الوسيلة الفضلى لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية والتعويض عن ما ينتج عنها من أضرار، وليبيان كيفية التعويض عن الأضرار الناشئة عن العقود الإستثمارية، سنتناول

١ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص ٩.

٢ فاضل حاضري، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

فيما يلي دور التحكيم كوسيلة للتعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية في (الفقرة الأولى)، وكيفية تقدير التعويض عن الأضرار الناشئة عن العقود الإستثمارية في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التحكيم كوسيلة للتعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية

أمام تطور دور الدولة في مجال التنمية وإبرامها العديد من العقود مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة الأجنبية، ظهرت في السنوات الأخيرة أهمية الدور الذي يؤديه التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها حيث أضحت الوسيلة المفضلة لتسوية منازعات العقود الدولية ومنها العقود الإستثمارية، فهو يشكل ضماناً للمستثمرين الأجانب ومصدر أمان وعدالة دولية لهم. وحيث إنه على الرغم من الأهمية التي يتمتع بها التحكيم في هذا المجال، إلا أنه ثمة رأي معارض لوجود شرط التحكيم في عقود الإستثمار الأجنبية تتركز حججه في فكرة أساسية ألا وهي "سيادة الدولة".

لذلك سنعمد فيما يلي إلى بيان الرأي المؤيد لشرط التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، وهو الرأي الراجح و المستقر عليه العمل دولياً (البند الأول)، لنتناول من ثم حجج الرأي المعارض لوجود شرط التحكيم في عقود الإستثمار الأجنبية (البند الثاني).

البند الأول: الرأي المؤيد لشرط التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي

يتبلور الرأي المؤيد للتحكيم أساساً في القول بأن نظام التحكيم أكثر ملاءمةً من القضاء في تسوية الخلافات بين الدول والشركات، وذلك نظراً إلى ضرورة ومقتضيات التجارة الدولية وظروف هذا النوع من النشاط الإقتصادي، إلى درجة أن البعض يعتبره أمراً حتمياً بشأن هذه الطائفة من العقود وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال^١.

ترجع أسباب لجوء الأطراف في عقود الإستثمار الأجنبي إلى التحكيم في حسم منازعتهم إلى ما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب وطبيعة منازعات عقود الإستثمار، من السرعة في الإجراءات وحرية

١ عكاشة عبدالعال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر افاق و ضمانات الاستثمارات العربية- الأوروبية في بيروت من ١٣ إلى ١٥ شباط ٢٠٠١،

منشور في مجلة الدراسات القانونية صادرة عن كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد السادس، كانون الثاني ٢٠٠١، ص 155.

الأطراف في إختيار المحكمين وتشكيل الهيئة التحكيمية على النحو المناسب لهم ولموضوع النزاع، وإمكانية الأطراف كذلك بالمطالبة بإجراء التحكيم في بلد ثالث محايد وإجرائه بلغة مألوفة لدى الجميع. فضلاً عن أن التحكيم قضاء متخصص يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الإستثمار التي تتطلب معارف إقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الإستثمار الأجنبي.

بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه، تعتبر من مبررات لجوء الأطراف في عقود الإستثمار الأجنبي إلى التحكيم في المنازعات الناشئة فيما بينهم، وجود مخاوف لدى بعض المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للإستثمار. حيث إنه في مقارنة لقضاء الدولة المضيفة للإستثمار مع التحكيم، يشكل هذا الأخير ضماناً للعدالة في فض المنازعات الإستثمارية من جهة (أولاً)، وضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمار من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً: التحكيم كضمانة للعدالة في فض المنازعات الإستثمارية

يتمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم نظراً لخصوصية عقود الإستثمار من حيث الأطراف. فعلى الرغم من أن الدولة المضيفة للإستثمار مجرد طرف متعاقد مع المستثمر الأجنبي، إلا أنها تعتبر كذلك طرفاً غير عادياً نظراً للمزايا السيادية التي تتمتع بها. حيث إنه يمكن للدولة المضيفة للإستثمار، فضلاً عن قدرتها على الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد، أن تؤثر كذلك على الحياد الذي يجب أن يتوفر لدى السلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حال نشأته.

وباعتبار أن عقود الإستثمار الأجنبي تبرم بين طرفين غير متكافئين نسبياً، الدولة ذات السيادة من جهة والمستثمر الأجنبي الخاص من جهة أخرى، فإن القضاء الوطني للدولة الطرف قد لا يقابل بالرضى التام من جانب المستثمر الأجنبي، نظراً لما قد يواجهه من صعوبات في اللجوء إليه ولعدم ضمان الحياد بشكل كامل فيما يتعلق بإجراءات فض النزاع.

نتيجة لذلك يحرص المستثمر الأجنبي إلى التمسك دوماً بشرط التحكيم في العقود المبرمة بينه وبين الدول المضيفة، حيث يشكل السماح له باللجوء إلى التحكيم تأكيداً على الحياد القضائي والإستقلال في

معالجة النزاعات، وضمانةً بالإستماع إلى مطالبه أمام محكمةٍ مستقلةٍ ومؤهلةٍ. ويمكن تعزيز هذا الإستقلال عن طريق تحديد موقع مقر التحكيم وجلسات الإستماع للأطراف خارج البلد المضيف^١.

يحرص المستثمر الأجنبي كذلك على إدراج شرط التحكيم في عقود الإستثمار لعدم ثقته بنزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، فالطرف الأجنبي قد يتعرض لقرارات مفاجئة أو تعسفية يمكن أن تصدرها الدولة بما لها من سيادة لتحقيق إعتبارات سياسية أو إقتصادية. فيكون بذلك شرط التحكيم الوسيلة التي من خلالها يضمن المستثمر الأجنبي إلغاء تسييس النزاع وتأمين العدالة والحياد.

ولعل في عقد disney world الموقع بين شركة أمريكية وفرنسا أفضل مثال على ذلك، فلقد اشترط المستثمر الأمريكي حتى يتمكن من الموافقة على المشروع الإستثماري أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الإستثمار إلى التحكيم. إلا أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي لدى مجلس شورى الدولة الفرنسي في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية، وعلى عكس محكمة التمييز، هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، نزولاً في ذلك إلى ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية. وفي وقتٍ كانت قيمة العقد مليارات الدولارات، ترددت فرنسا بالتوقيع فكيف تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي أودع القوانين الإدارية لفرنسا والعالم؟ وتأخر توقيع العقد حينها إلى أن أصبح المشروع برمته متوقفاً على إيراد الشرط التحكيمي بالعقد. وفي النهاية قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي^٢.

ثانياً: التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمار

مما لا شك فيه أن للتحكيم في فض المنازعات المتعلقة بالإستثمار آثاراً إيجابية على الحياة الإقتصادية، حيث يعمل على تحفيز المستثمرين على التعامل بأموالٍ ضخمة وعدم الخوف من ضياع حقوقهم. ويستوي في ذلك الإستثمار المباشر وغير المباشر.

1 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration,

UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2010, page 42.

٢ بشار الأسعد، المرجع السابق، ص ٢٣، منقول عن الدكتور عبد الحميد الأحذب: آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم الى مؤتمر آفاق و

ضمانات الاستثمارات العربية- الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي -الأوروبي في بيروت في شباط ٢٠٠١.

فيما يتعلق بمجالات التجارة، من الثابت أنه لكي يتحقق الجذب الأكبر للإستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين إستثمارات الطرف الأجنبي الخاص. فكما يقال رأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأننته^١.

وعليه إن تشجيع الإستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق من نفسه. من هنا كان اللجوء إلى التحكيم وإدراجه كشرط أساسي لقيام العقد الإستثماري، أحد أهم وسائل إجتذاب الإستثمار الأجنبي نظراً لما يؤمنه من ضمانات ضد المخاطر غير التجارية تمكن من كسب ثقة التجار والتجارة الدولية والإستثمارات. فالمستثمر اليوم وفي ظل ما نشهده من منافسة واسعة على ساحة التجارة الدولية، يندفع نحو الإستثمار في البلدان النامية من خلال توظيف مبالغ مالية طائلة هادفاً في ذلك إلى تحقيق من جهة عائدات مالية تعود عليه بالربح الوفير، ومن جهة أخرى إقامة علاقات مع هذه البلدان المضيفة من شأنها أن تعود عليه بالمنفعة في المستقبل البعيد. فإقامة المشروعات الإستثمارية ليس مسألة سنة أو سنتين إنما هو مسار طويل قد يستمر إلى فترة طويلة من الزمن كي يصل بها المستثمر إلى درجة تحصيل مركز سلطة في البلد المستثمر به.

أمام جميع هذه المنافع التي يسعى المستثمر الأجنبي إلى تحصيلها في كل مرة يتجه نحو توظيف رؤوس أموال ضخمة في البلدان النامية، لا بد من أن يشكل "كيفية المحافظة على هذه الأموال" التحدي الأول لدى المستثمر، وهو الأمر الذي تمكن من اجتيازه نوعاً ما من خلال إصراره على شرط التحكيم.

بالتالي، أصبح إدراج شرط التحكيم هو التحدي الذي تواجهه العقود الإستثمارية الدولية في أن تكون أو لا تكون". فالشركات الكبرى العائدة للبلدان الصناعية، والتي هي وحدها القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية العلمية لبلدان العالم النامي، سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الإستثمارات في كل مرة يكون ثمة إستحالة باللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات.

من هنا وأمام ما للإستثمارات الأجنبية من منفعة إقتصادية وعلمية من شأنها النهوض بالبلدان المضيفة، لا سيما النامية منها، أقرت العديد من الدول التحكيم كوسيلة لفض منازعات الإستثمار. وأصبح

١ فاضل حاضري، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

بذلك التحكيم مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب وأحد أهم وسائل إجتذاب الإستثمار الأجنبي وتدفقات رؤوس الأموال.

وعليه إن للإستثمار الأجنبي مكانة كبيرة ومهمة في تطوير المجتمعات وتحسين إقتصاد الدول خاصة النامية، فهو يتعلق بالخطط التنموية للدولة المضيفة، ولهذا تلجأ العديد من الدول إلى تحسين إقتصادها وتطوير بنيتها التحتية عن طريق الإستثمارات الأجنبية. ولكن في مقابل ذلك يحتاج المستثمر الأجنبي حمايةً لحقوقه وتسهيلاً لعمله إلى ضماناتٍ متعددة سواء كانت ضماناتٍ قانونية أو إقتصادية، خصوصاً مع حالة عدم وجود التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العلاقة. فالطرف الأول دولة ذات سيادة أما الطرف الثاني فهو مستثمر أجنبي لا يتمتع بأي قدر من السيادة، وهذا ما يجعل تحديد كيفية التعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية مسألة في غاية الأهمية في ظل الإختلافات الجوهرية في أهداف ومصالح كل طرف من طرفي عقد الإستثمار. فالدولة المضيفة للإستثمار لها أهداف عامة تتمثل في تطبيق خطط تنموية وتحقيق نمو إقتصادي مع تمسكها بحقها في السيادة على إقليمها، أما المستثمر الأجنبي فهدفه شخصي وهو تحقيق الربح.

البند الثاني: الرأي المعارض لوجود شرط التحكيم في عقود الإستثمار الأجنبية

أثبت الواقع العملي أن المشاكل التي يواجهها التحكيم الدولي، لا سيما الذي تكون الدولة أحد أطرافه، تتمثل بتمسك الدولة بحصانيتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة الحكم التحكيمي الصادر في حقها، بالإضافة إلى ما قد تلجأ إليه الدولة من مناوراتٍ مريكة أو معطلة للإجراءات التحكيمية. ولعل ذلك يرجع إلى حقيقة أن الدولة لديها مفهوم مختلف تماماً للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات، حيث يقول الأستاذ *"Hazel"* في مقال له تحت عنوان *"States and the Undertaking to Arbitrate"*: "إن توقعات الدول وآمالها تختلف بشكلٍ كبير عن أهداف الأطراف الخاصة التي تلجأ إلى التحكيم التجاري. وفي هذا المجال، نشير إلى أنه على العكس من موقف الطرف الخاص الذي يختار مرونة التحكيم كمهرب من المتطلبات المتشددة للتقاضي، إن الدولة تنظر إلى التحكيم على أنه يعني فقدان حريتها وتقبل قيود هي متحررة منها في غالبية المواقف الأخرى".¹

1 FOX Hazel, States and the Undertaking to Arbitrate, *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 37, No. 1 (Jan., 1988), p.4.

تبعاً لذلك يرى الرأي المعارض لشرط التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي أنه من المشاكل التي قد تطال عملية تحكيم دولي أحد أطرافه الدولة، ومن شأنها أن تعرقل المسار الطبيعي للإجراءات التحكيمية، هي من جهة مدى أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم؟ (أولاً)، وتمسك الدولة بحصانتها من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً: مدى أهلية الدولة باللجوء إلى التحكيم

لما كان التحكيم لا يتم إلا إختيارياً، فإن مسألة مدى أهلية الدولة على اللجوء إلى التحكيم لا تثار إلا في حالة الإتفاق المسبق بين أطراف عقد الإستثمار الأجنبي الذي تمثل الدولة أو أحد الهيئات أو المؤسسات التابعة لها أحد أطرافه. حيث تسعى هذه الجهات إلى التخلص من الخضوع لشرط التحكيم متذرةً بعدم أهليتها، مستندةً في ذلك إما إلى أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في نوع معين من العقود، أو إلى أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الإتفاق على التحكيم أصبح لا يحيز لجوء الدولة إلى التحكيم.

- فيما يتعلق بتمسك الدولة الطرف بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم إبرام الإتفاق على التحكيم أثناء سريانه يحظر على الدولة أو هيئتها العامة اللجوء إلى التحكيم:

أثبت العمل الدولي في العديد من الحالات لجوء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بحجة عدم جواز إتفاقها على التحكيم وفقاً لقوانينها الداخلية، وهو ما اضطرت أحكام المحاكم وكذلك هيئات التحكيم على رفضه. فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية Calakis إلى أن محكمة إستئناف باريس كان عليها فقط الفصل في مسألة ما إذا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب أن تطبق أيضاً على العقد الدولي المبرم من أجل إحتياجات التجارة ووفقاً للشروط التي تتطلبها عادات التجارة البحرية. الأمر الذي أجابت عليه المحكمة العليا بالنفي، إذ أكدت بأن الحظر المذكور لا يعمل به في إطار العقود الدولية^١.

١ بشار الأسعد، المرجع السابق، ص ٥٠.

انطلاقاً مما تقدم، تكون الدولة الفرنسية قد وافقت على الإلتزام بكافة الآثار المترتبة على شرط التحكيم الذي قبلته دون أن تتذرع بالحظر القائم في القانون المرافعات الفرنسي والذي يمنع الدولة والوحدات العامة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها في إطار العلاقات الدولية.

وفي هذا المجال اتجه القضاء الفرنسي إلى تعميم المبدأ الذي اتبعه على النصوص الأجنبية التي تتبنى هذا الحظر، ألا وهو "أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية". وقد أضحى هذا المبدأ قاعدة من قواعد النظام العام الدولي.

ففي قرار صادر عن محكمة إستئناف باريس في ١٣ يونيو ١٩٩٦، والمتعلق بالمنازعة بين كل من الشركة الإيطالية Icori Estero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار، وبعد أن تمسكت الشركة الكويتية بصفتها ممثلة للدولة الكويتية أن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي، والذي يقضي بصحة شروط التحكيم الواردة في العقود التجارية المبرمة من قبل الدولة من أجل معاملات دولية، لا يعمل به في العقد المبرم بينها وبين الشركة الإيطالية نظراً لأن القانون الجزائري الذي اختاره الأطراف ليحكم عقدهم يحظر في المادة ٤٤٢ منه على الأشخاص الاعتبارية قبول التحكيم وهو ما يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة، جاء في قرار المحكمة المذكورة: "أياً كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام إتفاق التحكيم، فإن هذا الحظر يبقى قاصراً على العقود التي تتم وفقاً للنظام الداخلي، وليس تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي، فوفقاً لهذا الأخير يتمتع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني أو من قانون العقد للتخلص فيما بعد من إتفاق التحكيم. فما دام هذا الإتفاق قد ورد في إطار عقد دولي وتم إبرامه وفقاً للحاجات والشروط التي تتفق مع عادات التجارة الدولية والنظام العام الدولي فهو إتفاق صحيح وله الفعالية الكاملة".^١

ولا بد من الإشارة في هذا المجال إلى أن عدم سريان الحظر الوارد في الأنظمة القانونية الداخلية في إطار العقود الدولية إنما يشمل الطرفين، بمعنى أنه لا فرق فيما إذا كان من يتمسك بالحظر هو الدولة أو أحد أجهزتها أو الطرف المتعاقد معها.^٢

1 Cour d'appel de Paris, 13/6/1996, Rev. Arb, 1997, p.251, note E. Gaillard

2 Cour d'appel de Paris, 1٧/١٢/199١, Rev. Arb, 199٣, p.2٨1, note Herve Synvet

- أما بالنسبة لتمسك الدولة الطرف بأن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الإتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لها اللجوء إلى التحكيم:

في هذا المجال نعرض مثال على ذلك قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، والتي تتلخص وقائعها بأنه بعد قيام الثورة الإسلامية في إيران أصدر المجلس الثوري قانوناً في ٨ يناير ١٩٨٠ تم بموجبه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي تعتبرها اللجنة غير متماشية مع القانون الإيراني. وإعمالاً لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم بين شركة Elf Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترول عام ١٩٦٦. وهو ما دفع الشركة الفرنسية إلى الإلتجاء إلى التحكيم إعمالاً للشرط الوارد في العقد المبرم بينها وبين الشركة الإيرانية، إلا أن الأخيرة تمسكت بعدم إختصاص المحكم إعمالاً للقانون الإيراني الذي صدر بعد توقيع العقد.

ومن جهته المحكم المنفرد Bernhard Gonard إنتهى إلى الإعتراف بالإختصاص لنفسه حيث جاء في قراره: " إذ إنه من المبادئ المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول، حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل^١.

في الخلاصة، إن مجرد وجود إتفاق التحكيم المسبق بين طرفي العقد يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الإتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في نوع معين من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، إذ لا يجوز للدولة الإحتجاج بقانونها للتخلص من موافقتها.

ثانياً: تمسك الدولة بحصانتها

لما كانت السيادة من الصفات الجوهرية للدولة المستقلة، فلا يجوز لهذه الأخيرة أن تتنازل عن مقومات سيادتها كلياً أو جزئياً لشخص من أشخاص القانون الخاص لأي سبب كان. من هنا فإن الدولة الطرف في عقود الإستثمار وفي سعيها للتخلص من قبولها عملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي، قد تتذرع

¹ https://www.trans-lex.org/261100/_ad-hoc-award-of-january-14-1982-elf-aquitaine-iran-v-national-iranian-oil-company-yca-1986-at-97-102-et-seq/

بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة لا يجوز أن تخضع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم.

ومن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أنه تأسيساً على فكرة السيادة والمساواة بين الدول لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفاً فيها لغير قضاء هذه الدول. إلا أنه ونظراً لما للتحكيم من طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف، نجد أن الدولة تلجأ إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها الحرة. وفي هذا المجال لا بد من طرح السؤال التالي: ما جدوى تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم الأجنبية على الرغم من أنها ارتضت في إتفاق التحكيم القائم بينها وبين المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي من الممكن أن تنشأ فيما بينهم؟

في الإجابة على السؤال المطروح، إن قضاء التحكيم هو قضاء خاص لا ينتمي إلى سلطة أي دولة، ومن ثم فهو لا يمثل إعتداء على سيادة الدولة الطرف في النزاع. أضف إلى ذلك أن الدولة تدخل في تلك العلاقة القانونية مع المستثمر الأجنبي بإرادتها المطلقة، وبموجب قانون يسمح لها ذلك، وبرضى مسبق منها، وبدون هذا الرضى لا يمكن إرغام الدولة على اللجوء إلى المثل أمام هيئات التحكيم.

وتبعاً لذلك تعتبر الدولة متنازلة ضمناً عن حصانتها القضائية إذا قبلت شرط التحكيم فقط بالنسبة للموضوع الذي جرى الإتفاق بشأنه، فضلاً عن أن المحكم لا يصدر حكمه بإسم الدولة وإنما هو ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه، وهو ما يؤكد أن لجوء الدولة الطرف إلى التحكيم لا يشكل مساساً بسيادتها واستقلالها بل على العكس إن رفض هذه الأخيرة المثل أمام السلطة التحكيمية إنما يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لإلتزاماتها. وهو ما ذهب إليه المحكم "Mahmassani" في حكمه الصادر في قضية Liamco ضد الحكومة الليبية في ١٢ ابريل ١٩٧٧ حيث إتجه المحكم إلى رفض أي تدرع بأن هذا التحكيم ضد سيادة الدولة وخلص إلى أن: "الدولة يمكنها دائماً أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على إتفاق التحكيم ولتظل ملتزمة به"^١.

١ انظر تحكيم Liamco منشور في: https://www.biicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf

وفي مثال آخر، جاء في قضية "هضبة الأهرام" والتي في معطياتها، قام وزير السياحة المصري ممثلاً لحكومته وكذلك الهيئة العامة للسياحة والفنادق (إيجوث) بتوقيع بروتوكول نوايا مع شركة ممتلكات جنوب الباسيفيك S.P.P وشركة جنوب الباسيفيك للشرق الأوسط S.P.P.M.E في هونغ كونغ بهدف إنشاء مركزين سياحيين أحدهما يجاور مقر الأهرام والآخر في مدينة رأس الحكمة بمرسى مطروح.

وفي مفاعيل العقد المبرم، إلترمت الحكومة المصرية بنقل ملكية الأراضي اللازمة لتنفيذ المشروع، وتم تأسيس شركة مصرية بين إيجوث وشركة جنوب الباسيفيك، تمتلك الشركة المصرية نسبة ٤٠ ٪ من أسهمها والباقي للشركة الأجنبية وتلتزم الشركة الثانية بالعمليات الهندسية والدراسات المعمارية والتمويل والتسويق، مقابل إحتكار شركة جنوب الباسيفيك لهذا المشروع مع عدم التصريح بإقامة مشروعات صناعية مجاورة وتسهيل الإجراءات الإدارية وعلى أن تقدم وزارة السياحة عبر المرافق الرئيسية مقر المشروع.

