مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ISSN 2602-7321/ EISSN 2773- 2649

السنة: 2024 المجلد: 07 العدد: 01 ص- ص: 221-243

دور شرط إعادة التفاوض في ضمان استمرار تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

The role of the renegotiation clause in ensuring the continued implementation of international investment contracts

ط.د. عربية مروة بودوخة*[1]، مخبر تطبيق التكنولوجيات الحديثة على القانون، جامعة سطيف2، الجزائر، ar.boudoukha@univ-setif2.dz

تاريخ إرسال المقال: 2023/01/10 تاريخ قبول المقال: 2024/05/19

الملخص:

إن الرغبة المتبادلة للمستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة في الحفاظ على استمرار تنفيذ عقد الاستثمار المبرم بينهما وتجنب المنازعات التي من الممكن أن تثار بشأن هذه الرابطة العقدية؛ تدفعهم إلى الاتفاق على تضمين هذا العقد شرط إعادة التفاوض، حيث يعتبر هذا الأخير ضمانة عقدية يتم اللجوء إليها في حالة تعرض العقد إلى ظروف استثنائية تؤثر عليه تأثيرا جوهريا، بما يؤدي إلى إرهاق أحد المتعاقدان في حالة تنفيذه لالتزاماته، ومن هنا تظهر أهمية إعمال شرط إعادة التفاوض الذي يسمح للمتعاقدين بمراجعة الأعباء غير العادلة الناتجة عن التغير في الظروف، وتعديل الالتزامات المترتبة على تنفيذ العقد بالشكل الذي يعالج الاختلال الذي أصابه ويحقق العدالة التعاقدية.

الكلمات المفتاحية: شرط إعادة التفاوض، عقود الاستثمار الدولية، المستثمر الأجنبي، الدولة المستضيفة.

Abstract: The mutual desire of both the foreign investor and the host state to maintaining the sustained execution of their investment contract and to avoid disputes that might arise regarding this contractual bond prompts them to agree to include in this contract a renegotiation clause, The latter is considered a contractual safeguard that is invoked in the event that the contract encounters extraordinary circumstances significantly affecting its dynamics, resulting in one of the contracting parties facing undue difficulties in fulfilling their commitments, Hence the importance of implementing a renegotiation clause that allows contractors to scrutinize and rectify inequitable burdens resulting from a change in circumstances, And amending the commitments resulting from the

* عربية مروة بودوخة

implementation of the contract in a way that addresses the defect that occurred and achieves contractual justice.

Key words : Renegotiation clause, International investment contracts, Foreign investor, Host state.

المقدمة:

تعتبر عقود الاستثمار الدولية أهم وسيلة تلجأ لها الدول من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية ورقيها الاجتماعي، لما لهذه العقود من أهمية في نقل التكنولوجيا وجلب العملة الصعبة، وتوفير الخبرات الفنية وتقديم تجارب الدول المتقدمة الناجحة، كما يتجه المستثمرين الأجانب إلى إبرام مثل هذه العقود نظرا للفائدة الاقتصادية الضخمة التي تتحقق لهم نتيجة ذلك، إلا أن طول مدة تنفيذ هذه العقود يعرضها إلى العديد من التقلبات الاقتصادية التي تؤثر بشكل بارز على تنفيذها مما قد يؤدي إلى تنازع أطرافها، ولتفادي ذلك يلجأ هؤلاء إلى تضمينها كل الشروط التي تكفل مواجهة كافة الصعوبات التي تهدد تنفيذها، ولعل شرط إعادة التفاوض يمثل أهم هذه الشروط.

يعتبر شرط إعادة التفاوض الآلية الرئيسية التي تمكن من المحافظة على استمرار تنفيذ عقود الاستثمار الدولية، ويتحقق ذلك من خلال السماح للمستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة بإعادة النظر في ما طرأ على العقد من مستجدات غير متوقعة بفعل التغير في الظروف؛ وإتاحتهما الفرصة لوضع حد للاختلال الذي أصاب التزاماتهما وتعديل هذه الالتزامات على قدر من التناسب وبالتالي تفادي النزاع الذي من الممكن أن ينشأ في هذا الخصوص، وهو ما يضفي الأمان القانوني على هذه العقود كونه يمثل تجسيدا لرغبات أطرافها.

ويظهر الهدف من هذه الدراسة إلى إبراز الدور الفعال الذي يلعبه إدراج شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية في ضمان حقوق المتعاقدان في حالة تغير الظروف المحيطة بهذه العقود، حيث أصبح يشكل أولوية من الأولويات التي يستلزمها استمرار تنفيذ هذه العقود، وتأسيسا على ذلك يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية شرط إعادة التفاوض في استعادة توازن عقود الاستثمار الدولية وتجنب المنازعات التي من الممكن أن تثار بشأن الآثار التي يرتبها التغير في الظروف على هذا العقد؟

ولدراسة الإشكالية السابقة تم الاعتماد على الدراسة الوصفية التحليلية ويتجلى ذلك من خلال عرض مفاهيم شرط إعادة التفاوض ومختلف عقود الاستثمار الدولية التي تضمنته، إضافة إلى النتائج التي يرتبها على هذه العقود، وارتأينا معالجة موضوع الدراسة من خلال مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

المبحث الثاني: نتائج إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

المبحث الأول: إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

إن الضرورات التي يمليها الواقع العملي لعقود الاستثمار الدولية دفع بأطرافها إلى البحث عن وسائل تمكنهم من التصدي لمختلف العقبات التي تواجه تنفيذ هذه العقود، خاصة وأن تنفيذها يستمر لمدة طويلة من الزمن وهو الأمر الذي يجعلها معرضة إلى العديد من التقلبات التي تعيق تنفيذها، ومن هذا المنطلق برز العمل بشرط إعادة التفاوض الذي يساهم إدراجه في عقد الاستثمار الدولي بشكل كبير في الحفاظ على استمرار تنفيذه، ويتحقق هذا من خلال السماح للمستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة في حالة تغير الظروف المحيطة به والتي تقلب توازنه وتؤثر على التزامات أحدهما تأثيرا سلبيا يؤدي إلى الإضرار به بالاجتماع لمراجعة العقد وتعديله بما يعيد توازنه، وعلى ذلك ستتم دراسة مضمون شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار الدولي ثم دواعي اللجوء إلى إعمال هذا الشرط.

المطلب الأول: مضمون شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

يعتبر شرط إعادة التفاوض أهم الشروط التي تكفل الحماية لعقد الاستثمار الدولي ضد العوائق التي تهدد تنفيذه، كما يعد الوسيلة الفنية التي يترتب على اللجوء إليها تفادي الخلاف الذي قد ينشأ بشأن انقلاب توازن هذا العقد، فاتجاه المتعاقدان إلى استعمال حقهما في تضمين شرط إعادة التفاوض في العقد هو الذي يمنحه القوة الملزمة باعتبار أن هذا العقد بما يتضمنه من شروط وأحكام يعد بمثابة قانون يحكمهما.

أولا: الطابع الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض

اهتم الفقه بتعريف شرط إعادة التفاوض إذ هناك من يعرفه بأنه: "طريقة يتم الاتفاق عليها بين طرفا العقد من أجل التحكم بشكل أفضل في عواقب الظروف المتغيرة خلال فترة سريان عقدهما"[1].

كما عرفه البعض بأنه: "شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد، سواء في الشروط نفسها الواردة في العقد أو

[1] Laura Carneiro, Les Clauses De Hardship Dans Les Contrats Maritimes, mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit Maritime, faculté de droit et sciences politiques, Université D'aix-Marseille, 2013, P 19.

في اتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح"[2].

ومن جهة أخرى عرف جانب أخر من الفقه شرط إعادة التفاوض بأنه: "التزام الأطراف بإعادة التفاوض بشأن العقد لمواجهة الظروف الطارئة بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول، لرفع الضرر الجسيم الذي يتحمله أحد الأطراف من جراء تلك الظروف"[3].

وفقا للتعاريف السابقة التي قيلت بشأن شرط إعادة التفاوض يتضح بأن الفقه يكاد يجمع على مضمون هذا الشرط، وعليه يمكننا أن نعرفه على أنه ذلك الشرط الذي يتم الاتفاق بين المتعاقدين على إدراجه في عقد الاستثمار الدولي، سواء لحظة إبرام العقد أو في اتفاق لاحق ومنفصل عنه، إذ لا يتم تطبيقه إلا في حالة وقوع ظروف استثنائية خارجة عن إرادة الطرفين لا يمكن لهما توقعها لحظة إبرام العقد، بحيث يترتب على هذه الظروف قلب في توازن العقد بشكل يضر بأحد المتعاقدين.

وفي هذا الصدد نجد تقرير جمعية القانون الدولي قد اعترف بأن اتفاقيات التنمية الاقتصادية قابلة للتغيير وأن إعادة التفاوض حول تنظيمها القانوني من شأنه أن يدعمها، كما أكد على ذلك التقرير الصادر عن الأمين العام للأمم المتحدة المؤرخ في 07 مارس 1983 المتعلق بالسيادة على الثروات الطبيعية، حيث ذهب إلى أن إعادة التفاوض بشأن عقود التنمية الاقتصادية ضرورة تفرضها التغيرات في الظروف العالمية[4].

ومن المعلوم أن كل إبرام للعقود على اختلافها وأيا كان مجالها يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، أين تمثل إرادة المتعاقدين المصدر الأساسي للحقوق والالتزامات التي يتضمنها العقد والمحدد الوحيد للبنود والشروط المدرجة فيه، وعقود الاستثمار الدولية شأنها شأن كل العقود التي تنظم وفقا لما تمليه إرادة أطرافها.

وبهدف الحفاظ على استمرار تنفيذ عقد الاستثمار الدولي غالبا ما يتم الاتفاق بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة على تضمين هذا العقد كل الشروط التي تقدم قدر عال من الحماية لمراكزهما القانونية وتوفر الضمان الكافي لمصالحهما، وتبعا لذلك فإن الحرية التعاقدية التي يتمتع بها هؤلاء تعد الأساس المنشئ لشرط إعادة التفاوض، الذي يعتبر إحدى الآليات التي تعمل على تجسيد رغباتهما وتعزيز روح التعاون بينهما وتحثهما على الاتفاق على ما يحقق أهدافهما، ويتحقق ذلك من خلال تمكينهما من مراجعة

[2] علي كاظم حسن، عبد مهدي دهش فاطمة، آليات إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء العراق، المجلد 09، العدد 01، 2017، ص78.

[3] عوض محمد حسن سامية، الضمانات العقدية للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية –دراسة مقارنة–، مجلة بحوث كلية الآداب، جامعة الأمير محمد بن فهد المملكة العربية السعودية، المجلد 30، العدد 117، 2019، ص713.

[4] وليد لعماري، الأمن القانوني في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، المجلد 06، العدد 04، 2021، ص529.

مضمون العقد ومواجهة الظروف المستجدة الماسة به، وبالتالي تجنب المنازعات التي من الممكن أن تنشأ في حالة قلب توازنه.

واستنادا إلى ما سبق فإن أهم ما يميز شرط إعادة التفاوض هو طبيعته الاتفاقية التي تمكن المتعاقدين من تحديد فحواه بحرية كاملة، وهو الأمر الذي يضفي عليه نوع من المرونة بحيث يتوقف مضمونه على ما تم الاتفاق عليه بين طرفي كل عقد، على النحو الذي يجعله يختلف من عقد إلى آخر.

فيمكن للمتعاقدين مثلا الاتفاق على تحديد الظروف التي تطرأ على العقد والتي تستوجب إعادة التفاوض بشأن حقوق والتزامات كل طرف، بالإضافة إلى إمكانية تحديد الأساليب الواجب إتباعها للحد من الآثار السلبية التي تحدثها المعطيات الجديدة الماسة بالعقد.

كما يمكن لهما تحديد مصير العقد أثناء فترة إعادة التفاوض بتحديد ما إذا سيتم استمرار تنفيذه أو سيوقف إلى حين انقضاء هذه الفترة، بالإضافة إلى إمكانية الاتفاق على مصير هذا العقد في حالة عدم تحقق الهدف المنشود من المفاوضات، والحلول التي من المفروض إتباعها في حالة وقوع نزاع حول مدى تحقق الشرط[5].

ثانيا: تطبيقات شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

تضمنت العديد من عقود الاستثمار الدولية شرط إعادة التفاوض على غرار عقد مشاركة الإنتاج المبرم سنة 1992 بين مجموعة Lasmo group والشركة الوطنية للنفط والغاز التابعة لجمهورية الفيتنام الاشتراكية وذلك في المادة 17-8 تحت عنوان "**إدخال قوانين وأنظمة جديدة**" والتي نصت على:

"إذا تم تطبيق قانون (قوانين) و/أو لائحة (لوائح) جديدة بعد تاريخ النفاذ داخل جمهورية الفيتنام مما يؤثر سلبا على مصلحة المتعاقد، أو إجراء أي تعديلات على القوانين و/أو اللوائح الحالية تجتمع الأطراف وتتشاور فيما بينها وتتخذ ما يلزم من تدابير على هذا الاتفاق لضمان استعادة المتعاقد ذات الظروف الاقتصادية التي كانت ستحيط بالاتفاق في حالة عدم إصدار قانون و/أو لائحة جديدة أو تعديل القوانين و/أو اللوائح القائمة "[6].

كما نصت اتفاقية المشاركة في الإنتاج في 20 مارس 1997 المتعلقة باستكشاف وإنتاج البترول لدولة تركمانستان في مادتها 16-6 على:

[5] زواق نجاة، نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 05، العدد 02، 2021، ص 1480.

[6] Klaus P. Berge, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 36, Issue 04, 2003, p1359-1360.

"إذا تضمنت القوانين أو اللوائح التركمانية الحالية أو المستقبلية، أو أية مطالب تفرضها السلطات التركمانية على المتعاقد أو المتعاقدين الفرعيين، بما في ذلك أية أحكام غير منصوص عليها صراحة في هذه الاتفاقية والتي يؤثر تنفيذها سلبا على المصالح الاقتصادية للمتعاقد، يلتزم الطرفان بإجراء التعديلات اللازمة على هذه الاتفاقية لضمان حصول المتعاقد على النتائج الاقتصادية المتوقعة بموجب شروط وأحكام هذه الاتفاقية"[7].

إضافة إلى العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول من جهة وشركة Repsol Exploration Egypt وشركة Mobil Exploration Egypt Inc من جهة ثانية، حيث نص هذا العقد في المادة 19 منه على:

"في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو لائحي يؤدي إلى انتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوما للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات"[8].

