دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار

بوخالفة عبد الكريم طالب دكتوراه في قانون الاستثمار
د/ خويلدي السعيد أستاذ محاضر" أ"
جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)

الملخص :

يعتبر الاستثمار دعامة مركزية في الإقتصاديات الحديثة وقاطرة تجر القطاعات الإقتصادية نظرا لما يتبعه من تحويل وتنمية تحتاجها الدول للنهوض الإقتصادي ودفع عجلة التنمية ،ويستلزم الإستثمار جو إستثماري يحفظ حقوق الجميع ويشجع على لإستثماروهنا تكمن أهمية عقود الإستثمار في تمويل القطاعات الاقتصادية والمعيشية في الدول ،إلا أن التعامل في إطار هذه العقود قد ينشأ العديد من المنازعات وذلك نتاج لتضارب المصالح ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي ومن هنا يأتي الدور الفعال الاستباقي لإرادة المتعاقدين لتجنب هذه المنازعات من خلال إدراج شروط تعاقدية وقائية تتمثل هذه الشروط في الثبات التشريعي وإعادة التفاوض ذلك سعيا منهم لضمان التوازن العقدي للعقد.

الكلمات المفتاحية : عقود الاستثمار، الإرادة ، الثبات التشريعي ، شرط إعادة التفاوض

Abstract:

Investment is a reference mainstay for modern economies and locomotive dragging economic sectors due to the consequent development of transforming nations need for economic advancement and promotion of development.Investment requires an investment atmosphere saves everyone's rights and encourages investment. Here lies the importance of the investment contracts in the financing of economic and living sectors of the countries. However, the deal within the framework of these contracts may create numerous disputes and this is due to a conflict of interest between the host country and the foreign investor. Hence, the effective proactive role for the will of the contractors to avoid such disputes comes through the inclusion of contractual and preventive conditions represented in the Legislative Stability and renegotiating in an effort to ensure the nodal balance of the contract.

Key words:Investment - will -Legislative Stability – renegotiating condition

Résumé :

L'investissement est un pilier de référence pour les économies modernes et une locomotive traînant les secteurs économiques en raison de ses suites tel que transformer le développement que les nations ont besoin pour le progrès économique et la promotion du développement. L'investissement exige une atmosphère d'investissement qui préserve les droits de chacun et encourage les investissements. Là réside l'importance des contrats d'investissement dans le financement des secteurs économiques et de vie des pays. Toutefois, la transaction dans le cadre de ces contrats peut créer de nombreux conflits et cela est dû à un conflit d'intérêts entre le pays hôte et l'investisseur étranger. Par conséquent, le rôle proactif efficace de la volonté des contractants d'éviter ces conflits vient à travers la prise en compte des conditions contractuelles et préventives représentées dans la stabilité législative et la renégociation dans un effort pour assurer l'équilibre nodal du contrat.

Mots clés : Investissement - volonté - Stabilité Législative- condition de renégociation

مقدمة

يعتبر الاستثمار الأجنبي دعامة مركزية في الإقتصاديات الحديثة الدعامة الرئيسية التي ترتكز عليها الخطط الاقتصادية العامة ، وكما أن النشاط التجاري الدولي أصبح هدف الشأن الدولي و الداخلي في كل بلد فبعد أن كانت التجارة تضم الاستثمار بمعناها الواسع ، أصبح الاستثمار هو رديف لأوجه جديدة من التجارة الدولية .

ولقد إعتمدت العديد من البلدان العربية أليات لازمة من اجل استقطاب المستثمرين واعتماد الوسائل التي تهدف إلى تحسين المناخ الاستثماري بداية من الأطر القانونية المنظمة للإستثمار،إذ أن البيئة القانونية تشكل ضمانة أساسية لجذب الاستثمار وتساعد على إزالة المخاوف بشأنها .

على العموم فإن هذه العقود بشكل عام تثير منازعات تتميز بالتعقيد نظرا لدوليتها،ونجدأن حقوق وتوقعات المستثمرين الأجانب تعاني في عديد الدول من عقبات غير متوقعة مما يثير الكثير من المنازعات بين المستثمرين، بفعل التغيرات التي تعاصر هذه العقود لكون هذه الأخيرة تستغرق وقتا طويلا في التنفيذ وبسبب الخصوصية التي تمتاز بها هذه العقود كونها تبرم مع الدولة والأشخاص الأجنبية.

ومن هنا يبرز الدور المهم والأساسي لمبدأ سلطان إرادة المتعاقدين الإستباقي من خلال إدراج شروط تعاقدية في عقد الاستثمار والتي تكون بمثابة شروط وقائية من المنازعات الناشئة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي ومن بين هذه الشروط التي ما وصل منها إلى درجة شروط تشريعية بعدما كانت شرطا تعاقديا وهي شروط الثبات التشريعي والتي بمقتضاها تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار باستمرار هذه العقود حتى في حالة تعديل هذا القانون وكذلك شرط إعادة التفاوض و التي تلتزم بها الدولة المتعهدة بإعادة التفاوض عند ظهور ظروف طارئة أو قوة قاهرة قد تخل بالتوازن العقدي.

