



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

ضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي " دراسة مقارنة "

اطروحة تقدم بها الطالب
ضرغام مكي نوري الشلاه

إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل وهي
جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في
القانون العام

باشراف
الأستاذ الدكتور إسماعيل صعصاع البديري
أستاذ القانون العام

1442 هـ

2022م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

صدق الله العلي العظيم

المائدة / 1

الإهداء

إلى

سكن روجي ... راما ... هديل ... حسن

روح الشهيد الخالد السيد د. علي جعفر وتوت

أبي الخالد في ذاكرة الوجدان رحمة ومغفرة

أمي

الباحث

شكر و عرفان

عقب رفع القلم عن الورق، واستمرار لمساته في العقل نحو المزيد من البحث، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى استاذنا الفاضل د. أسماعيل صعصاع لما قدمه لي من نصيحة وتوجيه علمي في سبيل انجاز هذه المهمة البحثية العسيرة ، كذلك كادر كلية القانون (موظفون وتدرسون) وبالأخص عمادة الكلية الموقرة ، لاسيما السيد العميد (أ.د. ميري الخيكاني) لتعاونهم معي بتوفير السبل الإدارية الكفيلة لإنجاز الأطروحة، لاسيما خلال الفترة الحرجة لمرضي العضال، ولا يفوتني ذكر النبيل د. خالد المعموري الذي قدم لي كل الدعم المعنوي وعائلته الكريمة في سبيل إنجاز العمل في الوقت المحدد، وهنا أعبّر عن أمتناني لمعهد العلمين و لمدينة دهوك / إقليم كردستان، وأخص منهم كاك جهاد وكاك جيفان وكادر فندق بامرني ، والسيد المهندس عمر ممتاز و المهندس علي علاء الدين السامرائي ، والسيدة تيريز والسيد بيل اللذان قدما لي مساعدة كبيرة في توفير قرارات تحكيم تتعلق بالأطروحة ، والسيد أحمد الجميلي، لما زودني من إرشادات تقنية في العمل مع برنامج الورد د. وسام كاظم لما بذله من جهود في توفير مصادر من دولة الإمارات العربية المتحدة ، ومن أنجز طباعة الاطروحة وتنضيدها السيد أسعد آل ثامر الخاقاني صاحب مكتب (المصدر العلمي) ، والصديق زيد السعيد الذي قدم لي الدعم اللازم .

واخيراً اعتذر لزوجتي واطفالي (راما وحسن) لما سببته لهما من عناء في سبيل

انجاز الاطروحة.

المستخلص

هذه الدراسة موضوع بالغ الأهمية في العقود الإدارية الدولية، بوصفها أدوات تستعين بها الدول لتحقيق مصلحة عامة تتمثل بالتنمية الاقتصادية وتطوير البنى الأساسية، من خلال استقدام أموال وخبرات اجنبية تفتقر اليها الدول، بالأخص الدول النامية. وهذا ما يُفسر الصلة وثيقة بين استحداث مزيد من الضمانات للمتعاقدين والعقد الإداري الدولي؛ بالنظر لما يمتاز به من خصائص تميزه عن العقد الإداري الداخلي، تُوسع من دائرة المخاطر التشريعية والإدارية والاقتصادية المحيطة به، وتؤدي إلى نفس أساسه الاقتصادي. كطول مدته وتعلقه بمشاريع اقتصادية باهضة الكلفة، فضلاً عن تنامي السلطان العام للدولة المتعاقدة بازدياد سيادتها على المستوى الداخلي والدولي. فوجود الضمانات الموضوعية في العقد الإداري الدولي يقوم على مرتكزين: الأولى موائمة العقد الإداري بمتطلبات التجارة الدولية، والثانية التوفيق بين مصلحتين اقتصاديتين متناقضتين. وذلك ما أدى إلى ظهور شروط الثبات التشريعي وتجميد العقد واستعادة التوازن الاقتصادي.

ولطالما إن مبتغى صلة الضمانات بالعقد الإداري الدولي هو بث روح الاطمئنان لدى المتعاقدين، بعدم تعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة إلى الضرر. ومراعاة لصلة العقد بالتجارة الدولية. تستكمل الضمانات دورها في سبيل ذلك نحو تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي والقانون الواجب التطبيق على المنازعة. فعمدت الدول على إجراء تعديلات تشريعية تتيح للمتعاقدين الخروج على قواعد الاختصاص وهي من النظام العام. تتيح للدولة والشخص الخاص الأجنبي المتعاقدين الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وتحديد إجراءاته واختيار القانون الواجب التطبيق. ومن هنا تُثار إشكالية حول أساس وجود هذه الضمانات الغير مألوفة في عقود القانون العام في العقد الدولي، وتأثيرها على طبيعته القانونية، ومدى فعاليتها في جذب الأموال والخبرات الأجنبية.

الفهرست	
الصفحة	الموضوع
أ	الآية
ب	الاهداء
ج	شكر وامتنان
د	المستخلص
8-1	المقدمة
130-9	الباب الاول: ماهية ضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
71-11	الفصل الاول : مفهوم العقد الاداري الدولي
24-12	المبحث الأول : تأصيل فكرة العقد الاداري الدولي
24-12	المطلب الأول : فكرة العقد الاداري الدولي في التشريع
19-13	الفرع الأول : الاتفاقيات الدولية
24-20	الفرع الثاني : القوانين الوطنية
28-24	المطلب الثاني : فكرة العقد الاداري الدولي في الاجتهاد القضائي
34-28	المطلب الثالث : فكرة العقد الاداري الدولي في الاتجاهات الفقهية
71-35	المبحث الثاني : عناصر العقد الاداري الدولي
52-35	المطلب الاول : العناصر الشكلية
41-36	الفرع الأول : وجود شخص معنوي عام طرف في العقد
52-41	الفرع الثاني : اكتساب العقد الصفة الدولية
71-53	المطلب الثاني : العناصر الموضوعية
62-53	الفرع الاول : اتصال العقد الاداري الدولي بمرفق عام
71-63	الفرع الثاني : الشروط الاستثنائية
130-72	الفصل الثاني : مفهوم ضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
94-73	المبحث الاول : تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
79-73	المطلب الأول : المضمون الاقتصادي لضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
76-73	الفرع الأول : التحرير الاقتصادي للعقد الاداري الدولي

الفهرست	
الصفحة	الموضوع
79 – 76	الفرع الثاني : المصلحة العامة المتوخاة من ابرام العقد الاداري الدولي
94 – 79	المطلب الثاني : المضمون الدولي لضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
82 – 80	الفرع الأول : الاختصاص القضائي بفض المنازعات المتعلقة بالعقد الاداري الدولي
94 – 82	الفرع الثاني : الالتزامات الدولية
130 – 95	المبحث الثاني : اساس ضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي وتكييفها القانوني
115 – 95	المطلب الاول : اساس ضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
104 – 95	الفرع الأول : حماية التوازن العقدي
115 – 105	الفرع الثاني : حماية التوازن الاقتصادي
130 – 116	المطلب الثاني : التكييف القانوني لضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
120 – 116	الفرع الأول : ضمانات المتعاقد شروط عقدية مستمدة من القانون الخاص
126 – 120	الفرع الثاني : ضمانات المتعاقد حلول قانونية مستمدة من القانون العام
130 – 126	الفرع الثالث : ضمانات المتعاقد شروط مستمدة من القانون العام الاقتصادي
258- 131	الباب الثاني : احكام ضمانات المتعاقد في العقد الاداري الدولي
188 – 132	الفصل الاول : الضمانات الموضوعية
156 – 134	المبحث الاول : مخاطر التفوق القانوني للدولة المتعاقدة
148 – 134	المطلب الاول : ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها الانفرادية
140 – 135	الفرع الاول : المخاطر الادارية
148 – 141	الفرع الثاني : المخاطر التشريعية
156 – 148	المطلب الثاني : ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها التقديرية (المخاطر الواقعية)
188 – 157	المبحث الثاني : الاستقرار القانوني والاقتصادي
170-158	المطلب الاول: التحصين القانوني للعقد الاداري الدولي
162 – 158	الفرع الاول: شرط تجميد مضمون العقد
170 – 163	الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي

الفهرست	
الصفحة	الموضوع
188 – 171	المطلب الثاني : الاستقلال الذاتي للعقد الاداري الدولي
179 – 172	الفرع الاول : نظريات استعادة التوازن المالي للعقد الاداري الدولي
188 – 179	الفرع الثاني : الاستقرار الاقتصادي للعقد الاداري الدولي
258 – 189	الفصل الثاني : الضمانات الاجرائية
217 – 190	المبحث الاول : التحكيم
207-190	المطلب الاول : ذاتية التحكيم
198 – 190	الفرع الاول : تعريف التحكيم
207 – 198	الفرع الثاني : شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الادارية الدولية
217-207	المطلب الثاني : آثار اتفاق التحكيم
209 – 207	الفرع الاول : استقلال اتفاق التحكيم
213 – 210	الفرع الثاني : التزامات اطراف اتفاق التحكيم
217 – 214	الفرع الثالث : القرار التحكيمي
258 – 218	المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
236 – 218	المطلب الاول : قانون الإرادة
227 – 218	الفرع الاول : شكل الاتفاق على قانون الارادة
236 – 227	الفرع الثاني : القيود التي ترد على قانون الارادة
258 – 237	المطلب الثاني : اعمال المحكم لسلطته في تحديد القانون الواجب التطبيق
240 – 237	الفرع الاول : الكفاية الذاتية للعقد
242 – 241	الفرع الثاني : اعمال فكرة تنازع القوانين
258 – 243	الفرع الثالث : التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق
267 – 259	الخاتمة
288 – 268	المصادر والمراجع
A - B	Abstract

المقدمة

أولاً: - التعريف بالموضوع:

برزت أهمية دراسة ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي عقب تزايد اهتمام الدول بالبحث عن اليات فعالة لتطوير وتنمية الحياة الاقتصادية، بالأخص ما دأبت عليه الدول النامية من استقطاب للأموال والخبرات الفنية اللازمة لاستغلال ثرواتها الطبيعية وتطوير البنى الأساسية عقب نيلها الاستقلال. ولكن هذا ليس بالأمر الهين؛ لتنامي الخشية لدى الشركات الأجنبية من القجوم والتعاقد؛ لأسباب عدة لعل أبرزها عدم استقرار نظامها القانوني والاقتصادي، مما قد يفاقم من احتمالية تعرض التوقعات المشروعة لتلك الشركات إلى مخاطر إدارية وتشريعية تحول تنفيذ العقد وفق ما تم الاتفاق عليه. وقد أدى ذلك إلى أن تقوم الدول بإجراء تعديلات تشريعية تنطوي على استحداث ضمانات توائم العقد الإداري الدولي مع الجدوى الاقتصادية المتوخاة من ابرامه وصلته بقواعد التجارة الدولية.

وعلى المستوى العالمي، فقد تغلب التوجه الليبرالي في تنظم العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود الدولية وتحريرها اقتصادياً على حساب جمود سيادة الدول، بالتزامن مع غلبة نهج العولمة الاقتصادية والقانونية في تنظيم العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود الدولية، بغض النظر عن تباين الأنظمة القانونية والاقتصادية المختلفة. وذلك ما كرسته أنظمة قانونية عالمية ارشادية لتنسيق المفاهيم القانونية والاقتصادية، في سبيل تسهيل انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية من دون ان تقف سيادة الدولة عائقاً. وهذا ما انعكس على ظهور تكتلات اقتصادية إقليمية وعالمية، تُغلب قواعد ذات صلة بالمصالح الحياتية المشتركة لمختلف الدول، لتكون بمثابة نظام عام دولي جوهره تسهيل انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية وحماية البيئة والصحة العامة وحقوق الانسان، وتحقيق التكافؤ الاقتصادي والعدالة الاجتماعية بين الشعوب.

من هذا كله، فقد أصبح تمسك الدول بالنظرية التقليدية للعقود الإدارية، مسلك يقف عائقاً أمام تحقيق المصلحة العامة التي هي جوهر قيام العقد الإداري، بطريقة تميزه بالتفوق القانوني للدولة المتعاقدة لضمان تحقيق المصلحة العامة. ولما كان مقتضى النسق التقليدي في التعاقد، دخول الدولة طرفاً في العقد بسلطانها العام على المستوى الداخلي والخارجي، يتعارض مع مستلزمات بناء علاقة عقدية عابرة للحدود الدولية، لذا وجدت الدول والمتعاقدين معها ضرورة

التراضي على ادراج المزيد من الشروط العقدية أو الحلول القانونية، لتتشابك مع النظام التعاقدى وتوائم طابعه الإداري مع فحواه الدولي والاقتصادي، ومن ثم تجعله يمتاز بطبيعة قانونية هجينة مؤلفة من قواعد القانون العام وفي بعض جوانبه من قواعد القانون الخاص، تتحالف فيما بينها لبناء آلية عقدية تناسب الأداء الاقتصادي للعقد. وعلى ذلك، فمرد أساس هذه الضمانات وتكييفها القانوني ينطلق من إقرارها بسلطان الإرادة وصولاً إلى وجود سماح قانوني يضيف الشرعية على ادراجها. وبذلك، فعلة إطلاق وصف الاستحداث على ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، مرده إنها شروط غير مألوفة في عقود القانون العام؛ لما تهدف إليه من بناء العقد الإداري بطريقة تقربه إلى أقرب نقطة التقاء مع قواعد عقود التجارة الدولية، شريط الاحتفاظ بقدر من التفوق القانوني للدولة المتعاقدة، وعلى نحو يُعزز مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد.

وتأسيساً على ما تقدم، فمبرر وجود هذه الضمانات من الناحية الموضوعية لا يتوقف عند مخاطر قلب اقتصاديات العقد، كما هو معمول به في أعمال نظريات التوازن المالي في العقود الإدارية التقليدية، بل إنها ضمانات شاملة تمتد إلى كل ما يصيب الاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد وحمايته من أي اضطراب يضر بالمصالح المشروعة والمتوقعة للمتعاقد. لذا برزت ضمانات التحصين القانوني للعقد الإداري الدولي والمتمثلة أساساً في ثبات مضمون العقد تشريعياً وإدارياً، ومن ثم تطورت إلى التسليم بقبول ممارسة الدولة لسلطانها العام، مقابل إعادة مراجعة العقد من قبل الطرفين لإعادة ترتيب ما استجد من التزامات على نحو يضمن الاستمرار بتنفيذه، وبالنتيجة أدى ذلك إلى استحداث شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد وإعادة التفاوض. ومن ناحية الضمانات الاجرائية، فالاتفاق على التحكيم يبدو أكثر فعالية من اللجوء للقضاء، من ناحية حسم المنازعة بسرعة واستقلالية تتلاءم مع الطبيعة الفنية التي تمتاز بها العقود الإدارية، فضلاً عن ذلك ان اتفاق التحكيم يمهد السبيل نحو اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة وفق توقعات أطرافها.

ثانياً: - أهمية الموضوع

تتجلى أهمية البحث في ان ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي تعد أدوات مؤثرة في التعاقدات الدولية، تستعين بها الدول لجعل العقد الإداري أكثر مواءمة مع أهدافه المتوخاة من تحقيق المصلحة العامة، والمتمثلة بتحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية من خلال التعاقد مع أشخاص أجنب من القانون الخاص يمتلكون التفوق الاقتصادي والفني اللازم لتنفيذ مشاريع اقتصادية ذات طبيعة استراتيجية. مما استدعى إبرام اتفاقيات دولية وإجراء تعديلات تشريعية لاستحداثها. ولعل ما نص عليه دستور جمهورية العراق عام ٢٠٠٥ والذي تبني الانفتاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار، مؤشراً صارخاً على أهمية تناولها؛ بغية اقتراح الحلول اللازمة في سبيل استقطاب المزيد من الشركات الأجنبية، للمساهمة بتحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية، والحد من شبكات الفساد التي تشوب التعاقد.

ثالثاً: - مشكلة الدراسة:

على الرغم من أهمية إدراج ضمانات مستحدثة في العقود الإدارية الدولية، إلا ان وجودها في عقد من عقود القانون العام يُثير الجدل حول عددها شروط دخيلة وغير مألوفة في هذه العقود؛ لدلالاتها الموضوعية المتعلقة بممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها الانفرادية بتعديل العقد او انهاءه وفق مقتضيات المصلحة العامة، فضلاً عن سلطتها التقديرية بشكل عام، مما يصيب النظام القانوني للعقد بعدم الاستقرار أو الاختلال بتوازنه. وقد استدعى ذلك بالمقابل تخلي الدولة المتعاقدة عن بعض جوانب من سلطانها العام أو التخفيف منه من خلال التحصين القانوني للعقد؛ لتوفير حماية كافية لتوازن العلاقة العقدية قانونياً واقتصادياً من التعرض إلى الاخلال أو الاضطراب، وكذلك إمكانية اتفاق الأطراف على تزويده بشروط عقدية تؤهله باتباع أساليب ذاتية لضمان استمرار استقراره الاقتصادي، فضلاً عن دلالاتها الإجرائية بالخروج على الاختصاص الأصلي لقضاء الدولة المتعاقدة وقضاءها بتسوية المنازعات المتعلقة به، وذلك باتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق.

واستناداً إلى ما تقدم ، يمكن ان تثار تساؤلات عدة لعل أهمها:

1- ما المقصود بضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي؟

2- ما صلة هذه الضمانات بالعقد الإداري الدولي ودورها في بناء نظامه التعاقدية؟

3- ما مدى تأثير المضمون الدولي والاقتصادي ل ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي في تحديد نطاقها؟ وأين تكمن فكرة الاستحداث فيها؟

4- ما دور ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي في تحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية وتجنيب الدولة التعرض للمسؤولية الدولية؟

5- ما أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي؟ وما تكييفها القانوني؟

6- ما طبيعة المخاطر التي أدت إلى استحداث ضمانات للمتعاقد في العقد الإداري الدولي؟

7- ما دور مركز التحكيم الدولية والاجتهاد القضائي في تطوير فكرة ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي؟

8- إلى أي مدى ساهمت ضمانات المتعاقد في الإداري الدولي في إيجاد نظام قانوني واقتصادي مستقر جاذب للأموال والخبرات الأجنبية؟

9- إلى أي مدى ساهمت القواعد الأمرة المستمدة من قواعد القانون العام الداخلي والدولي في تقييد نطاق الضمانات، لاسيما في مجال الصحة العامة والبيئة وحقوق الانسان؟

رابعاً: - نطاق الدراسة:

يتحدد جوهر نطاق الدراسة في تناول ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي؛ ذلك إن الأخير يعد مجالاً رحباً لوجود ضمانات المتعاقد؛ بالنظر للتركيبية العقدية المؤلفة من عقد اداري ودولي في الوقت نفسه. ومن ثم فإن ما ينطوي عليه العقد الإداري الدولي من ضمانات مستحدثة، مرده اتباع آلية عقدية وقانونية تضمن التعايش القانوني بين قواعد القانون العام والخاص على المستوى الدولي والداخلي. لذا فإن نطاق الدراسة يشمل القانون الإداري والقانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام، فضلاً عن قواعد دولية يُراعى فيها بناء العقد الإداري الدولي. ومن حيث التحليل القانوني للضمانات، فسيتركز البحث على الاهتمام بمبدأ سلطان الإرادة؛ لما يشكله من دور حاسم لتخلي الدولة المتعاقدة عن بعض ممارسات السلطان العام في تعديل العقد الإداري، أو الاتفاق مع المتعاقد على تسوية المنازعات المتعلقة به من خلال التحكيم، ومن ثم توجيه العلاقة العقدية نحو التحرر الاقتصادي بالاستناد إلى اتفاقيات دولية وتشريعات مقارنة في التشريع الفرنسي والمصري والعراقي، فضلاً عن قرارات تحكيم دولية

يمارس بموجبها المحكم دور تقييمي للقانون الواجب التطبيق و بيان مدى توافقه مع المعايير الدولية ذات الصلة.

خامساً: - منهج الدراسة:

تنتهج الدراسة منهجاً مقارن بين عدة أنظمة قانونية. والذي يجد له مجالاً أكثر ضمن إطار البحث في الحيز التعاقدى الذي تتواجد فيه الضمانات، أي مفهوم العقد الإداري الدولي. فيما يبرز الجانب التحليلي بشكل أكبر في إطار البحث في التكيف القانوني للضمانات و أساسها القانوني وأحكامها، معززاً بقرارات التحكيم الدولي والمقارنة بين النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية وعدد من التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الفرنسي والتشريع المصري والتشريع العراقي.

سادساً: - الدراسات السابقة

لم يتم تناول موضوع الدراسة بالشكل الذي يؤسس لنظرية عامة لضمانات المتعاقد في العقود الإدارية الدولية، فأغلب الدراسات قد تناولت ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي بشكل منفصل كل ضمانة على حدة، وهنا يكمن التأصيل في موضوع الدراسة من خلال محاولة إيجاد نظرية مشتركة تجمع بين هذه الضمانات. وبشكل عام، فمن أهم الدراسات التي تناولت موضوع البحث ما يأتي:

1- د. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، الطبعة الأولى: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧. تناولت الدراسة ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي بدلالة عقود الدولة الشبيهة بعقود القانون العام، واهتمت بتناول الضمانات كشروط مساعدة في بناء النظام التعاقدى المؤلف من خليط من القواعد القانونية المستمدة من عقود القانون العام والخاص، وما وجود ضمانات المتعاقد إلا وسيلة تواصل وتعايش للقانون الإداري والدولي الخاص والعام وقواعد التجارة الدولية، التي تشكل النظام القانوني للعقد الإداري الدولي، بوجود هذه الضمانات.

2- د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨. أهتم المؤلف بتكريس الطبيعة الإدارية للعقد الذي تبرمه الدولة بالرغم من وجود ضمانات المتعاقد في العقد الإداري ذي الصفة الدولية، كما أختار له هذه التسمية، بيد إنه ركز على الضمانات الإجرائية في

التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق، وتوصل الي إن هذه الضمانات الإجرائية لا تؤثر على الطبيعة الإدارية للعقد ذي الصفة الدولية الذي تبرمه الدولة مع اشخاص أجانب من القانون الخاص ما دام أن الدولة قد جهزته بشروط تسمو فيه قواعد القانون العام.

3- د. محمد عبد العزيز بكر: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية (فكرة العقد الاداري عبر الحدود الدولية)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، حلوان، ٢٠١٠. تناول فكرة الضمانات بتفصيل أكثر من ناحية تطورها التاريخي، وتأثيرها على الطبيعة القانونية للعقد الإداري الدولي التي أخرجت العقد الإداري العابر للحدود الدولية من النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة، والتي جاءت تجسيدا للفحوى الدولي والاقتصادي للضمانات المستحدثة، مستندا في ذلك إلى قرارات مراكز تحكيم دولية وقرارات القضاء الدولي، لكنه لم يضع نظرية مشتركة لها تضع تعريف محدد للضمانات وأساسها.

4- د. محمد عبد المجيد إسماعيل: القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠. كما كتب د. محمد عبد المجيد إسماعيل عدة مؤلفات عن العقد الإداري الدولي وما ينطوي عليه من ضمانات للمتعاقد، بيد إنه قد ركز في هذا المؤلف على البوادر الأولى لتأثير موجة التحرر الاقتصادي للعقود الإدارية بعد اجتياح فكرة العولمة والتي أدت إلى قيام الدول بإجراء تعديلات تشريعية، والتي تمثلت بتطور الاجتهاد القضائي نحو حث المشرع على تقنين التحكيم لما له من أهمية في جذب الأموال والخبرات الأجنبية، واعتماد مبدأ الدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد علاوة على ثبات سعر العقد، وهذا كله يعد مقدمات لتبني الضمانات الموضوعية في حماية توازن العقد واستقراره القانوني والاقتصادي.

5- د. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠. تناول المؤلف أهمية ضمانات المتعاقد في عقود النفط إزاء حماية مصالح الشركات النفطية، فتناول شروط الثبات وعدم المساس وشرط التحكيم، والتي ظهرت بوادرها مع حاجة الدول النامية لاستقطاب الأموال والخبرات الأجنبية لاستغلال الثروات الطبيعية.

6-د. هبة هزاع: توازن عقد الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١٦. تناولت في هذا المؤلف أهمية الضمانات بوصفها عوامل جذب للاستثمار الأجنبي في صورة من صور العقد الإداري الدولي وهو عقد الاستثمار. وما توصلت إليه هذه الدراسة هو إن الفحوى الاقتصادي والدولي للعقد الإداري الدولي يؤدي إلى توسيع دائرة المخاطر لتشمل مخاطر واقعية وقضائية.

7-د. محمد فوزي حامد عبد القادر، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٨. ركز المؤلف على الضمانات الموضوعية في شروط الثبات وعدم المساس، فضلاً عن شرط إعادة التفاوض أو استعادة التوازن الاقتصادي، وتوصل إلى أن هذه الضمانات تتسم بالمرونة والتطور حسب ما تواجهه من مخاطر إدارية وتشريعية واقتصادية، لذلك توصل إلى إن هذه الضمانات تكون ضرورة لازمة لتنفيذ العقد في الدولة التي يتسم نظامها القانون والاقتصادي بعدم الاستقرار.

سادساً: - خطة الدراسة:

سيتم البحث في موضوع ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي بتقسيمه على بابين، يسبقهما مقدمة. في الباب الأول سنتناول ماهية ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي من خلال تقسيمه على فصلين. في الفصل الأول سنتطرق إلى مفهوم العقد الإداري الدولي بتوزيعه إلى مبحثين، الأول يخص تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي. والثاني يتعلق بعناصر العقد الإداري الدولي. أما في الفصل الثاني فسيتم التطرق إلى مفهوم ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، من خلال توزيعه على مبحثين. في المبحث الأول سيتم تناول تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، والمبحث الثاني يتعلق بأساس الضمانات وتكييفها القانوني.

أما في الباب الثاني، فسيتم البحث في أحكام ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، وذلك يتطلب تقسيمه إلى فصلين، الفصل الأول يتعلق بالضمانات الموضوعية. وينقسم على مبحثين، في المبحث الأول سيتم دراسة مخاطر التفوق القانوني للدولة المتعاقدة. وفي المبحث الثاني سيتم التطرق إلى الاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد. واستكمالاً لتوفير الحماية

الكافية للمتعاقد فسيتم التطرق في الفصل الثاني إلى الضمانات الاجرائية، وعلى مبحثين. المبحث الأول يتناول التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري، وفي المبحث الثاني سيتم دراسة القانون الواجب التطبيق على المنازعة. وسنختتم هذه الدراسة بخاتمة نضمنها اهم الاستنتاجات والتوصيات التي تم التوصل اليها. والله الموفق.

الباب الأول
ماهية ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

ماهية ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

تمهيد وتقسيم

من الثابت، إن أساس مهام الدولة، يكمن بما تقوم به من تلبية لمتطلبات المصلحة العامة. وطبيعة هذه المتطلبات تتأثر إلى حد كبير بمفاهيم سياسية واقتصادية واجتماعية قابلة للتغيير. ومن ذلك، المصلحة العامة المتوخاة من إبرام العقود الإدارية الدولية التي تتمثل بتحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية. وذلك مما انعكس على فحوى هذه العقود. إذ جعلت منه مجال رحب للتأثير المتبادل بين القانون والاقتصاد. والذي بدأ يتنامى، عقب الحرب العالمية الثانية، نتيجة لاتساع مهام الدولة نحو التدخل في الشأن الاقتصادي، إلى حد تبلور عنها قيام علاقات اقتصادية عابرة للحدود الدولية تنطوي على ضمانات تتسجم مع النظام الاقتصادي عالمي. والقائم على اتباع سبل تعاقدية تُسهل عبور القيم الاقتصادية العابرة للحدود الدولية، وتشجيع التعاون الاقتصادي بين الدولة النامية والصناعية، ومن ثم تعزيز مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد بعدم تعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة إلى الضرر. فضلاً عن إيجاد مساحة قانونية مشتركة للتعايش بين الأنظمة القانونية والاقتصادية المختلفة.

بذلك، فتُعد ضمانات المتعاقد من أهم مظاهر التطورات الاقتصادية التي طرأت على النظرية التقليدية للعقد الإداري. فالعقود التي تبرمها الدول مع أشخاص أجنبي وأن ظهرت بواردها، بسياق عقود التجارة الدولية بوجود هذه الضمانات، لكنها تطورت لاحقاً نحو حلول قانونية لازمة لبناء نظام تعاقدى هجين من قواعد القانون العام والخاص، دون التخلي الكامل عن تفوق سلطانها العام في العلاقة العقدية. بالرغم من وجود اتفاق التحكيم وثبات العقد طيلة مدة تنفيذه وحرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق.

تأسيساً على ما تقدم، فإن الإشكالية الرئيسية التي سيتم البحث فيها ضمن هذا الباب، هي الصلة الوثيقة بين ضمانات المتعاقد - المستحدثة والدخيلة على عقود القانون العام - والعقد الإداري الدولي بوصفها متغيرات قانونية قد طرأت على النظرية التقليدية لعقود القانون العام العابرة للحدود الدولية، حتى أصبحت هذه الضمانات شروطاً عقدية وحلولاً قانونية، تتداخل ضمن النظام التعاقدى للعقد الإداري، لتستكمل بنائه بالكيفية التي تتلاءم مع مصالح التجارة الدولية لتؤثر في طبيعته القانونية وعناصر بناءه بطريقة متميزة عما هو مألوف في عقود القانون العام.

ومن ثم فإنه لا يمكن دراسة مفهوم ضمانات المتعاقد من دون التطرق أولاً إلى الحيز التعاقدية الذي تتواجد فيه، والمتمثل بالعقد الإداري الدولي.

بناءً على ما تقدم، فما يستلزمه البحث في ماهية ضمانات المتعاقد أن يتم تناول مفهومها أو أطرافها النظري بشكل عام، وذلك لا يمكن التوصل إليه من دون دراسة الحيز القانوني الذي تتواجد فيه، وهو العقد الإداري الدولي. لذلك سيتم تقسيم هذا الباب على فصلين، الفصل الأول - مفهوم العقد الإداري الدولي، الفصل الثاني - مفهوم ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي.

الفصل الأول
مفهوم العقد الإداري الدولي

الفصل الأول

مفهوم العقد الإداري الدولي

يمثل العقد الإداري الدولي حيزاً قانونياً ملائماً لاستحداث ضمانات، تُجسد دلالات تحرره الاقتصادي، والتخفيف من جمود فكرة سيادة الدولة، لصالح تسهيل انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية على الرغم من اختلاف الأنظمة القانونية، لما لهذه الضمانات من دور رئيس في بناء نظام تعاقدى هجين، ومن ثم يبدو أن هنالك ضرورة للبحث في مفهوم العقد الإداري الدولي بمسلك مختلف عما سواه من عقود القانون العام، يُراعى فيه الأخذ بنظر الاعتبار دور ضمانات المتعاقد في استكمال عناصر بناء علاقة عقدية ذات طابع اداري ودولي في الوقت نفسه.

فمن ناحية بناء شقه الإداري، فهو لا يختلف عن أي عقد اداري آخر، ومن ناحية صلته بالتجارة الدولية يستلزم فحص توافر صفته الدولية، ناهيك عن ضرورة عدم الاصطدام مع الطابع الإداري، مما يتطلب توافر عناصر مكملة لبناء نظامه التعاقدية متمثلة بضمانات مستحدثة. وذلك ما يظهر تأثيره على تعريف العقد الإداري الدولي وتأصيل فكرته. وهذا ما سيتم البحث فيه من خلال التطرق إلى تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي، وعناصر بنية العقد المتداخلة بين قواعد القانون العام والخاص. لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل على مبحثين، الأول يخص تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي، والثاني سيتطرق إلى عناصر العقد الإداري الدولي.

المبحث الأول

تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي

لعله ليس من السهولة بمكان، إيجاد تعريف جامع مانع للعقد الإداري الدولي. وما يدل على ذلك - كما سيتم تناوله لاحقاً - غياب نصوص صريحة في التشريع أو أحكام القضاء وقرارات مراكز التحكيم الدولي، تتناول تعريفاً محدداً للعقد الإداري الدولي، فضلاً عن اختلاف الآراء الفقهية في تبني مصطلح بعينه من الممكن أن يدل عليه. وعلى هذا النحو، فلا مناص من اتباع مسلك متميز للبحث، من خلال وضع فكرة العقد الإداري الدولي بتأطير عام، مناطه تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي، وذلك بالرجوع إلى نصوص التشريع وأحكام القضاء وآراء الفقهاء. وهذا ما سوف يتم تناوله في ثلاثة مطالب: المطلب الأول - تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في التشريع، المطلب الثاني - تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في الاجتهاد القضائي، المطلب الثالث - تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في الفقه.

المطلب الأول

تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في التشريع

يقتضي تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في التشريع، التمييز بين ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الدول - بالأخص النامية ضمن إطار الحراك الاقتصادي العالمي - لتشجيع تبادل القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية من جهة، والقوانين المقارنة للدول والتي جاء صدورها انعكاساً لتنامي النهج التدخلي للدول في الشأن الاقتصادي للمساهمة في تحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية من جهة أخرى. وفي الحالتين، تبدو هنالك صعوبة بالغة باعتماد نص صريح بعينه، ينطوي على تعريف للعقد الإداري الدولي. سوى ما يمكن التقاطه من عبارات، قد وردت في نصوص متفرقة. وذلك بمناسبة بيانها لنطاق التطبيق، فضلاً عما تنص عليه من سماح قانوني لإدراج ضمانات مستحدثة للمتعاقد غير مألوفة في عقود القانون العام، لضرورات تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية. وذلك ما سيتم التطرق إليه بتقسيم هذا المطلب على فرعين: الفرع الأول - الاتفاقيات الدولية، الفرع الثاني - التشريعات الوطنية.

الفرع الأول الاتفاقيات الدولية

انبثقت فكرة العقد الإداري الدولي مع ظهور مفهوم الدولة التاجرة عبر الحدود الدولية، التي اقتصررت على مجتمع دولي محدود بالدول الأوروبية⁽¹⁾. لكن، ومنذ بدايات القرن العشرين وعقب ظهور فكرة الدولة الحديثة، حتى إنشاء منظمة الأمم المتحدة، استحدثت الدول الكثير من المفاهيم في العلاقات الدولية. كالمساواة في السيادة، وتكافؤ حق الشعوب في التنمية والحصول على التكنولوجيا الحديثة لأجل الرفاهية والعيش الكريم. فتنامت رغبة الدول - بالأخص النامية - للمطالبة بالتححرر من إرث الدول الصناعية الكبرى، وأجرت تأميم لعدد من المشاريع الاقتصادية ذات الأهمية الاستراتيجية. لكن، في الوقت نفسه، هي بأمس الحاجة إلى إعادة النظر في علاقاتها الاقتصادية مع الدول الصناعية الكبرى، من خلال إبرام تعاقدات اقتصادية تضمن تفوقها السيادي من ناحية، وتلبي حاجتها الملحة إلى المال والتكنولوجيا الأجنبية لتحريك عجلة التنمية، التي تمتلكها شركات تابعة لدول صناعية كبرى من ناحية أخرى.

وما عزز من النهج المتقدم، بروز دور الأمم المتحدة والوكالات الاقتصادية والاجتماعية التابعة اليها وظهور تكتلات اقتصادية عالمية وإقليمية، لتُشجع التعاون الاقتصادي الدولي من أجل تحقيق مصلحة دولية مشتركة في التنمية وعدة تكتلات اقتصادية دولية كبرى، كاتفاقية اتحاد (NAFTA) الخاص بأمريكا الشمالية بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك، والاتحاد الأوروبي (EU) واتفاقية الشراكة العابرة للمحيط الهادي (T.T.T) واتفاقية الشراكة التقدمية(C.T.T.T)⁽²⁾.

(1) د. عبد العزيز محمد سرحان: العودة لممارسة القانون الدولي الأوروبي المسيحي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦.

(2) د. عبد الرؤوف جابر: الوجيز في عقود التنمية التقنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ١٣. وتم تعديل اتفاقية (NAFTA) باتفاقية ((USMCA)) أو ما يُعرف (NAFTA-2) بين الولايات المتحدة الأمريكية والولايات المتحدة المكسيكية وكندا، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٢٠٢٠/٦/١ واقتصررت على تغييرات تتعلق بالرسوم الجمركية. الرابط الخاص بقسم التجارة / الحكومة الأمريكية: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement> تاريخ الزيارة ٢٣/١٢/٢٠٢٠.

وفقاً لما تقدم، عمدت المنظمات الدولية، العالمية منها والإقليمية إلى إبرام اتفاقيات اقتصادية تنطوي على أحكام خاصة تتعلق بتنظيم إجراء معاملات اقتصادية دولية، تضمن قدرًا من التكافؤ الاقتصادي والقانوني بين الأطراف، مثل منظمة الأمم المتحدة والوكالات التابعة اليها⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس، فقد ساهمت الاتفاقيات الدولية -المتعلقة بالشأن الاقتصادي- ببناء منظومة قانونية واقتصادية عالمية، مرشدة ومكملة لدور التشريعات الوطنية. مناطها، إنشاء نظام قانوني دولي نموذجي، لتنظيم أحكام عقود دولية تنطوي على شروط مخففة من جمود فكرة السيادة، دون أن تمس جوهرها، وفي الوقت نفسه تُعزز من مرونة التواصل والتكامل بين الأنظمة القانونية والاقتصادية المختلفة⁽²⁾. وذلك ما أشار إليه قرار للمركز الدولي بفض منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID) في قضية شركة (MURPHY OIL CORPORATION) ضد الحكومة الكندية. إذ جاء فيه (...في هذا الصدد، تلاحظ المحكمة أن كلا الطرفين قد أشارا إلى ملاحظات اليونسترال كوثيقة تقدم إرشادات ذات صلة، تعد المحكمة أن العوامل الخمسة المحددة في ملاحظات اليونسترال هي من بين بعض العوامل...)⁽³⁾.

وعلى نحو ما تقدم، فمجمع ما تسعى إليه الاتفاقيات الدولية، هو إيجاد مساحة قانونية مشتركة تجمع بين مختلف الأنظمة القانونية، وتُسهل إجراء المعاملات الاقتصادية عبر الحدود الدولية لتحقيق العدالة الاجتماعية بين الشعوب، وحققها في الحصول على التنمية الاقتصادية وتطوير البنى الأساسية. وبذلك تعد الاتفاقيات الدولية - تحديداً المتعلقة بالنشاط الاقتصادي - من أهم مصادر القانون العام عبر الوطني.

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١٤، ص ١٦.

(2) TAIDA BEGIC: APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES, Eleven international publishing, 2005, P2.

(3) رقم القضية: (AF) (ARB) /4/07، بتاريخ ٢٠/٢/٢٠١٥ الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

https://www.italaw.com/sites/default/files/case_documents/italaw_4399-0.pdf

تاريخ الزيارة ١٥/٤/٢٠٢٠

وفحوى القانون العام عبر الوطني، ينطوي على الجمع بين المبادئ الجوهرية المشتركة لمختلف الأنظمة القانونية المختلفة وقواعد القانون الدولي العام، بغية خدمة المصالح الاقتصادية الدولية المشتركة، تستعين به مراكز التحكيم الدولية للبت في منازعات العقود الإدارية الدولية⁽¹⁾. وهذا ما أكدته قرار صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID) بتاريخ ١٩٨٥/٥/٣ بخصوص قضية بين شركة (Klockner) الألمانية والكاميرون، جاء فيه بان (...هيئة التحكيم تطبق أولاً قانون الدولة المتعاقدة وإذا ما خلا القانون من قاعدة تفصل في النزاع فأنها تطبق القانون الدولي لإكمال وتصحيح النقص. ومن مصادره (الاتفاقيات الدولية). كما نصت عليه المادة ٣٨/١ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية بشكل يساهم بتكملة قانون الدولة المتعاقدة لسد ثغراته والمعاونة على تفسيره...)⁽²⁾.

ومن الاتفاقيات الدولية التي تناولت العقد الدولي كأداة لتحرير التجارة الدولية اتفاقية الجات (GAT) التي اكتفت بتسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف المتعاقدة، من خلال التشاور والمفاوضات، لكنها لم تنشأ منظمة تشرف على تطبيقها. لذلك بذلت منظمة التجارة الدولية (WTO) التي حلت محل الجات، جهود حثيثة في تكريس الإطار المؤسسي العالمي للتجارة الدولية وتسوية المنازعات المتعلقة بها. فأنشأت لجنة تُسمى اليونسترال (UNCTRAL) عام ١٩٦٦⁽³⁾. وهي مختصر للأحرف الأولى باللغة الإنكليزية ل (United Nation Commission Trade Law) أو "لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية"، والتي تكفلت بوضع قواعد قانونية نموذجية خاصة بالمعاملات الاقتصادية الدولية، مصممة بطريقة ليس لها صلة بقانون دولة معينة لما تمثله من تنظيم ذاتي مهني، تستمد قوتها الملزمة من العقد المبرم لتتناسب مع كافة الأنظمة القانونية المختلفة للدول⁽⁴⁾.

(1) void v m daumais " : historique generale des technique " ,prese universitaire de France ، praise ،1978، p.32.

(2) أشار إليه د. صلاح الدين جمال: دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤. ص ٦٩.

(3) د. مصلح أحمد الطراونة: تقييم نظام تسوية المنازعات الناشئة (في إطار منظمة التجارة الدولية من منظور الدول النامية)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٦، ص ٣٦٠ وما بعدها.

(4) وتم إنشاء لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية استناداً الى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٢٠٥) (د-٢١) في ١٧/١٢/١٩٦٦، الرابط الخاص ب لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

تاريخ الزيارة ١٠/٥/٢٠٢٠ /ar2020/uncitral.un.org

وغالبا ما يعتمد الأطراف للإفلات من الخضوع للتشريعات الوطنية التي لا تتلاءم مع التطورات الاقتصادية، مع إمكانية أن يُضاف إليها المزيد من الشروط. فتبنت لجنة اليونسترال (UNCITRAL) قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) مع تعديلاته التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦. وقانون شراء السلع والإنشاءات والخدمات والذي اعتمده بتاريخ ١٩٩٤/٦/٥، الذي ينطوي على قواعد قانونية ذات طبيعة مهنية ونموذجية، تنشئ صياغة ارشادية لعقود تُعرف بال (FEDIC)⁽¹⁾، وهو مختصر لـ (international federation of consulting engineers) أي الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين⁽²⁾. ويمكن استنباط فكرة العقد الإداري الدولي من النصوص الخاصة بتنظيم أحكام عقود الفيديك، بأنه عقد مُبرم بين الإدارة مع المقاولين أو الموردين مهما كانت جنسيتهم، لتنظيم أشتراء السلع والخدمات والإنشاءات وتعزيز التجارة الدولية⁽³⁾.

فيما تطرقت اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا دول أخرى من خلال مركز التحكيم الدولي⁽⁴⁾، إلى فكرة العقود الإدارية الدولية، وهي بصدد بيان الاختصاص القانوني للمركز بأنه عقد طرفاه الدولة

(1) د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية (أدوات التنمية الاقتصادية)، بدون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٥.

(2) الرابط الخاص بالاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين:

. تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٥ <https://fidic.org/>

(3) نصت الفقرة (ب) من ديباجة القانون النموذجي الخاص باشتراء السلع والإنشاءات والخدمات (FEDIC) على (تعزيز وتشجيع مشاركة الموردين والمقاولين في اجراء الاشتراء بصرف النظر عن جنسيتهم بما يعزز التجارة الدولية). وجاء في المادة (٢/ط) (التعاريف)، ما نصه (الجهة المشتركة تعني: أي إدارة أو هيئة حكومية أو جهاز حكومي أو وحدة حكومية أخرى أو أي شعبة فرعية فيها او عدة وحدات منها..)، الرابط الخاص بلجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-procure-a.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٤/٢٢

(4) وقد أعتاد المستثمرون والحكومات قبل تأسيس المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ((ICSID على تقديم طلب الى رئيس البنك الدولي لتسوية المنازعات.

CATHARINE TITI, "Mediation in International Commercial and Investment Disputes", first edition, Oxford University Press Inc, New York, 2019, p122.

المتعاقدة ومواطن دولة متعاقدة أخرى، وموضوعه يتعلق بنشاط اقتصادي بقصد الاستثمار⁽¹⁾. ومن ثم فقد حددت فكرة العقد الإداري الدولي بأنه العقد المبرم بين دولة طرف في الاتفاقية أو أحد الأجهزة التابعة إليها، الذي تم تسميته من قبل الدولة للمركز (ICSID)، ومواطن دولة متعاقدة أخرى (مستثمر أجنبي) بقصد الاستثمار.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية الإقليمية، فيمكن التطرق إلى ما تضمنته الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١. إذ تناولت هذه الاتفاقية أطراف العقد الإداري الدولي وهي بصدد تناول اتفاق اللجوء إلى التحكيم؛ لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بين كل من أشخاص القانون العام وأشخاص أجنب من القانون الخاص. وهذا بعد ذاته اعتراف ضمني بفكرة العقد الإداري الدولي المبرم بين شخص معنوي عام وشخص خاص أجنبي، ويتضمن شرط التحكيم⁽²⁾. كذلك الحال بالنسبة إلى اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧. فحددت نطاق تطبيقها بالمعاملات التجارية الدولية، التي يكون أحد أطرافها إحدى الدول المتعاقدة والطرف الآخر أشخاص طبيعية أو معنوية أياً كانت جنسيتهم. وعلى هذا النحو، فجوهر فكرة العقد الإداري الدولي في هذه الاتفاقية، تعني أي تعاقد بين أحد الدول الأعضاء أو

(1) الفقرة (١) من المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا دول أخرى (...بين دولة متعاقدة (أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز) وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة). يمكن الاطلاع على نص الاتفاقية في الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ISCID)

:

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partA-chap02.htm>.

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٢.

وانضم العراق إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢، منشور في جريدة الوقائع العراقية، ٤٢٨٧٣ بتاريخ ٢٩/٧/٢٠١٣.

(2) المادة (٢) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١، الرابط الخاص بالاتحاد الأوروبي:

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list//conventions/rms/090000168006b649>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٤

وبدأ العمل بمسودة الاتفاقية عام ١٩٥٤. ومن ثم أقرت بتاريخ ٢١/٤/١٩٦١، ويبلغ عدد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية (٣١) دولة وتشمل دول أخرى خارج النطاق الأوروبي كيوركينا فاسو وكوبا، فيما لم تدخل أوربية أطرافاً فيها كهلندا وفنلندا وروسيا.

GRAY B BORN, "International Commercial Arbitration, Kluwer law, Netherland, Volume1,2021, p102.

