تفعيل المحكم المفوض بالصلح لشرط إعادة التفاوض في تسوية منازعات عقود الاستثمار

د/ موكه عبد الكريم
أستاذ محاضر "ب"
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة جيجل

مقدمة

تعتبر عقود الاستثمار الدولية من بين العقود التي تثير إشكالات قانونية وعملية نظرا لارتباطها بعاملي الزمن[i] والقيمة المالية الضخمة للمشروع، وإذا كان الأصل يقتضي أن يتم الفصل في منازعات الاستثمار الدولية المحالة على التحكيم وفقاً لأحكام القانون، ليمارس المحكم بذلك سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة ووفقا لما يقرره القانون المختص، مع ذلك فقد فوض القانون طرفي النزاع الحق في تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة ذلك للوصول إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهم ولو كان مخالفاً لأحكام القانون التي يفترض أن تحكم وقائع النزاع[ii] .إذ خولت التشريعات الوطنية[iii]، واتفاقية واشنطن لسنة 1965، التي أخذت بالتحكيم وفقاً للعدالة للأطراف حق منح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف واستبعاد القواعد القانونية بقدر ما يتطلب ذلك شعور الأطراف بالعدالة واحتراما لمضمون شرطهم التحكيمي[iv].

يكون تدخل المحكم بموجب إرادة صريحة لأطراف في العقد أو الاتفاقية الخاصة بالاستثمار ، كما يمكن له استنتاج ذلك من خلال الاشتراطات العقدية ومضمونها، وفي هذه الحالة المحكم المفوض بالصلح يسعى إلى إمكانية دعوة الأطراف إلى إتباع الحل التفاوضي حفاظا على الأمن القانوني لعقد الاستثمار، هذا الأسلوب الودي الذي يلجأ إليه المحكم تواترت عليه العديد من قرارات التحكيم التجاري الدولي والقرارات التحكيمية الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI، وأصبح الحل التفاوضي بعد قيام النزاع من الأساليب التي عرفت نجاحا كبيرا في الحفاظ على المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة والأمن القانوني لعقود الاستثمار الدولية وخاصة للحفاظ على الصفقة الدولية التي يتطلب انجازها طول المدة والمبالغ المالية الضخمة.

بالتالي الإشكالية التي سيتم طرحها في هذه الورقة البحثية تتعلق أساسا حول دور المحكم المفوض بالصلح في تفعيل الحل التفاوضي لمنازعات عقود الاستثمار الدولية، ومدى نجاعته للحفاظ على المراكز القانونية لأطراف العقد والحفاظ على استمرار تنفيذ العقد ؟. وللإجابة على هذه الإشكالية استوجب التطرق أولا إلى الدور الذي يلعبه المحكم المفوض بالصلح بدعوة الأطراف لإعادة التفاوض ومراجعة عقد الاستثمار، وثانيا إلى سلطة المحكم ذاته في تعديل ومراجعة عقد الاستثمار حفاظا على استمرار تنفيذه.

أولا: دعوة المحكم المفوض بالصلح أطراف عقد الاستثمار إلى إعادة التفاوض

قبل الحديث عن دور المحكم في تفعيل الحل التفاوضي لمنازعات عقود الاستثمار الدولية نتيجة تأثرها بتغير الظروف، استوجب الوقوف أولا على مصطلح المحكم المفوض بالصلح.

1/ في تعريف المحّكم المفوّض بالصلح[v]

يقصد بالمحكم المفوض بالصلح أو المحكم بالعدالة[vi]، ذلك الذي يفصل في النزاع دون أن يلتزم بتطبيق أحكام قانون معين، وذلك من خلال اعتماده على قواعد العدالة والإنصاف التي من شأنها أن تحافظ على استقرار عقد الاستثمار الدولي وأمنه في مواجهة تغير الظروف دون الإخلال بالنظام العام وقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري[vii]، كذلك يقول بعض الفقه أن المحكم المفوض بالصلح يحظى بسلطة تطبيق قواعد العدالة والإنصاف من اجل الحفاظ على العقد في حالة غياب تحديد الأطراف للقانون الذي ينظم العقد الدولي، فالمحكم في هذه الحالة يكون أمام عقد دولي دون قانون محدد يتقيد به[viii].

تواترت قرارات التحكيم على تعريف سلطة المحكم المفوض بالصلح بالطريقة السلبية التي يتبن من خلالها سلطة المحكم في استبعاد نصوص القانون المختص من اجل تطبيق أحكام قواعد العدالة والإنصاف، وفي هذا الصدد يؤكد موقف القرار التحكيمي للمحكمة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية على "**أن التحكيم مع التفويض بالصلح يمنح للمحكم سلطة استبعاد النصوص القانونية لصالح عوامل أخرى، كقواعد العدالة والإنصاف، ويسمح له أن يأخذ بعين الاعتبار ظروف الواقع التي تكون محيطة بتنفيذ العقد التي قد تكون ذو طبيعة سياسية أو اقتصادية**" [ix].وهو الأمر الذي يتناسب وطبيعة عقود الاستثمار الدولية التي تتميز بالتعقيدات الفنية والتقنية.