وانطلاقا مما سبق، فستكون اشكاليتنا موسومة ب : ما هو الدور الأساسي الذي تلعبه الشروط التعاقدية المدرجة من قبل الأطراف في تجنب منازعات عقود الاستثمار ؟

للبحث في هذا الموضوع سنقسم دراستنا إلى مبحثين : المبحث الأول نتناول فيه شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وذلك من خلال مطلبين، المطلب الأول يتم التطرق فيه إلى دور شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار أما في المطلب الثاني فللأثر القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار. في المبحث الثاني سنتناول شروط إعادة التفاوض وذلك من خلال مطلبين، المطلب الأول ندرس فيه نطاق شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار بينما في المطلب الثاني سندرس النتائج المترتبة على إدراج شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار.

المبحث الأول : شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

إن التوازن في عقد الاستثمار يعتبر أمرا حاسما لتجنب المنازعات الاقتصادية ما بين المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار و بالرغم من أن مسالة حسم المنازعات في عقد الاستثمار لا تكون بالتأكيد أول ما يفكر فيه أطراف عقد الاستثمار عند إبرامهم للعقد،(1). إلا أن مبدأ الاستقرار في المعاملات الاقتصادية يفرض عليهم تضمين عقود الاستثمار بعض البنود التي تؤمن حل كل خلاف يقع أثناء تنفيذ هذه العقود بالاعتماد على قانون العقد بالدرجة الأولى بعيدا عن السلطة المطلقة للدولة المضيفة للاستثمار و كذلك بالالتزام بالنصوص القانونية السارية وقت إبرام العقد وهنا نكون أمام شرط الثبات التشريعي و الذي يعمل على تجميد العقد من الناحية الزمنية حتى لا يسري على العقد إلا القوانين التي كانت سارية وقت إبرام العقد، و على هذا الأساس فستكون دراستنا في هذا المبحث مقسمة إلى مطلبين الأول ندرس فيه دور شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار أما الثاني: الأثر القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار.

المطلب الأول :دور شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

يعتبر التشريع الأداة التي تعبر بها الدولة المضيفة للاستثمار عن سياستها الاستثمارية وإن استقرار أحكامه التشريعية يعتبر أساسا ثابتا لتوقعات المستثمر، وحماية له من التعديلات التي تطرأ عليه وتؤدي إلى عدم التوازن العقدي بين الطرفين مما يسبب ضررا للمستثمر، ولذلك يسعى هذا الأخير إلى إدراج شرط الثبات التشريعي في العقد للحيلولة دون خضوعه لأحكام قانونية جديدة تقرها التعديلات التي تطرأ على القانون الذي أبرم في ظله.(2)، وما تجدر الإشارة إليه هو أنه إذا كان الاستقرار التشريعي يخدم المستثمر في حصوله على الأمان القانوني لمشروعه، إلا أنه يسلب الدولة حقا سياديا معترفا لها به وهو تنظيم ما يجري على اقليمها من استثمارات بواسطة تشريع الأحكام التي تراها مناسبة لذلك.

و مما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتكلم في الفرع الأول عن المقصود بشروط الثبات التشريعي وفي الفرع الثاني أنواع شروط الثبات التشريعي.

الفرع الأول : المقصود بشروط الثبات التشريعي

تلعب إرادة المتعاقدين في إطار العقود الدولية وبالخصوص عقود الاستثمار الدولية، دورا هاما في إدراج جملة من الشروط التعاقدية، وهذا راجع إلى عدة أسباب تتنوع مع تنوع هذه الشروط ولعل من أبرز هذه الأسباب هو أن عقود الاستثمار هي من العقود التي تمتاز بطول المدة و على هذا الأساس سعى الطرف المتعاقد مع الدولة إلى تأمين نفسه من مخاطر التعديلات التشريعية و المشاكل التي تستجد خلال التنفيذ طويل المدة، وذلك من خلال شرط الثبات التشريعي الذي تعمل الأطراف المتعاقدة على إدراجه في عقود الاستثمار

أولا : التعريف بشروط الثبات التشريعي

يقصد بشروط الثبات الأداة القانونية التي تتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية،وطرف في العقد في نفس الوقت ذلك من خلال منعها من تغيير القواعد القانونية النافذة أي بمعنى أخر تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد وقت إبرامه .(3)

في هذه الحالة تتعهد الدولة المضيفة بعدم إصدار تشريعات جديدة قد تسري على العقد المبرم بينهاوالمستثمر الأجنبي على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالمستثمر الأجنبي.**(4)**

