أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الاستثماري الدولي

محمد ونيس أبو ستالة
عضو هيأه التدريس جامعة المرقب كلية القانون

مقدمة

إن من أهم المبادئ التي تحكم العقود الدولية، خاصةً في مجال الاستثمار، هو مبدأ عدالة العقد، فالعقد يجب أن يحقق التوازن الاقتصادي بين طرفيه، فلا يغتني طرف على حساب الطرف الآخر[1].

وبما أن عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الخاص الدولي تمتاز باستمرارها لفترة زمنية طويلة، يمكن من خلالها حصول أحداث غير متوقعةٍ، أو ليس من الممكن توقعها عند إبرام العقد، مما قد يُثير النزاع بين أطراف عقد الاستثمار نتيجة اختلال التوازن العقدي في الظروف التي أبرم في ظلها التعاقد، وهذه الأمور قد تُعرَض العقد الاستثماري إلى الانهيار التام، والإنهاء من قبل كلا الطرفين كما في حالات القوة القاهرة، وقد يتعرض العقد إلى خلل في توازنه، ولكن لا يستدعي إلغاءه، وإنما إعادة مراجعته، وإعادة التفاوض فيه مجدداً بشأن شروطه، وهي حالة الظروف الطارئة[2].

لذا اخترنا هذا الموضوع هدفاً للدراسة في هذا البحث لتسليط الضوء على أهم المنازعات الناتجة عن تغير الظروف التي أبرم في ظلها التعاقد الاستثماري الدولي على أن نقسم هذا العمل الي مطلبين الأول يتناول أهم المنازعات الناجمة عن تغير الظروف التي تم فيها التعاقد نتيجة القوة القاهرة، والثاني يستعرض تلك المنازعات الناجمة عن تغير الظروف التي تم فيها التعاقد نتيجة الحالات الطارئة.

(1) د. عمر مشهور حديثه الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المجلة اللبنانية للتحكيم، بيروت، العدد 23، لسنة 2003، ص19.
(2) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار نصر للطباعة الحديثة، القاهرة، 2010 ، ص131.

استلمت الورقة بتاريخ 03 يناير 2021، وروجعت بتاريخ 08 فبراير 2021، وقبلت بتاريخ 09 فبراير 2021، ومتاحة على الانترنت بتاريخ 10 فبراير 2021

المطلب الأول

المنازعات الناجمة عن تغير الظروف (التي تم فيها التعاقد) نتيجة القوة القاهرة

رغم أن العمل جرى على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولي بهدف تعريفها وكيفية التعامل معها، وتحديد الأحداث والظروف التي تعتبر ظروفاً غير متوقعة، ويمكن أن تشكل قوة قاهرة، إلا أن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناجمة عن إعمال هذا الشرط.

فالقوة القاهرة في مفهومها الاصطلاحي تعني: حدث أو مجموعة من الأحداث غير المتوقعة وغير القابلة للمقاومة، وهي تحدث بفعل مستقل عمن يتذرع به، ويترتب عليها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعة ذلك[1].

فالقوة القاهرة- كما استقر في الفقه والقضاء الدولي- تتجسد في ظروف استثنائية عامة ليس في الإمكان توقعها، أو درء نتائجها، ويصبح معها تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلاً، وغالباً ما تشمل القوة القاهرة مجموعة من الأحداث منها على سبيل المثال لا الحصر: قوى الطبيعة، كالكوارث الطبيعية، مثل الزلازل، والفيضانات، والبراكين، والاوبئة كجائحة كورونا Covid-19 وكذلك الحروب بين الدولة المضيفة، والدولة المستثمرة، أو القرارات الصادرة من حكومة دولة معينة بقطع العلاقات بينها وبين حكومة دولة أخرى، مما يجعل تنفيذ التزامات الطرف المنتمي إلى هذه الدولة مستحيلاً، وكذلك القرارات الحكومية الخاصة بإلغاء العقد الاستثماري، أو إنهائه[2].

وبما أن هذه الأحداث ترتبط عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية، أو تتصل بطبيعة النشاط الاستثماري، فتحديد تلك الأحداث التي تندرج تحت إطار القوة القاهرة، والتي ترتبط بالاستثمار الدولي، يساعد في تحديد الآثار التي تترتب عليها، وبالتالي تحديد النظام القانوني الذي تخضع إليه، والذي هو في أغلب الحالات يكون القانون الواجب التطبيق على العقد.

ووفقًا للمادة (1218) من القانون المدني الفرنسي الجديد، التي أنشأها إصلاح قانون العقود لعام 2016: "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمتنع على المدين تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته، ولم يكن بالإمكان، على نحو معقول، توقعه عند إبرام العقد، ولم يكن من الممكن تجنب آثاره باتخاذ التدابير المناسبة. إذا كان المانع مؤقتا يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التأخر الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد. وإذا كان المانع نهائيًا يعتبر العقد مفسوخًا بقوة القانون ويبرأ الاطراف من التزاماتهم طبقًا للشروط المنصوص عليها في المواد 1351و1351-1"[3].

وبموجب المادة (1148) من ذات القانون، وصف القاضي الفرنسي القوة القاهرة بتجميع ثلاثة عناصر وهي: عدم القدرة على التنبؤ، وعدم القدرة على المقاومة، والعوامل الخارجية.

ومن ثم يحدد النص الجديد هذه الشروط، لكي تكون هناك قوة قاهرة بحيث يجب أن يكون الحدث الذي يعتبر(خارج عن سيطرة المدين)، (لا يمكن التنبؤ به بصورة معقولة عند إبرام العقد) وأنه لا يمكن تفادي آثاره (بتدابير مناسبة) [4].

مما يبدو أن التعريف الجديد أقل صرامة مما هو عليه في القانون المدني الفرنسي القديم، والذي نص في المادة (1147) على إعفاء المدين من تنفيذ التزامه في حالة القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي،

([1]) د. المرجع السابق، ص131.

([2]) د. جمال الدين نصار، اتفاقية المشروع في المشروعات بنظام البوت، مجلة التحكيم العربي، القاهرة، العدد السابع، أغسطس، 2001، ص40.

([3]) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد 1100إلى 1231-7) من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص95،94.

([4]) Ludovic Landivaux, Contrats et coronavirus: un cas de force majeure? Ca depend…, Dalloz, mars, 2020.

بأنه: "لا محلّ لأي تعويض عندما يكون مستحيلاً على المدين، بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أن يقدم أو أن يفعل ما كان التزم به، أو أنه فعل ما كان ممنوعاً عليه"[1].

فتعرف القوة القاهرة في القانون الفرنسي القديم على أنها: "حادث لا يمكن التغلب عليه أو توقعه نتيجة قوة خارجية، ويجب أن تكون هذه الشروط الثلاثة مجتمعة معاً حتى يتم تكييف الحادث على أنه إحدى حالات القوة القاهرة بموجب المادة (1147)، وهي المادة التي يستقر الفقه والقضاء الفرنسَّيْين على أنها تستلزم لتفعيل القوة القاهرة استيفاء حادثة ما لشروط ثلاثة يشار إلى كل منهما بكلمة واحدة، ألا وهي:

أولاً: الاستعصاء "irresistibilite" أي عدم إمكانية دفع الحدث.

وثانياً: المفاجأة "imprevisibilite" أي عدم إمكانية توقع الحدث.

وثالثاً: الأجنبية "exteriorite"، أي أن لا يكون للمدين يد في وقوع الحدث[2].

إذاً القوة القاهرة هي حادث لا يمكن فعل شيء تجاهه. ولا يوجد قوة قاهرة إذا كانت هناك وسيلة أخرى لتنفيذ الالتزام ولو بتكلفة أعلى.

فيجب إذاً على الطرف المدين الذي يعلن استحالة التصرف ألاَّ يكون قد تمكَّن من اللجوء إلى حلّ بديل كان من الممكن أن يسمح بالتنفيذ حتى ولو كان بتكلفة أعلى.

وهذا ما دعى هيئة التحكيم المُشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية في الدعوى المقامة من طرف فرنسي ضد آخر جزائري؛ بشأن تنفيذ عقد ترخيص لتصنيع ملابس تحمل علامة تجارية معينة، وتسويقها حصرياً في نطاق جغرافي متمثل في دولة الجزائر وثمانية عشر بلدٍ أفريقيً، مع نقل المساعدة التقنية إلى الطرف الجزائري (بشأن تصميم وتصنيع واستخدام المنتجات لمدة ثلاث سنوات)، حيث توقف الطرف الجزائري عن تسديد مستحقات الطرف الفرنسي، والمتمثلة في سداد مقابل الترخيص (أتاوة)، في حده الأدنى الثابت، والمتفق على سداده بغض النظر عن الانتاج من عدمه، بعد أن سدّد الطرف الجزائري عن السنة الأولى ونصف السنة الثانية، وهو ما دعا الطرف الفرنسي إلى اللجوء إلى التحكيم تحت رعاية غرفة التجارة الدولية، بالتطبيق لعقد الترخيص حيث لم ينازع الأول في وجود العقد، ولكنه دفع بإعفائه من الالتزامات التعاقدية، بالتطبيق لنظرية القوة القاهرة في القانون الفرنسي (قانون العقد)، حيث ادّعى الطرف الجزائري أن قدراً من المقابل المستحق يتعذر تحويله نتيجة قيود مصرفية بتدخل الحكومة الجزائرية، وذلك بصدور أمر من الحكومة الجزائرية بتاريخ 1992/8/8 يوصي بخفض الواردات وأنه أمام حالة قوة قاهرة، تمثلت في حوادث اقتصادية وسياسية أثناء فترة تنفيذ العقد، وتتمثل هذه الحوادث في أمرين: **الأول:** صعوبة استيراد المواد الأولية من الخارج بسبب قيود جمركية جزائرية حكومية بتاريخ 1992/8/8 يوصى بخفض الواردات، وبخفض الدفع بالعملات الأجنبية، **والثاني:** تعرض احدى وحدات الطرف الجزائري الإنتاجية لأعمال التخريب المرتبطة بالإرهاب وإصابة هذه الوحدة بالحريق، وعلى الرغم من عدم إنكار الطرف الفرنسي لأثر الظروف السياسية والاقتصادية التي اجتاحت الجزائر أثناء فترة تنفيذ العقد، إلا أنه اعترض على الادعاء باستيفائها أركان القوة القاهرة المعفية من المسؤولية، والحال أن الطرف الفرنسي قد استجاب إلى إخطار الطرف الجزائري بما يواجهه من صعوبات في التصنيع، حيث اقترح الطرف الفرنسي على الجزائري متابعة التصنيع باستخدام أفضل مواد أولية متوافرة محلياً وبعد ذلك عرض النماذج المنجزة على الطرف الفرنسي حتى يتمكن من الموافقة عليها أو رُبَّما رفضها، وهو ما رفضه الطرف الجزائري؛ مستنداً إلى طريقة التصنيع في العقد، وأمام عجز الطرف الجزائري عن إثبات أهم أركان

