The Second International Scientific Conference
المؤتمر العلمي الدولي الثاني لتكنولوجيا علوم البحار
For Marine Science Technology
لتكنولوجيا علوم البحار
Sabratha – Libya 09-10/03/2021 صبراتة - ليبيا

منازعات الاستثمار في الموانئ الليبية

الاسم: علي أبوبكر القديمي

الدرجة العلمية: محاضر بكلية القانون زلطن جامعة صبراتة

البريد الالكتروني: ali7943192@gmail.com

ملخص البحث

تهتم الدولة الليبية بجذب الاستثمارات الاجنبية بحسبانها من اهم عناصر تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، وتعد الموانئ احد الروافد الاساسية التي يعتمد عليها من قبل الدولة المضيفة من جهة والمستثمر من جهة اخرى كأساس استثماري ضخم، إلا ان المستثمر الاجنبي قد يتعرض لمخاطر تجبره على التخلي عن فكرة الاستثمار سواء كانت هذه المخاطر حكومية تلجأ اليها الدولة متمسكة بفكرة السيادة ومن ذلك التأميم، ونزع الملكية والاستلاء، او مخاطر تؤثر على التوازن المالي للعقد الاستثماري سواء كانت سياسية كالثورات والحروب قد تؤدي الى وقف الالتزامات التعاقدية(قوة قاهرة) او ارهاق في تنفيذ العقد (نظرية الظروف الطارئة) او غيرها من المخاطر التي تؤدي الى خلل في توازن العقد، وحتى يمكن الحد من هذه المخاطر لجأ المشرع الليبي الى إصدار جملة من التشريعات لغرض ايجاد بيئة قانونية مناسبة تحد من الامتيازات التي يحاول المستثمر الحصول عليها على حساب سيادة الدولة المضيفة وبالمقابل تضمن استقطاب راس المال الاجنبي وجعل المستثمر يستخدم امكانياته في وسط بيئة مشجعة على الاستثمار، كما تضمنت وسائل غير تقليدية لفض المنازعات المترتبة عن عقود الاستثمار(القضاء الوطني) كالتحكيم والوساطة.

كلمات مفتاحية: منازعات- عقود الاستثمار- الموانئ.

المقدمة

تسعى الدولة الليبية إلى جذب الاستثمارات وخاصة الاجنبية منها، وذلك لدورها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وحل مشكلة البطالة، وتعتبر الموانئ أحد أهم المشاريع الكبيرة الجاذبة للاستثمار، ولذا حرصت الدولة على توفير الضمانات والحوافز للمستثمر بهدف جذبه إليها، وبحسبان ما تتميز به عقود الاستثمار من طول في مدتها الامر الذي يثير المخاوف لدى المستثمر من تعرض مشروعه لمخاطر قد تعصف باستثماراته، فنجد أنه (اي المستثمر) ينظر الى عاملين رئيسين، أولهما: المركز القانوني للمستثمر في الدولة المضيفة، وثانيهما: مدى استقرار مناخ الاستثمار في هذه الدولة، هذا وعادة ما يقوم المستثمر بحصر الأخطار التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري حتى يكون مستعدا للتعامل معها، كما يتعرف على الوسائل التي من خلالها يستطيع فصل النزاع الذي ترتبه هذه المخاطر بينه وبين الدولة المضيفة سواء كان ذلك بأتباع الوسيلة القضائية أو الوسائل البديلة متمثلة في التحكيم وغيرها من الوسائل الاخرى التي يقررها النظام القانوني للدولة.

أهمية البحث

يرجع أهمية البحث إلى ما تواجهه ليبيا كدولة تتوافر فيها كافة مقومات جذب الاستثمار من شريط ساحلي يمتد الى ما يقارب 1700 كيلو متر، وموارد طبيعية هائلة من معادن وبترول، وموقع جغرافي متميز، إلا أن نصيبها في جذب الاستثمارات متواضع للغاية لا يتناسب مع إمكاناتها الهائلة، وقد ترتب على أحداث السابع عشر من فبراير سنة 2011 لجوء المستثمرين إلى التحكيم

تاركين القضاء الوطني كوسيلة أصيلة لفض المنازعات الاستثمارية وذلك بسبب طول إجراءاته، الامر الذي يهدد الدولة الليبية بسداد تعويضات باهظة.

إشكالية البحث

يطرح موضوع (منازعات الاستثمار في الموانئ الليبية) تساؤلين اساسيين: اولهما: ماهي المخاطر التي تهدد المستثمر الاجنبي في ليبيا؟ وثانيهما: ماهي الوسائل التي اعتمدها المشرع الليبي في تسوية منازعات الاستثمار؟.

منهج البحث

اتبع في دراسة موضوع البحث المنهج التحليلي، وذلك بتحليل النصوص القانونية، وعرض الأراء الفقهية، واحكام المحكمة العليا الليبية، وقضاء التحكيم.

خطة البحث

للإجابة على إشكالية البحث، قسم الموضوع الى مبحثين:-

المبحث الاول: أنواع منازعات عقود استثمار الموانئ

المبحث الثاني: وسائل فض منازعات عقود الاستثمار في الموانئ

المبحث الاول: انواع منازعات عقود استثمار الموانئ

يعد تحديد المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الاجنبي في اقليم الدولة المضيفة امرا هاما باعتباره يشكل الاساس الذي يعرف من خلاله انواع المنازعات التي سيتعرض لها المستثمر الاجنبي والية الحماية منها، ولاشك ان هذه المنازعات تعد من اكبر العقبات التي تحول دون تدفق الاستثمارات

الاجنبية، بحسبان ان المستثمر الاجنبي يبحث عن الامان الذي يعد المحور الاساس لتنقل الاستثمار الاجنبي من موطنه الاصلي الى الدولة المضيفة، وتختلف المخاطر التي تشكل منازعات في عقد استثمار الموانئ من حيث مصدرها، فقد تكون نتيجة اجراءات او قرارات تتخذها الدولة فتلحق الضرر بالمستثمر(مطلب اول) او احداث تؤدي الى تغير الظروف المحيطة بعقد الاستثمار والتي قد تؤدي إخلال في التوازن المالي للعقد (مطلب ثان)

المطلب الاول: المنازعات الناتجة عن تصرفات الدولة

قد تلجأ الدولة المضيفة الى اتخاذ بعض التصرفات التي تضر بالمستثمر، وذلك لأسباب ترى انها تحقق المصلحة العامة وهو الامر الذي يمس بحقوق المستثمر ويؤدي الى احجام المستثمرين عن استثمار اموالهم بتلك الدولة، ومن بين هذه المخاطر التي تؤدي لخلق منازعات، حطر التأميم (فرع اول)، خطر نزع الملكية (فرع ثان)، خطر الحراسة(فرع ثالث).

