مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

التخصص : قانون الأعمال

بعنوان :

الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

من إعداد الطالبة

تحت إشراف الدكتورة

أمام اللجنة المكونة من

محمد عماد الدين عياض	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قاصدي مرباح -ورقلة	رئيسا
يسمينة لعجال	أستاذ التعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح –ورقلة	مشرفا ومقررا
أحمد خديجي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قاصدي مرباح –ورقلة	مناقشا

الموسم الجامعي : 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..."

الآية 01 من سورة المائدة

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم

أما بعد ،

لا يطيب الكلام إلا بذكر الله، ولا يصفو المقام إلا بالصلاة على حبيبي محمد صلى الله عليه وسلم خير الأنام ، أهدي ثمرة جهدي إلى أحق الناس بالتقدير والاحترام إلى من تعلمت على يديه معنى الصبر والإصرار أبي حبيبي و إلى من وهبت كل حياتها التي جعل الله من تحت قدميها الجنان أمي الحبيبة نبع الحنان ، ربي احفظهما واطل في عمرهما

إلى فقيد أفتقده منذ أن غادر هذه الحياة الشيخ عقبة لبيض رحمه الله وأدخله فسيح جنانه

إلى إخوتي وخاصة سندي ورفيق عمري عبد الكريم

دون أن أنسى زملائي طيلة مشواري الجامعي خاصةدفعة الحقوق2016و أصدقائي بالأخص عائشة حساني ، نصر الدين شخماية و محمد الأمين بوترعة

وإلى كل من أحمله في قلبي ولم يذكره قلمي

شكر وتقدير

الحمد الله باسط الأرض ورافع السماء مقلب الأنوار بين صيفها والشتاء ، والصلاة والسلام على نور الهداية خير من تنسم الهواء محمد المصطفى خاتم الأنبياء وآله وصحبه الكرماء

يقول الحبيب صلى الله عليه وسلم : " من أوتى معروفا فليذكره ، فمن ذكره فقد شكره ، ومن كتمه فقد كفره"

وبعد إنجاز مذكرتي لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والتقديرإلى أمي قبل أن تكون استاذتي الدكتورة لعجال ياسمينة التي أشرفت على هذا العمل المتواضع ، وأخذت بيدي أثناء إنجازه خطوة بخطوة إلى أن تم واكتمل .نفع الله بها العلم وطلابه وجزاها الله عني كل خير

كما أتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة كل من الأستاذ عياض محمد عماد الدين والأستاذ خديجي أحمدلتفضلهم بالموافقة على مناقشة بحثي

ولا أنسى أن أشكر بأسمى عبارات التقدير اساتذتي الكرام بالكلية خلال السنة الدراسية النظرية وخاصة الأستاذ بوليفة محمد عمران اعترافا بفضلهم واحتراما لعلمهم وفكرهم

وأشكر أيضا موظفي إدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية خاصة رئيس القسم بن الشيخ هشام وكذلك موظفي مكتبة الحقوق وبالأخص أخي عبد القادر

والشكر يعم كل من ساهم في هذا العمل من قريب أو بعيد

قائمة المختصرات

Principales abréviation

باللغة العربية :

01	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	**ج ر ج ج**
02	القانون المدني الجزائري	**ق م ج**
03	الصفحة	**ص**
04	من الصفحة إلى الصفحة	**ص ص**

باللغة الأجنبية:

01	Référence précédemment citée	**Op. Cit**
02	Page	**P**

مقدمة

إن فكرة التعاون الاقتصادي والتبادل التجاري لم تعد تقتصر على الدول المتقدمة وحدها ، وإنما ظهرت علاقات اقتصادية بين هذه الدول والدول النامية من خلال التعاقد الدولي في ظل التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة التي يشهدها العالم باستمرار .

وبهذا استبان دور العقود الدولية عموما وعقود الاستثمار خصوصا ، خاصة أنها تعتبر الآلية القانونية والجوهرية والأداة الهامة لتنفيذ برامج التنمية الاقتصادية وكذلك مشاريع الهياكل الأساسية و البنى التحتية للدول النامية، وبذلك فإن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية عرف عقد الاستثمار الدولي وقضى بأنه عقد يبرم بين الدولة أو كيان تابع للدولة وبين مواطن أجنبي أو شخص اعتباري يحمل جنسية أجنبية، ويمكن أن يغطي هذا العقد فئة واسعة من الوسائل أهمها اتفاقات الامتياز التي تعتبر من أكثر أشكال العقود الاستثمارية شيوعا في عقد استغلال الموارد الطبيعية إضافة إلى عقود توريد السلع والخدمات وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها من العقود التي تبرم من أجل تنفيذ المشاريع الأساسية الكبرى .

ولقد حدد تعريف المؤتمر للعقد الاستثمار الدولي أو كما أطلق عليه العقد الحكومي، أطراف هذه العقود والتي تنتميان إلى نظامين قانونيين مختلفين وهما الدولة أو أحد الكيانات التابعة لها من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، وحدد أيضا محل هذا العقد بمجموعة من النشاطات التي تعتبر أكثر شيوعا كما ذكرها على سبيل المثال .

وبهذا فإن الغاية الأساسية من إبرام هذه العقود هو تنفيذها وفق للشكل الذي سبق وإن اتفق عليه المتعاقدين خلال مرحلة المفاوضات، وبذلك فإن تنفيذ عقود الاستثمار الدولية تعد بمثابة تنزيل لإرادة المتعاقدين وشروطه وبنوده على أرض الواقع وتحمل كل واحدد منهم لالتزاماته التي ضمناها في العقد ووقعا عليها .

وتعد مشكلة تنفيذ هذه العقود من أهم وأدق المشكلات التي تطرح في التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية بسبب الطبيعة القانونية الخاصة لتلك العقود حيث تتسم بالزمنية وطول المدة نتيجة ضخامة الأعمال المطلوبة، وهي تكون بذلك عرضة لتغير الظروف والتي قد تكون ذات طابع سياسي كالقرارات الصادرة عن حكومات الدول مثل قطع العلاقات الدبلوماسية بينها وبين حكومة دولة أخرى مما يؤثر بصورة مباشرة على تنفيذ التزامات أحد الأطراف المتعاقدة المنتمي إلى أحد هذه الدول، كما قد تكون هذه الظروف ذات طابع اقتصادي كارتفاع مفاجئ في أسعار المواد الأولية وارتفاع تكاليف الإنتاج وغيرها، إضافة إلى ذلك فقد تكون ظروف ذات طابع تشريعي وقانوني كصدور قانون يمنع الاستيراد والتصدير أو خروج العملة الصعبة، كما قد تكون ظروف غير مباشرة تؤثر في الظروف السابقة وأبرز مثال على ذلك الظروف الصحية التي يشهدها العالم وتمثلت في جائحة كورونا، وبالتالي من البديهي إذا طرأت مثل هكذا ظروف على هذه العقود سيحول دون تنفيذها بحيث يصبح هذا التنفيذ إما مستحيلاً أو مرهقًا يسبب لأحد الأطراف أو كليهما خسائر فادحة تستوجب النظر في مصير العقد .

وقد طرحت العديد من الحلول في هذا النطاق والتي ترتكز على التوفيق بين قانون الإرادة من جهة والتشريع الوطني من جهة ثانية، حيث تلعب الإرادة الدور الهام في حل المشاكل الأساسية لعقود الاستثمار والبحث عن كافة السبل لكفاية التوقعات المشروعة واحتواء جميع المشكلات وتفاديها دون الذهاب للمنازعات أثناء مرحلة تنفيذ هذه العقود، فللأطراف الحرية الواسعة في إدراج الشروط التعاقدية الكفيلة بذلك، لأنها تحدد الحالات التي يمكن من خلالها وضع الضوابط القانونية للأحداث والظروف غير المتوقعة وتحديد الآثار المترتبة عليها، الأمر الذي يدفع إلى التخفيف من حدة النزاع الذي قد يثور بشأن ذلك ومن هذه الشروط

شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض إلى جانب النصوص التشريعية التي اتسمت أهداف بنوده إلى الحماية المتوازنة للأطراف وبالشكل الذي يحترم توقعاتهم وتجنب كل ما قد يؤثر على عملية التنفيذ سواء من خلال نظرية القوة القاهرة أو الظروف الطارئة .

والهدف من هذه الشروط والنصوص هو هدف واحد يتمثل في استمرارية تنفيذ عقود الاستثمار والحفاظ عليها، وهي مسألة مهمة تلقي على عاتق المستثمر والدول المضيفة التزامات متكافئة في تحقيقه والحفاظ عليه طيلة فترة التنفيذ، ولكن في حالة قصور هذه الشروط وفشل إرادة الأطراف في استمرارية التنفيذ تظهر بعض الضمانات الأخرى التي يضعها الأطراف للتخفيف من حدة عدم التنفيذ و إرساء التوازن العقدي والمالي بين لأطراف سواء من خلال شرط التحكيم الذي يعتبر بدوره حل علاجي في تسوية أي من النزاعات التي قد تطرأ بين المتعاقدين وعادة ما يفضل المستثمر الأجنبي اللجوء إليه وإدراجه في هذه العقود، خاصة التحكيم الجزئي الذي يرتكز على حل مشكلة معينة تطرأ أثناء التنفيذ، ولكن الاعتماد على التحكيم فقط يعد ضمان غير كافي ما يستلزم بالضرورة دعائم أخرى منها الرجوع إلى شرط الضمان وذلك بالرجوع إلى مؤسسات الضمان المالية .

وبناء على ما تقدم فإن الهدف من الدراسة هو إبراز الآثار القانونية المترتبة عن الجائحة المستجدة على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية ودور الأطراف المتعاقدة في مواجهة هذه الآثار من خلال الشروط التعاقدية المعتادة والمتبناة في هذه العقود بغية الاستمرار في تنفيذ العقد الذي يعتبر جوهر وأساس التعاقد . إضافة إلى بيان دور التحكيم ومؤسسات الضمان المالية في حال قصور الشروط التعاقدية والتي تعتبر ضمانات تهدف إلى مواجهة التغيرات التي سببتها الجائحة بغية إرساء غاية الأطراف أثناء التنفيذ والمتمثلة في استمرارية تنفيذ عقود الاستثمار .

ومن جانب آخر فإن أسباب اختيار هذا الموضوع مرده وجود دوافع موضوعية تمثلت في أن موضوع الدراسة لا يزال مجالا خصبا كونه يتسم بالحداثة، و إبرازه لإشكالات في المجال القانوني مستوحاة من الواقع العملي والاقتصادي في إطار تنفيذ عقود الاستثمار الدولية .

نظرا للتغيرات المستجدة في الساحة الدولية بسبب الجائحة وأمام التحديات التي واجهت عقود الاستثمار الدولية أصبح من الضروري إعادة النظر في الشروط التعاقدية للوقوف على مدى مواكبتها لهذه التحديات .

كذلك وجود افتقار في الدراسات القانونية الفقهية المتخصصة بمعالجة هذا الموضوع من الجانب القانوني والاقتصادي، حتى الدراسات القانونية الفقهية أغلبها تمحورت في العقود الدولية بصفة عامة أو العقود الداخلية، لهذا من خلال هذه الدراسة سنكشف عن ثنايا آثار هذه الجائحة على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية .

ومن منطلق هذا يمكن صياغة إشكالية موضوع دراستنا كالأتي : **مدى كفاية الآليات القانونية في عقود الاستثمار الدولية في الحفاظ على استمرارية تنفيذه في ظل الجائحة المستجدة ؟**

توجد العديد من الدراسات التي تتقاطع مع موضوع الدراسة ، إلا أن بعضها تناولها بالدراسة بمنظور آثار القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي، وهذه الدراسات لا تخدم موضوع بحثنا ، كما أن بعض الدراسات وإن تناولت موضوع أثر القوة القاهرة في العقود الدولية فقد تناولتها في إطار عقود التجارة الدولية و الكثير منها أغفل المفهوم الحديث لقوة القاهرة وما يترتب عليها من آثار، وسنعمل من خلال هذا البحث على تسليط الضوء على آثار القانونية للجائحة باعتبارها سبب أجنبي /قوة قاهرة على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية .

إن الإجابة على إشكالية الدراسة تدعونا إلى الاعتماد على المنهج التحليلي من أجل تحليل كل جزئية وكل إشكالية ترد خلال الدراسة على اختلاف الطروحات الفقهية والقرارات التحكيمية والاتفاقيات الدولية وبيان أبعادها من خلال كيفية معالجتها لمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد .

وللاقتراب من إشكالية بحثنا ومحاولة الإجابة عنها اعتمدنا على خطة زمنية، حيث تم رصد أثارين من آثار الجائحة على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية ويمكن معالجتها في فصلين، حيث يمكن لإرادة الأطراف التدخل من خلال الشروط التعاقدية التي تم إدراجها في العقد، هذا التدخل يهدف إلى استمرارية التنفيذ والحفاظ على العقد وهذا ما تناولناه في الفصل الأول تحت عنوان الآثار في حال استمرارية تطبيق إرادة المتعاقدين (آثار إيجابية) ، أما الفصل الثاني فتم معالجة فرضية فشل قانون الإرادة في الحفاظ على استمرارية العقد وتنفيذه حيث تظهر آثار عدم التنفيذ من خلال التوجه إلى الضمانات التعاقدية والمتمثلة في التحكيم ومؤسسات الضمان التي يمكن أن تعاني وتتأثر سلبا بآثار الجائحة في حال فشل المتعاقدين في تحقيق الغاية التي يهدفان إليها من عملية التنفيذ، كل هذا تحت عنوان الآثار في حال فشل إرادة المتعاقدين في الاستمرار في التنفيذ (آثار سلبية) .

الفصل الأول : الآثار في حال استمرارية تطبيق إرادة المتعاقدين

آثار إيجابية :

أدت جائحة كورونا إلى اضطرابات في بعض أنواع العقود دون الأخرى، وبالتالي كان لها أثر كبير على تنفيذها وبتأثيرها على نوع محدد من العقود وتكييف حالة عدم توقعها أدى إلى ترتيب آثار يتطلب مواجهتها وفق للشروط التعاقدية الثابتة و التي كرستها إرادة الأطراف والتي تهدف إلى ضمان استمرارية عقود الاستثمار والمحافظة عليها .

هذه الشروط تلمس فرضين بحسب تكييف الجائحة إما أن تؤدي إلى وقف تنفيذ عقود الاستثمار نتيجة استحالة التنفيذ وهذا ضمانا للحفاظ على العقد بما يحقق مصلحة الأطراف، وعلى هذا فإن أساس الوقف الذي اعتمده المتعاقدين في ظل الجائحة يعود إلى تطبيق شرط القوة القاهرة (المبحث الأول) ولكن في مقابل هذا الشرط هناك بند آخر تتضمنه هذه العقود وتبنته الأطراف ويتمثل في شرط إعادة التفاوض وهذا لتوفير حماية أكبر للمتعاقدين من خلال الجلوس على طاولة المفاوضات ضمانًا للاستمرارية تنفيذ العقد والمحافظة عليه، كل ذلك في ظل الجائحة المستجدة أو ما قد يشبهها من ظروف تؤدي إلى إرهاق كاهل أحد الأطراف أو كليهما (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : وقف تنفيذ عقود الاستثمار نتيجة حتمية في ظل الجائحة

إن صياغة شروط القوة القاهرة وتبنيها في عقود الاستثمار أمر ضروري خاصة و أنها من العقود الزمنية التي تتسم بطول المدة، و بهذا فإن صياغة مثل هكذا شرط أمر حتمي بررته تغير الأحداث وتقلبها وهو ما أكدته الجائحة المستجدة وبالتالي تطبيق المستثمرين والدول المضيفة لهذا الشرط لمواجهة آثارها يستوجب وقف تنفيذ عقود الاستثمار وكذلك الالتزامات لمدة معقولة يراعى فيها الأثر المترتب عنها، وهذا بغية تحقيق الهدف الأساسي الذي رمى إليه كلا المتعاقدين في مرحلة سابقة عن التنفيذ و يتمثل هذا الهدف في ضمان المحافظة على استمرارية تنفيذ عقود الاستثمار، بناء على ذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى معرفة مفهوم وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية وتحديد طبيعة هذا النظام وهذا ما سنعالجه في (المطلب الأول)، ومن ثم لابد من معرفة أحكام هذا النظام –وقف التنفيذ – وما يترتب عنه من آثار وهو ما سنعالجه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

إن الجائحة سببت وضع استثنائي واختلال كبير في التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار مما يجعل تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم التعاقدية في هذه العقود أمر عسير يهدد بخسارة فادحة، لذلك نجد أن هناك شروط تعاقدية خاصة شرط القوة القاهرة يعالج حالات تغيير الظروف التي قد تطرأ أثناء التنفيذ، وبالتالي فإن الأثر المترتب على هذا الشرط هو وقف تنفيذ العقد وتأجيله بغية الحفاظ على استمرارية العقد التي تعتبر الغاية الأساسية التي يهدف إليها كل من المستثمر والدولة المضيفة عن إبرامه، وعليه لابد من التطرق في هذا المطلب إلى معرفة مضمون هذا النظام –وقف تنفيذ– وتحديد طبيعته (الفرع الأول)، ومن ثم معرفة الأساس الذي انبنى عليه وقف تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

إن وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية هو الأثر البديهي عند تطبيق شرط القوة القاهرة من قبل الأطراف لمواجه تغيرات الظروف ومنها الجائحة التي تحول تنفيذ العقد، ضمانا لاستمرارية تنفيذ العقد ، لهذا يتطلب منا تحديد المقصود بنظام وقف تنفيذ العقد ومن ثم تحديد طبيعته القانونية .

أولا : المقصود بوقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

اختلف الفقه في تحديد المقصود بوقف تنفيذ العقد، فمنهم من عرفه بأنه : " وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ، واستئناف تنفيذه عند زوال الاستحالة المؤقتة ".[1]

[1] – صفاء تقي عبد النور العيساوي ، القوة القاهرة وآثارها في عقود التجارة الدولية ، دراسة مقارنة ، مذكرة دكتورة ، جامعة الموصل ، العراق ، 2005 ، ص 184
– اوليدي موسى ، قادري عبد العزيز ، اثر القوة القاهرة في العقود الدولية ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون شركات ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2018/2017 ، ص 56

وتم نقد هذا التعريف على أنه يقتصر على وقف تنفيذ العقد على الالتزامات الرئيسة المتبادلة حصرا، و يهمل الالتزامات الثانوية أو الفرعية وإغفاله لبيان الهدف من هذا الوقف باعتباره وسيلة يتم من خلالها الحفاظ على استمرار الرابطة التعاقدية .[1]

كما يعرف بأنه :" تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع، من أجل استئناف سريان العقد مرة أخرى " .

من خلال التعريف يتضح أن لوقف تنفيذ العقد فائدتين، فهو من جهة يحمي العقد من الزوال ويؤمن بقاء العلاقة التعاقدية، ومن جهة أخرى يسمح بسريان العقد مرة أخرى .[2]

ويعرف أيضا أنه : " توقف المتعاقدين على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية المتبادلة لحين إعادة النظر في العقد والتوصل إلى اتفاق جديد ينظم الالتزامات التي أصبحت مرهقة لطرفين بسبب حدوث الاختلال للعقد " .[3]

وفي كل الأحوال يعد وقف تنفيذ العقد وسيلة للحفاظ على وجود عقود الاستثمار الدولية وبقاءه وترتيبه في العديد من الالتزامات التعاقدية، و وقف التنفيذ يضمن بقاء العقد عندما هددته الجائحة باعتبارها قوة قاهرة واعترضت تنفيذه، و أثرت على قدرة الأطراف في تنفيذ التزاماتهم، لذلك وصف جانب من الفقه الوقف بأنه ظاهرة عابرة تشل تنفيذ العقد ولكن لا تشل وجوده.[4]

وفي هذا الصدد فإن نظام وقف تنفيذ العقد هو خمول مؤقت للعلاقة العقدية، [5] وبالتالي فإنه لا يقدم معالجات أو إجراء تغيرات في الاداءات التعاقدية، بل هو عبارة عن تجميد وتعطيل لتلك الالتزامات سواء كان بشكل كلي أو جزئي ولفترة من الزمن وبالتالي يبقى العقد قائما ولكن التنفيذ هو الذي يتوقف بشكل مؤقت .[6]

وهذا ما نستنتجه في عقود الاستثمار الدولية في ظل جائحة كورونا سيتم توقيف تنفيذ هذه العقود بشكل مؤقت إلى غاية زوال هذا الوباء العالمي، خاصة و أن مصلحة هذه العقود تقتضي ضرورة التمسك بالعقد وليس بفسخه بمجرد وجود عقبات تؤثر على تنفيذه، وبما أن التدابير المتخذة لتفادي تفشي الجائحة المستجدة ذات طبيعة مؤقتة يتم رفعها بزوال الجائحة، وعلى هذا الأساس يتم تطبيق نظام وقف تنفيذ العقود بصفة عامة وعلى عقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة، نتيجة للأوضاع المترتبة على التدابير المتخذة لتفادي تفشي الجائحة .

ونشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية أشارت إلى العلاقة بين القوة القاهرة المؤقتة ووقف العقد بقولها : " إن الأثر الوقف للقوة القاهرة المؤقتة يعتبر نتيجة طبيعية للحادث المكون لها، و أن معيار التفرقة النهائية والمؤقتة يتمثل في مدى إمكانية زوال المانع الذي

---

[1] اوليدي موسى ، قادري عبد العزيز ، المرجع نفسه ، ص 56

[2] مروك أحمد ، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن خدة ، 2015/2014 ، ص 207

[3] أسيل باقر جاسم ، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية ، مجلة الامن والقانون ، العدد الأول ، ، د.ب .ن ، 2003 ، ص129

[4] بوخالفة عبد الكريم ، دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية ، أطروحة شهادة دكتوراه LMD ، تخصص قانون الاستثمار ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2018/2017 ، ص 95 ، بتصرف

[5] بن دريس حليمة ، مقال بعنوان إعادة التفاوض تقنية تعاقدية مرنو لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، فأي إمكانية لتنظيمه في القوانين الوطنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، الجزائر ،د.س.ن ، ص 09

[6] بوخالفة عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 95

سبب الاستحالة، فإذا كان من الممكن زوال المانع مستقبلا بعد فترة تطول أو تقصر فإن الاستحالة تكون مؤقتة، أما إذا كان هذه الأخيرة غير قابلة للزوال في المستقبل أو على الأقل لا يوجد احتمال لزواله فإن الاستحالة تصبح نهائية ."[1]

وبناء على ما تقدم فإنه للقيام وقف تنفيذ العقد لابد من توافر شروط لتحققه أولهما هو أن تكون مدة العائق أو المانع معلومة أو يمكن تقديرها، ومفاد هذا الشرط أنه يجب لوقف تنفيذ الالتزام العقدي هو أن تكون مدة العائق المؤقت معلومة أو يمكن تقديرها، لأن وقف التنفيذ يؤدي إلى تأخير ميعاد الوفاء بالالتزام مدة قد تطول أو قد تقتصر. أما الشرط الثاني يتمثل في أن لا يكون ميعاد تنفيذ الالتزام عنصر جوهري مثال ذلك تسليم بضاعة في موسم معين لأنه وفق المادة3/79 من اتفاقية فيينا فإن تحقيق هذاالشرط سيؤدي إلى القضاء على غاية العقد.[2]

. وعموما بلعتبار الجائحة المستجدة قوة قاهرة فلا بد من توافر شروط هذه الأخيرة من أجل وقف تنفيذ العقد، وتتمثل هذه الشروط في أن تكون استحالة تنفيذ عقود الاستثمار الدولية بسبب أجنبي غير منسوب للأطراف المتعاقدة (الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي)، [3] ويطلق عليه بعض الفقه شرط الخارجية، إضافة إلى شرط عدم توقع الحدث عند إبرام العقد ، [4] بالإضافة إلى شرط عدم إمكانية تلافي الحدث أو دفعه .[5]

ثانيا : الطبيعة الخاصة لوقف تنفيذ العقد

لقد ذهب اتجاه من الفقه إلى أن وقف التنفيذ هو فسخ مؤقت للعقد، يوقف مفعوله بالنسبة للطرفين خلال فترة امتداد القوة القاهرة التي حالت دون إمكانية التنفيذ، في حين تبقى الرابطة العقدية سليمة نافذة قبل مدة الوقف وبعدها .[6]

إن هذا الرأي وبالرغم من وجاهته لا يمكن الأخذ ب هذلك لأن اعتبار وقف تنفيذ العقد فسخ مؤقت سيؤدي في الواقع صعوبات جمة يتعذر تبريرها، وتتجسد أولى هذه الصعوبات في تحديد مفهوم الفسخ الذي لا يمس آثار العقد في الفترة السابقة واللاحقة على وقف التنفيذ إذ أنه من الراسخ والبديهي أن الفسخ يؤدي بالضرورة إلى محو آثار العقد مستقبلا، وإزالة ما ترتب عليه من آثار في الفترة السابقة لتقريره، ويتمثل ثاني تلك الصعوبات في أن القول بأن الوقف هو فسخ مؤقت من شأنه توسيع نطاق الفسخ، وبهذا يدخل مفهوم جديد إليه ما يؤدي في نهاية المطاف إلى ضياع معالم نظام الفسخ .[7]

كما أن وصف أو تكييف وقف تنفيذ العقد بأنه فسخ مؤقت يؤدي بالضرورة إلى تخويل المحكمة سلطة فسخ العقد دون طلب من المتعاقدين أي أن جوهر وأساس الوقف يكون قضائي، وهو ما لايمكن التسليم به عند الأخذ بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة

---

[1] فريال بوكرشة ، نادية لبيض ، اشتراط إعادة التفاوض في العقد الدولي ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون العام ، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الصديق بن يحي ، جيجل ، 2017/2016 ، ص 71

[2] أحمد مروك ، المرجع السابق ، ص 119

[3] إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، عقد المفتاح في اليد ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص 187

[4] خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2014 ، ص 119 و 120 .

[5] عبد الكريم بوخالفة ، المرجع السابق ، ص 75 .

[6] – صفاء تقي عبد النور العيساوي ، المرجع السابق ، ص 186

– اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 57

[7] اوليدي موسى ،المرجع السابق ، ص 57 و 58

(الشرط الاتفاق للقوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية)، حيث يجسد اتفاق[1] الأطراف أساس الوقف في هذه الحالة، وأن سبب الفسخ يتجسد في عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزاماته نتيجة القوة القاهرة خارجة عن حدود سيطرته .

إضافة إلى الاتجاه الأول باعتبار الوقف فسخ مؤقت، ظهر اتجاه فقهي آخر حيث ذهب بالقول أن وقف تنفيذ العقد هو دفع بعدم التنفيذ لمصلحة المدين (حق للمدين)، يخوله عدم تنفيذ التزاماته مادامت الاستحالة قائمة، دون أن يعترض بذلك الدائن إلى الحكم بالفسخ، فالغاية من الوقف والدفع بعدم التنفيذ هو إمكانية تنفيذ العقد مستقبلا دون فسخه .[2]

تم نقد هذا الرأي كذلك على أساس هو أن هناك فرق بين وقف تنفيذ العقد والدفع بعدم التنفيذ، فهذا الأخير – الدفع بعدم التنفيذ – هو أداة ضغط على إرادة المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزامه بإرادته أو نتيجة خطأ صادر عنه كل هذا من أجل دفع إلى تنفيذ العقد – التزامه – ، في حين وقف تنفيذ العقد هو حق للمتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بسبب الاستحالة المؤقتة المترتبة عن القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذ العقد .[3] كما قد يكون وقف تنفيذ العقد هو حق للمتعاقدين على حد سواء، وهذا ما رأيناه في ظل هذه الجائحة.