الأجهزة التابعة اليها وشخص طبيعي أو معنوي أياً كانت جنسيته، لإقامة تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها، أو تكون لهم مقار رئيسية فيها⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر، فالمسلك المتقدم بانطواء الاتفاقيات الدولية (الجماعية والثنائية) على قواعد ارشادية تشجع انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية، لتعزيز سبل التعاون الاقتصادي بين الدول النامية والدول الصناعية الكبرى بشكل يصب لمصلحة مراعاة حاجة الدول النامية الحصول على التكنولوجيا اللازمة للتنمية دون المساس بسيادتها، ينسجم تماماً مع مقاصد منظمة الأمم المتحدة والوكالات التابعة اليها، التي تُكرس السعي إلى تبني حلول جذرية للمشكلات الاجتماعية والاقتصادية المسببة للصراعات السياسية والمسلحة، بوصفها أحد وسائل تحقيق الأمن الجماعي⁽²⁾. وهنا يبرز المضمون الدولي لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، فضلاً عما تفرزه هذه الضمانات من أهمية بالنسبة إلى الدول النامية، كونها أداة قانونية بيد الدول لتحقيق مصلحة دولية مشتركة، تتمثل بالتنمية وتطوير البنية الأساسية.

وعلى أساس ما تقدم، يمكن القول: إن جوهر تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في الاتفاقيات الدولية، يرتبط بشكل وثيق بما يرد فيها من نصوص ذات صلة بضمانات المتعاقد، والتي تبدو بمظهر قواعد ارشادية، تستعين بها الدول على اختلاف أنظمتها القانونية والاقتصادية لإبرام عقود إدارية دولية مرنة، تُسهل عملية انتقال القيم الاقتصادية والخبرات عند الحدود، ويُراعى فيها متطلبات التجارة الدولية والضوابط الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان المالية

(1) المادة (٢) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ (تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أياً كانت جنسياتهم من يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها). د. محمود علي الرشدان: قانون التحكيم الأردني - الطبعة الأولى - دار اليازوري العلمية، عمان (الأردن)، سنة ٢٠١٦، ص ٢١٥.

(2) د. مصطفى أبو الخير: القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، دار الجنان للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٧، ص ٤٥٥.

وجاء في مقاصد ومبادئ هيئة الأمم المتحدة، ما يلي (مقاصد ومبادئ الأمم المتحدة تقوم على حفظ السلم والأمن الدولي، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم وإزالتها تحقيقاً لتعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية..)، وللتفصيل أكثر ينظر المواد (١٣،٧،١) الرابط الخاص ب ميثاق الأمم المتحدة:

<https://www.un.org/ar/sections/un-charter/chapter-iii/index.htm> .

تاريخ الزيارة ١٢/٦/٢٠٢٠.

والبيئة. وهذا المسلك في التعاقد مرهون بما يمكن أن تبديه الدول من سماح قانوني بتخفيف عوائق جمود فكرة السيادة في تشريعاتها، باستحداث المزيد من الضمانات التي تجعل من العقد الإداري الدولي أداة لتقليل التفاوت الاقتصادي بين الشعوب. وما يدل على ذلك إن هذا المسلك في التعاقدات الدولية، غالباً ما تلجأ إليه الدول النامية. إذ تسعى إلى إبرام اتفاقيات ثنائية تنطوي على ضمانات وامتيازات وحوافز لاستقطاب الأموال والخبرات الأجنبية.

وعلى الرغم مما تلعبه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالشأن الاقتصادي من دور في ترسيخ قواعد قانونية نموذجية ارشادية تستعين بها الدول، لتنظيم أحكام عقودها الإدارية الدولية، من ناحية موضوعية وصولاً إلى تسوية المنازعات المتعلقة بها. إلا أنه يشوبها قصور واضح في تناول فكرة العقد الإداري الدولي بشكل قاطع؛ لأسباب تعود إلى إصرار الدول على التمسك أو التخفيف من سلطان السيادة، بحسب حاجتها الاقتصادية، مما ينعكس على تباين موقف الأنظمة القانونية المختلفة للدول من فكرة العقد الإداري الدولي وما ينطوي عليه من ضمانات المتعاقد. فالحاجة الاقتصادية للدول النامية، قد استدعت منها أن تأخذ بنظر الاعتبار ادراج ضمانات للمتعاقد تؤهل العقد الإداري اقتصادياً؛ لاستقطاب الأموال والخبرات الأجنبية، بخلاف ما سارت عليه الدول الصناعية الكبرى، والتي حرصت على إيجاد ضمانات ذات طبيعة سيادية تخص مصالحها الاقتصادية، كضمان سرية التكنولوجيا التي تقدمها إلى الدول النامية وضمان تطبيق القانون الدولي العرفي المتعلق بحماية حقوق الإنسان، كما هو معمول به في الأمم المتمدنة.

الفرع الثاني

القوانين الوطنية

بصورة عامة تقوم التشريعات على مسألتين، الأولى فهم وقائع الحياة والثانية وضع القواعد القانونية المناسبة لمواجهة تلك الوقائع بسياق تقديري لا تقريري⁽¹⁾. ولعل المثال الواضح ما تتسم به قواعد القانون الإداري من مرونة وقابلية على التطور، بالأخص تلك التي تتعلق بتنظيم أحكام العقد الإداري؛ لجعله أكثر مواكبة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي تطرأ على فكرة المصلحة العامة التي يهدف إليها⁽²⁾.

وعلى أساس ذلك، انبثقت بوادر فكرة التفرقة بين عقود الإدارة الخاصة والعامة بتحديد القانون، عملاً بمعيار السلطة العامة، ومن ثم طورها مجلس الدولة الفرنسي، نحو إيجاد معايير قضائية لتمييز العقود الإدارية بحسب طبيعتها. وعقب تنامي العلاقات الاقتصادية الدولية بمرونة أكبر وفقاً لمقتضيات النفع العام، أجرت الدول عدة تعديلات على قوانينها، واستحدثت مزيداً من الشروط - غير المألوفة في عقود القانون العام - التي تجعل من العقد الإداري أكثر ملائمة مع أثره الاقتصادي العابر للحدود الدولية⁽³⁾.

وباستقراء المستجدات التشريعية التي تناولت أحكام العقود الإدارية الدولية، يتضح بشكل جلي ما يشوبها من غموض بخصوص تحديد فكرة العقد الإداري الدولي، سوى ما يمكن استنباطه من نصوص مشتتة، وردت في عدة قوانين بمناسبة التطرق إلى معيار دولية عقود إدارية اقتصادية، أو ما تستلزمه من سماح قانوني للدولة المتعاقدة؛ لاستحداث شروط غير مألوفة في عقود القانون العام تُعد بمثابة ضمانات للمتعاقد لاستقطابه نحو التعاقد.

ففي فرنسا يمكن القول إن قانون (Eurodisney) والذي صدر بمناسبة إجازته لإدراج شرط التحكيم في العقود الدولية التي تبرمها أشخاص من القانون العام⁽⁴⁾، قد وضع الإطار العام لفكرة العقد الإداري الدولي في التشريع الفرنسي. إذ بموجب هذا القانون يمكن تعريف العقد

(1) د. حسن على الذنون : فلسفة القانون، الطبعة الأولى، الجامعة المستنصرية، ١٩٧٥، ص ١٣٢ .

(2) د. شاب توما منصور: آراء في أساس القانون الإداري، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن، السنة الرابعة، ١٩٧٠، كلية القانون والسياسة، بغداد، ص ٩١.

(3) د. سعاد الشرقاوي: مصدر سابق، ص ٤.

(4) L. NEVILLE BROWN: French Administrative Law, fifth edition, Oxford University Press Inc, New York, 1998, p30.

الإداري الدولي، بأنه العقد الذي تبرمه الدولة أو المؤسسات العامة والجماعات الإقليمية مع شركة أجنبية، لتشغيل عمليات اقتصادية (مرافق عامة اقتصادية) بغية تحقيق نفع قومي (مصلحة عامة). ويمكن تضمينه شرط التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة به عن التفسير أو التنفيذ بعد استحصال موافقة مجلس الوزراء لكل حالة على حدة بناءً على توصية الوزير المختص⁽¹⁾.

أما المشرع المصري، فإنه لم يفرد نص معين يحدد فكرة العقد الإداري الدولي بل تطرق إليها في نصوص متفرقة، وردت في عدة قوانين تتعلق بتنظيم أحكام العقود الإدارية الاقتصادية، تحديداً بما تنطوي عليه من ضمانات وأطرافها. ومن أهمها، ما جاء في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية. إذ يمكن استنباط فكرة العقد الإداري الدولي بأنه: عقد تبرمه الدولة بوصفها شخص معنوي عام ضمن إطار التجارة الدولية، مما يستلزم اتفاق طرفيه اللجوء إلى التحكيم⁽²⁾. وفي أواخر التسعينات، تبنى المشرع المصري مجموعة قوانين خاصة بتنظيم أحكام عقود البوت (B.O.T) في مجال تطوير قطاع الكهرباء والطرق العامة والطيران والموانئ. وبموجب بنود نصوص القوانين المشار إليها سلفاً، تبدو فكرة العقد الإداري الدولي متجسدة بالعقد الذي يبرمه شخص معنوي عام وشخص أجنبي من القانون الخاص، بقصد انشاء أو تسيير مرفق عام اقتصادي أو خدمي، مستعيناً في سبيل ذلك بوسائل القانون العام⁽³⁾.

أيضاً، يمكن رصد فكرة العقد الإداري الدولي لدى المشرع المصري في قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، إذ أنه عقد مبرم بين جهة إدارية وشخص أجنبي من القطاع الخاص، تقل نسبة مساهمة المال العام المصري في رأسماله عن ٢٠٪، أو التحالف بين اثنين أو أكثر من الأشخاص الاعتبارية

(1) نصت (٩) من قانون (Eurodisney)، الصادر في ١٩ آب ١٩٨٦ على (يجاز للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرم تتعلق مع شركات أجنبية لتحقيق عمليات للمصلحة الوطنية، إدخال بند التحكيم عند الاقتضاء، من أجل تسوية نزاعات بتطبيق هذه العقود وتفسيرها). د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية بيروت، سنة ٢٠١١ ص ٢٩٤.

(2) المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٦ (تابع) في ٢١/٤/١٩٩٤.

(3) المستشار سامح سيد محمد: موسوعة القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية، بدون رقم طبعة، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٩، ص ٢٥ وما بعدها.

الأجنبية التي تقل نسبة مساهمة المال العام عن ٢٠٪ لتشغيل القطاع الخاص في الشراكة الاستثمارية مع الدولة، بغية إنشاء وتطوير وإصلاح وتأهيل البنية التحتية^(١). فيما ذهب قانون الاستثمار المصري المعدل وهو بصدد بيان أطراف عقد الاستثمار ومعياري دوليته ومُظهرًا أهميته كعقد تنموية إلى تعريفه: بالعقد الذي تبرمه جهة إدارية مع مستثمر أجنبي بقصد الاستثمار لتسيير أو تنفيذ مرافق عامة في قطاع الصناعة، الزراعة، التجارة، التعليم، الصحة، النقل، السياحة، الإسكان، التشييد والبناء، الرياضة، الكهرباء، الثروات الطبيعية، المياه، الاتصالات والتكنولوجيا، ويجوز للوزير إضافة قطاعات أخرى وفقا لخطة التنمية^(٢).

وفيما يتعلق بالعراق، فعلى الرغم من تبني الدولة العراقية فلسفة اقتصاد السوق، وفقاً لما نص عليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من إصلاح للاقتصاد العراقي وفق أسس حديثة^(٣)، إلا إن المشرع العراقي لم يزل يفتقر إلى نظام قانوني متكامل، يُشير إلى تبنيه لمبدأ التحرر الاقتصادي للعقد الإداري. كما هو معمول به لدى المشرع المصري، فالتشريع العراقي يفتقر إلى قانون التحكيم، وقانون التزام المرافق العام، وقوانين خاصة بعقود البوت، وقانون للمشاركة بين القطاع العام والخاص^(٤). فيما يبدو قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل. أكثر وضوحاً في إبراز مظاهر التحرر الاقتصادي للعقود الإدارية وفق ما هو معمول به في قواعد التجارة الدولية. وهو بصدد بيانه لأطراف عقد الاستثمار يمكن تعريف العقد الإداري الدولي،

(١) المادة (١) من الفصل الأول (الأحكام العامة) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ المعدل (...الوزارات والهيئات العامة، الخدمية والاقتصادية وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الوزراء. المستثمر: القطاع الخاص الذي يشارك في المنافسة على الفوز بأحد عقود المشاركة طبقاً لأحكام هذا القانون. القطاع الخاص: الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي (...). منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٩) مكرر(أ)، السنة الثالثة والخمسون، جمادي الآخرة سنة ١٤٣١ الموافق ١٨ مايو، سنة ٢٠١٠.

(٢) المادة (١) من الفصل الأول (التعريفات) من قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل. منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢١) مكرر (ج) في ٢٠١٧/٥/٣١.

(٣) المادة (٢٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ (تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتوزيع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته). منشور في الوقائع العراقية، في العدد (٤٠١٢) بتاريخ ٢٨/١٢/٢٠٠٥.

(٤) د. امير فرج يوسف: الموسوعة الشاملة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠١٦، ص ٢٨.

العقد المبرم بين شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي مسجل في بلد أجنبي، والهيئة (الهيئة الوطنية للاستثمار أو هيئة الإقليم أو هيئة المحافظة حسب الأحوال)، بقصد الاستثمار⁽¹⁾. كذلك الحال بالنسبة إلى ما ورد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة، وهي بصدد تناول نطاق سريانها. وبموجبها، فيراد به العقد الذي يكون أحد طرفيه الجهات التعاقدية الرسمية والطرف الآخر جهات غير عراقية (أجنبية). لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية⁽²⁾.

يظهر مما تقدم، أن جميع التشريعات المقارنة إنها تقتصر إلى نص صريح يتضمن مصطلح (العقد الإداري الدولي) سوى ما اكتفت به من إشارة ضمنية إلى أطراف العقد الإداري، فمن الممكن أن يكون طرف أجنبي، فيما جمعت بين أحكام العقود الإدارية، سواء داخلية أم دولية على أساس اقتصادي ووضوح تناول التشريعات الوطنية لفكرة العقد الإداري الدولي مرهون بالفلسفة الاقتصادية المتبناة. وما يدل على ذلك، ان بعض التشريعات تبدو أكثر قبولاً للاعتراف بعقود إدارية دولية تتطوي على المزيد من الضمانات للمتعاقد؛ لتعزز من مظاهر تحررها الاقتصادي، بغية جذب المزيد من الأموال والخبرات والأجنبية للمساهمة بتلبية مقتضيات النفع العام. وذلك يقتضي توافر قدر من الانسجام بين التشريعات الوطنية، وما تبرمه الدول من اتفاقيات دولية مشجعة لقدم متعاقدين أجنب، وبخلافه فستعرض الدولة إلى المسؤولية الدولية جراء إخلالها بالتزام تعاقدي، وذلك ما يؤكد الفحوى الدولي للضمانات، وذلك مما يستدعي وجود نوع من الانسجام بين التشريعات الوطنية، وما تبرمه الدول من اتفاقيات دولية مشجعة لقدم أموال وخبرات أجنبية.

(1) البند (عاشراً) من المادة (١) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل. منشور في الوقائع العراقية، العدد (٤٠٣١)، بتاريخ ٢٠٠٧/١/١٧

(2) البند أولاً من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة. الرابط الخاص بوزارة التخطيط العراقية،

<https://mop.gov.iq/office-ministry/view/details?id=19&sub-content=111&id-sub-content=0&sub2content=not.hing> . تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١

المطلب الثاني

تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في الاجتهاد القضائي

ما يميز القضاء الإداري، هو دوره الانشائي لقواعد القانون الاداري عند الفصل بالمنازعة الادارية المعروضة أمامه، عكس ما هو معمول به في القضاء العادي، اذ يوصف بكونه قضاء تفسيري. ولذلك يُعد القانون الإداري قانوناً قضائياً المنشأ غير مقنن، مما يجعله قانوناً يتسم بالمرونة والتطور بشكل مضطرد، ليطمأنى مع مستلزمات سير العمل بالمرافق العامة، وما يطرأ عليها من مستجدات اقتصادية واجتماعية (1). وبذلك، يؤدي اجتهاد القضاء الإداري دور حاسم وفعال في إرساء وتطوير قواعد القانون الإداري، خاصة بما يتعلق بالعقود الإدارية.

وعلى ذلك، فقد أبتكر مجلس الدولة الفرنسي معايير قضائية لتمييز العقد الإداري، بحسب طبيعته الذاتية، باشتراط صلته بمرفق عام. وعقب التطور الاقتصادي الذي طرأ على فكرة المرفق العام وظهور المرافق العامة الاقتصادية، ذهب اجتهاد القضاء الإداري إلى ضرورة تضمينه شروط استثنائية؛ لإثبات توجه نية الشخص المعنوي العام المتعاقد اللجوء إلى وسائل القانون العام (2). وعلى هذا النسق، فمن البديهي أن يتصدى القضاء الاداري لمعايير تمييز العقد الإداري الدولي شأنه في ذلك شأن أي عقد اداري، سوى ما يتعلق بأثره الاقتصادي العابر للحدود الدولية، حتى أجتهد بضرورة تضمينه شروط غير مألوفة في العقد الإداري التقليدي، لموائمته مع صلته بمصالح التجارة الدولية.

والسبيل الذي سلكه القضاء الإداري في سبيل تأطير فكرة العقد الإداري الدولي، تناوله لمدى إمكانية انطوائه على ضمانات للمتعاقد غير مألوفة في عقود القانون العام، تحديداً شرط التحكيم الذي ينزع اختصاص فض المنازعات المتعلقة به من القضاء لصالح هيئة تحكيم، حتى انتهى إلى حث المشرع على توفير نظام قانوني للعقد الإداري الدولي يتلاءم مع طبيعته الخاصة، استناداً إلى نص بالسماح القانوني لإدراج ضمانات للمتعاقد غير مألوفة في النظرية التقليدية لعقود القانون العام؛ نظراً لحاجة الدولة الماسة إلى الأموال والخبرات الأجنبية، والتي تستوجب تجهيز العقد بالمزيد من الضمانات المتعلقة بصلته بمصالح التجارة الدولية.

(1) د. مازن ليلو راضي وآخرون: القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة يادكار، السليمانية، ٢٠٢٠، ص ٦٤.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري (الكتاب الرابع)، المركز القومي

للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص ٥.

وهذا يعني إيجاد حلول قانونية توائم الطبيعة الإدارية للعقد، المتعلقة بقواعد القانون العام مع تعلقه بمصالح التجارة الدولية⁽¹⁾. لذا تبنت أحكام القضاء الإداري وفتاويه مبدأ عام، يقضي بحتمية وجود نص صريح يرد استثناءً في القوانين الوطنية أو الاتفاقيات المنظمة اليها الدولة الطرف في العقد مع دولة المتعاقد الذي يحمل جنسيتها، يبيح إدراج شرط التحكيم في العقد الإداري الدولي، الذي يسلب الاختصاص القضائي للدولة المتعاقدة ويحيله إلى هيئة التحكيم، فضلاً عن تعهد الدولة المتعاقدة بثبات مضمون العقد وعدم المساس به عند التنفيذ، وإبقاء نظامه القانوني كما كان عليه لحظة إبرامه. وذلك ما سيتم تناوله بالتفصيل في الباب الخاص بأحكام ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي.

لقد اقرت الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي بوجود عقود إدارية دولية تتضمن شرط التحكيم، شريطة وجود نص صريح يسمح بذلك، كما جاء في رأيها الاستشاري الصادر بتاريخ (١٩٨٦/٣/٦) ب (... رفض شرط التحكيم إلا إذا نص صراحة على ذلك في اتفاق دولي أو قانون داخلي... وحيث أنه لا يوجد مثل هذا القانون وذلك الاتفاق فيكون شرط التحكيم باطلاً...) (2). أيضاً ما سار عليه مجلس الدولة المصري في مضمون الفتوى الصادرة عن قسم الفتوى والتشريع، بخصوص قضية المجلس الأعلى للأثار وشركة إنكليزية. وجاء فيها (... أما لجوؤها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء ... وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها. وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي...) (3).

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول بأن قوام اجتهاد القضاء الإداري في فرنسا ومصر بخصوص تأصيل فكرة العقود الإدارية الدولية، هو الإقرار بوجود عقود إدارية دولية تتطوي على ضمانات مستحدثة عن صلتها بمصالح التجارة الدولية، مُستتدة في ذلك إلى سماح قانوني استثناءً على قواعد القانون العام وقواعد الاختصاص.

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: مصدر سابق، ص ١٩.

(2) د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الثاني)، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

(3) الفتوى رقم (١٦٠) بتاريخ ٢٢/٢/١٩٩٧ أشار إليها د. محمد عبد المجيد إسماعيل: مصدر سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

أما مجلس الدولة في العراق، فقد غاب عن الدور الانشائي للقانون الإداري. تحديداً فيما يتعلق بتطوير القواعد القانونية الخاصة بالعقود الإدارية. بسبب قصر المشرع العراقي ولاية مجلس الدولة على النظر في المنازعات الإدارية المتعلقة بصحة الأوامر والقرارات الإدارية غير المشروعة، على الرغم من تبنيه للنظام القضائي المزدوج في التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة⁽¹⁾. تاركاً تسوية منازعات العقود الإدارية لولاية القضاء العادي⁽²⁾. بيد إن ذلك لم يمنع محكمة التمييز من تطبيق مبادئ النظرية التقليدية المعمول بها في عقود القانون العام عند النظر بمنازعات ذات صلة بالعقود الإدارية، على سبيل المثال حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١١/٢١ (... ولما كان العقد الذي ابرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام، متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة بأجراء مناقصة عامة واشترطت تأمينات وغرامات التأخير، فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص، بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للأفراد...)⁽³⁾.

أضافة الى ما تقدم، فقد بان تأثير النظام الانجلوسكسوني على طبيعة العمل في النظام القضائي، بشكل أكبر عقب الاحتلال الأمريكي عام ٢٠٠٣. والذي عزز من تمسكه بالمبادئ القانونية المقررة في النظام القضائي الموحد (الانجلوسكسوني)، الذي لا يميز عقوداً للإدارة تنطبق

(1) تبني العراق النظام القضائي المزدوج استناداً الى التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بموجب القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩. منشور في الوقائع العراقية، العدد (٣٢٨٥)، ١٩٨٩/١٢/١١، وأصبح مجلس الدولة هيئة مستقلة عن وزير العدل باسم (مجلس الدولة) بموجب القانون رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٤٤٥٦)، بتاريخ ٢٠١٧/٨/٧. د. مازن ليلو راضي وآخرون، مصدر سابق، ص ٩٤-٩٧.

(2) جاء في البند (رابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام...). منشور الوقائع العراقية، العدد ١٩٧٩/٠٦/١١-٢٧١٤. فيما أكدت المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على (ولاية المحاكم المدنية في الفصل بكافة المنازعات إلا ما استثني بنص)، منشور في الوقائع العراقية، العدد ١٧٦٦، بتاريخ ١٩٦٩/١١/١٠ وللتفصيل يُنظر. د. سحر جبار يعقوب: الجزاءات الإدارية في عقد التوريد. الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠٢٠، ص ١٠٢.

(3) رقم الاضبارة (٢٥٢٧/حقوقية/٩٦٦) بتاريخ ١٩٦٦/١١/١٢ أشار اليه د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري، جامعة بغداد، بدون طبعة، سنة ٢٠١٠، ص ١٨٢.

عليها قواعد القانون العام، مع قضاء اداري للنظر بمنازعات تتعلق بالعقود الإدارية⁽¹⁾. لاسيما أن النظام القانوني الأمريكي، يُعد مثلاً صارخاً للنظام القضائي الموحد. ومن ثم، فلم يزل القضاء العادي، هو صاحب الولاية العامة بتسوية منازعات العقود الإدارية بتشكيل محاكم متخصصة بالمنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

ولرئيس مجلس القضاء الأعلى في العراق بناءً على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة بداءة للنظر في نوع واحد أو أكثر من الدعاوي⁽²⁾. وعلى هذا الأساس، فقد أصدر مجلس القضاء الأعلى في الآونة الأخيرة بيان يقضي بتشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية (محكمة البدءة المختصة بالدعاوي التجارية)، للنظر بدعاوي العقود الحكومية التي تكون فيها دوائر الدولة طرفاً في العقد بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، والمنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار بموجب القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ والدعاوي التجارية التي يكون أحد أطرافها من العراقيين⁽³⁾.

ووفقاً لأعلاه، يبدو بشكل واضح إن القضاء الإداري في العراق لا يمتلك أي سند قانوني يمنحه صلاحية ممارسة الدور الانشائي اللازم لتطوير قواعد القانون الإداري، ذات الصلة بالعقود الإدارية ذات الطبيعة الاقتصادية، لمواءمتها مع الفلسفة الاقتصادية المتبناة من قبل الدولة بعد صدور دستور جمهورية العراق عام ٢٠٠٥، والذي أكد على اقتصاد السوق وتشجيع الاستثمار وجذب الأموال والخبرات الأجنبية. لاسيما إن العراق دولة نامية تُعاني من تفشي آفة الفساد الإداري والمالي، بمستويات خطيرة. ومن هذا المنطلق تبرز ضرورة ملحة إلى توسيع صلاحية القضاء الإداري، ممثلاً بمجلس الدولة لفض منازعات العقود الإدارية؛ لأنه القضاء الأكثر دراية ومهنية بتطوير القواعد الحاكمة للعقود الإدارية. ومنحه فرصة أكبر نحو استنهاض دور المشرع العراقي وارشاده نحو سد ثغرات القوانين النافذة أو تطويرها بما يتناسب مع مستجدات المصلحة العامة، سيساهم بسد الثغرات التشريعية المتعارضة مع المستجدات

(1) د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية: الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٠٧، ص ١١.
(2) المادة (٢٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٧٤٦ في ١٧/١٢/١٩٧٩. والبند تاسعاً من المادة (٣) من قانون مجلس القضاء رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٤٤٣٢)، ٢٣/١/٢٠١٧.
(3) بيان رقم (٧٤) صادر عن مجلس القضاء الأعلى، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٤٦٠٥، بتاريخ ٢٣/١١/٢٠٢٠.

الاقتصادية، فضلاً عن إن إنشاء مركز تحكيم دولي وإصدار قانون تحكيم، سيُزيد من مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد الأجنبي.

المطلب الثالث

تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي في الاتجاهات الفقهية

تباينت آراء الفقهاء حول فكرة العقد الإداري الدولي، نظراً لما أثير من جدل حول طبيعته القانونية المركبة من قواعد القانون العام والقانون الخاص، فضلاً عن فحواه الاقتصادي العابر للحدود الدولية، وما ينطوي عليه من ضمانات للمتعاقد، بوصفه وسيلة قانونية تلجأ إليها الدول لأغراض التنمية وتطوير البنى الأساسية. وعلى هذا الأساس يمكن إجمال اختلاف التوجهات الفقهية إلى صنفين، أحدهما تقليدي ركز على المضمون القانوني للعلاقة العقدية، وآخر حديث أهتم بفحواه الاقتصادي كعقد تنمية.

فصُلب اهتمام الاتجاه التقليدي، هو تناول شكل ومضمون العلاقة العقدية، كما يرى الفقيه الألماني (Matter)، بأن شكل العلاقة العقدية في العقد الإداري الدولي، ترد بصورة اتفاقيات دولية أحد أطرافها شخص قانوني دولي؛ لتنشئ آثار قانونية على عاتق الدولة المتعاقدة. ويكون الاختصاص في فض المنازعات الناشئة عنها مسند إلى هيئات تحكيم دولية. وغالبا ما تستبعد القوانين الداخلية من التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود⁽¹⁾. المبدأ نفسه، أخذ به الفقيه (Jean pier regal) مستخدماً مصطلح (عقد شبيه بعقود القانون العام)، آخذاً بنظر الاعتبار التطورات الاقتصادية والفنية التي طرأت على مفهوم المرفق العام، فعرف العقود الإدارية الدولية بأنها: (عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها الدولة أو جهاز حكومي من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي يكون مصحوباً عادة باتفاق المساعدة الفنية، وقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق المواد الطبيعية. وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية وتحتم أن تكون مدة طويلة نسبياً)⁽²⁾.

(1) أشار إليه صلاح الدين جمال: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة عين شمس، القاهرة، سنة ١٩٩٣، ص ١٠٢.

(2) أشار إليه د. محمد عبد العزيز بكر: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، حلوان، سنة ٢٠١٠، ص ٤١.

وضمن نفس التوجه أعلاه، ذهب رأي آخر إلى تناول مضمون العقد الإداري الدولي بوصفه فكرة مستحدثة؛ لازدواج طبيعته القانونية بوجود قواعد القانون الخاص في بعض جوانبه، وطول المدة، وتسوية منازعاته بالتحكيم؛ لارتباطه بمصالح التجارة الدولية. لذلك ذهب أصحاب هذا الاتجاه أمثال اللورد ((Bockstiegel، (James Hyde)، MC Nair)) إلى تعريفه بأنه: (عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية، يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتمتع الطرف الأجنبي بحقوق غير مألوفة في العقود الداخلية، ويخضع العقد في بعض جوانبه للقانون العام وجوانب أخرى للقانون الخاص، ويتضمن شرط التحكيم)⁽¹⁾.

أما الاتجاه الحديث - وهو في الأغلب ما تبناه الفقه المتأثر بقضاء التحكيم - فقد اتجه إلى التركيز على الطابع الاقتصادي للعقد الإداري الدولي. والذي يقتضي تضمينه شروط غير مألوفة في عقود القانون العام، من شأنها حماية المصالح المشروعة المتوقعة للمتعاقد، مقابل ضمان حق الدولة في ضبط العقد وفق مقتضيات المصلحة العامة بالتنمية. وعلى هذا النحو، أظهر المحكم (Duppy). وهو بصدد التحكيم بالقضية المعروفة بـ (Texaco) بتاريخ ١٢/٤/١٩٧٧، دور العقود الإدارية الدولية في التنمية الاقتصادية، إذ يلتزم الطرف الأجنبي بالقيام باستثمارات ضخمة، فأعتبر عقود البترول كأحد أنماط العقود الإدارية الدولية، وعرفها بأنها: (عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة وتخلق نوعاً من التعاون الطويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه إلى نظم خاصة أو للقانون الدولي حماية الطرف الخاص)⁽²⁾.

وتبنى المسلك نفسه المحكم (Cavin) في قضية شركة النفط الكندية (Saphire) ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية (NIOC). فلدواعي اقتصادية تتعلق بمهام اقتصادية تقوم من خلال شركات تابعة لها، أجتهد المحكم في مدلول الشخص المعنوي العام الطرف في العقد

(1) أشار إليه د. خالد منصور إسماعيل: إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، سنة ٢٠١٥، ص ٣١٨.

(2) أشار إليه د. بشار الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠٠٦، ص ١٣.

الإداري الدولي. إذ من الممكن أن يكون شركة وطنية تدير مشروعاً عاماً، يمنحها العقد حق استغلال الموارد الطبيعية وأنشاء منشآت ضخمة لها طابع الدوام. لذلك، عرف العقد الإداري الدولي في حكمه الصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٦٣ بأنه: (عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي ومحل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة ويلزم الشركة الأجنبية إقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام) (1).

وعلى صعيد الفقه العربي الذي يمثل نموذج لما هو سائد في الدول النامية، فقد أتم بالحرص على تكريس مبدأ التفوق السيادي للدولة الطرف في العقد الإداري الدولي خارجياً وداخلياً، لاسيما أن أغلب العقود الإدارية الدولية، تتعلق بمشاريع اقتصادية إستراتيجية ذات أهمية بتحريك عجلة التنمية، كعقود البترول ونقل التكنولوجيا والتعاون الصناعي. من ثم، فقد اعتمد جانب من الفقه العربي مصطلح الاتفاقيات الدولية أو الاتفاقيات البترولية؛ لعدم وجود اختلاف من حيث تكوينها عن أي اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها، لغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة (2).

وعرف د. سراج الدين أبو زيد العقد الإداري الدولي - وهو بصدد تعريف عقود النفط - بمنحى يميل إلى الأخذ بنظر الاعتبار التفاوت الاقتصادي بين الدولة المتعاقد والشركة الأجنبية بقوله: (عقود تبرم بين طرفين غير متكافئين الطرف وطني وهو الدولة أو إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، وطرف أجنبي يتمثل بإحدى شركات البترول الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى) (3). فيما يعتقد (د سامي منصور) بوجود تطابق بين فكرة عقد الدولة والعقد الإداري الدولي، نظراً لأهميته السيادية والاقتصادية القصوى مما يحتم انعقادها بين الشخص المعنوي العام والطرف الأجنبي طبقاً لقواعد القانون العام. فعرف عقد الدولة بدلالة أنها عقود إدارية دولية، بأنها: (العقود التي تبرمها الدولة مع أطراف أجنبية، مثل عقود شراء الأسلحة

(1) أشار إليه د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٦٦.

(2) د. علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام الأصول والمبادئ العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥، ص ٢٧٨.

(3) د. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠، ص ٢٠.

للحفاظ على أمنها الداخلي أو الخارجي وعقود امتياز المرافق العامة. أما العقود التي تبرمها مع طرف أجنبي بإطار القانون الخاص، فلا تتدرج تحت ما يسمى اصطلاحاً بعقود الدولة⁽¹⁾. وفي الاتجاه ذاته ذهب (د. محمد عبد العزيز بكر) إلى استخدام مصطلح عقد الدولة، للدلالة على حيادية وخصوصية طبيعته القانونية، والتي قد يتفوق فيها السلطان العام للدولة فيكون عقداً إدارياً. كما ورد في قوله: (العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها وشخص خاص أجنبي، بغرض إنشاء التزامات تعاقدية قد تستخدم فيه الدولة سلطاتها العامة أو لا تستخدمها)⁽²⁾. فيما اعتمد (د. عصمت عبد الله الشيخ) مصطلح العقد الإداري ذي الصفة الدولية بدلاً عن العقد الإداري الدولي بقوله أنه: (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، مستخدماً وسائل القانون العام، وتتصل عناصره بأكثر من دولة، ويحكمه القانون الداخلي بغض النظر عن الظروف المحيطة به، ومن حيث أنه تم إبرامه أو تنفيذه في دولة أخرى، إلا تلك القواعد المتصلة بالنظام العام في الدولة التي يتم تنفيذ العقد فيها، كالقواعد التي تنظم مسائل الملكية العقارية والحصول على التراخيص والقواعد الخاصة بقانون العمل)⁽³⁾.

تعقيباً على ما تقدم، فليس هنالك من أثر للتفريق بين مصطلح (العقد الإداري الدولي) والعقد (الإداري الدولي ذي الصفة الدولية). إذ أن علة التداخل بين قواعد القانون العام والخاص في تشكيل البنية العقدية، مرده أن العقد الإداري الدولي، هو علاقة عقدية مركبة من ذات إدارية وصلة دولية بمصالح التجارة الدولية. وعلى أساس هذه التركيبة التعاقدية المتعاشية، تتعاقد على بناء نظامه القانوني وبالتناوب قواعد القانون العام، مضافاً إليها قواعد قانونية تتدرج ضمن القانون الخاص تحديداً في جوانبه المتعلقة بمصالح التجارة، شريطة عدم تعرض نظامه القانوني الخاص بذاته الإدارية إلى مبدأ تنازع القوانين. فالعقد الإداري يحكمه نظام قانوني واحد يتبع القانون العام للدولة المتعاقدة أو ما يتعلق بالنظام العام للدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد. إذن،

(1) د. سامي منصور: جوار التحكيم في عقود الإدارة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الحادي والعشرين، ٢٠٠٢، ص ١١.

(2) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٤٤.

(3) د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨، ص ٨.

ومن هذا المنطلق فلا يترتب على إضافة كلمة (الدولي) أي أثر قانوني، يؤدي به إلى الخضوع لأكثر من نظام قانوني وفق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص. وعلى فرض إن الدولة المتعاقد قد تنازلت عن بعض امتيازاتها لصالح قانون آخر بالاتفاق مع المتعاقد الأجنبي في حالة وجود شرط القانون الواجب التطبيق، أو إن الدولة المتعاقدة لا تعترف بفكرة العقود الإدارية، عندئذ يمكن تطبيق قواعد قانونية متفق عليها أكثر ملائمة للطبيعة الإدارية للعقد، لذا سنعمد مصطلح العقد الإداري الدولي، وما عبارة (ذي الصفة الدولية) إلا تأكيد للتفسير المتقدم.

من جهة أخرى، فقد أهتم الفقه العربي بدراسة النظام القانوني للعقد الإداري الدولي بتفصيل أكثر، من ناحية اشتراك عدة قوانين ببنائه، وهي كل من قواعد مستمدة من نظام عام دولي والقانون العام الداخلي والقانون الدولي الخاص، إلى حد إن هذا الخليط المتجانس من الأنظمة القانونية، قد جعل منه عقد، يُمثل خلاصة لعولمة الثقافة القانونية. (عرف) د. محمد عبد المجيد إسماعيل) النظام القانوني للعقد الإداري الدولي بأنه حصيلة لعولمة الثقافة القانونية، استحدثت فيه منظومة تعاقدية مرنة وديناميكية تمزج بين النظام اللاتيني والانجلو أمريكي فعرّفها بأنها: (تلك العقود التي يكون لطرفي العقد حرية تعاقدية أكبر من العقد الإداري الداخلي، ويتجلى مبدأ سلطان الإرادة في العلاقة القانونية بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة على صعيد العقد الإداري له طبيعة مركبة تواءم بين فكرة العقد الإداري التي تسعى لتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الشريعة العامة... فهو صورة من صور العولمة الثقافية القانونية والمزج بين ثقافتين قانونيتين اللاتينية والانكلو أمريكية، كمحاولة لتدويل أحكام عقود الدولة بحيث تواكب التوحيد لأحكام التعاقدات الدولية على الصعيد الدولي والذي يفسح مساحة مشتركة لأحكام التعاقدات الدولية)⁽¹⁾.

واعتمدت (د. حفيظة السيد حداد) رأياً متميزاً بتوصيف العقود الإدارية الدولية، بالعقود الشبيهة بعقود القانون العام، للدلالة على طبيعتها القانونية الخاصة. فهي ترى في تعريفها بأنها: (عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوباً عادة باتفاق بالمساعدة الفنية وقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: مصدر سابق، ص ١٦.

وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية وتحتّم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبياً. وتنظيم هذه العقود كافة العلاقات المحتملة القيام بين أطرفها وتتخذ شكلاً قانونياً موحداً يتميز بوجود ذات النوعية من الشروط: شروط ذات طابع فني ومالي، شروط تخول للمتعاقدين استثمار الحقوق والمزايا الاستثنائية، شرط اختيار القانون الواجب التطبيق وشروط خاصة بالتحكيم⁽¹⁾.

مما تم ذكره سلفاً، تحديد تعريف العقد الإداري الدولي يتسم بالغموض، فهو من الممكن أن يصطدم في الاتفاقيات الدولية بجمود فكرة السيادة. وفي التشريعات الوطنية بتباين الفلسفة الاقتصادية المتبناة. ولكن ما يمكن قوله بشكل عام. أن قيام العقد الإداري الدولي لا يختلف عن أي عقد إداري آخر، فالاثنتان يلتقيان في نفس الشروط الشكلية والموضوعية. بيد أن تميزه بأثره الاقتصادي العابر للحدود الدولية، يؤدي به إلى الميل نحو الاستعانة بالمزيد من الشروط والحلول القانونية اللازمة لتأهيله للتنفيذ وفقاً لمتطلبات مصالح التجارة الدولية، بوصفها عوامل مساعدة في بناء نظامه التعاقدية، تتداخل في ثناياه وتجعله أكثر مرونة وديناميكية لتسهيل عملية انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية، بوصفه وسيلة بيد الدول - بالأخص النامية - في سبيل التنمية والحصول على التكنولوجيا الحديثة. وهذه الحلول القانونية والشروط التعاقدية، تُعد ضمانات مستحدثة للمتعاقد في العقد الإداري الدولي، تبرز مظاهر العولمة والتحرر الاقتصادي للعقود الإدارية، تُجسد عولمة الثقافة القانونية⁽²⁾؛ لما تمثله من حيز قانوني جامع لثقافات قانونية واقتصادية مختلفة، متبناة في النظام الانجلوسكسوني (COMMON LAW) والنظام اللاتيني (CIVIL LAW). ولأن مضمونه الاقتصادي والقانوني، ينطوي على أساليب تعاقدية، يتغلب

(1) د. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، الطبعة الأولى: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧، ص ٣١.

(2) تعرف فكرة العولمة بأنها نظام يجذب رأس المال والتكنولوجيا والمعرفة عبر حدود الدول، وهو بذلك يكون سبباً في تداخل وتشابك لثقافات والتقاليد والمجتمعات. أنظر:

Rosa Gomez, "Introduction to Globalization: political and Economic perspectives for the Century" Burnham Inc, Chicago, 2001, P5.

عليها التوجه ليبرالي أو فلسفة اقتصاد السوق. ومن ثم فهو أكثر قرباً من اصطلاح العقد العولمي، وليس العالمي الذي لا يسمو عليه نظام قانوني معين (1).

ومن نافلة القول، يمكن تأصيل فكرة عامة عن العقد الإداري الدولي، بأنه عقد تبرمه الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها من الأشخاص المعنوية مع شخص خاص أجنبي (طبيعي أو معنوي). بغية تنفيذ أو تسيير العمل بمرق عام يُدار بأساليب اقتصادية، وهذا مما يجعله منه عقد تنمية اقتصادية، له أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية، ومجال رحب لوجود ضمانات للمتعاقد غير مألوفة في عقود القانون العام، لأجل المواءمة والانسجام بين شقه الإداري، الذي تعلق بموجبه الكفة القانونية للدولة المتعاقدة بما لها من سلطان عام في التعاقد بازواج السادة الداخلية والخارجية. مع طابعه الاقتصادي العابر للحدود الدولية. ومن ثم فيوجود هذه الضمانات، يتسم العقد الإداري الدولي بطبيعة قانونية خاصة جامعة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص.

(1) د. محمد أحمد حلمي: النظام العالمي الجديد، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة

المبحث الثاني

عناصر العقد الإداري الدولي

يستلزم قيام العقد الإداري الدولي أن تتوافر فيه ابتداءً أركان تكوينه العقدي، شأنه في ذلك شأن أي عقد مدني، ومن ثم عناصر بناء نظامه التعاقدية المركب من عقد اداري ودولي في الوقت نفسه. وهذا مما يستدعي البحث في عناصر تشكيل اطاره الخارجي؛ ليندرج ضمن العقود التي يبرمها شخص معنوي عام عبر الحدود الدولية، فضلاً عن تثبيت عناصر نظامه التعاقدية بما يُميزه كعقد اداري متصل بمصالح التجارة الدولية. تبعاً لذلك سوف يتم دراسة هذا المبحث على نحو يختلف عما هو مألوف في الأحكام العامة لعقود القانون العام، لصعوبة فصل تشابك العقد الإداري مع صلته بمصالح التجارة الدولية، بتناول عناصره الشكلية من ناحية تحديد أطرافه، فضلاً عن بيان العناصر الموضوعية اللازمة التي تجعله عقداً ادارياً دولياً متطابقاً إلى حد ما مع عقود القانون العام، سوى ما يستلزم من استحداث المزيد من ضمانات للمتعاقد، لتقوم بموائمة مع مصالح التجارة الدولية. عليه، سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين المطالب الأول - العناصر الشكلية، المطالب الثاني - العناصر الموضوعية.

المطلب الأول

العناصر الشكلية

ان بناء الإطار الشكلي أو الخارجي للعقد الإداري الدولي مناطه تحديد شكل العلاقة العقدية، التي ينطبق عليها وصف عقد اداري دولي. وهذا مما يحتم تصنيفها من حيث أطرافها إلى ما يُشير إلى الشكل الإداري من ناحية وصفته الدولية من ناحية أخرى. وفي هذا الصدد يقتضي الإشارة إلى انه، نظراً لما طرأ من تطورات اقتصادية على أطراف العقود الإدارية الدولية، بظهور شركات رؤوس الأموال ومؤسسات دولية ممولة للمشروع محل العقد، فضلاً عن وجود شركات تابعة للدولة تقوم بمهام اقتصادية، صار لزاماً تناول أطراف العقد الإداري الدولي بشكل مختلف عما هو مألوف في العقود الإدارية التقليدية. لذلك سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول، يتعلق بوجود شخص معنوي عام طرف في العقد. والفرع الثاني، يُشترط فيه اكتساب العقد الصفة الدولية.

الفرع الأول

وجود شخص معنوي عام طرف في العقد

بشكل عام، يستند إبرام أي عقد إداري إلى لحظة التقاء إرادتين من الإيجاب والقبول، شأنه في ذلك شأن أي عقد مدني. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (...العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه...⁽¹⁾). وهاتان الإرادتان في العقد الإداري، هما: الإدارة والمتعاقد معها (شخص طبيعي أم معنوي). كما قضت بأنه: (... الإعلان عن مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد أو لبيع بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس الا دعوة للتعاقد هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد)⁽²⁾، وهذا خلاف ما يتسم به الشكل الخارجي للأعمال القانونية التي تصدر عن الإرادة المنفردة للإدارة كالأعمال الشرطية أو القرارات الإدارية⁽³⁾.

فضلاً عما تقدم، فيشترط في الشخص المعنوي العام أن يكون طرفاً في العقد بوصفه سلطة عامة. ولهذا السبب عد مجلس الدولة الفرنسي العقود التي تبرمها منظمة مهنية، مكونة من أشخاص القانون الخاص، وتقوم بمهمة توجيه وتنظيم أسواق منتجات الالبان من عقود القانون الخاص؛ تأسيساً على أنها لا تمارس سلطة عامة وإنما أعمال تجارية⁽⁴⁾. كذلك، بررت المحكمة الإدارية العليا في مصر موقفها من عدم اعتبار العقد المبرم من قبل وزارة الأوقاف عقداً إدارياً؛ كون الوزارة لم تدخل طرف في العقد بوصفها سلطة عامة، في الحكم الصادر عنها بتاريخ ١٩٨٩/٢/٢١ بقولها (...ان تعاقد وزارة الأوقاف مع مقال مبانى، ليس بوصفها سلطة عامة...)⁽⁵⁾.

(1) الطعن رقم (٤١٥١) لسنة ٣٥ ق.ع. بتاريخ ٢٠٠٤/٩/٤ أشار إليه د. أمير فرج يوسف: مصدر سابق، ص ٥٣

(2) طعن رقم (٨٣١٢) لسنة ٤٤ ق.ع، بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٤ أشار إليه د. أمير فرج يوسف: المصدر نفسه، ص ٤٢.