الفرع الاول: خطر التأميم

يعرف التأميم على انه" عمل من اعمال السيادة تنقل به الدولة الملكية الخاصة الى الملكية العامة"[1]

كما يعرفه بعض الفقه على انه" اجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الاموال التي تكون في صورة مشروع الى الامة، إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الانتاج، تلافيا للاستغلال، ويسمى (

[1] ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، سنمة 2009، ص56

التأميم الايديولوجي)، او لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الاموال الاجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمى (التأميم الاصلاحي)[2]

ومن ثم يعد التأميم من اكبر المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات الاجنبية في اقليم الدولة المضيفة، بحسبانه يسعى الى القضاء الشامل على جميع مظاهر الملكية الخاصة للمشروعات الاستثمارية[3] ، وقد ارتبط التأميم بالأفكار الاشتراكية التي كانت مصدره الاساسي، باعتبارها تدعو لفكرة الملكية الجماعية لوسائل الانتاج، ومن ثم انهيار فكرة الحق المقدس للملكية الفردية، وظهور مفهوم الملكية الجماعية والتي استخدمت التأميم كوسيلة لبلوغها،[4] كما تستند فكرة التأمين على دافع سياسي يتمثل في حماية استقلال وسيادة الدولة من بعض ممارسات الشركات الدولية.

وقد اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بحق الدولة في تأميم اموال الاجانب ومصالحهم الاقتصادية الموجودة على اقليمها، وذلك بشرط تحقيق المصلحة العامة، وان يتم تعويض المستثمر تعويضا عادلا، حيث جاء بقرارها رقم 3281 لسنة 1974 في المادة الثانية على أنه " لكل دولة الحق في تأميم أو مصادرة أو نقل أو تحويل ملكية الاموال الاجنبية مع وجوب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها ولوائحها "[5]

[2] هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، الطبعة الاولى، سنة 2002، ص7

[3] وليد الجيلاني الشراد، الحماية القانونية الوطنية لعقود الاستثمار الدولية من المخاطر غير التجارية، رسالة ماجستير غير منشورة، اكاديمية الدراسات العليا، سنة 2020، ص86

[4] احمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية الدولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1975، ص333

[5] ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، مرجع سبق ذكره، ص58

وقد مرت الدولة الليبية بتجارب عديدة في تأميم المشاريع الاستثمارية الاجنبية، ففي 22 ديسمبر سنة 1970 صدر القانون رقم 135 لتأميم الحصص الاجنبية في المصارف التجارية وإعادة تنظيمها، وبموجب هذا القانون أصبح رأس مال جميع المصارف العاملة في البلاد مملوكا لليبيين، وذلك وفقا للمادة الاولى من هذا القانون حيث نصت على أنه " يحضر على الشركات الاجنبية غير المملوكة بالكامل لليبيين مزاولة الاعمال المصرفية، وتؤول إلى الدولة ملكية الأسهم ألتي يملكها غير الليبيين، عند العمل بهذا القانون في رؤوس أموال المصارف العاملة في البلاد" [6]

وعلى الرغم من أن حق الدولة في التأميم يعد من الحقوق المتعلقة بصميم السيادة الوطنية وتقره الاتفاقيات الدولية، فقد حظر المشرع الليبي تأميم المشروعات الاستثمارية حيث جاء في المادة 23 من القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار على أنه " لا يجوز تأميم المشروع أو الاستيلاء الجبري عليه أو مصادرته أو فرض الحراسة أو التحفظ أو التجميد أو اخضاعه لإجراءات لها نفس التأثير، إلا بموجب قانون أو بحكم قضائي وفي مقابل تعويض عادل، وبشرط أن تتخذ هذه الإجراءات بصورة غير تمييزية...".

وعلى الرغم من الصبغة القانونية للتأميم سواء كان ذلك في القانون الدولي أو الداخلي الذي أشترط فيه عدد من الالتزامات توجب الدولة اتباعها حال

[6] الجريدة الرسمية، العدد 6، الصادر في 17 فبراير 1971، السنة التاسعة، ص 3

أتخاذها لهذا الاجراء إلا أنه يعد خطرا حقيقيا يواجه المستثمر الاجنبي ويجعله في قلق دائم حول مدى ضمان استمرار مشروعه الاستثماري من عدمه.

الفرع الثاني: خطر الاستيلاء

يعرف الاستيلاء على أنه " إجراء مؤقت تتخذه السلطة المختصة في الدولة، وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة، لهدف يتعلق بالمصلحة العذامة، وذلك في مقابل بأدائه تعويض لاحق تقوم هذه الجهة لمالكها"[7]

ويتم الاستيلاء بموجب قانون او حكم قضائي، ويترتب على الاستيلاء الحق في الانتفاع بالمال المستولي عليه، ولكن دون أن تصبح الدولة المضيفة مالكة له، لأن الاستيلاء لا يضيف هذا المال الى الذمة المالية للدولة، ولكن يبقى على ذمة صاحبه حتى يعود إليه بعد انتهاء مدة الاستيلاء.[8]

وقد أرتبط نشوء حق الدولة في اتخاذ إجراء الاستيلاء الجبري بالظروف الخاصة بالحروب، إذ تقضي هذه الظروف الاستيلاء على الاملاك الخاصة للاستفادة منها وتسخيرها و توجيهها وفق متطلبات العمليات العسكرية التي تحتاج عادة الى نفقات مالية ضخمة، فالاستيلاء هو إجراء استثنائي تلجأ إليه الدولة المضيفة للاستثمار في ظروف الحرب أو حالة الازمات الحادة التي تحدث على اقليمها[9]، ولهذا فإن الاساس القانوني الذي يبنى عليه قرار

[7] هشام صادق، الحماية الدولية للمال الاجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الاموال العربية، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 19

[8] هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، سنة 2007،ص182

[9] وليد الجيلاني الشراد، مرجع سبق ذكره ، ص 84

الاستيلاء لا ينبغي أن يكون إراديا، وإنما يكون اضطراريا، وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة من القانون رقم 21 لسنة 1991 بشأن التعبئة والتي تنص على أنه " يترتب على إعلان حالة التعبئة العامة، والى حين انتهائها ما يلي :

4- الاستيلاء على الاملاك الخاصة بغية تسخيرها لخدمة أغراض التعبئة العامة عند الضرورة، ويحتفظ لأصحابها بالحق في التعويض طبقا للقانون"

ويعد معيار المصلحة الوطنية والذي يدخل في صميم اختصاص الدولة هو الأساس في حق الانتفاع ببعض الاموال الخاصة، فهس التي تقرر القيام به من عدمه، إذ تستطيع الدولة بأعمال هذا المعيار الاستيلاء على أي من الاموال الخاصة سواء كانت عقارات او منقولات.