زيادة على ذلك نصت الاتفاقية النموذجية لدولة قطر للاستكشاف والمشاركة في الإنتاج لسنة 1992 في المادة 34-12 منها والتي عنوانها "**توازن الاتفاقية**" على:

"حيث أن المركز المالي للمتعاقد، قد تم تحديده بموجب الاتفاقية، على أساس القوانين واللوائح المعمول بها عند نفاذها، فإنه يتم الاتفاق على أنه إذا صدر مستقبلا أي قانون أو مرسوم أو لائحة تؤثر على المركز المالي للمتعاقد، وخاصة إذا كانت الرسوم الجمركية تتجاوز ... بالمائة خلال مدة الاتفاقية، يجب على كلا الطرفين الدخول في مفاوضات بحسن نية من أجل التوصل إلى حل متكافئ يحافظ على التوازن الاقتصادي لهذه الاتفاقية. وقد يؤدي عدم التوصل إلى اتفاق بشأن هذا الحل إلى تفاقم الأمر فإنه يجوز لأي من الطرفين أن يحيلها إلى التحكيم عملا بالمادة 31"[9].

وما يجب التنويه إليه هو أن مسألة صياغة مضمون شرط إعادة التفاوض وتحديد عناصره هي مسألة جوهرية وفي غاية الأهمية، حيث يجب أن يتم تحديد فحواه على قدر عال من الدقة لضمان تحقيق التطبيق السليم له، إذ نجد أن دليل اليونسترال المتعلق بصياغة العقود الدولية قد أشار إلى ضرورة الصياغة الجيدة

[7] Bernrdini Piero, The Renegotiation of Investment Contract, Foreign Investment Law journal, Volume 13, Number 02, 1998, P 417.

[8] عامر شنجار محمد، غسان أحمد علي، الوسائل القانونية لتجنب منازعات الاستثمار (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة النهرين العراق، المجلد 18، العدد 02، 2016، ص53.

[9] Klaus P. Berge, Op.Cit, p 1360.

والسليمة لشرط إعادة التفاوض من خلال توضيح الظروف الموجبة لتطبيق الشرط وضرورة استقلالها عن إرادة الطرفان، وإضافة إلى وجوب أن تترتب عليها آثار اقتصادية وخيمة[10].

فغالبية شروط إعادة التفاوض المدرجة في عقود الاستثمار الدولية يتم تعريفها بشكل عام، بحيث تحتوي على قائمة تضم أمثلة عن الحوادث الموجبة لإعمال هذه الشروط، ويتبين ذلك من خلال العبارات والمصطلحات المستعملة في صياغتها على غرار **بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، دون الإخلال بعموم ما تقدم، في هذا المفهوم مثلا**، وغيرها من العبارات التي تفيد عدم اقتصار الشرط على ما تم ذكره فقط[11].

وتأكيدا على ذلك ينبغي أن يتجه المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة إلى صياغة مضمون شرط إعادة التفاوض بشكل مرن بعيدا عن الجمود، مما يجعله يتلاءم مع متغيرات الظروف الاقتصادية وتأثيراتها على عقد الاستثمار الدولي.

المطلب الثاني: دواعي اللجوء إلى إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

رغم اتفاق المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة على إدراج شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار المبرم بينهما، إلا أنه لا يمكن تطبيق هذا الشرط إلا في حالة تعرض العقد إلى أحداث غير متوقعة تمس به بشكل جوهري، إضافة إلى ذلك يستوجب إعمال شرط إعادة التفاوض أن يترتب على هذه الحوادث ضرر فادح على أحد المتعاقدان في حالة إقدامه على تنفيذ التزاماته.

أولا: وقوع حوادث ماسة بعقود الاستثمار الدولية

كأصل عام تتمتع كافة العقود وبما فيها عقود الاستثمار الدولية بالقوة الإلزامية بحيث لا يمكن تعديلها ولا نقضها إلا باتفاق أطرافها تطبيقا لمبدأ **العقد شريعة المتعاقدين**، وتبعا لذلك يجوز للمستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة الاتفاق على تعديل عقد الاستثمار متى استدعت الضرورة ذلك من خلال تطبيق شرط إعادة التفاوض سواء عند تحقق حالة القوة القاهرة أو حالة الظروف الطارئة.

[10] بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض: آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، المجلد 01، العدد 03، 2018، ص182.

[11] Didier MATRAY, Françoise VIDTS, Les Clauses D'adaptation De Contrats, intervention dans le cadre du 55° Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Faculté de droit, Université de Liège, Belgique, 2005, P 123.

وعليه فإن الحوادث الموجبة لإعمال شرط إعادة التفاوض هي تلك الظروف غير مألوفة ونادرة الوقوع التي لا يمكن توقعها عند إبرام العقد كما لا يمكن دفعها في حالة وقوعها، بحيث تتميز الآثار المترتبة على وقوع هذه الظروف بدرجة عالية من الجسامة[12] تجاوز قدرة المتعاقد على تنفيذ التزامه.

فعدم توقع الأحداث التي تؤثر على عقد الاستثمار الدولي يرجع إلى ظروف العقد ذاته[13]، وبالتالي لا يمكن حصر هذه الأحداث لأن مفهوم عدم التوقع هو أمر نسبي، كما أن كل عقد استثمار يكون عرضة للعديد من المخاطر التي يضعها المتعاقدان في الحسبان وقت إبرام العقد وهي ما يسمى بالمخاطر العادية[14]، وعلى ذلك فإنه ليس كل ما يطرأ على العقد من أحداث يعتبر من قبيل الحوادث التي تستوجب إعادة التفاوض، فمجرد التغيير البسيط في الظروف لا يؤخذ بين الاعتبار في هذا الصدد.

وتأسيسا على ذلك يتفق مضمون الظروف الطارئة مع مضمون القوة القاهرة بمفهومها التقليدي من حيث أن كلاهما يمثل مجموعة من الأحداث التي تؤثر تأثيرا جوهريا على العقد، لم يكن في المستطاع توقعها عند إبرامه ولا تداركها وهي خارجة عن إرادة المتعاقدين، إلا أنهما يختلفان من حيث الآثار المترتبة عليها فالقوة القاهرة تؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد مما يترتب على هذه الاستحالة انفساخ العقد، أما الظروف الطارئة فهي لا تؤدي إلى انفساخ العقد بل يظل تنفيذ هذا الأخير ممكنا، لكن من شأنه حتما أن يتسبب في زيادة الأعباء والالتزامات على أحد الطرفان ويعرضه إلى خسارة فادحة وهو ما يؤدي إلى الإضرار به.

والجدير بالذكر أن هناك من الفقه من يرى أنه يمكن أن يترتب على القوة القاهرة استحالة مؤقتة، حيث يقتصر أثرها على تعليق تنفيذ العقد إلى غاية انتفاء المانع من التنفيذ، ويمكن القول أن هذه الحالة تقترب من مفهوم إعادة التفاوض في أن كلاهما يترتب عليه بقاء العلاقة العقدية قائمة، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن القوة القاهرة لا تؤدي إلى إحداث اختلال في توازن العقد[15]، وبالتالي عدم المساس بالالتزامات الواقعة على

---

[12] محمد السعيد عبد القوي عون كمال، أثر تغير الظروف الاقتصادية على المعاملات التعاقدية –دراسة مقارنة–، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية مصر، المجلد 56، العدد 04، 2022، ص453.

[13] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2015، ص28.

[14] محمود حسن حسام الدين، شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن في عقود الاستثمار، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة مصر، المجلد 12، العدد 82، 2022، ص135.

[15] سيد عبد الرحيم حسام، إعمال شرط إعادة التفاوض ال HARDSHIP في عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط مصر، المجلد 54، العدد 01، 2021، ص395.

عاتق كل طرف مما لا يستوجب التعرض لها بالتعديل، على عكس حالة الظروف الطارئة التي تمس بالعقد بالصورة التي تستدعي إعادة التفاوض بشأنه والاتفاق من جديد حول التزامات كلا الطرفان.