(3) د. سعاد الشراوي: مصدر سابق، ص ٦.

(4) د. محمود عاطف البنا: مصدر سابق، ص ٤٣.

(5) أشار إليه د. بشير علي الباز: السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨، ص ٢٨.

ويندرج ضمن وصف العقد الإداري، العلاقة العقدية التي تتم بين شخصين من اشخاص القانون الخاص، عندما يكون أحدهما، قد أبرم العقد بأسم الإدارة أو لحسابها. وهذا ما اجتهد به مجلس الدولة الفرنسي في العقود التي تبرمها شركات خاصة في مجال الطرق العامة، فعدّها عقوداً إدارية. تأسيساً على ما تقوم به هذه الشركة من نشاط في مجال الأشغال العامة، وهو من صلب مهام الدولة. فقضت محكمة التنازع عام ١٩٦٠ في قضية (Peyrot) باعتبار العقد محل التنازع عقداً إدارياً، على الرغم من أن الشركة الطرف، شركة اقتصاد مختلط، لكنها تعمل لحساب الدولة في مجال الأشغال العامة (1).

ومن ثم امتد الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي إلى أنشطة أخرى، مستنداً في ذلك إلى الشروط العامة للوكالة المعمول بها في القانون المدني أو النيابة الإدارية. فقضى بتاريخ ٢١/٣/٢٠٠٧ في قضية (Boulogne Billiancourt)، ب (إن العقد محل النزاع هو عقد اداري وإنه وإن كان قد أبرم بين شخصين معنويين خاصين، إلا إن الشركة القائمة على إدارة حلبة التزلج قد إنشأتها جهة الإدارة خصيصاً لهذا الغرض. ومن ثم فإن العقد الذي أبرمته في سبيل حفظ الامن في الحلبة يُعد عقداً إدارياً هدفت منه إلى تسيير المرفق العام) (2) أيضاً، أصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ٧/٣/١٩٦٤، حكماً بهذا الخصوص، بقولها (... إلا أنه من المقرر أنه متى أستبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة، إنما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصحتها، فإن هذا العقد يكتسب الصفة الإدارية...) (3).

وتتقسم الأشخاص المعنوية العامة الطرف في العقد على عدة أوجه، فمن حيث الجغرافيا تتباين إلى الدولة أو الأقاليم والسلطات المحلية. وعلى أساس النشاط، يأخذ الشخص المعنوي

(1) د. محمود عاطف البنا: المصدر نفسه، ص ٣٣-٣٤.

(2) ملخص هذه القضية، تعاقدت شركة قائمة على إدارة حلبة تزلج على الجليد وحمّام سباحة بلدية Boulogne Billiancourt ٢١/٣/٢٠٠٧ مع شركة للحراسة والأمن على تأدية خدمات لها، وبعد ان تعثرت الشركة الأولى. أقامت شركة الأمن دعواها أمام المحكمة الإدارية بباريس التي قضت بأحقية الشركة في طلباتها، فقامت البلدية باستئناف الحكم أمام المحكمة الإدارية الاستئنافية، وقضت برفض الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة. د. حمدي ياسين عكاشة وفريق عمل من مستشاري مجلس الدولة المصري: المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، العدد الأول، سبتمبر ٢٠١٧، ص ٢٢٣٨ وما بعدها.

(3) أشار إليه د. عماد مجدي عبد الملك: العقود الإدارية وأحكامها، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠١١، ص ١٧.

العام نمط مرفقي كالوزارات والمؤسسات العامة أو الهيئات العامة⁽¹⁾. ومن ثم واكب مجلس الدولة الفرنسي تطور مفاهيم حقوق الانسان، نتيجة لتنامي مهام الجماعات المهنية في تنظيم المهن والأشرف عليها، فأعترف للنقابات والاتحادات المهنية بشخصيتها المعنوية العامة. مثال على ذلك، اعتبار هيئة الأطباء شخصاً معنوياً عاماً، كما ورد في الحكم الصادر بتاريخ ١٢/١٠/٢٠٠٦. إذ أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا التوجه بقوله (أن المشرع الفرنسي أسند تنظيم ورقابة ممارسة المهنة الطبية والتي تُشكل مرفق عام إلى المجلس الوطني للنقابة)⁽²⁾. وينفس التوجه، قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن (...قضاء هذه المحكمة جرى على أن النقابات المهنية تعد من أشخاص القانون العام لأنها تنشأ بقانون أو بمرسوم أو بأداة تشريعية مماثلة، ولها أهداف ذات نفع عام...)⁽³⁾.

وفيما يتعلق بشركات القطاع العام، التي تمثل انعكاساً لتطور مهام الدولة في الشأن الاقتصادي، فقد عدّها مجلس الدولة الفرنسي من اشخاص القانون الخاص، وعقودها تجارية تخضع للقانون الخاص. أما عقود المؤسسات الخاصة ذات النفع العام، كعقود الأشغال التي تبرمها صناديق التوفير في فرنسا، فلا يمكن البت بطبيعتها من دون العودة إلى قرار تأسيسها وطبيعة نشاطها. وذلك ما سار عليه أيضاً مجلس الدولة المصري، إذ اعتمد قرار رئيس الجمهورية لتحديد ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من سلطات عامة، ويجيز لهذه

(1) ومنذ حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (terrie) عام ١٩٠٣، تم الاخذ بتمييز العقود الإدارية على أساس فكرة المرفق العام سواء أكانت قومية أم محلية د. علي محمد بدير وآخرون: مبادئ وأحكام القانون الإداري، مكتبة السنهوري، طبعة منقحة، بغداد، ١٩٩٣، ص ٤٧٨.

(2) الرابط الخاص بالحكومة الفرنسية: <https://www.legifrance.gouv.fr/liste/legislatures> ، تاريخ الزيارة ٢٢/١٠/٢٠٢١ . والبوادر الأولى لهذا التطور باعتبار النقابات المهنية أشخاص معنوية عامة، قد ظهرت مع صدور حكم مجلس الدولة بخصوص قضية بوجات (Bougvern) بتاريخ ٢/٤/١٩٤٣، ثورية لعيوني: معيار العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٧، ص ٢٩.

(3) الطعن رقم (٩٠٨٦)، لسنة ٥٠ قضائية، بتاريخ ١٩/٤/٢٠٠٨، أشار اليه د. علي عيسى الأحمد: المسؤولية التأديبية للأطباء (دراسة مقارنة)، بدون رقم طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٦٤.

الجمعيات أبرام عقود إدارية، في حالة نص قرار رئيس الجمهورية - الذي تم تأسيسها بموجبه - على ذلك (1).

وما يهمنا بصدد البحث، هو التطرق إلى مفهوم الشخص المعنوي العام في العقود الإدارية الدولية الذي يأخذ مدلول أوسع عما هو الحال في العقود الإدارية الداخلية. إذ على الأغلب تكون الدولة طرفاً فيها. ولكن مع تطور وتعدد أساليب إدارة المرافق العامة الاقتصادية، وظهور اللامركزية المرفقية والمؤسسات العامة الاقتصادية أو المشاريع والشركات العامة، فهناك احتمالية كبيرة بإمكانية إبرام العقد من قبل شخص معنوي عام يتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة، وهذا من شأنه أن يُثير لبس وغموض حول مدى انصراف الأثر القانوني للتوقيع المادي للعقد من قبل أحد أجهرتها إلى الدولة (2).

ولأجل البت بمدى انصراف الأثر القانوني للتوقيع المادي للعقد من قبل أحد أجهزة الدولة أو هيئاتها إليها، فلا بد من إعمال أحد المعيارين. أحدهما قانوني والآخر اقتصادي. بالنسبة إلى الأول، فلا تعد الدولة طرفاً في العقد، في حالة تمتع الجهة المتعاقدة بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة عن الدولة. وذلك ما انتهت إليه محكمة استئناف باريس بخصوص قضية هضبة الأهرام، بين مصر وشركة الباسفيك. فبعد أن قررت هيئة التحكيم إلزام مصر بدفع تعويضات إلى شركة الباسفيك لجأت إلى محكمة استئناف باريس لإلغاء الحكم السابق، فأصدرت الأخيرة حكماً بتاريخ ١٢/٧/١٩٨٤مفاده (أن الهيئة المصرية للسياحة والفنادق (EGOTH) لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية، وتوقيعها على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الحكومة المصرية بهذا الشرط فهذه الشركة تحمل الشخصية المعنوية الخاصة بها ولها ميزانية مستقلة.. (3). تبعاً لذلك، فمن شأن المعيار القانوني أن يُضيق نطاق امتداد الأثر القانوني لتعاقد الأشخاص المعنوية العامة إلى الدولة، مما يتسبب بتقليل مشاعر الاطمئنان

(1) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠١٢، ص ٥٩.

(2) د. بشار محمد الاسعد: مصدر سابق، ص ١٦.

(3) د. محمد عبد العزيز علي بكر: مصدر سابق، ص ٦٣.

لجذب المزيد من الأموال والخبرات الأجنبية (1).

أما المعيار الاقتصادي، فإنه يُركز على وثيقة الصلة الاقتصادية بين الجهاز أو الهيئة المتعاقدة والدولة بوصفه أداة لتنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية، طبقاً لمصالح عامة مرسومة من قبلها. لذلك يخضع لإشرافها ورقابتها، مما يصعب فصله عنها. من ثم، فهو المعيار الأكثر حداثة والاقرب إلى تفسير هيئات التحكيم. وقد أفاد المحكم (Cavin) في قضية النزاع بين الشركة الكندية (Sapphire) والشركة الوطنية الإيرانية، بصدد تعريفه لعقد الامتياز، بأنه من الممكن أن يكون أحد أطرافه شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام (2). وفي المعنى ذاته، جاء قرار صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ ٢٣/٣/١٩٩٦ بأنه (لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي للعاصمة قد أدرجت ضمن موازنة 82/81 حتى 85/84 كما تم إدراجه ضمن موازنة قطاع الاسكان في موازنة 86/85. الأمر الذي يؤكد أن الجهاز أضحي واجهة للدولة التي يهيمن عليها مشروع الصرف الصحي سواء تحت مظلة الجهاز المركزي للتعمير ثم من بعده وزارة الاسكان. ومن ثم فإن الدولة تعد طرفاً في العقد) (3).

إضافة لما تقدم، وطبقاً لما قرره لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (LLC)، فلدولية العقد الإداري، أثر بتقرير قواعد مسؤولية الدولة عن أفعال الجهات التابعة لها (4). لذلك، لم تتردد هيئات التحكيم الدولية في إثبات مسؤولية الحكومة المصرية عما تقوم به الشركات التابعة لها من إبرام لتعاقدات. كما ورد في قرار التحكيم الخاص بقضية (Helen v Egypt). إذ قررت هيئة التحكيم المشكلة في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، أن (...الأفعال والقرارات الصادرة عن شخص أو جهة لها صلاحيات بموجب قانون تلك الدولة في أن تمارس مهامها وسلطات حكومية، يعد فعلاً وقراراً منسوباً للدولة. ويرتب مسئوليتها عن

(1) إبراهيم باقر العجمي: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية وطرق تسوية منازعاتها (في القانون العماني المقارن)، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠٢٠، ص ١٢٠.

(2) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر، سابق، ص ٢٩.

(3) د. بشار محمد الاسعد: مصدر سابق، ص ١٨.

(4) المادتان (الخامسة، الثامنة) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (لجنة القانون

الدولي)، المجلد الثاني، الجزء الثاني، سنة ٢٠٠١، الرابط الخاص لقواعد لجنة القانون الدولي (LLC) :

<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9-6-2001.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٥/٤/٢٠٢٠.

الأخلال ببنود اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار محل النزاع بغض النظر عن الوضع القانوني لهذه الجهة في القانون الوطني...⁽¹⁾.

ومن خلال استقراء قرارات التحكيم المتقدمة، يبدو أن مفاد ما دأبت عليه مراكز التحكيم الدولية، هو عدم اعتماد معيار بعينه لتحديد مدى تبعية الجهة التي أبرمت العقد إلى الدولة، بل تقوم بفحص كل حالة على حدة والمزج بين عدة معايير. مع مراعاة الظروف المحيطة بالتعاقد. وبذلك، يمكن القول بأن هيئات التحكيم قد توسعت في تحديد مدلول الشخص المعنوي العام الطرف في العقد الإداري الدولي، بالتزام معيار يمزج بين التبعية الاقتصادية والإدارية⁽²⁾.

بناءً على ما تم ذكره سلفاً، يتضح بشكل جلي، أن إضفاء الوصف الإداري على العقد، يستلزم أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، سواء كان هذا الشخص المعنوي الدولة أو أحد الأجهزة التابعة اليها، فضلاً عن شخص من أشخاص القانون الخاص يعمل لحسابه. بيد أن إضفاء الصفة الدولية عليه يقتضي إعمال عدة معايير معمول بها في قواعد القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني

اكتساب العقد الصفة الدولية

فيما سبق ذكره في الفرع الأول، تم التوصل إلى أن اسباغ وصف إدارية العقد، يتم بمجرد دخول شخص معنوي عام طرفاً فيه. بيد إن عقد الإدارة شأنه كأبي عقد، قد ترتبط جميع عناصره بدولة واحدة فيعد داخلها، أو تتصل بأكثر من دولة فيكون دولياً. من ثم فلا يمكن البت في دولية العقد الإداري، من دون إعمال معايير القانون الدولي الخاص. وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا الفرع على ثلاثة بنود. البند أولاً - المعيار القانوني، والبند ثانياً - المعيار الاقتصادي، والبند ثالثاً - المعيار المختلط.

(1) الفضية رقم (O5/19) بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٣ الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0399.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/٥

(2) إبراهيم باقر العجمي: مصدر سابق، ص ١٢٢.

أولاً: - المعيار القانوني.

ظهرت بوادر المعيار القانوني بجهود من الفقه الإيطالي، عقب نشوء عقود التجارة الدولية في أوروبا. وجوهه، يكمن بالاهتمام في الجوانب الشكلية القانونية للعقد، لذلك من يقرر دوليته إرادة الطرفين. وهذا مما يجعله يتسم ببساطة التطبيق، لكنه من ناحية أخرى قد يؤدي إلى التوصل إلى نتائج غير صحيحة - بالأخص بعد ظهور أنماط حديثة من العقود الدولية أكثر تعقيدا - لطالما إن أرادة طرفي العقد هي من يقرر دوليته وعلى الرغم من كونه وطنياً. بخلاف ما هو مقرر في المبادئ العامة المتبعة في القانون الدولي الخاص، والتي تقضي بأن دولية العقد هي التي تسمح للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق، وليس اختيار القانون هو سبب الدولية⁽¹⁾. لذلك تولى الفقه عن المسلك القانوني التقليدي، وأتجه نحو البحث عن معيار موضوعي حديث يُركز على العناصر الرئيسية للعلاقة التعاقدية من محل وسبب، أي ارتباط عناصره الموضوعية بأكثر من نظام قانوني.

فالصفة الدولية للعقد وفق المعيار المتقدم، تعني اتصال العناصر القانونية للعقد بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المعروض عليه النزاع. وانقسم هذا الرأي إلى اتجاهين، الأول اعتمد فكرة المساواة بين جميع العناصر الموضوعية⁽²⁾. فيكتسب العقد الصفة الدولية، لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها. فيما تبنى رأي آخر، ضرورة التفرقة بين العناصر القانونية المؤثرة وغير المؤثرة. فلا تُسبغ على العقد الصفة الدولية، ما لم تلحق به عناصر قانونية مؤثرة وفاعلة، تؤدي إلى تعدد النظام القانوني الذي يحكم العقد الإداري. وبخلافه، أي عندما تكون تلك العناصر محايدة ولا تؤدي إلى تعدد النظام القانوني للعقد، ففي هذه الحالة لا يكتسب العقد الصفة لدولية⁽³⁾.

وتعددت الآراء الفقهية حول العناصر القانونية الأكثر تأثيراً لإضفاء الصفة الدولية على العقد. فيرى العميد (Batiffol)، بأن العقد يُعد دولياً إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو

(1) د. مصطفى الحبشي: التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، سنة ٢٠٠٨.

(2) د. أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، سنة ١٩٦٥ ص ٧٦.

(3) مصطفى الحبشي: المصدر السابق، ص ٣٩.

تنفيذه أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أم محال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه يتصل بصلات أم روابط مع أكثر من نظام قانوني. وسلك الأستاذ (kassis) مسلكاً آخر، قوامه التمييز بين عنصر القانون والواقع. فالجنسية ومحل الإقامة من عناصر القانون بينما محل التنفيذ ومكان الانعقاد من عناصر الواقع.

وانعكست الآراء الفقهية المشار إليها في أعلاه بشكل واضح في نصوص العديد من الاتفاقية الدولية ذات الصلة بتنظيم أحكام العقود الدولية. فانفردت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية - والتي تعد القانون الدولي الخاص للاتحاد الأوروبي - بتقرير دولية العقد عند وجود تنازع للقوانين في العقد. فهذا التنازع يُعد بمثابة دلالة على إن العقد يتضمن عنصر أجنبي، يستلزم تطبيق أكثر من نظام قانوني، مع إن التنازع هو نتيجة للصفة الدولية للعقد وليس سبباً لها (1).

فيما أكدت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا لعام ١٩٨٠ على أن دولية بيع البضائع، تكون من خلال بيع بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، وذلك عندما تكون هذه الدول متعاقدة أو أدت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة (2).

أما المشرع العراقي، فلم يتعرض إلى تحديد مفهوم العقد الدولي، بل ترك هذه المسألة إلى الفقه والقضاء لمتابعة ما يستجد من عقود دولية، وهذا ما يمكن فهمه بالعودة إلى نص القانون المدني وهو بصدد بيان القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية. إذ أكتفى ببيان

(1) د. حازم بيومي المصري: التوازن في العقد الإداري الدولي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠، ص ١٧. وتناولت المادة (١) نطاق تطبيق اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ المعدلة، ونصت على (الالتزامات التعاقدية في أي حالة تتطوي على الاختيار بين قوانين البلدان المختلفة)، الرابط الخاص بالاتحاد الأوروبي:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/1980-Rome-Convention.pdf>.

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/٤

(2) المادة (١) من الفصل الأول (نطاق تطبيق الاتفاقية)، إذ جاء في نص المادة أعلاه ما يلي (... (أ) عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة؛ أو (ب) عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة). الرابط الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999 - cisg-a.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf). تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/٦.

القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية، وحدده بالموطن المشترك للمتعاقدين في حالة الاتحاد في الوطن، وإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق الطرفان أو يتبين من الظروف ان قانون آخر يُراد تطبيقه⁽¹⁾.

وعلى الرغم مما تقدم، فما هو سائد في الاتفاقيات الدولية⁽²⁾ والقوانين الوطنية، هو إعمال معيار الجنسية⁽³⁾. كونها رابطة قانونية وسياسية بمقتضاها ينتمي الشخص إلى دولة معينة، إذ يعد الطرف المتعاقد مع الإدارة وطنيا بمجرد تمتعه بجنسية الدولة المتعاقدة. وبخلافه، يعد أجنبياً⁽⁴⁾. ومن ثم، فمن يحدد دولية العقد الإداري، هو وجود طرف أجنبي في العقد الإداري. ومن يحدد الصفة الأجنبية للمتعاقد، هو قانون جنسية الدولة المتعاقدة⁽⁵⁾.

وهكذا، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسيتها، وبخلاف ذلك يعد أجنبياً. والشخص الخاص الأجنبي قد يكون شخصاً طبيعياً يحمل جنسية غير جنسية الدولة الطرف في العقد، وفي حالة تمتع الشخص الطبيعي بأكثر من جنسية، فيعتد بالجنسية التي يغلب عليها أو الجنسية الفعلية. وعلى الاغلب، يتمثل الطرف الأجنبي في العقد الإداري الدولي بشخص معنوي (شركة). ولتمييز الشركة الأجنبية هنالك عدة معايير يمكن اللجوء إليها، منها تغليب جنسية الأعضاء الطبيعيين المكونين لها، بيد إن هذا المسلك لا يتماشى مع ظهور الشركات المساهمة والمتعددة الجنسيات التي يغلب عليها تجمع الأموال. لذلك أتجه رأي إلى التركيز على مركز نشاط الشركة

(1) الفقرة (1) من المادة (٢٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٣٠١٥) بتاريخ ١٩٥١/٩/٨.

(2) عرفت الفقرة (1) من المادة (٢٥) من الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا دول أخرى لعام ١٩٦٥، الأجنبي بأنه (...مواطن دولة متعاقدة أخرى...).

(3) البند (عاشراً) من المادة (1) من الفصل الأول (التعريف) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل (المستثمر الأجنبي هو الشخص الحاصل على إجازة لاستثمار والذي لا يحمل الجنسية العراقية إذا كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً مسجلاً ص في بلد أجنبي). كذلك ما نصت عليه الفقرة (أ) من البند (أولاً) من المادة (1) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) (...العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية مع...مع الجهات العراقية وغير العراقية).

(4) د. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، مصدر سابق، ص ٣١.

(5) عرفت المادة (٣) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ المعدل العراقي هو (أ- من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية. ب- من ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقم دليل خلاف ذلك). منشور في الوقائع العراقية، العدد (٤٠١٩)، بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٧.

الرئيسي بوصفه مركز مصالحها الحقيقية، لكنه بالمقابل لم يراع فيه تعدد مراكز نشاطها، فضلاً عن إن نشاط الشركات قد لا يستقر في دولة واحدة.

لذلك، برز معيار جنسية الدولة التي تأسست فيها الشركة استناداً إلى قوانينها، والذي يتسم ببساطة تطبيقه وثباته؛ لأن مكان التأسيس معيار مادي محدد، يوفر الطمأنينة للشركة والدولة المتعاقدة. إلا أنه من ناحية أخرى، هذا المعيار قد ترك اختيار جنسية الشركة وفقاً لما تقتضيه المصالح الخالصة للأفراد من خلال اختيار مكان التأسيس. وتبعاً لذلك فقد تم اعتماد مركز الإدارة الرئيسي كمعيار لتحديد جنسية الشركة، حيث المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإدارة الشركة كمجلس الإدارة والإدارة المالية والأجهزة الإدارية والفنية. وهنا تبدو ان هنالك صعوبة لتحديد مركز الإدارة الرئيس في دولة معينة (1).

واشترط المشرع المصري لاكتساب الشركة الجنسية المصرية أن تؤسس في مصر وتتخذ فيها مركز ادارتها الرئيس الفعلي، أي أنه اشترط معيارين مكان التأسيس ومكان مركز الإدارة الرئيس الفعلي مجتمعين. أيضاً، تبنى المشرع العراقي معيار التأسيس ومعيار مركز الإدارة الرئيس للترقية بين الأشخاص المعنوية الأجنبية والأشخاص المعنوية الوطنية، واشترط بأن يكون المقر الرئيس للشركة في العراق (2). بمعنى آخر فلا علاقة بين جنسية الشركة وجنسية الشركاء، بالتالي فقد لا يحمل الشركاء الجنسية العراقية، لكن الشركة عراقية؛ لأنها أسست بموجب القانون العراقي. وهذا المسلك، لا يواكب ما يستلزم اتباعه اقتصادياً لاستقطاب شركات المشروع المؤلفة من تحالف رؤوس أموال أجنبية تحظى بمزيد من الضمانات بوصفها شركات أجنبية.

وما سار عليه التحكيم هو اعتماد كل من معيار التأسيس ومركز الإدارة في تحديد جنسية الشركات. كما ورد في حكم مركز التحكيم الدولي (ICSID) بتاريخ ١٢/٩ / ١٩٨٣ بخصوص قضية شركة (Amco). المقامة ضد الحكومة الإندونيسية.

(1) د. بشار الاسعد: مصدر سابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(2) المادة (٢٣) من قانون الشركات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل (تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق احكام هذا القانون عراقية)، وأشار في البند ثانياً من المادة (١٣) من نفس القانون بأن يكون المقر الرئيس للشركة في العراق. منشور في الوقائع العراقية، العدد (٣٦٨٩)، ٢٩/٩/١٩٩٧.

إذ رأت هيئة التحكيم (... بأن الشركة الإندونيسية شخص اعتباري يتمتع بالجنسية الإندونيسية كونه نشأ في ظل القوانين الإندونيسية وفي أقاليمها..)⁽¹⁾.

أما تاريخ تحديد جنسية الشركة فيكون من تاريخ عرض النزاع على التوفيق أو التحكيم. وذلك ما أكده قرار مركز التحكيم الدولي (ICSID) بتاريخ ١٩٨٥/٥/٣ بخصوص قضية شركة (Klockner) الألمانية المقامة ضد جمهورية الكاميرون. فذهبت إلى عدم الاعتراف بالتغيير اللاحق للجنسية⁽²⁾.

ثانياً: - المعيار الاقتصادي.

بمقتضى المعيار الاقتصادي، يكتسب العقد الإداري الصفة الدولية عند تعلقه بمصالح التجارة الدولية. من ثم فإن هذا المعيار لا يهتم بصلب العلاقة التعاقدية. بل ينصب اهتمامه على الفحوى الاقتصادي لمحل العقد، وما يتضمنه من رابطة اقتصادية عابرة لحدود الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة. من ثم، فهو المسلك الأكثر قدرة على مواكبة التطورات الاقتصادية، تحديداً بعد ظهور الشركات الأجنبية التي تلجأ إلى تأسيس تحالف مع شركات وطنية. لتمزج بين شركات الأشخاص والأموال لإنشاء شركة المشروع. فالقيم الاقتصادية للعقد وتمويله المالي والفني أجنبياً، ولكن العقد من الناحية الشكلية البحثية يعد عقداً إدارياً محلياً/وطنيّاً، خاصة في حالة لجوء الشركات الأجنبية إلى تأسيس شركات وفق القانون الوطني. فهذه الكيانات الوليدة لم تمنح إدارة المشروع إلا بسبب وجود شركات أجنبية تقف وراء تلك الشركة الوليدة المتمتعة بجنسية الدولة المضيفة أو التحالف المشترك؛ لخبرتها في تنفيذ موضوع العقد⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس، تأخذ الشركة الوطنية الصفة الأجنبية بشكل استثنائي، متى ما كانت تخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية من حيث الأموال المستثمرة وتمتع القائمين عليها بجنسية دولة

(1) د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠١٢ ص ٩٤.

(2) د. حفيظة السيد الحداد: مصدر سابق، ص ١٣٥.

(3) د. هبة هزاع: توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، ص ٥٦. ونصت الفقرة (ب) من المادة (٢) من المادة (٢٥) من الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات لعام ١٩٦٥ على (... وأيضاً كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ذات التاريخ ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية).

أجنبية بغض النظر عن مكان مركز الإدارة والتأسيس؛ لأن تبني معيار الجنسية قد يخفق في البت بدولية العقد. ويُفقد الشركات الأجنبية التي تشكل جزءاً اقتصادياً مؤثراً من هذا التحالف المشترك حقها في اللجوء إلى التحكيم الدولي. وهذا ما أشار إليه الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ((ICSID). إذ أعتبر استثمار الشركة الأمريكية (SEMPRA) في شركتين تحملان الجنسية الأرجنتينية، استثماراً يستحق الحماية وفقاً لاتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين الأرجنتين والولايات المتحدة. فالعقد الذي يبرمه تحالف مشترك بين شركات الأشخاص والأموال، يُعد عقد غير مسمى لم تتناوله بالتنظيم قوانين الشركات أو القانون المدني، وفي هذه الحالة تعد (الشركة الأمريكية) هي شركة المشروع (1).

وتطور تطبيق المعيار الاقتصادي إلى عدة صور. ففي شكله التقليدي يُراد به وجود تبادل حركي للبضائع عبر الحدود الدولية. وظهرت هذه الفكرة على يد المحامي (Matter) أثناء النظر بقضية (Pelissiet du Besset) بخصوص عقد إيجار أبرم في الجزائر بين مؤجر إنكليزي ومستأجر فرنسي وأنفق فيه على الدفع بالجنيه الأسترليني في ١٧/٥/١٩٢٧. انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم بطلان شرط الثبات التعاقدية في وسائل الدفع النقدي للعقود، في حالة وروده في عقود دولية متصلة بعملية اقتصادية تتجاوز نطاق الاقتصاد الوطني. أي يستتبع حركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود وأن ينتج عنه روابط تبادلية بين دولة وأخرى (2).

ونتيجة لتطور الحياة الاقتصادية، لم يعد المفهوم الاقتصادي التقليدي يصلح لكافة الحالات للكشف عن دولية العقد؛ لذلك ظهر الاتجاه الحديث للمعيار الاقتصادي، وقوامه ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية ومتطلباتها. وهذا المسلك، يتيح لقاضي الموضوع ممارسة حرية أكبر في تقرير دولية العقد طالما إن تلك المصالح والمتطلبات غير محددة المعالم ويصعب حصرها.

(1) الفقرة (١٠٣) من القرار، رقم ARB(16/02)، بتاريخ ٢٩/٦/٢٠١٦. الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي ((ICSID):

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C8/DC1550-En.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٣

(2) د. محمد عبد العزيز بكر، مصدر سابق، ص ٤٩

والقانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود الإدارية هو اعمال القانون الداخلي للدولة المتعاقدة. ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، حكمه الصادر في ٢٨/١١/١٩٥٨ في قضية (Dame Veue Langlois) والذي قرر بموجبه، إن القانون الذي يتعين الرجوع اليه من أجل تحديد الفوائد القانونية الناتجة عن التأخير في تنفيذ العقد، هو القانون الفرنسي وحده، لأن العقد مثار المنازعة قد أبرم لصالح الدولة الفرنسية⁽¹⁾.

بالإضافة لما تقدم، فبسبب التمويل الأجنبي للمشروع، فلا يأخذ العقد الذي تبرمه الإدارة شكلاً دولياً بالكامل استناداً إلى معيار بعينه. فقد يكون عقداً داخلياً بالمعيار القانوني ولكن تمويله المالي أجنبياً فقد يشمل التدويل بعض جوانب الرابطة العقدية بسبب مصدر التمويل المالي. وعلى الرغم من كونها في الحقيقة رابطة داخلية. كأن تقوم منظمة دولية مثل البنك الدولي بتمويل مشروع وطني يتم تنفيذه بموجب عقد إداري داخلي⁽²⁾.

وبشكل عام، فلا يمكن الذهاب إلى القول: إن المعيار الاقتصادي، معيار مستقل بذاته لتحديد دولية العقد الإداري، بل هو في حقيقته انعكاس لعناصر قانونية ساهمت بتدويل العقد. فلا يتصور عبور رؤوس الأموال والخدمات للحدود الدولية وفق مقتضيات التجارة الدولية، من دون نشوء علاقة تعاقدية تتضمن عناصر قانونية أجنبية مؤثرة⁽³⁾.

ثالثاً: - المعيار المختلط.

فيما سبق تم التطرق إلى إمكانية إعمال أحد المعيارين، الاقتصادي أو القانوني لتقرير الصفة الدولية للعقد الإداري. وبذلك، فأما أن تلحق تلك الصفة بالعقد الإداري، جراء وجود صفة دولية لعناصر العلاقة العقدية أو ترتيب أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية. ولكن مع حدوث تطورات اقتصادية، قد طرأت على العقود الإدارية الدولية، بتضمينها شروط مستحدثة ذات صلة بقواعد التجارة الدولية، فضلاً عن استحالة حصر العناصر القانونية التي تجعل منه عقداً دولياً. برزت صعوبة بالغة لاعتماد معيار بعينه ليشمل كافة الحالات. فتطبيقات المعيار القانوني أو الاقتصادي، لا تخرج عن كونها سوى امثلة.

(1) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١٠٩.

(2) د. مصطفى الحبشي: مصدر سابق، ص ٤٤.

(3) د. إبراهيم محمد القعود: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية الحقوق، جامعة الزاوية (ليبيا)، العدد السابع، ديسمبر ٢٠١٥، ص ٣٠٨.

لذلك، ذهب القضاء إلى تبني معيار أكثر دقة يجمع بين الاثنین ليُكمل أحدهما الآخر. وأتجه نحو عدم الاكتفاء بفحص توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية للبت بدوليتها. بل أشرت أيضاً صلته بمصالح التجارة الدولية. أي الجمع بين تدويل عناصر العلاقة العقدية وأثرها الاقتصادي العابر للحدود الدولية. وذلك ما أشار إليه حكم صادر عن محكمة باريس في ٩/١١/١٩٨٤، وهي بصدد النظر في نزاع على عقد وكالة تجارية أبرم بين شركتين ليمثلهما في فرنسا وتم إبرام العقد في كل من السويد وفرنسا. إذ اعتبرته المحكمة عقداً دولياً لسببين: الأول قانوني بسبب ازدواج محل إبرام العقد، أما الثاني فإنه اقتصادي مناطه إبرام تصرفات بأسم شركات أجنبية بقصد زيادة صادرات منتجاتها (1).

وما يهم بصدد البحث هو تحديد المعيار الأنسب لتقرير دولية العقد الإداري، بما له من خصوصية متميزة عن عقود القانون الخاص. إذ تخضع العلاقات الخاصة الدولية لإعمال قاعدة الإسناد التي تخول المتعاقدين حق اختيار قانون العقد. بينما العقود الإدارية تكتسب الصفة الدولية، بيد أنها في نفس الوقت تخضع لأحكام ومبادئ القانون العام للدولة المتعاقدة، يُكمّله نظام عام دولي عابر للحدود الدولي. لذلك، فجوهر المعيار الأنسب لتقرير دولية العقد الإداري، مفاده بأن لا ترتيب على إعماله خضوع العقد الإداري لقواعد التنازع بشكل يؤدي إلى تجزئته وإخراجه من نطاق تطبيق القانون العام الوطني للدولة المتعاقدة أو قواعد النظام العام الدولي (2). والمحكم عندما يطبق القانون الواجب التطبيق سواء باختيار الطرفين أو بإعماله دون الرجوع إلى قاعدة اسناد كما هو معمول به لدى القاضي الوطني، طالما إن أساس عمله هو اتفاق الطرفين. وذلك ما سيتم تناوله بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الثاني، ضمن إطار الضمانات الإجرائية.

وبمجرد العودة إلى المعيار القانوني الشكلي، فلأن إرادة طرفيه باختيار القانون الواجب التطبيق، هي من يحدد دوليته. مما يعني صعوبة الاعتراف بوجود عقد أداري دولي، طالما يتفق طرفي العقد على إخضاعه إلى قانون داخلي على الرغم من وجود عناصر قانونية أجنبية مؤثرة في العلاقة التعاقدية. كذلك الحال بالنسبة إلى المعيار القانوني الموضوعي أي البحث عن الصفة الدولية، من خلال فحص العلاقة التعاقدية ومدى احتوائها على عناصر قانونية مؤثرة

(1) د. بشار الاسعد: مصدر سابق، ص ٨٦.

(2) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١٠٧.

وفاعلة. لأنه يُفرض إلى تعدد النظام القانوني للعقد. عليه، فلم يتبق سوى المعيار الاقتصادي، فهو الأنسب لتحديد دولية العقد الإداري؛ لكونه يكشف عن مدى الحاق الصفة الأجنبية بعناصر العلاقة العقدية نتيجة انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية. وفي نفس الوقت لا يؤدي بالنظام القانوني للعقد إلى التعدد بموجب قواعد التنازع بين القوانين، فضلاً عن إن المعيار الاقتصادي يمثل أساساً يُفسر مسوغات استحداث ضمانات ذات صلة بمصالح التجارة الدولية، وما طرأ على الأشخاص المعنوية العامة من تطورات اقتصادية كطرف في العقود الإدارية الدولية، ناهيك عن بروز شركات المشروع التي تمثل جنسية الممولين له.

طبقاً لما تقدم، ذهب المحكم (Dupuy) في حكم (Texaco). بقوله: (من غير المشكوك فيه إن عقود الامتياز محل النزاع من العقود الدولية من الناحية الاقتصادية لأنها تمس مصالح التجارة الدولية ومن الناحية القانونية البحتة ولأنها تتضمن عناصر ارتباط بدول مختلفة)⁽¹⁾.

وبالتالي يمكن تصور دولية العقد الإداري، بأنه يرد بصيغة علاقة عقدية بين الإدارة مع شخص طبيعي أو شركة أجنبية، أو أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية، لأداء خدمة عامة للجمهور طبقاً للشروط الموضوعية من قبل السلطة العامة المتعاقدة وتحت إشرافها ورقابتها، مقابل قيام المتعاقد للمشروع باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن وجني أرباح مالية. أو أن تتعاقد الإدارة مع أحد الأشخاص أو إحدى الشركات الوطنية والأجنبية للقيام بأعمال الترميم أو الصيانة في إحدى السفارات الموجودة في الخارج أو إمداد أفراد الجيش والمكلفين بمهام، خارج حدود الدولة بمستلزمات تموينية أو لوجستية. بشرط أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد ويراعي فيه قواعد النظام العام في محل التنفيذ⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك، فإضمانات المتعاقد دلالة على دولية العقد، فاتفق التحكيم قرينة على ارتباط العقد الإداري بمصالح التجارة الدولية. وذلك ما ذهب إليه قانون تحكيم المواد المدنية والتجارية في مصر⁽³⁾. إذ منح طرفي العقد الحق بتدويل أي عقد محلي أو ما يُعرف بالتدويل

(1) د. محمد عبد العزيز على بكر: مصدر سابق، ص ١٩٥

(2) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١٠٨.

(3) الفقرات (أولاً، ثالثاً، رابعاً) من المادة (٣) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ (يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في

الظاهري، لتوسيع نطاق تطبيق قانون التحكيم على المنازعات التي تخضع له، بغض النظر عن أشخاصها أو موضوعها، وهذا مما يصيبه بغموض فيما يتعلق بتقرير دوليته⁽¹⁾. ولعله، ما يُراد من هذا التوجه من قبل المشرع المصري، سوى محاولة من منه للمقاربة إلى ما جاء في قانون المرافعات الفرنسي، الذي أعتمد المعيار الاقتصادي، وقواعد اليونسטרال النموذجية الخاصة بالتحكيم⁽²⁾.

ومن ثم، فتُعد الضمانات المستحدثة في العقد الإداري، دلالة على تدويله واتفاق طرفي النزاع المتعلق بالعقد الإداري الدولي، فلجوء الدولة إلى التحكيم، يُشير إلى قبولها الاستعانة بالمبادئ العامة للقانون، أو بأعراف التجارة الدولية لتكملة نقص أو غموض، و يمكن أن يعمل به المحكم لتسوية المنازعة بقواعد قانونية أكثر ملائمة، كذلك في حالة تضمينه شرط ثبات العقد وتجميده، لأن هذه الشروط معمول بها في المعاملات الاقتصادية الدولية، ومن أهم القواعد المتبعة في أعراف التجارة الدولية⁽³⁾.

خلاصة ما تقدم، يتضح بشكل جلي بأن العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، يأخذ شكلاً دولياً وذلك في حالة إبرامه من قبل الدولة أو إحدى الجهات التابعة اليها مع شخص خاص أجنبي، أو يترتب عليه أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية. على نحو يؤدي إلى توسيع نظامه القانوني نحو الخضوع لشروط وحلول قانونية متبناة في اتفاقيات دولية، قد أبرمتها الدولة المتعاقدة أو نظام عام عابر للحدود الدولية. ومناطق هذه الشروط أو الحلول إنها ترد كضمانات للمتعاقد معززة عنصر الاطمئنان لديه بمستوى يُراعى فيه المعايير الدولية وهذا ما يميزه عن

الأحوال التالية: اذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم ... رابعاً : اذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن واقعاً خارج هذه الدولة :أ-مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات عن العلاقة التجارية بين الطرفين، ج: المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع) .

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٥٨؛ حازم يومي المصري: مصدر سابق، ص ١٠٠.

(2) المادة (١٤٩٢) من قانون المرافعات المدنية الصادر بموجب المرسوم رقم (٥٠٠) لسنة ١٩٨١، والذي صدر بتاريخ ١٢/٥/١٩٨١ الفقرة (٣) من المادة (٣) من قانون اليونسسترال النموذجي للتحكيم عام ١٩٨٥ المعدل. د. هبة هزاع: المصدر نفسه، ص ٥٨. حازم يومي المصري: المصدر نفسه، ص ١٠٠.

(3) د. هاني محمد حمزة النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٨، ص ٣٥٤.

المتعاقد الوطني. على الرغم من خضوع العقد الإداري الدولي لإجراءات وأوضاع قانونية، أكثر تعقيدا مما هو معمول به في العقد الإداري الداخلي، كالحصول على الأذن بالتقاعد من قبل السلطة التشريعية، وما يتبعه من رقابة من قبلها على تنفيذ العقد؛ لتعلق العقود الإدارية الدولية بمرافق عامة اقتصادية ذات طبيعة استراتيجية مؤثرة في الشأن الاقتصادي للدولة⁽¹⁾. علاوة على أن دولية العقد الإداري تزيد من احتمالية المخاطر وما يستلزم أن يقابلها من استحداث ل ضمانات لازمة لتنفيذ العقد بالشكل المطلوب، وذلك ما سيتم التطرق إليه في إطار البحث في تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي.

المطلب الثاني

العناصر الموضوعية

سبق وأن تم التطرق في المطلب الأول إلى أن مناط قيام أية علاقة عقدية، هو النقاء إرادتين (إيجاب وقبول) للتراضي على إحداث أثر قانوني. وبخصوص العقد الإداري الدولي، فمن لحظة النقاء الارادتين (الدولة المتعاقدة، الشخص الخاص المتعاقد)، تتجه النية المشتركة للطرفين نحو تجهيزه بشروط مستمدة من القانون العام، شأنه في ذلك شأن أي عقد اداري له صلة بمرفق عام وينطوي على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. مع الأخذ بنظر الاعتبار حتمية استحداث مزيداً من الشروط أو الحلول القانونية التي تلبي متطلبات صلته بمصالح التجارة الدولية. وهذا ما يتميز به بناء الجانب الموضوعي للعقد الإداري الدولي عن نظيره العقد الإداري التقليدي. فهو يشكل نظام تعاقدى مركب من شروط مستمدة من قواعد القانون العام والخاص. عليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، الأول يخص صلة العقد بالمرفق العام، والثاني يتعلق بتوافر الشروط الاستثنائية.

(1) د. يحي محمد على الطيارين: رقابة السلطة التشريعية على العقود الإدارية والاتفاقات الدولية ذات الطابع المالي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٨. ص ٤٧٨.

الفرع الأول

اتصال العقد الإداري الدولي بمرفق عام

يُعد العقد الإداري من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لتلبية الخدمات العامة بواسطة المرفق العام. وهو المشروع الذي تنشئه الإدارة أو تشرف عليه ليعمل باضطراد بغية تأمين حاجات الجمهور. تبعاً لذلك، يُمثل المرفق العام الأساس القانوني لتفوق الكفة القانونية للإدارة في العلاقة العقدية مع متعاقد من أشخاص القانون الخاص⁽¹⁾.

وظهرت فكرة المرفق العام بدلالاتها الشكلية، بعد إصدار مجلس الدولة الفرنسي حكمه بقضية (ROTSCHIELD) بتاريخ ١٢/٦/١٨٥٥، ومن ثم برز المرفق العام كمعيار لتحديد المسؤولية الإدارية غير التعاقدية بصدور حكم (BLANCO) عن محكمة التنازع بتاريخ ٢/٨/١٨٧٣. إذ جاء فيه إلى ما يفيد الاعتراف بالمرفق العام كأساس لمسؤولية السلطة العامة عن أعمالها بقوله (...مسؤولية السلطة عن الأضرار الناتجة عن المرافق العامة تخضع لقواعد خاصة تختلف عن قواعد المسؤولية المدنية التي تحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض...)⁽²⁾. ومنذ صدور حكم (TERRIER) عام ١٩٠٣، تطور اجتهاد مجلس الدولة نحو اعتماد المرفق العام كمعيار موضوعي لتمييز العقود الإدارية قضائياً، إذ جاء في هذا الحكم ما مفاده (... ومن قبيل المنفعة العامة التي تبتغي تحقيقها البلدية من إبرام العقد، القبض على الكلاب الضالة أو قتل الافاعي...)⁽³⁾.

وللمرفق العام مدلولين، المدلول الشكلي، هو الهيئة أو الجهاز الذي يقوم بأداء نشاط عام، بيد إن توسع اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي نحو فصل الإطار الشكلي للمرفق العام عن المفهوم الموضوعي، عقب التطورات الاقتصادية التي طرأت عليه، امتد مدلوله ليشمل أي نشاط

(1) د. عبد الحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء (الفقه، القضاء، التشريع)، الطبعة الأولى، دار الكتب والدراسات العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٧، ص ١٢.

(2) د. عثمان ياسين علي: تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، سنة ٢٠١١، ص ٣٠.

(3) وأشار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Therond) عام ١٩١٠ وقضية (feutry) عام ١٩٠٨ إلى فكرة المنفعة العامة للدلالة على فكرة المرفق العام. د. أحمد يسري: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥، ص ١٧٢.

تقوم به هيئة عامة من أجل الصالح العام أو المنفعة العامة. وذلك ما أكده حكم مجلس الدولة الفرنسي المعروف بـ (VEZIA) بتاريخ ١٢/٢٠/١٩٣٥، بأنه (كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف عليه ويعمل بانتظام واستمرار. ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي لا يقصد الربح بل يقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة) (1). أيضاً ما صدر عن محكمة التنازع بقضية (Effimief) بتاريخ ٢٨/٣/١٩٥٥ (إن عقد الاشغال العامة يستهدف تحقيق غرض من أغراض المرافق العامة) (2).

وسار القضاء الإداري المصري على نفس المسلك أعلاه، مستنداً في ذلك إلى المفهوم الموضوعي في تحديد مدلول المرفق العام. فاعتبره نشاطاً تنشئه الإدارة وتشرف عليه لتحقيق المنفعة العامة أو الصالح العام. وجاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري ما نصه (...كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على أدارته ويعمل بانتظام واستقرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي تطلبها. يقصد المساهمة في صياغة النظام العام وخدمة الصالح العام في الدولة وأن يكون المشروع من مشروعات النفع العام أي غايته سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمة عامة...) (3).

أما في العراق، فقد عملت محكمة التمييز بالمدلول المادي في تعريف المرفق العام، مع مراعاة دور الإدارة في الإشراف والتنظيم. بقولها (...مصلحة البريد والبرق والتلفون تعد مرفقا من المرافق العامة، والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجاته ذات نفع عام...) (4). أيضاً ما ورد في فتوى مجلس الدولة، والصادرة بخصوص تكييف عقود إيجار العقارات المسجلة باسم أمانة بغداد (...وحيث إن محل هذه العقود لا يرقى إلى مستوى المرفق العام الذي يؤدي نشاطه لإشباع حاجات عامة للمواطنين أو تقديم سلع أو خدمات للجمهور وحيث إن أمانة بغداد عند إبرامها للعقود المستوضح

(1) د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، سنة، ٢٠١١، ص ٣٠١.