بالتالي، فالمحكم وفقا لهذا النظام له من السلطة في الحفاظ على استمرار تنفيذ العقد وفقا للظروف الجديدة، والأصل من الناحية العملية المحكم لا يلجأ إلى تعديل بنود العقد وفقا للشرط التحكيمي إلا إذا استنفذ أطراف

العقد كل الاشتراطات العقدية الخاصة بالمراجعة وفقا لتغير الظروف، بما فيها شرط إعادة التفاوض سواء نص الأطراف عليه صراحة في العقد أو أن المحكم قبل لجوئه إلى تعديل العقد فرض على الأطراف إعادة التفاوض للمرة الثانية، إلا أن محاولتهم بإعادة التفاوض باءت بالفشل، وفي هذه الحالة يكون للمحكم كامل السلطات في التعديل وفقا لما تقرره إرادة الأطراف بناءً على قواعد العدالة والإنصاف.

جدير بالذكر في هذه النقطة أن المشرع الجزائري في ظل المرسوم التشريعي 93/09[x]، المعدل لأحكام قانون الإجراءات المدنية الأمر 154/66 ، قد نص صراحة في المادة 458 مكرر 15 بإمكانية اللجوء إلى التحكيم المفوض بالصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف لهذه السلطة، وهو الأمر الذي لا نجده في أحكام المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون 09/08[xi]، وهذا ما يعتبر تراجع وتقييد لحرية الأطراف في تحديد الشروط التي يتطلبها حسن تنفيذ العقد، بالرغم من مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والتي كرست في مادتها 42/ف3 والتي أكدت على إمكانية الفصل في النزاع بالصلح في حالة اتفاق أطراف عقد الاستثمار[xii]، ولعل المجال الأساسي الذي يدخل فيه هذا النوع من التحكيم مرتبط بتغير الظروف المصاحبة لتنفيذ عقد الاستثمار الدولي.

2/ تغير الظروف: سبب دعوة المحكم لإعادة التفاوض على عقد الاستثمار

لقد ساهمت مواقف وقرارات التحكيم في تكريس فكرة مراجعة العقد بالرغم من غياب إرادة الأطراف[xiii]، بالإضافة إلى وقف تنفيذ العقد في حالة إعادة التفاوض نتيجة لتأثر عناصر العقد بتغير الظروف، ويكون قرار المحكم بوقف تنفيذ العقد كاشفاً وليس مقرراً ، ويتحقق ذلك في حالة قيام الأطراف بتنظيم شرط إعادة التفاوض وما ينجم عنه من وقف تنفيذ العقد بشكل واضح وبنص صريح في العقد.

كما يلعب للمحكم المفوض بالصلح دوراً أساسيا في حالة نشوب نزاع بين الأطراف حول مدى تطابق شرط إعادة التفاوض والظروف المؤثرة على العقد ،أو في حالة طلب احد الأطراف وقف التنفيذ واعتراض الطرف الآخر عليه، وكذلك في حالة عدم طلب وقف التنفيذ من قبل الطرفين، إذ يستطيع المحكم في الفروض المذكورة إقرار وقف التنفيذ من تلقاء نفسه إنقاذا للعلاقة التعاقدية وتطبيقا لمبدأ الالتزام بالتعاون وحسن النية في تنفيذ بنود العقد [xiv]، لذلك يستوجب على المحكم بمعية الأطراف الالتزام بمجموعة من المسائل الأساسية حفاظا على استمرار تنفيذ عقد الاستثمار بعد أقلمة عناصره والظروف المتغيرة التي أثرت على اقتصاديات العقد.

أ/ وقف تنفيذ العقد والدعوة إلى التفاوض

إن وقف تنفيذ الالتزامات أثناء دعوة المحكم الأطراف إلى إعادة التفاوض لتأثر هذا الأخير بتغير الظروف يضع على عاتق الأطراف التزامات جديدة تفرضها هذه المرحلة الحساسة، على اعتبار أن تكليف المتعاقدين بالتزامات معينة أثناء فترة الوقف أمر يتنافى مع طبيعة الوقف الذي يفرض على الطرفين التوقف عن تنفيذ التزاماتهم، إذا أن بقاء العقد طيلة فترة الوقف يفرض على الطرفين التزاماً بالحفاظ على العقد حتى يبقى محتفظاً بفاعليته وقوته بعد زوال الظرف المؤثر على العقد المبرر لإعادة التفاوض، وكذلك التزاماً بالسعي لاستئناف سريان العقد.

* **الحفاظ على العقد أثناء الوقف:** نظرا لقيمة وحجم المبالغ المالية التي تكون محلا للوفاء في عقود الاستثمار الدولية والمدة التي تستغرقها في التنفيذ، يتوجب على أطراف العقد السعي إلى الحفاظ على العقد مهما كانت الظروف، بالتالي في فترة الوقف لإعادة التفاوض يجب على الأطراف الالتزام وفقا لما تم إقراره في العقد في حالة التعبير الصريح[xv]، أما إذا غاب هذا الأمر فأنه يجد أساسه في مبدأ حسن النية والأمانة التعاقدية الذي يفرض على الأطراف القيام بكل الإجراءات التي من شأنها الحفاظ على العقد وعودة السريان العادي له بعد فترة التوقف[xvi]. كما أن هذه الفترة تفرض على الأطراف الالتزام بالحفاظ على العقد قد يتجلى في صورة موقف سلبي مفاده امتناع المتعاقدين عن القيام بعمل أو تصرف أو إجراء من شأنه التأثير سلباً على وجود العقد أو كيانه أو على التزامات الأطراف.

