

مبدأ الكفاية الذاتية لعقد الاستثمار الدولي

The principle of self-sufficiency for an international investment contract

بوطبالة معمر*

جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1 (الجزائر)، boutabala.mammar.2019@gmail.com

تاريخ النشر: 2024/06/20

تاريخ القبول: 2024/04/16

تاريخ الاستلام: 2024/01/03

ملخص:

يحرص المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا عند إبرامه لعقد الاستثمار مع الدولة المضيفة، تحرير العقد من الخضوع لقانون هذه الدولة سواء تعلق الأمر بالتفاوض حول شروطه أو إبرامه أو فض منازعته، أي الوصول إلى حالة العقد الطليق المتحرر من سلطان القوانين الداخلية للدولة، بحكم أن هذه الأخيرة وضعت لضبط أوضاع داخلية محلية لا تستجيب بالضرورة لخصوصيات ومعطيات واقع التجارة والاستثمار الدولي الذي يفضل أطرافه دائما البحث عن المزيد من التحرر من القيود والاستجابة لعامل السرعة والسهولة في إنجاز صفقاته.

كلمات مفتاحية: حرية الإرادة، تكوين العقد، المستثمر الأجنبي، عقود الاستثمار، فض المنازعات.

Abstract:

The foreign investor, whether a natural or legal person, when concluding an investment contract with the host country, is keen to free the contract from being subject to the law of this country, whether it is a matter of negotiating its terms, concluding it, or resolving its dispute, that is, reaching the state of a free contract free from the authority of the country's internal laws, by virtue of The latter was established to control local internal conditions that do not necessarily respond to the specificities and facts of the reality of international trade and investment, whose parties always prefer to search for more freedom from restrictions and respond to the factor of speed and ease in completing their deals.

Keywords: Freedom of will, contract formation, foreign investor, investment contracts, dispute resolution.

* المؤلف المرسل.

مقدمة:

إن إنجاز الاستثمار في الدولة المضيفة لاسيما في الدول النامية، يعبر في المقام الأول عن المعادلة الصعبة في هذا المجال، إذ تسعى الدولة ذات الامكانيات الاقتصادية الهائلة المتمتعة بالسيادة إلى جذب الاستثمار المباشر الخاص من أجل استغلال ثروتها وإقامة المشروعات المختلفة للمساهمة في تحقيق أهداف التنمية، مع عدم المساس بسيادتها خاصة التشريعية وفرض رقابتها أو الحد من سيطرة المشروع الأجنبي على ملكية الاستثمار المنجز. وفي المقابل فإن المستثمر الأجنبي يبحث دائما عن الملاذ الآمن لإنجاز استثماره وتقليص عنصر المخاطرة الذي يحق باستثماره، من خلال التسهيلات الإدارية المتعلقة بالحصول على التراخيص وحرية الاستيراد والتصدير وتوظيف العمالة المحلية ويكون ذلك في إطار نظام قانوني مستقر وملائم يخدم العملية الاستثمارية ويحقق توقعات المستثمر الأجنبي.

وعلى ذلك تحرص الأطراف الأجنبية سواء كانت شركات أو أفراد عند تحديد النظام القانوني الذي يخضع له عقد الاستثمار سواء خلال التفاوض على شروطه أو إبرامه أو تنفيذه أو فض منازعته، على إخضاعه لغير قانون الدولة المضيفة، ومن ثم تحريره من قوانين هذه الدولة وإخضاعه لقوانين أخرى سواء كان قانون دولة أخرى أو اتفاقية دولية أو عادات أو أعراف التجارة الدولية، للوصول إلى حالة العقد الطليق المكتفي ذاتيا والذي تكون لإرادة الأطراف الدور الحاسم في صياغة النظام القانوني الذي يخضع له، بما يستجيب طبعاً وحسب تصور الأطراف الأجنبية لخصوصية المعاملات التجارية والاستثمار الدولي من جهة وتوحيد القواعد القانونية التي تخضع لها من جهة أخرى.

إن محاولات أطراف معاملات التجارة الدولية والاستثمار إخراج العقود التي يبرمونها مع الدولة المضيفة من دائرة تطبيق قانون هذه الدولة من خلال النص على ذلك في عقود الاستثمار ذاتها إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد أو سلطان الإرادة، قد تصطدم بواقع أعمال الدولة لسيادتها في أي وقت نشأ عن طريق إنهاء الاستثمار ذاته أو اتخاذ بعض الإجراءات الانفرادية التي ترتب تغيير الشروط الموضوعية التي أبرم في ظلها عقد الاستثمار، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق ضرر أكيد بالاستثمارات المنجزة. وعلى ذلك فإن مبدأ الكفاية الذاتية لعقد الاستثمار الدولي الذي يقضي بتحريره من قبضة القوانين الداخلية يثير تساؤلاً جوهرياً حول: هل أن تحرير العقد من قبضة القوانين الداخلية وإخضاعه لنظم اتفاقية قانونية أخرى إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الحرة للأطراف من شأنه توفير الحصانة الضرورية للعقد ضد أعمال الدولة لسيادتها بجميع مظاهرها، أم أن تحرير العقد أمر بعيد المنال لأنه لا يمكن أن يسبح في فراغ قانوني؟