ومع ذلك فإن المفهوم الحديث لشرط القوة القاهرة والذي ظهر بمناسبة الواقع الذي تفرضه العقود الدولية بعيدا عن مفهومه التقليدي المتعارف عليه في ظل القواعد العامة يتوافق كثيرا مع مفهوم الظروف الطارئة، وذلك من خلال أنه يجيز صياغة هذا الشرط بصورة تتناسب مع طبيعة ومتطلبات هذه العقود، أين يفضل المتعاقدان انتهاج السبل التي تساهم في الحفاظ على الرابطة العقدية بينهما وتحقيق النتائج المنتظرة منها[16].

وبمعنى آخر مادامت القواعد المنظمة للقوة القاهرة تخرج عن نطاق النظام العام على مستوى معظم الدول؛ فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدين على تحديد مضمونها وشروط تطبيقها وكذا آثارها بالصورة التي تضمن لمصالحهما الحماية القانونية الكافية، وذلك من خلال إدراج هذا الشرط في العقد والذي يمكنهم من إعادة النظر في النتائج التي رتبتها هذه الظروف المستجدة ومحاولة إيجاد حلول لمواجهتها بعيدا عن زوال العقد[17].

ثانيا: اختلال توازن عقود الاستثمار الدولية

يكون عقد الاستثمار الدولي شأنه شأن باقي العقود متراخية التنفيذ معرضا إلى العديد من التقلبات التي من الممكن أن تؤثر عليه طيلة مدة تنفيذه، ومن المعلوم أن العدالة العقدية تقتضي أن يتم توزيع الالتزامات بين طرفي العقد على قدر من التناسب، وبالتالي فإن أي ظرف مستجد يصيب العقد ويقلب توازنه بالزيادة في حجم التزامات أحد الطرفان يترتب عليه انتفاء هذه العدالة، مما يتطلب التدخل لمعالجة هذا الاختلال.

وبناء على ذلك فإن التغيرات البسيطة التي تصيب التزامات المتعاقدين والتي من المفترض أن يضعها المتعاقدان في توقعاتهم لا تكفي لتبرير طلب إعادة التفاوض، بل أن هذه التغيرات تعد من قبيل المخاطر العادية التي يفرض واجب حسن النية التعاقدي على المتعاقدين تحملها في إطار تنفيذ العقد واحترامهم لتعهداتهم، حيث أن حسن النية يتعارض مع طلب المتعاقد لإعادة التفاوض بشأن العقد وتعديل مضمونه لمجرد التغيير البسيط الذي مس التزاماته، طالما أن هذا التغيير لم يتعدى حدود المعقول[18].

[16] نجاة زواق، المرجع السابق، ص1484.

[17] مروك أحمد، المرجع السابق، ص152.

[18] محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص142.

ويمكن القول أن الاختلال المؤدي لإعمال شرط إعادة التفاوض هو اضطراب جوهري يصيب العقد وتغيير غير عادل يمس الالتزامات التي يفرضها هذا الأخير على المتعاقدين بشكل يجعل تنفيذها مرهق وشاق لأحدهما ويعرضه لخسارة فادحة[19].

وفي هذا المقام فإذا كانت وظيفة شرط إعادة التفاوض تتمثل في الحفاظ على استمرار العقد وحمايته من الزوال بسبب ما يمكن أن يطرأ عليه من مستجدات؛ فإن العبرة في تطبيق هذا الشرط تكون بالنتائج التي تترتب على هذه المستجدات وليست المستجدات في حد ذاتها، حيث أنه يمكن أن تتغير الظروف المحيطة بالعقد تغييرا جذريا إلا أنها لا تؤثر على التزامات المتعاقدين، وفي هذه الحالة لا يوجد اختلال في توازن العقد وبالتالي ليس هناك داعي لإعمال شرط إعادة التفاوض[20].

وهو ما أكده قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1512 لسنة 1971، حيث جاء فيه: "**على المحكم أو القاضي أن يضع في اعتباره أن الأمر لا يتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك تغير جذري في الظروف ولكنه يتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك تغير جذري في الالتزام**"[21].

واختلف الفقه حول المعيار المعتمد في تقدير الاختلال المترتب على تغير الظروف على العقد، فمنهم من اعتمد على المعيار الموضوعي الذي لا يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمتضرر، بل يعتمد على معيار مجرد يقوم على وضع شخص معتاد في ذات ظروف المتعاقد المتضرر، ويعاب على هذا المعيار من حيث أن اعتماده قد يطرح إشكالا في تفسير إرادة المتعاقدين وقصدهم من الاختلال المتطلب، وخاصة في حالة استعمالهم مصطلحات عامة وغير محددة، إضافة إلى أن هذا المعيار لا يهتم للظروف الشخصية للمتضرر في حين أن لهذه الظروف دور كبير في التقدير السليم للضرر، إذ أنه يمكن للأحداث المستجدة أن ترتب نتائج معينة على متعاقد ما في حين أنها لا ترتب ذات النتائج على متعاقد آخر[22].

أما المعيار الشخصي فيقوم على التغيير الذي مس الظروف الشخصية للمتعاقد المتضرر، حيث أن الاختلال يكون ضار وغير عادل في حالة تحمل المتعاقد ضررا شديدا بسبب الظروف التي جدت والتي أدت بالعقد إلى فقدان توازنه، إذ أنه من غير العدل أن يتحمل المتعاقد مثل هذا الضرر، وعلى ذلك لكي تتحقق العدالة العقدية يتم إعادة التفاوض بشأن ما أصاب العقد من اختلال من أجل رفض الضرر المتحقق،

[19] يحياوي سعيد، الوسائل البديلة عن القضاء العام والخاص في حل النزاعات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2019 ص246.

[20] محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنيذ العقود الدولية)، الطبعة الأولى، مطبعة الفجيرة الوطنية، الإمارات، 2010، ص136.

[21] مروك أحمد، المرجع السابق، ص175.

[22] محمود حسن حسام الدين، المرجع السابق، ص130.

ويستشف من الواقع العملي أن المتعاقدان عادة ما يفضلون الاعتماد على المعيار الشخصي في تقديرهم للاختلال وذلك من خلال تحديد نسبة معينة للتغيرات تبرر طلب تعديل العقد، كما قد يلجأ المحكمون إلى إعمال هذا المعيار حتى في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على هذه النسبة[23].

المبحث الثاني: نتائج إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولي

قد يتفق أطراف عقود الاستثمار الدولية على تحديد مصير هذه العقود خلال فترة إعادة التفاوض، سواء باستمرار تنفيذها مراعاة للفائدة الكبرى التي يتطلع هؤلاء على الحصول عليها كنتيجة لإبرامها، أو بالنص على توقف تنفيذها إلى غاية توصلهم إلى نتيجة معينة نظرا للآثار السلبية التي رتبها الاختلال الذي أصابها، فشرط إعادة التفاوض يهدف بالدرجة الأولى إلى اتفاق المتعاقدان بتعديل بنود عقد الاستثمار الدولي واستعادة توازنه الذي اختل وبالتالي ضمان استمرار تنفيذه، واستنادا عليه فإن فعالية شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية ترتبط بالنتائج التي تترتب على إعماله، إلا أنه لا يمكن الجزم بانتهاء مرحلة التفاوض بتوصل الأطراف إلى حل يراعي مصالحهم رغم مراعاتهم لضوابط هذه المرحلة، ولدراسة النتائج التي تترتب على تطبيق هذا شرط يجب التطرق إلى مصير العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض ثم حصيلة هذه المرحلة.