*/ **السعي للاستمرار في تنفيذ العقد وفقا لمرحلة إعادة التفاوض:** يسعى المحكم المفوض بالصلح ويقع على عاتق أطراف العقد التجاري الدولي بعد الانتهاء من إعادة التفاوض بوساطة من المحكم استئناف الالتزامات التعاقدية[xvii]، وهذا الأمر متوقف أساسا على نجاح المناقشات والمفاوضات في مرحلة إعادة التفاوض، وعلى هذا الأساس يلتزم طرفي العقد بالقيام بكافة الإعمال والإجراءات الضرورية وبذل الجهود اللازمة التي تساعد على استئناف سريان وتنفيذ العقد. ويتحقق ذلك في الواقع من خلال السعي للتخلص من الحدث أو نتائج الحدث الذي كان مبرراً لأعمال شرط إعادة التفاوض. وقد يحدد الأطراف في شروطهم التعاقدية نوع وطبيعة الأعمال والإجراءات التي يلتزم كل طرف بالقيام بها تنفيذاً لهذا الالتزام، أما في حالة عدم الاتفاق على ذلك، فأن كل متعاقد يلتزم على الأرجح بمبدأ التعاون وببذل الجهود المعقولة والمناسبة للسعي لاستئناف سريان العقد[xviii].

ب/ إشكالية نجاح أو فشل إعادة التفاوض على عقد الاستثمار

تعتبر دعوة المحكم الأطراف لإعادة النظر والتفاوض من بين النقاط التي يسعى أطراف عقد الاستثمار إلى إنجاحها من اجل الاستمرار في تنفيذ العقد وتحقيق هدفه ومواجهة الظروف غير المستقرة التي أثرت على اقتصاديات العقد، إلا انه قد يكون عكس ذلك كون أن المفاوضات فشلت بشأن مراجعة العقد نتيجة عدم توصل طرفي العقد إلى حل يرضي الطرفين.

*/ **نجاح الحل التفاوضي:** في حالة احترام أطراف العقد لمقتضيات والأسس التي تقوم عليها عملية إعادة التفاوض على العقد اخذين بعين الاعتبار حسن النية والتعاون في مواجهة تغير الظروف المؤثرة على عناصر العقد، والامتناع عن كل ما قد يؤدي إلى فشل المفاوضات فبالضرورة سيؤدي ذلك إلى نجاح المفاوضات ومراجعة العقد وفقا للمتغيرات والاستمرار في تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد وفقا للبنود الجديدة[xix]. إلا أنه ما يمكن إثارته في هذه الحالة هو حول الطبيعة القانونية للاتفاق الجديد بالنسبة للعقد الأصلي؟.
ما يمكن استنتاجه في حالة نجاح إعادة التفاوض بدعوة من المحكم، أن إعادة التفاوض ليس بعقد جديد إنما هو أسلوب اتفاقي يسعى من خلاله الأطراف إلى الحفاظ على الاستمرار في تنفيذ العقد الدولي وحماية الصفقة من الفسخ، بالإضافة إلى أن الأطراف من خلال إعادة التفاوض إنما يسعون إلى تحقيق الأهداف الأساسية المسطرة وفقا لمبدأي التعاون وحسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية [xx]، وعادة ما يتفق الأطراف على هذه العناصر في الاتفاقيات التمهيدية لإبرام العقد الدولي أين يقومون بتحديد الأهداف الأساسية التي يحققها العقد ومدى اعتبار إعادة التفاوض عقدا جديدا[xxi].

*/ **فشل الحل التفاوضي:** يكون ذلك في حالة عدم توصل أطراف العقد إلى حل يرضي الطرفين، أثناء المناقشات والتفاوض حول مواجهة تغير الظروف من اجل تعديل أو ملائمة العقد وفقا لها، وقد يكون نتيجة ارتكاب احد الأطراف خطأ أثناء إعادة التفاوض من خلال عدم التزامه بمبدأي حسن النية والتعاون[xxii]، أو تقديم اقتراحات تظهر في مضمونها أنها تعبير عن تهرب لمراجعة احد عناصر العقد التي تأثرت بتغير الظروف أو أنها اقتراحات غير مجدية ولا تخدم مصلحة طرفي العقد[xxiii].

من خلال ما تقدم، يظهر جليا القصور الوارد على الاشتراطات العقدية الخاصة بمراجعة العقد وإعادة التفاوض عليه لمواجهة تغير الظروف المحيطة بعقود الاستثمار الدولية، ووفقا لبعض مواقف الفقه وكذلك تأسيسا على بعض مواقف التحكيم ا الدولية في مجال العقود الدولية، يظهر أن الاشتراطات الخاصة بتعديل ومراجعة العقد أو إعادة التفاوض الخاصة به ليست فعالة في جميع الحالات (حالة فشل الوصول إلى مراجعة وإعادة التفاوض على عناصر العقد).بل أنها اشتراطات خطيرة على أمن العقود الدولية باعتبار أن الأطراف قد

لا يتفقون على صيغة المراجعة أو أن نتائج المراجعة وإعادة التفاوض على الثمن تكون محل نزاع تؤدي إلى طلب تدخل القاضي أو المحكم لمواجهة الوضع القائم مما يؤدي في بعض الحالات إلى انهيار العقد وإقرار فسخه.

