شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن في عقود الاستثمار

إعداد

أ.م.د/ حسام الدين محمود حسن
أستاذ مساعد ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق- جامعة المنصورة

المقدمة

أولا- موضوع البحث:

يعد موضوع الاستثمار من أكثر الموضوعات أهمية، سواء من الناحية النظرية، أو الناحية العملية، وسواء بالنسبة إلى الدول المتقدمة، أو الدول النامية، خاصة وأن الشركات متعددة الجنسيات أصبحت تستثمر أموالها خارج حدود الوطن الأم للشركة[١]، للاستفادة من مميزات الإنتاج في الدول النامية، وأهمها: انخفاض أجور الأيدي العاملة، ووفرة المواد الأولية اللازمة لإنتاج سلع أقل تكلفة، وذات قدرة تنافسية عالية في الأسواق العالمية[٢].

فلا شك أن عقود الاستثمار تعد من أهم العقود الدولية، لما لها من دور مهم وفعال في التنمية الاقتصادية للدول، حيث تساعد هذه العقود الدول على استغلال ثرواتها الطبيعية، كما تعد أداة لنقل التكنولوجيا، والخبرات، والتجارب الفنية من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، فضلا عن خلق فرص عمل جديدة. لكل هذا اهتمت جميع الدول بمثل هذه العقود، من خلال منح التسهيلات اللازمة، سواء كانت مالية عن طريق الإعانات المالية، أو القروض، أو تسهيلات تشريعية، وتنظيم قانوني مستقر يهدف إلى جذب المستثمرين للاستثمار داخل الدولة المضيفة[٣].

---

(1) Zhigang TAO and Susheng WANG, Foreign direct investment and contract enforcement, Journal of economic literature, July 1998, p. 3.

(٢) أحمد حسين الفتلاوي، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية الناتجة عن عقد الاستثمار، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العدد ١، المجلد ١٦، ٢٠٠٨، ص ١.

(٣) محمد السعيد السيد، الحماية القانونية من آثار بطلان عقود الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠١٨، ص ٥.

وعلى ذلك، تبذل كل الدول أقصى ما في وسعها لخلق البيئة الاستثمارية المناسبة، التي تساعد على جذب رؤوس الأموال الوطنية، والأجنبية، واستثمارها في البلاد بما يعود بالنفع عليها، سواء من حيث سد الاحتياجات المتزايدة لسكانها، أو التصدير للدول الأخرى، وتقليل الاستيراد، فضلا عن توفير فرص عمل كثيرة لمواطنيها(١).

ومن ثم يستلزم الاستثمار جوا استثماريا يحفظ حقوق الجميع، ويشجع على الاستثمار. فنجاح الاستثمار يحتاج إلى توفير بيئة استثمارية مشجعة، من خلال توفير ضمانات قانونية واقتصادية تكفل الأمان القانوني والاقتصادي للمستثمر، وتحقق التوازن بين أطراف العقد(٢).

ولا شك أن أحد أهم هذه الضمانات هي إمكانية تضمين عقد الاستثمار لشرط إعادة التفاوض على العقد، إذا ما طرأت ظروف جديدة أثناء التنفيذ، أدت إلى اختلال التوازن بين طرفي العقد، على نحو يمكن معه إعادة تحقيق التوازن بينهما(٣).

فنظرا لما تمثله عقود الاستثمار من أهمية اقتصادية كبيرة تتعدى مصالح الأطراف المتعاقدة إلى مصلحة واقتصاد الدولة، حيث يتأثر اقتصادها بتنفيذ أو عدم

---

(١) أحمد حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص ١.

(٢) بو خالفة عبد الكريم، دور إرادة الأطراف في اختيار وسائل تسوية منازعات عقود الاستثمار، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، ٢٠١٨، ص ١٥٦، ١٥٧. وانظر أيضا نفس المعنى في:

V.N. Lisitsa, The concept of investment contract in Russian Law, Theory and practice, No. 2, 2011, p. 74.

(3) Jason Webb Yackee, Do we really need bits? Toward a return to contract international investment law, AJWH, Vol. 3:121, 2008. P. 133.

تنفيذ مثل هذه العقود، ومن ثم فإن تغير الظروف التي تطرأ على تنفيذ هذه العقود وتأثرها بهذه الظروف، بأن أصبح تنفيذها مرهقا بدرجة تحدث أضرارا فادحة بأحد المتعاقدين، فتقتضي قواعد العدالة إعادة النظر في أحكام العقد والتزامات الطرفين المتعاقدين، من خلال إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد المبرم بينهما، لاسيما إذا كانت لديهما رغبة في استمرار العلاقة التعاقدية بينهما(١).

ثانيا- أهمية البحث:

بالنظر إلى الأهمية العظيمة لعقود الاستثمار، ودورها في تحقيق استقرار المعاملات، فقد وضعت معظم التشريعات قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، تضمن حسن تنفيذ هذه العقود، ومن أهم هذه القواعد قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، والتي يلتزم بموجبها أطراف العقد بتنفيذ العقد بكافة بنوده وشروطه، دون أي تغيير، أو تعديل، إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين.

ولكن دعت الاعتبارات العملية إلى اعتبار هذه القاعدة غير مطلقة، لاسيما في العقود ممتدة التنفيذ، والتي قد يحدث أثناء تنفيذها ظروف طارئة، أي حوادث غير متوقعة، تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، بأن جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، حيث حملته بأعباء مالية كبيرة، وهددته بخسارة جسيمة. فهنا دعت الحاجة إلى ضرورة توفير آلية لإعادة التوازن بين طرفي العقد، عن طريق إدراج بند في عقد الاستثمار ينص على إمكانية إعادة التفاوض بشأن العقد مرة أخرى، إذا حدثت ظروف طارئة أخلت بالتوازن بين طرفي عقد الاستثمار(٢).

---

(١) عبد الرحيم السلماني، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، ع ١٦، ٢٠١٠، ص ٢١١.

(٢) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

ويتسع نطاق الظروف الطارئة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد، لاسيما وإن كنا بصدد عقد من العقود الدولية، كعقد الاستثمار، حيث يمكن أن تطرأ ظروف سياسية تؤثر في تنفيذ العقد فتجعله مرهقا، أو مستحيلا، كقطع العلاقات الدولية بين بلد المستثمر والبلد المضيفة للاستثمار، وقد تحدث ظروف اقتصادية، كوقوع أزمة مالية، أو اقتصادية، أو ارتفاع مفاجئ كبير في أسعار المواد الأولية أو المصنعة، وقد تكون الظروف عبارة عن تشريعات أو قوانين جديدة، كالتي تمنع الاستيراد والتصدير، أو تمنع تداول رؤوس الأموال على نحو يؤثر على تنفيذ العقد.

وإزاء الموقف المتباين والمتعارض للقوانين التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة من عدمه، ومدى الأخذ بها، والسماح للقاضي بإمكانية التدخل لتعديل العقد لإعادة التوازن بين طرفيه، دعت الحاجة إلى اللجوء إلى مبدأ سلطان الإرادة، الذي يسمح للمتعاقدين بإمكانية إدراج شرط في العقد يسمح بإعادة المرجعة والتفاوض بشأن بنود العقد، إذا استجدت ظروف أخلت بالتوازن بين طرفي العقد[١].

ونظرا لأهمية شرط إعادة التفاوض، فقد انتشر في معظم عقود الاستثمار، باعتبار أنه يمثل ضمانة مهمة للمستثمر، تمكنه من إعادة التفاوض على العقد عند حدوث اختلال في التوازن العقدي مع الدولة المستضيفة للاستثمار.

(١) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢٠٩، ٢١٠.

ثالثا- إشكاليات البحث:

تتعدد الإشكاليات التي ينطوي عليها موضوع شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن في عقود الاستثمار من عدة جوانب، أهمها: الإشكالية المتعلقة بمدى اعتبار الاختلال في التوازن العقدي موجبا لإعادة التفاوض من عدمه، وبمعنى آخر، متى يمكن اعتبار الاختلال في التوازن العقدي كافيا للجلوس على مائدة التفاوض مرة أخرى على بنود، أو التزامات طرفي عقد الاستثمار.

كذلك من أهم الإشكاليات، كيفية صياغة شرط إعادة التفاوض، وكيفية تنظيمه من جانب طرفي العقد، على نحو يحدد وينظم مصير العقد أثناء فترة إعادة التفاوض، وما إذا كان العقد سيستمر تنفيذه خلال فترة إعادة التفاوض بشروطه الأصلية، أم أنه يتوقف تنفيذه حتى يتم إعادة التفاوض، ومواجهة عقبات التنفيذ، بما يعيد التوازن العقدي مرة أخرى. وأيضا الآثار السلبية المترتبة على استمرار تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض، أو المترتبة على وقف تنفيذه خلال هذه الفترة.

وأخيرا الإشكالية المهمة المتعلقة بمصير العقد في حالة نجاح، أو فشل إعادة المفاوضات.

رابعا- منهج البحث:

لقد اعتمدنا في بحثنا في موضوع شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار على المنهج التحليلي المقارن، حيث قمنا بتحليل النصوص والأحكام القانونية المتعلقة بشرط إعادة التفاوض، والمشكلات القانونية المرتبطة به، وبآلية تنفيذه، ومقارنة هذه الأحكام مع بعض القوانين الأخرى، وأحكام التحكيم كلما أمكن، حتى يمكن استخلاص أفضل النتائج، والحلول القانونية لهذه الإشكاليات.

خامسا- خطة البحث:

بناء على ما تقدم، قسمنا بحثنا إلى ثلاثة فصول، يسبقهم مبحث تمهيدي، وذلك على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: ماهية عقد الاستثمار.

الفصل الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار.

الفصل الثاني: اختلال التوازن العقدي الموجب لإعادة التفاوض.

الفصل الثالث: آثار شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار.

المبحث التمهيدي

ماهية عقد الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

يعد الاستثمار من أهم وسائل التمويل في الدول المضيفة له، حيث يلعب دورا مهما في عملية التنمية الاقتصادية، خاصة في الدول النامية، حيث تهدف، من خلال عقود الاستثمار، إلى بناء الهياكل التحتية، كالطرق والمواصلات والمطارات، وكذلك تدريب الأيدي العاملة المحلية، وبناء القدرات التكنولوجية اللازمة للإنتاج والابتكار داخل الاقتصاد المحلي، بالإضافة إلى ذلك، يمنح الاستثمار المزيد من فرص العمل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون، وبالتالي زيادة رأس المال(١).

ولذلك تسعى الدول إلى تنشيط وتوسيع استثماراتها، وذلك عن طريق منح التسهيلات اللازمة، مثل الإعانات المالية، والقروض المختلفة، وغالباً ما تستخدم هذه الإعانات كسلاح للسياسات الخارجية للدولة التي تقدمها، والتي عادة ما تقترن بشروط تمس الاستقلال الوطني للدولة المستثمرة(٢).

ولبيان ماهية عقد الاستثمار، يتعين علينا بداية أن نعرف هذا العقد، ونذكر خصائصه. هذا فضلا عن ضرورة تحديد الطبيعة الخاصة له، وبعض صوره.

---

(١) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص١١.

(٢) حافظ جاسم كردي الدليمي، النظام القانوني لعقود الاستثمار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٦، ص٣٩.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار وخصائصه.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الاستثمار وصوره.

المطلب الأول

تعريف عقد الاستثمار وخصائصه

تمهيد وتقسيم:

إن عقد الاستثمار عبارة عن مجموعة من العلاقات القانونية والاقتصادية تتشابك مع بعضها البعض في إطار قانوني، يتمثل في علاقة قانونية بين طرفين، أحدهما وطني، والذي تمثله الدولة المضيفة للاستثمار، أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، والآخر أجنبي تابع لدولة أخرى، ومع ذلك فهو أميل للجانب القانوني منها للجانب الاقتصادي، فالقانون هو الذي يبين المناخ التشريعي الذي يسير في إطاره أطراف العلاقة التعاقدية، ثم يأتي بعد ذلك دور الجانب الاقتصادي[١].

(١) غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولي، بيروت، ٢٠١٤، ص٩.

وما يهمنا في هذا الصدد هو تعريف عقود الاستثمار من الناحية القانونية، وبناء على ذلك، سوف نبين في هذا المطلب مفهوم عقد الاستثمار من الناحية القانونية، وكذلك خصائصه.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار.

الفرع الثاني: خصائص عقد الاستثمار.

الفرع الأول

تعريف عقد الاستثمار

لقد تعددت الآراء حول تعريف عقود الاستثمار، وذلك لعدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الاستثمار. ففكرة هذه العقود تتمثل في مجموعة من الخصائص التي إذا توافرت في مجموعة من العقود تعد عقود استثمار، فهي فكرة وصفية[١].

وتقوم عقود الاستثمار- كأي نوع من أنواع العقود الأخرى- على تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين[٢]. وهناك العديد من التعريفات التي وضعها رجال الفقه لهذه العقود. فقد عرفها البعض بأنها: "الأموال المنقولة، وغير المنقولة

(١) رمضان عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩، ص٩٧.

(٢) حافظ جاسم كردي الدليمي، المرجع السابق، ص٤١.

التي تهدف إلى إنشاء، أو التوسع في مشروع قائم"[١]. وعرفها البعض الآخر بأنها: "كل استخدام يجري في الخارج لموارد مالية، يملكها بلد من البلدان"[٢].

كما عرفت بأنها: "تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد"[٣].

وكذلك عرفت بأنها: "توجيه جانب من أموال المشروع، أو خبرته التكنولوجية إلى العمل بمناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية"[٤].

كما عرفت بأنها: "اتفاق مكتوب، تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية، أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيف، الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صور مالية، أو عينية"[٥].

وعرفت أيضا بأنها: "القصد الذي يتم بموجبه انتقال رأس مال أجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر، ويستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام، وذلك بأن ينشئ المستثمر الأجنبي مباشرة مشروعا تجاريا في الدولة المضيفة، إما

(١) جيل برتان: الاستثمار الدولي، ترجمة: علي زيمور، وعلي المقلدي، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٢، ص٧.

(٢) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٢٨.

(٣) عصام الدين القصبي، خصومة التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١.

(٤) محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، حقوق القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٣٨.

(٥) على إبراهيم، العلاقات الدولية وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧/١٩٩٨، ص٣١٧.

بنفسه، أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني، وفقا للظروف وما تسمح به التشريعات"[١].

وهناك من يعرف هذه العقود بأنها: "عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها الدولة، أو جهاز حكومي من جهة، أو شخص طبيعي، أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوبا عادة بالاتفاق على المساعدة الفنية، وقد ينصب موضوع هذا العقد على استخراج، ونقل، وتسويق الموارد الطبيعية، وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة، تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية، وتتحتم أن تكون هذه العقود طويلة نسبيا"[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الاستثمار المصري[٣] رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ قد عرف الاستثمار، في مادته الأولى، بأنه: "استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري، أو توسيعه، أو تطويره، أو تمويله، أو تملكه، أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد".

ومن خلال استعراض التعريفات السابقة، نلاحظ أن عقود الاستثمار، كباقي العقود الأخرى، تقوم على تقابل إرادة طرفين، بهدف إحداث أثر قانوني معين. وهذان الطرفان يكون أحدهما دائما الدولة المضيفة للاستثمار، أو أحد الأشخاص الاعتباريين بهذه الدولة، ولكنها تتميز عن بقية العقود الأخرى بعدم تساوي المراكز القانونية لأطرافها، وسبب ذلك أن أحد أطراف هذه العلاقة العقدية هو طرف سيادي، يتمتع بعدة

(١) عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١١١.

(٢) حفيظة السيد الحداد، المرجع سابق، ص٣٠.

(٣) القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار قانون الاستثمار الذي صدر بتاريخ ٢٠١٧/٥/٣١ ونشر بذات التاريخ في الجريدة الرسمية.

مزايا، وهذا الطرف يتمثل في الدولة المضيفة، يقابل ذلك أن الطرف الثاني في العلاقة العقدية هو شخص خاص أجنبي[١].

ولذلك فإننا نقترح تعريفا لعقود الاستثمار بأنها: تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلد المضيف، في مقابل حصول المستثمر على أرباح مالية، وعينية.

الفرع الثاني

خصائص عقد الاستثمار

هناك العديد من الخصائص التي تميز عقود الاستثمار، وهذه الخصائص تنقسم إلى خصائص عامة تشترك فيها مع غيرها من العقود، وخصائص خاصة تميزها عن غيرها من العقود، ونبين ذلك بشيء من الإيجاز على النحو الآتي:

أولا- الخصائص العامة لعقد الاستثمار:

خصائص عقود الاستثمار العامة كثيرة، والتي تعد تطبيقا للقواعد العامة في العقود، وأهم هذه الخصائص:

١ - عقد الاستثمار من العقود الملزمة للجانبين:

إن العقود الملزمة للجانبين، أو العقود التبادلية، هي تلك العقود التي تنشئ حين إبرامها التزامات متقابلة في ذمة كل من عاقديه[٢]. وبالتالي فإن الاستثمار ينشئ

(١) بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص١٥.

(٢) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص٣٩. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج١، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٧٠، ص١٥٤- ١٥٥.

مجموعة من الالتزامات المتقابلة على عاتق كل من المتعاقدين، وهما المستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة[١].

٢- عقد الاستثمار من عقود المعاوضة:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطيه[٢]، فنجد أنه في عقد الاستثمار يأخذ كل من طرفي العقد مقابلا لما يعطيه، فالمستثمر يحصل على الأرباح، والدولة المضيفة تحصل على منافع هذا الاستثمار، مثل فتح الأسواق الجديدة، ونقل التكنولوجيا والمهارات الفنية والإدارية والتنظيمية، بالإضافة إلى توفير فرص عمل، وتحقيق منافع للمستهلك في الدول المضيفة للاستثمار[٣].

٣- عقد الاستثمار عقد زمني:

العقد الزمني هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهريا فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد، وذلك على عكس العقد الفوري، وهو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، ويرد على أداء يمكن تنفيذه فورا، ولو تراخى التنفيذ إلى أجل، أو آجال متتابعة[٤].

(١) أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار، تشخيص الحالة المصرية، بدون دار نشر، ١٩٩٤، ص٦ وما بعدها.

(٢) عبد المجيد عبد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر، ص٢٥؛ محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج١، المرجع السابق، ص٤٢.

(٣) محمد عبد العزيز عبد الله، مقدمة في التنمية والتخطيط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص٣١، ٣٢.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص١٦٥.

ومما لا شك فيه أن عقد الاستثمار يقتضي وجود فترة زمنية يتم فيها الاستثمار، من أجل الحصول على الربح[١].

٤ ـ عقد الاستثمار عقد محدد:

والعقد المحدد هو ذلك العقد الذي يتحدد فيه مركز المتعاقدين المالي عند التعاقد، فيستطيع كل منهما أن يعرف، وقت العقد، مقدار ما أخذ، ومقدار ما أعطى[٢]. أما العقد الإجمالي فهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد، وقت تمام العقد، مقدار ما يعطي، ومقدار ما يأخذ، لتعلق ذلك بأمر مستقبل، غير محقق الوقوع، أو غير محدد وقت وقوعه[٣].

وبالنسبة لعقد الاستثمار فهو عقد محدد، حيث إن مراكز المتعاقدين محددة تحديداً دقيقاً، وفقاً لظروف العقد، وقت التعاقد.

ثانيا ـ الخصائص الخاصة لعقد الاستثمار:

يتسم عقد الاستثمار بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى، أهمها:

١ ـ من حيث أطراف العقد:

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين، ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، ونظرا لأن الدولة

(1) Lorenzo Cotula, investment contracts and sustainable development, how to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investments, the international institute for environment and development, UK, 2010, p. 67.

(٢) عبد المجيد عبد الحكيم، المرجع السابق، ص٥٤.

(٣) محسن عبد الحميد البيه، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٤٥.

تعتبر شخصا سياديا، فهي تتمتع بمزايا استثنائية، لا يتمتع بها المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، والذي يعد من أشخاص القانون الدولي الخاص[١].

وعلى ذلك، فينبغي على المستثمر الأجنبي أن يؤمن نفسه بعدد من الضمانات القانونية، وذلك لحمايته من احتمال ضياع حقوقه، أو اختلال التوازن التعاقدي، نتيجة تدخل الدولة كسلطة عامة، بإصدار قواعد تشريعية حديثة، دون النظر لحقوق المستثمر[٢].

وتتمثل الضمانات التي يمكن الاتفاق عليها غالبا فيما يلي:-

أ- شروط اختيار القانون:

وتهدف هذه الشروط إلى استثناء القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، والغاية من ذلك تكمن في تحرير عقد الاستثمار من سلطان القانون الوطني، اعتمادا على قواعد القانون الدولي العام، أو قانون التجارة الدولية[٣].

ب- آلية تسوية المنازعات:

ويستهدف المستثمر من هذه الضمانة إيجاد وسيلة محايدة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن عقد الاستثمار، بعيدا عن القضاء الوطني للدولة المضيفة، لأن المستثمر الأجنبي عادة ما يتخوف من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة شكا منه في

---

(١) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص٨.

(٢) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص٦٧.

Riad (T.F.): The Applicable Law Governing Transnational Development Agreement, No publisher, No date, P. 1.

(٣) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص٦٧.

نزاهته، لذلك يرى أن الحل الأمثل هو تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق اللجوء إلى التحكيم[١].

ج- شرط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي:

وهذا الشرط يهدف إلى تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة، ومنع السلطات العامة من إصدار أي قوانين، أو اتخاذ أي إجراءات لاحقة تتعارض مع مصالح المستثمر الأجنبي، وتؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الطرفين[٢].