(1) د. نادر محمد إبراهيم، إثبات استحالة دفع حادث القوة القاهرة في التجارة الدولية؛ تعليقاً على حكم تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 10527 لعام 2000، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد الثالث والعشرون، يوليو 2014، ص 668.

(2) المرجع السابق، ص 668،669.

القوة القاهرة والمتمثلة في استحالة تنفيذ الالتزام (الاستعصاء)"irresistibilite" حيث لم يثبت عدم إمكانية تفادي حادث القوة القاهرة أو عدم إمكانية التغلب عليه، سواء طبقاً للقانون الداخلي الذي اختاره الأطراف للعقد (القانون المدني الفرنسي)، أو بالاستناد إلى المبادئ العامة أو أعراف التجارة الدولية، الأمر الذي جعل محكمة التحكيم تصدر حكمها بعدم وجود قوة قاهرة؛ لأن استحالة الدفع ليست استحالة كاملة مطلقة، أي بمعنى أن المدين مُلزم بتنفيذ العقد بحسن النية ومصدر التزامه قانون التجارة الدولية ذاته، فيجب أن يخطر الطرف الآخر بالوقائع التي يرى فيها مانعاً من التنفيذ، وعليه أن يثبت بأن حادث القوة القاهرة لا يمكن لأي محترف مثله أن يتفاداه؛ لأن الأصل هو قدسية العقد وأن القوة القاهرة تعد خروجاً على مبدأ سلطان الارادة، والذي عد من أهم أعمدة تنفيذ العقود الدولية[1].

وأما في القانون المدني المصري فهناك نصان للقوة القاهرة أحدهما: المادة (165) الواردة في إطار القواعد العامة في المسؤولية، والتي مفادها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص، أو اتفاق على غير ذلك".

والثاني: المادة (215) الواردة في مجال قواعد المسؤولية العقدية، ونصها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حُكِمَ عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"[2].

كما نصت المادة (373) من القانون المدني المصري، على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

وكذلك الحال في القانون المدني الليبي لم يعرف المشرع القوة القاهرة[3]، وإنما تناول أحكامها في المادتين الأولى (168) المقابلة للمادة (165) من القانون المدني المصري، ومفادها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص، أو اتفاق على غير ذلك" [4]، والمادة (218) من ذات القانون التي نصت على أنه:" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"[5]، والمادة (360) من ذات القانون نصت على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

والسبب الأجنبي الوارد في المادة (165) مدني مصري، والمقابل لها من المادة (168) مدني ليبي قد يكون واحداً من الأمور الآتية:

1. **القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ:** يشترط أن يكون كلٌّ من القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ مستحيل الدفع، وغير ممكن توقعه، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها إن: "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (165) من القانون المدني تكون حرباً، أو زلزالاً،

([1]) حكم تحكيم نهائي صادر من غرفة التجارة الدولية، في القضية رقم 10527 لسنة 2000، مجلة الحكيم العالمية، باب الاجتهاد الدولي، أحكام محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية، بيروت، العدد الثالث والعشرون، يوليو 2014، ص 658 وما بعدها.

([2]) د. أحمد إبراهيم عطية، مجموعة التشريعات المصرية- القانون المدني- معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، القاهرة، الطبعة الثانية، 2012، ص63، 90.

([3]) في حين نجد أن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد عرَّف القوة القاهرة في المادة 269 على أنها: "هي كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه كالظواهر الطبيعية، الفيضان، الجفاف، الحرائق، غارات العدو، وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عملا مستحيلا، ولا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه، وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين"، ويعد هذا التعريف مشابه لما ورد في مجلة الالتزامات والعقود التونسية المادة 283، وما يؤخذ على هذا التعريف، التعداد الذي أوردته المادة حول تطبيقات القوة القاهرة مما يوحي أنه حصر الصور ولم يوردها على سبيل المثال.

([4]) الجريدة الرسمية، مدونة التشريعات، القانون المدني، إدارة القانون، طرابلس، الطبعة الأولى، 2003، ص33

([5]) المرجع السابق، ص 43.

أو حريقاً، كما قد تكون أمراً إداريا واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع، واستحالة الدفع، وينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية، وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين"[1].

وكذلك بقولها أن: "القوة القاهرة التي ينفسخ بها العقد- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هي التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة؛ لسبب أجنبي عن المدين؛ مما مؤداه أنه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعًا مؤقتًا من التنفيذ، فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الالتزام في الفترة التي قام فيها الحادث حتى إذا مازال هذا الحادث عاد للالتزام قوته في التنفيذ"[2].

وأيضًا بقولها: "إذا كان نص المادة 165 من التقنين المدني يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما عبارة عن سبب أجنبي لا يد للشخص فيه، إلا أنه يحتاج إلى تحديد، فيشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة أو حادثا فجائيًا، ويجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين"[3].

وأيضًا حكمها بأن: "حالة القوة القاهرة هي التي يترتب عليها تعرض المجتمع إلى ظروف غير عادية تخل سير الحياة كوقوع الكوارث الطبيعية أو الفتن الداخلية أو اعتداء خارجي أو الثورات"[4].

وقولها بأن: "قيام القوة القاهرة لا يكون من شأنه إهدار شرط التحكيم المتفق عليه، وإنما كُلُّ ما يترتب عليه هو وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم إن كان له ميعاد محدد"[5].

ومن ثم يشترط لتحقق القوة القاهرة شرطين:

الأول: عدم توقع السبب الأجنبي عند إبرام العقد.

والثاني: أن يكون هناك استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

فإذا تحقق الشرطان ينقضي التزام المدين في المسؤولية العقدية، وتنقطع علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، فلا يكون هناك مجال للتعويض في المسؤوليتين، ولذلك فهي تعد مبدأً مسلمًا به في كافة التشريعات الوطنية، وتكاد تجمع الأنظمة القانونية على اعفاء المدين من المسئولية المدنية حيثما تنقطع علاقة السببية بين عدم وفائه وتضرر الدائن، بثبوت السبب الأجنبي، ولا يخرج عن هذا الإجماع سوى القانون الإنجليزي، إذ أن مفهوم القوة القاهرة في هذا النظام مفهوماً اتفاقياً يستمد وجوده ونطاق تطبيقه من تنظيم الأطراف له[6].

ويتفق الفقه أيضاً على أن القوة القاهرة مبدأٌ مسلمٌ به في كافة التشريعات الوطنية وهذا ما تؤكده أحكام القضاء ذلك [7].

([1]) حكم محكمة النقض المصرية، طعن مدني رقم 423 لسنة31ق، بتاريخ 1976/1/29م، مجموعة التشريعات المصرية، القانون المدني، معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، إعداد رئيس المحكمة الدكتور أحمد إبراهيم عطية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2012، ص63.

([2]) حكم محكمة النقض المصرية، طعن مدني رقم 865 لسنة53 ق، بتاريخ 1991/1/30م.

([3]) حكم محكمة النقض المصرية، طعن مدني رقم 677 لسنة69ق، بتاريخ 2012/4/10م.

([4]) حكم محكمة النقض المصرية، طعن مدني رقم 2711 لسنة83ق، بتاريخ 2017/2/2م.

([5]) حكم محكمة النقض المصرية، طعن مدني رقم 406 لسنة30ق، بتاريخ 1965/2/17م.

([6]) Lesguillons, (H); Frustration, ForceMajeure, Imprevision, welgafallder Geschafts grundlage. Dr.Prat.com.Int,n4,1979,p.518.

([7]) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، بدون ذكر لدار نشر، القاهرة، 2002، ص 259.

كما تأخذ معظم أحكام التحكيم الدولي بفكرة القوة القاهرة؛ باعتبارها حدثاً تتوافر فيه شروط عدم التوقع، واستحالة الدفع، والاستقلال عن إدارة المدين، ويؤدي إلى جعل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة[1].

الأمر الذي ينجُم عن على اعتبار القوة القاهرة مبدأ مسلَّمٌ به نتائج بالغة الأهمية تكمن في إعفاء المتعاقد من المسؤولية سواء أكانت تعاقدية أم تقصيرية، فيترتب على ذلك فسخ العقد وعدم مساءلة المدين عن عدم التنفيذ حتى ولو لم يتفق الأطراف على تطبيقها، ذلك أن المتعاقدين ليسوا ملزمين بأن يتفقوا صراحة في العقد على انتفاء مسؤولية أي منهم إذا لم يتمكن من تنفيذ التزاماته التي يرتبها ذلك العقد بسبب القوة القاهرة، إلا أن تطبيق هذه الآثار مرهون بعدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على استبعادها، ذلك أن الأصل هو أن أحكام القوة القاهرة تنطبق ما لم يتفق الأطراف على تحمل المدين لتبعاتها [2].