المطلب الأول: مصير عقود الاستثمار الدولية خلال فترة إعادة التفاوض

مما لا شك فيه أن الطبيعة الاتفاقية التي يتمتع بها شرط إعادة التفاوض تتيح للمستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة إمكانية تنظيم مضمونه بما يوافق رغباتهما، وتبعا لذلك فمن المنطقي أن يتفقا على تنظيم مسألة مصير عقد الاستثمار في فترة إعادة التفاوض، إذ يكون ذلك بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه أو بوقفها إلى حين الانتهاء من إعادة التفاوض.

أولا: استمرار تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

الأصل أن يتفق الطرفان في عقد الاستثمار الدولي على استمرار تنفيذه خلال فترة إعادة التفاوض رغم تغير الظروف ووقوع الأحداث التي مست بهذا العقد وأدت إلى الزيادة في التزامات أحد الطرفان وبالتالي إرهاقه والإضرار به، على أن يتم تنفيذ العقد بذات الكيفية التي تم الاتفاق عليها أثناء إبرامه وقبل تغير الظروف، لأن الأمر قد ينتهي بعدم توفر شروط الظروف المؤدية إلى اختلال توازن العقد وعدم اللجوء إلى إعمال شرط إعادة التفاوض، وهو الأمر الذي يترتب عليه تعطيل تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد دون

[23] محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، المرجع السابق، ص155-157.

مبرر، وبالتالي تحقق خسائر لأحد المتعاقدين وهو ما لا يتماشى مع متطلبات عقد الاستثمار الدولي[24]، وتبعا لذلك فإن النص على استمرار تنفيذ عقد الاستثمار الدولي يجعل الطرفان ملزمان بالعقد طيلة فترة إعادة التفاوض[25].

وبالتالي فإذا قام أحد المتعاقدان بانتهاك هذا الالتزام وتوقف عن تنفيذ التزاماته فإن هذا كافي لترتيب مسؤوليته في حالة عدم علم وموافقة المتعاقد الآخر، كما يكون لهذا الأخير الحق في مطالبته بالتنفيذ زيادة على حقه في التعويض عن الأضرار التي لحقته بسبب توقف المتعاقد معه عن التنفيذ.

إلا أن الإشكال يطرح في حالة عدم اتفاق المتعاقدين في عقد الاستثمار الدولي صراحة على استمرار تنفيذ العقد، فهل يتم تفسير سكوتهم على أنه قبول ضمني لاستمرار التنفيذ أم يفهم منه أنه يجب توقيف تنفيذ العقد إلى غاية انتهاء المفاوضات؟

إن الحالة التي لا يتفق فيها الطرفان بشكل صريح على تنظيم جزئية مصير العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض؛ فإنه يجب الرجوع إلى القاعدة العامة التي تقضي بتفسير السكوت على أنه استمرار لتنفيذ العقد بالشروط ذاتها التي تم الاتفاق عليها لحظة إبرامه، وذلك على أساس أنه إذا أراد الطرفان توقيف تنفيذ العقد لاتفقا على هذا الأمر صراحة عند تنظيم مضمون شرط إعادة التفاوض، إضافة إلى أن طبيعة عقود الاستثمار الدولية تقتضي الحفاظ على استمرار تنفيذ هذه العقود نظرا للخسارة الكبيرة التي ستلحق بالمتعاقدين في حالة تعليق تنفيذها، كما أن التوقف عن التنفيذ يعارض هدف شرط إعادة التفاوض الذي تم النص عليه أساسا من أجل تفادي انفساخ العقد وإنما السعي لاستعادة توازنه والمحافظة على قيامه[26].

إلا أنه من زاوية أخرى يمكن القول أن هناك نوع من اللاعدل في حالة استمرار تنفيذ عقد الاستثمار الدولي عند تغير الظروف المحيطة به؛ والتي ترتب عليها اختلاله بالشكل الذي يزيد الأعباء على أحد المتعاقدين، لأنه لحظة إبرام العقد قد تم الاتفاق بين المتعاقدين على شروط وبنود معينة على أساس تلك الظروف التي كانت سائدة في تلك اللحظة؛ دون توقعهم للمستجدات التي سيتعرض لها هذا العقد مستقبلا، فصحيح أن الغاية من شرط إعادة التفاوض تتمثل في المحافظة على استمرار تنفيذ العقد والحفاظ على الرابطة العقدية من الزوال، إلا أن هذا الاستمرار يكون وفقا للتعديلات في الالتزامات التي فرضتها الظروف الجديدة بحيث تتوافق هذه التعديلات مع التغييرات الحاصلة.

---

[24] محمود حسن حسام الدين، المرجع السابق، ص155-156.

[25] هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي كر بلقايد تلمسان، 2016، ص162.

[26] محمود حسن حسام الدين، المرجع السابق، ص157.

بالإضافة إلى أن متابعة تنفيذ العقد بالشروط نفسها بالرغم من اختلاله؛ يمكن أن يجعل المتعاقد المستفيد من الظروف المستجدة يطيل في فترة إعادة التفاوض أطول مدة ممكنة بهدف استفادته منها وحصوله على أكبر قدر ممكن من المكاسب[27]، وهو ما يتعارض مع واجب حسن النية الذي يفترض أن يتقيد به المتعاقدان أثناء مرحلة إعادة التفاوض.

وتأسيسا على ذلك فإن متابعة تنفيذ عقد الاستثمار الدولي رغم قلب التوازن الذي تعرض له هذا الأخير بلا شك سيكبد المستثمر الأجنبي العديد من الخسائر، خاصة وأن التغير في الظروف عادة ما يكون سببه الدولة المستضيفة، سواء من ناحية تغير القوانين التي تحكم العقد أو تغير ظروفها الاقتصادية أو السياسية[28].

ثانيا: وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

لا يمكن أن يترتب تلقائيا على التغير في الظروف أو طلب إعادة التفاوض وقف تنفيذ الالتزامات التي يرتبها عقد الاستثمار الدولي، بل كما سبق قوله يلتزم كلا المتعاقدان بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقيهما ولا يمكن وقف هذا التنفيذ إلا في حالة الاتفاق على ذلك صراحة.

ومن هذا المنطلق يجب أن يرد وقف تنفيذ عقد الاستثمار الدولي بشكل صريح من طرف المتعاقدين، فإرادة هؤلاء هي مصدر هذا الوقف باعتبار أن تنظيم شرط إعادة التفاوض يخضع لاتفاقهم، وبما أن وقف تنفيذ العقد يمثل أحد الآثار التي يرتبها إعمال هذا الشرط فإنه من المنطقي أن يخضع كذلك لاتفاقهم[29]، وهو المسلك الذي اعتمدته كل من اقتراحات غرفة التجارة الدولية لسنة 1985 بخصوص الظروف الطارئة في الفقرة الرابعة منها، وكذا المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية (UNIDROIT) سنة 1992 في المادة 6-2/3-2 منها، حيث يستمر تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض ولا يمكن أن يتوقف هذا التنفيذ إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك[30].

ويمكن للمتعاقد المتضرر المطالبة بإعادة التفاوض مع وقف تنفيذ العقد إلى حين الانتهاء من التفاوض وهذا في حالة عدم وجود نص صريح يفيد ذلك، وبموافقة المتعاقد الآخر يتم توقيف التنفيذ أما في

[27] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص162.

[28] محمود حسن حسام الدين، المرجع السابق، ص158.

[29] مروك أحمد، المرجع السابق، ص 208.

[30] محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، المرجع السابق، ص329.

حالة رفضه فيجوز للمتعاقد المتضرر اللجوء إلى القاضي أو المحكم لتقدير مدى ضرورة وقف التنفيذ من عدمه[31].