وفي ١٩٧٤/١٢/١٢ تم إبرام إتفاق أصلي وقعته شركة إيجوث وشركة جنوب الباسيفيك، تم الإشارة فيه إلى بروتوكول النوايا المبرم في ١٩٧٤/٩/٢٣ وتضمنت بنود العقد:

- (١) إنشاء شركة مساهمة بين إيجوث وشركة جنوب الباسيفيك بإسم "الشركة المصرية للتنمية السياحية".
 - (٢) تمكين شركة جنوب الباسيفيك من تصدير كل نصيبها من الأرباح للخارج ومنحها إعفاءً ضريبياً لمدة ٨ سنوات وتقديم مختلف المساعدات الفنية.
- أرفق بالعقد ملحقان ورد فيهما أن الإلتزامات التي تقع على شركة إيجوث متوقفة على إقرارها من جانب السلطات المختصة، بالإضافة إلى (٣) شرط التحكيم في غرفة التجارة الدولية "ICC" وتم توقيع العقد بين طرفيه مع توقيع وزير السياحة المصري مسبقاً بعبارة موافق عليه ومؤكد ومصدق " Approved and ratified".

أثناء التنفيذ، برزت معارضة شعبية مصرية كبيرة للمشروع مما دفع الحكومة المصرية إلى وقف أعمال المشروع وإلغائه وتعيين إدارة قضائية على الشركة المشتركة "شركة التنمية السياحية".

تمسكت شركة جنوب الباسيفيك بشرط التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في باريس مطالبة بالتعويضات وبدأت إجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية وتم تشكيل هيئة تحكيم ثلاثية برئاسة

برينيني Bernini وعضوية الغاتيت Elghatit ولتمان Littman، واعتبرت باريس مقر التحكيم. إلا أن مصر أبدت تحفظها على إختصاص محكمة تحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ولم تشارك في إختيار محكم عنها لذلك طلبت محكمة التحكيم من غرفة التجارة المصرية ترشيح محكم مصري وهذا ما تم.

أصدرت هيئة التحكيم حكمها في ١٦/٢/١٩٨٣ بإدانة مصر وإلزامها بدفع مبلغ ١٢.٥ مليون دولار أمريكي لشركة جنوب الباسيفيك وفوائد بنسبة ٥% تحتسب من أول ديسمبر ١٩٧٨ و مبلغ ٧٣٠٧٠٤ دولار أمريكي مصروفات قضائية.

طعنت مصر لدى محكمة إستئناف باريس لإبطال الحكم وتمسكت بحصانتها القضائية من جهة، وأن حكم التحكيم خالف مبدأ سيادة الدولة والنظام العام الدولي من جهة أخرى. أجابت شركة جنوب الباسيفيك من جهتها بأن توقيع مصر على محضر مهمة المحكم يعتبر قبولاً منها بالتحكيم وأن مصر تنازلت عن حصانتها القانونية وقبلت التحكيم بتوقيع وزير السياحة المصري على العقد.

قضت محكمة استئناف باريس في ١٢/٧/١٩٨٤ بإبطال حكم التحكيم الصادر في ١٦/٢/١٩٨٣ لعدم وجود شرط تحكيم من جانب الدولة المصرية وأن توقيع الهيئة العامة للسياحة والفنادق (إيجوث) على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الدولة المصرية بهذا الشرط.

طعنت شركة جنوب الباسيفيك وشركة جنوب باسيفيك الشرق الأوسط في قرار محكمة إستئناف باريس أمام محكمة النقض الفرنسية التي ألزمت في قرارها الصادر بتاريخ ٦/١/١٩٨٧ المدعي بالمصاريف ورسوم الدعوى.

لم ترتض الشركاتان هذا الحكم فلجأت إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في واشنطن (الايكسيد) مطالبتان بإلزام الحكومة المصرية بالتعويض لقيامها بفسخ العقد من جانب واحد.

دفعت مصر بعدم إختصاص مركز تسوية منازعات الإستثمار بحل هذا النزاع لعدم إتفاقها مع الطرف الأجنبي على إختيار هذا المركز للتحكيم بشأن المنازعات التي تنور بشأن العقد المبرم معه وأن المادة ٢٥ من إتفاقية واشنطن تشترط لإختصاص المركز موافقة طرفي النزاع كتابة على تقديم خلافاتهم للمركز وهذا ما لم يحدث. واستندت مصر أيضاً في الدفع بعدم الاختصاص إلى قيامها بسحب الترخيص من المشروع والذي يعتبر شرط لازم لتطبيق قانون الإستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذي يشير إلى

المركز، إلا أن هيئة التحكيم المشكلة برئاسة: (Eduardo Jimenez de Arechaga) وعضوية محمد أمين المهدي وريوت بترفلسكي، رفضت دفع مصر ودفاعها وقد تم تسوية النزاع في إطار مركز تسوية منازعات الإستثمار في واشنطن بعد إدانة مصر وصدور حكم بالتعويض بمبلغ ٢٧.٦ مليون دولار أمريكي في ١٩٩٢/٥/٢٠.

الفقرة الثانية: كيفية التعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية

إن قضية التعويض للمستثمرين الأجانب الذين تأثروا سلباً من المصادرة في الدولة المضيفة لهم أدت دائماً إلى تباين حاد في وجهات النظر في قانون الإستثمار الدولي، تركّز على ما إذا كان هناك إلزام دولي من جانب الدولة المضيفة بتعويض المستثمرين عن الإستثمارات المصادرة. فمن جهة، دافعت الدول الأساس المصدرة لرأس المال بشكل عام عن وجود حق للمستثمرين الأجانب في الحصول على تعويض مقابل ما قد يلحق بهم من أضرار نتيجة فعل المصادرة الحاصل من جانب الدولة المضيفة، في حين طعنت البلدان المستقلة حديثاً والبلدان الشيوعية في وجود مثل هذا الحق لاسيما في حالة المصادرة لأسباب قانونية، على سبيل المثال "حالة تحقق الأرباح المفرطة"^١.

ونظراً لأهمية الإستثمارات الأجنبية في يومنا هذا وكثرة إنتشارها في البلدان النامية، تضائل هذا التباين الحاد في وجهات النظر، وأصبح كل من معاهدات الإستثمار الثنائية والقانون الدولي العرفي يلزمان الدول المضيفة بواجب حماية الإستثمارات الأجنبية من خلال تعيين مجموعة من المعايير القانونية الواجب توفرها في كل مرة تتجه فيها الدولة المضيفة نحو إتخاذ إجراء مصادرة لأصول إستثمار أجنبي، سواء كانت مصادرة مباشرة أو غير مباشرة (وفقاً لمعايير التعريف)، ألا وهي:

(١) يجب أن يكون قد تم سنه للمصلحة العامة؛

١ انظر قضية هضبة الأهرام منشورة على صفحة مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات Aiacadrs :

<https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765333020160070/>

٢ تبنت دول أمريكا اللاتينية هذه الحالة كاحدى حالات المصادرة القانونية بشكل أساسي، حيث شعرت أن الشركات المصادرة حققت أرباحاً مفرطة لسنوات عديدة على حساب المواطنين وأن دفع التعويض سيكون غير عادل.

(٢) يجب ألا تكون التدابير تمييزية بين مستثمر وآخر؛

(٣) ويجب أن تكون المصادرة الحاصلة مصحوبة بتعويض للمستثمرين المتضررين.

وبالتالي يمكن أن نستنتج أن "منح التعويض" هو أحد الشروط التي تجعل أي مصادرة تعتبر قانونية بموجب القانون الدولي. ولكن كيف يتم تقدير قيمة التعويض الملائم؟

إذا كان الإقرار بحق المستثمر الأجنبي في التعويض هو مسألة خاصة، فإن الاتفاق على مبلغ التعويض الذي يتعين دفعه هو مسألة أخرى تمامًا. يعد تقييم مبلغ التعويض عن مصادرة الدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي مشكلة رئيسية. ففي دعاوى الإستثمار يحاول كل طرف من أطراف النزاع، بناءً على مصلحته، إقناع المحكمة أولاً بأن المصادرة إما أنها قد تمت أو أنها لم تتم. ومع ذلك، بمجرد الإقرار أو التأكد من أن عملية نزع الملكية أو المصادرة قد تمت، فإن طريقة تقدير التعويضات تبقى محط تساؤل ومن شأنها التأثير بشكل كبير على مقدار المبالغ الممنوحة كتعويضات.

في هذا المجال، يعتبر شرط نزع الملكية في معاهدات حماية الإستثمار الثنائية (BITS) هو الحكم الوحيد الذي من خلاله تحددت طريقة حساب التعويضات عن الأضرار الناتجة عن المصادرة، ويتم استخدامه غالباً من قبل الهيئة التحكيمية كمرجع لحساب التعويض في كل مرة يتم فيها خرق التزامات معاهدات الإستثمار الثنائية. لذلك من الضروري أن تحرص الدول الأطراف في هذه المعاهدات على توكي الحذر الشديد في صياغة شرط تعويض نزع الملكية من أجل توجيه عملية حساب المبالغ التي يتعين صرفها من الأموال العامة في حالة صدور قرار بالتعويض من جانب هيئة التحكيم.

تأسيساً على ما تقدم، سنعمد فيما يلي إلى التحليل، من منظور قانوني، المبادئ التي تحكم التعويض عن نزع الملكية، على صعيد القانون الدولي العرفي من جهة (البند الأول) وعلى صعيد أحكام معاهدات الإستثمار الثنائية من جهة أخرى (البند الثاني).

البند الأول: التعويض عن المصادرة في القانون الدولي العرفي

على الرغم من تواجد عدد هائل من المعاهدات المتعلقة بالإستثمارات يواصل القانون الدولي العرفي لعب دور مهم في حماية الإستثمار الأجنبي.

لا تختلف عملية إنشاء وتطور القواعد الدولية العرفية في مجال الإستثمار الأجنبي عن أية قواعد أخرى للقانون الدولي العرفي. هذه القواعد هي نتيجة لممارسات دولة واسعة النطاق وموحدة وقائمة على القبول مقبولة كقانون.

إن لقواعد القانون الدولي العرفي مصادر متعددة، حيث من جهة تعكس القواعد المنصوص عليها في التشريعات الوطنية القواعد الدولية العرفية شريطة أن تكون استقر التعامل بها في تنظيم العلاقات التعاقدية بين العاملين في المجال الإستثماري والتجاري في الدولة، موحدة في محتواها وتفرض شعور عام بالالتزام القانوني في ظل تطبيقها بموجب القانون الدولي. كذلك الأمر بالنسبة للمبادئ العامة المستقاة من الممارسات التجارية بين التجار والمستثمرين والتي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من القانون الدولي العرفي، وذلك نتيجة اعتمادها بشكل متكرر كقواعد عرفية تلائم طبيعة المجال التجاري الدولي المتطور.

من جهة أخرى، تعتبر الإجتهادات التحكيمية بدورها ذات قيمة مماثلة كمصدر من مصادر القانون الدولي العرفي، حيث يتم من خلالها تكريس الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون في مجال عقود الإستثمار الأجنبي وعقود التجارة الدولية وبالتالي تؤكد على وجود قواعد عرفية وتسهم في توضيح محتواها. وعليه انطلاقاً مما تقدم سنبيين فيما يلي كيف يساهم القانون الدولي العرفي بالتعويض عن المصادرة في مجال عقود الإستثمار الأجنبي. وذلك من خلال مراجعة القواعد العامة للمسؤولية الدولية للدول (أولاً)، ومن ثم التمييز بين التعويض عن المصادرة المشروعة وغير المشروعة في القانون الدولي العرفي (ثانياً).

أولاً: القواعد العامة للمسؤولية الدولية للدول.

في القانون الدولي العرفي، يتم التمييز بين القواعد الأساسية والقواعد الثانوية لمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

بالنسبة للقواعد الأساسية هي تلك التي يكون إنتهاكها من مسؤولية الدولة (الإلتزامات الأولية)، أما بالنسبة للقواعد الثانوية فهي تلك التي تحكم مسؤولية الدولة عن إنتهاكات القواعد الأساسية (الإلتزامات الثانوية). بمعنى آخر، تُعرّف القاعدة الأولية أو الأساسية "محتوى الإلتزامات التي من الواجب على الدولة

إحترامها" وتحدد القاعدة الثانوية "الحالات التي تعتبر في ظلها هذه الإلتزامات قد انتهكت وما يجب أن تكون عليه عواقب هذا الإلتهاك".^١

ومع ذلك، فإن النظام القانوني للمصادرة فريد من نوعه. ففي الواقع في حالة "إجراء نزع الملكية"، لا يكمن الإلتزام الأساسي في فعل المصادرة الذي يعد حقاً سيادياً معترفاً به للدول، وإنما في ظروف تنفيذ هذا الإجراء التي ترقى إلى مستوى إلتزامات الدولة.

بمعنى آخر، لا تتحمل الدولة المضيضة أية مسؤولية دولية عن إجراء نزع الملكية، الذي يعد حقاً سيادياً لها، ولا تترتب المسؤولية على عاتقها إلا إذا فشلت في الإلتزام بشروط المصادرة المكرسة بموجب القانون الدولي العرفي، على سبيل المثال، إخفاق الدولة المضيضة في إلتزامها الأساسي بتعويض المستثمر عن الإستثمار المصادر.

وعليه، نستنتج مما تقدم أن التعويض الذي يعد مسألة مركزية في موضوع المصادرة يمكن أن يكون له وظيفتين متميزتين. من جهة، هناك إلتزام "أساسي" بالتعويض إذا تم انتهاكه أو عدم التقيد به مطلقاً نكون أمام ترتب لإلتزام جديد بالتعويض على عاتق الدولة المضيضة "الإلتزام الثانوي" من جهة أخرى. أي ما يعادل "التعويض عن عدم التعويض" كمسؤولية دولية للدولة المضيضة المصادرة".^٢

ثانياً: التمييز بين التعويض عن المصادرة المشروعة وغير المشروعة في القانون الدولي العرفي.

بالنظر إلى الوضع المزدوج للتعويض يطرح سؤال مركزي، إذا كان التعويض حق يمنح للمتضرر في جميع حالات المصادرة، فكيف بالإمكان التمييز بين التعويض الذي يُمنح للمصادرة القانونية والتعويض الذي يمنح في حالة المصادرة غير القانونية؟

^١ للتمييز بين "القواعد الأولية" و "القواعد الثانوية" بشكل أوضح، انظر:

Yearbook of the International Law Commission, 1970, vol. II, p. 306, par. 66 (c)

https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf

2 NIKIEMA Suzy, Compensation for Expropriation, Published by the International Institute for Sustainable Development, March 2013, p. 2.

تناول القانون الدولي العرفي مسألة معالجة هذا التساؤل عن طريق قضية مصنع Chorzów¹، والتي، على الرغم من بعض الجدل، لا يزال القرار الصادر في ظلها هو القرار الأساسي في هذا الشأن. في حيثيات هذه القضية، ذكرت محكمة العدل الدولي الدائمة (PCIJ) أنه في حالة وجود فعل غير مشروع (نزع ملكية غير مشروع): يجب على التعويض، قدر الإمكان، أن يمحو جميع تبعات الفعل غير المشروع وأن يعيد الحال إلى ما كان سيكون عليه، في جميع الأحوال، لو لم يتم إرتكاب هذا الفعل؛ الرد العيني، أو إذا كان ذلك غير ممكنًا، فدفعة مبدئية مقابلًا لقيمة الرد العيني؛ منح تعويضات عن الخسائر المتكبدة التي لن تتم تغطيتها من خلال الرد العيني أو البديل النقدي. وقد أصبحت هذه المبادئ هي التي يجب أن يعمل بها عند تحديد مقدار التعويض المستحق عن فعل مخالف للقانون الدولي. بالنسبة للمصادرة القانونية، يقتصر التعويض على "قيمة الشركة في وقت نزع الملكية، بالإضافة إلى الفائدة حتى تاريخ الدفع"².

يرى بعض أصحاب النظريات والأحكام التحكيمية³، أن الحكم في قضية Chorzów قد ألقى الضوء على المبدأ التالي: **في حالة المصادرة القانونية** (بما في ذلك عندما يتم التنازع على مبلغ التعويض الممنوح)، يحق للمستثمر المتأثر سلبًا "التعويض" الذي يعادل الخسارة المتحققة، أو الخسائر المتكبدة في تاريخ المصادرة، وتقتصر هذه الخسائر على القيمة الثابتة لأصول الإستثمار. أما في حالة المصادرة غير المشروعة، يكون للمستثمر المتأثر سلبًا الحق في التعويض ليس فقط عن الخسائر المتحققة، بل كذلك التعويض عن الربح الفائت cessans lucrum نتيجة المصادرة الحاصلة.

1 The Chorzów Factory Case (Germany/Poland), September 13, 1928, Series A, No. 17 (substantive issue):

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm

2 NIKIEMA Suzy, op.cit., p. 2.

3 Amoco International Finance Corp. v. Iran, 15 Iran-US CTR (1987-II), pp. 189 - https://www.trans-lex.org/231900/_/iran-us-claims-tribunal-amoco-int-l-finance-corp-v-iran-15-iran-us-ctr-at-189-et-seq/#toc_8

ورد كذلك مبدأ التعويض عن المصادرة في مسودة مواد لجنة القانون الدولي (ILC) بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، والتي تعتبر تدويناً للقواعد العرفية: "يجب أن يشمل التعويض أي ضرر يمكن تقديره مالياً بما في ذلك خسارة الأرباح بقدر ما تم تأكيده".¹

البند الثاني: شروط معاهدات الإستثمار الثنائية BIT للتعويض عن المصادرة

يمكن تعريف معاهدات الإستثمار الثنائية (BIT) على أنها إتفاقيات دولية بين دولتين بشأن شروط الإستثمار الأجنبي الخاص من قبل مواطنين من دولة واحدة في دولة أخرى. وتهدف مثل هذه المعاهدات، إلى تشجيع الإستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة من خلال ضمان معايير معاملة المستثمرين الأجانب بما في ذلك التعويض عن نزع ملكية الإستثمارات الأجنبية، الحماية ضد المعاملة غير العادلة وغير المنصفة للمستثمرين الأجانب والحماية من المعاملة التمييزية أو إنعدام الحماية والأمن بشكل كامل.

وقبل أن ننتقل إلى دراسة مختلف أحكام معاهدات الإستثمار الثنائية المتعلقة بالتعويض عن نزع الملكية، تجدر الإشارة إلى أنه في السابق كان هناك ممارسة لعملية منح التعويضات تتم وفقاً لمعدلات ثابتة (إتفاقات التسوية ذات المبلغ المقطوع). حيث توصلت الدول المضيفة والدول الأم للمستثمرين، خلال عمليات التأميم الواسعة النطاق التي تميزت في الخمسينيات والثمانينيات من القرن الماضي إلى العديد من إتفاقات التسوية ذات المبلغ الإجمالي للتعويض، وبموجب هذه الإتفاقات كانت الدولة المطالبة أو المدعية تتلقى مبلغاً ثابتاً كتعويض إجمالي من الدولة المضيفة أو المصادرة (المدعى عليها)، لتقوم من ثم الدولة المدعية المتضررة (الدولة الأم للمستثمر الأجنبي) بتوزيع هذه التعويضات الإجمالية على مواطنيها المتضررين من عملية المصادرة كلّ بما يتناسب مع الخسائر التي تكبدها و ذلك بموجب محكمة محلية أو لجنة مطالبات خاصة.

مكنت هذه الممارسة من مراعاة القدرة المالية للبلدان المستقلة حديثاً والتي أرادت ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية من خلال عمليات التأميم. وقد ساهم التحدي الوحيد لدى المستثمرين في ذلك الوقت، المتمثل بالمحافظة على الحماية الدبلوماسية لدولتهم الأصلية في حالات المصادرة أو التأميم، في

¹ I Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC, 2001, article 36.2

إبرام العديد من هذه الإتفاقات. أما اليوم، وفي ظل إمكانية الوصول المباشر إلى التحكيم ضد الدولة المضيفة من خلال معاهدات الإستثمار الثنائية، يجوز للمستثمرين تقديم مطالبات مباشرة ضد الدولة المضيفة بكامل مبلغ التعويض الذي يعتقدون أنهم يستحقون.

انطلاقاً مما تقدم سنتناول فيما يلي المبادئ القانونية التي تحكم التعويض عن المصادرة من جهة (أولاً)، والمعايير القانونية لتقييم التعويض من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً: المبادئ القانونية التي تحكم التعويض عن المصادرة

١ - المعيار الواحد للمصادرة المباشرة والمصادرة غير المباشرة

لا يشكل تعريف المصادرة المباشرة تحدياً كبيراً. فوفقاً لقانون الإستثمار الدولي، يمكن تعريف المصادرة المباشرة على أنها تدبير حكومي (قانون أو لائحة) يسحب صراحةً وبشكل مشروع ملكية الإستثمار الأجنبي لصالح الدولة أو لصالح طرف ثالث تحدده الدولة.

تحقق الدولة المضيفة في حالة المصادرة المباشرة العديد من المكاسب الإقتصادية، حيث نكون أمام فعل نقل لملكية الممتلكات الخاصة إلى الجمهور، وبالتالي إثراء الدولة. في مثل هذه الظروف، يكون من الصواب أن تدفع الدولة تعويضاً للدولة المستثمرة كمقابل لما تكبدته تكاليف وما فاتها من أرباح تحولت جميعها لملكية الدولة المصادرة العامة.

في المقابل، نجد أنه لا يوجد تعريف جامع ومتفق عليه للمصادرة غير المباشرة. حيث يمكن تعريفها عموماً على أنها تدبير حكومي يتسبب في ضرر جسيم للإستثمار والمستثمر الأجنبي دون سند قانوني، تسيطر من خلالها الدولة على أي إستثمار أو تسعى إلى التمتع به أو الإستفادة منه، أو قد تتدخل بقوة في تخفيض قيمته الإقتصادية حتى بدون الإستيلاء المباشر على الممتلكات. وبذلك، يكون المستثمر الأجنبي في ظل المصادرة غير المباشرة لا يزال يحتفظ بحق الملكية على الإستثمار، ولكن لم يعد للإستثمار أي قيمة مالية أو لم يعد له وجود فعلي. يمكن إذن من الناحية النظرية تصنيف كل تنظيم للولاية على أنه مصادرة

غير مباشرة، وذلك نسبةً للتعريف الوارد في معاهدات الإستثمار الثنائية أو المعايير التي تستخدمها المحاكم، والتي غالبًا ما تكون متنوعة ومتناقضة في بعض الأحيان^١.

