كليـــة الحقـــوق

قسم القانون الخاص

الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

مقدمة من الباحث

صلاح محمد حميد ابراهيم

إشراف

الأستاذ الدكتور

أحمد بركات مصطفى

أستاذ القانون التجاري والبحري

ووكيل كلية الحقوق – جامعة أسيوط

الأستاذ الدكتور

ناصر عثمان محمد عثمان

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد ورئيس قسم القانون الخاص

كليـــة الحقـــوق – جامعة أسـيوط

لجنة المناقشة والحكم

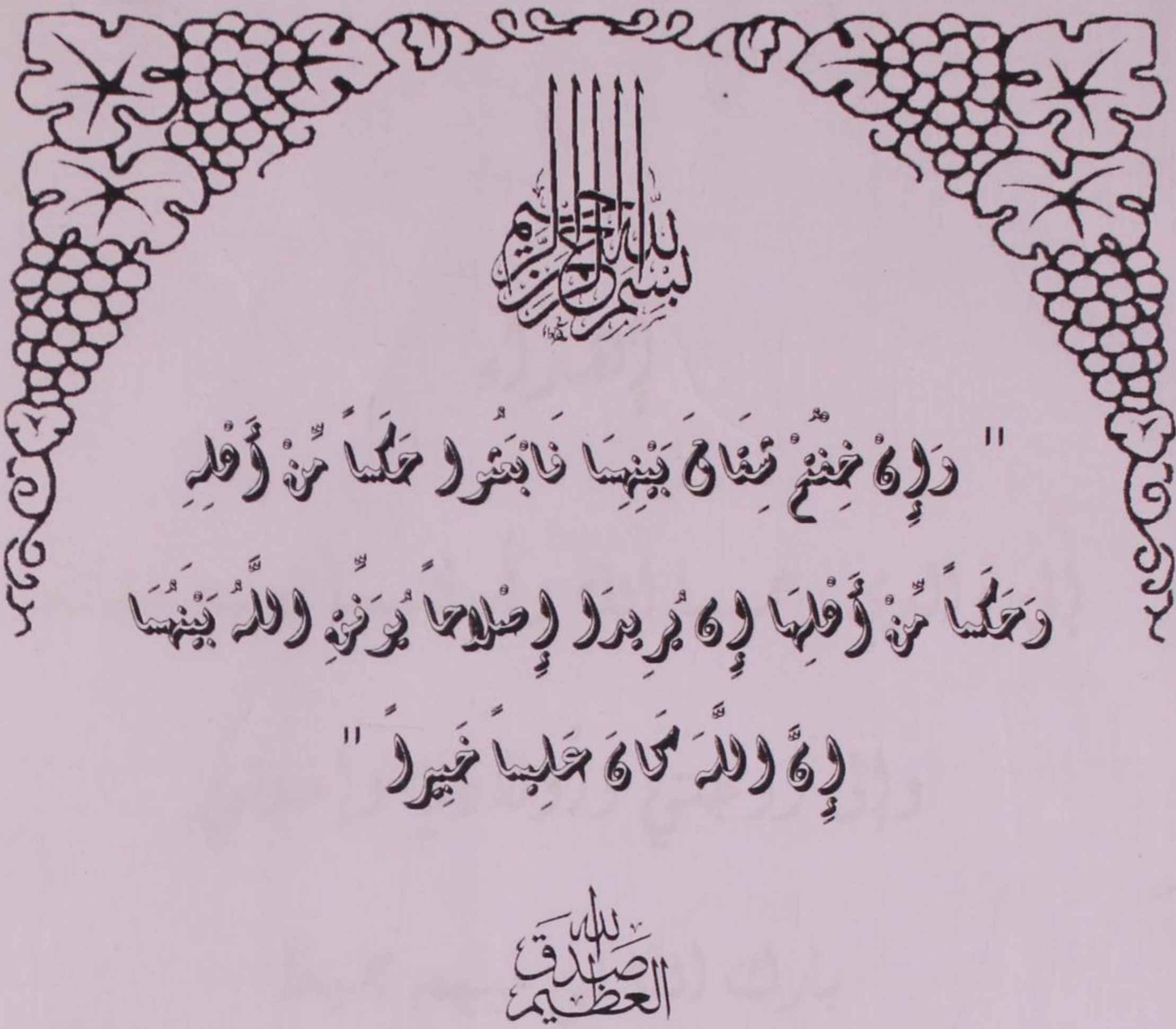
١ - أ.د/ حسام عبد الغني الصغير أستاذ القانون التجاري والبحري - كلية الحقوق – جامعة حلوان (رئيسًـــــا)