أي أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، وهي أشد خطراً من الظرف الطارئ الذي لا يجوز الاتفاق مقدماً على استبعاد حكم نظرية الظروف الطارئة قبل وقوعها ويجوز للمدين أن ينزل عن حقه في التمسك بالظرف الطارئ بعد حصوله لا قبل ذلك، والسبب في ذلك أن الظروف الطارئة أكثر وقوعاً في الحياة العملية، مما يحمل المتعاقد القوي إلى الاحتياط ضد تغيرُّ الظروف أكثر من احتياطه ضد القوة القاهرة[3].

كما يكفي أن يشير الأطراف في عقودهم إلى مجرد مصطلح القوة القاهرة دون وضع تفصيلات له، ذلك أن لهذا المصطلح كيان قانوني يشتمل على تعريف واضح وشروط تطبيق محددة ونتيجة متفق عليها، وفي حالة حدوث نزاع بين الأطراف على أي من هذه العناصر، فإن المحكم او القاضي لن يجد صعوبة كبيرة في فض النزاع[4].

2. خطأ المضرور: إذا كان فعل المضرور (سواء أكان خطأ، أم غير ذلك) هو السبب الوحيد في إحداث الضرر به، فلا مسؤولية تقع على أحد، وقد يساهم خطأ المضرور مع خطأ المدعى عليه في وقوع الضرر، مما جعل الفقه يميز بين فرضيتين الأولى: أن يكون أحد الخطأين قد استغرق الآخر، والثاني: أن يكون كل خطأ قد ساهم بدرجة ما في إحداث الضرر[5]، ويستغرق أحد الخطأين الآخر في صورتين:

أولهما: إذا كان أحد الخطأين عمدياً والآخر بدون عمد، فإن الخطأ العمد يستغرق الخطأ غير المقصود طبقاً لما هو سائد في الفقه.

ثانيهما: أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر، وهي التي يكون فيها أحد الخطأين قد تسبب في وقوع الآخر، فإذا كان خطأ المضرور نتيجة لخطأ المدعى عليه، فإن هذا الخطأ الأخير يستغرق الخطأ الأول، فتكون مسؤولية المدعى عليه كاملة، أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه، فلا تقوم مسؤولية المدعى عليه بسبب انعدام علاقة السببية[6].

([1]) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، بدون ذكر لدار نشر، 1986، ص 224.

([2]) د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة، وإعادة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 24.

([3]) د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية القاهرة، 1974، ص 490.

([4]) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 160.

([5]) د. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الشركة الوطنية للطباعة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الرابعة، 2003 م، ص353.

([6]) المرجع السابق، ص354.

وإذا كان خطأ المضرور قد اشترك مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر، فإن المسؤولية عن الأضرار تكون مشتركة بينهما، فالأصل أن كلاً من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر، إذ لولاه لما وقع هذا الضرر[1].

ومن ثم فإن التعويض ينقصُ بقدر ما ساهم به نتيجة خطئه في إحداث الضرر بنفسه، وفي هذا المعنى تنُصَّ المادة (219) من القانون المدني الليبي المقابلة لها المادة (216) من القانون المدني المصري بأنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو ألا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر، أو زاد فيه"[2].

3.خطأ الغير: إذا ظهر أن الضرر الذي أصاب المضرور لم يكن نتيجة لخطأ المدعي عليه، بل راجع إلى خطأ شخص أجنبي عنه، ومن غير الأشخاص الذين يسأل عنهم قانوناً، فإنه بذلك لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب المضرور[3]، متى كان خطأ الغير هو السبب الوحيد لهذا الضرر، أما إذا اشترك خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر، ولم يستغرق أحدهما خطأ الآخر، فعندئذٍ يكون خطأ كل منهما سبب في إحداث الضرر[4].

ولقد ورد النص على القوة القاهرة أيضاً من خلال البند (الرابع والعشرين) من عقد امتياز النفط النموذجي، الملحق (الثاني) بقانون البترول الليبي لسنة 1955، الذي قرر عدم مسؤولية الشركة طرف عقد الامتياز عن أي إخفاق، أو تأخير في تنفيذ أي حكم من أحكام العقد، إذا كان ذلك راجعٌ إلى القوة القاهرة [5].

وقد قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 55/1543ق، بأنه: "لما كان من المقرر أن السبب الاجنبي الذي ينتفي به الخطأ إما أن يكون حدثًا لا يمكن نسبته إلى أحد من الناس، وهو ما يطلق عليه (القوة القاهرة) أو الحادث المفاجئ، وإما أن يكون فعلًا صادرًا من الدائن ذاته، وإما يكون صادرًا من الغير، وكانت المادة 168 من القانون المدني قد اشترطت فيه ألا يكون للمدين يد فيه، وأن يكون قد جعل التنفيذ على الوجه المرضي مستحيلاً، وكان الثابت من سائر الاوراق أن حجز المصنع موضوع الدعوى لدى الجمارك كان يرجع إلى الاشتباه في عدم صحة بعض البيانات الواردة بالمستندات، وهي أمور متوقعة ومعتادة ولا يصلح أن توصف بأنها أسباب أجنبية ينتفي بمقتضاه الخطأ في المسؤولية العقدية فإن الحكم المطعون فيه وقد قضى برفض الدعوى تأسيسًا على أن واقعة حجز المصنع من قبل الجمارك تعتبر سببًا أجنبيًا ينتفي به الخطأ فإنه يكون قد خالف القانون مما يتعين معه نقضه"[6].

ومن ثم انتهجت المحكمة العليا الليبية في أحكامها المتعلقة بالقوة القاهرة نفس المنهج الذي تبنَّاه محكمة النقض المصرية، ومن أحكامها ما جاء في حكم الطعن الإداري بشأن عقدي نقل الحجاج الليبيين عن طريق قناة السويس، والتي تم إغلاقها قبل تنفيذ العقد؛ الأمر الذي اعتبرته المحكمة من حالات القوة القاهرة، ومما ورد في هذا الحكم: "... ومن ثم فإن إغلاق قناة السويس، وهو أمر غير

([1]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009، ص108، 109.

([2]) ذات النص في القانون المدني الليبي والقانون المدني المصري.

([3]) د. محمد نصر الدين منصور، القانون المدني المعمق، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا، دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،2011 ،2012.

([4]) د. محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1998 م، ص223.

([5]) جاء نص هذا البند وفقاً للآتي: "لا يترتب أي حق على إخفاق الشركة في تنفيذ أي حكم من أحكام هذا العقد، كما لا يعد ذلك خرقاً لهذا العقد إذا تبين أن ذلك الإخفاق قد تسبب عن قوة قاهرة، أي قضاء وقدر، أو حرب أهلية، أو فتنة، أو حرب، أو إضراب العمال، أو عن أي حادث آخر غير متوقع وخارج عن سلطان الشركة. وإذا نتج عن القوة القاهرة أن تأخر تنفيذ الشركة لأي نص، أو شرط من نصوص هذا العقد وشروطه، أو التمتع بحقوقها بمقتضاه، أضيفت مدة التأخير إلى المدة المحددة في هذا العقد لتنفيذ ذلك النص، أو الشرط، أو للتمتع بتلك الحقوق"، الجريدة الرسمية الليبية، العدد الرابع ، 19/ 6/ 1955، ص12.

([6]) المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم55/1543ق، 2012/3/14، مجلة المحكمة العليا، مطابع المحكمة العليا، طرابلس، السنة السادسة والأربعون، العدد الأول والثاني، ص168.

متوقع، وقد استحال معه تنفيذ العقدين استحالة مطلقة، يعتبر من حالات القوة القاهرة التي تستتبع انفساخ العقدين وفقاً لنص المادة (227) من القانون البحري الليبي"[1] [2].

وقد استشعر المتعاملون بالتجارة الدولية صرامة مفهوم القوة القاهرة، كما تعرفه القوانين الوطنية، فقاموا بتحوير هذا المفهوم، وتطويره على نحو أصبحت القوة القاهرة، وكأنها وسيلة لملاءمة العقد الدولي لا لوضع نهاية له، وإنما أداة لتأجيل تنفيذه، ويمكن ملاحظة ذلك من زاويتين، الأولى: تتعلق بمفهوم القوة القاهرة ذاته، فلم تعد تقتصر الكثير من العقود الدولية- عند تحديدها لما يعد قوة قاهرة- على الظروف التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، بل كثيراً ما تعمم هذا المفهوم على كل الظروف التي تؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية[3].

كما جاء تعريف القوة القاهرة بالشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية C.E.E بأنها: "كل الظروف المستقلة عن إرادة الأطراف، والتي تطرأ بعد انعقاد العقد، وتمنع تنفيذه في الظروف العادية"[4].

وعرفها الفقه الدولي بأنها: "كل الظروف التي تؤثر بشكل كافٍ على الأطراف، وتمنع تنفيذ العقد في ميعاده"[5].

وتؤكد الطريقة التي تُصَاغُ بها شروط القوة القاهرة في العقود الدولية الملاحظة السابقة، فهذه العقود لا تشترط في الأحداث التي تشكل قوة قاهرة إلا أن تكون (خارج السيطرة المعقولة للأطراف، أو يكون من الصعب على الأطراف تجاوزها باستخدام وسائل معقولة وتكلفة ميسرة أيضاً)[6].