٢- من حيث ما يحققه من أهداف:

يعد الهدف الأساسي من إبرام عقود الاستثمار هو تحقيق التنمية الاقتصادية، وذلك من خلال استغلال القدرات التكنولوجية والمالية والإدارية للمستثمر الأجنبي، التي تتمثل في عمليات التصنيع والإنشاء، ويجب على المستثمر الأجنبي أن يقبل الاشتراك في تحقيق هذا الهدف، إلى جانب أهدافه ومصالحه الخاصة[٣].

٣- من حيث استمرارية العقد على المدى الطويل:

تستمر عقود الاستثمار فترات طويلة من الزمن لطول آجال تنفيذها، فالمستثمر لا يلزم نفسه بالتعاقد إلا بعد حصوله على ما يضمن له البقاء لفترة تمكنه من الحصول على الأرباح الناتجة عن عمله، وفي المقابل تستطيع الدولة المضيفة، من خلال هذه

(١) حافظ جاسم كردي الدليمى، المرجع السابق، ص٤٨.

(٢) رمضان على عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص١١٣.

(٣) صفوت عبد السلام عوض، منظمة التجارة العالمية والاستثمار الأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٨.

المدة، تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة، لذلك فإن الوقت يعد عاملا مهما بالنسبة للطرفين[١].

٤- من حيث التعاون المستمر بين الأطراف:

نظرا للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، وارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة، فإن ذلك يستلزم التعاون الوثيق بين الأطراف، حيث يتعهد المستثمر بإمداد الدولة بأفضل الموارد اللازمة لإتمام المشروع محل التعاقد، على أن تقوم الدولة المضيفة بتقديم التسهيلات اللازمة، المتمثلة في تسهيل الحصول على تراخيص الإنشاء، أو استقدام العمالة من الخارج، أو تملك الأرض التي يقام عليها المشروع[٢].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الاستثمار وصوره

تمهيد وتقسيم:

لقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، فهناك من يرى أنها عقود إدارية تخضع لقواعد وأحكام القانون الإداري، والبعض يرى أنها تدخل في

(١) فريد أحمد قبلان، الاستثمار الأجنبي المباشر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٥٣.

(٢) إبراهيم شحاتة، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية والرقابة عليها، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الرابع والعشرون، القاهرة، ١٩٦٨، ص١٤١-١٤٣.

نطاق القانون الخاص، وبالتالي خضوعها لقواعد وأحكام القانون الخاص، وهناك اتجاه آخر يرى أنها عقود مختلطة.

بالإضافة إلى ذلك، فهناك عدة نماذج لعقود الاستثمار، التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي، والتي تتنوع وتختلف بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية فيها.

ولذلك رأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الاستثمار.

الفرع الثاني: صور عقود الاستثمار.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الاستثمار

تختلف الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، كما سبق أن بينا بين ثلاثة اتجاهات، وهذه الاتجاهات هي:

الاتجاه الأول- عقود الاستثمار عقود إدارية:

يرى جانب من الفقه[١] أن عقود الاستثمار هي عقود ذات طبيعة إدارية، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشكل أو المظهر الخارجي لهذه العقود، وإن كان ينم على أنها عقود خاصة، فإن هذا الشكل لا يكون سببا كافيا لاعتباره عقدا من عقود القانون الخاص، بل يظل عقدا إداريا يخضع لأحكام القانون الإداري[٢].

(١) أحمد رشاد محمود سلامة، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٩١ ومابعدها.

(٢) عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص١١٣.

وقد ساق هذا الاتجاه العديد من الأسانيد والحجج التي تدعم وجهة نظره، وهي على النحو الآتي:

١- أن عقود الاستثمار، أو عقود النشاط الاقتصادي، وإن كان مظهرها الخارجي يوحي باستهداف تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، إلا أن الدولة تستهدف تسيير مرفق عام حيوي[١].

٢- أن أحد أطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام، وهو الدولة، أو أحد الأجهزة العامة التابعة لها، وهذا لا يتحقق إلا بالنسبة للعقود الإدارية[٢].

٣- تتضمن عقود الاستثمار شروطا استثنائية خارجة عن القانون الخاص، وذلك يكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، والخضوع لقواعده وأحكامه[٣].

الاتجاه الثاني- عقد الاستثمار من عقود القانون الخاص:

ذهب جانب آخر من الفقه[٤] إلى اعتبار عقود الاستثمار من عقود القانون الخاص، التي تخضع للقانون المدني والتجاري، وينعقد الاختصاص في شأنها إلى القضاء العادي.

(١) عبد الباقي حسن عبد الحميد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٣، ص٣٤.

(٢) عبد الباقي حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص٣٣.

(٣) مازن ليلو راضي، معيار تمييز العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص٨٠.

(٤) محمد عبد العزيز، فكرة العقد الإداري عبد الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٢٧.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج الآتية:

١- عدم تضمين عقود الاستثمار على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. فالإدارة تتعاقد بالطريقة التي يتعاقد بها أطراف القانون الخاص، مما يجعل هذا العقد مدنيا، أو تجارياً[١].

٢- أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تستخدم أساليب القانون العام داخل نطاق إقليمها على رعاياها، إلا أنها لا تستطيع ممارسة ذلك على من تتعاقد معه من الأجانب، وتقف على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي التي تتعاقد معه[٢].

٣- تعارض الطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار مع سياسة تشجيعه. فيجب على الدول أن تتعاقد مع المستثمر الأجنبي باعتبارها أحد أشخاص القانون الخاص، حتى لا تنفر الشركات الأجنبية من الاستثمار في الدول، على الرغم من حاجتها لهذه الاستثمارات[٣].

٤- من أهم شروط عقود الاستثمار هو سعي الدولة للحفاظ على الموازنة بين مصالحها ومصالح المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، وهذا الشرط ليس له وجود في العقود الإدارية[٤].

---

(١) سامي السيد العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد البوت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، بدون تاريخ، ص٩٥، ٩٦.

(٢) يوسف عبد الهادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، حقوق بنى سويف، ١٩٨٩، ص٣٠٨.

(٣) سامي السيد العواني، المرجع السابق، ص٩٨.

(٤) أحمد رشاد سلامة، المرجع السابق، ص١٩٤.

الاتجاه الثالث- الطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار:

يرى جانب من الفقه[١] أن عقود الاستثمار تتسم بخصائص معينة تجعل من الصعوبة إدراجها ضمن القانون الخاص، أو العام، فهذه العقود أصبحت تتضمن مفهوما جديدا في مجال الدراسات القانونية، يقوم على إنشاء المشروعات من خلال استخدام التمويل من القطاع الخاص.

ومن ثم فوضع تكييف محدد لهذه العقود يجردها من المرونة التي يجب أن تتحلى بها لمواكبة التطور الحديث، ومتطلبات الواقع العملي، ومستوي عمليات التجارة الدولية[٢].

وقد أيد القضاء الدولي هذا الاتجاه في أكثر من مناسبة، ففي قضية ضد السعودية (Armco)، ذهب قرار التحكيم إلى أن امتياز المناجم هو عقد ذو طبيعة خاصة، لا يمكن أن ينتمي بالكامل إلى صنف آخر من العقود، أي بعبارة أخرى، لا يمكن إدراجه ضمن الطوائف المعتادة للعقود، فهو تصرف له طبيعة العمل المنفرد، فيما يتعلق باعتماده على ترخيص الدولة، كما له طبيعة العقد، لأنه يتطلب اتفاق إرادات متبادلة لكل من الدولة وصاحب الامتياز[٣].

ونحن نؤيد هذا الاتجاه، ونرى أن عقود الاستثمار عقود ذات طبيعة خاصة، فهي ليست عقودا إدارية، على الرغم من تعلقها بالمرفق العام، وذلك

---

(١) مازن ليلو راضى، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص١٣٤-١٣٥.

(٢) غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص٦٧.

(3) Hamed Sultan, Legal nature of oil concessions, Revue Egyptienne de droit, Egypt, vol. 21. 1965, P. 79.

لعدم تضمنها شروطا استثنائية، باعتبارها من شروط العقد الإداري، بل تتضمن شروطا جديدة تقيد سيادة الدولة، وتقلص سلطتها، فتسلب العقد من قضائها الوطني المختص بنظر منازعاته، وتعامل الدولة كشخص من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي فهي عقود ذات طبيعة مختلطة، تجمع بين خصائص القانون الخاص، والقانون العام.

وهذا أيضا ما يؤكده نص المادة ٣ من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧، حيث نصت على أن: "تتمتع جميع الاستثمارات المقامة في جمهورية مصر العربية بالمعاملة العادلة والمنصفة. وتكفل الدولة للمستثمر الأجنبي معاملة مماثلة لتلك التي تمنحها للمستثمر الوطني. ويجوز استثناء بقرار من مجلس الوزراء تقرير معاملة تفضيلية للمستثمرين الأجانب تطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل. ولا تخضع الأموال المستثمرة لأي إجراءات تعسفية أو قرارات تتسم بالتمييز".

الفرع الثاني

صور عقود الاستثمار

تتنوع نماذج عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، ومن أهم هذه النماذج وأكثرها شيوعا عقود الأشغال العامة، وعقود البترول، وعقود التعاون الصناعي، وسنتناول كلا من هذه النماذج، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- عقود الأشغال العامة:

عقد الأشغال العامة الدولية، كما يعرفه البعض[١]، هو: "ذلك العقد الذي يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي، بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية، وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة إلى أخرى".

وطبقا لهذا التعريف، فإن عقود الأشغال العامة الدولية تستلزم لانعقادها توافر العناصر الآتية:

١- أن ينصب موضوع العقد على عقار.

٢- أن يكون لهذا العقد الصفة الدولية.

٣- أن يكون الهدف منه إنجاز أعمال ذات نفع عام.

٤- أن يتم هذا العقد تحقيقا لمصلحة شخص معنوي عام.

ويعد من أهم صور هذا النوع من العقود عقد البناء والتشغيل والنقل B.O.T، ويقصد بها: "تلك المشروعات التي تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات، وطنية كانت أم أجنبية، سواء كانت من القطاع العام، أو القطاع الخاص، وذلك لإنشاء مرفق عام، لإشباع حاجة عامة، على أن تتحمل الشركة نفقات إنشاء المشروع، وكذلك تتولى هذه الشركة تشغيل المشروع، وإدارته مدة معينة متفقا عليها، بشروط معينة، تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة، ثم تنقل الشركة ملكية المشروع في حالة جيدة إلى الدولة، أو الجهة المتعاقد معها"[٢].

---

(١) أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص١٠٦.

(٢) مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٢٩.

ويعتبر عقد B.O.T هو الصورة المستحدثة لعقد التزام المرافق العامة، والغاية من إبرام هذه العقود هو إنشاء مرافق اقتصادية يناط بها إشباع حاجات عامة، وأداء خدمات ذات نفع عام لمواطني الدولة المضيفة(١)، وذلك مثل مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة، كالطرق، وشبكات المياه، والكهرباء، والمدن الصناعية، وتنمية واستغلال الأراضي المملوكة ملكية خاصة للدولة، كمشروعات استصلاح الأراضي البور، أو الأراضي الصحراوية(٢).

ثانياً- عقود البترول:

تتميز عقود البترول بطول أجل تنفيذها وضخامة رأس المال المستثمر فيها(٣)، حيث يعتبر البترول المصدر الأساسي للدخل القومي بالنسبة للدول المنتجة له، وغالباً ما تكون هذه الدول دولا نامية، لا تستطيع استغلال هذا الإنتاج البترولي إلا بدخولها هي، أو إحدى شركاتها، أو هيئاتها، في عقود متعددة، مع طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق، وغالبا ما يكون هذا الطرف شركات كبرى متخصصة قادمة من الدول الصناعية المستهلكة للطاقة، والتي تملك الكثير من الأموال والخبرة التكنولوجية التي تمكنها من إبرام تلك العقود(٤).

---

(١) أحمد السيد عطا الله، النظام القانوني لعقود الشراكة في مشروعات المرافق العامة وفقاً لقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ وآثارها القانونية والاقتصادية، دراسة مقارنة بنظم B.O.T والمناقصات والمزايدات، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص١.

(٢) صالح بكر الطيار، النظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٩، ٢٠.

(3) Peter D Cameron, stabilization in investment contracts and changes of rules in host countries: tools for oil and gas investors, association of international petroleum negotiators, PD Cameron, 2006, P. 12.

(٤) سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٧، ١٨.

وقد عرف البعض[١] عقد البترول بأنه: "عقد يبرم بين الدولة المنتجة للنفط، أو إحدى الشركات، أو المؤسسات، أو الأجهزة العامة التابعة لها من ناحية، وبين شركة نفط معينة من إقليم الدولة المتعاقدة، ولمدة زمنية معينة، لقاء مقابل معين تدفعه الدولة".

وعقود البترول تتخذ صورا متعددة، أهمها:

١ـ عقود الامتياز:

تعتبر عقود الامتياز من أهم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخري، نظرا لأن الصراع القائم بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتخصصة في هذا المجال كان سببا أساسيا في تطور عقود البترول في شكلها التقليدي[٢].

وتعرف هذه العقود بأنها: "ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في إقليمها، أو في جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة، مقابل حصول هذه الدولة على فرائض معينة"[٣].

(١) وسن مقداد عبد الله شاهين، التزامات الإدارة نحو عقود الاستثمار النفطية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٧، ص١٨.

(٢) حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص١٧٤، ١٧٥.

(٣) سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص٨٨.

٢ـ عقود المشاركة والمقاولة:

لقد استحدثت عقود جديدة، استخدم فيها أدوات قانونية جديدة في التعامل مع طرفي العقد، وبذلك أصبحت هذه العقود بديلة لعقود الامتياز التقليدية، وأهم هذه العقود عقد المشاركة، والمقاولة.

ويقصد بعقود المشاركة: "قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأس مال الشركة التي تقوم باستثمار البترول، فتصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة، ويكون لها ممارسة مهام ومسئوليات الإدارة، وتوجيه المؤسسة، ويكون لذلك أثر كبير في الإدارة والرقابة(١).

وتحقق هذه العقود العديد من المزايا لكل من طرفي العقد، فهي تسمح للدولة المنتجة للبترول بالسيطرة على ثرواتها النفطية، وذلك من خلال ما تقوم به من رقابة داخلية على المشروع، كما أنها تسهل عمليات التسويق الخارجية، حيث تحقق للشركات الأجنبية نوعا من الاستقرار في علاقتها مع الدول المنتجة، فتتعامل باعتبارها شريكا، وليس مجرد صاحب امتياز أجنبي، وذلك بسبب ما تنص عليه عقود المشاركة من قواعد واضحة لمعاملة المستثمر الأجنبي(٢).

أما عقود المقاولة، فقد تم تعريفها بأنها: "العقد الذي بواسطته تخول شركة وطنية لدولة منتجة للبترول، في مشروع أجنبي (عام أو خاص)، القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن حقول البترول واستغلالها، وذلك لحساب الشركة الوطنية، مع بقاء الملكية التامة للدولة"(٣).

---

(١) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص٥٢.

(٢) صفوت عبد السلام عوض، المرجع السابق، ص٤٠، ٤١.

(٣) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص١٨٧.

وطبقا لهذا التعريف، فإن الدولة المنتجة للبترول تستعين بمقاول أجنبي يتولى عملية استكشاف البترول وإنتاجه، على أن يتحمل هذا المقاول المصاريف، ومسئولية المخاطر التي تصاحب عملية الاستكشاف، ولذلك فإن المقاول لا يأخذ مقابلا، كما هو الحال في عقود المقاولة، وإنما يسترد ما أنفقه على المشروع، بالإضافة إلى ذلك فهو يأخذ نصيبا معينا من الأرباح، وذلك بحسب الاتفاق في العقد المبرم بين الطرفين[١].

ثالثاً- عقود التعاون الصناعي:

ظهرت هذه العقود نتيجة للرغبة في تحقيق نظام اقتصادي عالمي جديد، يعتمد على التعاون بوسائل المساعدات الفنية التي تملكها الدول المتقدمة، والتي تسيطر على تصديرها بواسطة شركاتها ذات الجنسيات المتعددة، وتتضمن هذه العقود صورا متعددة، أهمها:

١- عقود نقل التكنولوجيا:

وتعرف عقود التكنولوجيا بأنها: "مجموعة المعارف العلمية والخبرات والمهارات المكتسبة في مشروع ما، والتي طبقت في العملية الإنتاجية، ويحتفظ بها المشروع، سواء لزيادة قدرته التنافسية، لما لها من أثر في تحسين منتجاته، أو تقليل نفقاته"[٢].

(١) غسان رباح، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨٨، ص٤٢.

(٢) إبراهيم احمد إبراهيم، الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية أو الاقتصادية التي تصدرها جامعة عين شمس، ٢٠٠٢، ص٥٢.

وقد عرفتها المادة (٧٣) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنها: "اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل، بمقابل، معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة، أو تطويرها، أو لتركيب، أو تشغيل آلات، أو أجهزة، أو لتقديم خدمات. ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع، أو شراء، أو تأجير، أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية، أو الأسماء التجارية، أو الترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا، أو كان مرتبطا به"[١].

٢- عقود المساعدة الفنية:

وتعرف هذه العقود بأنها: "الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا، بالإضافة إلى نقل المعرفة، بتقديم المساعدة الإيجابية، والخدمات الضرورية، وذلك بهدف الأخذ بيد الملتقي لها. وتتضمن هذه العقود الالتزام بتوفير العمالة الفنية، والخبرات لتدريب العمالة المحلية على طريقة التشغيل السليمة لمنشأة الصناعية، إضافة إلى التزام الشركة الأجنبية بالمساعدة على التشغيل، من خلال البقاء لفترة زمنية محددة في بداية مرحلة تشغيل المنشأة، وتكون مسئولة عن هذا التشغيل"[٢].

٣- عقود تسليم المفتاح:

(١) المادة (٧٣) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر الصادر في ١٩٩٩/٥/١٧.

(٢) سميحة القليوبي، مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، منشور ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى روح الأستاذ محسن شفيق بعنوان (دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٣١٥.

ويقصد بهذا العقد: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات، وتوريد المواد الخام والمعدات والأجهزة اللازمة لعملية التشييد، وكذلك يلتزم الطرف الأجنبي ببناء المنشأة الصناعية، وتسليمها للدولة المتعاقدة جاهزة للتشغيل) [١].

ومن أمثلة هذه العقود، العقد المبرم بين مصر والشركات البريطانية Westtand Ralls Royse لإقامة مصنع لإنتاج طائرات الهليكوبتر LYNX، والمحركات GEM في حلوان[٢].

(١) محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح (نموذج من عقود التنمية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٥١.

(٢) صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٠٤.

الفصل الأول

ماهية شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

تتسم عقود الاستثمار بالأجل الطويل في التنفيذ، وذلك لضخامة الأعمال المطلوب القيام بها، مثل عقود البترول، وعقود إنشاء الجسور، وإعادة البنية التحتية، وغيرها، فجميعها تحتاج إلى وقت طويل لتنفيذها، ووفاء كل طرف بالتزاماته، وهذا ما يجعلها عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة بها، سواء كانت هذه الظروف سياسية، أو قانونية، أو اقتصادية.

ونظرا لأن هذه العقود تتم بين المستثمر والدولة المضيفة، فيجب على المستثمر، قبل أن يبرم هذه العقود، أن يقوم بإجراء دراسات حول التخطيط المالي للمشروع، مع احتمالات الربح والخسارة، والتعرف على قوانين هذه الدولة التي سوف يستثمر لديها، حتى يتمكن من معرفة الأعباء الضريبية التي ستفرض عليه، والإعفاءات التي قد يحصل عليها، وكل ما يتعلق بقوانين العمل، والضمان الاجتماعي، وتنظيم النقابات العمالية، والأهم من ذلك معرفته بالتشريعات المنظمة للرقابة على الصرف، وبنظم تحويل عائدات الاستثمار.

ونظرا لأن أحد أطراف العقد هو دولة ذات سيادة، فإنها قد تلجأ إلى استغلال نفوذها وسلطاتها العامة، فهي تملك مشروعا، قادرة على تيسير الأمور لمصلحتها، وذلك بإصدار قانون، أو اتخاذ إجراء يكون من شأنه التأثير على التوازن العقدي بين

الأطراف، مثل صدور قانون يمنع الاستيراد، أو التصدير، أو خروج العملة الصعبة، وهو ما قد يجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية معه مرهقا للطرف الآخر.

لذا يلجأ طرفا التعاقد إلى النص في العقد على شرط إعادة التفاوض حول أحكام والتزامات العقد، إذا ما تغيرت الظروف التي تم إبرامه خلالها، والتي تسببت في اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، ومن ثم يمكن من خلال هذا الشرط التغلب على عقبات التنفيذ، وإعادة التوازن العقدي مرة أخرى، وبالتالي المحافظة على عقد الاستثمار قائما.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض وطبيعته.

المبحث الثاني: إشكاليات شرط إعادة التفاوض وضماناته.

المبحث الأول

مفهوم شرط إعادة التفاوض وطبيعته

تمهيد وتقسيم:

إن المحافظة على بقاء عقود الاستثمار، وعدم انقضائها، يقتضي تضمينها لشروط إعادة التفاوض، والتي تسمح بثبات العلاقات التعاقدية في مواجهة التغيرات الاقتصادية، والمالية التي تقع أثناء تنفيذ العقد(١).

حيث يمكن لهذه الشروط أن توفر الحماية الكافية للعقد ضد الانقضاء، أو التعديل. فإعادة التفاوض يلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر المتعاقد معها، بدلا من أن تغير من جانبها فقط شروط العقد. وعدم نجاح تلك المفاوضات قد يؤدي إلى تدخل التحكيم الدولي بهدف استعادة التوازن بين الطرفين(٢).