٢ - أ.د/ أحمد بركات مصطفى أستاذ القانون التجاري – ووكيل كلية الحقوق – جامعة أسيوط (مشرفًا وعضوًا)

٣ - أ.د/ طلعت حلمي حسانين أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد – كلية الشريعة والقانون بأسيوط (عضـــــوًا)

٤ - أ.د/ ناصر عثمان محمد عثمان أستاذ القانـــون الدولي الخاص المســـاعد - كلية الحقوق - جامعة أسيوط (مشرفًا وعضـوًا)

١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م



سورة النساء (الآية ٣٥)

قال المزني صاحب كتاب الإمام الشافعي : لو عُورض كتاب سبعين مرة لوجد فيه خطأ، أبى الله أن يكون كتابًا صحيحًا غير كتابه .

"إننا لا نحبذ المبالغة في الخوف من أخطاء الشعوب ؛ لأن الشعوب لا تتعلم إلا إذا أخطأت ، وخيرٌ لها أن تتعلم عن طريق الخطأ من أن تبقى جاهلة خوفًا من الخطأ "

الفقيه الجليل الدكتور / سليمان محمد الطماوي

إهداء

إلى والدي رحمهما الله وأسكنهما فسيح جناته

وإلى زوجتي وأولادي وإخوتي

بارك الله لي فيهم جميعًا

شكر وتقدير

أحمدك ربى ومن أولى بالحمد منك؛ فأنت رب العالمين، نعتز بالعبودية لك؛ لأنك الرحمن الرحيم، منك بدأنا وإليك نعود لأنك رب العالمين، اللهم كما خصصناك بإياك نعبد، فأعنا بإياك نستعين والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وبعد ،،

فالشكر لله تعالى على أن وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع والذي سيكون منارة لدربي في طريق العلم .

ولا يسعني إلا أن أنسب الفضل لأهله، لذلك خالص شكري وتقديري للمشرف على رسالتي أستاذي الفاضل **الاستاذ الدكتور/ أحمد بركات مصطفى** أستاذ القانون التجاري والبحري ووكيل الكلية ، والذي كانت له أياد بيضاء ، وتوجيهات سديدة كان لها عظيم الأثر في إتمام هذا العمل ، فجزاه الله عني خير الجزاء.

وأيضًا أشكر **الأستاذ الدكتور / ناصر عثمان محمد** أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد ورئيس قسم القانون الخاص، الذي لم يعلو جهدا في تقديم النصح والارشاد لي لإتمام هذا العمل ، فجزاه الله عنى خير الجزاء .

وأيضا أخص بالذكر أستاذي الفاضل **الاستاذ الدكتور / أحمد محمد مليجي** المشرف السابق على رسالتي وقد وافته المنية قبل إنجاز هذا العمل والذي أيدني وشجعني في اختيار هذا الموضوع الصعب رحمه الله رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى **أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة** الذين سيثرون بعلمهم النافع وملاحظاتهم القيمة هذه الدراسة ، وقد تكبدوا عناء السفر فجزاهم الله عني خير الجزاء وكان هذا الجهد في ميزان حسناتهم .

كما أتقدم بالشكر لكل من قدم لي يد العون والمساعدة ، وأخص بالذكر الأخ الفاضل **الأستاذ الدكتور / شمس الدين عبدات** مدير مركز التحكيم والوساطة بالرباط ، وأيضا أشكر الأخ الفاضل **الأستاذ / محمد عبد القادر** مدير فرع دار النهضة العربية بدبي لهم مني جميعا خالص شكري وتقديري.