وتبعا لذلك فإن وقف تنفيذ عقد الاستثمار الدولي في الفترة التي يتم فيها إعادة التفاوض يعفي المتعاقد المتضرر من عبء تنفيذ الالتزامات المرهقة خلال هذه الفترة، كما يزيد من سعي المتعاقدان في التوصل إلى اتفاق ملائم لكلاهما في أسرع وقت ممكن نظرا لمصالحهما المشتركة المتعطلة في هذه الفترة[32]، فالأهمية الاقتصادية والمالية الكبيرة لتي تنطوي عليها مثل هذه العقود سواء بالنسبة للدولة المستضيفة أو المستثمر الأجنبي؛ تحتم عليهما السعي إلى إيجاد حل بشأن الالتزامات المرهقة والضارة وتعديلها في مدة معقولة وعدم إطالة فترة إعادة التفاوض.

وباعتبار أن تنظيم مضمون شرط إعادة التفاوض هو مسألة تخضع للاتفاق بين المتعاقدان فإنه لا يوجد ما يمنعهما من تحديد نطاق وقف تنفيذ العقد، حيث يمكن لهما الاتفاق على وقف تنفيذ كل الالتزامات التي يرتبها العقد سواء كانت رئيسية أو فرعية ويسمى هذا الوقف في التنفيذ بالوقف الكلي للعقد، كما يمكن لهما الاتفاق على وقف تنفيذ بعض الالتزامات التي تأثرت بتغير الظروف دون باقي الالتزامات وهو ما يعرف بالوقف الجزئي للعقد[33].

وبناء عليه فإن توقف المتعاقدين على تنفيذ التزاماتهما خلال فترة إعادة التفاوض لا يؤثر على وجود العقد ولا يمس بصلاحيته، وإنما يبقى العقد قائما ومنتجا لكافة آثاره مع تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات إلى حين انتهاء فترة الوقف، كما أن وقف تنفيذ الالتزامات لا يرتب على الطرفان المسؤولية التي يفرضها العقد في الحالة العادية[34].

وينقضي وقف تنفيذ عقد الاستثمار الدولي بانقضاء الظروف المستجدة المؤدية لاختلاله، فبزوال آثار هذه الظروف يمكن للمتعاقدين استئناف تنفيذ التزاماتهما، كما ينقضي وقف تنفيذ العقد في حالة انعدام جدوى تنفيذه أي أن تنفيذه لا يحقق أي منفعة بالنسبة للمتعاقدين بحيث يجوز لأي منهما طلب فسخ هذا العقد،

[31] السعيد الزقرد أحمد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، في إطار المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر المعنون بالبترول والطاقة هموم عالم واهتمامات أمة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، يومي 02-03 إبريل 2008، ص12.

[32] شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، المرجع السابق، ص330

[33] محمود حسن حسام الدين، المرجع السابق، ص161.

[34] عاشور فاطمة، معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي تيبازة، المجلد 01، العدد 01، 2013، ص72.

زيادة على ذلك يمكن لهؤلاء الاتفاق على إنهاء وقف تنفيذ العقد لأي سبب كان وحتى قبل انقضاء المدة المخصصة للوقف[35].

المطلب الثاني: آثار إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

إن تضمين عقد الاستثمار الدولي لشرط إعادة التفاوض يلزم المتعاقدان على الدخول في مرحلة إعادة التفاوض، وذلك بالاجتماع لدراسة ومناقشة ما نتج عن الحوادث الاستثنائية من آثار سلبية على العقد مراعين في ذلك ما يفرضه واجب حسن النية من اعتبارات، إلى غاية انتهاء هذه المرحلة بتحقق النتيجة المنتظرة من تطبيق هذا الشرط، أو بانتهاج سبل أخرى لمعالجة الخلاف الواقع في هذا الصدد.

أولا: الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية

يقتضي الالتزام بإعادة التفاوض أن يجتمع الطرفان من أجل تبادل الاقتراحات بينهما وعرض وجهات نظرهما حول النتائج الناجمة عن الظروف غير المتوقعة والتي أعاقت تنفيذ العقد، بالإضافة إلى مناقشة أهم الحلول المعتمدة لوضع حد للاختلال الذي تعرض له العقد وكذا الاتفاق على الإجراءات المتبعة في تعديل العقد وتكييفه مع تلك الظروف[36].

ويشترط أن يتم تنفيذ التزام إعادة التفاوض من طرف كلا المتعاقدين بحسن نية، ويظهر حسن نيتهما من خلال تضافر جهودهما حول محاولة إيجاد حلول بشأن مواجهة ما أحدثه الحوادث الاستثنائية من أضرار، وهو ما أكدته المادة 1-7 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية (UNIDROIT)[37].

ويتجسد حسن نية المتعاقدين في عقد الاستثمار الدولي في أمانة كلاهما من خلال امتناعهما عن كل سوء نية أثناء تنفيذ العقد بكافة مراحله بما فيها مرحلة إعادة التفاوض، كما يظهر ذلك من خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته بشكل مرن أي تفادي الجمود وعدم الوقوف عند التنفيذ الحرفي، بل يجب أن يتم ذلك على

[35] مصطفى محمد منصور العجوز أحمد، إعادة التفاوض لمعالجة تغير الظروف في العقود الإدارية، بحث مستخلص من أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017، ص26-27.

[36] يحياوي سعيد، المرجع السابق، ص255-256.

[37] ARTICLE 1.7 (Bonne foi):
1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.
2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée
UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé, PRINCIPES RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL, Rome, 1994.

وجه يستفيد منه الطرف الآخر، كما يلزم واجب حسن النية الطرفان على التعاون بغرض التوصل إلى اتفاق بينهما يقضي بالحفاظ على علاقاتهما[38].

وخلاصة لما سبق يشترط على الطرفان الامتناع عن الدخول في إعادة المفاوضات دون نية جادة وهادفة إلى إعادة التوازن للعقد الذي اختل جراء التغير في الظروف، وتستخلص نية الطرفان الجادة من صياغتهما لاقتراحات حقيقية ومعقولة ترمي إلى إيجاد حلول منطقية للحد من الآثار السلبية التي ترتبت على هذه الظروف[39].

وتطبيقا لذلك أعدت لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية نص على ضرورة امتثال أطراف عقود الاستثمار الدولية لواجب حسن النية بخصوص هذه العقود حيث جاء فيه:

"العقود والاتفاقات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية. كما أن هذه العقود والاتفاقات، ولاسيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأمد، يجب أن تتضمن شروطا لإعادة مراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها. وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه عقود في ظلها تغيرا جوهريا، فإنه يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف في ضوء اعتبارات حسن النية، ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقات أو إعادة المفاوضة بشأنها"[40].

ورغم أن حسن النية مرتبط بنفسية المتعاقدين إلا أنه يمكن استخلاص نية هؤلاء من مجمل الوقائع المادية المحيطة بهما ويمكن اعتبارها كقرائن تساعد في معرفة نيتيهما، فمثلا يعتبر المتعاقد سيء النية في حالة رفضه للمقترحات المعقولة بالنسبة له بحجة أنها لا تتماشى مع مصالحه، إلا أنه من الناحية الواقعية يصعب تقدير مدى جدية المقترحات لكشف سوء نية المتعاقد من عدمه، وبالتالي لا يمكن للمحكم إلا مجازاة التصرف المتعسف الصادر من طرف أحد المتعاقدين، إذ يسهل تقدير سوء نية المتعاقد الذي يستعمل حقه

[38] محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، المرجع السابق، ص388 ص395.