استنادًا إلى معظم معاهدات الإستثمار الثنائية، من الصعب معرفة أنواع تدابير الدولة التي يمكن تصنيفها على أنها مصادرة غير مباشرة. على هذا النحو، يمكن للمحاكم أن تحدد التدابير التنظيمية العامة المشروعة المتخذة من أجل المصلحة العامة وإن لم تكن تستهدف المستثمرين (على سبيل المثال سن تشريعات صحية أو بيئية) وإعتبارها هي إجراءات تنظيمية تصل إلى حد المصادرة غير المباشرة في حال تبين أن هذه الإجراءات تسببت في إحداث ضرر مالي للمستثمرين.

إن بنود المصادرة في معاهدات الإستثمار الثنائية لا تميز بين طرق تقييم التعويض عن المصادرة المباشرة والمصادرة غير المباشرة. وعلى الرغم من أن كلا أشكال نزع الملكية مشمولين في معاهدات الإستثمار الثنائية، إلا أن هذه الأخيرة لا تأخذ في الاعتبار الخصوصيات والتحديات الكامنة في المصادرة غير المباشرة.

للوهلة الأولى قد يبدو من غير العدل أن يتعين على الدولة تقديم أقصى التعويضات مقابل ما تسنه من تشريعات للمصلحة العامة أو من أجل تنفيذ التزاماتها الدولية باحترام حقوق الإنسان، أو لحماية الصحة والبيئة. على سبيل المثال، حالة قانون داخلي تم التصدي له من قبل المستثمرين الأجانب أمام محاكم التحكيم، تتعلق الحالة التوضيحية المذكورة بتعديل البرلمان الألماني لقانون الطاقة الذرية في عام ٢٠١١ من أجل الإسراع في التخلي عن استخدام الطاقة النووية بحلول عام ٢٠٢٢ في أعقاب كارثة فوكوشيما النووية. وفي القضية المذكورة، قدمت شركة Vattenfall طلبًا للتحكيم ضد ألمانيا ردًا على إغلاق محطتين نوويتين تديرهما Vattenfall.

من المحتمل جدًا أن Vattenfall زعمت المصادرة غير المباشرة كأساس لمطالبتها في طلب التحكيم. وإذا رأت هيئة التحكيم في سن هذه القوانين أنها تصل إلى حالة المصادرة غير المباشرة، لا بد حينها من التساؤل حول ما إذا كان يتعين على الدولة المضيفة المدعى عليها تقديم تعويض كامل عن

^١ انظر في: <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-4-safeguarding-policy-space/5-4-indirect-expropriation-regulatory-taking/>

الخسارة التي تكبدها المستثمر، على الرغم من الضرر الجسيم الذي كان سيلحق بالصحة العامة فيما لو لم يتم سن القانون؟ هل يجب أن تخضع الدولة المضيفة المدعى عليها في مثل هذه الحالة لنفس معيار التعويض في حالة دولة قررت تأميم استثمار مستثمر أجنبي خاص؟ فضلاً عن أنه في المصادرة غير المباشرة من خلال تدبير تنظيمي عام، لا تحقق الدولة عادة أي ربح مالي من التدبير المعني، بل على العكس من ذلك قد يؤدي هكذا تدبير إلى فقدان إيرادات الضرائب بسبب إغلاق نشاط تجاري أو انخفاض في استهلاك منتج وبالتالي يصبح تبرير معيار التعويض الكامل كذلك محط تساؤل؟

٢- معيار مشترك للمصادرة القانونية والمصادرة غير القانونية

توفر البنود الواردة في معاهدات الإستثمار الثنائية صراحة معياراً للتعويض عن المصادرة القانونية. ومع ذلك، فإن هذه البنود غير واضحة إذا كان نفس المعيار قابل للتطبيق في حالات المصادرة غير القانونية.

قد يفسر البعض النقص في التمييز بين معايير التعويض عن المصادرة القانونية وغير القانونية على أن معايير التعويض المنصوص عليها في معاهدات الإستثمار الثنائية تتطابق مع الأفعال المشروعة دولياً (المصادرة القانونية) والأفعال غير المشروعة دولياً (المصادرة غير المشروعة) وهو ما من شأنه أن يتناقض وأحكام القانون الدولي العرفي لمسؤولية الدولة، فالقواعد العرفية تميز بين التعويض عن الأفعال المشروعة والتعويض عن الأفعال غير المشروعة.

في الممارسة العملية، عندما يتعلق الأمر بالمصادرة المباشرة، وهو إدعاء نادر الحدوث في نزاعات الإستثمار الدولية، يمكن لهيئة التحكيم التمييز بسهولة بين المصادرة القانونية والمصادرة غير القانونية وحساب مبلغ التعويض على هذا الأساس. أما في حالة المصادرة غير المباشرة، فإن معظم المحاكم لا تزال تفشل في مراعاة مسألة تحديد ما إذا كانت المصادرة قانونية أم غير قانونية، ولا تحتسب التعويض وفقاً لذلك.

في الأساس، يعتمد احتساب التعويض على معيار مميز، بعيداً عن ما إذا كانت حالة المصادرة قانونية أم لا، وهو معيار الربحية (العمل المستمر) أو عدم الربحية للإستثمار المصادر. وبعبارة أخرى، عند تقييم مقدار التعويض، حلت الموجودات المربحة محل المصادرة غير القانونية، وأصبحت الأصول غير المربحة محل المصادرة القانونية، وهو نظام جديد في تقييم التعويض دعا إليه البنك الدولي. في هذا النظام

المذكور، تخطت الأضرار الاقتصادية المتحققة فعلاً الإعتبارات المتعلقة بقانونية أو عدم قانونية الإجراء الذي أدى إليها، ما ينتج عنه تحديد مقياس للتعويض يكون فيه المؤشر هو مدى قدرة الإستثمارات على تحقيق الأرباح^١. إذ في كل مرة نكون أمام إستثمار يحقق معدلات ربحية مرتفعة ومستمرة تكون المصادرة المرتكبة غير مشروعة، وبالعكس في كل مرة نكون أمام إستثمار غير منتج ولا يحقق أية أرباح تكون المصادرة مشروعة.

تجدر الإشارة إلى أن هيئة التحكيم التي رفعت أمامها دعوى مصادرة غير قانونية قد تعيد تصنيف إجراءات الدولة بإعتبارها مصادرة قانونية إذا كان الفارق بين الطرفين يقتصر على مبلغ التعويض الممنوح وليس على ما إذا كان ثمة التعويض مستحق أم لا.

٣- الالتزام بالتعويض الفوري

لا تذكر غالبية معاهدات الإستثمار الثنائية التاريخ المحدد لإستحقاق السداد لدفع التعويض، إلا أن جميعها ينص على ضرورة الدفع "فوراً"^٢ أو "دون تأخير لا مبرر له".

تصدت العديد من معاهدات الإستثمار الثنائية لمسألة التعويضات من خلال تعيينها "لبنود خاصة لتحديد ودفع التعويضات" على أن يتم ذلك في الوقت المناسب وفي وقت نزع الملكية على أقصى تقدير"^٣. وهذا يعني أنه يجب على الدولة المضيفة توقع وتقييم الضرر الذي تسببت به عملية نزع الملكية للمستثمر الأجنبي، وتعويضه مقدماً أو في وقت إعتماد التدبير المعني.

فيما يتعلق بالمصادرة المباشرة، يجوز للدولة أن تعوض المستثمر الأجنبي المتضرر قبل تطبيق قانون التأمين أو مرسوم المصادرة، لكن هذا الحل ليس دائماً ممكناً خاصة في حالة البلدان النامية التي تكون مواردها المالية محدودة.

1 NOUVEL Yves, L'indemnisation d'une exportation indirecte, International Law Forum du droit international, Volume 5, No 3, August 2003,

P.199.

٢ المادة ١١١٠.٣ من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية NAFTA: "يجب دفع التعويض دون تأخير و ان يكون قابلاً للتحقيق بالكامل".

٣ المادة ٥.١ من معاهدة الاستثمار الثنائية القائمة بين حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية وحكومة مملكة سوازيلند

أما فيما يتعلق بالمصادرة غير المباشرة، قد لا يكون الإلتزام بالدفع قبل أو في وقت المصادرة ممكنًا، فإذا إتخذنا حالة التدابير العامة للحماية أو التعامل مع مخاطر صحية أو بيئية، فإن السرعة المطلوبة لبيان ما إذا كان التدبير قد وصل إلى مستوى الإجراء التنظيمي أم لا قد لا تسمح للدولة المضيفة بإحتساب وتخصيص تعويض للأطراف المتضررة المحتملة قبل التمثيل. وحتى لو كان ذلك ممكنًا، فلا يزال يتعين على الدولة أن تدرك أو أن تتقبل حقيقة قيامها بمصادرة إستثمار أجنبي بشكل غير مباشر، ليتسنى لها تعيين التعويض الملائم له بشكل مسبق. وما يزيد المشكلة تعقيدًا هو أن تعريف المصادرة غير المباشرة لا يزال موضوع نقاش واسع النطاق بحيث لا يمكن لأحد أن يتنبأ على وجه اليقين فيما إذا كان هذا النوع من التدبير قد يصنف أو لا يصنف على أنه مصادرة غير مباشرة من قبل المحكمة.

بعض المشكلات المثارة في هذا المجال يتم معالجتها حاليًا من خلال النصوص الحديثة التي توفر مرونة أكثر في الإطار الزمني لدفع التعويض. حيث نجد في الفقرة الرابعة من المادة السادسة من نموذج معاهدة الإستثمار الثنائية لمجتمع التنمية الأفريقي الجنوبي (SADC Model BIT): "يجوز دفع التعويضات التي تشكل عبئًا كبيرًا على الدولة المضيفة سنويًا على مدار فترة ثلاث سنوات أو أي فترة أخرى يتفق عليها أطراف التحكيم، مع مراعاة الفائدة بالمعدل المحدد باتفاق أطراف التحكيم أو من قبل الهيئة التحكيمية".¹

٤- الإلتزام بدفع الفائدة

تشير أحكام العديد من معاهدات الإستثمار الثنائية بوضوح إلى أن التعويض عن المصادرة يجب أن يشمل دفع الفائدة بمعدل تجاري عادي ويعتبر تاريخ الإستحقاق للتعويض هو أيضًا التاريخ الذي تبدأ فيه الفائدة بالتراكم. يتم الإعتراف بدفع الفوائد في حالات المصادرة من قبل المحاكم كقانون دولي عرفي²، على الرغم من أن بعض القوانين الوطنية تحظر الفائدة لأسباب دينية.

1 Art 6.4: "Awards that are significantly burdensome on a Host State may be paid yearly over a three years period or such other period as agreed by the parties to the arbitration, subject to interest at the rate established by agreement of the parties to the arbitration or by a tribunal failing such agreement."

2 Art 38 of the ILC draft articles on the International Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: "

1. Interest on any principal sum due under this chapter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation. The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result.

وفي حين أنه من المقبول عمومًا أن تكون الفائدة جزءًا لا يتجزأ من التعويض، فإن طريقة احتساب هذه الفائدة لا تزال موضوع نقاش. والواقع أن معاهدات الإستثمار الثنائية لا تقدم دائمًا توجيهات مفيدة للمحاكم في هذا المجال، مما يؤدي إلى طرق متعددة الأوجه وغير متوقعة للحساب.

في أفضل الأحوال، تنص معاهدات الإستثمار الثنائية على تطبيق "معدلات تجارية عادية" حتى تاريخ دفع التعويض ولكن دون أن تحدد نوع الفائدة المطبقة (بسيطة أو مركبة)، أو سعر الفائدة السنوي (سعر ثابت أو أسعار السوق)، أو كذلك الفترة المرجعية للتحويل إلى العملات الأجنبية¹.

في الممارسة العملية، يتم تطبيق ثلاث طرق رئيسية لحساب أسعار الفائدة من قبل المحاكم. وتتمثل الطريقة الأكثر استخدامًا بالمعدل الموازي "لتكلفة فقدان المستثمر الأجنبي الفرصة". تعكس هذه الطريقة فكرة أن المصادرة دون تعويض فوري قد حرمت المستثمرين من فرصة إعادة استثمار مواردهم بشكل مربح. في هذه الحالة، يتم احتساب معدل الفائدة على أساس ما كان يمكن أن يحققه إعادة الإستثمار الافتراضي للتعويض الرئيسي.

ثمة طريقة أخرى تتمثل في استخدام معدل للفائدة يتناسب والتكلفة التي كان على المستثمر أن يتكبدها مقابل حصوله على سيولة إضافية، عادة عن طريق الإقتراض، لتغطية عدم وجود تعويض من الدولة.

كذلك يعتبر من الأساليب الشائعة في المحاكم في تحديد سعر الفائدة "الإستنادًا إلى مؤشر السوق"، مثل سعر الفائدة بين البنوك في لندن (LIBOR). رأت عدة محاكم أن دفع الفائدة المركبة أصبح الآن المعيار الدولي المطبق وله ما يبرره في منح تعويض كامل عن الضرر الذي لحق بالمستثمر. وقد خلص الفقه والإجتهاد الدولي في الآونة الأخيرة، بعد دراسة تفصيلية، إلى أن الفائدة تعتبر جزءًا لا يتجزأ من التعويض المستحق بعد الحكم، وأن الفائدة المركبة (على عكس البسيطة) تعتبر مناسبة في الوقت الحالي بإعتبارها المعيار الدولي المطبق في حالات نزع الملكية².

2. Interest runs from the date when the principal sum should have been paid until the date the obligation to pay is fulfilled".

1 See, for example, Comoros-Mauritius BIT, section 7.1

٢ المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، شركة الشرق الأوسط لشحن وتداول الاسمنت، جمهورية مصر العربية، ١٢ ابريل ٢٠٠٢.

ثانياً: المعايير القانونية لتقييم التعويض عن المصادرة

إن تقييم التعويض عن المصادرة الحاصلة وما نتج عنها من أضرار يتم وفقاً لقواعد محددة من قبل الدولة المضيفة وإلا فمن قبل هيئة تحكيم. وهو ما يسمى بمعايير التعويض. ولبيان هذه المعايير المعتمدة في تقييم التعويض لا بد لنا من البحث في مدى التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي المتضرر من جهة (١)، وتاريخ تقييم الإستثمار المصادر من جهة أخرى (٢).

١- مدى التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي المتضرر

إن السؤال الأول الذي يطرح في أي عملية تقييم للتعويض هو نطاق هذا التعويض. وبالتالي من الطبيعي أن يطرح في موضوعنا الراهن السؤال التالي: هل يجب تعويض المستثمر المتضرر عن المدى الكامل للضرر الذي لحق به أو عن جزء منه؟

يعتمد عدد كبير من معاهدات الإستثمار الثنائية معيار التعويض "الفوري والكافي والفعال". وقد تمت المطالبة بالتعويض وفقاً لهذه الصيغة لأول مرة عام ١٩١٧ من قبل الولايات المتحدة و تعرف بصيغة " Hull Formula".^١

يعني التعويض "الفوري والكافي والفعال" أنه يجب منح المستثمر، بمجرد أن تمت المصادرة (فوري)، مبلغاً مساوياً للقيمة الإجمالية للإستثمارات المصادرة (كافي) بعملة قابلة للتحويل والاستبدال بحرية (فعالة). يرى البعض أن صيغة "Hull" إنما تشير إلى التعويض الكامل، أي بمعنى ما يعادل، التعويض عن الخسائر التي تكبدها المستثمر الأجنبي بالإضافة إلى الأرباح الفائتة. مع الإشارة إلى أن معاهدات الإستثمار الثنائية التي تعتمد هذا المعيار في التعويض لا تميز عادة بين المصادرة القانونية وغير القانونية.

نادراً ما يتم إدراج صيغة "Hull" في معاهدات الإستثمار الثنائية كمعيار قائم بذاته. ومن المعاهدات التي اعتمدت معيار التعويض الفوري، الكافي والفعال عن المصادرة، المعاهدة التي أنشئت بين الولايات المتحدة والأوروغواي عام ٢٠٠٥ ودخلت حيز التنفيذ عام ٢٠٠٦، حيث جاء في المادة السادسة من

١ خلال السنوات الأخيرة ، قدمت حكومة الولايات المتحدة في مناسبات متكررة احتجاجات إلى حكومة المكسيك فيما يتعلق باستمرار مصادرة هذه الأخيرة للممتلكات الزراعية التي يملكها

مواطنون أمريكيون ، دون تقديم تعويض مناسب وفعال وفوري لها. FOREIGN RELATIONS OF THE UNITED STATES DIPLOMATIC PAPERS, 1938, THE

AMERICAN REPUBLICS, VOLUME V-<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1938v05/d662>

المعاهدة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية منها: "لا يجوز لأي طرف مصادرة أو تأميم إستثمار مغطى سواء بشكل مباشر أو غير مباشر من خلال تدابير تعادل المصادرة أو التأميم، بإستثناء حالة: ... (ج) عند دفع تعويض سريع ووافٍ وفعال.

يجب أن يكون التعويض المشار إليه في الفقرة الأولى (ج): (...) (ب) مساوياً للقيمة السوقية العادلة للإستثمارات المصادرة"^١.

من جهةٍ أخرى، ثمة بعض معاهدات الإستثمار الثنائية التي تعتمد في تحديدها لمعيار التعويض عن الإستثمار المصادر فقط ما يعادل "القيمة السوقية العادلة" للإستثمار. على سبيل المثال ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١١١٠ من إتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA): "يجب أن يكون التعويض معادلاً للقيمة السوقية العادلة للإستثمارات المصادرة (...) ولتحديد هذه القيمة السوقية، يجب أن تشمل معايير التقييم القيمة المستمرة للإستثمار وقيمة الأصول بما في ذلك القيمة الضريبية المعلنة للممتلكات المادية، وغيرها من المعايير حسب الإقتضاء"^٢.

يعتقد غالبية المعلقين أن التوافق المتكرر بين "صيغة Hull" و"معادلة القيمة السوقية العادلة" يجعل من الصيغتين متساويتين، وبالتالي المصطلحين "عادل" و "كافٍ" يشيران إلى التعويض الكامل^٣.

بشكلٍ عام، وعلى الرغم من تنوع المصطلحات المستخدمة في معاهدات الإستثمار الثنائية، دائماً ما تخلص الأحكام القضائية والتحكيمية إلى أن التعويض الكامل يستحق دائماً في حالة نزاع الملكية. وفي ظل عدم وجود عبارات صريحة تدل على عكس ذلك، تعتبر المصطلحات "العادلة والسريعة والكافية" و"القيمة السوقية العادلة والمناسبة" قابلة للتبادل وتشير إلى نفس المعيار وهو معيار التعويض الكامل.

يبقى أن نشير في هذا المجال إلى أنه ثمة حالات يخرج فيها تقدير التعويض عن صيغة "التعويض الكامل". حيث إنه من الممكن تصور تعويض لا يغطي كامل القيمة السوقية للإستثمار وخاصةً في حالة المصادرة غير المباشرة.

١ معاهدة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية أوروغواي الشرقية فيما يتعلق بالتشجيع وحماية الاستثمار - http://www.sice.oas.org/BITS/URYUSA2005_e.pdf

٢ انظر في: إتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية.

3 NIKIEMA Suzy, op.cit., p. 10.

في الواقع، يمكن أن يأخذ تقييم التعويض بالإعتبار عوامل أخرى مالية وغير مالية وذلك من أجل تحقيق نتيجة تحقق التوازن بين مصالح المستثمرين من جهة ومصالح الدولة المضيفة من جهةٍ أخرى. ففي بعض الحالات، قد يكون التعويض المساوي للقيمة السوقية العادلة للإستثمار غير مناسب أو غير عادل. وبالتالي فإن تحقيق التوازن بين العوامل يصبح ضروريًا.

وفي هذا المجال، يقدم نموذج معاهدة الإستثمار الثنائية لمجتمع التنمية الأفريقي الجنوبي (SADC Model BIT) بنودًا تعتبر بمثابة إبتكار مهم على صعيد تقدير التعويضات وذلك من خلال تبنيه أو إعتماده للتعويض "العادل والكافي". أي ما يعني مراعاة جميع الظروف ذات الصلة عند حساب التعويض. وبالتالي إن هذه القاعدة تلزم المحكمين بتجاوز القيمة السوقية العادلة والعوامل المالية البحتة بشكل عام. على سبيل المثال، أحد الخيارات المقترحة في المادة ٦.٢.٢ من نموذج SADC BIT كما يلي:

"يجب أن يستند تقييم التعويض العادل والكافي إلى توازن عادل بين المصلحة العامة من جهة ومصالح الأطراف المتضررة من جهةٍ أخرى، مع مراعاة جميع الظروف ذات الصلة ومراعاة الإستخدام الحالي والماضي للممتلكات وتاريخها. الإستحواذ، والقيمة السوقية العادلة للممتلكات، والغرض من نزع الملكية، ومدى الأرباح السابقة التي حققها المستثمرون الأجانب من خلال الإستثمار، ومدة الإستثمار".^١

تعليقًا على البند المذكور أعلاه يمكننا الإستنتاج أن "القيمة السوقية العادلة" ليست العامل الوحيد الذي يجب أخذه بالإعتبار عند تقييم التعويض، وبالتالي قد تنتظر المحكمة، على سبيل المثال، في حقيقة أن الإستثمار المصادر قد حقق أرباحًا غير عادية في الماضي من أجل تعيين تعويض "عادل وكافي" دون القيمة السوقية الحالية للإستثمار.

يوفر نموذج SADC مجرد قائمة إرشادية وتحفظ المحاكم التحكيمية بسلطتها الإستثنائية في تقدير العوامل الأخرى التي من شأنها التأثير في قيمة التعويض الممنوح، مثل سوء السلوك السابق من جانب المستثمرين، والتكاليف المرتبطة بالضرر الذي يلحق بالبيئة (الأموال اللازمة لمعالجة الموقع أو تنظيف

I Art 6.2.option2: ... the assessment of fair and adequate compensation shall be based on an equitable balance between the public interest and interest of those affected, having regard for all relevant circumstances and taking account of: the current and past use of the property, the history of its acquisition, the fair market value of the investment, the purpose of the expropriation, the extent of previous profit made by the foreign investor through the investment, and the duration of the investment".

النفائات الخطرة التي يتم إلّاؤها في الموقع)، فضلاً عن نضوب الموارد الطبيعية. وبالتالي يبقى من الواجب علينا إنتظار توقيع المعاهدات القائمة على هذا النموذج والممارسات اللاحقة لهيئات التحكيم لمعرفة الآثار العملية لهذا البند على مقدار التعويض المستحق نتيجة للمصادرة.