الباحث

مقدمـــــة

أحمدُكَ ربِّى ، ومَنْ أَولَى بالحمدِ مِنْكَ ؛ فأنت رب العالمين ، نعتز بالعبودية لك لأنك الرحمن الرحيم منك بدأنا وإليك نعود لأنك رب العالمين، اللهم كما خصصناك بإياك نعبد، فأعنا بإياك نستعين. والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. وبعد،

يُعد القانون ضرورة تفرضها الحاجة إلى العدالة، لأنه ينظم العلاقات في المجتمع، وإذا كان الخضوع للقانون لا يتم تلقائيا في غالب الاحيان من قبل المخاطبين بأحكامه، ومن ثم ظهرت الحاجة إلى وجود القضاء في الدولة، فالسلطة القضائية هي الجهاز الذي يحقق الامن للمجتمع بإقامة العدل، ولا حياة بدون أمن قائم علي العدل، وهي وظيفة أساسية في حياة المجتمع ووجودها حتمي ولاغنى عنه، كما قال ابن خلدون " العدل اساس الملك"، ولذلك نجد أن جميع دساتير الامم أقرت استقلال السلطة القضائية وحصانتها، لأن القضاء الصالح المستقل الذي يقول كلمة القانون يعيد إلى الطريق السوى كل منحرف مهما كانت صفته ومهما كان شأنه، وبالتالي كان القضاء هو الملاذ لكل ضعيف ومظلوم . ومن ثم لا خوف علي أمة تسود فيها كلمة القانون.

إن اللجوء إلى المحاكم باعتبارها الطريق الطبيعي والمعتاد للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الافراد، وقيامها بهذه المهمة يواجه مشكلة تراكم القضايا مما أدي إلى عجز القضاء عن القيام بمهمته على أكمل وجه، بالإضافة إلى ظاهرة عدم فاعلية الأحكام بسبب مشاكل التنفيذ مما يجرد الحق المطالب به من كل قيمة له، إذ لا يكفي النص في الدستور علي حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في الوقت الذي يلائمه، بل يجب أن يشعر المتقاضي بأن العدل سهل المنال، ولا يكون ذلك إلا بوصول الحق إلى صاحبه في اقرب وقت وبأقل التكاليف، فالعدالة الناجزة ليست أن يصل صاحب الحق إلى حقه فحسب، بل وإنما في أن يستوفي حقه بغير مماطلة وفي زمن قليل. ذلك أن تشجيع الاستثمار لايكون بازالة الحواجز الوطنية أمام المستثمر ومنحه قدر عال من المزايا الخاصة ، وإنما يعتمد تحقيق هذا الهدف على مدى ما توفره الدولة للباحثين عن مجالات رحبة وآمنة للاستثمار من سبل لاقتضاء حقوقهم وضمان الحماية لأموالهم .

ولقد دفعت الصعوبات التي يعاني منها القضاء وعدم تمكنه من ايجاد وسيلة آمنة لاقتضاء تلك الحقوق وتحقيق العدالة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ، الى

فهرس الموضوعات

الموضـــــــــوع	الصفحة
مقدمـــــــــة	١٠
فصل تمهيدي **التطور التاريخي للوسائل الودية ومفهومها ومميزاتها .**	٧
المبحث الاول : نشاة الوسائل البديلة وتطورها.	٨
المبحث الثاني : مفهوم الوسائل البديلة مميزاتها.	٢٦
المطلب الاول : مفهوم الوسائل البديلة .	٢٧
المطلب الثاني : مميزات الوسائل البديلة .	٣٢
الباب الاول : المفاوضات	٤٧
تمهيد وتقسيم	٤٧
الفصل الاول : المفاوضات وضرورتها في تجنب المنازعات	٥١
المبحث الاول : مفهوم المفاوضات استراتيجيات ومهارات التفاوض.	٥٣
المطلب الأول : مفهوم المفاوضات .	٥٤
الفرع الأول : تعريف المفاوضات.	٥٤
الفرع الثاني: عناصر المفاوضات.	٥٦
المطلب الثاني : استراتيجيات ومهارات التفاوض .	٥٨
الفرع الأول : استراتيجيات التفاوض	٥٩
الفرع الثاني : مهارات التفاوض.	٦٦
المبحث الثاني : تنظيم المفاوضات.	٧٢
المطلب الأول: تنازع القوانين وحرية التفاوض.	٧٢
الفرع الاول:التفاض الحر (ماهية التفاوض – مضمونه)	٧٣
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق في حالة قطع المفاوضات.	٧٤
المطلب الثاني : تنازع القوانين في التفاوض العقدي .	٧٩
الفرع الأول : ماهية عقد التفاوض	٨٠
الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق علـــى عقـــد التفاوض.(قـــانون	٨٢