وعليه فان الاتفاق على إدراج مثل هذا الشرط كآلية في تجنب منازعات عقود الاستثمار يعتبر بمثابة تنازل الدولة المضيفة للمستثمر على سيادتها التشريعية و ذلك من خلال التعهد بعدم إصدار إي تشريعات جديدة التي من شانها تمس بالعقد.**(5)**

قد يرد شرط الثبات التشريعي بشكل مطلق ليمنع خضوع العقد بجميع بنوده إلى الأحكام التشريعية المقررة بموجب التعديل الوارد على القانون الذي أبرم العقد في ظله وقد يرد بشكل جزئي ليمنع خضوع بعض بنود العقد دون غيرها إلى أحكام تشريعية جديدة مثل تثبيت الضريبة المدفوعة للدولة.**(6)** .

ثانيا : شروط عدم المساس بالعقد

يختلف شرط عدم المساس بالعقد عن شرط الثبات التشريعي من الناحية النظرية، والمقصود بهذا الشرط تعهد الدولة المتعاقدة مع المستثمر بعدم إجراء أي تغييرات في العقد بإرادتها المنفردة، حيث أن هذا الشرط يشكل حصانة بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة في مواجهة ما تتمتع به هذه الأخيرة من صلاحيات تشريعية وسيادية، فالمستثمر الأجنبي يهدف من وراء وضع شرط عدم المساس بالعقد إلى الحيلولة بين الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بإرادتها المنفردة و من ثم حمايته من الأضرار التي تنجم عن هذا التعديل . (7)

تقوم الدولة المضيفة عند إبرامها لعقود الاستثمار بالتعهد دائما بعدم قيامها بأي إجراء قد يؤدي إلى إحداث إخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي ، ولذلك غالبا ما نجد العقد المبرم بين الدولة والمستثمر

متضمنا للشرطين معا، حيث أن شروط الثبات التشريعي و شروط عدم المساس بالعقد يعتبران شرطين أساسين للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة وذلك لما يضيفانه من القدرة على التوقع للمستقبل وفضلا عن ذلك توفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي.**(8)**

الفرع الثاني : التحول الوظيفي لشروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

تظهر شروط الثبات التشريعي التي يتم بمقتضاها تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرام هذا الأخير، في العقود التي تبرم بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية وخصوصا في عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية ،**(9)** وإذا كان التحليل الفني لتلك الشروط قد كشف في وقت سابق عن كونها شروطا تعاقدية قد تدرج كبند في العقد ما بين المستثمر والدولة وذلك للحفاظ على التوازن العقدي، إلا أنها اليوم لم تعد مجرد بنود تشريعية وإنما أصبحت ضمانة قانونية تدرجها العديد من الدول في قوانينها الخاصة بالاستثمار ويحتج بها المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار،وفي ضوء ما ذكرناه سنشير في هذا الفرع إلى تطور شروط الثبات التشريعي من شروط اتفاقية ترد في شكل بند في العقد إلى شروط تشريعية ترد في شكل نص قانوني في التشريع المنظم للاستثمار. **(10)**

أولا : الشروط التعاقدية أو الاتفاقية

إن الشروط الاتفاقية أو التعاقدية للثبات هي تلك التي ضمن بنود أو شروط عقد الاستثمار و تنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام واستبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها .

من أمثلة ذلك الشروط نذكر نص المادة 15من الاتفاق المبرم ما بين دولة الكاميرون وإحدى الشركات البحث عن البترول واستغلاله والذي جاء بأنه "" لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق "".**(11)**

و أيضا نص المادة 14 من العقد المبرم ما بين دولة التوجو وشركة مناجم Benin والذي قرر انه في حالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية توجو المستقلة فإن تلك الأخيرة تتعهد بأن تضمن بإستثناء خاص لصالح شركة المناجم الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية وحقوق المناجم المقابلة الممنوحة للشركة وهذا ما لم تتمسك تلك الأخيرة بالأحكام الجديدة.**(12)**

وكذلك ما جاء بأحد العقود المبرمة ما بين دولة تونس وإحدى الشركات الأمريكية البترولية على أنه يكون القانون الواجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي ويفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة والقانون التونسي في تاريخ الإنفاق الحالي.**(13)**

ثانيا : الشروط التشريعية

الشروط التشريعية للثبات هي نصوص قانونية ترد في صلب قانون الدولة المضيفة للاستثمار والتي ستدخل طرفا في العقد أوالاتفاق مع شخص أجنبي والتي بمقتضاها تتعهد الدولة المضيفة في مواجهة هذا الأخير بألا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق.**(14)**