ولذا، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط إعادة التفاوض.

---

(١) شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٣٠، بند٢٢.

(2) BERNARDINI (P.): The Renegotiation of the Investment contracts, ICSID Rev-F.I.L.J., Vol 15, No. 2, 1998, p. 415.

المطلب الأول

مفهوم شرط إعادة التفاوض

شرط إعادة التفاوض هو شرط أدرجه المشرع الفرنسي في القانون المدني المعدل في ٢٠١٦/٢/١٠، ويقصد به: "إمكانية اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض فيما بينهم، عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها المشرع، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادة وتوقعات الأطراف عند إبرام العقد، ويكون من شأنها الإخلال بتوازن العقد، وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح"(١).

ويسعى هذا الشرط إلى تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف، حتى يتمشى مع الظروف الجديدة، وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت فيها هذه الظروف(٢).

وقد تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية، الذي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة، النص على ضرورة مراجعة العقود والتفاوض بشأنها، حيث نص على أن: "العقود والاتفاقات المبرمة بين الدول، والشركات عبر الدولية، يتعين التفاوض بشأنها، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية. كما أن هذه العقود والاتفاقات، ولاسيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني

(1) OBETD (G.), Le Calucu du Prix dans les contrats internationaux, th., Montpellier 1, 1990, p. 254; GOLDMAN (B.), La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, JDI, 1979, p. 488.

(2) FONTAINE (M.), Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses, FEC, 1989, p. 229.

طويل الأمد، يجب أن تتضمن شروطا لإعادة مراجعة بنودها، أو لإعادة التفاوض بشأنها. وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغيرا جوهريا، فإنه يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف في ضوء اعتبارات حسن النية، ويجب عليها التفاوض مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقات، أو إعادة المفاوضة بشأنها"[١].

كما نصت الاتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الاستكشاف والمشاركة في الإنتاج لعام ١٩٩٤، في المادة ١٢/٣٤ على أنه: "حيث إن الموقف، أو الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الاتفاقية إلى القوانين واللوائح السائدة وقت التوقيع، فإنه يتم الاتفاق على أنه إذا ما صدر قانون، أو لائحة تؤثر على الوضع المالي للمستثمر، خاصة إذا زاد معدل الجمارك عن نسبة معينة أثناء سريان الاتفاقية، فإنه يلزم على الطرفين الدخول في مفاوضات، بهدف الوصول إلى موقف متكافئ، يحفظ التوازن الاقتصادي في الاتفاقية، وفي حالة الفشل في الاتفاق على حل متكافئ ومتوازن، فإنه يجوز لأحد الطرفين أن يحيل الأمر إلى التحكيم، وذلك بموجب المادة ٣١ من الاتفاقية"[٢].

كما نصت المادة ١٩ من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية، والهيئة المصرية العامة للبترول، وشركة ربسول إكسبلوريشن إيجبت إس. إيه.، وشركة موبيل إكسبلوريشن إيجبت على أنه: "في حالة حدوث أي تعديل تشريعي، أو لائحي يؤدي إلى

(1) UNCTC- Report of the secretariat on the outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations, 29 may 1984, I.L.M., Vol. 23, 1984, p. 607.

(2) Bernardini (P.); previous reference, p. 416.

انتقاص، أو زيادة حقوق أحد الأطراف، فإنه يسمح بتسعين يوما للتفاوض، يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات)[١].

لذا، عرف البعض شرط إعادة التفاوض، أو ما يطلق عليه شرط المشقة "Hardship clause"، أو شرط المراجعة بأنه: "التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي حدثت، بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول، لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء تلك الظروف". وهو أفضل ما توصل إليه الفن التعاقدي لتنظيم مراجعة العقد، بكيفية تسمح للأطراف بتصحيح اختلال التوازن العقدي، مما يترتب عليه تعزيز الثقة والأمان بين المتعاقدين[٢].

وشرط إعادة التفاوض يفرض على الأطراف أن يحددوا بدقة مقصدهم من مختلف عناصر الشرط الذي يشيرون إليه في العقد، وذلك على النحو الآتي:

١- يجب أن يحدد الأطراف المقصود باختلال التوازن العقدي الذي يحدثه التغير. وغالبية الشروط التعاقدية تظهر حرص الأطراف على تطلب وقوع ضرر كبير، واختلال خطير في اقتصاد العقد، كشرط ضروري لإعادة المفاوضات[٣].

---

(١) طارق فؤاد رياض، التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم إلى الدورة المتعمقة لإعداد الحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة من ٢٤ مارس إلى ١ أبريل ٢٠٠٤، ص١٨٤.

(٢) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٣) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص٤٠.

٢- ويجب أيضا أن يحدد الأطراف الأحداث التي تستوجب إعادة المفاوضات، أي الأسباب التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد. وهذه الأحداث قد تكون وطنية أو دولية، اقتصادية أو سياسية أو مالية، وهذه الأحداث تكون بصفة عامة خارجة عن إرادة الأطراف، وغير متوقعة منهم وقت إبرام العقد(١).

٣-ويجب أن يتفق الأطراف على مصير العقد أثناء مدة التفاوض، وهل سيستمر في التنفيذ أم يتم وقفه لحين التعرف على نتيجة التفاوض، ويجب أن يشمل الاتفاق أيضا مصير العقد في حالة فشل التفاوض، والحل الذي يجب إتباعه إذا جادل الأطراف في تحقق الظرف الطارئ، أو ظهر سوء نية أثناء المفاوضات. وبذلك فالأمر يتعلق بتنظيم اتفاقي مسبق من الأطراف لكل عناصر الشرط، وهذا ما يبرز سيطرة الصفة التعاقدية للشرط(٢).

وبناء على ما تقدم، يمكن تعريف شرط إعادة التفاوض الذي يدرجه المتعاقدان في العقد بأنه شرط يمكن الأطراف في العقد من الاتفاق على إعادة التفاوض، خاصة في العقود طويلة المدة، إذا ما طرأت ظروف تغير من توازن طرفي التعاقد.

(1) FICHANT (F.), L'obligation de négociation en droit prive, thèse, Rennes 1, 1991, p 131.

(2) FICHANT (F.), Op. cit., p. 131.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لشرط إعادة التفاوض

يتميز شرط إعادة التفاوض بأنه شرط تعاقدي خاص، لأن مضمونه يتحدد باتفاق طرفي العقد. وعلى ذلك، فإدراج مثل هذا الشرط في العقد يقتضي من طرفيه تحديد مضمون الشرط بدقة، والأسباب التي تدعو إلى تطبيقه، أي تلك التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، سواء كانت أسبابا وطنية أو دولية، سياسية أو اقتصادية أو مالية، خارجة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم(١).

كما يجب أن يحدد الأطراف المقصود باختلال التوازن العقدي الذي يحدثه التغيير، والذي يمكن أن يتمثل في وقوع ضرر كبير، واختلال خطير في اقتصاد العقد. فقد يكون من الضروري تعديل أحكام، أو بنود العقد في حالة ما إذا أصبح العقد مجحفا بأحد المتعاقدين، إما لأن العقد توقف عن أن يحقق الفائدة التي تم إبرامه لتحقيقها، وإما لأن هذه الفائدة تغيرت، أو نقصت بشكل كبير يؤدي إلى اختلال توازن العلاقة التعاقدية(٢).

ويلاحظ أن قضاء التحكيم الدولي يميل إلى تبني إمكانية مراجعة العقد نتيجة الظروف الطارئة كأحد الأسس الملحة والضرورية في مجال التجارة الدولية. وفي هذا الخصوص فقد اعتبرت هيئة التحكيم الدولية، في قضية رقم ٢٢٩١ سنة ١٩٧٥، أن

---

(1) Klaus Peter Berger, International commercial arbitration: Renegotiation and adaptation of international investment contracts: The role of contract drafters and arbitrators, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1347, October 2003, P. 1,2.

(٢) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢١٧، ٢١٨.

تعديل العقد لتغيير الظروف يندرج ضمن قانون التجارة الدولي المعروف بـ La Lex Mercatoria الذي يقتضي توازن الأداءات على المستوى المالي(١).

وفي قرار آخر أكدت هيئة التحكيم الدولي أن مراجعة العقد، بهدف تحقيق التوازن في الأداءات العقدية، يجد أساسه في مبدأ حسن النية، كأحد أبرز المبادئ التي يتضمنها قانون التجارة الدولي(٢).

ومن ثم يختلف شرط إعادة التفاوض باختلاف العقود والظروف، وبالتالي يختلف مضمونه من عقد إلى آخر. فقد يواجه الشرط الظروف الاقتصادية في عقد، ويواجه ظروفا غير اقتصادية في عقد آخر، كظروف سياسية أو مالية أو قانونية.

وقد يتفق طرفا عقد الاستثمار على أن يتم إعادة التفاوض في ضوء تفاهم الطرفين وبحسن نية، كما قد يتفقان على أن تكون إعادة التفاوض بمعرفة متخصصين، أو عن طريق التحكيم. ومن ثم فالصفة التعاقدية لهذا الشرط تتيح للأطراف إمكانية الاتفاق مسبقا لتفادي الإشكالات الناجمة أثناء التنفيذ(٣).

---

(1) Journal de droit international 1976, obs Derains (Y), p. 989.

مشار إليه في: عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٢) قانون التجارة الدولي هو مجموعة من الأعراف والمبادئ التي تشكل ميثاقا مرجعيا للعاملين في مجال التجارة الدولية أو بالنسبة لهيئات التحكيم الدولية.

(٣) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢٢١.

المبحث الثاني

إشكاليات شرط إعادة التفاوض وضماناته

تمهيد وتقسيم:

قدمنا أن شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار يتميز بالعديد من الإيجابيات، أهمها: تمكين الأطراف من المحافظة على بقاء العقد قائما، حيث يعيد التوازن العقدي، والتغلب على عقبات التنفيذ. وعلى الرغم من ذلك، تظهر بعض الإشكاليات المتعلقة بتنظيم وتنفيذ هذا الشرط، بحيث يتعين على طرفي العقد تلافيها، والتغلب عليها بصياغة جيدة لهذا الشرط، عند إبرام عقد الاستثمار.

ومن هنا كانت أهمية توافر ضمانات تكفل تنفيذ شرط إعادة التفاوض بطريقة تتفق مع حسن النية، الواجب أن يتحلى به طرفا عقد الاستثمار.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الإشكاليات المتعلقة بشرط إعادة التفاوض.

المطلب الثاني: ضمانات شرط إعادة التفاوض.

المطلب الأول

الإشكاليات المتعلقة بشرط إعادة التفاوض

يهدف شرط إعادة التفاوض الوارد في عقد الاستثمار إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، فهو يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساسي وجوهري في توازن الأداءات العقدية.

وحتى يحقق الشرط الدور المطلوب منه، فإنه يفرض التزاما على عاتق الأطراف بإعادة التفاوض[1].

وبالتالي، فمواجهة التغير في الظروف التي أدت إلى اختلال التوازن لا تطبق تلقائيا، مما يؤدي إلى ظهور بعض المشكلات الآتية:

أ- عدم تحديد التزامات الأطراف في تلك المرحلة تحديدا دقيقا، فالدخول في التفاوض لا يعنى الالتزام بإبرام اتفاق يتعلق بالبنود المعدلة، وبالتالي لا يمثل الفشل في إعادة التفاوض إخلالا بالعقد.

ب- إمكانية أن يكون الشرط مفتوحا وعاما، وذلك من خلال التحكم في النص، سواء ما إذا كان هدف استعادة التوازن الأصلي ينطوي على أن الهدف المشترك للطرفين هو تعويض الطرف المتضرر، أو إذا كانت هناك ضرورة لأخذ المصلحة العامة بالاعتبار، وبالأخص عندما يحدد الشرط الحل المتكافئ كهدف أساسي.

---

(1) Lorenzo Cotula, previous reference, p. 67.

ج- عدم وضع الطرف المتضرر في الاعتبار، في حالة فشل الأطراف في الوصول إلى اتفاق على مراجعة شروط العقد، أثناء المدة الزمنية التي يحددها العقد كمرحلة أولية من مراحل المفاوضات المباشرة(١).

وفشل الأطراف في الوصول إلى اتفاق على مراجعة شروط العقد يرتبط بما يلي:

١- وجود شرط غير واضح ومحدد في العقد يتعلق بمسألة إعادة التفاوض، إذا كان هناك قانون جديد يؤثر بالسلب على حقوق ومصالح الطرف الخاص، أو وضعه المادي، أو صافي مكاسبه الاقتصادية(٢).

٢- عدم تحديد البنود والشروط التي يجب إخضاعها للمراجعة ومقدار هذه المراجعة، وذلك من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بين الأطراف(٣).

واختلاف الأطراف على الشروط الخاصة بإعادة التفاوض يؤدي إلى ظهور نزاع قد تتم إحالته إلى التحكيم. وفي هذه الحالة يتعين على المحكم أن يحدد ما إذا كانت الأفعال أو الإجراءات التي قام بها طرف من الأطراف تستوفي الشروط المحددة من أجل إعادة التفاوض، أم لا.

---

(١) بشار محمد الأسعد: مرجع سابق، ص٣٠٧.

(٢) الاتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الاستكشاف والمشاركة في الإنتاج لعام ١٩٩٤، ص٣٠٤، مشار إليه في بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص٣٠٨.

(٣) انظر العقد المبرم بين شركة البترول الحكومية لجمهورية أذربيجان ومجموعة شركات بنزويله؛ مشار إليه في بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

وإذا رأى المحكم أن هذه الشروط لم يتم استيفاؤها، فإن العقد يظل محتفظا بفاعليته وتأثيره. أما إذا رأى المحكم عكس ذلك، فسيكون أمام ثلاثة حلول بديلة، تتوقف على متطلبات الأطراف، وذلك على النحو الآتي[١]:

أ- قد يدعو المحكم الأطراف لمحاولة التفاوض مرة أخرى، استنادا إلى ما توصل إليه من نتائج.

ب- وإذا فشلت هذه المحاولات، فإنه يجوز للمحكم أن يقضي بأن الأطراف وحدهم هم أصحاب الحق في مواصلة مراجعة العقد.

ج- بالإضافة إلى ذلك، فقد يأخذ المحكم في تحديد الطبيعة التي ينبغي بها مراجعة بنود العقد بما يخدم هدف الأطراف، وهو استعادة التوازن التعاقدي، وإصدار حكم يلزم عمل هذه المراجعة.

وعلى الرغم من هذه المشكلات، إلا أنه لا يمكن عدم الاعتراف بشرط إعادة التفاوض، والذي بناء عليه يصبح الأطراف ملتزمين بالاتفاق فيما بينهم على إعادة تعديل علاقاتهم التعاقدية، إذا ما أصبح ذلك لازما لتجنب النزاع[٢]، لأنه بمقتضاه يتم إنقاذ العقد، بتخفيف الضرر عمن لحقه، حفاظاً على التعاون المستمر بين أطرافه، والذي بدونه ستتوقف علاقات الطرفين، مما يؤدي على تفاقم الضرر بالنسبة لأحد طرفيه، وقد ينفسخ العقد إن وصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذ الالتزامات.

---

(1) Bernardini (P.): previous reference, p. 419, 420.

(2) Bernardini (P.): previous reference, p. 421.

المطلب الثاني

ضمانات شرط إعادة التفاوض

حتى نتفادى المشكلات العملية المرتبطة بتطبيق شرط إعادة التفاوض، يتعين أن يحاط هذا الشرط بعدة ضمانات تكفل تطبيقه بطريقة تتفق مع حسن النية، حتى يحقق الهدف المرجو منه في إعادة التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستثمار، والمحافظة على بقاء هذا العقد قائما، رغم تغير الظروف التي أدت إلى اختلال التوازن. وتتمثل أهم هذه الضمانات في الآتي:

أولا- الإخطار:

يلتزم المدين المتعثر بإخطار دائنه بوقوع الحدث، ونتائجه المحتملة، وضرورة الجلوس إلى مائدة المفاوضات.

ويقصد بذلك أنه يجب على المضرور من وقوع الحدث، إخطار المتعاقد الآخر بوقوع الحادث، ونطاقه، وآثاره على تنفيذ العقد، وهو نقطة البدء في عملية التفاوض، ومن خلاله يستطيع الطرف الآخر أن يلبي الدعوة بالدخول في المفاوضات من جديد. ويتفق الأطراف في أغلب الحالات على أن يتم هذا الإخطار في أقرب وقت ممكن، أو في مدة محددة يتفقون عليها[1].

وفي المقابل، يعرض على المتعاقد الآخر التزاما بالدخول في التفاوض، حيث يلتزم الأطراف بأن يتقابلوا للمناقشة والتفاوض في إمكانية تعديل العقد لتتماشى أحكامه مع الظروف الجديدة، ويجب أن يكون هذا التفاوض بحسن نية.

---

(١) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص٤٥٢.

وإذا رفض أحد الأطراف الدخول في هذه المناقشات، فإنه يكون قد جمد شرط إعادة التفاوض، وأجاز للطرف الآخر أن يطلب تعويض الضرر الذي أصابه من جراء ذلك[١].

فلا يحق لأحد الأطراف أن يمتنع عن الدخول في التفاوض بدون مبرر مقبول، كأن يرى مثلا أن العقد لا يضر كثيرا بمصالحه، وأنه لا فائدة من إعادة المفاوضات.

ولكن يجوز الامتناع المبرر، وهو أن يكون لدى المتعاقد أسباب مقبولة تمنعه من تلبية رغبة الطرف الآخر. والمقصود بالأسباب المقبولة، الأسباب الجدية التي تفيد عدم توافر الحدث الذي قصداه، بأن كان متوقع الحدوث، أو أن يكون هذا الحدث أدى فقط إلى زيادة التكلفة دون أن يقلب توازن العقد، كما هو مذكور في الاتفاق. فإذا توافرت هذه المبررات، يجوز للمتعاقد الامتناع عن الدخول في التفاوض، لحين الفصل في مدى توافر هذه الخصائص من عدمه[٢].

ثانيا- حكم مخالفة أحد طرفي التعاقد للالتزام بإعادة التفاوض:

إن اختلال توازن العقد يؤدي إلى تحمل أحد المتعاقدين ضررا كبيرا، خاصة إذا رفض الطرف الآخر إعادة التفاوض، لأن من مصلحته حدوث هذا الخلل، فيستخدم وسائل تسويفية لتأخير هذا التفاوض[٣].

(1) R. Fabre, Les Clauses d'adaptation dans les contrats, R.T.D. Civ., 1983, p. 91.

(2) Ch. LARROUMET, Droit Civil – Les obligations de le Contrat, 1ere Partie, Economica, Paris, 2007, p. 179.

(3) H.A. ABDUL MUNEM, "La protection de I 'acheteur dans la vente de marchandises en droit de commerce international", thèse, Rennes, 1991, p. 25.

وفي هذه الحالة، يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وهو امتناع مشروع عن عدم تنفيذ الالتزام بشكل مؤقت لحين تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه بإعادة التفاوض[١]. وهي وسيلة تهديد يستخدمها الدائن لإجبار المدين المتقاعس عن تنفيذ التزامه[٢]. كما أنه يمثل ضمانة للدائن الذي يدفع بعدم التنفيذ، إذ يوقف تنفيذ التزامه، لحين تنفيذ المدين لالتزامه، مما تحميه من إعسار مدينه قبل التنفيذ.

ويجوز للأطراف الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية العقدية من خلال اتفاقات الإعفاء من المسئولية، وذلك في حدود القانون، والنظام العام والآداب[٣].

واتفاقات المسئولية هي: "اتفاقات يقصد بها تنظيم آثار المسئولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون، ويقصد بها تعديل أحكام المسئولية الناشئة عن الإخلال بالعقد، أو المتولدة عن إتيان فعل غير مشروع"[٤].

وقد تناولت المادة ٢/٢١٧ مدني اتفاقات بتعديل المسئولية سواء بالتخفيف، أو الإعفاء منها، حيث نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه

(١) محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، بند ٣٦١، ص٤٥٧.

(٢) حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بدون ناشر، ١٩٩٥، بند ٥٥٥، ص٣٩٠.

(٣) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، المصادر غير الإرادية، مرجع سابق، بند ١٢، ص١٤.

(٤) عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون تاريخ نشر، بند ٢٨٣، ص٣٠٢.

الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"[١].

وبناء على ذلك، فإن الاتفاق الذي يعفي المدين من نتائج عدم التنفيذ الراجع إلى خطأ يسير منه يعد صحيحا، ولكن الاتفاق الذي يعفيه من نتائج عدم التنفيذ الراجع إلى غشه، أو خطئه الجسيم يعد باطلا[٢].

ومن ثم فلا يحق لأحد الأطراف أن يمتنع عن الدخول في التفاوض بسوء نية، أو بدون مبرر مقبول، كأن يرى مثلا أن العقد لا يضر كثيرا بمصالحه، وأنه لا فائدة من إعادة المفاوضات.

وإذا رفض أحد الأطراف الدخول في هذه المناقشات، فإنه يكون قد جمد شرط إعادة التفاوض، ويجوز للطرف الآخر أن يطلب تعويض الضرر الذي أصابه من جراء ذلك.

(١) والجدير بالذكر أن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالقانون البحري المصري الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، واتفاقية بروكسيل لسنة ١٩٢٤ الخاصة بسندات الشحن واتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ الخاصة بالنقل البحري الدولي للبضائع، حيث تقرر هذه التشريعات بطلان شروط الإعفاء أو التخفيف من المسئولية، انظر في ذلك المادة ٢٣٦ من التقنين البحري المصري، والمادة ٨/٣ من اتفاقية بروكسل. مشار إليه في عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، بنود ٣٠٤، ٣٢٨، ٤١٧.