وفي هذا الإطار اعتبرت بعض العقود الإضراب[7] الذي يحدث في مُنشأة المدين من قبيل القوة القاهرة، بالرغم من أنه لا يعتبر كذلك في القوانين الوطنية على اعتبار أنه بإمكان صاحب المنشأة توقعه، وكذلك التفاوض مع العمال وتلافي نتائجه حال وقوعه[8].

أما من الزاوية الثانية، فإن أثر القوة القاهرة على العقود الدولية يختلف في القوانين الوطنية عنه في القانون الدولي، خاصة فيما يتعلق بمسألة انقضاء العلاقة العقدية، ففي القوانين الوطنية يترتب على القوة القاهرة انقضاء العلاقة العقدية، في حين أن الأمر جِدُّ مختلف في العلاقات الاقتصادية الدولية، فالغالب أن تقوم الأطراف بتنظيم هذه الفترة، أي الفترة التي تستمر فيها حالة القوة القاهرة، على نحو تتزايد فيه الاتصالات والمشاورات فيما بينهم بُغية إنفاذ العقد[9].

وإثر ذلك، فإن إنهاء العقد الدولي بالفسخ نتيجة القوة القاهرة لا يعد أمراً تلقائياً، وإنما يُعد آخر الحلول، فالواجب هو الالتزام بالتشاور بشأن ما يجب اتخاذه حيال عقود الاستثمار، أي تنصب على مدى إمكانية ملاءمة العقد مع ما طرأ من حوادث، فإذا لم يتفق الأطراف على حال كان لكل منهم الحق في إنهاء العقد.

([1]) نصت المادة (227) على أنه:" إذا تعذر السفر بسبب منع المتاجرة مع المرفأ المقصود، أو بسبب الحصار، أو أية حالة أخرى من حالات القوة القاهرة، انفسخ عقد السفر، ولا يلزم أحد بالتعويض".

([2]) المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم17/4ق، 1971/6/30، مجلة المحكمة العليا، مطابع المحكمة العليا، طرابلس، السنة الثامنة، العدد الأول، ص61.

([3]) د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، دار ناصر للطباعة الحديثة، القاهرة، 2013 م، ص68.

([4]) المرجع السابق ، ص68.

([5]) المرجع السابق، ص69.

([6]) المرجع السابق، ص69.

([7]) الإضراب عن العمل يعني: توقف جماعي للعمال الشركة أو المؤسسة عن العمل بموجب اتفاق متفق عليه منهم، بقصد تحسين الاجور، أو ظروف العمل، أو نتيجة مخالفة أصحاب العمل أحد بنود العقد المتفق عليه معهم، أ.هشام أحمد فؤاد عزيز، أحكام الإضراب بين الفقه والقانون، دار اليسر، القاهرة، الطبعة الاولي، 2013، ص59.

([8]) د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، مرجع سبق ذكره، ص69.

([9]) المرجع السابق، ص68 وما بعدها.

ومن الجدير بالذكر أنهُ إذا كان من المقرر أن الأحداث التي يمكن أن تشكل حالة القوة القاهرة، يتعين ألا تكون للإرادة الطرف التي يُدفع بها دخل في وقوعها، إذ أن عبء إثبات الحدث أو الأحداث التي تشكل حالة القوة القاهرة إنما تقع على عاتق من يدَّعِيَها، ولا يقتصر الأمرُ هنا على إثبات هذه الأحداث، وإنما يتعين أيضاً على المدين أن يقيم الدليل على هذا الحدث إذا لم تكن لإرادته دخل في وقوعه، كما أنه لم يكن بوسعه توقعه، أو تداركه عقب حدوثه.

فإن المسألة تدق في حالة ما إذا كان هذا الطرف من الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة إلى الدولة، وكانت حالة القوة القاهرة التي يتمسك بها مبعثها أعمال سياسية أقدمت عليها هذه الدولة وحالت دون تنفيذ الشخص الاعتباري لالتزاماته[1].

وقد طرحت هذه المسألة في:

1- قضية هضبة الاهرام الاستثمارية:

وذلك بمناسبة تمسك الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق EGOTH بانعدام مسئوليتها عن الأضرار التي لحقت بشركة (S.P.P) من جراء عدم تنفيذ الأولى لالتزاماتها، وذلك على أساس أن القرار الجمهوري الصادر بإلغاء المشروع المتعاقد عليه يمثل قوة قاهرة تدفع عن هذه الهيئة مسئوليتها العقدية، إلا أن محكمة التحكيم التابعة إلى غرفة التجارة الدولية غضت الطرف عن ذلك، وركزت جل اهتماماتها حول تأكيد طرفيه الحكومة المصرية في العقد، ومسئوليتها الكاملة عن إلغائه، ووصولاً إلى هذا الهدف تغافلت عن الالتزامات التي رتَّبَتْهَا العقود المبرمة على عاتق EGOTH[2].

2- قضية شركة (تاف تي بي) للاستثمار والبناء والتشغيل التركية ضد الدولة الليبية[3]:

أبرمت الحكومة الليبية متمثلة في مصلحة الطيران المدني الليبي وجهاز تنفيذ مشروعات المواصلات بالدولة الليبية مع شركة (تاف تي بي) التركية وشركة (سي سي سي) اللبنانية عقد تنفيذ مشروع إنشاء مطار سبها الدولي بتكلفة مالية قدرها (250000000) مئتان وخمسون مليون يورو في عام 2007 وبعدها بدأ تنفيذ المشروع إلا أنه نتيجة أحداث السابع عشر من فبراير 2011 في ليبيا توقفت الشركة عن العمل واستكمال تنفيذ المشروع الاستثماري .

ونتيجة للظروف الأمنية التي عاشتها ليبيا منذ عام 2011، فإن الشركة التركية قامت بإعمال شرط التحكيم الوارد في اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الدولة الليبية والتركية، الموقعة في مدينة طرابلس، بتاريخ 2009/11/25 والقاضية بالمعاملة العادلة والمتساوية للمستثمرين من دولتين مع توفير الحماية اللازمة لهم طبقاً لأحكامها[4]،

واستناداً عليها، فقد رفعت الشركة دعوى تحكيمية ضد كل من الدولة الليبية ومصلحة الطيران المدني وجهاز تنفيذ مشاريع المواصلات، وذلك أمام محكمة التحكيم الدولية بغرفة التجارة الدولية؛ مؤسسةً دعواها على إخلال الأطراف الليبية بالتزاماتها القانونية وذلك حيال تنفيذ عقد مشروع إنشاء

([1]) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص134.
([2]) المرجع السابق، ص134.
([3]) الموقع الرسمي لإدارة قضايا الدولة الليبية WWW.dfd.com.ly .

([4]) لم تنشر الاتفاقية كاملة في الجريدة الرسمية الليبية- كما يجب- وإنما نشر جزء صغير جدا منها مقتطف، ضمن مجموعة من الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الليبية مع غيرها من الدول، والتي من بينها تلك الاتفاقية. مما يُعَدُّ خللًا قانونيا يجب على القائمين على الجريدة الرسمية وكل من له علاقه بالاتفاقيات والتشريعات تجاوزه، والإشكالية أن هذا النقص والتكتم شمل عددا كبيرا من الاتفاقيات الدولية الأخرى التي يذكر عنوانها ولا تنشر نصوصها في أعداد الجريدة الرسمية ولا في غيرها، رغم أهميتها القصوى للقاضي والمحامي والمستشار القانوني والاستاذ والباحث الأكاديمي ولكل من له علاقة أو اهتمام بهذا الشأن، خاصة وأن نصوص الاتفاقية الدولية لها الأولوية على نصوص القوانين الداخلية في التطبيق والتنفيذ، إذ نصت على ذلك المادة (23) من القانون المدني الليبي، والمادة (411) من قانون المرافعات الليبي، وكذلك الحال في معظم التشريعات الداخلية، الجريدة الرسمية، مدونة التشريعات، العدد(3) السنة العاشرة،2010 بتاريخ 2010/05/15، ص118.

مطار سبها الدولي، حيث أن الشركة قامت بتنفيذ جزء من المشروع، كما أن لديها معدات وآلات في مقر المشروع خسرتها؛ نتيجة هذه الأحداث وهي تطالب بالتعويض عن ذلك بقيمة قدرها (80000000) ثمانين مليون يورو.

نظرت هيئة التحكيم المُشكَّلة في إطار محكمة التحكيم الدولية بغرفة التجارة الدولية القضية، وانتهت إلى إصدار حكمها في 2018/7/20، والذي تلخص في:-

أولاً: باختصاصها بنظر الدعوى.

ثانياً: بانتهاء العقد بسبب القوة القاهرة، وباستحقاق الشركة المدعية بمبلغٍ صافٍ قدره (1031742864) مليار وواحد وثلاثون مليون وسبعمئة واثنان وأربعون ألف وثمانمائة وأربع وستون يورو، يمثل قيمة أعمال تم تنفيذها قبل توقف العمل وخسارة معدات ومصاريف ضمانات مع غرامة تأخير بنسبة 5% إعتباراً من 2011/2/19 وحتى السداد التام مع تحميلها التكاليف والمصاريف القانونية الخاصة بها ورسوم التحكيم البالغ قيمتها (44323600) أربع وأربعون مليون وثلاثمائة وثلاث وعشرون ألف وستمائة دولار أمريكي، على أن يتم إجراء المقاصة بين المبلغ المحكوم به للشركة وبين قيمة الدفعة المقدمة من العقد التي صرفت لها وقدرها (20909070,91) ملياران وتسعون مليون وتسعمائة وسبع ألف وواحد وتسعون يورو وإعادة أصل ضمان هذه الدفعة بعد المقاصة وإتخاذ الإجراءات الضرورية لإنهاء خطابي ضمان الدفعة المقدمة وحسن التنفيذ والتوقف عن طلب أية تمديدات إضافية لهما.

