دور أطراف عقد الاستثمار الدولي في إعادة توازنه المالي

The role of the parties to the international investment contract in restoring its financial balance

تاريخ الاستلام : 2023/01/02 ؛ تاريخ القبول : 2023/04/09

* بوطبالة معمر

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة (01)، الجزائر.

ملخص

تستهدف هذه الدراسة بيان الدور الذي تؤديه مختلف الأدوات الاتفاقية المتاحة لأطراف عقود الاستثمار الدولية ذات الآجال الممتدة في إعادة توازنها المالي المفقود، بحكم أنها تنفذ على فترات زمنية متعاقبة، مما يعرضها في الغالب الأعم لظروف استثنائية غير متوقعة تجعل من تنفيذ الالتزام أمراً ممكنا، لكنه يتسم بالصعوبة والمشقة في التنفيذ، مما يعرض المدين إلى خسارة فادحة، مما يستوجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حفاظا على ديمومة واستقرار الروابط العقدية وتكريسا لمبدأ العدالة العقدية المهيمن على معاملات التجارة الدولية العابرة للحدود.

الكلمات المفتاحية: توازن مالي ؛ حرية تعاقد ؛ عدالة عقدية ؛ إعادة تفاوض ؛ تحكيم.

Abstract

This study aims to show the role played by the various agreement tools available to the parties to international investment contracts with extended terms in restoring their lost financial balance because they are implemented over successive periods, which in most cases exposes them to exceptional and unexpected circumstances that implement the commitment possible, but it is characterized by difficulty and hardship, in implementation, which tells the debtor to a heavy loss, which necessitates returning the burdensome obligation to a reasonable extent to preserve the sustainability and stability of contractual ties and to establish the principle of contractual justice that dominates international cross-border trade transactions.

.**Keywords:** Financial Balance ; Freedom of Contract ; Contractual Justice ; Re-negotiation ; Judging.

Résumé

Cette étude vise à montrer le rôle joué par les différents outils conventionnels dont disposent les parties aux contrats internationaux d'investissement à durées étendues dans le rétablissement de leur équilibre financier perdu car mis en œuvre sur des périodes successives, ce qui les expose le plus souvent à des circonstances exceptionnelles et imprévues qui mettre en œuvre l'engagement possible, mais il se caractérise par une difficulté et une pénibilité, dans la mise en œuvre, qui fait subir au débiteur une lourde perte, qui nécessite de restituer l'obligation onéreuse dans une mesure raisonnable pour préserver la pérennité et la stabilité des liens contractuels et asseoir le principe de la justice contractuelle qui domine les transactions commerciales internationales transfrontalières.

Mots clés: Équilibre Financier ; Liberté Contractuelle ; Justice Contractuelle ; Renégociation ; Jugement.

* Corresponding author, e-mail: boutabala.mammar.2019@gmail.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2023.

1- مقدمة:

تتسم عقود الاستثمار الدولية بمختلف أنواعها ومسمياتها، والتي تستتبع انتقالاً للأموال والقيم والخدمات، عبر فضاء دولي مفتوح يفرض تنافسية شديدة و أحياناً عنيفة، بطول آجال تنفيذها بحكم قيمتها المالية الكبيرة وضخامة المشروعات التي تنصب عليها مما يؤدي إلى إحداث تغيرات في الشروط الموضوعية التي أبرم العقد في ظلها، ويرتب هذا الوضع بالضرورة انقلابا في التوازن العقدي، حيث يصبح تنفيذ الالتزام ممكناً، لكنه يتسم بالمشقة والصعوبة مما يعرض المدين إلى خسارة فادحة، قد تؤدي إلى تهديد الوجود العقدي بكامله، الأمر الذي يدفع الأطراف إلى البحث عن مختلف الوسائل والأدوات لإيجاد الحلول المناسبة للظرف المستجد والتي تستجيب للأهداف المشروعة لأطراف العقد.

وإذا كانت معظم التشريعات الداخلية تعتمد مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث يفرض على أطرافه تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات، إلا أنها بالمقابل تعترف للقاضي المعروض أمامه النزاع برد الالتزام المرهق نتيجة القوة القاهرة، أو الحدث الطارئ إلى الحد المعقول، وفي حدود معينة من أجل إعادة التوازن المالي للعقد.

وإذا كانت هذه الإمكانية متاحة للقاضي الوطني لمعالجة مشكلة الاختلال في التوازن المالي للعقود الداخلية التي لا تتعرض لتغيرات شديدة أو عنيفة، كما هو عليه الحال في عقود الاستثمار الدولية، فإن هذه الإمكانية غير متاحه على مستوى هذا النوع من العقود، التي غالبا ما يفضل أطرافها تجنب عرض المنازعات المثارة بشأنها أمام القضاء الداخلي، بحكم العوائق والمسالك الإجرائية الطويلة والمعقدة التي تتسم بها، والتي لا تتناسب مع معطيات وخصوصيات المنازعات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد من جانب طابعها الفني المعقد، الذي يتطلب خبرة وتخصصاً، أو من جانب المرونة والسرعة التي تتطلبها لتسويتها وفقا لمبادئ العدالة العقدية، وعلى ذلك فقد أفرز واقع المعاملات التجارية والصناعية الدولية، وتأسيسا على مبدأ حرية التعاقد، العديد من الأدوات الاتفاقية التي يسعى من خلالها الأطراف إلى إعادة التوازن المالي للعقد، حيث يقومون في الغالب الأعم بتضمين عقدهم شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن إدخال بعض التعديلات وفقا للظروف المستجدة من أجل التوصل إلى اتفاق من شأنه إعادة التوازن المالي للعقد، غير أن الأطراف في سعيهم نحو هذه الغاية قد لا يصلون إلى اتفاق بشأن ذلك بحكم تضارب وتعارض مصالح الأطراف، مما يدفع في النهاية إلى ضرورة عرض النزاع على الهيئات التحكيمية كحل شائع ومألوف ومطمئن لدى أطراف النزاع بالنظر إلى طبيعة الاتفاقية.

وعلى ذلك تبدو أهمية الحلول الاتفاقية التي تصنَعُها إرادة الأطراف في واقع المنازعات المتعلقة بمشكلة إعادة التوازن المالي لعقود الاستثمار الدولية ذات

الآجل الممتدة التنفيذ وفي ظل غياب التنظيم القانوني لتسوية هذه المشكلة، الأمر الذي يفرض طرح تساؤلات جوهرية حول: هل إن إعمال الإرادة الحرة للأطراف وما ترتبه من مرونة ويسر كافٍ ذاتيا لإعادة التوازن المالي للعقد؟ أم أن الواقع يفرض فضلا عن ذلك تنظيما قانونيا ودرجة أكبر من الإلزام؟

كما إن إعادة التوازن المالي لعقود الاستثمار الدولية، وبحكم طبيعتها الفنية المعقدة والظروف المتسارعة، تفرض طرح تساؤلات أخرى حول ما مداه وحدوده بحيث لا يرتب هذا التعديل إبرام عقد جديد، بل يضمن فقط استمرارية العلاقة العقدية؟

إن بحث مختلف الجوانب التي يثيرها موضوع دور الأطراف في إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي، وفي غياب الحلول القانونية بالنظر إلى خصوصية مشكلة إعادة التوازن المالي، دفع إلى اعتماد منهج الاستنباط لاستخلاص الحلول من المبادئ العامة، فضلا عن منهج التحليل للتدقيق في مختلف النصوص القانونية والسوابق التحكيمية ذات الصلة وذلك تبعا للخطة التالية:

المطلب الأول: دور شرط المراجعة وإعادة التفاوض

المطلب الثاني: دور الاتفاق على شرط اللجوء إلى التحكيم

2. دور شرط المراجعة وإعادة التفاوض

تفرض عقود الاستثمار الدولية ذات القيمة المالية الكبيرة، والمؤثرة على اقتصاديات الدول، كعقود إنشاء البنى التحتية والمنشآت القاعدية، وعقود التعاون الصناعي ونقل التكنولوجيا، وعقود التنقيب عن البترول... دخول أطرافها في مرحلة تمهيدية أو تحضيرية، يتم خلالها تبادل الآراء والاقتراحات والعروض المضادة فضلا عن القيام بالعديد من العمليات القانونية المتميزة والمرتبطة في نفس الوقت كإعداد خطط المشروع، والبحث عن وسائل تمويلية، والتأمين على عناصره ... وذلك من أجل التوصل إلى بلورة شروط العقد النهائي تمهيداً لإبرامه في المستقبل.

وتحرص الأطراف دائما على توفير المناخ الملائم الذي يبرم العقد في نطاقه على أساس الالتزام بحسن النية وشرف التعامل والبعد عن كل مظاهر الغش وسوء النية، حتى ينشأ العقد متوازناً في الحقوق والالتزامات، ولا تثار المنازعات بشأنه مستقبلا لاسيما في مرحلة تنفيذه.

غير أن واقع عقود الاستثمار الدولية يدل على أن العقود ذات الآجال الممتدة غالبا ما تتعرض إلى أحداث ومتغيرات غير متوقعة من شأنها قلب التوازن المالي للعقد، ليصبح تنفيذ العقد أمراً ممكناً، لكنه يتسم بالكثير من المشقة والعسر، بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة.

ومن أجل مواجهة هذه الأوضاع المستجدة والتي تؤدي بالضرورة إلى تغيير الشروط الموضوعية التي أبرم العقد في ظلها، تحرص أطراف العقد على تضمينه شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن شروط العقد كأداة اتفاقية لإعادة توازنه المالي المفقود.

وعلى ذلك سيتم التطرق إلى دور شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن شروط العقد من خلال إبراز مضمونه وآثاره على العقد نفسه، وذلك على النحو التالي:

1.2 . مضمون شرط المراجعة وإعادة التفاوض

يدل واقع إبرام عقود الاستثمار الدولية على أن أطرافها غالباً ما يعتمدون شرط المراجعة وإعادة التفاوض كحل استباقي بشأن منازعات عقودهم الممتدة الآجال، والتي قد تواجه عوائق أو صعوبات في التنفيذ، ويرد هذا الشرط تحت مسميات مختلفة مثل الظرف الطارئ hand ship أو شرط المراجعة clause de revision أو شرط العدالة والإنصاف clause déquité وتستخدم هذه المصطلحات للدلالة على حالة المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد[1].

إن استخدام شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن شروط العقد من أجل إعادة توازنه المالي أصبح شرطاً شائعاً ومألوفاً لدى مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، بالنظر إلى المخاطر الكبيرة التي تحدق بالعقد، الأمر الذي دفع بجانب من الفقه إلى اعتباره قاعدة من قواعد التجارة الدولية. lex mercatoria : والتي تقضي بوجوده رغم عدم وروده في العقد.

في واقع الأمر فإن شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن العقد يتسم بالمرونة المطلوبة التي تستجيب لخصوصيه العقود التجارية الدولية الممتدة الآجال، كما يستجيب لتطلعات وأهداف الأطراف المشروعة، فهو يمنح مكنة للدول في ظل عقود الاستثمار المتعلقة بالتنمية الاقتصادية في إدخال التعديلات الضرورية على تشريعاتها، واتخاذ ما تراه من تدابير وإجراءات لحماية مصالحها، ثم العودة مرة أخرى إلى طاولة المفاوضات للتفاوض والمراجعة بشأن التدابير المتخذة، كما يعد شرط المراجعة وإعادة التفاوض ضمانة لحماية المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة، ويشكل في نفس الوقت عنصر ثقة وأمان في اتخاذ قرار الاستثمار[2].

إن شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن بنود العقد وبالنظر إلى طابعة الرضائي، لا يستند في وجوده إلى قانون محدد، الأمر الذي يفرض على أطرافه ومن أجل التأمين الجيد لأعماله، بيان الأحداث التي قد تؤثر على العقد من حيث طبيعتها، هل هي أحداث دولية أم وطنية؟ وهل هي من طبيعة سياسية أو اقتصادية أو وبائية... لا قِبَلَ لأطراف العقد بدفعها؟ وبيان أيضا درجة الاختلال في التوازن العقدي، ومصير العقد أثناء فترة التفاوض والمراجعة، وفيما إذا كان الأطراف سيستمرون في تنفيذه أم أنهم يعلقون تنفيذه في انتظار النتائج المتمخضة عن التفاوض مع تحديد، وعلى درجة من الدقة والوضوح، مصير العقد في حالة فشل المفاوضات، والحل الواجب الاتباع عند نشوب النزاع، أو تباين وجهات النظر حول تحقق الشرط من عدمه[3].

إن واقع مجتمع رجال الأعمال والتجار العابر للحدود يدل على تعدد وتنوع صيغ شرط المراجعة وإعادة التفاوض، وذلك بحسب تباين واختلاف معايير ممارسة الأعمال من قطاع تجاري إلى آخر، أو حتى داخل القطاع التجاري الواحد، تبعاً لظروف البيئة التي تعمل في نطاقها المشروعات دولية النشاط وحجمها ومهاراتها الفنية، فضلا عن الأحداث المتسارعة التي يفرزها واقع العولمة.

ففي مجال المعاملات المالية والقروض، فقد يتخذ شرط المراجعة وإعادة التفاوض الصور التالية "أن الاتفاق الحالي للعقد تم إجراؤه على أساس معطيات قانونية ومالية سارية حالياً، غير أنه في حالة تدخل القانون أو اللوائح في تفسير جديد للنصوص المطبقة، بحيث يرتب ذلك تعديل المصطلحات المالية الموجودة في الاتفاق أو يؤمم المؤسسة، فإن المقترض سوف يعلم المقرض بالحدث ويتفاوض الأطراف في الأشهر الثلاثة التالية لهذا الإعلان لتعديل الاتفاق الحالي"[4].

ومن شرط المراجعة وإعادة التفاوض في مجال عقود البيع الدولي للبضائع الشرط الذي يقضي بأن: «فحوى الاتفاق يقتضي الحفاظ دائما على التوازن المالي لالتزامات المتعاقدين، وعلى ذلك فمن الملائم وفي ضوء وقوع أحداث على درجة كبيرة من الأهمية تؤثر بشكل ملحوظ على توازن العقد، أن يلجأ الأطراف إلى التفاوض لإعادة التوازن إلى التزاماتهم»[5].

ومن أهم التطبيقات القضائية التي تبرز دور أطراف العقد في إعمال شرط المراجعة وإعادة التفاوض كأداة لإعادة التوازن المالي للعقد ما قضت به محكمة استئناف باريس في حكم لها تتلخص وقائعه في أن نزاعا ثار حول عقد توريد كمية من المازوت بين الشركة الفرنسية EDF والشركة الفرنسية Shelle بشأن تعديل ثمن الطن في حالة ارتفاع الأسعار أو انخفاضها عند حد 6 فرنك. عن طريق إعادة التفاوض بالنظر إلى السعر المتفق عليه في العقد.