إن أهمية تحديد مدى تمتع الطرف الأجنبي بالحرية الكاملة في التعاقد وتنفيذ العقد وفض منازعته استجابة لمقتضيات وطبيعة معاملات التجارة الدولية وحق الدولة المضيفة في إعمال قوانينها وفقاً لسيادتها لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية تكمن في التعرض بالتحليل للمعادلة الصعبة التي تحكم علاقات القوة في التجارة الدولية وعلى ذلك ستم الإجابة على مختلف التساؤلات المطروحة أعلاه من خلال محورين أساسيين:

المحور الأول: إعمال مبدأ حرية التعاقد في مرحلة تكوين عقد الاستثمار الدولي.

المحور الثاني: إعمال مبدأ حرية التعاقد في مرحلة تنفيذ العقد.

المحور الأول: إعمال مبدأ حرية التعاقد في مرحلة تكوين عقد الاستثمار الدولي

إن اعتماد مبدأ سلطان الإرادة كأساس محوري في تكوين عقد الاستثمار، يعبر في واقع الأمر عن رغبة أطراف معاملات التجارة الدولية والاستثمار الدولي، خاصة الطرف الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا في تحرير العقد من قبضة القوانين الوطنية، التي لا تتلاءم مع معطيات معاملات الاستثمار الدولي، وعليه يحرص الطرف الأجنبي خاصة إعمال مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد قبل بداية العملية التعاقدية وأثناء انعقاد العقد وكل الجوانب المتعلقة بشروط العقد والقانون الواجب التطبيق عليه.

أولا: في المرحلة السابقة على إبرام عقد الاستثمار

إن عقود الاستثمار الدولي ذات القيمة المالية الكبيرة والتي تؤثر بشكل ملحوظ على ميزان المدفوعات خاصة في الدول النامية، التي تستتبع انتقالا للقيم والثروات بمبالغ مالية ضخمة تمر بمرحلة أولية أو تحضيرية أو تمهيدية، يتم خلالها إجراء المناقشات والمحادثات وتبادل المقترحات والعروض والعروض المضادة، بُغية التوصل إلى اتفاق حول شروط عقد الاستثمار تمهيدا لإبرامه في المستقبل.⁽¹⁾ وتتطلب المرحلة السابقة على إبرام عقود الاستثمار الدولي ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، إجراء الفحوص الفنية ودراسات الجدوى الاقتصادية والبحث عن وسائل تمويل المشروع والتأمين على عناصره وحسن تنفيذه ووسائل فض منازعاته وكل هذه العمليات القانونية تصب في وثيقة عقدية نهائية هي عقد الاستثمار.

ويهيمن على المرحلة السابقة على إبرام عقد الاستثمار الدولي مبدأ سلطان الإرادة أو حرية التعاقد حيث تدخل الأطراف مرحلة المفاوضات بإرادة حرة دون جبر أو إكراه على التفاوض، وتظل إرادة كل طرف حرة طيلة مرحلة المفاوضات، فيستطيع كل متفاوض الاستمرار في مناقشة شروط العقد النهائي، كما يكون لكل طرف الحرية في عدم الاستمرار في المفاوضات، وبالتالي الانسحاب منها في أي وقت يشاء دون أن يترتب ذلك أية مسؤولية، لأن الاستمرار في التفاوض هو مجرد التزام ببذل عناية، أي بذل كل المساعي والجهود وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، دون الالتزام بتحقيق نتيجة وهي إبرام العقد النهائي، إلا إذا اقترن العدول عن المفاوضات بأعمال وتصرفات من شأنها إلحاق الضرر بالطرف المقابل فقد تنقصر مسؤولية الطرف المتسبب في الضرر.