الأمر الذي يتضح معه أهمية إدراج شرط خاص بالقوة القاهرة في العقد، ليس فقط من أجل تحديد المقصود بها وحالاتهما، وإنما التمكن من مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها، حتى ولو لم يكن بالإمكان توقعها خاصةً في عقود الاستثمار الدولية.

المطلب الثاني

المنازعات الناتجة عن تغير الظروف التي تم فيها التعاقد نتيجة الظروف الطارئة

إن جُل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، والتي تبرم بين حكومات الدول المضيفة والشركات الاستثمارية الدولية، مبعثها حدوث ظروف طارئة، لم تكن متوقعة عند إبرام التعاقد خاصةً في عقود الاستثمار الدولية، فالثورات العلمية والاقتصادية والتكنولوجية، أصبحت من خصائص السوق الدولية والتقلبات الاقتصادية أضحت السمة البارزة في كثير من دول العالم، أما التغيرات السياسية فكثيرة، ما تحصل- في زمن الراهن- في بعض الدول العربية خاصةً في دولتي ليبيا واليمن؛ ومن ثم تأثير ذلك على الاستثمارات الدولية المقامة على أراضيها، والتي تصل في بعض الاحيان إلى حالة القوة القاهرة.

فالأحداث التي حصلت في الدولة الليبية أثناء السابع عشر من فبراير لعام2011م وبعده وما ترتب عليها من تغيرات سياسية أدت إلى اندلاع الحرب في الشرق ومن بعده الغرب الليبي، وما رتبته من خسائر اقتصادية على الناتج القومي خاصةً في قطاعَيْ النفط والاستثمار من غلق للحقول وللموانئ وتدمير لبعض المطارات والحقول النفطية ومواقع المشاريع الاستثمارية، وحرق للعديد من المؤسسات العامة والخاصة وانخفاض في معدلات الإنتاج الخام الليبي، ومغادرة الشركات الأجنبية أثناء تلك الأحداث، وبعد عودة بعضها في عام 2012، وتوقف تلك الشركات الاستثمارية الدولية عن مواصلة استثماراتها في ليبيا طيلة هذه الأحداث، وبعدها؛ مما تسَّببَ في خسارة فادحة لكلا الطرفين في جميع أنواع المجالات الاستثمارية، وما ترتب عليه من منازعات وقضايا دولية وأحكام تحكيمية، وفي مصير العقود والاتفاقات الدولية في حرب الخليج أبرز مثال خاصةً العقود الاستثمارية التي سبق إبرامها مع

دولة العراق؛ حتي وصل الأمر فيها إلى برنامج الأمم المتحدة (النفط مقابل الغداء) وما آل إلية حالها بعد ذلك لفيه من العبر والموقف الكثير[1].

إن هذه الاعتبارات والظروف الاقتصادية والاجتماعية والتي من شأنها أن تؤثر في تدفق رأس المال وتوظيفه، تشكل ما يعرف بالمناخ الجاذب للاستثمار، والذي يستند على مقومات عديدة، أهمها الاستقرار السياسي والأمني والاقتصادي والاجتماعي، وفي براح تلِك الظروف من الصعب على أي دولة من دول العالم أن تعيش لوحدها منعزلة عن غيرها فيما يتعلق بمسألة التعامل مع سائر الدول بمختلف أنظمتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، ومن ثم لابد من حصول تفاعل بينها من خلال التعاقدات الدولية مع ما قد يحصل فيها من تغيرات في الظروف السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية التي ينشأ في ظلها العقد الاستثماري، ومن ثم فهي تخرج عن إرادة الطرفين وقد تحول دون تنفيذ العقد، إلا إذا قام المدين بذلك مع تحمله للخسارة التي تحصل والتي تقلب التوازن الاقتصادي الذي قام عليه العقد.

إذن فالظروف الطارئة، أو الاستثنائية هي الأحداث غير المألوفة نادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة كما في حالات القوة القاهرة، إلا أنها تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً وليس مستحيلاً؛ لأن الظرف الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وإنما تجعله مكلفاً، مما يكون تعديل العقد هو الحل الغالب في الظروف الطارئة عوضاً عن إلغاء العقد وإنهائه[2]، خاصة في ظل عقود الاستثمار الدولي طويلة المدة نسبياً.

ويمكن تعريف شرط الطوارئ بأنه ذلك الشرط الذي بمقتضاه يكون لأطراف عقد الاستثمار الدولي، حال تغير الظروف التي واكبت إبرامه تغيراً ًيخل بالتوازن الذي رسمه له أطرافه، ويجعل تنفيذ أحدهما، أو كليهما لالتزاماته مرهقاً، ملاءمة العقد مع الظروف الجديدة[3].

وقد نص المشرع الليبي في القانون المدني، المادة (147) الفقرة (الثانية) أنه: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، ولم يكن في الوُسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي - تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين- أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما وردت نصوص قانونية أخرى في ذات القانون المدني، تقرر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالات خاصة من ذلك المادة (607) الخاصة بعقد الإيجار والمادة (657) الخاصة بعقد المقاولة [4]، وكذلك نص المادة (147) الفقرة (الثانية) من القانون المدني الليبي، والمطابقة لنص المادة (147) الفقرة (الثانية) من القانون المدني المصري.

([1]) أقامت حكومة دولة العراق دعوى باسم ولمصلحة مواطني الجمهورية العراقية أمام محكمة مقاطعة جنوب نيويورك، ضد أكثر من تسعين شخص مدعى عليهم (ABB AG وسواهم)؛ وذلك للتعويض عن الخسائر الناجمة عن الرشوة المدعى بها، في برنامج الأمم المتحدة (الغداء مقابل النفط)، ومن بين المتهمين في موضوع الرشوة بنك ناسيونال دو باريس باري با، الذي كان يدير الحساب الوسيط لأموال البرنامج وفقا لعقد مبرم بين سلفه والأمم المتحدة. وتدعي العراق بكونها طرفًا ثالثًا مستفيدًا من هذا العقد، بأن بنك ناسيونال دو باريس خالف العقد المذكور، من خلال القيام بعدة أمور، كمساعدة بعض الاطراف الآخرين في مخالفة قواعد البرنامج وإخفاء المعلومات عن هذه المخالفات، وتضمن العقد المبرم بين بنك ناسيونال دو باريس والأمم المتحدة بندا تحكيميًا، سعت حكومة العراق إلى الاستفادة منه وطلبت إصدار الأمر بإحالة النزاع إلى التحكيم، تمسك بنك ناسيونال دو باريس بواقعة أنه لا يجوز إجباره على اللجوء إلى التحكيم وطلب في المقابل إصدار أمر بمنع اللجوء إلى التحكيم، وفي 2011/3/3، انتهت المحكمة إلى رفض طلب العراق بإحالة النزاع إلى التحكيم ومنحت بنك ناسيونال دو باريس أمرا بمنع اللجوء اليه، مجلة التحكيم العالمية، باب الاجتهاد الدولي، اجتهادات المحاكم الأميركية، بيروت، العدد الحادي عشر، يوليو 2011، ص 543.

([2]) د. محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مرجع سبق ذكره، ص 209 وما بعدها، د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 131 وما بعدها.

([3]) د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده ....، مرجع سبق ذكره، ص60.

([4]) الجريدة الرسمية، القانون المدني الليبي، عدد خاص، بتاريخ 1954/2/20.

مما يتضح من هذا النص أن هناك أربعة شروط لإعمال نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الليبي والمصري وهي:

الشرط الأول: أن يتراخى تنفيذ العقد: بمعنى أن تمر فترة زمنية بين مرحلة الانعقاد ومرحلة التنفيذ، كما هو الحال في عقود الاستثمار. وألا يكون التراخي في التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين.

الشرط الثاني: أن تجد حوادث استثنائية عامة: أي أن يكون هناك حادث استثنائي عام لم يكن في الحسبان توقعه، مثل: الحرب أو الحصار أو الزلزال أو وباء أو إضراب مفاجئ أو فرض حصار بحري أو جوي أو صدور قانون بفرض تسعيرة أو يلغي تسعيرة قائمة أو يرفع نسبة الجمارك أو الأجور...[1]، بمعنى ألا تكون الحوادث العامة مقصورة على المدين وحده، بل تشمل طائفة من الناس، فلا يعتد بإفلاس المدين مثلاً.

الشرط الثالث: أن تكون الحوادث الاستثنائية غير متوقعة: بمعنى إذا كانت الحوادث متوقعة فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة، إذ كان على المدين أن يأخذها في حسابه عند التعاقد، فمعيار التوقع معيار موضوعي وليس شخصياً، أي أن العبرة بما يتوقعه الشخص العادي لا بما توقعه المدين، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة مثلاً في حالة هبوط سعر العملة سواء كان الهبوط نتيجة تقلبات الأسعار، أو ارتفاعها[2]؛ ويتفرع عن ذلك أن الحادث الذي يستطيع دفعه سواء أن كان متوقعاً أو غير متوقع، لا يعد استثنائياً، ولا يحتج بدفعه بالحادث الطارئ.

الشرط الرابع: أن تجعل هذه الحوادث التزام المدين مرهقاً لا مستحيلاً: أي يشترط أن يترتب على هذا الحادث الاستثنائي العام غير المتوقع، أن يصبح الوفاء بالالتزام من جانب المدين مرهقاً له إلى الدرجة التي يكون فيها مهدداً بخسارة فادحة مؤكدة، فالحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مكلفاً للمدين، ومن ثم يشترط في الخسارة التي تلحق المدين أن تكون فادحة، أما الخسارة المألوفة فلا تكفي، ومدى فداحة الخسارة أمر ينظر فيه إلى العقد في ذاته لا إلى ظروف المدين نفسه، كأن يكون واسع الثراء كشركة كبيرة، أو ذات رأس مال ضخم، أو الدولة، أو أحد أشخاصها الاعتبارية[3].