٢- تاريخ تقييم قيمة الإستثمار

وفقاً لتاريخ إستحقاق التعويض المنصوص عليه في معاهدات الإستثمار الثنائية، ينبغي احتساب قيمة التعويض في الفترة السابقة لتاريخ نزع الملكية أو في تاريخ نزع الملكية كحد أقصى.

وفي هذا المجال، تنص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من معاهدة الإستثمار الثنائية بين كندا ولبنان على أن "...التعويض عن الأضرار الناتجة عن المصادرة يجب أن يستند إلى القيمة السوقية العادلة للإستثمار أو العوائد التي تمت مصادرتها وذلك قبل المصادرة مباشرة أو في الوقت الذي أصبحت فيه المصادرة المقترحة على علم عام. أيًا كان التاريخ الأقدم لا بد من أن يدفع للمستثمر المتضرر بالإضافة إلى التعويض، فائدة معادلة لتلك التي من الواجب على حكومة الإقليم الذي تمت فيه المصادرة أن تدفعها. على أن تحتسب هذه الفائدة من تاريخ تحقق المصادرة".¹

على الرغم من أهمية مسألة تاريخ تقييم قيمة الإستثمار على صعيد تحديد قيمة التعويض، حيث إنه من ناحية، يمكن أن تختلف قيمة الإستثمار بمرور الوقت خاصةً عندما تأخذ المحكمة القيمة السوقية وتقلبات السوق بالإعتبار. ومن ناحية أخرى، يمكن أن يختلف مقدار الفائدة بشكل كبير حسب التاريخ المرجعي المحدد، إلا أنه ثمة بعض الحالات التي يكون من الصعب فيها تحديد هذا التاريخ وسنوردها في حالتين.

الحالة الأولى، صدور قرار التحكيم بعد عدة سنوات من اللجوء إلى تدبير نزع الملكية. فهل يرجع في تقييم قيمة الإستثمار إلى تاريخ إتمام المصادرة؟ أم إلى تاريخ صدور الحكم التحكيمي؟

I Art 8.1: "...Such compensation shall be based on the fair market value of the investment or returns expropriated immediately before the expropriation or at the time the proposed expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall be payable from the date the expropriation takes final effect with interest equivalent to the interest paid by the government of the territory in which the expropriation is taking place in its general borrowing".

في هذا المجال، قضت هيئة التحكيم مؤخرًا بأنه في حالة المصادرة غير المشروعة لا شيء يمنع من الرجوع إلى كل من تاريخي الإستملاك الرسمي وتاريخ إستحقاق التعويض الذي سمح للمستثمر بالحصول على تعويض يتوافق مع "الاستخدام الأمثل" للإستثمار والإختيار بينهما. وهكذا، في قضية Marion & Reinhard UNGLAUBE ضد دولة كوستاريكا، بشأن المصادرة المباشرة غير المشروعة لقطعة أرض بعد بضع سنوات من وضع هذه الأرض في منطقة محمية بيئيًا، رأت المحكمة أنه يمكن تقييم القيمة السوقية للأرض في تاريخ لاحقٍ لتاريخ المصادرة المباشرة التي تمت بشكل غير مشروع^١.

أما الحالة الثانية، حالة تعرض الإستثمار لتدابير وتصرفات متتابة من قبل الدولة بمرور الوقت تلحق الأذى به. ويسمى ذلك "المصادرة التدريجية"^٢ أو المصادرة "الزاحفة" لتسليط الضوء على سوء نية الدولة المضيفة، كما جاء في الحكم الصادر في قضية Generation Ukraine Inc. v. Ukraine تاريخ ١٦ أيلول ٢٠٠٣.

تتمثل الإشكالية في هذه الحالة في ضرورة التمييز بين سلسلة الإجراءات المتعاقبة الحاصلة من قبل الدولة المضيفة، والوصول إلى تحديد تلك الحاسمة منها التي في ظلها توصلت الدولة إلى الإستيلاء على الإستثمار وإتمامها فعل المصادرة. فضلًا عن أن تحديد الفعل الحاسم قد يكون خادعًا في كثير من الأحيان لاسيما في حال قامت المحكمة بتحليل كل إجراء متخذ من قبل الدولة على أساس أنه حالة منفردة على حدة. تجدر الإشارة إلى أن غالبية معاهدات الإستثمار الثنائية تقريبًا لا تقدم أي إرشادات حول طرق تقييم الضرر. هذا النقص أمر مؤسف، لأن المبالغ المعنية قد تختلف من واحدة إلى أخرى، وهذا يتوقف على طريقة الحساب المستخدمة. وهكذا فإن الدول الأطراف في معاهدة الإستثمار الثنائية تترك هامشًا للمناورة للمحكّمين وخاصةً لشركات المحاسبة التي تستخدم صيغًا متنوعة وغير متوقعة من حالة إلى أخرى.

1 Marion & Reinhard UNGLAUBE v. Republic of Costa Rica, (ICSID case No. ARB/08/1 and ARB/09/20), judgment of May 16, 2012, paragraph 309 – 3015 – 3016.

٢ المصادرة التدريجية "هي شكل من أشكال المصادرة غير المباشرة وذات توقيت زمني مميز، بمعنى أنها تلخص الموقف الذي تتوج بموجبه سلسلة من الأفعال المنسوبة إلى الدولة على مدى فترة زمنية من الزمن بالاستيلاء على تلك الإستثمارات.

المطلب الثاني: النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

شهد عالم التبادل التجاري الدولي تنوعاً في صور النظم القانونية التي تحكم العقود التجارية الدولية وما ينشأ عنها من نزاعاتٍ وذلك تلبيةً لإحتياجاتٍ ومتطلبات هذا النوع من الممارسات التي هي في تطورٍ دائمٍ وملحوظٍ تبعاً للنمو المتسارع في العالم. فإما أن نكون أمام اعتماد لنظم قانونية ذات طابع عام، كما يصنفها فقهاء العالم التجاري والدولي، أو أن نكون أمام نظمٍ خاصةٍ تلائم في طبيعتها ومضمونها متطلبات معالجة النزاعات الدولية، وهو ما سنقوم ببيانه تباعاً.

وعليه، سنتناول فيما يلي " صور النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي " (النبذة الأولى)، و"تمايز النظم الخاصة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي " (النبذة الثانية).

النبذة الأولى: صور النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

من السهل جداً أن نلاحظ التنوع والتعدد في مصادر القواعد القانونية التي تستند إليها الهيئات التحكيمية في الإجتهاادات الصادرة عنها. فإما أن نكون أمام قاعدة قانونية وطنية ارتقت لمستوى قاعدة عابرة للحدود الوطنية تلائم أحكامها مضمون النزاع الحاصل أو أن نكون أمام تطبيق لإحدى نصوص المعاهدات الدولية^١ أو الإتفاقيات الثنائية الإستثمارية.

بمعنى آخر، نحن أمام تطبيق لنظم عامة وأخرى خاصة ارتقت في مستواها لتصبح ذات طابع عالمي، عابرةً للحدود الوطنية. فما طبيعة هذه النظم؟ سنتناول فيما يلي النظم العامة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي (الفقرة الأولى) والنظم الخاصة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي (الفقرة الثانية).

١ معاهدة فيينا لعقود البيع الدولية ١٩٨٠م، اتفاقية لاهاي، الصادرة في الأول من يوليو ١٩٦٤ والتي جاءت بقانون موحد خاص بالمنقولات.

الفقرة الأولى: النظم العامة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي

إن التوصل إلى توافق تام في الآراء حول القانون الموضوعي الواجب التطبيق على مضمون العقود التجارية الدولية من خلال الاختيار والمفاضلة بين أحد القانونين العائدين لبلد كل طرف من أطراف العقد ليس دائماً بهذه السهولة. ففي الكثير من الأحيان تغلب رغبة أحد الأطراف على الآخر بإختيار قانون بلده بإعتباره الأكثر ملائمةً لعلاقاته التعاقدية والأكثر حفاظاً على حقوقه بالتعويض وغيره، لذلك نشهد إتجاه أطراف العلاقة التعاقدية وإلا فالمحكم نحو إختيار نظم قانونية أكثر شفافيةً لتسوية نزاعاتهم بإعتبار أن مثل هذا الإختيار سيؤدي إلى نتائج محايدة وغير متحيزة. وقد تتمثل هذه النظم بقواعد عامة أو أخرى خاصة كما أشرنا أعلاه.

وتعد "المبادئ العامة للقانون" المستقاة من الأعراف والعادات التجارية وغيرها من المصادر وكذلك الإجتهادات التحكيمية الدولية أحد أهم النظم العامة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي. وقد كرست قواعد التحكيم والإتفاقيات الدولية هذا المبدأ، حيث نصت على أن المحكم يحكم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وإن مصطلح "القواعد القانونية" يتسع ليشمل منح القانون للأطراف إمكانية جعل إختيارهم ينصب على قواعد وطنية أو دولية أو أكثر من ذلك باللجوء إلى قواعد ال *lex mercatoria* بمصادرها المتعددة. فما هو مفهوم هذه القواعد؟ وكيف ساهمت الإجتهادات التحكيمية في خلق أو تكريس قواعد قانونية باتت في مجموعها بمثابة قانون خاص بالعمليات التجارية الدولية تبنتها معظم البلدان وأصبحت جزءاً من نظمها القانونية؟

البند الأول: قواعد ال *lex mercatoria* كمصدر من قواعد القانون التجاري الدولي.

في كثير من الأحيان تكمل الأطراف إختيارها للقانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع أو تتجنبه تماماً من خلال الإشارة إلى قواعد ال *lex mercatoria*. وبعد مقالٍ أصبح مشهوراً "ال *lex mercatoria* في العقود والتحكيمات الدولية"، وفي نفس العام، البروفيسور BERTHOLD GOLDMAN، والذي كان المروج الأول لقانون التجار، وصفه بأنه "قاعدة مؤسسية قامت تدريجياً بتغذية الهياكل والأداء القانوني المناسب لمجتمع مشغلي التجارة الدولية وتستمر في تغذيتها". فما هو التعريف

المعطى لهذه القواعد؟ و ما دورها في عالم التحكيم التجاري الدولي لناحية معالجة المحكم لمسألة التعويضات والخسارة اللاحقة بأحد أطراف العقد التجاري الدولي؟

فيما يلي سنتناول قواعد الـ "lex mercatoria" من حيث ماهية هذه القواعد ودورها في تنظيم مسألة التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

أولاً: ماهية قواعد الـ Lex Mercatoria

ترجع النشأة الأولى لفكرة الـ Lex mercatoria أو ما يعرف بـ "قانون التجار الدولي" إلى القرون الوسطى، حيث إن ذاتية هذا القانون نتجت من الحاجة والعمل التجاري وتطورت بعد ذلك بظهور الشروط العامة للبيع والأشكال النموذجية للعقود وانتهت بتجميع العادات التي تسود بين التجار والأعراف التجارية^١.

يمكن تعريف الـ lex mercatoria على أنها مجموعة من القواعد ذات الأصول المختلفة والمحتوى الذي أنشأه المجتمع التجاري لتلبية إحتياجات التجارة الدولية. هي مجموعة من المبادئ العامة للقانون، العقود النموذجية، والقرارات التحكيمية^٢. وعلى الرغم من وضوح فكرة أو نشأة قواعد الـ Lex Mercatoria، يبقى مع ذلك من الصعب إيجاد تعريف جامع وموحد لها تتفق عليه مختلف التيارات والمذاهب في مجال التجارة الدولية نظراً لوجود العديد من التعريفات لدى العديد من المؤلفين الذين تعاملوا مع هذا الموضوع.

تعتبر قواعد الـ lex mercatoria مصدراً مهماً للقانون التجاري الدولي، عابراً للحدود الوطنية تم إنشاؤه من قبل المجتمع التجاري ولكنه ليس المصدر الوحيد للتجارة الدولية. وقد ظهرت العديد من المفاهيم لقانون التجار الدولي و تناوله العديد من الفقهاء في مؤلفاتهم، ولعل أبرزهم الأستاذان *Berthold Goldman* و *Clive Schmitthoff*.

وفقاً لـ *Goldman*، وتبعاً لأساس فكرة التضارب بين القواعد الداخلية المستقلة حول موضوع النزاع، يمكن تعريف قانون التجار تبعاً "لموضوع مصادره"، أي على أساس مصادر القانون التي تهدف إلى تنظيم التجارة الدولية. من شأن هذا التعريف أن يؤدي إلى فهم أوسع، يصف قانون التجار بإعتباره القانون المناسب

١ فيصل عبد شياح، دراسة في الأساس النظري لقانون التجار الدولي الجديد، رئاسة الجامعة المستنصرية قسم الشؤون القانوني، ص ٣٢٧.

2 Cours de droit.net, la lex mercatoria, source du droit du commerce international – <https://cours-de-droit.net/la-lex-mercatoria-source-du-commerce-international-a126608090/>

للعلاقات الاقتصادية الدولية، بغض النظر عن أصل وطبيعة مصادره. وبالتالي لن تقتصر المصادر على القانون العرفي عبر الوطني فحسب، بل ستشمل كذلك مختلف التشريعات من إتفاقيات دولية وقواعد وطنية، وذلك بهدف تنظيم التجارة الدولية.

من جهةٍ أخرى، أصر Goldman على فكرة أن الـ *lex mercatoria* تكتسب خصائص النظام القانوني (*ordre juridique*)، الذي عرّفه على أنه مجموعة من القواعد والمؤسسات المحددة التي تنشأ عن تشكيل ونشاط فئة إجتماعية معينة. وجادل بأن التجار المشاركين في التجارة الدولية يشكلون مجموعة إجتماعية محددة، وعلى الرغم من كونها مجموعة غير متجانسة إلا أن المجتمعات التجارية المختلفة للتجارة الدولية تضم مجتمعاً عالمياً يتم تحديد إحتياجاته وقواعده العرفية من خلال الطابع الإقتصادي الدولي للعلاقات التي يتم إنشاؤها داخله. وقد اعتبر نظام *Lex mercatoria* الجديد نظاماً قانونياً ثالثاً مستقلاً إلى جانب القوانين المحلية والقانون الدولي العام¹.

وفي رأي Goldman ليس من الضروري أن يعتمد نظام الـ *Lex mercatoria* على توافقه مع جميع الأحكام الإلزامية من قوانين الدول الملزمة بالتجارة الدولية، ولكن على الأكثر مع السياسة العامة الدولية لهذه الدول، وربما فقط مع سياسة عامة دولية حقيقية مشتركة بين جميع الدول، أو الغالبية العظمى منها. فتدخلات التشريعات الوطنية، مثل القوانين الموحدة أو الإتفاقيات الدولية، ليست منشأً لقانون التجار الدولي إنما هي مجرد وسيلة لتنفيذ و/أو صياغة العادات الحالية وتكريس المبادئ التجارية الدولية².

أما الأستاذ *Clive Schmitthoff* فمن جهته، طرح تعريفاً للمصطلح اللاتيني "*Lex Mercatoria*" بأنه: "مجموعة القواعد التي تعالج علاقة التجارة الدولية والمستمدة من التشريع الدولي، كالإتفاقيات الدولية، التي تتبنى تشريعاتٍ موحدة، وتلك المستمدة من العقود النموذجية والشروط العامة التي تصفها وتروج لها المنظمات الدولية التجارية الخاصة مثل غرفة التجارة الدولية أو العامة مثل اللجنة الاقتصادية لأوروبا في

1 Klaus Peter Berger, The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles, parag 48.

2 ECLIN Mert, Lex Mercatoria in International Arbitration, Thesis submitted for assessment with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws of the European University Institute, Florence, November 2012, p. 32.

الأمم المتحدة، فضلاً عن عادات التجارة الدولية التي تنشأ عن النشاط العفوي والتلقائي للتجار والشركات غير الوطنية".

وقد جادل *Schmitthoff* في فكرة أن قانون ال *Lex Mercatoria* الحديث ليس فرعاً من القانون الدولي، إنما يتم تطبيقه في كل ولاية قضائية وطنية من خلال سلطة السيادة الوطنية، التي قد تتجاوز سياستها العامة أو تؤهل قاعدة معينة تشكل بدايةً لقانون تجاري دولي مستقل، والذي لم يعد يتشكل من قبل القوانين الوطنية¹.

وعليه نرى أن هذه القواعد لا إرتباط لها مع أي نظام قانوني وطني، وإنما هي نتاج مجتمع متماسك تقوم بين أعضائه علاقات ومبادلات لها خصوصيتها وتنظيمها الذاتي. ويعزى ظهور هذه القواعد إلى عدم إستجابة القوانين الوطنية لمتطلبات التجارة الدولية، فضلاً عن إخفاق المشرعين في الدول المختلفة في السيطرة على عقود التجارة الدولية وذلك نظراً لسرعة تطورها وعدم ملائمة الحلول التقليدية لها، فبرزت الحاجة الكبيرة إلى مثل هكذا قواعد أكثر تقرباً من الحاجات المختلفة للتجار.

وعن مصادر قواعد ال *Lex mercatoria*، وفقاً لـ Goldman، بما أن الثغرات في قانون التجار الدولي *Mercatoria Lex* هي أكبر من تلك الموجودة في النظم القانونية الوطنية، يعتبر قانون ال *Lex Mercatoria* أكثر إنفتاحاً أمام المبادئ المستمدة من الأنظمة القانونية الوطنية والنظام القانوني الدولي. وقد أشار Goldman بأن المبادئ العامة للقانون وعلى الرغم من غموض أصلها إلا أنها تشكل مصدراً حقيقياً لقواعد قانون التجار الحديث. ويمكن تقسيم هذه المبادئ:

من جهة، إلى فئة مشتركة بين الجميع أو بمعنى آخر إلى مبادئ معمول بها لدى غالبية كبيرة من النظم القانونية الوطنية، على سبيل المثال *pacta sunt servanda*². بالإضافة إلى إعتبارها جزءاً من قانون التجار، حيث لا يشير الطرفان في النزاع إلى هذه المبادئ عند إعتمادها على أنها مبدأ مأخوذ من

1 ECLIN Mert, op.cit, p. 34.

2'Pacta Sunt Servanda' is perhaps one of the most important and oldest principles in international law, which states that 'an agreement must be complied with'. This principle forms the basis of almost all international law, for without it, no international treaty would be binding on any of its signatories.

قانون وطني معين، إنما تتم الإشارة إليها على أنها مبادئ تسيطر على القانون عبر الوطني في كل مرة يكون فيها العقد الدولي العابر للحدود تحكمه قواعد الlex mercatoria. ومن جهةٍ أخرى، إلى فئة من المبادئ الراسخة تدريجياً من خلال إستخداماتٍ عامة وثابتة للتجارة الدولية وليست مجسدة في معظم النظم القانونية الوطنية، مثل مبدأ التخفيف من الأضرار Mitigation of damages.

وبالتالي يمكن الإستناد إلى كلتا المجموعتين من المبادئ العامة للقانون سواء تلك المعمول بها في مختلف النظم الداخلية الوطنية والتي أصبحت بمثابة جزءاً لا يتجزأ عنها، أو تلك الراسخة نتيجة التعاملات التجارية المتكررة والتي أضحت بمثابة أعراف تجارية مكرسة دولياً، وذلك بغية ملء الفجوات في الأحكام المعتمدة لتسوية النزاعات عبر الوطنية دون الرجوع إلى أية قوانين وطنية.

بالنسبة للفقيه Schmitthoff، قال بأن قانون التجار في مرحلته الثالثة^١ مشتق من مصدرين، وهما "التشريع الدولي" و"العرف التجاري الدولي". تغطي التشريعات الدولية الإتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية، لذلك فهي لوائح معيارية مقصودة متفق عليها من قبل الدول. أما العادات التجارية الدولية، فتتكون من إستخدامات وممارسات تجارية مقبولة وتكرر وتعتمد بإستمرار على نطاق واسع إلى أن أصبحت تؤلف عرفاً تجارياً دولياً وأصبح من الممكن صياغتها كنصوص موثوقة.

استند Schmitthoff في نظريته عن قانون التجار الحديث على مبدأ إستقلالية إرادة الأطراف في تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق على العقد في حال النزاع، والذي اعتبره الأساس الذي يمكن أن يبنى عليه قانون مستقل للتجارة الدولية. فمن وجهة نظره، تأسست الlex mercatoria الحديثة في نهاية المطاف على القانون الوطني، وتم تطويرها فيما بعد من خلال الأعمال التجارية الدولية في الكثير من الدول حيث الحرية متروكة للأطراف لترتيب لوائحهم القانونية الخاصة داخل الحدود التي وضعتها متطلبات السياسة العامة البلدية وربما السياسة العامة الدولية.

١ مر قانون التجار الدولي بثلاث مراحل، مرحلة العصور الوسطى أطلق عليه تجار أوروبا مصطلح (lex mercatoria) للتعبير عن اللوائح التي نشأت بشكل تلقائي جراء نشاط وسلوك هؤلاء التجار في الأسواق. وفي المرحلة الثانية، خصوصاً في القرنين الثامن والتاسع عشر، حيث ظهور حركة التقنين الوطنية لقانون التجارة الدولية وقبل ظهور المفهوم الجديد للدولة، فقد القانون صفاته العملية والدولية. وفي الفترة المعاصرة، عادت صفته الدولية بالظهور وأصبح يهيمن على التجارة الدولية قانون جديد للتجار.

وعليه، تتكون قواعد ال *lex mercatoria* من قواعد موحدة تعترف بها سيادة الدول ويتم تطويرها من خلال الأعراف التجارية الدولية، نظرًا لقصور النظم الوطنية عن الإلمام بكافة الممارسات التجارية وما قد ينشأ عنها من منازعات. وهنا لا بد من طرح التساؤل التالي: كيف ساهمت قواعد ال *Lex Mercatoria* في إيجاد حلول تتلائم وطبيعة المنازعات التي تنشأ عن التعاملات التجارية والاستثمارية الدولية لاسيما إشكالية التعويض عن الأضرار والخسائر من خلال اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

ثانيًا: قواعد ال *lex mercatoria* والتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

قدم التحكيم الدولي مساهمة كبيرة في تطوير قانون مستقل للتجارة الدولية بسبب مرونة نهج التحكيم، حيث يميل المحكمون إلى مراعاة الإستخدامات التجارية بسهولة أكبر من المحاكم الوطنية. وقد كرست قواعد ال *lex mercatoria* العديد من المبادئ إستندت إليها الهيئات التحكيمية والمحكمين في عملية تقدير الأضرار الناتجة عن النزاعات التجارية والاستثمارية الدولية وكيفية التعويض عنها. فإطلاقاً من أن قانون التجار الدولي *lex mercatoria* هو مجموعة من الأعمال والأعراف التجارية الدولية والأحكام التحكيمية، كرست هذه الأخيرة العديد من المبادئ العامة التي باتت معتمدة في العديد من الأنظمة القانونية ولعل أبرزها "قاعدة توقع الضرر القابل للتعويض"، "قاعدة التعويض الكامل عن الضرر"، والقاعدة الأبرز "إلتزام الدائن في تخفيف الضرر".