الموضـــــــــوع	الصفحة
الإرادة)	
الفرع الثالث : نطاق القانون الواجب التطبيق (الألتزامات) .	٨٥
أولا : الألتزامات الاساسية الناشئة عن التفاوض.	٨٥
١ – الألتزام ببدء التفاوض.	٨٥
٢ – الالتزام بالاستمرار في التفاوض.	٨٦
٣ – الألتزام بمبدأ حسن النية	٨٧
٤ – الألتزام بالتعاون وتقديم المعلومات	٨٩
خامسا – الألتزام بالأعلام .	٩٠
ثانيا : الألتزامات الخاصة الفرعية .	٩١
١ – الألتزام بالمبادرة لأزالة المراكز القلقة.	٩١
٢ – الألتزام بحظر المفاوضات الموازية .	٩٢
٣ – الألتزام بالمحافظة على سرية المعلومات .	٩٣
الفرع الرابع : المسئولية عن الأخلال بالألتزام الأصلي بالتفاوض	٩٤
المبحث الثالث : البعد الثقافي واثره في التفاوض	٩٩
الفصل الثاني **دور شرط اعادة التفاوض في تسوية المنازعات**	١٠٩
تمهيد وتقسيم :	١٠٩
المبحث الاول : ماهية شرط اعادة التفاوض .	١١٢
المطلب الاول : التريف بشرط إعادة التفاوض .	١١٢
المطلب الثاني : شروط تطبيق شرط اعادة التفاوض .	١١٧
المطلب الثالث : طبيعة الاحداث التي يواجهها الشرط	١١٩
المبحث الثاني : اختلال التوازن العقدي .	١٢٧
المطلب الاول : المقصود باختلال التوازن .	١٢٧
المطلب الثاني : معيار تقدير اختلال التوازن	١٣١
المبحث الثالث : نتائج شرط اعادة التفاوض .	١٣٤

الموضـــــــــوع	الصفحة
المطلب الاول : وقف تنفيذ العقد .	١٣٤
المطلب الثاني : الالتزام بإعادة التفاوض .	١٤٥
الباب الثاني **الوساطة والتوفيق ودورهما في حسم منازعات الاستثمار**	١٦٥
تمهيد وتقسيم	١٦٥
الفصل الاول : الوساطة ودورها في حسم منازعات الاستثمار	١٦٧
المبحث الاول : ماهية الوساطة وانواعهاوتميزها عن الانظمة المشابهة .	١٦٩
المطلب الاول : تعريف الوساطة وطبيعتها القانونية ومعايير دوليتها.	١٧٠
الفرع الاول : تعريف الوساطة	١٧٠
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للوساطة.	١٧٦
الفرع الثالث : معايير دولية الوساطة	١٧٦
المطلب الثاني : تميز الوساطة عن غيرها من الانظمة المشابهة .	١٧٧
المطلب الثالث : أنواع الوساطة .	١٨٤
المبحث الثاني : خصائص الوساطة	١٩٤
المبحث الثالث : الوسيط – الشروط الواجب توافرها فيـــه ودوره والتزاماتـــه وحقوقه وطريقة اختياره ومهاراته التي ينبغي ان يتمتع بها .	١٩٩
المطلب الاول : الشروط الواجب توافرها في الوسيط .	٢٠٠
المطلب الثاني : إختيار الوسيط أو تعيينه .	٢١٠
المطلب الثالث : دور الوسيط والتزاماته وحقوقة .	٢١٦
الفرع الاول : دور الوسيط	٢١٦
الفرع الثاني : التزامات الوسيط وحقوقة .	٢٢٢
أولا: التزامات الوسيط	٢٢٢
ثانيا : حقوق الوسيط .	٢٣٦
المطلب الرابع : مهارات الوسيط .	٢٣٩
المبحث الرابع : اتفاق الوساطة .	٢٤٤