متى توافرت الشروط السابقة جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، المادة (2/147) من القانون المدني الليبي، وتعديل العقد الاستثماري في حالات الظروف الطارئة، يتخذ صوراً متعددة، فهو قد يحصل عن طريق وقف تنفيذ العقد مؤقتاً إذ توقع زوال الظرف الطارئ بعد مدة معقولة، ولا يسبب الوقف ضرراً جسيماً للدائن، أوعن طريق منح المتعاقد المرهق مهلةً أخرى للتنفيذ، أو بتعديل العقد، وذلك بتوزيع الخسارة غير المألوفة بين الطرفين، أو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وتواجه العقود الاقتصادية الدولية بصفة عامة، وعقود الاستثمارات الدولية بصفة خاصة حاجز قدسية العقد من حيث مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ القوة الملزمة للعقد[4].

فأغلب الشركات الاستثمارية تتمسك باستقرار العلاقات العقدية واستمرارها دون إحداث أي تعديل، أو تبديل في نصوصها، بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله ولا تبديله إلا باتفاق الطرفين، وبقرينة علم المتعاملين في التجارة الدولية بأحوال السوق وتقلباته، وأن اتفاقات الاستثمار الدولي، لا تعدو أن تكون عقوداً عادية قائمة على الاتفاق الحر بين أطرافها، لأن علاقتها بحكومة الدولة المضيفة

(1) د. ثروت حبيب، المصادر الإدارية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قاريونس، 1978، ص369.
(2) د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، مرجع سبق ذكره، ص213.
(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص722، 723.
(4) د. ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا، دبلوم قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، للعام الجامعي 2012،2013.

للاستثمار، أو من يمثلها، قد أفرغت ضوابطها في قالب جامد يتضمن نظاماً محدداً للالتزامات والحقوق، وأن أي تعديل في هذا المضمون الثابت المحدد يمثل إخلالاً بالقوة الملزمة لهذه الاتفاقات[1].

ومن ثم تتمسك الشركات الاستثمارية بذلك، مؤكدة على أن الأطراف المتعاقدة قد قاموا بإبرام عقودهم وهم على علم بالأخطار المحتملة، في حين تتمسك حكومات الدول المضيفة لرأس المال الأجنبي، بأن عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي لها طبيعتها الخاصة المتميزة، فهي أشبه بوثيقة دستورية مرنة، قابلة للتطوير تبعاً للتغير في الظروف المصاحبة لإبرامها، وذلك لارتباطها بظروف الدولة المضيفة ومصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فعقود الاستثمار ذات آجال طويلة، قد تتغير خلالها الظروف السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية للدولة المضيفة تغيراً جذريا تستلزم في المقابل تغييرات مماثلة في نصوص هذه العقود والتزاماتها[2].

إذ تنظر الدول المضيفة إلى عقود الاستثمار على أنها أطرافٌ لتنظيم العلاقة بين أطرافها، ولكن دون النظر إليها على أساس أنها تتضمن تحديداً جامداً للحقوق والالتزامات بين أطرافها، وإنما هي تعد بمثابة الإطار الذي يتم علي أساسه تنفيذ العقد فحسب ، في إطار إعادة التوازن المتبادل بين الطرفين، كلما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد جاز التعديل.

ويرى أغلب الفقه الدولي لأعمال الشروط الطارئة في العقود الدولية توافر ثلاث شروط أساسية في هذه الظروف:

أولاً: أن تتسم هذه الظروف بالعمومية كالتغيرات في النظام النقدي الدولي، أو التغير في الظروف الاقتصادية أو التجارية أو حدوث تغيرات سياسية خارجية أو داخلية أو أحداث من شأنها الإخلال بسير العمل الطبيعي في المؤسسات المالية لأحد الأطراف.

ثانياً: أن تكون غير متوقعة، بمعنى خروج هذه الظروف عن دائرة السيطرة المعقولة للأطراف، فلا يجوز لأحد الأطراف التعلل بتغير في الظروف كان هو السبب في حصولها.

ثالثاً: أن يكون من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي أو أن تجعل تنفيذ أحد الأطراف أو كليهما لالتزاماته مرهقاً[3].

من هذا المنطلق، وأمام تعنت المستثمر- عادة- في تقبله لإعادة النظر مرة أخرى في شروط العقد الاستثماري الدولي، خاصةً إذا ما كانت لصالحه بصفة مطلقة، فإن الدول تحرص على تضمين عقودها الاستثمارية الدولية شروطاً تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد، والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تُحدِث خللاً في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين[4].

وهذه الشروط تعرف بشروط **المراجعة**، أو إعادة التفاوض، ومن أهم التطبيقات العملية لها ما يعرف **بشرط إعادة التفاوض** لتعديل أحكام العقد، وهو في الحقيقة شرط يدرجه الطرفان في عقد الاستثمار، ويلتزمان بمقتضاه بالتفاوض لتعديل أحكام العقد، وذلك إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد[5]، أو هو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفان بتعديل العقد الذي يربطهما إذا حدث تغير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبها وأدت إلى تغُّير توازن العقد وتحمل أحدهما لخسارة فادحة[6].

([1]) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص140.

([2]) المرجع السابق، ص142.

([3]) د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، مرجع سبق ذكره، ص 62،63.

([4]) بعض هذه الشروط ترتب نتائجها بمجرد تحقق أسبابها دون الحاجة إلى إعادة التفاوض بين أطرافها مرة أخرى، ومن ذلك شرط الدولة الأكثر رعاية، وشرط المستثمر الأكثر رعاية، ويُقصد به جعل الدولة، أو المستثمر في وضع أفضل من مثيله في نفس المنطقة الجغرافية، أو تلك التي تتلقى استثمارات متصلة بنفس القطاع الإنتاجي.

([5]) د. أبو العلاء علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002، ص81.

([6]) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1992، ص103.

ويستخدم مصطلح (hard ship) للتعبير عن هذا الشرط، وهو مصطلح إنجليزي يعبر عن المشقة، أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغير الظروف التي أبرم في ظلها، وقد ترتب على تكرار هذا الشرط في عقود التجارة الدولية وشيوع استخدامه، أن أصبح شرطاً مألوفاً في هذا المجال، ولا يوجد في الفقه الفرنسي مصطلح يرادف نفس المصطلح الإنجليزي، رغم مرجعية كلتا اللغتين إلى اللغة اللاتينية. ولذلك يستخدم في الفقه الفرنسي مسميات أخرى للتعبير عن مضمون هذا الشرط، ومثال ذلك: مصطلح الظرف الطارئ، أو شرط العدالة والإنصاف، أو شرط المراجعة، أو شرط الحماية أو الوقاية، وغيرهم [1].

ومن الجدير بالذكر أنه يجب أن يتضمن شرط إعادة التفاوض، المدة التي يمكن من خلالها مراجعة العقد، بالإضافة إلى نوع الظروف التي تعتبر من قبيل الأحداث الطارئة أو ماهيتها ، والأهم أيضاً أن يتفق الأطراف عقِب هذا التفاوض على العقد القائم بينهما، والنتائج التي تترتب على ثبوت التغير الفعلي في هذه الظروف.

وقد يُثار التساؤل في حالة خلو العقد من أي شروط، سواء تلك الخاصة بثبات العقد واستقراره، أو تلك المتعلقة بضرورة مراجعته وإعادة التفاوض بشأنه، والتي تمثل الوضع الغالب في عقود الاستثمار، هل يمكن القول أن هذه العقود تقتضي بطبيعتها مراجعتها وإعادة التوازن الاقتصادي لها إذا ما حدثت ظروف سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية أخلت بهذا التوازن ؟

إن عقود الاستثمار الدولية تتسم بآجالها الطويلة، كما أنها ترتبط في النهاية بالخطط التنموية في الدول المضيفة، لذلك فمن غير المنطقي الانتهاء إلى إغفال أثر المتغيرات المختلفة، وطنية كانت أم دولية على حاضر هذه الاتفاقات ومستقبلها، خاصةً وأن غالبية أطراف عقود الاستثمار هم دول نامية، من جهة، وشركات عملاقة مسيطرة تفوق إمكاناتها ما هو متاح لكثير من الدول النامية، من جهة أخرى، الظاهر أن العدالة تقتضي أن يُعاد النظر في الاتفاقات الاستثمارية في حالة تغير الظروف المواكبة لإبرام تلك الاتفاقات.

ويبدو أن، هذا الرأي يجد قبولاً وتأكيداً، من الأغلبية الساحقة من الفقه، والقضاء الدولي، خاصةً إذا ما تعلقت هذه الاتفاقات باستغلال مصادر الثروة الطبيعية للبلاد المضيفة للاستثمار الخاص الدولي، ويزداد صداه في تقرير جمعية القانون الدولي (AUSTRALIANBRANCH) الذي أكد على أن اتفاقات التنمية الاقتصادية بطبيعتها لا يمكن النظر إليها على أنها غير قابلة للتغيير، أو التبديل، وأن إعادة التفاوض بشأن النصوص القانونية لهذه الاتفاقات يؤدي إلى دعمها وتقويتها ودوامها[2].

وهذا ما أكد عليه تقرير السكرتير العام للأمم المتحدة الصادر في 1983/4/7 والخاص بالسيادة الدائمة على المصادر الطبيعية، بقوله: أن عقود التنمية الاقتصادية أضحت من الضرورات الملحة التي تبررها التغيرات في الظروف العالمية[3].