غير أن محكمي العقود الدولية لاسيما على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يسعون إلى عدم إقرار فسخ العقد من خلال البحث عن حلول خاصة في المواثيق الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية التي تقرر الحفاظ على العقد من خلال تدخل المحكم المفوض بالصلح من اجل تعديل الالتزامات العقدية من اجل إنقاذ العقد، فإنقاذ العقد من انقضائه وفسخه لعدم التزام أحد أطراف عقد الاستثمار بالتزاماته بسبب تأثره بتغير الظروف أو لعدم كفاية وسائل مراجعته وأقلمته وفقا للظروف الجديدة، يعتبر من النتائج التي يسعى إلى تحقيقها محكمي عقود التجارة الدولية وإلى تكريسها في مختلف القضايا المطروحة عليهم.

ثانيا: سلطة المحّكم المفوّض بالصلح في الحفاظ على اقتصاديات عقد الاستثمار بمراجعة بنوده

عند فشل الحل التفاوضي من خلال تفعيله من طرف المحكم ودعوة الأطراف إلى إعادة التفاوض على العقد، يسعى المحكم إلى عدم إقرار الفسخ وإنما إمكانية قيامه بتعديل العقد وفقا لصفته محكما بالصلح من اجل إنقاذ العقد والاستمرار في تنفيذ أحكامه ووفقا لما تقرره إرادة الأطراف في شرط التحكيم.

1/ أساس سلطة المحكم في مراجعة عقد الاستثمار

إذا كان تدخل المحكم من اجل مراجعة العقد وفقاً للعدالة يعني وفقاً للمعنى المتقدم قدرة المحكم على استبعاد تطبيق أحكام القوانين الوطنية ومراجعة العقد دون التقيد بالقواعد القانونية بناءاً على اتفاق أطراف العقد الدولي[xxiv]، هذا الاتفاق الذي ينطوي على فكرة تخليهم عن الحماية القانونية المتأتية من تطبيق الأحكام القانونية الوطنية لدولة ما يثير إشكالية حول مدى إمكانية وكفاية اتفاق الأطراف، وانصراف إرادتهم إلى تخويل المحكم أقلمة العقد وفقا للظروف الجديدة دون الرجوع إلى القواعد القانونية الوطنية، ويكفي لان يكون أساسا لسلطة المحكم في إصدار حكمه التحكيمي وصحة هذا الحكم؟، وهذا ما أثار جدلا فقهيا.

أ/ إرادة أطراف العقد: يكون تدخل المحكم أثناء نظره في الظروف التي أدت إلى اختلال التوازن للعقد وفقا لمبادئ العدالة مصدره الأساسي إرادة أطراف العقد عند اشتراط ذلك صراحة في العقد[xxv]، على اعتبار أن إرادة الأطراف تكفي لوحدها لأن تكون أساسا لسلطة المحكم وفقاً للعدالة استقلالاً عن أي قانون وطني وهذا الأخير أمر أقرته العديد من التشريعات الوطنية[xxvi]، والاتفاقيات الدولية المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي على غرار

اتفاقية نيويورك لسنة 1958، والاتفاقية الأوربية لعام 1961 إضافة إلى القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية **CNUDCI** [xxvii]. كما أن المادة 42/ف2 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أكدت على مسألة وجوب اختيار الأطراف صراحة لهذا الأسلوب من التحكيم.

ب/ القانون المختص: إن إرادة الأطراف وحدها لا تكفي لإضفاء الصفة الشرعية على سلطة المحكم وفقاً للعدالة، وإنما يجب حتى يكتسب هذه الصفة أن تتوافق مع الاعتراف بها من قبل قانون وطني لدولة ما[xxviii]، إلا أن هذا التوجه الذي خلص إليه أصحاب هذا الاتجاه لم يكن محل اتفاق على اعتبار أن هناك خلافاً بين أصحاب هذا الاتجاه في تحديد القانون المختص الذي يتم بموجبه الاعتراف بصحة الشرط الذي يمنح المحكم سلطة التحكيم وفقاً للعدالة، فمنهم من ذهب إلى أن هذا القانون هو قانون مقر التحكيم بناءاً على ما درج عليه القضاء الانكليزي والذي كان يأخذ بمبدأ بطلان شرط التحكيم وفقاً للعدالة على كل حكم التحكيم يجري على الإقليم الانكليزي مهما كان القانون الذي يحكم التحكيم حتى وان كان ذلك القانون يجيز التحكيم بالعدالة[xxix].

يكون إخضاع تقدير صحة شرط التحكيم وفقاً للعدالة إلى القانون الذي يختاره الأطراف لتنظيم التحكيم وذلك لمعرفة فيما إذا كان القانون يعترف بنظام التحكيم وفقاً للعدالة من عدمه، إلا أن هذا الموقف تعرض إلى النقد الشديد حيث يؤاخذ عليه أن صحة شرط التحكيم وفقاً للعدالة يتوقف على اعتراف قانون ما، بهذا النوع من التحكيم بوصفه نظاماً من أنظمة تسوية منازعات التجارة الدولية، وان ذلك يكون وفقاً له بموجب معيار عام يؤدي إلى الوقوع في دائرة نزاع محورها تحديد القانون الذي يتم بموجبه فحص صحة شرط التحكيم، ومن ناحية أخرى فأن إسناد تقدير صحة شرط التحكيم بالعدالة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يصطدم بفكرة استقلالية اتفاق التحكيم التي اعترف بها الفقه والقضاء متبنياً صحة ذلك الاتفاق على نحو مستقل عن خضوع العقد لأي قانون وطني[xxx].