وفي هذا المجال، ذكرت الهيئات التحكيمية، وكذلك فقه التحكيم الدولي، بإنتظام، "القاعدة التي بموجبها لا يلتزم المدين إلا بالنتائج المتوقعة لعدم أدائه وقت صياغة العقد"، حيث تعددت الأحكام التي أكدت على ضرورة أن يكون الضرر القابل للتعويض "متوقع" إلى أن أضحت المبدأ المذكور بمثابة قاعدة عابرة للحدود الوطنية، معتمدة في الأنظمة الداخلية للعديد من الدول. فالمحكم في كل مرة يتجه نحو تحديد طبيعة الضرر الناشئ عن المنازعات التجارية الدولية ومدى قابليته للتعويض، وعند خلو العقد القائم بين الأطراف موضوع النزاع عن تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، لا يستند في قراره على قانون دولة معين بل يتجاوز ذلك من خلال مقارنة الأنظمة الداخلية للعديد من الدول التي تتعاطى التجارة الدولية، وبإنتفاحه على

المبادئ التجارية الدولية التي إستقرت المحاكم التحكيمية على الإستناد إليها في أحكامها لملائمتها لطبيعة التعاملات التجارية الدولية الحديثة.

على سبيل المثال، إن تناول قواعد ال *lex mercatoria* لمسألة التعويض عن الضرر في المنازعات التجارية الدولية والإعتراف بالطبيعة العابرة للحدود الوطنية للقاعدة القائلة "بالتعويض عن الضرر التعاقدى المتوقع" قد يكون بشكلٍ ضمني كما بشكل صريح، فالعديد من الأحكام التحكيمية أقرت بالقاعدة المذكورة بشكل ضمني، كما هو الحال في القرار رقم ٣٤٩٣ لعام ١٩٨٣ الصادر عن ال CCI الذي طبق المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري التي تقصر التعويض على الضرر التعاقدى المتوقع وذلك بعد ملاحظة أن أحكام هذا القانون لا تتعارض مع مبادئ القانون الدولي. كما قد يكون بشكل صريح في بعض الأحيان، على سبيل المثال قرار Amco الأول الصادر تحت رعاية ICSID في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٤، حيث لحظت هيئة التحكيم أنه "وفقاً للمبادئ والقواعد المشتركة في الأنظمة القانونية الرئيسية، يجب أن تقتصر الأضرار القابلة للتعويض على الضرر المباشر والمتوقع".

من جهةٍ أخرى، كرست كذلك قواعد ال *lex mercatoria* القاعدة القائلة "بمبدأ التعويض الكامل عن الضرر". نادى العديد من الفقهاء المعاصرين في عالم التحكيم والتجارة الدولية بهذه القاعدة كأمثال فيليب فوتشارد، إيمانويل غيلارد، ووبرتولد غولدمان، وجميعهم أقروا بأن المبادئ المرتكز عليها في عالم التحكيم والتجارة الدولي، ونتيجة الإعتماد المتكرر عليها في الإجتهد التحكيمي ارتقت لتصبح جزءاً من قواعد قانون التجار الدولي العابر للحدود الوطنية. نذكر من هذه القواعد "مبدأ التعويض الكامل للضرر ليشمل الخسارة المتحققة والربح الفائت"، وهو من المبادئ المتوافق عليها في معظم النظم الوطنية إن لم يكن ينتمي بالضرورة إلى السياسة العامة الدولية لهذه الدول. كذلك الأمر بالنسبة لقاعدة "واجب الدائن الإلتزام في تخفيف الضرر"، حيث اعترف فقه التحكيم الدولي بأن واجب الدائن في تخفيف الضرر يشكل أحد مكونات ال *lex mercatoria*.

كذلك، إن إستتساخ الحلول المتماثلة في القرارات التحكيمية، من خلال تطبيق المحكمين للقواعد المنصوص عليها في القوانين الوطنية أو الأعراف في التعاملات التجارية يوضح بالفعل الطبيعة عبر الوطنية لهذه القواعد والمعايير، حيث لم يعد المحكمون يرون ضرورة في تبرير لجوئهم وإستنادهم في قراراتهم

إلى هذه القواعد العابرة للحدود الوطنية، بإعتبارها أصبحت جزءاً لا يتجزأ من قواعد التجارة الدولية. فكل شيء يسير كما لو أن المحكمين ومشغلي التجارة الدولية قبلوا تماماً فكرة أن هذه المبادئ والإلتزامات المكرسة في نصوص داخلية وأعراف تجارية أضحت مفروضة حتى خارج تطبيق قانون الدولة.

بعد تناول قواعد ال *lex mercatoria* كأحد النظم العامة العابرة للحدود الوطنية والمنظمة لقواعد التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي، سنتناول فيما يلي أهم ما جاء في الإجتهاادات التحكيمية في هذا الخصوص.

البند الثاني: أهم الإجتهاادات التحكيمية في مجال التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

تعتبر مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن النزاعات التي قد تطل عقود التجارة الدولية من أهم المسائل التي تشغل الوسط التجاري الدولي في يومنا هذا، لاسيما في ظل ما تشهده التجارة الدولية من تطورات سريعة سواء من جهة الحادثة في صياغة العقود المبرمة دولياً وانفتاح الدول أكثر فأكثر على بعضها البعض، أم لجهة ازدياد نفوذ وإمكانيات الدول الكبرى المستثمرة في مواجهة الدول النامية وبالتالي ازدياد السلوك غير المشروع في تنفيذ العقود فضلاً عن الأضرار الناجمة عنها.

في ظل هذ التطورات تمكن التحكيم التجاري الدولي من أن يحصد لنفسه إعتباره الوسيلة الفضلى لحل النزاعات الدولية إلى أن أصبحت الإجتهاادات التحكيمية الدولية في العديد منها بمثابة قواعد مكرسة تنظم العمليات التجارية الدولية، تبنتها معظم النظم الداخلية لدى الدول التي تتعاطى التجارة الدولية وتشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون التجاري الدولي.

فإنطلاقاً مما للإجتهاادات التحكيمية من دور في إغناء قواعد القانون التجاري الدولي، وأمام أهمية الإشكالية موضوع دراستنا "التعويض عن الضرر في قانون التحكيم"، سنتناول فيما يلي الإجتهد التحكيمي الصادر في "قضية مصنع Chorzów" بشكلٍ مفصل بإعتباره من أهم الإجتهاادات لا بل الإجتهد الأول الذي كرس قاعدة كيفية التعويض عن الضرر الناتج عن المنازعات في العقود الإستثمارية، وذلك كنموذج عن أحد أهم المبادئ العامة العابرة للحدود الوطنية التي نظمت مسألة التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

وعليه فيما يلي سنورد (أولاً) أهم ما جاء في وقائع هذه القضية، لنبين من ثم أهم المبادئ التي خلصت إليها الهيئة التحكيمية في قرارها والتي أصبحت بمثابة قواعد مكرسة دولياً تستند إليها المحاكم التحكيمية في قراراتها (ثانياً).

أولاً: قضية Chorzów

تتعلق هذه القضية بانتهاك للمعاهدة الثنائية الدولية التامة بين ألمانيا وبولندا تحت تسمية "Geneva Upper Silesia convention 1922" اتفاقية سيليزيا العليا لعام ١٩٢٢.

حيث إنه بعد الحرب العالمية الأولى، وبعدما إستعادت بولندا لاستقلالها، وافقت ألمانيا أن تنقل السيطرة إليها على منطقة تسمى منطقة سيليزيا العليا (أي Chorzów و Krolweskahuta) على أن تبقى ملكية مصنع النترات Chorzów المشيد عليها عام ١٩١٥ عائدة للحكومة الألمانية^١.

وكجزء من إستعادت بولندا لإستقلالها، أبرمت ألمانيا وبولندا الإتفاقية الثنائية بشأن سيليزيا العليا (اتفاقية جنيف) في عام ١٩٢٢، بموجبها قُيدت السلطة السيادية لبولندا بعدم منحها الحق في مصادرة الأصول الألمانية في سيليزيا العليا. إلا أنه وعلى الرغم من هذا التقييد، أخلت بولندا في تنفيذ الإتفاقية المذكورة ونقلت فيما بعد حيازة وإدارة المصنع إلى مواطن بولندي.

نتيجةً للسلوك غير المشروع من جانب دولة بولندا المتمثل بخرقها للإلتزامها الدولي بموجب إتفاقية سيليزيا العليا لعام ١٩٢٢ نشأ النزاع بين الدولتين، الأمر الذي دفع بألمانيا أن تتجه نحو المطالبة بالتعويض عما لحق بها من أضرار نتيجة الخرق الذي طال بنود المعاهدة من جانب دولة بولندا.

وعليه، تقدمت الحكومة الألمانية في ٨ فبراير ١٩٢٧ أمام محكمة العدل الدولية الدائمة بدعوى تتطلب فيها بالتعويض الناتج عن الموقف الذي اتخذته حكومة بولندا تجاه الشركات الألمانية بإستيلائها على مصنع النترات الموجود في Chorzów، وهو الموقف الذي لا يتوافق مع أحكام المادة ٦ والمواد التالية من

1 Mark W Friedman and Floriane Lavaud, Damages Principles in Investment Arbitration, 29 November 2018, via:

<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1177418/damages-principles-in-investment-arbitration#footnote-070>

اتفاقية سيليزيا العليا المبرمة في جنيف في ١٥ مايو ١٩٢٢، بين ألمانيا وبولندا. وقد جاء في مطالب الجهة المدعية^١:

- إن الحكومة البولندية ملزمة بتعويض الأضرار التي لحقت بالشركتين Oberschlesische Stickstoffwerke و Bayerische Stickstoffwerke نتيجة الإستيلاء الحاصل على مصنع النترات وذلك من ٣ يوليو ١٩٢٢ حتى تاريخ هذا الحكم.
- إن الحكومة البولندية ملزمة بمنح تعويضات ناجمة عن الأضرار، التي تصل إلى ٥٩.٤ مليون و ١٦.٧٧٥ مليون مارك ألماني، اللاحقة بالشركتين المذكورتين.
- على بولندا التزام دولي بدفع تعويضات إلى ألمانيا نتيجة انتهاك اتفاقية جنيف.

ولعل السؤال الأبرز المطروح أمام المحكمة هو ما إذا كان يمكن جعل بولندا مسؤولة عن مثل هذا الانتهاك للاتفاقية؟ وفي حال ثبوت سلوكها غير المشروع ماهي الصيغة المتبعة للتعويض على الحكومة الألمانية؟

ثانياً: أهم المبادئ التي خلصت إليها الهيئة التحكيمية في قرارها

توضح قضية Chorzów نفسها كيف أن التعويض العيني هو الوسيلة الفضلى للتعويض الكامل عن الضرر وإلا فالتعويض النقدي الموازي له. فقد رأت المحكمة أن بولندا إتخذت إجراء غير قانوني ينتهك التزامها بموجب إتفاقية جنيف. لهذا السبب، يحق لألمانيا الحصول على تعويض عن جميع الأضرار التي يمكن تقييمها مالياً، أي الأضرار المباشرة ، فضلاً عن الأرباح المستقبلية الفائتة.

وقد حددت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في ١٣ سبتمبر ١٩٢٨ أهم الأسس الموضوعية بشأن قضية مصنع Chorzów و أبرزها: "إن المبدأ الأساسي الوارد في المفهوم الفعلي للسلوك غير القانوني- وهو مبدأ من الواضح أنه راسخ في الممارسة الدولية، لا سيما قرارات هيئات التحكيم- هو أن التعويض يجب قدر الإمكان أن يمحو جميع عواقب الفعل غير القانوني وإعادة الوضع إلى ما كان سيكون

1 Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (July 26):

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm(+ attached Pdf).

عليه في جميع الاحتمالات، لو لم يرتكب هذا الفعل. التعويض العيني أو دفع مبلغًا موازٍ لقيمته إذا لم يكن ممكنًا؛ بالإضافة إلى منح التعويض إذا لزم الأمر عن الخسائر المتكبدة والتي لن يشملها التعويض العيني أو الدفع النقدي البديل عنه".¹

وعليه إن الدولة المسؤولة ملزمة بالتعويض عن كامل عن الأضرار الناجمة مباشرة عن فعلها غير المشروع دوليًا، سواء كان هذا الضرر ماديًا أو معنويًا. وقد أضحى المبدأ المذكور بمثابة قاعدة عرفية في مجال التجارة الدولية عرفت "بمعيار التعويض الكامل عن الضرر" إستندت إليها فيما بعد العديد من الهيئات التحكيمية في قراراتها.

وقد رأت بعض المحاكم أن معيار القانون الدولي العرفي المنصوص عليه في Chorzów لا ينطبق فقط على المصادرة، ولكن أيضًا على الإنتهاكات الأخرى لمعاهدات الإستثمار (ما لم ينص على خلاف ذلك بموجب المعاهدة المعمول بها). على سبيل المثال، في قضية BG Group ضد الأرجنتين، طبقت المحكمة القواعد العرفية Chorzów حيث كان الخلاف قيد النظر هو حكم المعاملة العادلة والمنصفة. كذلك طبقت العديد من المحاكم الأخرى معيار "التعويض الكامل عن الضرر" في كل مرة تكون الدولة قد ارتكبت سلوك غير قانوني بخلاف المصادرة القانونية.²

ونظرًا لأهمية ما جاء في قرار محكمة العدل الدولية من مبادئ تم اعتمادها لدى العديد من الهيئات التحكيمية في قراراتها حول التعويض عن الضرر الناشئ عن السلوك غير المشروع للدول في إطار العلاقات الإستثمارية والتجارية الدولية، تم تدوين معيار القانون الدولي العرفي المفصل في قضية Chorzów في مسودة المواد حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليًا³ (المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة).

1 «Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis».

2 Mark W Friedman and Floriane Lavaud, Damages Principles in Investment Arbitration, Full reparation: the Chorzów standard, 29 November 2018, via: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1177418/damages-principles-in-investment-arbitration#footnote-070>

3 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts:
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

فعلى سبيل المثال، جاء في المادة ٣١ منها: "تُلزم الدول بالتعويض الكامل عن الضرر الناجم عن الفعل غير المشروع دولياً".^١ وتوضح التعليقات المصاحبة للمادة المذكورة، أن الإلتزام بالتعويض الكامل هو الإلتزام العام الثاني للدولة المسؤولة الذي يترتب على إرتكابها فعل غير مشروع دولياً. وقد ذكرت PCIJ في قضية Chorzów المبدأ العام لعواقب ارتكاب فعل غير مشروع دولياً:

"من مبادئ القانون الدولي أن خرق الإتفاق ينطوي على إلتزام بالتعويض عن الضرر بشكل مناسب. وبالتالي، فإن التعويض هو المكمل الذي لا غنى عنه عند الفشل في تطبيق إتفاقية دولية وليس هناك ضرورة لذكر ذلك في الإتفاقية نفسها". وعليه "إن التعويض الكامل في المصنع Chorzów، يحتم على الدولة "محو جميع عواقب الفعل غير القانوني وإعادة الوضع إلى ما كان سيكون عليه، في جميع الإحتمالات، لو لم يرتكب الفعل".

كذلك المادة ٣٦ بدورها: "١- الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً ملزمة بالتعويض عن الضرر الناجم عن ذلك، طالما أن هذا الضرر لا يصلح عن طريق الرد.

٢- يجب أن يغطي التعويض أي ضرر يمكن تقييمه مالياً بما في ذلك الكسب الفائت بقدر ما تم إثباته".

توضح المادة المذكورة، أن التعويض النقدي للضرر القابل للتقييم مادياً "يأتي أولاً من بين أشكال التعويض" باعتبار أن الدولة المسؤولة ملزمة بمسح العواقب القانونية والمادية المترتبة على فعلها غير المشروع، وذلك في كل مرة يكون فيها التعويض عن طريق "الرد العيني" "غير متاح أو غير كافٍ" لاسيما إذا ما تم تدمير الممتلكات المعنية أو تغيرت بشكل أساسي في طبيعتها أو أنه لا يمكن إعادة الوضع إلى ما كان عليه لسبب ما". مع الإشارة إلى أن الطرف الذي كانت أصوله موضوعاً لسلوك غير مشروع من قبل الدولة يحتفظ بالحق في "الإختيار بين الأشكال المتاحة للتعويض".

1 Art 31. Reparation: "1.The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.

2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State"

وعليه، إن للنظم العامة العابرة للحدود الدولية- سواء كنا أمام أعراف تجارية أصبحت في مجموعها، نتيجة الإعتماد المتكرر عليها من قبل العاملين في مجال التجارة الدولية، قواعد مكرسة في العديد من الأنظمة القانونية تشكل في مجموعها قانون دولي للتجار، أم أمام مجموعة من الإجهادات التحكيمية، يتم الإستناد إليها و إستنساخها كحلول تتلائم وطبيعة النزاعات التجارية الدولية، إلى أن أصبحت قواعد قانونية مكرسة لدى العديد من الدول وعابرة للحدود الوطنية- فإن كل منها قد لعب دورًا بارزًا في تسوية المنازعات الدولية في عالم التجارة والإستثمار وجعل من التحكيم الدولي الوجهة الأمتل للعاملين في المجال التجاري، تبعًا لما يوفره من سرعة وسهولة في حماية حقوق المتضررين والتعويض عن خسائرهم وبالتالي خلق نوع من الأمان القانوني لديهم يشجعهم أكثر فأكثر على إقامة المزيد من الصفقات التجارية والإستثمارية وبالتالي تحسين العجلة الإقتصادية دوليًا.

الفقرة الثانية: النظم الخاصة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

لم تقتصر مهمة تنظيم مسألة العلاقات التجارية والإستثمارية الدولية على النظم العامة فحسب، بل كان للنظم الخاصة كذلك دورًا بارزًا في هذا المجال. فأمام تزايد وتيرة إنتشار العلاقات التجارية بين الدول وإنشاء العديد من العقود الدولية التي تحاكي في بنودها متطلبات وحاجات التجار والمستثمرين الدولية، كان لا بد من أن تتجه معظم البلدان الناشطة في هذا المجال إلى تطوير نصوصها الداخلية وإيجاد نصوص جديدة، لاسيما عن طريق الإنضمام إلى ما يصاغ من معاهدات دولية تنظم أحكامها النشاطات على أنواعها في المجال التجاري الدولي.

انطلاقًا مما تقدم سنتناول فيما يلي أهم التعديلات التي طالت التشريعات الداخلية لبعض البلدان الطرف في التبادلات التجارية الدولية (البند الأول)، بالإضافة إلى مثال عن الإتفاقيات الدولية التي نظمت أحكامها النشاطات التجارية الدولية والإستثمارية (البند الثاني).

البند الأول: التعديلات التي طالت بعض التشريعات الداخلية (لبنان - فرنسا - مصر).

على المستوى الداخلي، تطرقت تشريعات مختلف الدول لتنظيم التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية الحديثة، فضلاً عن العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها وذلك نتيجةً لتطور دور الدولة في مجال التنمية وإبرامها العديد من العقود مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة.

لم تكتف التشريعات الداخلية بتنظيم إجراءات وقواعد التحكيم بشكل عام فحسب بل إتجهت كذلك العديد من الدول إلى تعديل نظمها الداخلية لما يتوافق ودور هذا القضاء الخاص في تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقود التجارة الدولية وعقود الاستثمارات الأجنبية.

وعليه، تناولت مختلف الدول في تشريعاتها الداخلية " التحكيم " كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية، بنوعيه التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ووضعت الأسس والإجراءات الخاصة به في قوانينها المدنية.

وأمام بروز دور التحكيم أكثر فأكثر بالتزامن مع تطور العلاقات التجارية والاستثمارية، كان لابد من أن تعتمد مختلف الدول التي تعاطت مع التحكيم كقضاء مستقل ونظمت أحكامه في قوانين مستقلة كما القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أو في قوانينها المدنية كما في فرنسا ولبنان، إلى تطوير وتعديل هذه الأحكام القانونية لتناسب والتطورات الحالية التي طالت عالم التجارة والاستثمارات لاسيما الدولية منها.

ومن أهم هذه التعديلات، على سبيل المثال، في فرنسا: حيث قام المشرع بإصدار قانون يورو ديزني لاند في ١٩ أغسطس ١٩٨٦ والذي بموجبه أصبح يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية. وقد جاء في المادة ١٩ من القانون المذكور: "بالمخالفة لأحكام المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدني الفرنسي يرخّص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات

1 Art 9: «Par dérogation à l'article 2060 du Code civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats».

العامة بأن تدرج، في عقودها التي أبرمتها بالإشتراك مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات إقتصادية وطنية، شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثور عند تفسير وتنفيذ تلك العقود"^١.

في مصر كذلك أقر المشرع المصري بقدرة الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة على تسوية المنازعات التي تنثيرها العقود التي تبرمها عن طريق التحكيم، وذلك من خلال التعديل الذي طال أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ بموجب القانون رقم ٩ لعام ١٩٩٧ وذلك بإضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى، جاء نصها على النحو التالي: "وبالنسبة إلى منازعات العقد الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"^٢.

محلياً، تدخل المشرع اللبناني بعد حكيمين صادرين عن مجلس شورى الدولة اللبناني في موضوع شركتي الهاتف الخليوي (سليس) و (لبناسيل) بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٧ حيث أبطل مجلس الشورى الشرط التحكيمي الوارد في عقدي الهاتف الخليوي مستنداً إلى أنه لا يمكن نزع إختصاص مجلس شورى الدولة الذي هو القضاء المختص في العقود الإدارية، ليدخل تعديلاً على قانون التحكيم اللبناني في ٢٠٠٢/٨/١ اعترف بمقتضاه للدولة وغيرها من الأشخاص العامة بالأهلية لإبرام إتفاق التحكيم. حيث أضاف بموجب هذا التعديل إلى المادة ٧٦٢^٣ أصول محاكمات مدنية التي تجيز للمتعاقدین إدراج بند تحكيمي في العقود المدنية والتجارية فقرتين أجاز بمقتضاها التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية واعترف بحق الدولة في اللجوء إلى التحكيم الدولي، إذ نصت الفقرتان على أنه: "يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم إعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي، ولا يكون البند التحكيمي أو إتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على إقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام".

