

فض النزاعات الدولية المتعلقة بالاستثمارات العقارية(*)

إعداد

السيد/ عماد الملايكي

مستشار سابق بالإدارة العامة لنزاعات الدولة

(هيئة قضايا الدولة بتونس)

حاليا ملحق كمستشار بالأمانة العامة لرئاسة

مجلس الوزراء – دولة قطر

* - (محاضرة ألقى على منبر كلية العلوم القانونية والاجتماعية بأريانة بمناسبة ملتقى بعنوان العقار والاستثمار يوم 2010/03/13).

فض النزاعات الدولية المتعلقة بالاستثمارات العقارية

المقدمة:

النقطة نظراً لإمكانية نشأة نزاعات تتعلق بتنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية) وأن يكون للنزاع علاقة بالاستثمار علماً وأن أغلب التشريعات الوضعية تفضل عدم تعريف المقصود بعبارة الاستثمار لارتباطها الوثيق بالاقتصاد وهو ما دفع بعض سُراخ القانون بعيداً في وصف تعريف الاستثمار "بالملعون" « Une notion maudite » على ضوء التطور المطرد والتوسع في تعريف هذا المصطلح من قبل هيئات التحكيم الدولية² إلا أن صعوبة المادة لم تمنع فقه القضاء الدولي من وضع عدة معايير يمكن اعتمادها لتعريف الاستثمار تذكر منها الأستاذة وخبيرة التحكيم الدولي السويسرية " قابريال كوفمان كولار" في مداخلة لها أقيمت ببيروت في 2004/06/24 بعنوان: " تحكيم الاستثمار بين عقد الاستثمار والاتفاقيات الدولية بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة " عموماً يشترط في ما يمكن اعتباره استثمار خمسة شروط: مساهمة مالية أو عينية، عائد مالي، مخاطر تهدد المتعاقدين، مرور مدة من الوقت و أخيراً يجب أن يكون للعملية دور في تطوير اقتصاد البلد الواقع للاستثمار على أرضه"³، ولئن لم يعرف المشرع

يمثل موضوع فض النزاعات الدولية المتعلقة بالاستثمار في المادة العقارية موضوعاً فنياً معقداً وواسعاً لمساسه بعدة مواد قانونية أهمها: قانون الإجراءات . فض النزاعات يعد مادة إجرائية بامتياز لتعلقه بالأجال والشكليات المطلوبة لتصحيح الدعوى والقانون الإداري لتعلقه بالعقود الإدارية والطعن في القرارات المتصلة بحق الملكية والقانون العقاري لتعلقه بحماية الملكية العقارية وضمان التعامل على العقار والقانون الدولي لارتباطه بالضمانات المخولة للاستثمارات الأجنبية عن طريق الاتفاقيات الدولية¹ وقانون الاستثمار. ضرورة تدخل المشرع لضمان تشجيع الاستثمار يكاد لا يتوقف في ظل المنافسة على جلب الاستثمارات خاصة ونحن في ظل الأزمة الاقتصادية العالمية فضلاً عن تعلقه بمسائل دستورية لها مساس بجوهر حق الملكية والمقصود بالنزاع في هذا الشأن هو النزاع القانوني مما يتجه معه إقصاء بقية النزاعات (كالنزاع المسلح والنزاع الاقتصادي) ويفترض النزاع القانوني التعارض في وجهات النظر بين خصمين إلى حد المطالبة أمام الهيئات القضائية والقانونية المختصة الأمر الذي يتجه معه إقصاء إجراءات المصالحة السابقة لنشأة النزاع وكذلك إجراءات التنفيذ اللاحقة لنشأة النزاع (مع تحفظنا بخصوص هذه

² - Lesi-Dipenta C. Algérie ARB/03/8 sentence rendue le 10/01/2005 (composition du tribunal : Pierre TERCIER , président , andré FAURES et Emanuel GAILLARD arbitres)

www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm

Voir l'arrêt de principe salini SPA C. Maroc ARB/00/4. 42 ILM 609 CIRDI
³ - **Gabrielle Kaufmann-Kohler** : " L'arbitrage d'investissement: entre

¹ - أبرمت الجمهورية التونسية 54 اتفاقية لتشجيع وحماية الاستثمارات وحوالي 10 اتفاقيات متعددة الأطراف لتشجيع وحماية الاستثمارات نذكر منها: " الاتفاقية العربية الموحدة لتشجيع الاستثمار () الاتفاقية المغربية () اتفاقية الدول الإسلامية () اتفاقية البنك الدولي المعروفة باتفاقية واشنطن (تراجع الهوامش من 48 إلى 51).

استثمار على المكاسب كالأملك والحقوق وكل أصناف الفوائد وخاصة وبدون حصر: (أ)- الأملك المنقولة والعقارات وكذلك كل الحقوق العينية الأخرى كالرهون والامتيازات وحقوق الانتفاع والضمانات والحقوق المماثلة..". والمقصود بالأملك العقارية في القانون التونسي ما اصطلح المشرع على تعريفه

minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des parties contractantes;

c) les obligations, créances et droit à toutes prestations ayant valeur économique;

d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licence, marque déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et clientèle;

e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, culture, l'extraction de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des parties contractantes,

étant entendue que les dites avoirs doivent être ou avoir conformément à la législation de la partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de la quelle l'investissement est effectué.

Toute modification de la forme des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement set réalisé ..".

التونسي المقصود بالاستثمار فقد فضل اعتماد نظام القوائم في تحديد المواد التي يعتبرها من قبيل الاستثمارات الجديرة بالحوافز عند إصداره المجلة الموحدة للاستثمار⁴ علماً بأن أغلبية الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات المصادق عليها من الجمهورية التونسية تعتمد أسلوب الوصف لتحديد المقصود بعبارة الاستثمار نذكر منها ما ورد بالفصل (1) من الاتفاقية التونسية الفرنسية لتشجيع وحماية الاستثمارات المبرمة بين البلدين في 1997/10/20 باريس والمصادق عليها بالقانون عدد 103 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/12/18 والمتضمن⁵: " تطلق عبارة

contrat et traité- entre intérêts privés et intérêt public " texte de conférence prononcée le 24/06/2004 au centre libanais d'arbitrage à beyrouth.

« Généralement, on considère qu'un investissement doit comprendre cinq éléments : une contribution en argent ou en bien ; un retour en termes de profit ; un risque pris par les deux contractants; une certaine durée, enfin, l'opération doit revêtir une certaine importance pour le développement de l'Etat-hôte.. »

⁴- يراجع الأمر التطبيقي عدد 492 لسنة 1992 المؤرخ في 1994/02/28 الذي عرف بدوره أكثر من 10 تنقيحات

⁵- Le terme "**investissement**" désigne des avoirs tels que les biens ,droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement: "a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tout autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges ,usufruits ,cautionnements et droits analogues;

b) les actions, primes d'émissions et autres formes de participation, même

كما تبرز الأهمية السياسية للموضوع لمساسه بصورة مباشرة بسيادة الدول خاصة بعد انتشار موجة تأميم ممتلكات الأجانب بالدول حديثة العهد بالاستقلال خلال فترة الستينات وصدور قرارات تحكيمية إثر لجوء بعض المستثمرين الأجانب للتحكيم الدولي⁸ علماً وأن الجمهورية التونسية لا تشكل استثناء لهذه الظاهرة شأنها في ذلك شأن دول الجوار بصدور القانون عدد 5 المؤرخ في 12/05/1964 والمتعلق بتأميم العقارات الفلاحية بالبلاد التونسية كما تبرز أهمية الموضوع في يومنا هذا ربما أكثر من أي وقت مضى نتيجة للأزمة الاقتصادية العالمية التي فجرتها أزمة الرهون العقارية بالولايات المتحدة الأمريكية ونظراً لكل ما سبق بسطه نرى من

organisation – l'organisation arabe de la propriété – désuète n'était évidemment pas favorable au développement économique, elle était même un obstacle insurmontable des nouveaux venus .Ces remarques techniques ne cachent pas les origines impérialistes du colonialismes (voir à ce propos GAGNIAGE J : « les origines du protectorat français en Tunisie 1861-1881 « I.H.E.T Tunis 1969) le rapport Cambon constatait: "qu'il fallait mettre à la disposition de tout acquéreur ou propriétaire d'immeuble, une procédure simple, peu coûteuse , lui permettant d'asseoir sa propriété , de la rigueur de toute charges et droits réels qui ne seraient pas révélés en temps utile «

⁸- Voir à ce propos **Walid Ben HAMIDA** : «concession et investissement « intervention à l'occasion de la conférence organisée par le centre de conciliation et d'arbitrage de Tunis , Tunis le 26 et 27 juin 2008 .

بالفصل 3 وما بعده من م ح ع ب : " كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف " ويشمل تعريف العقار أيضا العقارات الطبيعية والحكمية والتبعية كما يمتد تعريف العقار ليشمل الملك الخاص والملك العام للدولة⁶ علماً وأن تدخل المشرع لتعريف العقار والحقوق العينية المرتبطة بالعقار محكوم في الحقيقة بعدة اعتبارات أهمها:

اعتبارات اقتصادية لضمان حقوق المتعاملين عليه وتيسير إدماج العقار في الدورة الاقتصادية وهو ما انتهت له السلطات الاستعمارية مبكراً⁷ وسعت لإصدار المجلة العقارية.

⁶- ينص الفصل 16 من م ح ع : " تخضع الموال العامة أو الخاصة الراجعة للدولة وللجماعات المحلية إلى القوانين الواردة في شأنها "

⁷- **George SOULMAGNON** : " la loi Tunisienne du 1^{er} juillet 1885 sur La propriété Immobilière et le régime des livres fonciers " Librairie du Recueil SIREY " 1933 P 15 et S " *écrivait dans le chapitre III intitulée " historique de la réforme Tunisienne de 1885 " Sur la plus grande partie du territoire, la propriété était, au moment de l'occupation de la Tunisie par les Français dans un état de grande confusion .En principe, la propriété résultait de titre rédigés par des écrivains publics," les adels". Ces titres sont composés de divers actes intéressant l'immeuble, écrits les à la suite des autres..Ils donnent, de l'immeuble , une description si rudimentaire, si imprécise que leur application sur les lieux est presque toujours un problème délicat qui réclame une compétence particulière et aboutit souvent à des incertitudes" il finissait a conclure après un développement rapide que cette*

المستحسن حصر النزاعات المتعلقة بالتملكات العقارية في النزاعات التي تجمع بين المستثمرين الأجانب والدولة الواقع الاستثمار على أرضها على ضوء التجربة التونسية وهو ما يصعب على النزاع الصفة الدولية⁹ علماً وأن هناك عدة نزاعات يمكن أن تجمع بين مستثمرين خواص يمكن الاستئناس بها بصورة عرضية ونظراً لأهمية المادة فقد شككت موضوعاً لتدخل شراح القانون من مختلف الفروع وهو ما يحتم علينا حصر الموضوع من الناحية المنهجية وتناوله في الجزئين التاليين:

الجزء الأول:- الهيئات المختصة بفض نزاعات استثمار الأملاك العقارية

لتحديد الجهاز المختص بفض النزاعات أهمية بالغة لحماية أصحاب الحقوق ضرورة أن وجود قضاء مستقل ونزيه قد يغني المستثمرين الأجانب من أصحاب الحقوق العقارية عن اللجوء للهيئات القضائية أو التحكيمية الأجنبية علماً وأن تحديد الهيكل المختص بفض النزاعات محكوم باعتبارات قانونية قد نجد لها سنداً بالتشريع الوطني أو بالقانون الدولي كما يمكن أن نجد لها أثراً بعقود الاستثمار إلا أن النجاح في تحديد الهيئات المختصة بفض النزاعات يعد غير كاف لفصل النزاع حيث يتجه على الهيكل المختص اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.

الجزء الثاني:- القانون المنطبق على النزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية

لا يقل تحديد القانون المنطبق على الأملاك العقارية أهمية عن تحديد الهيكل المختص بفض النزاعات وقد نجد له سنداً بالقوانين الداخلية للدول أو ببعض الاتفاقيات الدولية أو حتى بعقود

الاستثمار وقد نشأت في الحقيقة عدة مدارس واتجاهات فقهية لتحديد القانون المنطبق على النزاع فكيف كانت التجربة التونسية على ضوء القانون الوضعي التونسي؟

الجزء الأول:- الهياكل المختصة بفض نزاعات استثمار الأملاك العقارية

تختص المحاكم التونسية حسب عبارة الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص¹⁰ "دون سواها **بالنظر: 2- إذا تعلق الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية**" مما يشكل تكريساً لقاعدة:

« Ratione loci » حيث يجب بل يكفي أن يتعلق موضوع الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية حتى تتعهد المحاكم التونسية بالنزاع المتعلق به علماً وأن تتبع تطور التشريع التونسي يكشف في الحقيقة عدة تفاصيل قد لا يكون لها تأثير مباشر على المبدأ حيث بالرجوع لقاعدة الفصل 67 من المجلة الموحدة لتشجيع الاستثمارات¹¹ نجد أن المشرع قد حول المحاكم التونسية اختصاص النظر في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيقاً للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات (وقد عدد المشرع هذه الاتفاقيات على سبيل الذكر لا على سبيل الحصر وسوف نأتي على بعضها لاحقاً) ضرورة أن المبدأ في النصوص الحديثة السعي قدر المستطاع للحد من إمكانية اللجوء للتحكيم الدولي مثاله ما جاء بالفصل 30 من القانون عدد 81 لسنة 1992

¹⁰ - الصادرة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/11/27
¹¹ - الصادرة بموجب القانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/12/27

⁹ - الفصل 2 من م ق د الخاص: "تعتبر دولية العلاقات القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي"

المؤرخ في 1992/08/03 المتعلق بالمناطق الاقتصادية الحرة¹².

