تغير الظروف واثره في القوة الملزمة للعقد الاستثماري

((دراسة قانونية مقارنة))

ا.م.د. علي حمير كاظم
كلية الحقوق-جامعة النهرين

الملخص

يمثل العقد ومنذ القدم المصدر الأهم للالتزام، والاوسع انتشارا واستخداما في الوقت نفسه، بوصفه الانعكاس الحقيقي لرغبة الإرادة في نشوء الالتزام، ولما يتمتع به من قوة ملزمة لا تقتصر على عاقديه فقط بل تمتد لتشمل القاضي والمشرع كذلك - وبما لا يخالف النظام العام والأداب - جعله يتربع على عرش المصادر الأخرى، مما حظي بالنصيب الاكبر في التنظيم التشريعي، وعلى المستويين الوطني والدولي، واصبح محل اهتمام في إيجاد المعالجات والحلول للإشكاليات التي يمكن ان تواجهه منذ بدء بتكوينه وانتهاء بالأثار التي تترتب عليه الا ان هذه القدسية الصارمة لا يمكن التسليم بها مطلقا فغالبا ما يصاحب تنفيذ العقد مغيرات تعرقل استمراره فشرعت غالبية القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية الاستثمارية لتحقيق ذلك من خلال ترتيب اثار جديدة.

The contract represents, since ancient times, the most important source of commitment, and the most widespread and widely used at the same time, as the true reflection of the desire of the will for the emergence of commitment, and because of its binding force that is not limited to those who contract only, but extends to include the judge and the legislator as well - and in a manner that does not violate public order and morals - making It sits on the throne of other sources, which has gained the largest share in the legislative organization, at the national and international levels, and has become a focus of interest in finding treatments and solutions to the problems that it may face since the beginning of its formation and the end of the effects that it entails, but this strict sanctity cannot be accepted at all. The changes accompanying the implementation of the contract impede its continuation, so the majority of national laws and international investment agreements legislated to achieve this by arranging new effects.

المقدمة ...

أولا: أهمية البحث:

يمثل العقد ومنذ القدم المصدر الأهم للالتزام، والاوسع انتشارا واستخداما في الوقت نفسه، بوصفه الانعكاس الحقيقي لرغبة الإرادة في نشوء الالتزام، ولما يتمتع به من قوة ملزمة لا تقتصر على عاقديه فقط بل تمتد لتشمل القاضي والمشرع كذلك - وبما لا يخالف النظام العام والأداب - جعله يتربع على عرش المصادر الأخرى، مما حظي بالنصيب الاكبر في التنظيم التشريعي، وعلى المستويين الوطني والدولي، واصبح محل اهتمام في إيجاد المعالجات والحلول للإشكاليات التي يمكن ان تواجهه بدء بتكوينه وانتهاء بالأثار التي تترتب عليه.

ولعل ما صاحب العالم من تطورات في عالم التجارة الدولية وتنمية اقتصاد البلدان سببا واضحا في ذلك الاهتمام، ومن بين كل تلك التطورات تطور البيئة الاستثمارية العالمية، وما صاحبها من اهتمام تشريعي في إيجاد القواعد القانونية الوطنية والدولية المنظمة للاستثمار لا سيما المتعلقة بالعقود الاستثمارية دون الاكتفاء بما حددته القواعد العامة من تنظيم ، وذلك عن طريق اصدار التشريعات الوطنية الخاصة بالاستثمار وابرام الاتفاقيات الدولية (الثنائية ومتعددة الأطراف) الضامنة لخلق بيئة امنة وناجعة وهادفة في نفس الوقت، وذلك لخصوصية تلك العقود من حيث طول مدتها وحجم رؤوس الأموال المستثمرة فيها، فالعقد بصورة عامة يحدد التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة ،وبالتالي يكون شريعتهم في تنفيذ كل ما ورد فيه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية ، لذلك يسعى كل طرف لضمان حقه وتحقيق غرضه وهدفه من خلاله، الا انه ونظرا لطول مدة العقود الاستثمارية [1] فلا يبقى الحال على ما هو عليه دائما ، فكثيرا ما يصاحب العقد ظروف قد تغير من مساره وتعترض تنفيذه مما يربك الرابطة العقدية ويهدد وجودها وبقاءها، فلا تحقق وظيفتها الأساس في استقرار المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة وغيرهم متى ما رتبت اثرا على ذلك.

ولكون العقد الاستثماري غالبا ما يتصف بالدولية بكون احد اطرافه اجنبيا، الذي يبحث دائما عن قواعد امان وحماية لاستثماراته من خلال الاستثمار في البلدان الراعية للاستثمار - بمنظومة تشريعية كفيلة بذلك – لا سيما اذا ما صاحب العقد ظروف تغير من واقعه ، فكل ذلك كشف الستار عن عجز القاعدة التشريعية الوطنية لملائمة المستجدات و التطورات المتعلقة بالبيئة الاستثمارية التي صاحبها تطور في مفهوم المغيرات التي تطرا و تؤثر على سير تنفيذ العقد، ففي الوقت الذي لا يكون هنالك أي صعوبة في بيان الأثر المترتب على المغيرات مهما كانت صورها سواء اندرجت تحت مفهوم القوة القاهرة او الظرف الطارئ الا انها بالحقيقة لا تتماشى ولا تنسجم والعقود الدولية ، فحتى وان سرت بعض قواعدها فتكون بالحالات الاستثنائية فقط الامر الذي يحتاج الى إيضاح المعالجات والحلول التي وجدت في مواجهة تلك المغيرات والوقوف على مفاصل عدم الملائمة بين القاعدتين الوطنية والدولية.

ثانيا: نطاق البحث:

بالرجوع الى التطبيقات العملية نجد ان الظروف والمتغيرات كثيرة ومتنوعة منها سياسية واقتصادية وصحية وتقنية وغيرها، فاذا ما أحاطت بتنفيذ العقد ستجعل وبلا شك من الالتزامات التعاقدية مستحيلة او مرهقة ، مما يترتب عليها في كلا الحالتين ضررا يصيب احد المتعاقدين، مما يستوجب إعادة النظر بالعقد استثناء من القوة الملزمة له[٢]، كون الأخيرة ليست بمبدأ مطلق، اذ تشكل التغييرات غير المتوقعة في الظروف اعلاه احدى القيود الكبيرة التي يواجهها اطراف العلاقة التعاقدية لا سيما الدولية منها، فضلا عن ذلك فان التزمت والاخذ بإطلاقه قد يتعرض ومبدأ المعقولية وحسن النية[٣] ولعل في مقدمة ذلك العقود الاستثمارية، فالفرض هنا في عدم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل واتفق عليه الأطراف من مغيرات وظروف تكون خارجة عن إرادة المتعاقدين لا بسبب خطا احدهما، لذا سيقتصر البحث على بيان المغيرات الخارجة عن إرادة المتعاقدين فقط، كما سيتحدد نطاق البحث بالأثر الذي ترتبه تلك الظروف والمغيرات على القوة الملزمة للعقد الاستثماري وفي مرحلة تنفيذه دون التطرق الى المراحل الأخرى السابقة واللاحقة للعملية التعاقدية ، وكل ذلك يكون في ضوء القواعد الوطنية - العامة والخاصة - والدولية المتمثلة بالاتفاقيات الاستثمارية الثنائية ومتعددة الأطراف المنظمة لذلك فضلا عن الأنظمة القانونية المتعلقة بالتجارة الدولية ذا الصلة بالاستثمار.

ثالثا: إشكالية البحث

المتصفح لنصوص الاتفاقيات الاستثمارية ثنائية الاطراف منها والمتعددة يظهر له جليا الاختلاف ما بينها وبين القواعد الوطنية المخصصة للحالة محل البحث، من حيث الأثر المترتب على اعمال المغيرات اذا ما طرأت في مرحلة تنفيذ العقد الاستثماري ، اذ يمثل ذلك جوهر إشكالية البحث فضلا عن سريان تلك القواعد على مستثمري الدول التي ابرمت فيها ذلك النوع من الاتفاقيات دون غيره من المستثمرين، إضافة الى وحدة الأثر دون فرد احكام خاصة لكل مغير، اذ اقتصرت تلك الاتفاقيات على ادراج صور للظروف التي من شانها تبديل وتغير الواقع دون تحديد ما يعد قوة قاهرة او ظرف طارئ باعتبارها اهم المغيرات، كذلك يمتد الاختلاف حتى في السلطة المختصة بتحديد وتقدير تلك الظروف ،فالموضوع برمته لا يمثل عرضا وسردا لنصوص قانونية او اراء فقهية، بقدر ما هو بيان لاختلاف حقيقي قد يلتبس على اكثر المختصين والمتمثل باختلاف الأثر القانوني لتلك المغيرات ما بين القاعدة الوطنية و الدولية بين جمود ومرونة المفاهيم الخاصة بالمغيرات وما يستتبعها من اثر، وهذا ما سنحاول بيانه في هذا البحث بتحليل نصوص الاتفاقيات ومدى تعارضها وتوافقها مع القواعد الوطنية فضلا عن بيان مفهوم المغيرات وفقا للقانون العراقي والفرنسي والإنكليزي وبعض القوانين محل المقارنة.

المبحث الأول: التعريف بالمغيرات المصاحبة لتنفيذ العقد الاستثماري

ان العقد قد يعترضه ما يحول دون تنفيذ احد اطرافه او كلاهما لالتزاماته كلها او بعضها، فاذا كانت القاعدة العامة تقضي بتحمل الطرف المخل بتنفيذ التزاماته للمسؤولية القانونية، فانه قد لا يسأل عن عدم التنفيذ ، اذا أثبت ان المانع في التنفيذ يعود الى ظرف خارج عن ارادته، وهذا يظهر جليا في العقود المستمرة، التي تبرم لمدد زمنية طويلة لا سيما عقود الاستثمار محل البحث التي تجد تلك الظروف الملاذ الامن لإعمالها ، فمن المسلم به ان العقود طويلة الأمد لا يمكن باي حال من الأحوال ان تستمر بوتيرة واحدة دون ان يصاحبها بعض الظروف التي تعرقل تنفيذها لا سيما تلك الخارجة عن إرادة اطرافها ، مما تنعكس سلبا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تكون بين المستحيل والمرهق.

وبالرجوع الى الواقع العملي نجده قد افرز مغيرات كثيره منها سياسية واقتصادية وصحية وغيرها كلها تكون معرقلا وسببا في ارباك العلاقة العقدية بل في أحيان كثيرة الى انهائها ، الا انه ومهما تعددت الصور بالمغيرات فهي اما ان تكون قوة قاهرة وبالتالي تجعل من الالتزام مستحيلا او ظرفا طارئا تجعله مرهقا ولما كان نطاق البحث يتعلق بالعقود الاستثمارية وقوتها الملزمة متى ما صاحبها ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين فيحتاج الامر الى بيان المقصود بتلك المغيرات على المستوى الدولي في الأنظمة ذات الصلة وما هي شروط اعمالها فضلا عن الجهة المختصة بتقديرها وتحديدها من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: مفهوم المغيرات

يمكن ارجاع كل المغيرات التي تطرأ على العقد مهما تعددت صورها، او مسمياتها، اما الى قوة قاهرة تجعل من الالتزام مستحيلا ، يستحيل معه قيام المدين بتنفيذ التزامه، او ظرفا طارئا تجعله مرهقا يصعب على المدين الالتزام به، كما ابرز الواقع العملي مجموعة من المغيرات التي تطرأ على تنفيذ العقد الاستثماري يأتي في مقدمتها الإجراءات والقرارات التي تتخذ من الحكومة التي تصاحب تنفيذ العقد والتي افردت نصوص قانونية خاصة بها، فضلا عن بقية المغيرات الأخرى كالكوارث الطبيعية والثورات والنزاعات المسلحة و الأوبئة وغيرها، وفي كل الأحوال يمكن ارجاع ذلك الى صنفين الأول يجعل تنفيذ الالزام مستحيلا(**قوة قاهرة)** والأخر يجعله مرهقا **(ظرفا طارئا)** مع العرض ان تلك المفاهيم تختلف من حيث التشريعات الوطنية والقواعد الدولية ذات الصلة والتي يمكن ان يطلق عليها بالمفهوم التقليدي وغير التقليدي وفقا للاتي:

الفرع الاول: المغيرات وفقا للمفهوم التقليدي

أ- القوة القاهرة

- المفهوم العام

تمثل القوة القاهرة احدى اهم صور السبب الأجنبي[٤] فضلا عن كونها أوسع نطاقا فكل حادث غير خطأ الدائن او فعل المدين او فعل الغير يمكن وصفه بأنه قوةً قاهرةً، كما انها تعد وصفا للسبب الاجنبي بشكل عام وتعد الاقرب الى الاذهان عند الحديث عنه، وبالرجوع الى التشريعات نجدها قد خلت من تعريف دقيق للقوة القاهرة، بل أنها لم تتفق حتى في استعمال مصطلح موحد في ذلك فبعضها يستخدم مصطلح استحالة التنفيذ وبعضها الاخر يستخدم مصطلح عدم قابلية التطبيق العملي وغيرها من المسميات[٥] لذلك فقد تبنى الفقه والقضاء في محاولة منهما الى إيجاد تعريف للقوة القاهرة فعلى المستوى الفقهي فعرفت بتعريفات عديدة أهمها (الأمر الأجنبي عن المدين والدائن والغير كالحرب بما ينجم عنها من أحداث مادية وأزمات اقتصادية أو صدور تشريع أو أمر أجنبي واجب التنفيذ أو وقوع زلازل أو حريق أو فيضانات أو هبوب عاصفة أو انتشار وباء)[٦] وكذلك عرفت بانها(كل امر لا يمكن نسبته للمدعى عليه ويكون غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع يقع فيكون هو السبب في الضرر)[٧] وقد عرفت كذلك بانها مصطلح تعاقدي يحق بواسطته لأحد الطرفين (أو كليهما) إلغاء العقد أو إعفاؤه من أداء العقد ، كليًا أو جزئيًا ، أو يحق له تعليق الأداء أو المطالبة بتمديد الوقت للأداء ، عند وقوع حدث معين أو أحداث خارجة عن إرادته[٨].