وبناء على ما تقدم فإن وقف تنفيذ العقد الدولي بصفة عامة و عقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة ذو طبيعة قانونية خاصة فرضته الظروف نتيجة الاستحالة الظرفية أو المؤقتة و الآثار عليها –كالقوة القاهرة – وبالتالي حسب وجهة نظرنا فإن وقف تنفيذ العقد هو أثر قانوني ووجد من أجل ضمان استمرارية تنفيذ عقود الاستثمار الدولية ومن أجل إعادة التوازن العقدي والاقتصادي للعقود أثناء مرحلة التنفيذ.

الفرع الثاني : جوهر (أساس) وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

إن جوهر وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية نجده إما في الشروط التعاقدية تطبيقا للقانون الإرادة – العقد شريعة المتعاقدين (أولا) كما قد يكون أساسه قوانين أو تشريعات دولية منظمة له (ثانيا)، بالإضافة إلى تطبيقات نجدها في التحكيم من خلال قراراته المتخذة (ثالثا).

أولا : قانون الإرادة كأصل في وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

إن الشروط التعاقدية هي الأساس الأول الذي يقوم عليه وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية بحيث يؤدي هذا الوقف إلى الحفاظ على استمراريته أي تأمين بقاء العلاقة العقدية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي طوال مدة زمنية معينة تتم بتغيير الظروف المحيطة بالعقد والسماح لها بالسريان مرة أخرى منتجة لنفس الآثار المتفق عليها .[4]

---

[1] اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 58

[2] صفاء تقي عبد النور العيساوي ، المرجع السابق ، ص 184 بتصرف

[3] عبد المنعم حسن عنوز ، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية ، د.ط ، د .ب.ن ، د.س.ن ، كتاب منشور في موقع المكتبة القانونية العربية . http://www.bibliotdroit.com ب ، بتاريخ 22 مارس 2020 ، ص 50 ، بتصرف

[4] حصأم سميرة ، آثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه LMD، تخصص قانون، قسم الحقوق . كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2019/10/24 ، ص 245 بتصرف

وأمام تغير هذه الظروف فإن أطراف عقود الاستثمار الدولية لجأت إلى وقف تنفيذ العقد بعد وقوع الجائحة ـ باعتبارها حادث خارج عن إرادة الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي ـ وما رتبته من آثار إلى حين إعمال شرط إعادة التفاوض .[1]

كما أن الإرادة تلعب دور مهم في تحديد نطاق الوقف سواء تم الاتفاق على وقف تنفيذ الالتزامات التي تأثرت بالجائحة أو الالتزامات التي لا يزال الأطراف قادرين على تنفيذها لإبطال نظام الوقف –وقف تنفيذ العقد – إلا أنه حسب أثر هذه الجائحة فإن قانون الإرادة سيعمل على وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية والسبب في ذلك يرجع إلى التدابير والإجراءات المتخذة من طرف الدول كالحظر التام وغلق المنافذ على العالم الخارجي، [2] خصوصا وأن وقف التنفيذ نظام لا غنى عنه سواء في حالة شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية أو في حالة شرط إعادة التفاوض كما سنرى في ذلك في المبحث الثاني ، فهو ينطبق في حالة شرط القوة القاهرة في الفترة التي تسبق إعادة التفاوض.[3]

وبناء على ما تقدم فإن وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية في الفترة التي انتشر ت فيها الجائحة المستجدة وما رتبته من آثار قانونية هي أفضل وأنسب طريقة تتخذها الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي من أجل الحفاظ على هذه العقود وحمايتها والاستمرار في تنفيذها متى تم تخفيف من الآثار الناجمة عن جائحة كورونا وكان من الممكن تنفيذ هذه العقود، أو زوال الجائحة نهائيا بإيجاد لقاح وعودة الحياة إلى مجراها .

ثانيا : الاتفاقيات الدولية كأساس لوقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

لقد أعدت غرفة التجارة الدولية شرط نموذجي فيما يتعلق بالقوة القاهرة حيث نصت في الفقرة السابعة منه على أنه : " توقف مدة تنفيذ أثناء مدة معقولة مستبعدا في ذلك نفس الوقت حق الطرف الأخر في أن يلغي أو يفسخ العقد ". وبهذا فإن هذا الشرط يحمي المتعاقد من سلوك المتعاقد الأخر الذي قد يرغب في فسخ العقد بأن فرض عليه الانتظار لفترة من الوقت قد يزول فيها عائق التنفيذ أو يتوصل مع الطرف الأخر إلى اتفاق يحمي بقاء العقد وضمان استمراريته، وهذا الأمر – شرط النموذجي – لا غنى عنه في عقود الاستثمار الدولية لذلك من المتوقع أنه تم إعمال هذا الشرط عند تفشي الجائحة وما رتبته من أثار. [4] إلى جانب ذلك فإن مبادئ Unidroit –المبادئ الموحدة للعقود الدولية – Principes Unidroit في نص المادة 2-7/1/7 نصت على أن : " عندما يكون العائق مؤقتا، فإن الإعفاء ينتج آثاره أثناء مدة معقولة مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الإعاقة على تنفيذ العقد ".[5]

ونشير كذلك إلى القانون الدولي الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لاهاي 1964 أخذ بنظام وقف تنفيذ العقد بصفة ضمنية ويستشف ذلك من خلال نص المادة 74 الفقرة الثانية التي نصت على أنه :" إذا ترتب على الظروف استحالة مؤقتة فإن

---

[1]–أوليدي موسى ،المرجع السابق ، ص59 بتصرف

– مروك أحمد ، المرجع السابق ، 240 ، بتصرف

[2]فريال بوكرشة ، المرجع السابق ، ص 67

[3]اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 59

[4]فريال بوكرشة ، المرجع السابق ، ص 68

–شريف محمد غانم ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 313

[5]ميلودي وليد ، النظام القانوني لشرط المراجعة في عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2020/2019 ، ص 41

الظرف الذي تأثر التزامه بهذه الاستحالة يبرأ كلية من تنفيذ هذا الالتزام بحيث يصبح الأطراف أمام التزام أخر بخلاف المنصوص عليه في العقد " .[1]

وفي نفس الصدد تأخذ اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بهذا النظام كذلك – نظام وقف تنفيذ العقد – و ذلك من خلال نص المادة 79 والتي نصت على : " يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائما " .[2]

إذن بمفهوم المخالفة يبدأ سريان العقود الدولية بزوال العائق الذي يعتبر الحادث الذي يؤدي إلى إخلال تنفيذ العقود، وبمعنى آخر فإن عقود الاستثمار الدولية في ظل هذه الجائحة المستجدة – عائق حسب نص المادة 79 سالفة الذكر- ستبقى معلقة إلى غاية زوالها أو التخفيف من أثارها بقدر يسمح للأطراف هذه العقود (الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي) بتنفيذ التزاماتهم والمحافظة على العقد طيلة فترة الجائحة.

ثالثا : توقيف نفاذ العقود في قرارات التحكيم التجاري الدولي

يميل محكمي التجارة الدولية إلى وقف تنفيذ العقد تطبيقا لمبدأ الأثر الموقف في حالة الاستحالة المؤقتة للتنفيذ، وقد تم اعتبار هذا المبدأ من المبادئ العامة للقانون،[3] وهذا نظرا إلى المكانة البارزة التي تحوزها العقود الدولية في الساحة الدولية وجسامة الأخطار التي قد تنتج عن إنهاء هذا النوع من العقود في حال ما إذا طرأت أحداث لم يتم توقعها، [4] ولقد صدرت عدة قرارات من طرف التحكيم تطبيقا لنظام وقف تنفيذ العقد ومثال ذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1703 سنة 1971 اعترفت فيها هيئة التحكيم بوجود حالة قوة قاهرة في المدة التي بدأت فيها الأعمال العدائية وحتى نهايتها وبعد ذلك ب 20 يوما، وهذه الفترة تشكل استحالة مؤقتة، وقررت الهيئة بعد ذلك استئناف العقد في سريانه بعد انتهاء هذه المدة.[5]

كذلك القرار الصادر في القضية رقم 2546 والتي من خلالها أكدت هيئة التحكيم التبعة للغرفة التجارة الدولية بباريس من حرب 6 أكتوبر 1973 وما ترتب عنها من اضطرابات في المواصلات وغلق للمصانع تعتبر من أم الأسباب التي يمكن من خلالها وقف سريان العقد، ورفضت فسخ العقد كلية بسبب وجود الحرب واعتبرت أن وقف سريان العقد يمتد فقط أثناء فترة قيام الحرب.[6]

وبالتالي فإنه من المتوقع إن تم عرض أحد القضايا بسبب الجائحة المستجدة –خاصة في بداية انتشار هذه الأخيرة وما رتبته الإجراءات الاحترازية في مواجهة انتشاره – على التحكيم فإنه سيحذو ما حذته القرارات التحكيمية السابقة بخصوص القوة القاهرة أي أنه سوف يتم وقف تنفيذ العقود عموما وعقود الاستثمار الدولية خصوصا .

---

[1] شريف محمد غانم ، المرجع السابق ، ص 313 ، كذلك اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 61

[2] اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع فيينا أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقعت في 1980 ، انظر للموقع www.uncitral.org/pdf

[3] ***"It alsoadmittedgenerallythat force majeure as a cause of fall or partial suspension or termination ofcontractisgeneral principal of lawwhichapplieseven the contractissilent"***, Cité par :SALAMA Saber, Le sort des contrats conclus avec des operateurs irakiens à la suit de la levée de l'embargo . RDAI .n.°2 . 2003 . p 890

[4] ميلودي وليد ، المرجع السابق ، ص 41

[5] مروك أحمد ، المرجع السابق ، ص 211 بتصرف

[6] ميلودي وليد ، المرجع السابق ، ص 42

المطلب الثاني : أحكام وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

إن الأثر المترتب على عدم تنفيذ عقود الاستثمار الدولية في ظل الجائحة هو وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية في هذه العقود، إضافة إلى أنه يرتب آثار أخرى منها ضمان التنفيذ المستقبلي لهذه العقود بعد تخفيف من آثار هذه الجائحة أو زوالها، وبمعنى آخر فإن الغاية من وقف التنفيذ هو محافظة كل من المستثمر والدول المضيفة على تنفيذ العقد واستمراريته بعد زوال الجائحة التي حالت دون تنفيذ العقد، وباعتبار وقف التنفيذ نظام فإنه يرتب بذلك اثار قانونية إضافة إلى أنه هناك طرق لانقضائه.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول يتناول آثار وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية في ظل الجائحة المستجدة ونخصص الفرع الثاني بعنوان انتهاء وقف تنفيذ العقد.

الفرع الأول : آثار وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

يترتب على وقف تنفيذ العقد في ظل هذه الجائحة على اعتبار أنها قوة قاهرة مؤقتة / ظرفية منع أحد المتعاقدين إنهاؤه بمحض إرادته، [1] وإنما يترتب على ذلك وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد وإضافة إلى ترتيبها للالتزامات جديدة حيث أن كل هذه الآثار تصب في فحوى واحد وهو ضمان استمرارية تنفيذ العقد والحفاظ عليه، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع .

أولا : وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسة والفرعية والسعي لإزالة سبب الوقف

لا يمس الوقف وجود العقد بل يبقى قائم بجميع آثاره، دون الالتزامات ومقاديرها وقيمتها، وكل ما في الأمر هو أن التنفيذ هذه الالتزامات طوال مدة الوقف، وأثناء هذه المدة يكون العقد في حالة سكون ولا تلتزم الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بالتنفيذ طيلة فترة الجائحة، [2] كما يبرئ الأطراف من المسؤولية عن عدم التنفيذ ،[3] أما بالنسبة للالتزامات التي لم تتأثر بوجود الجائحة على اعتبار أنها عائق فتبقى مستمرة وملزمة للطرفين ويؤدي عدم تنفيذها إلى قيام المسؤولية العقدية أو تعويض الطرف الأخر.[4]

وإذا نظرنا إلى الجائحة المستجدة فإنها أدت إلى وقف تنفيذ العقود عموما وعقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة أي الالتزامات الرئيسية بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي وهو ما سيؤدي إلى إعفاء الطرف المتضرر من المسؤولية العقدية نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذه العقود .

ونشير إلى أن وقف تنفيذ قد يشمل حتى الالتزامات الفرعية/الثانوية، ففي الواقع إذ تم وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسة التي أصبحت مستحيلة التنفيذ بسبب العائق يؤدي أيضا إلى وقف الالتزامات المرتبطة بها، فالعبرة هنا هو مدى الترابط بين الالتزام

[1] عبد الكريم بوخالفة ، المرجع السابق ص 93

[2] مروك أحمد ، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه ، المرجع السابق ، ص 216

[3] صفاء تقي عبد النور ، ص200 و اوليدي موسى ، قادري عبد العزيز ، المرجع السابق . ص 62

[4] ميلودي وليد ، المرجع السابق ، ص43

الرئيسي والالتزامات الثانوية .[1] أورد حسام الدين كامل الأهواني في مقال له مثال إذا تم وقف الالتزام بالنقل كالتزام أصلي فإنه سيؤثر بطريقة أو أخرى على وقف التزام بضمان السلامة باعتباره التزام متفرع عن الالتزام الأصلي – الالتزام بالنقل -.[2]

كما نشير إلى أن الوقف الذي يمتد إلى الالتزامات الثانوية يأخذ شكلين، الأول تأثير العائق وبصفة مباشرة على إمكانية المدين للقيام بالتزامه الفرعي بحد ذاته بمعنى أن الالتزامات الفرعية يتم وقفه ليس نتيجة ارتباطه بالالتزام الأصلي، وإنما يتم وقفه كالالتزام مستقل، أما الشكل الثاني فهو امتداد الوقف يشمل الالتزام الفرعي نتيجة ارتباط هذا الاخير بالالتزام الرئيسي للوقف،ومثال ذلك إذ تم وقف تنفيذ الالتزام بتسليم البضاعة في عقد البيع سيؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام بنقلها نتيجة ارتباط هذا الاخير بالالتزام الأصلي –التسليم -، ولكن لا يؤدي وقف التسليم إلى وقف تأمين البضاعة والسبب أن التأمين مستقل عن الالتزام بالتسليم وبالتالي لن يمتد أثر وقف تنفيذ هذا الاخير على الالتزام بالتأمين .[3]

وإذا تم النظر إلى أساس وقف تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزامات بسبب حدوث الجائحة على اعتبار أنها قوة قاهرة نجده أمر ضروري يفرضه نظام الوقف ذاته، أما الأساس الذي يستند إليه في وقف تنفيذ الطرف الأخر لالتزاماته في حال غياب اتفاق أطراف عقود الاستثمار الدولية على أن يكون الوقف يشمل الطرفين معا فاختلف فيه الفقه.[4]

حيث يؤسس الرأي الأول اتجاهه على أساس نظرية بعدم التنفيذ كأساس لوقف تنفيذ الالتزامات الطرف الاخر أيضا في حال وقف تنفيذ التزامات الطرف المقابل وذلك بسبب الجائحة على اعتبارها قوة قاهرة ،[5] ولكن تم نقد هذا الرأي حيث يقوم أساس النقد إلى أن أساس هذه النظرية –الدفع بعدم التنفيذ- يقوم على أساس انه يشترط لإعمال الدفع بعدم التنفيذ أن تكون التزامات المتعاقدين المتقابلة مستحقة الأداء، فإذ كانت غير ذلك فإنه لا يمكن التمسك بهذه النظرية .[6]

أما الرأي الثاني فيرى أن أساس وقف تنفيذ التزام الدائن يكمن في نوع خاص من الدفع بعدم التنفيذ وأنصار هذا الرأي قسموا الدفع بعدم التنفيذ إلى صنفين الأول هو التنفيذ المصحح corrective وهو الذي يواجه حالة عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ المدين وهذا الصنف يخرج عن نطاق موضوعنا لأن الجائحة سبب خارج عن خطأ المدين أم الصنف الثاني هو عدم التنفيذ الوقائي péventive وهو الذي يجيز لطرف وقف تنفيذ التزامه إذا لم يستطع الطرف الأخر تنفيذ التزامه بسبب لا يرجع إليه . والغاية من ذلك هو راجع إلى فكرة المخاطر التي قد يتعرض إليها الطرف المضرور إذا استمر في تنفيذ التزامه سيؤدي بت الخطر إلى عدم استرداد حقوقه والمصاريف التي تكبده في سبيل التنفيذ .[7]

وهو ما يمكن ان يحدث في ظل فترة تفشي الجائحة فإذا توقف المستثمر الأجنبي عن وقف تنفيذ التزامه المترتبة عن عقود الاستثمار الدولية فإنه بالضرورة على الدول وقف تنفيذ التزاماتها استنادا على نظرية الدفع بعدم التنفيذ الوقائي وهذا تجنبا لتكبد هذه الدول الخسائر إذا ما قامت بتنفيذ العقد إضافة إلى ضمان تنفيذ العقد في المستقبل واستمراريته .

[1] ميلودي وليد ، المرجع السابق ، ص 44
[2] محمد غنام ، المرجع السابق ، ص 335
[3] ميلودي وليد، المرجع السابق ، ص 44
[4] اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 62
[5] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص336
[6] اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 63
[7] محمد شريف غنام ، لمرجع السابق . ص 337

وعليه فإن الطرف الذي توقف عن تنفيذ التزامه السعي في إزالة سبب الوقف واستئناف التزاماته في أسرع وقت ممكن بعد زوال السبب، فتهاون المتعاقد قد يؤدي إلى تغيير طبيعة الاستحالة من مؤقتة /ظرفية إلى دائمة، فالاستحالة لا تعني دائما أن يكون مكتوف الأيدي وإنما يكون لجهوده الأثر الهام في إنهاء الاستحالة وحين إذا الالتزام بإزالة سبب الوقف .[1]

ثانيا : الحفاظ على استقرار عقود الاستثمار الدولية واستئناف سريانه

يترتب على بقاء عقود الاستثمار الدولية طيلة مدة الجائحة الحفاظ على كيانه وكذلك المحافظة على بعض الالتزامات الناشئة عنه حتى يحتفظ بفاعليته وقوة تنفيذه لحين زوال الجائحة أو تخفيف من أثارها، لذا فإن وقف تنفيذ هذه العقود لا يتنافى مع فرض بعض الالتزامات على الأطراف لأنها التزامات فرضتها الجائحة ومن بين هذه الالتزامات هو الالتزام بالحفاظ على استقرار هذه العقود وحمايتها .

خاصة وأن مصلحة الأطراف عقود الاستثمار الدولية تقتضي ضرورة التمسك بالعقد والحفاظ على بقاءه وليس الإسراع في طلب الفسخ بمجرد وجود عقبات تؤثر في تنفيذه لأنهذه العقود تمتاز بأنها عقود طويلة المدى وأنها دائما تكون لخدمة المرفق العام للدول المستقبلة للاستثمار.[2]

إن مضمون هذا الالتزام هو التزام متبادل بين أطرافه على حد سواء، والأصل أن لكل متعاقد مصلحة في حماية العقد والاستمرار في تنفيذه ويترجم هذه المصلحة اتفاقهم على وقف سريان العقد بناء شرط القوة القاهرة .[3]

و هذا الالتزام لكي يكون ايجابيا يقتضي قيام المستثمر والدولة المضيفة ببعض الأعمال، [4] وتتمثل هذه الأخيرة في الحفاظ على محل هذه العقود فمثلا المورد في عقد نقل التكنولوجيا ملتزم بالحفاظ على التكنولوجيا التي لم تسلم بعد والقيام بالإصلاحات الضرورية لكي لا تفقد قيمتها.[5]

ولكن السؤال الذي يثور هو من يتحمل التكاليف التي قد ينفقها الأطراف للحفاظ على عقود الاستثمار الدولية أثناء مدة الجائحة على اعتبار أنها قوة قاهرة ؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من اللجوء إلى وجود تنظيم اتفاقي بين المستثمر والدولة المضيفة من عدمه .

قد يتفق الأطراف في هذه العقود على عدم التعويض أي منهم عن الخسائر عن الناتجة عن القوة القاهرة وهنا يمتد عدم التعويض إلى التكاليف التي تنفق خلال مدة الوقف يهدف حماية العقد والحفاظ على إستمراريته، وفي حال عدم دقة التنظيم لآثار القوة القاهرة في تنظيم التكاليف التي تنفق خلال فترة وقف تنفيذ، فقد نجد مثلا شرط ينص على أن : ".... مدة الوقف والتكلفة والخسائر والتعويضات... سوف يفصل فيها بالتفاوض بين الأطراف ".[6]

---

[1] وليد موسى ، المرجع السابق ، ص 63-64

[2] عبد الكريم بوخالفة ، مرجع سابق ، ص 95

[3] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص 339

[4] وليدي موسى ، مرجع سابق ، ص64

[5] شريف محمد غنام ، المرجع السابق ، ص 341

[6] محمد شريف غنام ، المرجع نفسه ، ص 342

أما إذا لم يتفق المتعاقدين على تنظيم هذه المسألة –من يتحمل التكاليف المنفقة خلال فترة الجائحة على اعتبار أنها قوة قاهرة – فإن الراجح فقها أن كل طرف يلتزم بالنفقات اللازمة للحفاظ على التزاماته وليس له الحق في طلب مشاركة الطرف الأخر في هذه النفقات .[1]

ولكن حسب نظرنا فإنه من النادر عدم اتفاق أطراف عقود الاستثمار الدولية على الآثار التي ترتبها القوة القاهرة وخاصة من يتحمل تكاليف الحفاظ على العقد لأن هذه العقود ليست كباقية العقود الأخرى كما أن الأطراف في عقود الاستثمار الدولية يتمتعون بخبرة في إبرام مثل هذه العقود، ورغم هذا يبقى الاحتمال الأول وارد بنسبة ضعيفة .

ومن زاوية أخرى فإن نظام وقف التنفيذ يرتب التزام ثاني على المتعاقدين وهو الالتزام بالسعي للاستئناف سريان العقد من خلال قيام الأطراف بالتخلص من عقبة التنفيذ وهو التزام يفرضه واجب التعاون ويعد من مبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقود الدولية .[2]

وأساس القيام بهذا الالتزام من طرف كل من المستثمر والدولة المستقبلة نجده في الشروط التعاقدية مثلا الشرط الذي ينص على أنه :" في حالة القوة القاهرة سوف يتخذ الأطراف الإجراءات الضرورية للاستبعاد الصعوبات التي سببت الوقف أو التخفيف من أثارها" .[3]

الفرع الثاني : انتهاء وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية

ينتهي وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية بطرق عديدة إما ينقضي طبيعيا بانتهاء مدته – مدة الوقف – ، كما قد ينقضي نتيجة عدم جديته.

أولا : انقضاء وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية باستئناف سريانه

من البديهي ينتهي نظام الوقف باستئناف سريان عقود الاستثمار الدولية أي يمكن للمتعاقدين في هذه العقود الاستمرار في تنفيذ التزاماتهم إذا لم تؤثر الجائحة على ذلك أو بالإمكان التخفيف من آثارها بما يسمح بتنفيذ التزاماتهم، وباستئناف سريان هذه لعقود يمكن لأي طرف من الأطراف سواء الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي مطالبة الطرف المقابل بتنفيذ التزامه وإلا ستقام في حقه المسؤولية العقدية ومنه التعويض أو دفع غرامات التأخير .

ولكن نشير إلى مسألة ثار حولها خلاف وهي طبيعة العقد المستأنف، هل هو عقد أصلي أم هو عقد جديد ؟

اتفق الفقه في أن طبيعة العقد المستأنف هو عقد أصلي وليس عقد جديد [1] إذ أن الوقف لا يؤدي إلى عدم أو إزالة العقد الأصلي بل يؤدي فقط إلى وقف تنفيذ الالتزامات الناجمة عنه إلى حين التفاوض بشأن بنود وشروط العقد التي تحتاج إلى تعديل نتيجة الحدث المبرر لإعمال شرط القوة القاهر وشرط إعادة التفاوض .[2]

[1] المرجع نفسه ، ص 342

[2] أوليدي موسى ، المرجع السابق ص 65

[3] شريف محمد غنام . المرجع السابق ، ص 345

وهو ما ينطبق على فترة تفشي الجائحة وما رتبته من آثار، حيث أن العقد المستأنف هو عقد أصلي، والدليل على ذلك هو أن وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية في ظل الجائحة أدى إلى تأجيل تنفيذ الالتزامات إلى وقت لاحق ، فإذا انتهت الجائحة يستأنف العقد وينقضي بذلك الوقف .

ونشير إلى أن استئناف عقود الاستثمار بنفس الشروط السابقة لا يمنع من استفادة المتعاقد المتضرر من تعديل التزاماته إذا تأثرت هذه الالتزامات بالجائحة أثناء وقف تنفيذ، وهذا كله في ضوء أحكام القانون المطبق على هذه العقود .[3]

وفي هذه النقطة يثور تساؤل فارض نفسه حول مدة التنفيذ، هل تتغير هذه الأخيرة نتيجة للوقف تنفيذ العقد بسبب الجائحة على اعتبارها قوة قاهرة ؟

قد يتفق الأطراف على إضافة مدة مساوية لمدة الوقف إلى مدة التنفيذ الأصلية، كما قد يتفقون إلى إضافة مدة محددة مسبقا في العقد بغض النظر على المدة الفعلية التي استغرقها الوقف خلال مدة الجائحة .[4]

مثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه : " سوف تمتد فترة هذا العقد مدة معقولة مع الأخذ في الاعتبار باقي الظروف "، وقد يعهد إلى أحدهم بتحديد هذه المدة وفق ما يراه مناسب مثال ذلك الشرط الذي ينص :" يتولى المشتري بتحديد قدر الامتداد في مدد التنفيذ " .[5]

ومن زاوية أخرى استقر الفقه على رأي راجح هو أن مدة تنفيذ العقد يجب أن تمتد فترة مساوية للفترة التي توقف فيها العقد عموما عن التنفيذ، وعقود الاستثمار الدولية خصوصا في ظل هذه الجائحة، ويبرر الفقه هذا الرأي على أن امتداد فترة تنفيذ العقد فترة مساوية لفترة الوقف بأن عامل الوقت في هذه العقود هو عامل جوهري، وعندما حدد المتعاقدين التزاماتهم أخذوا في اعتبارهم المدة التي ستنفذ فيها هذه الالتزامات.[6]

ثانيا : انقضاء وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية لعدم جدية الوقف

يترتب على الاستحالة الظرفية مثل ما هو الحال في ظل هذه الجائحة وقف تنفيذ العقود عموما وعقود الاستثمار الدولية خصوصا ومنه وقف تنفيذ الالتزامات على أن تكون المدة المتبقية مفيدة في تنفيذ العقد.[7]

وعليه ينقضي وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية من خلال حالات قد تنطبق بعضها على الجائحة مثال ذلك انقضاء الوقف بزوال هذه الجائحة أو التخفيف من الآثار الناجمة عنها وعودة المتعاقدين بتنفيذ عقود الاستثمار الدولية فورا، ودون التوصل إلى اتفاقيات جديدة أو حتى قبل التفاوض، وقد ينقضي – وقف التنفيذ– نتيجة عدم جديته وأصبح غير مناسب بسبب تحول

---

[1] شريف محمد غنام و المرجع السابق ، ص 354

[2] حصأيم سميرة ، اثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 260

[3] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص 355 بتصرف

[4] سميرة حصأيم ، اثار الحصار الاقتصادي ، على تنفيذ العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 260

[5] عن تهميش سميرة حصأيم ، المرجع نفسه ، ص 260

[6] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص 355

[7] اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 66

الاستحالة من استحالة مؤقتة إلى استحالة نهائية الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية أحد المتعاقدين إنهاء الوقف بفسخ العقد، وهذا الأمر مستبعد في عقود الاستثمار الدولية إلى حد بعيد .[1]

كما قد تلعب الشروط التعاقدية دور أساسي في تقرير الوقف إضافة إلى تقرير انقضاؤه فيستطيع الأطراف على الاتفاق على وضع نهاية للوقف حتى قبل نهاية المدة التي اتفقا عليها، وقد ينتهي الوقف ضمنيا كما لو اتفق الأطراف خلال مدة الوقف على فسخ العقد أو تم الاتفاق على سريانه بشروط جديدة [2]

وبناء على هذا فإن عقود الاستثمار الدولية فيما يخص فسخها فهذا أمر مستبعد، وهذا لا ينفي عدم إمكانية فسخها في ظل هذه الجائحة كما لو تم إفلاس الشركة المستثمرة وعدم رغبتها في تنفيذ العقد، إضافة إلى أن سريان العقد بشروط جديدة كذلك أمر مستبعد إلى حد ما لأن الجائحة ليست غريبة على المناخ القانوني في تكييفها فهي لا تخرج عن احتمالين إما قوة قاهرة أو ظرف طارئ ضِف على ذلك يبقى تكييف عقود الاستثمار الدولية على اعتبار الأوبئة قوة قاهرة ومنه فأن الأثر المترتب هو وقف تنفيذ هذه العقود وتأجيلها إلى وقت لاحق.