الفصل الأول: اختصاص المحاكم التونسية بالنظر في النزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية

سوف نقتصر في هذا الباب على التعريف باختصاص المحاكم (الراجعة لجهازي القضاء العدلي والإداري) دون غيرها من المؤسسات كمجلس المنافسة والمجلس الأعلى للاتصال التي قد تتعهد بالنظر في نزاعات يمكن أن تتعلق بالمنافسة على تنفيذ عقود لزمة الملك العام بين مؤسسات تمارس نفس النشاط وتقوم باستغلال الملك العمومي علما وان استغلال الأملاك العقارية العامة أو الخاصة قد يمثل أحد المعايير للفصل في الاختصاص بين جهازي القضاء العدلي أو الإداري.

تتعهد المحكمة الإدارية بالنظر في النزاعات المنشورة أمامها المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية بناء على أحكام الفصلين 3 و17 جديدين¹³ من قانونها الأساسي حيث اقتضى الفصل 17 جديد: "تختص الدوائر الابتدائية بالنظر ابتدائياً في :

- دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الصادرة في المادة الإدارية
- الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية ... " وقد يتعلق النزاع بمسائل ذات صلة سواء باستغلال الملك العمومي أو بمسائل خلافية موضوعها الملك الخاص بمناسبة البت في الدعاوى المرتبطة بتنفيذ عقود إدارية موضوعها لزمة الملك العمومي أو بمناسبة البت في الطعون موجهة لقرارات ماسة بحقوق التصرف في الملك الخاص.

أ- تعهد المحكمة الإدارية بالدعاوى الموجهة لقرارات الماسة بأصل الملكية الخاصة:

يمكن أن نميز في هذا السياق بين نوعين من الدعاوى التي تواتر نشرها في المدة الأخيرة أمام المحكمة الإدارية والهادفة لإلغاء بعض المقررات الماسة بحق الملكية وهي أولاً الطعن بالإلغاء في بعض القرارات الهادفة لنزع الملكية من أصحابها ونقلها للدولة نذكر منها (الطعن في قرارات التأميم وأوامر الانتزاع وقرارات ممارسة حق الأولوية في الشراء والاستيلاء والاعتداء المادي) وثانياً الطعون الموجهة لقرارات إسقاط حق المنتفعين ببعض العقارات الدولية في الأصل (كإسقاط حقهم في المقاسم ممنوحة لهم عن طريق الوكالة العقارية الصناعية أو الوكالة العقارية السياحية أو

المبحث الأول

في تعهد المحكمة الإدارية بالنظر في النزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية (الخاصة منها والعامة)

¹²- ينص الفصل 30 من القانون عدد 81 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/08/03 المتعلق بالمناطق الاقتصادية الحرة: " أن كل خلاف ينشأ بين المستثمر الأجنبي والحكومة التونسية يكون سببه المستثمر أو إجراء اتخذته الحكومة ضده يرجع بالنظر إلى المحاكم التونسية المختصة إلا إذا وجد اتفاق خاص يتضمن شرطاً تحكيمياً أو يسمح بإبرام اتفاقية تحكيم للغرض أو باللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم لدى مؤسسة تحكيم .. "

¹³- كما تم تنقيحهما بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 1996/06/03

بقرارات إسقاط حق المنتفعين بالعقارات الفلاحية).

1- تعهد المحكمة الإدارية بالدعاوى المتعلقة بالقرارات الهادفة لنزع الملكية الخاصة:

رغم مرور أكثر من 45 سنة على صدور القانون عدد5 لسنة 1964 المؤرخ في 1964/05/12 فإن إحالة الأملاك العقارية الفلاحية الراجعة للأجانب لملك الدولة الخاص لا تزال تثير جدلاً قانونياً في التطبيق يتعلق أساساً حول ضرورة توفر ثلاث عناصر للقبول بصحة قرار الإحالة أولها أن تراعي الصيغة الفلاحية للعقار (Ratione materiae) ثانياً أن يكون على ملك أجنبي (Ratione personae) والإشكال الثالث يتعلق بالتاريخ المعتمد للبحث في الصيغة الفلاحية (Ratione temporis) وهل يتوجب مراعاتها في تاريخ نفاذ القانون عدد5 لسنة 1964 أم في تاريخ إدراج قرار الإحالة بالرسم العقاري.

حيث يمكن أن نميز بين اتجاهين تم اعتمادهما من المحكمة الإدارية اتجاه أول يحمل على الإدارة عبئ إثبات الصيغة الفلاحية والجنسية الأجنبية للمالك في تاريخ إدراج قرار إدراج الإحالة بالرسم العقاري¹⁴ واتجاه ثان

¹⁴- القضية الابتدائية عدد1/10634 الصادر فيها الحكم بتاريخ 2005/11/24 بين التعاضدية المركزية للقمح في ش م ق/ وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية: "إن العبرة بتوفر شرطي الإحالة على ملك الدولة الخاص عند اتخاذ قرار التأميم لا عند صدور القانون المتعلق بملكية الراضي الفلاحية في تونس" (قرار غير منشور)

يراجع أيضا الحكم الصادر في القضية الابتدائية عدد 18708 بتاريخ 2005/11/24 بين حسن بن علي بن السعيد المؤدب ومن معه / وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية والمتضمن: "وحيث فضلا عن أن فقه قضاء هذه المحكمة استقر على أن العبرة بتوفر شرطي الإحالة إلى ملك الدولة الخاص عند اتخاذ قرار التأميم لا عند صدور القانون المتعلق بملكية الراضي الفلاحية في تونس" (قرار غير منشور) .

يحمل الإدارة عبئ إثبات الصيغة الفلاحية

والجنسية الأجنبية للمالك في تاريخ القانون عدد5 لسنة 1964¹⁵ ويعود السبب وراء التغير الحاصل في فقه قضاء المحكمة الإدارية لتمسك الإدارة بأحكام البروتوكول الرابط بين حكومة الجمهورية التونسية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول ملف ممتلكات الرعايا الفرنسيين بتونس¹⁶ والمتضمن اعتراف الحكومة الفرنسية بانطباق أحكام القانون عدد5 لسنة 1964 على الأملاك الفلاحية الراجعة للرعايا الفرنسيين إن قبول المحكمة الإدارية بسط رقابتها على القرارات الإدارية توسع ليطل أوامر الانتزاع وقرارات ممارسة حق الأولوية في الشراء التي يقع اتخاذها بهدف توسيع الرصيد العقاري للدولة

¹⁵- القضية الإستئنافية عدد26071 الصادر فيها الحكم بتاريخ 2008/01/04 بين وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية / فيلان آن وإيف بول وجان كلود تانقي: "وحيث طالما ثبت غياب الصيغة الفلاحية عن العقار زمن صدور القانون المتعلق بتأميم العقارات الفلاحية والمؤرخ في 1964/05/12 فإنه لامناص من استبعاد تطبيقه على العقار موضوع النزاع المائل" (قرار غير منشور)

يراجع أيضا الحكم الصادر في القضية الإستئنافية عدد25966 بتاريخ 2007/11/30 بين وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية / لوي أوقست باسنتي والمتضمن: "وحيث طالما ثبت غياب الصيغة الفلاحية في العقار زمن صدور القانون المتعلق بتأميم العقار الفلاحية والمؤرخ في 1964/05/12 فإنه لامناص من استبعاد تطبيقه على العقار موضوع النزاع المائل" (قرار غير منشور)

¹⁶- البروتوكول المذكور وقع إحقاقه بأحكام الاتفاقية التونسية الفرنسية لتشجيع وحماية الاستثمارات المبرمة بباريس في 1997/10/20 والمصادق عليها بالقانون عدد 103 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/12/18 والمتممة بتبادل الرسائل بين الجمهورية التونسية والجمهورية الفرنسية بتاريخ 1997/10/20 المصادق عليه بالقانون عدد104 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/12/18 يخص تسوية مسألة العقارات الفرنسية بالبلاد التونسية

وحيث لما كانت أحكام الفصل الأول من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 03/06/1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس تنازع الاختصاص تقتضي أن تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الدعاوى المسؤولية الإدارية المنصوص عليها بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 01/06/1972 بما في ذلك المتعلقة بالاستيلاء على العقارات فإن الاختصاص للنظر في هذا النزاع يكون معقوداً لجهة القضاء الإداري".

كما قبلت المحكمة الإدارية بسط رقابتها على الأعمال الإدارية الهادفة لاسترجاع الإدارة لملكاتها العقارية.

2- تعهد المحكمة الإدارية بالدعاوى الموجهة لقرارات إسقاط الحق:

خول الفصل 8 من الأمر عدد 216 لسنة 1973 المؤرخ في 15/05/1973 للوكالة العقارية السياحية لا غير في صورة عدم انجاز صاحب المشروع مشروع في الأجل المحددة أو انجاز جزء منه، المطالبة بتجريمه من حقوقه جزئياً أو كلياً كما نص المشروع بالفصل 2 خامساً (جديد) من القانون عدد 34 لسنة 2009 المؤرخ في 23/06/2009 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 37 لسنة 1991 المؤرخ في 08/06/1991 المتعلق بإحداث الوكالة العقارية الصناعية على: "يسقط حق باعثي المشاريع في القطاعات الصناعية المعملية والصناعات التقليدية والحرف الصغرى والخدمات في الأراضي المهية والمقتناة في إحدى الحالات التالية:..."¹⁷ ورغم اعتبار المشرع للوكالتين

¹⁷ - سبق للمجلس الدستوري أن أفتى برأيه عدد 12 لسنة 2009 حول مدى دستورية هذا القانون مبرراً حق الإدارة في اتخاذ قرارات إسقاط الحق ضد المخالفين بما أحاط به المشرع هذه العملية من ضمانات قانونية لفائدة المنتفعين تتمثل في سماعهم وإنذارهم قبل الشروع في

ضرورة أن هذه القرارات تعد قرارات فردية خولت الصياغة الأصلية لقانون المحكمة الإدارية الطعن فيها بالإلغاء قبل أن يشهد قانون المحكمة توسعاً يسمح بالطعن في الأوامر الترتيبية فقد سبق للمحكمة الإدارية أن قبلت بالقرار الصادر في القضية عدد 368 بتاريخ 12/03/1991 إلغاء أمر انتزاع وقد ورد بالقرار: "وحيث ثبت مما سبق ذكره أن الباعث لإصدار أمر الانتزاع هو عدم تنفيذ الحكم المدني عدد 23203 السابق ذكره لا وضع حد لحالة الاستيلاء لأرض التداوي وتسوية وضعها العقاري مستقبلاً" (قرار غير منشور) كما سبق للمحكمة الإدارية أن قبلت البت في الطعن الموجه لقرار وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية بممارسة حق الأولوية في شراء عقار على ملك أجنبي تطبيقاً للقانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 02/08/1991 في القضية عدد 12639 الصادر فيها الحكم بتاريخ 15/07/2008 والمتضمن " وحيث وبناءً على ما سبق بيانه وطالما أن عملية ممارسة الأولوية في الشراء تنصهر في إطار عملية مركبة فإن الخلل الذي شاب عمل الولاية بعدم إحالة مطلب الترخيص في آجال معقولة على وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية يصير قرار ممارسة حق الأولوية في الشراء مخالفاً للقانون الأمر الذي يتجه معه قبول المطعن الراهن." (قرار غير منشور) كما تتعهد المحكمة الإدارية بالدعاوى الهادفة لإلغاء المقررات الإدارية التي تتخذها الإدارة دون سند من القانون حيث سبق لمجلس التنازع أن أصدر قراره في القضية عدد 164 الصادر فيها الحكم بتاريخ 06/06/2006 والمتضمن نصه: "حيث يتبن بالاطلاع على النزاع المطروح على نظر المجلس أن الشأن يتعلق بطلب الحكم بكف شغب الإدارة عن عقار مسجل والقضاء بخروجها منه.

أصبحت متداولة في النصوص المنظمة للزمة الملك العمومي .

ب - تعهد المحكمة الإدارية بالدعاوى المرتبطة بعقود استغلال الملك العمومي:

واكب المشرع التونسي كغيره من الدول أسلوب التعاقد عن طريق لزمة الملك العمومي حيث تضمنت بعض النصوص المتعلقة بتنظيم وحماية الملك العمومي الإشارة إلى إمكانية استغلال الملك العمومي في إطار عقود لزمة نذكر منها الفصل 53 من مجلة المياه إلا أن تفعيل إدماج الملك العمومي في الدورة الاقتصادية قد ظل محتشماً¹⁹ لعدم تضمن

ترتيبي وهو ما ثبت في قضية الحال إذ أن العقد المستند إليه كان مستندا بدوره إلى تشريع ساري المفعول يتمثل في الأمر العلي المؤرخ في 1948/09/09 المتعلق بمراجعة التشريع المتعلق بملك الدولة الخاص" (قرار منشور - فقه قضاء المحكمة الإدارية مجموعة 1998 - نشر مركز البحوث والدراسات الإدارية 2002) .

وحيث فضلا عن كل ذلك فقد استقر مجلس تنازع الاختصاص في قراره عدد 30 المؤرخ في 2001/03/13 (وهو من أوائل قرارات المجلس) بصورة صريحة على اعتبار عقود الإسناد من العقود الإدارية بالنظر لشروطه غير المألوفة في القانون المدني وخاصة فيما يتعلق بإسقاط الحق الذي يتم بمقرر إداري ولو سلبى من خلال عدم الجواب في أجل معين على تنبيه صادر عن المدعي وهي قرارات واجبة الإلتباع تبعا لأحكام الفصل 12 من قانون توزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية.