اما على المستوى القضائي فقد عرفت مثلا من قبل محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها الى انه (حادث شاذ، غير عادي، لم يتوقعه المرء ولا كان في إمكانه درؤه، ويكون من نتيجته أنه ليس فقط يجعل الوفاء بالتعهد عسيراً بل مستحيلاً كلياً)[٩].

فان اختلفت التعريفات من حيث الصياغة او التطرق الى شرط قيام واعمال القوة القاهرة من عدمها الا ان جميعها تدور حول مفهوم واحد هو الحدث غير المتوقع الذي لا يمكن نسبته للمدعي متى ما توافرت شروطه يجعل بموجبه تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهو الاصل وفقاً لإجماع مصادر التشريع المختلفة، التي عدت ان القوة القاهرة حدث يجب ان تتوافر فيه مجموعة من الشروط، وتنجم عنه استحالة مطلقة في تنفيذ المدين لالتزامه على نحوٍ لا يسمح بالاستمرار في تنفيذه.

- الموقف التشريعي من القوة القاهرة

على الرغم من عدم خلو اغلب التشريعات الوطنية من نصوص تشير الى القوة القاهرة من حيث مفهومها ، و الشروط الواجب توافرها، و الأثر المترتب عليها، -وان تفاوتت في ذلك- فعلى سبيل المثال التشريع الفرنسي الذي أورد مصطلح القوة القاهرة في المادة ١١٤٨ من القانون المدني لسنة ١٨٠٤ ثم النص ١٢١٨ بالتعديل الذي اجري على القانون لسنة ٢٠١٦ [١٠] كذلك التشريع العراقي الذي أورد مصطلح القوة القاهرة في المادة ٢١١ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١[١١] ولا توجد أي صعوبة في

تلك التشريعات حتى وان كان هنالك غموض بالعبارات او الإشارة الي عموميات الموضوع دون الدخول بالتفاصيل، الا ان المسالة تكون معقدة في الحالات التي لم يتطرق فيها التشريع الى القوة القاهرة وعن الالية والكيفية التي يتم التعامل معها مثال ذلك التشريع الإنجليزي الامر الذي يحتاج الى شيء من التوضيح، كون القانون الإنجليزي ، لا يُمَكنْ للمتعاقدين من الركون الى تطبيق القوة القاهرة، إلا إذا كان هناك بند محدد في العقد ينص على ذلك.

وعليه ، فإن القوة القاهرة ليست مفهومًا قائمًا بذاته في القانون الإنجليزي، وبالتالي فانه يتم إعفاء المدين بالالتزام التعاقدي متى ما طرأت ظروف غير متوقعة، فقط إذا كانت تندرج ضمن مبدأ الاستحالة المطلقة للعقد(frustration) الضيقة نسبيًا، التي يتم الركون اليها وفقا للقواعد العامة في القانون اذ يتم تطبيق هذا المبدأ بشكل افتراضي ما لم يتفق الطرفان على شيء آخر في عقدهما (كشرط القوة القاهرة مثلا)[١٢].

ففي قضية British Movietone News Limited v London and District Cinemas Limited: HL 26 Jul 1951 ذهبت هيئة المحكمة الى ان هناك نقطة مهمة يجب ملاحظتهما حول القوة القاهرة بموجب القانون الإنجليزي، وهي أن الغرض من شرط القوة القاهرة ، في جذوره ، هو توفير بديل لمبدأ الاستحالة المطلقة للعقد الصارمة، حيث ان القوة القاهرة تحافظ على العقد ساري المفعول في الظروف التي يؤدي فيها مبدأ الاستحالة إلى إنهائه، ولكن بعد أن ينفع هذا الغرض ، هناك حدود لما يمكن أن يحققه شرط القوة القاهرة، اذ انه في حالة عدم وجود صياغة تعاقدية صريحة ، لا يمكن للمحاكم الإنجليزية تطبيق القوة القاهرة لتكييف العقد مع الظروف او المتغيرات الجديدة[١٣].

اذ يعمل القانون العام الإنجليزي بمفهوم الإستحالة المطلقة للعقد، والذي يحدث عندما يتعذر أداء الالتزامات التعاقدية نتيجة لحالات طارئة وغير متوقعة خارجة عن سيطرة أي من الطرفين[١٤] فيكون الأثر المترتب على ذلك عمومًا هو إبراء ذمة المدين من العقد اذا جعلت الاحداث ، بعد تكوين العقد ، أداء العقد مستحيلا [١٥] أو غير قانوني أو شيئًا مختلفًا جذريًا عن ذلك الذي كان في تفكير الأطراف اثناء التعاقد[١٦].

و قبل منتصف القرن التاسع عشر ، لم يعترف القانون العام الإنجليزي بمبدأ الاستحالة اللاحقة. وقد أيدت قضية باراداين ضد جين[١٧] المبدأ القائل بأن الاستحالة اللاحقة لا تعتبر عذراً لعد تنفيذ الأداء . الا انه في عام ١٨٦٣ ، أنشأت المحاكم الإنجليزية مبدأ الاستحالة اللاحقة والتي مهدت الطريق لظهور مبدأ استحالة تنفيذ العقد. حيث في قضية تيلور ضد كالدويل ، رأت المحكمة أن الطرف الذي يواجه حدثًا غير متوقع ، وليس خطأ أي من الطرفين ، وهذا الحدث يجعل الأداء مستحيلًا ، يمكن إعفاء المدين من تنفيذ الالتزام وفقا لشرط ضمني في العقد[١٨] وقد بين القاضي Blackburn J. مفهوم الشرط الضمني حيث قال أن جميع العقود لها شيء

ضروري لها ، ويجب أن يستمر هذا الشيء في الوجود طوال وقت الأداء، فإذا هلك هذا الشيء دون أي خطأ من جانب المدين ، فيمكن اعفاءه من الالتزام [١٩].

المرحلة الثانية تتمثل بقضية Krell v. Henry المعروفة بقضية التتويج حيث وسعت المحاكم الإنكليزية في هذه القضية مبدا الاستحالة من عذر يتطلب هلاك الشيء الأساسي في العقد الى عدم حصول الشيء الأساسي في العقد (استحالة الغرض التجاري للعقد) حيث يبقى الأداء المادي للعقد ممكنا ولكنه تافها او عديم الفائدة[٢٠].

تطور المبدأ ليصل الى شكله الحديث ، حيث كان التطور الأكثر أهمية هو رفض نظرية الشرط الضمني وتشكيل الفكرة الجديدة لمبدأ استحالة تنفيذ الالتزام العقدي في قضية Davis Contractors v. Fareham حيث كانت هذه القضية هي القضية المهمة بعد قضية هنري حيث أكد اللورد رادكليف أن المصطلح الضمني حول حدث لا يمكن للأطراف بحكم تعريفه توقعه وهذا يمثل صعوبة منطقية. بدلاً من ذلك ، تم افتراض أن: الاستحالة تحدث عندما يقر القانون بأنه بدون تقصير من أي من الطرفين ، يصبح الالتزام التعاقدي غير ممكن على التنفيذ لأن الظروف التي يُطلب فيها الأداء ستجعله شيئًا مختلفًا تمامًا عن ذلك الذي تم التعهد به. بموجب العقد[٢١].

ففي هذه القضية تم وضع معيار أكثر صرامة يتطلب هذا المعيار أن الظروف يجب أن "تنطوي على تغيير جوهري أو جذري" من الالتزام التعاقدي الأصلي. لا يزال هذا المعيار الصارم والضيق سائدًا اليوم. حيث يجب أن يكون الحدث غي المتوقع قد غيّر بشكل كبير طبيعة (وليس مجرد حساب أو عبء) للحقوق و / أو الالتزامات التعاقدية القائمة مما كان يمكن للأطراف توقعه بشكل معقول في وقت تنفيذه ، أي "سيكون من الظلم تمامًا الاحتفاظ بالمعنى الحرفي لنصوصه في الظروف الجديدة ". بعبارة أخرى ، يتطلب مبدا استحالة الالتزام العقدي تغييرًا جذريًا للالتزام نفسه وليس فقط أي تغيير جذري في الظروف. حيث يجب تحديد طبيعة ونطاق الالتزام من خلال بناء العقد ، مع مراعاة طبيعته وسياقه ("مصفوفة الحقائق") ، بالإضافة إلى الظروف المحيطة ومعرفة الأطراف ، وبعد نظرهم ، وافتراضهم وتفكيرهم في لحظة إبرام العقد ، لا سيما فيما يتعلق بوقوع الحدث وتوزيع المخاطر التعاقدية ذات الصلة ولايزال معيار قضية Davis Contractors v. Fareham الصارم سائدا الى الان.[٢٢]

كما ان النقطة الثانية ذات الصلة هي أن القوة القاهرة بموجب القانون الإنجليزي هي من صنع العقد. حيث حكمت المحاكم الإنجليزية أن "القوة القاهرة" ليست مصطلحًا فنيًا ، وأن مهمة المحاكم هي تفسير وتطبيق ما يتفق عليه الطرفان[٢٣] كما اكدت المحكمة الإنجليزية العليا في إحدى القضايا ، بالقول انه ينبغي تفسير شرط القوة القاهرة في كل حالة مع إيلاء اهتمام وثيق للكلمات التي تسبقها أو تليها ، مع إيلاء الاعتبار الواجب لطبيعة العقد وشروطه العامة . قد يختلف تأثير البند باختلاف كل عقد[٢٤] لذلك ذهبت المحكمة العليا في المملكة المتحدة في احدى القضايا مؤخرًا الى إن مهمة المحكمة عند تفسير العقد هي "التأكد من المعنى الموضوعي للغة التي اختارها

الطرفان للتعبير عن موافقتهما ، وهي عملية تكرارية تتضمن مقارنة المعاني المختلفة والنظر في سياق الفقرة ذات الصلة[٢٥].

وخلاصة القول انه في حالة عدم وجود شرط القوة القاهرة في العقد ، يتعين على الأطراف الاعتماد على مبادئ القانون العام المنظمة للاستحالة المطلقة وعدم قابلية التطبيق العملي و في الواقع ، إذا توقعت لأطراف المتعاقدة ما الذي يشكل حدث للقوة القاهرة وما قد تكون عواقبه ، فإن المحاكم ستطبق منطق الأطراف ولن تأخذ في الاعتبار مبادئ القانون العام أو القانون المدني، وبالتالي ، فإن نية الطرفين تحكم تنفيذ وتفسير شروط القوة القاهرة ، ولا يحق للمحاكم إعادة كتابة العقد أو مقاطعته بطريقة لم يقصدها الطرفان مطلقًا[٢٦].

الظروف الطارئة

- **المفهوم العام**

تعد الظروف الطارئة من الأسباب التي تؤدي الى حدوث انهيار في التوازن الاقتصادي في العقود طويلة الأمد لا سيما عقود الاستثمار محل البحث ،وذلك للمدة الزمنية الطويلة التي يمتد فيها تنفيذ ذلك العقد، ، وقد يحصل ان تطرأ ظروف معينة اثناء فترة تنفيذ العقد تجعل من تنفيذ الالتزام على الوجه المطلوب مرهقًا جدًا [٢٧]، اذ ينجم عن تلك الظروف الطارئة تبدل وتغير في مراكز طرفي العقد، فيستأثر احدهما بالربح، ويتهدد الآخر بالخسارة ، وهذه الاخيرة مما تجعل تنفيذ التزامات هذا الطرف محلاً للإرهاق ، الا انه مع هذا، لا يصل به الامر الى حد استحالة التنفيذ، وفي هذه النظرية مرونة اكثر من سابقتها من حيث الاثار التي تترتب عليها والالية والكيفية التي يتم فيها المعالجة، اذ تتمثل المعالجة التشريعية في جميع الأحوال الى إعادة التوازن بشكل يرفع عن المدين ما أصابه من ارهاق، وأوكلوا أمر تلك المعالجة الى القضاء بعد ان تعارضت مصلحة طرفي العقد في الابقاء عليه او انهاؤه ، كما ان جوهر تطبيق المعالجة بحق الطرفين ، ينصب على كون التزام احدهما قد اصبح مرهقاً لا مستحيلاً، فشرط الارهاق الذي يصيب المدين، هو الذي يبرر اعطاء القاضي سلطة التدخل لإرجاع التوازن المعقول بين التزامات الطرفين، ومع ذلك قد يتداخل شرط الإرهاق مع القوة القاهرة التي تؤدي الى استحالة التنفيذ، على اعتبار ان الاول يفضي الى استحالة نسبية ، والثانية تفضي الى استحالة مطلقة في التنفيذ[٢٨].