وقد أكدت مبادئ معهد روما المتعلقة بتوحيد القانون الخاص UNIDROIT 1994 بشأن معاملات التجارة الدولية على مبدأ حرية التعاقد في المرحلة السابقة على إبرام عقود التجارة الدولية حيث نصت الفقرة الأولى من البند 15 من المادة الثانية ما يلي: « يكون الأطراف أحرارا في التفاوض ولا يكونون مسؤولين إذا لم يصلوا إلى اتفاق». (2)

غير أن إعمال مبدأ حرية التعاقد في المرحلة السابقة على إبرام عقود الاستثمار الدولي كاستجابة لنزعة الحرية التي تميز معاملات التجارة الدولية، لا يعني ذلك بالضرورة تمتع الأطراف بالحرية الكاملة دون قيود، فواقع التفاوض على

عقود الاستثمار الدولية يدل وبكل وضوح على حدوث الكثير من الأعمال والتصرفات من الأطراف المتفاوضة تُخرج المفاوضات عن مقاصدها وأهدافها في تحقيق المصالح والتوقعات المشروعة لأطرافها وفقا معادلة رابح-رابح، فقد تكون المفاوضات مجرد وسيلة يستخدمها أحد أطراف التفاوض للحصول على بعض المعلومات من الطرف المقابل، كالمعلومات الجديدة المتعلقة بالتكنولوجيا المستخدمة في صناعة معينة. أو قد يكون الهدف من الدخول في المفاوضات بالنسبة للطرف المتفاوض هو مجرد تفويت فرصة التعاقد مع طرف ثالث، كما قد يمارس الطرف المتفاوض نوعا من التذليل والخداع من أجل تضليل الطرف الآخر والحيلولة دون تمكنه من الإحاطة بكافة ظروف وملابسات العملية التعاقدية. كل هذه الممارسات والسلوكيات في واقع معاملات التجارة الدولية فرضت ضرورة وضع قيود أو حدود على حرية الأطراف في المرحلة السابقة على إبرام عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة خاصة، لإضفاء جو الثقة والأمان والحرص على المصالح المتبادلة للطرفين. وهذا ما قضت به مبادئ معهد روما بشأن توحيد القانون الخاص المتعلقة بعقود التجارة الدولية، حيث نصت المادة 7 فقرة 1 على أنه « يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو يضيّقوا نطاقه » كما نصت العديد من التشريعات الداخلية على مراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض على العقد كقيد وارد على حرية الأطراف خلال التفاوض، ومن ذلك ما ذهب إليه المادة 1337 من القانون المدني الايطالي لسنة 1947، والتي نصت على أنه: « يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية ». (3)

كما أكد المشرع الفرنسي على الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد من خلال التعديل الذي أدخل على نصوص القانون المدني في 10 فيفري 2016 حيث نصت المادة 1104 من القانون 1104 على أنه: « يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن النية » وتضيف المادة 1112 من نفس القانون « أن الاطراف يتمتعون بالحرية في التفاوض وقطع المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد، غير أنهم ملزمون بمراعاة ما يفرضه حسن النية ». (4)

المشرع الجزائري لم ينظم المرحلة السابقة على التعاقد بنص خاص بالرغم من التطورات الكبيرة التي حدثت في البناء القانوني للعقد، بحكم أنه ما زال متأثرا بالمفهوم التقليدي للمرحلة السابقة على التعاقد، كونها مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم ولا يرتب بذاته أية مسؤولية.

وعلى ذلك فإن واقع التطورات القانونية الداخلية والخارجية في المفهوم الحديث للعقد تفرض على المشرع الجزائري مساندة هذه التطورات، وذلك بتعديل نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والنص على حرية الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد وفرض الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض على العقد. وعلى ذلك وبالنظر إلى أهمية المفاوضات في حياة عقد الاستثمار الدولي، فمن الضروري تنظيم هذه المرحلة بنصوص خاصة تكون أكثر وضوحا وتحديدًا لأهم الالتزامات التي تفرضها، خاصة الالتزام بحسن النية وشرف التعامل مع بيان نوع وطبيعة المسؤولية المترتبة عن خرق هذه الالتزامات.

ثانيا: في مرحلة انعقاد عقد الاستثمار الدولي

تعترف التشريعات المقارنة بالقدرة الذاتية للعقد في عمومها في وضع الشروط الملائمة التي تتناسب وطبيعة التصرف المراد إحداثه، اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة أو العقد شريعة المتعاقدين، وتبرز هذه القدرة في عقود الاستثمار الدولي التي يرغب دائما الطرف الأجنبي المتمتع بحرية أكبر، فيما يتعلق بالشروط والالتزامات التي يرتبها العقد وذلك عن طريق التحرر من القوانين الداخلية وإعمال الشروط التي تتضمنها العقود النموذجية *contrat types* أو النمطية، وهي مجموعة الشروط العامة التي استقرت في واقع عادات وأعراف التجارة الدولية والمدونة بصيغ معدة سلفا والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل.⁽⁵⁾