¹⁹- بالإطلاع على اتفاقية اللزمة الرابطة بين الدولة التونسية وشركة النقل بالأنابيب عبر الصحراء ترابسا والمصادق عليها بموجب القانون عدد 57 لسنة 1958 المؤرخ في 1958/07/09 (تم انتزاع قطعتي أرض وإدماجهما في ملك الدولة العام مساحة الأولى 1937 هك و 97 آر لازمة لحريم أنبوب النفط بالزرزرايتين في منطقة الصخيرة من ولاية صفاقس والراجعة لوقف سيدي مهذب بموجب أمر الانتزاع عدد 378 المؤرخ في

المذكورتين من قبل المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية (يراجع الفصل 1 من الأمر عدد 216 لسنة 1973 والفصل 1 من القانون عدد 37 لسنة 1991) الأمر الذي يفترض معه رجوع النزاعات المتعلقة بها لاختصاص المحاكم العدلية تطبيقا للفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 1996/06/03 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص إلا أن مجلس تنازع الاختصاص قد أقر بولاية المحكمة الإدارية في مثل هذه الدعاوى في قراره الصادر في القضية عدد 47 بتاريخ 2002/04/16 الغربي / الشركة القومية لاستغلال وتوزيع المياه : " لنن كانت الشركة القومية لاستغلال وتوزيع المياه مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية وخاضعة للتشريع المتعلق بالشركات خفية الاسم ومصنفة ضمن المنشآت العمومية فإن التقصير المنسوب لها قد صدر عنها في إطار تسيير مرفق عام ولغاية تحقيق المصلحة العامة مما يجعل النزاع من أنظار القضاء الإداري" كما يمكن أن يبرر اختصاص المحكمة الإدارية بالصبغة الإدارية لعقود إسناد المقاسم المهيئة من الوكالتين أولاً لاستناده لنصوص قانونية وترتيبية وثانياً لتضمنه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص شأنه في هذا شأن الطعون الموجهة لقرارات استرجاع العقارات الفلاحية الممنوحة لشركات الإحياء والتنمية الفلاحية¹⁸ علماً وأن مثل هذه الشروط قد

إجراءات إسقاط الحق منتهيا إلى اعتبار الضمانات المذكورة تكفل حق الملكية

¹⁸- استقر فقه قضاء المحكمة الإدارية على اعتبار عقود الإسناد من العقود الإدارية لتضمنها شروطاً ترتيبية غير مألوفة في القانون الخاص يراجع القرار الصادر في القضية عدد 14783 بتاريخ 1998/04/02 والمتضمن : " وحيث استقر فقه قضاء هذه المحكمة على إقرار اختصاصها في الدعاوى المتعلقة بقرارات انبنت على مخالفة شروط العقد طالما كان لهذه العقود بعد

النصوص القطاعية إمكانية لرهن الملك

العمومي لاعتقاد شراح القانون أن رهن الملك العمومي قد يكون مقدمة لعقلته وبالتالي تبديده وفي ذلك مخالفة لقاعدة عدم التفويت في الملك العمومي إلا أن تطور فقه القضاء الإداري الفرنسي ساعد المشرع الفرنسي على سن القانون عدد 631 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/07/25 الذي خول نصه توظيف حقوق عينية على الملك العمومي سرعان ما استعاره المشرع التونسي عند تنقيحه لبعض النصوص قطاعية بهدف إدخال الملك العمومي في الدورة الاقتصادية نذكر منها الفصل 2 القانون عدد 90 لسنة 98 المؤرخ في 1998/11/01 المتعلق بالسكك الحديدية و القانون عدد 25 لسنة 1999 المتعلق بمجلة الموانئ التجارية²⁰ وقد تتالى نشر النصوص القطاعية الخاصة بلزمة

الملك العمومي²¹ وفي تطور ملفت وبمناسبة التفاوض حول لزمة مطار الوسط الشرقي وبطلب من صاحب اللزمة تدخلت السلطة العمومية بموجب القانون عدد 41 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/07/12 المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الطيران المدني في مرحلة أولى لتنظيم شروط لزمة الملك العمومي للموانئ ثم في مرحلة ثانية بإصدارها لنص القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/04/01 المتعلق بنظام اللزمات ضرورة أن المشرع يعد حديث العهد بالترقية الحاصلة

²¹- يراجع الأمر عدد 1855 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/08/09 المتعلق بضبط كيفية مسك سجل الحقوق العينية الموظفة على البنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة المقامة على الملك العمومي للموانئ البحرية التجارية

يراجع أيضا الأمر عدد 1550 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/07/02 المتعلق بضبط كيفية مسك سجل الحقوق العينية الموظفة على البنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة المقامة على الملك العمومي لموانئ الصيد البحري

يراجع القانون عدد 81 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/08/03 المتعلق بالمناطق الاقتصادية الحرة كما تم تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 76 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/07/17

كما يراجع القانون عدد 47 لسنة 2002 المؤرخ في 2002/05/14 المتعلق بموانئ الصيد البحري والقانون عدد 90 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/10/03 المتعلق بالمنتزهات الحضرية (يراجع الأمر عدد 565 لسنة 2006 المؤرخ في 2006/02/23 المتعلق بكيفية مسك دفتر الحقوق العينية الموظفة على البنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة المنجزة بالمنتزهات الحضرية)

وأخيرا القانون عدد 41 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/04/19 المتعلق بالديوان الوطني للتطهير كما تم تنقيحه بالقانون عدد 35 لسنة 2007 المؤرخ في 2007/06/04 (يراجع الأمر عدد 2035 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/05/26 المتعلق بضبط كيفية مسك دفتر الحقوق العينية الموظفة على منشآت التطهير والبنايات والتجهيزات الثابتة التابعة لها).

1959/12/21 ومساحة الثانية 87 هك و 67 أرا و 80 سنتيارا اللازمة لحريم نقل الزيت الكائنة في منطقة الصخيرة بموجب أمر الانتزاع عدد 184 المؤرخ في 1960/05/18) يتضح انه لم يقع توظيف أية حقوق عينية من رهون وغيرها إلا انه وبطلب من المجمع الكيمياوي التونسي تولت الدولة إبرام اتفاقية في منحه حق ارتفاق على قطعة ارض تمسح 23420 م م داخله في حوزة لزمة شركة النقل بالأنابيب عبر الصحراء ترابسا قصد تمرير سكة حديدية لتزويد مبني الشركة التونسية الهدية للأسمدة الكائن بالصخيرة بالمواد الأولية بموجب العقد المؤرخ في 2008/12/15 (من الصعب تصور مثل هذه الاتفاقية في ظل القانون القديم).

²⁰- Fethi SOUKRI : « Etat des lieux des reformes en matière domaniale » actes du colloque organisé par l'association Tunisienne du droit administratif en collaboration avec la fondation Hanns Seidel à Tunis les 12 et 13 avril 2001

بين عقود ما يسمى BOT (البناء والتشغيل والاسترداد) وعقود ما يسمى

ب boot (نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية) كحداثة عهده بالحلول الممكن اعتمادها لفض النزاعات المتعلقة باستغلال الملك العمومي حيث فضل المشرع السكوت عن تحديد الجهة المختصة بالبت في النزاعات المرتبطة بتنفيذ واستغلال عقود اللزمة و اقتصر بالقسم الأول المسمي في وثائق اللزمة من الباب الثالث المعنون في عقد اللزمة على تكون عقد اللزمة من العقد وكراس الشروط بحيث يحدد العقد التزامات كل من مانح اللزمة وصاحب المشروع ويضبط حقوق و ضمانات كل منهما²² بما في ذلك تحديد إجراءات التقاضي إلا أنه وفي صورة سكوت عقد اللزمة عن تحديد الهيئة القضائية المختصة بفض النزاعات فإن المحكمة الإدارية تكون مختصة بالنظر في جميع النزاعات التي لها علاقة

بالحقوق العقارية المرتبطة بعقد اللزمة لتعلقها بالملك العمومي وبعقد شروطه غير مألوفة في القانون الخاص إلا أن الأمر مختلف بعض الشيء فيما يخص العقود التي أبرمتها الجمهورية التونسية مع بعض المستثمرين

²²- L'article 58 du projet du cahier de charges de la concession de création et d'exploitation du nouvel aéroport du centre -est de la Tunisie (enfida) stipule : **« en application du para 5 de l'article 7 du C de l'arbitrage Tunisien les parties conviennent que tout litige relatif au contrat de concession , portant sur sa validité, son interprétation ou son exécution.. sera tranché définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la CCI .. »**

الخليجين حيث تقوم المصالح المختصة بإخراج القطع المراد استغلالها من الملك العمومي للملك الخاص للدولة²³ لتيسير التفويت فيها مما يحيلنا لتصرف الدولة في ملكها الخاص ضرورة أن تصرف الدولة في ملكها الخاص يخرج النزاع عن مشمولات المحكمة الإدارية وهو ما من شأنه أن يحد من اختصاص المحكمة الإدارية كما هو الشأن بالنسبة لمادة الانتزاع التي أصبحت من أنظار المحاكم العدلية التي تعتبر القاضي الطبيعي المختص بحماية الملكية الخاصة.

المبحث الثاني- تعهد المحاكم العدلية بالنزاعات المرتبطة بحقوق الملكية المتعلقة بالاستثمارات العقارية:

تتعهد المحاكم العدلية بالنزاعات المؤسسة لحق الملكية والكاشفة له كما تتعهد بموجب القانون بالنزاعات المتعلقة بضمان الحقوق العينية المرتبطة بحق الملكية والتعويضات المستحقة على كل مساس بهذا الحق الذي يضمنه الدستور التونسي وبحميه القانون تحت رقابة القاضي العدلي سواء تم نشر النزاع أمام المحكمة العقارية أم تم نشره أمام محاكم الحق العام .

أ- تعهد المحكمة العقارية بالنزاعات الكاشفة لحق الملكية :

²³- يراجع الأمر عدد 2147 لسنة 2004 المؤرخ في 06/09/2004 المتعلق بإخراج قطع أرض كائنة بضفاف بحيرة تونس الجنوبية من ولاية بن عروس من الملك العمومي البحري وإدماجها بملك الدولة الخاص كما يراجع الأمر عدد 2930 لسنة 2008 المؤرخ في 25/08/2008 المتعلق بإخراج ثلاث قطع من الملك العمومي البحري كائنة بمنطقة الحسيان من معتمدية قلعة الأندلس من ولاية أريانة وإدماجها بملك الدولة الخاص

مبدأً أساسياً يهدف إلى العمل على تفادي تضارب الأحكام وإقرار الحقوق لأصحابها دون إنشائها²⁶ إلا أن الدور الذي ارتضاه المشرع للسجل العيني سرعان ما استحال إلى معطل لتداول الحقوق بعد استفحال ظاهرة الرسوم المجمدة²⁷ وهو ما ترجمته بعض الإحصائيات حيث بلغت نسبة الرسوم العقارية المجمدة أكثر من 60 % مما دفع ببعض شراح القانون العقاري للحدوث خلال مؤتمر مئوية التسجيل العقاري الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية بسوسة عن قتل الشيخ وجنابة القانون العقاري وهو ما دفع بالمشرع لتبني عدة حلول للقضاء على استفحال ظاهرة الرسوم المجمدة²⁸ بالقضاء أولاً على أسباب الجمود الكامنة في سوء تحرير الرسوم وثانياً بتكليف لجان إدارية عهد لها بتخليص الرسوم من الجمود سرعان ما اتضح محدودية دورها حيث تقرر تكليف المحكمة العقارية بهذه المهمة²⁹ مع توسيع مشمولات دائرة الرسوم المجمدة لتجاوز الحلقات المفقودة ولم يتوقف نشاط المشرع عند هذا الحد ضرورة أن تكرر الأخطاء القضائية بمناسبة تعهد المحكمة بمطالب التسجيل أو بمطالب التحيين قد دفع بالمشرع لاستحداث آليتين للطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية بالمراجعة وإعادة النظر من

26 - عبد المجيد بن فرج والمختار المستيري: "الصبغة النهائية لأحكام المحكمة العقارية" م ق و التشريع عدد جويلية 1987

27 - المقصود بالرسم المجمدة هو الرسم الذي تختلف حالته القانونية عن حالته المادية

28 - على كحلون " التحيين العقاري وأثره على المفعول المنشئ للترسيم " نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة كما يراجع أيضاً عماد الملاكي: " تنازع الاختصاص بين المحكمة العقارية ومحاكم الحق العام " مذكرة ختم الدروس بالمعهد العلى للقضاء الفوج 13 .

29 - يراجع القانون عدد 34 لسنة 2001 الصادر بتاريخ 10/04/2001 والمتعلق بتحيين الرسوم العقارية.