(2) د. أحمد يسري: مصدر سابق، ص ٢٩٤.

(3) القضية رقم (٣٤٨٠) لسنة ٩ قضائية، بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ أشار إليه د. سليمان الطماوي: مصدر سابق، ص ٦١.

(4) القرار المرقم (٣٢٦ / صلحيه/١٩٦٨)، أشار إليه د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ١٨٢.

في شأنها لا تبرمها بصفقتها سلطة عامة...⁽¹⁾. وفي قرار حديث أكدت محكمة التمييز مسلكها، بتبني المعيار الموضوعي كمدلول للمرفق العام بقولها (...إن الغاية أو الهدف الأساسي من المرفق العام هو تقديم الخدمات العامة لجمهور الناس تحقيقاً للمصلحة العامة، شرط ألا يتسبب تقديم هذه الخدمة إلى حدوث أخطاء أو مخاطر تهدد حياتهم يتوقع حدوثها في أي لحظة...)⁽²⁾. وأهتم الفقه بالمرفق العام بوصفه الفكرة الأساسية، التي تقوم عليها نظرية القانون الإداري، إلى حد ذهاب جانب منه إلى تسمية القانون الإداري بقانون المرافق العام، مما استدعى إثارة الجدل حول مفهوم المرفق العام بين المدلول العضوي والموضوعي، أو ما أُصطلح عليه بأزمة المرفق العام. تحديداً عقب الحرب العالمية الأولى، نتيجة تطور مهام الدولة من حراسة ذات تقليدية سيادية، إلى نهج تدخلي لتقديم خدمات عامة، تندرج في صلب مهام الأفراد. إذ أنقسم الفقه إلى عدة اتجاهات⁽³⁾.

فيرى الفقيه (ROLLAND) بأنه (مشروع أو مؤسسة ذات منفعة عامة تعمل تحت إشراف الإدارة لتلبية حاجات الجمهور الجماعية) وعلى نفس المسلك الفقيه (DUGUIT) مؤسس مدرسة المرفق العام إذ كرس اهتمامه بالجانب الموضوعي بتعريفه للمرفق العام بأنه (كل نشاط ينبغي للحكام أن يضمنوا قيامه وتنظيمه ومراقبته..). وبهذا المعنى تمسك الأستاذ (RIVERO) كونه (من صيغ النشاط الإداري تتولى بموجبه الإدارة إشباع الحاجات العامة). كذلك الفقيه (MOREAU) فيرى بأن المرفق العام يمثل (مجموعة الوسائل المادية والبشرية التي يؤدي بواسطتها الشخص الإداري مهامه). وعرفه الفقيه دي لوبادير، كل نشاط تقوم به هيئة عامة بقصد إشباع حاجة ذات نفع عام. فيما يرى الفقيه (HAURIOU) بأنه (منظمة عامة من السلطات والاختصاصات تكفل القيام بخدمة معينة تقدمها للجمهور بشكل منظم)⁽⁴⁾.

وفي إطار الفقه العربي انتهج (د. ثروت البدوي) مسلك الجمع بين المدلولين الشكلي والموضوعي، لذلك يرى بأن المرفق العام (مشروع ذو نفع عام تقوم به الإدارة وتهدف به إلى

(1) رقم الفتوى (٢٠٠٦/٣٨)، بتاريخ ١٨/٥/٢٠٠٦، أشار إليه د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص ٤١.

(2) رقم الحكم (٢٠٢٠/١١١١) الهيئة الاستئنافية عقار، بتاريخ ٣/٢/٢٠٢٠، الرابط الخاص بمحكمة التمييز

الاتحادية، تاريخ الزيارة ٢٣/٤/٢٠٢٠: <https://www.hjc.iq/qview.2522>

(3) د. علي محمد بدير وآخرون: مصدر سابق، ص ٢٣٧.

(4) أشارت إلى هذه الآراء، د. ثورية لعيوني: مصدر سابق، ص ١٥١.

اشباع حاجة عامة مستخدمة في سبيل ذلك بعض امتيازات أو سلطات استثنائية مغايرة في طبيعتها للسلطات التي تكون للأفراد العاديين الذين يديرون مشروعات خاصة).⁽¹⁾ فيما أستعاض (د. محمود حافظ) عن فكرة المرفق العام بالمصالح العمومية، مؤكداً مدلوله العضوي بقوله (إن المصالح العمومية هي الهيئات والمشروعات التي تعمل باطراد وانتظام. لسد حاجات الجمهور والقيام بأداء خدمات عامة)⁽²⁾.

أما (د. سليمان الطماوي) فله نظرة أوسع في تحديد فكرة المرفق العام. إذ يعتقد بتطور فكرة المرفق العام وعدم تلاشيها بالأخص بعد ازدياد تدخل الدول في الاقتصاد واشتراك الأفراد معها أو بإشرافها في تنفيذ أو تسيير المرافق العامة. وهو بذلك يرى بأن للمرفق العام مفهومين الأول يعني نشاط تقوم به الإدارة أما الثاني فالمراد به الهيئة التي تقوم بالنشاط. وذلك ما تبنته (د. سعاد الشراوي) فتعتقد بأنه (نشاط يحقق مصلحة عامة واتجهت نية السلطات العامة إلى اعتباره مرفقاً عاماً)⁽³⁾.

وضمن إطار الفقه العربي، فقد ركز جانب من الفقه العراقي على المدلول العضوي لتحديد فكرة المرفق العام، متأثراً بالنهج الاشتراكي الذي كان سائداً قبل عام ٢٠٠٣، فيعتقد كل من (د. سعد علوش و د. عبد الله البستاني بأنه (.. منظمة مملوكة للدولة...)⁽⁴⁾. بينما أهتم (د. شاب توما منصور) بالمقتضى الموضوعي فوصفه بأنه (نشاط يقوم به شخص من أشخاص القانون العام بقصد تحقيق نفع عام)⁽⁵⁾.

وأختط (د. ماهر صالح علاوي) لنفسه مسلكاً متميزاً. وذلك بالتفريق بين مفهوم المرفق العام قبل عام ٢٠٠٣ مركزاً على الجانب العضوي في فترة قد ساد فيها الفكر الاشتراكي. لكن فيما بعد ومع صدور دستور جمهورية العراق عام (٢٠٠٥)، وتبنيه لاقتصاد السوق الحر، اتسعت فكرة المرفق العام لتشمل كل نشاط يسعى إلى تحقيق منفعة عامة⁽⁶⁾.

(1) د. ثروت البدوي: القانون الإداري: الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٦، ص ٣٩٨.

(2) أشار إليه د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(3) د. سليمان الطماوي: مصدر سابق، ص ٦٠.

(4) أشار إليه د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري، المصدر سابق، ص ١٨٥.

(5) د. شاب توما منصور: القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، ١٩٧٦،

ص ٢١٤.

(6) د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري: المصدر السابق، ص ١٨٦.

ويرى (د. مازن ليلو راضي) بأن التوصل إلى تعريف المرفق العام، يقتضي أن يلتقي فيه المعنين العضوي والوظيفي. عندما تسعى الهيئات العامة التابعة لشخص من اشخاص القانون العام إلى تحقيق النفع واشباع حاجات الافراد، وهذا ينطبق أكثر مع مفهوم المرافق العامة الإدارية، ومع تطور الحياة الاقتصادية وظهور المرافق العام الاقتصادية ظهرت بوادر الفصل بين المدلول العضوي والوظيفي للمرفق العام، بالاستعانة بالأفراد لتسيير العمل بهذه المرافق⁽¹⁾. ومن الجدير بالذكر، ليس هنالك من إشكال بالقول إن العقد المبرم من قبل شخص معنوي عام، ويتصل بمرفق عام بأنه من عقود القانون العام (ادارياً)، في حالة الانتفاع المباشر من قبل الدولة أو من خلال أحد أجهزتها بوصفها سلطة عامة، أو ترد تلك الصلة بعقود ادارية مسماة بنص القانون، أو تعلقه بشغل المال العام. وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Consorts) بتاريخ 11/05/1956، بإشارته إلى (... إن أحد أساليب تنفيذ هذا المرفق يتمثل في عمليات التشجير وأعادته التشجير التي تقوم بها الإدارة العامة (إدارة المياه والغابات) على أراضي مملوكة ملكية خاصة بناء على عقود أبرمتها الإدارة مع الملاك. وإن تلك العقود تستمد من موضوعها نفسه وصف العقود الإدارية ...)⁽²⁾.

من جهة أخرى، تتباين المرافق العامة على عدة صور. فبحسب النشاط تنقسم إلى إدارية صرفه لإدارة النشاط الإداري اليومي الخاص بتنفيذ القوانين. ومع تطور مبادئ حقوق الإنسان، ظهرت مرافق عامة مهنية كالنقابات المهنية. وبسبب اتساع تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، ظهرت المرافق العامة الاقتصادية، للتكفل بأداء أعمال صناعية وتجارية يُراعى في تسييرها أساليب القانون الخاص. وعلى المستوى الجغرافي إلى مرافق عامة إقليمية وأخرى مركزية على المستوى الوطني للدولة⁽³⁾.

وبالتالي، وبسبب ظهور صور متعددة للمرفق العام وتمييز مدلوله الموضوعي، يُمكن أن تُدار من قبل اشخاص من القانون الخاص تحت اشراف الإدارة ورقابتها. فليس هنالك من أثر قاطع لجعل العقد - الذي يبرمه شخص معنوي مع شخص من القانون الخاص - ادارياً، بسبب صلته عام بمرفق عام، ما لم تبلغ هذه الصلة مستوى من الوثاق والوضوح، حد تجعل من العقد

(1) د. مازن ليلو راضي: الوسيط في القانون الإداري، الاكاديمية العربية المفتوحة، ٢٠٠٨، ص. ٦٧.

(2) د. أنس جعفر، العقود الإدارية: الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٢١، ص ١٨.

(3) د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ١٨٩.

الوسيلة الوحيدة لتنفيذ المرفق العام وتسييره، ويتبلور دور المتعاقد بالمعاونة والمساهمة في تنفيذ المرفق العام وتسييره واستغلاله بعينه وبشكل مباشر دون الاكتفاء بتلبية بعض متطلباته. وهذا ما أكدته محكمة التنازع في فرنسا بتاريخ ١١/٢٥/١٩٦٣، فعدت العقد الذي أبرمته السيدة (مازران) مع البلدية بخصوص تنظيف أبنية مدرسية، عقد عمل يخضع للقانون الخاص. بسبب دورها الثانوي لتلبية بعض متطلبات تنفيذ المرفق العام. فضلاً عن إن العقد لا يتضمن شرطاً استثنائياً. فيما ذهبت نفس المحكمة إلى تكييف عقد آخر أبرمته نفس السيدة مع البلدية للقيام بحراسة الأولاد في المدرسة بأنه إداري. لكون السيدة (مازران) في العقد الثاني، قد ساهمت بشكل مباشر بتنفيذ وتسيير المرفق العام (المدرسة) (1).

وبخصوص موضوع البحث، فمن الممكن أن تُثار إشكالية حول طبيعة المرفق العام الأكثر اتصالاً مع النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي، وينسجم مع ما يترتب عليه من أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية.

طبقاً لمسوغات ومقومات إبرام العقد الإداري الدولي و ما ينطوي عليه من فحوى تعاقدى مرن جامع لقواعد مستمدة من القانون العام والخاص، فعلى الاغلب ، لا يتصل بمرفق عام اداري تقليدي ، مثل مرافق القضاء والدفاع؛ لتعلقه بتلبية احتياجات عامة مستمدة من ضرورة تنفيذه وتسييره بموجب مبادئ سيادية أو قواعد دستورية مرتبطة بسيادة الدولة واستقلالها، وصعوبة تصور أمكانية ادارته بشكل غير مباشر من خلال اشخاص القانون الخاص، فضلاً عن اصطدامه بمقتضيات انطوائه على حلول قانونية وشروط عقدية، ترد كضمانات غير مألوفة في عقود القانون العام، قد تخل بسيادة الدولة واستقلالها. في حين تبدو المرافق العامة الخدمية كالصحة والتعليم والمرافق العامة الاقتصادية التي تدخل ضمن القطاع الصناعي أو التجاري أو الزراعي، أكثر ملائمة للصلة بالعقد الإداري الدولي لما يغلب عليه المدلول الموضوعي، بوصفه نشاط يهدف إلى تحقيق نفع عام، قد يتطلب تنفيذه الاستعانة بأموال وخبرات أجنبية، مع احتفاظ

(1) د. الياس ناصيف: العقود الدولية (عقود البوت في القانون المقارن): الطبعة الثاني، منشورات الحلبي

الجهة الإدارية المتعاقدة بسلطانها العام بتنظيم المرفق العام، فيما تترك تسيير الوظائف المكفولة لها في تنفيذ المرفق العام الاقتصادي أو تسييره إلى المتعاقد، تحت إشرافها ورقابتها (1).

تبعاً لأعلاه، يُمهد المرفق العام الاقتصادي، السبيل نحو التداخل بقواعد مستمدة من القانون الخاص ضمن الحيز التعاقدى لعقد من عقود القانون العام، بإضافة المزيد من الشروط تعاقدية وحلول قانونية تنسجم مع متطلبات التجارة الدولية كشرط التحكيم، وحرية الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق وثبات العقد. وبمعنى آخر، يبدو المدلول الموضوعي للمرفق العام، أنه أكثر تفوقاً ووضوحاً، مما يتيح للشخص المعنوي العام بناء علاقة عقدية قد تستوجب استعانتها بأشخاص أجنب من القانون الخاص يمتلكون الأموال والخبرات الأجنبية اللازمة لتنفيذه أو تسييره، وانتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية (2).

فضلاً عما يمتاز به النشاط الاقتصادي من ميزة الإدارة المزدوجة. إذ بموجب الإدارة المزدوجة يقوم الشخص المعنوي العام الطرف في العقد الإداري بممارسة نمطين من المهام لإدارة المرفق العام. إذ يأخذ وضع رب عمل، متبعاً أساليب الإدارة الخاصة لتسيير المرفق العام من ناحية. ومنزلة القوامة على المصلحة العامة بتنظيم المرفق العام، وممارسة الإشراف والرقابة عليه من خلال اللجوء إلى أساليب الإدارة العامة من ناحية أخرى (3).

وطبقاً لهذا المعنى في الإدارة المزدوجة، يستطيع الشخص المعنوي العام الطرف في العقد من اللجوء إلى وسائل متعددة، تجعل العقد الإداري أكثر مرونة وديناميكية، لجذب المزيد من المتعاقدين الأجانب. وأن تطلب الأمر استحداث تقنية عقدية تنطوي على شروط دخيلة على عقود القانون العام. حتى عُد المرفق العام بطبيعته الاقتصادية أساساً لاستحداث المزيد من الضمانات للمتعاقد (4). وذلك ما سيتم تناوله في الفصل الثاني بشكل مفصل. وذلك ما سيتم تناوله في الفصل الثاني بشكل مفصل.

(1) د. حسن محمد علي حسن البنيان: الطبعة الأولى، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة

مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٤، ص ١٨٠.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: مصدر سابق، ص ١٦.

(3) د. شاب توما منصور: آراء في أساس القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٩٠.

(4) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١١١.

ومن الجدير بالذكر، فلصلة العقد الإداري الدولي بتلبية احتياجات عامة بواسطة مرفق عام اقتصادي أو خدمي، دور حاسم ببروز فكرة المرفق العام العالمي، الذي يُلبي احتياجات عامة مشتركة ذات طبيعة إنسانية واقتصادية عابرة للحدود الدولية. وتتأى هذا التوجه بشكل ملموس عقب انبثاق الشركات المتعددة الجنسيات⁽¹⁾ التي أثير الجدل بشأن تعريفها؛ لتباين أشكالها وتعقيدها الاقتصادية والقانونية. ولكن بالمجمل انتهى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية إلى تعريفها بأنها: (كيان اقتصادي يزاول التجارة والإنتاج عبر القارات، وله في دولتين أو أكثر شركات وليدة أو فروع فيه الشركة بصورة فعالة وتخطط لكل قراراتها تخطيطاً شاملاً)⁽²⁾.

فضلاً عن تنامي الاهتمام بوضع قواعد إرشادية تخفف من جمود فكرة السيادة، لصالح تنفيذ أو تسيير نشاط عالمي يُحقق مصلحة عالمية مشتركة تمس الخدمات الأساسية للشعوب، لاسيما إن المجتمع الدولي من خلال الأمم المتحدة والوكالات الاجتماعية والاقتصادية قد أقر بحق الشعوب في التنمية والحصول على التكنولوجيا الحديثة والتكافؤ فيما بينها في الرفاهية والعيش الكريم، فبرزت الضرورة بالتنسيق وعولمة لقواعد تُنظم أداء مرافق عامة تُلبي احتياجات ذات طبيعة إنسانية مشتركة، وبما ينسجم مع ما هو مقر في المواثيق والأعراف الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، كمبدأ العدالة الاجتماعية بين الشعوب ومراعاة حقوق الإنسان المالية⁽³⁾.

تأسيساً على ما تقدم فقد عمدت المنظمات الدولية المتخصصة في الشأن الاقتصادي والاجتماعي إلى بلورت مجموعة قواعد نموذجية أكثر ملائمة للأنظمة القانونية والاقتصادية المختلفة. من شأنها إرشاد الدول إلى اجراء معاملات اقتصادية دولية مرنة، بالأخص المتصلة بمصالح الشعوب الأساسية كحماية البيئة والصحة العامة والتنمية وحق الشعوب في الحصول على التكنولوجيا الحديثة. حتى أنتهى الأمر إلى قيام تنظيم عام اداري عالمي لحكومة عالمية

(1) د. ماهر صالح علاوي: تحولات القانون الإداري في ظل العولمة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٩، ص ١٠.

(2) أحمد عبد العزيز وآخرون: الشركات المتعددة الجنسيات ومستقبلها في الدول النامية، مجلة الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العدد ٨٥، سنة ٢٠١٠، ص ١١٨.

(3) د. حفيظة السيد حداد: مصدر سابق، ص ١٣ وما بعدها.

(Intergovernmental) عابرة للحدود الدولية مؤلفة من أشخاص عامة دولية تشرف على نشاط عام يُدار من قبل مرافق عامة وطنية، وذلك استناداً إلى اتفاقيات دولية تبرمها الدول⁽¹⁾. وبمعنى آخر، فإن هذا التنظيم العام الدولي يخضع لنظام قانوني مستمد من تداخل مبادئ عامة مقررة في القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي، لتشكل قواعد تحكم عمل المرفق العام العالمي. منها حق الشعوب بالانتمية والعيش الكريم دون تمييز، وعلى وفق المواثيق والأعراف الدولية في القانون الدولي العام. وهي تُرادف ما هو معمول به في القانون العام الداخلي، كمبدأ المساواة بين المنتفعين للاستفادة من خدمات المرافق العامة، وضمان استمرار العمل به، وقابلية المرفق العام على التطور.

ومن الأمثلة الصارخة على عالمية المرفق العام، بوصفه نشاط خدمي يلبي حاجة عالمية بأشرف تنظيم عام دولي، هو بروز النشاط الصحي كمرفق عام عالمي عابر للحدود الدولية، عقب اجتياح جائحة كورونا في بداية عام ٢٠٢٠. إذ مارست منظمة الصحة العالمية سلطة الأشراف والتوجيه الإرشاد والنصح إزاء ما تقوم به الأشخاص المعنوية المرفقية القائمة على الخدمات الصحية في مختلف الدول لمواجهة الجائحة. فضلاً عن تكريس الجهود لحماية المجتمعات الفقيرة من مخاطر عدم الحصول على اللقاحات والعلاجات المناسبة التي تمتلك تقنياتها دول صناعية كبرى بالتزامن مع تنامي رغبة مشتركة لمختلف الدول بالأخص النامية على التعاقد مع شركات تصنيع اللقاح لضمان سير العمل بالمرافق العامة الصحية⁽²⁾.

خلاصة ما تقدم، يمكن القول: إن صلة العقد الوثيقة بالمرافق العام، وقيام المتعاقد بتنفيذ المرفق العام بعينه وتسييره بشكل مباشر، ما هو إلا دلالة على ضرورة بناء الجانب الموضوعي للعقد، بطريقة تنسجم مع ما يتيح للشخص المعنوي العام الطرف في العقد بتغيير مضمون العقد

(1) Kelly lee, "The World Health Organization, Routledge", first edition, New York, , 2009, p xii..

(2) للدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تصبح أعضاء في منظمة الصحة العالمية بقبول دستورها. ويجوز قبول دول أخرى كأعضاء متى وافقت جمعية الصحة العالمية على طلب عضويتها بالأغلبية البسيطة. كما يجوز قبول الأقطار غير المسؤولة عن مباشرة علاقاتها الدولية كأعضاء منتسبة، بناء على طلب يُقدم نيابة عنها من الدولة العضو أو السلطة الأخرى المسؤولة عن العلاقات الدولية لتلك الأقطار. وتتقسم الدول الأعضاء في المنظمة إلى مجموعات وفقاً للتوزيع الإقليمي، وهناك ست مكاتب إقليمية لـ ١٩٤ دولة عضو. الرابط الخاص بمنظمة الصحة العالمية:

أو إنهائه بإرادته المنفردة طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وهذا مما يجعله يخضع لقواعد النظام، لتلبية ما يستجد من احتياجات على المرفق العام. بيد إن صلة العقد الإداري الدولي بالمرفق العام الاقتصادي، مع وجود متعاقد متفوق فنياً واقتصادياً، بوصفه شريكاً فاعلاً ومساهماً مع الإدارة في تنفيذه وتسييره، وهذا مما يحتم استحداث مزيد من الضمانات تتناسب مع طابعه الاقتصادي، يُضاف إليها ادراج وسائل من القانون العام لتثبيت الدولة نيتها الدخول في العقد بتفوق سلطانها العام.

الفرع الثاني

الشروط الاستثنائية

نظراً لاتساع مهام المرفق العام نحو الشأن الاقتصادي والدومين الخاص، فلم تعد صلة العقد المبرم من قبل الإدارة بمرفق عام كافية لوحدها، لعدة من عقود القانون العام، ما لم يثبت استعانة الإدارة الطرف في العقد بوسائل القانون العام لتنفيذه. وذلك بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

والبوادر الأولى لظهور فكرة الشروط الاستثنائية لدى مجلس الدولة الفرنسي، ظهرت منذ اعتماده معيار المرفق العام في تمييز العقد الإداري قضية (Terrie) عام ١٩٠٣. إذ أشار المفوض روميه إلى ضرورة التفريق بين الإدارة الخاصة والعامة للمرفق العام. ففي الحالة الأولى يخضع العقد للقانون الخاص، وفي الثانية للقانون العام. وتناول حكم مجلس الدولة الفرنسي بخصوص قضية شركة الجرانيت عام ١٩١٢. تفسير طبيعة البنود الاستثنائية التي ترد في عقد الإدارة وتجعل منه عقداً عاماً. فوصف بتلك الشروط التي لا تأخذ وضع ما هو مألوف في عقود الأفراد. فقضى بأنه (ما دامت توريدات محل العقد تتقيد بنفس الشروط والأوضاع التي يتم بها تنفيذ عقود الأفراد فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص)⁽²⁾.

(1) د. سحر جبار يعقوب: فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٢٠، ص ٢٣.

(2) د. مازن ليلو: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠١٠، ص ١٤١.

المعنى المتقدم نفسه قد ورد في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر (...من المسلم به ان العقد الإداري يتميز ضمن ما يتميز به باحتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة...) (1). ويكفي للقول بلجوء الشخص المعنوي العام إلى وسائل القانون العام لتنفيذ العقد، أن يقوم بتضمينه شرطاً استثنائياً واحداً، كما جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر (...وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص ...) (2).

بناءً على ما تقدم، يمكن القول بأن أهمية الشروط الاستثنائية، قد جاءت انعكاساً لتطورات اقتصادية قد طرأت على فكرة المرفق العام، وتعدد اساليب تسييره إلى حد الاستعانة بالإدارة الخاصة، مما يُفرغ العقد من مظاهر السلطان العام ذات الصلة المباشرة بتنظيم أو تسيير المرفق العام ويجعل منه عقداً مدنياً، ما لم تُظهر النية المشتركة للمتعاقدين الرغبة بالتعاقد باستخدام أساليب القانون العام أو تغليب وسائل القانون العام. على العكس تماماً . ولكن في حالة صلة العقد بمرافق عامة إدارية صرفه، إذ يتطابق بموجبها المعيار الشكلي والموضوعي للمرفق العام، أي نشاط عام تمارسه سلطة عامة بشكل مباشر، مما يخضع العقد بالكامل لقواعد القانون العام (3).

بالتالي، فأساس امتياز لجوء الإدارة إلى استعمال وسائل القانون العام عند تنفيذ العقد، هو إعلان عن ارادتها الصريحة وبشكل انفرادي - من دون الحاجة إلى رضا المتعاقد- بحقها في تعديل مضمون العقد أو انهاءه، لجعله أكثر انسجاماً مع مستلزمات تنظيم وتسيير العمل بالمرفق العام، لضمان استمراره ومواكبته للمتغيرات التي تطرأ عليه وفقاً لمقتضيات الصالح العام. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (... العقود الإدارية تتميز

(1) الطعن رقم (٣١٢٨)، بتاريخ ١٢/٣٠/١٩٦٧، أشار إليه د. أمير فرج يوسف. مصدر السابق، ص ٥٠.

(2) الطعن رقم (٣١٢٨) سنة ٣٥ ق، ١/٢٤/١٩٩٥، أشار إليه د. عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص ٣١.

(3) د. عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ١٠٤.

بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف تسييره، وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الافراد، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط التي تنشأ عن العقد الإداري (...)⁽¹⁾.

ومن ثم، فمن هذا الترابط الوظيفي بين الشروط الاستثنائية والمرفق العام، يتباين مدى هذه الشروط وطبيعتها وأوضاعها، اعتماداً على ما يلبي مقتضيات أداء المرفق العام واستمرار العمل به. وهذا ما يُفسر اكتفاء الاجتهاد القضائي بإعداد قائمة قضائية تنطوي على شروط استثنائية على سبيل المثال دون حصرها بشروط معينة. إذ من النادر أن يورد مجلس الدولة الفرنسي يحدد شروطاً استثنائية بشكل حصري، سوى في أحكام قليلة، كما ورد في حكم التنازع الصادر بتاريخ ١٩٥٠/٦/٢٧ بخصوص القضية المعروفة بـ (Paulabeuf)⁽²⁾. ولكن بشكل عام، فلا يمكن اسباغ وصف الاستثنائية على الشروط التي ترد في عقد الإدارة، إلى تجعل منه عقداً من عقود القانون العام، ما لم تؤثر في العقد بنسق غير مألوف في عقود القانون الخاص أوما يندر الاتفاق عليه، وفي بعض الأحيان يكون وجودها سببا في بطلان العقد المدني.

إذن، فمقتضى استعانة الشخص المعنوي العام بالشروط الاستثنائية، لا يُعد سوى تكريس لتفوقه القانوني في العلاقة العقدية لتحقيق المصلحة العامة. شريطة عدم التمادي في ذلك، إلى حد تُشكل مظاهر تعسفية⁽³⁾. وذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في تفسير مفهوم الشروط الاستثنائية في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٥٠/١٠/٢٠ بخصوص قضية (stein)، وجاء فيه (تلك التي تمنح أحد الطرفين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتقاعد ضمن القانون المدني أو التجاري). كذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٤ (ومن حيث أن المستقر عليه قضاء هذه المحكمة

(1) طعن رقم (٤٦١١) لسنة ٤٥ ق.ع.، بتاريخ ١٢/٢٦/٢٠٠٦ أشار اليه د. امير فرج يوسف: مصدر سابق، ص ٥٢.

(2) وجاء في الحكم ما مفاده (وحيث إن الاتفاق المبرم بين الدولة والسيد (Paulabeuf) يحتوي على شروط تخرج على المألوف في القانون الخاص فالمادة (٥) منه تخضع المقاول لرقابة الإدارة وتوجيهها... والمادة السادسة تخول الدولة في حالة تقصيره إن تتولى التنفيذ بنفسها. وأن تسترد بمقتضى أوامر بدفع مبالغ التي تتفقها في هذا الخصوص وذلك دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات سوى إنذار المقاول وأخيراً فإن المادة العاشرة من الاتفاق قد أطلت المشروع محل الدولة فيما يتعلق بحقها في الاستيلاء المؤقت للحصول على المواد اللازمة للمشروع إذ لم يكن الاتفاق مع أصحاب الشأن). د. سليمان الطماوي: مصدر سابق، ص ٧٣.

(3) أشارت اليه د. ثورية لعيوني: مصدر سابق، ص ٢٠٢.

إن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة المرفق العام أو بمناسبة تسييره أو أن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام...⁽¹⁾.

وعلى الرغم من تباين صور الشروط الاستثنائية مما يصعب حصرها بشكل محدد، إلا أنه بمجملها هي سلطة انفرادية تمارسها الدولة من دون الحصول على رضا المتعاقد. فمنها ما هو مستمد من امتيازات السلطة العامة للإدارة، التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين. ولها في ذلك إن تنشأ حقوق وتفرض التزامات على المتعاقد، تؤدي إلى تعديل مضمون العقد أو إنهائه، أو تمارس سلطة التوجيه والرقابة عليه. فضلا عن توقيع جزاءات على المتعاقد وتحل محله لتنفيذ العقد على حسابه في حالة تكوّه.

ومن صور الشروط الاستثنائية، ما يتعلق بإعادة التوازن المالي للعقد وتخويل الإدارة للمتعاقد معها بعض مظاهر السلطة العامة طيلة تنفيذ وتسيير المرفق العام، فتمنحه بعض سلطات البوليس الإداري، أو حق نزع الملكية وفرض رسوم على المنتفعين من المرفق العام مقابل الخدمة، واستغلال الدومين العام بوصفه صاحب الاحتكار⁽²⁾. فيما تجد بعض الشروط الاستثنائية وجوداً لها في العقد الإداري، من مزايا القانون العام؛ وذلك لمسايرة طبيعة العمل بالمرفق العام. مثال ذلك شروط القانون العام التي ترد على طائفة معينة من عقود التصرف بالأراضي أو الشقق السكني التي تقوم الدولة ببيعها على الأفراد أو الشروط المتعلقة باستعمال مواد أو وسائل بعينها معين من وسائل النقل المتطورة مثل حالة اشتراط استعمال وسائل نقل متطورة في تنفيذ وتسيير المرفق العام⁽³⁾.

ايضاً، يعد من الشروط الاستثنائية، إحالة العقد إلى دفاتر شروط نموذجية أو نماذج موحدة تعدها الإدارة لطائفة معينة من العقود. فيما لو إن الدفتر المحال إليه العقد يتضمن شروط استثنائية. بخلاف ذلك، فالرأي الراجح، يعد العقد من عقود القانون الخاص. وعد مجلس الدولة المصري الإشارة إلى دفتر الشروط بمثابة إدراج لشروط استثنائية في العقد. وذلك ما تبناه أيضاً مجلس الدولة الفرنسي بعد ترده. ولكن بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية

(1) الطعن رقم (٣١٢٨) سنة ٣٥ ق. ٢٤ بتاريخ ١/١٩٩٥ أشار إليه د. عيد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص ٣١.

(2) د. ثروت بدوي: القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص ٥٢٩.

(3) د. محمد علي بدير وآخرون: مصدر سابق، ص ٤٨٨.

(Roudier la Brille) بتاريخ ١٧/١١/١٩٦٧ حدث تطور هام في رأي مجلس الدولة الفرنسي، باعتبار الإحالة إلى دفتر الشروط كافياً بحد ذاته للتحقق من وجود شرط غير مألوف⁽¹⁾.

ولاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي دور مهم في استحداث صور جديدة للأوضاع الاستثنائية التي تتعلق بطائفة معينة من العقود خاضعة لنظام استثنائي. إذ عدها عقود إدارية، كما جاد في حكم مجلس الدولة الفرنسي بخصوص القضية المعروفة بـ (Kourou) بتاريخ ٢٤/٤/١٩٧٨. والذي قضى بأن العقود التي يبرمها المركز الوطني للدراسات الفضائية عقوداً إدارية فهي لا تتضمن شروط استثنائية لكنها مبرمة في إطار مضمون قانوني يرتب حقوقاً والتزامات بالنسبة إلى الطرفين تعد استثنائية بالنسبة للقانون الخاص⁽²⁾.

علاوة على ما تقدم، فلا تُعد الإجراءات المتبعة في مرحلة الأبرام من قبل الإدارة شروط استثنائية؛ لأنها إجراءات متبعة سواء كان عقد الإدارة إدارياً أم مدنياً. وهذا ما جاء في مفاد حكم لمحكمة الإدارية العليا في مصر (الإجراءات والأشكال المتبعة في إبرام العقد لا أثر لها في تكييفه بأنه عقد اداري..)⁽³⁾. أيضاً لا يندرج ضمن الشروط الاستثنائية، اتفاق طرفي العقد باختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد؛ لأن هذا شرط لا قيمة له وغير ملزم للقضاء، لطالما أن مسألة تكييف العقد يخضع في نهاية المطاف لاجتهاد القضاء كونه من عقود القانون العام أم الخاص بفحص كل حالة على حدة.

مما تم ذكره سلفاً، تعد الشروط الاستثنائية عناصر موضوعية لازمة لتشديد الذات الإدارية لعقد الإدارة بمظاهر امتياز القانون العام. إذ تبرز هذه الشروط سمة التفوق القانوني للإدارة إزاء المتعاقد معها بقدر ما يُمكنها من تلبية متطلبات الصالح العام. وذلك ما أكدته حكم للمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٤/٩/٢٠٠٤ (.. بيد أنه متميز بأن الإدارة، بوصفها سلطة عامة،

(1) د. علاء الدين العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠١٩، ص ٣٩.

(2) د. ثورية لعيوني: مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(3) الطعن المرقم (٣٢٠) لسنة ١٧ ق. ١٩٧٥/٤/٥ أشار إليه د. محمود عاطف البنا: مصدر سابق، ص ٤٨.

تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من المرافق العام... (1) .

وأثير جدل في الاجتهاد القضائي، حول مدى كفاية ما يستلزم اعتماده من العناصر الموضوعية في العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بوصفه عقداً من عقود القانون العام. وحول هذا الجدل، فقد انقسم على اتجاهين: الأول أكتفى بوثاقة الصلة بين المرفق العام والعقد كدلالة على حتمية إعمال وسائل القانون العام لتنظيم لتسيير المرفق العام وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة. والثاني اشترط أضاف إليه، انطواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص بغض النظر عن صلة العقد بالمرفق العام (2).

في البداية، تبنى مجلس الدولة الفرنسي الاتجاه الأول. إذ أشرت لأول مرة منذ حكمه بقضية الزوجين (bertin) عام ١٩٥٦ الصلة الوثيقة للعقد بمرفق عام، شرطاً لعدده عقداً من عقود القانون العام، بما تعنيه هذه الصلة من تلبية لاحتياجاته وضمان استمرار العمل به وتطويره، فهي من يفرض حتمية تمتع الإدارة بامتيازات القانون العام بشكل انفرادي. بيد أنه قد وجد في اجتهاد آخر بأن الأمر مختلف، عند اقتصار موضوع العقد على تلبية بعض متطلبات المرفق العام، أو أنه يتعلق بتسيير أو تنفيذ مرفق عام اقتصادي يُدار بأساليب الإدارة الخاصة في بعض جوانبه. ففي هذه الحالة تبرز أهمية تضمين العقد شروط استثنائية؛ بغية الإفصاح من توجه النية المشتركة للمتعاقدين نحو إعمال القانون العام في تنفيذ العقد (3).

وذلك ما أجتهد به مجلس الدولة الفرنسي. إذ أضاف شرط لجوء الشخص المعنوي العام إلى استخدام وسائل القانون العام في تنفيذ العقد، في حالة عدم ثبوت الصلة الوثيقة للعقد بمرفق عام أو أنه يُدار بوسائل القانون الخاص. وعقب صدور حكمه بقضية (S.T.G.F) عام ١٩٦٠، تبنى مجلس الدولة الفرنسي مسلك تخييري تناوبي بين معيارين. الأول يتمثل بصلة العقد الوثيقة بمرفق عام أو تضمين العقد شروطاً استثنائية (4).

(1) طعن رقم (٤١٥١) لسنة ٣٨، ق.ع. ٢٠٠٤/٩/٤ أشار إليه د. أمير فرج يوسف: مصدر سابق، ص ٥٣.

(2) د. ثروت بدوي: مصدر سابق، ص ٥٢٢.

(3) د. أحمد يسري: مصدر سابق، ص ٦٧٣. وأقرت هذا المبدأ محكمة التنازع عام ١٩٥٩ في قضية

(Dellesanteeli) د. ثورية لعيوني، مصدر سابق، ص ٨٧.

(4) عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ٩٨.

بخلاف ما تقدم، فقد احتفظ مجلس الدولة المصري، بمسلك آخر لبناء الجانب الموضوعي للعقد الإداري، وقوامه الجمع بين توافر الشروط الاستثنائية بغض النظر عن درجة صلة العقد بالمرفق العام، فضلا عن شرط وجود الإدارة طرفا في العقد. وذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر أي الجمع بين (المرفق العام، الشروط الاستثنائية). بقولها في الحكم الصادر عنها بتاريخ ١٩/١/١٩٨٠ (من المقرر أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص)⁽¹⁾. وما ثبت أيضاً في حكم للمحكمة الإدارية العليا، بأن (.. من المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا ان العقد يعد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وكان أبرامه بشأن نشاط متصل بمرفق عام وتضمن شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص...)⁽²⁾.

وبنفس التوجه أعلاه الذي سار عليه مجلس الدولة المصري، فقد دأب القضاء العراقي على تبنى معيار الجمع بين صلة العقد بمرفق عام واستعانة الإدارة بوسائل القانون العام فضلا عن وجود الإدارة طرفاً في العقد. وذلك ما أشار اليه الحكم الصادر عن محكمة التمييز بتاريخ ١٢/١١/١٩٦٩ (ولما كان هذا العقد قد أبرمته مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة من إجراءات مناقصة عامة واشترطت تأمينات وغرامات التأخير... فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص، بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلق على المصالح الخاصة للأفراد...)⁽³⁾. أيضاً ما ورد في فتوى مجلس الدولة بخصوص عقود إيجار العقارات المسجلة باسم أمانة بغداد. وجاء فيها ما مفاده (.. وحيث إن محل هذه العقود لا يرقى إلى مستوى المرفق العام الذي يؤدي نشاطه لإشباع حاجات عامة للمواطنين أو تقديم سلع أو خدمات

(1) القضية رقم (٧) لسنة ١ قضائية، أشار اليه المستشار رجب عبد الكريم سليم: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاما (١٩٦٩-٢٠٠٩)، ص ١٢٦٦.

(2) طعن رقم (١٣٨٣٧) لسنة ٥٠ ق. ع، ١٥/٤/٢٠٠٨ أشار اليه د. امير فرج يوسف، مصدر سابق، ص ٥٤.

(3) القرار رقم (٢٥٥/ح/١٩٦٦)، بتاريخ ١٢/١١/١٩٦٩. أشار اليه د. محمود الجبوري: العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، اربد، سنة ١٩٩٨، ص ٤٣.

للجمهور وحيث إن أمانة بغداد عند إبرامها للعقود المستوضح في شأنها لا تبرمها بصفتها سلطة عامة..⁽¹⁾.

إذن، فقوام الجانب المادي أو الموضوعي لعقد يبرمه شخص معنوي، ليندرج عقداً من عقود القانون العام يعتمد على مدى انطوائه على امتيازات وسلطات عامة تؤدي إلى علو الكفة القانونية للشخص المعنوي العام الطرف في العلاقة العقدية، بشكل يخل بمبدأ المساواة المفترض بين الطرفين في عقود القانون الخاص، لصالح تمكين الشخص المعنوي العام الطرف في العقد من مواكبة المتغيرات التي تطرأ على تنفيذ أو تسيير المرفق العام، طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة، فضلاً عن الترابط بين قوامة الشخص المعنوي على المصلحة العامة و المرفق العام كأداة لتحقيقها، وبهذا الترابط يتحدد مضمون الجانب الموضوعي للعقد بآلية وأوضاع تقترب من القانون العام أو الخاص، بحسب متطلبات تنفيذه أو تسييره⁽²⁾.

وما يهم بصدد موضوع البحث، التطرق إلى ما يمكن أن يُثار من اشكالية حول تفوق تأثير الشروط الاستثنائية في بناء الجانب المادي للعقد الإداري الدولي للقول ببقاء العقد ضمن نطاق القانون العام. لاسيما أن العقد الإداري الدولي يتضمن شروط دخيلة وغير مألوفة في عقود القانون العام، والتي تتمثل بضمانات المتعاقد، وبواسطتها يحاول المتعاقد تقريب النظام التعاقدية من قواعد التجارة الدولية، وسلخه من دائرة القانون العام.

ولحل الجدل أعلاه، يمكن القول بأن من يحدد عناصر بناء الجانب الموضوعي للعقد الإداري هو طبيعة العمل المرفق العام المتصل به، لضمان تسييره تنفيذه بشكل يتناسب مع مقتضيات تحقيق المصلحة العامة. مما يستدعي أن يقوم طرفي العقد الإداري وتجهيزه بشروط تحقيقها التي قد تبدو بمستويات متباينة من درجة الاستثنائية والتقارب بين قواعد القانون العام والخاص.

وبالتالي، ففي حالة ارتباط العقد بمرفق عام إداري تقليدي، إذ يتطابق مدلوله العضوي مع الموضوعي بوجود سلطة عامة تمارس أداء مباشر لتلبية احتياجات عامة. فيكون لجوء الإدارة إلى وسائل القانون العام التقليدية مسألة حتمية بأعلى مستوى من امتيازات القانون العام.

(1) رقم القرار (٢٠٠٦ / ٣٨). بتاريخ ١٨/٥/٢٠٠٦. أشار إليه د. عثمان ياسين، مصدر سابق، ص ٤١.

(2) د. ثروت بدوي، مصدر سابق، ص ٥٠٤.

بينما يمكن تمييز المدلول العضوي عن الموضوعي في المرافق العامة الاقتصادي، لیتضمن نوعين من الشروط منها الاستثنائية، منها ما هي مستمدة من سلطة لائحة تنظيم المرفق العام وأخرى من قواعد الإدارة الخاصة ذات الصلة بتسييره من ناحية فنية.

ولطالما إن العقد الإداري الدولي، يمتاز بعلاقة عقدية مركبة من عقد اداري ودولي بنفس الوقت، وله صلة بمرافق عامة اقتصادية، تستوجب استعانة الدولة بأشخاص أجانب من القانون الخاص. فذلك يعني بالنتيجة، أنه يعد نموذج رحب لتشكيل حيز تعاقدی جامع لشروط ذات طبيعة استثنائية في الشق الإداري منه وبمفهوم أوسع يشمل قواعد دولية أمره. وأخرى من قواعد القانون الخاص ذات صلة بمصالح التجارة الدولية. ومناطق الجمع بين قواعد القانون العام والخاص في نفس الحيز تعاقدی، هو التعايش بين الاثنين وليس التنازع أو التعارض. وما إدراج ضمانات المتعاقد إلا سبيل إلا حلول قانونية تتكفل بمواءمة الشق الإداري مع مصالح التجارية (1).

وعليه، فمن وثيقة الصلة بين العقد والحاجة الماسة إلى التعاقد مع الشخص الخاص الأجنبي لتلبية احتياجات المرفق العام. فالجانب الموضوعي للعقد الإداري الدولي، خليط من تعايش قواعد القانون العام (الشروط الاستثنائية) وبمفهوم أوسع يشمل قواعد دولية أمره، وشروط مستمدة من قواعد القانون الخاص لإدارة مرفق عام له أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية، مع قواعد القانون الخاص. والغلبة لقواعد القانون العام. وما استحداث ضمانات للمتعاقد غير مألوفة في عقود القانون العام، إلا عناصر مكملة لتأهيل العقد الإداري اقتصادياً وفقاً لمقتضيات التجارة الدولية.

(1) د. علاء الدين العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، مصدر سابق،

الفصل الثاني
مفهوم ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

الفصل الثاني

مفهوم ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

بموجب ما تم التطرق اليه في الفصل الأول، ثبت بأن هنالك صلة وثيقة بين ضرورة استحداث مزيد من الضمانات ومتطلبات بناء النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي، لما يستدعيه وجود هذه الضمانات، لجعله عقد آمن، قادر على استقطاب الأموال والخبرات الأجنبية والتعاقد. نظراً لما تمثله هذه الضمانات من تقنية عقدية ديناميكية توائم بنيته العقدية الطاغي عليها طابع قواعد القانون العام مع ما استجد عليه من أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية. ومن هذا المنطلق يُثير البحث في تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي إشكالية تآطيرها بتعريف محدد لكونها فكرة مرنة قائمة على تعزيز مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد، يصعب حصرها بوسائل أو حدود معينة. فضلاً عن ذلك، فهي شروط مستحدثة ودخيلة على عقود القانون العام، مما يجعلها مثار جدل من ناحية أساسها وتكييفها القانوني.

ويكمن الجدل أعلاه، بكون هذه الضمانات تُمثل تقنية عقدية، ترد في عقود في الأصل تتدرج ضمن عقود القانون العام لكنها تتصل بمصالح التجارة الدولية، وتقتضي توافر ضمانات يراعي فيها القواعد والاعراف المتبعة في التجارة الدولية. وهذا مما يُثير التساؤل حول تصنيف وتكييف هذه الضمانات، باعتبارها تارة من قواعد القانون العام أم الخاص أم تجمع بين الاثنين. فضلاً عن أساس إدراجها في عقود القانون العام، وتعريفها.

طبقاً لما تقدم، يستلزم البحث في مفهوم ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، تقسيم هذا الفصل على مبحثين، المبحث الأول يخص تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، المبحث الثاني يتعلق بأساس الضمانات وتكييفها القانوني.

المبحث الأول

تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

يرتكز تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي على ما يُسبغ عليها من وصف بأنها مستحدثة وغير مألوفة ودخليه على عقود القانون العام، بالنسبة إلى ما سواها من الضمانات التقليدية المعمول بها في النظرية العامة للعقود الإدارية. ومن ثم، فلأجل التوصل إلى تعريف هذه الضمانات فلا بد من تناول مكامن فكرة الاستحداث، والتي تستند إلى مسألتين، الأولى الفحوى الاقتصادي للضمانات، والثانية الفحوى الدولي. وهذا ما سيتم تناوله في مطلبين، المطلب الأول يخص المضمون الاقتصادي ل ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، والثاني يتعلق بالمضمون الدولي ل ضمانات المتعاقد في العقد الإداري.