وعقب حرب أكتوبر 1973 بين العرب وإسرائيل ارتفعت أسعار البترول، وكان لابد أن يتم التفاوض حول تعديل السعر وفقاً لبنود العقد، وهذا ما حدث بالفعل، غير أن المفاوضات لم تنجح، وثم عرض النّزاع على القضاء حتى وصل الأمر إلى محكمة استئناف باريس، حيث خلصت هذه الأخيرة إلى أن الشرط الذي يلزم الأطراف بالمراجعة وإعادة التفاوض عند ارتفاع الأسعار أو انخفاضها، يدل وبكل وضوح، على انصراف نية الأطراف إلى إعادة التفاوض عند حدوث ظروف مستحدثة كمحاولة للوصول إلى اتفاق من شأنه أن يؤدي إلى تعديل العقد وفقاً للوضع الجديد، وأن التفاوض يجرى تحت رقابة خبير جدير بأن يقدم للأطراف المساعدة اللّازمة من أجل التوصل إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، على أن يكون للمحكمة في حالة فشل التفاوض أن تقضي على أساس نتائج المفاوضات والحلول المقترحة سواء بإبطال العقد أو بفرض تعديلٍ له[6].

صفوة القول إن شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن العقد الذي أصابه اختلال في توازنه المالي هو شرط إرادي يسعى الأطراف من خلاله إلى حماية مصالحهم من تقلبات الظروف المحيطة بتنفيذ عقودهم، ويختلف مضمونه بحسب طبيعة العقد والمحل الذي يرد عليه، وتبعاً أيضاً للأحداث والظروف التي تواجه أطراف العقد، كما قد يتفق الأطراف على مراجعة العقد بمجرد حصول الضرر، وقد يعلقون التفاوض على درجة وجسامة الضرر، ويتم التفاوض والمراجعة وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل، كما قد يلجأ الأطراف إلى تعيين مختص أو خبير جدير بتقديم المساعدة اللّازمة من أجل التوصل إلى الحلول الملائمة لإعادة التوازن المالي للعقد.

2 .2 آثار إعمال شرط المراجعة وإعادة التفاوض

إن شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن بنود العقد، هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية أو نتيجة فهو يلزم أطراف العقد ببذل كل المساعي والجهود عن طريق البدء في التفاوض والاستمرارية فيه وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل، فإعادة التفاوض قد تحقق غايته، وهي الوصول إلى اتفاق، وقد تفشل عملية التفاوض، وتصل إلى طريق مسدود، وعلى ذلك يمكن التمييز في شأن آثار إعمال شرط المراجعة وإعادة التفاوض بين حالة نجاح المفاوضات وحالة فشل المفاوضات.

ففي حالة نجاح المفاوضات وتوصل الأطراف إلى حسم مشكلة اختلال التوازن المالي في العقد، فإن ذلك بدون شك يرتب آثاراً على العقد ذاته، فقد يؤدي إلى إحداث تغيرات جوهرية على التزامات الأطراف، وقد تكون التغيرات أو التعديلات غير جوهرية.

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين كون التعديلات التي مست العقد جوهرية أو غير جوهرية[7].

فإذا تعلقت التعديلات بالتزامات غير جوهرية كحالة الاتفاق على تعديل مدة التنفيذ، أو زيادة طفيفة في السعر، أو بتغيير مكان التسليم، أو تغيير العملة التي يتم بها الوفاء من قبل المدين لاستحالة التنفيذ بالعملة المتفق عليها، ففي جميع الحالات السابقة يكون التعديل غير جوهري، وبالتالي تكون بصدد تعديل وليس تجديد العقد

أما إذا تعلقت التعديلات بمسائل جوهرية كالتغيير الوارد على شخص المدين أو الدائن، أو على مصدر الالتزام كتغيير طبيعة العقد من عقد قرض إلى عقد إيجار، ففي مثل هذه الحالات فإن الأمر يتعلق بتجديد العقد، وليس بمجرد تعديله.

وفي هذا السياق ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها على أنه (يمكن القول بوجود تجديد في القرض الذي يكون فيه التغيير عنصراً مؤثراً على تبادل الرضا بين الأطراف، وليس التغيير الذي طرأ على تنفيذ الالتزام)[8].

أما في حالة فشل المفاوضات بشأن إعادة التوازن المالي للعقد بسبب عدم التزام أحد الأطراف بالبدء في التفاوض والاستمرار فيه، أو عدم مراعاته لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل أو بسبب عدم توصل الأطراف إلى اتفاق حول المسائل المعروضة على طاولة المفاوضات، فإن أطراف العقد، واعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة، بإمكانهم الاتفاق على تنظيم حالة فشل المفاوضات عن طريق إيجاد الحلول المناسبة لها.

فواقع عقود الاستثمار الدولية يدل على حصول الكثير من الاتفاقات التي تنظم حالة فشل المفاوضات حرصاً من الأطراف على استمرارية العقد مهما كانت العوائق والعقبات التي قد تعترض أو اعترضت بالفعل طريقه.

فقد يتفق الأطراف مثلاً على أنه «لو أدت حالة القوة القاهرة إلى تأخير في التسليم أكثر من ثمانية أشهر، فإن الطرفين ملزمان بأن يتفقا في مدة شهر على مدة جديدة للتسليم، وإذا لم يصلا في نهاية المدة يستطيع المشتري فسخ الجزء من العقد الذي تأخر تسليمه»[9]، وكذلك الشرط الذي يقضي بأنه «في حالة استمرار القوة القاهرة أكثر من ستة أشهر تسري من تاريخ الإعلان السابق يجتمع الأطراف من أجل التوصل إلى اتفاق في مدة لا تتجاوز شهراً، فإذا تحقق ذلك خلال هذه المدة فمن حق المشتري فسخ العقد جزئيا أو كليا»[10].

كما قد يتفق الأطراف على إعطاء الحق لكل منهم في فسخ العقد في حالة عدم التوصل إلى اتفاق، كالشرط الذي يقضي بأنه «... إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق خلال ثلاثين يوما تحسب من يوم تقديم طلب إعادة التعديل فلكل طرف الحق في فسخ العقد دون تعويض، بشرط إخطار الطرف الآخر بهذا الفسخ ...» وكذلك الشرط الذي يقضي بأنه «إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق في مدة معقولة، فلكل واحد منها أن يفسخ العقد، أو يفسخ الجزء الذي لم ينفذ بعد ...»[11].

إن أطراف عقود الاستثمار الدولية غالباً ما لا ترغب في فسخ العقد، بل تحرص على ديمومة واستمرارية العلاقة العقدية بحكم حجم المصالح التي تنظمها والآثار المعقدة والمركبة المرتبة على إنشائها.

وعلى ذلك فقد تلجأ الأطراف إلى الاستعانة بأهل الخبرة والتخصص للمساعدة في إيجاد الحلول المناسبة عن طريق إظهار عناصر الخلاف، وإزالة كل ما من شأنه أن يشوب المقترحات والعروض من غموض أو لبس أو اقتراح البدائل الممكنة وإعمالها بحسب ظروف ومعطيات الوضع المستجد، فقد تلجأ الأطراف إلى الاستعانة بالخبرة لرصد آثار القوة القاهرة أو الظرف الطارئ على العقد ومثال ذلك الشرط الذي يقضي بأنه: "... وفي حالة غياب الاتفاق، فمن حق كل متعاقد أن يعين خبيراً اقتصادياً يساعده ليفحصا معا آثار اختلال العقد بسبب الظروف غير المتوقعة"[12].