[39] بن دريس حليمة، إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليوندروا والتشريعات الوطنية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد 02، 2021، ص256.

[40] محمد الأسعد بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحقوقي الحلبية، بيروت، 2006، ص303.

في التفاوض بما يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، أما تقدير ما دون ذلك فيتطلب جهد كبير من قبل المحكم الذي يجب أن يتحلى بالمهنية والخبرة والكفاءة ليتمكن من تقدير الاقتراحات بشكل سليم[41].

وقد انقسم الفقه بشأن طبيعة الالتزام بإعادة التفاوض فمنهم من اعتبره التزام ببذل عناية، حيث يسعى المتعاقدان إلى التغلب على ما رتبه تغير الظروف على العقد والحفاظ على استمراره لكن دون أن يكونا ملزمين بتحقيق ذلك إذ أنه من الممكن أن تنتهي المفاوضات بالفشل، أما الاتجاه الثاني فقد اعتبره بأنه التزام بتحقيق نتيجة حيث يكون كلا المتعاقدان ملزمان بالوصول إلى اتفاق يحد من آثار الظروف المستجدة وبالتالي نجاح عملية إعادة التفاوض وانتهاءها ببقاء عقد الاستثمار الدولي[42].

ثانيا: حصيلة إعادة التفاوض

يكمن الهدف الأساسي من إدراج شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار الدولي في الحفاظ على استمرار تنفيذ هذا العقد على الرغم من الظروف المستجدة التي طرأت عليه والتي أدت إلى اختلاله، وذلك من خلال الاتفاق على رفع الأعباء والالتزامات الزائدة على أحد الطرفان والتي تؤدي حتما إلى الإضرار به، وعليه يفترض أن يسعى كل من المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة إلى أن تنتهي عملية إعادة التفاوض بنتيجة إيجابية تحقق مصالح كلاهما من جهة وتضمن استمرار العقد من جهة أخرى.

وهو ما وقع فعلا في قضية شركة سونطراك الجزائرية التي يربطها عقد استغلال بترولي مع شركة ANADARKO البترولية الأمريكية، إذ ثار خلاف بينهما نتيجة فرض الجزائر لضريبة جديدة وهي الضريبة على الأرباح الاستثنائية، فبعد لجوءهما للتحكيم الدولي في العديد من المرات اجتمعا من أجل إعادة التفاوض حول هذا الخلاف، وتوصلا إلى الاتفاق على تعديل بعض الجوانب في العقد زيادة على التنازل المشترك عن القضية المعروضة أمام التحكيم الدولي، وهو ذات الأمر الذي حدث في عقد إنشاء مقاطع من الطريق السيار الذي أبرم بين الحكومة الجزائرية ممثلة في وزارة الأشغال العمومية والمجمع الياباني COJAAL حيث اتجها إلى إعادة التفاوض حول هذا العقد تجنبا للجوء إلى التحكيم التجاري الدولِي[43].

ولا مناص من القول بأن توصل المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة إلى الاتفاق على تعديل العقد بما يحقق رغباتهما وإيجاد حلول تخدم مصالحهما؛ يعتبر أكثر جدوى من الحلول التي توقع عليهما من طرف

[41] مروك أحمد، المرجع السابق، ص231،229.

[42] عيسى عبد الحسن حسين، الضمانات العقدية للاستثمار (دراسة مقارنة)، مجلة الكوفة للعلوم السياسية والقانونية، جامعة الكوفة العراق، المجلد 07، العدد 21، 2014، ص187.

[43] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص304

شخص ثالث لا علاقة له بالعقد ولا مصلحة له فيه، والذي غالبا ما يكون المحكم إذ يمكن لهذا الأخير بأن يحكم بما لا يحقق مصلحة أحدهما أو كلاهما ولا يوافق إراداتهما.

إلا أنه يثار التساؤل في هذا الصدد حول طبيعة هذا الاتفاق الذي تم التوصل إليه ومدى اعتباره عقد جديد أو أنه العقد الأصلي ذاته مع تضمنه لتعديلات جديدة؟

في سبيل الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاه قائل أن الاتفاق المتوصل إليه من طرف المتعاقدان لا يعدو إلا أن يكون تعديلا للعقد الأصلي كون أنه لا يمس بوجود هذا الأخير ولا يؤدي إلى تكوين عقد جديد، واتجاه ثان ذهب إلى عكس ذلك واعتبر الاتفاق الناتج عن عملية إعادة التفاوض بمثابة عقد جديد وليس مجرد تعديل للعقد القائم، إلا أن هذه الفكرة لا يمكن افتراضها بل يجب أن يتفق الطرفان في عقد الاستثمار الدولي صراحة على انقضاء الالتزام القديم وخلق التزام جديد[44].

ومن ناحية أخرى لا يمكن الجزم في كل الحالات بانتهاء عملية إعادة التفاوض إلى اتفاق الدولة المستضيفة والمستثمر الأجنبي على حل موحد، وإنما يمكن لهؤلاء بعد الاجتماع لإعادة التفاوض الانتهاء إلى طريق مسدود دون التوصل على حل يرضي كلاهما وهي الحالة التي يعبر عنها بفشل المفاوضات، وهو الأمر الذي يجعلنا نتفق مع الاتجاه الفقهي الذي يذهب إلى اعتبار أن الالتزام بإعادة التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة.

وقد يرجع فشل المفاوضات إلى عدة أسباب منها ما هو متعلق بالمتعاقدين أو أحدهما كارتكاب خطأ ما خلال فترة إعادة التفاوض، على غرار الغياب عن جلسات إعادة التفاوض أو أن هذه العملية قد انطوت على سوء نية وانعدام الجدية في طرح الاقتراحات من أجل إيجاد حلول لاستعادة توازن العقد، كما يمكن أن يكون هذا الفشل خارج عن إرادة المتعاقدين كعدم إمكانية التوصل إلى حل يرضيهما[45] بالرغم من بذلهما لكل ما في وسعهما لذلك.

وفي هذه الحالة يمكن أن يلجأ المتعاقدان في عقد الاستثمار الدولي إلى اتخاذ سبل أخرى لمواجهة الخلاف الواقع بينهما، كالاتفاق على فسخ العقد بالرغم من أنه دائما ما يرغب المتعاملين الاقتصاديين في إنقاذ العقد والحفاظ على استمراره إلا أنهما قد يتفقان على فسخه، كما يمكن لهما الاتفاق على إسناد مهمة

[44] مروك أحمد، المرجع السابق، ص233-234.

[45] محمود حسن حسام الدين، المرجع السابق، ص 151.

تعديل شروط العقد بغرض تلاؤمها مع تغير الظروف إلى الغير، الذي قد يتمثل في المحكم أو الوسيط أو المصالح أو الموفق والذي يجب اختياره بعناية قصوى تتناسب مع حجم القرارات التي سيتخذها[46].

والملاحظ على أغلبية عقود الاستثمار الدولية في هذا الصدد أنها دائما ما تفضل اللجوء إلى التحكيم في حالة فشل أطرافها في معالجة اختلالها، وذلك بغرض إيجاد حل لاستعادة توازنها والتوصل إلى نتيجة تضمن الحفاظ على مصالح كل الأطراف، وهذا راجع لما يتمتع به التحكيم من حياد وخبرة وكفاءة تتواءم مع مجال هذه العقود، بالإضافة إلى السرعة التي تختصر عليهم الكثير من الوقت وبالتالي تفادي الخسارة التي من الممكن أن تترتب على تنفيذ هذه العقود وفقا للظروف الجديدة والمرهقة أو تجميد تنفيذها خاصة وأن العنصر الزمني مهم جدا في مثل هذه العقود.