(٢) محمود جمال الدين زكي: اتفاقيات دفع المسئولية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثلاثون، العدد الثالث، ١٩٦١، ص٥٢١.

الفصل الثاني

اختلال التوازن العقدي الموجب لإعادة التفاوض

تمهيد وتقسيم:

قدمنا أن أثر الظروف الطارئة والمستجدة على تنفيذ عقد الاستثمار الدولي يتمثل في اختلال التوازن العقدي بين التزامات طرفي العقد، سواء الدولة المضيفة للاستثمار، أو المستثمر.

ولكن ليس من شأن كل الظروف الطارئة التأثير على التوازن العقدي بهذا الشكل الذي يسفر عن اختلال في التوازن العقدي، أو تحقيق خسارة كبيرة، أو فادحة لأحد المتعاقدين، وإنما يشترط في هذه الظروف الطارئة توافر عدة شروط، أهمها، عدم توقع الظرف أو الحدث الطارئ، وعدم إمكانية دفعه. ومن ثم ليست كل الظروف المستجدة تستتبع الجلوس إلى مائدة التفاوض مرة أخرى، كما أنها لا تؤدي في كل الأحوال إلى اختلال التوازن العقدي الذي يقتضي إعادة التفاوض بين الطرفين.

ومن هنا يتعين علينا، بداية، أن نعرف التزامات كل من طرفي عقد الاستثمار، حتى يتسنى لنا فهم ومعرفة مدى تأثير الظروف الطارئة على اختلال التوازن بين هذه الالتزامات.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: التزامات وحقوق طرفي عقد الاستثمار.

المبحث الثاني: ماهية اختلال التوازن العقدي وشروطه.

المبحث الأول

التزامات وحقوق طرفي عقد الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

عقد الاستثمار، شأنه شأن كافة العقود، يرتب على طرفيه حقوقا والتزامات. وتختلف هذه الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار باختلاف طبيعة العقد.

ونظرا لوجود أنواع كثيرة من تلك العقود، فقد تنشأ عنها حقوق والتزامات عامة ومشتركة، توجد في أغلبها، بغض النظر عن نوعية هذه العقود.

وبغض النظر عن وجود اختلاف في الالتزامات والحقوق الناشئة عن كل نوعية من هذه العقود، إلا أن هذه العقود أيا كان نوعها وطبيعتها، تنشئ على عاتق أطرافها مجموعة من الحقوق والالتزامات ذات الطبيعة العامة والمشتركة، على نحو يمكن القول معه بوجودها في غالبية عقود الاستثمار.

وعلى ذلك، سوف نتناول هذه النوعية ذات الصفة العامة والمشتركة، والموجودة في عقود الاستثمار بصفة عامة.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: التزامات وحقوق الدولة المضيفة للاستثمار.

المطلب الثاني: التزامات وحقوق المستثمر.

المطلب الأول

التزامات وحقوق الدولة المضيفة للاستثمار

هناك التزامات عديدة على عاتق الدولة المضيفة تجاه المستثمر، سواء تلك التي تم تنظيمها من خلال نصوص عقد الاستثمار، أو من خلال التشريعات الداخلية للدولة المضيفة. وتمثل التزامات الدولة المضيفة في نفس الوقت حقوقا للمستثمر على تلك الدولة.

أولا- التزامات الدولة المضيفة للاستثمار:

نظرا لأن للدولة سلطة إصدار التشريعات داخل إقليمها، بما يمكنها من تعديل، أو إلغاء التشريعات التي تتعلق بالاستثمار، على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن التعاقدي، وكذلك فللدولة مزايا سيادية تستطيع بموجبها تعديل العقد، أو إنهاءه بالإرادة المنفردة[١]، ولذلك فمن الطبيعي أن يلجأ المستثمر إلى وضع شرط على الدولة المضيفة يقضي بالثبات التشريعي بالنسبة للقوانين المتعلقة بالاستثمار، ليحد من سلطة الدولة التشريعية في تعديل العقد، أو إلغائه، وعدم المساس به بالإرادة المنفردة لها[٢].

ويقصد بشرط الثبات التشريعي أن تتعهد الدولة، بموجب هذا الشرط، بعدم تطبيق أي تشريع جديد، أو قرار إداري جديد على العقد الذي تبرمه مع المستثمر.

(١) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥، ص١١٦ ومابعدها.

(2) Kapwadi F. Lukanda, Renegotiating investment contracts: The case of mining contracts in democratic republic of the Congo, 5 Geo. Mason J. Int'l Com. L. 301, *302, 2014, p.3.

ويشترط المستثمر هذا الشرط من أجل تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية، وإلزامها بعدم سريان التشريعات الجديدة على الطرف الآخر بعد إبرام العقد، والذي قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، والإضرار بالمستثمر(١).

ولم يتضمن قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ نصا صريحا يفيد تعهد الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد، أو قرار إداري جديد على العقد الذي تبرمه مع المستثمر، وهو ما يؤخذ على المشرع المصري.

وإذا كانت السمة الأساسية للعقود الإدارية هي إمكانية تعديلها من جهة الإدارة بالإرادة المنفردة، حتى مع عدم وجود نص في العقد يجيز هذا التعديل، بحيث يعتبر هذا الحق من النظام العام في تلك العقود، إلا أن ذلك لا يطبق في مجال عقود الاستثمار، وذلك لتوفير الحماية المطلوبة للمستثمر الأجنبي، وهذا الشرط يطلق عليه شرط الثبات، وهذا الشرط غالبا ما يقترن بشرط عدم المساس باعتباره مكملا له.

وطبقا لشرط عدم المساس، تتعهد الدولة بعدم جواز تعديل حقوق والتزامات الطرفين بإرادتها المنفردة، من دون رضاء الطرف الآخر، مستخدمة في ذلك امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها تجاه المتعاقد الأجنبي.

وغالبا ما يدرج شرط الثبات بصورة بند في العقد المبرم بين الدولة المضيفة والشركة المستثمرة، ويطلق عليه شرط الثبات التعاقدي، وغالبا ما يقترن شرط عدم المساس بشرط الثبات التشريعي، على الرغم من الاختلاف الواضح بينهما، فالأول هو شرط تشريعي يمنح المستثمر حصانة تجاه ما تتمتع به الدولة من مزايا بوصفها سلطة تشريعية، ويتم النص عليه في القانون الوطني للدولة المضيفة المانحة للامتياز، والذي

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص والتجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص٩٠.

تتعهد بموجبه تلك الدولة بعدم تطبيق أي نص تشريعي جديد على العقد بعد إبرامه. والثاني شرط تعاقدي، مصدره العقد المبرم بين الطرفين، تتعهد بموجبه الدولة المضيفة بعدم تعديل العقد، أو إنهائه بإرادتها المنفردة، بوصفها سلطة تنفيذية، إلا أن غايتهما واحدة، وهي الحفاظ على العقد، وعدم المساس به[١].

كما تلتزم الدولة بأن تقدم للمشروع الاستثماري كل مساعدة ممكنة من أجل وجوده على إقليمها، وذلك بتسليمه جميع الأوراق الضرورية لحضور الفنيين المتخصصين من جانبه للعمل بالمشروع، وكذلك إعطاءه جميع التراخيص الخاصة بالبناء والاستيراد، وتسهيل تملك المشروع المشترك للأرض التي سيقام عليها المشروع والترخيص بالاستثمار، بالإضافة إلى التزام الدولة المتعاقدة بتوفير الحماية المناسبة للاستثمارات التي يقوم بها المستثمر على أرضها[٢].

كما يجب على الدولة المضيفة أن تتعامل مع المستثمر الأجنبي معاملة الوطني، بحيث لا ينتقص من المستثمر الأجنبي امتيازات تمنح للمستثمر الوطني[٣].

فلا يجوز تأميم المشروعات الاستثمارية، كما لا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدما، تكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية[٤].

---

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٩٣، ٩٤.

(٢) حفيظة السيد الحداد، المرجع سابق، ص٢٣٦، ٢٣٧.

(٣) المادة (٣) من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.

(٤) المادة (٤) من قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧.

ولا يجوز التحفظ على المشروعات الاستثمارية الناتجة عن عقود الاستثمار، إلا بموجب حكم قضائي، كما لا يجوز لأي جهة إدارية إصدار قرارات إدارية، أو إصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية، أو إجرائية تتعلق بإنشاء، أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام هذا القانون، أو فرض رسوم، أو مقابل خدمات عليها، أو تعديلها، إلا بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة، وموافقة كل من مجلس الوزراء، والمجلس الأعلى(١).

ثانيا- حقوق الدولة المضيفة للاستثمار:

إن حق الدولة في الرقابة والإشراف على المشروع الاستثماري يعد من أهم الحقوق التي يضمنها عقد الاستثمار للدولة المضيفة، وذلك حتى يتسنى التأكد من قيام المستثمر بأداء التزاماته التعاقدية، كما يضمن لها سلطة فرض القواعد الكفيلة بإحكام الرقابة الحكومية لتحقيق مصالحها وأهدافها الوطنية(٢).

كذلك من شأن هذه الرقابة على المشروعات، المتابعة الدورية لأدائها، وذلك للحكم على مدى تحقيق الأهداف المرجوة منها، ومدى نجاحها في تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية(٣).

(١) المادة (٤) من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.

(٢) رضا محمد إبراهيم عبيد، عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل النظام القانوني العراقي بالمقارنة مع النظام القانوني المصري، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٣١.

(٣) السيد محمد حسن الجوهري، الرقابة على مشروعات استثمار القطاع العام، الرقابة البرلمانية، رقابة الجهاز المركزي للمحاسبات، رقابة الأجهزة التنفيذية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٥٦.

وقد نصت على ذلك المادة (٦٨) من قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧، حيث منح المجلس الأعلى للاستثمار هذا الحق، وبما لا يخل بحسن سير المشروعات، ومباشرتها أوجه نشاطها[١].

كما يحق للدولة إنهاء عقد الاستثمار في حالة إخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته، فالمستثمر كما يهتم بالبحث عن حقوقه، ويلزم الدولة المضيفة بتنفيذ التزاماتها، يجب عليه هو الآخر تنفيذ التزاماته تجاهها[٢].

المطلب الثاني

التزامات وحقوق المستثمر

كما ترتب عقود الاستثمار حقوقا والتزامات على الدولة المضيفة، فإنها ترتب أيضا حقوقا والتزامات على المستثمر الأجنبي، أهمها:

أولا- التزامات المستثمر:

يلتزم المستثمر الأجنبي بتنفيذ الالتزامات محل التعاقد، أيا كان نوع هذه الالتزامات، والتي تعد الدافع وراء هذا التعاقد. فإذا لم يقم المستثمر الأجنبي بتنفيذ هذه الالتزامات وفقا للمتفق عليه في بنود العقد، التزم بتعويض الدولة من جراء عدم التنفيذ[٣].

(١) رجب عبد الحكيم سليم، موسوعة الشركات والاستثمار، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة المنقحة والمزايدة بأحدث الأحكام، ٢٠٠٧، ص٩٧٦.

(٢) رضا محمد إبراهيم عبيد، المرجع سابق، ص١٠٧.

(٣) محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص١٨٥.

فيلتزم المستثمر الأجنبي باحترام القواعد الفنية السائدة في مجال العلاقات الدولية، سواء تعلق الأمر بقطاع البترول، أو القيام بالأعمال الهندسية، أو في مجال المنشآت الصناعية، أو الاستثمار النفطي، أو نقل التكنولوجيا، وغير ذلك من عقود الاستثمار التي يلتزم المستثمر بتنفيذها وفق أفضل المعايير الفنية المعمول بها في هذا المجال.

كما يلتزم المستثمر بإمداد الدولة بأفضل الموارد اللازمة لتنفيذ المشروع محل التعاقد، واستخدام التكنولوجيا المتطورة في هذا المجال، حيث ينص عادة في عقود الاستثمار على أن يتعهد المستثمر الأجنبي، القائم على بناء المصنع، بأن يكون المستوى العام متماشيا، أو أكثر حداثة من المستوى الحالي، من حيث التكنولوجيا المستخدمة في المجال محل التعاقد[١].

وكذلك يلتزم المستثمر بما يعرف بالحد الأدنى للاستثمار، حيث غالبا ما تحتوي عقود الاستثمار على نص يلزم المستثمر الأجنبي بضرورة القيام باستثمارات محددة، يتم تحديها خلال مدة معينة يتفق عليها الأطراف في العقد، والحكمة من وجود هذا الشرط، هي تحقيق الغاية من هذا الاستثمار وفعاليته[٢].

كما يلتزم المستثمر بتدريب العمالة المحلية، وهو ما يعرف بالتنمية البشرية، وذلك عن طريق إنشاء المدارس، والمستشفيات، ومراكز الخدمات الاجتماعية لأسر العاملين التي يستخدمها في المشروع الاستثماري، وذلك بعد أن خولت الدولة

(١) حفيظة السيد الحداد، المرجع سابق، ص ٢٠٥ وما بعدها.

(٢) حفيظة السيد الحداد، المرجع سابق، ص ٢٠٨، ٢٠٩.

المستثمر القيام بهذا الدور بدلا منها، وهذا الالتزام غالبا ما يكون منصوصا عليه في عقود الاستثمار(١).

كما يلتزم المستثمر الأجنبي بإعلام وإخبار الدولة عن مجريات سير العملية الاستثمارية، حيث تمارس الدولة المضيفة للاستثمار دورها في الرقابة الدائمة والمستمرة للمشروع الاستثماري، كما سبق أن وضحنا.

وبناء على ذلك، يقع على عاتق المستثمر الأجنبي التزام بمصارحة الدولة المستضيفة بجدوى الاستمرار في تنفيذ العقد، وما إذا كان الاستمرار في تنفيذ المشروع سيلحق بالدولة خسارة فادحة، أو عدم تحقيق النتيجة المرجوة منه، نتيجة حدوث تغيرات في السوق الدولية، أو نتيجة لارتفاع التكاليف المطلوبة لإتمام المشروع. وتبعا لهذا الالتزام، يقع على عاتق المستثمر الأجنبي تقديم كافة المستندات والوثائق للدولة، أو للجهاز التابع لها، والمتعلقة بالمشروع محل التعاقد(٢).

ثانيا- حقوق المستثمر:

للمستثمر الحق في الحصول على المساعدات الممكنة من أجل تسهيل قيامه بتنفيذ المشروع على أكمل وجه، وكذلك إزالة كافة المعوقات التي تحول دون تنفيذ التزامه(٣).

ولسهولة تحقيق ذلك، فقد نصت أغلب قوانين الاستثمار على ضرورة إنشاء هيئة مختصة تتولى شئون الاستثمار، وتستهدف إزالة كافة العقبات التي قد تواجه المستثمر أثناء قيامه بالمشروع.

---

(١) المادة ١٥ من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.

(٢) محمد عبد العزيز، المرجع سابق، ص١٩٢، ١٩٣.

(٣) المادة (٦٨) من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.

وتقوم هذه الهيئة بإصدار التراخيص الإدارية الخاصة بإنشائه، والتراخيص الخاصة بتملك الأراضي اللازمة لإقامة المشروع، وكذلك تقوم باستصدار القرارات الإدارية اللازمة لإقامة رجال الأعمال والخبراء والفنيين الذين يجلبهم المستثمر الأجنبي للعمل في المشروع، باعتبار أن ذلك من حقوق المستثمر الأساسية أيضا في عقد الاستثمار(١).

فالمستثمر غالبا ما يكون حاملا للجنسية الأجنبية، مما يتطلب الحصول على الموافقات والتأشيرات اللازمة لدخول العاملين، والتصاريح الجمركية، والموافقات الخاصة بالأعمال داخل البلد المضيف، وذلك كله يكون مهمة الهيئة المختصة بالاستثمار، دون حاجة للجوء إلى التعامل مع الهيئات الإدارية الخاصة(٢).

كما يحق للمستثمر الأجنبي الاستعانة بالموردين، والمقاولين المحليين، وذلك لقيامهم بأعمال المشروع، بشرط أن يكونوا على درجة من الكفاءة تمكنهم من ذلك.

وكذلك شراء أي مواد ضرورية للمشروع من السوق المحلية، سواء كانت مواد خاما، أو قطع غيار. بالإضافة إلى الحق في التعاقد مع الجهات المختصة من أجل توصيل الماء، والكهرباء، وأجهزة الاتصالات لموقع العمل(٣).

---

(١) ومن هذه التشريعات التشريع الكويتي، وذلك في المادة ٧ من قانون الاستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ وغيرها من التشريعات العربية، والغربية.

(٢) محمد يونس يحي الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٥، ص٦٣.

(3) A. Fatouros, Government Guarantees to Foreign investors, Columbia University Press, U.S.A., 1962, p. 361.

كما يحق للمستثمر الأجنبي التمتع بالإعفاءات الجمركية عند تنفيذه للمشروع الاستثماري، نظرا لاحتياج هذا المشروع للآلات، والمعدات، والأجهزة التي غالبا ما تكون غير متوفرة في الدولة المضيفة، وبالتالي لابد من جلبها من الخارج.

وعلى الرغم من النص على هذه الإعفاءات في التشريعات الوطنية الخاصة بالاستثمار، أو الاتفاقيات المبرمة بين الدولة المضيفة، ودولة المستثمر، فإن المستثمر يطلب النص على هذه الإعفاءات في عقود الاستثمار. كما يحق للمستثمر الالتجاء إلى القضاء في حالة نشوب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة[١].

وتلتزم الدولة المضيفة بتوفير الحماية اللازمة للمشروع الاستثماري، وذلك سواء كان في الظروف الاستثنائية، كالحرب، والثورات، والفتن الداخلية، أو في الأوقات العادية، وذلك بتوفير الحراسة، أو المحافظة على المنشآت محل العقد من السرقة والتلف، وغير ذلك من الحوادث العادية التي يمكن أن يتعرض لها المشروع الاستثماري، لوجوده على أرض الدولة المضيفة[٢].

كما يحق للمستثمر الأجنبي الحصول على الدفعة النقدية المقدمة من أجل إنجاز المشروع، في حالة الاتفاق على تمويله بدفعة نقدية، وحقه الكامل في تنفيذ التزاماته، إذا كان المقابل لتنفيذ الالتزام مقابلا ماليا[٣].

(١) رضا محمد إبراهيم عبيد، المرجع سابق، ص١١٠ وما بعدها.

(٢) حفيظة السيد الحداد، المرجع سابق، ص٢٣٧.

(٣) محمد عبد العزيز بكر، المرجع سابق، ص١٨٤.

المبحث الثاني

ماهية اختلال التوازن العقدي وشروطه

تمهيد وتقسيم:

نظرا لطبيعة عقود الاستثمار الزمنية، متراخية التنفيذ (عقود المدد الطويلة)، فغالبا ما يفضل أطرافه إضافة بعض الشروط في العقد، وذلك لحماية كل منهما من تغير الظروف، وما يترتب عليه من آثار على التزاماتهما[١].

وتغير الظروف يقصد به: الأحداث الطارئة، أو الاستثنائية نادرة الوقوع، التي تؤثر على التزامات الأطراف، فيمكن أن تجعل التزام أحد الأطراف مرهقا، أو مستحيلا في حالات أخرى، وتؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقا للمبادئ العامة [٢].

ولا يستطيع أي طرف أن يطالب الطرف الآخر بالفوائد، أو تعويض الخسائر الناتجة عن التأخير في تنفيذ الالتزامات، أو عدم تنفيذها، الناتج عن حدوث ظروف طارئة[٣].

---

(1) Lorenzo Cotula, previous reference, p. 67.

(2) Shawgross Q.C., the problems of Foreign investment in International Law, Recueil des Cours de la Hague Academy, vol. 102, A. W. SIJTHOFF, LEYEDE, 1961, P. 353.

(٣) محمود كيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٤١٨.

وفي هذا الصدد نصت المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني المصري على أنه: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية اختلال التوازن العقدي.

المطلب الثاني: شروط الحادث المخل بالتوازن العقدي.

المطلب الأول

ماهية اختلال التوازن العقدي

يعتبر اختلال العقد أو اختلال التوازن العقدي نتيجة مؤكدة للظروف الطارئة، التي تجعل تنفيذ الالتزامات مرهقا لأحد طرفي عقد الاستثمار، وهي شرط لتنفيذ التزامهما بالجلوس على مائدة التفاوض مرة أخرى، حتى يتغلبا على هذه الظروف، ويعاد التوازن مرة أخرى لعقد الاستثمار.

وسوف نبين في هذا المطلب المقصود باختلال التوازن العقدي، والخصائص التي تميزه.

أولا- المقصود باختلال التوازن العقدي:

إن اختلال التوازن العقدي، في عقد الاستثمار، هو شرط ضروري لإعمال أحكام شرط إعادة التفاوض، أي أنه يعد مرحلة وسطا بين الاستحالة المطلقة في التنفيذ، والتي تؤدي إلى تطبيق أحكام نظرية القوة القاهرة، وبين التغير البسيط في الظروف الذي يؤثر بشكل أو بآخر في اقتصاد العقد، دون أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ(١).

ويحرص الأطراف على وجود درجة خطورة معينة في التغيرات التي تصيب الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وذلك من خلال تضمين ذلك في شروطهم التعاقدية، والتي تنظم شرط إعادة التفاوض(٢).

ويحرص الأطراف، في غالبية العقود، على طلب هذا التغير صراحة في العقد. ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه: "في حالة حدوث تغيرات كبيرة في الظروف، أو تعديلات ملحوظة في الشروط الاقتصادية ....".

والشرط الذي ينص على أنه: "في حالة وقوع أحداث .... يكون من أثرها تقلب الأسس الاقتصادية للصفقة الحالية، مسببة ضررا لأحد الأطراف....."(٣).