المبحث الثاني : تفعيل شرط إعادة التفاوض للفصل بين التنفيذ والتأجيل

إن أكثر ما يواجه الأطراف في عقود الاستثمار هو إمكانية عدم التنفيذ لفترة من الوقت و ذلك بسبب الأحداث غير المتوقعة والتي ارتكزت في موضوع الدراسة في جائحة كورونا على اعتبار أنها ظرف غير متوقع ومفاجئ، حيث يظهر احتمال وجود إرهاق في التنفيذ من قبل احد الأطراف أو كليهما من هنا يبرز الدور الفعال ل شرط إعادة التفاوض الذي يعد من أهم الشروط التعاقدية التي ترد في العقود الدولية بصفة عامة و عقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة لما له من أهمية في المحافظة على استمرارية تنفيذ العقد و إعادة التوازن المالي والاقتصادي لهذه العقود، وبالتالي في ظل هذه الجائحة فإن أطراف عقود الاستثمار الدولية سيقومون باللجوء حتما إلى تفعيل هذا الشرط خصوصا بعد أن تم وقف تنفيذ العقد إلى غاية الجلوس والتفاوض من أجل الفصل بين استمرارية التنفيذ في ظل هذه الأحداث إذا كانت أثار هذه الجائحة لا تمنع من تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم أو تأجيل تنفيذها إذا سببت استحالة في تنفيذ الالتزامات .

وبناء على ذلك فإن أهمية هذا الشرط تستوجب منا بالضرورة التطرق إلى مضمون ومفهوم هذا الشرط وكذلك نطاقه (المطلب الأول) ثم معرفة الآثار التي ستترتب عن تفعيل هذا الشرط خصوصا الالتزامات التي يفرضها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مضمون شرط إعادة التفاوض ونطاق تطبيقه استيعابا للجائحة

إن شرط إعادة التفاوض من وسائل التسوية والتي تقوم على سرعة الوصول إلى حل مناسب للنزاع الذي قد يترتب عن الجائحة ودون اللجوء إلى الإجراءات المعقدة وتقلل من حجم الخسائر الناتجة عن ذلك، [3] حيث يتفق المستثمر الأجنبي والدولة

[1] سميرة حصايم ، آثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية ، ص 261

[2] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص 358

[3] وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها ، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010 ، ص 199

المضيفة في هذه العقود على أن يتم إعادة التفاوض في العقد محل النزاع إذا حدثت ظروف معينة كالأوبئة أدت إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد .

ولهذا فإن الهدف الأساسي من هذا الشرط هو المحافظة على استمرارية تنفيذ العقد من خلال هو تعديل شروط العقد حتى يتماشى مع المعطيات الجديدة في ظل هذه الفترة، وعلى هذا لابد من التطرق إلى مضمون هذا الشرط و شروط تطبيقه (الفرع الأول) ومعرفة الالتزامات التي يرتبها على عاتق المتعاقدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مضمون شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

لقد خلق الفن التعاقدي في ميدان الاستثمارات أكثر من شرط لمواجهة ما يحصل من تغير في الظروف التي تحول دون تنفيذ عقود الاستثمار الدولية ويسعى كل من المستثمر والدولة المضيفة لحماية أنفسهم من تقلبات الظروف المحيطة بتنفيذ عقودهم والمحافظة على استمرارية تنفيذ هذه العقود ، كما يعتبر شرط إعادة التفاوض تقنية قانونية استحدثها المتعاملون في العقود الدولية نظرا لأهميته على الصعيد العملي، وعليه فإن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي مستوعب للتكييف الجائحة، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى مفهوم هذا الشرط (أولا) ثم تمييزه عن باقي الشروط (ثانيا).

أولا : مفهوم شرط إعادة التفاوض

بدئ ذي بدأ إن إعادة التفاوض مبدأ مشتق من مبدأ أساسي وهو مبدأ حسن النية بمعنى يلتزم كل طرف بحسن نية بإعادة التفاوض بشأن العقد إذا كانت هناك حاجة لتكييف العقد مع الظروف المتغيرة ويمكن توقع استمرار الأداء بشكل معقول من الأطراف ، كما يستلزم مبدأ إعادة التفاوض المحافظة على التكافؤ الاقتصادي للالتزامات بين أطرافه .[1] واختلف الفقه في تحديد المقصود بهذا الشرط، [2] ولكن كل التسميات التي أتى بها الفقه وإن اختلفت في لفظها فهي لن تختلف عن مضمونها والهدف منها وهو إصلاح الخلل الاقتصادي الذي يطرأ على العقود الدولية وأعاق تنفيذه إضافة إلى ذلك الهدف الأساسي هو ضمان استمرارية تنفيذ العقد والمحافظة عليه طيلة فترة الأحداث غير المتوقعة .[3]

لقد تعددت تعريفات وتنظيم هذا الشرط على المستوى الفقهي وكذلك الدولي، فيقصد بشرط إعادة التفاوض بأنه الشرط الذي يتعهد الطرفين المتعاقدين بتعديل العقد الذي يربطهما إذا حدث تغيير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبهما و أدت لتغيير توازن العقد و تحمل أحداهما لظلم فادح .[4]

يعطي هذا التعريف الطابع الاتفاق شرط إعادة التفاوض، ونية الأطراف في الإبقاء على العقد و ملائمته مع الظروف المستجدة، ويعتبر شرط إعادة التفاوض من الملامح التي أضحت واضحة لدى المتعاملين على الصعيد الدولي .[1]

---

[1]Principal N°=Iv.6.7.Duty to renegotiate .The LexMercatori and the translexprincipales .TRANSLEX.org LAW RESEARCH.https://www.trans-lex.org/935000/_/duty-to-rengotiate .date 12 mars 2021.16:46

[2] لقد تمحور الخلاف حول ترجمة مصطلح Hard Ship الذي منشئه فب الأنظمة الأنجلوسكسونية ، فقد ترجم بشرط عدم التوقع L'imprévision، وشرط الحمأية clause de sauvegarde، شرط المراجعة clause de révision، شرط العدالة clause de l'équité ، أما الفقه الفرنسي فاحتفظ بالمصطلح كما هو ، clause de hard shipوالفقه العربي ترجمه بشرط المشقة وشرط الطوارئ . انظر هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية حقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقأيد تلمسان ، الجزائر، 2015 ، ص221 وكذلك تهميش سميرة حصأم ، المرجع السابق ص 221

[3]فاطمة عاشور ، مقال بعنوان معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية ، دفاتر البحوث العلمية ، المركز الجامعي لتبيازة ، ص 58

[4]مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص406

أو هو شرط يدرجه الأطراف في عقود الاستثمار الدولية يستوعب أحداث معينة متفق عليها ويحددانها سواء في نفس شروط العقد أو في اتفاق منفصل،[2] مثلا نجد في عقد البترول المبرم بين حكومة غانا وشركة شال ينص في بنوده على أنه للأطراف في حالة تغير الظروف المالية والاقتصادية المتعلقة بصناعة البترول وظروف التسويق بصفة عامة على نحو يمس بالتوازن الاقتصادي للعقد حق مراجعة العقد من أجل اتخاذ التعديلات المعقولة .[3] و بالتالي فإن الحرية التعاقدية التي يملكها المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وفقا للقانون الإرادة تمنحهم الصلاحية في تضمين عقودهم الشروط التي يختارونها ومنها هذا الشرط – Hard Ship – الذي يسعى المتعاقدين على إدراجه في عقودهم لما له من دور فعال لحل مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن الاقتصادي للعقد،[4] وهذا ما تم في ظل هذه الجائحة . ومن زاوية أخرى فإن هذا الشرط نظم ضمن المبادئ المتعلقة بالعقود الدولية وإن لم [5] تعرفه، فقد نظمته المادة 6-2-3 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما Unidroit ، ولكن رغم أهمية هذه القواعد وصدورها عن منظمة حكومية إلا أنها لا تتمتع بالقوة الملزمة اتجاه الدول المتعاقدة، فهي قواعد نموذجية يتعين على الأطراف الاتفاق على تبنيها صراحة لكي تستمد قوتها الإلزامية .[6]

وفي إطار الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات) 1947 فإنها تنص في مبادئها على مبدأ إعادة التفاوض ، [7] حيث قضت المادة 22 منها على أنه يحق للأطراف المتعاقدة الدخول في مشاورات تتعلق بتنفيذ العقد، وتجيز المادة 23 منها على إمكانية تقديم أحد الأطراف إلى الطرف الأخر اعتراض كتابي بهدف الوصول إلى حلول مقبولة من الطرفين .[8]

إضافة إلى ذلك فقد نظمت مبادئ القانون الأوروبي للعقود هذا الشرط من بين ذلك المادة 1-11-6-فقرة2 ، [9] وتعد هذه المبادئ من أكثر النصوص شمولا من حيث تنظيم اختلال التوازن الاقتصادي للعقد أثناء تنفيذه مقارنة بالجهود الأخرى كالمبادئ العقدية المشتركة PCC و مشروع الإطار المشترك PCCR، ويرى الأستاذ Denis إن مبادئ القانون الأوروبي تم توسع فيها من أجل حماية المتعاقد المتضرر.[10]

---

[1] بن ادريس حليمة ، مقال بعنوان إعادة التفاوض آلية تقنية تعاقدية مرنة لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية فأي إمكانية لتنظيمه في القوانين الوطنية ، كلية حقوق العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، الجزائر ، ص 04

[2] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، ص 123و124

[3] سمية صخري ، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية ، أطروحة دكتوراه LMD،، تخصص تحولات الدولة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2018/2017 ، ص240

[4] عبد الكريم بوخالفة ، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد،2018، ص 178

[5] حيث تنص المادة على : "1 في حالة الظروف الشاقة يحق للطرف الذي تعرض بها طلب إعادة التفاوض ويتعين توجيه هذا الطلب مسببا دون تأخير غير مبرر.

2 لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته ، للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ.

3إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة ، فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء ."

[6] فريدة بن عثمان ،تفسير عقود التجارة الدولية وفق للقواعد الدولية ، دفاتر السياسة والقانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر ، العدد 15 ، جوان 2016 ، ص 643

[7] مولحسانأيات الله ، الآثار المحتملة للمنظمة العالمية للتجارة الخارجية للجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2004 ، ص 06

[8] محمود محمد أبو العلا ، النصوص الكاملة للاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات) والقرارات المصدرة لها في مصر ، دار الجميل ، ص 179

[9] نصت على ما يلي :" ...غير أنه يقع على عاتق الأطراف الالتزام المباشر للمفاوضات بغية تعديل عقدهم أو إنهاؤه ، إذا صار هذا التنفيذ مرهقا لدرجة لا تحتمل من طرف أحدهم بسببللعقد أنبتت تغير ظروف العقد ..." ، عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية ، النظرية المعاصرة ، ط 2 ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009 ، ص288

[10] هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص277 و 278

كما سعت منظمة OHADA ،[1] على مستوى الإفريقي إلى إقرار نموذج قانوني للعقود فنصت في قسم "اختلال الظروف" على فكرة إعادة التفاوض والتي جاءت مواده موافقة لما أقرته مبادئ UnidroitUnidroit ، فنص المادة 6/23 مطابق للمادة 6-2-2 م ن مبادئ هذه الأخيرة ونص المادة 6/24 مطابقة لمقتضى المادة 6-2-3.[2]ونخلص إلى أن إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية من الضرورات التي تستلزمها تغيرات الظروف، وبالرغم من ذلك فما زالت مشكلة مراجعة هذه العقود وإعادة التفاوض بشأنها تطرح جانب كبير من المنازعات بين الدولة المستقبلة والمستثمر الأجنبي وهو ما تؤكده الجائحة حاليا .

ثانيا: تمييزشرط إعادة التفاوض عن غيره من الشروط التعاقدية

هناك اقترب بين مفهوم شرط إعادة التفاوض وبين الشروط التعاقدية الأخرى التي قد تدرج في عقود الاستثمار الدولية، لهذا سنتطرق في هذا الجزء إلى تمييزه عن باقية الشروط كشرط القوة القاهرة والشروط الأخرى التي تهدف إلى تعديل العقد وذلك على النحو الآتي:

أ – تمييزه عن شرط القوة القاهرة :

القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه وغير ممكن التوقع ولا دخل المدين فيه إحداثه هذه الشروط لابد من توافرها للقيام شرط القوة القاهرة، [3] كما عرفتها المادة 05 فقرة 20 من القانون المحروقات الجزائري بأنها : " كل حدث مثبت، غير متوقع، و لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الاخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا، غير ممكن"[4] إذا بالنظر إلى الترابط الموجود بين كل من شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض إلا أن الفقه أوجد معايير للتميز بينهما . فمن حيث الأساس القانوني القوة القاهرة تستمد أساسها من التشريع الوطني وكذلك قضاء التحكيم بالنسبة للعقود الدولية لهذا تنطبق نتائجها بشكل تلقائي دون الحاجة إلى اتفاق صريح من الأطراف، أما شرط إعادة التفاوض فيستمد أساسه من إرادة الأطراف فهو لا يطبق بشكل تلقائي في جميع العقود وتتغير صورته من عقد لأخر . [5] أما من حيث درجة التأثير على تنفيذ العقد فالقوة القاهرة بالمفهوم التقليدي تؤدي إلى استحالة التنفيذ ومنه الفسخ، أما المفهوم الاتفاق للقوة القاهرة فهو استحالة مؤقتة بحيث يمكن زوال العائق بعد فترة وهو ما نراه بخصوص الجائحة، ويبقى العقد محافظ على التزامات أطرافه، وهذا الاخير يعرف بالقوة القاهرة بالمفهوم الحديث والذي يجب إعمال شرط إعادة التفاوض من أجل المحافظة على استمرارية تنفيذ العقد مستقبلا وكذلك من أجل إعادة التوازن في ظلها. [6] وعليه فالاستحالة المترتبة عن القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي ستؤدي غلى انفساخ العقد أما الاستحالة الظرفية أو المؤقتة المترتبة عن الشرط الاتفاق للقوة القاهرة ستؤدي إلى وقف تنفيذ العقد وهو ما تناولناه في المبحث السابق . [7] أما من حيث النتائج فإن النتيجة المترتبة عن القوة لقاهرة فهو يعني غياب

---

[1] Organisation pour L'harmonisation en Afrique de droit des affaire اختصارا OHADA

[2] هني عبد اللطيف ، المرجع نفسه ،ص 278 و 279

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، العقد ، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب ، القانون ، ج 1 ، بيروت لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، د.س.ن ، ص 876

[4] قانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أفريل 2005 المتعلق بالمحروقات

[5] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص 20

[6] بن طبال جهيدة ، شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون علاقات الدولية الخاصة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2017/2016، ص 14

[7] بوكرشة فريال، المرجع السابق ، ص 23

المسؤولية الطرف عن تنفيذ العقد إضافة إلى امتداد الأثر الناجم عنها إلى فسخ العقد بقوة القانون –انفساخ-. [1] أما النتائج التي يرتبها شرط إعادة التفاوض، فإنه لا يستهدف فسخ العقد وإنما يفرض على الأطراف التزاما جديدا هو إعادة التفاوض حول العقد سعيا للحفاظ عليه واستمرار سريانه بعد زوال الحادث –الجائحة –

ب – تمييز شرط إعادة التفاوض عن الشروط الأخرى للتعديل العقد

فمن حيث آنية التعديل، فإن تعديل العقد بالنسبة الإعادة التفاوض لا يتم تلقائيا حيث لابد من مراجعة العقد إذا طرأ حادث أدى إلى وجود تغيير جذري ترتب عنه استحالة في تنفي ذ العقد أو إلى اختلال توازن في أداءات المتعاقدين، حيث يلتزم الأطراف في عقود الاستثمار الدولية بالتقابل من أجل إعادة التفاوض بخصوص ما رتبته الجائحة من اخ تلالات من جديد بغية التوصل إلى حل مناسب، أما بالنسبة لشروط التعديل فيتم تعديل العقد تلقائيا وفق الطريقة المتفق عليها سلفا [2] مثلا وجود شرط في عقود الاستثمار الدولية يقضي أنه في حالة تغير في أسعار المواد الأولية بالزيادة أو النقصان فإنه يعتدل بنسبة معينة دون حاجة إلى التفاوض .

أما من حيث مقدار التعديل، فإنه بالنسبة للشروط التعديل يكون مقدار التعديل محدد مسبقا بشكل دقيق من قبل الأطراف ويقاس عادة بالنسبة الزيادة في المواد الأولية والعملات[3] ومثال ذلك إذا ارتفعت قيمة المواد الأولية بنسبة 10% فإن السعر المتفق عليه يرتفع بنسبة 5% ، أما في شرط إعادة التفاوض فيتحدد مقدار التعديل وفق لما يتوصلون إليه في المفاوضات .[4]

الفرع الثاني : شروط تطبيق إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية في ظل الجائحة

إن شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية باعتباره استثناء تم تكريسه لمواجهة الظروف الاستثنائية وذلك من اجل ضمان بقاء العقد وتحقيق الأمن التعاقدي، و بما أنه استثناء فلا بد من توافر مجموعة من عناصر لتحقيقه، وهذه الأخيرة على نوعين الأول يتعلق بالظرف الغير المتوقع والاستثنائي وهي الجائحة المستجدة (أولا) وشروط أخرى تتعلق بأحد أطراف عقد الاستثمار الدولي (ثانيا).

أولا : عناصر متعلقة بجائحة كورونا باعتباره حادث استثنائي

لا بد من توافر عناصر في الجائحة المستجدة والتي تنحصر في العمومية و الاستثنائية، و إلى اختلال في توازن عقود الاستثمار الدولية من أجل تفعيل شرط إعادة التفاوض، وعلى هذا سنفصل في هذه العناصر على النحو الآتي:

أ–شرط عمومية الجائحة المستجدة :

[1] مروك أحمد ، المرجع السابق ، ص 157

[2] فريال بوكرشة ، المرجع السابق ، ص 31

[3] انظر إلى موكة عبد الكريم ، لمعرفة الأسباب الاقتصادية المؤثرة على استقرار العقود الدولية خاصة عامل ارتفاع تكاليف المواد الأولية ، في مقال بعنوان أثر تغير الظروف الاقتصادية على استقرار عقود التجارة الدولية ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عباس لغرور ، خنشلة ، العدد 10 ، جوان 2018 ، ص 406

[4] مروك أحمد ، المرجع السابق ، ص 165

يقصد بعمومية الحادث في العقود الدولية هو تغير في الظروف التي أبرم في ظلها العقد، ففي شرط إعادة التفاوض يتوقع الأطراف وقت انعقاد العقد أن تحدث تغييرات معينة أو ظروف استثنائية تدفع إلى اتخاذ الإجراءات المتفق عليها لإعادة التوازن للالتزامات العقدية، غير التوقع المسبق يشمل جميع عناصر العقد وكلا المتعاقدين وليس أحدهما .[1] وبناء على ذلك يجب أن تتسم صياغة هذا الشرط الذي يدرج في عقود الاستثمار الدولية بالعمومية التي تعبر عن التوازن العام للعلاقة العقدية في مواجهة كل تغيير جوهري قد يطرأ على هذه العقود[2]

وعليه إذا نظرنا إلى الجائحة فنجد شرط العمومية يتوافق معها، حيث أن هذا الوباء العالمي مس العالم بأكمله وأثر على العلاقات التعاقدية خصوصا العلاقات الاقتصادية الدولية، ومنه يمكن القول أن تحقق الشرط الأول في الحادث لتفعيل هذا الشرط متوفر في وباء كورونا.

ب– شرط استثنائية الجائحة :

إن الحادث الاستثنائي هو الحادث الذي لا يمكن دفعه أو تفاديه، مثال الحروب والوباء، كما أنه إذا كان بالوسع توقعه حسب معيار الرجل العادي فإنه لا يعد غير متوقع، [3] ونقصد باستثنائية الجائحة أو الحادث عموما هو أن يكون من النادر وقوعه، أو كما عبر عنه بعض الفقه "الحادث الذي لا يندرج في عدد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفق لنظام معلوم " ، [4] كما يعد الحادث استثنائيا إذا كان غير متوقع خلال تنفيذ عقود الاستثمار الدولية وغير مألوف وفق للظروف العادية فهناك ظروف تكون بطبيعتها استثنائية نظرا لقلة وقوعها في الحياة العملية وهو ما ينطبق على الجائحة ،[5] والغاية المتوخاة من هذا الشرط يكمن في تقليص مجال الخروج عن قانون الإرادة إلى الحد الذي يمكن معه التوفيق بين استقرار المعاملات ، [6] ولتحقيق هذه الغاية لا بد أن ينصب عنصر الاستثنائية على تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها العقد ليوصف هذا التغيير بأنه تغيير استثنائي أي غير مألوف طبقا للمجرى العادي للأمور.[7]

وبالتالي فالجائحة المستجدة هي أكبر مثال حيث أدت إلى عرقلة كل العقود الدولية بما فيها عقود الاستثمار الدولية، بسبب الوضع الذي يعيشه العالم ووقف جميع المعاملات باختلاف أنواعها في أنحاء العالم، ومنه شرط الاستثنائية كذلك متوفر في هذه الجائحة .[8]

ج – شرط اختلال التوازن في عقود الاستثمار الدولية :

---

[1] حورية جبار ، المرجع السابق ، ص15

[2] مروك احمد ، المرجع السابق ، ص 172

[3] محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، عين مليلة ،الهدى ،الجزائر ، 2011، ص 306

[4] مروك احمد ، المرجع السابق ، ص 172

[5] حورية جبار ، المرجع السابق ، ص 16

[6] مروك أحمد المرجع نفسه ، ص 173

[7] فريال بورشة ، المرجع السابق ، ص 46

[8] يواو شهرزاد ، بشير محمد الأمين ، أثر جائحة كورونا عل الالتزامات التعاقدية في عقود التجارة الدولية ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن جامعة الحيلالي اليابس ،، المجلد 6 ، العدد1 ، 01سبتمبر 2020 ، ص 267

يعتبر اختلال توازن هذه العقود من أهم الشروط الواجب توافرها لإعمال شرط إعادة التفاوض، فمهما توافرت الشروط السابقة فإنها تكون عديمة الجدوى إذا لم تنتج الجائحة غل اعتبارها حادث غير مألوف اختلال في تنفيذ العقد ، [1] ويعبر الأستاذ fontaine عن ذلك بالقول أن :"شرط Hard Ship يتحقق عندما تؤدي الأحداث إلى اختلال توازن العقد ".[2]

وعليه لإعمال شرط إعادة التفاوض يجب أن تؤدي الجائحة اختلالات في اقتصاديات العقد مع التنويه أن العبرة بالاختلال الذي لا يجعل التنفيذ مستحيل بل إلى الإرهاق في التنفيذ أو على الأقل استحالة مؤقتة . خاصة وأن ليس كل اختلال في التوازن الاقتصادي للعقود الاستثمار سيؤدي إلى التفاوض وإنما الاختلالات التي تردي إلى اضطرابات جوهرية بحيث تخلف ضررا ليس من المنطقي أن يتحملها كل من المستثمر أو الدولة المستقبلة ،[3] بمعنى أخر أن العبرة في نطاق تطبيق هذا الشرط بالنتائج التي تخلفها الجائحة على اقتصاديات عقود الاستثمار الدولية وليس تغير في الظروف في حد ذاته، فقد تتغير الظروف المحيطة بالعقد دون تغيير جذري في التزامات الأطراف ودون إخلال في تنفيذ العقد .وبما أن عقود الاستثمار الدولية متعددة فإن اختلال التوازن الاقتصادي يختلف من عقد لأخر فمثلا في عقد نقل التكنولوجيا فكرة التوازن تلعب دور متعاظم إضافة إلى ذلك اعتباره ضابط موضوعي لهذا يكون اختيار الأطراف إعادة التفاوض يكون قاصر على وجود انهيار في الأساس التعاقدي لعقد نقل التكنولوجي وفي حال حدوث اختلال فادح في توازن الالتزامات .[4]

ونجد أن هذا الشرط صدر بشأنه قرارات عن التحكيم الدولي مثال ذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2508لسنة 1976 حيث رفض المحكمون حجة الشركة "y" في عدم تسليمها لكميات الكربون المتفق عليها نتيجة ارتفاع أسعار البترول في السوق العالمية في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه، وأن تنفيذ التزامها بالسعر المتفق عليه يسبب لها ضررا فادحا، حيث برر المحكمون رفضهم بأن ارتفاع أسعار البترول في السوق العالمية على النحو الذي تم به لم يؤد إلى اختلال توازن العقد ولم تصب هذه الشركة بضرر شديد يجوز لها طلب المراجعة.[5]

وبالتالي ليس كل عقود الاستثمار الدولية سيصيبها اختلال في توازن الاقتصادي نتيجة الأزمة التي يعيشها العالم بسبب الجائحة المستجدة، فهناك عقود ستؤدي إلى ضرر فادح إذاتم تنفيذها وهناك من العقود التي ستكون فيها درجة الاختلال متوسطة أو ضعيفة، وعليه إذا تحقق هذا الشرط فإنه سيؤدي إعادة التفاوض.