- **الموقف التشريعي من الظروف الطارئة (الإرهاق)**

قد تبنت عموم التشريعات نظرية الظرف الطارئ وعالجت الأثر الذي يترتب عليها فعلى سبيل المثل التشريع المصري أورد في الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدني على انه "ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على

خلاف ذلك" وجاء مسايرا له التشريع العراقي في الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني التي اشارت الى ذات المبدأ.

اما القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، فقد مر بمرحلتين الأولى قبل التعديل التي لم ينص فيها وكمبدا عام علي الظروف الطارئة (حالة الإرهاق) مكتفيا بما أورده من نص على القوة القاهرة، اذ لا يمكن اعفاء مسؤولية المدين بحجة الإرهاق ما لم يكن التزامه مستحيلة وهذا تعبير عن مبدا العقد شريعة المتعاقدين كما ان المحاكم اشتهرت بموقفها الصارم وتمسكها بالمبدا المذكور وقدسية العقد اذ في اكثر من محاوله منها لتكييف وقائع القوة القاهرة على حيثيات الإرهاق الا انها تفشل في ذلك اما بعد تعديل القانون لسنة ٢٠١٦ فقد أورد القانون نص ١١٩٥ والتي جاد نصها (اذا حدث تغيير في الظروف لم يكن من الممكن توقعه وقت ابرام العقد جعل التنفيذ مرهقا جدا بالنسبة لاحد الأطراف الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغيير فيجوز لهذا الطرف ان يطلب من الطرف المتعاقد الاخر إعادة التفاوض على العقد ...) اذ أجاز القانون المدني الفرنسي ولأول مرة التمسك بنظرية الظروف الطارئة والتي سمحت بموجبه تعديل العقد متى ما طرات ظروفا استثنائية غير متوقعة تجعل من تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين مرهقا[٢٩] .

الفرع الثاني: المغيرات وفقا للمفهوم غير التقليدي (قواعد واتفاقيات التجارة الدولية والاستثمار)

ان المغيرات في عقود التجارة الدولية بصورة عامة لا تتخذ مفهوماً واحداً، إذ ان طبيعة تلك العقود والحاجة إلى تنفيذها ، والرغبة الحقيقية لأطرافها في تجنب النتائج المترتبة على المفهوم السابق نتج عنه حاجة ملحة الى تبني مفهوم آخر أكثر مرونة و استجابة لمتطلبات تلك العقود، وذلك من خلال التوسع في المفهوم بإضفاء نوع من المرونة على الشروط اللازم توافرها في حدث القوة القاهرة او الظرف الطارئ ، مثلا مراجعة أحكام العقد وتعديل التزاماتهم على نحوٍ يضمن الاستمرار في تنفيذها رغم استمرار المغيرات ، وبذلك اصبح المتعاقدين لا ينتظرون حتى زوال المغير، من أجل استئناف تنفيذ التزاماتهم، بل انهم يقومون بالتفاوض من اجل التوصل الى اتفاق جديد يسهل تنفيذ هذه الالتزامات في ظل اعمال المغيرات[٣٠].

فمن حيث القوة القاهرة مثلا اصبح المفهوم السابق لا ينسجم والعقود الدولية الأمر الذي صاحبه التوسع بالمفهوم وفقا لما يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف وذلك بالاتساع في مجال الحرية التعاقدية[٣١] على المستويين الوطني والدولي ولعل ذلك نابع من ما لتلك العقود من خصوصية تختلف عن بقية العقود الاخرى فعلى المستوى الوطني فقد تبنت اغلب التشريعات ما للإرادة من حرية في التعاقد ويقوم المبدأ المذكور، في الواقع، على أساسين الأول: أن كل التصرفات القانونية ترجع في مصدرها الى الإرادة الحرة للأطراف، والثاني: أن دور الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل يتعداه الى ما يترتب على هذا الالتزام من آثار، ولذا يراد بمبدأ سلطان الإرادة، أن الإرادة قادرة على ان تنشئ التصرف القانوني، وتحدد الآثار التي تترتب عليه.

اما على المستوى الدولي فقد تبنت اغلب الاتفاقيات والقواعد الدولية النظريتين (القوة القاهرة والظرف الطارئ) كمغيرات يمكن ان يستند اليها في عديد من المطالبات التي تغير من مسار واقع التعاقد وجاءت بمفهوم جديد يتناسق ويتناسب والعقود الدولية فضلا عن وصف تلك المغيرات بمسميات أخرى فمثلا نجد ان **اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠(CSIG)**[٣٢] قد اشارت في المادة ٧٩ منها تحت عنوان الإعفاءات وبوصف (عائق او مانع) الى إمكانية عدم المساءلة في حالة اذا اثبت احد الطرفين سواء كان البائع او المشتري ان عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية قد نشأت بسبب عائق يعود الى ظروف خارجة عن ارادته متى ما توافرت شروط ذلك.

ومما يلاحظ ان مصطلح المانع او العائق (Impediment) جاء مطلقا فلم يحدد عدم تنفيذ الالتزام يقع تحت بند القوة القاهرة او تحت بند الظرف الطارئ ، مما أدى الى اختلاف القضاء الدولي في ذلك، فمثلا ذهبت بعض القرارات القضائية الى ان مستوى الخطر في الأداء الذي يجب أن يواجهه الطرف من أجل المطالبة بالإعفاء بموجب المادة ٧٩ اذ أشارت محكمة النقض البلجيكية إلى أن "العائق" المشار إليه في المادة المذكورة قد يشمل الظروف المتغيرة التي جعلت أداء أحد الأطراف مرهقا حتى لو لم يكن الأداء مستحيلاً حرفياً، وفي قرارات اخرى بينت ان الاعفاء الوارد ذكره في المادة المذكورة يركن الى معيار يشبه معيار الاستحالة، وقارن أحد القرارات معيار الإعفاء اعلاه مع معايير الإعفاء بموجب المذاهب القانونية الوطنية (للقوة القاهرة والاستحالة الاقتصادية والعبء المفرط) في حين بين قرارا اخر ان النص المذكور ذو طبيعة خاصة يختلف عن معايير القوانين الوطنية [٣٣].

اما بخصوص الاتفاقيات الاستثمارية الثنائية ومتعددة الاطراف فلم تتطرق الى مصطلحي القوة القاهرة او الظرف الطارئ بصورة صريحة في نصوصها ، بل اشارت الى صور القوة القاهرة ، ورتبت مجموعة من الاثار عليها فمثلا قانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ قانون تصديق اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الجمهورية الاسلامية الايرانية[٣٤]على انه (يمنح مستثمرو أي من الطرفين المتعاقدين الذين تعاني استثماراتهم في اقليم الطرف المتعاقد الاخر من خسائر ناجمة عن أي **نزاع مسلح او ثورة او اضطرابات اهلية او شغب او حالة طوارئ مشابهة** معاملة لا تقل افضلية عن تلك الممنوحة من قبل الطرف المتعاقد الاخير لمستثمريه او لمستثمري أي بلد ثالث)[٣٥].

ويكاد يكون ذلك مجمع عليه بل ثابت من قبل المشرع الدولي فجميع الاتفاقيات الاستثمارية الثنائية بذات التوجه اعلاه فمثلا الفقرة (١) من المادة (١٢) من اتفاقية جورجيا واليابان لسنة ٢٠٢١ بخصوص ترويج وتشجيع الاستثمار[٣٦] وكذلك الفقرة (١) من المادة (٦/٢) من اتفاقية حماية الاستثمار بين الاتحاد الاوربي ودولها الاعضاء من جهة وفيتنام من جهة اخرى لسنة ٢٠١٩ [٣٧] وكذلك الفقرة (١) من المادة (٨/١٤) من اتفاقية استراليا واندونيسيا لسنة ٢٠١٩[٣٨] .

المطلب الثاني: شروط اعمال المغيرات

بعد ان بينا في المطلب الأول مفهوم المغيرات يتضح انه لا بد من توافر مقومات أساسية مجتمعة ، حتى يمكن الركون اليها لاكتساب حدث القوة القاهرة، او الظرف الطارئ، وقد تعددت الشروط والمقومات التي ذهب اليها الفقه، إضافة لما ورد في نص القانون منها ما يجمع بين الاثنين المتمثل بعنصر التوقع ومنها ما يختلف من مغير الى اخر، الامر الذي أدى في بعض الأحوال ان يلتبس على البعض التفرقة بين ما يعد قوة قاهرة او ظرفا طارئا[٣٩] لذلك سنبين اهم الشروط الواجب توافرها لإعمال تلك المغيرات وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول: القوة القاهرة

الشرط الأول : عدم إمكانية التوقع بالحدث:

يجب ان يكون الحادث المدعى بانه من المغيرات غير متوقع، فاذا كان بالإمكان توقعه، فانه لا يعد كذلك ، حتى لو نتج عنه استحالة بتنفيذ المدين لالتزامه ، فهناك من الحوادث ما يمكن توقعها، كما لو كانت تقع في مواعيد دورية ولو كانت متباعدة، كالأمطار والفيضانات والزلازل في بعض المناطق، فهي وان لم تكن متوقعة في احيان الا انها ممكنة الحدوث، في احيان اخرى، كالأمراض الموسمية التي تصيب مثلا المواشي فيتطلب الامر ان يتم اتخاذ الاحتياطات اللازمة من قبل المدين لمنع التأثير على التزامه[٤٠] كما ان المعيار الذي يتم الاستناد اليه في عدم التوقع، هو معيار موضوعي مجرد، أي انه لا يرتبط بشخص المدين، فالعبرة بالرجل العادي الحريص على تنفيذ التزامه، والمقصود هنا، بعدم التوقع المطلق لا النسبي ، والعبرة في عدم التوقع هو وقت ابرام العقد، فاذا كان من الممكن توقع هذا الحادث عند التعاقد، فانه لا يعدُّ مغيرا (سببا اجنبيا) وبالتالي لا يتمكن المدين من التمسك به كمبرر لا يقاف تنفيذ التزامه[٤١].

الشرط الثاني : عدم إمكانية دفع الحدث:

عدم إمكانية دفع الحدث بمعنى عدم القدرة على الدفع وتلافيه، ومعيار عدم استطاعة الدفع ، يتم بمعيار موضوعي مجرد وليس بمعيار شخصي، فاستحالة الدفع يجب ان تكون مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة الى المدين وحده، بل بالنسبة الى أي شخص في موقف المدين[٤٢] وخلاصة الحديث فان تحديد المقصود بعدم الدفع بذلك في مجال المغيرات واعمالها كقوة قاهرة في تنفيذ عقود الاستثمار ، هو كل أمر خارج عن ارادة المدين ينتج عنه استحالة تنفيذ الالتزام.

الشرط الثالث: استحالة تنفيذ الالتزام

ومعنى ذلك ان المدين الذي يتعرض لحدث القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ التزامه التعاقدي ، و الاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة في عدم إمكانية تنفيذ الالتزام لوجود حادث لا يمكن للمدين من التغلب عليه مهما قام ببذل الجهدِ والنفقات، وقد تتعدد شروط القوة القاهرة إضافة لما ورد في أعلاه، الا ان السوابق

القضائية في إنكلترا قد وضعت المتطلبات العامة الثلاثة التي يجب توافرها حتى يمكن اطلاق وصف الحدث على القوة القاهرة وهي:

١- وجوبية أن يكون هناك وقوع حدث محدد في الشرط ، لكون القانون الإنجليزي لم يأخذ بالقوة القاهرة ما لم يتم الاتفاق عليها بين الطرفين- اذ يسمح شرط القوة القاهرة المدرج في العقد للطرف بإنهاء التزاماته بموجب العقد بسبب وقوع حدث موصوف فيه[٤٣]- اذ غالبًا ما تكون الأحداث التي تؤدي إلى القوة القاهرة أحداثًا غير عادية مدرجة في بند القوة القاهرة في العقد والتي يجب أن تكون عادةً خارج ارادة طرفي التعاقد.

٢- يجب ان يكون الحدث قد "منع" أو "اعاق" أو "اخر" الطرف المدين من تنفيذ التزامه بموجب العقد، اذ يجب تحليل الصياغة الفعلية المستخدمة بعناية.

٣- عدم إمكانية تجنب الحدث او العواقب التي سيخلفها بشكل معقول، أي ان الحدث خارج عن إرادة المتعاقد[٤٤].

والشرط الأخير هو الأكثر اعمالا في القضاء الإنكليزي كما ان بند القوة القاهرة في العقود النموذجية لا يقتصر فقط على ادراج صور ومفهوم القوة القاهرة بل يضاف اليها وصفا يتضمن التزام الطرف المقابل باستخدام الجهود المعقولة للتخفيف من تأثير حدث القوة القاهرة، وبخلافه فلا يمكنه الركون والاتكاء على هذا الشرط واعماله وبالتالي يكون مقصرا ، على سبيل المثال ، في قضية Seadrill Ghana Operations Ltdضد Tullow Ghana Ltd [2018] اذ كان الطرفان ملزمان باستخدام مساعيهم المعقولة للتخفيف ، والتجنب ، والالتفاف ، أو التغلب على ظروف القوة القاهرة[٤٥] وحتى في حالة عدم وجود هذه الصياغة ، فقد يكون هذا الالتزام متضمنًا في شرط القوة القاهرة فلا يكفي عدم التوقع او الإعاقة او منع تنفيذ الالتزام فحسب ، بل يجب أن يُظهر أنه قد اتخذ جميع الخطوات المعقولة لتجنب وقوعه أو التخفيف من نتائجه[٤٦].