I DIALLO Oussmane, Le consentement des parties à l'arbitrage international, Graduate Institute Publications, 2010, page 13-53, parag 38.

٢ القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو ١٩٩٩، ص ١٣٧.

٣ المادة ٧٦٢ قبل التعديل: يجوز للمتعاقدین أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصالح التي تنشأ عن تنفيذ

هذا العقد أو تفسيره.

وهكذا فقد حسم المشرع اللبناني الجدل الذي قام طويلاً بين الفقه والقضاء الإداري وتبنى إمكانية التحكيم في العقود التي تبرم مع الدولة أو مع إحدى مؤسساتها العامة لتشجيع الإستثمار.

وفي هذا الإتجاه، إعتد المشرع اللبناني التحكيم وسيلة لحل منازعات الإستثمار حيث نصت المادة ١٨/ من قانون تشجيع الإستثمار في لبنان رقم ٣٦٠/ تاريخ ١٦/٨/٢٠٠١ على أنه: "تحل المنازعات بين المستثمر والمؤسسة بطريقة ودية، وفي حالة تعذر الحل الودي يمكن اللجوء إلى التحكيم في لبنان أو أي مركز تحكيم دولي آخر^١."

لابد من الإشارة إلى أن أي نظام قانوني لا يقتصر فقط على النصوص التشريعية والقواعد القانونية فحسب بل نجد أن المبادئ العامة للقانون تشكل جزءاً مكملاً أو متمماً له وتعطيه مرونة ضرورية في تنفيذ النصوص.

وحيث إن أغلب فقهاء قانون التجار الدولي يرون في المبادئ العامة للقانون مصدراً مهماً له، وقد نصت الكثير من الإتفاقيات والعقود الدولية على أهمية اللجوء إلى هذه المبادئ في هيئات التحكيم. نذكر في هذا المجال ما ورد في المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية التي أكدت على الرجوع إلى مبادئ القانون العامة. يشير الرأي الشائع في هذا المجال إلى أن المبادئ المشار إليها في المادة ٣٨ المذكورة تعني مبادئ القانون للدول الوطنية وليست مبادئ القانون الدولي. وإن هذه المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم التجارية تعد عنصراً من عناصر قانون التجار الدولي الجديد.

وحيث إن هذه المبادئ العامة هي في الحقيقة مبادئ ذات أصل وطني تفيد في مجال العلاقة الدولية، بالتالي فهي تعتبر من النظم الخاصة العابرة للحدود الوطنية، وقد امتدت التعديلات التي طالت التشريعات الخاصة بالتحكيم لتطال هذا النوع من المبادئ التي باتت بمثابة قواعد متفق عليها دولياً. ومن هذه المبادئ التي نظمت مسألة التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي وأصبحت قاعدة أو عرف دولي يستند إليه في تقييم قيمة التعويض الملائم هو "مبدأ حسن النية"، حيث يمتاز هذا المبدأ بقدر هائل من العمومية والتجريد، ويتلائم مع العديد من المراكز القانونية ويمثل نوعاً من القواعد الكلية.

١ فاضل حاضري، التحكيم بين الاستبعاد و القبول في عقود الاستثمارات الأجنبية، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٤، العدد الواحد و العشرون، ص ٢٧٣.

فكما سبق وأشرنا، لم يبق تطبيق مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي الجديد يتناول فقط "مرحلة تنفيذ العقد" كما نص عليه في المادة ١١٣٤ من القانون المدني القديم^١. بل إن المشرع الفرنسي قد ألغى نص المادة المذكورة مستبدلاً إياه بثلاث مواد تتناول الأحكام نفسها للنص الملغى مضيفاً إليها تطوراً ملحوظاً على صعيد مبدأ حسن النية ليجعله يشمل جميع مراحل العقد من مفاوضات وتشكيل وتنفيذ. وذلك على الشكل التالي:

- المادة ١١٠٣. أن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين.
 - المادة ١١٩٣. لا يجوز تعديل العقود أو إلغاؤها إلا بموافقة الطرفين المتبادلة، أو للأسباب التي يسمح بها القانون.
 - المادة ١١٠٤. يجب التفاوض على العقود وتشكيلها وتنفيذها بحسن نية.
- وتعتبر هذه الأحكام هي من النظام العام.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد عدل الأحكام التي تتعلق بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال إلغائه لنص المادة ١١٣٤ لاسيما الفقرة الثالثة منه وأحل مكانها المادة ١١٠٤ المذكورة أعلاه والتي بموجبها يتسع نطاق تطبيق مبدأ حسن النية ليتناول جميع مراحل تكوين العقد من مفاوضات وإعداد إلى جانب مرحلة التنفيذ وهي من القواعد المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها.

وعليه إن التطور الملحوظ على صعيد التجارة الدولية دفع العديد من الدول الإتجاه نحو تعديل نصوصها الداخلية لتصبح أكثر ملائمة مع طبيعة العلاقات التعاقدية الدولية الحديثة، حيث إنه تبعاً لما يعطيه التحكيم للأطراف المتعاقدين من صلاحية في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في حال نشوء نزاع، وإنطلاقاً من أن كل طرف في العقد سيتجه نحو إختيار قانون بلده بإعتباره أكثر ملائمة مع علاقاته التعاقدية، كان من الطبيعي أن نلاحظ هذا التطور على صعيد التشريعات الداخلية لتصبح تتلائم مع

1 Art. 1134. – «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.»

"إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. لا يمكن إلغاؤها إلا بموافقة متبادلة من فقاء العقد، أو للأسباب التي يسمح بها القانون. و يجب أن تنفذ الإلتزامات وفقاً لحسن النية".
وفقاً لأحكام المادة القانونية المذكورة، يقصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط".

حاجات ومتطلبات التجارة الدولية، إلى أن أصبحت العديد من المبادئ الوطنية المستخلصة من هذه التشريعات الداخلية قواعد عابرة للحدود الوطنية ومكرسة كجزء لا يتجزأ من قانون التجار الدولي.

البند الثاني: الإتفاقيات والمعاهدات الدولية التي نظمت النشاطات التجارية الدولية والإستثمارية

تعتبر الإتفاقيات التامة بين مجموعة من الدول قواعد ترتبط مباشرة بالأنظمة القانونية للدول التي أعدتها. وبالتالي إن المعاهدات الدولية وإن كانت تعتبر في تسميتها مصدرًا عامًا دوليًا لقانون التجار، إلا أنها تتحول فعليًا إلى جزء من التشريع الوطني للدول التي تصادق عليها.

وعليه في ظل ما نشهده من تطور ملحوظ في مجال التبادلات التجارية والإستثمارات الدولية، تعتبر الإتفاقيات الثنائية التامة بين الدول بغية تنظيم العمليات التجارية والإستثمارية فيما بينها من النظم القانونية الخاصة التي تحكم العلاقات الإقتصادية الدولية.

تناولت العديد من المعاهدات والإتفاقيات الدولية مسألة التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي سواء على صعيد العلاقات التجارية الدولية أو على صعيد عمليات الإستثمار الدولية. فعلى صعيد العقود التجارية الدولية، يعتبر عقد البيع هو الدعامة الأساسية للتجارة الدولية في جميع البلدان أيًا كان نظامها القانوني أو مستوى التنمية الإقتصادية فيها. لذا تعتبر إتفاقية البيع واحدة من الإتفاقيات الدولية الأساسية المتعلقة بقانون التجارة وعلى جميع العاملين في مجال البيع الدولي إعتمادها.

أولاً: إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (CISG) ١٩٨٠

تعتبر إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (CISG) ١٩٨٠ والمعروفة أحيانًا بإسم إتفاقية فيينا وهي معاهدة متعددة الأطراف تضع إطارًا موحدًا للتجارة الدولية، ثمرة جهود تشريعية استهلكت في بداية القرن العشرين، واستلهمت أحكامها في إصلاح قوانين العقود على صعيد العديد من النظم الوطنية. فبخلاف بعض قوانين العقود الوطنية التي تفضل المشتري أو البائع، تُوازن إتفاقية البيع بين الحقوق والالتزامات بالتساوي، سواء بالنسبة للقواعد المتبعة في إنشاء هذه العقود أم للاحية المسؤولية الدولية الملقاة على عاتق الأطراف المتعاقدين لاسيما فيما يتعلق بمسألة التعويض عن الضرر الناتج عن خرق أحد الأطراف الإلتزامات الناشئة عن العقد، وهو ما يعنينا في دراستنا الحالية.

نظمت إتفاقية فيينا لعقود البيع الدولي لعام ١٩٨٠ مسألة التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي في العديد من نصوصها، وكرست العديد من المبادئ القانونية العامة التي أصبحت قواعد من القانون التجاري الدولي.

بموجب أحكام هذه الإتفاقية، لاسيما نص (المادة ٤٥-١)^١ منها، إذا فشل البائع في أداء أي من إلتزاماته بموجب العقد أو هذه الاتفاقية، فللمشتري الحق بالتعويض. والأمر عينه بالنسبة للبائع الذي ينشأ لديه الحق بالحصول على تعويض من جانب المشتري في كل مرة يفشل هذا الأخير في أداء أي من إلتزاماته المترتبة في ذمته بموجب العقد أو هذه الاتفاقية (المادة ٦١ - ١)^٢. حيث إن أي نوع من الإخلال بالواجب التعاقدية، حتى الأكثر صغراً، يمكن أن يؤدي إلى الحق في التعويض.

وأكثر من ذلك، ودائماً وفقاً لأحكام إتفاقية فيينا المذكورة، إن أي خرق للإلتزام الملقى على عاتق الأطراف بالتعويض عن الضرر يؤدي إلى ترتيب المسؤولية على عاتق الطرف المخالف لواجب التعويض على أساس أحكام المادة ٧٤ من الإتفاقية^٣.

بمعنى آخر، كرس أحكام إتفاقية فيينا للبيع الدولية المسؤولية من جهة وواجب التعويض عن الضرر اللاحق بالفريق المتضرر نتيجة عدم التعويض من جهة أخرى. وبالتالي نكون أمام واجب مزدوج بالتعويض، الواجب الأول هو نتيجة الإخلال بتنفيذ أحد الفرقاء أو كلاهما إلتزاماتهم العقدية، والواجب الثاني يمكن تفسيره من خلال معادلة بسيطة تتمثل: "بواجب التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم التعويض".

لا تحتوي إتفاقية البيع الدولي على مبادئ توجيهية محددة لحساب الأضرار، حيث يتم تناول الفائدة بشكل منفصل في المادة ٧٨ منها. ويكون المدين مسؤولاً عن جميع الخسائر الناشئة عن عدم الأداء، بصرف النظر عن الخطأ، ما لم يتم إعفاء المدين وفقاً للمادتين ٧٩ و ٨٠ من إتفاقية البيع^٤.

1 Article 45 (1): "If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer

may..."<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.

2 Article 61 (1): " If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller

may..."<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.

3 TRENOR John, The guide to damages in international arbitration, Global Arbitration Review, Second Edition, January 2018, p. 41

4 TRENOR John, ibid, p. 42.

وعليه، لم يقتصر إقرار قاعد "الضرر المتوقع" على الأنظمة الوطنية فحسب، بل تعدتها لتصبح قاعدة دولية عابرة للحدود الوطنية أقرها القضاء التحكيمي التجاري الدولي والعديد من الإتفاقيات الدولية. حيث لحظت إتفاقية فيينا ١٩٨٠م في المادة ٧٤ مبدأين يُرتكز عليهما كأساس في عملية تقييم الضرر والتعويض الملائم له، ألا وهما: "التعويض الكامل" و"تحديد المسؤولية من خلال قاعدة التوقع"^١.

وقد جاء في المادة المذكورة: "يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والمكسب الذي فاتته نتيجة المخالفة. ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الفائت التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت إنعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتاج متوقعة لمخالفة العقد"^٢.

وبذلك تكون إتفاقية فيينا ١٩٨٠م، قد أقرت قاعدة الضرر المتوقع على أن لا تزيد التعويضات عن الخسارة التي وقعت أو الكسب الفائت الذي كان متوقعاً عند التعاقد، إنما دون أن تأتي على ذكر أي استثناء على قاعدة التعويض عن الضرر المتوقع كحالتى التدليس أو الخطأ الجسيم من المدين^٣.

ومن أبرز ما كرسه كذلك إتفاقية فيينا ١٩٨٠م بشأن قواعد التعويض عن الضرر في العلاقات التعاقدية التجارية الدول، هو "واجب تخفيف الضرر the duty of mitigate damages". فقد صاغت بشكل صريح قاعدة الإلتزام بتخفيف الضرر في مجال عقود البيع الدولية، وهو ما يمكن استنتاجه بشكل واضح من الأحكام القضائية التحكيمية، حيث جاء في نص المادة ٧٧ منها: "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما

1 TRENOR John, op.cit. p. 42.

2 Art 74. de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises :

«Lorsque le contrat n'est pas résolu, les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie. Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut aurait dû prévoir lors de la conclusion du contrat, en considérant les faits qu'elle connaissait ou aurait dû connaître comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat».

3 ORTSCHIEDT Jérôme, op.cit., p. 55.

فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها"^١.

ثانياً: الإتفاقية بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات

٢٠٠١.

على صعيد الإستثمارات الدولية، ثمة العديد من الإتفاقيات التي أبرمت بين الدول ونظمت العمليات الإستثمارية فيما بينها سواء لجهة الإجراءات أم لجهة المسؤولية الدولية وواجب التعويض. ومن هذه الإتفاقيات نذكر على سبيل المثال لا الحصر، الإتفاقية بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات^٢ المصادق عليها بتاريخ ٢٠/١/٢٠٠١.

تهدف هذه الإتفاقية إلى خلق الظروف الملائمة لتنمية التعاون الإقتصادي بين البلدين وإلى تنشيط المبادرة التجارية وزيادة الرخاء من خلال التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات في الدولتين. وقد نصّت على أن تقوم كل من الدولتين المتعاقبتين ضمن إقليمها ووفقاً لقوانينها ونظمها النافذة بقبول وتشجيع الإستثمارات التي يقوم بها مستثمرون تابعون للدولة المتعاقدة الأخرى. كما تقوم كل من الدولتين المتعاقبتين، بالنسبة للإستثمارات المقبولة في إقليمها، بمنح هذه الإستثمارات والأنشطة المرتبطة المتعلقة بها الأدونات والموافقات والإجازات والتراخيص والتصاريح الضرورية، بالقدر المسموح به ووفقاً للأسس والشروط المحددة بقوانينها ونظمها. ويجوز للدولتين المتعاقبتين التشاور فيما بينهما بأية وسيلة تريان أنها مناسبة لتشجيع وتسهيل فرص الإستثمار داخل إقليم كل منهما

وفي مضمون الإتفاقية المذكورة، إن الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت ورغبةً منهما في خلق الظروف الملائمة لتنمية التعاون الإقتصادي فيما بينهما وعلى الخصوص للإستثمارات التي يقوم بها مستثمرون تابعون لدولة متعاقدة في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى، وإدراكاً منهما بأن التشجيع والحماية المتبادلة لمثل

1 Art 77 de la Con.de vienne 1980: La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée

٢ وقعت الحكومة اللبنانية والحكومة الكويتية اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات في الكويت بتاريخ ٢٠/١/٢٠٠١ بموجب القانون رقم ٣٥٠/٢٠٠١.

هذه الإستثمارات سيكون حافزاً لتنشيط المبادرة التجارية ولزيادة الرخاء في كلتا الدولتين المتعاقبتين، قد اتفقتا على إقامة الإتفاقية الحالية فيما بينهم.

تصدت الإتفاقية بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة لمسألة التعويض عن الضرر أو الخسارة التي تنتج عن الخروقات أو المخالفات التي قد تطال تنفيذ العقد الإستثماري القائم بين الدولتين، حيث جاء في نص المادة الخامسة منها:

- يمنح المستثمرون التابعون لإحدى الدولتين المتعاقبتين الذين تتعرض إستثماراتهم في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى لأضرار أو لخسائر بسبب الحرب أو أي نزاع مسلح آخر أو حالة طوارئ وطنية أو ثورة أو إضطرابات أو أعمال شغب أو أحداث أخرى مماثلة، معاملة من قبل الدولة المتعاقدة الأخيرة فيما يختص بإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه، أو برد الخسائر أو بالتعويض أو بأي تسوية أخرى، لا تقل رعاية عن تلك التي تمنحها الدولة المتعاقدة الأخيرة لمستثمريها أو للمستثمرين التابعين لأي دولة ثالثة، أيهما تكون الأكثر رعاية.

- مع عدم الإخلال بالفقرة (١)، فإن المستثمرين التابعين لإحدى الدولتين المتعاقبتين الذين يلحق بهم ضرر أو خسارة نتيجة لأي من الأحداث المشار إليها في تلك الفقرة في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى والناجمة عن إحدى الحالتين التاليتين:

- (أ) الإستيلاء المؤقت على ممتلكاتهم أو جزء منها من قبل قواتها أو سلطاتها;
- (ب) تدمير ممتلكاتهم أو جزء منها من قبل قواتها. أو سلطاتها دون أن يكون ذلك بسبب العمليات القتالية أو دون أن تتطلبه ضرورة الموقف،

يمنحون تعويضاً فورياً وكافياً وفعالاً عن الضرر أو الخسارة التي لحقت بهم خلال مدة الإستيلاء أو نتيجة تدمير ممتلكاتهم. يجب أن تسدد المدفوعات الناتجة عن ذلك بعملة قابلة للتحويل بحرية ويسمح بتحويلها بحرية وبدون تأخير".

وعليه، يستفاد من نص المادة المذكورة أعلاه، لاسيما الفقرة الثانية منها، أن الدولة التي تخل في تنفيذ إلزاماتها العقدية وتنتج نحو إرتكاب أفعال غير مشروعة "كالإستيلاء على الممتلكات" أو "تدميرها كلياً

أو جزئياً" دون سبب مشروع يبرر هكذا سلوك، تكون مسؤولة أمام الدولة المتضررة بمنحها تعويضاً فورياً وكافياً وفعالاً عن الضرر الناتج أو الخسارة اللاحقة بالدولة المتضررة.

وبالتالي، تكون بذلك الإتفاقية الثنائية للإستثمار القائمة بين دولتي لبنان والكويت قد كرست في مضمونها قاعدة "التعويض الكامل عن الضرر" بذكرها لحق الدولة المتضررة بالحصول على تعويض " فوري وكاف وفعال"، كما بينت كذلك "كيفية الإيفاء بالتعويضات" بأن يتم التسديد بعملة قابلة للتحويل بحرية وبدون تأخير.

النبذة الثانية: تمايز النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي.

بعد تناول أهم النظم العامة والخاصة العابرة للحدود الوطنية التي عالجت أحكامها ونصوصها إشكاليات التبادل التجاري الدولي والنشاطات الإستثمارية الدولية، والتي بات من المتفق عليه أنها في تطور دائم لا بل تشكل ضرورة تشريعية ملحة لمواكبة حاجات ومتطلبات العمل التجاري الدولي. يبقى من الضروري تسليط الضوء على السبب الذي دفع فقهاء ومشرعي العالم التجاري الدولي إلى تنظيم هذه القواعد والمبادئ القانونية وتكريسها جميعها تحت ما بات معروف اليوم "بالقانون التجاري الدولي" (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى الهدف من إيجاد هذه النظم المتعددة في أنواعها ومصادرها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: السبب وراء إيجاد النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي.

يقول البروفيسور Mann أمام تزايد عدد التعاملات التجارية الدولية: "نحن نشهد نمو في الأنشطة تحدث إلى حد كبير فراغ قانوني على الرغم من أن القانون ما يزال القانون موجوداً".¹

1 GAL Imer, The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade, *Cornell International Law Journal*, volume 6, issue 1 fall

1972, article 3, p. 57.

وحيث إنه، لا يمكن تنظيم التعاملات التجارية الدولية من خلال الإستناد فقط إلى قواعد القانون الدولي العام فقط أو من خلال القانون التجاري الخاص العائد لكل دولة طرف في التعامل. وحيث إن الدول في المرحلة الحالية من العلاقات الدولية لن تخضع نفسها للقانون الوطني لسيادة دولة أخرى، كان لابد من أن يُطوّر القانون التجاري الدولي ليتماشى مع أغراض وإحتياجات الحياة التجارية الدولية الحديثة.

أحرز قانون التجارة الدولية تطوراً كبيراً منذ نهاية الحرب العالمية الثانية. حيث أصبح للـ"المفهوم الدولي للقانون التجاري"، الذي أعيد اكتشافه، قيمة خاصة في مجال العلاقات التجارية الحالية بإعتباره يمثل منصة مشتركة لفقهاء الشرق والغرب. ويشترك في هذا الرأي العديد من العلماء من بينهم Piotrowski و Bystricky. "ليس من المستغرب أن قانون التجارة الدولية هو الفرع الأول من القانون الخاص الذي يظهر فيه هذا الإتجاه بأن يمثل قانون عابر للحدود الوطنية".¹

وتعتبر الطبيعة الإختيارية لقانون التجارة الدولية والتي تركز أسسها على أن هذا الفرع من القانون يقوم على مبدأ إستقلالية إرادة الأطراف، أحد أهم العوامل التي ساهمت في تطور وتنظيم المبادئ التجارية الدولية وقوننتها لتصبح قواعد قانونية عابرة للحدود الوطنية. فالحرية النسبية العائدة للأطراف في إعداد العقود وشمولها لبنود بمثابة ضمانات لتعاملاتهم التجارية وإستثماراتهم الدولية من خلال إختيار القانون الأنسب لتسوية ما قد ينشأ من نزاعات، تمكنهم من التغلب على خصوصيات الأنظمة القانونية الداخلية المختلفة وإعتماد قواعد أكثر ملاءمة لمتطلبات علاقاتهم التجارية.

بمعنى آخر، نجد أن التعبير عن هذا القانون المستقل الجديد "القانون التجاري الدولي" يتم من خلال إعتماد عقود نموذجية و بنود معيارية تحدد شروط التسليم العامة والعادات التجارية والأعراف التجارية.