لم يكن المشرع التونسي في غفلة من الدور الخطير الذي لعبه المجلس المختلط في التأسيس للمشروع الاستعماري بالبلاد التونسية إلا أن منافع القانون العقاري المستمدة أساساً من فرصة إدخال العقار في الدورة الاقتصادية قد عجلت بإصلاح الهياكل المختصة بالتسجيل²⁴ حتى قبل تنقيح المجلة العقارية القديمة بإصدار مجلة الحقوق العينية²⁵ لا بل إن رغبة المشرع في ضمان تسجيل أكبر قدر ممكن من العقارات الفلاحية قد ساهمت في صدور المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20/02/1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 21/04/1964 والذي ولئن أحال نص الفصل 13 منه النزاعات الحوزية والاستحقاقية المتعلقة بعقار فلاحى مشمول في منطقة مسح عقاري بعد نشر القرار القاضي بفتح عمليات المسح على أنظار لجنة المسح مما قد يوحي بأن المحكمة العقارية قد أضحت محكمة مؤسسة للحق إلا أن ما يبرر اعتماد هذا الحل هو مجرد الرغبة في تجميع النزاعات وتفاذي إطالة أعمال المسح ضرورة أنه من المستقر عليه لدى عمل المحكمة العقارية أن ينتظر القاضي العقاري مآل النزاعات المنشورة أمام محاكم الحق العام " لقد دأب فقه قضاء المحكمة العقارية على اعتبار الأحكام الصادرة عن محاكم الحق العام في مادة الاستحقاق وإبطال العقود التي أحرزت على قوة ما اتصل به القضاء ملزمة بالنسبة لها ولا مفر من التقيد بمضمونها والحكم بمقتضاها متوخية في ذلك

24 - يراجع المرسوم عدد 4 لسنة 1964 المتعلق بتنقيح القانون العقاري وإعادة تنظيم دفتر خاتمة الملاك العقارية وقد جاء بالفصل 21 (الجديد) من المرسوم أحدثت محكمة عقارية بتونس ومراكز فرعية بالمدن التي تعين بأمر ويعين بأمر تركيبها وتنظيمها ..

25 - بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12/02/1965

قبل أجهزة المحكمة نفسها سوف يقع التخلي عنهما لاحقاً لفائدة محاكم الحق العام³⁰ ³¹ بوصفها المحكمة المؤسسة للحق.

ب- تعهد محاكم الحق العام بالنزاعات المؤسسة لحق الملكية:

تتعهد محاكم الحق العام بالنزاعات الكاشفة لحق الملكية و النزاعات الحوزية مثلما سبق بسطه كما تتعهد بطلبات التعويض عن كل مساس بحق الملكية حيث مكن المشرع محاكم الحق العام من كثلة اختصاص تتعهد بموجبها بالنزاعات المتعلقة بالانتزاع اثر تنقيح قانون الانتزاع بموجب القانون عدد 26 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 2003/04/14 وذلك تقريبا لمرفق القضاء من المواطنين وضماناً لسرعة فصل النزاعات ضرورة أن تجربة تعهد المحكمة الإدارية بالطعن في القرارات الصادرة عن محاكم الحق العام في مادة الانتزاع قد أثبتت محدوديتها بسبب إغراق هياكل المحكمة بالملفات مما ترتب عنه بطء في فصل الملفات وتعطيل لحقوق المتقاضين (معدل الفصل في الطعون يتجاوز السنتين) إلا أن تعهد محاكم الحق العام لا يتعلق بمادة الانتزاع للمصلحة العمومية فقط بل يتجاوز ذلك للانتزاعات غير المباشرة والتي تم تشريعها في بعض النصوص القطاعية الخاصة.

³⁰- يراجع القانون عدد 67 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 2008/11/03 والمتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الحقوق العينية (والذي أرسى وسيلة للطعن بالتعقيب في الأحكام القاضية بالتسجيل).

³¹- يراجع القانون عدد 67 لسنة 2009 الصادر بتاريخ 2009/08/12 والمتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/04/10 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية.

1- تعهد محاكم الحق العام بطلبات استحقاق العقارات الصادرة في شأنها أوامر استقصاء لملك الدولة الخاص:

خول الفصل 12 من أمر 1918/06/18³² المتعلق بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة وتفويتها المتضررين من أوامر تحديد ملك الدولة الخاص الحق في تقديم مطالب في تسجيل العقارات المحددة في أجل قدره عام من تاريخ نشر أمر المصادقة على التحديد بالرائد الرسمي وإذا رفض مطلب التسجيل المقدم في الأجل الذي قدره عام يمنح للمتضررين أجل تكميلي قدره عام أيضا للقيام بدعوى الاستحقاق لدى المحكمة العقارية (طبق الفصل 37 من القانون العقاري - وقع تنقيحه).

ورغم أن شرح القانون متفقون على الصبغة الفردية لأوامر الاستقصاء مما يجعلها مبدئياً عرضة للطعن بدعوى تجاوز السلطة متى توفرت شروطها إلا أن المحكمة الإدارية قد رفضت في عدة مناسبات قبول الطعن في مثل هذه الأوامر بحجة أن هناك وسيلة موازية للطعن قد استحدثها المشرع يراجع القرار الصادر في القضية عدد 18006 إب بتاريخ 2000/10/27 م ش النجار/الوزير الأول ووزير أملاك الدولة والشؤون العقارية والمتضمن: "المحكمة الإدارية غير مختصة بالنظر في المطالب الرامية إلى إلغاء الأوامر المتعلقة بالمصادقة على التقارير الإختتمانية للجنة استقصاء وتحديد الأراضي التابعة لملك الدولة الخاص نظراً لوجود وسيلة طعن موازية".

بالمقابل فإن نشر دعاوى استحقاق في العقارات الواقع استقصاؤها مرهون بالامتنال لقاعدة الفصل 3 من أمر 1918/06/18 والمتضمن نصه: " لا يجوز لأحد القيام على جانب أملاك الدولة الخاصة بأي دعوى كانت إلا

³²- منشور بالرائد الرسمي الصادر في 1918/09/21

الموالية لتاريخ أول جلسة تعين لها القضية حكماً يقضي بضبط غرامة الانتزاع وبالإذن للمنتزع بالتحوز بالعقار المنتزع بعد تأمين الغرامة المحكوم بها بالخزينة العامة للبلاد التونسية ويسحب تلك الغرامة في حدود القيمة المضبوطة وفق الفصل 11 (جديد) من هذا القانون مع مراعاة أولوية الدائنين على المالكين " علماً وأن الفصل 30 مكرر من نفس القانون قد قيد كلاً من محكمة الاستئناف ومحكمة التعقيب بنفس الأجل أي 3 أشهر للفصل في الملف حيث يفهم من التنقيح اتجاه إرادة المشرع لتسريع الفصل في الملفات حيث يفترض الحصول على حكم قابل للتنفيذ في مادة الانتزاع في ظل الإجراءات الجاري بها العمل في ظل القانون القديم أجلاً لا يقل عن 5 سنوات وهو ما يشكل عبئاً ثقيلاً على كاهل المواطن³³ إلا أن تحقيق هذه الغاية يتطلب وجود سلطة رقابية على أعمال الخبراء الذين كثيراً ما يتسببون في تعطيل الفصل في الملفات بعدة ذرائع من بينها تعذر دخول العقار المنتزع وعدم الحصول على نماذج من العقود للتنظير وغيرها وإذ يطال تعطيل المذكور العقارات المنتزعة انتزاعاً مباشراً فإنه يطال من باب أولى وأحرى العقارات التي يقع انتزاعها بصورة غير مباشرة والتي خول المشرع أصحابها الحق في المطالبة بالتعويض الناجم عن حرمانهم من حق الانتفاع رغم بقاء ملكية الرقبة بأيديهم من ذلك ما اقتضاه الفصل من مجلة الطرقات وما جاء بالفصل 23

³³- Voir à ce propos Béchir OUNISSI : «La réforme du régime juridique de l'expropriation pour cause d'utilité publique de 2003 « mémoire pour l'obtention du mastère en droit public et du commerce international , faculté de droit de Sfax année universitaire 2006-2007

بعد عرض نازلته على مدير الفلاحة العام بواسطة تقرير لا مصاريف عليه يوجهه له مصحوباً بالحجج المؤيدة للدعوى فيعطي فيه توصيلاً وبدون ذلك يكون قيامه باطلاً " وقد جاء بالقرار التعقيبي الصادر في القضية عدد 5742 و عدد 5780 المؤرخ 1968/05/23: " تكون الإجراءات باطلة بطلاناً مطلقاً إذا نص القانون على ذلك وتأسيساً على ذلك يكون قابلاً للنقض بدون إحالة القرار الإستئنافي الذي خالف الفصل 3 من أمر 1918/06/18 " علماً وأن الغرض من استنصاء ملك الدولة الخاص هو حماية الرصيد العقاري الذي يمكن تدعيمه بالشراء وإن اقتضى الأمر عن طريق الانتزاع وهو ما يفتح الحق للمنتزعة حقوقهم بالمطالبة بالتعويض إذا لم يقع الاتفاق عليه رضائياً.

2- في اختصاص المحاكم العدلية بالنظر في المطالبة بالتعويض عن العقارات المنتزعة:

بعد أن كانت المحكمة الإدارية تتعهد بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة ابتدائياً عن محاكم الحق العام للمطالبة بغرامة الانتزاع النهائية أحدث المشرع كتلة اختصاص للمحاكم العدلية بموجب القانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرخ في 14/04/2003 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11/08/1976 المتعلق بمراجعة التشريع المتعلق بالانتزاع للمصلحة العمومية حيث جاء بالفصل 30 (جديد): "تختص المحاكم العدلية بدرجاتها المبينة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية بالدعاوى المرتبطة بالانتزاع للمصلحة العمومية باستثناء دعوى تجاوز السلطة وتختص المحكمة التي يوجد بدائرتها العقارات المنتزعة بالنظر في الدعوى المذكورة وتصدر هذه المحكمة في بحر ثلاثة أشهر

من مجلة التهيئة الترابية والتعمير³⁴ أن توسع
المشرع في التعويض عن الانتزاع غير المباشر
عاضده فقه القضاء³⁵ بما يتماشى مع اتجاه
المحاكم والهيئات الأجنبية في التوسع للتعويض
عن الأضرار اللاحقة بحق الملكية بمناسبة
نظرها في النزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك
العقارية فكيف تتعهد هذه الهيئات ؟

الفصل الثاني

اختصاص الهيئات الأجنبية بالنظر في النزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية:

عرفت البلاد التونسية خلال فترة الحماية
"فوضي الاختصاص الحكمي" ولم تسلم

34- " لا ينجر أي تعويض عن الارتفاقات الناتجة عن
الترايب العمرانية المتخذة لفائدة الأمن العمومي وامن
المنشآت العسكرية والمرور والمحافظة على التراث
التاريخي والأثري والتقليدي والتي تتعلق خاصة
باستعمال الراضي وارتفاع الباني ونسبة المساحة المبنية
والبيضاء لكل عقار وحصر البناء في مناطق معينة وذلك
باستثناء الحالات التي ينتج فيها جراء تلك الارتفاقات
ضرر مادي ومباشر وثابت :

(1)- لمباني مرخص فيها بصورة قانونية

(2)- لعقارات بقي جزء منها غير قابل للاستغلال

ويمكن للمالك تقديم دعوى في جبر الصرر لدى المحاكم
المختصة إذا لم يقبل ما تعرضه عليه الإدارة في هذا
الشأن ... ويتم التعويض في جميع الحالات المذكورة
أعلاه إما بالمرضاة أو بالتقاضي لدى المحاكم المختصة
وفقا للتشريع الجاري به العمل في مادة الانتزاع من أجل
المصلحة العمومية .."

35 حيث جاء بقرار مجلس التنازع عدد 234 الصادر
بتاريخ 2009/07/06 والذي أحال الاختصاص للمحاكم
العدلية في نزاع يتعلق بالاستيلاء على عقار على ملك
الغير بالاستناد للفصل 23 من مجلة التهيئة الترابية
والتعمير بقوله: " أن التعويض في جميع الحالات يتم إما
بالمرضاة أو بالتقاضي لدى المحاكم المختصة وفقا
للتشريع الجاري به العمل في مادة الانتزاع من أجل
المصلحة العمومية وهو مجال ينصهر في اختصاص
جهة القضاء العدلي من جهة الأصل أو الإجراءات
المعمول بها أمامه "

النزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية من
هذه "الفوضي" ضرورة أنه لتحديد الاختصاص
الحكمي في نزاع يتعلق بعقار يجب الأخذ بعين
الاعتبار عدة معايير من بينها جنسية الأطراف
وطبيعة العقار³⁶ وهو ما حاول مشرع الاستقلال
تجاوزه بسنه لعدة نصوص قانونية من بينها
مجلة جديدة للمرافعات ومجلة الحقوق العينية
فضلاً عن سنة لقانون موحد للأحوال الشخصية
محكوماً في هذا السياق باعتبارات تتعلق بالسيادة
الوطنية إلا أن الحاجة لرأس المال الأجنبي
حتمت تنازل المشرع عن امتياز المحاكم الوطنية
بفصل النزاعات لبعض الهيئات الأجنبية إما
بموجب نصوص داخلية أو بموجب اتفاقيات
دولية تربط الدولة التونسية مع بعض الدول
المصدرة لرؤوس الأموال إلا أن بعض أشخاص
القانون الخاص من رعايا الدول الأجنبية
ونظيراً للأهمية الخاصة للخدمات التي يسدونها
يفرضون على دول العالم الثالث اللجوء لهيئات
التحكيم الخاصة.

المبحث الأول :

تعهد المحاكم الأجنبية بالنزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية بموجب القانون

إن تتبع تطور التشريع التونسي المتعلق
بالاستثمار يكشف عن سعي المشرع لتوفير أكبر
قدر من الضمانات للاستثمارات الأجنبية حيث

36- Voir à ce propos J.H SARFATI : «
le conflit de juridiction en Tunisie » ,
thèse de doctorat en droit , université
de paris, fac de droit .1947 .»pour la
détermination de la compétence dans
un litige concernant un immeuble , il
faudra tenir compte de plusieurs
éléments non seulement de la
nationalité des parties mais encore de
la nature de l'immeuble (immatriculé
ou non et de la nature de l'action
exercée «

التونسي اختصاص فض النزاعات إلى هيئات التحكيم الأجنبية يجد له في الحقيقة سنداً في عدة اتفاقيات دولية كما نجد له امتداداً في بعض العقود الدولية .