ومن أجل المساعدة في سعي الأطراف نحو إنجاح الخبرة، فقد وضعت غرفة التجارة الدولية لائحة التنظيم الفنية، وشرطا نموذجيا خاصاً بإجراءات تعيين الخبراء بشكل مرن وسريع، حيث تخول هذه اللائحة للأطراف بأن يعينوا بأنفسهم هذا الغير ... أو يعيّنه رئيس غرفة التجارة الدولية في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيينه كما تتيح تحديد مهمة الخبير والتكلفة المالية لإجراء الخبرة[13].

غير أن تضارب المصالح وتغليب الذاتية لطرف على حساب الآخر قد يحول دون التوصل إلى حل مشترك يعيد للعقد توازنه المالي، بل إن الأمر قد يؤدي إلى تعقيدات أكبر بالنظر إلى تطور

وتسارع الأحداث، ولا يكون في النهاية من مخرج للأطراف سوى عرض النزاع على التحكيم كوسيلة أخيرة لإنقاذ العقد.

3. دور شرط اللّجوء إلى التحكيم

يعد التحكيم المسلك الرضائي المألوف لمجتمع رجال الأعمال والتجار العابر للحدود لفض منازعاتهم، لما يحققه من مزايا السرعة والمرونة والسرية والبعد عن الإجراءات المعقدة والطويلة، ويتيح بشكل أكبر بلوغ غاية العدالة الواقعية دون التقيد بأحكام قانون معين، ويكون تحت تصرف الأطراف لمعالجة مشكلاتهم بشكل ملائم[14].

ومن أجل فض المنازعات التي قد تثور بين الأطراف بمناسبة إبرام العقد أو الناجمة عن تنفيذه، يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، سواء في عقد الاستثمار ذاته، أو في اتفاق لاحق حيث يتضمن هذا الاتفاق عدة مواد يتم من خلالها بيان المسائل الأساسية للعملية التحكيمية، سواء تعلق الأمر باختيار المحكمين أو إجراءات التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وذلك منعاً لحدوث مشكلات حولها مستقبلا، ويقع على عاتق الهيئة التحكيمية التقيّد بما ورد في اتفاق الأطراف على التحكيم والذي يعد الأساس أو المصدر الذي تستند عليه الهيئة التحكيمية في ممارسة مهمة فض النزاعات المعروضة عليها[15].

وعلى ذلك يثور التساؤل: هل مجرد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يمنح هيئة التحكيم سلطة تعديل العقد، أم أن الأمر يحتاج إلى اتفاق صريح بين الأطراف على منح مثل هذه السلطة؟ وإذا سلمنا بوجودها فما هي حدودها؟

1.3. الأساس الذي تستند إليه هيئة التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد

من الثابت أن القاضي الوطني يملك سلطة إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعديله، برَدِّ الالتزام المرهق الواقع على المدين إلى الحد المعقول ووفقاً لشروط معينة وفي حدود ضيقة، وهذا ما قضت به المادة 107 من القانون المدني الجزائري[16] (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، وتبعا للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) فإذا كان القاضي الوطني طبقا لنص المادة المذكورة أعلاه، يتمتع بسلطة تعديل العقد عن طريق ردِّ الالتزام المرهق للمدين بالتنفيذ إلى الحد المعقول، فهل تتمتع هيئة التحكيم بمثل هذه السلطة قياساً على سلطة القاضي؟

يمكن التسليم بداية أن المحكم (الهيئة التحكيمية) لا تتمتع بسلطة تعديل العقد قياسا على سلطة القاضي الوطني بحكم غياب التنظيم التشريعي لمثل هذه السلطة، وهذا ما يظهره التباين والاختلاف بين أحكام هيئات التحكيم، فذهبت بعض أحكام التحكيم إلى الاعتراف بسلطة هيئة التحكيم في تعديل العقد، فمحكمة استئناف باريس أقرّت باختصاص هيئة التحكيم في تعديل العقد لإعادة توازنه المالي حيث خلصت في حكم لها والصادر بتاريخ 1971/01/13؛ (تخص هيئة التحكيم بإعادة النظر في العقد وتعديله، إذا ثارت صعوبات جسيمة من شأنها قلب التوازن المالي للعقد). وفي المقابل جنحت بعض أحكام التحكيم إلى عدم الاعتراف بسلطتها في تعديل العقد، حيث أقرّت هيئة التحكيم بغرفة التجارة

الدولية في حكم لها «أن المحكم لا يستطيع تعديل التزامات الأطراف لما يرتبه ذلك من إخلال بتوقعاتهم المشروعة وتجاوزٍ لحدود مهمته، مما يعرض قراره للبطلان»[17].

غير أن أطراف عقود الاستثمار الدولية ذات الآجال الممتدة في التنفيذ غالبا ما يحرصون على تلافي المشكلات الناجمة عن عدم ملاءمة، أو فشل طريق المراجعة، وإعادة التفاوض بالنص على منح سلطة تعديل العقد صراحةً إلى الهيئة التحكيمية، أو منح مثل هذه السلطة عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.

فقد يقوم أطراف عقد الاستثمار الدولي بحصر مهمة المحكم صراحة في تعديل العقد، ومن أمثلة ذلك الشرط الذي يقضي بأنه «في حالة فشل التفاوض والمراجعة، يتولى المحكم إجراء التعديل الضروري للعقد...» وكذلك الشرط الذي يقضي بأنه «يجوز لهيئة التحكيم أن تعدل الشروط المتنازع عليها بالقدر الضروري لإعادة التوازن النسبي لمراكز الأطراف»[18].

كما يدل واقع عقود الاستثمار الدولية على أن يقوم الأطراف بمنح الهيئة التحكيمية السلطة التقديرية، للبحث عما تراه مناسباً من حلول للحالة المعروضة عليها، ومثال ذلك الشرط الذي يقضي بأنه «إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق أو أي حل بعد شهرين، فإن الأمر يحال على التحكيم» وكذلك الشرط الذي ينص بأنه «إذا لم يتفق الطرفان في أقرب وقت ممكن يتم عرض النزاع على هيئة التحكيم المشار إليها في المادة ... من هذا العقد...»[19].

يبدو واضحا من العرض السابق أن مجرد اتفاق الأطراف على إحالة منازعاتهم على التحكيم، لا يعني بالضرورة تمتع هيئة التحكيم بسلطة تعديل العقد لإعادة توازنه، بل يجب أن ترتبط إحالة النزاع على التحكيم بعدم توصل الأطراف إلى الحلول المناسبة عن طريق المراجعة وإعادة التفاوض، أو أن يرد منح هذه السلطة للهيئة التحكيمية بصورة واضحة لا لبس فيها.

كما أن الطبيعة الاتفاقية للتحكيم تتيح لطرفيه حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، سواء كان هذا القانون داخليا لدولة ما أو قاعدة من القواعد الدولية، كالأعرف والعادات التجارية الدولية أو المبادئ القانونية العامة المشتركة بين

الدول أو قواعد العدالة والإنصاف[20].