ثانيا عناصر متعلقة بأطراف عقود الاستثمار الدولية

إضافة إلى الشروط المتعلقة بالجائحة على اعتبار أنها حادث استثنائي على عقود الاستثمار الدولية فهناك شروط لابد أن تتوافر في أطراف هذا النوع من العقود وهي عنصرين الأول يتمثل في عدم توقع الجائحة والثاني خارجية الجائحة عن إرادة الأطراف

أ–شرط عدم التوقع :

[1] مروك أحمد ، المرجع السابق ، ص 173و174

[2] Fontaine marcel .Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clause .fec.1998.p263

[3] أسيل باقر ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ، دراسة في عقود التجارة الدولية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 01، كلية الحقوق ، جامعة بابل ، العراق ، 2011، ص 125

[4] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 434و436

[5] ميلودي وليد ، المرجع السابق ، ص 15

لا شك أن مفهوم عدم التوقع هو مفهوم حديث نسبيا في عقود الاستثمار الدولية، فمثلا لو أخذنا عقد نقل التكنولوجيا فإن جوهر عدم التوقع يكمن في خروج هذه الجائحة عن دائرة السيطرة المعقولة للمورد والمستورد، كما أن التوقع لا يقتصر على التغيير فقط وإنما توقع النتائج التي تترتب عن الجائحة.[1]

وتؤكد مبادئ Unidroit على ضرورة عدم توقع الأطراف للحدث وذلك من خلال المادة 2-2-6 الفقرة ب، وكذلك الأمر في قضاء التحكيم الذي يؤكد في قرارته المختلفة على ضرورة توافر شرط عدم التوقع ومن ذلك القرار الصادر في القضية رقم 1782 في عام 1972 عن هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس إذ أشارت إلى غياب شرط عدم التوقع في العقبات التي واجهها ممثلو إحدى الشركات الألمانية الذين يحملون الجنسية الإسرائيلية في الدخول إلى إحدى الدول العربية والوصول إلى المكان المحدد لتنفيذ العقد، وقد جاء في القرار (...إن العقبة عندما تكون متوقعة وقت إبرام العقد فعلى المدين اتخاذ كل الإجراءات والاحتياطات اللازمة لتجنبها والتخفيف من آثارها...) .[2]

ب-عنصر استقلال الجائحة عن إرادة الأطراف :

إن هذا الشرط يأخذ عدة صياغات في التعبير عنه مثال ذلك نجد في العقد المبرم بين الشركة البريطانية والفرنسية، حيث عبر فيه الأطراف على هذا الشرط كالآتي :" حدث مستقل عن إرادة الشركة المدينة ". كما تم التعبير عنه في عقد آخر بين شركتين إحداهما صينية والأخرى هندية بعبارة :" حدث خارج عن سيطرة الأطراف " ، [3] في حين أتت صياغته في عقد التوريد المبرم بين شركة Sonsmith وشركة Goltdethernchemie كالآتي :" شروط الاتفاق الحالي يمكن أن تراجع باتفاق مشترك بين الأطراف إذا وقع حادث أجنبي عن الأطراف ..." .[4]

كما أن هذا الشرط يمتد إلى الشروط العامة والاتفاقيات الدولية فعلى سبيل المثال نجد مبادئ Unidroit تبنت هذا الشرط من خلال المادة 2/2/6 [5]، أما بالنسبة في قضاء التحكيم، فإن أي منازعة يتصدى لها المحكمون في تحديد المفهوم بشرط الHard Ship وبيان عناصره يبدو أنهم يحرصون على التركيز على مدى علاقة المدين بالحدث، دون الاهتمام باستعمال مصطلح بعينه للتعبير عن استقلال الحدث عن إرادة المدين.[6]

ونشير إلى أن المعيار الذي تم الاعتماد عليه في تحديد ما إذا كان الحدث مستقل عن إرادة الطرف المضرور أم لا فهناك معياران، الأول شخصي يحدد استقلال الحادث عن إرادة الأطراف إذا لم تشارك إرادة هؤلاء في إحداث الفعل بأي شكل من الأشكال [7]ويفترض في هذا الاشتراط أن ينظر المحكم أو القاضي في موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا قد ساهم بشكل أو

---

[1] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 429-430

[2] -تنص المادة 2-2-6 أعلاه على :"...إذا لم يستطع الطرف المضرور أن يأخذ في الحسبان مثل هذه الأحداث وقت إبرام العقد ".

- بن علوان حكيم ، زيام نوال ، المفاوضات في عقد الاقتصاد الدولي ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة ، 2019/2018 ، ص 37

[3] ميلودي وليد المرجع السابق ، ص 16

[4] بن علوان حكيم ،نقلا عن Dr. Prat .contract international .1979.p26

[5] - تنص المادة أعلاه على أنه :" .... وتفلت عن سيطرة الطرف المضرور "

- مروك أحمد ، المرجع السابق ، ص 187

[6] أسيل باقر جاسم ، الرجع السابق ، ص 120

[7] حورية جبار ، المرجع السابق ، ص 21

بآخر في وقوع الحادث ،[1] بمعنى آخر إذا قام أحد الأطراف بارتكاب خطأ قبل تفشي الجائحة وأدى هذا الخطأ إلى المساهمة في تحقيق أثارها وتفاقم نتائجها كعدم اتخاذ الاحتياطات مثلا او تأخر في ذلك لمواجهة تفشي الجائحة فهنا تقوم المسؤولية .[2] أما المعيار الثاني هو المعيار الموضوعي بحيث لا يكفي أن يكون الحادث مستقل عن إرادة المدين وأن لا تشارك إرادته في وقوعه بل يجب أيضا أن يكون بعيدا عن مجال نشاط المدين .[3] والأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى التضييق بقدر كبير من حالات إعمال شرط إعادة التفاوض لأنه يخرج الكثير من الحالات من نطاقه .نشير إلى أن المادة 6-2-2 من مبادئ Unidroit إلى تبني المعيار الأول في تقدير استقلال الحادث عن إرادة المدين ،[4] كما يظهر في قرارات التحكيم الدولي أنها تأخذ بالمعيار الشخصي ومثال ذلك القرار الصادر في القضية رقم 3093/3100 حيث عبرت غرفة التجارة الدولية عن هذا الشرط بقولها : "... دون أن يوجد خطأ أو إهمال من الطرف الذي تمسك بحالة Hard Ship ..." [5] . وبالتالي فإن الطرف المضرور في ظل هذه الجائحة عليه إثبات عدم وجود إهمال وتأخير بالتنفيذ عن الموعد المحدد لهذا الالتزام وأن الجائحة هي السبب في إحداث كل اختلال في التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية .[6]

المطلب الثاني : الآثار المترتبة عن تفعيل شرط إعادة التفاوض

من المسلم به أن لكل تصرف أو عمل قانوني أثار تنجم عنه، وبالتالي فإن تفعيل شرط إعادة التفاوض سيترتب عنه وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية أثناء التفاوض من أجل وقف تنفيذ العقد وتأجيله أو الاستمرار في تنفيذه بتعديل بعض الشروط التعاقدية بما يتلاءم مع تغير الظرف الاستثنائي –الجائحة– وقد لا يتوصل الأطراف أثناء فترة التفاوض إلى أي حل مناسب مما يعني فشل المفاوضات وبالتالي لا بد من اللجوء إلى وسائل أخرى (الفرع الأول)، ورغم هذا فأن الشرط يرتب التزامات على عاتق كل من المستثمر والدولة المستقبلة عند إعماله تطبيقا لمبدأ الأمانة العقدية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الحفاظ على عقود الاستثمار الدولية تطبيقا لمبدأ استمرارية العقد

إن الأصل في العقود الدولية هو إبرام العقد بهدف بقاءه واستمراره طوال مدة تنفيذه، فإن الواقع العملي لعقود الاستثمار الدولية يفرض على المستثمر والدولة المضيفة بذل جهدهم في الحفاظ على العلاقة التعاقدية خاصة إذا تأثرت بتغير الظروف وهو نراه في ظل هذه الجائح ة فإن إعمال هذا الشرط يهدف إلى الدخول في مفاوضات بما يدل على حسن نية الأطراف في حماية عقودهم، وفي المقابل على الطرف المضرور إخطار الطرف الأخر بإرهاقه في حال ما إذا استمر في تنفيذ العقد نتيجة الجائحة من أجل الدخول في مفاوضات.

---

[1] فريال بوكرشة ، المرجع السابق ، ص 43

[2] بوغرارة صالح ، مقال بعنوان انتشار فيروس كورونا سبب أجنبي لدفع المسؤولية بين تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 34 ، عدد خاص ، القانون وجائحة كورونا ، جويلية 2020 ، ص322

[3] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص 275

[4] تنص المادة على أنه : " تتوافر حالة الأحداث الشاقة إذا دفعت ظروف تخل بتوازن العقد بشكل جوهري سواء بارتفاع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف أو بانخفاض قيمة ما يلقاه أحد الأطراف ويشترط أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها" ، فاطمة عاشور، المرجع السابق ، ص 68

[5] حورية جبار ، المرجع السابق ، ص 21

[6] ياسر عبد الحميد الافتحيات ، جائحة كورونا وآثارها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية مجلة كلية القانون الكويتية العالمية السنة الثامنة ، ملحق خاص ، العدد 6 ، يونيو 2020 ، ص784

أولا : إعادة التفاوض تطبيقا لمبدأ الأمانة التعاقدية (مبدأ حسن النية)

إن الانقلاب المفاجئ في الأوضاع الاقتصادية بسبب جائحة كورونا أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية خصوصا، لهذا فإن الأطراف يلجاؤن إلى حلول أولية تستوحي مقتضيات العدالة لتعديل هذا الاختلال ومن أجل ضمان استمرارية تنفيذ العقد وهو ما نجده في بند إعادة التفاوض المتضمن في العقود.

وإن كانت عملية إعادة التفاوض تهيمن على مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن التفاوض وفق حسن نية يشكل قيدا له، حيث يعتبر هذا الاخير أداة لاحترام القوة الملزمة للعقد باعتباره عنصر يعمل على تحديد كل سلطة تعاقدية من أجل تحديد النطاق الذي يعتبر فيه الطرفين قد أوفوا بشكل دقيق بالتزاماتهما العقدية .[1] خاصة ،ان الأطراف عندما اتفقوا على إعادة التفاوض فإنهم ملتزمون بالضرورة بإجراء المفاوضات بهدف إيجاد اتفاق مشترك يواجهون به أثر القوة القاهرة، حيث يفرض عليهم هذا الالتزام أن يتصرف كل الأطراف بالتفاوض بنزاهة وحسن نية، وهذا المبدأ معترف به في كل الأنظمة القانونية الوطنية والدولية فنجد القانون المدني الجزائري نص عليه في المادة 111 منه على ذلك ، [2] ونصت عليه المادة 7 فقرة 01 من اتفاقية فيينا.[3]

وهذا المبدأ هو من المبادئ العامة يتعين الالتزام به في كافة العقود الدولية خاصة عقود الاستثمار الدولية، وهو ما جاءت به مبادئ Unidroit في المادة 11-7 ، كما أن قرارات التحكيم فتوسعت في هذا المبدأ ، حيث ألقت على عاتق الأطراف المتعاقدة العديد من الالتزامات التي لا تنحصر في ضرورة إعادة التفاوض كلما تغيرت الظروف المحيطة بالتنفيذ العقد والعمل بكل جهد لبلوغ الغاية التي يهدف إليها العقد.[4]

ونشير إلى أن المتعاقدين عند التزامهم بإعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية و فق لمبدأ الأمانة التعاقدية في ظل هذه الجائحة يعتبر شكل من أشكال التعاون البناء المثمر بين الدولة المضيفة والمستثمر للوصول إلى حل مناسب نافع لكليهما. وتجسيدا لواجب التعاون فهم يلتزمون في مرحلة التفاوض تحديد مكان معين يجري فيه التفاوض وتحديد جلسات التفاوض،[5] ولكن في ظل هذه الأزمة فإن عقد جلسات التفاوض ستتم عن بعد وفق برامج عِو ض الاجتماعات الفعلية والتجمعات إلى اجتماعات

---

[1] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 4488 و449

[2] "... بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفق للعرف الجاري في المعاملات "

-اوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 70

[3] تنص المادة : " ... كما يراعى ضمن احترام حسن النية في التجارة الدولية "

-عصمي مريم ، عيشور مريم ، التفاوض في عقود التجارة ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، قسم حقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سبتمبر 2017 ، ص 50

[4] -تنص المادة 11-7 : " يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية ، ولا يستطيعون استعادة هذا الالتزام أو يضيقوا نطاقه " أنظر مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 453و454

[5] محمد عامر شنجار ، أ.م. علي ، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار (دراسة قانونية) ، عبر الموقع https://www.iasj.net/iasj/download/8fdd0517fc4e166e، ص55

افتراضية تفعيلا لمتطلبات التباعد الاجتماعي، [1] كما لابد من إبداء المرونة أثناء الاجتماعات وعدم التصلب في مناقشة العروض المقدمة من أحد الأطراف أو تقديم عروض مبالغ فيها .[2]

ثانيا : الآثار المترتبة على الالتزام بالمحافظة على عقود الاستثمار الدولية

في حال توصل الأطراف في هذه العقود إلى حل مناسب فيكون الشرط قد أدى دوره وقد لا يتوصلون إلى اتفاق ومنه إخفاق المفاوضات،[3] ففي حال نجاح عملية المفاوضات في عقود الاستثمار الدولية فإن النتيجة الايجابية هي تعديل العقد بما يضمن استمرارية تنفيذه والمحافظة عليه، ولا شك أن هذا الأمر هو الأفضل من الحل الذي قد يفرض على الأطراف منة المحكم أو القاضي إذ قد يملي عليهم حلول غير مواتية من شأنها فتح باب النزاع في المستقبل مرة أخرى . [4] وبالتالي فإن أطراف عقود الاستثمار في ظل فترة جائحة كورونا فإن نجاح المفاوضات يتمثل في وصول الطرفين إما إلى تنفيذ العقد أو تأجيل تنفيذه إلى وقت لاحق . وفي مقابل ذلك قد لا يصل الأطراف غلى أي اتفاق حول تعديل بعض الالتزامات وذلك يرجع لعدة أسباب سواء لرفض التعديل أو رفض المراجعة أساسا أو عدم تقديم اقتراحات ، [5] أو اختلاف الأطراف في ظل هذه فترة هذه الجائحة بين وقف تنفيذ العقد أو الاستمرار فيه فقد يرى أحدهم أنه ليس هناك أي ضرر رتبته الجائحة والطرف الأخر يرى العكس.

الفرع الثاني : الالتزامات التي يفرضها شرط إعادة التفاوض

يترتب على إخطار الطرف المتضرر في عقود الاستثمار الدولية في ظل الجائحة للطرف المقابل وقف تنفيذ العقد حماية للعلاقة التعاقدية (أولا) والدخول في مفاوضات من لتحديد مصيره إما الاستمرار في تنفيذه تحت كل التأثيرات التي رتبتها الجائحة أو وقف تنفيذ هذه العقود وتأجيلها (ثانيا) مع الالتزام بقدر الإمكان في ظل هذه الفترة بتخفيف من الضرر الذي قد يترتب عن هذا الوباء العالمي (ثالثا).

أولا : الإخطار كالتزام يوجبه شرط تفعيل إعادة التفاوض

إن الأثر المترتب على ثبوت الجائحة كحادث استثنائي ضرورة إخطار الطرف المضرور الطرف المقابل في عقود الاستثمار الدولية ، وهذا الإخطار أمر وجوبي ولهذا فإن الطرف المخل بالإخطار يتحمل تعويض الطرف الأخر وفي هذا تنص الفقرة 3 من المادة 7/1/7 مبادئ Unidroit على أنه يلتزم المدين يخطر الدائن بوجود الحادث و نتائجه على قدرته على التنفيذ .[6] كما أن الإخطار الطرف الأخر سبب وقوع الجائحة الذي أدى إلى تغيير الظروف و عودته إلى التفاوض إجباري أي كانت دقة صياغة الشروط القوة القاهرة أم شرط إعادة التفاوض، خاصة أنه من النادر يتفق الأطراف صراحة على اختيار معيار معين تتم على أساسه مراجعة العقد فغالبية الشروط تكتفي بالنص على إعادة التفاوض [7]. ونشير إلى أن هذا الالتزام ورد في كنف الاتفاقيات

[1] رحمة بريق ، محمر لخضر دلاج ، تأثير جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية وعلى التجارة الالكترونية ، مجلة الحقوق والعلوم الأنسانية جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر ، المجلد 13 ، العدد 03 ، أكتوبر 2020، ص 74

[2] محمد عامر شنجار ، المرجع السابق ، ص 55

[3] إلياس ناصيف ، المرجع لسابق ، ص 192

[4] فريال بوكرشة ، المرجع اليابق ، ص 81

[5] حورية جبار المرجع السابق ، ص 47

[6] يسرى عوض عبد الله ، المرجع السابق ،ص478

[7] فاطمة عاشور ، المرجع السبق ، ص74-75

الدولية فعلى سبيل المثال نجد اتفاقية فيينا نصت عليه في المادة 79 ، وكذلك مبادئ Unidroit في المادة 7/1/7-3 .[1] كما أكدت قرارات التحكيم المختلفة عن هذا الالتزام ومن هذه القرارات القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس ICC عام 1985 ، حيث ركزت الهيئة في هذا النزاع على وجوب الإخطار الذي كان من المفروض على الشركة السويسرية القيام به اتجاه الشركة الفرنسية وأكدت أن الشركة الأولى لم تقم بإخطار الشركة الفرنسية بسبب عدم تنفيذها لالتزامها في الوقت المناسب .[2]

وبناء على ما تقدم يثور إشكال في ظل هذه الجائحة حول ما هو التاريخ الذي يتم اعتماده من أجل الإخطار، هل هو تاريخ الذي حددته السلطة الصينية باعتبارها الذي انتشر فيه أم منذ تاريخ إعلان منظمة الصحة العالمية، أم يتم الاعتماد على التاريخ الذي حددته السلطات المختصة في كل دولة خاصة وأن هذه الأخيرة قد تفاوتت في تواريخ اتخاذها للتدابير الصحية ؟.

في هذا الصدد أصدرت هيئة التنمية التجارة الدولية الصينية بإصدار شهادات قوة قاهرة إلى الشركات الدولية التي تأثرت عملياتها وتنفيذ عقودها بعدوى فيروس كورونا بعد تقديمها المستندات الموثوقة لإثبات التأخير أو التعطيل لوسائل المواصلات وعقود التصدير، [3] وتبنت عدد من الدول نفس الموقف ومنه ما أعلن عنه وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي في 28 فيفري 2020 أن الفيروس قوة قاهرة وهو ما قضت به المحكمة الفرنسية وهو ما يبرر عدم تطبيق العقوبات في حالة التأخير .[4] وبالتالي هناك من الفقه اعتبر التاريخ الذي حددته السلطة الصينية هو التاريخ اعتبار الجائحة قوة قاهرة أو ظرف طارئ حسب الأحوال ومنه على الطرف المتضرر إبلاغ الطرف الأخر بأن الجائحة أدى إلى عدم قدرته على تنفيذ العقد أو أنه إذا أكمل التنفيذ سيتسبب ذلك في خسارته، [5] وهناك رأي اخر يرى أن 30جانفي 2020 أعلنت منظمة الصحة أن عدد الإصابات يشكل حادث طارئ صحي بما آثار قلق بلدان العالم ومنه اتخاذ تدابير الطوارئ الناتجة عن اضطرابات كبيرة في التجارة الدولية و أن نطاق تطبيق قاعدة الجائحة باعتبارها قوة قاهرة /أو ظرف طارئ يعتبر من هذا التاريخ أي التزام سابق له لا يخضع لقاعدة الجائحة –قوة قاهرة /ظرف طارئ- . وحسب رأينا أن الإخطار بوجود قوة قاهرة أو ظرف طارئ حسب الأحوال في ظل الجائحة يكون بحسب التاريخ الذي حددته السلطات المختصة في كل دولة والإجراءات المتخذة لمواجهة تفشي هذا الفيروس، ومن ثم تقدير كل طرف متضرر في عقود الاستثمار الدولية هل هذه الإجراءات تشكل قوة قاهرة يستحيل معه التنفيذ أم ظرف طارئ يؤدي إلى إرهاقه، فإذا توافرت شروط القوة القاهرة أو الظرف الطارئ فعلى الطرف المضرور إخطار الطرف الأخر خلال المدة المعقولة ابتداء من التاريخ الذي تصدره السلطة في البلد المتعامل معه لإعفاء نفسه من المسؤولية .

ثانيا : توقيف سريان الالتزامات أثناء إعادة التفاوض

[1] –المدة 79: " ... يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزامه أن يوجه إخطار إلى الطرف الأخر بالعائق وآثره في قدرته على التنفيذ"
–المادة 7/1/7-3: " على المدين أن يخطر الدائب بوجود العائق "القوة القاهرة " وأثره على قدرته على التنفيذ ..." أنظر فريال بوكرشة ، المرجع السابق، ص 75

[2] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 457

[3] سميرة حصايم ، مقال بعنوان الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقود الدولية ، مجلة أبحاث قانونية وسياسية ، جامعة جيجل ، الجزائر ، المجلد 05، العدد 01 ، سبتمبر 2020، ص 17

[4] Cour d'appel Colmar,6éme chambre,N°10098/20,12 Mars 2020,Covid 19 etForce majeur : la cour d'appel de Colmar est la première a se prnoncer . https://www.actanceavocats.com/actualites/actualite-jurisprudentielle-/covid-19-et-force-majeur-.

- جلطي منصور ، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد COVID-19على الالتزامات التعاقدية ، حوليات الجزائر 1 ، المجلد 34 ، عدد خاص القانون وجائحة كورونا ، جويلية 2020، ص 494

[5] حيدرحسن فليح ، مقال بعنوان أثر جائحة كورونا على تنفيذ لالتزامات التعاقدية ، مجلة العلوم القانونية /كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد 01 ، 2020 ، ص 440

لقد ابتدع الواقع العملي في العقود الدولية أنه في حالة تأثر الالتزامات التعاقدية بتغيير الظروف اللجوء إلى وقف تنفيذ العقد والدعوة إلى التفاوض وفق للظروف المستجدة بهدف الوصول إلى حل مناسب يحفظ استمرار تنفيذ العقد،[1] وبالتالي فإن وقف تنفيذ عقود الاستثمار يحقق فائدتين الأولى حماية عقود الاستثمار الدولية من الزوال بسبب الجائحة أي يؤمن العلاقة العقدية بين الدولة المستقبلة والمستثمر خلال هذه الفترة والثانية يسمح لهذه العقود بالسريان الطبيعي مرة أخرى منتج لذات الآثار التي كان ينتجها من قبل .[2]

والأساس القانوني لوقف تنفيذ هذه العقود أثناء إعادة التفاوض هي إرادة كل ن المستثمر والدولة المستقبلة ،[3] وعليه ثار تساؤل حول مصير العقد أثناء إعادة التفاوض هل وقف تنفيذ العقد خلال هذه الفترة أو الاستمرار في تنفيذ إلى غاية إكمال المفاوضات وإيجاد الحل المناسب ؟

إذا تم النص في عقود الاستثمار الدولية على تنفيذ هذه الأخير أثناء فترة التفاوض مثلا أن ينص :" يتم متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية التفاوض الرامية إلى إعادة التفاوض طبقا للوضع السائد قبل تغيير الظروف أو قبل تحقيق آثار هذا التغيير " ،[4] كما أن إرادة الأطراف تتحكم في هذا الأمر باعتبار هذا الشرط شرط اتفاقي إذ يمكن تنظيمه بشكل مفصل من خلال تبيان مصير العقد أثناء سير التفاوض انتظارا لنتيجة التي ستترتب عنه .[5] وفي حالة سكوت الأطراف على مصير العقد في هذه الفترة، فإن الصمت يفسر على أنه قبول بمتابعة تنفيذ العقد خلال عملية التفاوض، لأن وقف تنفيذ العقد أثناء هذه الفترة لابد من النص عليه صراحة في العقد وهو ما ذهب إليه غالب الفقه منهم Bruno oppetit .[6]

ففي ظل الجائحة فإن وقف تنفيذ العقد أثناء التفاوض أمر لابد منه لأنه إذا تم الاستمرار في تنفيذ هذه العقود سينتج عنه تفاقم في اختلال التوازن الاقتصادي لهذه العقود وإرهاق كاهل أحد الأطراف أو كليهما بما يسبب لهما خسائر فادحة إذا تم الاستمرار في التنفيذ، وبالتالي سكون على المتعاقدين مصلحة في وقف تنفيذ خلال فترة التفاوض إلى حين إيجاد حل مناسب إما وقف تنفيذ العقد بما يحقق روح التعاون أو الاستمرار في تنفيذه لأنه ليس من السهل بقاء الأطراف مستمرون في تنفيذ عقود الاستثمار الدولية في ظل الجائحة خاصة أنه وباء ليس مثل الأوبئة التي شاهدتها العقود والعالم لأن أثاره على الاقتصاد العالمي والعقود الدولية عموما وعقود الاستثمار الدولية خصوصا كانت وخيمة .

ثالثا : الالتزام بتخفيف الضرر إذا كان ممكن في ظل الجائحة المستجدة

تحرص الاتفاقيات الدولية على هذا الالتزام ومن ذلك ما جاءت به اتفاقية لاهاي 1964 وذلك بخصوص الالتزام الملقي على المتعاقد المتخلف على تنفيذ التزاماته حيث أوجبت عليه أن يقوم بمحاولة تقليل الضرر الذي قد يلحق بالمتعاقد الأخر،[7] كذلك

---

[1] رؤوف نغم حنا ، وقف التنفيذ في عقد البيع للبضائع وفق للاتفاقيات الدولية ، دراسة تحليلية في ضوء اتفاقية لاهاي 1964 واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا 1980، مجلة جامعة تاكريت للعلوم الأنسانية ، المجلد 14 ، العدد11 ، العراق ، 2007 ، ص 446-445

[2] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 471

[3] بن ادريس حليمة ، المرجع السابق ، ص09

[4] حورية جبار ، المرجع السابق ، ص 41

[5] محمد عامر شنجار ، المرجع السابق ، ص 52

[6] حيث يرى أن في شرط إعادة التفاوض إذا ما تحقق الحدث المخل بالعقد فإنه لا يرتب سوى التزاما بإعادة التفاوض بهدف تعديل العقد ، لذا فإنه يمكننا افتراض استمرار العقد في ترتيب آثاره في هذه الفترة –فترة إعادة التفاوض – ماعدا حالة وجود إرادة صريحة للأطراف بخلاف ذلك . انظر هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص ص 166-169

[7] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 465

مبادئ Unidroit من خلال المادة 7/4/8 [1] كما كرست اتفاقية فيينا هذا الالتزام من خلال المادة 77 [2]، كما كان لموقف التحكيم دور أيضا في تكريس مبدأ تخفيف الضرر في العقود الدولية مثال ذلك في القضية Amicoasia ضد الحكومة الأندونيسية وذلك تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن C.I.R.D.I حيث أكدت هيئة التحكيم عند تقديرها لمبلغ التعويض لصالح شركة Amicoasia أن هذه الأخيرة لم يكن لديها الإمكانيات من أجل تخفيف ما لحقها من ضرر وأشارت إلى أن الالتزام بتخفيف الضرر يعد إحدى مبادئ قانون التجارة الدولية .[3]

بناء على ما تقدم فإن الالتزام بتخفيف الضرر يقوم على ضرورة التعاون بين كل من الدولة والمستثمر في عقود الاستثمار الدولية المتأثرة بفعل الجائحة للمحافظة على العقد، حيث يلتزم كلا الطرفين بذل ما في وسعهم لتخفيف الضرر الناتج عن عدم تمكنهم من تنفيذ التزاماتهم وخاصة أن هذا الفيروس قد يؤثر على طرف دون الأخر، وإجراءات التخفيف تتحقق باتخاذ كافة التدابر المناسبة مثلا إعفاء من غرامات التأخير، التصرف في السلع التي من الممكن تلفها، تغيير مجال نقل السلعة وغيرها من التدابير.[4]

[1] تنص المادة على أن : " لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف الضرر بطرق معقولة "

[2] تنص المادة أعلاه على أن :"يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف التخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة بما فيها الكسب الذي فات "

[3] مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 446

[4] سميرة حصايم ، مقال بعنوان الآثار القانونية لفيروس كورنا المستجد على تنفيذ عقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 26و27

خلاصة الفصل الأول :

إن أهم الآثار في حال استمرار تطبيق إرادة المتعاقدين في ظل الجائحة على اعتبار أنها قوة قاهرة أو حادث استثنائي هو وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية، تطبيقا لشرط القوة القاهرة وهذا لضمان تنفيذ العقد واستمرار تنفيذه إضافة إلى استقرار التوازن الاقتصادي لهذه العقود وفق للأوضاع المتفق عليها عند نشأتها .

وبما أن الأساس الجوهري في تقرير وقف تنفيذ العقد هو قانون الإرادة فإنه يترتب على ذلك وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية سواء الرئيسة أو الفرعية، وهذا حفاظا على العقد إلى حين التفاوض ، كما ينتهي هذا النظام – وقف التنفيذ – إما باستئناف سريانه إذا رأى الأطراف وقبل التفاوض أن أثار الجائحة لم يكن لها الأثر الشديد على التنفيذ، وإما ينتهي –وقف التنفيذ –إذا زالت آثار الجائحة ومنه لا يكون لهذا الوقف جدية إذا ما استمر.