فهذا التغير، الذي يبرر شرط إعادة التفاوض، يجب أن يكون جوهريا، يصاحبه اضطراب واضح في اقتصاد العقد، وهو ما يبرر إمكانية مراجعة العقد، عن طريق إعادة

---

(١) شريف محمد غنام، المرجع سابق، ص١٣٥.

(2) M. BULISSON, La négociation de marches internationaux, 2ed moniteur, 1982, p. 226.

(3) M. FONTAINE, op. cit, p. 259.

التفاوض، حيث يوجد ضرر فادح، أو اختلاف ظاهر في العقد، ليس من العدل أن يتحمله أحد المتعاقدين.

ويجب تعديل أحكام عقود الاستثمار في حالة كونه لا يحقق الفائدة التي أبرم من أجلها، أو أن تم تعديل هذه الفائدة بشكل كبير، حيث أصبح التنفيذ، في هذه الحالة، يخل بتوازن الأداءات التعاقدية(١).

وقد عالج المشرع الفرنسي، على نحو جديد، نظرية الظروف الطارئة، حيث أورد نصا مستحدثا بمقتضي التعديل الصادر في العاشر من فبراير ٢٠١٦ في المادة (١١٩٥) مدني، حيث نصت على أنه: "لو تغيرت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، بحيث جعلت التنفيذ مرهقاً بدرجة كبيرة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يكن قد قبل تحمل المخاطر، فإن هذا الأخير يستطيع المطالبة بإعادة التفاوض بشأن العقد مع المتعاقد الآخر، ويستمر تنفيذ التزاماته طوال فترة إعادة التفاوض. وفي حالة رفض أو فشل إعادة المفاوضات، يمكن للطرفين الاتفاق على فسخ العقد، وفي التاريخ وبالشروط التي يحددانها، أو أن يطلبا – باتفاق مشترك – من القاضي أن يقوم بالتوفيق بينهما. وفي حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يستطيع القاضي بناء على طلب أحد الطرفين، مراجعة العقد، أو إنهاءه في التاريخ وبالشروط التي يحددها".

ويجب ملاحظة أن العبرة بالنتائج المترتبة على الظروف الخارجية وتأثيرها على اقتصاد العقد، وليس الظروف في حد ذاتها، إذا لم تؤثر على العقد. فمن الممكن أن يحدث تغيراً جذريا في الظروف الخارجية المحيطة بالعقد، دون أن تتأثر التزامات

(١) ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا للبيوع، ١٩٨٠، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥، ص٣٦٣.

المتعاقدين بهذا التغير، أو يختل اقتصاد العقد وتوازنه، وبالتالي لا يكون هناك داع لإعادة المفاوضات[١].

وقد اعترف القانون المدني المصري بنظرية الظروف الطارئة، حيث اشترط لتعديل العقد، بناء على هذه النظرية، أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا بدرجة كبيرة لأحد المتعاقدين. حيث تطلبت المادة ٢/١٤٧ منه في الظروف التي تسمح للقاضي بالتدخل لمراجعة العقد أن تكون استثنائية، وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً بدرجة كبيرة، بشكل يهدد المدين بخسارة فادحة[٢].

وهنا نلاحظ أن نص المادة ٢/١٤٧ قد ورد بصورة عامة، مما يدل على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة من الزمن، يحدث خلالها ظرف استثنائي غير متوقع، مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين. وهذا هو الدافع إلى حماية القانون الذي أراد منها رفع العنت عن المدين، وإصلاح ما حدث في العقد من اختلال، نتيجة الظروف الاستثنائية، وإعادة التوازن العقدي.

وبالتالي فنظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة ٢/١٤٧ ترد على الالتزام الذي لم ينفذ، أو الجزء الذي لم ينفذ منه. أما بالنسبة لما تم تنفيذه قبل الظرف الاستثنائي، فإنه ينقضي بالوفاء، وبالتالي لا يخضع لأحكام الظروف الطارئة.

---

(1) OPPETIT (B.), Droit du commerce international, PUF, (C.) Paris, 1977, p. 246.

(٢) انظر نفس المعنى:

MABROUK (R.), La Force majeure en droit Egyptien et en droit François, these Nantes, 1986, p. 145.

ويلاحظ أنه إذا توافرت شروط الظرف الطارئ، كان للقاضي أن يقوم بتعديل العقد، وذلك برد الالتزام الذي أصبح مرهقا إلى الحد المعقول، وذلك في حدود سلطته التقديرية. فهو لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحده، ولكنه يحاول أن يحد من هذه الخسارة ويصل بها إلى الحد المعقول، وذلك عن طريق تحمل المدين الخسارة المتوقعة التي كان يمكن حدوثها وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد عن ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، تحقيقا للموازنة العقدية(١).

ثانيا- معيار التمييز بين اختلال توازن العقد من عدمه:

إن اختلال التوازن الاقتصادي للعقد هو وحده الذي يبرر تطبيق شرط إعادة التفاوض، وبالتالي إذا كانت المخاطر الناتجة عن تنفيذ العقد عادية يمكن أن يتوقعها كل متعاقد، فهذه التغيرات لا تكفي لإعمال شرط إعادة التفاوض.

وبناء على ذلك، فإن الاختلال في اقتصاد العقد المبرر لإعمال الشرط يجب أن يتجاوز المخاطر العادية التي يتوقعها أطراف العقد، والتي غالباً ما يتحملونها في سبيل وفائهم بالتزاماتهم العقدية(٢).

وطبقا لذلك، فمجرد التغير في الثمن، أو في سعر التكلفة، أو في سعر المواد الأولية الناتج عن التقلبات الاقتصادية، لا يكفي للقول بتوافر اختلال التوازن العقدي المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض(٣).

---

(١) محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، المصادر الإدارية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ٢٠١٧، ص٤٨٠.

(2) LESGILLONS (H.), La Vente (sous direction de), 1amy contrats internationaux, juin, 1995, T.3, division 4. p. 398.

(3) PICOD (Y.), Le devoir de layoute, dans l'exécution du contrat, thèse, LGDJ, 1989, p. 225.

وبالتالي فإعادة التفاوض قاصر على وجود انهيار في الأساس التعاقدي للعقد، وحدوث اختلال جسيم في توازن الأداءات التعاقدية. فمجرد التغير في البيئة التعاقدية، وما يترتب عليه من انخفاض في استفادة أحد المتعاقدين من العقد، أو زيادة مكسب الطرف الآخر، لا يكفي لتطبيق شرط إعادة التفاوض[١].

وقد أكد قضاء التحكيم على الفرق بين اختلال توازن العقد، والمخاطر العادية التي لا ترقى إلى مرتبة الظروف الطارئة التي تبرر إعادة التفاوض، ففي القضية رقم ٣٩٥٢ لسنة ١٩٨٢[٢]، تمسك المدعى عليه دفعا لمسئوليته، لخطأ المتعاقد من الباطن الذي يعتمد عليه في توريد البترول إلى المدعي، وتمسك أيضا بوجود شرط إعادة التفاوض بهدف تعديل أحكام العقد. وتبريرا لتطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض، أبرز المدعي الضرر الكبير الذي يقع عليه، لأنه استبدل المورد المتعاقد معه بمورد آخر حتى يتمكن من التنفيذ في الميعاد المتفق عليه، ويتأتى هذا الضرر من فارق سعر البترول بين الموردين. وقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع من جانب المدعى عليه، وقدرت أن مجرد ارتفاع أسعار البترول بين الموردين لا يكفي لإعمال شرط "إعادة التفاوض"، الذي يلزم لتطبيق أحكامه أن يحدث اختلال كبير في توازن العقد، أو بالأدق يحدث اختلال جذري في هذا التوازن.

أما بالنسبة للتغير الجوهري في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، فهي من الممكن أن تؤثر على هذا العقد بشكلين مختلفين، فإما أن يجعل تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا للمدين، أو أن يعوق تنفيذ هذا العقد كليا أو جزئيا. ففي حالة التأثير الجزئي،

---

(1) CHABAS (F.), Force majeure, Dalloz, Droit civil, 1988, no5. P.7.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، غير منشور، مشار إليه في: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص١٤١.

يظل تنفيذ هذا العقد ممكنا، فيلجأ الأطراف إلى شرط إعادة التفاوض لإيجاد علاج لهذا الخلل، أما في حالة التأثير الكلي فإن الأمر يتعلق باستحالة مطلقة في التنفيذ، وبالتالي لا مفر من وقف العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، وانقضائه في حالة الاستحالة النهائية(١).

وهذا ما يفرق اختلال توازن العقد، الذي يعد الأساس لتطبيق شرط إعادة التفاوض، عن فكرة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا.

ويحرص الأطراف، في شروطهم التعاقدية، على إبراز الفارق بين استحالة التنفيذ، واختلال توازن العقد. فغالبا ما يتناولون أثر تغير الظروف في شرطين مستقلين، يعالجون في الأول حالة ما إذا ترتب على التغير استحالة مطلقة في التنفيذ، وأثرها على العقد، والثاني لاختلال التوازن المفسد، والنتائج المترتبة عليه.

ويختلف المعيار الذي يتبناه الأطراف في قياس الاختلال الذي يسببه الحدث الطارئ إلى نوعين: معيار موضوعي، ومعيار شخصي.

فبالنسبة للمعيار الموضوعي: يتبنى الأطراف هذا المعيار في حالة عدم الأخذ في الاعتبار، عند تقدير اختلال التوازن، الظروف الشخصية الخاصة بهم، وخاصة ظروف المضرور من هذا الاختلال، حيث يقاس الضرر، في هذه الحالة، بمعيار مجرد، أساسه وضع شخص معتاد في نفس ظروف الطرف المدين الذي تأثر التزامه بإخلال توازن العقد. ولا ينظر وفقا لهذا المعيار إلى أي ظروف على المستوى الشخصي

(1) BARBIERT (J.-J.), Vers un nouvel équilibre contractuel? Recherche un nouvel équilibre des prestations dans la Formation et l'exécution du contrat, thèse, Toulouse, 1981, p. 437.

للمتعاقدين، بل يتم البحث فقط في شروط الصفقة، ومدى التغير الذي طرأ على هذه الشروط، أو على ظروف تنفيذها[١].

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تبنى فيها الأطراف في عقود الاستثمار المعيار الموضوعي للحادث الطارئ، الشرط الذي ينص أنه: ".... إذا اختل توازن الاتفاق الحالي بشكل أساسي..." [٢]، والشرط الذي ينص على أن: " اختلال .... يعود السريان العادي للاتفاق...." [٣]. فهنا نلاحظ في هذين الشرطين أن الأطراف لم تربط بين انقلاب التوازن، وبين ظروف المتعاقدين، ولكنهم ركزوا بالدرجة الأولى على الظروف الموضوعية، المتمثلة في الشروط الأساسية للعقد، والسريان العادي له.

وعلى الرغم من مزايا هذا المعيار، وتماشيه مع الطبيعة الاستثنائية لشرط إعادة التفاوض[٤]، على اعتبار أن تطبيقه يعد استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكن استخدامه قد يسبب مشكلات كبيرة في تفسير إرادة المتعاقدين، ومقصدهم من الاختلال المتطلب. ومما يزيد من هذه المشكلات استخدام الأطراف لمصطلحات عامة، غير محددة، يصعب معها تحديد نيتهم[٥].

بالإضافة إلى ذلك، فهذا المعيار يهمل العوامل الشخصية للمضرور. فمن الممكن أن يكون لهذه العوامل أهمية كبيرة في تقدير الضرر تقديرا سليما، فمن الممكن أن يكون الضرر كبيرا للمدين من الناحية الشخصية، مقارنة بالضرر الذي قد يصيب مدينا آخر، لقدرته المالية الكبيرة مثلا.

---

(1) CHABAS (F.), Op. Cit., p. 80.

(2) BARBIERT (J.-J.), Op. Cit., p. 446.

(3) FONTAINE (.M), Op. Cit , p. 264.

(4) CHABAS (F.), Op. Cit., p. 80.

(5) J. BAUDRY, "La Force majeure en droit pénal" thèse, Lyon, 1938, p. 93,

أما بالنسبة للمعيار الشخصي: فهذا المعيار يقيس الاختلال بالتفسير الذي يطرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين، وخاصة المدين المضرور، وذلك على خلاف المعيار الموضوعي. فيكون الاختلال غير عادل، وفقا لهذا المعيار، متى تحمل المدين ضررا شديدا من جراء اختلال توازن عقد الاستثمار، بحيث لم يعد من العدل أن نلزمه بأن يتحمل مثل هذا الضرر(١).

وتطبيق المعيار الشخصي في تقدير الاختلال لا يعنى إعادة التوزيع الحسابي لالتزامات المتعاقدين، ولكن الأمر يتعلق بالعدالة التعاقدية التي تفرض إعادة التفاوض لرفع الضرر الفادح، وعدم العادلة الظاهرة التي يسببها اختلال توازن العقد، ولا تفرض توازنا حسابيا بين التزامات المتعاقدين.

وهناك نماذج للشروط التي تأخذ بهذا المعيار، مثل الشرط الذي ينص على أن: "إعادة المفاوضات عندما يؤدي التنفيذ الحالي للعقد إلى نتائج غير عادلة بالنسبة لأحد المتعاقدين"(٢).

وكذلك اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في حالة ما إذا فرضت التغيرات على أحد الأطراف أن يتحمل عبئا غير عادل(٣)، والشرط الذي ينص على أنه: "إذا تحمل أحد الأطراف ما لم يكن بشكل عادل أن نطلب منه ما يتحمله، ..... سوف يتفق الأطراف على تعديل شروط العقد الحالي، ليلائم الموقف الجديد بشكل عادل للطرفين"(٤).

---

(1) J.J. BARBIERI, "Vers un nouvel équilibre contrat? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la Formation et l'exécution du contrat", thèse, Toulouse, 1981, p. 446.

(2) M. FONTAINE, op. cit, p. 265.

(3) M. FONIAINE, Op, Cit, p. 265.

(4) H.EL-MAHI, La clause de Hardship, Revu. Des recherche Juridique, économique, Université de Mansoura, no 15, Avril, 1994, p. 85.

وعادة ما ينحاز الأطراف إلى تفضيل المعيار الشخصي، وذلك من خلال فحص الشروط التعاقدية، وقرارات التحكيم، حيث يتفقون على أن نسبة معينة من الاختلال تجيز طلب تعديل العقد. وكذلك يميل المحكمون إلى تبنى المعيار الشخصي في تقدير الاختلال، متى أدت هذه التغيرات إلى عدم تعادل واضح بين التزامات المتعاقدين، بحيث تختلف عن تلك التي توقعها الأطراف أنفسهم وقت إبرام العقد. فيأخذ المحكم في اعتباره ظروف المتعاقدين الشخصية، وخاصة المدين الذي تأثر تنفيذ التزامه بهذا الاختلال(١).

ونحن نؤيد المعيار الشخصي في تقدير الاختلال، فوفقا لهذا المعيار يبحث المحكم الخسارة التي تكبدها المدين من جراء تغير الظروف المحيطة بالعقد، ويبحث أيضاً المكسب الذي منحه الاختلال للطرف الآخر، مما يؤدي إلى البحث المزدوج للتغيرات التي طرأت على التزامات المتعاقدين.

ويعتبر هذا المعيار أكثر عدالة، لأنه يأخذ في اعتباره الظروف الاقتصادية للمتعاقد المضرور، ولذلك فتحديد نطاق الضرر وفقا له يعد أكثر انضباطا وأكثر تحديدا.

---

(١) محمد السعيد السيد، المرجع السابق، ص٢٨٨.

والجدير بالذكر أن غالبية قضاء النقض المصري يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير الإرهاق الذي تنص عليه المادة ٢/١٤٧ مدني الخاصة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة. انظر، نقض مدني، جلسة ١٩٧٧/٣/١، طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ قضائية، م.م.ف، السنة ٢٨، ص٦٠٠، وأيضا نقض مدني،جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤،الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٢ قضائية، م.م. ف، السنة ٣٦ ، ص١١٧٨.

المطلب الثاني

شروط الحادث المخل بالتوازن العقدي

يقوم المستثمر بإجراء دراسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع، مع احتمالات الربح والخسارة، بالإضافة إلى تعرفه على قوانين الدولة التي يستثمر بها، بما في ذلك التشريعات المنظمة للرقابة على الصرف، ونظم تحويل عائدات الاستثمار، بالإضافة إلى إلمامه بأغلب الأمور المتعلقة بالنواحي الإدارية، والاجتماعية الملائمة لاستثماره، ولإدارة مشروعه(١).

وعلى الرغم من ذلك، فمن الصعب، بل من المستحيل تفادي ما يمكن أن يحدث للعقد من ظروف طارئة. فالدولة لا تعيش منعزلة عن العالم الخارجي، بل لابد من حدوث تفاعل بين الدول والنظم، مما يؤدي إلى حصول تغييرات في الظروف السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية التي نشأ في ظلها العقد(٢).

والأحداث الطارئة هي الأحداث غير المألوفة، النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة، مثلها مثل القوة القاهرة، إلا أنها تختلف عن القوة القاهرة في أنها تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا، وليس مستحيلا(٣).

(١) أسامه كردي، دور الغرف العربية في جذب الاستثمارات المشتركة، آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي – الأوربي في بيروت من ١٣ إلى ٢٠٠١/٢/١٥، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربي – الأوروبي، باريس، ٢٠٠١، ص٢٨٨.

(٢) لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ٢٠٠٨، ص٨٦.

(٣) مخايل لحود، نظرية الحوادث الطارئة في العقود المتبادلة ذات الأجل، مجلة العدل، العدد ١-٣، ٢٠٠٠، ص٢٧.

إذن، فهناك شروط لابد من توافرها في الحادث، أو الظرف الطارئ الذي ينتج عنه اختلال في التوازن العقدي في عقد الاستثمار، ومن ثم إعمال شرط إعادة التفاوض على بنود وأحكام العقد، لإعادة التوازن مرة أخرى، وذلك على النحو التالي:

الشرط الأول- عدم إمكان توقع الحادث أو دفعه:

لا يمكن حصر الأحداث التي تعد غير متوقعة، فلا يوجد ما يسمى بعدم التوقع المطلق للحدث أو للفعل، فعدم التوقع له مفهوم نسبي(١). فصفة عدم التوقع لا تقدر بذاتها، وإنما بارتباطها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد(٢).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الرياح أو العاصفة غير المنتظرة يصح أن تعد قوة قاهرة، ونقضت حكم محكمة الموضوع الذي قضى بأن الرياح على إطلاقها لا تعد قوة قاهرة"(٣).

وبناء على ذلك، فكل عقد استثمار يتضمن قدرا معينا من المخاطر يقبلها الأطراف، أو من المفروض أن يقبلوها عند إبرام العقد، ويطلق عليها اسم المخاطر العادية، وهذا النوع من المخاطر يجب أن يكون متوقعا من قبل الأطراف عند دخولهم التعاقد.

---

(١) رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، ص٤٢٧، هامش ٣.

(٢) على محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، عين شمس، ١٩٩١، ص٢٤١.

(٣) نقض مدني،جلسة ١٩٦٣/٤/١٨، الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٨ق، م.م.ف، السنة ١٤ ، ص٥٦٠.

بالإضافة إلى ذلك، فالتقدم العلمي الذي يسود كل أنشطة الحياة الآن جعل كل الأحداث متوقعة، وحصر مجال عدم التوقع في نطاق ضيق[١].

ومعيار عدم التوقع معيار شخصي، وليس موضوعيا. فعلى القضاء بحث ما اتفق عليه المتعاقدان، وعلى ما توقعاه فعلا وقت التعاقد، وليس عند إرادة غيرهما. فمن المفترض أن ما توقعه المتعاقد، وما احتمل حدوثه، قد أخذ على عاتقه عند التعاقد[٢].

ويأخذ القضاء المصري بالاحتمال الجاد لوقوع الفعل كمعيار لعدم التوقع. ووجود هذا الاحتمال الجاد من عدمه متروك لقاضي الموضوع، يقدره وفقا لظروف كل حالة على حدة[٣].

وتطبيقا لذلك قضي بأنه: "لما كان يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقا للمألوف من الأمور، بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله، ولا يلزم أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف"[٤].

---

(١) محمد السعيد السيد، المرجع سابق، ص٢٩٢.

(٢) رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتعليم في القانون الموحد للبيع الدولي، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، بند ٣٤٢، ص٤٤٦.

(3) M. ABDEL GAWAD, La Force obligatoire du contrat en droit musulman et théorie de l'imprévision en droit Egyptien, thèse, Paris, 1957, p. 442.

(٤) نقض مدني، جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩، الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ قضائية، م.م. ف، السنة ١٩، ص١٥٦٠، ١٥٦١.

وعلى ذلك، يجوز إعادة التفاوض على السعر، في عقد توريد الكهرباء الذي يستمر تنفيذه لمدة عشرين عام، إذا حدث تغيير مفاجئ وغير متوقع في سعر الطاقة(١).

الشرط الثاني- استقلال الحادث:

يعبر القانون المصري عن هذا الشرط بعبارة "لا يد له فيه"، ويقصد بهذا الشرط ألا يكون المدين قد تسبب، أو شارك بأي شكل من الأشكال في وقوع الاستحالة التي تسبب فيها الحدث(٢).

وقد عبر القانون الفرنسي قبل تعديله في ١٠ فبراير ٢٠١٦ عن هذا الشرط بعبارة "سبب أجنبي لا شأن لإرادة المدين فيه"، وذلك في المادة ١١٤٧ مدني منه(٣).

وبناء على ذلك، فيجب لإعمال شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار، عدم توقع المتعاقد للحادث الطارئ، وعدم إمكان دفعه، وألا يكون له دخل في حدوثه، وإلا فلا يعتبر ظرفاً طارئا يستلزم إعادة التفاوض بشأنه.