1- تعهد الهيئات الأجنبية بموجب القانون الداخلي :

لا تزال صياغة الفصل 20 من مجلة رصد الأموال تثير التساؤلات (ضرورة أن قاعدة الفصل 20 قد وقع نقلها في النصوص القطاعية الخاصة بالاستثمارات⁴¹) رغم إلغاء المشروع العمل بالمجلة بموجب الفصل 5 من القانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/12/27 المتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات ويوجد ذلك سنده في قاعد الفصل 3 من مجلة رصد الأموال من أن : "التغييرات المحتمل إدخالها على (المجلة) لا يمكن أن تفرض بموجبها على عمليات الرصد المصادق عليها من قبل شروطاً أقل فائدة من الشروط السابقة " فقد اعتبر مستشارو المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار صياغة الفصل 20 من (م ر الأموال) بمثابة العرض الكتابي يفيد قبول الدولة التونسية خضوعها لتحكيم المركز شأننا في ذلك شأن بعض التشريعات المعتمدة في بعض الدول الأخرى مثل جمهورية الكونغو⁴² وجمهورية مصر العربية بل هو إيجاب عند البعض متوقف على قبول المستثمر بدوره

بالرجوع لقاعدة الفصل 67 من المجلة الموحدة لتشجيع الاستثمارات³⁷ نجد أن المشرع قد خول المحاكم التونسية اختصاص النظر في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيقاً للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات (وقد عدد المشرع هذه الاتفاقيات على سبيل الذكر لا على سبيل الحصر وسوف نأتي على بعضها لاحقاً) علماً و أن صياغة الفصل 67 تشكل عدولاً عن الصياغة المعتمدة للفصل 20 من مجلة رصد الأموال³⁸ وعن بقية الفصول المماثلة بالنصوص

القطاعية الخاصة بالاستثمار³⁹ والذي نص على أن : " كل نزاع بين صاحب الرصد من الأجانب وبين الحكومة يكون ناشئاً عن فعل صاحب الرصد أو عن تدبير اتخذته الحكومة ضده يقع فصله وفقاً لإجراءات التحكيم أو الصلح " ويعود السبب وراء تقديم المحاكم التونسية على التحكيم الدولي في صياغة الفصل 67 من المجلة الموحدة للاستثمار إلى نشر أول قضية ضد الدولة التونسية أمام المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار من قبل المستثمر السعودي "غيث فرعون"⁴⁰ علماً وأن إسناد المشرع

³⁷- الصادرة بموجب القانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/12/27

³⁸- الصادرة بموجب القانون عدد 35 لسنة 1969 المؤرخ في 1969/06/26

³⁹- Voir à ce propos Farhat HORCHANI : « Le règlement des différends dans la législation Tunisienne relative à l'investissement » RTD 1992

⁴⁰- CIRDI arb 86/1 Dr. G.R. PHARAON, demandeur/ l'Etat TUNISIEN , défendeur.

⁴¹- Néji BACCOUCHE : « regards sur le code d'incitations aux investissements de 1993 et ses démembrements » RTD 200

⁴²- George R. DELAUME (conseiller juridique principal. Banque Mondiale) le centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI) – la pratique du CRDI –Journal de droit international (clunet 1982)

اللجوء لتحكيم المركز شريطة الحصول

أ- تعهد الهيئات الأجنبية بالنظر في نزاعات استثمار الأملاك العقارية بموجب الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات:

تتضمن أغلب الاتفاقيات الثنائية المصادق عليها من الجمهورية التونسية ما يفيد إسناد الاختصاص إلى الهيئات الأجنبية بفض نزاعات الاستثمار ضرورة أن بعض هذه الاتفاقيات قد أحالت إما على المحاكم الوطنية أو التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي حيث كثيراً ما تم اختيار المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار خاصة من قبل الدول الموقعة على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 (يستثنى من ذلك بعض الدول غير الموقعة على اتفاقية واشنطن مثل روسيا) يراجع الفصل 9 من الاتفاقية التي تجمع الجمهورية التونسية وجمهورية الكونغو⁴³: "تسوية النزاعات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر.

1- تتم بقدر الإمكان تسوية أي نزاع يتعلق باستثمار ينشأ بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر ودياً
2- وإذا تعذر تسوية النزاع خلال أجل ستة أشهر ابتداءً من تاريخ إثارته من قبل أحد طرفي النزاع فإنه يتم عرضه حسب اختيار المستثمر على:

- السلطة القضائية الوطنية للطرف المتعاقد طرف في النزاع.
- هيئة خاصة تنشأ طبقاً لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
- المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار المحدث بموجب اتفاقية تسوية النزاعات بين الدول

على ترخيص مزاولة النشاط إلا أن تنظيم مسألة تنازع القوانين في الزمان تقتضي أن تطبق النص الإجرائي في الزمان يكون محكوماً بالأثر الفوري والمباشر للنص الجديد ويستثنى من ذلك النزاعات السابق نشرها فقط قبل نفاذ النص الجديد التي تبقى خاضعة للنص القديم تيسيراً على المتقاضين ضرورة أن انطباق النص الجديد قد يثقل كاهل المتقاضين لذلك جرت العادة أن يختار المشرع انطباق النص القديم على القضايا المنشورة في ظلّه فالمبدأ هو أن الوضعيات الحديثة يحكمها النص الجديد فلا تكون الرجعية للنصوص الإجرائية إلا بصورة صريحة واستثنائية خلافاً للصورة الماثلة ضرورة أن صياغة الفصل 20 قد وقع تفقيحها بموجب الفصل 67 من مجلة رصد الأموال والمتضمن: "تختص المحاكم التونسية في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيقاً للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية:..." فما هي هذه الاتفاقيات التي تتعهد بموجبها الهيئات التحكيمية الأجنبية "

2- تعهد الهيئات الأجنبية بموجب الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من الجمهورية التونسية:

تتعهد الهيئات الأجنبية بالنظر في نزاعات استثمار الأملاك العقارية إما بموجب الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات حيث أبرمت بلادنا عدد 54 اتفاقية أو بموجب اتفاقيات متعددة الأطراف عددها الفصل 67 من المجلة الموحدة للاستثمار.

⁴³ - الموقعة بتونس في 2005/10/04 والمصادق عليها بالأمر عدد 1233/2006 المؤرخ في 2006/05/02

ورعايا دول أخرى المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18/03/1965..".

للمخاطر الكامنة وراء فتح الباب للمستثمرين باللجوء لأكثر من سبيل للتقاضي بما فيه من ضياع للوقت وتكاليف مالية باهضة فضلاً عن احتمال صدور قرارات متضاربة فقد وقع اعتماد قاعد Fork in the road⁴⁴ والتي تقتضي أن اختيار المستثمر سلوك سبيل معينة للتقاضي يكون نهائياً وغير قابل للرجوع فيه وهو ما تضمنته بقية الفقرة 2 من الفصل 9 من الاتفاقية التي تجمع الجمهورية التونسية وجمهورية الكونغو: "إذا عرض المستثمر النزاع على السلطة القضائية للطرف المتعاقد المعني أو على هيئة تحكيم خاصة أو على المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات فإن اختياره لإحدى الإجراءات الثلاثة يكون نهائياً".⁴⁵ علماً وأنه وفي تطور ملفت لفقهاء القضاء الدولي لفض نزاعات الاستثمار قبلت الهيئات التحكيمية المنتسبة في إطار اتفاقية واشنطن بسط رقابتها على بعض النزاعات حتى في غياب تنصيب صريح على اختصاصها وذلك باعتماد شرط الدولة الأكثر رعاية⁴⁵ ولمجابهة هذا التطور الخطير فقد

(op⁴⁴ Gabrielle Kaufmann-Kohler cit)

⁴⁵- L'extension du bénéfice de la clause NPF aux protections formelles (la clause accordant compétence au CRDI) est aujourd'hui admise par la jurisprudence sur ce point voir la solution dégagées par la sentence **Maffezini /Royaume d'Espagne** (la même décision a été reproduite dans l'affaire V .SIEMENS AG/ Argentine) voir site

www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm

اتجهت النية لاعتماد شرط يقصي الأحكام المنظمة للنزاعات من مجال قاعدة الدولة الأكثر رعاية وهو ما تم اعتماده في مشروع الاتفاقية التونسية السويسرية لحماية وتشجيع الاستثمارات⁴⁶ إلا أن هذا الحل قد يصعب اعتماده عند المصادقة على الاتفاقيات متعددة الأطراف حيث يمنع تقديم احترازات من هذا القبيل.

ب- تعهد الهيئات الأجنبية بالنظر في نزاعات استثمار الأملاك العقارية بموجب الاتفاقيات المتعددة الأطراف لحماية الاستثمارات:

صادقت الجمهورية التونسية على الأقل على 4 اتفاقيات متعددة الأطراف لحماية الاستثمارات نذكر منها الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية⁴⁷ واتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر في

⁴⁶- **Le paragraphe (5) de l'article 4 du projet d'accord entre la confédération Suisse et la République Tunisienne concernant la promotion et la protection réciproque des investissements dispose :** « *il est entendu que le traitement de la nation la plus favorisée visée aux alinéas 2 et 3 ne comprend pas les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements prévus par d'autres accords internationaux sur l'investissement conclus par la partie contractante concernée.* »

⁴⁷- التي أقرها مؤتمر القمة الحادي عشر الذي انعقد بعمان في الفترة بين 25 إلى 27 نوفمبر 1980 والمصادق عليها بالقانون عدد 26 لسنة 1981 المؤرخ في 1981/04/02

الموقعة بين الديوان الوطني للسياحة والمستثمر غيث فرعون أما في القضية الثانية فقد تعهد المركز بناء على إحالة من الكاتب العام للمركز وقد أسست الطالبة دعواها على أحكام الفصل 20 من مجلة رصد الأموال وأحكام الاتفاقية التونسية الهولندية لتشجيع وحماية الاستثمارات وعلى اتفاق كتابي تذكر أنه صدر من الجمهورية التونسية علماً وأن النزاع الثاني لا علاقة له بالاستثمارات العقارية بل يتعلق بما تعرضه الطالبة من انتزاع أسهم.

في حين أجدت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية بدورها هيكلاً خاصاً اسمه محكمة الاستثمار العربية وذلك بموجب المادة 28 والمتضمن نصها :

"1- لحين إنشاء محكمة العدل العربية وتحديد اختصاصاتها تنشأ محكمة للاستثمار العربي.

2- تتكون المحكمة من خمسة قضاة على الأقل وعدد من الأعضاء الاحتياطيين ينتمي كل منهم إلى جنسية عربية مختلفة يختارهم المجلس من بين قائمة من القانونيين العرب خصيصاً لهذا الغرض ترشح كل دولة طرفين اثنين منهم ممن تؤهلهم صفاتهم الخلقية والعلمية لتولي المناصب القضائية الرفيعة ويسمي المجلس من بين أعضاء المحكمة رئيساً لها .."

غير أنه وخلافاً لاتفاقية واشنطن التي تسمح بتعهد المركز حتى في صورة سابقة نشر دعوى تتعلق بنفس الموضوع وبين نفس الأطراف فإن الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية تمنع ذلك بصريح المادة 31 وقد سبق لمحكمة الاستثمار العربية أن تعهدت بأول قضية تم نشرها أمامها بمناسبة الدعوى رقم : 1/1 ق الصادر فيها الحكم بتاريخ 2004/10/12 من المستثمر السعودي عادل صالح المداح ممثل (تنمية

1990/07/23⁴⁸ واتفاقية تشجيع وحماية وضمن الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي⁴⁹ وأخيراً اتفاقية البنك الدولي المعروفة بالاتفاقية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالرصد المالية الناشئة بين الدول وتابعي دول أخرى⁵⁰ حيث تعد الجمهورية التونسية أول دولة في العالم توقع على هذه الاتفاقية التي أحدثت نص الفصل الأول منها هيكلاً مختصاً بفصل النزاعات المتعلقة بالاستثمار تكون مهمته المساعدة على إتمام إجراءات الصلح والتحكيم التي تجمع بين الدول ورعايا الدول المصادقة على اتفاقية المركز⁵¹ علماً وأن الجمهورية التونسية تعد طرفاً في عدد 2 قضايا الأولى سبق فصلها بعد التصالح مع المدعي⁵² والثانية بصدد النشر⁵³ وقد تعهدت الهيئة التحكيمية في القضية الأولى بناء على إحالة من الكاتب العام للمركز وقد أسست الطالبة دعواها بناءً على أحكام الفصل 20 من مجلة رصد الموال وعلى اتفاقية الاستثمار

48- والمصادق عليها بالقانون عدد 84 لسنة 1990 المؤرخ في 1990/10/29 (ر ر ج ت عدد 70 لسنة 1990 المؤرخ في 1990/11/02)

49- الموقع عليها باسم الجمهورية التونسية بجده في 1962/06/10 والمتعلقة بتشجيع وحماية وضمن الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي والمصادق عليها بالقانون عدد 82 لسنة 1983 المؤرخ في 1983/11/11

50- الموقع عليها في واشنطن في 1965/05/05 والمصادق عليها بالقانون عدد 33 لسنة 1966 المؤرخ في 1966/05/03

51- Pour plus d'information visiter le Site web www.worldbank.org/icsid/

52- CIRDI ARB 86/1 Dr. G.R. PHARAON, demandeur/ l'Etat TUNISIEN , défendeur

53- ARB 04/12 ABCI investment C / Etat Tunisien. Pour plus d'information visiter le Site web www.worldbank.org/icsid/

مالاً عربياً الحصة الشائعة التي ينطبق عليها هذا التعريف " إن تعهد الهيئات الأجنبية لفض النزاعات لا يقتصر على الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف بل يمكن أن تتعهد الهيئات التحكيمية الخاصة والمؤسساتية أيضاً بموجب العقد

المبحث الثاني:

تعهد الهيئات الأجنبية بالنزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية بموجب الاتفاق

أصبح من المألوف أن تبرم الدولة عقوداً مع الذوات الأجنبية الخاصة يقع المصادقة عليها بقوانين (ولئن انقسم شراح القانون بين شق ينكر على تلك الاتفاقيات النظام القانوني للاتفاقيات الدولية⁵⁵ وشق آخر من شراح القانون يمنحها صفة الاتفاقيات الدولية بشروط ويرتب عليها عدة نتائج قانونية⁵⁶) فقد سبق

⁵⁵- Farhat HORCHANI : « Droit international public » CERP 2000 P 71 et s

⁵⁶- K. H. BOCSTIEGLE : « thèse d'agrégation de l'université de COLOGNE : « les accords entre ETAT et entreprises étrangères relèveraient par « nature » du droit conventionnel international public des lors qu'ils répondent aux conditions suivantes :

- conclusion sous forme de traités internationaux et par les organes ETATIQUES habilités en droit interne à conclure les traités
- présence dans l'accord de stipulation portant obligation pour L'ETAT contractant de ne pas prendre certaines mesures législatives modifiant le droit applicable

للاستثمارات الإدارية والتسويقية) /1- الدولة التونسية في شخص حكومتها دولة الوزير الأول و2- لجنة تنظيم ألعاب البحر المتوسط تونس 2001 والقاضي نصه:

"أولاً: برفض طلب المدعى عليها الأولى (الدولة التونسية ممثلة في شخص حكومتها دولة الوزير الأول) وإخراجها من نطاق المطالبة.