وينصرف مدلول اختيار طرفي العقد للقانون الواجب التطبيق على النزاع إلى الاختيار الصريح على نحو يؤكد اختيارهم لقانون معين ليطبق على النزاع، ويحقق الاختيار الصريح عدة مزايا، فهو يمكّن طرفي النزاع من تحديد القانون الذي يحقق مصالحهم وأهدافهم المشروعة، كما يسهل ذلك مهمة الهيئة التحكيمية، فلا يكلفها مشقة البحث عن القانون الواجب التطبيق. ويلتزم المحكم بتطبيق القانون المختار، والذي قد يمنح السلطة للمحكم في تعديل العقد لإعادة توازنه المالي[21].

وتطبيقا لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية ذهبت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[22] بأنه «تفصل محكمة التحكيم عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل طِبقاً للأعراف والقواعد التي تراها ملائمة»[23].

يبدو واضحا من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري منح لطرفي النزاع الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي تطبقه محكمة التحكيم على النزاع، سواء كان هذا القانون له صلة بالنزاع أو لم تكن له صلة به[24].

كما تمكن حرية الاختيار من اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد إذا رأى طرفا النزاع أن ذلك يحقق مصالحها المشروعة [25]، وهو أمر شائع ومألوف في مجال فض منازعات عقود الاستثمار الدولية تأسيسا دائما على اتفاق الأطراف على اللّجوء إلى التحكيم الذي تستند إليه الهيئة التحكيمية، مع إمكانية استبعاد القانون، إذا كان يتعارض مع مقتضيات النظام العام خاصة في الدولة التي سينفذ الحكم فيها، أو كان هذا الاختيار يشوبه غش نحو القانون. وهذا ما أشارت إليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري (إلى أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إن كانت مخالفة للآداب العامة في الجزائر أو ثبت أنه مختص بواسطة الغش نحو القانون).

وعلى ذلك فقد ألزم المشرع الجزائري القاضي بعدم الاعتراف بالأحكام التي تتعارض مع مقتضيات النظام العام الدولي، حيث نصت على ذلك المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها (يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان الاعتراف بها غير مخالف للنظام العام الدولي).

وفي سياق التأكيد على عدم تعارض أحكام التحكيم التجاري الدولي مع مقتضيات النظام العام يذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن للمحكم أن يستبعد فقط الجزء أو الأجزاء من القانون الذي يتعارض مع النظام العام، وذلك من أجل الاحتفاظ بقدر أكبر من الفاعلية احتراما لإرادة الأطراف التي اتجهت نحو القواعد التي تم استبعادها من قبل الهيئة التحكيمية[26].

وعلى ذلك فقد يحتاط الأطراف في عقد الاستثمار ذاته أو في عقد لاحق، ويختارون القانون الواجب التطبيق على النزاع، وقد يتضمن القانون المختار أو يعترف بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ كأحداث استثنائية عامة غير مؤقتة تؤدي إلى

حدوث اختلال في التوازن المالي للعقد كالقانون الفرنسي[27] الذي عرّف القوة القاهرة في المادة 1218 من القانون المدني على أنها (حادث يخرج عن سيطرة المدين لم يكن من المعقول توقعه بتاريخ إبرام العقد، ولا يمكن تجنب آثاره ويكون من شأنه أن يمنع المدين من تنفيذ التزامه).

وقد يستقر اختيار الأطراف على قانون دولة ما يعترف للقاضي بسلطة تعديل العقد كما هو عليه الحال في القانون الجزائري، حيث نصت على ذلك الفقرة 2 من المادة 107 المشار إليها سابقا (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، ولو لم يصبح مستحيلا، يصير مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة تجيز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وعلى ذلك يجب على أطراف عقود الاستثمار الدولية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، لاسيما المتعلق منه بإعادة التوازن المالي، عن طريق منح سلطة تعديله صراحة وبكل وضوح مع مراعاة عدم مخالفته لمقتضيات النظام العام، أو أنه يشكل غشا نحو القانون خاصة في الدولة التي سينفذ الحكم التحكيمي فيها لان العقد يجب في النهاية أن يخضع لقانون ما، فلا يمكنه أن يكتفي ذاتيا أو أن يسبح في فراغ.

ولكن في غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع والمتعلق بإعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار، فما هو الحل الذي ينبغي على المحكم سلوكه اعتمادا دائما على إرادة الأطراف؟

إن الهيئة التحكيمية تستطيع هنا ولأجل فض النزاع المعروض عليها البحث في الإرادة الضمنية للأطراف للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، والتي تدل في ذاتها على حقيقة المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها وفقا لهذا المعنى.

وعلى ذلك فقد حاولت الجهود الفقهية وأحكام التحكيمي وضع ضوابط ومؤشرات يمكن من خلالها الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، ومن أهمها محل إبرام العقد، ومحل تنفيذه، ومحل إقامة الأطراف ... فعمل الهيئة التحكيمية في هذا الصدد يتمحور أساسا حول البحث عن مؤشرات توطين العقد.

كما يلاحظ أيضا ومن خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى سلطة تقديرية واسعة لمحكمة التحكيم في إعمال القواعد والأعراف التي ترى أنها أكثر ملاءمة لحل النزاع دون تحديد لطبيعة هذه القواعد هل تتعلق بقوانين دولية معينة، أم أنها قواعد دولية؟ وهل تتعلق بالقواعد الموضوعية أم بقواعد تنازع القوانين[28]؟

وعلى ذلك فإنه يقع على عاتق أطراف عقد الاستثمار الدولي تحديد القانون

الواجب التطبيق على النزاع، والمتعلق بإعادة توازنه المالي بشكل صريخ، ليساهم ذلك في إعمال القواعد التي تستجيب لأهداف وتطلعات الأطراف المشروعة من جهة، وتسهيل مهمة المحكم من جهة أخرى، لأن الفصل في مثل هذه المنازعات ذات الطبيعة الفنية تتطلب السرعة والمرونة بحكم التغيير المستمر للظروف المحيطة بالعملية العقدية.

وإعمالاً للطبيعة الرضائية للتحكيم، فإن أطراف عقد الاستثمار الدولي قد تلجأ إلى التحكيم بالصلح أو التحكيم مع التفويض بالصلح [29] الذي يخول الأطراف فيه لمحكمة التحكيم الفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد الإنصاف والعدالة دون التقيد بأحكام القانون من أجل إيجاد الحلول الملائمة للنزاع[30].

وجاء في تعريف محكمة استئناف باريس في حكم لها أن المحكم المفوض بالصلح بالرغم من أنه معفى من مراعاة إجراءات المرافعة، إلا أنه ملزم باحترام مبدأ المواجهة، كما يلتزم باحترام نطاق طلبات الأطراف، ويرتكز في أدائه مهمته على تنازل الأطراف عن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق المستمدة من العقد، مما يسمح له بسلطة التحقق من آثار العقد من خلال بحثه عن حل عادل ومطابقة للعدالة، وذلك بأن يستبعد، كلما اقتضى الحال، تطبيق حقوق معينة ناشئة عن الاتفاق، بشرط ألا يترتب على ذلك استبدال الالتزامات التعاقدية بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد المشترك للطرفين، وعلى المحكمين ألا يحكموا في غير ما طلب منهم، كما يلتزم المحكم بمراعاة ما يتضمنه اتفاق التحكيم[31].