وكما يجد الاعتراف بالاستيلاء اساسه في قرارات بعض المنظمات الدولية، سواء فيما يتعلق بمشروعيته أو نطاق تطبيقه، فقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 1803 لسنة 1962 حق الاستيلاء شريطة أن يكون ذلك بهدف المصلحة العامة[10]

ونظرا لخطورة الاستيلاء على جذب الاستثمار فأن المشرع الليبي لم يعطي للإدارة حرية البت فيه، وإنما اجازه عن طريق السلطة التشريعية وبموجب قانون، يسمح بموجبه للإدارة الاستيلاء على الاموال الخاصة، وهذا ما نصت عليه المادة 23 من القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار على أنه " لا يجوز ....فرض الحراسة...إلا بموجب قانون أو بحكم قضائي.."

[10] عبدالله كعباش، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2002، ص 46

وقد يتخذ الاستيلاء كأجراء أولي لنزع ملكية العقار ليتحول هذا الاجراء المؤقت الى اجراء دائم ناقل للملكية وفي هذا تقول المحكمة العليا الليبية على أنه " متى رأت جهة الادارة نازعة الملكية ضرورة الاستيلاء على العقار المطلوب نزع ملكيته قبل انقضاء المهلة المعطاة لصاحبه لأخلائه، فيصدر قرار اللجنة الشعبية العامة بالاستيلاء عليه، ويكون لصاحب العقار في هذه الحالة الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع بعقاره من تاريخ الاستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية"[11]

الفرع الثالث: خطر نزع الملكية

يعرف الفقه[12] نزع الملكية على أنه " حرمان مالك العقار من ملكه جبرا، للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر"

وبهذا يعد نزع الملكية إجراء تعسفي من قبل الدولة المضيفة للاستثمار الاجنبي، والذي يعتبر بالنسبة للمستثمر الاجنبي من الاخطار المحدقة باستثماره خارج حدود وطنه، خاصة مع اعتبار نزع الملكية مبدأ قانوني استقرت عليه أغلب التشريعات الوطنية.

وقد نظم المشرع الليبي نزع الملكية للمنفعة العامة بعدة تشريعات، كان اولها قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة لسنة 1961، والقانون رقم 116 بشأن تنظيم التطوير العمراني لسنة 1972، والقانون رقم 21 بشأن الاحكام الخاصة بتقرير المنفعة العامة والتصرف بالاراضي لسنة 1984،ونظرا لما

[11] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن 33/29 مدني، تاريخ الطعن 25-4-1988، سنة وعدد المجلة 3/25-4، ص118

[12]- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دار الفكر العربي، سنة 1992، ص601

ينطوي على هذا الاسلوب من مساس بحق الملكية الخاصة واعتداء عليها، فقد حرصت هذه القوانين على اتباع جملة من الاجراءات التي من شأنها الحيلولة دون تعسف الادارة عند بأجراء نزع الملكية، ومن اهمها:-

1- ان يكون نزع ملكية المشروع صادرا من الجهة المختصة بإصداره

كأصل عام اعطى المشرع الليبي لمجلس الوزراء جواز نزع الملكية للمنفعة العامة، ومن ثم فإن صدور قرار نزع الملكية من جهة إدارية أخرى غير مجلس الوزراء يعد اغتصاب للسلطة وبهذا تقول المحكمة العليا الليبية على أنه" مما يعيب القرار بعيب عدم الاختصاص وهو من العيوب الجسيمة التي تنحدر بالقرار الى درجة الانعدام ولا سيما وان القرار متعلق بالملكية الفردية التي حرص المشرع على صيانتها وعدم المساس بها ونزعها عن مالكها إلا على الوجه المبين في القانون..."[13]

إلا أن ما يميز القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار في تناوله لنزع الملكية، لا يكون إلا بموجب قانون حيث نصت المادة 23 على أنه " لا يجوز...نزع الملكية ..إلا بموجب قانون أو حكم قضائي..." و بالتالي لا يصدر إلا من قبل السلطة التشريعية، الامر الذي يعد تشديد من قبل المشرع الليبي في إتخاذ هذا التصرف بحسبانه يشكل خطر على جلب الاستثمار الاجنبي.

2- أن يهدف من نزع الملكية تحقيق المنفعة العامة

[13] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن20/4 اداري، تاريخ الطعن 14-3-1974، سنة وعدد المجلة، 10/4. ص47

يجب أن يكون المبرر الجوهري من وراء نزع الملكية هو تحقيق المنفعة العامة، وقد تناولت النصوص الدستورية الليبية منذ بدايتها هذا الشرط ففي المادة 315 من الدستور الليبي الاول لسنة 1951 نص على أنه " لا ينزع من أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة"

وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا بقولها " أن الدستور الليبي نص في المادة 315 منه على حظر نزع الملكية إلا بسبب المنفعة العامة، ولا شك أن هذا الحكم الذي أرساه الدستور الليبي هو من الاصول الاصيلة في كل الشرائع الحديثة القائمة على احترام الملكية الفردية في الحدود المرسومة ومن هذه الحدود جواز انتزاعها من اصحاب الحقوق فيها لغايات المنفعة العامة ولا يقتصر معنى النفع العام على وجوه النشاط التي تمارسها الدولة أو أحد اقسامها في هذا السبيل بل يمتد ذلك الحكم ايضا الى سائر اشخاص القانون العام التي وجدت لتمارس جزءا من سلطان الدولة ...."[14]

3- أن يقابل نزع الملكية تعويض عادل

بحسبان أن نزع الملكية يمثل أحد السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الدولة، إلا أن المشرع في المقابل اشترط ضرورة منح المنزوع مشروعه تعويضا عادلا، والا يكون هذا الاجراء ناتج عن تصرف تمييزي، وبهذا جاء في المادة 23 من قانون تشجيع الاستثمار رقم 9 لسنة 2010على أنه " لا يجوز تأميم

[14] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن13/7 اداري، تاريخ الطعن 24-3-1962، سنة وعدد المجلة ج2/أ، ص148

المشروع أو نزع ملكيته....إلا بموجب قانون أو حكم قضائي وفي مقابل تعويض عادل، وبشرط أن تتخذ هذه الاجراءات بصورة غير تمييزية...."