الموضـــــــوع	الصفحة
المطلب الاول : صور اتفاق الوساطة .	٢٤٤
المطلب الثاني : محل اتفاق الوساطة (قابلية النزاع للتسوية بطريق الوساطة والقانون الواجب التطبيق عليه)	٢٥٢
الفرع الأول : قابلية النزاع للتسوية بطريقة الوساطة والقانون الواجب التطبيق عليه	٢٥٢
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يقبل التسوية بطريق الوساطة	٢٥٦
المطلب الثالث : آثار الاتفاق علي الوساطة .	٢٥٧
المبحث الخامس : سير عملية الوساطة .	٢٥٩
المطلب الاول : تقديم طلب للوساطة (أهلية طرفي النزاع والقانون الواجـب التطبيق عليها) .	٢٦٠
المطلب الثاني : إجراءات الوساطة والقانون الواجب التطبيق عليها	٢٦٣
الفرع الاول : القانون الواجب التنطبيق على إجراءات الوساطة .	٢٦٤
الفرع الثاني : بداية الوساطة ونهايتها.	٢٦٥
الفرع الثالث : مراحل الوساطة.	٢٦٩
المطلب الثالث : اثار الوساطة .	٢٧٨
الفرع الاول: آثار الوساطة في حالة نجاحها.	٢٧٨
الفرع الثاني : الاخفاق في الوصول إلى تسوية .	٢٨٢
المطلب الرابع : القوة الملزمة للتوصية	٢٨٩
المبحث السادس : دور المحامي في الوساطة	٢٩٣
الفصل الثاني **التوفيق ودوره في حسم منازعات الاستثمار**	٣٠٦
تمهيد وتقسيم :	٣٠٦
المبحث الاول : ماهية التوفيق ومزاياه وتميزه عن غيره من الآليات ألاخري ، وأنواعه.	٣٠٨

الموضـــــــــوع	الصفحة
المطلب الاول : تعريف التوفيق ومعايير دوليته وطبيعته القانونية .	٣٠٨
الفرع الأول : تعريف التوفيق.	٣٠٩
الفرع الثاني : معايير دولية التوفيق.	٣١٢
الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للتوفيق.	٣١٣
المطلب الثاني : مزايا التوفيق وتميزه عن غيره من الآليات ألاخري ..	٣١٤
الفرع الاول : مزايا التوفيق	٣١٤
الفرع الثاني : تميز التوفيق عن غيره من الآليات الأخري	٣١٨
المطلب الثالث : أنواع التوفيق .	٣٢٦
المبحث الثاني : اجراءات التوفيق بين طرفي النزاع والقانون الواجب التطبيق عليها.	٣٣١
المطلب الاول : ألاجراءات الخاصة باللجوء إلى التوفيق .	٣٣٤
الفرع الاول : الاتفاق علي التوفيق	٣٣٤
الفرع الثاني : بداية التوفيق ومدته .	٣٤٠
أولاً : بداية إجراءات التوفيق .	٣٤٠
ثانيًا : مدة التوفيق .	٣٤٢
الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق علي إجراءات التوفيق	
المطلب الثاني : تعيين الموفق وضوابط إختياره	٣٤٥
الفرع الاول : الموفق ودوره في فض النزاع .	٣٤٥
الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في أعضاء هيئة التوفيق أو الموفقين.	٣٤٩
الفرع الثالث : دور أطراف النزاع في اختيار هيئة التوفيق .	٣٥١
المطلب الثالث : التزام الأطراف باللجوء إلى التوفيق واثر اللجوء اليه .	٣٥٥
الفرع الاول : التزام الأطراف باللجوء إلى التوفيق .	٣٥٦
الفرع الثاني : أثر اللجوء إلى التوفيق .	٣٦٠
المبحث الثالث : احكام التوفيق بين أطراف النزاع .	٣٦٧