ومن أهم التطبيقات على الظروف الطارئة ما شهده العالم في الوقت الحالي من جائحة صحية لم يشهد لها مثيل في العصر الحديث وهي جائحة فيروس كورونا المستجد الذي انتشر منذ عام ٢٠١٩ حتى وقتنا الحالي.

---

(1) Jeswald W. Salacuse, Renegotiating international project agreements, 24 Fordham Int'l L.J. 1319, *1319, April 2001, P. 2.

(٢) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، بند ٩٨، ص٨٧.

(٣) مشار إليه في: سليمان مرقس، نظرية دفع المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة فواد الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٦، ص١٨٥.

وقد ترتب على هذه الجائحة العديد من الآثار السلبية الوخيمة على العقود التجارية الدولية وأخص بالذكر عقود الاستثمار الدولية حيث قامت مختلف الدول باتخاذ العديد من التدابير الاحترازية للحد من انتشار هذه الجائحة الخطيرة كمنع التنقل والسفر وإغلاق المطارات والمحال التجارية والمصانع والشركات التجارية وتوقف العديد من الأنشطة التجارية كتوقف الاستيراد والتصدير وارتفاع الأسعار وانخفاض قيمة العملة وقد أدى ذلك بلا شك إلى عدم قدرة المستثمر الأجنبي على الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو على الأقل جعل تنفيذ هذه الالتزامات مرهقة لهم بأن أصبح تنفيذها أكثر كلفة بدرجة كبيرة مما أدى إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستثمار. فجائحة كورونا تعد أمرا خارجا عن إرادة طرفي عقد الاستثمار ولا يمكن لحد منهما توقعها أو دفعها(١).

فوجود شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار يسمح في مثل ظروف هذه الجائحة بتعديل الطرفين لشروط العقد أو تغييرها خاصة بالنسبة للأعمال أو البنود التي لم تتأثر بشكل مباشر بهذه الظروف أي التي لم يستحل تنفيذها بسبب الجائحة(٢).

وبالتالي يمكن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو تعليق تنفيذه أو الإنقاص منه أو الزيادة في الالتزامات المقابلة دون اللجوء إلى فسخ العقد(٣).

(١) حمدي ياسين عكاشة، فيروس كورونا كوفيد ١٩ وأثره على العقود والالتزامات التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠، ص ٣.

(٢) حكيم راشد سعيد، أثر تداعيات جائحة فيروس كورونا (كوفيد ١٩) على الالتزامات التعاقدية في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠، ص ١٢.

(٣) خالد علي سليمان، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون ناشر، ٢٠٠٥، ص ٢٦٥.

الفصل الثالث

آثار شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

يتعين على الدولة المضيفة للاستثمار أن تعمل على استقرار المعاملات الاستثمارية، وأن تفي بكل الضمانات التي تكفل استمرار عقد الاستثمار الدولي، وأهمها المحافظة على توازن هذا العقد إذا تم اختلاله نتيجة تغير الظروف التي تم إبرامه في ظلها، وذلك عن طريق إعادة التفاوض على بنود هذا العقد مع المستثمر، لكي يتلاءم مع المستجدات التي طرأت عليه.

وبناء على ذلك، يتعين على الأطراف، عند النص على شرط إعادة التفاوض، أن يتناولوا مسألة تنظيم مصير عقد الاستثمار أثناء عملية التفاوض. فلا شك في أن نجاح عملية إعادة التفاوض، وإعادة التوازن لعقد الاستثمار الذي اختل بسبب ما طرأ عليه من مستجدات، مرهون بما يترتب على هذا الشرط من آثار.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: الالتزام بمراجعة العقد.

المبحث الثاني: مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض.

المبحث الأول

الالتزام بمراجعة العقد

تمهيد وتقسيم:

يترتب على توافر شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار التزام طرفيه بالجلوس على مائدة التفاوض، وإعادة مراجعة أحكام وبنود العقد مرة أخرى، حتى يتم التغلب على عقبات التنفيذ، ومواجهة الظروف الطارئة، حتى يتسنى إعادة التوازن بين التزامات الطرفين مرة أخرى، ويتم المحافظة على بقاء واستمرار عقد الاستثمار.

ولا شك أن مراجعة العقد قد تتم بعدة طرق، أهمها، المراجعة الجزئية، أو المراجعة الكلية للعقد. وقد تسفر هذه المراجعة، إما عن نجاح إعادة التفاوض، واستمرار تنفيذ العقد، وإما فشل المفاوضات، وما يستتبعه من ضرورة تدخل المحكم، أو القاضي لمحاولة التوفيق، أو حل النزاع، وإلا ينتهي الأمر بانقضاء العقد، وعدم تنفيذه.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية الالتزام بمراجعة العقد.

المطلب الثاني: طرق مراجعة العقد ونتيجته.

المطلب الأول

ماهية الالتزام بمراجعة العقد

تطبيقا لشرط إعادة التفاوض الذي أدرجه طرفا عقد الاستثمار، يتعين عليهما الالتزام بمراجعة أحكام وبنود العقد. ولبيان ماهية هذا الالتزام، يتعين علينا تحديد مضمونه، وطبيعته، وذلك على النحو الآتي:

أولا- مضمون الالتزام بمراجعة العقد:

يعد الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد هو الأثر الرئيسي المترتب على تضمين عقود الاستثمار لشرط إعادة التفاوض، والذي يمكن من خلاله الحفاظ على بقاء العقد واستمراره. فلا شك أنه عندما يدرج شرط "إعادة التفاوض" في العقد، فإنه يسمح بمراجعة العقد، إذا أدى تغير الظروف إلى تعديل جوهري في توازن الالتزامات التعاقدية، أدى إلى اختلاله[1].

إذن فشرط إعادة التفاوض من شأنه إتاحة الفرصة لطرفي عقد الاستثمار الدولي، عند تغير الظروف، لإعادة النظر في التزاماتهما التعاقدية، أي السماح للأفراد بمراجعة العقد من أجل الوصول إلى حل مناسب لمعالجة الآثار السلبية لتغير الظروف، وحل النزاع أو الخلاف الذي قد ينشأ بين أطراف عقد الاستثمار الدولي أثناء تنفيذ هذا العقد، والتوصل لاتفاق يخدم مصالح الطرفين.

وتتكون عملية مراجعة عقد الاستثمار الدولي من عنصرين، الأول مادي، ويتمثل في القيام بكافة الأعمال المادية اللازمة للمحافظة على العقد والاستمرار في

(1) Lorenzo Cotula, previous reference, p. 67.

تنفيذه. أما العنصر الثاني فمعنوي، ويتمثل في أن يتحلى طرفا عقد الاستثمار الدولي بحسن النية والأمانة[١].

ومن ثم متى وقع الحادث الطارئ، فإن الالتزام الأساسي الذي يفرضه شرط إعادة التفاوض هو جلوس طرفي عقد الاستثمار الدولي على مائدة التفاوض. وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس من خلال حكمها[٢] في قضية E.D.F/SHELL، وتتمثل وقائع هذه القضية في أن شركة Shell أبرمت عقد توريد Fuel-oil طويل المدة مع شركة E.D.F بغرض الحصول على ثمن أفضلية، وقد تضمن العقد شرطا ينص على أنه: "... سوف يفحص الأطراف التعديلات الواجب إدخالها على العقد، سواء فيما يتعلق بالثمن، أو بأي شرط آخر، إذا ورد على Fuel-oil ارتفاع في الثمن أكثر من ٦ فرنكات بالمقارنة بالقيمة الأصلية".

وقد رأت المحكمة، في أثناء تفسيرها لهذا الشرط، أن الأطراف لم يرغبوا في وضع نهاية لعقدهم، وإنما أرادوا تعديله ليلائم الظروف الجديدة، وبالتالي المحافظة على بقاء العقد قائماً. ولذلك دعت المحكمة أطراف العقد إلى التفاوض، وعينت مراقبًا لمتابعة هذه المفاوضات، ولإعداد تقرير يقدمه لها في حال فشلها.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين على الدولة المضيفة والمستثمر أن يتفقا على مدة معينة لعملية إعادة التفاوض ومراجعة العقد، وذلك نظرا لأن الإطالة في هذه المدة ترتب الكثير من الآثار السلبية، خاصة على الطرف المتضرر، حيث لن يستطيع تحمل

---

(١) جهيدة بن طبال، شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٤٦، ٤٧.

(2) Cour d' appel de Paris, 1 ch., 28 September 1976, Rev. arb., 1977, p. 341 et s.
مشار إليه فى شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٧٣، بند ٤٤.

الالتزامات المرهقة نتيجة تغير الظروف، لاسيما إن استمر تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض ومراجعة العقد[١].

وجدير بالذكر أن واجب إعادة التفاوض ومراجعة العقد يفرض على الطرف المضرور التزاما بإخطار المتعاقد الآخر بوقوع الحادث الطارئ، ونطاقه، وآثاره على تنفيذ عقد الاستثمار، وذلك حتى يلبي هذا الأخير دعوة الطرف المضرور بالدخول في إعادة التفاوض. وفي أغلب الأحوال يتفق الأطراف على أن يتم هذا الإخطار في أقرب وقت ممكن، أو في مدة معينة تم الاتفاق عليها فيما بينهما.

ومن ثم فوجود شرط إعادة التفاوض يلزم طرفي عقد الاستثمار بأن يتقابلوا لمناقشة الحلول الممكنة، والتفاوض بحسن نية في إمكانية تعديل العقد، حتى يتلاءم مع الظروف المتغيرة.

وبالتالي يعد رفض أحد الأطراف مراجعة العقد بمثابة تجميد للدور الذي يلعبه الشرط، ويجيز من ثم للطرف الآخر أن يطالب بتعويض الأضرار التي لحقته من جراء ذلك[٢].

ثانيا- طبيعة الالتزام بمراجعة العقد:

اختلف الفقه حول طبيعة الالتزام بمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه، فمنهم من يرى أنه التزام ببذل عناية، بينما يرى آخرون بأنه التزام بتحقيق نتيجة. ونبين هذين الاتجاهين على النحو الآتي:

---

(١) جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

الاتجاه الأول- التزام ببذل عناية:

يرى كثير من الفقهاء[١] أن الالتزام بمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه هو التزام ببذل عناية، حيث يبذل طرفا عقد الاستثمار الدولي كل ما في وسعهما لمحاولة حل النزاع، والتغلب على الظروف المتغيرة، والمحافظة على استمرار تنفيذ العقد، إلا أنهما غير ملتزمين بالوصول إلى نتيجة، وهي النجاح في هذه المفاوضات. فقد يصعب الاتفاق بين الطرفين على حل مناسب، وفقا للظروف المستجدة، وبالتالي قد تبوء المفاوضات بالفشل.

وقد نصت على ذلك المادة ٢- ١- ١٥ من مبادئ اليونيدروا[٢] على أنه: "يكون لكل طرف الحرية في إجراء التفاوض، ولا يسأل عن الفشل في الوصول إلى اتفاق. ومع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض، أو ينهي المفاوضات بسوء نية عن الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر. ويتوفر سوء النية على وجه الخصوص بالنسبة للطرف الذي يدخل في المفاوضات، أو يستمر فيه دون أن تكون لديه نية الوصول إلى نتائج، من أجل رفع الضرر الذي لحق بالطرف الآخر".

نخلص من ذلك بأنه، وفقا لهذا الاتجاه، إذا كان طرفا عقد الاستثمار الدولي ملتزمين الجلوس على مائدة التفاوض، استنادا لتضمن العقد شرط إعادة التفاوض، إلا أنهما غير ملتزمين بالوصول إلى اتفاق إيجابي، وتحقيق نجاح هذه المفاوضات، طالما تمت مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه بحسن نية.

---

(١) حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤، ص ٢٨٥. عصام الدين القصبي، التحكيم في منازعات الاستثمار، جامعة المنصورة، ١٩٩١، ص ١٥٣. لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص ٨٣.

(٢) وهي مجموعة المبادئ التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ٢٠١٦.

الاتجاه الثاني- التزام بتحقيق نتيجة:

اتجه البعض الآخر في الفقه[١] إلى اعتبار الالتزام بمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه التزاما بتحقيق نتيجة، مفادها الوصول لاتفاق يلائم ويتغلب على الظروف المتغيرة والمستجدة على إبرام عقد الاستثمار، أي لابد أن تنجح مرحلة إعادة التفاوض، وتنتهي باتفاق ملائم يرفع الإرهاق عن الطرف المضرور، ويحافظ على استمرار تنفيذ عقد الاستثمار الدولي.

وفي رأينا، فإننا ندعم الرأي الأول القائل بأن الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد، هو التزام ببذل عناية، حيث يقتصر شرط إعادة التفاوض على مجرد الالتزام بإعادة مناقشة شروط وبنود العقد والتشاور بشأنها، دون أن يكون هناك التزام بأن تؤدي هذه المراجعة والمناقشة إلى تعديل فعلي للعقد.

المطلب الثاني

طرق مراجعة العقد ونتيجته

تتعدد طرق مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه، وأيا كانت الطريقة التي لجأ إليها الأطراف في المراجعة، فإنها قد تسفر عن احتمالية نجاح عملية إعادة التفاوض، أو فشلها. ونبين ذلك بشيء من الإيجاز على النحو الآتي:

---

(١) جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٤٨.

أولا- طرق مراجعة عقد الاستثمار الدولي:

يتم مراجعة عقد الاستثمار الدولي، وإعادة التفاوض بشأنه، بإحدى طريقتين، الأولى تسمى بطريقة المراجعة الجزئية، أما الطريقة الثانية فهي طريقة المراجعة العامة لعقد الاستثمار الدولي(١). ونبين ذلك بشيء من الإيجاز على النحو الآتي:

١- المراجعة الجزئية لعقد الاستثمار الدولي:

قد يلجأ طرفا عقد الاستثمار الدولي إلى إدراج شرط المراجعة الجزئية للعقد، وذلك بهدف المحافظة على توازن الالتزامات العقدية بينهما، برغم تغير الظروف الاقتصادية، أو المالية، أو غيرهما. وبمقتضى هذا الشرط، يتفق الطرفان صراحة على أنه إذا وقعت ظروف أدت إلى الإخلال بالتوازن في عنصر من عناصر العقد، وجب مراجعة هذا العنصر، وإعادة التفاوض بشأنه للوصول إلى حل مناسب بخصوصه، بما في ذلك مثلاً شرط مراجعة عنصر التسليم من حيث زمانه أو مكانه(٢)، أو مراجعة عنصر الثمن، والذي يعد أكثر هذه الشروط انتشارا(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن شرط المراجعة الجزئية لعقد الاستثمار لا يسمح لأحد المتعاقدين بتعديل العقد تلقائياً، متى حدث الظرف المذكور في الشرط، ولكن لابد من تدخل طرفي العقد مرة أخرى، وإعادة التفاوض بخصوصه للتوصل إلى حل للنزاع(٤).

---

(1) Lorenzo Cotula, previous reference, p. 67.

(٢) أحمد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة فى القانون المقارن، المكتبة العصرية، المنصورة، ٢٠٠٧، ص ٨٠ و ٨١، بند ٦٢.

(3) Jeswald W. Salacuse, previous reference, P. 2.

(٤) أحمد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، بدون ناشر، بدون تاريخ ، ص١٣٠ و١٣١، بند٢٢.

ويمكن أن يرد الاتفاق على شرط المراجعة الجزئية بالصيغة الآتية: "إذا حدث تغيير جذري، أو بنسبة ما في ثمن المواد الأولية، يلتزم أطراف العلاقة التعاقدية بإعادة التفاوض مرة أخرى للتوصل إلى حل محدد لمواجهة التغيير المذكور".

ويلاحظ أنه عن طريق هذا الشرط يتجنب الأطراف احتمال عدم وفاء المتعاقد بالتزامه بسبب الظروف المستجدة غير المتوقعة، حيث تسمح بمواجهة الظروف المتغيرة، وتحديد وسائل علاجها مسبقًا عن طريق الاتفاق على إعادة التفاوض على العنصر الوارد بشأنه شرط المراجعة.

ونشير أخيرا إلى أن شرط المراجعة الجزئية يتميز بأن نسبة التغير أو مقداره في العنصر الوارد بخصوصه الشرط لا تتحدد مقدمًا في العقد، ولكن يتم عن طريق إعادة التفاوض، ولذلك يمكن أن يثور الخلاف بينهما وتنتهي المفاوضات بالفشل فيصير العقد إلى الفسخ، أو يتم الاتفاق بينهما ويبقى العقد قائماً، رغم تغير الظروف المصاحبة لتنفيذه[١].

٢- المراجعة العامة لعقد الاستثمار الدولي:

قد يدرج طرفا عقد الاستثمار الدولي شرط إعادة التفاوض بهدف المراجعة العامة للعقد، والتي تسمح للطرفين بأن يتقابلوا لمناقشة كل عناصر العقد وأركانه، والصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد، ومحاولة إيجاد حل مناسب لها، بل إنه من الصعب أن نجد عقدًا دوليًا طويل المدة، دون أن يدرج فيه الطرفان هذا الشرط لمواجهة تغير الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد[٢].

(١) أحمد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، مرجع سابق، ص ٨١ و٨٢، بند ٦٢ و ٦٣.

(٢) رشا على الدين، دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٨٠.

ومن ثم يهدف طرفا عقد الاستثمار من وراء هذا الشرط، إلى تعديل أحكام العقد عن طريق إعادة التفاوض بينهما، لكي يلائم الظروف الجديدة، ولإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت فيها هذه الظروف[١].

ويلاحظ أن الشرط الذي يسمح بالمراجعة العامة لأحكام العقد قد يدرج بهذه الصيغة: "روح الاتفاق تقتضي أن يحفظ دائمًا التوازن الحالي لأداءات المتعاقدين. لذا من المناسب، نتيجة لذلك، أنه في حالة وقوع أحداث مهمة تخل بشكل كبير بهذا التوازن، أن يتفاوضوا"[٢].

ولا شك أن هذا الأمر قد لمسناه في ظل ما شهده العالم من أزمة مالية عالمية، تسببت في إحداث آثار اقتصادية هائلة، أدت إلى الإخلال بالتوازن المالي في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، حيث انخفضت أسعار البترول بصورة مبالغ فيها، إذ انخفض سعر برميل البترول آنذاك من ١٤٠ دولار إلى ٤٠ دولارا، مما دعا أطراف عقود الطاقة إلى إعادة التفاوض بهدف تحقيق نوع من التوازن بين الالتزامات المتقابلة[٣].

وتجدر ملاحظة أن العديد من أحكام التحكيم الدولية قد اعترفت بوجود عادة تجارية دولية، مقتضاها إلزام طرفي العقد بإعادة التفاوض بحسن نية حول الأمور التي أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد. ونشير في هذا الخصوص إلى حكم تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم ٢٥٤٠، حيث يستوجب أن يبحث كل من أطراف العقد عن وسيلة ملائمة يعيد بها توازن العقد في حالة اضطراب اقتصادياته، وأن ذلك يعد من مقتضيات

(١) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٧ و ٣٨، بند ٢٦.

(٢) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٤١، بند ٢٦.

(٣) رشا على الدين، المرجع السابق، ص ٦٨، هامش ١، وص ٦٩، هامش ١.

واجب الأمانة التعاقدية، التي تستلزم إعادة التفاوض حول الأمور التي اختل توازنها بسبب الظروف المتغيرة التي حدثت أثناء تنفيذ العقد[١].

ثانيا- نتيجة مراجعة العقد:

كما قدمنا، فالالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة. ومن ثم قد تسفر إعادة المفاوضات بين طرفي عقد الاستثمار الدولي عن نجاح هذه العملية، وبالتالي يثور التساؤل هل ينتج عن ذلك عقد جديد، وينتهي العمل بالعقد الأصلي؟ أم أن هذا يعد تعديلا للعقد الأصلي؟

أما النتيجة الثانية، وهي أن إعادة التفاوض ومراجعة العقد قد تبوء بالفشل، ومن ثم يثور التساؤل أيضا هل معنى ذلك استمرار العمل بالعقد الأصلي، أم انتهاؤه؟ ونبين هاتين النتيجتين على النحو الآتي:

١- نجاح المفاوضات:

يلتزم طرفا عقد الاستثمار الدولي، بناء على الشرط المدرج في العقد والذي تم الاتفاق عليه فيما بينهما، بالجلوس على مائدة المفاوضات، ومراجعة أحكام العقد عند تغير الظروف أثناء تنفيذه.

والأصل أن يسعى الطرفان جاهدين، وبحسن نية في أن ينجحا في هذه العملية، للمحافظة على استمرار تنفيذ العقد بينهما، أي الوصول إلى نتيجة إيجابية، بالعمل على تعديل أحكام عقد الاستثمار بما يلائم المستجدات، ويحقق التوازن المالي والاقتصادي بين الطرفين.

---

(١) مشار إليه في سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٣٩٦ و ٣٩٧.

وهذا ما حدث في الجزائر في قضية Anadarko، وهي شركة بترول أمريكية أبرمت عقد استغلال بترولي مع شركة سونطراك، وأثناء تنفيذ هذا العقد، فرضت الجزائر ضريبة جديدة تسمى ضريبة الأرباح الاستثنائية، بموجب الأمر ٠٦- ١٠ المتعلق بقانون المحروقات، والذي نصت مادته رقم ١٠١ مكرر في الفقرة الأولى والثانية على أنه: "بغض النظر عن أحكام المادة ١٠١ يطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاجية الخاصة بهم، عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول يتجاوز ٣٠ دولارا للبرميل الواحد". ونتيجة لهذا النزاع على الضريبة قام الطرفان بإعادة التفاوض ومراجعة العقد، وتوصلا إلى اتفاق إيجابي، قضى بتعديل بعض أحكام العقد بما يعيد التوازن مرة أخرى لالتزاماتهما الناشئة عن العقد(١).