أما في حالة عدم اتفاق المتعاقدان في عقد الاستثمار الدولي حول مصير هذا الأخير بعد فشل المفاوضات بينهما فيرى جانب من الفقه أن الحل المنطقي يتمثل في استمرار تنفيذ العقد بذات الشروط الواردة قبل إعادة التفاوض، ويرى جانب آخر أن اللجوء إلى التحكيم الذي سيقرر تعديل العقد أو فسخه هو الحل الأنسب، أما الجانب الثالث فاتجه إلى القول بأن الحل المعقول في هذا الخصوص هو فسخ العقد[47].

الخاتمة:

نخلص بعد هذه الدراسة إلى القول أن واقع عقود الاستثمار الدولية وما تواجهه هذه الأخيرة من عوائق دفع بأطرافها إلى البحث عن كل السبل التي تساهم في حمايتها من كل التقلبات التي تعترض تنفيذها، ولعل شرط إعادة التفاوض هو أكثر وسيلة ثبتت فعاليتها في المحافظة على استمرار تنفيذ هذه العقود في مثل هذه الحالات، وذلك من خلال تمكين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة من مراجعة العقد وتعديله بما يخدم مصالحهما المشتركة، وبناء على ما تقدم سنحاول تلخيص أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة مع الإشارة إلى جملة من الاقتراحات على النحو التالي:

النتائج:

1) يعد شرط إعادة التفاوض أهم الآليات التي يلجأ إليها المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة لتفادي النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بينهما نتيجة الاختلال الذي يطرأ على العقد بسبب التغير في الظروف المحيطة به.

[46] محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، المرجع السابق، ص422-425.

[47] محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، المرجع نفسه، ص432-434.

2) يستمد شرط إعادة التفاوض قوته الملزمة من اتفاق المتعاقدان على إدراجه في عقد الاستثمار الدولي وهو الأمر الذي يميزه بالنسبية حيث يتحدد مضمونه وفقا لما تم الاتفاق عليه في كل عقد بالصورة التي تجعله يختلف من حالة إلى أخرى.

3) الأصل أن يستمر المتعاقدان في تنفيذ الالتزامات التي يرتبها عقد الاستثمار على عاتق كل متعاقد خلال فترة إعادة التفاوض، إلا أنه استثناء يمكن لهما الاتفاق صراحة على وقف تنفيذ هذه الالتزامات.

4) يمثل الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية الأثر الرئيسي الذي يترتب على تطبيق شرط إعادة التفاوض، ويتحقق هذا الالتزام من خلال اجتماع المتعاقدان بنية جادة وحقيقية تهدف إلى التوصل إلى حل منطقي لمعالجة الاختلال الذي أصاب العقد.

5) ليس بالضرورة أن يترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض اتفاق المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة على تعديل عقد الاستثمار، وإنما يمكن أن تبوء هذه المفاوضات بالفشل وحينئذ يتم انتهاج سبيل آخر لحل النزاع الناشئ بينهما.

الاقتراحات

1) ضرورة صياغة مضمون شرط إعادة التفاوض على قدر عال من الدقة والتفصيل بالصورة التي تغطي كافة الصعوبات التي من الممكن أن تعرقل تنفيذ عقد الاستثمار الدولي.

2) يجب على المتعاقدان الاتفاق في عقد الاستثمار الدولي على تنظيم جزئية مصير هذا العقد في حالة انتهاء مرحلة إعادة التفاوض دون تحقق النتيجة المرجوة وذلك بتحديد الطرق الواجب اعتمادها في هذا الشأن.

3) يستحسن أن يتجه المتعاقدان في عقد الاستثمار الدولي إلى الاتفاق على وقف تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا الأخير خلال فترة إعادة التفاوض، نظرا لحجم الخسارة الذي من المؤكد أن يلحق بأحدهما جراء تنفيذه لالتزاماته التي تأثرت بتغير ظروف العقد والذي عادة ما يكون المستثمر الأجنبي، وفي المقابل يجب تحديد مدة معقولة لمراجعة هذا العقد وذلك لتفادي تعطيل المصالح المتوخاة منه.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: باللغة العربية

1- الكتب

- محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنيذ العقود الدولية)، الطبعة الأولى، مطبعة الفجيرة الوطنية، الإمارات، 2010.

- محمد غنام شريف، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- محمد الأسعد بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحقوقي الحلبية، بيروت، 2006.

2- الرسائل والمذكرات

- مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2015.
- يحياوي سعيد، الوسائل البديلة عن القضاء العام والخاص في حل النزاعات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2019.
- هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي كر بلقايد تلمسان، 2016.

3- المقالات

- علي كاظم حسن، عبد مهدي دهش فاطمة، آليات إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء العراق، المجلد 09، العدد 01، 2017.
- عوض محمد حسن سامية، الضمانات العقدية للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية – دراسة مقارنة–، مجلة بحوث كلية الآداب، جامعة الأمير محمد بن فهد المملكة العربية السعودية، المجلد 30، العدد 117، 2019.
- وليد لعماري، الأمن القانوني في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، المجلد 06، العدد 04، 2021.
- زواق نجاة، نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 05، العدد 02، 2021.
- عامر شنجار محمد، غسان أحمد علي، الوسائل القانونية لتجنب منازعات الاستثمار (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة النهرين العراق، المجلد 18، العدد 02، 2016.
- بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض: آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، المجلد 01، العدد 03، 2018.

- محمد السعيد عبد القوي عون كمال، أثر تغير الظروف الاقتصادية على المعاملات التعاقدية – دراسة مقارنة–، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية مصر، المجلد 56، العدد 04، 2022.
- محمود حسن حسام الدين، شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن في عقود الاستثمار، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة مصر، المجلد 12، العدد 82، 2022.
- سيد عبد الرحيم حسام، إعمال شرط إعادة التفاوض ال HARDSHIP في عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط مصر، المجلد 54، العدد 01، 2021.
- عاشور فاطمة، معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي تيبازة، المجلد 01، العدد 01، 2013.
- مصطفى محمد منصور العجوز أحمد، إعادة التفاوض لمعالجة تغير الظروف في العقود الإدارية، بحث مستخلص من أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017.
- بن دريس حليمة، إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليوندروا والتشريعات الوطنية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد 02، 2021.
- عيسى عبد الحسن حسين، الضمانات العقدية للاستثمار (دراسة مقارنة)، مجلة الكوفة للعلوم السياسية والقانونية، جامعة الكوفة العراق، المجلد 07، العدد 21، 2014.

4- أشغال الملتقيات

- السعيد الزقرد أحمد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، في إطار المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر المعنون بالبترول والطاقة هموم عالم واهتمامات أمة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، يومي 02-03 إبريل 2008.

ثانيا: باللغة الأجنبية

1- Les texes juridiques

- UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé, PRINCIPES RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL, Rome, 1994.

2- Les thèses et les mémoires

- Laura Carneiro, Les Clauses De Hardship Dans Les Contrats Maritimes, mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit Maritime, faculté de droit et sciences politiques, Université D'aix-Marseille, 2013.

3- Les articles

- Klaus P. Berge, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 36, Issue 04, 2003.
- Bernrdini Piero, The Renegotiation of Investment Contract, Foreign Investment Law journal, Volume 13, Number 02, 1998.

4- Les séminaires

- Didier MATRAY, Françoise VIDTS, Les Clauses D'adaptation De Contrats, intervention dans le cadre du 55° Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Faculté de droit, Université de Liège, Belgique, 2005.