وقد تبنى هذا النوع من وسائل التجميد الزمني لقانون العقد العديد من التشريعات و نذكر على سبيل المثال القانون الجزائري في نص المادة 15 من الأمر 03/01 العدل والمتم والمتضمن قانون الاستثمار والذي تنص على " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "**(15)**.والحصول على التعويض العادل في حالة ما إذا تمت مصادرة إدارية والتي يمكن أن تطبق إلا وفق الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به قد جاء في هذا السياق أيضا ما نص عليه قانون الاستثمار الأردني لسنة 2003 و الذي نص في فحوى المادة السادسة منه :على انه للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات الاستثمار و تعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون أن يختار مشروعه أيا مما يلي :

إما الاستمرار من الإعفاءات و المزايا التي تم منحها لمشروعه أو الاستفادة من الإعفاءات الجديدة فهو حر في ذلك.**(16)** وهو أيضا ما جاء به قانون البترول الليبي في 20 نوفمبر 1955 نص على عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره و كما أن التعديلات التي لحقت بالقانون بعد ذلك لا تمس بالامتيازات الممنوحة قبل العمل بها .

المطلب الثاني : الأثر القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

إن الهدف من وراء إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو ضمان تحقيق التوازن العقدي واستقرار التعاملات وتجنب إلحاق الضرر بالمستثمرين الأجانب، وذلك بمنع الدولة من استغلال سلطتها التشريعية في فرض قواعد تحقق مصالحها على حساب الحقوق الاقتصادية للمستثمرين الأجانب. وهذا ما يحقق نوعا من الأمان التشريعي الذي يعتبر ضمانا إضافيا لاستثمار الطرف الآخر الذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص في مواجهة الدولة بصفتها شخص عام وما تتمتع به من مزايا استثنائية.**(17)**

والواقع أنه يمكن رصد أو ملاحظة ثلاث آليات قانونية يتم إتباعها من قبل الأطراف في عقود الاستثمار لتحقيق هدف الثبات و هي كالأتي :

1- أن لا تسود في بنود العقد أي بنود صدرت لاحقا إما بتشريع أو تنظيم أو لائحة إدارية و يتحقق ذلك من خلال اشتراط أن يصبح العقد ملزما بحيث تصبح كل بنوده غير قابلة لأي تغيير جديد قد يطرأ.

2- ألا يتم أي تعديل على العقد بأي طريقة كانت إلا إذا كان هناك قبول من طرف الدولة والمستثمر الأجنبي على ذلك التغيير و يكون في صالح المستثمر الأجنبي .

3- أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة و المطبق وقت إبرام العقد وهو ما يعني استبعاد تطبيق أي قوانين أو لوائح مستقبلية تصدرها الدولة المضيفة للاستثمار.**(18)**

إن تثبيت النظام القانوني المطبق الذي يحكم العلاقة التعاقدية يحدث بفعل إعمال شروط الثبات والذي يعتبره البعض من الباحثين الطريقة القانونية الأكثر تأثيرا من أجل ضمان استقرار النظام القانوني الذي تعمله بنود عقد الاستثمار وفي نفس الوقت يمكن الأطراف المتعاقدة من تجنب المنازعات التي ستحدث في المستقبل نتيجة التعديلات الواردة على القانون الذي يحكم هذا العقد الذي يكون عرضة له لأنه من العقود طويلة المدة.**(19)**

وما تجدر الإشارة إليه هو أن وجود شروط الثبات لا يزود المستثمرين الحماية القانونية الكافية من مخاطر تعديل القانون الناظم لعقدهم، وأن هذه الشروط لا تمنع الدولة المضيفة من ممارسة سيادتها وإصدار أحكام تشريعية جديدة أو اتخاذ إجراءات قانونية لفائدة الصالح العام، وهو ما تبرهنه المنازعات القائمة نتيجة التأميم وفي هذا الصدد نذكر ما أقره المحكمون في قضية aminoil ""أن حالة التأميم لا تحظرها بالضرورة شروط الثبات التشريعي "**(20)**

وهكذا فقد أعتبر هذا الحكم الصادر في القضية أن التأميم الذي قامت به الحكومة الكويتية سنة 1977 يعتبر ممارسة شرعية من قبل الدولة رغم وجود شروط الثبات في عقد الامتياز المبرم ما بين الطرفين.