المطلب الأول

المضمون الاقتصادي ل ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

لا يمكن فهم فكرة الفحوى الاقتصادي ل ضمانات المتعاقد في الإداري الدولي، من دون تناول ما تؤديه من مهام في تأهيل تنفيذ العقد اقتصادياً، لتشكل عوامل جذب اقتصادي للأموال والخبرات الأجنبية، بما ينسجم مع مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، والمتمثلة بالتنمية وتطوير البنى الأساسية لذلك سوف يتم تناول نمط الاستحداث ل ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، والتي تبدو بالتحريير الاقتصادي للعقد الإداري، الفرع الثاني - المصلحة العامة (التنمية).

الفرع الأول

التحريير الاقتصادي للعقد الإداري الدولي

لقد أدى توجه فلسفة وظائف الدولة، نحو التدخل بالشأن الاقتصادي، وقيامها بمهام تعد من صلب عمل الافراد، إلى عد العقود الإدارية أدوات قانونية رئيسة، تستعملها الدولة للقيام بهذه المهام الاقتصادية المستجدة - بالأخص في الدول النامية - وأن تطلب انجاز هذه المهام الاستعانة بالأموال والخبرات الأجنبية، وما يترتب عليه من خصخصة لبعض جوانب العقد الإداري وتحريير اقتصادياً من جمود فكرة السيادة، بغية الاستفادة من العولمة⁽¹⁾، وما تعنيه من

(1) د. حازم بيومي المصري: التوازن في العقد الإداري الدولي (اليونسترال، الفيديك)، مصدر سابق، ص 36.

مدلول اقتصادي ليبرالي، يُسهل انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية، لجلب التكنولوجيا الحديثة، ويُشجع القطاع الخاص على تمويل بعض القطاعات الخدمائية المربحة، ومشاركة القطاع العام في تحمل المخاطر الاستثمارية، تجسدت بظهور عدة طرق من التعاقد تمكن القطاع الخاص من المساهمة في تمويل مشروعات البنية التحتية وإدارتها بغية تطوير البنية التحتية اللازمة لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية المستدامة ودعم الرفاهية الاجتماعية⁽¹⁾.

ومن ثم، فما يُستحدث من ضمانات، لا يخرج عن كونها عوامل جذب اقتصادي للأموال والخبرات الأجنبية، تساهم ببناء حيز تعاقدية أكثر انسجاماً مع الجدوى الاقتصادية المتوخاة، مما يُسبغ عليها، وصف الاستحداث نسبة إلى الضمانات المألوفة في النظرية التقليدية للعقود الإدارية، لما تُمثله من سبيل يُحرر العقد الإداري اقتصادياً، ويطوعه بمتطلبات صلته بمصالح التجارة الدولية، بغية تأهيله للتنفيذ الاقتصادي بشكل لا يضر بمصلحة المتعاقد⁽²⁾. وذلك ما كرسه التعديلات التشريعية المنظمة لأحكام العقود الإدارية ذات الطبيعة الاقتصادية، ومنها الدولية⁽³⁾، لتحرير العقود الإدارية اقتصادياً من عوائق امتيازات القانون العام التقليدية، لصالح سهولة انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية.

إذن، فبحسب ما تقوم به من تطويع لمضمون العقد الإداري الدولي بمتطلبات أهدافه الاقتصادية المتوخاة تأخذ الضمانات عدة أشكال، فمنها ما ينصب على حماية الرابطة العقدية من المخاطر الإدارية والتشريعية، بنتيبت النظام القانوني للعقد أو تجميد مضمونه، بخلاف ما هو معمول به في أصل النظرية العامة للعقود الإدارية، من ناحية قابليتها للتعديل أو الإنهاء عملاً بما تملكه الدولة المتعاقدة من تفوق قانوني في العلاقة العقدية. وقد يذهب الطرفان إلى مواجهة المخاطر الاقتصادية، وتكييف مضمون العقد معها بالقدر الملائم لتنفيذ العقد بأقصى حد ممكن من التراضي، بإعادة التفاوض أو استعادة التوازن الاقتصادي، فضلاً عن إحالة المنازعات المتعلقة بالعقد إلى مراكز تحكيم دولية، تتسم بالحيادة والمهنية لحسمها بأقصر فترة ممكنة مما هو

(1) د. حسن محمد علي البنيان: مصدر سابق، ص ٧٦.

(2) د. سعيد عبد الغفار شكري: القانون الدولي العام للعقود، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص 28.

(3) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد: مصدر سابق، ص

معمول به في القضاء الوطني، وبقانون يختاره الطرفان، يُراعى فيه قواعد وأعراف التجارة الدولية (1).

وعلى المستوى الدولي، فقد أقرت الاتفاقيات الدولية فكرة التحرر الاقتصادي للعقود الإدارية، بواسطة استحداث مزيد من الضمانات، والتي ترد كقواعد نموذجية وإرشادية تجعل الأنظمة القانونية على اختلافها، أكثر انسجاماً مع تحقيق أهداف اقتصادية مشتركة تهم المجتمع الدولي (2). وغالباً ما يلجأ إليها المحكمون عند النظر بالطعون المتصلة بإجراءات قد اتخذتها الدولة المتعاقدة، وتسببت للمتعاقد بأضرار اقتصادية غير متوقعة، فقد زعمت شركة (Westmoreland) أن خطة القيادة المناخية لمقاطعة ألبرتا المعروفة بـ (CLP)، والتي سعت إلى التخلص التدريجي من جميع الكهرباء المولدة من الفحم بحلول عام 2030، وقللت من عمر مناجم الشركة، فتسببت لها بخسارة اقتصادية وعاملتها بشكل غير عادل وبطريقة غير تمييزية، وهي في ذلك مستندة إلى ما تعهدت به كندا من التزامات في اتفاقية نافتا في المادة (11) بتوفير حماية قانونية كافية (3).

فضلاً عن أعلاه، فقد دأب المحكمون على تقييم مدى ملائمة ما تتخذه الدولة المتعاقدة من إجراءات مطعون فيها، مع ما تعهدت به من ضمانات اعتماداً على ما هو سائد من مفاهيم اقتصادية معمول بها لدى الأمم المتمدنة، وفي هذا إشارة إلى الدولة المصدرة للأموال والخبرات الأجنبية، بغية تحديد فحوى الضمانات بما يتفق مع النسق الاقتصادي المتبع لدى هذه الدول، أو ما أقرته عدة اتفاقيات خاصة بعقود نموذجية ذات طبيعة فنية واقتصادية، لتعزيز مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد بعدم تعرض مصالحه الاقتصادية المتوخاة من التعاقد إلى الضرر (4).

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٢٩١.

(2) على سبيل المثال القانون نمودجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) المعدل، وقانون شراء السلع والإنشاءات والخدمات والذي اعتمده بتاريخ ١٩٩٤/٦/٥، الذي ينطوي على قواعد قانونية ذات طبيعة مهنية ونموذجية، تنشئ صياغة إرشادية لعقود تُعرف بالـ (FEDIC). د. سعاد الشراوي: العقود الإدارية (أدوات التنمية الاقتصادية)، مصدر سابق، ص ٥.

(3) القرار رقم 3/20/unct بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/١٨، الرابط الخاصة بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C8473/DS15633-En.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٣

(4) د. هاني محمود حمزة: مصدر سابق، ص ٢٨٢.

مما تقدم، وطبقاً لفعاليتها في توجيه العقد وتحريره اقتصادياً من قيود القانون العام نحو تحقيق الجدوى الاقتصادية المتوخاة من إبرامه، فقد تطورت ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي - تحديداً الضمانات الموضوعية - إلى عدة صور. ففي المراحل الأولى، وبأقصى فترات الحاجة الاقتصادية للدول المتعاقدة إلى الأموال والخبرات الأجنبية، ظهرت هذه الضمانات بأشد مستوى من التحرر الاقتصادي وتنازل الدولة عن سلطانها العام في العقد. فاستحدثتها الدول كحلول قانونية موضوعية تعزل العقد عن بيئته القانونية لحماية استقراره القانوني، مثل شرط الثبات التشريعي للعقد وتجميده، ومن ثم مع تزايد حالات الاستقرار القانوني والاقتصادي للدول، تولى المتعاقدون والدول عن هذه الحلول القانونية الصارمة في العزل. واستعانوا بدلاً عنها أساليب تعاقدية - ينفق عليها الطرفان عند إبرام العقد - تتعامل مع المتغيرات الاقتصادية للمصلحة العامة وفقاً للتنبؤات المتوقعة والمشروعة للطرفين عند التنفيذ، مثل شرط التفاوض واستعادة التوازن الاقتصادي للعقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني

المصلحة العامة المتوخاة من إبرام العقد الإداري الدولي

غاية فكرة التحرر الاقتصادي للعقد الإداري، هو تمكين المتعاقد من المساهمة بكل ما له من صلة بالتنمية وتطوير البنى الأساسية. وذلك مرهون بعدة عوامل اجتماعية وسياسية⁽²⁾ فمع تنامي فكرة الاستقلال الاقتصادي والسياسي والتحرر من نفوذ الدول الصناعية، فقد شهدت فترة الخمسينيات والستينيات من نهاية القرن الماضي تدخلاً مباشراً ومتزايداً من قبل الدول في مختلف القطاعات الاقتصادية من إنتاج وتوزيع. الأمر الذي أدى إلى وجود قطاع عام كبير مهتم بالأنشطة الاقتصادية. ولكن، لتطور الاقتصاد العالمي نحو فلسفة اقتصاد السوق ومشاركة القطاع الخاص أو ما يُعرف بالاقتصاد التعاقدية، أثر بالغ في حث الدول على ادخال تعديلات تشريعية على قوانينها وتحريرها اقتصادياً، باستحداث مزيد من الضمانات التي تُشجع قدوم أموال وخبرات أجنبية، في سبيل المساهمة في تحريك عجلة التنمية، نتيجة افتقارها إلى الأموال

(1) د. محمد فوزي حامد عبد القادر، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٨، ص ٦٨.

(2) د. محمد يحي الطيار: مصدر سابق، ص ٤٠٣ وما بعدها.

والخبرات اللازمة لتشغيل مشاريع ذات أهمية اقتصادية استراتيجية⁽¹⁾، لاسيما ان النظام الدولي المعاصر قد تبنى التنمية كمصلحة عالمية عليا مشتركة، تجد سندها في عدة قرارات أصدرتها عن منظمة الأمم المتحدة، تحث الدول والمنظمات الدولية على التعاون من أجل تحقيق التنمية المستدامة، وحماية البيئة والمناخ. فضلاً عما يقدمه مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) من إرشادات لمساعدة البلدان النامية على الاستفادة وبأقصى درجة من الفرص التجارية المتاحة لها.

وقد تبنت الأمم المتحد من خلال وكالاتها ومنظماتها الإقليمية، مبدأ حث الدول على التعاون الاقتصادي بما يضمن بناء تكامل اقتصادي بين الدول النامية والصناعية، بما يجعل مسألة تحقيق التنمية ورفاهية الشعوب مصلحة عامة دولية وليس فقط وطنية تخص الدول باختلاف أنظمتها القانونية والسياسية والاجتماعية، لتحقيق التنمية والاستفادة من التكنولوجيا الحديثة⁽²⁾.

وتهدف التنمية المستدامة إلى الاهتمام بتحقيق رفاهية الأجيال الحالية دون أغفال أجيال المستقبل، وتأخذ في الحسبان كافة المعوقات المتمثلة بمحدودية الموارد والتكاليف البيئية للإنتاج. وسبق مفهوم التنمية المستدامة، التنمية الاقتصادية التي تركز على حقوق الإنسان المتحصلة عن ترتيبات اجتماعية واقتصادية، تضمن جودة الحياة كتطوير التعليم والصحة والبيئة والتنمية المستدامة. فيما يتناول النمو الاقتصادي، الزيادة الكمية في متوسط دخل الفرد وانتاجه⁽³⁾.

إذن، فلو أخذنا بنظر الاعتبار فكرة المصلحة العامة، وهي في الأصل فكرة غير ثابتة (مرنة)، وغير قابلة للضبط والتحديد. فلكل مجتمع صالحة العام الذي يرجى تحقيقه في فترة معينة قابلة للتغيير في المستقبل⁽⁴⁾. فأنها تبدو في العقد الإداري الدولي، أكثر عرضة إلى

(1) د. حسن محمد علي البنيان: مصدر سابق، ص ٧٥. د. محمد عبد المجيد إسماعيل: دراسات في العقد الإداري الدولي في عقود الدولة، مصدر سابق، ص ٢٥.

(2) يُنظر في ذلك قرارات مؤتمر الأمم المتحدة الخاصة بالتنمية والبيئة في الرابط الخاص بالأمم المتحدة: <https://research.un.org/ar/docs/environment/conferences> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٢٤
تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٢٤ <https://unctad.org/topics>

(3) Dwight H. Perkins, Steven Radelet et David. Lindauer, "Economie du Developpement"
3edition, de Boeck Bruxelles , 2008, p28.

(4) د. محمد رمضان بطيخ: الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي السلطة التقديرية للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٥٤.

التغيير بالمقارنة مع العقد الإداري الداخلي، لا سيما إنه عقد لا نمطي طويل المدة نسبياً، له صلة بمرافق عامة اقتصادية ذات طبيعة استراتيجية وتكنولوجيا حديثة، قابلة للتغيير بشكل مستمر. ذلك كله، يُثير الرغبة لدى المتعاقدين، بوجود المزيد من الضمانات التي تكفل عدم إيقال كاهلهم بالتزامات مفاجئة لم يتوقعها. لذلك، عملت الدول مضطرة، بالأخص النامية إلى بناء العقد الإداري الدولي، بنسق مختلف عما هو مألوف في النظرية التقليدية للعقود الإدارية، مراعاةً لمواءمته مع أهدافه الاقتصادية، التي تستند إلى أطر تشريعية تتناسب مع معايير تعتمدها مؤسسات مالية واقتصادية دولية (1).

وما سارت عليه أغلب التشريعات المقارنة - تحديداً في الدول النامية - هو عد ضمانات المتعاقد المستحدثة، من عوامل جذب الأموال والخبرات الأجنبية، لتلبية متطلبات التنمية، فرسخت بنصوص صريحة مبدأ تخصيص الأهداف في الأحكام المنظمة للعقود الإدارية الاقتصادية بأغراض ذات صلة بتحقيق التنمية وتطوير البنى الأساسية وانتقال التكنولوجيا الحديثة (2). وبهذا المسلك التشريعي، يُمكن للدولة المتعاقدة ممارسة دورها بالتداخل العام في الشأن الاقتصادي؛ لأنه يمنح الدولة المتعاقدة، السماح القانوني اللازم لتوجيه العقد نحو الهدف من أبرامه ضمن إطار مصالح التجارة الدولية. تبعاً لذلك، ترد ضمانات المتعاقد بسياق التزامات، متقابلة بين طرفي العقد الإداري الدولي. مناطها، منح المتعاقد مزيداً من الضمانات مقابل التزامه ببذل جهده لتحقيق أهداف اقتصادية بعينها. وهذا مسلك حسن؛ لأنه لا يُبقي المصلحة العامة المتوخاة من إبرام العقد الإداري الدولي فكرة مطلقة تمنح الدولة المتعاقدة مجال أوسع لأتباع وسائل مستترة لمصادرة حقوق المتعاقد ضمن إطار سلطتها التقديرية بذريعة المصلحة العامة (3).

(1) د. بشار محمد الأسعد: مصدر سابق، ص ٦٦. كذلك د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(2) وذلك ما سار عليه المشرع العراقي في البند الخاص بالأهداف والوسائل في المادة (٢) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل. فيما تبنى المشرع المصري من قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل، تفاصيل أكثر في هذا الصدد، كما ورد في المادة (٢) (رفع معدلات النمو الاقتصادي.... بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة... وتعمل جميع أجهزة الدولة المختصة على جذب وتحفيز الاستثمارات المحلية والأجنبية). وتضمن في المادة (١٥) من الفصل الثالث (المسؤولية المجتمعية للمستثمر).

(3) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١١٧.

وفقاً لما تقدم، يمكن القول بأن تخصيص أهداف العقد الإداري الدولي بنص القانون، من شأنه أن يساهم بوضع ضوابط لمشروعية ما تتخذه الدولة المتعاقدة من إجراءات بموجب سلطتها الانفرادية والتقديرية، وما يقابلها من استنهاض لضمانات للمتعاقد تحمي مصالحه المشروعة والمتوقعة من المخاطر الإدارية والتشريعية الناجمة عن هذه الإجراءات، والتي من الممكن أن تعيق تنفيذه للمشروع محل العقد وفقاً للمصلحة العامة المتوخاة. ومن ثم، يتحرك الطرفان (الدولة، المتعاقد) ضمن حيز تعاقد يوازن بين مستوى الحماية المطلوبة للمتعاقد الذي تنطوي عليه الضمانات من ناحية وما تحققه من منافع اقتصادية متوخاة من ناحية أخرى. فضلاً عن تمهيد السبيل لهيئات التحكيم لفحص تطابق ما اتخذته الدولة المتعاقدة من إجراءات مع مقتضيات المصلحة العامة المحددة في التشريع، وفقاً للقواعد المعمول بها في التجارة الدولية، والقواعد الدولية الأمرة ذات الصلة بحماية حقوق الانسان والصحة والبيئة.

ومن ثم، فعلى أساس ما تهدف اليه العقود الإدارية الدولية من مصلحة عامة، والمتمثلة بالتنمية وتطوير البني الأساسية، أثر بالغ باستحداث ضمانات للمتعاقد تؤهل أداءه القانوني طبقاً لجدواه الاقتصادية في التنمية والتكامل الاقتصادي بين الدول، والتي لم تُعد مصلحة وطنية صرفه بل مصلحة دولية مشتركة، مع تطور النظام الاقتصادي الدولي وتنامي فكرة حماية حقوق الانسان. لذلك امتد إلى ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي فحوى لقواعد دولية انطوت عليها الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية. وذلك ما سيتم في المطلب التالي.

المطلب الثاني

المضمون الدولي لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

لدولية العقد الإداري، أثر بالغ بتعريض الدولة المتعاقدة الى المسؤولية الدولية، عما يبدر منها من إجراءات بحق المتعاقد، تُعد غير مشروعة ضمن إطار القانون الدولي، وذلك مما يستدعي لجوء المتعاقد الى الحماية الدبلوماسية من خلال دولته الى القضاء الدولي، علاوة على ما دأبت عليه مراكز التحكيم الدولية من تغليب لقواعد دولية أمره تتعلق بالبيئة والصحة العامة، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين تأسيساً على فكرة الاستحداث لضمانات المتعاقد من ناحية الفحوى الدولي للعقد الإداري، الفرع الأول يتعلق بالاختصاص القضائي بفض المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي، والفرع الثاني يخص الالتزامات الدولية .

الفرع الأول

الاختصاص القضائي بفض المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي

الأصل، فض منازعة العقد الإداري تدخل في اختصاص قضاء الدولة المتعاقدة وتخضع لقانونها، والمراد به دعوى القضاء الكامل سواء تعلقت بانعقاده أو تنفيذه أو انقضائه. إذ يمارس قاضي العقد سلطة واسعة لا تقف عند الغاء قرار اداري غير مشروع⁽¹⁾، فيمكن للمتعاقد إقامة دعوى بطلان العقد الإداري لعيب في صحة انعقاد العقد وأبرامه أو ما يتعلق الاجراءات السابقة. فضلاً عن دعوى الحصول على مبالغ مالية استنادا للعقد مثل دعوى الحصول مبالغ مالية، تتعلق بالمقابل المالي المنفق عليه في العقد، والتعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف الآخر، ويمكن إقامتها من قبل المتعاقد أو الإدارة، ودعوى ابطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية، مثال الجزاءات التي يوقعها الشخص المعنوي العام الطرف في العقد⁽²⁾.

بيد ان امتداد الأثر الاقتصادي للعقد الإداري الحدود الدولية له دور بالغ الأهمية، أثر مباشر بتسوية المنازعات الناجمة عنه من خلال القضاء الدولي. ففي حالة تعذر حصول المتعاقد المتضرر (الشخص الخاص الأجنبي) على الحماية القضائية المطلوبة من قبل المحاكم الداخلية للدولة الطرف في العقد أو جهله بالإجراءات الخاصة بالقضاء الوطني، يلجأ إلى دولته التي يحمل جنسيتها، لتقوم بتحريك دعوى المسؤولية الدولية ضد الدولة الطرف في العقد، ومقاضاتها دولياً ؛ لأن شخص القانون الخاص لا يتمتع بالشخصية الدولية التي تؤهله اللجوء إلى القضاء الدولي بنفسه، إلا بطريقة غير مباشرة من خلال دولته التي يحمل جنسيتها استناداً إلى حقه في الحماية الدبلوماسية ، وتعني الحماية الدبلوماسية كما عرفت لجنة القانون الدولي بأنها (قيام الدولة عبر إجراء دبلوماسي أو وسيلة أخرى من وسائل التسوية السلمية ، يطرح

(1) فجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٧/٣/١٩٩٤ ما نصه (... فإنه من المسلم به في فقه القانون الإداري أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب، وأما القضاء الكامل فيدخل القاضي تصفية النزاع كلياً...). الطعن رقم ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ ق.ع، أشار إليه د. عماد مجدي عبد الملك، مصدر سابق، ص ٢١٨.

(2) د. عثمان ياسين على، مصدر سابق، ص ٤٣.

مسؤولية دولة أخرى عن ضرر ناشئ عن فعل غير مشروع دولياً لحق بشخص طبيعي أو اعتباري من رعايا الدولة الأولى، وذلك بغية إعمال تلك المسؤولية⁽¹⁾.

ومن ثم، فيُشترط في الحماية الدبلوماسية، أن تمارسها دولة جنسية المتعاقد المتضرر، وحدها تمتلك صفة ومصلحة، للتدخل لصالحه، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، والشخص الخاص الأجنبي الطرف في العقد الإداري الدولي، على الأغلب الاعم من الشركات الكبرى ذات تأثير اقتصادي في دولته. وفي حالة إن المتعاقد المتضرر من الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي، يحمل أكثر من جنسية. فيمكن، الرجوع إلى فكرة التكافؤ والمساواة في السيادة بين الدول، وذلك يُتيح إقامة دعوى المسؤولية الدولية ضد الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي، التي تضرر منها المتعاقد، من قبل جميع الدول التي يحمل جنسيتها، وهذا النهج يؤدي إلى تعقيد تسوية النزاع دون حسم جنسية بعينها، لذلك، ذهب رأي إلى إعمال مبدأ الجنسية الفعلية، وهي تلك الجنسية التي ينتمي إليها المتعاقد وتعبّر عن ارتباطه الفعلي بالدولة (اجتماعياً واقتصادياً وسياسياً). وتبدو الصلة الاقتصادية بين المتعاقد ودولة معينة دليل على تميزه لجنسية هذه الدولة، وذلك دليل على تبعيته القانونية، التي تسمح لدولة الجنسية تحريك المسؤولية ضد الدولة المتعاقدة. أما المتعاقد المتضرر لا جنسية له، فإذ قررت بأن الدولة التي تتولى حماية عديمي الجنسية هي التي يتخذها عديم الجنسية موطناً أو محلاً لإقامته، بموجب اتفاقية جنيف التي تتولى التنسيق والتنظيم لأمر اللاجئين المنعقدة بين عامي (١٩٥٣-١٩٥١)⁽²⁾.

وفضلاً عن شرط الجنسية المشار إليه في أعلاه، فلا بد من أن يستنفذ المتعاقد المتضرر الطرق القضائية الداخلية المتاحة في الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي مراعاةً لمبدأ السيادة والاستقلال الوطني، الذي يعطي لكل دولة الحق في اشتراط خضوع الأجانب لنظامها القانوني الداخلي، فأى تدخل أجنبي قبل استنفاد وسائل الإصلاح المتاحة في القانون الوطني للدولة

(1) المادة (1) من تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والخمسون، عام ٢٠٠٦، الرابط الخاص بالجمعية العامة للأمم المتحدة:

تاريخ. الزيارة <https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/61/102021/1/3>

(2) د. علي خالد دببس: قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العدد (٢٠)، كانون الأول ٢٠١٦، ص ٤٧٨.

المضيفة يعد مساس بسيادتها، فضلا عن مراعاة مبدأ الأيادي النظيفة أي عدم ارتكاب المتعاقد أفعال تهدد أمن الدولة المتعاقدة (1).

وعلى الرغم مما تقدم، فقد لعب اجتهاد القضاء الإداري دور حاسم في تطوير قواعد العقد الإداري الدولي، لئتناسب مضمونه مع ما طرأت عليه من تطورات اقتصادية، وحث المشرع على توفير السماح القانوني الخاص باستحداث تقنية عقدية يُراعى فيها ارتباط العقد الإداري بمصالح التجارة الدولية والتي قد تستلزم انطوائه على شروط غير مألوفة في عقود القانون العام. بالأخص فيما يتعلق بتسوية المنازعات المتعلقة به. وذلك بالسماح بالتخلي عن الاختصاص القضائي لصالح مراكز التحكيم الدولية، فضلا عما قدمه من مقدمات للاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد، لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري، من استقرار سعر العقد بالاتفاق والتراضي، والدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد.

ومع بروز تنامي رغبة الدول باللجوء إلى مراكز التحكيم الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي، وحرصها على بناء علاقات ودية دولية دون إثارة المنازعات التي يترتب عليها تحريك المسؤولية الدولية، التي تؤدي في بعض الأحيان إلى نزاع مسلح تحت أو تهديد للسلم والأمن الدوليين، فضلاً عما يكتنفه من تعقيد في الإجراءات وبطيء في الحسم، والطبيعة الفنية والاقتصادية للمتعاقد، وسيتم تناول التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات في الفصل الثاني من الباب الثاني.

(1) د. رواء، د. خالد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، سنة ٢٠١٢، ص ٤٨٠؛ د. علي خالد ديبس، مصدر سابق، ص 480.

الفرع الثاني

الالتزامات الدولية

يترتب على دولية العقد الإداري، أن تسعى الدولة المتعاقدة إلى تجنب التعرض إلى المسؤولية الدولية، جراء ما قد تقوم به السلطات العامة والأجهزة التابعة إلى الدولة من أعمال قد تمس مصالح مشروعة ومنتوقعة لحقوق المتعاقد في العقد الإداري الدولي، وهذا ما أقرته لجنة القانون الدولي. ومؤدى المسؤولية الدولية، إنها (نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة التي تنتهك مصلحة مشروعة طبقاً للقانون الدولي الالتزام بإصلاح ما ترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدها أو ضد رعاياها).⁽¹⁾

ومن ثم، فالمسؤولية التي تقع على الدولة المتعاقدة في العقد الإداري الدولي، تكون على مستويين: المستوى الأول يمثل الأخلال بالالتزامات العقدية والمستوي الثاني هو الأخلال بالالتزام الدولي بضمان الحماية القانونية الكافية، والالتزامات التعاقدية على المستوى الدولي تسمو على القوانين المحلية وذلك ما أكده قرار التحكيم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، بخصوص النزاع بين شركة (STRBAG SE) وليبيا بقوله (... أن الالتزامات التعاقدية في القانون المحلي الليبي لها تأثير قانوني محلي ... ومن ثم فإن حق المدعي التعاهدي في التحكيم يسود على أي قوانين أو لوائح ليبية يُزعم أنها تحد من اللجوء إلى التحكيم الدولي بموجب المعاهدة ...).⁽²⁾

والالتزامات الدولية التي تكون محلاً للخرق من قبل الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي، تتمثل بكل ما له من صلة بحقوق الإنسان المقررة في القانون الدولي العرفي و حماية البيئة والصحة والعامة و القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، فضلاً عما تلتزم به الدول من اتفاقيات جماعية وثنائية لتنظيم المعاملات الاقتصادية، وهذه الالتزامات الدولية بمجملها، قد كرست مبادئ قانونية عامة تشكل نوعاً من الالتزامات، تُعرف بالـ (SOFT)

(1) المادة (٤) من تقرير لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الثاني، سنة ٢٠٠١.

(2) رقم القرار (1/15/(ARB(AF) بتاريخ ٢٩/٦/٢٠٢٠، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

LAW، أو ما يعرف بالقانون الدولي العام للعقود، والذي يسمو على القوانين الوطنية⁽¹⁾، وهذا ما أكدته قرار التحكيم الصادر عن مركز (ICSID) بخصوص القضية بين (Siemens v Argentina)، بين شركة سيميسن الألمانية والأرجنتين، وجاء فيه (...وصف فعل الدولة بأنه غير مشروع دولياً يحكمه القانون الدولي. ولا يتأثر هذا الوصف بوصف نفس الفعل بأنه قانوني بموجب القانون الداخلي ...)⁽²⁾.

فضلاً عما تقدم، فمن الممكن العودة إلى القضاء الدولي، واتفاقية فينا لقانون المعاهدات، عند تفسير الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالعقد الإداري الدولي أو البت في المنازعات المتعلقة بها، وذلك ما أشار إليه الحكم الصادر هيئة التحكيم المشكلة من قبل هيئة تحكيم محكمة لندن في قضية السيد (Lauder) ضد جمهورية التشيك وجاء فيه (...إذا كان تطبيق المادة (٣١) من اتفاقية فيينا ينشئ معنى واضحاً ومعقولاً لنص المعاهدة المعنية، فلا حاجة لهيئة التحكيم إلى النظر في الأساليب الأخرى ... فيجب أن تلجأ هيئات التحكيم إلى وسائل التفسير التكميلية بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة وظروف إبرامها)⁽³⁾.

وظعى على قرارات التحكيم، الإفراط في تغليب قواعد القانون الدولي العرفي بالأخص في مرحلة تنفيذ وتشغيل المشروع محل العقد. وهذا ما أيده الحكم الصادر عن هيئة التحكيم المشكلة من قبل المحكمة الدائمة للتحكيم (PCA). بخصوص القضية المقامة من قبل شركة كندية ضد الاكوادور. إذ رأت (...تكون الاستثمارات متوافقة مع قانون الدولة المضيفة عند الأثناء وذلك لا يمتد إلى التشغيل أو الإدارة اللاحقة للمشروع...)⁽⁴⁾.

(1) Linda Senden : Soft Law in European Community Law , Hart publishing , Oxford , 2004 ,p. 111.

(2) الفقرة (٧٠) من القرار رقم ARB/ (8/02) ، بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٦ ، الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار :

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٥.

(3) William A Schabas: "International Courts and Tribunals", Edward Elgar publishing, Cheltenham, U.K, 2017, p334.

(4) الفقرة (٧٠) من القرار رقم (٢٠١٢-٢). في القضية المعروفة بـ(Copper Mesa Mining)، بتاريخ ٢٠١٦/٣/١٥. الرابط الخاص بالمحكمة الدائمة للتحكيم (PCA):

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠ /٧/٢ /١٩٥ <https://pcacases.com/web/sendAttach/195>

وبالتالي، فاستحداث ضمانات للمتعاقد في العقد الإداري الدولي، بما لها من صلة بثبات العقد مقابل التشريعات النافذة، فضلاً عن تجميده إدارياً، وصولاً إلى شرط استعادة التوازن الاقتصادي وإعادة التفاوض، وكذلك اختصاص مراكز التحكيم الدولي بنظر المنازعات المتعلقة بها، في حقيقتها ما هي الا تطبيق لمعايير مقرر في القانون الدولي العرفي أو الاتفاقيات الدولية، تقضي بتوفير حماية قانونية كافية تُجنب الدولة التعرض إلى المساءلة الدولية، جراء الاخلال بالتزام دولي، ويصبح التزام تعاقدي، تحديداً عندما تكون الدولة المتعاقدة طرفاً في اتفاقية دولية تقرر هذه الضمانات⁽¹⁾، وهذا ما ذهب اليه قرار التحكيم بخصوص قضية السيد (Lauder)، المشار اليه فيما تقدم. وجاء فيه بما مفاده (...إن الادعاءات المقدمة من قبل المدعي... العقد شريعة المتعاقدين وحماية الحقوق المكتسبة ومعاملة الاستثمار الأجنبي بحسن نية والمعايير المعترف بها المتعلقة بحماية حقوق الأنسان، معايير عامة تشير حصرياً إلى القانون الدولي العام...) (2).

وهذه المعايير الدولية لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، تجد لها سندها في العديد من الأنظمة القانونية الخاصة بمراكز التحكيم الدولية واتفاقيات دولية لتشجيع حركة انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية، مثل نظام تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين⁽³⁾ (ISDS). واتفاقيات دولية سواء كانت ثنائية أم جماعية، على سبيل المثال اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى، واتفاقية منظمة

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، مصدر سابق، ص ٦٢.

(2) للتفصيل أكثر عن القرار، يُنظر الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي (ICSID) بتاريخ ٢٠٠٠/٩/٣: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٤

(3) ISDS مختصر لـ (Investor-state dispute settlement) وهو نظام يمكن المستثمرين من مقاضاة الدول عن الممارسات التمييزية ويوفر اطار عمل حيادي للطرفين، وعلي الأغلب يرد في نصوص المعاهدات الدولية الثنائية. والجماعية. عبد المؤمن بن صغير، دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر، سنة ٢٠١٣، ص ١٦٢. كذلك

Hon Judy A.Sgro, Chair: INVESTORS-STATE DISPUTES SETTLEMENT: SOME CONSIDERATIONS FOR CANADA, Report of Standing Committee on International Trade, June 2021, 2nd Session, p4.

التجارة الدولية (UNCTRAL). واتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA)، واتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام المحكمين عام ١٩٥٨ المعدلة، فضلاً عن الاتفاقيات الثنائية (1) . من جهة أخرى، فكما إن للصفة الدولية للعقد الإداري أثر إيجابي في توسيع مدلول المخاطر وما يقابلها من ضمانات للمتعاقد. إذ تُضيف إليها المزيد من معايير المسؤولية الدولية لصالح المتعاقد، كما هي متبناة في مواثيق حقوق الإنسان. كذلك يبدو لها تأثير آخر سلبي إزاء الضمانات؛ نظراً لإخضاع فكرة المصلحة العامة المتوخاة من إبرام العقد وما تتخذه الدولة من إجراء عند تنفيذه، لمنظور دولي آخر يتعلق بمراعاة قواعد دولية أمرت بتعلق بمصلحة دولية مشتركة، كحماية الصحة العامة والبيئة.

على سبيل المثال، إخضاع المشروع محل العقد الإداري الدولي إلى الفحص والتقييم البيئي طبقاً لمعايير دولية كشهادة (ISO14001) أو ما يماثلها (2). فضلاً عن الالتزام بتطبيق متطلبات حماية حقوق الإنسان، مثل إعلان منظمة العدل الدولية الثلاثي، والعمل وفقاً لمعايير العمل الأساسية على النحو المطلوب في إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ الأساسية وحقوق العمل لعام ١٩٩٨. وما عقبه من إعلانها الخاص بالعدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة. فضلاً عن الحد من الممارسات الفاسدة للمتعاقدين التي تم التعامل معها من قبل العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات المحلية على سبيل المثال اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (3) .

ومن ثم فلا تعد الإجراءات التي تتخذها الدولة المتعاقدة في هذا الصدد، بشكل انفرادي باطلة وتعسفية، في حال إنها جاءت منسجمة مع تطبيق القواعد التنظيمية المتعلقة بحماية البيئة

(1) د. عصمت عبد الله الشيخ، مصدر سابق، ص ١٠.

(2) الرابط الخاص بالمنظمة الدولية للمعايير:

<https://www.iso.org/iso-14001-environmental-management.html>

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١/١٨

(3) الرابط الخاص بإعلان منظمة العدل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة، واتفاقية الأمم

المتحدة لمكافحة الفساد بتاريخ ٢٠٠٣/١١/٢١، وعلى التوالي:

<https://www.ilo.org/global/meetings-and-events/campaigns/voices-on-social-justice/WCMS-182776/lang-ar/index.htm>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٤

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٤ <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/UNCAC.pdf>

والصحة العامة، بالشكل الذي يجعل للضمانات ذات مدلول موضوعي، تؤهل تنفيذ العقد وفقاً للمواصفات الدولية. وهذا ما تجسد بظهور توجه حديث يؤكد خروج الدول عن أنماط الصيغ التقليدية للضمانات، والتي يُنظر إليها في كثير من الأحيان على أنها تميل إلى جانب المتعاقد، وعلى حساب السلطات التنظيمية للدولة المتعاقدة، كما جاء في أحد نصوص اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين المغرب ونيجيريا، (تقر الأطراف بأن كل طرف يحتفظ بالحق في ممارسة السلطة التقديرية فيما يتعلق بالمسائل التنظيمية والامتثال والتحقيق واتخاذ قرارات بشأن تخصيص الموارد للإنفاذ فيما يتعلق بالمسائل البيئية الأخرى التي تقرر أن تكون لها أولويات أعلى) (1) .

طبقاً لأعلاه، فقد مالت قرارات التحكيم الحديثة إلى تحديد وتفسير ضمانات المتعاقد بما يتفق مع المعايير الدولية بالنسبة للطرفين، فكما أنه يميل لصالح المتعاقد في توفير حماية قانونية كافية له، فهو من ناحية أخرى يُراعي مدى التزام الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي بتنفيذ التزاماتها الدولية المتعلقة بالبيئة والصحة العامة. وهذا ما ذهب مركز التحكيم الدولي (ICSID) في قضية (Chemtura v Canada) إلى انه (...بصرف النظر عن وجود حرمان تعاقدية، ترى المحكمة في أي حال أن التدابير التي طعن فيها المدعي تشكل ممارسة صحيحة لسلطات الشرطة الخاصة بالمدعى عليه، كما نوقش بالتفصيل فيما يتعلق بالمادة (١١) من اتفاقية التجارة الحرة لأميركا الشمالية (NAFTA)، اتخذت الهيئة تدابير في إطار ولايتها، بطريقة غير تمييزية، مدفوعة بالوعي المتزايد بالأخطار التي يمثلها (الليندين) على صحة الإنسان والبيئة التدبير المعتمد في مثل هذه الظروف هو ممارسة صحيحة لسلطات الشرطة في الدولة، ونتيجة لذلك، لا يشكل مصادرة... (2)). كذلك رفضت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في مركز التحكيم الدولية لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) الطعن الذي قدمته شركة

(1) الفقرة (٢) من المادة (١٣) اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين المغرب ونيجيريا الرابط الخاص بمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٢٣

(2) الفقرة (٢٦٦) من القرار الصادر عن مركز (ISCID) بتاريخ ٢٠١٠/٨/٢، الرابط الخاص بوزارة الخارجية الكندية

<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/chemtura-14.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٢٤ .

(PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL) ضد (URUGUAY) ، بشأن منتجات التبغ
بناءً على أسس تتعلق بالصحة العامة⁽¹⁾.

وبغض النظر عن اختلاف الأنظمة والاتفاقيات الدولية التي تحدد محتوى الضمانات وأثرها، فهي في نهاية المطاف لا تخرج عن كونها تراعي مسألتين، الأولى، تتعلق بتوفير الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، والثانية تخص شرط الدولة الأولى بالرعاية. ومؤدى الحد الأدنى لمعاملة الأجانب أن حرية الدولة في التعامل مع المتعاقد مقيدة بهذه القاعدة وليست مطلقة وفي هذا الصدد، تباينت القواعد الدولية العرفية في تحديد معنى الحد الأدنى للمعاملة إلى معيارين. الأول، ألا تقل هذه المعاملة عن معاملة الوطنين. وما يؤخذ على هذا المعيار من عيوب أنه يتباين من دولة إلى أخرى بحسب نظامها القانوني وما تتبناه من فلسفة اقتصادية واجتماعية، فمن الممكن أن يتلقى المتعاقد ذاته معاملة مختلفة في بلدين مختلفين في معاملتهما لمواطنيهما، كما انه يمكن أن يجعل الحماية في مستوى متدني إذا كانت الدولة لا تراعي حقوقاً معقولة لمواطنيها في تشريعاتها وممارساتها الداخلية⁽²⁾.

أما المعيار الثاني فمفاده بألا تقل معاملة المتعاقد عن معاملة مواطني الشعوب المتمدنة وما يقرره القانون الدولي من حقوق. وهذا ما تمسكت به الدول الغربية كالاتحاد الأوروبي وأستراليا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية. إذ تبنت مستوى متقدم من تفسير مغزى المعاملة المنصفة والعدالة للمتعاقد يُراعى فيها الاتفاقيات والمواثيق الدولية والتشريعات التي تلتزم بها هذه الدول كحد أدنى لحقوق الإنسان الأساسية، منطلقة من مراعاة تشريعاتها للمعايير الدولية بقدر أكبر⁽³⁾. وذلك ما تبناه الاتحاد الأوروبي؛ لأن قانونه يعد معياراً في تحديد الحد الأدنى للمعاملة، يسمو على

(1) رقم القرار (7/10/ICSID Case No. ARB) بتاريخ ٢٠١٦/٧/٨، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٣٠

(2) وتبنى المشرع المصري هذا التوجه في المادة (٣) من الفصل الأول (ضمانات الاستثمار) إذ نصت (...وتكفل الدولة للمستثمر الأجنبي معاملة مماثلة لتلك التي تمنحها للمستثمر الوطني...).

(3) Martins Paparinkis : The International Minimum Standard and Fair Equitable Treatment , Fierst edition , Oxford University press, U.k , p 164.

ما تبرمه الدول الأعضاء من اتفاقيات ثنائية، وهذا ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر بخصوص قضية.ACHEMA⁽¹⁾

وقد دأب قضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية على تفسير مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً للمبادئ العامة الدولية، فهي تعني توفير الحماية القانونية الكاملة وعدم التمييز وحظر الإجراءات التعسفية. كما جاء في قرار هيئة التحكيم الخاصة بقضية (Lauder)، والمشار إليها سلفاً بقولها (ترى هيئة التحكيم بأن من المناسب معالجة الالتزام بعدم المصادرة بشكل غير قانوني الانتهاكات التالية بالترتيب وفقاً للمبادئ العامة الدولية... بأنه يقع علي الدولة المتعاقدة التزامات طبقاً للمبادئ العامة الدولية. وهي: أ- حظر الإجراءات التعسفية والتمييزية، ب- الالتزام بتوفير معاملة عادلة ومنصفة، ج- الالتزام بتوفير الحماية والأمن الكاملين). وتوسعت نفس الهيئة في تفسير التدبير التمييزي الذي تتخذه الدولة ضد المتعاقد بأنه (يفتقد إلى معاملة مواتية على الأقل مثل معاملة الوطني، فلكي يكون الإجراء تمييزياً لا يحتاج إلى انتهاك القانون المحلي حيث يمكن أن يحتوي القانون المحلي في الأصل على طابع تمييزي تجاه المتعاقد الأجنبي أو يفنق إلى حكم يحظر التمييز).

أما شرط الدولة الأولى بالرعاية (MFN) (Most Favoured Nation)، فهو البند الذي تمنح بموجبه الدولة للمتعاقد الذي يحملون جنسية الدولة الطرف في الاتفاقية الدولية، التي تتضمن هذا الشرط معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك الممنوحة إلى متعاقد من دول أخرى أطراف في اتفاقية أخرى، في المجال عينه للعقد محل الشرط⁽²⁾.

مما تقدم يمكن القول، بأن أهمية البحث في ضمانات المتعاقد، تبرز بشكل أكبر في العقد الإداري، عما سواه من العقد المدني، على الرغم من تطابق العقدين من ناحية أركان التكوين العقدي. وهذا ما أكدته الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ٢٠٠٤/٩/٤ (العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه..)⁽³⁾؛

(1) الرابط الخاص بالاتحاد الأوروبي:

<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٢

(2) د. أكرم فاضل قصير: النظام القانوني لمؤسسات وأنشطة منظمة التجارة العالمية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المركز العربي، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٦.

(3) الطعن رقم (٤١٥١) لسنة ٣٥ ق.ع، أشار إليه د. أمير فرج يوسف، مصدر سابق، ص ٥٣.

نظراً لأن العقد المدني، يبقى طيلة حياته العقدية من لحظة إبرامه حتى تنفيذه، محكوم بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والتي تعد قوة مُلزِمة لتنفيذه بأقصى حد ممكن من العدالة العقدية وحسن النية. واستثناءً يتدخل المشرع ليضع قيود تضبط توازن العلاقة العقدية، لمنع تحقق وضع الإذعان بالنسبة إلى أحد الطرفين أو احتمالية إحداث ضرر بالمصلحة العامة وفق الفلسفة القانونية والاقتصادية المتبناة⁽¹⁾. فيما يتميز العقد الإداري عن العقد المدني في مرحلة التنفيذ، وذلك بسبب صلته الوثيقة بالمرفق العام، فيخضع لنظرية تغيير ظروف مقتضيات المصلحة العامة، مما يستدعي ممارسة الشخص المعنوي العام الطرف في العقد حقه بتفوق الكفة القانونية، ليتمكن بإرادته المنفردة، الاشراف والرقابة وتعديل مضمون العقد الإداري او انهاءه وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وهو حق أصيل مقر له من قواعد النظام العام. وذلك ما أشار اليه الحكم السالف الذكر، وجاء في تكلمته إن (...الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة..).