الفرع الثاني: الظرف الطارئ

الشرط الأول: عدم التوقع وهو بذلك يشترك مع القوة القاهرة من حيث إمكانية اعماله متى ما لم يكن هنالك توقع للحدث ويختلف عنه من حيث الدفع فقد لا يكون بالإمكان دفعه الا ان بنفقات اضافية بالغة، مما ترهق المدين، فلا تجعل التزامه مستحيلا فيمكن أيضا التمسك بالمغير واعماله وترتيب الاثار عليه في مجال تنفيذ عقود الاستثمار.

الشرط الثاني: ان يكون الحدث عام استثنائي، فالعمومية المقصودة هنا هو ان لا يكون الحادث خاصاً بالمدين فقط ، كافلاسه، او مرضه، بل يجب ان يكون عاماً شاملاً لطائفه من الناس بمعنى ان يشمل فئة او اكثر من الناس كأهل البلد، او سكان اقليم معين في بلد ما ، او مجموعة من الناس يألفون طبقة في المجتمع أو فئه منه، ومثال ذلك الحرب، وانتشار وباء او فيضان عام او برودة شديدة غير متوقعه، اما ان يكون استثنائيا فيجب ان يكون مما لا يتفق مع السير الطبيعي الاعتيادي للامور ، أي ان يكون بعيداً عما الفه

الناس او اعتادوه، فأذا كان الظرف الطارئ امراً مألوفاً وعادياً ورتب ضررا فلا يمكن الركون اليه كسبب من أسباب مغيرات مسار التعاقد وان كان جسيماً او مرهقاً [٤٧].

الشرط الثالث: ان يجعل من تنفيذ الالتزام ما فيه ارهاقا للمدين فلا يشترط في الحادث الطارئ ان يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي على انه (ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة) والارهاق هو الذي يجعل لنظرية الظروف الطارئة مجالاً رحباً في التطبيق العملي كونه المعيار الذي تجعله المحكمة قيد الدراسة والاهتمام والتحقق من توفره او عدمه ، أي التأكد من ان الظرف الطارئ قد اخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، فاذا ما ثبت لدى المحكمة تحقق هذا الشرط بدأت بالبحث عن الشروط الاخرى عندئذ تعمل على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فضلا عن ذلك فيجب ان يؤدي الارهاق إلى تهديد المدين بخسارة فادحة وهذا نتيجة حتمية للاختلال الاقتصادي للعقد فيتحقق عندما يكون الفرق شائعاً بين ما يحصل عليه احد المتعاقدين على حساب المتعاقد الاخر.

المبحث الثاني: الاثار القانونية للمغيرات على العقد الاستثماري

من البديهيات في العقود بصورة عامة ان العقد بعد ابرامه بين اطرافه فإنه يكون ملزمًا لجميع الأطراف ولا يمكن لأي أحد ان يتدخل في حياة العقد سواء كان من المتعاقدين أو غيرهم، أي لا يمكن لأحد المتعاقدين أن يغير العقد بإرادته المنفردة، كما أنه لا يجوز لاي شخص أجنبي عن العقد ان يتدخل فيه، الا إذا كان هنالك تراضي بين أطراف العقد او وجود نص في القانون يبيح ذلك التدخل، ويمكن القول ان هذه القاعدة العامة منطلقة من قدسية العقد شريعة المتعاقدين، الا ان هنالك حالات استثنائية تحد من القدسية المذكورة، وهي الحالات التي ترافق التنفيذ مغيرات تغير من واقع العقد مما يوثر سلبا على حياة العقد، اما باستحالة التنفيذ عندما يكون هنالك قوة قاهرة تحول دون تنفيذ المدين لالتزاماته فتجعل من التزامه مستحيلا، او ظروف طارئه فتجعل من تنفيذ التزامه مرهقا، ولكلا الحالتين شروطا حتى يمكن تطبيقها واعمالها كما راينا في المبحث الأول، وبالتالي اذا ما تم إعمالها فانها ستغير من أساس الاتفاق وهذا ما يعبر عنه بالاثر، اما بانفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين عند اعمال القوة القاهرة، او إعادة التوازن ما بين التزامات المتعاقدين عند اعمال الظرف الطارئ، ولكل مغير احكامه الخاصة ، ويمكن ان يطلق عليها أيضا بالاثار التقليدية المعروفة في القواعد العامة ، ولما كانت الدراسة محل البحث وفقا لاشكاليتها المتضمنه الاختلاف ما بين القاعدة الداخلية والدولية فالضرورة تقودنا الى مجموعة من التساؤلات التي بدورها يمكن الإحاطة بالموضوع من جوانبه كافة والوصول الى حل الإشكالية المطروحة، وبذلك هل يمكن القول بوجود اثار جديدة تختلف عن الاثار التقليدية؟ فاذا كانت الاجابة بنعم فما هي؟ وما احكامها؟ فضلا عن الاختلاف ما بين القوانين الداخلية والدولية من حيث ترتبت الاثار من عدمه ؟ وكذلك ما هي سلطة القاضي في اعمال المغيرات أعلاه؟ وما

هو دور المتعاقدين بذلك؟ كل هذه الأسئلة تحتاج الى إجابة وتوضيح وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الاثر التقليدي لإعمال المغيرات

نتناول في هذا المطلب الأثر التقليدي الذي يترتب عندما يصاحب تنفيذ العقد مغير كالقوة القاهرة والظرف الطارئ ، وبيان احكامهما سواء في القوانين الداخلية، والدولية، وماهية الاختلاف بينهما، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

***الفرع الأول:* اثر اعمال القوة القاهرة**

يمكن تقسيم القوة القاهرة الى دائمة و مؤقتة تبعا لوقت انتهائها، فديمومة بقاء القوة وعدم امكانية زوالها مستقبلا يستتبع وبالضرورة ان تؤدي الى استحالة دائمة في تنفيذ الإلتزام مما يترتب عليه انفساخ العقد، اما اذا صاحب حدوث المغير ظروف واحتمالات لانتفاء صفة الديمومة وامكانية الزوال بغض النظر عن مدة ذلك الزوال فهنا لا يمكن الركون الى الاثر المذكور انفا ، كون المغير محاط بملابسات زواله فيجعله مؤقتا وبالتالي لا يصار الى انفساخ العقد ، بل يبقى قائماً ويتوقف تنفيذه مدة من الزمن لحين زوال المغير[٤٨]، وتسبيب ذلك يكمن في تأقيت استحالة التنفيذ بين المؤقت والدائم والتلازم ما بين الاثنين ومدى اثرها على التنفيذ[٤٩] وفي كل الاحوال فان ما ورد في اعلاه يستتبعه انتفاء مسؤولية المتعاقد المدين وهذا ما سنبينه في الفرع الاتي:

اولا : انفساخ العقد

يمثل الانفساخ[٥٠] الاثر الابرز لإعمال المغيرات ، بل الصورة المعروفة وللوهلة الاولى لأي قانوني عندما يكون الحديث عن القوة القاهرة فالانفساخ هو انحلال العقد بقوة القانون بسبب استحالة تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة فمتى ما استحال على المدين تنفيذ التزامه بصورة خارجة عن ارادته او ارادة الدائن يصار الى زوال الرابطة العقدية وتمثل الاستحالة الفارق بين اعمال القوة القاهرة كمغير والظرف الطارئ اذ لا يلحق الاخير الاستحالة بقدر ما يصيب المدين ارهاق جراء تنفيذ التزامه في ظل اعمال المغير المذكور والذي يرتب اثرا يختلف عن الاثر اعلاه ، ولكي يتحقق الاثر فيجب ان تكون الاستحالة مطلقة وليست نسبية ، فضلا عن ان يكون تاريخ نشؤها في تأريخ لاحق للعقد، كذلك يجب ان تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملةً غير جزئية ، فاذا ما توافرت هذه الشروط ان صح التعبير فعندئذ يكون الانفساخ بقوة القانون اي تلقائيا [٥١] من دون ان يتطلب ذلك صدور حكم قضائي [٥٢].

وقد تبنت غالبية القوانين المدنية[٥٣] الاثر اعلاه متى ما حصلت قوة قاهرة حالت بين المدين وتنفيذ التزامه، بيد ان هذا الاثر لا يمكن الركون اليه في عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي لا سيما في الحالات التي تكون الدولة مرتبطة باتفاقيات استثمارية ثنائية مع بلد المستثمر، اذ وبالرجوع الى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار سواء الثنائية منها او متعددة الاطراف[٥٤] فلا نرى هنالك اعمالا لهذا الاثر

مطلقا -كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدين على خلاف ما ورد في اعلاه -وهذا ما سنلاحظه عند البحث عن الاثر غير التقليدي لإعمال المغيرات.

ثانيا: إيقاف تنفيذ العقد وانتفاء مسؤولية المتعاقد المدين

اذا كان المبدأ العام هو انفساخ العقد متى ما طرا على تنفيذ الالتزام قوة قاهرة دائمة جعلت من تنفيذه استحالة مطلقة ، فلا يمكن التسليم دائما بذات الاثر لا سيما الحالات التي تكون فيها القوة القاهرة مؤقته [٥٥] فيصار الى وقف العقد لا انفساخه وذلك لان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته يستلزم امكانيته على التنفيذ أي القدرة على ذلك ابتداء منذ تكوين العقد واستمرارا لغاية انتهاء مدته، أي بمعنى ان هنالك ترابط وثيق بين التنفيذ والقدرة عليه ، الامر الذي يؤدي وبالضرورة الى ايقاف التنفيذ، اذا ما حصل بعد تكوينه حدث لم يكن لإرادة المتعاقدين دخل في حدوثه، لا سيما الاستحالة المؤقتة التي تعد بمثابة الاستثناء من القواعد العامة التي تقر مسؤولية المدين الذي يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، فالحالة المذكورة لا يمكن فيها مسائلة المدين المتوقف عن تنفيذ التزامه تبعا للاستحالة المؤقتة التي صاحبت تنفيذ العقد [٥٦] ولعل تعليل ذلك يرجع الى انقطاع ركن السببية بين الخطأ والضرر، فالمسؤولية لا يمكن قيامها مجرد حصول خطأ المدين وضرر الدائن، متى ما انتفت الرابطة السببية بين الاثنين وهو ما مستقر عليه تشريعا[٥٧] وقضاءً[٥٨].

وعند التمعن بما اوردته الاتفاقيات الثنائية الاستثمارية نرى امكانية اعمال هذين الاثرين خلافا للأثر الاول المتمثل بالانفساخ فما يخص ايقاف تنفيذ العقد فهو نتيجة منطقية للأثر غير التقليدي المتمثل بإعادة التفاوض اذ لا يمكن ان يتصور الاخير ما لم يكن هنالك اعمالا الاول المتمثل بالإيقاف واما بخصوص انتفاء او اعفاء المتعاقد المدين من تنفيذ التزامه فالأحكام التي اوردتها الاتفاقيات تشير ضمنا الى ذلك وكل هذا ما سنبحثه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

الفرع الثاني: اعمال الظرف الطارئ

ان لإعمال الظرف الطارئ مجموعة من الاثار هي في الحقيقية منبعثة من اثر واحد يتمثل بتدخل المحكمة بإعادة التوزان الاقتصادي الذي اصاب العقد فكثيراً ما يحدث ان التزامات المتعاقدين قد تختل في مرحلة التنفيذ نتيجة حصول حوادث استثنائية عامه غير متوقعه ، بحيث تجعل من تنفيذ التزام المدين مرهقاً له مما يسبب له خسارة فادحة اذا ما قام واستمر بالتنفيذ واتم التزامه دون ان يصل إلى حد الاستحالة ويمثل هذا الاثر الاستثناء من الاصل المتمثل بـ (العقد شريعة المتعاقدين) فإذا نشأ العقد صحيحاً ملزماً فالواجب تنفيذه طبقا لما أشتمل عليه وعلى الجميع احترامه بعده قانون المتعاقدين[٥٩] وعليه فهل المحكمة ستتقيد بإعادة التوازن عن طريق انقاص الارهاق كما هو معروف؟ ام لها خيارات اخرى؟ ولمعرفة ذلك يتطلب الامر الخوض بتفاصيل سلطة المحكمة في اعمال الظرف الطارئ وما هي الخيارات المتاحة بشان ذلك؟.

تنبثق سلطة المحكمة في اعمال مغير الظرف الطارئ وتجد اساسها في النص القانوني على ذلك وهذا ما تبنته غالبية التشريعات المدنية منها التشريع المدني العراقي في الفقرة (٢) من المادة ١٤٦ التي اجازت للمحكمة بالتدخل في حياة العقد متى ما صاحبه حوادث استثنائية لم تكن بالحسبان نتج عنها ارهاقا للمدين فلها بعد الموازنة ما بين مصلحة الاطراف ان تنقص الارهاق الى الحد المعقول متى ما توافرت شروط النظرية وفقا لما تم بيانه سابقا.