إن ما سبق ذكره لا يعني أن شروط الثبات التشريعي ليس لها دور فعال في مجال عقود الاستثمار، حيث أن فاعليتها تبرز من ناحية أنها تقوي مركز المستثمر عند عرض النزاع على هيئة التحكيم أو القضاء حيث يمكن لشرط الثبات التشريعي أن تكمن قوته القانونية في كونه بندا مدرجا من طرف الأطراف برضاهم وهو مالا يمكن معه بسهولة قبول تجاهله من أحد الأطراف وهو ما قد يجعله باعثا للوصول إلى الحلول القانونية والتسوية الودية.**(21)**

وفضلا على ذلك فان هناك بعض الشكوك حول فاعلية شرط الثبات التشريعي في تجنب المنازعات مما جعلها عرضة للعديد من الانتقادات و في هذا السياق ير الأستاذ Arechaga jimenez على أن التغيرات الاقتصادية الديناميكية على المستويين الوطني والدولي وقدسية العقد والتي تؤكد عليها وسائل كثيرة من بينها شروط الثبات كل هذا قد يصبح بدون فاعلية أمام التطورات العالمية.**(22)**

المبحث الثاني : شروط إعادة التفاوض

إن طول مدة الأعمال التي تحتويها عقود الاستثمار الدولية، وضخامة الأعمال المطلوبة فيها والقيام بها كعقود البترول وعقود المنشآت الهندسية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود بناء العمارات الكبيرة وغيرها من العقود، قد يجعلها عرضة لعدة تغيرات وظروف قد تخل بالتوازن المالي للعقد وهو ما قد يستتبع نزاعات ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ومن هنا تبرز الأهمية الكبيرة لشرط إعادة التفاوض الذي يدرجه الأطراف في عقود الاستثمار، والذي بمقتضاه يكون لزاما على الأطراف المتعاقدة إعادة التفاوض حول بنود عقدهم متى اختل توازنه نتيجة لظروف طارئة لم يكن لها وجود عند إبرامه.

وعلى ذلك ستكون دراستنا في هذا المبحث مقسمة إلى مطلبين، المطلب الأول يتمحور حول نطاق شرط إعادة التفاوض أما المطلب الثاني فيتضمن النتائج المترتبة عن إدراجه في العقود.

المطلب الأول :نطاق شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار

تتجلى مصلحة أطراف عقد الاستثمار في ضرورة حماية أنفسهم من التغيرات والظروف التي قد تؤثر على تنفيذ العقد أيا كانت طبيعتها وقد خلق الفن التعاقدي أكثر من شرط لمواجهة هذه التغيرات ، إلا إن شرط إعادة التفاوض يعتبر من الشروط الهامة التي يتم إدراجها من قبل الأطراف و يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تحدث متغيرات على العقد و تكون هذه المتغيرات مستقلة عن إرادتهم و توقعاتهم عند إبرامهم للعقد ، وعليه سنبحث في هذا المطلب عن المقصود بهذا الشرط الفرع الأول ومميزات شرط إعادة التفاوض في الفرع الثاني.

الفرع الأول : المقصود بشرط إعادة التفاوض

يقصد بشروط إعادة التفاوض تلك الشروط التي بمقتضاها يتعهد الأطراف في حالة تغير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى أجل خلق التوازن التعاقدي الجديد من ثم إعادة تكييف أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي قد فقد مبرراته التعاقدية.**(23)**

نستنتج من خلال هذا التعريف المبسط أن شروط إعادة التفاوض هي شروط اتفاقية،إذ أن مضمونها متوقف على ما يتفق عليه الأطراف و غالبا ما يتم تنظيم شروط إعادة التفاوض بشكل مفصل حيث يبين الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي تتم مراجعتها وبيان كل الحلول التي سيتخذونها في حالة وقوع نزاع قد يخل بالتوازن العقدي للعقد.**(24)**

تختلف شروط إعادة التفاوض باختلاف العقود والظروف الطارئة، أي أن مضمون هذه الشروط ليس مضمونا واحدا في العقود الدولية، بل يتخذ عدة صور متعددة تبعا لرغبات أطراف العقد وطبيعة الظروف المحيطة به، فقد يتفق الأطراف على أنه في حالة حدوث الضرر يلجئون إلى التفاوض وقد يشترطون وقوع ضرر جسيم وغير مألوف لتطبيق هذا الشرط.**(25)**

وقد يتم الاتفاق كذلك ما بين الأطراف على إجراء التفاوض بينهما في ضوء التفاهم وحسن النية وقد يتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى أشخاص متخصصين للإشراف على عملية التفاوض.**(26)**

الفرع الثاني : تطبيقات شرط إعادة التفاوض

لقد تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية الذي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية في إطار الأمم المتحدة على ضرورة مراجعة العقود والتفاوض بشأنها ،خاصة العقود الطويلة المدة منها عقود الاستثمار ونصت على "" أن العقود والاتفاقات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض من شأنها، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية وكما أن هذه العقود والاتفاقات لاسيما التي يتعين تنفيذها في إطار مدة طويلة و يجب أن تتضمن شروطا لإعادة التفاوض بشأنها وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها تغيرا جوهريا فانه يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف بحن النية ،ويجب التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة الاتفاقات أو إعادة المفاوضة.**(27)**