وعلى أساس ما تقدم، فالعدالة العقدية تقتضي، مقابل ما يمتلكه الشخص المعنوي المتعاقد كسلطة عامة من حقوق بالإشراف والرقابة والحق بتعديل العقد الإداري وانهاؤه بشكل انفرادي حق المتعاقد بضمانات في التعويض وفقاً لنظريات التوازن المالي، وحقه بفسخ العقد. بيد إن ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، تتسم بشمولية أكبر ومستحدثة عن شروط غير مألوفة في عقود القانون العام؛ بسبب تباين نظامه التعاقدية إلى شق اداري يعلو فيه المركز القانوني للدولة المتعاقدة، بموجبه تمارس الدولة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد أو أنهاؤه، بحسب مقتضيات المصلحة العامة، وآخر يتصل بمصالح التجارة الدولية، ومن ثم، فمن شأن الابقاء على التفاوت في المراكز القانونية بين الطرفين في الشق الإداري من العقد الإداري الدولي، وبما يتعارض مع مقتضيات تنفيذه، وفقاً لمقتضيات صلته ب مصالح التجارة الدولية وتجنب الدولة التعرض إلى المساءلة الدولية أن يتحول إلى مخاطر إدارية وتشريعية واقتصادية، تهدم تجانس نظامه التعاقدية، وتُحدث اختلال بتوازنه العقدي، ومن ثم تُشعر المتعاقد بعدم الاطمئنان لاستقرار العقد قانونياً واقتصادياً. ومن ثم، فمن منظور ما تنطوي عليه

(1) د. رشوان حسن أحمد: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، جامعة القاهرة،

الضمانات في العقد الإداري الدولي من فحوى التطويع الاقتصادي للعقد والموائمة مع المعايير الدولية، يُسبغ عليها، وصف أنها غير مألوفة في عقود القانون العام، يجعلها تمتاز بعدة خصائص عن الضمانات التقليدية التي ترد في أي عقد اداري.⁽¹⁾

فقد جاء ابتكار الدول للمزيد من الضمانات في العقد الإداري الدولي، انعكاساً لتطورات اقتصادية طرأت على النظرية العامة للعقود الإدارية، والتي كانت منطلقاً لنشوء القانون العام الاقتصادي تحديداً مع تنامي رغبة الدول بإجراء معاملات اقتصادية عبر الحدود الدولية مستعينة بأشخاص أجانب من القانون الخاص يمتلكون الأموال والخبرات اللازمة لتسيير أو تنفيذ مرافق عامة ذات طبيعة استراتيجية، وكأن استحداث هذه الضمانات، ضرورة اقتصادية لجعل العقد الإداري الدولي أكثر مرونة في مواكبة متطلبات مصالح التجارة الدولية⁽²⁾ ومقتضياتها بما تحققه من حماية قانونية كافية للمتعاقد بشكل أشمل مما هو مألوف في العقود الإدارية التقليدية من ناحية ما تواجهه من مخاطر وما تتبعه من أساليب في سبيل ضمان حماية العقد قانونياً واقتصادياً من الاختلال أو عدم الاستقرار.

من ناحية المخاطر، فلتنامي السلطان العام للدولة المتعاقدة في العقد الإداري الدولي، جراء ازدواج سيادتها على المستوى الداخلي والدولي وطول مدة العقد نسبياً وتعلقه بمشاريع اقتصادية باهضة الكلفة، أثر بالغ بتوسيع دائرة المخاطر التشريعية والإدارية، التي تؤدي إلى نفس أساسه الاقتصادي. فضلاً عن مخاطر قضائية لا يمكن تصورها في إطار العقود الإدارية الداخلي؛ لأن الدولة المتعاقدة تكون في العقد الدولي تحت طائلة المساءلة الدولية في حالة عدم تطبيق معايير العدالة كما هو مقر في المواثيق الدولية⁽³⁾.

من جهة أخرى، فقد تُثار مخاطر أخرى ناجمة عن انطواء العقد الإداري الدولي على علاقة اقتصادية غير متكافئة جراء التفوق الاقتصادي للشخص الخاص الأجنبي. فلجوء الدول بالأخص النامية إلى التعاقد مع أشخاص أجانب من القانون الخاص، لم يأت إلا بسبب حاجتها

(1) د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ١٠٧. كذلك د. محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، مصدر سابق، ص ١٦.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد. الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٥٢.

(3) د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص ٢٣. كذلك د. هبة هزاع: المصدر سابق، ص ٣٢٧

الماسة إلى إمكانات فنية ومالية لإنجاز مشاريع ذات طبيعة إستراتيجية مما يضطرها إلى التعاقد وهي في حالة من الضعف أو الإذعان الاقتصادي، فتقدم تنازلات غير مألوفة في عقود القانون العام لصالح جذب المزيد من المتعاقدين. وفي نفس الوقت تحاول الاحتفاظ بقدر من سلطتها التقديرية لتحقيق المصلحة العامة، تُمارس من خلالها ضغوط اقتصادية غير مباشرة بحق المتعاقد، قد تؤدي به التخلي عن المشروع (1).

وعلى أساس ما تقدم، فلا يقتصر دور الضمانات المستحدثة على معالجة آثار اختلال توازن العقد الإداري الدولي بتعويض المتعاقد أو إعادة ترتيب التوازن الاقتصادي عند انقلابه، بل تتعداه إلى البحث عن التزامات الدول المتعاقدة إزاء الشخص الخاص المتعاقد، وما تبذله من العناية الكافية لتنفيذ العقد بشكل مطلوب. وعلى هذا الأساس، فقد حرصت اغلب التشريعات الوطنية للدول بالأخص النامية على أفراد نصوص خاصة بضمانات المتعاقد في العقود الإدارية الدولية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، وذلك بمعزل عن الحوافز والامتيازات (2).

وبالنسبة إلى دور ضمانات المتعاقد في بناء النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي، فإنها تُعد عوامل مكملة تؤهله كعقد اداري له أثر اقتصادي عابر للحدود الدولية، حتى باتت هذه الضمانات من ثوابت بنائه. إذ تستعين بها الدول استثناءً بوصفها حلول قانونية مبتكرة بإجازة من التشريع، أو شروط عقدية أساسها اتفاق طرفي العقد، لتطويع النظرية التقليدية للعقد الإداري بمتطلبات مصالح التجارة الدولية، والتوفيق بين مصلحتين اقتصاديتين متناقضتين (3).

عليه، فيترتب على تداخل ضمانات المتعاقد في النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي تأهيله كعقد اداري له طابع اقتصادي وصلة دولية، التوصل إلى نتيجتين، الأولى مفادها أنها تؤثر في طبيعته القانونية، وتُقربه في بعض جوانبه إلى القانون الخاص تحديداً في الشق المتعلق بصلته بمصالح التجارة الدولية، حد تجعل منه حيز تعاقدى متنازع عليه بين قواعد القانون العام

(1) د. هبة الهزاع: مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(2) د. حفيظة السيد حداد: مصدر سابق، ص ١٤.

(3) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، مصدر سابق،

والخاص. وما يتفق عليه طرفا العقد من بنود هو من يحسم طبيعته القانونية، وبمقدار تفوق الشروط المتعلقة بقواعد القانون العام أم الخاص (1).

والنتيجة الثانية، انه على الرغم من كون هدفها المباشر هو ذو دلالة شخصية ، بقصد حماية المصالح المتوقعة والمشروعة بما يعزز اطمئنانه القانوني والاقتصادي، لكنها في نهاية المطاف تستهدف تُسهل تنفيذ العقد بالشكل المطلوب، لطالما أنها توفر السبل الملائمة لاستمرار تنفيذ العقد من قبل المتعاقد بالشكل المطلوب، ما دام المتعاقد شريك أساسي للدولة المتعاقدة في تحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية. ومن ثم، تتباين الضمانات إلى موضوعية، تتبع آلية حمائية للعقد من أن يُصيب توازنه العقدي خلل فترد بشكل استثنائي كحلول قانونية مجازة بنص القانون، تعزل العقد عن محيطه القانوني، مثل شرط الثبات التشريعي وشرط تجميد العقد. وتارة أخرى، تأخذ وضع شروط عقدية باتفاق الطرفين باستعادة التوازن الاقتصادي للعقد وشرط إعادة التفاوت. فضلا عن ضمانات إجرائية، لتسوية المنازعات المتعلقة به، والتي أصبحت ذات طبيعة فنية واقتصادية، على الاغلب لا يستطيع القضاء حسمها بالسرعة والكفاءة المطلوبة لتشعر المتعاقد الأجنبي بحيدة القضاء الوطني، كما هو معمول به في مراكز التحكيم (2).

ونظراً لما تمثله ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي من مساس بسيادة الدولة؛ لأنها تُقضي إلى التخلي أو التنازل عن بعض مظاهر سلطانها العام، بغية حماية واستمرار التوازن الاقتصادي والعقدي بالقدر الكافي لتنفيذ العقد بالشكل المطلوب، وتسوية منازعاته بطريق بديل عن القضاء الوطني، فقد تباينت مواقف الدول من استحداثها، بحسب ما تحققه من توازن بين تلبية حاجتها إلى التعاقد لتحقيق المصلحة العامة ومدى ما تحققه للمتعاقد من شعور بالاطمئنان. فشرط عدم المساس بالعقد وثباته، تأتي لمواجهة مخاطر إدارية وتشريعية، عادة ما تلتزم به الدول التي تعاني من عدم الاستقرار القانوني والاقتصادي، بينما لجأت دول أخرى أكثر استقراراً إلى ادراج شروط أكثر واقعية للتعامل مع مخاطر أخرى غير مباشرة، من خلال استعادة التوازن الاقتصادي للعقد أو شرط إعادة التفاوض.

(1) د. علاء العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور الحديثة والتقليدية، مصدر سابق، ص ٧٠.
(2) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ١٣٧. كذلك د. علاء العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، ص ٧٣.

في ضوء ما تقدم، يمكن تعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي بأنها حلول قانونية أو شروط تعاقدية، مستحدثة عن التطور الاقتصادي والصلة الدولية للعقد الإداري، فتأتي لتتدخل في النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي، وتقربه مضمونه إلى تلبية مقتضيات مصالح التجارة الدولية. ولأجل ذلك، تتخذ هذه الضمانات وضع شروط مسماة كحلول قانونية بموجب سماح تشريعي في حال إنها تمثل خروجاً على قواعد الاختصاص والنظام العام أو شروط تعاقدية يتفق عليها طرفا العقد عملاً بمبدأ سلطان الإرادة. وبموجب ما تهدف إليه فإنها تتوزع إلى ضمانات موضوعية، تتمثل بشرط ثبات العقد وتجميده وعدم المساس به أو إجرائية وهي كل ما يتعلق بتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد من خلال التحكيم أو اختيار القانون الواجب التطبيق.

ومن خلال دراسة المبحث الأول ، فقد أتضح بأن نطاق البحث يتعلق بالضمانات المستحدثة في العقود الإدارية الدولية، وهي غير مألوفة في عقود القانون العامة، لغلبة صلتها بقواعد التجارة الدولية، وتتوزع بحسب المهام إلى شروط موضوعية واجرائية، والعقد الإداري الدولي هو الحيز التعاقدى الذي تتواجد فيه، ومن هذه النقطة، برزت فكرة استحداث ضمانات للمتعاقد بفحوى غير مألوف في عقود القانون العام يراعى فيه عدم تعرض الدولة المتعاقدة إلى المسؤولية الدولية.

المبحث الثاني

أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي وتكييفها القانوني

استكمالاً لمفهوم ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، فلا بد من تحديد قوتها الملزمة للتواجد في العقد الإداري الدولي، على الرغم من كونها شروطاً دخيلة غير مألوفة في عقود القانون العام، تتداخل في نظام تعاقدى تسمو عليه قواعد القانون العام، وهذا مما يتسبب بتباين أساس وجودها، وتكييفها القانوني. وذلك ما سوف يتم التطرق اليه في مطلبين، المطلب الأول- أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، المطلب الثاني - التكييف القانوني لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي.

المطلب الأول

أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

لا يكمن البحث في أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي من دون التطرق إلى ما تقوم به هذه الضمانات من حماية لتوازن العلاقة العقدية بمضمونها القانوني والاقتصادي، في عقد اداري ودولي بنفس الوقت، بداعي حماية توازن العقد واستقراره من الاضطراب أو الاختلال، جراء التفوق القانوني للدولة المتعاقدة في الشق الإداري منه، وبسبب الفارق الاقتصادي بين طرفيه وتعارض مصالحها في الشق المتعلق بصلته بالتجارة الدولية، وذلك ما سيتم تناوله في فرعين، الفرع الأول يتعلق بحماية للتوازن العقدي، والفرع الثاني يخص حماية التوازن الاقتصادي.

الفرع الأول

حماية التوازن العقدي

لأن الدولة تدخل طرفاً في العقد الإداري الدولي بسلطانها العام الداخلي والخارجي، مما يؤدي الي حدوث اضطراب في استقرار العلاقة العقدية، جراء تفوقها القانوني، فيجد الطرفان بأن هنالك ضرورة على التراضي بشكل مسبق؛ لإقرار المزيد من الشروط في العقد الإدارية الدولية، لحماية التوازن العقدي من الاختلال، والذي يمر بمرحلتين، الأولى تستند إلى أن العقد الاداري شريعة المتعاقدين، والثانية تأتي طبقاً لنظرية تغيير ظروف المرفق العام . ومن ثم سيتم تقسيم

هذا الفرع إلى بندين: البند الأول يتعلق بأساس الضمانات بموجب مبدأ سلطان الإرادة. البند الثاني يخص أساس الضمانات لتعلقها بتسيير أو تنفيذ المرفق العام. أولاً: - مبدأ سلطان الإرادة.

يستند مبدأ سلطان الإرادة إلى ركيزتين هما: الرضائية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فالأصل أن العقد ينشأ بتراضي ارادتين متساويتين؛ لإحداث أثر قانوني لا يخالف النظام العام والآداب. وبقيامه يلتزم الطرفان بمضمونه بوصفه القانون الخاص لهم، ويتم تنفيذه بما اشتمل عليه بحسن نية.

عليه فلا يجوز تعديل شروطه أو إنهائه بالإرادة المنفردة⁽¹⁾. فضلاً عن أن العقد ملزم للقاضي، فيحكم بما ورد في مضمونه نفس الحال بالنسبة إلى المشرع، إذ يتقيد بعدم المساس بالعقود المبرمة في ظل التشريعات السابقة ولا بآثار العقود التي قد تمتد إلى وقت سريان التشريعات اللاحقة لأبرام العقد، فلا يستطيع أن يلغي منه شروطاً أو يضيف إليه شروطاً أخرى⁽²⁾. وذلك ما أكدته المحكمة الإدارية العليا، بقولها إن (قضاء هذه المحكمة جرى على أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماتها إنما تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه مع جهة الإدارة وبذلك فإن النص الذي يتحدد باتفاق الطرفين في العقد الإداري. ومرد ذلك إلى أن ما انفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التي تلاقت عندها ارادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته)⁽³⁾. كذلك ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية (الأصل في العقود هو تغليب مبدأ سلطان الإرادة لذلك يعد العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون عملاً بنص المادة ١٤٧ من القانون المدني)⁽⁴⁾.

(1) جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة (منصور القاضي)، المؤسسة الجامعية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠ ص ٥٣.

(2) المستشار محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني (مصادر الالتزام)، دار محمود، القاهرة، سنة ٢٠١٨، ص ٥٠٣. كذلك د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٩٦.

(3) طعن رقم (ل ١٠٨٣٤) لسنة ٤٧ ق.ع، بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٣٠ أشار. إليه د. أمير فرج يوسف، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(4) طعن رقم (٣٢٣) لسنة ٦٨ ق. بتاريخ ٢٠١٠/٦/٩ أشار إليه المستشار محمد عزمي البكري: نفس المصدر، ص ٥٠٥.

وأشارت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بحكمها الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/١/٢١ إلى المفهوم المتقدم بقولها (.. وتكون دعوى المدعي، لها سند قانوني؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين ويقتضي تنفيذه بحسن نية لأنه إذا نفذ العقد كان لزاماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) (1).

وبالتالي، فلو تم الاخذ بنظر الاعتبار، بأن العقد الإداري الدولي هو عقد اداري ملزم للجانبين، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، فذلك يعني إن ما أتفق عليه الطرفان لترتيب التزامات متقابلة، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقود، هو من يحدد مضمون العقد الإداري، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أساس القوة الملزمة بالنسبة (2). وهذا ما أكده قرار التحكيم الصادر عن المركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بتاريخ ١٢/٤/١٩٧٧، بمناسبة النظر بالنزاع القائم بين شركة بترول يوم البريطانية (BP) وشركة النفط الليبية (Liamco). أثر قيام الحكومة الليبية بإصدار حزمة من قرارات التأميم على مرحلتين في عام ١٩٧٣، ١٩٧٤. وجاء في مضمونه (..ما ورد في المادة (١٦) له ما يبرره ليس فقط وفقاً لتشريع البترول بل أيضاً طبقاً لمبدأ قدسية العقود وهو مبدأ معترف به في القانون الداخلي والقانون الدولي على حد سواء... (3).

بيد أنه، ونظراً لما يمتاز به العقد الإداري الدولي من تركيبة عقدية مزدوجة بطابع اداري وفحوى اقتصادي عابر للحدود الدولية، فليس بالإمكان تصور قيام سلطان الإرادة بترتيب الالتزامات المتقابلة بين طرفيه، طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقد على مرتبة واحدة ، بل يقتضي التفرقة بين إرادة طرفيه في الشق الدولي، الأقرب إلى كونه عقد تجاري دولي، يُفترض أن يقف فيه الطرفان على قدم المساواة، في حين تصطدم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في الشق الإداري

(1) رقم الحكم (١/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٢٠) ، بتاريخ ٢٠٢٠/١/٢١، الرابط الخاص بمحكمة التمييز: <https://www.hjc.iq/qview.2545/.٢٠٢٠/١/٢٣> تاريخ الزيارة

(2) وهذا ما أكده حكم لمجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٢٣ في القضية المعروفة بـ (Burdox) بقوله (من حيث الأصل، ان عقد الالتزام ينظم حتى انقضائه وبطريقة نهائية الالتزامات المتبادلة لكل من الملتزم ومانح الالتزام) د. أحمد يسري: مصدر سابق، ص ٣٢٥

(3) أشار إليه د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٣٣.

منه، يتفوق سلطان سيادة الدولة الداخلي والخارجي، والذي يمنحها الحق بالتأميم أو مصادرة المشروع أو الانهاء المبكر للعقد، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة⁽¹⁾.

وهذا ما أكده حكم صادر عن مركز تحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID) بخصوص قضية (Texaco) بتاريخ ١٩٧٧/١/١٩ (.. إن حق الدولة باتخاذ إجراء التأميم لم يعد اليوم محل نقاش وأنه يعد تعبيراً عن سيادتها...). وقد تخول الدولة المتعاقدة الشركة الأجنبية الطرف في العقد، بعض امتيازات القانون العام. كما جاء في حكم قضية (Sapphire) ضد الحكومة الإيرانية، والصادر عن نفس المركز بتاريخ ١٩٦٣/٣/١٥ (... هذه الشركة لها بعض سلطات القانون العام كسلطة نزع الملكية مقابل تعويض...) (2).

وعلى أساس ما تقدم، فلو سلمت الدولة الراغبة بالتعاقد ضمن إطار مصالح التجارة الدولية، ببناء العقد على غرار ما هو معمول به في أي عقد اداري، وتمسكت بمقتضيات تنفيذه، وفقاً لما هو متبع في الأسلوب التقليدي، فذلك من شأنه أن يؤدي به إلى أُنقال كاهل الشخص الخاص الأجنبي الطرف في العقد بالمزيد من الالتزامات التي لا تتلاءم مع متطلبات صلته بمصالح التجارة الدولية. ومن ثم عرقلة تنفيذه بسياق ما هو متبع في قواعد التجارة الدولية. تبعاً لذلك، وجدت الدول - بالأخص النامية - التي تستعين بالأموال والخبرات الأجنبية للمساهمة في سبيل تحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية، بأن حاجتها إلى التفوق الاقتصادي والفني للمتعاقد يستلزم منها التراضي مع المتعاقد، على تضمين العقد الإداري شروط تحرره من أصولية القانون العام، وتجعله أكثر مرونة مع مقتضيات التجارة الدولية، شريطة عدم الأخلال باحتفاظ الدولة بسيادتها على مشاريعها الاقتصادية، من خلال استمرار ممارسة سلطتها بالأشراف والرقابة. وبهذا المسلك فوجود ضمانات المتعاقد، ينشئ تقنية عقدية يُراعى فيها التعايش والتكامل بين كفتي البنية العقدية، الإدارية والدولية (3).

(1) د. علاء الدين العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية الدولية للصور التقليدية والحديثة: مصدر سابق، ص ٧١.

(2) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٢٦.

(3) د. علاء الدين العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة: المصدر نفسه، ص ٧٠.

طبقاً لأعلاه، ذهب المحكم (Cavin) في قضية شركة (Sapphire)، المشار إليه في أعلاه، إلى تأكيد ضرورة مراعاة حماية المعونة الاقتصادية والفنية التي يقدمها الشخص الخاص الاجنبي. فجاء فيه (...بمقتضى الاتفاق موضوع النزاع قدمت الشركة الأجنبية لإيران مساعدات مالية وفنية تضمنت استثمارات ومسؤوليات ومخاطر، وعلى ذلك فإنه يبدو طبيعياً وجوب حمايتها من أي تشريع يؤثر في حقوق والتزامات الأطراف، كما يتعين منحها بعض الضمان القانوني، ولا يمكن، أن يتحقق ذلك إذا طبقنا القانون الإيراني الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية تعديله...) (1).

مما تم ذكره سلفاً، ومن خلال استقراء قرارات التحكيم السالفة الذكر، يمكن القول بأن القوة الملزمة لضمانات المتعاقد مستمدة من الحرية التعاقدية للطرفين، وطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تُدرج كالتزامات متبادلة تهدف إلى تجنب العقد التعرض إلى مخاطر موضوعية (تشريعية وإدارية)، مقابل التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بالشكل المطلوب، كأن تتعهد الدولة المتعاقدة ضمن إطار الضمانات الموضوعية، وإبرادتها المنفردة التنازل عن بعض مظاهر امتياز سلطانها العام في العلاقة العقدية بما يتناسب مع توفير حماية كافية للمتعاقد من التعرض إلى مخاطر تشريعية وإدارية، وذلك ما ورد في العقد المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة (Freeport Indonesia Inc). إذ التزمت وزارة التعدين بعدم اتخاذ أي إجراء يتعارض وسير المشروع (2). فضلاً عما تبنته بعض العقود من شرط التعديل الاتفاقي؛ لأن تراضي الطرفين مسلك احتياطي يمكن اللجوء إليه، في حال تعذر إجراء التعديل الانفرادي لمضمون العقد من قبل الدولة المتعاقدة، مثال على ذلك ما ورد في عقد الامتياز الذي ابرمته الحكومة الليبية مع شركتين أمريكيتين عام ١٩٧١ (3).

(1) د. بشار محمد الاسعد: مصدر سابق، ص ١٦.

(2) البند (١٤) من العقد المبرم بين عقد المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة (Freeport Indonesia Inc) على (تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الاندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الاندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود لاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو التأميم أو ما شابه ذلك) د. بشار محمد الاسعد: المصدر نفسه، ص ١٦٥.

(3) المادة (١٦) من عقد الامتياز على (الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تتمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب =

ومن التطبيقات الحديثة لضمانات في العقد الإداري الدولي، لمبدأ سلطان الإرادة كأساس لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، الحق بمراجعة العقد من قبل طرفيه، عندما تكون هنالك ضرورة، من خلال شرط استعادة التوازن الاقتصادي، وشرط إعادة التفاوض، لأعاده ترتيب الالتزامات المتبادلة بين الطرفين وفقاً لتخمين تعاقدى مسبق من الطرفين، بغية خلق توازنات جديدة بين الطرفين أو تكيفه، بما يضمن معالجة نتائج المتغيرات الاقتصادية التي تطرأ على العقد اثناء تنفيذه، ويحول من نسف الأساس الاقتصادي للعقد⁽¹⁾.

ولعله، فما هو متبع في الضمانات إجرائية، والتي تتم بتراضي الطرفين على التحكيم، باتفاق مستقل، مثال صارخ لدور إرادة طرفي العقد، وما تلعبه من دور هام في تنظيم التحكيم بدءاً من الاتفاق عليه، مروراً ببيان الموضوعات التي تحل بالتحكيم وانتهاءً بالقانون الذي يحكم النزاع شكلاً وموضوعاً. فأساس التحكيم ومعياريه كضمانة إجرائية، مرهون باستقلاله وتنفيذه بحسن نية، إلى حد أنه يبقى نافذاً وصحيحاً على الرغم من قيام الدولة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة أو ادعاءها بعدم صحة العقد أو بطلانه. كما جاء في افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦، ما نصه (... التحكيم ينحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يحصا إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء ... فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم...)⁽²⁾.

مما تقدم، يمكن القول بأن ضمانات المتعاقد لا تختلف عن أية شروط تعاقدية أخرى يقرها الطرفان في مرحلة تكوين العقد الإداري الدولي، لتأتي في سياق التزامات متبادلة يتفق عليها الطرفان، وفقاً لحرية التعاقدية. ومن ثم، يتحدد مضمون العقد الإداري الدولي بما ينطوي عليه من شروط استثنائية مستمدة من قواعد القانون العام، وما يقابلها من شروط عقدية مستحدثة عن صلته بمصالح التجارة الدولية. لدرء مخاطر إدارية وتشريعية تهدد توازنه وأنسجامه العقدي، لكونها تدابير احترازية يتفق عليها الطرفان لضمان حماية العدالة العقدية بين الطرفين، كما

=الامتياز الحالي، لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف). د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٢٩.

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ١٥٧.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها: منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠٠٣، ص ٤١.

أرادها الطرفان منذ إبرام العقد عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فضلاً عن تزويد العلاقة العقدية بتقنية عقدية تكفل لطرفيه قدر من الحرية التعاقدية والرضائية للتعامل مع ما يطرأ عليه من متغيرات عقدية تهدد توازنه العقدي، بدلاً من اللجوء إلى استخدام السلطة الانفرادية كما هو معمول به في العقد الإداري التقليدي.

ثانياً: - المرفق العام

كما أشرنا سلفاً في الفرع الأول، بأن أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، هو إقرار طرفا العقد لها، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة. فيتراضى عليها الطرفان، بسياق التزامات متبادلة طبقاً لقاعدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والتي تقضي بتساوي هاتين الإرادتين وتوازن الحقوق والالتزامات المتبادلة.

ولكن، ما يميز العقد الإداري عن نظيره المدني أنه ينبثق عن إرادة مشتركة تُغلب المصلحة العامة. بينما في العقد المدني تبدو هاتان الإرادتان ندين. وذلك ما أشارت إليه فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، وجاء فيها ما نصه (.. في العقود المدنية التي تبرم بين طرفين ندين وهنا تختلط علاقات التعاقد التي يعرفها القانون الخاص بأوضاع الإمارة والسلطة والتي ترتد في مرجعيتها ليس فقط في الرضاء الاتفاقي في صياغة العقد ما ولكنها ترتد في بعض وجوه مرجعيتها قوامة الدولة على المجتمع وسلطاتها عليه لحماية الجماعة وتنظيم شئونها العامة وتسيير مصالحها العامة...⁽¹⁾).

ومبتغى الإرادة المشتركة في العقد الإداري، هو التخفيف من أثر الندية العقدية المفترضة بين طرفي العقد، لصالح تكريس الإرادة مشتركة (إرادة تحقيق المصلحة العامة)، التي تستلزم تطويع مضمون العقد الإداري بضوابط موضوعية خاصة بتنظيم وتسيير المرفق العام⁽²⁾، وتأسيس تقنية عقدية تُغلب المصلحة العامة، تُعرف بشريعة المرفق العام، يجعل العقد منسجماً مع المتغيرات التي تطرأ على سير العمل بالمرفق العام بحسب طبيعة العمل به. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر، بأنه (..من المتعين في تفسير العقود البحث عن النية

(1) رقم الفتوى (١٦٠) بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، مصدر سابق، ص ٥٥٠.

(2) د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ١٠٦.

المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ إذ العبرة بالإرادة الحقيقية على أن تكون الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا بالإرادة الفردية لكل منهما (...)⁽¹⁾.

وفي حكم آخر لها جاء فيه (.. أن منطقة الأقصر بوصفها من منطقة سياحية تعد من قبيل المرافق العامة التي تستهدف تحقيق النفع العام - العقود التي أبرمتها وزارة السياحة مع المواطنين لتأجير محلات بمنطقة الأقصر هي عقود إدارية - أساس ذلك تعلقها بمرفق عام وتضمنها شروطاً غير مألوفة في مجال القانون الخاص (...)⁽²⁾.

تبعاً لما تقدم، فأصل تحديد مضمون العقد الإداري (دولياً أم داخلياً) - من ذلك ما ينطوي عليه من ضمانات للمتعاقد - مرهون بما يقرره الطرفان عند تكوينه العقدي، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، شأنه في ذلك شأن عقد مدني. ولكن، عند تنفيذ العقد الإداري، يبرز دور الإرادة المشتركة لتغليب مقتضيات استمرار العمل المرفق العام، مما يستدعي تزويده بشروط تسييره وتنفيذه، والتي قد تخل بأحكام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ لأنها تمنح الشخص المعنوي العام الطرف في العقد الإداري علو قانوني في العلاقة العقدية، يُمكنه من ضبط تنظيم المرفق العام وتسييره، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. وعلى هذا الأساس، فلا يقتصر تحديد الشروط التي ترد في العقد الإداري وتساهم في تكوينه، على إرادة الطرفين، بل يستلزم فيها مراعاة أي وضع من شأنه تلبية متطلبات استمرار العمل بالمرفق العام وتنفيذه بالشكل المطلوب وأن استوجب ذلك تدخل المشرع، ليضبط أداء سلطان الإرادة بمقتضيات العمل بالمرفق العام واستمراره، وبمجمليها تؤلف شريعة المرفق العام⁽³⁾.

وآلية توظيف شريعة المرفق العام نحو تحقيق المصلحة العامة ليست على نسق واحد، بل تتباين بحسب ما تقتضيه مستلزمات تطويره وضمان استمرار العمل به. وعلى هذا النحو، فيُفترض بفحوى شريعة المرفق العام، أن تتسم بمرونة وديناميكية تتناسب مع ما تمثله من تقنية عقدية تواكب المتغيرات التي تطرأ على سير المرفق العام عند التنفيذ. وعلى هذا الأساس فهي تأخذ في العقد الإداري الخالص الذي يتطابق فيه مدلوله العضوي مع المدلول الموضوعي،

(1) الطعن رقم (٦٣٩، ٩ ق)، بتاريخ ١٩٦٧/٥/٢٠ أشار إليه د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ٧٠.

(2) الطعن رقم (١٣٨٢) سنة ٢٥ ق.ع. ١٨/١/١٩٩٥، د. أمير فرج يوسف، مصدر سابق، ص ٤٩.

(3) د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ١٠٤.

مسلك تفوق المركز القانوني للإدارة الطرف في العقد، بشكل يمنحها الحق بممارسة سلطة انفرادية بتعديل شروط العقد أو إنهائه دون رضا المتعاقد. شريطة عدم الانحراف عن حدود سير العمل بالمرفق العام أو الإجراءات المنصوص عليها في العقد. بينما يختلف الأمر بالنسبة إلى العقود الإدارية ذات الصلة بمرافق عامة اقتصادية، إذ يفصل المدلول العضوي عن الموضوعي في تحديد فحوى شريعة المرفق العام، فيستلزم وجود شروط تتعلق بتسيير نشاطه الاقتصادي، أقرب إلى قواعد الإدارة الخاصة.⁽¹⁾

ولطالما إن العقد الإداري الدولي، يعد من أهم أنماط العقود الإدارية الاقتصادية؛ لارتباطه بمرافق عامة اقتصادية ذات أهمية استراتيجية، تقوم بإشباع حاجات عامة تستوجب الاستعانة بأموال وخبرات اجنبية لتسييره وتنفيذه⁽²⁾. فليس من المنطق القانوني والواقعي، إن تتبع النية المشتركة لطرفي العقد الإداري الدولي في تغليب المصلحة العامة، ما هو معمول به في شريعة المرفق العام للعقود الإدارية الخالصة، وعلى نحو يُحدث تفاوتاً قانونياً شاسعاً بين طرفيه، يتسبب بمخاطر إدارية وتشريعية تتعارض مع مقتضيات صلته بمصالح التجارة الدولي، وتنسف توازنه العقدي. فضلاً عن إن هذا المسلك بحد ذاته مبطل لركن السبب، لإساءة الشخص المعنوي العام استعمال سلطته في التعاقد خلافاً لمقتضيات الصالح العام، التي تستلزم - بخصوص العقد الإداري الدولي - أن يُراعى في مضمون شريعة المرفق العام، مراعاة قواعد تسيير المرفق العام المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، بوصفها من مقتضيات مبدأ النفع العام المحرك الرئيس لنشاط الإدارة⁽³⁾.

وذلك ما حرص على تأكيده على الدوام اجتهاد القضاء الإداري، بضرورة تطوير القانون الإداري ليتصدى للتطورات الاقتصادية والاجتماعية المؤثرة في تحديد ماهية حاجات الافراد، ومواءمة قواعده بقدر الاستجابة لهذه الاحتياجات المستجدة. فجاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر ما مفاده (.... أن حاجات الأفراد تنمو وتتوسع... وقد اقتضى ذلك إنشاء مرافق ومصالح مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة ومنها حاجات

(1) د. ثروت بدوي: مصدر سابق، ص ٤٠٠.

(2) Mark Kantor, "Valuati for Arbitration: Compenstation Standard Valuation Methods and Expert Evidence", Wolter Kluwer International, Netherland, 2008, p21.

(3) د. علاء الدين العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، ص ٧١.

اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية أوجبت على الدولة أن تتجاوز ميدان نشاطها الإداري البحث إلى ميادين أخرى كانت وفقاً على النشاط الفردي... (1).

إذن، يقتضي مضمون شريعة المرفق العام في العقد الإداري الدولي، وجود حلول قانونية مستعارة من قواعد الإدارة الخاصة، أكثر ملائمة مع ضوابط سير العمل بمرفق عام له صلة بمصالح التجارة الدولية. وهذا يستدعي استحداث حلول قانونية غير مألوفة في عقود القانون العام، تمد العقد الإداري الخاضع في الأصل للقانون العام بسبل التواصل والموائمة مع فحواه الاقتصادي العابر للحدود الدولية، بقدر أكبر من الحرية التعاقدية التي تحول من لجوء الدولة إلى تعديل شروطه أو إنهائه بأسلوب انفرادي، بشكل يرهق كاهل المتعاقد بالمزيد من الالتزامات الغير متوقعة، ويعرقل سير العمل بالمرفق العام (2).

في ضوء ما تقدم، فالأصل، يمكن رد أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي إلى إرادة طرفيه عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، بوصفها شروط تعاقدية يتراضى عليها الطرفان، طبقاً لأحكام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. لكنها استثناء تبدو كحلول قانونية لازمة لسير العمل بالمرفق العام عند تنفيذ العقد. فتستمد قوتها الملزمة من شريعة تسيير المرفق العام الخاضعة في بعض جوانبها إلى قواعد التجارة الدولية. وطبقاً لهذا المنظور، فكما تجد الشروط الاستثنائية أساساً لها في العقود الإدارية التقليدية لارتباطها بتنظيم أو تسيير مرفق عام. لنفس الغاية، تجد ضمانات المتعاقد، أساساً لها في العقد الإداري الدولي بوصفها حلول قانونية لازمة لعقود ذات صلة بمصالح التجارة الدولية. وعلى الاغلب تحتاج إلى إسباغ الشرعية عليها بنص القانون. لحماية التوازن العقدي بين الطرفين من عدم التعرض إلى الاختلال أو عدم الاستقرار القانون (3).

(1) د. عبد الحميد الشواربي: بتاريخ ٢٦/٢/١٩٥٢ مصدر سابق، ص ١٧.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، مصدر سابق، ص ١٥.

(3) د. أشرف محمد خليل حماد: التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٣٢٤، سنة ٢٠١٠.

الفرع الثاني

حماية التوازن الاقتصادي

نظراً، لما توصف به العقود الإدارية الدولية، بأنها (عقود تنمية اقتصادية) أو (عقود تطوير البنية التحتية)، بسبب علو الكفة الاقتصادية للمتعاقد، مقابل دولة متعاقدة نامية على الأغلب، نقتصر إلى الأموال والخبرات الكافية لتنفيذ أو تسيير المشروع، يمتاز العقد الإداري الدولي بالتفاوت الاقتصادي، ومن ثم، فكما أفرز عدم التكافؤ القانوني ضمانات لمواجهة المخاطر الإدارية والتشريعية الناجمة عن الشق الإداري - وهو ما تم تناوله في المطلب الأول - كذلك، فطرفا العقد ليسا متكافئين اقتصادياً في الشق المتعلق بمصالح التجارة الدولية. فتأتي ضمانات المتعاقد، لتلعب دور توفيق بين مصلحتين اقتصاديتين متناقضتين في العقد. هما: مصلحة الدولة المتعاقدة بتوجيه العقد اقتصادياً وفق متطلبات المصلحة العامة أو ما يُعرف بالتدخل العام الاقتصادي، وتحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقد الأجنبي من خلال توفير الأمن القانوني، لاستقطابه نحو التعاقد. لذلك سوف نقسم هذا المطلب على بندين: البند الأول - التدخل العام الاقتصادي، البند الثاني - الأمن القانوني.

أولاً: - التدخل العام الاقتصادي

بصورة عامة، تأثرت نظرية العقد بالتقلبات الاقتصادية، التي نجمت عن الحربين العالميتين الأولى والثانية، ومن ذلك التأثير على دور مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد. فقد ظهرت عقود الإذعان والعقود النموذجية، فيما يتعلق بالرضائية، وأصبحت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مقيدة بضوابط المشرع وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة (1).

والعقد الإداري شأنه كأي عقد، قد يتأثر بتقلبات اقتصادية، برزت عقب انهيار الكتلة الاشتراكية بعد انتهاء الحرب الباردة، واجتياح فكرة العولمة، التي جعلته ينفرد بمضمون قانوني متحرر اقتصادياً ومنسجم مع النظام الاقتصادي الدولي، القائم على الانفتاح الاقتصادي، وتسهيل عملية انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية، مما انعكس على تنامي التأثير المتبادل بين القانون والاقتصاد، وبرزت أهمية القانون الاقتصادي، الذي يتصف بكونه قانون

(1) د. رشوان حسن رشوان أحمد: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، جامعة

غير مقنن مرن سريع التطور، يتولى تنظيم جميع العلاقات الاقتصادية، ولا يقتصر على قطاع اقتصادي معين (1).

وبالتقاء القانون العام بالاقتصاد عقب ظهور المرافق العامة الاقتصادية. جاء دور القانون العام الاقتصادي الذي يتضمن مجموعة من القواعد والوسائل الخاصة بالتدخل العام في الشأن الاقتصادي، منها التنظيم المؤسسي للدولة والاعمال القانونية التي تمارسها في الشأن الاقتصادي، والمبادئ القانونية المتبناة في المجال الاقتصادي، وحدود تدخل الدولة في الاقتصاد؛ لتنظيم النشاطات الاقتصادية والمالية وتنظيم المنافسة والتخطيط، وضبط التوازن بين المصلحة العامة والخاصة وتوجيه الاقتصاد، بحسب النهج الاقتصادي الذي تتبعه الدولة فيما إذا كان اشتراكياً أم ليبرالياً (2). ومن هذا التشابك بين القانون العام والاقتصاد، تحرص الدولة على أن تتخذ لها سبيلاً في التدخل بالشأن الاقتصادي من خلال العقد الإداري، بوصفه أداة قانونية تستعين بها لتوجيه وضبط التعاملات الاقتصادية ورسم السياسة العامة الاقتصادية للبلاد، بما يتناسب مع متطلبات تحريك عجلة التنمية الاقتصادية، وفقاً لفلسفتها الاقتصادية المتبناة (3).

فما هو سائد في فلسفة النظام الاشتراكي، ان الدولة تتخذ من الاقتصاد الموجه، مسلكاً لبناء نظام عام اقتصادي يعتمد على التمركز الاقتصادي للدولة، من خلال مؤسسات عامة اقتصادية، تُنفذ السياسة العامة الاقتصادية بشكل مباشر من قبلها. بينما تتبنى الدول ذات التوجه الليبرالي منحى آخر قوامه الاقتصاد التعاقدى، أي لجوئها إلى التعاقد مع أشخاص من القانون الخاص لتنفيذ السياسة الاقتصادية العامة تحت إشرافها (4).

والعقد الإداري الدولي، يُعد تطبيقاً واضحاً للاقتصاد التعاقدى، إذ تستعين به الدول - بالأخص الدول النامية -، لتنفيذ وتسيير مشاريع ذات أهمية اقتصادية استراتيجية في تحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية، وإن تطلب تحقيق ذلك الاستعانة بأموال وخبرات أجنبية تقتقر إليها الدولة المتعاقدة، ومع هذا التفوق الاقتصادي والفني للمتعاقد، تضطر الدخول طرفاً في علاقة عقدية غير متوازنة اقتصادياً، لكنها بنفس الوقت تحاول الاستمرار بالاحتفاظ بقدر من

(1) Yusuf Aksar: Implementing International Economic Law, Martinus Nijhof , Leiden .Bosten,2011,p46.

(2) د. حمدي ياسين عكاشة: عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، مصدر سابق، ص ٩.

(3) د. ماهر صالح علاوي الجبوري: تحولات القانون الإداري في ظل العولمة، مصدر سابق، ص ٢٤.

(4) د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٧٦.

سلطانها في ضبط العقد وتوجيهه عملاً بالغاية الاقتصادية المتوخاة من ابرامه. ومن ثم فما يُستحدث من ضمانات للمتعاقد هي في حقيقتها عوامل مساعدة على توجيه التعاقد طبقاً لمتطلبات المصلحة العامة ضوابط التمويل الأجنبي للمشروع (1).

بالتالي، يبدو بشكل جلي، بأن مناط فكرة التداخل العام الاقتصادي، بوصفها أساس لاستحداث ضمانات للمتعاقد في العقد الإداري الدولي، هي الغاية الاقتصادية المتوخاة من ابرامه في تحقيق التنمية وتطوير البنية الأساسية، مقابل متعاقد يهدف إلى تحقيق الربح من التعاقد. الامر الذي يجعل من طرفي العقد الإداري الدولي ندين اقتصاديين. فلكل منهما مصلحة اقتصادية متعارضة مع الآخر، شأنه في ذلك شأن أي عقد تجاري دولي. ومع هذا النسق التعاقدية، فمن الممكن حدوث تعارض مع أصل الإرادة المشتركة للعقد الإداري الدولي بتغليب المصلحة العامة، بوصفه عقداً من عقود القانون العام. إذن، ولأجل بناء نظام تعاقدية منسجم ومتكامل من ناحية المصلحة المتوخاة من ابرامه، تُلزم الدول نفسها، باستحداث سبيل للتعاقد يُقرب الطابع الإداري للعقد إلى أقرب نقطة تلبى متطلبات، توجيه العقد بمتطلبات صلته بمصالح التجارة الدولية (2).

وهذا التقريب بين الطابع الإداري والاقتصادي، لا يمكن تصوره من دون إيجاد حيز عقدي يمكن فيه إعمال سلطان الإرادة لكلا الطرفين الندين، بما يمكنهما من تحقيق أعلى مستوى ممكن من التكافؤ والتراضي، بشكل يؤهل الإرادة المشتركة المعمول بها في الشق الإداري منه لتنفيذ العقد اقتصادياً في الشق المتعلق بمصالح التجارة الدولية. وهذا ما تقوم به الضمانات المستحدثة، وهو التوفيق بين تقديم تنازلات قانونية لا تمس سيادتها، لاستقطاب التفوق الاقتصادي للمتعاقد وفي نفس الوقت جعل العقد الإداري الدولي وسيلة قانونية تستعين به لتنفيذ المصلحة العامة المتمثلة بأغراض التنمية، وتطوير البنى الأساسية (3).

وهذا ما أكدته حكم *cavin* وتتباين آلية التداخل العام الاقتصادي بحسب الطبيعة القانونية للعقد، فتستعين الدولة بأساليب القانون العام للتداخل في مضمون عقود القانون الخاص،

(1) د. حازم بيومي المصري: الآليات الحديثة في التجارة الدولية (عقود اليونسترال)، طبعة مزيدة ومنقحة دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠، ص ٢٠.

(2) د. علاء العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، مصدر سابق، ص ٧٢.

(3) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١١٠.

وتوجيهها اقتصادياً نحو تحقيق منفعة اجتماعية أو اقتصادية، حتى صار هذا التداخل مقيداً ومهدداً للحرية التعاقدية. كما يُراد لها في القانون المدني؛ بسبب تعميم وتنظيم بعض الجوانب القانونية في العقد الخاص، كإصدار قوانين الضريبة وقوانين التسعيرة⁽¹⁾. بينما في عقود القانون العام، ومنها العقد الإداري الدولي، فمن شأن بنيتها العقدية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية أن تعزز من التداخل العام الاقتصادي نحو ضرورة إيجاد شروط ذات طبيعة اقتصادية، تخصص بعض جوانبه، وتحيله إلى حيز قانوني مشترك لقواعد الإدارة العامة والخاصة⁽²⁾.

ومناطق الصلة بين خصصة بعض الجوانب القانونية في العقد الإداري الدولي وتمهيد السبيل إلى التداخل العام للدولة المتعاقدة في الشأن الاقتصادي، هو منح الدولة المتعاقدة قدر من السلطة التقديرية لتوظيف العقد الإداري اقتصادياً، مستعينة بأساليب معمول بها في القطاع الاقتصادي وأنظمة قانونية مختلفة الطبيعة، منها ما ينتسب إلى القانون العام أو إلى القانون الخاص؛ فذلك يؤهلها لأمتلاك زمام المبادرة في إجراء معاملات اقتصادية دولية بحرفية الصناعي أو التجاري، وعلى نحو يمهد لها سبل مجارة التفوق الاقتصادي والفني للمتعاقد الأجنبي بنسق ينسجم مع إيجاد بيئة قانونية واقتصادية تتلاءم مع تنامي دور القطاع الخاص في تحريك عجلة التنمية، من دون أن تتخلى عن تفوقها القانوني بالأشرف والرقابة.

طبقاً لما تقدم، فقد عدت القوانين المنظمة لأحكام العقود الإدارية ذات الطبيعة الاقتصادية تلك العقود من وسائل التداخل العام الاقتصادي، تستعين بها الدولة للمساهمة في تنفيذ السياسة العامة الاقتصادية ل دفع عجلة التنمية، وهذا ما يمكن استقراؤه بالعودة إلى أغراض القانون وأهدافه، إذ عدت التشريعات المقارنة استحداث مزيد من الضمانات للمتعاقد غير مألوفه في عقود القانون العام، من مستلزمات تسهيل تنفيذ العقد بما يتفق مع المصلحة العامة

(1) د. أحمد شرف الدين: التحولات الاقتصادية للقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق (جامعة

عين شمس)، العدد الأول والثاني، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٨٦، ص ١٥.

(2) في فرنسا تنوعت عقود الإدارة في التداخل العام في الشأن الاقتصادي، إذ تتدخل الدولة في المجالات الاقتصادية لتحقيق أهداف مرتبطة بالسياسة الاقتصادية للدولة، مثال ذلك إبرام الدولة عقوداً مع منظمات مهنية في فرع معين من الاقتصاد أو إبرام عقود مع شركات خاصة تهدف إلى الاتفاق على تحديد الأسعار، فضلاً عن الأسلوب التعاقدية مع المؤسسات العامة مثال ذلك عقود البرامج وعقود الخطة المبرمة مع الجماعات المحلية. واعتبرها مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٣/١٠/١٩٧٤ في قضية (Velet et ass) قرارات فردية ذات طابع تنظيمي. د. ثورية لعيوني: مصدر سابق، ص ٢٥٤.