2/ حدود سلطة المحّكم المفوّض بالصلح في تعديل عقد الاستثمار

إذا كان أطراف العقد يمنحون بموجب الشرط التحكيمي للمحكم المفوض بالصلح تعديل العقد وفقا للعدالة هذا لا يعني أن له كامل السلطة، على اعتبار أن مهمة هيئة التحكيم تخضع للرقابة يمكن الطعن فيها في حالة مخالفة لقواعد العدالة والإنصاف أثناء نظره في العقد والاختلال الذي أصابته نتيجة للظروف الجديدة، وعلى الرغم انه يمكن للمحكم وفقا للعدالة تعديل العقد والأثر المترتب عن الظروف التي أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد الدولي خاصة في حالة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة فيجب عليه أن لا يخرج عن المبادئ التي يقرها النظام العام.

أ/ الإلتزام بمضمون الشرط التحكيمي: على المحكم بالعدالة والصلح أن يسعى إلى تعديل وأقلمة الالتزامات التعاقدية وفقا للظروف الجديدة في حدود السلطة التي يمنحه إياه الأطراف بموجب شرط أو مشارطه التحكيم دون أن يتعداه[xxxi]، وعادة ما يكون تدخل المحكم أثناء نظره في الاختلال الذي أصاب العقد اللجوء إلى تعديل من أحكام المسؤولية لكن ليس إلى درجة الإعفاء منها، أو قيامه بتوزيع المخاطر على الطرفين بالقدر الذي يكفل العدالة والإنصاف بين الطرفين حفاظا على استقرار العقد واستمراره.

كما يمكن للمحكم أن يقضي بالتعويض عن التأخر الحاصل في تنفيذ الالتزامات التي افرزها العقد إذا تبين أن المدين لم يتأثر حقيقة بالظروف غير المستقرة أو تأخر في ذلك، قد يلجأ المحكم إلى تقدير التعويض العادل عن نزع الملكية أو التأميم الصادر من سلطات الدولة الطرف في عقد الاستثمار [xxxii]، بالتالي كل هذه الحلول التي يلجأ إليها المحكم يجب أن تكون موافقة ومكرسة للعدالة والإنصاف بين أطراف العقد[xxxiii].

ب/ إحترام المحّكم لقواعد النظام العام: سبق وان اشرنا إلى أن سلطة المحكم في إعادة التوازن للعقد الذي تأثر بتغير الظروف تكون نابعة من الاشتراطات العقدية، فعلى المحكم الالتزام بحرفية الاتفاق التحكيمي للأطراف[xxxiv]، ونظرا للحرية التي يتمتع بها المحكم وفقا للعدالة نظرا لمنحه هذه السلطة من أطراف العقد، فانه يقع على عاتقه التزام باحترام مقتضيات النظام العام في قوانين الدول التي يتوقع أن يطلب من محاكمها الاعتراف بحكم التحكيم أو الأمر بتنفيذه[xxxv]، خاصة في حالة عدم رضي احد أطراف العقد بما توصل إليه المحكم من تعديل وأقلمة للعقد،ولعل ما يؤكد هذا الأمر أن أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من مادتها الخامسة/البند الثاني/ فقرة ثانية تنص على انه " **يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد**"[xxxvi]، وهو الأمر الذي اقره المشرع الجزائري في أحكام المادة 1051/ف1[xxxvii]. كما أن اتفاقية واشنطن لعام 1965 تؤكد بوجوب عدم نشر الحكم القرار التحكيمي إلا بعد إخطارها لأطراف النزاع واخذ رأيهم في ذلك[xxxviii].

ج/ تسبيب الحكم التحكيمي: إن تولى المحكم المفوض بالصلح مهمة الحفاظ على استمرار تنفيذ العقد التجاري الدولي من خلال اعتماده على قواعد العدالة والإنصاف[xxxix]، من اجل تعديل بنود العقد حفاظا على مصالح الأطراف المتنازعة وحفاظا على الصفقة الدولية، يستوجب عليه تعليل موقفه بما يحقق العدالة بين الأطراف المتنازعة، مما يجعل من حكمه التحكيمي قبلا للاعتراف والتنفيذ[xl]. عكس ذلك يجعل قراره قابلا للطعن أمام

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بناءً لمل تقرره المادة 52/ف1 من اتفاقية واشنطن لاسيما النقطة رقم 5 منها المتعلقة بتسبيب الحكم[xli].

خاتمة

يعتبر الحفاظ على حسن تنفيذ عقود الاستثمار الدولية أمرا صعب جدا نظرا للمتغيرات الاقتصادية والسياسية التي تحيط بها، التي تؤثر بصفة مباشرة على استقرار اقتصاديات العقد، كما أن عدم الاستقرار التشريعي الذي تعرفه بعض الدول المستضيفة للاستثمارات (الجزائر نموذجا) يعتبر من اكبر الأسباب التي تؤدي إلى نشوب النزاعات مما يجعل من المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار مختصا وفقا لما تقرره إرادة أطراف العقد في مرحلة المفاوضات وشرط العقد.

كما حالة عدم توصل الأطراف إلى حل في أقلمة العقد لمواجهة تغير الظروف، يجعل من الهيئة التحكيمية أن تم منحها صفة المحكم المفوض بالصلح أن يعدل من الالتزامات العقدية من خلال اعتماده على قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون خاصة في حالة اتفاق الأطراف على منحه هذه السلطة بموجب الاشتراط العقدي أو في اتفاقية الاستثمار ، على اعتبار أن الخصوصيات التي تتميز بها عقود الاستثمار الدولية هي التي تفرض على الأطراف الاحتكام إلى مواقف التحكيم للحفاظ على استقرار معاملاتهم.