وإذا ما نجح طرفا عقد الاستثمار في إعادة التفاوض، وتعديل بعض أحكام العقد بما يناسب ويتغلب على الظروف المستجدة التي أثرت على تنفيذ العقد، فهذا يدعونا للتساؤل حول ما إذا كان نجاح المفاوضات يسفر عن عقد جديد، أم أنه مجرد تعديل للعقد الأصلي.

والواضح أنه يتعين علينا التفرقة بين ما إذا كان هناك اتفاق صريح بين الطرفين حول التكييف أو الوصف القانوني الذي يرغبون في إسباغه على هذا الاتفاق، بحيث يعد الأمر نسبيا، يختلف من شرط لآخر، بحسب صياغة عباراته. ولذا فقد يعد الأمر تجديدا للاتفاق الأصلي إذا تم التعديل أو التغيير في الالتزامات الجوهرية. أما إذا

(١) مشار إليه في جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٤٩.

تبين أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى الإبقاء على العقد الأصلي، ففي هذه الحالة يعد الاتفاق الجديد مجرد تعديل للاتفاق الأصلي، ولا يعد عقدا جديدا[١].

أما في حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي العقد، أو لم تتضح نيتهما من صياغة عبارات شرط إعادة التفاوض، فإننا نرى مع البعض[٢] أن نجاح إعادة التفاوض يسفر عن مجرد تعديل للاتفاق الأصلي، ولا يعد عقدا جديدا، وذلك استنادا إلى أن طرفي عقد الاستثمار، عندما يتفقان على إدراج شرط إعادة التفاوض إذا ما تغيرت ظروف تنفيذ العقد، إنما يقصدان، في أغلب الأحوال، المحافظة على بقاء العقد قائما فيما بينهما، وأن تعديل بعض شروط العقد المتعلقة بالتنفيذ، أو الالتزامات لا يمكن أن يقصد به هدم وإنهاء العقد الأصلي، ولا يتعين أن يرقى إلى اعتباره عقدا جديدا.

٢ ـ فشل المفاوضات:

وفقا لمقتضيات حسن النية بين طرفي عقد الاستثمار، فالأصل أن يسعى الطرفان إلى إنجاح عملية إعادة التفاوض، وإيجاد الحلول الملائمة لإنهاء النزاع أو الخلاف بينهما، ولكن قد تفشل هذه العملية لأسباب عديدة، منها خطأ ارتكبه أي من الطرفين خلال مرحلة إعادة التفاوض، كعدم حضوره لجلسات التفاوض، أو عدم التزامه بحسن النية، وعدم الجدية في عرض الحلول الممكنة لحسم النزاع. كما قد تفشل إعادة المفاوضات بسبب خارج عن إرادة الطرفين، كعدم الوصول إلى حل مقبول لأي منهما[٣].

(١) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٢) جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٣) محمد السعيد السيد، المرجع السابق، ص ٣١٦.

أما فيما يتعلق بمصير العقد بعد فشل إعادة المفاوضات، فإن واقع عقود الاستثمار يكشف لنا عن فروض متنوعة، فقد يستمر تنفيذ العقد الأصلي بنفس التزاماته وشروطه السابقة، وقد يقف تنفيذ العقد فترة معينة قد تنتهي بفسخه، أو العودة إلى تنفيذه، وقد يفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا اتفق الطرفان على ذلك، وقت اتفاقهم على شرط إعادة التفاوض، وأخيرا قد يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع، وإعادة التوازن المالي والاقتصادي بين الطرفين(١).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يغفل تنظيم مصير العقد في حالة فشل إعادة المفاوضات في تحقيق الغاية منها، في إعادة التوازن بين التزامات طرفي عقد الاستثمار، والاستمرار في تنفيذه دون عائق، حيث نص في المادة ١١٩٥ من القانون المدني المعدل في العاشر من فبراير ٢٠١٦ على أنه: "في حالة رفض أو فشل إعادة المفوضات، يمكن للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ والشروط التي يحددانها، أو أن يطلبا باتفاق مشترك من القاضي أن يقوم بالتوفيق بينهما. وفي حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يستطيع القاضي من خلال طلب أحد الطرفين مراجعة العقد، أو إنهاءه في التاريخ وبالشروط التي يحددانها".

وتعليقا على هذا النص القانوني نجد أن المشرع الفرنسي قد توقع في حالة فشل عملية إعادة التفاوض، إما الاتفاق على فسخ العقد، أو الاتفاق على تدخل القاضي للتوفيق بين الطرفين، وأخيرا استجابة القاضي لطلب أحد الطرفين لمراجعة العقد، أو إنهائه.

(١) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢٣١.

المبحث الثاني

مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض

تمهيد وتقسيم:

لاحظنا أن شرط إعادة التفاوض هو شرط تعاقدي، يتم باتفاق الطرفين عند إبرام عقد الاستثمار. لذا فمصير العقد أثناء فترة إعادة التفاوض لابد أيضا أن يتحدد باتفاق صريح بين الطرفين.

أما في حالة غياب الاتفاق بين الطرفين على مصير العقد، فيثور التساؤل إذن، هل يستمر تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض بنفس شروطه وبنوده السابقة، وما يترتب على ذلك من تحمل المتعاقد الخسائر الناجمة عن تغير الظروف في تلك الفترة؟ أم يتعين وقف تنفيذ العقد خلال عملية إعادة التفاوض، مع ما يترتب على ذلك من آثار؟

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: استمرار تنفيذ عقد الاستثمار.

المطلب الثاني: وقف تنفيذ عقد الاستثمار.

المطلب الأول

استمرار تنفيذ عقد الاستثمار

تبرم عقود الاستثمار الدولية لمدة طويلة، وعادة ما يسبقها مرحلة طويلة من المفاوضات، وبذل الكثير من الجهد والوقت والمال، لاسيما وأن هذه العقود تتعلق بمشاريع قومية كبيرة، ونظرا لأهميتها العظيمة، فالأصل أنها تبرم بهدف بقائها والاستمرار في تنفيذها، أيا كانت ظروف هذا التنفيذ. ومن ثم يتعين على طرفي عقد الاستثمار الدولي أن يبذلا قصارى جهدهما من أجل الحفاظ على العقد، وتجنب فسخه، أيا كانت الصعوبات التي تعرقل أو تمنع هذا التنفيذ[١].

وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي المعدل في ١٠/ ٢/ ٢٠١٦، حيث نص في المادة ١١٩٥ منه على أن: "..... ويستمر في تنفيذ التزاماته طوال فترة التفاوض". وهذا النص بلا شك يؤكد رغبة المشرع الفرنسي في المحافظة على استمرار تنفيذ العقد، حتى لا يصاب أحد المتعاقدين بضرر، إذا ما توقف تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض.

أولا- أساس استمرار تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض:

إن شرط إعادة التفاوض من الشروط الاتفاقية، ومن ثم فهو يخضع بلا شك لإرادة المتعاقدين، وبالتالي فهم في الأصل يقومون بتنظيمه تفصيليا، ولذا فالطبيعي أن يتفق الطرفان صراحة، عند النص على هذا الشرط، بأن يتم الاستمرار في تنفيذ عقد

(١) محمد السعيد السيد، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

الاستثمار خلال فترة إعادة التفاوض، وهذا هو الأصل، حيث يرغب الطرفان في المحافظة على العقد، نظرا لأهميته الكبرى بالنسبة لهما.

أما في حالة سكوت طرفي عقد الاستثمار عن تنظيم مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض، فهل يمكن اعتبار ذلك السكوت موافقة ضمنية على الاستمرار في تنفيذ العقد؟ أم أنه يشير إلى ضرورة توقف التنفيذ خلال هذه الفترة، وحتى انتهاء عملية إعادة التفاوض؟ ونبين هذين الفرضين بشيء من الإيجاز على النحو الآتي:

الفرض الأول- الاتفاق الصريح على استمرار تنفيذ العقد:

قد يتفق طرفا عقد الاستثمار الدولي صراحة، عند تنظيمهم لشرط إعادة التفاوض، على أن يستمر تنفيذ العقد، رغم تغير الظروف الذي أدى إلى اختلاله، وذلك خلال فترة إعادة التفاوض، وهذا هو الأصل، حيث يرغب معظم المتعاقدين في عقود الاستثمار الدولية المحافظة على بقائها واستمرار تنفيذها، على الرغم من تغير الظروف الذي أدى إلى أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة لأحدهم، وذلك نظرا للأهمية الكبيرة لهذه العقود، سواء بالنسبة للمتعاقدين أنفسهم، أو بالنسبة للاقتصاد القومي.

فمعظم شروط إعادة التفاوض تشير إلى تنظيم مصير عقد الاستثمار على نحو يكفل استمرار تنفيذه، بعد وقوع الحدث الذي أدى إلى اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين، على أن يستمر هذا التنفيذ بنفس الشروط والظروف التي كانت موجودة في ظل إبرام هذا العقد، وقبل وقوع هذا الحدث[١].

لذا فتطبيق شرط إعادة التفاوض وأثره على مصير العقد أثناء هذه المرحلة يتوقف على الاتفاق الذي تم بين طرفي عقد الاستثمار الدولي مسبقا، والذي يتعين أن

(١) جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٣٣.

تتم صياغته بشكل دقيق وواضح، لا يثير الشك حول رغبة الأطراف في الاستمرار في تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض(١).

واتفاق طرفي عقد الاستثمار على استمرار تنفيذ العقد على هذا النحو خلال فترة إعادة التفاوض هو أمر معقول، حيث قد ينتهي الأمر بعدم توافر شروط الحدث الذي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، وعدم إعمال شرط إعادة التفاوض، مما ينتج عنه تعطيل وتوقف تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد بدون داع، مما يلحق بأحد الأطراف خسائر فادحة لا تتفق مع متطلبات عقد الاستثمار الدولي.

فإذا خالف أحد الطرفين هذا الاتفاق الصريح على استمرار تنفيذ العقد، وقام بالتوقف عن تنفيذ التزاماته دون علم الطرف الآخر، أو رغما عن إرادته، فإنه يحق للطرف الآخر في هذه الحالة أن يفرض عليه جزاءات مالية، ويجبره على التنفيذ، أو أن يطالبه بالتعويض عن الخسائر التي لحقته من جراء توقف التنفيذ(٢).

الفرض الثاني- سكوت الأطراف عن تنظيم مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض:

كما قدمنا، يتعين على طرفي عقد الاستثمار الدولي أن ينظموا مصير العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض تنظيما دقيقا، ومفصلا، وصريحا، معبرا عن إرادتهما في استمرار تنفيذ العقد، أو التوقف عنه حتى تنتهي فترة إعادة التفاوض.

أما وإن سكت الطرفان عن تنظيم هذه المسألة، ولم يعبرا عن إرادتهما ورغبتهما في التوقف عن تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض، فإنه يتعين الرجوع إلى الأصل العام الذي يقتضي أن يفسر السكوت على أنه قبول باستمرار تنفيذ العقد

(١) عبد الرحيم السلماني، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(٢) جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٣٤.

بنفس شروطه المتفق عليها مسبقا، وذلك استنادا إلى أنه إذا أراد طرفا عقد الاستثمار التوقف عن التنفيذ لاتفقا على ذلك صراحة عند تنظيمهم لشرط إعادة التفاوض، كما أن طبيعة عقود الاستثمار الدولية تقتضي المحافظة على بقاء استمرار وتنفيذ هذه العقود، نظرا لأن التوقف عن تنفيذها قد يرتب خسائر فادحة. والقول يغير ذلك يؤدي إلى إهدار الدور الأصيل لشرط إعادة التفاوض، وهو التغلب على عقبات التنفيذ، وإعادة التوازن العقدي بين التزامات الطرفين، والمحافظة على بقاء العقد قائما[1].

ويلاحظ أن استمرار تنفيذ العقد على هذا النحو عند سكوت الأطراف هو الاقتراح الذي تبنته غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٥، من ضمن الاقتراحات التي قدمتها والمتعلقة بالظروف الطارئة. كما أخذت به أيضا مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية عام ١٩٩٢. فالفقرة الرابعة من اقتراحات غرفة التجارة الدولية، والمادة ٦-٢-٢/٣ من مبادئ اليونيدروا تنصان على أن طلب إعادة التفاوض لا يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد من تلقاء نفسه. فالأصل وفقا لهذه المبادئ أن يستمر العقد في إنتاج جميع آثاره خلال فترة إعادة التفاوض، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك من قبل طرفي العقد.

ثانيا- الآثار السلبية لاستمرار تنفيذ العقد خلال إعادة التفاوض:

لا شك أن شرط إعادة التفاوض الوارد في عقد الاستثمار يهدف بشكل أساسي إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، حيث يسمح بمراجعة العقد عندما تتغير الظروف، على نحو يخل بالتوازن بين الأداءات العقدية. لذا فوجود هذا الشرط

(١) هاني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠١٦، ص ١٦٧.

يسمح للأطراف بالتفاوض لإيجاد الحلول المناسبة لمعالجة الآثار السلبية التي سببها تغير الظروف[١].

وحتى يمكن للشرط أن يحقق دوره المطلوب في المحافظة على بقاء العقد قائما، يتعين رفع الإرهاق عن كاهل المتعاقد الذي تضرر من تغير الظروف التي أبرم عقد الاستثمار في ظلها، وهذا بالطبع لن يتحقق مع استمرار تنفيذ العقد على الرغم من هذا الإرهاق أثناء فترة إعادة التفاوض.

فلا شك أن الاستمرار في تنفيذ العقد، رغم وجود عدم التوازن العقدي بين التزامات الطرفين، يسبب الكثير من الخسائر بالنسبة للمستثمر، لاسيما وأن تغير الظروف عادة ما يحدث بسبب الدولة المضيفة للاستثمار، سواء من ناحية تغير القوانين التي أبرم العقد في ظلها، أو تغير الظروف الاقتصادية، أو السياسية للدولة المضيفة[٢].

هذا فضلا عن أن استمرار تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض، على الرغم من الخسائر والإرهاق الذي حدث للمستثمر، تجعل الدولة المضيفة والمستفيدة من تغير الظروف، تماطل وتطيل من فترة إعادة التفاوض، بما يتعارض مع حسن النية الذي يجب أن يتحلى به الأطراف خلال مرحلة المفاوضات.

ولا شك أن كل هذه الآثار السلبية، التي تنتج عن استمرار تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض، تؤدي إلى إهدار الدور المهم، والهدف الذي تم إدراج الشرط من أجله، حيث يسهم استمرار التنفيذ، على الرغم من إرهاق المستثمر، في زيادة وتفاقم

---

(١) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(2) Kapwadi F. Lukanda, previous reference, p.3.

الاختلال في التوازن بين الأداءات العقدية، على نحو يجعل تنفيذ التزامات المستثمر عسيرا، بل قد يصل الأمر إلى أن يصبح تنفيذ هذه الالتزامات مستحيلا، على النحو الذي يتعارض مع هدف شرط إعادة التفاوض في المحافظة على بقاء عقد الاستثمار قائما[١].

المطلب الثاني

وقف تنفيذ عقد الاستثمار

تقتضي العدالة العقدية ألا يستمر تنفيذ العقد الذي حدث اختلال في التوازن العقدي بين طرفيه، وإنما يتعين أن يقف هذا التنفيذ حتى يعاد التفاوض بشأنه، ويعاد التوازن مرة أخرى، لاسيما إذا كان هذا العقد من عقود الاستثمار الدولية.

أولا- مفهوم الوقف:

كما قدمنا، قد يستجد بعض الظروف الاقتصادية، أو السياسية، تؤثر سلبا على عقد الاستثمار الدولي، وتخل بالتوازن بين التزامات طرفي العقد، فيلجأ الطرفان، في هذه الحالة، إلى وقف تنفيذ العقد مؤقتا إلى حين زوال هذا الظرف العارض، أو إلى حين التوصل لاتفاق مرض يتغلب على عقبات التنفيذ، وذلك من خلال إعادة التفاوض بين الطرفين.

(١) جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٣٧.

وعلى ذلك يقصد بالوقف "تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف، ويهدف إلى المحافظة على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع، من أجل استئناف العقد مرة أخرى"[١].

كما يعرف الوقف أيضا بأنه: "فترة من الوقت يسكن فيها تنفيذ العقد لحين انتهاء الظروف التي تواجهه، ثم يعود بعدها إلى السريان العادي"[٢].

ولا شك أن وقف تنفيذ عقد الاستثمار على هذا النحو يهدف إلى حماية هذا العقد من الزوال، بسبب وجود عائق في التنفيذ، قد يستمر فترة قصيرة. وبالتالي فهو يؤمن بقاء الرابطة العقدية بين طرفي العقد خلال فترة الوقف، كما يسمح للعقد بالسريان مرة أخرى، وإنتاج كافة آثاره القانونية.

ثانيا- أساس الوقف ونطاقه:

يجد وقف تنفيذ عقد الاستثمار الدولي أساسه في إرادة أطرافه. فإذا كان شرط إعادة التفاوض يبنى على اتفاق الأطراف، ومن ثم فالوقف، الذي يعد أثرا لهذا الشرط، يستند أيضا إلى اتفاق الأطراف.

إذن فمتى تغيرت الظروف التي أبرم عقد الاستثمار في ظلها، يوقف الطرفان تنفيذ العقد فترة بعد وقوع الظرف المستجد، لحين التوصل إلى اتفاق مشترك، أي ينطبق الوقف في الفترة التي تسبق إعادة التفاوض، وأثناء عملية التفاوض نفسها.

---

(1) SARRAUTE (R.), De la suspension dans l'execution des contrats, th., Paris, 1929, p. 82.

(٢) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣١٤.

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي اتفق فيها طرفا العقد صراحة على وقف تنفيذه، الشرط الوارد في عقد تركيب مصفاة بترول، والذي اتفق فيه الطرفان على وقف تسليم البترول، وامتداد مدة العقد بقدر عدد أيام العمل التي توقفت فيها الشركة المسئولة عن التركيب، بسبب أحداث القوة القاهرة[١].

ويلاحظ أن إرادة طرفي عقد الاستثمار تلعب دورا مهما أيضا في تحديد نطاق وقف تنفيذ هذا العقد أثناء فترة إعادة التفاوض. فقد يتفقون على وقف تنفيذ جميع الالتزامات المتولدة عن العقد، سواء الالتزامات الرئيسية، أو الالتزامات الفرعية، فيما يطلق عليه الوقف الكلي للعقد.

كما قد يتفقون أيضا على وقف جزئي، وليس كليا، لبعض الالتزامات فقط التي تأثرت بالظروف الخارجية التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي بينهما، فيما يطلق عليه الوقف الجزئي للعقد.

ومن أمثلة هذا النوع من الوقف، الشرط الذي ينص على أن: "يكون الوقف جزئيا في حالة ما إذا أثر حدث القوة القاهرة على جزء من الالتزامات، تاركا الجزء الآخر من الممكن تنفيذه". وأيضا تلك الصياغة التي يتفق فيها الطرفان على أن: "توقف الحقوق والالتزامات الناتجة عن هذا العقد، بالقدر الذي تتأثر به هذه الحقوق، وتلك الالتزامات، بحدث القوة القاهرة"[٢].

---

(1) KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux de longue duree, JDI, 1975, p. 481.

(٢) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

ثالثا- الآثار المترتبة على وقف تنفيذ العقد:

يترتب على وقف تنفيذ العقد تعليق تنفيذه لفترة من الزمن، حتى يعاود سريانه مرة أخرى بعد زوال الأسباب التي أدت إلى توقفه. وبالتالي يترتب على الوقف توقف تنفيذ الالتزامات المتولدة من عقد الاستثمار. كما يفرض الوقف بعض الالتزامات الأخرى على طرفي عقد الاستثمار، تهدف في نهاية الأمر إلى المحافظة على العقد، واستئناف سريانه مرة أخرى في أقل وقت ممكن.

١- وقف تنفيذ التزامات طرفي عقد الاستثمار:

يترتب على وقف سريان العقد توقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتولدة عنه. وبالتالي يسمح للمدين بالتخلص من عبء تنفيذ الالتزامات التي أصبحت مضرة ومرهقة له نتيجة الظروف المستجدة، وذلك لحين انتهاء مرحلة إعادة التفاوض على العقد. كما أن هذا الوقف يبرئ أطراف العقد من المسئولية عن عدم التنفيذ خلال هذه الفترة.

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية[١] بأن: "وقف العقد يقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه، عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ".

إذن فالوقف يعد فترة سكون أو خمول للعلاقة التعاقدية أثناء فترة وجود عقبة التنفيذ، أو خلال فترة إعادة التفاوض. ومن البديهي أن يترتب على هذا السكون والخمول تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات[٢].

---

(١) نقض مدني، جلسة ٦/ ٣/ ١٩٧٧، الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤١ قضائية، م.م.ف، السنة ٢٨، ص ٦١٢.

(2) ARTZ (J. – F.), La suspension du contrat la exécution successive, D. Sirey, 1979, chro., XV, p. 97.

مشار إليه في: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

ويلاحظ أن وقف التنفيذ لا يمس صلاحية عقد الاستثمار أو وجوده، وإنما يقتصر أثره على تأجيل تنفيذ الالتزامات التي تأثرت بحدوث الظروف المستجدة، ومن ثم لا يمتد الوقف ليشمل أساس الالتزام أو وجوده، ويبقى العقد منتجا لكافة آثاره، مع عدم تنفيذ هذه الآثار خلال مدة الوقف.

وجدير بالذكر أنه لا يقصد بوقف سريان عقد الاستثمار براءة ذمة طرفي العقد من تنفيذ التزاماتهم الموقوفة، ولكن يقصد به عدم إمكان الدائن أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه خلال مدة الوقف، أو أن يطالب بتعويض الأضرار التي لحقت به بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه(١).