كما أن إرادة كل من المستثمرين والدول المضيفة تتجه إلى ضرورة الحرص على ضمان بقاء العقد واستكمال مسيرته يلجاؤن إلى التفاوض وذلك من خلال تفعيل شرط إعادة التفاوض، الذي يهدف إلى المراجعة لمعالجة تغير الظروف التي رتبتها هذه الجائحة.

وهذا الشرط يختلف عن مجموعة من الشروط الهادفة إلى تعديل العقد وذلك من حيث آلية التعديل غير التلقائية، ومن حيث مقدار التعديل الذي تحدده إرادة الأطراف وفق ما يصلون إليه . وبما أن هذا الشرط قد توافرت شروطه فإن الطرف المتضرر في هذه العقود يقع عليه التزام بالإخطار وهذا تطبيقا للأمانة العقدية أو كما يعرف بمبدأ حسن النية، وهذا بغية الدخول في مفاوضات لتخفيف الضرر الذي يعد التزام أساسي على عاتق الطرفين، كل هذا من أجل الحفاظ على استمرارية العقد، ولكن قد تأخذ مرحلة التفاوض احتمالين إما الوصول إلى حل، وبهذا يكون شرط إعادة التفاوض قد أدى دوره، وقد تأخذ احتمال سلبي وهو فشل التفاوض وبهذا نكون أمام قصور في الشروط التعاقدية، فيكون الحل في اللجوء إلى آليات وقائية وعلاجية بغية إعادة التوازن المفقود الذي سببته آثار الجائحة المستجدة.

الفصل الثاني :الآثار في حال فشل إرادة المتعاقدين في استمرارية التنفيذ :آثار سلبية

إذا كنا قد تحدثنا في الفصل الأول عن آثار جائحة كورونا على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية وتبين دور اتفاق المتعاقدين في التخفيف من حدة هذه الآثار وهو ما يعتبر شرطا لإيجابية الآثار على التنفيذ، ولكن قد يحدث وأن تختلف الأطراف المتعاقدة حول الاستمرارية في التنفيذ بسبب الخلل في المصالح المتبادلة و هو ما يجعلهم أمام خيار آخر وهو اللجوء إلى آليات يبرز دورها في مرحلة لاحقة على التعاقد وهذا ما يمكن وصفه بالآثار السلبية على التنفيذ الذي توقف بالفعل، وتتمثل هذه الآليات في آلية قضائية (التحكيم) يلجأ إليها أطراف هذه العقود في حال عدم وجود حلول مناسبة وملائمة لكليهما، وبهذا فهي تعتبر أداة علاجية نظرا لما تتمتع به من مميزات تتعلق بالحياد وسرعة الفصل و تسوية النزعات المترتبة عن هذه العقود في ظل هذه الجائحة، وهذا بهدف استعادة التوازن الاقتصادي المفقود بين كل من المستثمرين والدول المستقبلة ومحاولة المحافظة على استمرارية تنفيذ العقد الذي يعتبر الغاية التي يسعى إليها الأطراف عن إبرام العقد، هذا من جهة (المبحث الأول) .إضافة إلى هذا الضمان هناك آلية حمائية يأخذ أساس التوازن فيها الشكل الوقائي ، وتتمثل هذه الآلية في مؤساسات الضمان الدولية التي تأخذ على عاتقها مهمة تأمين هذه العقود ضد المخاطر التي قد تعترضها ، وهنا لابد من معرفة مدى إمكانية هذه المؤسسات في التغطية الكاملة للمخاطر التي أثارتها آثار الجائحة والمؤمن عليها ، هذا من جهة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : دور التحكيم في حال فشل قانون الإرادة في استمرارية التنفيذ

إن المنازعات التي أحدثتها الجائحة المستجدة بين أطراف عقود الاستثمار دفعتهم إلى مواجهة آثارها التي سببت اختلال في التوازن الاقتصادي ما أدى من خلالها إلى تفعيل المتعاقدين شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض محاولة منهم التخفيف من الضرر الحاصل تطبيقا لمبدأ التعاون وذلك بالدخول في مفاوضات وهذا بهدف المحافظة على تنفيذ هذه العقود بما يضمن استمراريتها، ولكن لا يخفى أن نتائج هذه الأخيرة تأخذ احتمالين وهي إما نجاحها ومنه يكون الشرط أدى دوره أو قد تأخذ الاحتمال الثاني وهو فشل التفاوض وعدم الوصول إلى حلول، وبهذا يجد أطراف هذه العقود أنفسهم في حالة انسداد فيبقى الحل الوحيد هو اللجوء إلى التحكيم كوسيلة علاجية لمواجهة اختلال التوازن، وهنا يكون لهيئات التحكيم سلطة واسعة لإعادة التوازن الاقتصادي المفقود (المطلب الأول) ولكن رغم هذه السلطات الممنوحة لها في بحثها عن الحلول المناسبة التي تعيد روح التوازن بين كل من المستثمر والدولة المستقبلة أن تتقيد بمجموعة من الضوابط والتي تقيد سلطتها (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : توسيع سلطة المحكم في حال إخفاق المفاوضات

المحكم هو قاضي يضطلع بمهمة قضائية على غرار الولاية القضائية، والفرق الوحيد بينه وبين القاضي هو أصل مهمته التي هي نتيجة إرادة أطراف عقود الاستثمار الدولية .[1]

وعلى هذا فإن توسيع سلطة المحكم في معالجة منازعات الجائحة على اعتبارها سبب أجنبي خارج عن إرادة أطراف عقود الاستثمار، لا يمكن أن يقوم بأي تغيير لإعادة التوازن الاقتصادي لغيبية التنظيم التشريعي لهذه السلطة، ولكن هذا لا يمنع أن أطراف هذه العقود تقوم بتضمين شرط يسمح بمراجعة العقد ومنح المحكم ما يراه مناسبا وملائما ومنه يصبح جوهر توسيع هذه السلطة هي إرادة الأطراف . وبناء على ذلك فإن منح صلاحية للمحكم لإعادة التوازن المفقود يستوجب عليه تقدير مدى إخلال الجائحة بهذه العقود (الفرع الأول) ومن ثم تعديل التزامات العقد حسب ما اتجهت إليه إرادة كل من المستثمر والدولة المستقبلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : سلطة المحكم في تقدير مدى إخلال الجائحة بالتوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار

إن الهدف الأساسي الذي رمى إليه كل من المستثمر والدولة المضيفة عند إبرامهم للاتفاق التحكيمي هو منح المحكمين سلطة الفصل في النزاع بدلا من المحكمة التي كانت ستنظر في النزاع لولا وجود شرط التحكيم . [2] وبالتالي تصبح هيئة التحكيم مختصة بالنظر في المنازعات التي قد تطرأ بين أطراف عقود الاستثمار سواء كانت لأسباب إرادية أو غير إرادية، وعليه فإن توازن هذه العقود والإخلال بها في ظل الجائحة يلقي على عاتق المحكمين مهام أولية وتتمثل في الفصل في مدى تحقق الخلل الذي أصاب

[1] A.CABANIS. L' apparition de l'arbitrage comme mode alternatif règlement des différends Les mode alternatifs de conflits . colloque international alger.06-07 mai 2014. Les anneles N°3/2014. Université D'Alger 1.p79

[2] كندة جمال عبد الساتر ، التحكيم في عقود البترول (دراسة مقارنة) رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية ، الجامعة اللبنانية ، 2017 ، ص 86

عقود الاستثمار والنتائج المترتبة على ثبوته من جراء وقوع آثار الجائحة، وهي مهمة تفرض على المحكمين في المقام الأول التحقق من ذلك وفقا للاتفاق الأولي بين كل من المستثمر والدولة المضيفة.[1]

وأثناء سير الخصومة التحكيمية وفصل المحكمين في النزاع المطروح أمامهم فإنه يتوجب على المحكمين التحقق في مدى توافر آثار الجائحة المؤدية إلى اختلال توازن عقود الاستثمار الدولية، وذلك بالفحص في مدى جسامة الاختلال الذي سببته وقوع هذه الجائحة باعتبارها سبب أجنبي على توازن هذه العقود بعد تغير ظروف تنفيذه ، لذلك يسعى المحكمين من خلال ذلك إلى معرفة مدى تحقق الاختلال الذي أصاب كل من الطرفين وذلك بعد فحصه وتقييمه .

بمعنى أخر أن الهيئة التحكيمية عند فحصها لتحقق الجائحة المؤدية إلى إعمال شرط إعادة التفاوض تقوم بدراسة شروط العقد لمعرفة المعيار الذي اتفق عليه الأطراف في تقديرهم الحدث المؤدي إلى اختلال توازن عقود الاستثمار حيث أن الأطراف قد ضمنوا هذه العقود أحد المعيارين إما المعيار الموضوعي أو المعيار الشخصي وهذا من أجل ضمان المحافظةعلى استمرارية تنفيذ العقد .[2]

أولا: في حالة تبني الأطراف المعيار الموضوعي لتقدير درجة إخلال الحدث

يتم تبني هذا المعيار على أساس تحقيق العدالة من خلال صورة موضوعية حيث يجب أن تؤدي تغيير الظروف إلى الإخلال الظاهر بالاقتصاد العقد بحد ذاته دون أن يتعلق الأمر بإنقاص أحد المتعاقدين الذي أصابه ضرر نتيجة تغير الظروف ،[3] مثال عن هذا المعيار في اتفاقات الأطراف الشرط الذي ينص على أنه : " في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من تأثيرها قلب الأسس الاقتصادية للاتفاق الحالي يتفق الأطراف على عودة تلك الأسس التي كانت موجودة وقت إبرام العقد ..." ، [4] وبالتالي فإن المحكمين في هذه الحالة يجب عليهم قياس مدى جسامة إخلال آثار الجائحة بعقود الاستثمار وفق معيار الشخص العادي وليس الحريص أي ما يبذله الرجل العادي، ومنه فدور المحكم في هذه الحالة ينحصر بدراسة درجة إخلال الجائحة وتأثيرها على تنفيذ العقد وفق لما يستطيع أن يتحمله الشخص المعتاد الموضوع في نفس ظروف المستثمر[5].

ونشير إلى أن لجوء الأطراف لهذا المعيار هو اتصافه بميزة أساسية وهو تقديمه لأكبر قدر من الثبات القانوني للمعاملات، ويشير إلى عناصر موضوعية مثل مستوى الائتمان والتكلفة ولا يشير إلى المفاهيم غير المحددة التي يتغير مفهومها من عقد لآخر، وبالرغم من مميزات هذا المعيار إلا أنه يؤدي إلى بعض النتائج الضارة على المستوى الشخصي للمتعاقدين ولو استطاع أن يعيد التوازن الموضوعي للعقد .[6]

ثانيا :في حالة تبني الأطراف المعيار الشخصي

[1] أنظرفيذلك إلى رشا علي الدين ، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد ، دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة ، بحث مقدم المؤتمر العلمي السنوي الثالث ، الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية ، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، 2009، ص74

[2] بن طبال جهيدة ، المرجع السابق ، ص 20

[3] هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 99

[4] محمد شريف غنام .، المرجع السابق ، ص 378

[5] بن طبال جهيدة ، المرجع السابق ، ص 20

[6] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص ص 378-379

هذا المعيار لا يهتم بإقامة التوازن على أساس عناصر موضوعية وإنما يقاس التغيير الذي رتبته الجائحة على الظروف الشخصية لكل من المستثمر والدولة المستقلة ، [1] ومن الصياغات التي يستخدمها الأطراف التي تعكس هذا المعيار نجد مثلا : " يجب أن تكون المراجعة مناسبة وعادلة وفق لظروف المتعاقدين " ،[2] وعلى هذا فإن المحكم عند تقديره لإخلال الجائحة حسب هذا المعيار عليه مراعاة الاختلال الكافي متى أصيب المتعاقد بضرر وسبب له إرهاق حتى ولم يكن الضرر كذلك بالنسبة لغيره، لذلك نجد أن معظم الدراسات الفقهية تؤيد اختيار المستثمرين المعيار الشخصي لأنه يحقق العدالة بين المتعاقدين، عندما يضع المحكم في عين الاعتبار عند تقديره لمدى تأثير الاختلال الذي وقع بسبب الحدث ورتب خسارة للمستثمرين ، [3] وإلى جانب هذا لقد أشارت القرارات التحكيمية إلى هذا المعيار، حيث قضت هيئة التحكيم " أن اختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير إلى الظروف مختلفة، منها تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في تنفيذ المتبادل للالتزامات المتعاقدين أنفسهم، بحيث تجعل التزامات أحدهم غير معقولة وغير عادلة بالنسبة لالتزامات المتعاقد الآخر ".[4]

وتبعا لذلك فإن المعيار الشخصي له أثر قوي في تحقيق الهدف الذي أدى إلى إعمال شرط إعادة التفاوض وهو الحفاظ على العقد واستمراره دون تكبد المستثمرين الخسائر رغم تغير الظروف التي تحول دون تنفيذ التزاماتهم.

كما أن المحكم عند تقديره لدرجة إخلال الحدث –الجائحة – يجب أن يراعي اختيار الأطراف للمعيار المعتمد من طرفهم، بالرغم من أنهم يميلون إلى هذا المعيار – المعيار الشخصي – عند صياغة بنود شرط إعادة التفاوض وذلك بالإشارة إل نسبة معينة من الاختلال الذي يثيره الحدث والذي يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي، وبهذا منح صلاحية تعديل العقد للمحكم عند النظر في النزاع ، وعلى هذا الأخير مراعاة المهام والالتزامات الملاقاة على عاتقه أثناء سير الخصومة التحكيمية من خلال التزامه بالحياد والاستقلالية والموضوعية اتجاه أطراف الخصومة ومراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي كمبدأ المساواة ومراعاة النظام العام[5].

ولكن في حالة عدم اتفاق الأطراف على اعتماد معيار معين في تقدير الاختلال الذي يثيره الحدث فإن المحكم سوف تكون إرادته مكملة لإرادة الأطراف ويلجأ إلى اعتماد المعيار الشخصي، وهذا ما تم الأخذ به في القرارات التحكيمية الصادرة في هذا الشأن كما سبق القول [6].

الفرع الثاني : تعديل الالتزامات التعاقدية من طرف المحكم

إن تعديل التزامات عقود الاستثمار وإعادة النظر فيها من طرف الهيئة التحكيمية إن كان ممكن يتناغم مع رغبة الأطراف في المحافظة على العقد ، لهذا فإن مهمة المحكم هو إعادة التوازن الاقتصادي المفقود نتيجة تغير لظروف بسبب الجائحة، وذلك بتقرير حل مناسب يقوم بتخفيض من درجة الاختلال، وعلى هذا الأساس سنتطرق إل معرفة أساس سلطة المحكم في تعديل هذه الالتزامات (أأولا) ثم التطرق إلى معرفة نطاق هذه التعديلات (ثانيا) .

[1] هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 95

[2] محمد شريف غنام ، المرجع السابق ، ص 379

[3] بن طبال جهيدة ، المرجع السابق ، ص 21

[4] هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 96

[5] لزهر بن السعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية رقم 09لسنة 2008 ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 165

[6] بن طبال جهيدة ، المرجع السابق ، ص 21

أولا : أساس سلطة المحكم في تعديل الالتزامات

إن تعديل العقد بهدف إعادة التوازن من قبل المحكم ، قد تكون أوسع نطاقا عند فشل قانون الإرادة في الاستمرار في التنفيذ حيث يصبح تدخل هيئة التحكيم ضروريا ولازما، وإن كان يؤسس على إرادة الأطراف من خلال الشروط التعاقدية التي تمنح هيئة التحكيم هذا الدور سواء بصفة ضمنية أو صريحة ،[1] سواء من خلال نصوص العقد ذاته أي شرط التحكيم أو من خلال الاتفاق المستقل أي مشارطة التحكيم ، [2] وبموجب ذلك يكون للمحكم الحق في إعادة التوازن الاقتصادي المفقود وما يترتب عليه من تعديل بنود العقد إلا الالتزام بحرفية اتفاق الأطراف في مواجهة آثار القوة القاهرة على عقد الاستثمار،[3] فإذا اتفق الأطراف أنه في حالة حدوث القوة القاهرة وسببت تأخير في تنفيذ العقد لمدة معينة فإن الأطراف يدخلون في التشاور والتفاوض من أجل الوصول إلى حل ملائم ،فإذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق فإن لهم المطالبة بفسخ العقد عن طريق التحكيم، وبالتالي يقتصر دور التحكيم في حالة حدوث القوة القاهرة على انتظار ما سيفسر التفاوض بينهم فإذا فشل التفاوض فإنه يقوم بتنفيذ الحل المتفق عليه مسبقا وهو فسخ العقد، ولا يمكن له أن يتجاوز سلطته في تبني حل اخر غير متفق عليه إلا إذا تم الاتفاق من جديد على توسيع سلطة المحكم في اتخاذ ما يراه مناسبا لفض النزاع خاصة فإن الأطراف غالبا يفضلون جبر اختلال العقد حتى لا يتم فسخ العقد الذي صرفت فيه أموالهم وتكبدوا فيه الجهد الكبير وهنا المحكم له إما تطبيق أحكام القانون أو ما تفرضه قواعد الطبيعة في وضع حل يتخطى بت آثار القوة القاهرة [4]. كما قد يستطيع النظر في شرط التعويض المدرج في عقود الاستثمار من أجل تحديد مقدار التعويض أو الارتكان لهذا الشرط إذا اتفق الأطراف على قانون ينص على مثل هذا الشرط إذا لم يدرجه الأطراف في عقودهم .[5]

ونشير إلى أن سلطة المحكم في معالجة منازعات القوة القاهرة قد تكون واسعة من خلال إرادة الأطراف الضمنية، إلا أنه في المقابل قد آثار تدخل المحكم لتعديل العقد بهذه الصورة جدلا وفي هذا السياق صدر قرار عن غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 5754 حيث قررت يجب تفسير هذا الشرط في إطار العقد الذي ورد فيه فإذا ورد في عقد طويل الأجل إلى جانب العديد من الشروط التي توجب التعديلات، بحيث يثار التساؤل هنا عما إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى إقرار دور التحكيم في هذه التعديلات وهي عبارة عن الشرط رقم 20 واسعة لإقرار هذه التعديلات كما هو بالنسبة لهذه الحالة ، لهذا يجب تفسير الشرط في هذا السياق و إن كان يمكن تفسيره بصورة ضيقة في سياقات أخرى[6]. فمثلا نفهم من خلال بنود شرط إعادة التفاوض منح صلاحية تعديل العقد من طرف المحكم ، وهذا ما نجده يتجسد في الشرط التالي :" على الأطراف و بمبادرة من الطرف المتضرر التحدث في جو من التفاهم والعدالة من أجل التحديد المشترك لوسائل التسوية الفورية المناسبة لهذه الوضعية عبر العدالة أو أكثر من ذلك إقرار التعديلات المناسبة للعقد أو في حالة عدم توصلهم بأنفسهم إلى تجاوز صعوباتهم يتم اللجوء إلى التحكيم المشار إليه في العقد"[7] .وبناء على ما تقدم فإن إرادة كل من المستثمر والدولة المستقبلة هي المرجع الأساسي والجوهري في منح صلاحيات واسعة

[1] يسمينة لعجال ' فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، عدد 17 ، جانفي 2018 ، ص 793

[2] حنين أمين رمزي مقبول ، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والإدارة العامة ، جامعة بيرزيت فلسطين ، 2015/2014، ص 72

[3] علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار و دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار ' المؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية (الثورة والقانون) ، مصر ، 2011 ، ص 53

[4] رضوان ربعية ، فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم ، تخصص قانون الاستثمار ، أطروحة دكتوراه LMD، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2020/2019 ، ص ص 262-263

[5] رشا لي الدين ، المرجع السابق ، ص 76

[6] يسمينة لعجال ، المرجع السابق ، ص 793

[7] بن طبال جهيدة ، المرجع السابق ، ص 23

أو ضيقة للهيئات التحكيم وذلك بالإشارة في عقودهم إما صراحة أو ضمنا، وهنا يجب على المحكم من احترام إرادة و توقعات لأطراف في هذه العقود.

ونشير إلى أن المحكم له سلطة في حال عدم الالتزام الأطراف بإعادة التفاوض أو في حال غياب شرط إعادة التفاوض رغم أن هذا الاحتمال مستبعد خاصة في عقود الاستثمار الدولية ومالها من أهمية بين المستثمرين والدول المضيفة ونظرا أن تنفيذها يستلزم مدة طويلة من الزمن، لهذا لا يمكن للأطراف عدم إدراج شرط إعادة التفاوض في حالة ما إذا تطورت الظروف الاقتصادية إلى درجة ينقلب معها توازن العقد الذي أبرمه الأطراف منذ البداية ، [1] وبالتالي فإن عدم الالتزام بإعادة التفاوض من طرف المستثمر والدول المضيفة سيؤثر سلبا على العقد من الناحية الاقتصادية لذا فإن لجأ الطرف المتضرر إلى هيئة التحكيم لاتخاذ الحل المناسب لرفع الضرر وللمحافظة على العقد فإن صلاحيات هيئة التحكيم في هذه الحالة قد تحكم إما بالتنفيذ العيني وأما بالتعويض، نقصد بالتنفيذ العيني هو إلزام أطراف عقود الاستثمار بمراجعة العقد ومنحهم مهلة كافية لتدارك الوضع أو الاختلال الذي لحق بالعقد.[2]

أما في حال غياب شرط إعادة التفاوض قد يتدخل المحكم بإيجاد حل مناسب لمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بالاستناد إلى قواعد العدالة مع مراعاة مصالح كلا الطرفين و بهذا فإن صفة المحكم ستتغير إلى موفق دولي، ويمكن التمييز بين هذا الأخير والمحكم في أن الموفق يستند إلى قواعد العدالة كما سبق القول أما المحكم فيستند إلى قواعد القانون أو بنود العقد، وبمعنى آخر الموفق الودي له حرية أكبر مقارنة بالمحكم، إضافة إلى ذلك أن قرارات الموفق لها نفس القوة الإلزامية للقرارات التحكيمية .[3]

ثانيا : نطاق تعديل العقد من طرف المحكم

في حال فشل المفاوضات بين كل من المستثمرين والدول المضيفة على إثر تغير الظروف نتيجة الجائحة المستجدة التي حالت دون تنفيذ عقود الاستثمار المبرمة بينهم، وعرض النزاع أمام هيئات التحكيم وتقدير هذه الأخيرة لمدى اختلال توازن هذه العقود في ظل هذه الفترة فإنها تتصدى إلى تعديله، وذلك على أساس إرادة الأطراف سواء الصريحة أو الضمنية التي منحته هذه الصلاحية .

فقد تحدد صراحة الشروط الواردة في عقود الاستثمار هذا الدور كالشرط الذي قضى : "بعد الاستماع إلى الأطراف يمكن للمحكمين إما تعديل الشروط المتنازع بشأنها في الحدود الضرورية للمحافظة على مراكز الأطراف أو إنهاء العقد " [4] .، وكذلك الشرط الذي قضى :" ... على المحكمين تحديد ... أية تعديلات إذا كان بخصوص الثمن المتفق عليه أو بنود أخرى أو الشروط الواجبة بخصوص مواضيع الفقرة (أ)...." ، [5]وبالتالي يتضح من خلال هذا الشرط أن إرادة الأطراف قد منحت لهيئات التحكيم سلطة تعديل العقد وذلك في حال فشل التفاوض .

وفي كل الأحوال فإن المحكم لا يجوز له أن يتخطى الحدود والمساس باقتصاد العقد متحصنا خلف فكرة أنه محكم مفوض ليقوم بتجاوز بنود التحكيم حيث لا يجوز له ان يحكم بما هو خارج نطاق النزاع أو مخالفة القانون الواجب التطبيق أو استبعاده

[1] رشا علي الدين ، المرجع السابق ، ص 73
[2] بن طبال جهيدة ، المرجع السابق ، ص24
[3] هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 155
[4] V.M.FONTAINE. Les clauses hard ship …Op.cit
[5] هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 151

كل هذا تحت طائلة بطلان حكمه، [1] كما أن كل الدراسات الفقهية و قرارات التحكيم أثبتت أن مهمة التحكيم تقتصر على محاولة تجاوز الآثار السلبية لسلوكيات المتعاقدين أي المستثمرين والدول المضيفة خلال إعادة التفاوض، وتطبيقا لذلك أقرت هيئات التحكيم أن دور المحكم دور مكمل لإرادة الأطراف في مشكلة تغير ظروف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية، [2] مما يعني أن إرادة المحكم تحل محل إرادة الأطراف ومن بين القرارات التحكيمية الصادرة في هذا الشأن :" ليس للمحاكم التحكيمية نسيان أن سلطاتها محدودة ، إذ ليس قابلا للنقاش أن المحاكم التحكيمية لا تستطيع تعديل أو تكملة العقد لدى تحديدها لكيفية تطبيق صيغة " أبو ظبي "، وفي موضوع الحال تعتقد المحكمة أن الأمر لا يتعلق بتعديل أو تكملة عقد الامتياز فليس من المنتظر أن تقر المحكمة أحكاما جديدة تحكم العلاقات التعاقدية بين الأطراف في المستقبل، بل لتجاوز الآثار المركبة والمتعددة لسلوكهم السابق ، والشروط التي كانت تربطهم ، والتي لم تعد كذلك الآن". [3]

المطلب الثاني : القيود الخاصة بسلطة المحكم في إعادة التوازن الاقتصادي المفقود

قد يفشل المستثمرين والدول المضيفة في تخطي عقبة الجائحة بالتنظيم الاتفاق للشرطي القوة القاهرة أو إعادة التفاوض الواردة في عقودهم، ومن أجل مواصلة تنفيذ العقد والحفاظ على استمراريته يمكن لهم تفعيل شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم ومنه اللجوء إلى الهيئة التحكيمية لحل النزاع القائم بينهم بسبب تغير الظروف التي سببتها الجائحة، وغالبا ما يبين أطراف عقود الاستثمار سلطة واختصاص هيئة التحكيم، وهذا الأمر تناولناه في المطلب السابق، إلا أن أنه عند ممارسة المحكم لسلطته في حل النزاع المطروح أمامه يتقيد بضوابط مهمة كي يتمكن العقد من استعادة توازنه الذي يحاول الأطراف الحفاظ عليه طيلة تنفيذه، ومن أهم الضوابط التي تقيد سلطة المحكم هي الطابع الفني للجائحة (الفرع الأول) كما رغبة الأطراف في الحفاظ على استمرارية العقد في ظل الجائحة يعتبر قيد ثاني على المحكم مراعاته (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الطابع الفني للجائحة

إن أهم ما تتميز بت منازعات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي غالبية الطابع الفني [4] وهذه الميزة نجدها في الجائحة الحالية حيث تعلقت بالتنفيذ غير المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها عند إبرام عقود الاستثمار بين كل من المستثمرين والدول المضيفة، وهذا لأسباب قهرية حالت دون تنفيذ أحد الأطراف بالتزامه وفق للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة، خاصة وأن روح الاتفاق تقضي أن تبقى أداءات المتعاقدين محافظة على التوازن المناسب نتيجة لذلك أنه في حالة وقوع أحداث هامة تخل بشكل كبير بهذا التوازن الدخول في المفاوضات، [5] وفي حال فشلهم سيعرض النزاع على الهيئة التحكيمية الواردة في شرط أو مشارطة التحكيم ولا شك أن المحكم وهو بصدد النظر في النزاع القيام بتفحص واستخلاص مدى تأثير الجائحة على التزامات المتعاقدين

[1] فرعون محمد ، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية ، أطروحة دكتوراه علوم ، تخصص قانون المنازعات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2018/2017 ، ص ص 72-74

[2] بن طبال جهيدة ، المرجع السابق ، ص23

[3] V. p .ACCAOUI .LORFING .La renégociation des contrats internationaux . Thèse Doctorat .paris . 2008. P338

[4] اوليدي موسى، المرجع السابق ، ص78

[5] أشار لها هني عبد اللطيف ، المرجع السابق و ص 80

في عقود الاستثمار الدولية وما إذا كانت هذه الظروف مستمرة أم مؤقتة، فإذا كانت وقتية ويمكن زوالها بعد وقت فهذا لا يتطلب تعديل مضمون العقد بل تتطلب تأجيله في التنفيذ .[1]

والجدير بالذكر أن الأطراف عند إشارتهم للحدث المخل بالعقد فإنهم يتجهون إلى تدقيق وتخصيص المخاطر التي يمكن أن تمس عقودهم في مرحلة التنفيذ تفاديا العبارات التي تستخدم في وصف المخاطر التي تطرح إشكالية تفسيرها مما يستلزم على الأطراف الاتفاق على مدلول الأحداث التي يمكن أن تؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد كمصطلح " تغيير أساسي في الظروف " ، " غير عادل ..." ... الخ.