الفرع الرابع: خطر المصادرة والحراسة

الفقرة الاولى: خطر المصادرة : يعرف الفقه[15] المصادرة على أنها " إجراء تتخذه السلطة المختصة في الدولة، وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الاموال أو الحقوق المالية لأحد الاشخاص دون مقابل".

كما عرفته المحكمة العليا على أنه" نزع ملكية المال جبرا وإضافته الى ملك الدولة بغير مقابل"[16]

وتتميز المصادرة بالطابع العقابي الذي يبرر مشروعية هذا الاجراء، إذ لا يكون إلا في مواجهة شخص أو أشخاص اقترفوا جرائم أو أعمال غير مشروعة أو بسبب عدائهم للنظام السياسي، ولا تكون مصحوبة بتعويض، فالمصادرة إجراء عقابي يهدف الى تجريد الشخص المعاقب من امواله بناء على نص قانوني وفي حدود ما يقترفه من مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية وإلا اعتبر عملا غير مشروع يحمل الدولة مسئولية التعويض عنه[17].

[15] هشام صادق، الحماية الدولية للمال الاجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 19
[16] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن3/3 جنائي، تاريخ الطعن28-12-1955، سنة وعدد المجلة ج أ/ج، ص 233
[17] وليد الجيلاني الشراد، الحماية القانونية الوطنية لعقود الاستثمار الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 84

الفقرة الثانية: خطر الحراسة: يعرف الفقه[18] الحراسة على أنها " نزع الشيء من يد مالكه أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها"

والحراسة قد تكون اتفاقية، تفرض بناء على اتفاق شخصين أو اكثر، وبهذا نصت المادة729 من القانون المدني الليبي على أن الحراسة هي "عقد يعهد فيه الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه"

كما قد تكون الحراسة قضائية، حيث اجاز القانون المدني الليبي للقضاء أن يأمر بالحراسة حيث جاء في المادة 730 على أنه" يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة:

أ- في الاحوال المشار إليها في المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة.

ب- إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه.

ج- في الاحوال الاخرى المنصوص عليها في القانون."

هذا وقد نصت المادة 23 من القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار على أنه" لا يجوز...فرض الحراسة...، إلا بموجب قانون أو بحكم قضائي..."

[18] هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 185

المطلب الثاني: المنازعات الناتجة عن تغير ظروف التعاقد

تتميز عقود الاستثمار بطول مدتها، التي قد تصل لعشرات السنوات، وخلال هذه المدة قد تتغير الظروف، سواء كانت هذه الظروف سياسية مثل الثورات والحروب أو اقتصادية مثل التضخم، قد تؤدي الى استحالة التنفيذ (القوة القاهرة، فرع اول)أو الى ارهاق المستثمر في تنفيذ التزامه التعاقدي(الظروف الطارئة، فرع ثان) أو قيام الدولة بتعديل تشريعاتها بما يضر المستثمر(شرط الثبات التشريعي، فرع ثالث) او منازعات مترتبة على ضرورة تحقيق مرونة في نظام العقد يتيح استيعاب تغير الظروف (شرط إعادة التفاوض، فرع رابع)

الفرع الاول: المنازعات المترتبة عن حالة القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة مجموعة من الحوادث الاستثنائية، كالحروب، والزلازل، والاعاصير، والاوبئة، والثورات السياسية، المستقلة عن إرادة المتعاقدين نادرة الوقوع ولم يكن في الوسع توقعها أو تداركها يترتب عليها استحالة تنفيذ العقد[19].

وقد نصت المادة 168 من القانون المدني على حالة القوة القاهرة بقولها" إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق على ذلك".

ويشترط لتحقيق حالة القوة القاهرة توافر ثلاثة شروط هي:

[19] محمد عبد الحميد ابوزيد، القانون الاداري، الطبعة الثانية، سنة2007، بدون دار نشر ، ص 639

1- عدم توقع الحدث عند ابرام العقد

يشترط في الخطر الذي يطرأ على العقد، والذي يكون سببا لتطبيق نظرية القوة القاهرة، أن يكون من الحوادث الاستثنائية اي نادر الوقوع أو خارجا عن الحد المألوف[20]

2- ألا يكون للمستثمر دخل في وقوع الحادث

لا يستطيع المستثمر مع الدولة إثارة نظرية القوة القاهرة إلا إذا كان العنصر الذي أدى إلى توقف العمل أجنبيا عنه وخارج إرادته، وهذا معناه لا يكون للمتعاقد يد في أحداث القوة القاهرة سواء عمدا أو نتيجة إهمال[21]

3- أن يكون الحادث غير ممكن دفعه

لا يكفي في الحادث حتى يعتبر قوة قاهرة أن يكون مستحيل التوقع، بل يجب أن يكون مستحيل الدفع على المستثمر والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة[22]

الفرع الثاني: المنازعات المترتبة عن حالة الظروف الطارئة

قد يمر بالمستثمر اثناء تنفيذه للعقد ظروف اقتصادية او كوارث طبيعية أو احداث سياسية، إلا انها لا تؤدي الى الاستحالة المطلقة، وإنما الى استحالة نسبية بحيث تؤدي الى ارهاق المتعاقد، وقد سميت هذه الحالة التي تقع في مركز وسط بين الحالة العادية لتنفيذ العقد، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي

[20] علي ابوبكر القديمي، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة طبقا للائحة العقود الادارية النافذة، رسالة ماجستير غير منشورة، الاكاديمية الليبية، سنة 2008، ص153
[21] سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 228
[22] أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص338

الى انقضاء العقد (بنظرية الظروف الطارئة)، وتضمن هذه الفكرة بقاء العقد بالرغم من ارهاق المستثمر حيث يلتزم بالاستمرار في التنفيذ على ان تتحمل الدولة جزء من الخسائر التي لحقت بالمتعاقد جراء هذه الظروف. [23]

وقد اخذ المشرع الليبي بنظرية الظروف الطارئة، حيث نصت المادة 147 من القانون المدني على انه " ...2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها في تنفيذ الالتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

كما نصت المادة 105 من لائحة العقود الادارية على أنه " إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها، وكان من شأنها ان تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا يهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون ان يصبح مستحيلا، كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد الى الحد المعقول...."