أضف إلى ذلك، أن عملية المراجعة والأقلمة التي يقوم بها المحكم حفاظا على استمرار تنفيذ العقد في هذه الحالة لا تقوم على اعتبارات قانونية أكثر مما تقوم على اعتبارات أساسها تعارض المصالح الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة واتجاه إرادة الأطراف إلى تحقيق التوازن المعقول للعقد، اخذين بعين الاعتبار الحقوق الخاصة لكل طرف من ناحية وطبيعة المتغيرات وتغير الظروف من ناحية أخرى، لكن لجوء المحكم إلى تطبيق قواعد العدالة والإنصاف بناءً على وجود الإرادة الصريحة للأطراف التي تخول له كل الصلاحيات يضفي نوع من اللاأمن القانوني للعقود الدولية نظرا لعمومية وعدم التحديد الذي تنطوي عليه هذه المبادئ[xlii].

في الأخير استوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة المادة 1050 من ق إ م إ، حتى تتوافق مع أحكام المادة 42/ف/3 من اتفاقية واشنطن التي صادقت الجزائر عليها، مما يسمح لأطراف عقد الاستثمار في حالة اختيار القانون الجزائري اللجوء إلى تقنية المحكم المفوض بالصلح نظرا للأهمية التي يحوزها هذا النوع من التحكيم في الحفاظ على استقرار والاستمرار في تنفيذ العقد، كما انه يجب على الدولة الجزائرية في عقودها الدولية أو اتفاقيات الاستثمار الثنائية الإشارة صراحة في العقد إلى نقطتين أساسيتين، نقطة الثبات التشريعي إضافة إلى نقطة إعادة التفاوض على العقد في حالة تغير الظروف.

وجب التأكيد على نقطة ختامية ذات أهمية بالغة في عقود الاستثمار الجزائرية، على أن مرحلة المفاوضات تلعب دورا جوهريا ومهما في حسن اختيار شروط العقد والحفاظ على استمرار تنفيذه حتى وان كان هذا الأخير تحت تأثير تغير الظروف، وفي هذا الصدد نستشهد بهذه العبارة التي تلخص أهمية المفاوضات في نجاح عقد الاستثمار الدولي وسبب خسارة الدولة الجزائرية لكل نزاعاتها المطروحة على التحكيم.

Pourquoi l'Algérie perd souvent en arbitrage international? la réponse: Un procès perdu est un contrat mal négocier[(xliii)].

الهوامش

1- يتطلب تنفيذ عقد الاستثمار الدولي مدة زمنية طويلة من اجل تحقيق الصفقة، وهذا ما يجعله عرضة لتغير الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد،خاصة ما يتعلق بالظروف الاقتصادية والقانونية (صدور تشريعات جديدة)، مما يؤثر على اقتصاديات العقد، وفي حالة عدم تنظيم هذه المسائل في العقد من خلال اشتراطات صريحة، يجعل الأطراف في عرضة لخلافات يفصل فيها التحكيم أساسا.

[ii]- Dans ce cas les parties dispensent les arbitres de l'obligation qui leur est faite de statuer en appliquant les règles du droit, ce qui revient à les autoriser à statuer en équité recherché en recherchant la solution la plus adéquate (CIV. 2. - 10 juillet 2003 BICC n°587 du 15 novembre 2003). S'ils motivent leur sentence par l'application de la règle de droit, ils doivent alors préciser en quoi celle ci est conforme à l'équité (Cass. civ. 2e, 10 juillet 2003 ; P. / D. : Juris Data n°2003-019932)

[iii]- في هذا الصدد تؤكد المادة 24 من الأمر رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 لسنة 2016، على اختصاص المحاكم الوطنية الجزائرية في النزاعات التي تنشب بين الدولية الجزائرية والمستثمر الأجنبي إلا في **حالة وجود معاهدة أو اتفاقية تنص على اللجوء إلى التحكيم**، وفي حقيقة الأمر أن غالبية الاستثمارات التي تقوم بها الجزائر منصوص في أحكام عقودها خضوع الخلافات إلى التحكيم الدولي سواء المؤسساتي أو الحر.

[iv]- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في 18 مارس سنة 1965 بواشنطن، ج ر عدد 66 سنة 1995.

[v]- اختلف فقه قانون التجارة الدولية في إضفاء المصطلح الدقيق والتسمية الصحيحة للمحكم الذي يتمتع بسلطة الفصل في منازعات عقود التجارة الدولية وفقا لقواعد العدالة، فالبعض يطلق عليم مصطلح المحكم بالصلح أو المحكم بالعدالة نظرا لاستناده إلى قواعد العدالة أثناء فصله في النزاع، أو المحكم المفوض بالصلح، ويطلق عليه البعض الآخر من الفقه التحكيم الطليق على اعتبار أن المحكم لا يتقيد بتطبيق أحكام قانون محدد.

[vi]- **Amiable compositeur**: Arbitre ou tribunal arbitral ayant reçu mission des parties de rendre sa décision sans être tenu au respect des règles juridiques et selon l'équité (*ex aequo et bono*). Dictionnaire juridique, Lexinteur.net. ***http://www.lexinter.net/JF/amiable_compositeur.htm.***

[vii]- **ACCAOUI LORFING Pascale**, La renégociation des contrats internationaux, ed 2011, p 266. voir aussi: "*la jurisprudence retient que les arbitres ne pourront en aucun cas déroger aux règles d'ordre public, de procédure d'abord et ces principes directeurs, dont notamment le principe du contradictoire*". **ROUX & PEUCH- lESTRADE**, " premières réflexions sur l'amiable composition en matière d'Arbitrage", publier in: http://www.avocat-roux.com/actualites-detail.php?id=239.