على الرغم من أن محكمة التحكيم تستند في الإعفاء من تطبيق القانون مقابل إعمال قواعد العدالة والإنصاف على إرادة الأطراف، الأمر الذي يتيح لها المرونة والحرية في التعامل مع وقائع النزاع المعروض عليها، فلا يحول دون التقيد بأحكام القواعد الآمرة للدولة التي تجرى فيها التحكيم أو التي سينفذ فيها الحكم.

المشرع الجزائري وبالرغم من إعطائه محكمة التحكيم سلطة إعمال القواعد القانونية أو الأعراف التي تراها أكثر ملاءمة لفض النزاع تحقيقاً لأهداف الأطراف المشروعة، فإنه من الضروري إضافة فقرة ثانية للمادة 1050من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتضمن التحكيم مع التفويض بالصلح بالصياغة التالية: (يجوز للأطراف تخويل محكمة التحكيم مهمة فض النزاع بشكل صريح على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون).

صفوة القول أن الطبيعة الرضائية للتحكيم توفر أساسا أو مصدرا لهيئة التحكيم في ممارسة سلطتها في فض المنازعات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد عن طريق رد الالتزام المرهق الواقع على المدين إلى الحد المعقول: ولا شك أن هذا يوفر قدراً أكبر من المرونة في تعامل هيئة التحكيم مع معطيات النزاع للوصول إلى العدالة، كما يستجيب قطعاً للأهداف المشروعة لطرفي العقد.

2.3. القيود الواردة على سلطة الهيئة التحكيمية في إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي

تقتضي عملية إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي من قبل الهيئة التحكيمية، التي تمارس سلطتها على أساس الاتفاق الحاصل بين الأطراف، أن تقوم بإدخال بعض التعديلات أو إكمال بعض الفراغات أو الثغرات التي تظهر في العقد، فضلا عن تفسير بعض بنود العقد للوصول إلى حقيقة المعنى المقصود، أو جبر الضرر لتعوض الطرف المضرور، ويقتضي كل ذلك وجود حدود أو قيود على سلطة الهيئة التحكيمية حتى لا تمارس التعسف، وحتى لا يصل الأمر إلى إعادة بناء العقد.

أولا: القيود الواردة على سلطة التعديل

ينصرف مدول تعديل العقد الى إدخال بعض التعديلات عن طريق إضافة شروط جديدة، أو حذف بعض الشروط التي لم تعد تلائم الوضع القائم، وقد يكون هذا التعديل جزئيا أو كليا.

يذهب جانب من الفقه إلى أن التعديل باستبعاد شرط في العقد يختلف عن إعادة النظر فيه، ذلك أن إعادة النظر في العقد تمتد آثاره إلى المستقبل، في حين أن استبعاد شرط من العقد يرتب آثاراً بالنسبة للحقوق المكتسبة في العقد، ولكن في واقع الحال، فإن كلاّ من إعادة النظر والاستبعاد يرتبان آثاراً ممتدة إلى المستقبل، ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه، ومن أجل إعادة التوازن المالي للعقد، يجوز لهيئة التحكيم استكمال الفراغات والثغرات العقدية التي يعجز الأطراف عن الاتفاق حولها، إذا كان ذلك من شأنه حسم النزاع، وذلك قياسا على سلطة القاضي في استكمال الشروط التعاقدية[32] وهذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد. واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، يعتبر العقد مبرما وإن ثار خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي بها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة).

غير أنه لا ينبغي التسليم بمنح سلطة استكمال الثغرات العقدية لهيئة التحكيم قياسا على تمتع القاضي بمثل هذه السلطة، ذلك أن منح هذه السلطة لهيئة التحكيم لا بد أن يرد صراحة في العقد، أو في اتفاق التحكيم، أو في القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ثانيا: سلطة هيئة التحكيم في تفسير العقد

تتطلب عملية إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي قيام هيئة التحكيم بتفسير بعض بنود العقد التي يكتنفها الغموض وعدم الوضوح تَوَخياً للحقيقة والعدالة، وفي واقع الأمر، فإن سلطة تفسير بعض بنود العقد تدخل في الاختصاص الأصل لهيئة التحكيم في فض المنازعات المعروضة عليها، ولا يحتاج الأمر من أجل القيام بالتفسير إلى اتفاق أطراف الخصومة على ذلك صراحة، فهيئة التحكيم ملزمة بأن لا تتعدى حدود التفسير للوصول إلى حقيقة إرادة الأطراف دون أن يصل الأمر إلى

إعادة النظر في الشروط العقدية في ضوء مراعاة شروط العقد والاتفاق على اللجوء إلى التحكيم والأعراف السائدة في نوع المعاملة[33].

وقد نصت الفقرة 2 من المادة 111 من القانون المدني الجزائري على سلطة القاضي في تفسير العقد، والتي جاء فيها (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات).

3.3. سلطة هيئة التحكيم في الحكم بالتعويض:

إن إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي قد يتطلب من هيئة التحكيم القيام بجبر الضرر عن طريق الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من آثار تغيير شروط التعاقد[34].

إن هيئة التحكيم عندما تقضي بالتعويض لمصلحة الطرف من أجل إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي ملزمة بأن تراعى الاعتبارات التالية[35]:

- لا يكون الحكم بالتعويض مخالفا للنظام العام في بلد التنفيذ، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري عند تناوله لمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر حسب ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 1051 (يتم الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي).

- أن الحكم بالتعويض يتقرر في ضوء القانون الواجب التطبيق على النزاع، سواء تم اختياره من قبل الأطراف أو حددته هيئة التحكيم باعتباره القانون الأكثر ملاءمة للنزاع، وفي الحالتين يجب البحث عما إذا كان هذا القانون يقضي بالتعويض أم لا.

- يتقرر لهيئة التحكيم سلطة تقدير مقدار التعويض والحكم به من عدمه على مقتضى الاتفاق بين طرفي النزاع، فهيئة التحكيم عندما تحكم بالتعويض، فإنها لا تهدف إلى توقيع العقاب، وإنما فقد جبر الضرر الذي مس الطرف المضرور، وهو أمر متروك تقديره لهيئة التحكيم في ضوء اتفاق أطراف النزاع، أو تقضي به من تلقاء نفسها بناء على الطلبات المقدمة من الطرفين، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق، أو بالمخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ، فالحكم بالتعويض هو وسيلة أو أداة بيد المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد تلعب إرادة الأطراف دورا أساسيا في تقريره.

صفوة القول، إن اتجاه إرادة طرفي النزاع إلى اختيار مسلك التحكيم كأداة لفض النزاع المتعلق بإعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي يحقق مزايا المرونة

والسرعة والتحرر من التعقيدات والشكليات التي يفرضها واقع القضاء الداخلي للدولة، والذي لا يتماشى بالقطع مع طبيعة وخصوصية هذا النوع من المنازعات، غير أن الواقع العملي أثبت أن هيئة التحكيم، وفي الغالب الأعم، تجد صعوبة كبيرة في معالجة مشكلة إعادة التوازن المالي للعقد بحكم أنها مسألة فنية في المقام الأول، فبالرغم من تعيين خبراء على درجة كبيرة من التخصص والدراية الفنية، إلا أن المدة الزمنية الفاصلة بين أحداث القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، وإحالة النزاع على التحكيم يحولان دون التوصل إلى الحلول الملائمة والعادلة، التي تستجيب للأهداف المشروعة للأطراف، وتضمن في نفس الوقت بقاء واستقرار العلاقة العقدية.