ويتطلب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة جملة من الشروط تتمثل في:

1- وقوع ظرف طارئ واستثنائي عام غير متوقع

يراد بكون الحادث طارئ واستثنائي أن يكون نادر الوقوع، فكل شيء لا يحدث كثيرا يعد استثنائي، كزلزال او حرب طاحنة أو وباء، ويجب ان تفوق

[23]-علي ابوبكر القديمي، اثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد الاشغال العامة، اطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق جامعة صفاقس، سنة 2018، ص 36

هذه الحوادث كل التوقعات التي يمكن للمتعاقد ان يتصورها عند ابرام العقد، "وعلى ذلك لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة إذا كان الضرر المدعي به محتملا"[24]

2- ان يقع الحادث بعد توقيع العقد واثناء تنفيذه

مناط اعمال نظرية الظروف الطارئة، ان تقع تلك الظروف في المدى الزمني المحدد لتنفيذ العقد محل المطالبة بتطبيقها[25]، وقد رفضت المحكمة العليا تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد تنفيذ العقد بقولها" ... ولما كان الواقع في الدعوى أن الطاعنين قد أقاما هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض بعد أن نفذا العقد تنفيذا كاملا مستندين في المطالبة بالتعويض عن نظرية الظروف الطارئة، وكان الحكم المطعون فيه قد استبعد تطبيق هذه النظرية على واقعة الدعوى لانقضاء الالتزام، ورفض طلب الطاعنين المبني عليها لا يكون قد خالف القانون أو الخطأ في تطبيقه..."[26]

3- أن يكون الظرف الطارئ مستقلا عن إرادة المتعاقد مع الادارة

يؤكد الفقه [27]على أن الظرف الطارئ لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة إلا إذا كان مستقلا عن إرادة المتعاقدين، وإلا أصبحت من قبيل حالات المسؤولية التعاقدية المؤسسة على فكرة إخلال أحد المتعاقدين بشرط العقد.[28]

---

[24] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن9/25 اداري، تاريخ الطعن20-1-1985، سنة وعدد المجلة4-22/3، ص2

[25] عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، بدون دار نشر، سنة 2010، ص 187

[26] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن 65/24مدني، تاريخ الطعن23-3-1980، سنة وعدد المجلة17/1، ص41

[27] سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، سنة 2005، ص653

[28] محمد رضا جنيح، القانون الاداري، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، سنة 2008، ص 258

إلا أن التطورات الحديثة للقضاء الليبي يشترط أن يكون الظرف الطارئ مستقلا عن إرادة المتعاقد، ولا تشترط استقلاله عن عمل الجهة الادارية المتعاقدة، وبهذا جاء في حكم للمحكمة العليا الليبية على أنه " ...إلا أن هذا الخطأ من جانب الادارة قد أسهم في زيادة حجم الاثار المترتبة على إخلال الشركة بتنفيذ العقد وترى المحكمة إنقاص المبلغ المطالب به إلى حد معقول يجعل هذه الخسائر يتقاسمها كل من الطرفين بنسبة عادلة"[29]

4- أن يترتب على الظرف الطارئ إرهاق المتعاقد في تنفيذ العقد

حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة يشترط الفقه[30]، أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ المستثمر لالتزامه عسيرا وليس مستحيلا، وهو ما يعبر عنه بفكرة قلب اقتصاديات العقد، والقاضي هو الذي يقدر توفر الضرر العادي أو الجسيم ، وبهذا تقول المحكمة العليا الليبية على أنه " يستلزم أن تكون الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة غير عادية تستتبع تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول"[31]

5- أن يستمر المتعاقد رغم الظروف الطارئة في تنفيذ العقد

أن المبدأ الذي ترمي إليه نظرية الظروف الطارئة هو تأمين استمرار المرفق، فالظروف الاستثنائية غير المتوقعة لا تسمح إطلاقا للمتعاقد بقطع خدمة

[29] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن 31/24 اداري، تاريخ الطعن19-1-1980، سنة وعدد المجلة16/3، ص16

[30] سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 657

[31] المحكمة العليا الليبية، رقم الطعن31/34 اداري، تاريخ الطعن9-1-1980، سنة وعدد المجلة16/3، ص16

المرفق العام، ويترتب على ذلك أن المتعاقد الذي يتوقف عن الاستمرار في تنفيذ العقد قد لا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة طالما لم يصبح العقد مستحيلا.[32]

الفرع الثالث: المنازعات المترتبة عن شرط الثبات التشريعي

تتميز عقود الاستثمار بطول مدتها الأمر الذي يعرض المستثمر لقيام الدولة المضيفة بتعديل تشريعاتها بما يؤثر على التوازن المالي لعقد الاستثمار، لذا يحرص المستثمرون على تضمين عقودهم مع الدولة المضيفة للاستثمار شرط الثبات التشريعي الذي يعد استثناء من النظام القانوني للاستثمار في الدولة، ويقصد به تثبيت القانون الذي يخضع له العقد، بحيث لا تسري عليهم إلا احكامه النافذة وقت إبرام العقد، ولا تسري عليهم أي تعديلات تطرأ على ذلك في المستقبل بعد إبرام العقد ونظرا لأن ذلك الشرط يعد قيدا على سيادة الدولة، فإن الدولة لا تلجأ إليه سوى في عقود الاستثمار التي يكون لها دور كبير في تنمية الاقتصاد الوطني[33]

وقد كرس المشرع الليبي مفهوم الثبات التشريعي في القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار حيث نصت المادة 30 على أنه "... وتسري أحكام هذا القانون على كافة المشروعات الاستثمارية والوقائع والتصرفات

[32] علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الاداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، سنة 1991، ص 411

[33] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2001، ص 321

المتعلقة بها القائمة بموجب القوانين السابقة الذكر في هذه المادة وقت صدور هذا القانون، وذلك دون مساس بالمزايا والاعفاءات الممنوحة قبل صدوره"

وقد اعترفت معظم احكام التحكيم بصحة شرط الثبات التشريعي، ففي حكم التحكيم الصادر بتاريخ 19-1-1977 والخاص بالنزاع القائم بخصوص تأميم الحكومة الليبية لشركة تكساكو، ففي هذا الصدد بدأ المحكم بالتأكيد على أن حق الدولة في أتخاذ إجراءات التأميم لم يعد محا نقاش، بحسبانه تعبيرا عن سيادتها، ومع ذلك لاحظ المحكم أن هذا العقد يتضمن المادة 16 والتي تنص على أن " الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الاطراف، ويتم تفسير هذا الامتياز وفقا لقانون البترول واللوائح النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق، وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها".