[viii]- **سلامة فارس عرب**، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دون دار النشر، دون بلد النشر، 1999، ص 722، أكثر تفصيل في موضوع العقد الدولي بدون قانون راجع تفاصيل مقال الأستاذة GANNAGE، المنشور في:

GANNAGE Léna, « Le contrat sans loi international en droit international privé », Electronic Journal of Comparative Law (EJCL), vol 11, n°3, TILBOURG University, Pays-Bas, 2007, pp 1-32.

[ix]– أكثر تفصيل في نقطة استبعاد القانون من اجل تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، راجع تحليل الأستاذ **DRAINS** في القضايا التالية:

CCI sentence rendue dans l'affaire n°3327, Op cit, pp 971-972, et la sentence rendue dans l'affaire n°4972 en 1989, JDI, n°4, Paris, 1989, p 1101-1102.

[x]– المرسوم التشريعي رقم 93/09، المؤرخ في 25 أفريل 1993. ملغى.

[xi]– قانون 08/09، مؤرخ في 25 فيبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، لسنة 2008.

[xii]- Voir l'article 42/.2: de la convention de Washington le 18 mars 1965, **Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats** *"Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono"*

[xiii]- *Il existe en droit commercial international, un principe qui autoriserait à défaut de dispositions contractuelles, la révision du contrat en cas de rupture imprévisible de cet équilibre contractuel, voir :* **FILALI Osman**, Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, Ed, LGDJ, Paris, 1992. p 162.

[xiv]– يمكن الإستدلال في هذا المقام ببعض القضايا التي فصلت فيها المحكمة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية، من خلال القرارات التحكيمية التي تشير إلى وقف تنفيذ العقد إعمالا لشرط إعادة التفاوض القرار الصادر في القضية رقم 2695 عن هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس، إذ فرضت هيئة التحكيم وقف العقد من تلقاء نفسها، وكان أطراف النزاع قد ضمنوا عقدهم الإشارة إلى إعادة التفاوض في العقد عند وقوع أحداث معينة، إلا أنهم لم يشيروا بشكل صريح أو ضمني إلى وقف تنفيذ العقد خلال الفترة التي يتم فيها إعادة المفاوضات. كما أشارت هيئة التحكيم ذاتها في القضية رقم 2894 إلى انه على الأطراف الامتناع عن تنفيذ التزاماتهم إلى حين الانتهاء من الاتفاق على تعديل جميع بنود العقد وبما يتناسب مع الوضع الجديد والظروف التي أثرت على العقد، اكثر تفصيل في المسألة انظر: **أسيل باقر جاسم**، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، المحقق المحلي، مجلة جامعة بابل للعلوم القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، العراق، 2011، ص 128.

[xv]- **ROCHFELAIRE Ibara**, L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, Thèse Pour l'obtention du grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS, UFR de droit et sciences sociales, 2012, p 145.

[xvi]– قد يتخذ الالتزام بالحفاظ على العقد مظهراً ايجابياً يتجسد في قيام المتعاقدين بمجموعة من الإجراءات التي تحقق الهدف من هذا الالتزام ، وعندئذ ، يكون الالتزام المذكور التزاماً بالقيام بعمل ، ومثال ذلك أن يقوم المتعاقد بالحفاظ على الشيء محل العقد من التلف أو الهلاك . ففي عقد البيع يكون البائع ملتزماً بالحفاظ على البضاعة، وفي عقد نقل التكنولوجيا يكون مورد التكنولوجيا ملتزماً بالحفاظ على التكنولوجيا التي لم تسلم بعد ، والقيام بجميع الأعمال اللازمة لتطويرها حتى لا تفقد قيمتها. كما يلتزم المتعاقدين بتقديم كافة الطلبات اللازمة للحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة للحفاظ على البضائع والمنتجات محل العقد ، وكذلك تقديم كل المعلومات اللازمة التي قد تساعد المدين على تخطي الحدث الذي أدى إلى وقف التنفيذ. والأصل هو أن يتحمل كل متعاقد المصاريف اللازمة للحفاظ على العقد من جانبه، إلا ان الشروط التعاقدية قد تتضمن أحيانا تنظيماً لتلك المسالة . فقد يتفق المتعاقدين على عدم قيام أي منهما بتعويض الأخر عما تكبده من نفقات ومصروفات للحفاظ على العقد. وقد يتفق الأطراف على أن الفصل في شأن تلك النفقات والمصروفات يتم أثناء التفاوض ، كما قد يتم الاتفاق على أن يتحمل الطرفين تلك المصروفات مناصفة، في تفصيل ذلك انظر، **اسيل باقر جاسم**، المرجع السابق، ص 130–131.

[xvii]- **ROCHFELAIRE Ibara**, Op cit, p 156.

[xviii]– **اسيل باقر جاسم**، المرجع السابق، ص 130–131.

[xix]- **GIMENEZ Vincent**, Le prix dans les contrats internationaux, Thèse de doctorat, Université de Nice Sophia-Antipolis, Nice, 2000 , p 516.