ولها بشان ذلك سلطة تقديرية [٦٠] بالأخذ بالمغير من عدمه وفقا للحيثيات والمعطيات والوقائع ، فاذا ما تم الاخذ بالمغير يثار تساؤل عن الطريقة التي تتبعها المحكمة في اعادة التوازن وفي معرض الاجابة نقول انه للمحكمة في سبيل تحقيق ذلك قد تلجأ الى :

١- انقاص التزامات المدين او رفع التزامات الدائن:

ان سلطة المحكمة مقيدة بنص القانون من حيث تحديد مسارها في معالجة الموضوع وذلك عن طريق انقاص الارهاق الى الحد المعقول، غير مقيدة بلفظه فلا تشمل انقاص الالتزام المادي فقط وفقا لما عبر عنه النص ((تنقص)) وانما ترفع وتزيل ارهاق المدين الذي لا يمكن ان يتحقق بانقاص التزامات المدين وانما بزيادة الالتزام المقابل له [٦١] وهو ما يتماشى وروح النص وغاية التشريع بمشاركة الطرفين المتعاقدين في الخسارة الناجمة عن الارهاق الذي لحق نتيجة المغير فتتأتى المشاركة من خلال توزيع الخسائر ما بين الدائن والمدين ولها من اجل تحقيق التوزان بالأخذ بالاثنين في ان واحد اذا اقتضت العدالة ذلك وكل ذلك بعد الموازنة ما بين مصلحة الاطراف المتعاقدة[٦٢] .

٢- ايقاف تنفيذ العقد

قد لا تلجأ المحكمة لإعادة التوازن العقدي الى نقص التزامات المدين او زيادة التزامات الدائن بل لها ان توقف العقد مدة انتهاء الظرف الاستثنائي وزوال المغير متى ما صاحب المغير توقعات واحتمالات الى عودة الامور الى وضعها الطبيعي[٦٣] الامر الذي يترتب عليه بقاء التزامات الاطراف على وضعها دون تعديل لا بالزيادة ولا بالنقصان، الامر الذي يستتبعه بالضرورة عدم امكانية مطالبة احد المتعاقدين للأخر تنفيذ التزامه الا في حالات معينة كوفاة المدين او تنفيذه للالتزام طوعا مثلا[٦٤] .

٣- منح المدين اجلا لتنفيذ التزامه

من الخيارات التي يمكن الركون اليها من قبل المحكمة منح اجل للمدين لغرض تنفيذ التزامه عندما لا يكون هنالك جدوى حقيقية من وقف العقد ولرب سائل يسال عن السند القانوني بذلك؟ فلم يرد نصا صريحا في النصوص المتعلقة بالمغيرات يشير الى ذلك الا انه لا يوجد ما يمنع من تطبيقه استنادا للقواعد العامة متى ما لم يرتب ضررا يلحق بالدائن، فنظره الميسره التي قررتها المادة (٣٩٤/ف٢) من القانون المدني العراقي بقولها (فأذا لم يكن الدين مؤجلاً او حل اجله وجب دفعه فوراً ، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين إلى اجل

مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم) نجدها اساسا لمنح المحكمة تلك السلطة.

٤- فسخ العقد

تعد من بديهيات الامور القانونية ، انه متى ما حصل ظرفا استثنائيا غير متوقع وفقا لما ورد في اعلاه فإعادة التوازن الاقتصادي للعقد هو الحل القانوني الوحيد الذي اجازه المشرع للمحكمة، اذن كيف يمكن تصور الفسخ في اعمال مغير الظرف الطارئ؟ هل تملك المحكمة سلطة ايقاع الفسخ ام لا ؟ وللإجابة علينا ان نبين ابتداء ان المحكمة وفقا لنص الفقرة (٢) من المادة ١٤٦ لا تملك خيار الفسخ ابدا، ولا يحق لها عند اعمال المغير ان تحكم بذلك حتى لو كان ذلك بناء على طلب المدين الذي ارهق التزامه، وعلة ذلك ، ان الهدف من اعمال المغير ومقتضيات العدالة يتمثل بانقاص الارهاق وذلك بتعديل الالتزام وتخفيف عبئه من على المدين وتخفيف خسارته ، فاذا ما قضت بذلك نقلت الخسارة الى الدائن وهذا ما لا يمكن قبوله ، كونه يتنافى والنص القانوني ومقتضيات العدالة، الا ان طلب الفسخ عندما يكون من الدائن فيجوز للمحكمة ان تقرر ذلك شريطة ان يكون بدون تعويض حتى لا يكون حملا اضافيا على المدين يضاف الى خسارته التي نشأت نتيجة الظرف الطارئ وفي ذلك تماشيا مع وغاية التشريع لما فيه من تخفيف واعفاء لمسؤولية المدين تجاه الدائن عن تنفيذ العقد(٦٥) .

وكل ذلك لا يمنع من تطبيقه في العقد الاستثماري لا سيما عندما يكون المستثمر وطنيا او حتى تلك العقود التي لا ترتبط الدولة باتفاقيات ثنائية استثمارية مع دولة المستثمر، وسبب ذلك انه لا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد العامة على العقد الاستثماري ، فضلا عن عدم وجود نص قانوني في القوانين المنظمة لعملية الاستثمار تمنع ذلك، يضاف الى كل ذلك ان جميع ما ورد في اعلاه يتماشى والتوجه الحديث في عدم تقبل انتهاء التعاقد كونه يتنافى والغاية من ابرام العقد ابتداء ولعل ابرز ما يمكن الركون اليه هو ما اورده المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بموجب القانون ٥٠ لسنة ٢٠١٥ ما اورده في نص المادة ١٥ المعدل للمادة ٢٨ من القانون القديم التي اشارت الى منح المهل والمدد جراء حصول نزاع مع المستثمر والغير ، فاذا كان الحكم كذلك فمن باب اولى عندما يحصل ظرفا طارئا ، وبتدخل من قبل المحكمة المختصة ، كون الاجراءات المشار اليها في القانون الاخير تقع ضمن نطاق عمل الادارة متمثلة بالهيئة المانحة للإجازة الاستثمارية وجهة التعاقد، كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدين على خلاف ذلك .

اخيرا علينا ان نبين ان دور المتعاقدين يختلف في اعمال القوة القاهرة عن الظرف الطارئ ، ففي الاول يمكن الاتفاق على استبعاد اثر المغير في العقد، وبالتالي تبقى مسؤولية المدين قائمة حتى لو كان عدم تنفيذ التزاما بسبب قوة قاهرة ، لكونها ليست من النظام العام فلا يوجد ما يمنع من الاتفاق على ما يخالف النص القانوني ، اما الظرف الطارئ فيعد من النظام العام وبالتالي لا يمكن الاتفاق خلافا لما اورده القانون(٦٦).

المطلب الثاني : الاتجاهات الحديثة للأثر المترتب على اعمال المغيرات

غالبا ما تكون العقود الاستثمارية لمدد طويلة، وتسبقها مرحلة من المفاوضات لإبرام العقد وبذل الجهد والمال، وموافقة الجهات المختصة بهذه العقود وفقا لقانون الاستثمار والقوانين الاخرى ذات الصلة ، لذا فان الأصل في تلك العقود انها تبرم لغاية وهدف يتمثل بنية المستثمر ببقائها والاستمرار في تنفيذها تحت أية ظروف، وإذا واجهت العقود الاستثمارية مغيرات تعرقل تنفيذها فإن الاطراف التعاقدية والمتصلين بهم ، يبذلون قصارى جهدهم بغية الحفاظ على العقد وتجنب فسخه وانهاء العلاقة بين الطرفين ولا يقتصر الامر عليهم فقط بل يشمل حتى توجه الهيئات التحكيمية بشان ذلك لا سيما إذ ان كانت المغيرات ينجم عنها استحالة مؤقته في تنفيذ الالتزام[٦٧].

الا انه وبمراجعة اغلب التشريعات المدنية نراها قد اجمعت على ما تم بيانه في المطلب الاول من اثار متى ما صاحب تنفيذ العقد مغير من المغيرات ، الا ان الاتفاقيات الثنائية الاستثمارية قد اوردت مفاهيم جديدة كاثر من الاثار التي تترتب على اعمال المغيرات ، وبذات المسار قد اتجهت بعض التشريعات ، كالتشريع المدني الفرنسي بتعديله الاخير فيما يخص بإعادة التفاوض ، وقد فرقت الاتفاقيات بين الاثر الذي يترتب على المغيرات التي اكتفت بسرد صورها كما بينا سابقا في المبحث الاول ، عندما تكون الدولة طرفا وسببا بذلك وعندما لا تكون كذلك وبل امتد الامر الى اختلاف الاتفاقيات نفسها في ترتيب الاثار ، من اتفاقية الى اخرى ، والهدف والغاية واحدة تتمثل في خلق بيئة امنة للمستثمرين وتشجيع العملية الاستثمارية عن طريق ادراج الضمانات الكافية اللازمة لإنجاح ذلك ، ويمكن تحديد تلك الاثار بالاتي :

الفرع الاول: اعادة التفاوض

اذا كان المبدأ العام في العقود الاستثمارية هو المحافظة على تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه واستمرارية العلاقة التعاقدية حتى في الحالات التي يصاحبها مغيرات ، فان ذلك سينعكس على طبيعة العقود وصياغتها محاولين بذلك ادراج البنود التي ليس من شانها انهاء التعاقد وانما ادراج البنود التي تسهم وبشكل فعال في استمرار التعاقد([٦٨]) ومن بين اهم هذه الشروط التي يتم الاتفاق عليها هو ما يعرف حاليا حتى على مستوى التجارة الدولية بـ (اعادة التفاوض)[٦٩].

وقد اختلف المختصون بإيراد مفهوم عن اعادة التفاوض بين مضيق ومقتصر بأساس المبدأ هو الاتفاق ، بمعنى انه نابع من التعاقد [٧٠] وبين موسع في ذلك الاساس وذلك لعد المبدأ من القواعد شبه الثابتة في قواعد التجارة الدولية فلا يمكن الركون واقتصار اساس المبدأ على التعاقد فقط ، بل يجب ان يستمر ذلك حتى في غياب النص الاتفاقي على ذلك ، فمثلا حسن النية يمكن اعتمادها كاساس في المبدأ المذكور ليتماشى والغاية المرجوة من التعاقد بغية تحقيق الاهداف المشتركة ، كما ان التطور الذي صاحب التحكيم التجاري الدولي جعله يتبنى عدد كبير من القضايا التي تعرض عليه حتى في غياب الاتفاق على اعادة التفاوض[٧١].

فاذا ما صاحب تنفيذ العقد الاستثماري مغير لا سيما الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي ينتج عنها استحالة مؤقتة يكون اعادة التفاوض السبيل الامثل والناجع من اجل تحقيق غاية التعاقد ، كما يمكن القول ان المبدأ المذكور تقريبا مشابه الى ما ادرجته القاعدة الوطنية من حيث اعادة التوزان الاقتصادي للعقد بعد الموازنة ما بين مصلحة الطرفين مع فارق الجهة المختصة المكلفة بإعادة التوازن ففي الاخيرة تكون المحكمة المختصة هي المعنية وفقا للنص القانوني بينما في العقود الاستثمارية قد يقتصر ما بين اطراف التعاقد من تباحث وتشاور مشترك ، وقد يكون امام هيئة تحكيمية او اية وسيلة اخرى يتم الاتفاق عليها ما بين المتعاقدين اذا ما تم ادراجه بندا في العقد.

ومن بين التشريعات الوطنية التي تطرقت وبصورة صريحة هو التشريع الفرنسي بعد التعديل الذي اجري سنة ٢٠١٦ فقد أورد القانون نص ١١٩٥ والتي جاد نصها (اذا حدث تغيير في الظروف لم يكن من الممكن توقعه وقت ابرام العقد جعل التنفيذ مرهقا جدا بالنسبة لاحد الأطراف الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغيير فيجوز لهذا الطرف ان يطلب من الطرف المتعاقد الاخر إعادة التفاوض على العقد ...) اذ أجاز القانون المدني الفرنسي ولأول مرة التمسك بنظرية الظروف الطارئة والتي سمحت بموجبه تعديل العقد متى ما طرأت ظروفا استثنائية غير متوقعة تجعل من تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين مرهقا[٧٢].

وجاءت المادة المذكورة اعلاه مسايرة التوجهات والتطورات الحاصلة في مجال اعمال حسن النية وتحقيق الغايات والاهداف التي من اجلها تم التعاقد ، والسؤال الذي يطرح هنا بمدى امكانية الاستعانة بمبدأ اعادة التفاوض كشرط في العقد في حال سكوت التشريع عن نص يعالج ذلك كما ورد بالتشريع الفرنسي ؟ وفي معرض الاجابة نقول انه لا يوجد ثمة ما يمنع من ادراج هذا البند في العقد مستندا في ذلك الى القواعد العامة لا سيما مبدأ حسن النية فان سكوت المشرع عن النص المذكور لا يمكن حمله دائما بانه امتناع.

الفرع الثاني: التعويض كاثر من اثار اعمال المغيرات

التعويض ابتداء يمثل الجزاء الذي يرتبه القانون على اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي ويعد التعويض احد اهم الاثار المترتبة على ثبوت مسؤولية المدين التعاقدية، والاصل أن يتم تقدير هذا التعويض من قبل المحكمة المختصة وفقا للوقائع والحيثيات ، كما يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تحديد مقدار التعويض من خلال بند يدرج عند ابرام العقد، ويخضع التعويض الاتفاقي عموماً الى الاحكام المقررة بشأنه في القواعد العامة[٧٣] أما اذا لم يتطرق العقد الى ذلك فيركن عندئذ الى تقديره من قبل المحكمة المختصة[٧٤].