إذا إعادة التفاوض من أجل تعديل العقد مع المتغيرات الطارئة، يُعَدُ من الضرورات الملحة التي تبررها الحياة الاقتصادية ليواصل العقد الاستثماري مسيرته ولكن بالشروط الجديدة، المتفق عليه.

عليه، فإن المستثمر يسعى- أثناء التعاقد- إلى إدراج شرط الثبات التشريعي أو ما يسمى (بشرط الاستقرار العقدي)؛ وذلك للحيلولة دون تطبيق أي قانون تصدره الدولة أو أي إجراء تتخذه ويكون من شأنه التأثير سلباً على مركزه القانوني والاقتصادي، ويُخِلُّ بالتوازن العقدي معه بزيادة أعبائه أو

([1]) د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م، ص313.

([2]) يشير في هذا التقرير إلى أن التغيير في اتفاقات التنمية الاقتصادية نتيجة التغير في الظروف، ليس مسلكاً خاصاً بالدول النامية، فقد أقدمت بريطانيا على اتخاذ تدابير انفرادية بغية التغيير في أحكام التراخيص الممنوحة للتنقيب عن البترول في بحر الشمال. هذا التقرير في: David Flinl (Foreign Investment, and the new international economic order (NIED)), in permanent sovereignty over natural resources. Op. cit, p.1

([3])E/C. 7/ 1983/ 5, 7 April /1983 Paves 13, 14.

إضافة التزامات عليه وما إلى ذلك[1]، بينما تحرص الدولة و أجهزتها المتعاقدة على إدراج شرط المراجعة أو ما يسمى (بشرط إعادة التفاوض) حول بنود العقد أو الاتفاقية، لأجل مواجهة التغيرات في الظروف، التي تجعل الاستثمارات محل التعاقد غير محققة لطموحاتها التنموية، أو أنها قد أصبحت تشكل عبئاً عليها[2].

وبناء على ذلك، فإن تغير الظروف والاشتراطات التي توضع لمواجهتها ستؤدي إلى كثير من المنازعات والتي تحتاج إلى وسيلة ملائمة لحلها، والتي يرى اتجاهٌ واسعٌ أن التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملاءمة والأكثر فاعلية لحل المنازعات الاقتصادية الدولية عموماً والمنازعات الاستثمارية خصوصاً[3]، وذلك لأن التغيُّرات المستمرة التي تحدثها الظروف على تنفيذ العقد الاستثماري الدولي والطرق المستخدمة في معالجة مثل هذه الظروف قد أدى إلى إحداث مفاهيم فرضها واقع عقود التجارة والاستثمار الدولي أدت بطبيعة الحال إلى عدم فعالية القواعد والنظم القانونية لدى التشريعات في حل مشاكل تغير الظروف في واقع عقود الاستثمار الدولي، فنظرية الظروف الطارئة لم تعد أحكامها تساير هذه المتغيرات المستمرة في الظروف التي تواكب مثل هذه العقود، فإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد في الحدود المنصوص عليها في القانون الداخلي لم يعد يتماشى مع واقع عقود الاستثمار الدولي التي تُعد أطرافها غير متوازية أحدهما يخضع إلى القانون العام الدولي والآخر إلى القانون الخاص الدولي، وكذلك الأمر بالنسبة إلى نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، فشروطها التقليدية لم تعد تساير الظروف المتغيرة والحديثة، ومن ثم فإن الواقع العملي لعقود الاستثمار الدولي خلق حلولاً لمواجهة هذه المتغيرات من أهمها ما يلي:

1. إعطاء حرية أكبر للأطراف الاستثمارية في تحديد مفاهيم الظروف المتغيرة وتنظيم شروطها؛ بحيث أصبح للقوة القاهرة مفهوماً حديثاً ومتوسعاً تمليه إرادة الأطراف، كما أنه بإمكان الأطراف صياغة شروط القوة القاهرة بشكل يتلاءم مع طبيعة العقود الاستثمارية الدولية حتى تفي بالغرض الذي أنشئت من أجله.

2. ترك تنظيم الظروف الطارئة للاتفاقات الخاصة حتى تساير متطلبات واقع عقود الاستثمار الدولي، وبما يسمح بتعديل العقد بشكل يضمن العدالة في تكافؤ الالتزامات ورفع الإرهاق الفادح إلى الحد المعقول، وبما يتماشى مع الأهداف التي من أجلها تم تأسيس نظرية الظروف الطارئة.

3. التزام المدين بإخطار الدائن بوقوع الظرف وآثاره على تنفيذ الالتزام والتزام الدائن بتقليل الضرر الواقع عليه وعدم الزيادة في مسئولية المدين، مع التزام الطرفين بمبدأ الحفاظ على العقد والعمل على إزالة أي عائق أو مانع للتنفيذه.

4. إدراج شرط إعادة مراجعة العقد بنص صريح في العقد كوسيلة أو مخرج تمكن الأطراف من تصحيح اختلال التوازن العقدي الذي يسببه تغير الظروف أو القوة القاهرة، مما يعزز الثقة والاطمئنان بين أطراف العقود الدولية عامة والاستثمارية خاصة[4].

ومن الجدير بالذكر أن تقدير الواقعة تعتبر قوة قاهرة أو ظروف طارئة أو لا من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، بشرط أن يقيم قضاءه على أسباب سائغة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية بقولها: "من المقرر وفق قضاء

(1) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 294.
(2) د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، مرجع سبق ذكره، ص 183.
(3) د. أبو العلا على أبو العلا النمر، العولمة والنظام العالمي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص 72.
(59) د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 374،373، د. حسبوا الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الاسكندرية 1979، ص 350،349، د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، دار نصر للطباعة الحديثة القاهرة، 2012، ص 84 ،85.

المحكمة أن القوة القاهرة توقف مواعيد الطعن، وأن تقديرها يعود إلى محكمة الموضوع، فإذا أثبتت هذا الدفع وجب عليها أن ترد عليه إيجابًا أو رفضًا، لأنه دفع جوهري"[1].

وقد أثير الدفع بوجود الظروف الطارئة في عدد من القضايا الاستثمارية المعروض على التحكيم، والتي منها ما يلي:

1- قضية شركة البناء التركية (جنكيز إنسات) القابضة ضد الدولة الليبية[2]:

أبرمت الحكومة الليبية عام 2009، عقد مشروع إنشاء سد للمياه والبنية التحتية لمدينة سبها، الواقعة في الجنوب الليبي.

وبدأت الشركة عملها بين عامي 2009 و2011، واستمرت في ذلك إلى أن اندلعت أحداث السابع عشر من فبراير 2011، فتعرضت مقراتها إلى النهب والتخريب، بعد توقفها عن العمل ورجوعها إلى دوله جنسيتها، فقامت الشركة برفع دعوى تحكيمية ضد الدولة الليبية أمام محكمة الدولية التحكيم بغرفة التجارة الدولية؛ استناداً إلى اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الدولة الليبية والتركية، مؤسسة دعواها على ما ادعته من حصول انتهاكات متعددة، والمتمثلة في المعاملة التمييزية غير العادلة والمساوية لنظرائها من المستثمرين على الأراضي الليبية، وذلك من خلال إخلالها بواجب حماية مواقع استثماراتها التي تعرضت إلى الاعتداء بالنهب والسلب بما فيها من معدات وآليات ومواد خام، جراء أحداث السابع عشر من فبراير 2011. ارتكبتها الدولة الليبية بالمخالفة للمعاهدة الاستثمار الثنائية المبرمة مع الدولة التركية الموقعة في مدينة طرابلس، بتاريخ 2009/11/25 والقاضية بالمعاملة العادلة والمتساوية للمستثمرين من دولتين مع توفير الحماية اللازمة لهم طبقاً لأحكامها[3]، وقد نظرت هذه القضية أمام محكمة التحكيم الدولية عن طريق المحكم الفرد(القاضي الأمريكي خوان فرناندير أرميستو)، والذي قضى فيها بتاريخ 2018/11/7 بما يلي:

أولاً: باختصاصه في نظر الدعوى.

ثانياً: بإلزام الدولة الليبية بأن تدفع مبلغ (51200000) واحد وخمسون مليون ومائتي ألف دولار أمريكي على سبيل التعويض عن إخلالها بواجب توفير الحماية الكاملة لاستثمارات الشركة المدعية وفقاً للمادة (212) من المعاهدة المذكورة، مع فائدة قدرها 5% اعتباراً من 2011/09/01 ، حتى السداد التام للمبلغ المقضي به.

ثالثاً: برفض جميع الطلبات الأخرى مع تحميل مصاريف التحكيم بين الطرفين بالتساوي، وأن يتحمل كل طرف النفقات القانونية الخاصة به [4].

(60) المحكمة العليا، طعن إداري رقم 40/7ق، جلسة 1994/3/26، مجلة المحكمة العليا، طرابلس، السنة التاسعة والعشرون، العددان الثالث والرابع، ص 68.

([2]) رغم المحاولات المتكررة للحصول على نسخة من الحكم الصادر في هذه القضية من إدارة القضايا الليبية، قسم المنازعات الخارجية، إلا أنه لم نتمكن من ذلك تحت حجج كررها رئيس القسم المختص وهي:1- أن هذه الأحكام حديثة وتحتوي على اتفاق السرية وذلك بعدم نشر حيثياتها من وقائع وأسباب التي بنى عليها الحكم التحكيمي قضاءه، وإن اتفاق السريَّة باقٍ الى أن يتفق الأطراف على نزعه. 2- وجود قضايا أخرى مماثلة منظورة أمام هيئات التحكيم بالمحكمة الدولية للتحكيم التابعة إلى غرفة التجارة الدولية وخوفاً من الاستعانة بها والاستفادة من الدفوع المقدمة فيها.3- أن هناك أعداد آخري من الشركات لم ترفع دعاوي بعد وقد تستند عليها لرفع دعاوى تحكيمية دولية ومن تم تستفيد من الأخطاء التي وقع فيها الخصوم وما جاء فيها من دفاع ودفوع في تلك الأحكام التي يعد جزء منها لصالح الدولة الليبية.