[xx]- « *…le prix peut donc être renégocier, aux fins de permettre l'exécution du contrat, c'est-à-dire la réalisation du but poursuivi par les parties…* », in : **GIMENEZ Vincent**, Op cit, p 518.

[xxi]- **FONTAINE Marcel**, « La pratique du préambule dans les contrats internationaux », RDAI, n°4, Paris, 1986, p 344.

[xxii]- **MAZEAUD Denis**, « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », receu-Dal,2007, p 766 et s.

[xxiii]– **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2003، ص 514.

[xxiv]- « *La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige* » (Cour d'appel de Paris, 28 novembre 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 381, note **E. Loquin** ; Cour d'appel de Paris, 4 novembre 1997, *Rev. arb.* 1998, p. 704, obs. **Y. Derains**.

[xxv]-**RONTECHEVSKY Nicolas**, « L'obligation pour l'arbitre amiable compositeur de statuer en équité », Rec-Dall, Paris, 2001 p, 2780.

[xxvi]– تنص الفقرة (4) من المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنه 1994 :"يجوز لهيئة التحكيم إذا إتفق طرفا التحكيم صراحة علي تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضي قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". وفي نفس السياق قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في مادته 1474، والتي تنص:

Article 1474 du Code des Procédures Civile Français: *"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur". inséré par Décret nº 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981*.

[xxvii]- **Art 35/2 du Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI** 'Version révisée en 2010: " Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'*amiable compositeur* ou *ex aequo et bono* que s'il y a été expressément autorisé par les parties". voir aussi: **Art 21/3 du Règlements D'Arbitrage et d'ADER de la CCI 2012**: "*Le tribunal arbitral statue en amiable compositeur, ou décide ex aequo et bono, seulement si les parties sont convenues de l'investir de tels pouvoirs"*.

[xxviii]- **LOQUIN Eric**, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », JDI, n°2, Paris, 1983, pp 293 et s.

[xxix]- **KAHN- FREUND (Q**) « La notion anglaise de la *"proper law of contract*" devant les juges et devant les arbitres, » RCDIP, n°3, Paris, 1973, p 607.

[xxx]– في استقلالية شرط التحكيم راجع: **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 207، واكثر تفصيل في الموضوع راجع:

OUERGHI Hamdi, L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M) (Option: droit des affaires), Université de MONTRÉAL, 2006, pp 13-15.

[xxxi]- **BRAMBAN Bernard**, Op cit, p 439. Voir aussi, Sentence CCI rendue dans l'affaire n°7986 en 1999, p 1075.

[xxxii] - Sentence du 30/11/1979 , AGIP/Congo(ARB/77/1)

[xxxiii]- CA Paris, 15 mars 1984, Rev-arb, n°1, Paris, 1985, p 285, et Cass, Grenoble, 15 déc 1999, Rev-arb, n°1, Paris, 2001, p 135, cité par, **RONTECHEVSKY Nicolas**, « L'obligation pour l'arbitre amiable compositeur de statuer en équité », Recueil Dalloz, Paris, 2001, p 2781.

[xxxiv]- Sentence CCI rendue dans l'affaire n°7986 en 1999, p 1075.

[xxxv]- **BREDIN Jean-Denis**, « L'amiable composition et le contrat », Rev-arb, n°1, Paris, 1984, p 259.

[xxxvi]- Article 5/2-2 stipule que : *« La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance el l'exécution sont requises constate…Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays* », in, Convention des nations unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 1958, in, http://www.uncitral.org/pdf/french/

[xxxvii]– تنص أحكام المادة 1051/ف1، من القانون رقم 08/09 السالف الذكر:" يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

[xxxviii]- Article 48 de convention de Washington stipule: *(1) Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres. (2) La sentence est rendue par écrit; elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur. Protection des investissements 14 0.975.2 (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée. (4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la sentence soit son opinion particulière – qu'il partage ou non l'avis de la majorité – soit la mention de son dissentiment. (5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.*

[xxxix]– في بعض الحالات يمكن أن يكون الحل الذي اتخذه المحكم وفقا للعدالة والإنصاف موافقا لما تقرره أحكام القانون المختص، لكن على المحكم في الحالة تسبيب حكمه وفقا للعدالة وليس القانون، اكثر تفصيل أنظر:

Parfois, sa décision rendue en équité pouvait aussi être conforme au droit, mais à condition que celle-ci « *témoigne de la recherche de l'équité* » (Cass. civ. II, 10 juillet 2003 n° 01-16.964, 8 juillet 2004 n° 02-19.382). Ainsi, pour la Cour de cassation, le recours à l'équité devait être exprès.

[xl]- *"On recherche donc une solution juste et équitable. Mais la limite est fragile. Car l'arbitre doit motiver sa décision. Il doit motiver sa décision prise en équité. L'ordre public s'impose à lui : motivation, procédure, exposé des prestations et moyens des parties. L'arbitre doit respecter les règles de fond touchant à l'ordre public fondamental".* voir: **ROUX & PEUCH- lESTRADE**, op cit, p 1.

[xli]- Art. 52 (*1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants: a. Vice dans la constitution du Tribunal; b. Excès de pouvoir manifeste du Tribunal; c. Corruption d'un membre du Tribunal; d. Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure; e.* ***Défaut de motifs.***

[xlii]– **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.، ص 373.

[xliii]- Enquête: Algérie- Arbitrage international, L'Eco, n°69/ du 1er au 15 juillet 2013, pp 35/49.