وعلى ذلك فقد أصبحت العقود النموذجية من الأدوات الأكثر شيوعا واستخداما في مجال التجارة والاستثمار الدولي وهي تركز بشكل فاعل مبدأ حرية التعاقد أو العقد شريعة المتعاقدين، حيث يتيح للأطراف تحديد التزاماتهم وحقوقهم من جانب مثلا تحديد الشيء المبيع وضمأن العيوب الخفية وفحص المبيع والتمن، فهذا النوع من العقود يوفر اقتصاد الكثير من الوقت والجهد والنفقات وعدم إطالة أمد المفاوضات، فالأمر يحتاج فقط إلى ملء بعض الفراغات والبيانات في العقد المعد سلفا، ثم توقيع الأطراف أو من ينوب عنهم قانونا لينعقد العقد، كما قد يتم العقد بمجرد حدوث اتصال بواسطة الوسائل الالكترونية الحديثة التي تمكن كل طرف من التعرف على حدود ونطاق التزاماته.⁽⁶⁾

ويتم تكريس مبدأ استقلالية عقود الاستثمار الدولية التي تُبرمها الشركات الدولية والمشروعات والمشاركة عن طريق اتفاقيات ثنائية وجماعية بين مجموعة من الدول، حيث يتم إخضاع العلاقات التعاقدية لأحكام هذه الاتفاقيات وتفصيلاتها دون الخضوع لقانون الدولة الطرف في مثل هذا النوع من العقود أو الاتفاقيات، التي تشكل في نهاية المطاف الأساس القانوني واجب التطبيق على المشروعات المشتركة والتي يطلق عليها جانب من الفقه الدولي تسمية (الاتفاقيات-الداستير) *Accords-Constitutions* التي تشكل نظاما له ذاتيته الخاصة.⁽⁷⁾

إن واقع إبرام عقود التجارة الدولية يدل وبكل وضوح على أن العقد الدولي لا يمكنه أن يكتفي ذاتيا، فالنقص والقصور قائم دائما ويلزم هذا النوع من العقود والأطراف ومهما بلغت إحاطتهم بجميع جوانب وحشيات وظروف العملية التعاقدية، فإن ذلك لا يحول دون إغفال الأطراف لبعض جوانب العقد بسبب تسارع الأحداث وتجاوز توقعات الأطراف المستقبلية. ويؤكد جانب الفقه على وجود استحالة عملية في وضع شروط تعاقدية تحقيا للكفاية الذاتية تستبعد أحكام القانون، ففي عقد نقل التكنولوجيا لا تستطيع أطرافه ومهما كانت العناية التي بذلت في تحريره الإحاطة بجميع المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين، ولهذا يتعين على المتعاقدين تحديد القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يحل العقد من الحلول.⁽⁸⁾

إن القصور والنقص الذي يعتري عقود التجارة والاستثمار الدولي يحول دون تحقيق كفايتها الذاتية، فهو يرتب الحاجة إلى قانون محدد لتنظيمها، وهذا القانون يفرض على أطرافها تقليص هامش الإرادة، كالتشريعات المتعلقة بالمنافسة والاستيراد والتصدير والرقابة على النقد الأجنبي وسعر الفائدة والصراف، فجميع هذه القوانين تتعلق بأسس التوجه الاقتصادي للدولة ولا يمكن معها إعمال ما تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف.⁽⁹⁾

المحور الثاني: إعمال مبدأ حرية التعاقد في مرحلة تنفيذ العقد

إذا نشأ عقد الاستثمار صحيحاً بين طرفيه (المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة) فإنه ينتج آثاره الموضوعية، ويرتب ذلك التزام كل طرف بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه وفق مبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقده أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو استناداً إلى الأسباب التي يقرها القانون، ويدل واقع الاستثمار الدولي على أن عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة كثيراً ما تعترضها صعوبات أو عقبات في التنفيذ، تنشأ عنها الكثير من المنازعات، ويتم فضها عن طريق اختيار الحلول الملائمة التي تستجيب لتطلعات وتوقعات المتعاقدين، وتحقق مقتضيات العدالة الواقعية. ومن ثم يبرز الدور الذي تلعبه الإرادة الحرة للأطراف في التعامل مع معيقاته تنفيذ عقود الاستثمار وفض منازعته. ويشير ذلك تساؤلاً جوهرياً حول: ما مدى إعمال مبدأ حرية الأطراف في مرحلة تنفيذ العقد وفض منازعته؟ وما هي القيود والحدود التي ترد عليه؟

أولاً: إعمال مبدأ حرية التعاقد في مرحلة تنفيذ عقد الاستثمار الدولي

تتفق التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية المنظمة لمعاملات التجارة والاستثمار الدولي على مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث يُنفذ طبقاً لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات قررتها الإرادة الحرة للأطراف دون زيادة أو نقصان، ولا يجوز نقض الالتزامات أو تعديلها إلا باتفاق الأطراف، وفي الحالات التي يقرها القانون. وعلى ذلك ينحصر دور مبدأ حرية الأطراف في مرحلة تنفيذ العقد، إذ يخضع العقد في النهاية لمبدأ أساسي معترف به داخلياً ودولياً، وهو مبدأ حسن النية في التنفيذ وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 7 من القانون المدني: « ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية »، كما نصت اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 على مراعاة مبدأ حسن النية في التجارة الدولية، حيث جاء في مادتها 7 فقرة 1: « يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفاتها الدولية، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية ». (10)