وتبعا لذلك قد نجد من الشرط التي تحصر المخاطر في جانب قانوني إذا قد يرد شرط يقضي أنه يعني بالتغيرات القانونية اعتماد أو إصدار أو تعديل بعد تاريخ نفاذ هذا القانون من قبل جهة حكومية لأي قانون يتضمن من غير تحديد قرار يتعارض مع القوانين السارية المفعول بعد تاريخ نفاذه هذا القانون ،[2] أو الشرط الذي يحصر تغير الظروف الاقتصادية في مجال معين مثلا مجال الصناعات البترولية كالشرط الذي ينص على أنه :" من المتفق عليه إذا حدث طيلة مدة تنفيذ هذا العقد تغير في الظروف الاقتصادية والمالية ذات العلاقة بالصناعة البترولية طبقا للظروف في غانا، وشروط التسويق العامة والتي تمس بالأساس الاقتصادي لهذا العقد ".[3]

واستنادا لما سبق وعلى اعتبار الجائحة حدث أدى إلى تغيير الظروف الاقتصادية لعقود الاستثمار الدولية وعقود البترولية خصوصا فإن المنازعات التي تعرض على هيئات التحكيم وتصدي هذه الأخيرة لحل النزاع فإنه يتعين عليه ا تحديد الأسباب المباشرة وغير المباشرة، ومدى ارتباطها بالجائحة ووقوع الضرر، لذلك لا بد أن يكون المحكم الذي ينظر في النزاع ممن له الخبرة من أجل معرفة جوهر النزاع وليس مجرد الإدراك الظاه ري له الأمر الذي سينعكس على حسن تسويته،[4] بمعنى آخر أن المحكم يتصدى للنزاع لإعادة التوازن الاقتصادي المفقود في هذه العقود ومنه المحافظة على استمرارية تنفيذها الذي يعتبر الهدف الأساسي الذي يرمي إليه كل من المستثمر الأجنبي والدول المضيفة، فإنه لا يقف على توافر شروط القوة القاهر أو الظرف الطارئ بل يستمد من جوهر المنازعة ذاتها والذي يرتكز حول آثار الجائحة على عقود الاستثمار الدولية.

الفرع الثاني : رغبة أطراف عقود الاستثمار بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظل الجائحة

إن من بين القيود التي على هيئات التحكيم مراعاتها عند التعامل مع آثار الجائحة، والتي تميز التحكيم في عقود الاستثمار الدولية عن غيرها من العقود ضرورة الحرص على استمرارية تنفيذ العقد والحفاظ على تنفيذه وتأمين مصيره طيلة فترة التنفيذ، فإذا كانت التشريعات الداخلية تقضي بانفساخ العقد على إثر تحقق القوة القاهرة فإن هذا المفهوم التقليدي أصبح لا يتماشى مع طبيعة العقود الدولية عموما وعقود الاستثمار الدولية خصوصا، هذه الأخيرة تتميز بحرص كل من المستثمرين والدول المضيفة على استمراره حتى في حالة القوة القاهرة ،[5] أو السبب الأجنبي عموما لهذا نجد عادة هذه العقود تتضمن شروط تعاقدية كشرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض رغبة منهم في الحفاظ على العقد والتعاون من أجل البقاء عليه من خلال محاولة توفيقه مع المتغيرات

[1] أشار إليها مروك أحمد ، المرجع السابق ، ص67

[2] هني عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 84

[3] V. P . ACCAOUI-. LORFING ,Op.cit . p 99

[4] أوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 79

[5] أوليدي موسى ، المرجع السابق ، ص 79

المستجدة وذلك من خلال منح الطرف المتعذر عليه تنفيذ العقد مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته، وبناء على هذا فإن المحكم يستطيع الارتكان لهذه الرغبة ويقضي بما يراه مناسبا وملائما وبما يحقق المصلحة المشتركة للأطراف عقود الاستثمار الدولية والتي تهدف إلى الحفاظ على العقد واستمراريته ،[1] حيث يستطيع المحكم وقف تنفيذ العقد للحفظ عليه وهنا يكون دوره كاشفا لإرادة الأطراف أو يستطيع وقف تنفيذ العقد من تلقاء نفسه وما يبرر ذلك أن له سلطة واسعة في حال فشل التفاوض بين أطراف هذه العقود أي المستثمر والدول المضيفة وهو ما أخذت به هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية حيث فرضت وقف تنفيذ العقد من تلقاء نفسها وكأن أطراف العقد قد ضمنوا عقدهم شرط إعادة التفاوض إلا أنهم لم يحددوا أثره على تنفيذ العقد خلال فترة التفاوض [2].

من خلال ما تقدم تبدو خصوصية التحكيم في التعامل مع الجائحة نظرا لإلمام المحكم بالتفاصيل الفنية لمجالات القوة القاهرة وإدراكه لها ومدى تأثيرها على إمكانية تنفيذ الالتزامات التعاقدية حسب كل عقد من العقود، ومحاول الحد من آثارها على استمرارية العقد من خلال السعي إلى المحافظة على استمرارية تنفيذالعقد وحمايته وبالتالي إعادة التوازن الاقتصادي بما يتلائم مع الظروف المستجدة ومن هنا تبرز هذه الخصوصية للتحكيم وملائمته لواقع عقود الاستثمار الدولية وأهداف وغايات المستثمرين والدول .

ونشير إلى أن تحريك الدعوى التحكيمية أصبح إلكترونيا في ظل الجائحة، وهو ما أكده البند 10 من المذكرة الإرشادية لغرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 2020/04/09 التي تهدف إلى التخفيف من آثار الجائحة من خلال اعتماد الشكل الالكتروني كطريقة للتواصل معها بدء من تقديم الطلب و إيداع المستندات إلى الإخطار الأطراف على إخضاع نزاعهم إلى وسائل الاتصال الالكترونية ،[3] وعلى هذا نرى أن التحكيم الالكتروني والذي يعرف على أنه :" نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف إلى إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد (هيئة التحكيم الالكتروني) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفق لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف " ،[4] تواتر استخدامه في تسوية منازعات التجارة الالكترونية أصبح من الضروري تعميمه على فض جميع المنازعات التي قد تطرأ بين أطراف العقود الدولية بصفة عامة، ولقد أثبتت الجائحة المستجدة أن اللجوء إلى التحكيم بشكله التقليدي يمكن استبعاده نسبيا لهذا لابد من إيجاد حلول أخرى تحل محله، ويكمن هذا الحل في اللجوء إلى الإجراءات الالكترونية لتسيير الخصومة التحكيمية من بدايتها إلى صدور الحكم فيها .

[1] رضوان ربعية ، فيروس كورونا المستجد كوفيد- 19 : بين جدلية التكييف القانوني وسلطة فض منازعات الغقود الاستثمارية ، جامعة قاصدي مرباح ،ورقلة ، نوغي نبيل ، كتاب جماعي حول التحديات القانونية لفيروس كورونا ، ط 1 ، وحدة البحث ، القوانين الناظمة للأنشطة الاقتصادية وأثرها على التنمية المركز الجامعي سي الحواس ، بريكة ، الجزائر، 2020 ، ص 719

[2] يسمينة لعجال ، المرجع السابق، ص ص 793-794

[3] براهيمي نوال ، الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجاري الدولي في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 34 ، عدد خاص القانون وجائحة كورونا ، جويلية 2020، ص 408

[4] بن حليمة ليلى ، عشور سليم ، خصوصية التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية ، مجلة ا لأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، المجلد 4 ، العدد 1 ، سنة 2019 ، ص 181

المبحث الثاني :دور مؤسسات الضمان الدولية من منازعات عقود الاستثمار الدولية في ظل الجائحة

إن عقود ضمان الاستثمار تمثل تطور حديث يستجيب لمتطلبات الحياة الاقتصادية والتشجيع على تدفق الاستثمارات الأجنبية ، لأن مؤساسات الضمان تلتزم بموجب هذه العقود بدفع التعويض للمستفيد في حالة تحقق السبب الموجب له.[1]

وبالتالي في ظل الجائحة المستجدة فإن المؤمن لهم قد أصابتهم خسائر جد كبيرة نتيجة اتخاذ الدول المستقبلة بعض الإجراءات وعدم التوصل إلى حلول بما يدل على قصور الشروط التعاقدية المقررة في عقود الاستثمار الدولية عن حماية التوازن القائم على تلبية مصالح الطرفين المتعاقدين في ظل الجائحة المستجدة، بهذا لم يكن المفر أمام المستثمرين المؤمن لهم إلا اللجوء إلى مؤسسات والهيئات المتخصصة في مجال الاستثمار كعنصر فاعل لحماية الاستثمارات الأجنبية من خلال تخصصها في تأمين عقود الاستثمار المبرمة بين الأقطار المضيفة والمستثمرين المؤمن لهم في حالة تحقق الخطر المضمون .

وبالتالي فإن تحقق الخطر المؤمن عليه فإنه يقع على عاتق الطرف المتضرر أي المؤمن له التقيد بمجموعة من الأحكام (المطلب الأول) وفي مقابل ذلك فإن المؤسسة تلتزم بتغطية الضرر المترتب عن الخطر المؤمن عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : كفاية الشروط المترتبة عن الخطر للمطالبة بالتعويض

لقد أوردت مؤساسات الضمان شروط عامة لاستحقاق التعويض، في حالة ما إذا تعرض الاستثمار لمخاطر مؤمن عليها، وعليه فإن الأخطار التي سببتها الجائحة وتوفرت فيها الشروط العامة والتي تعد خطوة أولية نحو المطالبة بتغطية الأضرار المترتبة عن ذلك تدفع مؤسسات الضمان بمنح التعويض، وتتمثل هذه الشروط في وقوع الخطر المضمون خلال فترة التأمين (الفرع الأول) وكذلك إثبات انتفاء المسؤولية العقدية عند حدوث الخطر (الفرع الثاني).

الفرع الأول : وقوع الخطر المضمون المترتب عن الجائحة خلال فترة التأمين

نعني بذلك أن لا يكون الخطر قد نشأ بعد نفاذ الفترة المحددة في عقود الضمان والمحددة حسب طبيعة الاستثمار والخطر وآجال التأمين، وبالرغم من أن هذا الشرط لا يثير جدال إذا ما تعلق الأمر بالخطر السياسي والأمني المتخذ من طرف الدولة إلا أنه في حالة الخطر المالي فإنه يمكن أن يتم التعويض خارج فترة الضمان. [2] وفي هذا الصدد اتجهت المؤسسات الناشطة في مجال التأمين منها وكالات ضمان الصادرات الأوروبية بتمديد الآجال من أجل الدعم ومواجهة الأزمة التي سببتها الجائحة.[3]

---

[1] عينوش عائشة ، الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، العدد التاسع، جامعة عباس لغرور ، خنشلة ، جانفي 2018، ص 455

[2] سماعيلي حسام الدين ، النظام القانوني لعقد التأمين على الاستثمارات الدولية ، أطروحة دكتوراه LMD، تخصص قانون الاستثمار ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2020/2019 ، ص 187

[3] مليكة بلفتحي ، عبد الحفيظ مسكين ، مقال بعنوان مدى فعالية تأمين قروض الصادرات في حمأية المصدرين من المخاطر وآفاقه في ظل تفشي جائحة كورونا ، مجلة الريادة لاقتصاديات الأعمال ، جامعة جيجل ، المجلد 07، العدد 02 ، 2020//01/20 ،ص 388 ، بتصرف

كما نلاحظ أن عقود التأمين أجازت استحقاق التعويض خارج الفترة المحددة للعقد الضمان لكن بشروط أولها عدم تأخر المؤمن له في اتخاذ إجراءات تحويل العملة في الآجال المحددة .[1] فمثلا فإنه وفي ظل الجائحة يحق للمستثمر باعتباره مؤمن له مطالبة هيئات الضمان الدولية الضامنة للخطر في حال رفض القطر المضيف تحويل مستحقاته للخارج أو التأخير في ذلك مادام أنه لم يتأخر في اتخاذ إجراءات التحويل وهو ما تم فعله خلال هذه الأزمة وهو ما قدره البنك الدولي من خلال تقرير "موجز الهجرة والتنمية ".[2] كما يشترط أن تكون الأضرار المترتبة عن وقوع الخطر المضمون مباشرة، حيث يتوجب توافر علاقة سببية بين الخسارة المحققة والخطر المتسبب فيها لأن انتفاء هذه العلاقة سيؤدي إلى عدم استحقاق التعويض .[3] فمثلا يمكن حدوث الخطر ونشأته في الجانب المالي والمتعلق بتحويل العملة عند رفض السلطات العامة للقطر المضيف تحويل مستحقات المؤمن له بعد الأزمة التي سببها الوباء العالمي هذا الرفض – رفض السلطات العامة للقطر المضيف – يجسد وقوع الخطر المالي .

وتجدر الإشارة دائما إلى أن وقوع الخطر غير التجاري مهم كان مصدره يترتب عليه استحالة في التنفيذ من جانب المستثمر وتكون الاستحالة قانونية تفيد بأن عدم القدرة على تنفيذ الاستثمار راجع لسبب أجنبي،[4] وهو ما حدث فعلا بسبب الجائحة المستجدة مما يعني وقف تنفيذ الالتزام وتأجيله و إصدار شهادة القوة القاهرة من طرف المستثمر الأجنبي من أجل إعفاء نفسها من التعويض في حالة عدم التنفيذ التزاماتها التعاقدية مع الدول المضيفة، ما يدفع هذه الأخيرة إلى اتخاذ إجراءات قد تحقق الخطر الذي يخشى المستثمر تحققه .

الفرع الثاني : انتفاء المسؤولية العقدية عن حدوث الخطر المترتب عن الجائحة

ونقصد بهذا الشرط أو الضابط هو وجوب حفاظ المؤمن له على التزاماته العقدية المرتبطة بالخطر المضمون والمقرر في عقد الضمان، وتتمثل هذه الالتزامات على وجه الخصوص في عدم مساهمة المستثمر في نشأة الخطر وكذلك التزامه بالحرص على تجنبه في حالة وقوعه وإثبات الوفاء بجميع الالتزامات التعاقدية التي تسبق وقوع الخطر والحفاظ على شرط الجنسية أو ما يسمى يطلق عليه الفقه بشرط الانتماء

1.خروج الخطر المؤمن عليه عن سيطرة وإرادة المؤمن عليه

على المستثمر إثبات أن وقوع الخطر وتحققه لم يكن نتيجة خطأه الشخصي ولم يكن نتيجة عمل عدائي ضد القطر المضيف، لأنه قد تكون الأخطار السياسية المؤمن ضدها خاضعة جزئيا لسيطرة المؤمن عليه وليست مستقلة عن إرادته من خلال تصرفاته التي قد تؤثر في احتمال وقوع هذه الأخطار ويعتبر من قبيل هذه الأخطاء الشخصية للمتضرر المضمون إهماله في اتخاذ

[1] هشام علي صادق ،الحماية الدولية للمال الأجنبي ، د ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، د س ن ، ص 180

[2] جائحة كورونا والبيئة الاقتصادية العالمية ، نشرة فصلية صادرة عن المؤسسة العربية للضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ، آفاق الاقتصادات العربية لعام 2021 في ظل جائحة كوفيد -19 العدد 4 ، ديسمبر 2020 ، ص12

[3] السيد ابراهيم التركي ، دور ضمان ائتمان الصادرات في مواجهة مخاطر الائتمان في عقود التجارة الدولية ، د ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 372

[4] سماعيلي حسام ، المرجع السابق ، ص 188

الاحتياطات والإجراءات المعتادة لتفادي تحقق الخطر، أو إهماله في المحافظة على حقوقه.[1] كما أن هذه المخاطر تبرز خصوصيتها في تأثرها بخصائص البيئة السياسية للدولة المضيفة وطبيعة المجال المستثمر فيه وكذلك علاقة المستثمر بالدولة .[2]

وبالتالي فإن عند قيام السلطات العامة بإصدار إجراءات تهدف إلى تخفيضه العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه السوقية أو تخفيض العملة وسببت ضرر للمستثمر فإنه لا يمكن تعويضه وهذا حسب ما ورد في المادة 06 فقرة 03 من عقد تأمين الاستثمار المباشر ، وعليه لا يمكن أن تقوم مؤسسات الضمان بتعويض المؤمن عليه نتيجة انخفاض قيمة العملة بسبب الجائحة حسب المادة السالفة الذكر وذلك بخصوص عقود التأمين الاستثمار المباشر .

وفي حالة ما إذا فرضنا أن المستثمر المؤمن له عندما قام بإقراض الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها وامتنعت عن السداد هذا القرض فيا لأجل المتفق عليه أو تؤجل ذلك للمستقبل ، وهذا الفرض يمكن أن يكون وارد بسبب الجائحة، فهنا نلاحظ بدأن الامتناع عن السداد أو تأجيله من قبيل الأخطار التجارية التي لا يغطيها ضمان المؤسسة .

و مع ذلك يمكن أن يمتد الضمان على أساس أن امتناع الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها العامة علن الوفاء بالدين المتقدم يعتبر إجراء حكومي من شأنه تقييد حقوق المستثمر على استثماره الأمر الذي يخلع على هذا الخطر صفة غير التجارية وبالتالي من الجدير قيام المؤسسة بضمانه لاسيما أن القروض الخارجية الممنوحة إلى الحكومات تعد من قبيل الاستثمارات الصالحة للضمان لديها.[3]

والدليل على ذلك هو أن من عقود الضمان التي تبرمها المؤسسة العربية هو عقد الضمان القرض بحيث يغطي الاستثمار المتمثل في شكل قرض طويل أو متوسطة الأجل، تزيد مدته عن 3 سنوات ويقدمه المستثمر إلى مشروع قائم في إحدى الدول الأعضاء في المؤسسة ،[4]وتكون مدة هذا العقد متوافقة مع جدول سداد أقساط القروض .[5]

ونشير إلى أنه في حالة قيام المستثمر بطريق غير مباشر في حدوث المخاطر غير التجارية كما في حالة إخلاله بالتزامه في عقد الاستثمار ما يدفع الدولة إلى اتخاذ إجراء ضده بسبب إخلاله بالتزاماته الذي يقيم عليه مسؤولية عقدية، وبالتالي فإن إعفاء المؤسسة من الالتزام بالتعويض في هذه الحالة هو نتيجة منطقية إذا كان نشأة الخطر ناجم عن خطأ المؤمن له ذاته .[6]

وهو ما قضت به محكمة التحكيم في أحد النزعات المعروضة عليها بين وكالة التنمية الدولية الأمريكية للضمان وبين شركة فالنتين البترولية والذي جاء فيه أن ضمان الوكالة يمتد نطاقه إلى واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية أو إلى جميع المخاطر عدا ما ينجم من غش المستثمر أو خطأه الجسيم [7] .

---

[1] أيتشعلال وردية ، ضمن الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية و الإسلامية، رسالة ماجستير ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة محمد بوقرة بومرداس ، 2006/2005 ، ص 119

[2] KHARTHRYN Gordon . Investment Guarantees and political risk insurance Institutions Incentives and development investment policy perspectives . OECD 2008 . p 93

[3] هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 191

[4] هشام خالد ،المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، دراسة قانونية ، د ط ، مؤسسة شباب الحامة للطباعة والنشر والتوزيع ،الإسكندرية ، 1988 ، ص ص 163-164

[5] عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية ، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 ، ص 146

[6] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 189

[7] أيتشعلال وردية ، المرجع السابق ، ص 118

2. حرص المستثمر المؤمن له على تجنب الخطر

على المؤمن له اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير المعقولة لتلافي الخطر الذي سببته الجائحة وكذلك الضرر المطلوب التعويض عنه، كما يجب عليه المحافظة على حقوقه اتجاه القطر المضيف أو الغير، فإذا ظهر أو تبين تقصير من جانبه من خلال عدم اتخاذ الإجراءات والتدابير المعقولة أو إهماله في المحافظة على حقوقه فإنه سيفقد حقه في التعويض[1].

كما يلتزم بإخطار المؤسسة المؤمنة بنشأة الخطر كما سنبينه لاحقا وإلا في حالة إخلاله سيترتب عنه سقوط حقه في التعويض، ونشير إلى أن تكون البيانات المطلوب إخطارها ليست بالضرورة معلومة علما فعليا للمستثمر بل يكفي إمكانية علم الأخير بها وفق للمجرى العادي للأمور، فكل معلومة يعلم بها أو كان بوسعه العلم بها ويكون من شأنها أن تمكن المؤسسة من تقدير الخطر يجب إخطارها عنه، [2] بهذا يمكن القول في هذه الحالة أن المستثمر ملتزم ببذل قدر معقول من العناية في العلم بالخطر نتيجة الظروف التي سببتها الجائحة .

كما أن القانون تدخل لحماية المؤمن له عند تأخره عن إعلانه عن الخطر على اعتبار ذلك إخلال بالالتزام، ونعتبر ذلك حسب القانون أنها شروط مجحفة ، لذلك حسب المادة 622 ق م ج يمكن بطلان هذه الشروط التي لم يكن لمخالفتها أثر على وقوع الحادث المؤمن منه خاصة إذا اقترن تأخر المؤمن له بالإخطار بعذر مقبول .[3] وفي ذات المقام نشير إلى الخطر المعنوي الذي يعبر عن التغيرات في سلوك المؤمن له بسبب إبرامه لعقد الضمان، حيث يعرف الخطر على أنه : " الحافز على المخاطرة الإضافية اللاحقة على إبرام عقود التأمين " وينشأ من حقيقة أن المؤمن محمي من الخسارة ، [4] كالشخص الذي قام بتأمين الممتلكات القيمة ضد السرقة بيد أن التأمين السابق يجعله يتخذ خطوات أقل لمنع السرقة، وتحاول بعض مؤسسات ضمان الاستثمار مثل COFACE في فرنسا و ECGD في المملكة المتحدة التعامل من المخاطر الأخلاقية من خلال بنود تستبعد تغطية الإجراءات لتي كان من المتوقع أن يتجنبها المؤمن له بشكل معقول. [5] وتأكيدا على ما تقدم فقد نادى القضاء المقارن بوجوب حماية المؤمن له بإسقاط الشرط الذي يقضي بسقوط حق هذا الأخير في حال ثبت تأخره في إعلان الخطر أو تقديمه للمستندات المفروضة عليه إذا ارتبط ذلك بعذر مقبول قانونا وذلك بغية إزاحة الشروط التعسفية المجافية للعدالة وتجسيدها في مجال الإبرام.[6]

3. الوفاء بجميع الالتزامات التعاقدية المترتبة عن عقد التأمين

مفاد هذا الشرط هو قيام المؤمن بتنفيذ التزاماته المترتبة عن عقد التأمين خاصة التزامه بدفع أقساط التأمين على اعتبار أنه التزام أساسي لا يقوم بدونه التزام المؤسسة الضامنة بالتعويض،[7] وكذلك أقساط الارتباط السنوية إضافة إلى ذلك التزامه بأن يحول للمؤسسة حقوقه المتعلقة بالاستثمار وعوائده وتوابع هذه الحقوق وما يكفلها من ضمانات اتجاه المشروع المستفيد أو الغير أو

---

[1] هشام علي صادق ، المرجع السابق ، 171

[2] هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، المرجع السابق ، ص 243

[3] الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في 26 سبتمبر 1975

[4] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 190

[5] KARTYN Gordon . OP. Cit . p 94

[6] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 190

[7] هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، المرجع السابق ، ص 249

القطر المضيف . ويتعين على المؤمن له تسليم المؤسسة كافة المستندات والإجراءات التي تتطلبها هذه الأخيرة لتيقن من سلامة التنازل أو الحوالة الواردة على الحقوق المقررة بمقتضى عقد الضمان .[1]

4. المحافظة على شرط الجنسية

يكون الحفاظ على شرط الجنسية أو الانتماء بأن يكون المؤمن له محتفظ بجنسيته المقررة في شروط التأمين بحيث يتوجب على المؤسسة المؤمنة أداء التعويض المستحق ما لم يثبت لديها فقدانه للجنسية طوال فترة التعاقد، ولا شك أن هذا الحل أولى بالإتباع نظرا لاتفاقه مع القاعدة المستقرة في الإثبات والتي تقرر افتراض بقاء الحال على ما هو عليه حتى يثبت العكس . [2] وفي هذا المقام لا بد من توافر شرطين أولهما هو الشرط الإيجابي حيث يجب توفره في الشخص الطبيعي ، فالأصل أن يكون أحد مواطني إحدى الدول الأعضاء . ونضيف إلى ذلك أن هناك شرط ثاني سلبي مفاده أن لا يحمل المستثمر جنسية الدولة المضيفة للاستثمار وقد أقرته المادة 13 (أ) من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار بشرط تمتع المستثمر بجنسية إحدى الدول الأعضاء كأصل عام ،[3] كما أن الاتفاقية لم تغفل عن حالة تعدد الجنسيات بالنسبة للمستثمر فالعبرة بجنسية الدول المضيف وهو ما أقرته في المادة 13 (ب) تحت عنوان صلاحية المستثمرين والمادة 17 (3) .[4] ونشير إلى أن الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وضعت ضابط موحدا يتحدد بموجبه انتماء الأشخاص الاعتبارية للدول المتعاقدة، فلم تربط الشخص الاعتباري بدولة عربية بل ربطته بالمنطقة العربية واستعانت بمعيارين وهما معيار مركز الإدارة الرئيسي بمعنى تمتع الشخص بجنسية الدولة التي يتواجد فيها مقره الرئيسي الفعلي، ومعيار الرقابة بمعنى تكون حصص هذا الشخص مملوكة بصفة جوهرية لدولة متعاقدة أو لمواطنيها .[5]

المطلب الثاني : المطالبة بالتعويض نتيجة تحقق الخطر المؤمن عليه

نتيجة لتحقق الأخطار التي سببت الجائحة في حدوثها فإن يستوجب على الطرف المؤمن له إخطار مؤسسة الضمان الدولية –المؤمن – بوقوع الخطر المضمون وإعلامها بجميع المعلومات الضرورية والواجب التصريح بها وإلا سيترتب هن ذلك جزاءات قد لا تكون في صالح المستثمر المؤمن له (الفرع الأول) ومن ثم تقدمه بطلب أداء التعويض نتيجة تحقق هذه الأخطار لتقوم المؤسسة المؤمنة بالنظر فيه وإصدار قرار بتغطية هذه الأضرار (الفرع الثاني) .