4- خاتمة:

يبدو واضحا من العرض السابق أن عقد الاستثمار الدولي يخضع في تنفيذه لمبدأ القوة الملزمة، حيث ينفذ طبقا لما اشتمل عليه من التزامات وحقوق، ولا يجوز تعديله أو نقضه إلّا باتفاق الطرفين، غير أن مبدأ العدالة العقدية يفرض على طرفي عقد الاستثمار الدولي أنه في حالة تغيير الشروط الموضوعية التي أبرم في نطاقها العقد والتي من شأنها أن اجعل تنفيذ الالتزام ممكنا، غير أنه يتسم بالعسر والمشقة، فيؤدي إلى إرهاق المدين وتهديده بخسارة فادحة، الأمر الذي يستوجب رد الالتزام إلى الحد المعقول لضمان استمرارية تنفيذ العقد والحفاظ على العلاقة العقدية.

وإذا كانت مسألة إعادة التوازن المالي في مجال العقود الداخلية هي مسألة معترف بها من قبل معظم التشريعات الداخلية والتي تجيز للقاضي الوطني ممارسة سلطة تعديل العقد لإعادة توازنه المالي المفقود عن طريق رد الالتزام المرهق الواقع على المدين إلى الحد المعقول وفق قواعد العدالة والإنصاف، فإن هذه الإمكانية غير متاحة على صعيد عقود الاستثمار الدولية ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، والتي تنصب على مشروعات دولية النشاط، وتنفذ على فترات زمنية طويلة الأمر الذي يعرضها في الغالب الأعم لأحداث ومتغيرات ترتب صعوبات وعقبات في التنفيذ.

وعلى ذلك في غياب التنظيم التشريعي لكيفية إعادة التوازن المالي لهذا النوع من العقود، فإن أطرافها يبحثون دائما عن الحلول الملائمة التي من شأنها إعادة التوازن المالي للعقد، وذلك عن طريق المراجعة وإعادة التفاوض بشأن شروط العقد، حيث يقوم كل طرف ببذل الجهود والمساعي، وتقديم العروض والمقترحات مع مراعاة كل طرف لمصالح وأهداف الطرف الآخر المشروعة وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النيّة وشرف التعامل وفق معادلة رابح-رابح.

غير أن المسلك التفاوضي في شأن إعادة التوازن المالي للعقد قد يتسم بالكثير من الصعوبات والتعقيدات وبعض مظاهر سوء النّية، كالتحايل واستغلال الظروف العصيبة التي يمر بها الطرف الآخر، وإجباره على الخضوع للأمر الواقع،

مما يؤدي في النهاية إلى فشل التفاوض وفسخ العقد، يرتب ذلك بالضرورة نزاعاً يتعلق بإعادة التوازن المالي للعقد، وهنا تلجأ الأطراف إلى عرض نزاعهم على منصة التحكيم، وهذا الأخير هو الطريق المألوف والمفضل لدى مجتمع رجال الأعمال والتجار العابر للحدود لما يحققه من مرونة في التعامل مع المستجدات الجديدة، وبعده عن الإجراءات المعقدة الطويلة، فضلا عن استجابته لمتطلبات العدالة الواقعة إلا أن تصدي هيئة التحكيم لمشكلة إعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي في المقام الأول مسألة فنية جد معقدة، فبالرغم من تعيين أطراف النزاع لمحكين مختصين وعلى درجة كبيرة من الدراية والمعرفة، إلا أن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة أو الظرف الطارئ وعرض النزاع على التحكيم قد يؤدي إلى عدم توصل هيئة التحكيم إلى نتائج عادلة ومنصفة تتفق مع المعطى الجديد.

وعلى ذلك ومن أجل إنجاح المسعى الاتفاقي لإعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي لابد من مراعاة الاعتبارات التالية:

- من الضروري أن تقوم أطراف عقد الاستثمار الدولي ببيان، وبموجب بنود خاصة، أثر تغيير الظروف على تنفيذ العقد، وطبيعة هذه الظروف هل هي قانونية؟ أم اقتصادية؟ أم سياسية؟ أم وبائية؟ ...

من الضروري على أطراف عقد الاستثمار الدولي بيان المدة التي تستغرقها عملية إعادة التفاوض والتزامات كل طرف والنتائج التي قد تتمخض عن إعادة التفاوض مع بيان، وبشكل مفصل، كيفية التعامل مع حالة النجاح أو الفشل.

- من اللّازم على أطراف عقد الاستثمار الدولي عند اختيار التحكيم كمسلك لفض نزاعهم الاتفاق الصريح على منح المحكم سلطة إعادة التوازن المالي للعقد، أو اختيار قانون خاص بشأن منح هذه السلطة الأمر الذي يسهل مهمة المحكم، وبشكل كبير، للوصول إلى نتائج ملائمة تستجيب للأهداف المشروعة لطرفي النّزاع.
- من اللّازم على طرفي النّزاع عند اختيارهم لقانون ما أو عند اختيار المحكم لقانون معين ليحكم النّزاع وفي غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق، مراعاة عدم تعارض القانون المختار مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ، لأن العقد لا يسبح في فراغ قانوني وحتى لا يواجه الحكم التحكيمي حالة عدم الاعتراف به.

وأخيرا ينبغي على المشرع الجزائري ومن أجل مواكبة التحولات العالمية الحاصلة على مستوى مجتمع رجال الأعمال العابر للحدود، وتوفير مناخ ملائم لجذب الاستثمار الأجنبي، وضع قانون نموذجي خاص بالتحكيم يكون أكثر تفصيلا ويوضح بعض المسائل التحكيمية، كمقتضيات النظام باعتبارها مسألة عامة تحتمل عدة تفسيرات وأوجه، والنص على منح سلطة تعديل العقد بشكل صريح من قبل الأطراف للمحكم فضلا عن النص على التحكيم المفوض بالصلح كآلية لفض النزاعات وفق قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون الصارمة.

5- قائمة المراجع :

النصوص القانونية والتنظيمية:

1. القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75 بتاريخ: 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005 والقانون رقم 5 لسنة 2007.
2. المادة 1/4 من الشرط النموذجي للخبرة الفنية الذي تم إعداده من طرف غرفة التجارة الدولية. 01 جانفي 1988.
3. قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429الموافق ل 25 فبراير 2008. يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
4. القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر 2016 – 131 الصادر في 2016-02-10.

الكتب باللغة العربية:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية**، القاهرة-مصر، 2001.
2. جاد الله عبد الحفيظ عوض، **الشروط التجارية الدولية المعتمدة من قبل غرفة التجارة الدولية**، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي، د ت.
3. حميد محمد اللّهبي، **المحكم في التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
4. محمد محمد أبو زيد، **المفاوضات في الإطار التعاقدي**، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
5. محمد نور شحاتة، **النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين نطاقها ومضمونها**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
6. هدى محمد عبد الرحمن، **دور المحكم في خصومة التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1995.

المقالات والمداخلات:

1. سالم بن سالم بن حميد الفيلتي، **أثر تغيير الظروف الطارئة على عقود التجارة الدولية**، مقال منشور، مجلة روح القوانين، مصر: جامعة طنطا، المجلد الثاني، العدد 48، 2019.
2. رشا على الدين، **سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد دراسة في ظل الأزمة الراهنة**، المؤتمر السنوي الثالث عشر، مصر: جامعة المنصورة، الفترة الممتدة 01-02 أفريل 2009.