إن فرض مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد يعد قيداً وارداً عن حرية الأطراف في مرحلة تنفيذه للحفاظ على حقوق الطرفين وتنفيذ العقد طبقاً لما تم الاتفاق عليه ومع ذلك تبرز إرادة الأطراف وأعمالها في مرحلة تنفيذ العقد إذ يستطيع الأطراف الاتفاق أو إيراد شرط حسن التنفيذ، وشرط المراجعة وإعادة التفاوض حول شروط العقد، إذا طرأت أحداث غير متوقعة تجعل تنفيذ الالتزام ممكناً لكنه يتسم بالعسر والمشقة بالنسبة للمدين بالتنفيذ.

ويقضي شرط حسن التنفيذ التزام المدين بتنفيذ مبلغاً من المال إلى الدائن لضمان تنفيذ التزاماته وهذا الشرط شائع الاستخدام في عقود الاستثمار الدولي التي تتضمن معلومات سرية كالمعلومات التكنولوجية، التي لا يسمح مُصدّر التكنولوجيا بإفشاءها.

أما شرط المراجعة وإعادة التفاوض حول شروط العقد فيتعلق بانصراف إرادة أطراف عقد الاستثمار إلى تضمينه شرطاً يقضي بإعادة التفاوض حول شروط العقد، إذا اختل التوازن الاقتصادي للعقد بسبب أحداث طارئة غير متوقعة لا يُقبل للمدين بالتنفيذ بردها. وهو شرط استباقي يهدف من خلاله الأطراف لمواجهة الصعوبات أو العواقب التي تعترض تنفيذ العقد، ويردُّ هذا الشرط تحت عدة مسميات منها الظرف الطارئ hand ship أو شرط المراجعة clause de

révision أو شرط العدالة والإنصاف clause d'équité. وتستخدم هذه التسميات للدلالة على حالة المشقة التي يمر بها العقد. (11)

ويكتسي هذا الشرط أهمية كبيرة في حياة عقد الاستثمار الدولي، بالنظر إلى المرونة التي يوفرها أطراف العقد، فهو يمنح من جهة للدولة فرصة إدخال التعديلات الملائمة على تشريعاتها، واتخاذ الاجراءات والتدابير التي تحقق مصالحها، ثم العودة مرة أخرى إلى طاولة المفاوضات، كما يعد شرط المراجعة وإعادة التفاوض من جهة أخرى ضماناً لحماية المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة ضد المخاطر التي تُحدق باستثماره. (12)

إن الطابع الاتفاقي أو الرضائي لشرط المراجعة وإعادة التفاوض يفرض على أطراف العقد، ومن أجل التأمين الجيد لأعماله بيان الأحداث التي قد تؤثر على العقد من حيث طبيعتها، هل هي وطنية أم دولية، أو من طبيعة سياسة اقتصادية أو وبائية؟ وبيان أيضا درجة الاختلال الحاصل في التوازن الاقتصادي للعقد ومصير العقد أثناء فترة المراجعة وإعادة التفاوض، هل يستمر الأطراف في تنفيذه أم أنهم يعلقون تنفيذه في انتظار النتائج المتوخاة عن المفاوضات مع تحديد وعلى وجه الدقة مصير العقد في حالة فشل التفاوض والحل الواجب الاتباع عند عدم الاتفاق ونشوب النزاع.

إن واقع عقود الاستثمار الدولي يدل على تعدد وتنوع صيغ وأشكال شرط مراجعة وإعادة التفاوض ففي مجال المعاملات المالية، والقروض قد يتخذ شرط المراجعة وإعادة التفاوض، الصورة التالية: « أن الاتفاق الحالي 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 في الاتفاق أو يؤم المؤسسة، فإن المقترض سوف يعلم المقرض بالحدث ويتفاوض الأطراف في الأشهر الثلاثة التي تلي هذا الإعلان، لتعديل الاتفاق الحالي». (13)

ويتيح شرط المراجعة وإعادة التفاوض للأطراف الأدوات القانونية المناسبة في حالة عدم التوصل إلى إعادة التوازن للعقد، فقد يتفق الأطراف على فسخ العقد كلياً أو جزئياً، كما قد يتفق الأطراف على إعطاء الحق لكل منهم في فسخ العقد في حالة عدم التوصل إلى اتفاق، كالشرط الذي يقضي على أنه « إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق خلال ثلاثين يوماً تحسب من يوم تقديم طلب إعادة التعديل، فلكل طرف الحق في فسخ العقد دون تعويض شرط إخطار الطرف الآخر بهذا الفسخ»، والشرط الذي يقضي كذلك على أنه «إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق في مدة معقولة فلكل واحد منهما أن يفسخ العقد أو يفسخ الجزء الذي لم ينفذه بعد». (14)