---

[1] هشام خالد ، نفس المرجع ، ص ص 258-259

[2] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 191

[3] فارس بوكروح ، مقال بعنوان دور مؤسسات ضمان الاستثمار في توجيه الاستثمار الأجنبي ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، المجلد 09 ، العدد 03 ، ديسمبر 2018، ص 844

–تنص المادة 13 (أ) على أنه :" يتمتع بالصلاحية لضمان الوكالة أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط : (2) أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة "

[4] تنص المادة 13 (ب) :" في حال تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة فإن جنسية العضو تجب جنسية الدولة غير العضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة جنسية غيرها ، وذلك لأغراض الفقرة (أ) أعلاه ".

كما تنص المادة 17 (3) :" غذا تعددت جنسيات المؤمن له يكفي أن تكون إحداها جنسية أحد الأقطار المتعاقدة ، فإذا كان التعدد ما بين جنسية أحد هذه الأقطار وجنسية القطر المضيف يعتد بهذهالأخيرة " .

[5] مسعودي يوسف ، عقد ضمان الاستثمار كآلية لحمأية الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة أحمد دارية ، أدرار ، المجلد 02 ، العدد 09 ، مارس 2018 ، ص ص 693-694

الفرع الأول : إخطار مؤسسات الضمان بوقوع الخطر المترتب عن الجائحة

يعتبر الإخطار كالتزام من أهم الالتزامات في العقود الدولية عموما كما أن إعماله يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية والأمانة العقدية ونظرا لما له من أهمية في العقود الدولية فإنه من أهم القواعد التي تحكم قواعد التأمين والضمان التي تعتبر وسيلة قانونية هامة لمواجهة المخاطر التي تواجه المشاريع الاستثمارية بما يمنح الثقة والاطمئنان اللازمين لتنفيذ هذه المشاريع، وبناء على ذلك فإن الطرف المستثمر –المؤمن له – لابد أن يقوم بإخطار المؤسسة المؤمنة بوقوع الخطر المضمون وإعلامها بكافة البيانات الضرورية بخصوصه (أولا) وإن تخلف عن إخطارها فهذا يعد إخلالا بالالتزام وهو ما سيرتب عنه جزاءات قد لا تكن في صالحه (ثانيا).

أولا: المعلومات المتعلقة بالخطر المضمون المترتب عن آثار الجائحة

لقد ألزمت مؤسسات الضمان الدولية ومنها مؤسسة العربية للضمان على ضرورة إخطارها وإعلامها بأي ظرف يؤدي إلى إقامة مسؤوليتها خلال شهر من تاريخ علم المؤمن له – المستثمر – بهذه الظروف أو الإجراءات، على أن تتضمن الطريقة المتبعة في الإخطار تاريخ وقوع الخطر وطبيعته ونوعه والقيمة المبدئية للخسائر والإجراءات المتخذة للحفاظ على حقوقه. [1]فمثلا من بين أنواع الأخطار التي تسببت فيها الجائحة هي الأخطار التجارية والأخطار غير التجارية وما يهمنا هو هذه الأخيرة لأنها معنية بموضوع الدراسة، حيث تتمثل في عدم قدرة الطرف المتضرر على التنفيذ الكلي أو للجزئي للعقد المتفق عليه نتيجة القرارات والإجراءات الصادرة عن الدول المستقبلة لمجابهة هذا الوباء أو خطر عدم التحويل والمتمثل في عدم قدرة المستثمر على تحصيل قيمة الصادرات لقاء الأموال المدفوعة بالعملة المحلية بسبب دفع الطرف المقابل بالعملة المحلية وليس الصعبة، والسبب في ذلك وقف كافة أنواع الدفع للخارج. [2] ومنه على المؤمن له إخطار المؤسسة المؤمنة بتفاقم الخطر بتقديم البيانات المتعلقة به .

وفي ذات الصدد فإن المؤسسة العربية لضمان أشارت إلى أنها لا تلتزم بدفع أي تعويض بعد مرور سنة كاملة من تاريخ نشأة الخطر المضمون، ما لم تكن المطالبة موضوع دعوى تحكيم بين المؤسسة المؤمن له وهذا حسب ما تم ذكره في المادة 23 فقرة 5 من عقد تأمين الاستثمار المباشر [3].

ونشير إلى أنه لا يوجد معيار ثابت للتمييز بين ما يمكن اعتباره معلومات جوهرية وأساسية متعلقة بالخطر وبين ما لا يعتبر كذلك، إلا أن تحديدها بشكل عام يكون بإبراز الحقائق التي تدل على أن الخطر وشيك ويتصف بحدة عالية بشكل غير اعتيادي. وفي ظل فترة الجائحة فإن الأخطار المترتبة عنها يمكن لمؤسسات الضمان توقعها وأن تكون جاهزة مسبقا قبل أي إخطار من طرف المؤمن لهم خاصة وأنها كانت تعلم بأن الاقتصاد العالمي أدى إلى تعطيل أسواق العمل لفترة طويلة وتقييد حركات تدفق السلع والخدمات كما نشير أن الصندوق النقد الدولي منح قروض بنحو 90 دولار إلى 81 دولة منذ مارس 2020 .[4] كل ذلك من أجل مساعدة الدول لمواجهة تفشي جائحة كورونا.

[1] أنظر للمادة 27 من الشروط العامة لعقد ضمان معدات المقاولات وكذلك المادة 12 ما الشروط العامة لعقد الاستثمار المباشر

[2] مليكة بلفتحي ، عبد الحفيظ مسكين ، المرجع السابق ، ص 375

[3] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 182

[4] جائحة كورونا والبيئة الاقتصادية العالمية ، نشرة فصلية صادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ، المرجع السابق ، ص 09

ونشير إلى أنه فيما يتعلق بشكل الإخطار فلا يوجد شكل خاص يمكن اتخاذه ، فقد يتخذ شكل خطاب موصى عليه أو بالفاكس ، وهذا سيثير فيما بعد على عاتق المؤمن له عبء الإثبات، وعليه لابد من المؤسسة المؤمنة اشتراط طريقة للإخطار حفاظا على العلاقة بينها وبين الطرف المقابل .

ثانيا : الأثر المترتب عن إخلال المؤمن له بالالتزام بالإخطار

إن العبرة في أي تقنية قانونية أو حكم قانوني هو الطابع الجزائي الذي يؤطرها، وبالتالي فإن عدم إخطار المؤمن له المؤسسة المؤمنة بوقوع الخطر بطريق أو آخر خصوصا عند سوء نيته سيؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية بين طرفي العقد – عقد ضمان الاستثمارات الأجنبية –.

وفي هذا المقام فإنه حسب ما جرى العمل به ووفقا للأعراف يترتب على عدم قيام المؤمن له بواجب الإخطار سقوط حقه في استيفاء مبلغ التعويض، ويؤسس الفقه مشروعية الجزاء من منطلق أن القواعد العامة لا تمنع الاتفاق على ذلك، ولقد كانت المؤسسة العربية للضمان فيما سبق معفاة من تقديم التعويض حتى لو كان تحقق الخطر لا يد للمستثمر فيه، وإنما لخطأ مشروع المستفيد حيث أرادت بذلك التقليص من مسؤوليتها مع بداية نشاطها خاصة إذا كان الخطر يخرج عن نطاق الطابع السياسي البحت.[1] إلا أن وكالات تأمين الصادرات قد قامت بدعم حاملي وثائق التأمين وذلك من خلال تمديد فترة صلاحية الإخطارات وتقديم الطلبات من أجل تخفيف الضغط الذي رتبته الجائحة .[2]

ومن زاوية أخرى فإذا ثبت غش من طرف المؤمن له من خلال قيامه بأفعال أو تصرفات لزيادة مقدار الخطر المتحقق للحصول على تعويض يتجاوز القيمة الحقيقية كتزوير بعض الوثائق التي تثبت مقدار ونوع الأموال التي كانت موجودة وقت وقوع الخطر بهدف تضليل المؤسسة المؤمنة للحصول على تعويض يتجاوز قيمة الضرر الفعلي، فهذا يسقط حقه في التعويض لثبوت سوء نيته.[3]

وفي ذات الصدد نشير إلى أن القوانين الوطنية منها قانون **التأمين** الجزائري على الجزاء المترتب عن سوء نية المؤمن له ويتبين ذلك من خلال نص المادة 31 من هذا القانون والتي تنص على أنه : عندما يبالغ المؤمن عن سوء نية في تقدير قيمة المال المؤمن عليه يجوز للمؤمن المطالبة بإلغاء العقد والاحتفاظ بالقسط المدفوع . وإذا كانت المبالغة صادرة عن حسن نية يحتفظ المؤمن بالأقساط المستحقة ويعدل الأقساط المنتظرة ... " ،[4] وذات السياق فإن الفقه لم يثبت على موقف واحد حول قرار الاحتفاظ بالأقساط المدفوعة، فهناك من يؤسس ذلك عل اعتبار أنه جزاء يسلط على المؤمن له سيء النية ،[5] وهناك من يرى أن الاحتفاظ بالأقساط يعد من قبيل الشروط التعسفية غير العادلة.

---

[1] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 184

[2] مليكة بلفتحي ، عبد الحفيظ مسكين ، المرجع السابق ، ص 388

[3] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 183

[4] المادة 31 من الأمر رقم07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات ، ج ر عدد 13 المعدل بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006

[5] HELMUT Heiss .Insurance premium .ERA Forum of the academy of European Law. Volume 9 .supplement .2008.p149

وعليه في حالة ما إذا قام المستثمر المؤمن له بإخفاء المعلومات التي كان المفروض التصريح بها للمؤمن، أو عدم قيامه باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الخطر أو منع تفاقمه بعد وقوعه ، يمكن للمؤسسة المؤمنة إسقاط حق المؤمن له في التعويض [1].

الفرع الثاني : تقدم المؤمن له بطلب أداء التعويض

إن مرحلة المطالبة بالتعويض ومراجعة الطلبات المقدمة من طرف المستثمرين المؤمن لهم في ظل الجائحة أمر مهم بالنسبة للمؤسسات المؤمنة، وهذا من أجل التحقق من مدى قانونيتها واستيفاءها للإجراءات والشكليات المطلوبة، حيث لابد من المؤمن لهم المتضررين من رفع طلب أداء التعويض إلى المؤمن — مؤسسات الضمان — بعد تحقق الخطر المؤمن عليه أو المضمون والذي تسببت الجائحة في حدوثه (أولا) ثم تقوم المؤسسة بعد ذلك بتقييم الطلبات المقدمة بخصوص طلب الاستحقاق وبعدها تقوم بإصدار قرارها بتغطية الضرر الناجم عن الخطر على اعتبار أن مبلغ التعويض أهم ضمان مالي مقرر للمؤمن لهم في عقود التأمين (ثانيا).

أولا : تقدم المستثمر بطلب أداء التعويض

طبقا للمادة 17 من الأمر 345/95 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فإن رئيس الوكالة يتولى مهمة إصدار القرارات المتعلقة بدفع مبلغ التعويض تحت إشراف مجلس الإدارة وذلك طبقا لأحكام عقد التأمين ووفقا لسياسات مجلس الإدارة ،[2] لهذا وقبل إصدار قرار دفع التعويض من هذه المؤسسات لابد من تقديم طلب أداء التعويض من طرف المؤمن له للإدارة مرفق بالمعلومات والبيانات الضرورية لتحديد ما له من حقوق في مواجهة هذه المؤسسة داعما ذلك بكافة أدلة الإثبات التي تؤكد بما هو وارد في هذه البيانات والمعلومات، وللمؤسسة في أي حال أن تطلب من المستثمر المؤمن له تقديم أي معلومات إضافية معقولة استيفاء للطلب المقدم[3].

ونشير إلى أن هناك اختلاف في نوع المعلومات المرفق مع طلب التعويض حسب نوع الاستثمار المضمون، فمثلا طلب التعويض المتعلق بتأمين معدات المقاولات نجد نص المادة 44 نصت على أنه :" يجب أن يرفق الطرف المضمون بطلب التعويض بيانا مفصلا عن المعدات التي أصابها الضرر وطبيعة ومدى الضرر والقيمة الفعلية للضرر، على أن يدعم ذلك كله بالأدلة الكافية كما يلتزم أن يقدم كافة المعلومات المتعلق بالأمور الآتية:

—أ وقت ومصدر الضرر

-ب عقود الأمين المبرمة مع أي جهة أخرى في شأن المعدات المشمولة بالضمان

- ج أي تعويض سبق للطرف المضمون استلامه مقابل نفس الأضرار ".

[1] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 184

[2] المادة 17 من الأمر 345/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، ج ر عدد 66

[3] هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، ص ص 275-276

كما قضت المادة 42من عقد تأمين الاستثمار المباشر على أن يكون طلب التعويض المتعلق بهذا العقد المقدم من طرف المستثمر مرفق بكشف يبين فيه الأصول المادية المتضررة للمشروع، طبيعة الأضرار وقيمتها التقديرية ونصيب المستثمر منها. [1] إضافة إلى ما سبق لا يوجد في الاتفاقات المقارنة نص يلزم المؤمن له بالمطالبة القطر المضيف بالتعويض قبل الرجوع على المؤسسات الضمان، وهذا لا يعني إعفاء الدولة المستقبلة من هذا الالتزام ، غير أنه قد تفرض الوكالة المؤمنة على المؤمن أسبقية اللجوء إلى الطرق المتوفرة في ظل القوانين الداخلية للقطر المضيف لمطالبة هذه الأخيرة بالتعويض قبل قيام الوكالة بدفع التعويض [2]. ولكن يمكن في ظل الجائحة وعلم المؤسسات الضمان بالخطر من خلال إخطار المؤمن لها وإمكانية توقع آثارها القانونية والاقتصادية إلى التشاور مع الدولة المضيفة والمستثمر المؤمن له لإيجاد الوسائل المتاحة لتقليل من مقدار التعويض بغية تحقيق السرعة في مراجعة طلب استحقاق التعويض وكذلك القرار الصادر بشأنه .

كما لا بد من الإشارة إلى أن تقديم الطلب التعويض من طرف المؤمن له إلى مؤسسات الضمان لا يكون عند نشأته وإنما بعدد تحقق الخطر الذي سببته آثار الجائحة، فقد حددت المؤسسة العربية للضمان مثلا ميعاد للتقدم بطلب التعويض وذلك من خلال فترة أقصاها 3 أشهر من تاريخ تحقق إحدى المخاطر التي يتم إيرادها في عقد ضمان الاستثمار المباشر وهذا حسب المادة 17 من الشروط العامة لعقد تأمين الاستثمار المباشر .[3]

حيث نلاحظ أن هذه العقود تخالف مبدأ مستقر في القوانين الداخلية حينما أقرت مدة سقوط حق المؤمن له في التعويض عند عدم تقديم طلب للمؤسسة خلال المدة المذكورة من تحقق الخطر، حيث نجد في المادة 27 من قانون التأمينات الجزائري أنها قررت سقوط التزام المؤمن بتعويض المؤمن له بمرور 3 سنوات. [4] ما يعني أن تخلف المؤمن له عن المواعيد المحددة في عقود التأمين المبرمة مع مؤسسات الضمان سيؤدي إلى سقوط حقه في التعويض، والحكمة من تحديد ميعاد تقديم طلب التعويض في منع المؤمن من التأخر في تقديمه لهذه المستندات لفترة طويلة لأنه قد يصعب بعدها التيقن من صحة المستندات المقدمة من جانبه لأن اختيار فترة مناسبة للمطالبة بالتعويض يجنب مؤسسات الضمان النظر في الطلبات المستثمر السابقة لأوانها والتي لم يتخذ فيها هذا الأخير أي إجراء لاقتضاء حقه مباشرة من القطر المضيف كما يجنبها النظر في الطلبات المتأخرة .[5]

ومن زاوية أخرى فإنه بمجرد تقديم المؤمن له – المستثمر – طلب التعويض لدى مؤسسة الضمان فإنه يمنع عليه سحب الطلب المقدم إلا بموافقة منها والعلة من ذلك هو أن طلب السحب يأتي بعد أن تكون المؤسسة اتخذت خطوات متقدمة للحصول على حقوق المؤمن له من القطر المضيف وتكبده للمصاريف، ولكن نلاحظ أن المؤسسة وفق تعديها الأخير أجازت سحب الطلب لكن ذلك يفقده التعويض بشكل كامل وتعويض المؤسسة عما لحقها من خسارة ونفقات نتيجة النظر في طلباته[6] .

ثانيا : مدى كفاية التغطية التأمينية من طرف مؤسسات الضمان

[1] المادة 44 من الشروط العامة لعقد تأمين معدات المقاولات والمادة 42 من عقد تأمين الاستثمار المباشر

[2] سماعيلي حسام الدين .، المرجع السابق ، ص 204

[3] انظر للمادة 17 من الشروط العامة لعقد تأمين الاستثمار المباشر

[4] حيث تنص المادة 27 أعلاه على انه :" يحدد أجل تقادم جميع دعاوى المؤمن له أو المؤمن الناشئة عن عقد التأمينات ب 3سنوات ابتداءا من تاريخ الحادث الذي نشأت عنه " .

[5] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 205

[6] سماعيلي حسام الدين ، نفس المرجع ، ص ص 206-207

بدئ ذي بدء وقبل التطرق إلى تقدير المؤسسة المؤمنة كفاية الضمان أو التأمين من عدمه فإن هذه الأخيرة بحكم خبرتها والمعلومات التي تحوزها فإنها تقوم بتقييم الطلب المقدم من طرف المؤمن له على أن لا تتعدى مؤسسة الضمان مدة أقصاها 6 أشهر، ويستشف ذلك من خلال مدة إخطار المستثمر بقرارها في شأن طلب التعويض المقدم وهذا حسب ما قضت بت المادة 43 عقد تأمين الاستثمار المباشر، حيث قضت على أن إخطار المؤمن له كتابة بشأن الطلب المقدم من طرفه خلال المدة أقصاها 6 أشهر على الأكثر أما المادة 32 من عقد تأمين القرض فإن المؤسسة تقوم بإصدار قرار التعويض خلال شهرين فقط من تاريخ تسلم الطلب وذلك في تأمين القرض الخاص ضد الخطر المالي .[1]

ونشير إلى أن التعديلات التي طرأت على عقود تأمين الاستثمار فقد حددت مؤسسة الضمان العربية مواعيد لإصدار قرار التعويض بتقليص المدة إلى شهرين فقط من تاريخ تسلم المؤسسة للطلب، وذلك بدلا من 6 أشهر[2] ويصبح القرار نهائيا بعد إخطار المؤمن له بهذا القرار ولم يتخذ هذا الأخير إجراءات التفاوض والتحكيم خلال 180 يوما من تاريخ إخطاره كتابيا ، [3] ومن جانب آخر فقد أشارت المؤسسة العربية للضمان إلى إمكانية سقوط حق المؤمن له في التعويض إذا لم يقم بتحديد الوسيلة أو الطريقة التي تقدم المؤسسة من خلالها تنفيذ التزاماتها أي مبلغ التعويض من تاريخ استحقاقه .[4]

ونؤكد أن أساس قيام عقد تأمين أو ضمان الاستثمار هو تحقق الضرر المترتب عن الخطر الذي أصاب المستثمر المضمون نتيجة خطر مؤمن ضده، كما أن مقدار التعويض يتوقف على نطاق الضرر ومداه ولا يجب أن يزيد عنه بأي حال وهو ما تقتضيه الصفة التعويضية لهذا العقد. [5]وتختلف طريقة تحديد مبلغ التعويض من طرف المؤسسة المؤمنة بحسب ما إذا كان الاستثمار يتخذ شكل قرض أم شكل استثمار مباشر . [6] ففي حالة عقد ضمان القرض فإن مبلغ التعويض يتوقف على طبيعة الخطر المضمون من قبيل المخاطر السياسية فإن تحديد الحد الأقصى لمبلغ التعويض المستحق للمؤمن له هو 85% من المبلغ المستحق بجدول السداد المبين بعقد القرض، غير أنه يجوز للمؤسسة حسب سلطتها التقديرية أن تؤدي للمؤمن له مبلغ القرض غير المسدد سواء ما تم استحقاقه أو لا وذلك بحد أقصى لا يتعدى 85% من إجمالي القرض، هذا ولا تلزم المؤسسة بالتعويض إلا إذا تجاوزت نسبة 15 % من المبلغ المستحق بجدول سداد الديون، [7] أما إذا كان الخطر المضمون يتعلق بتحويل العملة فإن الحد الأقصى للتعويض هو 90% من المبلغ المستحق في جدول السداد والذي أُدي للمستثمر بالعملة المحلية منقوصا منه مصاريف التحويل على أن لا تتجاوز 1% ولا تلتزم المؤسسة بالتعويض عن الخسارة المتعلقة بالعجز عن التحويل إلا إذا تجاوزت نسبتها 10% من المبلغ المستحق بدول السداد .[8] وفي حال عق ضمان الاستثمار لمباشر فإن قيمة التعويض المستحق للمستثمر المضمون تقدر على أساس القيمة الأقل من بين قيمة صافي الاستثمار وقيمة المبلغ الجاري للضمان خلال السنة العقدية التي تحقق فيها الخطر وذلك

[1] انظر للمادة 43 من للشروط العامة من عقد تأمين الاستثمار المباشر وكذلك المادة 32 من الشروط العامة لعقد تأمين القرض

[2] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 208

[3] هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، المرجع السابق ، ص 278

[4] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص 209

[5] هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، المرجع السابق ، ص ص 95-96

[6] نفس المرجع ، ص 279

[7] فارس بوكروح ، ضوابط التوازن الاقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية ، أطروحة دكتوراه LMD، تخصص قانون الاستثمار ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2019/2018 ، ص 191

[8] فارس بوكروح ، دور مؤسسات ضمان الاستثمار في توجيه لاستثمار الأجنبي ، المرجع السابق ، ص 852

بعد ضرب هذه القيمة في نسبة 85% في حالة تحقق أحد المخاطر السياسية أو 90% في حال تحقق أحد المخاطر المترتبة عن العجز في التحويل .[1]

وننوه أنه لا بد من البحث عن مدى كفاية التعويض الذي تدفعه المؤسسة المؤمنة للمستثمر المضمون حيث يشترط أن يكون المبلغ الذي يأخذه المؤمن له عادل ، بمعنى آخر التعويض الذي يحصل عليه المستثمر يضعه في نفس المركز الاقتصادي الذي كان يتمتع به . فمثلا تؤخذ القيمة السوقية كطريقة لتقدير التعويض خاصة وأن هذه الطريقة تمسكت بها الدول المصدر لرأس المال حيث تأخذ قيمة التعويض عندما تحدد نسبة قيمة المشروع في السوق بعين الاعتبار الفوائد المحتملة استنادا إلى معطيات السوق [2]، في حين تسعى الدول المصدرة إلى رفع قيمة التعويض لتغطية كل الأضرار اللاحقة بها ، فأن الدول المستقبلة لرأس المال الأجنبي التخفيض من مقدار التعويض لتفادي الآثار السلبية على اقتصادها، [3] وبين هذين التوجهين فإن عقد الاستثمار الدولي يحتل موقف وسط باعتباره من قبيل التأمين عن الأضرار والذي يهدف إلى تعويض المستثمر عما لحقه من ضرر في ذمته المالية وفيه لا يغطي التأمين إلا مقدار الضرر الحاصل فعلا . [4] ونعتبر إقرار التعويض بأوصافه التقليدية في الاتفاقيات الثنائية التي تهدف إلى تشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الدول المتعاقدة هو خير دليل على غياب قواعد عرفية تؤكد هذه الأوصاف [5]. وفيما يخص أوصاف التعويض الذي تلتزم المؤسسة العربية للضمان بدفعه للمستثمر في حالة تعرضه لخسارة نتيجة تحقق الخطر غير التجاري المضمون، هو التعويض الجزئي وهذا ما يمكن أن يستشف من نص المادة 20 فقرة 4 من الاتفاقية المنشئة لهذه المؤسسة، حيث نصت على أنه لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع من المؤسسة للمستثمر عن قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة تحقق الخطر المضمون وذلك حتى لا يكون الضمان وسيلة إثراء غير مشروعة للمستثمر مما يعني في النهاية أن هذا الأخير قد يتحمل بعض الخسائر التي قد تلحق به .[6] والغاية من عدم السماح للمؤمن له في قبض تعويض يزيد عن قيمة الضرر هو الخشية من تعمد هذا الأخير في تحقيق الخطر المؤمن عليه ، كما أن الحصول على مبلغ تأمين يزيد عن القيمة الشيء الذي سيدفعه سيؤدي إلى تعمد المؤمن له إلى تعمد إتلافه حتى يحصل على تعويض أكبر من الضرر .[7]

وفي واقع الأمر نشير غلى أن تداعيات كورونا على التجارة العالمية لاقت استجابة قوية من صناع التأمين حيث كشف تقرير صادر في 200/04/21 عن اتحاد بيرن الذي يضم 83 جهة دولية ووطنية عاملة في مجال صناعة الضمان أن جميع أطراف السوق تصرفت بسرعة استجابة للأزمة وأدخلت تدابير لمكافحة التأثير الاقتصادي السلبي للوباء من خلال تسهيل الحصول على التمويل.[8]

[1] هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، المرجع السابق و ص 280

[2] قرفي محمد رؤوف ، ضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماستر ، تخصص قانون الأعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016 ، ص 89 بتصرف

[3] عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، ط 1 ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2014 ، ص 329

[4] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق ، ص200

[5] أيتشعلال وردية ، المرجع السابق ، ص 112 ولمزيد من التفصيل انظر إلى تهميش نفس الصفحة

[6] عبد الله عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 145

[7] سماعيلي حسام الدين ، المرجع السابق و ص 202

[8] نشرة فصلية صادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ، التجارة العربية السمات والاتجاهات 2020 ، العدد 1 ، 2020 ، ص 09

وفي ذات الصدد نلاحظ أن المؤسسة العربية للضمان قامت بدفع 3 تعويضات بقيمة 250,096 دولارا أمريكيا نتيجة تحقق الأخطار المؤمن عليها كما بلغت القيمة الإجمالية للالتزامات القائمة على عاتقها في مواجهة الأطراف المضمونة كما في 2019/2/311 مبلغ قدره 467.80 مليون دولار أمريكي تمثل نسبة 33,11 من قيمة العقود السارية .[1]

[1] تقرير سنوي صادر عن مؤسسة الضمان العربية لسنة 2019.

خلاصة الفصل الثاني :

نتيجة للتغير الظروف التي سببتها الجائحة المستجدة وسعي أطراف عقود الاستثمار الدولية إلى البحث عن ضمانات أخرى تضمن استمرارية تنفيذ العقد والمحافظة عليه خاصة في حال فشل المفاوضات بين المستثمرين والدول المضيفة وعدم التوصل إلى حلول في الشروط التعاقدية المتبناة في العقود، فنجد من هذه الضمانات آلية قضائية تضمن مصير العقد المتنازع حوله وذلك من خلال الهيئة التحكيمية حيث يتم توسيع سلطة المحكم في تعديل الالتزامات مع تقييده بضوابط مهمة لكي يتمكن العقد من استعادة توازنه وتحقيق الغاية التي يسعى إليها المتعاقدين وهي ضمان استمرارية عقود الاستثمار وحمايتها من الزوال .

كما أنه للمستثمرين المؤمن لهم كخطوة ثانية النظر في مدى توافر شروط الخطر المشمول بالتأمين من أجل المطالبة بالتعويض وكذلك النظر في مدى حفاظه على التزاماته التعاقدية اتجاه المؤسسات المؤمنة لهذه الأخطار وحرصه على تجنب هذه الأخيرة – الأخطار– قد المستطاع وإثباته أنه خارج عن سيطرته وبتحقق وقوع الأخطار المؤمن عليها نتيجة آثار الجائحة فإن المؤمن له يلتزم بإخطار الطرف المقابل – مؤسسات الضمان – والإدلاء بكافة المعلومات من تاريخ علمه بهذه الظروف –تحقق الخطر– وإلا ترتب نتيجة إخلال بهذا الالتزام سقوط حقه في التعويض ثم تقديم طلب التعويض لهذه المؤسسات ،وفي المقابل تنظر هذه الأخيرة في مدى استيفاء الإجراءات المطلوبة وتقييم الطلبات المقدمة من طرف المؤمن لهم من أجل صدور قرار بالتعويض وتغطية الضرر من عدمه ، وذلك بالنظر إلى قدرتها على التعويض أو عجزها خاصة إذا توالت كثرة الطلبات في هذه الفترة .