([3]) لم تنشر الاتفاقية كاملة في الجريدة الرسمية الليبية، كما يجب، وإنما نشر جزءٌ صغيِّر جداً منها مقتطف، ضمن مجموعة من الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الليبية مع غيرها من الدول، والتي من بينها تلك الاتفاقية. الجريدة الرسمية، مدونة التشريعات، العدد(3) السنة العاشرة،2010، بتاريخ 2010/05/15، ص118.

([4]) الموقع الرسمي لإدارة قضايا الدولة الليبية، WWW.dfd. Com.ly .

2- قضية شركة (أولين) القبرصية ضد الدولة الليبية المتمثلة في هيئة تشجيع الاستثمار:

وهي تلك القضية المرفوعة أمام المحكمة الدولية للتحكيم بالغرفة التجارية في باريس، استناداً على شرط التحكيم المدرج في الاتفاقية الثنائية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين الدولة الليبية والقبرصية لعام 2004، والموقعة في مدينة طرابلس الليبية في 2004/6/30[1].

وذلك لغرض تعويضها، عما تدعيه من أضرار لحقت بها، إبَّان أحداث السابع عشر من فبراير 2011؛ في الدولة الليبية نتيجة إخلالها بواجب حماية المصنع التابع لها في مدينة طرابلس.

وبما أن المادة (2/2) من الاتفاقية، قد نصت على أن: "جميع الاستثمارات التي يقوم بها الطرف المتعاقد في حدود إقليم الطرف الآخر يجب أن تجد في كل الأوقات كل الرعاية والأمن والعدل، وتتمتع بالحماية من الطرف الأول وفقا للقانون، لا يتوجب على أي طرف متعاقد العمل على إعاقة عمل الطرف الآخر بأية إجراءات غير مقبولة أو وضع العوائق في الإجراءات أو الإدارة أو الصيانة أو الاستعمال أو التمتع أو التوسع أو التصرف في مثل هذه الاستثمارات".

كما نصت المادة (5) من الاتفاقية على(التعويضات عن الخسائر والأضرار)، أن:

1- أي استثمارات لمستثمري أي طرف متعاقد داخل حدود الطرف الآخر يلحق بها ضرراً بسبب الحرب أو النزاعات العسكرية المسلحة أو حالة الطوارئ، أو الثورات أو العصيان المسلح، أو الاضطرابات المدنية أو أي أحداث مشابهة سوف يعوض عنها من الطرف المتعاقد الآخر وذلك طبقاً لتعويض إعادة الوضع إلى أصله، التعويض ضد المخاطر، التعويض النقدي أو أي دفعات أخرى وهي معاملة لا تقل عن المعاملة التي يمنحها الطرف المتعاقد مع مستثمريه أو مستثمري أي طرف ثالث أيهما كان الأفضل للمستثمر المعني، وجميع التعويضات المدفوعة تكون قابلة للتحويل .

3- ومع الاعتبار للفقرة (1) فإن أي مستثمر لأي طرف من الطرفين المتعاقدين يتعرض إلى الظروف المشار إليها أعلاه في هذه الفقرة – يعاني من خسارة داخل حدود الطرف الآخر المتعاقد وتكون ناتجة عن:

أ- مصادرة استثماراته أو جزء منها بواسطة قوات أو سلطات الطرف الآخر المتعاقد، أو

ب- هلاك استثماراته أو جزء منها بواسطة قوات الطرف الأخر أو سلطاته ولم تكن ضرورية بحكم الوضع، فإن الطرف المتعاقد الآخر يكون له الحق في التعويض بإعادة الشيء إلى أصله أو التعويض النقدي، والذي في كل الحالات يجب أن يكون سريعاً وكافياً وذو فعالية وأن دفعات التعويض الناتجة يجب أن تدفع بدون أي تأخير وتكون قابلة للتحويل".

مما دعا هيئة التحكيم إلى الحكم لها في 2018/5/25 بإلزام الدولة الليبية بأن تدفع إلى الشركة المدعية مبلغ قيمته (18,225,000) ثماني عشرة مليون ومئتان وخمس وعشرون ألف يورو، مع مصاريف التحكيم وأتعاب المحاماة [2].

([1]) لم تنشر نصوص الاتفاقية رغم صدور القانون رقم (10) لسنة2005 بشأن التصديق علي المعاهدات والاتفاقيات والبروتوكولات الدولية المبرمة بين الدولة الليبية والدول الاخرى وفي نطاق المنظمات الاقليمية والدولية، وانما مجرد تعداد لتلك الاتفاقيات بعناوينها، الجريدة الرسمية، مدونة التشريعات، العدد3، لسنة2005، ص105،102.

([2]) الموقع الرسمي لإدارة قضايا الدولة الليبية.www.dfd.com.ly

الخاتمة

إن لتغير الظروف المعاصرة لإبرام العقد آثارٌ من غير الممكن تجاهلها خاصة على صعيد العقود الدولية طويلة الأجل كعقود الاستثمار الدولي؛ مما أضطرّ المتعاقدين الدوليين إلى تضمينها طرق كيفية معالجتها، إما في عقودهم استنادا على المعاهدات الدولية المبرمة بين دولهم بإعطاء حرية أكبر للأطراف الاستثمارية في تحديد مفاهيم الظروف المتغيرة وتنظيم شروطها؛ بحيث أصبح للقوة القاهرة مفهوماً حديثاً ومتوسعاً تمليه إرادة الأطراف.

كما أن الحادث الأجنبي يختلف أثره على التزام المدين، فإذا أدى إلى استحالة التنفيذ، فيتم تكييفهُ على أنهُ قوة قاهرة. أما إذا أدى إلى الإرهاق المالي فيتم اعتباره ظرفاً طارئاً. وقد لا يكون له أي أثر، خاصة في عقود الاستثمار الدولي.

إن لمصطلح القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون الداخلي معانٍ ومفاهيم يختلف عن نظيراتها في القانون الدولي فقد توسعت الاتفاقيات الدولية بأن شملت القرارات الحكومية، والتي لا تعتبر قوة قاهرة بحسب مفهومها الداخلي غير أن المتعاملين في التجارة الدولية حرصوا عند صياغتهم لشرط القوة القاهرة على تضمين القرارات الحكومية كصورة للقوة القاهرة، ومن ثم اعتبرتها العديد من قرارات التحكيم قوة قاهرة.

لذا فإن الدول تحرص على تضمين عقودها الاستثمارية الدولية شروط تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد، والتفاوض فيه وهذه الشروط تعرف بشروط **المراجعة**، أو إعادة التفاوض لتعديل أحكام العقد، بما يساير متطلبات واقع عقود الاستثمار الدولي، وخصوصياته.

والحمد لله رب العالمين

المراجع:

أولا: المراجع بالغة العربية

أ- الكتب:

1- د. أبو العلاء علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002.

2- د. أبو العلا على أبو العلا النمر، العولمة والنظام العالمي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.

3- د. أحمد إبراهيم عطية، مجموعة التشريعات المصرية- القانون المدني- معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، القاهرة، الطبعة الثانية، 2012.

4- د. ثروت حبيب، المصادر الإدارية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قاريونس، 1978.

5- د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م،

6- د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة، وإعادة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

7- د. عبدالمنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية القاهرة، 1974.

8- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009.

9- د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار نصر للطباعة الحديثة، القاهرة، 2010.

10-د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد 1100إلى 1231-7) من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.

11-د. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الشركة الوطنية للطباعة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الرابعة، 2003 م.

12-د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، بدون ذكر لدار نشر، 1986.

13-د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، بدون ذكر لدار نشر، القاهرة، 2002.

14-د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، دار ناصر للطباعة الحديثة، القاهرة، 2013 م.

15-أ.هشام أحمد فؤاد عزيز، أحكام الإضراب بين الفقه والقانون، دار اليسر، القاهرة، الطبعة الاولي، 2013.

ب: الرسائل والبحوث العلمية:

1- د. جمال الدين نصار، اتفاقية المشروع في المشروعات بنظام البوت، مجلة التحكيم العربي، القاهرة، العدد السابع، أغسطس، 2001، ص40.

2- د. حسبوا الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الاسكندرية 1979.

3- د. عمر مشهور حديثه الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المجلة اللبنانية للتحكيم، بيروت، العدد 23، لسنة 2003.

4- د. نادر محمد إبراهيم، إثبات استحالة دفع حادث القوة القاهرة في التجارة الدولية تعليقاً على حكم تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 10527 لعام 2000، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد الثالث والعشرون، يوليو 2014.

د. التشريعات المحلية:

1- القانون المدني الليبي**.**

2-القانون المدني المصري**.**

ه- أحكام القضاء والتحكيم:

1- أحكام المحكمة العليا الليبية**.**

2- أحكام محكمة النقض المصرية.

3- اجتهادات المحاكم الاميركية**.**

4- أحكام محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية.

ثانيا: المواقع والمراجع الاجنبية:

1- WWW.dfd. Com.ly . الموقع الرسمي لإدارة قضايا الدولة الليبية،

2-Lesguillons, (H); Frustration, Force Majeure, Imp revision, welgafallder

Geschafts grundlage. Dr.Prat.com.Int,n4,1979.

3- Ludovic Landivaux, Contrats et coronavirus: un cas de force majeure? Ca depend…, Dalloz, mars, 2020.