وقد أظهرت التجربة في المجال الدولي، أن تطور القواعد المنظمة للتعاملات التجارية و تنوع مصادرها أمرٌ ضروري و فعال خاصة في ظل توافق أغلب الفقهاء و العاملين في المجال الدولي على إعتماد التحكيم كأفضل وسيلة لحل المنازعات التجارية والإستثمارية الدولية. فأمام عدم رغبة الأطراف المتعاقدة في إخضاع تعاملاتهم لسيادة قوانين دولة طرف أو إخضاعها للمحاكم الوطنية، يكون تنوع مصادر القانون التجاري الدولي بين "نظم عامة" وأخرى "خاصة عابرة للحدود الوطنية" الحل الأمثل والأكثر ضماناً

1 GAL Imer, op.cit., p.68

لتنازع القوانين بالنسبة للعاملين في المجال الدولي. حيث إنهم يفضلون هيئات التحكيم التي تأخذ بالإعتبار العادات والأعراف والممارسات التجارية التي تحاكي متطلبات تطور التعاملات الحالي.

الفقرة الثانية: الهدف من إيجاد النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي.

أدى النمو الملحوظ في عمليات التبادل التجاري إلى إهتمام المجتمع الدولي بمسألة وضع قواعد قانونية موحدة تنظم هذا النوع من العلاقات. حيث إن الاختلاف والتباين في التشريعات الداخلية للدول من شأنه أن يؤدي إلى عدم إستقرار التعامل التجاري الدولي وذلك نتيجة لعدم معرفة القائمين بهذه التجارة بمضمون التشريعات الوطنية للدول المختلفة، بالإضافة إلى رغبة كل طرف في إخضاع علاقاته القانونية للقانون الذي يعرفه والذي قد لا يتناسب وطبيعة عقود التجارة الدولية.

وأمام ما نشهده من وثبات متسارعة في مجال العمليات التجارية الدولية من جهة وبروز دور الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها كطرف أجنبي في الأنشطة الإستثمارية الدولية من جهة أخرى وبالمقابل إرتفاع وتيرة المنازعات الدولية، قام عدد كبير من البلدان بتحديث قوانين التحكيم الخاصة بهم والإتجاه نحو إعتداد الهيئات التحكيمية كمرجع للتقاضي الخاص في سبيل إيجاد الحلول الملائمة وتكريس ما يصدر عنها من قرارات لتصبح بمثابة مبادئ أو قواعد تمثل في مجموعها قواعد القانون التجاري الدولي.

إن النمو المتزايد في حجم العقود الدولية المتضمنة لشروط تنص على التحكيم الدولي، بإعتبار أن العاملين في هذا المجال ينظرون إلى التحكيم الدولي بمثابة حافز وضمانة للتجارة والإستثمار عبر الحدود من جهة. وتركيز النشاط الإقتصاد العالمي على الإقتصادات ذات النمو الأعلى في الأسواق الناشئة من جهة أخرى، جعل من معظم النزاعات التي يتم عرضها أمام الهيئات التحكيمية الدولية تتبع من النشاطات التجارية والإستثمارية بين الدول.

وحيث إن هذه النزاعات تنشأ في كثير من الأحيان تحت تأثير الإعتبارات السياسية والإقتصادية في كل مرة نكون أمام نزاع ناشئ نتيجة فعل مصادرة غير مشروع من جانب إحدى الدول الطرف في عقد

إستثمري أجنبي أو أمام خرق لإحدى بنود عقود البيع التجارية الدولية، لذلك نرى أن التجار الدوليين يتجهون دائماً نحو إعتداد التحكيم الدولي كوسيلة لحل تلك المنازعات وذلك إنطلاقاً مما للتحكيم من إيجابيات في هذا المجال في تحقيق حلول سريعة ولعل أهمها تمتع الأطراف بحرية إختيار القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع. وعليه، لابد من التساؤل عن الهدف من تنوع مصادر القانون التجاري الدولي والقواعد المنظمة للعمليات التجارية الدولية، لا سيما ما يغنيا في دراستنا الحالية وهو مسألة التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي. فما الغاية من تنوع مصادر القواعد القانونية في هذا المجال؟

من المسلم به على نطاق واسع أن مثل هذه المجموعة المستقلة من المبادئ والأعراف والقوانين، التي تقدم شروطها حلولاً أكثر فعالية لمشاكل التجارة الدولية، تحل بشكل متزايد محل نهج تنازع القوانين. فالأنظمة القانونية الداخلية العديدة، العائدة للدول التي تتعاطى التجارة الدولية والمنفتحة عالمياً على بعضها البعض، باتت غير كافية في الظروف المتغيرة للتجارة الدولية الحديثة وأصبحت المعاهدات الدولية والإتفاقيات الثنائية وغيرها من الإجتهادات التحكيمية تشكل في مجموعها نسق متكامل من القواعد القانونية الضرورية التي تحكم عمليات التجارة الدولية تحت مسمى القانون التجاري الدولي.

يشكل القانون التجاري الدولي في مصادره المتعددة أداة تحفز الفاعلين الإقتصاديين على إقامة علاقات تجارية دولية متنوعة، فهو الضمانة التي تحفظ لأصحاب رؤؤس الأموال، إلى جانب اللجوء للتحكيم التجاري الدولي، حقهم بعدم خسارة أموالهم و الحصول على تعويض عادل ومنصف في كل مرة نكون أمام نزاع تجاري ألحق الضرر بأطراف العلاقة التعاقدية.

إن هذا التعدد والتمايز في القواعد القانونية المنظمة لعلاقات التجارة الدولية وتنوع المصادر القانونية التي يمكن للفرقاء في العقد أو للمحكم الإختيار فيما بينها والإستناد إليها لمعالجة النزاع الحاصل، من شأنه أن يفتح المجال أمام محاكمات أكثر عدالة وإنصافاً مسبوغاً بالمرونة والسرعة في الإجراءات.

وعليه، إن تعدد مصادر القواعد القانونية المنظمة لعلاقات التجارة الدولية وما ينشأ عنها من منازعات، من شأنه أن يسهل التبادل التجاري بين الدول وأن يوفق كذلك بين صلاحيات وسيادة الدول الأطراف في العقود التجارية والإستثمارية الدولية ومصالح الشركات الخاصة والدول الأخرى وذلك من خلال إقامة توازن عادل فيما بينها. فلم تعد القواعد القانونية الداخلية بصفتها قواعد وطنية خاصة هي التي تطبق

على هذه العقود، بل إننا اليوم أمام كسر لحواجز النظم القانونية الوطنية التي ارتقت نتيجة الإستناد المتكرر إليها من جانب الهيئات التحكيمية الدولية من جهة وتكريسها كمبادئ دولية من جهة أخرى، إلى مستوى الطابع العالمي والقواعد العابرة للحدود الوطنية إلى جانب غيرها من المعاهدات الدولية والإتفاقيات الثنائية.

أخيراً، وقبل الإنتهاء من هذه الدراسة، وفي ظل ما نعيشه اليوم من ظروف إستثنائية على كافة الصعد لاسيما الصحية منها والإقتصادية نتيجة تفشي فيروس كورونا المستجد في كافة أنحاء العالم، لا بد لنا من أن نسلط الضوء، وإن ببضع أفكار وتساؤلات، على مدى أثر الكورونا في تأخير تنفيذ العقود الدولية؟ وما قد يثيره هذا التأخر في التنفيذ من نزاع بين الأطراف ومدى حقهم باللجوء إلى التحكيم وطلب التعويض عن الأضرار التي نجمت أو قد تنجم؟ خاصة وأنه بتاريخ ٣٠ كانون الثاني/يناير من العام ٢٠٢٠ أعلنت منظمة الصحة العالمية أن فيروس كورونا أصبح يمثل "حالة طوارئ صحية عالمية تثير قلقاً دولياً".

أدى تفشي فيروس كورونا إلى خلق إضطرابات إقتصادية كبيرة محلية ودولية، فنتيجة توقف التبادلات التجارية الدولية من جهة ونتيجة الإغلاق الذي طال المعابر الجوية والبحرية من جهة أخرى، وبالتالي نشوء إستحالة لدى المتعاقدين تمنعهم من تنفيذ العقود القائمة فيما بينهم، تأثر كل من طلب المستهلك وسلاسل التوريد والقدرة على القيام بالعمل، الأمر الذي نتج عنه توقف العمل بالعقود الدولية والإستثمارات الأجنبية.

ومع إرتفاع وتيرة هذه الإضطرابات وإنتشار الفيروس المتزايد، وبالتالي تبدل الظروف والأوضاع الإقتصادية، باتت الشركات وجميع العاملين في مجال التبادل التجاري الدولي بحاجة إلى النظر في تأثير هذا الفيروس على عقودها الحالية والمستقبلية.

وحيث إنه من الطبيعي أن يلحق بالعاملين في المجال التجاري الدولي العديد من الأضرار نتيجة التعليق الذي طال تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، فمن الطبيعي بالتالي أن يبرز دور التحكيم الدولي كالوسيلة الفضلى لحل المنازعات الناشئة عن توقف تنفيذ العقود أو تعليقها وما نتج عنها من أضرار، بإعتبار أن التحكيم يعد الوسيلة الأصلية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية لما يتمتع به من ميزات تضمن العادلة والإنصاف في ترتيب المسؤوليات من جهة وتحديد مقدار الأضرار والتعويضات الملزمة لها من جهة أخرى.

وعلى الرغم من أن التحكيم التجاري الدولي هو الوسيلة الفضلى لحل المنازعات التجارية الدولية، وهو ما سيلجأ إليه المتعاقدون الدوليون بشكلٍ مؤكد للحصول على تعويضٍ عما لحق بهم من أضرار خلال فترة تفشي هذا الفيروس، إلا أنه ونظراً للحالة الإستثنائية التي أوجدها فيروس covid-19، لا بد لنا من التساؤل عن مدى تلاءم بعض المبادئ، التي باتت قواعد عابرة للحدود وبمثابة جزء من القانون التجاري الدولي، مع خصوصية المنازعات الناتجة عن هذا الفيروس المستجد وكيف سيتمكن المحكم من تطبيقها إقراراً للتعويض؟

ومن أبرز هذه القواعد التي قد يتعذر على الهيئات التحكيمية الإستناد إليها، نذكر قاعدة "الضرر المتوقع" والتي قد أشرنا إليها فيما سبق بأن الضرر القابل للتعويض لا بد وأن يكون "ضرراً متوقعاً" فهل من الممكن إعتبار الأضرار الناشئة عن تأثيرات فيروس كورونا على الإقتصاد الدولي متوقعة؟ وفي حال استحالة تحقق هذا الشرط للتعويض، هل هذا يعني أن الطرف المتضرر في العقد الدولي لن يتمكن من الحصول على التعويض؟

من جهةٍ أخرى، نذكر كذلك قاعدة "إلتزام الدائن في تخفيف الضرر" حيث لا بد من التساؤل أيضاً عن مدى إمكانية إرتكاز المحكم في إقراره للتعويض الملأئم إلى هذه القاعدة. فكما هو معلوم أنه ونتيجة تفشي فيروس covid-19 طلبت جميع الحكومات في العالم من شعوبها الإلتزام بالحجر المنزلي وعدم الخروج أو التنقل إلا للضرورة القصوى، ما قد يؤثر على قدرة الدائن بالتعويض من أن يلتزم بموجب تخفيف الضرر الملقى على عاتقه إنطلاقاً من حسن النية في التعاملات العقدية. فهل إن عدم قدرة الدائن من الإلتزام بالموجب المذكور سيمنعه كذلك من تحصيل التعويض الواجب له؟

وعليه جميع هذه التساؤلات وغيرها الكثير ستطرح لتكون محل جدل من قبل العديد من العاملين في المجال التحكيمي التجاري الدولي ورجال القانون والمحللين، ولعل التساؤل الأبرز الذي سوف يأخذ حيزاً واسعاً من النقاش والتحليلات، وهو ما بدأنا نشهده حالياً، هو ما إذا كان من الممكن إعتبار فيروس كورونا

بمثابة قوة قاهرة^١ من شأنها أن تجعل المتعاقدين بحل من إلتزاماتهم دون أن تترب أية مسؤولية على أحد منهم.

من المؤكد أن شرط عدم التوقع الذي يتطلبه إعمال أحكام "القوة القاهرة" هو بالطبع ليس موضع شك. أما عن شرط عدم إمكانية مقاومته أو تجاوزه، فهنا سيتم تقييم مدى توافر هذا الشرط إنطلاقاً من كل حالة على حدة، بحسب موضوع العقد المحدد مسبقاً، ومدى صلته من ناحية التنفيذ بالبقعة الجغرافية المتضررة من هذا الفيروس، هذا من ناحية أولى.

أما من ناحية ثانية، سيكون من الصعب التذرع بالقوة القاهرة بالنسبة للعقود الحديثة، ولا سيما تلك التي أبرمت بعد ٣٠ كانون الثاني/يناير ٢٠٢٠ بعدما أعلنت منظمة الصحة العالمية عن هذا الفيروس كحالة طارئة عالمية، لعدم إمكانية التذرع بشرط عدم القدرة على توقع الحدث، دون أن نستبعد إمكانية تحقق هذا الشرط مطلقاً، بسبب الطبيعة المتطورة لهذا الفيروس.

وبالتالي لن تكون المرحلة القادمة محسومة بشأن مدى ترتب المسؤولية على أطراف العقد التجاري الدولي ونشوء واجب التعويض. وفي حال الإيجاب هل سنتلاءم خصوصية الخروقات التي طالت تنفيذ العقود والأضرار الناتجة عنها مع القواعد المعمول بها في المجال التجاري الدولي والتي استقر الاجتهاد التحكيمي عليها؟ أم أننا سنشهد نشوء لإجتهادات تحكيمية تركز مبادئ قانونية جديدة من شأنها أن تشكل إنقلاً جديداً في مستوى القواعد القانونية العابرة للحدود في المجال الدولي لاسيما فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار في التحكيم التجاري الدولي؟ وهو ما يؤكد أن قانون التجار هو قانون عرفي، في تطور مستمر ليتلاءم دائماً وحاجات التجارة الدولية.

١ تنتج استحالة التنفيذ عن حدث طارئ خارج عن إرادة الإنسان، فيحول دون إمكانية تنفيذ التزمه، كحرب تشن أو ثورة تندلع ويعبر عن هذا الحدث بالقوة القاهرة، أو الحدث المفاجئ

المتصرف بعدم التوقع (في تاريخ إبرام العقد)، وعدم إمكانية مقاومته أو تجاوزه، ويكون من نتائجه إعفاء المدين من التزمه طالما انه لم يكن له يد في حصوله

خلاصة الفصل الثاني

تناولنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة مسألة الضرر في عقود الإستثمار الأجنبي وتمايز النظم العابرة للدول الخاصة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي.

بالنسبة للعقود الإستثمارية، بيّنا مفهوم هذه العقود وطبيعة النزاعات الناشئة عنها والمتمثلة في أغلبها "بالمصادرة المشروعة وغير المشروعة". كذلك أشرنا إلى وجود رأيين متعارضين بشأن التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي وخلصنا إلى أن مجرد وجود إتفاق التحكيم المسبق بين طرفي العقد يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الإتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في نوع معين من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، إذ لا يجوز للدولة الإحتجاج بقانونها للتخلص من موافقتها.

أما بالنسبة لمسألة تمايز النظم العابرة للدول الخاصة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي. فبالنسبة للنظم العامة، تطرقنا إلى قواعد ال Lex mercatoria لناحية تعريفها من جهة بإعتبارها: "مجموعة من القواعد ذات الأصول المختلفة والمحتوى الذي أنشأه المجتمع التجاري لتلبية إحتياجات التجارة الدولية"، وكذلك بيان مصادرها من جهة أخرى، حيث تعتبر قواعد ال Lex mercatoria مجموعة المبادئ العامة للقانون سواء تلك المعمول بها في مختلف النظم الداخلية الوطنية والتي أصبحت بمثابة جزءاً لا يتجزأ عنها، أو تلك الراسخة نتيجة التعاملات التجارية المتكررة والتي أضحت بمثابة أعراف تجارية مكرسة دولياً.

كذلك أشرنا في هذا الفصل إلى أهم الإجهادات التحكيمية المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي ومن أبرزها قضية Chorow. أما بالنسبة للنظم الخاصة المنظمة لمسألة التعويض عن الضرر في التحكيم الدولي، فقد أشرنا إلى أهم التعديلات التي طالت بعض التشريعات الداخلية لتصبح أنظمتها تتلاءم وطبيعة النزاعات الناشئة عن العقود التجارية والإستثمارية. ومن جهة أخرى أشرنا إلى عدد من الإتفاقيات الدولية والإستثمارية التي تناولت في أحكامها مسألة التعويض عن الضرر الناشئ عن منازعات عقود التجارة الدولية وعقود الإستثمار الأجنبي.

وحيث إنه من الضروري التساؤل عن العبرة من وراء هذا التعدد في النظم القانونية العابرة للدول التي تناولت مسألة التعويض عن الضرر في القانون التحكيمي وأهميته؟ لذلك أوضحنا بشكل عام في الفصل الثاني من هذه الدراسة السبب وراء إيجاد النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي. فأمام عدم رغبة الأطراف المتعاقدة في إخضاع تعاملاتهم لسيادة قوانين دولة طرف أو إخضاعها للمحاكم الوطنية، يكون تنوع مصادر القانون التجاري الدولي بين "نظم عامة" و أخرى "خاصة" عابرة للحدود الوطنية" الحل الأمثل والأكثر ضماناً لتنازع القوانين بالنسبة للعاملين في المجال الدولي. حيث إنهم يفضلون هيئات التحكيم التي تأخذ بالإعتبار العادات والأعراف والممارسات التجارية التي تحاكي متطلبات تطور التعاملات الحالي. فضلاً عن الهدف من تعدد مصادر القواعد القانونية المنظمة لعلاقات التجارة الدولية وما ينشأ عنها من منازعات، المتمثل بتسهيل التبادل التجاري بين الدول والتوفيق بين صلاحيات وسيادة الدول الأطراف في العقود التجارية والإستثمارية الدولية ومصالح الشركات الخاصة والدول الأخرى وذلك من خلال إقامة توازن عادل فيما بينه.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة وبعدما تناولنا كل من المفهوم القانوني للضرر وخصوصيته في قانون التحكيم في الفصل الأول، بالإضافة إلى تمايز النظم العابرة للدول الخاصة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي في الفصل الثاني. توصلنا من خلال الفصل الأول إلى بيان أهمية العقود الدولية في العصر الحالي على صعيد الحياة الإقتصادية الدولية سواء بالنسبة لعقود التجارة الدولية أو بالنسبة لعقود الإستثمار الأجنبي. حيث من جهة تعتبر عقود التجارة الدولية الأداة القانونية الأكثر ذيوماً لتبادل السلع والخدمات عبر الحدود. ومن جهة أخرى تلعب عقود الإستثمار الأجنبي دوراً أساسياً في عملية تنمية الدول المضيفة له، وقد أبرمت العديد من الإتفاقيات الدولية لضمان الإستثمارات الأجنبية القائمة بين الدول وما ينتج عنها من نزاعات.

وأمام أهمية هذه العقود كان لا بد من البحث في خصوصية الظروف التي تنشأ في ظلها، لاسيما لجهة البيئة الدولية التي تنفذ فيها الإلتزامات الدولية الناشئة عن هذه العقود والتي تختلف اختلافاً تاماً عن البيئة الداخلية للتجارة الوطنية وما ينتج عنها من نزاعات عقدية.

وحيث إن الدراسة بمجملها تقع ضمن إطار قانون التحكيم، من هنا كان لا بد من بيان أهمية التحكيم في تسوية النزاعات التعاقدية الدولية على صعيد العقود التجارية والإستثمارية، بإعتبار أنه الوسيلة الفضلى التي تتناسب وطبيعة التعاملات الدولية السائدة في يومنا هذا نسبة لما يتمتع به التحكيم من سرعة وسرية في الإجراءات فضلاً عن الحرية المعطاة لفرقاء العقد من جهة وإلا فالسلطة الإستئنافية للمحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع في كل مرة نكون أمام بند تحكيمي في العقد الدولي يوجب اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد ينشأ من نزاعات ينتج عنها أضرار تستوجب التعويض خلال مرحلة تنفيذ العقد.

طرحنا في هذه الدراسة العديد من التساؤلات تلخصت بمجملها حول مسألة التعويض عن الضرر في قانون التحكيم سواء لجهة المعايير المعتمدة للقول بقابلية الضرر للتعويض. بالإضافة إلى كيفية تقدير التعويض الملائم، من هنا أشرنا إلى "مبدأ التعويض الكامل عن الضرر" بالإضافة إلى "مبدأ الإلتزام في تخفيف الضرر" وطبيعة الإلتزامات التي تفرض على أطراف العلاقة التعاقدية في ظلها.

من هنا كان من الضروري البحث في طبيعة القواعد القانونية التي تنظم أحكام هذه العقود. حيث نشأ ما يعرف اليوم بقانون التجارة الدولي *lex mercatoria* وهو ما يعرف بأنه مجموعة من القواعد ذات الأصول المختلفة والمحتوى الذي أنشأه المجتمع التجاري لتلبية إحتياجات التجارة الدولية، وخلاصة مجموعة من المبادئ العامة للقانون، العقود النموذجية، والقرارات التحكيمية. وعليه، أصبح قانون التجارة الدولية يشكل نظاماً قانونياً مستقلاً عن النظم القانونية الوطنية، فهو نظام مشترك بين كل العاملين في المجال التجاري الدولي ويطبق في أوساط مهنية تجارية. وقد أصبح العاملون في مجال التبادل التجاري الدولي والمجال الإستثماري ينظرون إلى قواعد قانون التجار الدولي على أنها قواعد ملزمة بإعتبار أنها تشكل نظام ملائم لعلاقاتهم التعاقدية يحقق مصالحهم المشتركة ويضمن لهم الأمان القانوني.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة لاسيما في الفصل الثاني منها إلى أن للفقهاء والإجتهاد التحكيمي مكانة أساسية في مصادر قانون التجارة الدولي المنظم لعلاقات التجارية الدولية، لاسيما عند النظر في خصوصية الأضرار التي تطل العقود المنظمة لهذه العلاقات الدولية والتي تؤثر في كيفية تقدير التعويض الملائم. وعليه وجدنا أن الإهتمام الفقهي الدولي على صعيد التعاملات التجارية الدولية والتحكيم الدولي لا يزال حتى اليوم ينصب بشكلٍ مستمر على مواكبة التطورات التي تطل العقود الدولية وما ينشأ عنها من نزاعات وذلك دائماً بغية الوصول إلى التعويض عن الأضرار وإعادة الحال إلى ما كانت عليه وبالتالي تشجيع الإستثمارات الأجنبية والعلاقات التعاقدية الدولية وضمان الأمان القانوني للعاملين في هذا المجال.