وكما نصت كذلك على هذا الشرط في حالة تغير الظروف المبادئ القانونية المتعلقة بعقود التجارة الدولية والتي أقرها معهد روما لتوحيد القانون الخاص سنة 1994 فقد ورد في الفقرة 3 من نص المادة 2 على "" أنه في حالة شرط الصعوبة أي تغير الظروف يجوز للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب عليه أن يقدم الطلب دون تأخير وعلى أين يكون الطلب مسببا.**(28)**

ونجد كذلك تجسيدا لهذا المبدأ في الاتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الاستكشاف والمشاركة في الإنتاج لعام ،1994 وذلك من خلال ما نصت عليه المادة 34 تحت عنوان توازن الاتفاقية ،التي جاء فيها "" حيث أن الموقف أو الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الإتفاقية على القوانين واللوائح السائدة وقت التوقيع ، فإنه يتم الإتفاق على أنه إذا ما صدر قانون أو لائحة تؤثر على الأثر للمستثمر خاصة إذا زاد معدل الجمارك ، فإنه يلتزم على الطرفين الدخول في التفاوض بهدف الوصول إلى موقف يحفظ التوازن الإقتصادي في الاتفاقية... "**(29)**

وفي نفس السياق، تضع مبادئ القانون الأوروبي خاصة الفصل 111 منها إلتزاما بالتفاوض بغاية ملائمة العقد أو إنهاءه كلما أصبح تنفيذ هذا الأخير أكثر صعوبة وإرهاقا لأحد الطرفين نتيجة تغير الظروف .

ونجد كذلك قضاء التحكيم الدولي يميل إلى تكريس مراجعة العقد نتيجة تغير الظروف الطارئة على العقد كأحد الأسس الضرورية والملحة في مجال عقود الاستثمار وفي هذا الإطار اعتبرت هيئة التحكيم الدولية في قضية رقم 2291 بتاريخ 1970 أن تعديل العقد لتغير الظروف يندرج ضمن قانون التجارة الدولية والعقود الاستثمارية الذي يقتضي بتوازن الأداءات على المستوى العقدي.**(30)**

وفي هذا الصدد كذلك ورد في قرار صادر عن هيئة التحكيم في القضية رقم 5617 سنة 1989 مايلي "" إختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير الى ظروف مختلفة منها التغيرات الجوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في تنفيذ العقد، يحول دون طلب إعادة التفاوض لمجرد تغير الظروف بصورة لم تتجاوز الحد المعقول.**(31)**

وكذلك في اتفاقية الاستثمار المنعقدة ما بين وكالة الاستثمار الجزائرية من جهة و الشركة الوطنية الكويتية للاتصالات من جهة فان الاتفاقية نصت في البند الخاص بتسوية منازعات الاستثمار وذلك في نص المادة 13 على ما يلي يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية المنازعات دون إستثناء ،التي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بالإتفاقية الحالية وذلك بكل روح موضوعية و ودية ....."**(32)**

المطلب الثاني : النتائج المترتبة على إدراج شرط إعادة التفاوض إن الغاية من إدراج شرط إعادة التفاوض من قبل الأطراف هو المحافظة على التوازن العقدي في العقود الدولية وبالأخص عقود الاستثمار، إلا أنه قد يثير جملة من المشكلات القانونية يتوقف حل معظمها بالاتفاق عليه مسبقا ، فلا يكفي الإشارة لهذا الشرط بشكل عام مما قد يثير اللبس والغموض وبالتالي يصعب الوصول إلى الغاية التي يتوخاها الأطراف من إدراجه،**(33)** لذلك نجد العديد من فقهاء القانون وخاصة فقهاء التجارة الدولية يركزون على الصياغة الدقيقة والواضحة لهذا الشرط ،فلذا سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين ،الفرع الأول ندرس فيه الإشكالات القانونية لشرط التفاوض أما الفرع الثاني الجزاءات المترتبة على الإخلال بهذا الشرط.**(34)**

الفرع الأول : الإشكالات القانونية لعملية شرط التفاوض

إن الغاية من إدراج شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار بشكل رئيسي هي المحافظة على التوازن العقدي في العقد، حيث يسمح للأطراف عندما تتغير الظروف بمراجعة العقد، ولذلك فإن لوجود مثل هذا الشرط ميزتين : الأولى أنه تسمح للأطراف بشكل مرن التفاوض لإيجاد الحل الأنسب للمنازعة القائمة بسبب تغير الظروف، أما الثانية فهي إعطاؤه للعقد فرصة الاستمرار والبقاء على أحكامه السابقة.**(35)**

حتى يمكن للشرط محل الدراسة أن يحقق الغاية من إدراجه فإنه يفرض التزاما على الأطراف بإعادة التفاوض ،أي أن الإلتزام الأول الذي يفرضه الشرط عند حدوث التغيرات الجوهرية في الظروف التي تم عليها التعاقد أول مرة هو إعادة

التفاوض حول بنود العقد، بمعنى أن هذا الشرط لا يعطي حلولا مباشرة للنزاع بشكل مباشر و هو ما يحدث مشكلات قانونية، هذه الأخيرة قد ترجع إلى الآتي ذكره:

أ: وجود شروط في العقد تتعلق بمسألة إعادة التفاوض ووجود إجراءات قانونية جديدة قد تؤثر سلبا على مصالح الطرف الخاص و مكاسبه الاقتصادية .