الموضـــــــوع	الصفحة
المطلب الاول : التزامات أطراف النزاع .	٣٦٧
الفرع الاول : الالتزام بالتعاون وحسن النية	٣٦٧
الفرع الثاني : التزام الطرفين بتقديم المعلومات	٣٦٩
المطلب الثاني: التزامات الموفق .	٣٧٢
الفرع الاول: التزام الموفق بالسرية وعدم علانية الجلسات .	٣٧٢
الفرع الثاني : التزام الموفق بالحياد والاستقلال والنزاهة .	٣٧٥
المبحث الرابع : انتهاء التوفيق وأثاره .	٣٧٧
المطلب الاول : انتهاء التوفيق .	٣٧٩
الفرع الاول : التوصل إلى تسوية وحل النزاع .	٣٧٩
الفرع الثاني : عدم التوصل إلى حل للنزاع .	٣٧٣
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على اتفاق التسوية الناشئ عن التوفيق والطبيعة القانونية لهذا الاتفاق .	٣٨٥
الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على اتفاق التسوية الناشئ عن التوفيق (محل التنفيذ)	٣٨٥
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لأتفاق التسوية الناشئ عن التوفيق	٣٨٨
المطلب الثالث : آثار انتهاء التوفيق	٣٩٠
الباب الثالث **مدى قدرة الدولة على الدخول طرف في التحكيم** **ودور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار**	٣٩٧
الفصل الاول **مدى قدرة الدولة على الدخول كطرف في التحكيم**	٣٩٩
تمهيد وتقسيم	٣٩٩
المبحث الأول : أهلية الدولة للدخول كطرف في التحكيم	٤٠٠
المطلب الأول : الاتجاه المعارض للتحكيم في عقود الدولة	٤٠١
المطلب الثاني : الاتجاه المؤيد للتحكيم في عقود الدولة	٤٠٦

الموضـــــــــوع	الصفحة
المبحث الثاني : موقف الأنظمة المقارنة من مسألة أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة للدخول كطرف في التحكيم	٤١٦
المطلب الأول : الدول التي أجازت للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء الى التحكيم	٤١٦
المطلب الثاني : الدول التي لم تُجز للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء الى التحكيم	٤٢٩
المبحث الثالث : موقف الاتفاقيات الدولية من مسألة أهلية أو قدرة الدولة أو أشخاصها الاعتبارية للدخول كطرف في التحكيم	٤٣٤
الفصل الثاني : دور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار	٤٣٩
تمهيد وتقسيم	٤٣٩
المبحث الاول : الهدف من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار	٤٤١
المبحث الثاني : الخصائص المميزة لاتفاقية المركز	٤٤٣
المبحث الثالث : تنظيم ومهام المركز.	٤٤٩
المبحث الرابع: شروط اختصاص المركز .	٤٥١
المطلب الأول : الاختصاص الشخصي	٤٥٣
المطلب الثاني : الرضا	٤٦٦
المطلب الثالث : أن تكون المنازعة قانونية وناشئة بطريقة غير مباشرة عن استثمار	٤٨١
المبحث الخامس : الادعاء أمام المركز .	٤٨٨
المطلب الاول: إجراءات اقامة الدعوي	٤٨٩
الفرع الاول : تحريك الدعوي التوفيقية أو التحكيمية أمام المركز الدولي .	٤٨٩
أولاً : الطلب	٤٩٠
ثانيًا : تشكيل هيئة التوفيق والتحكيم	٤٩٢
ثالثًا : مكان إتخاذ الإجراءات	٤٩٩
الفرع الثاني: سير الدعوي	٥٠٠

الموضـــــــــوع	الصفحة
أولاً: إجراءات للتوفيق.	٥٠٠
ثانياً: في شأن التحكيم	٥٠٦
الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع	٥١١
أولا: إتفاق الأطراف علي القانون الواجب التطبيق	٥١٢
ثانيا: خلو الإتفاق علي النص علي القانون الواجب التطبيق	٥١٥
المطلب الثاني : الفصل في الدعوي	٥٢٤
الفرع الأول : صدور الحكم التحكيمي	٥٢٥
أولاً : تصحيح الحكم	٥٢٦
ثانيًا : تفسير الحكم	٥٢٧
الفرع الثاني : طرق الطعن في حكم التحكيم الصادر عن هيئات المركز الدولي	٥٢٨
أولا : اعادة النظر في الحكم الصادر عن هيئات المركز	٥٢٨
ثانيا : إبطال الحكم الصادر عن هيئات تحكيم المركز	٥٣٠
الفرع الثالث : نفاذ الحكم التحكيمي	٥٣٤
أولاً : الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه	٥٣٥
ثانيًا : فاعلية الحكم التحكيمي	٥٣٨
الخاتمة	٥٤٣
النتائج	٥٤٥
التوصيات	٥٤٨
المراجع	٥٥١
ملخص الدراسة باللغة العربية	٥٧٧
ملخص الدراسة باللغة الإنجليزية	٥٧٩
الفهرس	٥٨١