وترتيبا على ما تقدم، انتهى المحكم إلى أنه بالنظر إلى القانون الدولي للعقود، فإن التأميم لا يمكن التمسك به ضد العقد المدول المبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي، ويتضمن شرطا للثبات.[34]

الفرع الرابع: المنازعات المترتبة على شرط إعادة التفاوض

[34] احمد حلمي خليل، عقود الامتياز البترولية وإسلوب حل منازعاتها، إطروحة دكتوراه، غير منشورة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، سنة 2013،ص 208

تختلف الرؤى بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة حول التكييف القانوني لعقد الاستثمار، فالمستثمر يرى أن هذه العقود التي تبرمها الدولة المضيفة ليست إلا عقود خاصة يتساوى فيها المتعاقدين وتنطبق عليهما قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، أما الدولة المضيفة فترى أنها قادرة على تغيير النصوص التعاقدية بما يتماشى مع التغييرات السياسية والاقتصادية. [35]

ومن هنا تحدث المنازعات وذلك بتمسك كل طرف من طرفي العقد برؤيته، وحرصا على مواجهة أي صعوبات قد تعترض تنفيذ العقد الاستثماري يحرص أطرافه على تضمينه ما يعرف بشوط المراجعة أو إعادة التفاوض، والتي تقوم على ضرورة الأخذ بالاعتبار السمة المتغيرة لظروف التعاقد.

ويعرف شرط إعادة التفاوض على أنه ذلك الشرط الذي يدرجه الاطراف في عقد الاستثمار ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد[36]

ويترتب على أدراج شرط إعادة التفاوض بعقد الاستثمار التزام المضرور من وقوع الحدث بأخطار المتعاقد الاخر بوقوع الحادث، حيث يعد هذا الاخطار نقطة البدء في عملية التفاوض، كما يلتزم المتعاقد الاخر بالدخول في التفاوض، من أجل الوصول الى أمكانية تعديل العقد لتتماشى أحكامه مع الظروف الجديدة .

[35] عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، سنة 1993، ص1

[36] غسان علي علي، الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، أطروحة دكتوراه غير منشورة كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة 2004، ص115

المبحث الثاني: وسائل فض منازعات عقود الاستثمار في الموانئ

حدد المشرع الليبي في القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار وسائل تسوية المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الاجنبي والدولة الليبية، حيث نصت المادة 24 على أنه " يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الاجنبي والدولة إما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده الدولة على المحاكم المختصة في الدولة إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين الدولة والدولة التي ينتمي إليها المستثمر أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفين فيها تتضمن نصوصا متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم"، وبموجب هذا النص يمكن القول أن هناك طريقين لتسوية المنازعات المترتبة عن العقد الاستثماري، القضاء كأختصاص أصيل (مطلب أول) والوسائل غير القضائية (مطلب ثان)

المطلب الاول: الوسيلة القضائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار

تطبيقا لمبدأ السيادة، يعتبر القضاء هو الجهة الاصيلة المختصة بفض المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة وهوما نصت عليه المادة 24 من القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار، مالم تكن هناك اتفاقيات دولية تنص على طريق اخر لفض المنازعات، وعند النظر في سلطة القضاء كوسيلة لفصل المنازعات المترتبة على العقد الاستثماري يتضح أن هناك ولايتين : (ولاية القضاء التعويض تجاه منازعات عقود الاستثمار، فرع أول) و (ولاية قضاء الالغاء، فرع ثان)

الفرع الاول: ولاية قضاء التعويض تجاه منازعات عقود الاستثمار

ترتكز وجود دولة القانون على تطبيق مبدأ مسؤولية الادارة ويكون ذلك بخضوعها لرقابة القضاء، ويقصد بالمسؤولية بصفة عامة، تحمل الشخص تبعة أعماله مهما كانت صفته، أما المسؤولية الادارية فهي إقرار والتزام الادارة بالتعويض عن الاضرار التي الحقتها بالغير.

والقاعدة أن المحاكم العادية هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في كافة المنازعات إلا ما أستثنى بنص خاص وبهذا نصت المادة 20 من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن القضاء على أنه " تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم، وليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة " ثم نصت المادة الثالثة من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الاداري على أن النظر في طلبات التعويض اختصاص مشترك بين دوائر القضاء الاداري والمحاكم العادية " تفصل دائرة القضاء الاداري في طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة السابقة إذا رفعت إليها بصفة أصلية أو تبعية، ويترتب على رفع دعوى التعويض إلى دائرة القضاء الاداري عدم جواز رفعها أمام المحاكم العادية، كما يترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية عدم جواز رفعها إلى دائرة القضاء الإداري ".

وبهذا نصت المادة 166 من القانون المدني الليبي على أنه " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض"، وبذلك يكون قضاء التعويض الضمانة الأساسية لحماية الأفراد ومنهم المستثمرين الأجانب من تعسف

الإدارة، وتتحقق مسؤولية الادارة عن أعمالها القانونية والمادية إذا ارتكبت خطأ ألحق ضررا بالغير وكانت هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

الفرع الثاني: ولاية قضاء الالغاء تجاه منازعات عقود الاستثمار

تعرف دعوى الالغاء على أنه الدعوى التي ترفع من أحد الاشخاص ويطلب فيها إلغاء قرار صادر عن جهة إدارية عامة لمخالفته أحكام القانون[37]

كما تعرف على أنها الدعوى التي يرفعها ذوو الشأن إلى دائرة القضاء الاداري مطالبين فيها إلغاء قرار إداري مخاف للقواعد القانونية النافذة، أي لمبدأ المشروعية[38]

ويقوم التصنيف التقليدي للمنازعات التي تكون الدولة طرف فيها أنها ضمن اختصاص القضاء الكامل، لذلك فإن إقحام دعوى الالغاء في منازعات العقود كان يعد إخلالا بالتصنيف التقليدي للدعاوى الادارية، إلا أنه إستثناءا من هذا التصنيف فإن الاختصاص ينعقد لقاضي الالغاء في مجال العقود في حالة القرارات الادارية المنفصلة، ويعرف الفقه الليبي القرارات الادارية المنفصلة على أنها: " جميع القرارات التي تصدرها جهة الادارة بإرادتها المنفردة، والتي يتوقف عليها العقد أو تصاحب إبرامه"[39]

ومن ثم تعد دعوى الالغاء أحد الوسائل التي من خلالها يستطيع من تضرر بموجب قرار الادارة أن يرفع دعوى أمام القضاء الاداري طالبا فيها إلغاء

[37] صبيح بشير مسكوني، القضاء الاداري في الجمهورية العربية الليبية، منشورات بنغازي، سنة 1974، ص 283

[38] محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الادارة في القانون الليبي، الطبعة الخامسة، منشورات المكتبة الجامعة الزاوية، سنة2010، ص297

[39] محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الادارة، مرجع سبق ذكره، ص 133

هذا القرار لمخالفته لمبدأ المشروعية.