عند الرجوع الى نصوص الاتفاقيات نجدها تشير الى التعويض وكانه اثر يترتب على اعمال المغيرات متى طرأت فمثلا المادة (٧) من قانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ قانون تصديق اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الجمهورية الاسلامية الايرانية على انه (يمنح مستثمرو أي

من الطرفين المتعاقدين الذين تعاني استثماراتهم في اقليم الطرف المتعاقد الاخر من خسائر ناجمة عن أي نزاع مسلح او ثورة او اضطرابات اهلية او شغب او حالة طوارئ مشابهة معاملة لا تقل افضلية عن تلك الممنوحة من قبل الطرف المتعاقد الاخير لمستثمريه او لمستثمري أي بلد ثالث)[٧٥].

اذ يتضح من خلال النص اعلاه ان قصد وغاية المشرع الدولي من ادراج هكذا نص انه ومن المسلم به ان يصار الى التعويض في الحالات التي يصاحب العقد الاستثماري مغير وفقا للصور اعلاه والتي تمثل قوة قاهرة سواء كان ذلك التعويض منصوص عليه في القواعد العامة او القوانين الخاصة، وهذا خلافا لما للقاعدة الوطنية التي تقر بانتفاء مسؤولية المدين وعدم تعويضه متى ما كان هنالك سببا اجنبيا حال بينه وبين تنفيذ الالتزام ، الا انه وبالرجوع الى القوانين الخاصة مثلا قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ المعدل بموجب القانون رقم ٥٧ لسنة ٢٠١٥ والقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ المتعلق بتعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الارهابية والذي يمثل صوره من صور القوة القاهرة فقد اشار في المادة ٢ منه يشمل التعويض المنصوص عليه في هذا القانون الاضرار المتمثلة في (....رابعا. الاضرار التي تصيب الممتلكات)، وبالتالي متى ما استحق المستثمر الوطني تعويضا وفقا لهذا القانون لا سيما بعد التعديل الاول للقانون الذي شمل الاشخاص المعنوية للتعويض وفقا لأحكام القانون بعد ان كان مقتصرا على الشخص الطبيعي[٧٦] .

عليه ووفقا للاتفاقية المذكورة فان المستثمر من الجمهورية الاسلامية الايرانية يكون مستحقا للتعويض ما دام المستثمر العراقي يكون مستحقا للتعويض متى ما شمل بأحكام القانون اعلاه وكذلك الحال لكل المستثمرين الذي ترتبط الحكومة العراقية بحكومة بلدانهم باتفاقيات استثمارية ثنائية.

واذا كانت الحالة المعروضة وفقا للاتفاقية اعلاه مشروطة بالكيفية التي لا تقل افضلية عن التي يعامل بها المستثمر الوطني او مستثمر دولة اخرى فهنالك بعض الاتفاقيات تلزم الدولة بدفع مبالغ التعويض او رد الخسائر او اعادة الاوضاع الى ما كان عليه قبل التعاقد فمثلا قانون رقم ١ لسنة ٢٠١٥ قانون تصديق اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة الاردنية الهاشمية [٧٧] المادة الخامسة المتعلقة بنزع الملكية من قبل الدولة مقابل تعويض حتى وان كان ذلك للصالح العام [٧٨].

كذلك ما اوردته الفقرة (ثانيا) من المادة السادسة من نفس الاتفاقية على وجوبية اعادة الحال الى الوضع السابق او التعويض متى ما تكبد المستثمر ضرار (خسائر) نتيجة الاستيلاء على استثماره او جزء منه بوسطة القوات المسلحة او سلطات الطرف المتعاقد الاخر او تدمير استثماره او جزء منه من جانب القوات المسلحة او سلطات الطرف الاخر التي لم تكن مطلوبة في غير حالة الضرورة.

ووفقا لما ورد في اعلاه يتضح ان كل ذلك على خلاف المألوف وفقا للقواعد الوطنية حتى من حيث السلطة المختصة بتحديد الضرر وجسامته ، اذ لم تحدد

الاتفاقيات الجهات وبالتالي قد يكون للقضاء الوطني سلطة بذلك وقد يكون للقضاء الدولي او لهيئة تحكيمية او عن طريق التوفيق او الوساطة او اية وسيلة ودية اخرى او قد تتكلف الادارة بذلك عن طريق لجان مركزية وفرعية كما هو الحال الوارد في قانون تعويض ضحايا الاعمال الارهابية والاخطاء العسكرية مثلا.

الخاتمة

بعد ان انهينا البحث علينا ان نبين اهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل اليها كالاتي:

اولا : النتائج :

١- مهما تعددت المغيرات واسبابها سياسية او اقتصادية او صحية او غيرها فهي اما ان تكون قوة قاهرة او ظرف طارئ تصاحب تنفيذ العقد فالأولى تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا والثانية مرهقا.

٢- خلو القانون الانجليزي من مفهوم القوة القاهرة وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به الا اذا كان هنالك بندا في العقد ما بين الطرفين او يتم الركون الى القواعد العامة فقط في الحالات التي يصاحب تنفيذ الالتزام فيها استحالة مطلقة.

٣- ان الاخذ دائما بقدسية العقد (العقد شريعة المتعاقدين) بأطلاقه وسكوت المشرع والقضاء فانه حتما سيؤدي الى نتائج وخيمة تتنافى والغاية الرئيسية والهدف الاسمى من التعاقد فيكون التدخل استثناء وبما لا يرتب اضرارا على طرفي العقد.

٤- مر التشريع الفرنسي المدني لسنة ١٨٠٤ بمرحلتين الاولى منذ تشريعه ولغاية ٢٠١٦ التي لم يأخذ بها مطلقا بالظروف الطارئة ويتم الاكتفاء بما اورده من قواعد في القوة القاهرة فقط وبالتالي لا يمكن اعفاء المدين لمجرد ارهاقه وانما يجب ان يصاحب ذلك استحالة في التنفيذ والثانية بعد ٢٠١٦ التعديل الاخير فقد اضاف نصا صريحا للظروف الطارئة وسمحي بموجبه الحد من قدسية العقد بل اضاف اثرا جديدا متمثل باعادة التفاوض مسايرا بذلك التطورات الخاصة بالتعاقدات وازدهار التجارة الدولية .

٥- تضمنت اغلب الاتفاقيات وقواعد التجارة الدولية مفهومي القوة القاهرة والظروف الطارئة بمصطلحات مختلفة الا ان الاتفاقيات الثنائية الاستثمارية جاءت خالية من الاشارة الى مصطلح الظرف الطارئ ومكتفيتا بسرد صور للقوة القاهرة كالحروب والثورات والتمرد والحالات المماثلة الاخرى.

٦- يمكن تقسيم الاثار المترتبة على اعمال المغيرات الى اثر تقليدي واثر غير تقليدي من خلال ادراج مفاهيم غير المتعارف عليها في القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد والمسؤولية الهدف منها المحافظة على استمرار التعاقد وعدم انهائه حتى في الحالات التي يصاحب تنفيذ العقد عراقيل.

٧- على المدين ان يبذل كل ما بوسعه لتدارك الارهاق او الاستحالة او دفعهما وبخلافه يتحمل مسؤولية عدم تنفيذ التزامه وهذا ما يمثل مسار بعض المحاكم الانجليزية.

٨- قد تختار المحكمة من اجل تحقيق اعادة التوازن الاقتصادي الحقيقي مجموعة من الخيارات مثل ايقاف العقد او منح لمدين مهلة لتنفيذ التزامه وقد تلجا الى الفسخ بناء على طلب الدائن .

٩- على مستوى الاتفاقيات الثنائية الاستثمارية هنالك نصوص قانونية ترتب اثارا خلافا لما ورد بالقاعدة الوطنية فمبدأ التعويض يتم الركون اليه متى ما تم تدمير المشروع الاستثماري كلا او جزءا اذا كان بفعل القوات المسلحة او احد السلطات التابعة للدولة .

ثانيا : التوصيات :

١- ضرورة تعديل نص المادة ١٤٦ من القانون المدني واعطاء صلاحية اوسع للمحكمة وادخال اعادة التفاوض كاثر في حال حصول مغير من المغيرات.

٢- ضرورة التدخل التشريعي بإضافة او تعديل النصوص التي تتضمن الفسخ والعمل باثر وقف العقد شريطة عدم الاضرار بأطراف العقد ولما يحقق الغاية والجدوى من التعاقد .

٣- مواكبة القضاء للتطورات الحاصلة بالتجارة الدولية لا سيما المحاكم التجارية المعنية بدعاوى الاستثمار.

٤- ضرورة ادراج نصوص في قوانين مصادقة الاتفاقيات الاستثمارية الثنائية بالعمل وبما لا يتعارض وهذا القانون بصورة صريحة بدل اللجوء الى القواعد العامة.

٥- ضرورة تدخل الجهات المعنية المختصة بالاستثمار سواء كانت الهيئة الوطنية للاستثمار او هيئات المحافظات او اللجنة العليا للاعمار بتثقيف موظفي شعب واقسام الاستثمار في الوزارات حول صياغة البنود العقدية المتعلقة بشرط التحكيم او اعادة التفاوض في الحالات التي يصاحب تنفيذ العقد الى مغيرات او اعداد نموذج عقد يتم اعمامه لغرض الاستفادة منه وعدم الوقوع باخطاء لاحقة قد تكبد الدولة لخسائر مالية طائلة وتتنافى وغاية الاستثمار .

الهوامش

[١]- **كما ورد مثلا في الفقرة (أ) من (ثالثا) من المادة (٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بموجب قانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٥ والتي نصت على انه (للمستثمر العراقي او الأجنبي حق استئجار وتأجير العقارات او المساطحة من الدولة او من القطاعين الخاص والمختلط لغرض إقامة مشاريع استثمارية عليها لمدة لا تزيد عن (٥٠) سنة قابلة للتجديد.....) يقابلها المادة ٦١ من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ و كذلك بالرجوع الى بعض القوانين المتخصصة كقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ المتعلق بإضافة مادة الى قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شان الموانئ التخصصية في مصر والخاص بعقود البوت اذ حدد في البند (ب) من المادة الرابعة مكرر بـ (الا تزيد مدة الالتزام على تسعة وتسعين سنة) فضلا عن اغلب**

قوانين الاستثمار العالمية الأخرى كقانون الاستثمار لجمهورية الصين الشعبية لسنة ٢٠١٩ خلى من أي نص يشير الى مدد الاستثمار:

- Foreign Investment Law of the People's Republic of China 2019.

وكذلك قانون الاستثمار الكندي لسنة ١٩٨٥ (Investment Canada Act1985)و الكوبي لسنة ٢٠١٤ (Foreign Investment Cuba Act 2014) وغيرها من من قوانين الاستثماراذ لم تحدد تلك القوانين مدة الاستثمار وبالتالي يتضح ان هنالك مدد تفوق المئة سنة او اكثر، ولعل ذلك يرجع الى أهمية الاستثمار واعتباره دعامة رئيسية في بناء اقتصاديات تلك الدول.

[٢]- يذهب البعض الى ان هذا الاستثناء والخروج عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين جاء نتيجة تطور الحياة لا سيما الاقتصادية التي أتت بفروض كثيرة يأتي في مقدمتها طول مدة تلك العقود وبالتالي فان التدخل ما هو الا تماشي مع الاتجاهات الحديثة للقوة الملزمة للعقد ليس من جانب القاضي فحسب وانما من جانب المشرع كذلك فكثيرا ما تدخل المشرع في محاربة الاستغلال والغبن في العقود وفي تفسير التعاقد عند الشك لصالح المدين ولصالح الطرف المذعن في عقود الإذعان وفي غيرها من الأمور التي تستوجب إعادة النظر بالعقد لإقامة التوازن بين مصالح الأطراف ينظر في تفصيل ذلك د. محمود عبد الرحيم الديب ، الوجيز في مصادر الالتزام ،الجزء الأول ، دمنهود ،١٩٩٨ ،ص١٩٥ وكذلك:

- See: Vienna Convention on the Law of Treaties, art 26 in relation to international law; Sapphire v National Iranian Oil Company Arbitral Award of March 15, 1963, ILR 1967, 136, 181; Libyan American Oil Company (LIAMCO) v Libya, Arbitral Award of 12 April 1977 YCA 1981, 89, 101; and Andrew Kull, 'Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies' (1991) 43 Hastings Law Journal 1, 6.

[3] - Daniel Girsberger and Paulius Zapolskis, 'Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium under Hardship Exemption' (2012) 19(1) Jurisprudence/Jurisprudencija 121, 123.

[٤]- ان السبب الاجنبي يكون بوجه عام حادثا فجائيا او قوةً قاهرةً او خطأ وقع من المضرور أو من الغير ، فهذا البيان غير وارد على سبيل الحصر فقد يكون السبب الاجنبي عيبا لاصقا بالشيء الهالك او مرضا خامر المضرور لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) سنة ١٩٥٨. ف ٦٩٥.

[٥]- لمزيد من التفاصيل حول المسميات التي قيلت بشان القوة القاهرة راجع د. شريف غنام اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ،٢٠١٠ ،ص٦ وما بعدها.