ولا يتعارض ذلك مع إمكانية الدائن بأن يطالب مدينه بتنفيذ التزاماته خلال مدة الوقف إذا أعسر المدين، أو أفلس، أو تم تخفيض التأمينات التي خصصها لضمان الدين. فالوقف يعد نوعا من الأجل يسقط إذا ما تم إضعاف تأمينات المدين. كما يمكن للدائن أن يقوم بالإجراءات التحفظية التي يحمي بها دينه، وفقا للقواعد العامة(٢).

ومما لا شك فيه أن وقف تنفيذ العقد يشمل الالتزامات الرئيسية التي تأثرت بوقوع عائق التنفيذ، وكذلك الالتزامات الفرعية المرتبطة بالالتزامات الرئيسية الموقوف تنفيذها. فمثلا وقف تنفيذ الالتزام بالنقل، يستتبع وقف تنفيذ الالتزام بضمان السلامة. أما الالتزامات الفرعية الأخرى، والتي لم تتأثر بعقبات التنفيذ، فلا يشملها الوقف، وإنما يستمر تنفيذها(٣).

---

(١) محمد السعيد السيد، المرجع السابق، ص ٣١١.

(2) G. Valentin, Les contrats de soustraitance, Libraries techniques, Paris, 1979, p. 24.

(٣) محمد السعيد السيد، المرجع السابق، ص ٣١٢.

٢- الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين:

إن ضرورة المحافظة على عقد الاستثمار الدولي وبقائه تفرض على المتعاقدين عدة التزامات خلال فترة وقف تنفيذ العقد، حتى تنتهي مرحلة إعادة التفاوض. وأهم هذه الالتزامات تتمثل في الالتزام بالمحافظة على العقد، والالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد.

أ- الالتزام بالمحافظة على عقد الاستثمار:

يهدف شرط إعادة التفاوض إلى المحافظة على بقاء عقد الاستثمار قائما، والتغلب على عقبات التنفيذ. ولذلك إذا ما تم وقف تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض، فإن ذلك الوقف يفرض على طرفي العقد التزاما بالمحافظة عليه قائما، وعدم السعي لإنهائه.

هذا الالتزام بالمحافظة على العقد قائما يفرض على طرفي عقد الاستثمار مجموعة من الالتزامات الإيجابية، والسلبية. ومن أمثلة الأولى التزام المستثمر بالقيام بمجوعة من الإجراءات الإيجابية التي تهدف إلى المحافظة على بقاء العقد قائما، وتفرض على الدولة المضيفة الالتزام بالتعاون مع المستثمر، وتقديم كل الدعم والمعلومات التي قد تساعد في التغلب على عقبات التنفيذ.

أما النوع الثاني من الالتزامات وهي السلبية، فهي تفرض على المستثمر عدم القيام بكل ما من شأنه إنهاء العقد، كعدم اللجوء إلى فسخ العقد خلال فترة وقف تنفيذه أثناء مرحلة إعادة التفاوض، وعدم اتخاذ أي إجراء من شأنه أن يفاقم من عقبات التنفيذ، أو يؤدي إلى هدم العقد.

وجدير بالملاحظة أن هذا الالتزام بالمحافظة على عقد الاستثمار يجد أساسه بصفة أساسية في الاتفاق الصريح بين طرفي عقد الاستثمار، عند نصهما على شرط

إعادة التفاوض، حيث يكمن الهدف الأساسي من هذا الشرط في المحافظة على استمرار تنفيذ عقد الاستثمار.

أما في حالة غياب الاتفاق الصريح بين الطرفين على هذا الالتزام، فمن البديهي أن يفرضه الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد، والتعاون بين طرفي عقد الاستثمار الدولي(١).

ب- الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد:

يلتزم طرفا عقد الاستثمار الدولي بالسعي لاستئناف سريان هذا العقد وذلك خلال فترة الوقف، وهذا يتطلب بلا شك قيام كل منهما بالإجراءات الضرورية للتغلب على عقبات التنفيذ، وبذل ما في وسعهما لاستئناف تنفيذ العقد، الذي يعد الهدف الرئيسي من وقف تنفيذ العقد، لإعادة التفاوض ومواجهة عقبات التنفيذ، وذلك حتى يعود التوازن العقدي بين الطرفين.

ومن ثم فالتخلص من عقبات التنفيذ يعد تخلصا من سبب الوقف، وهو أفضل الطرق لعودة سريان عقد الاستثمار من جديد. وتخلص طرفي العقد من عقبات التنفيذ هو التزام يقتضيه واجب التعاون بينهما، وهو ما يعد من أهم المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ عقد الاستثمار الدولي.

ويلاحظ أن هذا الالتزام يقع على عاتق كل من طرفي عقد الاستثمار الدولي، بقيام كل منهما بكافة الإجراءات التي يستلزمها استئناف سريان العقد، وهذا هو ما يظهر من صياغة بعض الشروط التعاقدية، كالشرط الذي ينص على أنه: "سوف يقوم المتعاقدان بكل المجهودات المعقولة للتخلص من حالة القوة القاهرة، وذلك في مدة

(١) جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص ٤٥.

معقولة". وأيضا الشرط الذي يقضي بأنه: "في حالة القوة القاهرة سوف يتخذ الأطراف الإجراءات الضرورية لاستبعاد الصعوبات التي سببت الوقف، أو لتخفيف أثر هذه الصعوبات"[١].

نخلص من ذلك إلى أن حسن النية في التنفيذ، بالإضافة إلى شرط إعادة التفاوض الذي أدرجه الطرفان في عقد الاستثمار، يفرض عليهما السعي لإزالة كل ما يواجه تنفيذ العقد من عقبات، وبذل كل الجهد لإعادة التوازن العقدي بين الطرفين، ومن ثم المحافظة على عقد الاستثمار قائما، بكل ما يترتب عليه من آثار ذات أهمية كبيرة لطرفي العقد، وللاقتصاد القومي.

(١) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

خاتمة البحث

بعد الانتهاء، بحمد الله، من بحثنا المتواضع في موضوع شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن في عقود الاستثمار، توصلنا إلى مجموعة من النتائج، والتوصيات الآتية:

أولا- النتائج:

بعد دراسة أحكام شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار توصلنا إلى أهم النتائج الآتية:

١- تمثل عقود الاستثمار أهمية اقتصادية كبيرة، تتعدى مصالح الأطراف المتعاقدة إلى مصلحة واقتصاد الدولة، حيث يتأثر اقتصادها بتنفيذ أو عدم تنفيذ مثل هذه العقود.

٢- تتميز عقود الاستثمار بطول مدة تنفيذها، مما يجلها عرضه لتغير الظروف، لاسيما إذا كانت هذه الظروف غير متوقعة بالنسبة للطرفين، ولا يمكن دفعها أو تجنبها، مما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي بين الطرفين، فيلحق طرف منهما خسارة فادحة، مما يهدد وجود وبقاء عقد الاستثمار.

٣- لا شك في أهمية توافر ضمانات وآليات تكفل المحافظة على التوازن العقدي، وبالتالي المحافظة على استمرار تنفيذ عقد الاستثمار. وأهم هذه الضمانات هي إدراج الطرفين لشرط إعادة التفاوض، عند تغير الظروف، لإعادة التوازن العقدي بين الطرفين.

٤- شرط إعادة التفاوض من الشروط الاتفاقية التي يتعين على الأطراف تنظيمها وتحديدها على نحو دقيق، يحقق فعاليتها ودورها في إعادة التوازن العقدي.

٥- لا يعد كل تغير في الظروف من قبيل اختلال التوازن الموجب لإعمال شرط إعادة التفاوض، وإنما يتعين توافر درجة معينة من اختلال التوازن، تستوجب الجلوس على مائدة التفاوض بين الطرفين، لإعادته مرة أخرى.

٦- يلتزم طرفي عقد الاستثمار بإعادة مراجعة أحكام العقد عند حدوث اختلال في التوازن العقدي بينهما، سواء كانت هذه المراجعة جزئية تتعلق بحكم أو بند معين من بنود العقد، أو كانت مراجعة كلية تشمل كافة أحكام وبنود العقد.

٧- يلتزم طرفي عقد الاستثمار بالسعي لإزالة كافة العقبات التي تواجه تنفيذ عقد الاستثمار، والسعي لاستئناف سريانه.

٨- يعد رفض أحد الأطراف مراجعة العقد بمثابة تجميد للدور الذي يلعبه شرط إعادة التفاوض، ويجوز من ثم للطرف الآخر أن يطالب بتعويض الأضرار التي لحقته من جراء ذلك.

٩- إن الالتزام بمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه هو التزام ببذل عناية، حيث يبذل طرفي عقد الاستثمار الدولي كل ما في وسعهما لمحاولة حل النزاع، والتغلب على الظروف المتغيرة، والمحافظة على استمرار تنفيذ العقد، إلا أنهما غير ملتزمان بالوصول إلى نتيجة، وهي النجاح في هذه المفاوضات.

١٠- إن وقف تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض يشمل الالتزامات الرئيسية التي تأثرت بوقوع عائق التنفيذ، وكذلك الالتزامات الفرعية المرتبطة بالالتزامات الرئيسية الموقوف تنفيذها.

١١- إن تطبيق شرط إعادة التفاوض، وأثره على مصير العقد أثناء هذه المرحلة، يتوقف على الاتفاق الذي تم بين طرفي عقد الاستثمار الدولي مسبقا، والذي يتعين أن تتم صياغته بشكل دقيق وواضح، لا يثير الشك حول رغبة الأطراف في الاستمرار في تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض.

ثانيا- التوصيات:

بعد أن توصلنا إلى ما سبق ذكره من نتائج مهمة، نرى ضرورة التوصية بالآتي:

١- ضرورة أن ينص المشرع صراحة على تعهد الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد، أو قرار إداري جديد على العقد الذي تبرمه مع المستثمر.

٢- ضرورة صياغة طرفي عقد الاستثمار لشرط إعادة التفاوض صياغة جيدة، ودقيقة، وتفصيلية على نحو لا يثير لبس في تطبيقه، وبشكل يعالج كل المشكلات المتعلقة بالشرط، وأهمها مسألة تنظيم مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض.

٣- ضرورة أن يحدد الأطراف بدقة الأحداث التي تستوجب إعادة المفاوضات، أي الأسباب التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد.

٤- ضرورة تحديد البنود والشروط التي يجب إخضاعها للمراجعة، ومقدار هذه المراجعة، وذلك من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بين الأطراف.

٥- ضرورة تحديد التزامات الأطراف في مرحلة إعادة التفاوض تحديداً دقيقاً، على نحو يحقق فاعلية شرط إعادة التفاوض، ودورة في تحقيق التوازن العقدي.

٦- ضرورة وضع الطرف المتضرر في الاعتبار عند تقدير حدوث الخلل في التوازن العقدي من عدمه.

قائمة المراجع

أولا- المراجع العربية:

أ- المراجع العامة:

١- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بدون ناشر، ١٩٩٥.

٢- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج١، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٧٠.

٣- عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون تاريخ نشر.

٤- عبد المجيد عبد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر.

٥- مازن ليلو راضى، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٢.

٦- محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

ب- المراجع المتخصصة:

١- أحمد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المكتبة العصرية، المنصورة، ٢٠٠٧.

٢- أحمد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، بدون ناشر، بدون تاريخ.

٣- أحمد السيد عطا الله، النظام القانوني لعقود الشراكة في مشروعات المرافق العامة وفقاً لقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ وآثارها القانونية والاقتصادية، دراسة مقارنة بنظم B.O.T والمناقصات والمزايدات، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠١١.

٤- أحمد رشاد محمود سلامة، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٥- أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار، تشخيص الحالة المصرية، بدون دار نشر، ١٩٩٤.

٦- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص والتجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

٧- السيد محمد حسن الجوهري، الرقابة على مشروعات استثمار القطاع العام، الرقابة البرلمانية، رقابة الجهاز المركزي للمحاسبات، رقابة الأجهزة التنفيذية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٨- ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا للبيوع، ١٩٨٠، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥.

٩- جيل برتان، الاستثمار الدولي، ترجمة: على زيمور وعلى المقلدي، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٢.

١٠- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

١١- حكيم راشد سعيد، أثر تداعيات جائحة فيروس كورونا (كوفيد ١٩) على الالتزامات التعاقدية في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠.

١٢- حمدي ياسين عكاشة، فيروس كورونا كوفيد ١٩ وأثره على العقود والالتزامات التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠.

١٣- خالد علي سليمان، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون ناشر، ٢٠٠٥.

١٤- رجب عبد الحكيم سليم، موسوعة الشركات والاستثمار، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة المنقحة والمزايدة بأحدث الأحكام، ٢٠٠٧.

١٥- رشا على الدين، دور المحكم فى إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

١٦- رشوان حسن رشوان أحمد: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ١٩٩٤.

١٧- رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتعليم في القانون الموحد للبيع الدولي، بدون ناشر، ١٩٧٩.

١٨- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، ٢٠١٠.

١٩- سميحة القليوبي، مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، منشور ضمن مجموعة أعمال مهداه إلى روح الأستاذ محسن شفيق بعنوان (دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٢٠- شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٢١- صالح بكر الطيار، النظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٠.

٢٢- صفوت عبد السلام عوض، منظمة التجارة العالمية والاستثمار الأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٣- صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٢٤- عصام الدين القصبي، التحكيم في منازعات الاستثمار، جامعة المنصورة، ١٩٩١.

٢٥- عصام الدين القصبي، خصومة التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٢٦- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٢٧- على إبراهيم، العلاقات الدولية وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨/١٩٩٧.

٢٨- غسان رباح، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨٨.

٢٩- غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولي، بيروت، ٢٠١٤.

٣٠- فريد أحمد قبلان، الاستثمار الأجنبي المباشر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٣١- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ٢٠٠٨.

٣٢- مازن ليلو راضي، معيار تمييز العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦.

٣٣- محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح (نموذج من عقود التنمية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٣٤- محمد عبد العزيز عبد الله، مقدمة في التنمية والتخطيط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٣٥- محمد عبد العزيز، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٣٦- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.

ج- رسائل الماجستير والدكتوراة:

١- أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

٢- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.

٣- جهيدة بن طبال، شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧.

٤- حافظ جاسم كردي الدليمي، النظام القانوني لعقود الاستثمار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٦.

٥- حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤.

٦- رضا محمد إبراهيم عبيد، عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل النظام القانوني العراقي بالمقارنة مع النظام القانوني المصري، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم

الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

٧- رمضان عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.

٨- سامي السيد العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد البوت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، بدون تاريخ.

٩- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.

١٠- سليمان مرقص، نظرية دفع المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة فواد الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٦.

١١- عبد الباقي حسن عبد الحميد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٣.

١٢- على محمد عبد المولي: الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، عين شمس، ١٩٩١.

١٣- محمد السعيد السيد، الحماية القانونية من آثار بطلان عقود الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠١٨.

١٤- محمد يونس يحي الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٥.

١٥- محمود كيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٨٨.

١٦- هاني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠١٦.

١٧- وسن مقداد عبد الله شاهين، التزامات الإدارة نحو عقود الاستثمار النفطية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٧.

١٨- يوسف عبد الهادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، حقوق بني سويف، ١٩٨٩.

د- الأبحاث والمقالات:

١- إبراهيم أحمد إبراهيم، الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية أو الاقتصادية التي تصدرها جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.

٢- إبراهيم شحاتة، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية والرقابة عليها، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الرابع والعشرون، القاهرة، ١٩٦٨.

٣- أحمد حسين الفتلاوي، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية الناتجة عن عقد الاستثمار، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العدد ١، المجلد ١٦، ٢٠٠٨.

٤- أسامه كردي، دور الغرف العربية في جذب الاستثمارات المشتركة، آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي

نظمه مركز الدراسات العربي – الأوربي في بيروت من ١٣ إلى ٢٠٠١/٢/١٥، الطبعة الأولي، مركز الدراسات العربي – الأوروبي، باريس، ٢٠٠١.

٥- بو خالفة عبد الكريم، دور إرادة الأطراف في اختيار وسائل تسوية منازعات عقود الاستثمار، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، ٢٠١٨.

٦- طارق فؤاد رياض، التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم إلى الدورة المتعمقة لإعداد الحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة من ٢٤ مارس إلى ١ أبريل ٢٠٠٤.

٧- عبد الرحيم السلماني، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، ع ١٦، ٢٠١٠.

٨- محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، حقوق القاهرة، ١٩٧٧.

٩- محمود جمال الدين زكي، اتفاقيات دفع المسئولية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثلاثون، العدد الثالث، ١٩٦١.

١٠- مخايل لحود، نظرية الحوادث الطارئة في العقود المتبادلة ذات الأجل، مجلة العدل، العدد ١-٣، ٢٠٠٠.

ثانيا- المراجع الأجنبية:

أ- المراجع الإنجليزية:

1- A. Fatouros, "Government Guarantees to Foreign investors", Columbia University Press, U.S.A., 1962.

2- BERNARDINI (P.): The Renegotiation of the Investment contracts, ICSID Rev-F.I.L.J., Vol. 15, No. 2, 1998.

3- Bernardini (P.); The renegotiation of the Investment Contracts, ICSI Rev-F.I.L.J., Vol., 13, No.2, 1998.

4- Hamed Sultan, "Legal nature of oil concessions", Revue Egyptienne de droit, Egypt, vol. 21. 1965.

5- Jason Webb Yackee, Do we really need bits? Toward a return to contract international investment law, AJWH, Vol. 3:121, 2008.

6- Jeswald W. Salacuse, Renegotiating international project agreements, 24 Fordham Int'l L.J. 1319, *1319, April 2001.

7- Kapwadi F. Lukanda, Renegotiating investment contracts: The case of mining contracts in democratic republic of the Congo, 5 Geo. Mason J. Int'l Com. L. 301, *302, 2014.

8- Klaus Peter Berger, International commercial arbitration: Renegotiation and adaptation of international investment

contracts: The role of contract drafters and arbitrators, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1347, October 2003.

9- Lorenzo Cotula, investment contracts and sustainable development, how to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investments, the international institute for environment and development, UK, 2010.

10- Peter D Cameron, stabilization in investment contracts and changes of rules in host countries: tools for oil and gas investors, association of international petroleum negotiators, PD Cameron, 2006.

11- Riad (T.F.): The Applicable Law Governing Transnational Development Agreement, No publisher, No date.

12- Shawgross Q.C., the problems of Foreign investment in International Law, Recueil des Cours de la Hague Academy, vol. 102, A. W. SIJTHOFF, LEYEDE, 1961.

13- UNCTC- Report of the secretariat on the outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations, 29 may 1984, I.L.M., Vol. 23, 1984.

14- V.N. Lisitsa, The concept of investment contract in Russian Law, Theory and practice, No. 2, 2011.

15- Zhigang TAO and Susheng WANG, Foreign direct investment and contract enforcement, Journal of economic literature, July 1998.

ب- المراجع الفرنسية:

1- ARTZ (J. – F.), La suspension du contrat a execution successive, D. Sirey, 1979.

2- BARBIERT (J.-J.), Vers un nouvel équilibre contractuel? Recherchedun nouvel équilibre des prestations dans la Formation et l'exécution du contrat, thèse, Toulouse, 1981.

3- CHABAS (F.), Force majeure, Dalloz, Droit civil, 1988.

4- CHABAS (F.), Les clauses de hardship, these Montpellier 1. 1981.

5- Ch. LARROUMET, "Droit Civil – Les obligations de le Contrat", 1ere Partie, Économico, Paris, 2007.

6- FICHANT (F.), L'obligation de négociation en droit prive, thèse, Rennes 1, 1991.

7- F.LEFICHANT, "L'obligation de négocier en droit prive", Thèse, Rennes J.M., 1998.

8- FONTAINE (M.), Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses, FEC, 1989.

9- GOLDMAN (B.), La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, JDI, 1979.

10- G. Valentin, Les contrats de soustraitance, Librairies techniques, Paris, 1979.

11- H.A. ABDUL MUNTM, "La protection de I 'acheteur dans la vente de marchandises en droit de commerce international", thèse, Rennesl, 1991.

12- H.EL-MAHI, "La clause de Hardship", Revu. Des recherche Juridique, économique, Université de Mansoura, n° 15, Avril, 1994.

13- J. BAUDRY, "La Force majeure en droit pénal" thèse, Lyon, 1938.

14- J.J. BARBIERI, "Vers un nouvel équilibre contrat? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la Formation et l'exécution du contrat", thèse, Toulouse, 1981.

15- KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux de longue duree, JDI, 1975.

16- LESGILLONS (H.), La Vente (sous direction de), l'amy contrats internationaux, juin, 1995.

17- M. ABDEL GAWAD, "La Force obligatoire du contrat en droit musulman et théorie de l'imprévision en droit Egyptien", thèse, Paris, 1957.

18- MABROUK (R.), La Force majeure en droit Egyptien et en droit François, these Nantes, 1986.

19- M. BULISSON, "La négociation de marches internationaux",2 ed moniteur, 1982.

20- M. FONTAINE, "Droit des contrats internationaux", Analysé et rédaction de clauses, Revue internationale de droit compare, 1990.

21- M. FONTAINE, "Droit des contrats internationaux", Analyse et rédaction de clauses, Revue internationale de droit compare, 1990.

22- OBETD (G.), Le Calucu du Prix dans les contrats internationaux, th., Montpellier 1, 1990.

23- OPPETIT (B.), Droit du commerce international, PUF, (C.) Paris, 1977.

24- PICOD (Y.), Le devoir de layoute, dans l'exécution du contrat, thèse, LGDJ, 1989.

25- R. Fabre, "Les Clauses d'adaptation dans les contrats", R.T.D. Civ., 1983.

26- SARRAUTE (R.), De la suspension dans l'execution des contrats, th., Paris, 1929.