إذا شرط المراجعة وإعادة التفاوض حول شروط العقد وبالرغم من كونه يقوم على أساس مبدأ حرية التعاقد مما يتيح للأطراف الحرية الكاملة في تنظيم مرحلة المراجعة وإعادة التفاوض بالكيفية الملائمة للظروف والمتغيرات الحاصلة لإنجاح التفاوض أو إيجاد مخرج مشترك للأزمة التي يمر بها العقد في حالة فشل المفاوضات إلا أن الأطراف المتعاقدة ملزمة بمراعاة مبدأ حسن النية وشرف التعامل، بحيث يتسم سلوك كل طرف بالاستقامة والنزاهة والحرص على مصالح وتوقعات الطرف الآخر.

ثانيا: إعمال مبدأ حرية التعاقد في مرحلة فض منازعات عقد الاستثمار الدولي

تتسم منازعات عقود التجارة الدولية والاستثمار بالطابع الفني الذي يتطلب نوعا من التخصص للإحاطة بمختلف جوانب النزاع، وهو أمر لا يوفره قضاء الدولة إذا عرض أمامه، لذلك يتجنب المتعاملون في مجال الاستثمار عرض منازعاتهم على قضاء الدولة الداخلي ويفضلون التحكيم كآلية لفض منازعاتهم بحيث يتصدى لتسويتها أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة لا يتقيدون بقواعد القوانين الداخلية، التي أضحت لا تتلاءم وفي أغلب الأحيان مع واقع التطور الذي يشهده مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود.

وعلى ذلك يسعى محترفو التجارة الدولية على هذا النحو إدراج شرط التحكيم في عقودهم رغبة منهم في تدويلها وإخضاعها لقانون التجارة الدولية بما يتضمنه من أعراف وعادات مهنية جرى عليها العمل في الأسواق الدولية، بحكم أن تطبيق مثل هذه العادات والأعراف تشعرهم بالأمان ويحمي توقعاتهم المشروعة، فضلا عن أن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية هم من المتخصصين في التجارة أو المهنة المثار بشأنها النزاع والعارفين جيدا بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني، والتي يكفل إعمالها تجنيب المتعاقدين مغبة مفاجآت القوانين الداخلية التي يجهلون المضامين الموضوعية لأحكامها. (15)

وعلى ذلك يثور التساؤل حول الدور الذي يلعبه التحكيم ذو الطبيعة الرضائية في تحرير عقد الاستثمار ومنازعاته من قبضة القوانين الداخلية وإخضاعه لقواعد قوانين تجارة الدولية، فهل هذا الأمر ممكنا أم أن عقد الاستثمار من جانب تحديد القانون الواجب التطبيق لا بد أن يخضع في النهاية لقانون دولة ما سواء تعلق الأمر بالدولة التي سينفذ فيها العقد أو الدولة التي سينفذ فيها الحكم التحكيمي وفقا لقوانينها.

إن هيمنة إرادة الأطراف على العملية التحكيمية تبرز في النص على شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المترتبة عن تنفيذ العقد، سواء ورد هذا الشرط في عقد الاستثمار ذاته أو في عقد لاحق، ويسمى في هذه الحالة بشرط أو مشاركة التحكيم، ويخول هذا الشرط لأطرافه اختيار نوع التحكيم وهيئة التحكيم وإجراءاته كما قد يفضل أطراف النزاع تسويته عن طريق التحكيم المفوض بالصلح أو العدالة واستبعاد أحكام قانون الدولة الطرف في النزاع تماشيا مع تحقيق مقتضيات العدالة الواقعية التي تستلهم الحلول من الواقع بعيدا عن أحكام القانون.

إن التحكيم التجاري الدولي كطريق لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية، يلعب دورا مركزيا في تحرير هذه العقود من قبضة القوانين الداخلية وإخضاعها لقواعد التجارة الدولية، الذي ساهم وبدور فعال في خلقها عن طريق إيجاد الحلول الذاتية التي تلائم عقود التجارة الدولية، مع إرساء الكثير من العادات والأعراف المختلفة التي تختلف في مضامينها عن القواعد الداخلية، والتي أدى إعمالها من طرف هيئات التحكيم الدولية إلى تشكيل القانون الموضوعي للتجارة الدولية، الذي أصبح بمثابة قانون السوابق الذي تتبلور فيه القواعد الملائمة لمعالجة مثل هذه المنازعات مما جعل التحكيم فاعل أساسي في خلق وتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية. (16)

غير أن العقود الاقتصادية الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها وحسب ما استقر عليه الفقه التقليدي، الذي اعتنق في هذا الشأن وجهة نظر محكمة العدل الدولية، التي أكدت في هذا الصدد أن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة

وعند غياب الاتفاق الصريح على تحديده وقانون الدولة المتعاقدة، وتبعاً لذلك يستبعد هذا الاتجاه إمكانية تدويل هذا النوع من العقود وجعلها مكتفية ذاتياً وإسنادها إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وهو ما يستجيب بدون شك لمصالح الدول النامية في تعاقداتها مع الشركات المتعددة الجنسيات.⁽¹⁷⁾

ومع ذلك فإن غالبية أحكام المحكمين تتجه نحو تدويل عقود التجارة الدولية ومنازعاتها، التي لا تكون الدولة طرفاً فيها وإخضاعها بصفة أساسية لقواعد قانون التجارة الدولية المباشرة.

وفي سياق التأكيد على الدور الذي يلعبه التحكيم في خلق قواعد قانون التجارة الدولية يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن المحكمين سيخلقون يوماً ما قانوناً خاصاً دولياً يحل محل القانون الدولي الخاص، أي سيخلقون الأحكام الموضوعية للتجارة الدولية والتي ستنتفي معها الحاجة إلى نظام التنازع التقليدي.⁽¹⁸⁾

خاتمة:

يبدو واضحا من خلال العرض السابق أن حركية عقود التجارة الدولية عموما أو عقود الاستثمار على وجه الخصوص تتطلب إخراجها من دائرة الخضوع لقوانين الدولة، التي وجدت أصلا لحكم روابط داخلية، فضلا عن أنها تفرض الكثير من القيود من شأنها عرقلة نمو وتطور معاملات التجارة الدولية.

وعلى ذلك فقد ظهرت تجاه عام يدعو إلى تحرير عقود التجارة الدولية والاستثمار من قبضة القوانين الداخلية وإعلاء مبدأ سلطان الإرادة في جميع مراحل العملية التعاقدية لتحقيق استقلالها وكفايتها الذاتية، سواء تعلق الأمر بمرحلة تكوين العقد أو تنفيذه أو فض منازعته، وذلك من أجل تحقيق المرونة المطلوبة في التعامل مع خصوصيات ومعطيات العملية التعاقدية واستلهاهم الحلول لمشكلاتها من واقعها بعيدا عن قانون الدولة الذي أظهرت الممارسة عدم تماثيه مع المتغيرات والتطورات الملحوظة التي يشهدها يوما بعد يوم مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود.

وإذا كانت الدعوة التي تحرر العقد الدولي من قبضة القوانين الداخلية للدولة، لها ما يبررها في الواقع، غير أن ذلك لا يعني بالضرورة أن يصبح العقد في حالة فراغ قانوني لا يخضع لأي قانون (فكرة العقد الطليق)، فهو في النهاية يخضع لقانون آخر من صنع مجتمع التجار ورجال الأعمال الذي أصبحت له "السلطة" في صياغة القواعد القانونية المناسبة لتنظيم مختلف روابطه وعلاقاته، والتي أصبحت تشكل ما يسمى بقانون التجارة الدولية، وهي قواعد موضوعية لها ذاتيتها الخاصة تتجه شيئا فشيئا نحو فرض نفسها كبديل لقواعد التنازع التقليدية.

وعلى ذلك وبالرغم من تعامل تشريعات الكثير من الدول مع خصوصيات عقود التجارة الدولية، عن طريق إعطاء نوع من الحرية لتسيير إنجاز معاملاتها، إلا أن ذلك لا يصل بالعقد إلى درجة الإفلات من قبضة التشريعات الداخلية، فالعقد في نهاية المطاف لابد أن ينفذ في دولة معينة ووفقا لقوانينها وتشريعاتها وتنظيماتها، والتي تفرض وفي الغالب الأعم مراعاة مقتضيات النظام العام المتعلق باحترام ومراعاة الأسس والمبادئ الكبرى التي تحكم المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية المشكلة للبنية الاجتماعية.

كما أن تنفيذ الحكم التحكيمي حتى وإن كانت العملية التحكيمية تقوم على حرية الأطراف في اللجوء إليه من عدمه، واختيار الهيئة التحكيمية وإجراءاتها، وحياسة الحكم التحكيمي لحجية الأمر المقضي به كما هو عليه الحال في الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة، إلا أن هذه الأخيرة تفرض على الطرف الذي يريد تنفيذ الحكم التحكيمي حصوله على الاعتراف بذلك الحكم من قضاء الدولة ووفقا للإجراءات القانونية المحددة في قانون الدولة المعنية بالتنفيذ.