خاتمة

تعتبر مسألة تنفيذ عقود الاستثمار الدولية من أدق المسائل التي أثارتها الجائحة نتيجة اختلال التوازن العقدي مما أدى إلى عدم قدرة الأطراف في الاستمرار في التنفيذ وحماية العقد، وهو الأمر الذي تطلب من الدول المستقبلة والمستثمرين البحث عن وسائل ودعائم تضمن استمرارية تنفيذ هذه العقود والمحافظة عليها إضافة إلى إعادة التوازن الاقتصادي في هذه العقود، ومنه إعادة العدالة التعاقدية واستقرارها من جديد بما يدل على حسن نية الطرفين في تنفيذ التزاماتهم ورغبتهم في مواجهة التغيرات التي أثارتها الجائحة .

وكانت من بين آليات التي لجأ إليها أطراف عقود الاستثمار بغية الاستمرار في تنفيذ العقد والمحافظة عليه وكذلك إعادة التوازن العقدي والاقتصادي المفقود، هي الشروط التعاقدية المتضمنة في عقودهم وتفعيلها والتي تعتبر أثار إيجابية لاستمرارية تنفيذ العقد وحمايته من الزوال، ومن أبرز هذه الشروط شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض، فأثر الشرط الأول هو وقف تنفيذ العقد قبل الجلوس على طاولة المفاوضات أما أثر الشرط الثاني فهو إعادة التفاوض من أجل تخفيف الضرر قدر المستطاع وتعديل الالتزامات، كما أن أثر هذا الشرط يأخذ فرضين إما نجاح المفاوضات وبالتالي قدرة الأطراف على المحافظة على استمرارية تنفيذ العقد ومنه يكون الشرط هذا قد أدى دوره ، وإما فشل المفاوضات في استمرارية تنفيذ العقد .

ونتيجة للأثر السلبي للتفاوض بين المستثمرين والدول المضيفة وعدم التوصل إلى حلول فليس لهم مفر إلا اللجوء إلى آليات مؤسساتية تتمثل في التحكيم والذي يعتبر الوسيلة السهلة من أجل ضمان استمرارية تنفيذ العقد والمحافظة عليه وإعادة التوازن الاقتصادي حسب الواقع الجديد الذي فرضته الجائحة، إضافة إلى إقحام مؤسسات الضمان الدولية في ظل هذه الفترة – الجائحة – ، والذي يعد أمر ضروري بره الواقع الذي نعيشه خاصة لما لها من دور في تغطية الضرر المترتب عن الأخطار وهو ما يمكن ملاحظته في هذه الظروف فهناك من الأخطار غير التجارية التي تحققت نتيجة آثار الجائحة وهذا ما سيبرر دور هذه المؤسسات اكثر في حال ما إذا استمرت وتوالت الأخطار .

وبناء على ما تقدم فإن الآثار القانونية للجائحة كورونا تجلت في أثرين، آثار إيجابية وذلك من خلال استمرارية تطبيق إرادة الأطراف وذلك بتفعيل الشروط التعاقدية والتي تمثلت أساسا في شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، وآثار سلبية تظهر من خلال فشل إرادة المتعاقدين في الاستمرار في التنفيذ، وتمثلت في آليات مؤسساتية منها من أخذت الشكل العلاجي (هيئات التحكيم).ومنها من أخذت الشكل الوقائي (مؤسسات الضمان الدولية).

وخلاصة لموضوع الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ عقود الاستثمار الدولية، هذه الجائحة التي هددت مصير هذه العقود خلصنا إلى عدة نتائج ومقترحات

أولا : النتائج

لا يمكن القول أن آثار الجائحة غير مألوفة في الحقل القانوني فهي تأخذ تكييفين إما تكون قوة قاهرة ظرفية يستحيل معها التنفيذ وبالتالي وقف تنفيذ عقود الاستثمار الدولية إلى غاية زوال هذه الاستحالة بما يضمن استمرارية تنفيذه في المستقبل، وإما أن تكون ظرف طارئ تؤدي إلى اختلال التوازن وبالتالي لابد من إعادة التفاوض لإعادة هذا التوازن بما يلائم مصلحة الطرفين وذلك من خلال تأجيل ووقف تنفيذ العقد ضمان للمحافظة على العقد واستمرارية تنفيذه عند زوال الجائحة أو الاستمرار في تنفيذه .

– فإذا تم اعتبار آثارها قوة قاهرة ظرفية فأن الأثر القانوني المترتب على ذلك هو وقف تنفيذ العقد والذي يعد خمول مؤقت للعلاقة العقدية ولا يقدم بذلك أي تغيير في الأداءات التعاقدية، كل ذلك من أجل ضمان التنفيذ المستقبلي إلى حين زوال آثار الجائحة .

– في مقابل ذلك ونتيجة الدور الجوهري لإرادة الطرفين في عقود الاستثمار الدولية فإن الأثر الثاني هو الدخول في مفاوضات بعد تفعيل شرط إعادة التفاوض التي تعد تقنية عقدية تسمح بتعديل العقد من أجل تخفيف الضرر وتعديل الالتزامات والحفاظ على استمرار العقد وإنقاذه من الزوال .

–وفي حال قصور هذه الشروط فإن أطراف هذه العقود لا تقف عند هذا الحد وإنما تلجأ إلى تغطية الضرر وذلك من خلال التعويض الذي تمنحه مؤسسات الضمان الدولية نتيجة تحقق الأخطار غير التجارية والتي أثارتها الجائحة أو تلجأ إلى هيئات التحكيم في حال فشل التفاوض من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال المحكم الذي له دور في إيجاد حل ملائم للمصلحة المشتركة للمستثمرين والدول المضيفة .

ثانيا : المقترحات

تبعا لهذه النتائج يمكن تقديم جملة من الاقتراحات نوجزها في ما يلي :

–تضمين الشروط التعاقدية الأوبئة و الجوائح والتفصيل والتوسع فيها خاصة أن العالم سيشهد حروب بيولوجية ستكون آثارها من قبل آثار الجائحة المستجدة أو اكثر شدة .

– صياغة شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض بدقة ووضوح مما لا يترك الشك عند تطبيق هذه الشروط والتوسع في تعريفها بما يشمل جميع الأحداث التي يحتمل وقوعها والتي تؤثر على تنفيذ هذا العقد قبل الدخول في مفوضات هذا لضمان استمرارية العقد .

– لابد من تضمين العقود أحكام وقف تنفيذ العقد وتعليقه أو التوسع في شرط القوة القاهرة ومشاركة رجال القانون المتخصصون في عملية صياغة أحكام الوقف والشروط التعاقدية بصفة عامة بما يضمن استمرارية تنفيذ العقد في حال تغير الظروف.

– إعادة النظر في التحكيم الالكتروني حيث لا يجب أن يقتصر فقط على منازعات عقود التجارة الالكترونية ، وإنما يشمل جميع المنازعات وهو مبررته الجائحة الحالية .

–صياغة شرط أو مشارطة التحكيم صياغة نموذجية تراعي فيها كافة الاحتمالات وتوضيح سلطات المحكم التي تمنح له ، لأنه كلما كان هذا الشرط واضحا ومفصلا تقلص السلطة التقديرية لهيئات التحكيم في البحث عن حلول قد لا تتوافق مع الغاية التي يهدف لها أطراف هذه العقود .

-إعادة مؤسسات الضمان الدولية النظر في مجالات التأمين ، بحيث تقم بضمان الأوبئة والجوائح إضافة إلى حالة الحروب وغيرها، خاصة أن الجائحة برهنت أن لابد من التأمين ضد الأوبئة العالمية والتي تمس باقتصاديات الدول والعالم بأكمله وجميع الالتزامات التعاقدية .

قائمة المصادر والمراجع

Les Références

❖ أولا المراجع باللغة العربية

1 الاتفاقيات الدولية والقوانين

- **الاتفاقيات الدولية**

- ✓ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع فيينا أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقعت في 1980 .
- ✓ اتفاقية لاهاي بشأن القانون الدولي الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية التي وقعت في 1964
- ✓ اتفاقية روما بشأن مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit).
- ✓ الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات)

- **القوانين**

- ✓ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر ج ، عدد 78 سنة 1975.المعدل والمتمم
- ✓ الأمر رقم07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات ، ج ر عدد 13 المعدل والمتمم.
- ✓ . قانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أفريل 2005 المتعلق بالمحروقات المعدل والمتمم ، ج ر ج ، العدد 50 .

2 الكتب

- ✓ السيد ابراهيم التركي ، دور ضمان ائتمان الصادرات في مواجهة مخاطر الائتمان في عقود التجارة الدولية ، د ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ،
- ✓ إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، عقد المفتاح في اليد ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008.
- ✓ بن السعيد لزهر ، كرم محمد زيدان النجار ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية رقم 09لسنة 2008 ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2010.

- ✓ خالد كمال عكاشة ،دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2014
- ✓ شريف محمد غانم ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 .
- ✓ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، العقد ، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب ، القانون ، ج 1 ، بيروت لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، د.س.ن.
- ✓ عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية ، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 .
- ✓ عبد المنعم حسن عنوز ، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية ، د.ط ، د .ب.ن ، د.س.ن ، كتاب منشور في موقع المكتبة القانونية العربية . http://www.bibliotdroit.comب ، بتاريخ 22 مارس .2020.
- ✓ عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية ، النظرية المعاصرة ، ط 2 ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009.
- ✓ عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، ط 1 ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2014.
- ✓ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية، عين مليلة ،الهدى ،الجزائر ، 2011.
- ✓ محمود محمد أبو العلا ، النصوص الكاملة للاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات) والقرارات المصدرة لها في مصر ، دار الجميل .
- ✓ نوغي نبيل ، كتاب جماعي حول التحديات القانونية لفيروس كورونا ، ط 1 ، وحدة البحث ، القوانين الناظمة للأنشطة الاقتصادية وأثرها على التنمية المركز الجامعي سي الحواس ، بريكة ، الجزائر،2020.
- ✓ هشام خالد ،المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، دراسة قانونية ، د ط ، مؤسسة شباب الحامة للطباعة والنشر والتوزيع ،الإسكندرية ،1988.
- ✓ هشام خالد ،عقد ضمان الاستثمار ، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 .
- ✓ هشام علي صادق ،الحماية الدولية للمال الأجنبي ، د ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، د س ن.

- ✓ وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010.

3 الدوريات و المقالات العلمية

- ✓ أسيل باقر جاسم ، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية ، مجلة الامن والقانون ، العدد الأول ، 2003.
- ✓ أسيل باقر ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ، دراسة في عقود التجارة الدولية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 01، كلية الحقوق ، جامعة بابل ، العراق ، 2011.
- ✓ براهيمي نوال ، الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجاري الدولي في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 34 ، عدد خاص القانون وجائحة كورونا ، جويلية 2020.
- ✓ بريق رحمة، محمر لخضر دلاج ، تأثير جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية وعلى التجارة الالكترونية ، مجلة الحقوق والعلوم الأنسانية ،جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر ، المجلد 13 ، العدد 03 ، أكتوبر 2020.
- ✓ بلفتحي مليكة ، عبد الحفيظ مسكين ، مقال بعنوان مدى فعالية تأمين قروض الصادرات في حماية المصدرين من المخاطر وآفاقه في ظل تفشي جائحة كورونا ، مجلة الريادة لاقتصاديات الأعمال،جامعة جيجل ، المجلد 07، العدد 02 ، 2020//01/20 .
- ✓ بن حليمة ليلى ، عشور سليم ، خصوصية التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، المجلد 4 ، العدد 1 ، سنة 2019.
- ✓ بن دريس حليمة ، مقال بعنوان إعادة التفاوض تقنية تعاقدية مرنة لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، فأي إمكانية لتنظيمه في القوانين الوطنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، الجزائر ،د.س.ن.
- ✓ بوخالفة عبد الكريم ، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ' جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد2018.

- ✓ بوغرارة صالح ، مقال بعنوان انتشار فيروس كورونا سبب أجنبي لدفع المسؤولية بين تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 34 ، عدد خاص ، القانون وجائحة كورونا ، جويلية 2020.

- ✓ بوكروح فارس، مقال بعنوان دور مؤسسات ضمان الاستثمار في توجيه الاستثمار الأجنبي ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 09 ، العدد 03 ، ديسمبر 2018 .
- ✓ جلطي منصور ، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد COVID-19على الالتزامات التعاقدية ، حوليات الجزائر 1 ، المجلد 34 ، عدد خاص القانون وجائحة كورونا ، جويلية 2020.

- ✓ حصايم سميرة، مقال بعنوان الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقود الدولية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية ، جامعة جيجل الجزائر، المجلد 05، العدد 01 ، سبتمبر 2020.

- ✓ حيدر حسن فليح ، مقال بعنوان أثر جائحة كورونا على تنفيذ لالتزامات التعاقدية ، مجلة العلوم القانونية /كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد 01 ، 2020.

- ✓ رؤوف نغم حنا ، وقف التنفيذ في عقد البيع للبضائع وفق للاتفاقيات الدولية ، دراسة تحليلية في ضوء اتفاقية لاهاي 1964 واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فبينا 1980، مجلة جامعة تاكريت للعلوم الأنسانية ، المجلد 14 ، العدد11 ، العراق ، 2007.

- ✓ فاطمة عاشور ، مقال بعنوان معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية ، دفاتر البحوث العلمية ، المركز الجامعي لتبيازة.

- ✓ فريدة بن عثمان ، تفسير عقود التجارة الدولية وفق للقواعد الدولية ، دفاتر السياسة والقانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر ، العدد 15 ، جوان 2016.

- ✓ مسعودي يوسف ، عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية جامعة أحمد دراية ، أدرار، المجلد 02 ، العدد 09 ، مارس 2018.

- ✓ موكة عبد الكريم، في مقال بعنوان أثر تغير الظروف الاقتصادية على استقرار عقود التجارة الدولية ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عباس لغرور ، خنشلة ، العدد10 ، جوان 2018.

- ✓ محمد عامر شنجار ، أ.م. علي ،الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار (دراسة قانونية) ، عبر الموقع https://www.iasj.net/iasj/download/8fdd0517fc4e166e،

- ✓ ياسر عبد الحميد الافتحيات ، جائحة كورونا وآثارها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية السنة الثامنة ، ملحق خاص ، العدد 6 ، يونيو 2020.

- ✓ يسمينة لعجال ' فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، عدد17 ، جانفي 2018.

- ✓ يواو شهرزاد ، بشير محمد الأمين ، أثر جائحة كورونا عل الالتزامات التعاقدية في عقود التجارة الدولية ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ، جامعة الجيلالي اليابس ، المجلد6 ، العدد1 ، 01سبتمبر 2020.

4 الرسائل العلمية

- **أطروحات دكتوراه**

- ✓ بوخالفة عبد الكريم ، دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية ، أطروحة مقدمة لاستكمال شهادة دكتوراه LMD، تخصص قانون الاستثمار ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2018/2017.

- ✓ بوكروح فارس، ضوابط التوازن الاقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية ، أطروحة دكتوراه LMD، تخصص قانون الاستثمار ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2019/2018.

- ✓ حصايم سميرة ، آثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية ، أطروحة دكتوراه LMD، تخصص قانون، قسم الحقوق . كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2019/10/24.

- ✓ ربعية رضوان . فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم ، تخصص قانون الاستثمار ، أطروحة دكتوراه LMD، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2020/2019 .

- ✓ سماعيلي حسام الدين ، النظام القانوني لعقد التأمين على الاستثمارات الدولية ، أطروحة دكتوراه LMD، تخصص قانون الاستثمار ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2020/2019 .

- ✓ سمية صخري ، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية ، أطروحة دكتوراه LMD، تخصص تحولات الدولة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2018/2017.

- ✓ صفاء تقي عبد النور العيساوي ، القوة القاهرة وآثارها في عقود التجارة الدولية ، دراسة مقارنة ، مذكرة دكتورة ، جامعة الموصل ، العراق ، 2005.

- ✓ فرعون محمد ، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية ، أطروحة دكتوراه LMDعلوم ، تخصص قانون المنازعات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ،2018/2017.

- ✓ مروك أحمد ، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن خدة ، 2015/2014.

- ✓ هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية حقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، 2015.

- **رسائل ماجستير**

- ✓ آيتشعلال وردية ، ضمن الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية و الإسلامية ، رسالة ماجستير ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، 2006/2005.

- ✓ حنين أمين رمزي مقبول ، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والإدارة العامة ، جامعة بيرزيت فلسطين ،2015/2014.

- ✓ قرفي محمد رؤوف ، ضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماستر ، تخصص قانون الأعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016.

- ✓ كندة جمال عبد الساتر ، التحكيم في عقود البترول (دراسة مقارنة) رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية ، الجامعة اللبنانية ،2017.

- ✓ مولحسان آيات الله ، الآثار المحتملة للمنظمة العالمية للتجارة الخارجية للجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق واالعلوم الاقتصادية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،2004.

- **مذكرات ماستر**

- ✓ اوليدي موسى ، قادري عبد العزيز ، اثر القوة القاهرة في العقود الدولية ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون شركات ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2018/2017.
- ✓ بن طبال جهيدة ، شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون علاقات الدولية الخاصة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2017/2016.
- ✓ بن علوان حكيم ، زيام نوال ، المفاوضات في عقد الاقتصاد الدولي ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة ، 2019/2018.
- ✓ عصمي مريم ، عيشور مريم ، التفاوض في عقود التجارة ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، قسم حقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سبتمبر 2017.
- ✓ فريال بوكرشة ، نادية لبيض ، اشتراط إعادة التفاوض في العقد الدولي ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون العام ، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الصديق بن يحي ، جيجل ، 2017/2016
- ✓ ميلودي وليد ، النظام القانوني لشرط المراجعة في عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2020/2019

5 المؤتمرات

- ✓ رشا علي الدين ، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد ، دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة ، بحث مقدم المؤتمر العلمي السنوي الثالث ، الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية ، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ،2009.
- ✓ علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار و دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار ' المؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية (الثورة والقانون) ، مصر ، 2011 .

6 التقارير

- ✓ جائحة كورونا والبيئة الاقتصادية العالمية ، نشرة فصلية صادرة عن المؤسسة العربية للضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ، آفاق الاقتصادات العربية لعام 2021 في ظل جائحة كوفيد - 19 العدد 4 ، ديسمبر 2020.

- ✓ تقرير سنوي صادر عن مؤسسة الضمان العربية لسنة 2019.
- ✓ نشرة فصلية صادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ، التجارة العربية السمات والاتجاهات 2020 ، العدد 1 ، 2020.

7 نماذج عقود

- ✓ عقد الاستثمار المباشر- الشروط العامة
- ✓ عقد القرض العام – الشروط العامة
- ✓ عقد تأمين معدات المقاولات – الشروط العامة

8 المواقع الالكترونية

- ✓ سهام طائي ، الجزء الثاني تنفيذ العقد التجاري الدولي وفيروس كورونا ، كلية القانون جامعة المستنصرية ، عبر الرابط youtub.com/Watch?V=P3UbQeKdCYg

- ✓ Cour d'appel Colmar,6éme chambre,N°10098/20,12 Mars 2020,Covid 19 et Force majeur : la cour d'appel de Colmar est la première a se prnoncer . https://www.actanceavocats.com/actualites/actualite-jurisprudentielle-/covid-19-et-force-majeur

- ✓ Principal N°=Iv.6.7.Duty to renegotiate .The LexMercatori and the translex principles .TRANSLEX.org LAW RESEARCH.https://www.trans-lex.org/935000/_/duty-to-rengotiate .date 12 mars 2021.16:46

- ✓ www.uncitral.org/pdf
- ✓ الموقع الرسمي للبوابة الجزائرية للمجلات العلمية https://www.asjp.cerist.dz:/
- ✓ الموقع الرسمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات http://dhaman.net/ar/our-products/investment-guarantee

❖ ثانيا المراجع باللغة الأجنبية

1- Références en fracnais :

OUVRAGES

FONTAINE Marcel, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses, Ed. BRUYLANT, FEC, Bruxelles, 198

ARTICLES

SALAMA Saber, « Le sort des contrats conclus avec de operateurs irakiens à la suite de la levée de l'embargo », RDAI, n°2 , 2003.

THESES ET MEMOIRES

V. p .ACCAOUI .LORFING .La renégociation des contrats internationaux . Thèse Doctorat .paris . 2008.

LES ACTES DE COLLOQUE

A.CABANIS. L' apparition de l'arbitrage comme mode alternatif règlement des différends Les mode alternatifs de conflits . colloque international alger.06-07 mai 2014. Les anneles N°3/2014.UniversitéD'Alger 1.

2- References in English:

Scientific articles

KHARTHRYN Gordon . Investment Guarantees and political risk insurance Institutions Incentives and development investment policy perspectives . OECD 2008.

HELMUT Heiss .Insurance premium .ERA Forum of the academy of European Law. Volume 9 .supplement .2008…

الفهرس

بسماللهالرحمنالرحيم 2

إهداء 2

شكروتقدير 4

قائمةالمختصرات 5

مقدمة 6

الفصلالأول : الآثارفيحالاستمراريةتطبيقإرادةالمتعاقدين : آثارإيجابية 5

المبحثالأول : وقفتنفيذعقودالاستثمارنتيجةحتميةفيظلالجائحة 7

المطلبالأول : مفهوموقفتنفيذعقودالاستثمارالدولية 7

الفرعالأول : تعريفوقفتنفيذعقودالاستثمارالدولية 7

الفرعالثاني : جوهر (أساس) وقفتنفيذعقودالاستثمارالدولية 10

المطلبالثاني : أحكاموقفتنفيذعقودالاستثمارالدولية 13

الفرعالأول : آثاروقفتنفيذعقودالاستثمارالدولية 13

الفرعالثاني : انتهاءوقفتنفيذعقودالاستثمارالدولية 16

المبحثالثاني : تفعيلشرطإعادةالتفاوضللفصلبينالتنفيذوالتأجيل 18

المطلبالأول: مضمونشرطإعادةالتفاوضونطاقتطبيقهاستيعابااللجائحة 18

الفرعالأول : مضمونشرطإعادةالتفاوضفيعقودالاستثمارالدولية 19

الفرعالثاني : شروطتطبيقإعادةالتفاوضفيعقودالاستثمارالدوليةفيظلاالجائحة 22

المطلبالثاني : الآثارالمترتبةعنتفعيلشرطإعادةالتفاوض 26

الفرعالأول: الحفاظعلىعقودالاستثمارالدوليةتطبيقالمبدأاستمراريةالعقد 26

الفرعالثاني : الالتزاماتالتييفرضهاشرطإعادةالتفاوض 28

خلاصةالفصلالأول : 32

الفصلالثاني : الآثارفيحالفشلإرادةالمتعاقدينفياستمراريةالتنفيذ :آثارسلبية 33

المبحثالأول : دورالتحكيمفيحالفشلقانونالإرادةفياستمراريةالتنفيذ 35

المطلبالأول : توسيعسلطةالمحكمفيحالإخفاقالمفاوضات 35

الفرعالأول : سلطةالمحكمفيتقديرمدىإخلالالجائحةبالتوازنالاقتصاديلعقودالاستثمار 35

الفرعالثاني : تعديلالالتزاماتالتعاقديةمنطرفالمحكم..... 37

المطلبالثاني : القيودالخاصةبسلطةالمحكمفيإعادةالتوازنالاقتصاديالمفقود..... 40

الفرعالأول : الطابعالفنيللجائحة..... 40

الفرعالثاني : رغبةأطرافعقودالاستثماربالاستمرارفيتنفيذالعقدفيظلالجائحة..... 41

المبحثالثاني :دورمؤسساتالضمانالدوليةمنمنازعاتعقودالاستثمارالدوليةفيظلالجائحة.....**43**

المطلبالأول : كفايةالشروطالمترتبةعنالخطرللمطالبةبالتعويض..... 43

الفرعالأول : وقوعالخطرالمضمونالمترتبعنالجائحةخلالفترةالتأمين..... 43

الفرعالثاني : انتفاءالمسؤوليةالعقديةعنحدوثالخطرالمترتبعنالجائحة 44

المطلبالثاني : المطالبةبالتعويضنتيجةتحققالخطرالمؤمنعليه..... 47

الفرعالأول : إخطارمؤسساتالضمانبوقوعالخطرالمترتبعنالجائحة..... 48

الفرعالثاني : تقدمالمؤمنلهبطلبأداءالتعويض..... 50

خلاصةالفصلالثاني : **55**

خاتمة **56**

قائمةالمصادروالمراجع **60**

ملخص :

شكلت أزمة كورونا الكثير من الآثار التي مست الالتزامات التعاقدية بشكل واسع سواء على المستوى الوطني أو الدولي ، هذه الآثار امتدت إلى عقود الاستثمار دولية ،مما أدى إلى وقف تنفيذ العقد من خلال تفعيل شرط القوة القاهرة ، و تفعيل شرط إعادة التفاوض من أجل الدخول في مفاوضات بما يدل على حسن النية في الحفاظ على العقد والمطالبة بإعادة التوازن الاقتصادي المفقود من خلال تخفيف الضرر المترتب عن الجائحة ، بل أكثر من ذلك تم اللجوء إلى مؤسسات متخصصة في التأمين بهدف تغطية الأضرار التي أصابت المؤمن لهم ، وكذلك إلى التحكيم بهدف فض المنازعات في حال فشل المفاوضات لاستعادة التوازن المفقود و المحافظة على استمرارية العقد .

الكلمات المفتاحية: جائحة كورونا ، عقود الاستثمار ، الشروط التعاقدية ، التحكيم ، مؤسسات الضمان ، التوازن الاقتصادي .تنفيذ العقد

Résumé:

La crise corona a eu de nombreux effets qui ont affecté les obligations contractuelles à grande échelle, que ce soit au niveau national ou international. ces effets se sont étendus aux contrats d'investissements internationaux ce qui a conduit à suspension l'exécution du contrat en activant une condition de force majeure ,et activer la condition de renégociation afin d'entamer des négociations que témoignent de la bonne foi la préservation du contrat .et la demande de rétablir l'équilibre économique perdu en atténuant les dommages résultant de la pandémie mais plus que cela , en recourant à des institutions d'assurance spécialisées pour couvrir les dommage subis par l'assuré .Ainsi qu'a l'arbitrage dans le but de résolution de litiges en cas d'échec des négociations pour rétablir l'équilibre perdu .

Mots clés :pandémie corona, contrat d'investissement, les conditions contractuelles, l'arbitrage, d'institutions de garantie, équilibre économique , exécution du contrat .

Abstract :

The corona crisis has had many effects that have affected contractual obligations on a large scale whether at the national or international level , these effects extended to international investment contracts which led to the suspension implementation of the contract by activating condition of force majeure .And activate the condition of re-negotiation in order to enter into negotiations , that indicate good faith in preserving the contract , and the demand for restoring the lost economic balance by mitigating the damage resulting from the pandemic , but more than that , resorting to specialized insurance institutions in order to cover the damage , that befell the insured . As well as to arbitration with the aim of disputes resolution in the event of failure of negotiations to restore the balance lost

.

key words : Corona pandemic , Investment contact , Contractual terms , Arbitration , Guarantee institutions , Economic balance, execution of the contract.