ب : عدم الإكتفاء بالوصول إلى الحلول القانونية المتكافئة من أجل إرجاع التوازن الاقتصادي للعقدوإنما السعي لضمان أن يحصل الطرف المتعاقد على النتائج المتوقعة من التعاقد .

إن المشكلات السابقة الذكر المتولدة عن فشل الأطراف في الإتفاق على مراجعة بنود العقد في حالة ظهور صعوبات ناجمة عن تغيرات الظروف السائدة، يمكن تجنبها بإتباع الآتي:

1- ينبغي على الأطراف تحديد الإلتزامات تحديدا دقيقا مثلما أشرنا إليه سابقا.

2- يمكن للأطراف ترك الشرط مفتوحا ،سواء ما إذا كان الهدف منه إعادة التوازن الأصلي للعقد وتعويض الضرر للطرف المتضرر أو ما إذا كانت هناك ضرورة لأخذ المصلحة العامة ومثال ذلك ما تقوم به الدولة من تأميم للاستثمارات لفائدة المصلحة العامة كهدف أساسي.

إن اختلاف الأطراف على الشروط الخاصة بإعادة التفاوض يؤدي إلى ظهور نزاع قد تتم إحالته على التحكيم وذلك طبقا للشرط المتصل بالعقد الذي يحدد كيفة حل النزاعات الناجمة عنه،وفي حالة إحالة النزاع المتعلق بإعادة التفاوض إلى التحكيم، فانه يتعين على المحكم أن يحدد ما إذا كانت الأفعال أو الإجراءات التي قام بها الأطراف تستوفي الشروط المحددة في الفترة المدرجة في الاتفاقية من أجل إعادة التفاوض أم لا.**(36)**

الفرع الثاني : جزاءات مخالفة واجب إعادة التفاوض

يؤدي إختلال التوازن المالي للعقد إلى تحمل أحد المتعاقدين ضررا كبيرا،وقد يحجم أحد الأطراف المتعاقدة عن الدخول في المفاوضة دون مبرر مقبول، وقد تترتب في مثل هذه الحالة جزاءات، حيث أنه وعلى الرغم من الوصف التعاقدي لشرط إعادة التفاوض، فقد يحصل أن يتفق الأطراف على جزاء معين يمكن أن ينطبق في هذه الحالة لأن ضرورات عقود الإستثمار تتيح حلولا معينة، وهي إما أن تتمثل في إستمرار سريان العقد الأصلي، أو قيام أحد الأطراف بفسخ العقد بإرادته المنفردة، أو يتم اللجوء الى الغير ليقرر ما إذا كان الحدث الذي وقع تتوافر فيه خصائص شرط إعادة التفاوض أم لا ، وهذا الغير تتحدد مهمته وسلطته وقوة قراراته الصادرة منه بإتفاق الأطراف، و قد يكون هذا الغير خبيرا أو محكما، واللجوء إلى التحكيم هو أنسب الطرق، وفي هذه الحالة يمكن أن يكون جزاء هيئة التحكيم أن تأمر الطرف المتعاقد بالتنفيذ الجبري للإلتزام أو أن تأمره بدفع تعويضات جراء الإخلال بالتزامه ورفضه الدخول في عملية التفاوض.**(37)**

خاتمة : خلصت هذه الدراسة لمجموعة من النتائج نجملها على النحو التالي :

1- تبرز إرادة المتعاقدين أهمية كبيرة في تجنب العديد من المنازعات، من خلال إدراج شروط في عقود الاستثمار، كما تعد هذه الشروط ضمانة قانونية بالنسبة للمستثمر الأجنبي .

2- تعتبر شروط الثبات التشريعي وسيلة مهمة لتجنب المنازعات التي قد تنشأ ما بين الدولة و المستثمر الأجنبي كونها تحمي المستثمرين الأجانب من التعديلات التشريعية التي من شأنها أن تحدث تفاوت في التوازن العقدي .

3- تعتبر شروط الثبات التشريعي شروطا شرعية ويمكن لها أن تتمثل أساسا مهما في التفاوض أو المساومة. والواقع العملي يقر إدراجها في مختلف عقود الاستثمار و ذلك من أجل تجنب العديد من المنازعات التي قد تنشأ ما بين الدولة و المستثمر الأجنبي، ويكون لإرادة الأطراف الدور الأساسي في إدراج هذه شروط على الوجه المعمول به في عقود الاستثمار .