المطلب الثاني: الوسائل غير القضائية في تسوية منازعات عقود الاستثمار

على الرغم مما توفره الدولة المضيفة للاستثمار من ضمانات للمستثمرين الاجانب، إلا انها غير فعالة من وجهة نظرهم إذا كانت المنازعات التي تترتب على العقد ينظر فيها القضاء الوطني، وبالتالي تتجه الدول الى أساليب جديدة لتسوية هذه المنازعات وذلك لجذب المستثمرين، متمثلة في التحكيم(فرع أول) والصلح (فرع ثان) والوساطة(فرع ثالث)

الفرع الاول: التحكيم

يعد التحكيم من الوسائل الاستثنائية في فض منازعات عقود الاستثمار فبموجبه يتنازل طرفي العقد عن حقهم الاساس في اللجوء للقضاء العام ، ويكون ذلك عبر اتفاق يسمى باتفاق التحكيم

ويعرف اتفاق التحكيم على انه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الاطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم او المحتمل نشوئها من خلال التحكيم[40]

هذا وقد عرف المشرع الليبي في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة 739 الموسومة بالاتفاق على التحكيم على انه "يجوز للمتعاقدين ان يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة"

[40] حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، سنة2001، ص 13

وللخصوم الحق في اختيار اعضاء هيئة التحكيم، وإذا تعذر ذلك في التحكيم المؤسسي تتدخل المؤسسة فتعين المحكم او المحكمين الذين تعذر الاتفاق على تعيينهم، فعلى سبيل المثال نصت المادة 7 من النظام الاساسي لغرفة التجارة الدولية على عدد من الامور التي ينبغي مراعاتها عند تعيين المحكمين

- اختلاف جنسية المحكم، الذي تختاره عن جنسية طرفي النزاع
- الا يكون للمحكم الذي اختارته رايا او صلة من قبل بموضوع النزاع
- ان تتوافر لديه خبرة مهنية تؤهله للفصل في موضوع النزاع
- ان يكون من المسجلين ضمن قوائم المحكمين المعتمدين لدى الغرفة
- ان يكون من المشهود لهم بالحيدة والنزاهة
- الا تربطه صلات اعمال او قرابة او صداقة باي من اطراف النزاع

وكما نصت المادة 14 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري على انه " يعد مجلس الادارة سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أومن ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة..."، وقد اشترطت المادة 18 الفقرة 4 من نفس الاتفاقية فيما يتعلق بتعيين المحكمين على انه " لا يجوز ان يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من موطني احد الطرفين"

و يضيف بعض الفقه[41] أنه يشترط في المحكمين شرطان جوهريان هما الاستقلال والحيدة، فالاستقلال الا توجد للمحكّم مصلحة أو ارتباط أو تبعية بأحد الطرفين بل يستقل لا عن الطرف الآخر فحسب، وإنما عن الطرف الذي

[41] حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 ، ص128.

عينه أيضا، وتعني الحيدة أن يكون عادلا بين الطرفين متجردا عن كل العوامل الشخصية ويلتزم فقط باعتبارات العدالة.

أما فيما يتعلق بالمؤهلات المطلوبة في المحكم ، فيمكن أن يكون المحكم قانونيا، ويمكن الا يكون كذلك، فقد يستدعي الحال أن يكون المحكم في عقود الأشغال مهندسا، وذلك إذا استدعت المنازعة أن يفصل فيها شخصا يستطيع الإلمام ببعض النواحي الفنية الهندسية التي لا يستطيع غيره الإلمام بها، وقد يستدعي الحال في محكمة التحكيم الثلاثية أن يكون أحد العناصر مهندسا دون العنصرين الآخرين في التحكيم إلا أنه من المفضل أن يكون رئيس محكمة التحكيم من المحكمين ذوي الخبرة القانونية[42]، وله دراية بالتحكيم الدولي سواء عن طريق الدراسة أو الممارسة العملية وبنواحي التجارة الدولية والاقتصادية.

الفرع الثاني: الصلح

عرف المشرع الليبي في المادة 548 من القانون المدني الصلح على أنه " عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل على جزء من ادعائه"

والصلح شأنه كشأن التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات بديلة عن اللجوء للقضاء العام في الدولة، علاوة على ان ما يمتنع فيه الصلح يمتنع فيه التحكيم، على اساس ما يعرف بعدم قابلية الموضوع للتحكيم[43]، وعلى الرغم من اوجه

[42] محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، مرجع سبق ذكره، ص 452.
[43] محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة 1999، ص 17

التشابه إلا ان هناك اختلافا بين الصلح والتحكيم ، يتمثل في ان محل العقد في التحكيم هو الالتزام بعدم طرح النزاع على القضاء واختيار محكمين للفصل فيه، بينما في الصلح فان محل العقد هو تسوية مباشرة للنزاع فحواها نزول كل من الطرفين عن ادعاءاته كلها او بعضها، اي انهم يتوصلون لتسوية النزاع بأنفسهم دون اللجوء لشخص ثالث، كما ان عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته مالم يتم في صورة عقد رسمي، او يتم امام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل الى الصلح،

حيث نصت المادة 137 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي" للخصوم ان يطلبوا الى المحكمة في اية حال تكون عليها الدعوى اثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع عليه منهم او من وكلائهم فاذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه الحق المكتوب بمحضر الجلسة واثبت محتواه فيه يكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي واعتباره وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لتسليم الاحكام"

كما أن عقد الصلح يلزم اطرافه وبالتالي فانه غير قابل للطعن بطرق الطعن المقررة للأحكام وان كان قابلا للبطلان او الفسخ بحسب قواعد القانون المدني، حيث تنص المادة 555 من القانون المدني الليبي على انه" 1-لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون،2- ويكون باطلا الصلح الذي تم على اساس وثائق تبين فيما بعد انها مزورة كذلك الصلح الذي انصب على خصومة تم الفصل فيها بحكم واجب التنفيذ وجهل ذلك احد المتعاقدين"