الاقتصادية. ومن هذا الأساس الاقتصادي للتداخل العام، جمعت القوانين تنظيم أحكام العقود التي تبرمها الدولة مع شخص خاص (أجنبي أو وطني)، لتنفيذ أو تسيير أنشطة اقتصادية تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد، سوى إن العقود الدولية تمتاز بضمانات تتفق مع أعراف التجارة الدولية، كشرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، والالتجاء إلى تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية بالتحكيم. وذلك ما سار عليه المشرع المصري⁽¹⁾، والمشرع العراقي⁽²⁾.

في ضوء ما تقدم، يبدو بشكل جلي، بأن تعلق العقد الإداري بمصالح التجارة الدولية يؤدي به إلى الخروج عن مفاهيم النظرية التقليدية، بقدر تسخيره من قبل الدولة كوسيلة قانونية للتداخل العام في الشأن الاقتصاديون دفع عجلة التنمية الاقتصادية. وبذلك، ترد ضمانات المتعاقد الأجنبي بوصفها تقنية عقدية ذات طبيعة اقتصادية يجيزها التشريع لتلعب دوراً مؤثراً في تمكين الدولة المتعاقدة من توجيه العقد الإداري الدولي اقتصادياً.

(1) أكدت المذكرة الإيضاحية الخاصة بمناقشة قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، وهي بصدد تناول مبررات إدراج شرط التحكيم في العقد الإداري الدولي على تطور العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي، والتي تستلزم بالضرورة انطوائها على المزيد من الضمانات لجذب الأموال والخبرات الأجنبية، للمساهمة في التنمية، وبنفس المفهوم ما نصت عليه المادة (٢) من قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل.

(2) أشار المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل في الأسباب الموجبة التي اقتضت صدور قانون الاستثمار، وما تضمنه من ضمانات وامتيازات للمستثمرين الى (من أجل دفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتطويرها وجلب الخبرات التقنية والعملية وتنمية الموارد البشرية وإيجاد فرص عمل للعراقيين بتشجيع الاستثمارات ودعم عملية تأسيس مشاريع الاستثمار في العراق وتوسيعها وتطويرها على مختلف الأصعدة الاقتصادية ومنح الامتيازات والاعفاءات لهذه المشاريع شرع القانون). كذلك ما نص عليه البند (أولاً) من المادة (٢) (تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الإنتاجية والخدمية وتنويعها..). كذلك المادة (٢) قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل.

ثانياً: - الأمن القانوني

لتحقيق الأهداف الاقتصادية المتوخاة من إبرام العقد الإداري الدولي ليس كافياً بالنسبة للدول وبالأخص النامية التي تعاني من عدم الاستقرار القانوني والاقتصادي، الاكتفاء بإزالة العراقيل والحواجز المتعلقة بجمود فكرة السيادة عبر الحدود الدولية، بل لا بد من اتخاذها إجراءات قانونية وإدارية، محصلتها إن التدخل العام للدولة في الشأن الاقتصادي، يفترض به إلا يخرق مبدأ الأمن القانوني، بما يدل عليه من ضرورة تمسك الدولة المتعاقدة بسيادة القانون وتعزيز الثقة والاطمئنان لدى المتعاقدين بنظامها القانوني بحماية مصالحهم المشروعة والمتوقعة من أن يلحقها ضرر، وتنفيذ الالتزام بحسن نية (1).

وبصورة عامة، يستند مبدأ الأمن القانوني على ثلاثة عناصر وهي، أولاً: أن يتسم شكل ومضمون النظام القانوني بالوضوح ثانياً: وجود وسيلة قضائية فاعلة لحماية حقوق الافراد، ثالثاً: التزام السلطة المختصة بحماية حقوقهم المكتسبة وعدم المساس بها (2). ومن ثم، يمكن تبسيط فكرة مخالفة الأمن القانوني، صدور قواعد قانونية جديدة تتعارض مع التوقعات المشروعة، المستمدة من الأنظمة القانونية القائمة، والتي تم إبرام العقد بموجبها (3). وهذا ما أكدته الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٤/٣/٢٠٠٦. بخصوص قضية (Ste KPMG)، وجاء فيه ما مفاده (...بإلزام السلطة العامة إن تضمن أحكام انتقالية حال إصدارها قواعد قانونية جديدة من شأنها المساس بالمراكز القانونية النافذة، لتجنب الانتقال المفاجئ بما يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني والاضرار بالمصالح الخاصة للأفراد. وهو جوهر الأمان القانوني (...). (4).

(1) د. مازن راضي ليلو: حماية التوقعات المشروعة في قضاء المحكمة الإدارية العليا، منشور في الرابط الخاص بمجلس الدولة العراقي ص ٢.

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C104/DC1191-En.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٧

(2) FEDERRICO ORTINO, "The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards" First Edition, Oxford University Press, UK, 2019, p19.

(3) د. جعفر عبد السادة بهير: دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الأمن القانوني، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان " الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول، للمدة من ١٣-١٤/١١/٢٠١٨، ص ٢.

(4) د. محمد فوزي حامد عبد القادر، مصدر سابق، ص ١٠٧.

فضلا عن ما تقدم، فمغزى فكرة الأمن القانوني، لا يقف عند التزام الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي بوضوح واستقرار النظام القانوني الذي يخضع له المتعاقد معها، بل يشمل منع استخدام القوة المادية التي تحول من مباشرة المتعاقد لحقوقه على المشروع. على سبيل المثال ما جاء في قضية (Saluka) ضد جمهورية التشيك. إذ ذهبت محكمة التحكيم بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٧ إلى تطبيق الحماية المادية من قبل الدولة الطرف في العقد اثناء النزاعات الأهلية، وبذل العناية الواجبة لحماية الاستثمار الأجنبي من الاعتداء المادي (1).

ويتسع مبدأ القانوني إلى التزام الدولة الطرف في العقد، باتخاذ ما يلزم من الإجراءات التشريعية والإدارية لحماية العقد من التعرض إلى أي تغيير مفاجئ قد يضر بمصالح المتعاقد المشروعة والمتوقعة، وذلك ما أشارت إليه محكمة العدل الأوروبية، للدلالة على فحوى مبدأ الأمن القانوني، في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٣/١١ (متى تصرفت مؤسسة تابعة للدولة مع التاجر بشكل نشأت معه توقعات مشروعة لهذا الأخير. فإنه يكون له الحق في المطالبة بتطبيق مبدأ حماية التوقعات المشروعة) (2). وفسرت نفس المحكمة معيار التوقع المشروع بمدلول سلبي. فلم تعدد بمخالفة مبدأ الأمن القانوني. لكل إجراء يتوقعه المتعاقد ومن شأنه أن يؤثر على مصالحه. وعلى الرغم من علمه بذلك، فقد أبرم العقد. وذلك ما سار عليه أيضاً مركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بتاريخ ٢٠/٦/٧ بخصوص قضية تتعلق بعدم مراعاة المتعاقد لظروف الحرب الأهلية في لبنان، والتي من الممكن أن تعرض استثماراته للخطر. وجاء في القرار ما مفاده (.. أن الشركة قد تلقت متطلبات العلم بأن المشروع تحت التهديد بالمخاطر.. (3).

(1) د. أحمد كاظم الساعدي حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، المركز العربي، القاهرة، سنة ٢٠٢٠، ص ٩٥.

(2) القضية رقم (58/265) والمعروفة بـ (Van den Bergh en Jurgens Bv and Van Dik Food products). الرابط الخاص بمحكمة العدل الأوروبية: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0265> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/١.

(3) القضية رقم (12/07/ARB) بين جمهورية لبنان والشركة الإيطالية (Toto Construzioni Generali)، الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf> .

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٢

وبخصوص العقد الإداري الدولي، فلا يمكن الجزم بتصنيفه ضمن العقود التي تكتسب سمة الأمن القانوني بالنسبة للمتعاقد في حال أصرار الدولة المتعاقدة على التمسك بنفس الأسس والمفاهيم التقليدية المتبعة في تنفيذ العقد الإداري التقليدي - من خلال ممارسة سلطة انفرادية تؤدي إلى تعديل العقد أو إنهائه - من شأنه أن يُصيب التوقع المشروع للشخص المتعاقد بتحقيق مصلحة مشروعة ومتوقعة بضرر، جراء ما قد تتخذه الدولة المتعاقدة من قرار بتأميم أو نزع الملكية والأنهاء المفاجئ للعقد، وتغيير مضمونه بالإرادة المنفرد. وعلى فرض تم تعويض المتعاقد الاجنبي بموجب إعادة تقييم التوازن المالي للعقد، فهذا لا يكفي وحده مقابل ما سيؤدي إليه هذا الأجراء من نسف لمشاعر الاطمئنان بالنظام القانوني السائد في الدولة المتعاقدة، ومن ثم عزوف الأموال والخبرات الأجنبية عن القوم والتعاقد (1).

بناءً على ما تقدم، وجدت الدول بأن هنالك ضرورة إلى تعزيز عناصر الاطمئنان لدى المتعاقد بعدم تعرض مصلحه المشروعة والمتوقعة للضرر. وفي جميع الأحوال، يتعين على المتعاقد أخذ الظروف المحيطة بالتعاقد بنظر الاعتبار، للبت فيما إذا كان التوقع الذي نشأ لديه يُعد مشروعاً ويجب حمايته من عدمه. كقيام الدولة باتخاذ مسلك معين أخذه المتعاقد بنظر الاعتبار باتخاذ قراره بالتعاقد. وذلك ما أشار إليه مركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، بموجب الحكم الصادر عنه بتاريخ ٢٠٠٧/٩/١١ في القضية المعروفة بـ (Parkerings-Compagniet. v.Lithuania). وجاء فيه (بأن تلك التوقعات المشروعة قد ترد بصيغة تصرف معين قد صدر عن الدولة المتعاقدة وبموجبها اتخذ الشخص الخاص الاجنبي قراره بالتعاقد) (2).

واستقرت أحكام التحكيم على إن حماية التوقعات المشروعة للعقد، تعد باثة وملزمة للدولة المتعاقد، في حالة صدور تعهد صريح من قبلها يرد في مضمون العقد باستقرار وثبات القواعد القانونية الحاكمة له، منذ لحظة ابرامه (3). وهذا ما أكدته الحكم الصادر عن نفس المركز (ICSID)

(1) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١١٠.

(2) Leigh Hancher, "State AID AND THE ENERGY SECTOR", HART publishing, UK, 2018, P334.

(3) Case No) ARB 03/15,(21/10/2011,

الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) :

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٤

بخصوص قضية (El paso energy international company v Argentina) بتاريخ ٢٠١١/١٠/٣١. وجاء فيه (... حيث يتوقع المستثمر الأجنبي أن تتصرف الدولة المضيفة معه بشكل خال من الغموض به قدر من الشفافية، بحيث يستطيع معه مسبقاً معرفة كل القوانين والقرارات التي ستحكم استثماره فضلاً عن معرفة أهداف السياسات التي تبتغيها الدولة في إصدار أدواتها القانونية. بما يمكن للمستثمر من تخطيط استثماره بشكل يتسق معها ...) (1).

ومن الجدير بالذكر، فإن رد أساس وجود ضمانات للمتعاقد في العقد الإداري الدولي إلى مبدأ الأمن القانوني، ليس سوى تنفيذ لالتزام أصيل من قبل الدولة المتعاقدة، وهو تنفيذ العقود، بحسن النية في تنفيذ الالتزامات (2)، أو ما يُعرف بالأداء الصادق للعقد (3). ومن متطلباته إن يتم تنفيذ العقد بالتعاون والتعاقد بين الطرفين في تنفيذ العقد، والذي يبدو بشكل واضح في العقد الإداري الدولي؛ نظراً لما يمتاز به المتعاقد بالشريك المؤثر في تنفيذ العقد بشكل مباشر.

لما يمتلكه من أمانات اقتصادية وفنية تقتقر إليها الدولة المتعاقدة. وعلى هذا النحو، فاستحداث المزيد من الضمانات للمتعاقد، يجد أساسه في مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات، ومن مقتضياتها في العقد الإداري الدولي، وجود ضمانات للمتعاقد تجعل العقد نظاماً قانونياً آمناً وعادلاً ومنصفاً وتُخفف مشاعر الخشية لدى المتعاقد من تعرض مصالحه المتوقعة والمشروعة إلى الضرر لعدم استقرار النظام القانوني للدولة المتعاقدة (4).

(1) Daniel C.K Chow. "International Business Transactions (Problem Cases, and Materials)" fourth edition, Wolter Kluwer, 2020.p412.

(2) في التشريع الفرنسي ما ورد في المادة (١١٣٤) من القانون المدني لعام ١٨٠٤ المعدل، وفي التشريع العراقي ما ورد في الفقرة (أولاً) من المادة (١٥٠) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وفي التشريع المصري، الفقرة (١) من المادة (١٤٨) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل، منشور في الوقائع المصرية، عدد رقم (١٠٨) مكرر (أ)، بتاريخ ١٩٤٨/٩/٢٧.

(3) وفكرة الأداء الصادق للعقد تبنته المحكمة العليا في كندا في القضية المعروفة بـ (C.M. Callow Inc. v. Zollinger) بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/١٨ بقولها (... في قضية واجب الأداء الصادق هو مبدأ قانون العقود... فلا يجوز ممارسة أي حق تعاقدية بطريقة تتعارض مع متطلبات حسن النية.... وإن فشل Baycrest في ممارسة حقها في الإنهاء تماشياً مع الواجب الإلزامي للأداء الصادق يرقى إلى مستوى خرق للعقد...)، الرابط الخاص بالمحكمة العليا في كندا، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٢:

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/18613/index.do>

(4) د. ثروت بدوي: مصدر سابق، ص ٥٧٦، كذلك د. مارن ليلو راضي: حماية التوقع المشروع في قضاء المحكمة الإدارية العليا، بحث منشور الرابط الخاص بمجلس الدولة، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/١٢ =

وفقاً لأعلاه، فقد أعتبر مجلس الدولة المصري شرط التحكيم نافذاً ملزماً للدولة المتعاقدة، بغض النظر عن صحة سنده القانوني، لطالما تم الاتفاق عليه؛ لأنه شرطاً دافعاً للمتعاقد الأجنبي للدخول طرفاً في عقد، بتوقعه فض المنازعات المتعلقة به بحيدة ومهنية، وبخلافه تتزعزع ثقة المتعاقدين بالدولة. وذلك ما أكدته فتوى الجمعية العامة العمومية لتسمي الفتوى والتشريع الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ (... إن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في أحد العقود الإدارية - فضلاً عن انعدام سنده القانوني- يتنافى مع وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن النية. الذي لا يميز بين عقود مدنية وإدارية...) (1).

وعمدت مراكز التحكيم الدولية إلى توسيع دلالة مبدأ الامن القانوني للمتعاقد، لينطبق على أي تصرف ينتهك السياسة العامة للنظام عبر الوطني إخلالاً بهذا المبدأ، لأنه يُزعزع ثقة المتعاقدين بشفافية النظام القانوني، مثال على ذلك قرار صادر عن مركز التحكيم الدولي في واشنطن (ICSID) بين (kenya) وشركة (World Duty Free Company) بتاريخ ١٠/٤/٢٠٠٦، الرشوة من ضمن تطبيقات عدم حسن النية في تنفيذ العقد وانتهاك للسياسة العامة للنظام العام عبر الوطني (2).

فضلا عما تقدم، فالمفهوم الشامل لمبدأ الأمن القانوني، يمتد إلى تفسير ضمانات أي إجراء يؤدي إلى حصول المتعاقد على معاملة عادلة ومنصفة، أو حماية قانونية كافية من شأنها توفير بيئة قانونية ملائمة تستقطب الخبرات والأموال الأجنبية، وفقاً للمعايير الدولية الخاصة بحقوق الانسان ولأجل ذلك، تحرص الدول على اصدار تشريعات واضحة المعالم، تؤسس لنظام قانوني ومالي مستقر وآمن للمتعاقدين، وتحد من عمليات الفساد الإداري والمالي التي قد تشوب عملية التعاقد. وبما يعزز الثقة لدى الشخص الخاص المتعاقد، الطرف في العقد بشفافية النظام القانوني والقضائي للدولة الطرف في العقد (3) ..

<https://www.hjc.iq/upload/pdf=20%الادارية%20العليا.pdf>

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، مصدر سابق، ص ٥٥٦.

(2) Katia Fach Gomez: European of International Economic Law, Springer Nature Switzerland AG, Gham Switzerland, 2021, P39.

(3) وذلك ما ورد في قرار محكمة العدل الدولية في قضية (ELSI S.P.A) الولايات المتحدة الامريكية وإيطاليا بخصوص قضية الشركة الإيطالية (Electronica Sicula) بتاريخ ١٩٨٩/٧/٢٠ إذ نظرت المحكمة =

فغالباً، تقوم الدول بإصدار قوانين خاصة بالتعاقد تنطوي على خطوات شفافة وشفافية، لاختيار المتعاقد معها بالاستناد إلى التوفيق بين الكفاءة وتوفير المال للخزانة العامة، فضلاً عن اتخاذ إجراءات خاصة بمكافحة الفساد. وذلك ما أقرته الجمعية الوطنية الفرنسية بتاريخ ٢٠١٦/١١/٨ في قانون سابين لمكافحة الفساد (SAPIN-2). الذي تضمن عدة تعديلات لتحقيق أفضل المعايير الأقرب إلى المعايير الأوروبية والدولية في مكافحة الفساد. فضلاً عن مراجعة قوانين الاستثمار والمشاركة. وإقرار التقنية الوحيدة لأبرام عقود التفويض هي التقنية التفاوضية والتي تتم بعد الإعلان والمنافسة بما يحقق التوفيق بين الشفافية في الحياة الاقتصادية ومبدأ الاعتبار الشخصي لعقد الامتياز (1).

خلاصة ما تقدم، تجد ضمانات المتعاقد أساس لها في العقد الإداري الدولي، بداعي حماية التوازن بشقيه العقدي من الاختلال والاضطراب، الناجم عن ممارسة الدولة لسلطتها الانفرادية في تعديل العقد أو إنهائه وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة في الشق الإداري. وكذلك حماية التوازن الاقتصادي والتوفيق بين مصلحتين اقتصاديتين متعارضتين، بسبب التفوق الاقتصادي والفني للمتعاقد. أو ما تمارسه الدولة من سلطة تقديرية، تتسبب بحدوث مخاطر اقتصادية. ومهما اختلفت ضمانات المتعاقد في أساس وجودها في العقود الإدارية الدولية، فإنها في نهاية المطاف تهدف إلى طمأننة المتعاقد بعدم تعرض مصالحه المشروعة المتوقعة إلى الضرر.

= في مسالتين أعتبرهما المدعي ينتهكان معيار الحماية والتأمين الأولى تتعلق باستيلاء العاملين على المصنع والثانية تتعلق بالفترة الطويلة التي استغرقتها المحاكم الإيطالية للنظر في استئناف الحكم في القضية وهو من المؤكد يتعلق بالحماية القانونية:

Peter H.F.Becker, "Commentaries on World Court Decisions(1987-1996), Kluwer law international, Dordercht, Netherland, 1998, p75.

(1) يحي محمد الطياري: مصدر سابق، ص ١١٦.

واختير اسم هذا القانون من نفس اسم وزير المالية ميشيل سابين في عهد الرئيس الراحل ميتران. دراسة (الفساد في الاتحاد الأوروبي) منشورة في الرابط الخاص بالبرلمان الأوروبي:

Piotr Bkowski and Sofia Voronova: "corruption in the European Union" European Parliamentary Research Service, study, 2017, p46.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608687/EPRS-STU\(2017\)608687-EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608687/EPRS-STU(2017)608687-EN.pdf) تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٢٦

المطلب الثاني

التكييف القانوني لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

من المسلم به، إن مضمون العقد الإداري الدولي، يجمع بين صنفين من الشروط، منها ما يتعلق بطابعه الإداري وأخرى بأثره الاقتصادي العابر للحدود الدولية. وهنا يكمن الجدل حول ما يشوب ضمانات المتعاقد من غموض في تكييفها القانوني، أي تحديد وصفها القانوني في النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي. فهي تارة تتكيف بنسق من الشروط العقدية المستمدة من قواعد التجارة الدولية، أو الحلول القانونية التي ترد على الطابع الإداري لتوائمه مع أثره الاقتصادي العابر للحدود الدولية، أو تجمع بين الحالتين. تبعاً لذلك، سوف يتم دراسة التكييف القانوني لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي في ثلاثة فروع هي: الفرع الأول - الشروط العقدية المستمدة من القانون الخاص، الفرع الثاني - الحلول القانونية المستمدة من القانون العام، الفرع الثالث - الشروط المستمدة من القانون العام الاقتصادي.

الفرع الأول

ضمانات المتعاقد شروط عقدية مستمدة من القانون الخاص

وجدت الدول الساعية إلى استقدام الأموال والخبرات الأجنبية، للمساهمة بتحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية، إن اعتدادها بالنمط التقليدي في التمسك بفكرة السيادة عند التعاقد مع أشخاص أجانب من القانون الخاص - كما هي مألوفة في العقود الإدارية الداخلية - له تأثير سلبي على ما تهدف إليه، لاسيما إن عبور الأثر الاقتصادي للعقد الحدود الدولية، يؤدي به إلى ضرورة انسجامه مع قواعد اقرتها الأعراف والعادات الدولية المتبعة في قانون التجارة الدولية. وعلى هذا الأساس، فغالباً ما تتجه الدول - بالأخص النامية - إلى التخفيف من جمود فكرة السيادة⁽¹⁾، لصالح بناء علاقة عقدية قائمة على مبدأ المساواة بين الطرفين قدر الإمكان، يُستحدث فيها ضمانات للمتعاقد تُقرب الفحوى القانوني للعقد إلى كل ما له من صلة بالقواعد المعمول بها في مصالح التجارة الدولية، لبث روح الاطمئنان للمتعاقد، وتشجيعه على القُدوم⁽²⁾.

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٢٠١.

(2) IVAR Alvic, "Contracting with Sovereignty", HART Publishing, UK, 2011, p3.

ووفقاً، لما تقدم، يمكن القول بأن تجهيز العقد الذي تبرمه الدولة مع شخص خاص أجنبي بالمزيد من الشروط التي تنطوي على مظاهر التنازل والتخفيف عن مظاهر السيادة التقليدية، ما هو إلا دلالة على اتجاه نية الدولة المتعاقدة الدخول طرفاً في علاقة عقديّة متكافئة، ووفقاً لهذا السياق في التعاقد تأخذ الضمانات المستحدثة وضع الشروط التعاقدية، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة وطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهي من ثم تعبير صريح عن التخلي أو التخفيف عن حقها بالتفوق القانوني، وهذا يتم أما بموجب تعهد صريح صادر عن ارادتها المنفردة أو بالاتفاق بين طرفي العقد⁽¹⁾. وذلك ما أكدته حكم (Amin Oil) بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢٤ الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بقوله (...إذا كانت الدولة قد تنازلت عن حقها في التأميم فإن هذا التنازل يستلزم تعبير صريح عن ارادتها ولا يدل عليه وجود شرط ثبات عادي ...) (2).

وفقاً لما تقدم، فمركز ثقل تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي من خلال التحكيم هو إرادة الأطراف، التي تخرج النزاع من سلطان القضاء وتسندته إلى محكم خاص، يستمد سلطته من إرادة أطراف العقد، فضلاً عن تحديد الإجراءات الواجب اتباعها من قبله والقانون الواجب التطبيق عليه، ومن ثم فما يصدر عن المحكمين هو قرار يمثل محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الأطراف. الوصف نفسه يرد على شروط الثبات وعدم المساس، فهي تعد شروطاً ذاتية ومستقلة عن كل نظام قانوني، ومن ثم فهذه الشروط صحيحة من دون الرجوع إلى أي نظام قانوني آخر يقرر صحته، وتُستمد هذه الذاتية من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات التطبيق المباشر، بموجب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و على غرار استقلالية شرط التحكيم (3).

ويترتب على تكييف ضمانات المتعاقد بانها شروط تعاقدية، إلى خضوع الضمانات إلى القواعد العامة المعمول بها في العقود المدنية، فيتحول القانون محل شرط الثبات وعدم المساس شرط عقدي، تنتفي عنه الصفة القاعدية شأنه في ذلك كأبي بند ورد في العقد، ويجعل من العقد الذي أبرمته الدولة قائم على المساواة بين الطرفين، وفي ضمانات التحكيم تنتفي الطبيعة القضائية

(1) د. هاني محمود حمزة: مصدر سابق، ص ٣٠.

(2) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٣٨.

(3) ابراهيم باقر العجمي: مصدر سابق، ص ٢٣٧، د. علاء الدين احمد حسن العناني: الصور الحديثة للعقود الادارية ذي الطابع الدولي وأثرها على التحكيم في منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٦٩.

عن عمل المحكمين. فضلاً عن إنه يُشترط في صحة الاتفاق على التحكيم، توافر شروط شكلية وموضوعية مقرة في النظرية العامة للعقود. فضلاً عما يمنحه الاتفاق من استقلالية لاتفاق التحكيم بمعزل عن العقد الأصلي محل المنازعة في حالة بطلانه، تطبيقاً لمبدأ الالتزام بتنفيذه بحسن نية من قبل الدولة المتعاقدة، بغض النظر عن موقف القوانين الوطنية من التحكيم⁽¹⁾.

وقد تُثار إشكالية حول إمكانية تكييف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، شروطاً تعاقدية، عند إحالة الدولة المتعاقدة شروط العقد ومنها الضمانات إلى عقد نموذجي ينطوي عليها. هنا، يقتضي الإشارة إلى إن أغلب العقود النموذجية المتعلقة بالعقود الإدارية الدولي، ترد ضمن اتفاقيات دولية مبرمة بين الدولة الطرف في العقد الدولية التي يحمل جنسيتها المتعاقد. والعقد النموذجي ليس عقداً بذاته قد ابرمه المتعاقدان بدلاً عن العقد الأصلي، بل هي صيغ نموذجية للعقود تتضمن قواعد ارشادية يتراضى عليها المتعاقدين، كعقود الفيديك والقانون النموذجي للتحكيم وقواعد تحكيم التجارة الدولية عام ١٩٧٦، ومن ثم فالإحالة إلى العقود النموذجية لا يخرج عن كونه قيد يرد على سلطان الإرادة، تجد فيها الدولة المتعاقدة بان الاستعانة بها يُقرب العقد من تطبيق قواعد التجارة الدولية. وهي قواعد مرنة تمتاز بخصوصية مهنية وتنظيم ذاتي تُنظم علاقات اقتصادية، وتستبعد الخصوصيات الوطنية، وتُنسق بين أنظمة قانونية مختلفة، بغية تجاوز القوانين الوطنية، التي تتضمن قواعد آمرة، قد لا تتوافق مع حاجات العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود الدولية⁽²⁾.

وبالتالي، فالضمانات المستحدثة بوصفها شروط تعاقدية تتفق مع الحرية التعاقدية لطرفي العقد، لتسهيل انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية، بأقصى حد ممكن من التقارب مع عقود التجارة الدولية، إلى حد وقوف إرادة الطرفين فيها على قدم المساواة، فتنتزل الدولة الطرف في العقد بإرادتها، منزلة شخص من أشخاص القانون الخاص شأنها في ذل كأى تاجر أو صناعي، متبعة في ذلك إجراءات تعاقدية مبسطة بغية تسهيل تنفيذ العقد بأكمله وجه. وما يدل على ذلك إن هذه الضمانات قد تناولتها اتفاقيات دولية ثنائية وجماعية هدفها تحرير التجارة

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ١٣٠.

(2) د. حارم بيومي المصري: الآليات الحديثة في التجارة الدولية (عقود اليونسترال)، مصدر سابق، ص ١٩. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، الناشر غير محدد، سنة ٢٠١٨، ص ١٤٣.

الدولية من جمود فكرة السيادة. وذلك ما سيتم تناوله في المطلب الخاص بتعريف ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي (1).

طبقاً لما جاء في أعلاه، ما ذهب المحكم (Duppy) في القرار الصادر بخصوص قضية (TEXACO) بتاريخ ١٩/١/١٩٧٧ إلى استبعاد انطباق مبادئ نظرية العقد الإداري على عقد الامتياز البترولي الدولي محل النزاع، واعتبره اتفاقاً يندرج ضمن عقود القانون الخاص؛ بسبب عدم توافر الشروط التي تجعل منه عقداً إدارياً كما أخذ بها القانون الفرنسي، بوجود شرط الثبات التشريعي بقوله (أن الحكومة الليبية قد أبرمت مع الشركة الأمريكية عقداً دولياً من عقود التنمية الاقتصادية له صلة بمصالح تجارية، فيقف الطرفان على قدم المساواة في العلاقة العقدية. وما يدل على ذلك ما نص عليه العقد من استبعاد القوانين واللوائح التي من شأنها تعديل الحقوق الناجمة عن العقد أي شرط الثبات التشريعي، وإحالة المنازعات المتعلقة به إلى التحكيم الدولي) (2).

بناءً على ما تم ذكره، برز رأي يدعو إلى إنكار إضفاء الطابع الإداري على العقود الدولية التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبى من القانون الخاص، في حالة انطوائها على ضمانات للمتعاقد مغزاهما تعزيز مبدأ المساواة القانونية بين طرفي العقد، كما هو معمول به في التجارة الدولية، كإشارة على انتقاء رغبة الدولة اللجوء إلى التعاقد بسلطانها العام. وهذا ما سارت عليه الدول النامية في المراحل الأولى من ظهور عقود الاستثمار الدولية كالعقود النفطية، عقود البوت. إذ جعلت منها مجال تعاقدى رحب لتطبيق ما هو معمول به في عقود التجارة الدولية، بوجود شروط ثبات العقد وعدم المساس به، والتي تحد من سلطة الدولة المتعاقد الانفرادية بالمساس بمضمون العقد علاوة على قبول الدولة المتعاقدة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بالعقد، وحرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق (3).

وما يبرر التوجه أعلاه، هو ان العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبى من القانون الخاص، لا تنطوي على قدر كافي من الطابع الإداري الاستثنائي الذي يُعزز التفوق القانوني للدولة المتعاقدة المفترض توافره في عقود القانون العام، فالأغلب الاعم من عقود النفط في

(1) د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، مصدر سابق، ١٠٤.

(2) أشار إليه د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٢٨.

(3) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١٢٣.

المراحل الأولى من إبرامها، تدخل الدولة النفطية النامية طرفاً فيها، وهي بأمس الحاجة إلى الأموال والخبرات الأجنبية، بغية استخراج واستغلال الثروة النفطية، مما يضطرها إلى قبول إدراج ضمانات للمتعاقد تتعلق بتثبيت العقد أو تجميد مضمونه، وفض المنازعات من خلال التحكيم. نفس الحال بالنسبة إلى عقود البوت، والتي تعد الأقرب إلى العقود الخاصة بسبب ما تتضمنه من شروط و ضمانات لصالح المتعاقد غير مألوفة في عقود الأشغال العامة، التي تعد من أبرز عقود القانون العام.(1)

مما تقدم يمكن القول، إن ضمانات المتعاقد- في الأصل - هي شروط عقدية يتفق عليها الطرفان بهدف تحصين مضمون العقد من ممارسة الدولة المتعاقدة لامتياز السلطان العام الانفرادي، بتعديل العقد أو إنهائه، حد أنها تجعل منه عقداً تجارياً . إذ يتساوى فيه الوزن القانوني لطرفي العلاقة العقدية علاوة على إن اتفاق طرفيه على اللجوء إلى التحكيم وحرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق، ما هو إلا دلالة على قبول الدولة الدخول بتعاقدات ضمن إطار التجارة الدولية.

الفرع الثاني

ضمانات المتعاقد حلول قانونية مستمدة من القانون العام

مفاد، ما تم ذكره في الفرع الأول، إن هنالك توجه يرى بأن ضمانات المتعاقد تأخذ وضع شروط عقدية يقرها الطرفان، مستمدة من قواعد القانون الخاص؛ لتكثيف عقد الدولة بما هو معمول به في عقود التجارة الدولية، كدلالة على نية الدولة الدخول في علاقة عقدية قائمة على قدم المساواة. لكن هذا المسلك في التعاقد لا يثير الجدل لدى الدول ذات النظام القانوني الانجلوسكسوني، التي لا تميز بين قواعد القانون العام والقانون الخاص. بيد أن الأمر مختلف، بالنسبة إلى الأنظمة الأخرى التي تبنت نظرية متميزة لعقود القانون العام. إذ توصف بأنها دخيلة على عقود القانون العام، تجعل العقد في حالة صراع مع فكرة السيادة (2).

فمقتضى الضمانات الموضوعية، يعد خروجاً على قواعد النظام العام الداخلي وخرقا لمبدأ الفصل بين السلطات، ما لم تُسند هذه الضمانات إلى نص صريح في التشريع (قوانين وطنية، اتفاقيات دولية)؛ لأن هذه الضمانات، وفق مسلك التحصين القانوني للعقد تستلزم تخلي

(1) د. محمد فوزي عبد القادر: مصدر سابق، ص ٦٠.

(2) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ١٨٢.

الدولة المتعاقدة عن تفوقها القانوني كسلطة عامة طرف في العقد أو التخفيف منه (1)، كالتزام الدولة المتعاقدة بشرط عدم التأميم، وثبات النظام القانوني للعقد طيلة فترة تنفيذه بشرط الثبات التشريعي، أو تجميده إزاء المخاطر الإدارية. كذلك الحال بالنسبة إلى التحكيم كطريق بديل عن القضاء الوطني لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي، يعد خروج على قواعد الاختصاص، وهي من قواعد النظام العام، وهذا كله يستلزم وجود سماح قانوني بنص القانون، لينتج آثاره (2).

من ثم، ولاستحداث ضمانات للمتعاقد في العقود الإدارية الدولية، يُراعى فيها استمرار العقد ضمن حيز القانون العام مع مراعاة الالتزام بالأصول المتبعة في مصالح التجارة الدولية، فقد اتجهت الدول إلى إجراء تعديلات تشريعية، توفر السماح القانوني لهذا الاستثناء متبعة أسلوب عزل العقد عن محيطه القانوني والإداري، بوجود شرط الثبات التشريعي وعدم المساس به، فضلاً عن الضمانات الإجرائية، بوجود قدر من التداخل بين التحكيم والقضاء، فضلاً عن مراعاة القواعد الأمرة في إطار قانون الدولة المتعاقدة أو النظام القانوني الدولي، وعلى هذا الأساس، فاستحداث ضمانات للمتعاقد في العقد الإداري الدولي، غير مألوفة في عقود القانون العام، بموجب سماح قانوني، لا يعني بالضرورة ان الدولة المتعاقدة قد تخلت عن نيتها بالتعاقد وفقاً لوسائل القانون العام، بل إنها استعانة بحل قانوني من خارج العقد الإداري، لتوائم بعض جوانبه مع قواعد التجارة الدولية. وفي نفس الوقت تبقى محتفظ لنفسها بالرقابة والإشراف وفرض الجزاءات الإدارية (3).

فأصل التفوق القانوني للشخص المعنوي العام الطرف في العقد الإداري، له مدلول موضوعي يتعلق بكمال ما له من صلة بتلبية بمتطلبات تنفيذ وتسيير المرفق العام بالشكل المطلوب، ومن ثم فليس شرطاً أن يقتصر هذا التفوق على الشخص المعنوي العام بوصفه سلطة عامة، بل قد تقوم الدولة المتعاقدة بتحويل المتعاقد بعض من سلطاتها العامة، لتحقيق نفس الغرض كالبوليس الإداري، بوصفه مسلك نافع لتنفيذ العقد الإداري بالشكل المطلوب. لنفس

(1) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٢٢.

(2) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ١٥٢، كذلك د. علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد

الإداري، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(3) د. علاء الدين أحمد حسن العناني: الصور الحديثة للعقود الإدارية ذي الطابع الدولي وأثرها على التحكيم في منازعات العقود.

الغرض، تلجأ الدولة المتعاقد إلى حلول قانونية بسبب تعلق النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي، بمرفق عام اقتصادي، تنظيمه وتسييره، يتطلب استعارة بعض أساليب الإدارة الخاصة، وإيجاد حيز تعاقدى من التداخل بين قواعد القانون العام والخاص (1).

فضلاً عن أن فكرة القوامة على المصلحة العامة، في العقد الإداري الدولي ليست حكراً على السلطة العامة، بل تبدو بنسق يشترك في تحقيقها المتعاقد، لما يمتلكه من تفوق اقتصادي وفني يجعل منه شريك اقتصادي وفني لازم لتنفيذ العقد بعينه وبشكل مباشر، إلى حد لا يمكن الاستغناء عنه. ومن بعد ذلك فتعزيز عنصر الاطمئنان لديه لتشجيعه على القدوم والتعاقد، من خلال استحداث مزيد من الضمانات. يلتقي مع نفس الأسس المعمول بها في تفسير الطابع الاستثنائي لأي شرط يرد في أي عقد اداري، وأن كانت شروط دخيلة على عقود القانون العام. ما دام انها مستمدة من نص القانون بشكل استثنائي، لما تحققه من منفعة تعاقدية للحيز الاستثنائي من العقد الإداري، إذ تؤهله اقتصادياً وفقاً لمقتضيات تلبية دوام سير العمل بالمرفق العام بالشكل المطلوب، وبما يجعل أداءه مواكباً لجدواه الاقتصادية المتوخاة من أبرام العقد (2).

تبعاً لما تقدم، وبالإستناد إلى سماح قانوني، فليس هنالك من مانع أن يستعير العقد الإداري الدولي قواعد مستمدة من القانون الخاص لازمة لتنفيذه، للمواءمة بين شقه الإداري المتعلق بالقانون العام مع أثره الاقتصادي العابر للحدود الدولية (3)، بما يوازن بين استمراره ضمن دائرة القانون العام، مع إيجاد فسحة عقدية تتسجم مع مصالح التجارة الدولية، ولا تسلب من الدولة المتعاقدة حقها في التقدير الانفرادي للمصلحة العامة ومراعاة القواعد الآمرة (4).

وفقاً لما تقدم، فالضمانات الموضوعية الخاصة بالتحصين القانوني للعقد، والمتمثلة بشروط الثبات التشريعي وعدم المساس به، ترد استثناء - بموجب نص القانون - على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد طالما يتعلق بالقواعد القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم فلا

(1) د. أشرف محمد خليل حماد: التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠١، ص ٣٢٢.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد: مصدر سابق، ص ٣٧. كذلك د. بشير علي باز، مصدر سابق، ص ٧٨.

(3) د. علاء الدين أحمد حسن العناني: الصور الحديثة للعقود الإدارية ذي الطابع الدولي وأثرها على التحكيم في منازعات العقود الإدارية: مصدر سابق، ص ١٥٩.

(4) د. علاء الدين أحمد حسن العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة: مصدر سابق، ص ٧٢.

يترتب عليه تغيير لطبيعة القانون محل الثبات أو عدم المساس، وهذا مما يُشير إلى إن الضمانات الموضوعية بطريقة التحصين القانوني للعقد تتنافى مع اعتبار حق الدولة السيادي في الغاء أو تعديل قوانين، ومن ثم فإن ممارستها لهذا الحق، فللمتعاقد إذا لحقه ضرر فإن القواعد العامة تقضي بتعويضه عما لحقه من ضرر⁽¹⁾، ففي قضية (LIAMCO) أشار المحكم بخصوص قرارات التأميم المتخذة، بالرغم من وجود شرط عدم التأميم (...إلى أن هذه القرارات وإن لم تشكل مصدراً جماعياً للقانون لكنها تعد دليلاً على الاتجاه المسيطر لدى الرأي العام الدولي المتعلق بحق الدول في السيادة على ثرواتها الطبيعية. إلا أن هذا الحق ينبغي أن يمارس في حدود احترام الاتفاقيات التعاقدية والالتزام بالتعويض...)⁽²⁾.

أيضاً، وعلى الرغم من أن تفاق التحكيم، ما هو إلا أداة لتحريك تسوية المنازعة المتعلقة بالعقد الإداري الدولي بواسطة اللجوء إلى التحكيم، إلا أنه لا يؤثر على جوهر ما يقوم به المحكم من مهمة الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، فالمهام الملقاة على عاتق المحكم لا تعدو أن تكون سوى وظيفة قضائية من حيث الشكل و الموضوع، وما يدل على ذلك، إن الإجراءات المتبعة في الخصومة وما يصدره المحكم يُعد بمثابة حكم قضائي علي اعتبار أن المحكم يحل محل القاضي للفصل بالنزاع استثناءً بموجب نص في القانون⁽³⁾.

ومما يؤكد أن ضمانات المتعاقد المستحدثة في العقود الإدارية الدولية هي حلول قانونية ترد استثناءً على حيز القانون العام منه لمواءمته مع متطلبات التجارة الدولية، ما شهدته هذه الضمانات- بالأخص الموضوعية - من تحديث مستمر بمستويات وأشكال متعددة لتتناسب مع ما تقتضيه حاجة الدول إلى تطويع وسائل القانون العام بمقتضيات التجارة الدولية. فمع تزايد حالة الاستقرار القانوني للدول، وجد المتعاقدون بأنه ليس هنالك من ضرورة، أن تستمر مهمة الضمانات الموضوعية بالأسلوب الحمائي لمضمون العقد من المخاطر الإدارية والتشريعية، وتُعنى فقط بتحصين العقد من السلطة الانفرادية للدولة للمتعاقد بشرط ثبات مضمونه تشريعياً وإدارياً. فتطورت نحو التسليم بما يطرأ على مضمونه من تغيير، جراء ما تمتلكه الدولة المتعاقدة

(1) د. سعيد عبد الغفار شكري: القانون الدولي العام للعقود، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧،

ص ١٣٤. كذلك د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ١٤٥.

(2) د. سراج حسين ابو زيد، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(3) ابراهيم باقر العجمي، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

من تفوق قانوني، مقابل ضمانها الاستقرار الاقتصادي للعقد. فبرز شرط إعادة التفاوض واستعادة التوازن الاقتصادي، لإعادة ترتيب الالتزامات المتقابلة بشكل يضمن استقراره الاقتصادي بما يكفل الاستمرار بتنفيذه (1).

كذلك، بالنسبة إلى الضمانات الإجرائية، فإدراج شرط اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة به لا يعد دليلاً قاطعاً على تنازلها التام عن اختصاصها السيادي بتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد من خلال القضاء الوطني، بل تبقى محتفظة بقدر من التداخل لقضائها في تنفيذ قرار هيئة التحكيم، فضلاً عن مراعاة قواعدها الآمرة عند اختيار القانون الواجب التطبيق، للحفاظ على استمرار الخصائص الذاتية للعقد الإداري (2).

إذن، فلا مجال من إطلاق فكرة الإنكار على اصطلاح العقد الإداري الدولي، في حالة إبرام الدولة أو أحد أجهزتها عقداً مع شخص خاص أجنبي؛ لتنفيذ أو تسيير مرفق عام اقتصادي، لمجرد انطوائه على ضمانات للمتعاقد غير مألوفة في عقود القانون العام، طالما إن هذه الضمانات لا تسلخ مضمون العقد من نطاق القانون العام، ولا تخرج عن كونها حلول قانونية ترد على الحيز الاستثنائي في الشق المتعلق بالقانون العام من العقد الإداري الدولي، لتؤهله اقتصادياً ودولياً مع ارتباطه بمصالح التجارة الدولية. هذا كله، شريطة ألا يخل وجود هذه الضمانات باحتفاظ الدولة بمزايا تفوقها القانوني في بعض جوانب العلاقة العقدية وتمسكها بتطبيق القانون العام في مواجهة الطرف المتعاقد على الرغم من حرصه على سلخ العقد من القانون العام وتسكينه في القانون الخاص (3).

بمعنى آخر، ففي حال اتجهت نية الدولة نحو إبرام عقد ضمن إطار مصالح التجارة الدولية مع الإبقاء عليه ضمن نطاق القانون العام، فعليها مراعاة انطواء العقد على ضمانات للمتعاقد يستمدها أطراف العقد من حل قانوني خارج العقد، لتأكيد استثنائيتها بنص القانون من ناحية، واحتفاظ الدولة بقدر معين من ممارسة دورها السيادي لتسيير مشاريع تتعلق بمرافق عامة اقتصادية ذات أهمية استراتيجية. إذ لا يختلف العقد الإداري الدولي عن أي عقد إداري آخر،

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق: ص ١٣٩.

(2) د. أشرف محمد خليل: مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(3) د. علاء الدين أحمد حسن العناني، الصور الحديثة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي وأثرها على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٥.

قوامه أن يلجأ شخص معنوي عام بوصفه سلطة عامة إلى التعاقد مع شخص خاص أجنبي مستعيناً بأساليب القانون العام لإنشاء أو تطوير أو تنفيذ أو تسيير مرفق عامة لتحقيق مصلحة عامة وتقرير طبيعة ما تبرمه الدولة من عقود دولية، بوصفها ضمن القانون العام أو الخاص، لا يعتمد على نوايا الطرفين بل على مدى الكفاءة الذاتية للعقد في تقرير تفوق السلطان العام للدولة، وهذا أشارت إليه قرارات التحكيم (1).

واستناداً إلى ما تقدم، فقد سار القضاء الدولي على اعتبار العقود التي تبرمها الدول ضمن إطار التجارة الدولية، هي من عقود القانون العام في حالة وجود غموض في بنودها. فقد حكمت محكمة العدل الدولية صادر في قضية القروض الصربية والبرازيلية عام ١٩٢٩/٦/١٥ بأن (...الدولة ذات السيادة لا تخضع في التزاماتها لقانون غير قانونها. من ثم يقتضي العودة إلى المبادئ الأساسية لقواعد القانون العام، عندما يشوب الغموض بعض بنود العقود التي تبرمها الدولة وغياب البنود الاتفاقية التي تحدد طبيعتها...) (2). كذلك الحكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٥٨/٢/٢٨ في قضية (Dame Langlois). إذ اعتبر مجلس الدولة الفرنسي، القرض قرضاً عاماً صادر عن الدولة الفرنسية تحكمه قواعد القانون الفرنسي بغض النظر عن مكان إصداره (3).

فضلاً عن ما تقدم، فليس شرطاً لتمييز العقود الإدارية، أن تتطابق عناصره بشكل تام مع ما هو متبنى لدى القضاء الإداري الفرنسي. فهناك أنظمة تتبنى نظام خاص بالعقود

(1) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١٣٦.

(2) summaries of Judgments, Advisory opinions and orders of the Permanent Court of international justice.

الرابط الخاص بملخصات الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن المحكمة الدولية الدائمة:

https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/PCIJ_FinalText.pdf

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/٥.