ثانياً: برفض الدفوع المبداءة من المدعى عليها الثانية (لجنة تنظيم ألعاب البحر المتوسط تونس 2001).

ثالثاً: رفض دعوى المدعية (السيد عادل صالح المداح) ممثل (تنمية للاستثمارات الإدارية والتسويقية) ضد المدعى عليها الأولى والثانية بكامل أجهزتها وإلزام المدعية بمصاريف الدعوى أمام محكمة الاستثمار العربية.

رابعاً: عدم قبول الطلب العرضي المبدي من المدعى عليها الثانية (لجنة تنظيم ألعاب البحر المتوسط تونس 2001).

خامساً : الأمر بالمقاصة في ألعاب المحاماة "

وهو ما لم يرتضيه الطالب خاصة في وجود رأي مخالف حيث بادر بنشر طعنين بالتماس إعادة النظر انتهت جميعها بالرفض (ولمزيد من المعلومات حول نشاط المحكمة يمكن الإطلاع على الموقع التالي)⁵⁴

علماً وأن النزاع لا يتعلق باستثمارات عقارية مباشرة إلا انه لا شيء يمنع من نشر مثل هذه الدعاوي أمام المحكمة وذلك عملاً بنص المادة (1) من الاتفاقية والذي عرف المال العربي بكونه "المال الذي يملكه المواطن العربي ويشمل كل ما يمكن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية بما في ذلك الودائع المصرفية والاستثمارات المالية وتعتبر العوائد الناجمة عن المال العربي مالاً عربياً كما تعتبر

⁵⁴- www.arablegalnet.org

13 السابق التعرض له بالفصل 13 من الاتفاق الجديد. إلا أن بهاضة التكاليف المتعلقة بمصاريف المحامين والمركز وطول الإجراءات قد تردع كثيراً من المستثمرين (المتوسطين) عن اشتراط تحكيم المركز فيفضلون تحكيم غرفة التجارة الدولية مثال ذلك ما جاء بالفصل 58 من مشروع عقد لزمة مطار الوسط الشرقي.⁵⁸ في حين يفضل شق آخر من المستثمرين (الصغار) التحكيم الحر مثلما يتضح من عقد الصفقة الرابط بين مجمع فيروفيال كومترا (فيركوم) في شخص ممثله القانوني من جهة ووزارة الفلاحة والموارد المائية من جهة أخرى، والمؤرخ في 10/06/1994 والمتعلق بأشغال بناء سد سيدي يعيش حيث تضمن الملحق عدد1 لعقد الصفقة المذكور والمؤرخ في 07/10/1994 والمسجل بالقباضة المالية بنهج القيروان حمام الأنف بتاريخ 15/11/1994 مجلد 64 سلسلة 98 وادي 6333 مكرر في فصله 4 شرطاً تحكيمياً نص على: " إخضاع كل نزاع أو خلاف قد ينشأ في خصوص الصفقة للتحكيم الدولي طبقاً لإجراءات مجلة التحكيم وأن هيئة المحكمين تتكون من 3 محكمين يتم تعيينهم طبقاً لمجلة التحكيم التونسية ".

إلا أن هناك طرقاً أخرى يمكن اعتمادها في اللجوء للتحكيم الدولي عند إدراج شروط تحكيمية في عقود إنشاء الشركات مثال ذلك

⁵⁸ - **L'article 58 du projet du cahier de charges de la concession de création et d'exploitation du nouvel aéroport du centre –est de la Tunisie (enfida) stipule :** « en application du para 5 de l'article 7 du C de l'arbitrage Tunisien, les parties conviennent que tout litige relatif au contrat de concession , portant sur sa validité, son interprétation ou son exécution.. sera tranché définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la CCI .. »

للدولة التونسية أن أبرمت مثل هذه الاتفاقيات نذكر منها الاتفاقيتين المبرمتين بين الدولة التونسية وشركة " إيني " ENI بتاريخ 25/10/1977 والمصادق عليه بالقانون عدد76

لسنة 1977 المؤرخ 1977/12/7 حول انجاز واستغلال أنبوب نقل الغاز بالبلاد التونسية والذي تضمن بالفصل 13 منه شرطاً تحكيمياً يخول إحالة النزاع إلى تحكيم المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار⁵⁷ بين الدولة التونسية وشركة " إيني " و"سنام" "SNAM" بتاريخ 06/03/1991 والمصادق عليه بالقانون عدد36 لسنة 1991 المؤرخ في 08/06/1991 والذي استعار صياغة الفصل

- *soumission des différends à des tribunaux internationaux d'arbitrage*
- *volonté explicite ou implicite de situer l'accord hors du droit interne*

(Juris classeur –DROIT INTERNATIONAL- fascicule 11 –les traités)

⁵⁷ - **L'article 13 de l'accord entre l'Etat Tunisien et l'Ente Nazionale Idrocarburi pour la réalisation et l'exploitation d'un gazoduc en Tunisie stipule :** « *Tout litige relatif à l'interprétation et à l'exploitation du présent accord, qui ne peut être réglé à l'amiable, sera tranché définitivement par arbitrage par le centre international pour le règlement des différends en matière d'investissements (« centre ») conformément aux dispositions de la convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et les ressortissants d'autres Etats faites à washington le 18/03/1965 (« convention »).. »*

26 من نفس المجلة:" إذا كانت العلاقات القانونية دولية يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلة وعند التعذر يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضعي لصنف الإسناد القانوني " وقد اعتبرت مجلة التحكيم بالفصلين 19 و 52 أن الاتفاق على التحكيم يمنع المحاكم التونسية من مواصلة إجراءات الفصل في النزاع. وفصل المشرع الإجراءات المستوجبة لفصل النزاع في عدة فصول متفرقة من المجلة والمقصود بالقانون المنطبق على إجراءات سير النزاع هو القانون المنظم لتركيب الهيئة ولغة ومكان انعقاد النزاع والمصاريف وغيرها من الإجراءات المستوجبة لتشكيل الهيئة المكلفة بفصل الخلاف ونظراً لدقة هذه العناصر لم يقع حصرها جميعاً

بمجلة التحكيم وقد اختصت بعض المؤسسات التحكيمية بتنظيم هذه المسائل بصورة مفصلة سوف نأتي عليها تباعاً.

الفصل الأول :- في القانون المنطبق على إجراءات سير النزاع :

يتجه التفريق في هذا الخصوص بين الإجراءات المنطبقة على التحكيم الحر وبين تلك المتعلقة بالتحكيم المؤسساتي ضرورة أنه يمكن أن يحصل الاتفاق بين الأطراف على اختيار إما مؤسسة تحكيم مختصة أو باللجوء للتحكيم الحر، وعادة ما يحكم هذا الاختيار اعتبارات تتعلق بالموقع الجغرافي والتكاليف المالية وسمعة المؤسسة التحكيمية أو المحكمين الأحرار الواقع عليهم الاختيار علماً وأن بعض الاتفاقيات الدولية

الفصل 67 من مشروع النظام الأساسي للشركة خفية الاسم لدراسة واستثمار مشروع بعث مدينة للسياحة الاستشفائية بمنطقة الخبايات من معتمدية الحامة من ولاية قابس إلا أن الإشكال يظل مطروحاً في صورة مساهمة إحدى الجماعات المحلية (ولاية قابس) في رأسمال الشركة ضرورة أن الفصل 7 من مجلة التحكيم يمنع التحكيم في هذه الصورة إلا إذا كانت النزاعات ناتجة عن علاقة دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية مع ضرورة التثبت من إمكانية وجود اتفاق لحماية وتشجيع الاستثمارات بين الدولة التونسية وبلد المستثمر (النمسا) حيث عادة ما تتضمن مثل هذه الاتفاقيات توضحاً لإجراءات التحكيم وغيرها من الامتيازات الممنوحة لمستثمري البلدين تكون لها علوية على القانون الداخلي فهل سيتم تطبيق القانون التونسي على أصل النزاع ؟

الجزء الثاني:

القانون المنطبق على النزاعات المتعلقة باستثمار الأملاك العقارية

يتجه التفريق في هذا الخصوص بين القانون المنطبق على إجراءات فصل النزاع والقانون المنظم لأصل النزاع علماً وأن الإشكال لا يطرح بالنسبة للوضعيات التي تختص بفصلها المحاكم التونسية ويكون القانون التونسي المنطبق في شأنها لغياب العلاقة الدولية بين الأطراف والمقصود بالعلاقات الدولية حسب تعريف الفصل 2 من نفس المجلة : " .العلاقات القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي" ⁵⁹ وقد نصت قاعدة الفصل

transfrontière) « exemple :un mariage entre un italien et une française résidant en Tunisie ;un des époux demande le divorce .Quelle est la loi applicable ? »

**59- Mohamed al arbi HACHEM : »
leçon de droit international privé-
livre II :les conflits de lois (droit
applicable à une relation**

قد فصلت القانون المنطبق على إجراءات النزاع

المبحث الأول

القانون المنطبق على إجراءات سير النزاع
المنشورة أمام مؤسسة تحكيمية مختصة:

تضمنت بعض الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الموقعة بين الجمهورية التونسية وبعض الدول الأجنبية تحديداً للقانون المنطبق على إجراءات فض النزاع بين الدولة المستقبلية للاستثمار ومستثمر الدولة المتعاقدة مثال ذلك ما جاء بالفصل 7 من الاتفاق الموقع بين الجمهورية التونسية وجمهورية جنوب إفريقيا للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات⁶⁰ والمتضمن بالفقرة (2) منه ما يلي: "إذا تعذر تسوية النزاع في أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ الإشعار الكتابي فإنه يتم عرض النزاع حسب اختيار المستثمر على :

ب- التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات التي تنشأ بين الدول ومواطني دول أخرى والمعروضة للتوقيع بواشنطن في 1965/03/18 ..."

وقع تنظيم إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار بعدة فصول من اتفاقية واشنطن تتعلق أساساً بتقييد القضية وإجراءات تعيين المحكمين نوجزها كما يلي: "تبدأ إجراءات التوفيق والتحكيم عن طريق طلب كتابي يقدم من الطرف الراغب في تسوية النزاع (سواء كان المستثمر أو الدولة) إلى السكرتير العام للمركز.. ويجب أن يوضح

الطلب موضوع المنازعة والأطراف على أن يتضمن الإشارة لموافقة الأطراف على تسوية النزاع ويقوم السكرتير العام قبل تسجيل الطلب بالتحقق من أن النزاع يدخل في اختصاص المجلس (يتحقق السكرتير العام *prima facie* وفي صورة تسجيل المطلب فإن إجراءات تشكيل لجنة للتوفيق أو للتحكيم تبدأ بإحدى طرق ثلاثة :

* إما باتفاق الأطراف على أشخاص المحكمين ويتعين أن يكون عددهم وتراً.