وعليه إن التعويض عن الضرر في ظل أحكام قانون التحكيم وبالإستناد لقانون التجار الدولي هو موضوع بحث مستمر وفي تطور دائم لجهة ما يطرأ عليه من مستجدات سواء من جهة طبيعة الضرر الحاصل أو من جهة الخطأ المرتكب من قبل أطراف العلاقة التعاقدية وكيفية تقدير وتقييم كل منهما.

فإذا كنا قد تناولنا الإشكاليات التي تدور حول التعويض عن الأضرار الناتجة عن مصادرة الأعمال التجارية أو الإستثمارية، أو عن الضرر المرتبط بعدم أداء إلتزام نقدي أو عن ذلك الناتج عن التكاليف التي يتحملها الأطراف أثناء التحكيم، وتوصلنا إلى أنه في جميع هذه الحالات نجد لدى هيئات التحكيم مجموعة من القواعد عبر الوطنية التي تمكنهم من التعامل مباشرة مع ما قد يواجههم من صعوبات في تقييم وتعويض هذه الأنواع من الضرر. فماذا بالنسبة للحالة التي يكون فيها الخطأ المرتكب ناتج عن الهيئة التحكيمية

أو المحكم الفرد نفسه؟ ما طبيعة الخطأ الممكن ارتكابه في هذه الحالة؟ ومن المرجع الصالح حينها للحكم بمدى قابلية الضرر الناتج للتعويض؟ وبالتالي كيف يتم تقييم التعويض هل سنكون في هذه الحالة أمام تطبيق لقاعدتي "التعويض الكامل عن الضرر" وواجب "الإلتزام في تخفيف الضرر"؟ أم أنه ثمة مبادئ مختلفة خاصة تطبق في حالة الخطأ الصادر عن المحكم؟

لائحة المصادر والمراجع

في اللغة العربية:

١- الكتب الخاصة:

- أبو هشيمة (عادل)، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٩.
- الأسعد (بشار محمد)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
- السامرائي (هناء)، العلاقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر و التجارة الدولية، دار الكتب والوثائق العراقية، ١٩٩٩.
- سلامة (أحمد عبدالكريم)، نظرية العقد الدولي الطليق في القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٩.
- عبد الحفيظ (صفوت)، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- علم الدين (محي الدين اسماعيل)، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.

٢- الكتب العامة:

- سليمان (شيرزاد عزيز)، حسن النية في ابرام العقود، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، عمان، ٢٠٠٨.

- السنهوري (عبدالرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢.
- سيوفي (جورج)، النظرية العامة للموجبات و العقود، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٤.
- العرجي (مصطفى)، القانون المدني الجزء الثاني: المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، ١٩٩٦، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.
- النقيب (عاطف)، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ١٩٩٩.

٣- الدراسات:

- جبارة (ظافر)، سلمان (عماد)، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية المدنية وكيفية اعماله: دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الانكلوامريكي واتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة ١٩٨٠، مجلة القانون للبحوث القانونية الصادرة عن كلية القانون في جامعة ذي القار في العراق، العدد ١٢، ٢٠١٦، ٢٩٦-٣٧١.
- حاضري (فاضل)، التحكيم بين الاستبعاد والقبول في عقود الاستثمارات الأجنبية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الواحد والعشرون، كانون الثاني (يناير) ٢٠١٤، السنة السادسة، ٢٦٣-٢٧٦.
- حسين (رعد)، شعبيث (نبيل)، تدخل الدائن في تخفيف الضرر، بحث مشترك.
- طبارة (وائل)، تعليق للدكتور وائل طبارة على حكم صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى في واشنطن (الاكسبر)، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس والعشرون، ٢٠١٥.
- عبد شياح (فيصل)، دراسة في الأساس النظري لقانون التجار الدولي الجديد، مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون في جامعة بغداد في العراق، العدد ٣١، ٢٠١٦، ٣٢٣-٣٥٥.

- عبد العال (عكاشة)، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية: بحث مقدم الى مؤتمر آفاق وضمانات الإستثمارات العربية الأوروبية في بيروت، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، العدد السادس، كانون الثاني (يناير)، ٢٠٠١.
- رسالة معدة عن "عقود الإستثمار الأجنبي"، المؤلف غير معروف.

٤- الدوريات:

- مجلة التحكيم العالمية، العدد الواحد و العشرون، كانون الثاني (يناير) ٢٠١٤، و العدد الخامس و العشرون ٢٠١٥.
- مجلة القانون للبحوث القانونية الصادرة عن كلية القانون في جامعة ذي القار في العراق، العدد ١٢، ٢٠١٦.
- مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون في جامعة بغداد في العراق، العدد ٣١، ٢٠١٦.
- مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، العدد السادس، كانون الثاني (يناير)، ٢٠٠١.
- مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو ١٩٩٩.

٥- التقارير:

- الحموري (طارق)، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية: قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ جمهورية مصر العربية، ٢٥ - ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٧.

٦- النصوص القانونية:

- قانون أصول المحكمات المدنية اللبناني: مرسوم إشتراعي رقم/٩٠/ تاريخ : ١٦/٠٩/١٩٨٣.

- قانون الموجبات والعقود اللبناني: تاريخ: ١٩٣٢/٠٣/٠٩.
- القانون المدني المصري ١٩٤٩.
- قانون تشجيع الإستثمار في لبنان رقم ٣٦٠/ تاريخ ٢٠٠١/٨/١٦.
- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ بموجب القانون رقم ٩ لعام ١٩٩٧ وذلك بإضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى.
- قانون التحكيم المصري رقم ٩ لعام ١٩٩٧.
- القانون المدني الإيطالي باللغة الفرنسية.
- القانون المدني الفرنسي القديم.
- القانون المدني الفرنسي الجديد ٢٠١٨/١/١.
- قانون يورو ديزني لاند في ١٩ أغسطس ١٩٨٦.
- الإتفاقية بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات تاريخ ٢٠٠١/٨/١٦.
- إتفاقية حماية الإستثمارات المبرمة عام ١٩٨٠ بين سيرلانكا وبريطانيا.
- معاهدة الإستثمار الثنائية القائمة بين حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية وحكومة مملكة سوازيلند.
- معاهدة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية أوروغواي الشرقية فيما يتعلق بالتشجيع وحماية الإستثمار.
- معاهدة الإستثمار الثنائية لمجتمع التنمية الأفريقي الجنوبي (SADC Model BIT).
- اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA).
- مبادئ قانون العقود الأوروبية.
- إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

٧- الأحكام القضائية والتحكيمية:

- قضية كلاوت رقم ٤٧٦ [تحكيم - هيئة التحكيم التجاري الدولي الملحق بغرفة التجارة والصناعة للإتحاد الروسي، القرار ١٩٩٨/٤٠٦، في ٦ حزيران ٢٠٠٠] (عبء الإثبات على المشتري المتضرر).
- قضية كلاوت رقم ٨٥، محكمة المقاطعة الاتحادية، الولايات المتحدة الأمريكية، ايلول ١٩٩٤، ("دليل كاف حوفاً للقانون العام ولقانون نيويورك" لتقدير قيمة التعويض بقدر معقول من اليقين).
- تحكيم Liamco منشور في:

https://www.biicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf

- قضية هضبة الأهرام منشورة على صفحة مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات: <https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765333020160070/>

٨- المقالات:

- "هيكلية الاستثمار الأجنبي"، المديرية العامة للشؤون العقارية، منشور في: [\[https://investinlebanon.gov.lb/ar/lebanon_at_a_glance/foreign_direct_investments/foreign_investment_structure\]](https://investinlebanon.gov.lb/ar/lebanon_at_a_glance/foreign_direct_investments/foreign_investment_structure)

٩- الرسائل والأطاريح:

- موسى محمد (رشا)، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، [دراسة على الانترنت]، الدراسة متاحة على الموقع:

<http://abu.edu.iq/sites/default/files/research/journals/ahl-al-bayt/issues/11/180417-145604.pdf>

- رسالة معدة عن "عقود الإستثمار الأجنبي"، المؤلف غير معروف. متاحة على الموقع:

<https://www.mobt3ath.com/uplode/book/book-26812.pdf>

- خضير نشمي (مصطفى)، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط ٢٠١٤/٢٠١٥.

١٠- المواقع الالكترونية:

- الجامعة اللبنانية، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية:

<http://www.legiliban.ul.edu.lb/>

<https://www.biicl.org> -

<http://abu.edu.iq> -

<https://www.mobt3ath.com> -

<https://investinlebanon.gov.lb> -

في اللغة الأجنبية:

1 – Ouvrages:

- ORTSCHIEDT, Jérôme, *La Réparation du Dommage dans L'arbitrage Commercial International*, Dalloz, Paris, 2001.
- DEMOLOMBE, Charles, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Imprimerie Générale, Paris, 1876.
- REIFEGERSTE, Stéphan, *Pour Une Obligation de Minimiser Le Dommage*, séries: Droit Des Affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002.
- DIALLO, Oussmane, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publications, Genève, 2010, Disponible sur:
<https://books.openedition.org/>

- *La lex mercatoria, source du droit du commerce international*, cours de droit, publié par cours de droit.net, 27 septembre 2019, Disponible sur: <https://cours-de-droit.net/la-lex-mercatoria-source-du-commerce-international-a126608090/>

2– Articles:

- GILLMAN, Howard, “Chapter 2: The Colonial Era—Criminal Justice/Search and Seizure, *Wilkes v. Wood*, 19 Howell’s State Trial 1153 (C.P. 1763)”, *American Constitutionalism*, Volume II: Rights and Liberties, copyright OUP 2013.
- LEE, João Bosco, “Burden and Standard of Proof in International Arbitration”, *Revista Brasileira de A R B I T R A G E M*, RBA Nº 49, Jan–Mar/2016, 91–98.
- HAZEL, Fox, “States and the Undertaking to Arbitrate”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, No. 1 (Jan., 1988), pp. 1–29 (29 pages), Available on: <https://www.jstor.org/>.
- FRIEDMAN, Mark, and Floriane LAVAUD, “Damages Principles in Investment Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 29 November 2018, Disponible sur: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1177418/damages-principles-in-investment-arbitration#footnote-070>.
- GAL, Imre, “The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade”, *Cornell International Law Journal*, volume 6, issue 1, fall 1972, article 3, Disponible sur:

<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1562&context=cilj>.

- JOHN, Trenor, *The guide to damages in international arbitration*, Global Arbitration Review, Second Edition, January 2018.

3– Thèses et Mémoires:

- OSMAN, Filali, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Éric Loquin (dir.), thèse de doctorat en droit privé, Dijon, 1991.
- MALAZOUÉ, David, «L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale», Mémoire de Master II en Droit des Contrats Internes et Internationaux, Université PARIS SUD, 2013/2014.
- ELCIN, Mert, “Lex Mercatoria in International Arbitration”, Thesis submitted for assessment with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws, The European University Institute, Florence, November 2012, 474 p, available on:
https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/25204/2012_ELCIN_Vol1.pdf?sequence=1.
- BERGER, Klaus, “The Lex Mercatoria (Old and New)”, research published on: https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8

4– Lois et Conventions:

- Le Code de procédure civile français, dernière modification 01/01/2018.

- Le code civil Italien.
- UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016.
- La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises 1980.
- La convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1^{er} juillet 1964).
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC, 2001.
- International institute for the unification of private law, comments on the art 7.4.8, via the link: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/406-chapter-7-non-performance-section-4-damages/1030-article-7-4-8-mitigation-of-harm>.
- Le commentaire attaché à l'article 7.4.4 des Principes d'Unidroit, institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome, 2010.
- SADC Model BIT.

5– Rapports:

- NIKIEMA, Suzy, “Compensation for Expropriation”, Published by the International Institute for Sustainable Development, March 2013, Available on: https://www.iisd.org/pdf/2013/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf.

- NOUVEL, Yves, Rapprt sur «L’indemnisation d’une exportation indirecte», the International Law Forum du droit international, Volume 5, No 3, August 2003, page 198, Disponible sur: <https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/FORUMvol6issue3.pdf>.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2010.
- CORDELL, Hull, FOREIGN RELATIONS OF THE UNITED STATES DIPLOMATIC PAPERS, Volume V, WASHINGTON, July 21, 1938. Available on: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1938v05/d662>
- Report of “ the Commission to the General Assembly”, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, United Nations Publications, NewYork, 1970, Available on: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf.

6– Décisions Judiciaires:

- *Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.)*, 26 July 1927, P.C.I.J. (ser. A) No.9.
[Cite as: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm]
[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm]
- *Disney land case*, ICC Award No. 3344, 198.[Cite as: https://www.trans-lex.org/203344/_/icc-award-no-3344-clunet-1982-at-978-et-seq/]
- *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka*, 1990, ICSID.

- *Steel bars case*, 26 March 1993, ICC Arbitration Case No. 6653.[Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html#cx>]
- CCI No 3894 en 1981, J DI 1982, Y Derains.
- *Société Asian Agricultural Products Ltd (A.A.P.L) c. Sri Lanka*, Du 27 juin 1990, Sentence CIRDI, par Le journal d'une doctorante, publié le 24/12/2012. [Consulte via: <https://www.legavox.fr/blog/le-journal-d-une-doctorante/sentence-cirdi-juin-1990-societe-10369.htm>]
- *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1.
- CCI. No 1526 en 1968 J.D.I 1974 page 918.[Cite as: https://www.trans-lex.org/201526/_/icc-award-no-1526-clunet-1974-at-915-et-seq/].
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v Arab Republic of Egypt*, Year of the award: 1992, page 4. [Cite as: https://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf].
- (*Failure to open letter of credit and penalty clause case*), 1992, ICC Arbitration Case No. 7197 [Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>].
- Supreme Judicial Court of Massachusetts. Norfolk, May 15, 2008: “in the case of an enforceable liquidated damages provision in a contract, the issue of mitigation is irrelevant and should not be considered in assessing damages”. [Cite as: <https://casetext.com/case/nps-llc-v-minihane>].
- CCI No 2216 EN 1974, consulte via: https://www.trans-lex.org/202216/_/icc-award-no2216-clunet-1975-at-917-et-seq/
- *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* , ICSID Case No. ARB/84/4, parag(65).[Cite as: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-maritime-international->

[nominees-establishment-v-republic-of-guinea-award-wednesday-6th-january-1988](#)].

- ICC Arbitration Case No. 7197 of [1992].
- *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v The Libyan Arab Republic*, Case summary, 1977, Ad Hoc Tribunal (Draft Convention on Arbitral Procedure, ILC 1958).
- *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, parag (4.89–4.95) [Cite as: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-s-a-r-l-benvenuti-bonfant-v-peoples-republic-of-the-congo-paris-court-decision-i-tuesday-23rd-december-1980>].
- Cour d'appel de Paris, 13/6/1996, Rev. Arb, 1997, p.251, note E. Gaillard.
- Cour d'appel de Paris, 17/12/1991, Rev. Arb, 1993, p.281, note Herve Synvet.
- https://www.trans-lex.org/261100/_/ad-hoc-award-of-january-14-1982-elf-aquitaine-iran-v-national-iranian-oil-company-yca-1986-at-97-102-et-seq/
- *Amoco International Finance Corp. v. Iran*, (1987–II), pp. 189 et seq [Cite as: https://www.trans-lex.org/231900/_/iran-us-claims-tribunal-amoco-int-l-finance-corp-v-iran-15-iran-us-ctr-at-189-et-seq/#toc_8].
- *Marion & Reinhard UNGLAUBE v. Republic of Costa Rica*, judgment of May 16. 2012, (ICSID case No. ARB/08/1 and ARB/09/20), paragraph 309 – 3015 – 3016.

7– Sites Electroniques:

- <https://books.openedition.org/>
- <https://www.trans-lex.org>
- <https://cours-de-droit.net>
- <https://www.jstor.org/>

- <https://jusmundi.com>
- <https://casetext.com>
- <https://www.legavox.fr>
- <http://cisgw3.law.pace.edu>
- <http://www.worldcourts.com>
- <https://legal.un.org>
- <https://history.state.gov>
- <https://www.ila-hq.org/>
- <https://www.iisd.org>
- <https://cadmus.eui.eu/>
- <https://www.ila-hq.org>
- <https://scholarship.law.cornell.edu>
- <https://cadmus.eui.eu>
- <https://globalarbitrationreview.com>
- <https://www.unidroit.org>

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١
الفصل الأول: المفهوم القانوني للضرر وخصوصيته في قانون التحكيم	٤
المطلب الأول: ماهية الضرر وطبيعته القانونية في عقود التجارة الدولية	٦
النبذة الأولى: خصائص الضرر القابل للتعويض في عقود التجارة الدولية	٨
الفقرة الأولى: وقوع الضرر فعلاً	٩
البند الأول: مدى جواز التعويض عن الضرر المحتمل	١٤
البند الثاني: التعويض عن فوات الفرصة	١٦
الفقرة الثانية: توقع الضرر	١٨
البند الأول: أساس قاعدة توقع الضرر	١٨
البند الثاني: نطاق قاعدة توقع الضرر العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي	٢٠
النبذة الثانية: مبدأ التعويض الكامل عن الضرر القابل للتعويض	٢٦
الفقرة الأولى: مصدر قاعدة التعويض الكامل عن الضرر	٢٧
الفقرة الثانية: نطاق قاعدة التعويض الكامل عن الضرر	٣٠
المطلب الثاني: مبدأ الإلتزام بتخفيف الضرر	٣٦
النبذة الأولى: مصدر قاعدة إلتزام الدائن في تخفيف الضرر والأساس القانوني له	٣٧
الفقرة الأولى: مصادر قاعدة إلتزام الدائن في تخفيف الضرر	٣٧
الفقرة الثانية: الأساس القانوني لقاعدة التزم الدائن في تخفيف الضرر	٤١
البند الأول: مبدأ حسن النية كأساس لواجب تخفيف الضرر	٤١
البند الثاني: الإعتبارات الإقتصادية كمبرر لإلتزام الدائن في تخفيف الضرر	٤٦
النبذة الثانية: خصائص قاعدة إلتزام الدائن في تخفيف الضرر وتطبيقاتها	٤٨

٤٨	الفقرة الأولى: خصائص قاعدة إلّتزام الدائن في تخفيف الضرر
٥١	الفقرة الثانية: كيفية تطبيق قاعدة إلّتزام الدائن في تخفيف الضرر
٥٢	البند الأول: واجب الدائن بإيجاد بديل
٥٤	البند الثاني: إلّخاذ الإّجراءات اللازمة خلال مدة معقولة
٥٦	خلاصة الفصل الأول
٥٧	الفصل الثاني: التعويض عن الضرر في العقود الإستثمارية الأّجنبية في ظل النظم العابرة للدول
٥٨	المطلب الأول: ماهية الضرر و طبيعته القانونية في العقود الإستثمارية
٥٨	النّبة الأولى: طبيعة المنازعات في العقود الإستثمارية
٥٩	الفقرة الأولى: تعريف العقود الإستثمارية
٦١	الفقرة الثانية: المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الإستثمارية
٦٢	النّبة الثانية: التعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية
٦٣	الفقرة الأولى: التحكيم كوسيلة للتعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية
٦٣	البند الأول: الرأى المؤيد لشرط التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقود الإستثمار الأّجنبي
٦٤	أولاً: التحكيم ضمانة للعدالة في فض المنازعات الإستثمارية
٦٥	ثانياً: التحكيم ضمانة إّجرائية لتشجيع الإستثمار
٦٧	البند الثاني: الرأى المعارض لوجود شرط التحكيم في عقود الإستثمار الأّجنبية
٦٨	أولاً: مدى أهلية الدولة باللجوء إلى التحكيم
٧٠	ثانياً: تمسك الدولة بحصانتها
٧٤	الفقرة الثانية: كيفية التعويض عن الضرر الناشئ عن العقود الإستثمارية
٧٥	البند الأول: التعويض عن المصادرة في القانون الدولي العرفي
٧٦	أولاً: القواعد العامة للمسؤولية الدولية للدول

٧٧	ثانيًا: التمييز بين التعويض عن المصادرة المشروعة وغير المشروعة في القانون الدولي العرفي
٧٩	البند الثاني: شروط معاهدات الإستثمار الثنائية BIT للتعويض عن المصادرة
٨٠	أولًا: المبادئ القانونية التي تحكم التعويض عن المصادرة
٨٦	ثانيًا: المعايير القانونية لتقييم التعويض عن المصادرة
٩١	المطلب الثاني: النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي
٩١	النبذة الأولى: صور النظم العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي
٩٢	الفقرة الأولى: النظم العامة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي
٩٢	البند الأول: قواعد ال lex mercatoria كمصدر من قواعد القانون التجاري الدولي
٩٣	أولًا: ماهية قواعد ال lex mercatoria
٩٧	ثانيًا: قواعد ال lex mercatoria و التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي
٩٩	البند الثاني: أهم الاجتهادات التحكيمية في مجال التعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي
١٠٠	أولًا: قضية Chorzów
١٠١	ثانيًا: أهم المبادئ التي خلصت إليها الهيئة التحكيمية في قرارها
١٠٤	الفقرة الثانية: النظم الخاصة العابرة للدول المتعلقة بالتعويض عن الضرر في التحكيم التجاري الدولي
١٠٥	البند الأول: التعديلات التي طالت بعض التشريعات الداخلية (لبنان - فرنسا مصر)
١٠٩	البند الثاني: الإتفاقيات والمعاهدات الدولية التي نظمت النشاطات التجارية الدولية والإستثمارية

١٠٩	أولاً: إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (CISG) ١٩٨٠
١١٢	ثانياً: الإتفاقية بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات ٢٠٠١
١١٤	النبذة الثانية: تمايز النظم العابرة للدول المتعلقة بجبر الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي
١١٤	الفقرة الأولى: السبب وراء إيجاد النظم العابرة للدول المتعلقة بجبر الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي
١١٦	الفقرة الثانية: الهدف من إيجاد النظم العابرة للدول المتعلقة بجبر الضرر في مجال التحكيم التجاري الدولي
١٢١	خلاصة الفصل الثاني
١٢٣	الخاتمة
١٢٦	لائحة المصادر والمراجع
١٣٩	الفهرس