المراجع باللغة الفرنسية:

- F. Osman, « **les principes généraux de lex nercatoria contribution a étude d'un ordre juridique national** », L.G.D.J, 1992

- Fontaine (M), « **Droit des contrat analyse et rédaction de Claise** », F.E.C, 1989.

- Jean Michel – Jacquet Philippe Delebeque -Sabine Corneloupe, _ «**Droit du commerce internationale»** , 1ere édition, Dalloz, Paris, 2007

6-الهوامش :

1) F. Osman (1992), «**les principes généraux de lex nercatoria contribution a étude d'un ordre juridique national**», L.G.D.J, p162.
2) رشا علي الدين (2009)، **سلطة المُحَكِمْ في إعادة التوازن المالي للعقد دراسة في ظل الأزمة الراهنة**، المؤتمر السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، الفترة الممتدة 01-02 أفريل 2009.
3) سالم بن سالم بن حميد الفيلتي (2019)، **أثر تغيير الظروف الطارئة على عقود التجارة الدولية**، مقال منشور، مجلة روح القوانين مصر: جامعة طنطا، المجلد 2، العدد 48، ص 85.
4) جاد الله عبد الحفيظ عوض، **الشروط التجارية الدولية المعتمدة من قبل غرفة التجارة الدولية**، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي، د ت، ص85.
5) سالم بن سالم بن حميد الفيلتي، مرجع سابق، ص 86.
6) تفاصيل القضية والتعليق عليها، محمد محمد أبو زيد (1995)، **المفاوضات في الإطار التعاقدي**، دار النهضة العربية، مصر، ص121.
7) وفي المقابل يذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بأن فكرة إعادة التفاوض تتعارض مع فكرة التجديد فالأطراف عندما اتفقوا على إعادة التفاوض فإنهم قصدوا إبقاء العقد بينهم قائما. ويؤكد ذلك ما ذهب إليه الأستاذ Cabas في رسالته عن شرط إعادة التفاوض hardship فإن الاتفاق الذي يتمخض عن التفاوض لا يعدو أن يكون مجرد تعديل للعقد الأصلي، ويستند في ذلك إلى أن هناك نية مفترضة من الأطراف بالحفاظ على الوضع الراهن بينهم حتى نهاية التفاوض، فإن انتهى التفاوض وأدى ذلك إلى تغيير الوضع، فإن هذا التغيير بدون شك يأخذ صورة التعديل، وليس إبرام عقد جديد، فضلا عن أن وظيفة شرط إعادة التفاوض إنّما تتمحور أساسا حول الحفاظ على الاتفاق بين الطرفين، وبمعنى أدق فإن شرط إعادة التفاوض إنما يتوخى أطرافه بقاء العقد الأصلي وليس تعديله. سالم بن سالم بن حميد الفيلتي، مرجع سابق، ص 90.

8) محكمة استئناف باريس 19ماي 1964 جاء في: 12p. 11 1964 jcp. ed.gأشار إليه كذلك سالم بن سالم بن حميد الفيلتي، المرجع نفسه، ص92.
9) قد يتفق الأطراف على تنفيذ العقد الأصلي رغم حلول العائق أو وقف التنفيذ لفترة من الزمن، ثم بعدها يمكن اتحاذ القرار إما بالعودة الى التنفيذ العادي أو فسخ العقد من تلقاء نفسه.
10) Fontaine (M) (1989)، «Droit **des contrat analyse et rédaction de Claise**»، F.E.C, p
11)سالم بن سالم بن حميد الفليتي، مرجع سابق، ص 97-98.
12)المرجع نفسه، ص 100-101.
13)المادة 1/4 من الشرط النموذجي للخبرة الفنية الذي تم إعداده من طرف غرفة التجارة الدولية. 01 جانفي 1988.
14) Jean Michel – Jacquet Philippe Delebeque-Sabine Corneloupe (2007), «**Droit du commerce internationale**» , 1ere édition, Dalloz, Paris, p 744.
15)عرّفت المادة 11 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بأن (اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم وتطبيق المادة 1012 من نفس القانون على أنه (يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً) كما يحوز طبقا للمادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاتفاق على التحكيم أثناء سير الدعوى أمام الجهة القضائية. حيث نصت على أنه (يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سير الخصومة التحكيمية أمام الجهة القضائية).
16)القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75 بتاريخ: 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005 والقانون رقم 5 لسنة 2007.
17)رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 68.
18)سالم بن سالم بن حميد الفيلتي، مرجع سابق، ص 102.
19)المرجع السابق، 102.
20)رشا علي الدين، مرجع سابق، ص17.
21)المرجع نفسه، ص 18-19.
22)قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008. يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
23)قد يقع اختيار أطراف النزاع على قانون دولة ما، أي قانون وطني وقد يقع الاختيار على قواعد غير وطنية لأن لفظ القانون المختار يشمل القواعد الوطنية والقواعد الدولية وهذا ما تؤكده المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية التي تنص على أنه تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف.
24)في المقابل فإن جانباً من الفقه يذهب إلى القول إن تجزئة العقد تفرض ذاتها فهناك نوع من الاستحالة لتفادي توزيع العملية التعاقدية على أكثر من قانون. أحمد عبد الكريم سلامة (2001)، **قانون العقد الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ص195-186.

25)يذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يجوز إخضاع العقد إلا لقانون واحد من أجل الحفاظ على وحدة العقد الذي يرتب بالضرورة تقطيع أواصر العلاقة التعاقدية واستقرارها كما أن انقطاع العقد لأكثر من قانون يتعارض مع روح القانون الذي ينص على اختيار قانون واحد وليس عدة قوانين.

26)هدى محمد عبد الرحمن (1995)، **دور المحكم في خصومة التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ص 296.

27)القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر 2016 – 131 الصادر في 2016-02-10.

28)المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة القواعد التي تطبقها محكمة التحكيم في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع من الأطراف، فهل يتعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو بقواعد تنازع القوانين في القانون الواجب التطبيق، بخلاف المشرع المصري الذي حصر القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم في القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين، حيث نصت على ذلك الفقرة 2 من المادة 39 من قانون التحكيم المصري (إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع).

29)المشرع الجزائري لم ينص على التفويض بالصلح بخلاف المشرع المصري الذي نص عليه حيث، ورد ذلك في الفقرة 4 من المادة 49 من قانون التحكيم المصري، والتي جاء فيها (يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون).

30)رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 59.

31)محمد نور شحاتة (1993)، **النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين نطاقها ومضمونها**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 442.

32)رشا على الدين، مرجع سابق، ص 76.

33)رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 76.

34)في واقع الأمر فإن مسألة الحكم بالتعويض من قبل هيئات التحكيم أثار جدلا قضائيا واسعا، وذلك بمناسبة التأميمات التي حدثت في الكثير من الدول السائرة في طريق النمو، حيث تم حوار النقاش حول الحكم بالتعويض الكامل أو المناسب، غير أن هيئات التحكيم انتهت في أغلب أحكامها على الحكم بالتعويض العادي الذي يغطي الخسائر الناجمة عن الإجراءات المتحدة. هدى محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 213.

35)حميد محمد اللّهبي (2002)، **المحكم في التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 185.