إن القول بكفاية العقد الدولي من عدمه يعكس في واقع الأمر صراع إرادات الأطراف القوية في العلاقات التجارية والاقتصادية الدولية، وهي الشركات المتعددة الجنسيات ومن ورائها الدول الغربية التي تريد تكريس واقع قانوني متعلم يُفرض على الدول النامية خصوصا، وهذه الأخيرة وبحكم حداثة استقلالها وخوفا من المساس باستقلالها، تتمسك دائما بسيادتها التشريعية في مواجهة الطرف الأجنبي لتحقيق أهداف التنمية وحفاظا على كيانها.

وعلى ذلك وبالرغم من قوة الاتجاه الداعم لفكرة تدويل عقود الاستثمار الدولية وتحقيق كفايتها الذاتية واستقلالها عن قوانين الدولة خاصة الدول النامية، إلا أن هذا لا يمنع هذه الأخيرة من التعامل مع هذا الوضع وليس رفضه بالمطلق والتحجج بفكرة إعمال السيادة، وذلك من خلال:

- التمييز عن إعمال الدولة لسيادتها بين عقود الدولة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة والمؤثرة في التنمية وعقود الاستثمار الأخرى الأقل أهمية.
- التركيز على مرحلة التفاوض على عقود الاستثمار الدولية بحكم أنها أخطر مرحلة في حياة هاته العقود، حيث تتحدد حقوق والتزامات الأطراف، والقانون الواجب التطبيق وكيفية فض المنازعات ويتطلب ذلك بالضرورة إعداد فريق تفاوض على درجة كبيرة من الدراية والكفاءة العالية.
- التخلص من الإجراءات الطويلة والمعقدة والغارقة في الشكليات التي تميز مسلك التقاضي أمام قضاء الدولة مع توفير الضمانات اللازمة لتشجيع المستثمر الأجنبي على عرض منازعاته مع الدولة أمام قضائها دون تردد أو خوف.

قائمة المراجع:

أولا/ الكتب :

- 1) أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 2) أبو العلا النمر: مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- 3) محسن شفيق: نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1984.
- 4) محمد محمد أبو زيد: المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 61.
- 5) محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
- 6) هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2013.

ثانيا/ المقالات :

- 1) رشا علي الدين: سلطه المحكم في إعادة التوازن للعقد، دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة، مقدمة في الفترة من 1 إلى 2 أبريل 2009 بقاعة السنهوري بكلية الحقوق جامعة المنصورة، ص 82.
- 2) سالم بن سلام بن حميد الفلتي: أثر تغيير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، العدد 82، المجلد الثاني، كلية الحقوق، جامعة طنطا، أكتوبر 2019، ص 85.

الموقع:

https://las.journals.ekb.eg/article_155965_64c9df132f32013e63e3aa49ec7fe45a.p
df تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 13:01).

ثالثا/ الوثائق القانونية :

1) UNIDROIT ، Principes Relatifs aux Contrats du Commerce International ;

(عنوان الموقع) <https://www.unidroit.org/english/documents/1994/study50/s-50-54-e.pdf>

تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 11:52)

2) Modifier par ordonnance n 2016 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime de la preuve des obligations

الموقع. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939>

تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 11:20).

3) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا 1980.

https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 13:24).

التهميش

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 65.

² - UNIDROIT ، Principes Relatifs aux Contrats du Commerce International ;

(عنوان الموقع) <https://www.unidroit.org/english/documents/1994/study50/s-50-54-e.pdf>

تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 11:52)

³ - أبو العلا النمر: مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 143.

⁴ - Modifier par ordonnance n 2016 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime de la preuve des obligations

الموقع. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939>

تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 11:20)

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 133.

⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 134.

⁷ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع نفسه، ص 141.

⁸ - محسن شفيق: نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1984، ص 100.

⁹ - أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع نفسه، ص 150.

¹⁰ - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا 1980.

https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 13:24).

- 11 - محمد محمد أبوزيد: المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 61.
- 12 - رشا علي الدين: سلطه المحكم في إعادة التوازن للعقد، دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة، مقدمة في الفترة من 1 إلى 2 أبريل 2009 بقاعة السنهوري بكلية الحقوق جامعة المنصورة، ص 82.
- الموقع : <https://iefpedia.com/arab/?p=1004> تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 11:47).
- 13 - سالم بن سلام بن حميد الفلتي: أثر تغيير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، العدد 82، المجلد الثاني، كلية الحقوق، جامعة طنطا، أكتوبر 2019، ص 85.
- الموقع:
https://las.journals.ekb.eg/article_155965_64c9df132f32013e63e3aa49ec7fe45a.pdf
- تاريخ التصفح: (03 جانفي 2024 ، الساعة: 13:01).
- 14 - سالم بن سلام بن حميد الفلتي: المرجع نفسه، ص ص 97-98.
- 15 - محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، ص ص 202-203.
- 16 - محمد ياقوت: المرجع السابق، ص 245.
- 17 - هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 221.
- 18 - هشام علي صادق: المرجع نفسه، ص 197.