4- تشير القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم إلى أن استخدام شرط الثبات في عقود الاستثمار الدولية لا يقيد سلطة الدولة في فرض سيادتها على المشروع التجاري أو إخضاع هذا المشروع إلى تعديلات تشريعية لاحقة، كما لا يلغي حقها في تأميم النشاط التجاري أو البترولي، حيث يبقي للدول حق التمتع بالسيادة على المشروع الاستثماري القائم على اقليمها الوطني.

5- يؤدي شرط إعادة التفاوض في ظل الطبيعة القانونية الخاصة لعقود الاستثمار دورا هاما في تجنب العديد من المنازعات المحتملة وذلك من خلال إحداث ثبات في العقد عندما يختل هذا الأخير نتيجة ظروف مستجدة لم تكن وقت إبرام العقد.

الهوامش:

01- حفيظة السيد الحداد ، عقود الدولة و الأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 ص ، 159 .

02- محمد عامر شنجار ، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار(دراسة قانونية مقارنة) ، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، العراق ، المجلد 18 ، 2016 ، ص 45 .

03- محمود فياض ، شروط الثبات التشريعي حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة(بين فرضيات و إشكاليات التطبيق) بحث منشور في كلية القانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون ، 2013/05/20 ص 606 .

04- فيصل عليان إلياس الشديفات ، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة دمشق 2010 ، ص 331 و 332 .

05- غسان عبيدي محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث مقدم في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، جامعة كربلاء ، 2009 ،ص 191 .

06- عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، السابق ، ص 228 .

07- باسم عطوان قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2007 ف الميزان ، مقال منشور في مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء ، العدد الثاني ، 2013 ص 25 و 26 .

08- حفيظة السيدة الحداد ، المرجع السابق ، ص 324 .

09- N.DAVID,LES CLAUSES Des stabilité dans les contrats pétroliers ,qustions dun praticien , clunet 1986 , p 79

10- عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 307 .

11- بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، ط 2 ، منشورات زين الحلبية ، لبنان ، 2011 ،ص 201 .

12- سراج حسين أبو زيد ،ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 137 و 138

13- عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ،ط 2 ، دار هومة و النشر ، الجزائر ، 2014 ، ص 217.

14- انظر نص المادة 15 من الأمر 03/01 المعدل و المتمم

15- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 291

16- عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد11، 2011، ص59.

17- أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق 222 .

18- p.Bernardini,stabilization and adapatation in iol gas investments (2008) 1/1 journal of world enrgery law Business p 99 .

19- بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 299 .

20- أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية ، مقال في المجلة المصرية للقانون الدولي ، مصر 1987 ، ص 77 و 78 .

21- طه أحمد على قاسم ،تسوية المنازعات الإقتصادية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ص 77 .

22- بشار محمد الأسعد ، عقو الاستثمار في العلاقات الخاصة ، المرجع السابق ،ص 303

23- لما كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي ، وفقا لأحكام المركز الدولي منازعات الإستثمار في واشنطن ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، 2008 ، ص 85 .

24- أسيل باقر جاسم ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية) بحيث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية ، المجلد 3 ، سنة 2011 ، ص 118 .

25- أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ، ص 64 .

26- UNTCT

27- بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 304 .

28- علاء الدين محي الدين مصطفى أبو أحمد ، في منازعات العقود الإدارية الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2012 ، ص 248 .

29- عبد الرحمان السلماني ، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، مقال منشور في مجلة القانون المغربي ، العدد 16 السنة ، 2010 .

30- طارق فؤاد رياض ، التحكيم في عقود البترول ، بحث مقدم في الدورة المنعقدة في تكوين المحكمين نظمت في المركز التحكيمي عين شمس القاهرة ف 24 مارس سنة 2004 ،ص 186 .

31-أنظر الإتفاقية المبرمة ما بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار و المؤسسة الوطنية الكويتية للإتصالات ، الجريدة الرسمية العدد 7 ، 28 يناير سنة 2007 .

32- خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2014 ، ص 123.

33- شريف محمد غنام ،اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 80 .

34- عمر صقر ، التفاوض التجاري الدولي ، مكتبة عين شمس ، ط1 ، مصر ، 1997 ، ص 135 .

35- عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الإستثمار في الدول العربية ، دراسة قانونية مقارنة ، 2008 ، ص 85 .

36- المكي محمود مصطفى ، التحكيم في منازعات البترول و الطاقة و تطبيقاته في السودان ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، معهد بحوث و دراسات العالم الإسلامي ، 2014 ، ص 127 و 128 .

37- Bernardini : the renegotiaition of the Investment contracts , ICSID Rev -F.I.L.J. Vol 13 NO2, 1998, p 423 .