* إذا لم تتشكل الهيئة في ظرف 90 يوماً من تاريخ إرسال السكرتير العام الإعلان بتسجيل الطلب للسكرتير العام وبناء على طلب أحد الأطراف تعيين المحكمين اللذين لم يتم اختيارهم مع الإشارة أنه يحق للأطراف تعيين موفقين أو محكمين من خارج القوائم التي يحتفظ بها المركز بشرط أن يتوافر فيهم الصفات المقررة للمرشحين في القوائم وهذا الحق مخول للأطراف دون السكرتير العام ويعد قبول الأطراف تحكيم المركز بمثابة التنازل عن أي وسيلة أخرى لتسوية النزاع " علماً وأنه تم تحديد المسائل التفصيلية التي تتعلق أساساً بلغة ومكان التحكيم ومصاريف التحكيم بالنظام الداخلي للمركز في 34 فصل إلا أن التكاليف الباهضة لتحكيم المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار، والرغبة في تقريب مقر النزاع من المتقاضين، والبحث عن السرعة في فصل النزاع كثيراً ما تدفع المستثمرين (المتوسطين) لاختيار التحكيم في غرفة التجارة الدولية ضرورة أن الفصل 1-14 (الذي دخل حيز التنفيذ في 1998/01/01) من نظام غرفة التجارة الدولية قد عرف مرونة تخول الأطراف مثلاً سلطة تحديد موقع التحكيم وفي غيابه للهيئة تحديد مكان التحكيم"⁶¹ فقد اتفق الطرفان

⁶¹- L'article 14-1 du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI (entré en vigueur le 1 er janvier 1998) prévoit : » la cour

⁶⁰- الموقعة بـكب تاون في 2002/02/28 والمصادق عليها بالقانون عدد 25 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/03/14

شكلت مدخلا لخصم الدولة التونسية في قضيتي الائتماس عدد 3/2 وعدد 6/2 ق للقدح في صحة تشكيل المحكمة يعرض الطاعن أن المادة 28 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والمواد الأولى والثانية والخامسة من لائحة النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية تقتضي أن تتكون المحكمة من 5 قضاة على الأقل وقد تكونت في الدعوى الماثلة من 6 قضاة إلا أن الأستاذ (مازن الحلو القاضي الفلسطيني) اعتذر عن الحضور لأسباب خارجة عن إرادته وكان من اللازم أن تستمر المحكمة بالعدد الباقي من القضاة وهم خمسة من القضاة ويتفق العدد مع الحد الأدنى الذي نصت عليه الاتفاقية وبالتالي فقد صدر الحكم من المحكمة بكامل هيئتها القضائية المنصوص عليه في نظامها في حدها الأقل وعليه فإن صدور الحكم من 3 قضاة يجعله باطلاً لعدم اكتمال النصاب القانوني لصحته ما يعتبر تجاوزاً خطيراً لقاعدة أساسية في إجراءات التقاضي معتبراً أن اللائحة الداخلية لمحكمة الاستثمار العربية خولت رئيس المحكمة تشكيل الدوائر وفقاً لمقتضيات العمل منتهياً إلى أن مقتضيات العمل المستمدة من حقيقة أن الدعوى الماثلة هي أول دعوى تنظر فيها المحكمة منذ بداية عملها بتاريخ 1985/02/22 تنتفي معه الحاجة إلى تشكيل الدوائر وهو ما يتضح بالوقوف على المعطيات التالية:

- لم يبين الحكم ما يفيد صدوره عن دائرة فرعية.
- لم تتضمن محاضر الجلسات الإشارة إلى ما يفيد تشكيل دائرة فرعية لنظر الدعوى.

décision. En effet, composée de dix juges- deux par Etat membre- nommés pour une période de six ans et renouvelés par moitié tous les trois ans,...

التونسي والتركي بمشروع عقد لزمة مطار الوسط الشرقي على أن يكون مكان التحكيم" بجناف بسويسرا" بالفصل (58- 3) ⁶² إلا أن البعض الآخر من المستثمرين قد يفضل بعض المؤسسات العربية مثل محكمة الاستثمار العربية نظراً لبساطة الإجراءات المتبعة أمامها والتي لا تكاد تختلف كثيراً عما هو مألوف بالأنظمة القانونية العربية ولبخاسة التكاليف المطلوب بذلها خاصة من المدعين وذلك عملاً بالمادة 32 من النظام الأساسي للمحكمة علماً وأنه بتصفح مواد النظام الأساسي البالغ عددها 53 مادة والتي تم تشريعها بناء على المادتين 18 و45 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية يتضح أن الإجراءات المتبعة أمام المحكمة أقل تعقيداً من الإجراءات المتبعة أمام بعض مراكز التحكيم العربية ⁶³ إلا أن مسألة احترام الإجراءات قد

fixe le lieu de l'arbitrage à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci «

⁶²- « Le siège de l'arbitrage sera Genève et l'arbitrage se déroulera en langue française»

⁶³- A titre de comparaison voir T .bouachba : » **le statut de la Cour Islamique Internationale de Justice** « RTD 1993(sauf exception prévues par le statut, la cour se réunit en séance plénière. Cependant, la présence de cinq juges au moins est indispensable pour la régularité de la décision de la cour)

Voir aussi **H.MZIOUDET** : » **les institutions de l'Union du Maghreb Arab** « A.C.T 1990-2 N°4 (l'article 13 du traité de Marrakech a institué une véritable cour de justice tant au niveau de sa composition et de sa compétence, qu'aux niveaux des modalités de sa saisine et de sa

- صدور المراسلات الرسمية عن محكمة الاستثمار العربية.
- عدم إشارة المراسلات إلى ما يفيد تشكل دائرة فرعية".

وقد انتهت المحكمة عند نظرها في المطاعن المقدمة من الملتمس في نفس القضية إلى رفض الالتماس بتاريخ 2007/08/21 مؤسسة قضاءها على أحكام المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة والتي تنص على أن: "تتعقد هيئة المحكمة في دائرة واحدة أو دوائر متعددة حسبما تقره الجمعية العامة على أن يراعى في تشكيلها أن لا يقل عدد أعضائها عن 3.." وهذا يدل على أنه يجوز للمحكمة أن تتعقد بكامل أعضائها في دائرة واحدة فضلا عن جواز انعقادها في أكثر من دائرة والشرط الوحيد أن لا يقل عدد أعضاء الدائرة عن 3 أعضاء. والتي على أساسها وبمناسبتها تشكلت لجنة خاصة للنظر في إمكانية السماح بفتح الباب لتقديم أكثر من طعن بالالتماس في نفس الدعوى لقبول الالتماس المرفوع في القضية 6/2 ق بصورة رجعية إلا أن تغيير الإجراءات المنظمة لتشكيل المحكمة (أثناء اللعبة) يعد من الأسباب التي قد تضعف من ثقة المستثمرين العرب وبالتالي إجمامهم عن طرق باب هذه المحكمة فقد يفضلون بعض المؤسسات التحكيمية الخاصة مثل " مركز تونس للمصالحة والتحكيم"⁶⁴ ومركز "إنصاف" للتحكيم فيما يفضل البعض الآخر التحكيم الحر لثقتهم الشخصية والاسمية في بعض المحكمين وهو ما قد يقع الاتفاق عليه ببعض العقود ذات الأهمية الخاصة التي تتضمن

عادة تفاصيل إضافية تتعلق بلغة التحكيم ومكانه مع تنصيبها على أسماء المحكمين خاصة .

المبحث الثاني

القانون المنطبق على إجراءات سير النزاع المنشور أمام هيئة تحكيم حر

وضعت مجلة التحكيم عدة ضوابط لا يستقيم التحكيم دونها وعددها المشرع بالأقسام الثالث والرابع والخامس من الباب الثالث من مجلة التحكيم تتعلق أساساً بعدد المحكمين وإجراءات تعيين المحكمين وطرق التجريح في المحكمين والتخلي وغيرها إلا أن المشرع كثيراً ما يحيل بالمجلة إلى اتفاقية التحكيم وشرط التحكيم عند تحديده لاختصاص الهيئة كما لم يغفل المشرع عند التعرض لإجراءات التحكيم المتعلقة أساساً بمكان التحكيم ولغة التحكيم ولكل هذه المسائل صبغة إجرائية قد تنظمها اتفاقية التحكيم أو الشرط التحكيمي كما يمكن أن تنظمها اتفاقية دولية موقعة بين دولة المستثمر

والدولة الواقع الاستثمار على أرضها كما هو الشأن بالنسبة لصياغة الفصل 7-(2) ج من الاتفاق الموقع بين حكومة الجمهورية التونسية وحكومة الجمهورية الفيدرالية الديمقراطية الأثيوبية لتشجيع وحماية الاستثمارات⁶⁵ والمتضمن: " أو على محكم أو هيئة تحكيم خاص دولية مكونة طبقاً لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"⁶⁶ علماً

⁶⁵ - الموقع ب تونس في 2000/12/14 (لم تقع المصادقة عليه إلى الآن)

⁶⁶ - Voir chapitre 5 du règlement CNUDCI : « **conduite de la procédure arbitrale** » article 18 -27 (annexe n°1) voir aussi « **note explicative du secrétaire de la CNUDCI relative à la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international** »

⁶⁴ - Le règlement du centre est établi en 35 articles les frais et honoraires sont prévues au chapitre 6 :les frais et honoraires(article 33-35) voir RJL n°5 année 41moi de mai 1999 spécial arbitrage.

الأصولية في التفرقة بين السلطة القضائية الإدارية والعدلية وبالتالي فإن الحكم التحكيمي جاء مخالفاً للفصل 81 من "أ" و"د" من مجلة التحكيم وان الاستثناء المذكور يخص العلاقات الدولية التي تنمض الدولة فيها صفة الذات الخاصة ولا يخص العلاقات الدولية التي تنصرف فيها الدولة كذات عامة بإبرام عقود وتتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص وتتسم بالطابع السلطاني وليس التجاري وهو شأن الصيغة العمومية موضوع التعاقد كما تضمنت مطاعن المكلف العام ملاحظات لها علاقة بأصل النزاع يتجه تناولها في النقطة المتعلقة بالقانون المنطبق على النزاع.

الفصل الثاني :- في القانون المنطبق على أصل النزاع :

تكريساً لقاعدة خضوع التصرفات المتعلقة بالعقار لقانون مكان وجود المال « la lex rei sitae » اقتضت قاعدة الفصل 58 من مجلة الحقوق العينية : " الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال " ⁶⁷ إلا أن المبدأ المذكور تظراً

⁶⁷- Ali MEZGHANI : «commentaires du code de droit international privé « CERP 1999 » le régime des biens ne pose pas, en droit international privé, de difficultés de principe. L'attraction du lieu de situation est si évidente que la règle de conflit a pu paraître aller de soi. Les droits réels considérés *ut singuli* sont donc naturellement soumis à la loi de situation rappelle l'article 58 du code. La formule de l'article 58 est générale puisqu'elle vise la possession, la propriété et les autres droits réels .Pour les droits immobiliers il faut aussi se reporter à l'énumération qui en est faite dans l'article (12 du CDR).En

وأن الأطراف أحرار في اختيار القانون المنطبق على إجراءات التحكيم وقد يتولى الأطراف أنفسهم تحديد القواعد والإجراءات التي يرتضونها لتنظيم إجراءات التحكيم بالاستئناس بقواعد تشريعية كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للفصل 4 من عقد الصفقة الرابط بين مجمع فيروفيال كومترا (فيركوم) في شخص ممثله القانوني من جهة ووزارة الفلاحة والموارد المائية والمؤرخ في 10/06/1994 والمتعلق بأشغال بناء سد سيدي يعيش والمتضمن نصه: "يخضع كل نزاع أو خلاف قد ينشأ في خصوص هذه الصفقة للتحكيم الدولي طبقاً لإجراءات مجلة التحكيم المنصوص عليها بالقانون عدد 42 لسنة 1993 والمؤرخ في 26/04/1993 والمتعلق بإصدار مجلة التحكيم المنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 04/05/1993 وسوف تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لمجلة التحكيم التونسية (قسم 3- تكوين هيئة التحكيم الفصل 56 الفقرة 3 أ). سوف يتم اعتماد اللغة الفرنسية كلغة التحكيم. وسوف يقع التحكيم في تونس " وقد طعنت الدولة بالبطان في القرار التحكيمي الصادر في النزاع الذي يربط مجمع فيروفيال كومترا (فيركوم) في شخص ممثله القانوني / م ك ع بنزاعات الدولة في حق وزارة الفلاحة ينوبه الأستاذ سمير العنابي لبطان الشرط التحكيمي والخلل في تشكيل المحكمة معتبرة أن العقد الذي تولد عنه النزاع المعروف على التحكيم هو صفقة أشغال عمومية دولية أي عقد إداري دولي وأن الاستثناء الوارد بالفصل 7 من م التحكيم لم يشمل العقود الإدارية بما يترتب عليه بطلان الشرط التحكيمي ملاحظة من جهة أخرى أنه كان من المتعين تقديم طلب تعيين المحكم إلى السيد رئيس المحكمة الإدارية عملاً بالقاعدة

de 1985 telle que amendée en.
«http : www.cnudci. org

التونسي ففي مادة التركات الشاغرة والتي قد يكون موضوعها أملاك عقارية أحال المشرع بالنسبة للقانون المنطبق في شأنها على المجلة المدنية الفرنسية كما هو الشأن بالنسبة للأمر المؤرخ في 15/02/1932 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 1 الصادر في 16/04/1932 ص 1) حيث تضمن الفصل 30 منه : "يجب على الدولة أن تأذن بالشروع في إتمام الموجبات المقررة بالفصلين 769 و770 من المجلة المدنية وتطلب من المجلس الابتدائي الكائن بالجهة التي وقع فيها التقييد تحويزها منه بوجه مؤقت ثم تخويلها الحوز النهائي بعد إجراء ما يلزم من الإشهار وتعليق الإعلانات " إلا أنه بالرجوع للفصلين 769 و770 من المجلة المدنية الفرنسية يتضح أنه تم تنقيحهما⁷¹ مما يجعل الإحالة غير ممكنة لغموض القانون الأجنبي خلافاً لبعض العقود التي تتضمن إحالة صريحة على القانون التونسي بوصفه النص المنطبق على أصل النزاع⁷² إلا أن بعض القرارات التحكيمية لا تعير القانون الذي اختاره الأطراف أهمية رغم

⁷¹- **Article 769 du code civil** « L'option est indivisible. Toutefois, celui qui cumule plus d'une vocation successorale à la même succession a, pour chacune d'elles, un droit d'option distinct ».