[٦]- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المجلد الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد،١٩٧٧، ص٥٣٨. كذلك د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، المجلد الأول ،الطبعة الاولى،القاهرة،١٩٨٠/ ص٧٨٤.

[٧]- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٧١، ص٤٧٢.

[٨]- Chitty J, Chitty on Contracts (2 vols., Beale HG, Gen. ed., 33rd edn, London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2018. 15-152.

[٩]- قرار محكمة النقض رقم ١١٣ ق – ١٩٦٣ ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً، المحامي حسن الفكهاني وعبد المنعم حسين، المجلد العاشر، القاهرة، ١٩٨٢، ص١٩٤.

[١٠]-جاء النص قبل التعديل (لا يوجد سبب لأية تعويضات اذا منع المدين من نقل او فعل ما كان ملزما به او فعل ما كان محظورا عليه بسبب قوة قاهرة او حادث عرضي) اما بعد التعديل (تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمنع وقوع حدث خارج عن إرادة المدين من أداء التزامه ولم يكن من المعقول توقعه وقت ابرام العقد ولا يمكن تفادي اثاره من خلال التدابير المناسبة .....).

[١١]- والتي اشارت الى انه (إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كأفة سماوية او حادث فجائي او قوةً قاهرةً او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)

[12] - Ewan Mckendrick, Force Majeure And Frustration Of Contract, (2nd Edition Informa Law from Routledge 2013), p. 5-٨.
[13] - British Movietonews Ltd v London & District Cinemas Ltd [1952] AC 166.
[14] - A. Burrows, A Casebook on Contract (5th edition, Hart Publishing, 2016), p. 731. See also P.A. McDermott, Contract Law (Butterworths, 2001), p. 1003.

[15] - G.H. Treitel, Frustration and Force Majeure (Sweet and Maxwell, 1994), p. 63 et seq.
[16] - McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials (7th edition, Oxford University Press, 2016), p. 849.
[17] - Elena Christine Zaccaria, "The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade," Int'l Trade & Bus. L. Rev. 9 (2005).139.
[18] - Robert A. Hillman, Principles of Contract Law, (Third Edition, West Academic Publishing 2014) p. 356.
[19] - Velimir Zivkovic, "Hardship in French, English and German Law." Strani pravni život (Foreign Legal Life)-Časopis Instituta za uporedno pravo u Beogradu (Institute for Comparative Law in Belgrade review), (2013),p.8.
[20] -Guenter Treitel, Frustration and Force Majeure, 3rd ed (London: Sweet & Maxwell, 2014) at para 7-001.
[21] -H.Beale et al, Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing 2010, 1115-1117.
[22] - Paul Richards, Law of Contract, (Thirteen Edition, Pearson 2017), 532.
[23] - Tandrin Aviation Holdings Ltd v Aero Toy Store LLC [2010] EWHC 40 (Comm) at para. 43.
[24] - Lebeaupin v. Richard Crispin & Co [1920] 2 KB 714 at 720.
[25] -Wood v. Capita Insurance Services Ltd [2017] UKSC 24 at para. 10.
[26] - Marel Katsivela, Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?, Unif. L. Rev. NS – Vol. XII, (2007). P.110.
[٢٧] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
[٢٨]- د. نجيب محمد بكير، اثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، ١٩٨٥، ص٣.
[٢٩]- لمزيد من التفاصيل حول شرح وترجمة المادة المذكورة من نسختها الإنجليزية د. عقيل كريم الحسناوي ،اثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء، ص١٠.
[٣٠]- لمزيد من التفاصيل حول مفهوم القوة القاهرة بصورتها التقليدية وغير التقليدية وبذات المعنى راجع د. صفاء تقي عبد نور ، القوة القاهرة واثرها في عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة الموصل، ٢٠٠٥،ص١٧.
[٣١]- تعني الحرية التعاقدية، عدم امكانية إجبار أحد على التعاقد، فلاي فرد قبول التعاقد والإقدام عليه، أو رفضه وإذا ما قبل التعاقد فله الحق أيضاً في مناقشة محتوى العقد ومناقشة الشروط المدرجة فيه سواء ما تعلق منها بالإبرام أو التنفيذ ينظر د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٧ .
[٣٢]- إن اتفاقية فيينا CISG هي اتفاقية رائدة تم التصديق عليها من قبل ٩٣ دولة لغاية عام ٢٠٢٠. حيث تتميز المبادئ الأساسية لاتفاقية البيع بالعالمية ، وحسن النية ، والتوحيد في التفسير ، والبراغماتية ، وحرية التعاقد. كما أن لدى اتفاقية البيع نهج تعاقد صالح قوي، يرى أن الحفاظ على العلاقة التعاقدية هو المفتاح ، وتستخدم المحاكم و الهيئات التحكيمية أيضًا اتفاقية البيع بشكل منتظم باعتباره انعكاسًا لمبادئ (lex mercatoria) القانون التجاري ويمكن ان يطلق عليها وظيفة توحيد القواعد المتعلقة بالقانون التجاري:

- Johanna Hoekstra, Regulating International Contracts in a Pandemic: Application of the Lex Mercatoria and Transnational Commercial Law, Repository.Essex.Ac.Uk, 2020, p. 119 .
- Ulrich G. Schroeter, Does the 1980 Vienna Sales Convention Reflect Universal Values? The Use of the CISG as a Model for Law Reform and Regional Specificities, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (2018).P.1.

[33] - UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods United Nations Commission On International Trade Law United Nations New York, 2012, 389; See also, [France Tribunal de Commerce de Besançon, 19 January 1998]; CLOUT case No. 331 [Switzerland Handelsgericht des Kantons Zürich 10 February 1999]; [Germany Amtsgericht Charlottenburg 4 May 1994]; CLOUT case No. 142 [Russia Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 17 October 1995 (Arbitral award No. 123/1992)]; CLOUT case No. 140 [Russia Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 16 March 1995 (Arbitral award No. 155/1994)]; [Bulgaria Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, 12 February 1998]; CLOUT case No. 166. See; UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: Digest of Article 79 case law available at http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-79.html.

[٣٤]- المنشور بالوقائع العراقية رقم ٤٤٧٦ في ٢٠١٨/١/٨.

[٣٥]- بذات المسار ما جاء بالمادة ١٢ من قانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٣ قانون تصديق تشجيع الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان المنشور بالوقائع العراقية بالرقم ٤٢٩٦ في ٢٠١٣/١١/٤.

[36] - AGREEMENT BETWEEN JAP AND GEORGIA FOR THE LIBERALISATION, PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT, Article 12 Protection from Strife:

1. Each Contracting Party shall accord to investors of the other Contracting Party that have suffered loss or damage relating to their investments in the Territory of the former Contracting Party due to armed conflict or a state of emergency such as revolution, insurrection, civil disturbance or any other similar event in the Territory of that former Contracting Party, treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or any other settlement, that is no less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of a non- Contracting Party, whichever is more favourable to the investors of the other Contracting Party).

[37] - INVESTMENT PROTECTION AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND ITS MEMBER STATES, OF THE ONE PART, AND THE SOCIALIST REPUBLIC OF VIET NAM, OF THE OTHER PART: ARTICLE 2.6 Compensation for Losses: 1. Investors of a Party whose covered investments suffer losses owing to war or other armed conflict, a revolution, a state of national emergency, a revolt, an insurrection or a riot in the territory of the other Party shall be accorded by that other Party, with respect to restitution, indemnification, compensation or other form of settlement, treatment no less favourable than that accorded by that other Party to its own investors or to the investors of any third country).

[38] - Article 14.8: Treatment in Case of Armed Conflict or Civil Strife: 1. Each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife, treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to: (a) its own investors and their investments; and (b) investors of a non-Party and their investments).

[٣٩]- لذلك فقد ذهب بعض الفقه كالفقيه (Chitty) الى أنه :"... من الصعب رسم أي خط فاصل واضح بين نوعي الشرط (أي شرط القوة القاهرة وشرط الاعفاء - المتمثل بحالة الإرهاق هنا أي بمعنى الظرف الطارئ - ، لأن تأثير كل منهما قد يكون إعفاء طرف متعاقد من التزام أو مسؤولية كان سيخضع لها لولا ذلك الشرط:
-Chitty J, Chitty on Contracts (2 vols., Beale HG, Gen. ed., 33rd edn, London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2018. 15-152.

[٤٠]- ينظر د. محمود جمال الدين زكي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، القاهرة ،١٩٧٨،ص٣٦١.

[٤١]-ينظر د.عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية – دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت سنة ١٩٧٤،ص٣٢٠.

[٤٢]- ينظر د.محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ،ص٣٦٤.

[43] - Larry A. DIMATTEO / Lucien J. DHOOGE, International Business Law, a Transactional Approach, Thomson West ed., 2nd ed. (2004), 134.

[44] - Ewan Mckendrick, Force Majeure and Frustration, p.8

[45] - Seadrill Ghana Operations Ltd v. Tullow Ghana Ltd [2018] 2 Lloyd's Rep.628.

[46] - Channel Island Ferries Ltd v. Sealink UK Ltd [1988] 1 Lloyd's Rep 323.

[٤٧]- وبهذا ذهبت محكمة التمييز الاتحادية ففي القرار التميزي المرقم ذ٣٣٤/م٣/٩٩ الصادر في ١٩٩٩/٧/٢٧ – قرار غير منشور جاء فيه ((ادعى المدعي صفاء موسى ياسين لدى محكمة بداءة النجف بأنه استأجر من المدعي عليه عقار (جملون)في علوت المخضرات كراج النقل القديم لمدة سنة واحدة ابتداء من ١٩٩٧/١١/٢٦ لغاية ١٩٩٨/١١/٢٠ ببدل ايجار سنوي قدرة احدى وعشرون مليون دينار وحسب قرار الاحالة رقم ٤٢١في ١٩٩٧/١/٢٧ وذلك بموجب العقد المصدق لدى مدير الدائرة القانونية في محافظة النجف وكان من جملة الشروط للإيجار ان يستوفي المستأجر عمولة عن بيع الورقيات قدرها اربعة بالمائة من قيمة البيع غير ان المحافظة بلغته بتخفيض العمولة إلى اثنين بالمائة بدلاً من اربعة بالمائه مما سبب ارهاقاً وخسارة له بمقدار خمسة عشر مليون دينار . لذا طلب دعوة المدعي عليه للمرافعه والزامه اضافة لوظيفته بتخفيض بدل الايجار المذكور بمقدار خمسة عشر مليون دينار وتحميله الرسوم والمصاريف فأصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ ١٩٩٩/٦/٢٧ ورقم اضبارة ١٤٤١ /آب/ ١٩٩٩ حكماً حضورياً بقضي برد دعوى المدعي القرار (.....لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح للعلل التي اسند اليها حيث لا يوجد سبب يخول المدعي طلب تخفيض بدل ايجار وان مقدار العمولة منصوص عليها قانوناً ....) .

[٤٨]- حامد الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢، ص٥٠ – د. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٠/ ص١٦٠.

[٤٩]- يمكن القول ان التلازم من حيث تاقيت المغير وما يستتبعه من استحالة سواء مؤقتة او دائمة بالأصل العام بيد انه لا يمكن التسليم دائما وابدا بالأثر الذي يترتب تبعا لذلك بمعنى انه قد ينعدم التلازم المذكور اذ قد يحصل وان تكون هنالك استحالة مؤقتة الا انها تؤدي الى انفساخ العقد لا وقفه لمزيد من التفاصيل راجع د. حسين عامر القوة الملزمة للعقد، جـ١، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٩ ،ص٤٤٥.

[٥٠]- يأتي الانفساخ بمعاني عدة منها الانحلال والبطلان، ولهذا فقد اختلف قسم من الفقه في بيان المقصود بالأثر المترتب على مسألة معينة احيانا بالانفساخ واحيانا آخرى بالانحلال ومن الفقهاء من ذهب الى الانفساخ ما هو الا رفع للعقد وهو بهذا المعنى لا يعدو ان يكون نوعا من الفسخ لهذا فان الانفساخ بناءً على من قال به يمكن ان يطلق ويراد به النقض ، الفساد ، الازالة ، الانفكاك.

[٥١] - Neil Andrews, Contract Law, (Cambridge University Press UK, 2011), P. 446.

[٥٢]-لمزيد من التفاصيل راجع د.محمود عبدالله سليم بخيت، فسخ العقد وأثاره، عمان- الاردن، ١٩٩٠، ص ٢٩.

[٥٣]- منها على سبيل المثل القانون المدي العراقي وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال المادة ١٧٩ وكذلك المادة ٢١١ منه كذلك المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري وكذلك المادة ٢٤٧ من القانون المدني الاردني .

[٥٤]- مع العرض ان هذا الحكم يختلف عن ما اوردته بعض الاتفاقيات المتصلة بالتجارة الدولية مثلا اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، المعروفة باتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ اذ جاء في الفقرة الأولى من المادة (٧٩)، (لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذ اثبت ان عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود الى ظروف

خارجة عن إرادته) وكذلك ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (٧٤) من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي ١٩٦٤)، اذ تنص على أنه: (لا يسأل الطرف عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، وإذا اثبت ان عدم التنفيذ يرجع الى ظرف لم يكن ملزماً ان يأخذه في اعتباره، وفقاً لنية الأطراف، وقت ابرام العقد، او يتجنبه او يتخطاه...) وبهذا المعنى تكون هذه الاحكام مسايرة تقريبا لما جاء في القواعد الوطنية وعليه يمكن القول باقتصار ما ورد في اعلاه على الاتفاقيات الاستثمارية دون غيرها .