والتحكيم يحتاج الى طرف ثالث – فرد او جماعة- يتولى الفصل في النزاع اما الصلح فلا يحتاج الى غير اطراف العقد واذا وجد طرف ثالث فانه لا سلطات له على طرفي العقد ولا دور سوى تهدئة المتنازعين والوصول بهم الى الصلح[44]

الفرع الثالث: الوساطة

الوساطة هي اللجوء الى طرف ثالث لمساعدة الاطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم للوصول الى اتفاق قد يجنبهم كثيرا من الوقت والجهد و النفقات اذا ما لجأوا الى ساحات القضاء او حتى التحكيم[45]

والوساطة تهدف الى مساعدة الاطراف المتنازعة في الحديث الى بعضهم البعض بهدف حل الخلافات التي نشبت بينهم وازالة سوء التفاهم حول نقاط الخلاف التي نشبت بينهم من اجل تجنب الوقوف في ساحات القضاء[46]،

وللوساطة خصائص ،متمثلة في دورها في حفظ العلاقات الودية بين الاطراف، كما انها تكفل قدرا من الخصوصية والسرية اثناء النزاع، فالوسيط يجب ان يحفظ قدرا من السرية بين الافراد والحرص على عدم تسرب كل ما يتعلق بالمنازعة[47]،

ويتشابه التحكيم والوساطة ومعهما الصلح في وجود طرف ثالث يسمى الوسيط إلا ان هناك فروق بين التحكيم والوساطة تتعلق بدور الوسيط ومهمته والنتيجة

[44] احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة 2010، ص، 284
[45] محمد عبدالله اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي، سنة 2010 ، 322
[46] عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت، مرجع سبق ذكره، ص، 39
[47] محمد عبدالله اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، مرجع سبق ذكره، ص، 322

التي يصل اليها من خلال وساطة حيث في التحكيم ينظر المحكم الى النزاع من الناحية القانونية والموضوعية وينزل عليه احكام القانون. اما الوسيط فانه مجرد معاون لأطراف المنازعة وذلك لغرض الوصول الى اتفاق بينهم.

كما يتمتع المحكم في التحكيم بسلطات كثيرة يواجه بها اطراف النزاع اما الوسيط فلا يملك سواء مساعدة اطراف النزاع باستخدام الوسائل التي تؤدي الى اجراء اتفاق بينهم[48]

الخاتمة

لقد حاولت هذه الدراسة المتواضعة أن تعرض المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر الاجنبي في الدولة المضيفة، والتي تؤدي الى منازعات الأمر الذي يتطلب الفصل فيها بالوسائل التي حددها المشرع في قانون تشجيع الاستثمار، ولقد خلصت الدراسة الى جملة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

اولا: النتائج

1- قد تلجأ الدولة الى اتخاذ بعض الاجراءات بما تتمتع به من سيادة تؤدي الى الاضرار بالمستثمر الاجنبي ومن ثم إحجام المستثمرين عن استثمار اموالهم في هذه الدولة، وذلك مثل التأميم ونزع الملكية وغيرها، ولذا فقد حظر المشرع الليبي أتخاذ مثل هذه الاجراءات في حق المستثمر الاجنب.

2- بحسبان المدد الطويلة التي يستغرقها تنفيذ عقد الاستثمار والتي يتعرض فيها المشروع الى مخاطر تغير الظروف، ولذلك تطلب الامر مواجهتها وذلك

[48] احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت، مرجع سبق ذكره، ص، 286

بإدراج الحلول في وتضمينها في العقد الاستثماري.

3- أجاز المشرع الليبي تشجيعا للاستثمار اللجوء الى وسائل بديلة من غير القضاء لفض المنازعات المترتبة عن العقود الاستثمارية، متمثلة في التحكيم وطرائق أخرى يمكن الاتفاق عليها.

ثانيا: التوصيات

1- العمل على تطوير النظام القضائي الليبي وذلك باعتماد قضاء متخصص يكفل سرعة حسم منازعات الاستثمار، وتبسيط إجراءات التقاضي، بما يشجع المستثمرين على اللجوء للقضاء الوطني.

2- دعم إدارة القضايا بكافة الامكانيات البشرية والمادية اللازمة، وبما يكفل حسن الاشراف على سير قضايا التحكيم المختلفة التي يقيمها المستثمرون ضد الدولة الليبية.

3- الدعوة الى تشكيل حكومة وحدة وطنية تنقل البلاد من حالة الانقسام السياسي الى التمثيل الموحد للدولة الليبية أمام الغير.

قائمة المراجع

اولا: الكتب

1-احمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية الدولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1975

2- احمد سلامة بدر علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الاداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، سنة 1991

3- انور سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة 2002

4–حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2004

5- حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، سنة200114

6- سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، سنة 2003

7- سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، سنة 2005

8- صبيح بشير مسكوني، القضاء الاداري في الجمهورية العربية الليبية، منشورات بنغازي، سنة 1974

9- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، بدون دار نشر، سنة 2010

10- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، سنة 1993

11- محمد رضا جنيح، القانون الاداري، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، سنة 2008

12- محمد عبدالله اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي، سنة 2010

13- محمد عبدالله الحراري، الرقابة على اعمال الادارة في القانون الليبي، دار المطبوعات الجامعة بالزاوية. سنة 2010

14- محمد عبد الحميد ابوزيد، القانون الاداري، الطبعة الثانية، سنة2007، بدون دار نشر

15- محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة 1999

16- ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، سنمة 2009

17- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، الطبعة الاولى، سنة 2002لقانون اللي

18- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، سنة 2007

ثانيا: الرسائل و الاطاريح

1- احمد حلمي خليل، عقود الامتياز البترولية واسلوب حل منازعاتها، إطروحة دكتوراه، غير منشورة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، سنة 2013

2- عبدالله كعباش، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2002

3- علي ابوبكر القديمي ، اثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد الاشغال العامة، اطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق جامعة صفاقس، سنة 2018

4- علي ابوبكر القديمي، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة طبقا للائحة العقود الادارية النافذة، رسالة ماجستير غير منشورة، الاكاديمية الليبية، سنة 2008

5- غسان علي علي، الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، أطروحة دكتوراه غير منشورة كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة2004

6- وليد الجيلاني الشراد، الحماية القانونية الوطنية لعقود الاستثمار الدولية من المخاطر غير التجارية، رسالة ماجستير غير منشورة، اكاديمية الدراسات العليا، سنة 2020

ثالثا: احكام المحكمة العليا الليبية منشورة بمجلة المحكمة وبأعداد مختلفة.