Article 770 du code civil « L'option ne peut être exercée avant l'ouverture de la succession, même par contrat de mariage »

⁷²- L'article 54 du projet de contrat de concession relatif à la création et l'exploitation du nouvel aéroport du centre-est de la Tunisie (Enfidha) stipule : « **le contrat de concession et ses annexes sont régies pour leur validité, interprétation et exécution par le droit Tunisien** »

عليه استثناءات ارتضاها المشرع كما هو الشأن في صورة الفصل 73 من مجلة التحكيم المتضمن :

"1- تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لحكام القانون الذي يعينه الأطراف.

2- إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق، فإن هيئة التحكيم تعتمد القانون الذي تراه مناسباً.

3- يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع طبق قواعد العدل والإنصاف إذا أباح بعين الاعتبار العرف التجاري المنطبق على المعاملة. "

المبحث الأول :

مبدأ خضوع التصرفات المتعلقة بالعقار لقانون مكان وجود المال

يجد مبدأ خضوع التصرفات المتعلقة بالعقار لقانون مكان وجود المال سنداً إن لم نقل إجماعاً لدى أغلبية شراح القانون الدولي الخاص⁶⁸ كما يجد له سنداً بأغلبية القوانين الوضعية⁶⁹ من ذلك ما اقتضاه الفصل 3 من المجلة المدنية الفرنسية⁷⁰ ولئن لا يطرح قانون الدولة الواقع على أراضيها نزاع إشكال إذا اعتبر المشرع قانونه هو المنطبق إلا أن الإشكال قد يطرح في صورة إحالة المشرع على تشريع أجنبي أو في صورة التنصيص الصريح على تطبيق قانون أجنبي في العلاقات القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني

effet, c'est la loi du for qui est compétente lorsque la qualification sert à la désignation de la loi applicable. »

⁶⁸- **Mohamed al arbi HACHEM** (op cit) le statut réel p 213 et s .

⁶⁹Voir AR 17 ,18 du code civil algérien
⁷⁰- « ..Les immeubles, mêmes ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ..«

بالرجوع للتجربة التونسية يمكن التأكيد على أن العادة جرت في صياغة الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات المبرمة بين الجمهورية التونسية والدول الأجنبية على أن لا يقع تحديد القانون المنطبق على أصل النزاع الذي يحتمل حصوله بين الدولة التونسية والمستثمر المتعاقد إلا أن أغلب الاتفاقيات تعتمد الصياغة التالية لقبول دخول الاستثمارات على أراضيها⁷⁴ : " **تطلق عبارات استثمارات على جميع أصناف الاستثمارات المقبولة بتراب أحد الطرفين المتعاقدين وفقاً لقوانينه وتراتبته.**"⁷⁵ إلا أن هذه الصياغة لا تعني بالضرورة أن القانون المنطبق هو قانون الدولة والواقع الاستثمار على أراضيها وكل ما يمكن فهمه من هذه الصياغة هو خضوع المستثمر عند دخول استثماراته لقوانين البلد المضيف للاستثمار من تراخيص وغيرها من الاشتراطات المستوجبة لقبول الاستثمار ويمكن تفسير الصياغة الغامضة لمثل هذه الاتفاقيات بالرغبة في تقادي إحراج الدول المستقبلية للاستثمار عند اشتراط قانون غير قانون الدولة الواقع الاستثمار على أراضيها

⁷⁴ - Article 1 de l'accord entre la République Tunisienne et la République Italienne pour la promotion et la protection et la promotion et la protection réciproques des investissements : » au sens du présent accord :
1)- par « investissement » on entend **les avoirs de toutes natures constitués ou reconnus en conformité avec les lois et règlement de chaque partie contractante.** ..
« conclu le 17/10/1985 ratifié par la loi n° 86-37 du 23/05/1986

⁷⁵ - الفصل 1 من اتفاق تشجيع وحماية الاستثمارات بين تونس وحكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية الموقعة بتاريخ 14/03/1989 بموجب القانون عدد 98-99 الصادر بتاريخ 1989/11/07.

اتفاق الطرفين صراحة على جعله القانون المنطبق على أصل النزاع كما هو الشأن بالنسبة للقرار التحكيمي الصادر بين كل من: Aramco (Arabien American Oil Company) المملكة العربية السعودية لحل الخلاف الناشئ بين Aramco والحكومة السعودية اقترحت الحكومة السعودية عرض النزاع على التحكيم حيث تم إبرام اتفاق تحكيم في 1955/02/23 مع التنصيص بالفصل 4 منه على أن تتولى هيئة التحكيم فصل النزاع طبقاً للقانون الساري في المملكة العربية السعودية وينصرف اصطلاح القانون السعودي المستخدم في هذه المادة إلى القانون الإسلامي تبعاً لتفسير مدرسة الإمام أحمد بن حنبل وانتهت محكمة التحكيم بعد التكيف إلى أن القانون المنطبق هو القانون محل المال لتعلق النزاع بأموال عفاوية وإعمالاً لذلك لجأت الهيئة التحكيمية للقانون السعودي لتحديد ما إذا كان هذا الامتياز يعد تصرفاً عاماً صادراً بالإرادة المنفردة أم عقد من العقود العامة أم عقد إداري أو عقد من عقود القانون الخاص وانتهت المحكمة إلى أن القانون السعودي (الواجب التطبيق لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي و أن فقه الإمام بن حنبل لا يتضمن أية قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن ومن باب أولى تلك المتعلقة بالبتترول وانتهت إلى أن عقد Aramco عقد غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف المعتادة للعقود.⁷³ علماً وأن الشرط التحكيمي قد تم تحريره في غياب اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمارات بين المملكة العربية السعودية والولايات المتحدة فكيف هو الحل في ظل وجود مثل هذه الاتفاقيات الثنائية. حيث

⁷³ - Affaire ARAMCO/A. SAUDITE in (I.L.R « international law report » vol .XXVII P .117) voir aussi (R.C.D.I.P « revue critique de droit international privé 1963, p 272 ss)

مع ما قد يشكله ذلك من مساس بالسيادة الوطنية إلا أن هذه الصياغة الغامضة كثيراً ما تفتح الباب لبعض المحكمين لتطبيق قواعد القانون الدولي عنوة ومن بينها قاعدة إعادة الحالة لما كانت عليه.

المبحث الثاني:

استثناء خضوع التصرفات المتعلقة

بالاستثمارات العقارية من قانون

مكان وجود المال

قد لا يطرح اختيار الأطراف على قانون غير قانون الدولة الواقع الاستثمار على أراضيها إشكالا⁷⁶ إلا أن الصياغة الضبابية لنصوص بعض الاتفاقيات تطرح إشكاليات جدية حول طريقة تحديد القانون المنطبق كما هو الشأن بالنسبة لصياغة الفصل 42 من اتفاقية واشنطن حيث كثيراً ما تتضمن الاتفاقيات التونسية لتشجيع وحماية الاستثمارات الإشارة لتحكيم المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار وقد تكفلت اتفاقية المركز بتحديد القانون المنطبق على أصل النزاع بالفصل 42 منها⁷⁷ إلا أن الصياغة الضبابية لنص الفصل 42 من اتفاقية

⁷⁶ - يراجع جلول شلبي . "دراسات في القانون الدولي الخاص - العقود الدولية الالتزامات والنزاعات - نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية 2007 : " لما كان الأصل في العقود الدولية انها رضائية كانت مسألة القانون المنطبق من المسائل التي تخرج عن نطاق التدخل التشريعي لتكون من محض اختيار الأطراف عدا ما استثنى بنص صريح من القانون .."

⁷⁷ - L'article 42 dispose : «(1) Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différends- y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainisi que les principes de droit international en la matière... »

واشنطن قد مثلت مدخلا للمحكمين وشرح القانون الدولي لتغليب قواعد القانون الدولي على القانون الداخلي للدولة الواقع الاستثمار على أراضيها عند غموض النص في مرحلة أولى وفي مرحلة ثانية وفي صورة الاختلاف بين القانون الداخلي والقانون الدولي يقع تغليب قواعد النظام العام الدولي على القانون الداخلي ولو كان هو القانون الواجب التطبيق إعمالاً لقواعد التنازع الموضوعية
يراجع في هذا الخصوص : برتولد قولدمان⁷⁸ في مقال بعنوان القانون المنطبق حسب اتفاقية المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار تم عرضه بمناسبة ملتقى حول اتفاقية المركز بسويسرا أيام 1968/04/27 : " نضيف هنا أنه إذا مثلت بعض هذه المبادئ نظاماً عاماً دولياً (..) فلا نرى مانعاً من استبعاد بعض أحكام القانون الداخلي فهذا هو الدور المتعارف عليه

⁷⁸ - **Berthold Goldman**:" Le droit applicable selon la convention de la BIRD du 18/03/1965 , pour le règlement des différents relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats" acte du colloque du 27/04/1968 édition A . Pedone 1969 ..
Ajoutons ici que si certains de ces principes forment un ordre public international (..), **on ne voit pas pourquoi ils n'auraient pas pour effet d'exclure les dispositions contraires d'un droit national..**c'est la en effet la fonction habituelle de l'ordre public, qui s'exerce en droit international privé, **quelle que soit la règle de rattachement ayant donné compétence à une loi déterminée et , en particulier, lorsqu'il s'agit de la loi d'autonomie applicable à un contrat" ..**

ولو كان الأخير هو المنطبق إعمالاً لقاعدة الإسناد الموضوعية مما يعرض سيادة الدول للانتهاك ضرورة أن المبادئ العامة للقانون الدولي تشمل عند بعض شراح القانون مبدأ إعادة الحالة لما كانت عليه:

Restitutio in integrum الذي لا

يفاجئنا باستبعاده للقواعد القانونية السارية المفعول في الدول الواقع الاستثمار على أرضها فقط بل يمتد ليقضي بإلزام الدولة بإعادة الحالة لما كانت عليه (يراجع خاصة تحكيم Abu Dhabi)⁸¹ حيث انتهى المحكم الإنجليزي إلى إعمال قواعد القانون الإنجليزي أي قانون الدولة التي ينتمي لها بجنسيته تحت اسم المبادئ العامة بحجة أن قواعد القانون الإنجليزي تبدو من وجهة نظره قائمة على نحو عقلائي محكم على نحو يجعلها قادرة على تشكيل جزء من القانون الطبيعي الجديد (كما يراجع قرار *Amco / أندونيسيا*)⁸² حيث

قضت المحكمة بالتعويض العادل ورفضت تطبيق قاعدة إعادة الحالة لما كانت عليه (يراجع حفيظة السيد الحداد العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة ص 782) حول مدى إمكانية تطبيق مبدأ إعادة الحالة لما كانت عليه.

إن القراءة المتأنية لعديد القرارات التحكيمية الصادرة في مادة الاستثمار العقاري تبين إلى أي مدى قد تكون سيادة الدول المستقبلية لرؤوس الأموال مستباحة إذا لم

للنظام العام الذي تقع ممارسته في القانون الدولي مهما منحت قاعدة التنازع الاختصاص لقانون معين وخاصة عندما يتعلق الأمر بالقانون المنطبق على العقد ، كما يراجع مقال المرحوم محمد العربي هاشم المنشور بالمجلة القانونية التونسية لسنة 1992⁷⁹ بعنوان القانون المنطبق على عقود الاستثمار طبق المادة 42 من اتفاقية المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار : " يميل فقه قضاء المركز الدولي لفض نزاعات الاستثمار لتغليب قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الداخلي للدولة الواقع الاستثمار على أرضها " ، كما يراجع أيضا مقال: الأستاذة قابريال كوفمان كولار (المرجع السابق)⁸⁰ : " يتم القانون الدولي فراغ القانون الداخلي ويصلح النتائج إن كان مخالفاً له ولا يمارس هذا الدور إلا إذا تم اختيار القانون الداخلي من الأطراف أو إذا كان منطبقاً بموجب قاعدة التنازع ، فقواعد القانون الدولي سوف يقع تطبيقها عنوة عند التعارض بين القانون الدولي وقانون الدولة الواقع الاستثمار على أراضيها

79 - Mohamed Elarabi Hachem "Le droit applicable au contrat d'investissement selon l'article 42 de la convention BIRD"

.. "La jurisprudence CIRDI est plutôt favorable à la thèse de la primauté des principes du droit international sur le droit interne de l'Etat d'accueil." .. P134 et suivant.

80 - Gabrielle Kaufman-Kohler
"L'arbitrage d'investissement: entre contrat et traité –entre intérêts privés et intérêt public"... **"Le droit international comble les lacunes du droit national et en corrige le résultat si ce dernier lui est contraire. Ce rôle s'exerce que le droit national ait été élu par les parties ou désigné par un rattachement objectif .." P 10-11**

⁸¹- « some of its rules are in my view so firmly ground in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence , this « modern law of nature »

حفيظة السيد الحداد (المرجع السابق ص 782)
⁸² :E .GAILLARD –Clunet 1991 p 155 et s .

يتوفر قضاء وطني مستقل يحظى بثقة
المستثمرين الأجانب وبالمقابل فإن صياغة
النصوص والعقود والاتفاقيات الدولية التي
تربط الدول المستوردة للاستثمارات الأجنبية
يجب أن لا تخضع للتخفيضات في مواسم
الأزمات ضرورة أن رأس المال قد يصنع منها
للدفاع عن نفسه أذرعاً خفية تطل علينا برأسها
لتذكرنا في نتائجها بالاستعمار المسلح فاللجوء
لقوة القانون قد يكون أشد أثراً من قانون القوة
./.