[٥٥]- لا يوجد هنالك معيارا ثابتا ومحددا لاعتبار ما يعد من قبل القوة القاهرة الدائمة او المؤقته كون الامر ليس باليسير لذلك يدخل الموضوع ضمن سلطة القاضي المختص وفقا للحيثيات المصاحبة للعقد ومع ذلك يمكن استخلاص مجموعة من الشروط التي يمكن الركون اليها والتي ذهب اليها مجموعة من الفقه متى ما توافرت زالت صفة الديمومة عن القوة القاهرة منها أن تكون محددة بمدة مؤقتة، وإن لم يُعرف وقت زوالها وانتهائها. أي أن لا يكون لحدث القوة القاهرة صفة الدوام والاستقرار وهذا الشرط يمكن تطبيقه على بعض صور القوة القاهرة وليس جميعها مثلا الاعصار او الزلزال وغيرها من الامور التي تتصف بطبيعتها التاقيت كذلك أن لا يكون لوقت التنفيذ اعتبار جوهري عند التعاقد بمعنى ان مجرد تأخر المدين بتنفيذ التزامه لا يشكل اخلالا عليه فضلا عن ذلك أن لا يترتب على عدم تنفيذ الالتزام زوال المنفعة المرجوة من التعاقد لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤، ص٣٤٢ وكذلك د. حسين عامر ، مصدر سابق ، ص٤٤٤ و. د.صفاء تقي، مصدر سابق ، ص٤٠.

[٥٦]- ينظر د.منذر الفضل، مصادر الالتزام- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية- ط٢، دار الثقافة ، عمان، ١٩٩٥، ص٣٢٢؛ د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، مج١، ط٥، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٤٦؛ د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص١٨٨.

[٥٧]- وهذا ما استقرت عليه غالبية التشريعات المدنية التي اشارت صراحة الى هذا المبدأ فمثلا المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه : "اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه" كذلك المشرع المصري في المادة ٢١٥ من قانونه المدني.

[٥٨]- فعلى مستوى القضاء العراقي ما ذهبت اليه محكمة التمييز في القرار المرقم ٣٩٤/ م١/ ١٩٧٤، والمؤرخ ١٩٧٥/٢/١٩، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص١٧ الى اعتبار المرض والوباء بجميع انواعه قوة قاهرة تؤدي الى اعفاء مسؤولية المدين من تنفيذ التزامه وبالتالي عدم امكانية مسائلته وبذات التوجه في قرار اخر لها بالقرار التمييزي المرقم ١٨٥/ م١/ ١٩٧٢ والمؤرخ ١٩٧٢/١/١٤، منشور في النشرة القضائية ، ع١، ص٤٥ اما على مستوى القضاء المصري فنجد حكما صريحا لمحكمة النقض (نقض رقم ١٥٢٩ وتاريخ ١٩٨٣/٥/٢٥) مفاده عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر خطأ يرتب مسؤوليته التي لايدرأها عنه الا اثبات قيام السبب الاجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية" وكذلك في حكم اخر (النقض المؤرخ ١٩٧٦/١/٢٩) مفاده "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (١٦٥) من القانون المدني يترتب عليها في حالة حدوثها بشروطها ان ينقضي بها التزام المدين ويعفى من المسؤولية العقدية ، مجموعة احكام محكمة النقض، المكتب الفني، س٣٤، ص١١١٠و ص٢٤٣.

[٥٩]- ينظر د.غازي عبد الرحمن ، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه ،١٩٨٦ ، ص.٥

[٦٠]- بذات المعنى ينظر د. رمضان ابو السعود – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية لسنة ٢٠٠٢ ص٢٣١.

[٦١]- ينظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم – نظرية العقد – مصدر سابق – ص٣٩٥ و د. غازي عبد الرحمن ،مصدر سابق، ص١٤٧.

[٦٢]- ينظر في ذلك د.عبد المنعم فرج الصدة – مصدر سابق، ص٤٨٦.

[٦٣]- ينظر د.رمضان ابو السعود –مصدر سابق ، ص٢٣٣.

[٦٤]- ينظر د.غازي عبد الرحمن – المرجع السابق ص١٤٩.

[٦٥]- ينظر في تفصيل ذلك د .رمضان ابو السعود ، مصدر سابق، ص٢٣٤ .

[٦٦]-الفقرة الاخيرة من المادة (٢١١)من القانون المدني العراقي التي اشارت الى (ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) وكذلك الفقرة الاخيرة من الفقرة (٢) من المادة ١٤٦ من نفس القانون والتي اشارت الى (يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

[٦٧]- ينظر في تفصيل ذلك د. صفاء تقي ،مصدر سابق، ص١٨٣.

[68] - Sornarajah, M. Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts. Journal of Internation Arbitration. By Kluwer Law International, 97 (1988), P. 107.

[69] - Qurashi, Z. A. Al. Renegotiation of International Petroleum Agreements. Journal of International Arbitration, 2005, 22 (4), P. 261-262.

[٧٠]- ينظر في تفصيل ذلك د. شريف محمد غنام ، مصدر سابق، ٣٨.

[٧١]- ينظر في تفصيل ذلك وهب سامي محيسن ، اعادة التفاوض في العقود الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، الجامعة العراقية ، ٢٠١٨ ، ص٨ وما بعدها .

[٧٢]- لمزيد من التفاصيل حول شرح وترجمة المادة المذكورة من نسختها الإنجليزية د. عقيل كريم الحسناوي، مصدر سابق.

[٧٣] أنظر نص المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي.

[٧٤] أنظر نص الفقرة الاولى من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي.

[٧٥]- سابق الاشارة اليه في المبحث الاول.

[٧٦]- ينظر نص المادة الاولى بعد التعديل والتي نصت على انه (يهدف هذا القانون الى تعويض كل شخص عراقي طبيعي او معنوي اصابه ضرر جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الارهابية وجرحى الحشد الشعبي والبيشمركة وتحديد جسامة الضرر واسس التعويض عنه وكيفية المطالبة به.

[٧٧]- المنشور بالوقائع العراقية رقم ٤٣٥٣ في ٢٠١٥/٢/٢٣ .

[٧٨]- نصت المادة اعلاه على انه (لا يجوز نزع ملكية او تاميم او اخضاع استثمارات مستثمري طرف متعاقد في اقليم الطرف المتعاقد الاخر لاية اجراءات مباشرة او غير مباشرة يكون لها اثر معادل لنزع الملكية او التاميم (المشار اليها فيما يلي بـ نزع الملكية الا لغرض الصالح العام على اساس غير تمييزي طبقا للاجراءات القانونية الاصولية ولقاء تعويض سريع وكاف وفعال) .

قائمة المصادر

اولا: الكتب

١- د. محمود عبد الرحيم الديب ، الوجيز في مصادر الالتزام ،الجزء الأول ، دمنهود ،١٩٩٨.
٢- د. شريف غنام اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ،٢٠١٠.
٣- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المجلد الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد،١٩٧٧.
٤- د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، المجلد الأول ،الطبعة الاولى،القاهرة،١٩٨٠.
٥- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٧١.
٦- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسين ،الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، المجلد العاشر، القاهرة، ١٩٨٢.
٧- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٨- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٩- د. محمود جمال الدين زكي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، القاهرة ،١٩٧٨.

١٠- د. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٠.
١١- د. حسين عامر القوة الملزمة للعقد، جـ١، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٩ .
١٢- د . محمود عبدالله سليم بخيت ، فسخ العقد وأثاره ، عمان ـ الاردن ، ١٩٩٠.
١٣- د.منذر الفضل، مصادر الالتزام- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية- ط٢، دار الثقافة ، عمان، ١٩٩٥.
١٤- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، مج١، ط٥، القاهرة، ١٩٩٠.
١٥- د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
١٦- د. غازي عبد الرحمن ، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه ،١٩٨٦.
١٧- د. رمضان ابو السعود – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية لسنة ٢٠٠٢.
١٨- د. عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية – دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت سنة ١٩٧٤.
١٩- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) سنة ١٩٥٨.

ثانيا : البحوث والرسائل والمقالات:

١- د. نجيب محمد بكير، اثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، ١٩٨٥.
٢- د. عقيل كريم الحسناوي ،اثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء.
٣- د. صفاء تقي عبد نور ، القوة القاهرة واثرها في عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعو الموصل، ٢٠٠٥.
٤- حامد الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢.
٥- وهب سامي محيسن ، اعادة التفاوض في العقود الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، الجامعة العراقية ، ٢٠١٨.

ثالثا: المصادر والقرارات الاجنبية

1- - Ewan Mckendrick, Force Majeure and Frustration.
2- .Robert A. Hillman, Principles of Contract Law, (Third Edition, West Academic Publishing 2014) .
3- A. Burrows, A Casebook on Contract (5th edition, Hart Publishing, 2016), p. 731. See also P.A. McDermott, Contract Law (Butterworths, 2001).
4- British Movietonews Ltd v London & District Cinemas Ltd [1952].
5- Channel Island Ferries Ltd v. Sealink UK Ltd [1988] 1 Lloyd's Rep.
6- Chitty J, Chitty on Contracts (2 vols., Beale HG, Gen. ed., 33rd edn, London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2018.
7- Chitty J, Chitty on Contracts (2 vols., Beale HG, Gen. ed., 33rd edn, London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2018.
8- Elena Christine Zaccaria, "The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade," Int'l Trade & Bus. L. Rev. 9 (2005)

9- Ewan Mckendrick, Force Majeure And Frustration Of Contract, (2nd Edition Informa Law from Routledge 2013).
10- G.H. Treitel, Frustration and Force Majeure (Sweet and Maxwell, 1994), p. 63 et seq.
11- Guenter Treitel, Frustration and Force Majeure, 3rd ed (London: Sweet & Maxwell, 2014).
12- H.Beale et al, Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing 2010.
13- Johanna Hoekstra, Regulating International Contracts in a Pandemic: Application of the Lex Mercatoria and Transnational Commercial Law, Repository.Essex.Ac.Uk, 2020.
14- Larry A. DIMATTEO / Lucien J. DHOOGE, International Business Law, a Transactional Approach, Thomson West ed., 2nd ed. (2004).
15- Marel Katsivela, Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?, Unif. L. Rev. NS – Vol. XII, (2007).
16- McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials (7th edition, Oxford University Press, 2016.
17- Neil Andrews, Contract Law, (Cambridge University Press UK, 2011).
18- Seadrill Ghana Operations Ltd v. Tullow Ghana Ltd [2018] 2 Lloyd's Rep.
19- Ulrich G. Schroeter, Does the 1980 Vienna Sales Convention Reflect Universal Values? The Use of the CISG as a Model for Law Reform and Regional Specificities, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (2018).
20- Velimir Zivkovic, "Hardship in French, English and German Law." Strani pravni život (Foreign Legal Life)-Časopis Instituta za uporedno pravo u Beogradu (Institute for Comparative Law in Belgrade review), (2013).
21- Wood v. Capita Insurance Services Ltd [2017].
22- Vienna Convention on the Law of Treaties, art 26 in relation to international law; Sapphire v National Iranian Oil Company Arbitral Award of March 15, 1963, ILR 1967, 136, 181; Libyan American Oil Company (LIAMCO) v Libya, Arbitral Award of 12 April 1977 YCA 1981, 89, 101; and Andrew Kull, 'Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies' (1991) 43 Hastings Law Journal 1, 6.
23- Daniel Girsberger and Paulius Zapolskis, 'Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium under Hardship Exemption' (2012).
24- Qurashi, Z. A. Al. Renegotiation of International Petroleum Agreements. Journal of International Arbitration, 2005.
25- Sornarajah, M. Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts. Journal of Internation Arbitration. By Kluwer Law International, 97 (1988).

رابعا: القوانين والاتفاقيات

١- التشريع الفرنسي المدني ١٨٠٤ المعدل لسنة ٢٠١٦.
٢- القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣- القانون المدني المصري رقم

٤- القانون المدني الاردني رقم
٥- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل .
٦- قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.
٧- قانون الاستثمار الصيني لسنة ٢٠١٩ .
٨- قانون الاستثمار الكندي لسنة ١٩٨٥.
٩- قانون الاستثمار الكوبي لسنة ٢٠١٤.
١٠- قانون رقم ١ لسنة ٢٠١٥ قانون تصديق اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة الاردنية الهاشمية.
١١- قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ المعدل بموجب القانون رقم ٥٧ لسنة ٢٠١٥ والقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠.
١٢- قانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٧ قانون تصديق اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الجمهورية الاسلامية الايرانية.
١٣- اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠.
١٤- القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي ١٩٦٤).
١٥- قانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٣ قانون تصديق تشجيع الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان.
١٦- اتفاقية جورجيا واليابان لسنة ٢٠٢١.
١٧- اتفاقية حماية الاستثمار بين الاتحاد الاوربي ودولها الاعضاء من جهة وفيتنام من جهة اخرى لسنة ٢٠١٩ .
١٨- اتفاقية استراليا واندونيسيا لسنة ٢٠١٩.