(3) القضية تتعلق بنزاع حول عقد قرض متضمناً شرط الدفع بالذهب، الذي أصدرته الحكومة الفرنسية في الولايات المتحدة في الفترة ما بين الحرب العالمية الأولى والثانية وينتهي في عام ١٩٤١. وتم تأجيله لما بعد الحرب نظراً لظروفها. ولكن في عام ١٩٤٨ طالب حاملو السندات بدفع قيمتها أما بالذهب أو بالفرنك الفرنسي طبقاً لقيمتها يوم المطالبة به. بيد إن وزير المالية الفرنسي، واستناداً إلى القانون الأمريكي الصادر في عام ١٩٣٣ قد أبطل شرط الدفع بالذهب

CHRISTIAN J. TAMS and Others: "INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND THE GLOBAL FINANCIAL ARCHITECTURE", Edward Elgar, Cheltenham, 2017. P112.

الإدارية، تبرز فيه سلطة الدولة والمصلحة العامة. على سبيل المثال، يتخذ القانون الانجلوسكسوني من مصطلح (state contract) أو عقد الدولة، معتبراً إياه وسيلة قانونية لعمل الدولة متميزة عن عقود القانون الخاص. إذ يتم أبرامها باسم التاج بقواعد استثنائية معينة. أيضاً ما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية، فهناك توجه تدريجي نحو تشكيل محاكم متخصصة إدارية للنظر في المنازعات الإدارية. وإسناد ذلك إلى هيئات متخصصة تمارس اختصاصاً قضائياً وتعمل في المنازعات الإدارية التي تعرض عليها في المرحلة الأولى من النزاع القضائي. أما المراحل الأخرى فتخضع لاختصاص القضاء العادي. ومن ثم فإن النظام القضائي المتبع هو نظام مختلط يجمع بين قضاء متخصص في المنازعات الإدارية والعادية (1). كذلك الحال بالنسبة للنظام القضائي في العراق بعد التعديل الثاني، فلم تزل ولاية مجلس الدولة القضائية تقتصر على فض المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية، وغابت عنه الولاية بنظر منازعات العقود الإدارية، بيد إن ذلك لم يمنع القضاء من تطبيق المعايير المميزة للعقود الإدارية، وفق النظرية العامة للقانون العام. (2)

الفرع الثالث

ضمانات المتعاقد شروط مستمدة من القانون العام الاقتصادي

ما تم الإشارة إليه في الفرعين السابقين، مفاده، أن التكييف القانوني لضمانات المتعاقد تأخذ أحد المسلكين. فهي إما شروط تعاقدية مستمدة من قواعد القانون الخاص تدل على رغبة الدولة كأى شخص من أشخاص القانون الخاص، الدخول طرفاً في العقد مع شخص خاص أجنبي على قدم المساواة، أو حلول قانونية مستمدة من خارج العقد، ترد فيه لتتداخل ضمن الحيز الاستثنائي العام وتطوعه بمتطلبات صلته بمصالح التجارة الدولي. وعلى هذا النحو، تبدو هنالك محاولة من كلا الاتجاهين لتصنيف الضمانات بشكل حاد، أما إلى جانب القانون العام أو القانون الخاص. وفي كلتا الحالتين يظهر تأثير الضمانات على الطبيعة القانونية للعقد الذي

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٧٨.

(2) د. محمود عبد علي حميد الزبيدي: النظام القانوني لانقضاء الدعوى الإدارية من دون الحكم بالموضوع، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ص ١٣٧.

تبرمه الدولة. فأما أن ينضوي العقد الذي تبرمه الدولة ضمن دائرة القانون العام يعلو فيه المركز القانوني للدولة المتعاقدة أو عقد تجاري دولي خالص يتساوى فيه المركز القانوني للطرفين⁽¹⁾.

وعلى الرغم من ذلك، فما يؤشر على ما تم ذكره سلفاً، مرده الفصل الحاد للتصنيف التعاقدية الذي ينطوي عليه العقد الإداري الدولي، دون الأخذ بنظر الاعتبار فحواه الاقتصادي، والذي يتجسد بصلته بمرافق عامة اقتصادية لها دور كبير بتحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية، من خلال الاستعانة بمتعاقد يمتلك التفوق الفني والاقتصادي اللازمين لتسييرها وتنفيذها. تبعاً لذلك، فلا يختلف العقد الإداري الدولي عن أي عقد اقتصادي دولي. إذ يخضع لتنبؤات ومخاطر اقتصادية، مصدرها إجراءات مشروعة قد تتخذها الدولة، بموجب سلطتها التقديرية لتحقيق مصلحة عامة، لكن تواترها يُرتب نفس النتائج المترتبة عن اجراء نزع الملكية أو التأميم. لظالما، تؤدي إلى مصادرة حقوق المتعاقد على المشروع، نتيجة لما تسببه من ضغوط اقتصادية عليه، تجبره على التخلي عنه⁽²⁾. وذلك، ما أشار إليه قرار هيئة التحكيم المشكلة من قبل مركز (ICSID) بخصوص القضية المعروفة بـ (Revere Copper V OPIC)، بين جامايكا وشركة أمريكية والصادر بتاريخ ١٩٧٨/٨/٢٤. فعقب تغيير حكومي في جامايكا أصدرت الحكومة تشريعات، أدت إلى زيادة الدخل الحكومي المتحصل عن امتياز تصنيع الألمنيوم. مما فاقم من المخاطر الاقتصادية. وتسبب بالحاق ضرر بالمصالح المشروعة والمتوقعة عن امتياز تصنيع الألمنيوم من قبل شركة أمريكية. وجاء فيه ما يؤكد ضرورة مراعاة التنبؤات الاقتصادية، بقوله (ترى المحكمة أنه في الحالة الراهنة، لا يختلف معيار المعاهدة عن ذلك المطلوب بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بالاستقرار وإمكانية التنبؤ بالإطار القانوني والتجاري للاستثمار)⁽³⁾.

إن، فلكي تستكمل ضمانات المتعاقد مهمتها في حماية التوقع المشروع للمتعاقد من التعرض إلى نوع آخر من المخاطر، وهي المخاطر الاقتصادية، فأنها تتقرب من إلى الأساليب

(1) د. علاء الدين أحمد العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، مصدر سابق، ص ٧١.

(2) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(3) Par. 190, Case No, 16/10/0137/67.17.ILM 1321.

أنظر الرابط الخاص بمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCED)

<https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/indirect-expropriation-and-the-right-to-regulate-in-international-investment-law-780155872321>. تاريخ الزيارة ٢٣/٤/٢٠٢٠.

الاقتصادية، يلجأ إليها طرفا العقد الإداري الدولي للتوفيق والتوازن بين مصلحتين اقتصاديتين متناقضتين⁽¹⁾، ومن ثم، ونظراً لما ينطوي عليه العقد الإداري الدولي من رابطة اقتصادية غير متكافئة ومتباينة بين الطرفين تبرز أهمية البحث في تكييف الضمانات المستحدثة، لتؤدي مهمة ضبط أداء العلاقة التعاقدية، طبقاً لجدواها الاقتصادية .

تطبيقاً لما تقدم، يعد استحداث المزيد من الضمانات للمتعاقد في العقد الإداري الدولي، سواء موضوعية للتوفيق بين المصالح الاقتصادية المتعارضة بموجب تخمين تعاقدى مسبق، أم إجرائية لفض المنازعات المتعلقة به من خلال التحكيم وما يترتب عليه من حرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق، ما هو إلا توفير فسحة تعاقدية لتراضي الطرفين على توزيع المنافع والمخاطر الاقتصادية بما يتناسب مع ما يستجد على تنفيذ العقد من مخاطر، مع استمرار احتفاظ الدولة بسلطانها العام، فضلاً عن مراعاة الطبيعة الفنية والاقتصادية للمنازعة المتعلقة بالعقد. وعلى هذا النحو، تندرج الضمانات في العقد الإداري الدولي ضمن إطار شروط مستمدة من قواعد القانون العام الاقتصادي الدولي. وهذا من شأنه أن يجمع بين تصنيفات النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي، ويجعله أكثر انسجاماً، وهي: إدارية ودولية واقتصادية⁽²⁾. وهذا المفهوم قد أشار إليه حكم التحكيم المذكور أعلاه في قضية (Revere Copper V OPIC) (...بسبب التعاون المطلوب بين الدولة والطرف المتعاقد، وحجم الاستثمارات التي اتفقت عليها فإن الطبيعة التعاقدية للعلاقة القانونية تهدف إلى تحقيق التوازن بين هدف المصلحة العامة التي تسعى إليها تلك العلاقة والربحية، اللازمتان لمتابعة المهمة الموكلة إلى المؤسسة الخاصة)⁽³⁾.

خلاصة ما تقدم، ضمانات المتعاقد في تكييفها يتصارع عليه مبدأ: مبدأ سيادة الدولة في عقودها الإدارية، ومبدأ الحرية التعاقدية والمساواة في الحقوق والالتزامات المستقرة في عقود التجارة الدولية وعقود القانون الخاص، ومن ثم، فمن الصعوبة بمكان إعطاء تكييف قانوني جازم، لضمانات تنطلق بسلطان الإرادة سواء بإرادة منفردة للدولة أم بالاتفاق بين طرفي العقد، ومن ثم يتدخل المشرع ليجعل بعضها حلاً قانونياً عاماً يستند إلى التشريع في حالة الخروج على قواعد

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٢٩١.

(2) د. حفيظة السيد حداد: مصدر سابق، ص ١٣-١٥.

(3) الفقرة (٤٨) من قرار التحكيم الخاص بقضية (Revere Copper V OPIC).

القانون العام، ليمنحها الغطاء القانوني⁽¹⁾، وهذا يعني، أن كل تكييف قد أصاب جزء من تركيبة العقد، لتأخذ وصف قانوني جامع بين الشرط التعاقدية والحل القانوني الاستثنائي والشروط العامة الاقتصادية، تتناوب على بناء العقد الإداري الدولي وتقريبه إلى قواعد القانون العام الاقتصادي بقدر جعله عقداً آمناً بالنسبة إلى المتعاقد من الناحية الاقتصادية والقانونية، وذلك ما أخذ به المحكمون في تفسير هذه الشروط في الحكم الصادر في لوزان بتاريخ ١٥/١٢/١٩٦٣ في النزاع الذي نشب بين إيران والشركة والكندية (Sapphire)، وقد عبر المحكم (CAVIN) عن مبررات تثبيت عقد الامتياز ضد أي قانون أو تعديل تشريعي، في القرار التحكيم الصادر في لوزان بتاريخ ١٥/١٢/١٩٦٣ قائلاً (... أن تحمي هذه الشركة من التعديلات التشريعية التي قد تؤدي إلى تعديل اقتصاديات العقد وأن تمنح بعض الأمان القانوني، وهو ما لا يتسنى تحقيقه إذا طبق القانون الإيراني على العقد، طالما أن هذا القانون تستطيع الدولة تعديله وتغييره...⁽²⁾).

وتأسيساً، على إن الغاية التي تستهدفها الضمانات الموضوعية، هو استقرار الرابطة التعاقدية على حالتها وقت إبرام العقد وحفظ توقعات الأطراف نظراً لأن تعديل مضمون العقد أو انهائه بالإرادة المنفردة قد يُغير التوازن العقدي ويقلب هذا التوازن لصالح أحد الأطراف على نحو يضر بالطرف الآخر، بما يهدد استقرار التوازن الاقتصادي. ومؤدى وجود الضمانات الإجرائية، لحسم المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي بدلاً عن القضاء بسرعة ومهنية تعزز الاطمئنان لدى المتعاقد بحيد وسيلة فض المنازعات واختيار القانون الأكثر صلة بالنزاع.

فلم يعد التكييف القانوني لضمانات المتعاقد قاصراً على كونها حلول قانونية عامة أو شروط عقدية مستمدة من قواعد التجارة الدولية، بل هي أيضاً أساليب اقتصادية توازن التأثير الاقتصادي المتبادل للطرفين في مضمون العقد، إذ بوجودها يستطيع طرفا العقد تقصي التنبؤات الاقتصادية المتوقعة عند تنفيذ العقد، ولعل مسلك مراجعة العقد من خلال شرط إعادة التفاوض واستعادة التوازن الاقتصادي للعقد، يمثل التكييف الحديث و الجامع لضمانات الموضوعية بوصفها اتباع أساليب تعاقدية ذاتية متفق عليها مسبقاً عند إبرام العقد، لا تمنع الدولة من ممارسة سيادتها في تعديل أو إنهاء العقد الذي تدخل طرفاً فيه، مع ضمان معالجة الآثار

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، مصدر سابق،

ص 15.

(2) د. بشار محمد الاسعد: مصدر سابق، ص 168.

الاقتصادية المترتبة بما لا يحقق ضرر لمصالح المتعاقد المتوقعة والمشروعة . كذلك فليس من المنطق النظر إلى التحكيم بوصفه عقد محض، ويصعب معه تفسير التحكيم الإجباري، أو مهمة قضائية تمارسها هيئة التحكيم استثناءً، مع إن حرية الأطراف باختيار قواعد مشتركة لفض المنازعات المتعلقة به هي المحرك الرئيسي لتحريك هذه المهمة القضائية، ومن ثم فإن التحكيم ما هو إلا إجراءات مكملة لتنفيذ العقد اقتصادياً ، لطالما إن المحكم أقدر على فهم طبيعة المنازعة التي تنطوي على مضمون اقتصادي وفني كالمنازعات المتعلقة بعقود البترول أو البوت⁽¹⁾.

(1) د. محمد فوزي حامد عبد القادر: مصدر سابق، ص ٦ وما بعدها.

الباب الثاني
أحكام ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

أحكام ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي

تمهيد وتقسيم

من المسلم به - كما اتضح لنا في الباب الأول - إن تنفيذ العقد الإداري الدولي يستغرق مدة قد تطول نسبياً؛ لتعلقه بمشاريع اقتصادية ضخمة خاصة بالتنمية وتطوير البنى الأساسية، وذلك من شأنه إثارة احتمالية أكبر بتعرضه إلى التغيير المستمر في مضمونه أو الأنهاء عما سواه من العقود الإدارية، بسبب ما تتخذه السلطات العامة (السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية) من إجراءات انفرادية تمس مضمون العقد بشكل مباشر، فضلاً عن ما تملكه الدولة الطرف في العقد من سلطة عامة تقديرية في تحقيق المصلحة العامة، قد تؤدي إلى مخاطر اقتصادية تجبر المتعاقد التخلي عن المشروع؛ بسبب عدم اطمئنانه على مصالحه المشروعة والمتوقعة من العقد. كما إن تدويل العقد قد يترتب عليه تعريض الدولة للمساءلة الدولية. لأجل ذلك وجدت الدول الراغبة بجذب الأموال والخبرات الأجنبية، بأن هنالك ضرورة لتجهيز العقد الإداري الدولي بالمزيد من الوسائل القانونية والأساليب التعاقدية، لضمان استقراره القانوني والاقتصادي، وفض المنازعات المتعلقة به من خلال مراكز تحكيم دولية، للتخفيف من مشاعر الريبة بعدم حيدة القضاء الوطني، ومن ثم تتباين المخاطر التي تثير الشعور بعدم الاطمئنان لدى المتعاقد.

وتأسيساً على ذلك، سنتناول أحكام ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي كل ضمانات على حده، ووفقاً لمقتضيات ما تقوم به من مهمة مواجهة أو معالجة مكامن الخطر الذي يهدد الاستقرار القانوني والاقتصادي، وهذه هي الضمانات الموضوعية، فضلاً عن ضمانات إجرائية تتعلق بتسوية المنازعات المتعلقة به. وبالجمع بين الاثنين، أضحت العقد الإداري الدولي يلبي مستلزمات توفير الحماية القانونية لمصالح المتعاقد المشروعة والمتوقعة من أبرام العقد. وهو ما سنتناوله من خلال تقسيم هذا الباب على فصلين: الفصل الأول - الضمانات الموضوعية، الفصل الثاني - الضمانات الإجرائية.

الفصل الأول
الضمانات الموضوعية

الفصل الأول

الضمانات الموضوعية

لأجل فهم فكرة استحداث ضمانات ذات طبيعة موضوعية للمتعاقد في العقد الإداري الدولي، فلا بد من التطرق أولاً إلى ما يقابلها من مخاطر متنوعة في طبيعتها ومصادرها من شأنها التأثير في نظام تعاقدى مركب من طابع اداري وصلة بالتجارة الدولية. إذ تتمركز المخاطر في الشق الإداري من العقد فيما تُستهض الضمانات في الشق المتعلق بالتجارة الدولية. بالتالي، فليس هنالك من شك إن هذه الضمانات ذات صلة بالشق المحكوم بقواعد القانون العام؛ كونه يمنح الدولة المتعاقد امتياز التفوق القانوني في العلاقة العقدية، جراء ما تمارسه من سلطة انفرادية بتعديل مضمون العقد أو أنهائه دون الرجوع إلى المتعاقد، مما يُصيب توازنه العقدي بالاضطراب وعدم الاستقرار، فضلاً عن إمكانية ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها التقديرية في تحقيق المصلحة العامة، من خلال ما تتخذه من إجراءات عامة قد تُثقل كاهل المتعاقد اقتصادياً وتجبره على التخلي عن المشروع، وإضعاف مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد، وعزوفه عن القوم والتعاقد.

من ثم، فمغزى البحث في الضمانات الموضوعية، مرتبط بأبي وضع قانوني أو تعاقدى يُراد منه التخفيف من امتياز السلطان العام للدولة المتعاقدة، بقدر ما يوائم بين العقد الإداري وصلته بمصالح التجارة الدولية. وذلك يستلزم الوصول بمضمون العقد إلى أعلى مستوى ممكن من الثبات والاستقرار الاقتصادي، طبقاً لما اتجهت إليه نية الأطراف لحظة إبرامه قدر الإمكان. وعلى هذا النحو، فعلى الأغلب تُثير الضمانات الموضوعية، إشكالية التصادم مع عوارض قانونية تُعد من قواعد النظام العام في أي عقد اداري والتي تتمثل بممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها الانفرادية، فضلاً عن سلطتها التقديرية لتحقيق المصلحة العامة.

ومن هذا كله، يتطلب البحث في الضمانات الموضوعية، تناول المخاطر التي تصيب النظام القانوني والتعاقدى للعقد الإداري الدولي بالاضطراب وعدم الاستقرار، وما يقابلها من حلول قانونية وأساليب تعاقدية لمواجهة هذه المخاطر واجهاضها او التعامل معها والتخفيف من آثارها. وعلى ذلك سيتم تقسيم هذا الفصل على مبحثين، المبحث الأول - مخاطر التفوق القانوني للدولة المتعاقدة، المبحث الثاني - الاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد.

المبحث الأول

مخاطر التفوق القانوني للدولة المتعاقدة

بشكل عام، المعمول به في النظرية العامة للعقود الإدارية سواء كانت دولية أم داخلية، ان الشخص المعنوي العام، الطرف في العقد يتفوق قانونياً، جراء ما يمتلكه من حق بتعديل أو إنهاء العقد، طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة وبشكل انفرادي. وبمقتضى الضمانات الموضوعية، يتم تتبع بعض الإجراءات التي تتخذها الدولة المتعاقدة بشكل انفرادي، والتي من شأنها المساس المباشر بمضمون العقد الإداري الدولي أو انهاءه بشكل مفاجئ، سواء كان هذا المساس ناجماً عن السلطة العامة الطرف فيه، والتي تمارس حقها بتغيير مضمونه أو انهاءه أو ما يصدر عن بقية السلطات العامة للدولة من تعديلات تشريعية (قوانين، أنظمة). غير ان ذلك ونتيجة لممارسة الدولة المتعاقدة سلطتها التقديرية في تقدير المصلحة العامة، فمن الممكن أن تتسبب بخلق ظروف اقتصادية ذات تأثير سلبي على ممارسة المتعاقد لحقوقه المشروعة والمتوقعة من العقد. عليه، يمكن تحديد مصادر التفوق القانوني للشخص المعنوي العام في العلاقة العقدية، والتي تُعد مخاطر تتسبب بحدوث اضطراب في الاستقرار الاقتصادي والقانوني للعقد الإداري الدولي. وعلى ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، المطلب الأول، يخص ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها الانفرادية (المرفقية)، والمطلب الثاني يتعلق بممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها التقديرية (مخاطر واقعية).

المطلب الأول

ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها الانفرادية

لا يمكن فهم فكرة السلطة الانفرادية، وما ينجم عنها من مخاطر المساس بمضمون العقد الإداري الدولي وتغييره بخلاف ما تم الاتفاق عليه لحظة ابرامه، ما لم يتم رد مصدر ممارسة هذه السلطة إلى ما تمارسه الجهة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة من تعديل لشروط العقد الإداري الدولي وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. لذا يكون العقد إزاء مخاطر إدارية، أو اجراء تعديلات تشريعية، من خلال السلطتين التشريعية والتنفيذية تؤثر في مضمون العقد الإداري الدولي، لا سيما إن اغلب العقود الإدارية الدولية تنظم أحكامها بقوانين وقرارات تنظيمية تتمثل بشروط عامة وعقود نموذجية. ومهما يكن مصدر السلطة الانفرادية للدولة المتعاقدة، فهي في نهاية المطاف

تعرض استقرار النظام القانوني للعقد إلى الاضطراب عند التنفيذ بشكل مختلف عن النظام القانوني الذي تم بموجبه إبرامه، ومن ثم يُزيد من احتمالية تعرض مصالح المتعاقد المشروعة والمتوقعة إلى الضرر. بناء عليه سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين: الفرع الأول - المخاطر الإدارية، الفرع الثاني - المخاطر التشريعية.

الفرع الأول

المخاطر الإدارية

إن المبدأ العام الذي يحكم تنفيذ أي عقد إداري سواء كان عقداً إدارياً أم دولياً، هو إن التمسك بأصل العقد، كما هو عليه لحظة إبرامه رغم تغيير الظروف عند التنفيذ يؤدي به إلى نتائج لا منطقية تتعارض مع قابلية المرفق العام محل العقد على التغيير؛ لتلبية ما يطرأ على مستجدات الاحتياجات العامة من متغيرات. من ثم، ووفقاً لهذا المنظور، ينفرد الشخص المعنوي العام بحق تغيير أو إنهاء مضمون العقد الإداري الطرف فيه بوصفه سلطة عامة، بوصفه حقاً مستمداً من النظام العام⁽¹⁾. تبعاً لذلك، ولأن حق التعديل الانفرادي للعقد يتصل بدوام سير العمل بالمرفق العام وتنفيذه، فهذا الحق يتباين إلى عدة أشكال، فقد يكون كمياً، كزيادة مقدار أو كمية الأدوات والاصناف الموردة أو تعديل نوعي يتعلق بطبيعة الاعمال المكلف بها المتعاقد، أو يأخذ وضعاً يتعلق بتغيير شرط مدة تنفيذ العقد، أو إعادة النظر بأولوية تنفيذ المتعاقد لالتزاماته⁽²⁾.

وقد أسند مجلس الدولة الفرنسي مبدأ قابلية العقد الإداري للتعديل، إلى نية طرفي العقد، وفيما بعد إلى تعلقه بالصالح العام، ومن ثم انتهى به المطاف معتبراً إياه حق أصيل للسلطة العامة مستمد من النظام العام⁽³⁾. وذلك ما سارت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر⁽⁴⁾. وأضاف اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، بأن الحق بالتعديل الانفرادي ليس مطلقاً، وفي سبيل ذلك

(1) المستشار عبد العزيز السيد خوري: مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثين (يناير - مارس)، ١٩٨٩، ص ٤٥.

(2) د. محمود عاطف البنا: مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(3) د. أحمد يسري: مصدر سابق، ص ١٨٣.

(4) وجاء في الحكم الصادر بتاريخ ٣٠/٣/٢٠٠٤، ما مفاده (الجهة الإدارية المتعاقدة تملك بإرادتها المنفردة... حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها ... على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق العام هذا التعديل من غير أن يحتج عليه بقاعدة العقد = شريعة المتعاقدين (... طعن رقم (٦٤٥٦) لسنة ٤٦ ق.م، جلسة رقم (٣٠)، أشار إليه د. أمير فرج يوسف: مصدر سابق ص ٥٣.

أتجه نحو تطبيق القواعد العامة المتبناة باستعمال الحق على استعمال الشخص المعنوي العام الطرف في العقد الإداري لحق تعديل شروطه أو إنهائه ليس مطلقاً، بل قيده بعدم الحاق الضرر بالغير، ومشروعية المصلحة المراد نيلها من التعديل، وحسن النية في تنفيذ الالتزامات⁽¹⁾. وذلك ما اشترطه مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بخصوص قضية الشركة الفرنسية للمقاولات بتاريخ ١٧/٢/١٩٨٧. اذ جاء فيه: (...أن تهدف الإدارة من تعديل شروط العقد إلى تلبية متطلبات سير العمل بالمرفق العام وتنفيذه، بطريقة تُثبت حسن النية بخدمة الصالح العام. فلا يجوز لهذا التعديل، أن يمس جوهر العقد الإداري وموضوعه والحقوق المالية للمتعاقد إلا بموافقة، أو يُحدث خلل جسيم في التوازن المالي للعقد الإداري...) (2). وجاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر انه: (... سلطة التعديل ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تفتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدین معها...) (3). ونفس التوجه سارت عليه محكمة التمييز في العراق (4).

وفيما يخص العقد الإداري الدولي، فليس هنالك من مانع للأخذ بقابليته للتعديل بشكل انفرادي من قبل الدولة المتعاقدة الطرف في العقد بوصفها سلطة عامة، شأنه في ذلك شأن أي

(1) وبالرجوع الى التشريع الفرنسي، فلم يتبن نص خاص بالتعسف في استعمال الحق، سوى ما اقره في تعديله الأخير للقانون المدني بموجب المادتين (١٢٤١-١٢٤٢) من الأمر رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، الرابط الخاص بالحكومة الفرنسية:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939/>

تاريخ الزيارة ٢٣/١/٢٠٢١، و في التشريع العراقي، وردت الشروط العامة لاستعمال الحق في المادة (٧) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وفي التشريع المصري، جاء في المادة (٥) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل..

(2) OLE LANDO AND HUGH BEALE, "PRINCIPAL CONTRACT LAW", parts and II, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2000, p328

(3) طعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ ق.م، جلسة رقم (٣٠)، بتاريخ ٣٠/٣/٢٠٠٤، أشار اليه د. أمير فرج يوسف: مصدر سابق، ص ٥٣.

(4) الحكم الصادر عن محكمة التمييز بتاريخ ١٩٦٦/٦/٢٩ (إن الميعاد الذي ايده جهة الإدارة لاعتباره تاريخاً لاستلام العمل يعتبر تعديلاً لشروط المقاولة وارتفعت مسؤولية المقاولة مما يكون ظاهراً من عيب بحكم المادة (٨٧٥) من القانون المدني)، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الخامسة، ك ١، (١٩٦٦)، ص ٢١٥.

عقد اداري، لاسيما إنه مركب من ناحية عقدية من عقد اداري ودولي بنفس الوقت (1). وعلى هذا الأساس، فيحق للدولة المتعاقدة إجراء تعديلات على مضمونه من طرف واحد دون البحث عن رضا المتعاقد ونص في القانون لممارستها كلما طرأ مستجد على المصلحة العامة. ومن ثم لا يمكن فهم المخاطر الإدارية التي تصيب العقد الإداري الدولي، وتستتهدض فيه ضمانات غير مألوفة في عقود القانون العام من دون تناول المبدأ العام لقابلية العقد الإداري للتعديل من قبل السلطة العامة المتعاقدة دون الرجوع إلى رضا المتعاقد، لاسيما أن الأغلب الأعم من التشريعات المقارنة، قد تناولت تنظيم أحكام العقود الإدارية، سواء دولية أو داخلية، من دون تمييز من ناحية المبادئ العامة التي تحكمها، ومنها مبدأ قابلية العقد الإداري للتعديل والانهاء من قبل الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة طرف في العقد، وما يتبعه من وضع قيود ترد على هذا الحق؛ كي لا يشوب سلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري دولياً أو داخلياً تعسف بحق المتعاقد(2).

وتأسيساً على ما تقدم، فقد تبنى المشرع المصري وضع قيود على ما يوجب تعديله من حجم التعاقد في العقود المبرمة بموجب قانون تعاقد الجهات العامة (3). ففي عقود المشاركة، يحق للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المنفق عليها في عقد المشاركة. كما إن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله(4).

(1) د. علاء العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، ص ٥٥، كذلك د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ١٠٧.

(2) د. أنس جعفر د. أشرف أنس جعفر، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(3) المادتان (٤٦، ٤٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل. وبخصوص التعليق على المادتين، بالإمكان مراجعة د. محمد احمد الشيشي: شرح احكام قانون تنظيم التعاقدات العامة التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٢٠، ص 45.

(4) د. حمدي ياسين عكاشة: عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، مصدر سابق، ص ١٠٧. المادة (٧) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ المعدل.

فيما أتجه في قانون الاستثمار إلى مراعاة المعايير الدولية في توفير الحماية القانونية الكافية للمتعاقد، إذ تتمتع جميع الاستثمارات بالمعاملة العادلة والمنصفة، وحظر إصدار قرارات إدارية وقرارات تنظيمية عامة أو تعديلها في حالة إضافتها لأعباء مالية للمتعاقد، إلا بعد أخذ رأي إدارة الهيئة وموافقة كل من مجلس الوزراء والمجلس الأعلى وأشترط تسببها، وألا قد يعد ذلك تعسفا (1).

أما المشرع العراقي فقد حدد الشخص المعنوي العام الطرف في العقد بما يقوم به من تغيير على الأعمال المتعاقد عليها أو إضافة أعمال أو كميات جديدة بحالة الضرورة القصوى، وألا يخل بالقدرة الإنتاجية للمشروع أو تدني المواصفات الفنية للعمل أو المشروع، ولا يتجاوز تعديل الصلاحيات المخولة لجهة التعاقد وفقا لتعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية التي تصدر سنوياً. ولا تتجاوز تعديلات الزيادة على كميات عقود التجهيز وفقرات الخدمات الاستشارية عن نسبة (٢٠٪) من مبلغ العقد، وإنقاص السلع أو المواد أو الخدمات غير الاستشارية بما لا يزيد عن ١٥٪ من مبلغ العقد (2).

ولكن من ناحية أخرى، فمن شأن الجمع بين صلة العقد الإداري بمصالح التجارة الدولية، وتمسك الدولة المتعاقدة أو أحد أجهزتها بحقها في التعديل الانفرادي للعقد، بوصفها سلطة عامة طرفاً في العقد سلطانها العام مزدوج على المستوى الداخلي والخارجي، يتعارض مع ما يُفترض أن تلتزم به الدولة في إطار التعاقدات الدولية بتوفير الحماية القانونية الكافية للمتعاقد وفقاً للمعايير الدولية، طالما أن التعديل الانفرادي يُصيب توازن العقد الإداري الدولي بعدم الاستقرار، ومن ثم يتحول إلى مخاطر إدارية تقترب من أثر فعل الأمير في العقود الإدارية الداخلية (3)، تتسع دائرتها بسبب صلة العقد الإداري بمصالح التجارة الدولية، مما يستوجب استنهاض مزيد من الضمانات.

وتعد المخاطر الإدارية من المخاطر التقليدية البدائية التي شهدتها العقود الإدارية الدولية، وذلك عقب نيل الدول للاستقلال وتحررها من النفوذ السياسي للدول الصناعية الكبرى.

(1) المادتان (٣، ٤) من قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل.

(2) البند ثانياً من المادة (١٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة، الفقرتان

(ح/٢، ط) من البند ثالثاً من الضوابط رقم (١) من تعليمات لمقدمي العطاءات في وثائق المناقصة.

(3) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، مصدر سابق، ص ٢٧١.

فوجدت بأن هنالك ضرورة ملحة لاستعمال سلطان السيادة في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية، وتحديداً فيما يتعلق بالمشاريع الاقتصادية ذات الأهمية الكبرى في استقلالها السياسي والاقتصادي. فعمدت إلى تعديل شروطها بما يتفق مع الصالح العام وتغيير الظروف كتعديل مقدار ومناطق الإنتاج ومدة العقد. وذلك ما جرى العمل به بخصوص تعديل شروط عقود امتياز البترول القديمة، استجابة لتغيير الظروف فيما يتعلق ب (مدفوعات الاتاوة)، إذ إن حسابها لم يعد قابلاً للخصم من ضريبة الدخل، بل تحول إلى نفقات ضمن نظام (اقتسام الأرباح)⁽¹⁾.

ولكن، ثبت بالتجربة لدى الدول بالأخص النامية، تمسكها بممارسة سلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد أو انهائه بوصفها سلطة عامة طرف فيه - بالكيفية المعمول بها في النظرية العامة للعقود الإدارية، من شأنه أن يُعرض الاستقرار القانوني للعقد إلى التغيير المفاجئ، ومن ثم يتسبب بعزوف المتعاقدين عن القدوم؛ لرغبتهم بوجود شروط في العقد، تجعل من الطرفين متكافئين قانونياً، لتأمين مصالحهم المشروعة والمتوقعة والتعاقد بطريقة عقود التجارة الدولية وطبقاً لمبدأ قدسية العقود⁽²⁾.

وعلى سبيل المثال، أصدرت شركة (Mobile Investments Canada) إلى حكومة كندا طلباً للتحكيم مستندة إلى الفصل (الحادي عشر) من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA)، فقد طالبت الشركة بالتعويض عن المبالغ التي تكبدتها، نتيجة لامتهالها لالتزامات مضافة إلى مضمون العقد بتخصيص مبالغ إضافية، لأغراض البحث والتطوير لمشروع (Hibernia) ومشروع (Terra Nova)⁽³⁾. أيضاً الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) بتاريخ ٢١/٨/١٩٨٥، والمتعلق بطلب دولة خليجية من شركات المانية إجراء تعديلات على عقد خاص ببناء مستشفى تعليمي أثناء تنفيذ العقد لم يكن منطبق عليها عند إبرامه⁽⁴⁾.

(1) أبراهيم باقر عجمي: مصدر سابق، ص ١٧٤.

(2) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١١٠.

(3) الفقرة (٢٠)، من قرار التحكيم، القضية رقم (6/15/ICSID Case NO. ARB)، بتاريخ ١٦/١/٢٠١٥

الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) :

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11182.pdf>.

تاريخ الزيارة ٢٢/١/٢٠٢١:

(4) أشار إليه د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ١٢٠.

في ضوء ما تقدم، يتضح بشكل جلي، إن بناء النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي بنسق تقليدي يصب لصالح تمسك الدولة المتعاقدة بحقها في التعديل أو الإنهاء الانفرادي للعقد دون الرجوع الي رضا المتعاقد، كما هو متبع في النظرية العامة للعقود الادارية من شأنه أن يجعله عقداً مهدداً بمخاطر تهدد توازنه العقدي واستقراره القانوني، مصدرها إجراء اداري تتخذه الدولة المتعاقد الطرف في العقد؛ لما يتسبب به من إيجاد حالة عدم ثبات لمضمون العقد الإداري طيلة مدة تنفيذه كما كان عليه لحظة ابرامه. وهذا من شأنه أن يُثير المخاوف لدى المتعاقدين الأجانب من القدوم والتعاقد، ويعد ذلك انحراف مبتغى التعاقد عن المصلحة العامة المتوخاة، التي تستلزم توجيه العقد نحو جذب الأموال والخبرات الأجنبية إلى التعاقد ; للمساهم بتحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية.

وهنا، لا بد من الإشارة إلى أنه ليس شرطاً لإسباغ وصف المخاطر الادارية على سلطة التعديل الانفرادي للدولة المتعاقدة أن تبلغ ممارسة هذه السلطة حد قلب اقتصاديات العقد كما هو مألوف في نظرية فعل الأمير، المعمول بها في النظرية التقليدية للعقود الإدارية، بل يكفي لذلك أن تتسبب هذه المخاطر باضطراب استقرار النظام القانوني للعقد الإداري. وهنا معيار الاضطراب، مناطه أي تغيير يطرأ على مضمون العقد ويصيب مصالح المتعاقد بضرر يتنافى مع ما توقعه عند ابرام العقد، ويتعارض مع تلبية مستلزمات مصالح التجارة الدولية، تبعاً لذلك فقد دأبت الدول على التعهد بتجميد حقها بتغيير مضمونه بشكل انفرادي بوصفها سلطة عامة طرف في العقد.

الفرع الثاني المخاطر التشريعية

نظراً لما للسلطتين التشريعية والتنفيذية من دور في انعقاد العقد الإداري الدولي، فالحديث عن المخاطر التي يتعرض إليها الاستقرار القانوني للعقد الإداري الدولي له مدلول أشمل، فلا يقتصر على مخاطر إدارية ناجمة عما تقوم به السلطة العامة المتعاقدة من إجراءات إدارية ذات تأثير مباشر بتغيير مضمون العقد، بل تمتد إلى أي إجراء قد تتخذه كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية عند التنفيذ، ويؤدي به إلى المساس بشروط العقد وتغييرها بشكل مفاجئ، بخلاف ما تم الاتفاق عليها عند التعاقد، لاسيما أن المتعاقد لا يستطيع التنبؤ بشكل يقيني أو يمتلك الدراية الكافية بما يحتمل أن يطرأ على التشريعات (لوائح، وقوانين) من تغييرات وما قد تتخذه السلطات العامة من تدابير ذات صلة بالمصلحة العامة⁽¹⁾. وهذا ما أستر عليه العمل في لجنة القانون الدولي التي أقرت مسؤولية الدولة عن أفعال كل الجهات والأجهزة الحكومية سواء تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، والجهات التي ليست بالضرورة من سلطات الدولة أو أجهزتها، ولكنها مهيمنة على قرارها، على الرغم من الفصل الشكلي، لتضطلع بالقيام بوظائف حكومية⁽²⁾.

تأسيساً على ما تقدم، فقد دأبت مراكز التحكيم الدولية على تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية والتشريعية، فلا مجال لها بالاحتجاج بحسن نية المشرع وانسجام التشريع الوطني مع الدستور، وهذا ما تبناه حكم مركز التحكيم الدولي (ICSID) بخصوص القضية المعروفة بـ (CHAMPION TRADING COMPANY v ARAB REPUBLIC OF EGYPT) بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٦ وجاء فيه (...لمجرد صدور أفعال عنها تُخل بالتزامات دولية قد ارتضتها الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي. ولا مجال في ذلك، الاحتجاج بحسن نية المشرع أو انسجام التشريع مع القواعد الدستورية الوطنية أو استهدافه تحقيق المصلحة العامة، لظالما إنها تُسبب ضرراً للمصالح

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٣١٨

(2) المادة (٤) من تقرير لجنة القانون الدولي مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، المجلد الثاني، الجزء الثاني.

المشروعة والمتوقعة للمتعاقد، لما سببته من اضطراب في الاستقرار القانوني للعقد الإداري الدولي...⁽¹⁾.

ويعد التأميم من أهم الوسائل القانونية التقليدية التي تمارسها السلطة التنفيذية أو التشريعية لإنهاء العقد الإداري⁽²⁾. وقد يُشار إليه في بعض القوانين بدلالة إلغاء الترخيص استناداً إلى قرار مسبب، كقانون الاستثمار العماني⁽³⁾. والمراد بالتأميم، نقل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة مقابل تعويض، بمقتضى تشريع أو قرار صادر عن السلطة التنفيذية؛ لغرض استغلالها وتوجيهها نحو أهداف معينة تتسجم مع المصلحة العامة المتبناة⁽⁴⁾. وعرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر، وهي بصدد تعريفها للتأميم إلى القول بأن (التأميم هو نقل ملكية أموال المشروع إلى الدولة بأكملها أو في جزء منها وفقاً لما يقرره القانون، والأصل فيه اقتترانه كأصل بتعويض تؤديه الدولة لأصحابه.... ومن ثم فيفترض بالتأميم، أن يرد على أموال خاصة ويصدر من السلطة المختصة بقصد تحقيق مصلحة عامة)⁽⁵⁾.

وأقر القانون الدولي مشروعية التأميم في عدة قرارات صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، منطلقاً من مبدأ السيادة الكاملة للدول على الثروات والموارد الطبيعية، وحق شعوبها في أن تستخدم وتستغل ثرواتها ومواردها الطبيعية بحرية، شريطة أن يبنى قرار التأميم على أسباب تتعلق بالنفع العام أو المصلحة الوطنية التي تفوق المصالح الشخصية والفردية والوطنية منها أو

(1) القضية رقم (9/02/ARB)، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID): <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0148.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢/١/٩

(2) المادة (١) من قانون تأميم عمليات شركة نفط العراق المحدودة رقم (٦٩) لسنة ١٩٧٢ على (تؤم عمليات شركة نفط العراق المحدودة في المناطق المحددة لها بموجب القانون رقم (٨٠) لسنة ١٩٦١ وتؤول إلى الدولة ملكية جميع المنشآت والحقوق الموجودة المتعلقة بالعمليات المذكورة...). منشور في الوقائع العراقية، العدد ٢١٤٦، بتاريخ ١٩٧٢/٦/١.

(3) المادة (٢٥) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩ المعدل، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٣٠٠) بتاريخ ٢٠١٩/٧/٧.

(4) د. رواء يونس محمود النجار: المصدر السابق، ص ٢٤١.

(5) القضية رقم (١٦) لسنة ٩ قضائية تنازع بجلسة ١٩٩٢/٣/٧، (ج٥/١) دستورية، أشار إليه المستشار رجب عبد الكريم سليم: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (١٩٦٩-٢٠٠٩)، ص ١١٦١.

الأجنبية⁽¹⁾. كذلك أشار ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول إلى الحق السيادي للدول بتأميم أو مصادرة أو نقل ملكية الأموال الأجنبية مقابل تعويض⁽²⁾.

وفقاً لما تقدم، عملت مراكز التحكيم الدولية على فحص مشروعية إجراء التأميم، طبقاً لمعايير دولية، اشترطت في التأميم أن لا يشوبه طابع سياسي أو عنصري، والغرض منه تحقيق مصلحة عامة وامتنعت مراكز التحكيم الدولية عن الرقابة على تقدير الدولة للمصلحة العامة. ففي قضية (American International Group) ضد إيران، أثر قيام جمهورية إيران الإسلامية بتأميم جميع شركات التأمين، بتاريخ ١٩٧٩/٦/٢٥. إذ أشار قرار التحكيم إلى (...أنه لا يمكن الحكم بأن تأميم شركة إيران أمريكا كان بذاته غير قانوني، سواء طبقاً للقانون الدولي العرفي أو معاهدة (Amity)... نظراً لأنه لا يوجد دليل كاف أمام اللجنة يدل على أن التأميم لم يتخذ للمصلحة العامة كجزء من برنامج الإصلاح الكبير أو كان عنصرياً...)⁽³⁾.

ومؤدى عدم التفرقة أو التمييز في إجراء التأميم، أنصافه بالمساواة بين المواطنين والأجانب، بمعنى سريانه على جميع المشروعات ذات الطبيعة الواحدة، ولا يستثنى منها أي مشروع بسبب جنسية مالكة. وهذا ما اعتمده المحكمة الدائمة للعدل الدولية في دعوى (Oscar Chin) بين بلجيكا والمملكة المتحدة بتاريخ ١٩٣٤/١٢/١٢ بالقول: (إن التفرقة تتحقق إذا كانت بسبب الجنسية، ومن ذلك قيام سلطات الدولة بحرمان المتعاقدين الأجانب من مشروع معين، وترك المتعاقدين الوطنيين، وأن كان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة)⁽⁴⁾.

فيما ردت هيئة التحكيم المشكلة في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ادعاء الشركة الأمريكية (CHAPION TRADING COMPANY AMERITRADE) ضد مصر - المشار إليه فيما تقدم - مطالبة الشركة بالتعويض.

(1) القرار رقم (٦٢٦) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٦٦/١٢/٢١. كذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) الصادر في ١٩٦٢/١٢/١٤.

(2) الفقرة (ج) من المادة (٢) من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول. بموجب القرار (٣٢٨١) الصادر من الجمعية العمومية للأمم المتحدة بتاريخ ١٩٧٤/١٢/١٢. الرابط الخاص بالأمم المتحدة:

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٢ <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>

(3) Award No.93-23, 19/1/1982, America International Group, INC, and American life insurance Cov, Iran 4 Iran U.S.C.T.R, 1983, p105.

(4) Cameron May L,td, "International Investment Law and Arbitration: Leading Case from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law", Printed and bound by TJI, London 2005, p557.

بسبب عدم تقديم الدليل اللازم لوجود سياسة غير تمييزية للمدعى عليه. بينما قدم المدعى عليه أدلة إيجابية كافية على أن الاختلاف في المعاملة كان مبرراً بظروف موضوعية، بغض النظر عن أي اعتبار مرتبطة بالجنسية⁽¹⁾.

فضلا عما تقدم، فحق الدول بممارسة سيادتها على الثروات الطبيعية ونقل ملكيتها لأغراض المنفعة العامة، مشروط بالتزامها بتعويض المتعاقد. ففي حالة غياب التعويض أو المصلحة العامة عن التأميم أو نزع الملكية، فذلك يجعل عمل السلطة العامة من أعمال السلب لملكية المشروع. وعزز هذا التوجه الأحكام الصادرة عن مراكز التحكيم الدولية⁽²⁾. ففي قضية ليامكو (Liamco)، قرر المحكم أنه: (...وفقاً للمبادئ المشتركة والمقبولة من القانون الداخلي والدولي، فإن الالتزام بتعويض امتياز قد تأم هو نتيجة ضرورية لحق التأميم...)⁽³⁾.

والأصل في التعويض، أن يتم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر أي التعويض العيني، وبخلافه فعلى المدين دفع التعويض المادي. وهذا ما استقرت عليه القوانين الداخلية في بعض الدول، وجرت عليه أحكام محكمة العدل الدولية وأحكام بعض هيئات التحكيم الدولية. فليس هنالك من وسيلة قانونية يمكن اتخاذها بالتنفيذ العيني في مواجهة دولة ذات سيادة. لذلك، تنتهي الدعاوي المتعلقة بالتأميم إلى صدور حكم بالتعويض، بدلا من إعادة الحال إلى ما كانت عليه.

وذلك ما قرره هيئة تحكيم مركز التحكيم الدولي لمنازعات الاستثمار (ICSID) في قضية (Amco v Indonesia). بالقول: (...أنه من الواضح أن المحكمة لا يمكن أن تحل محل حكومة إندونيسيا لتقضي ببطلان سحب الترخيص، وأعادته إلى الحالة التي كان عليها من قبل، فتلك أمور لم تطلب أصلاً. علاوة على أنه من المشكوك فيه إن مثل تلك الأمور التي تتضمن في ثناياها فكرة التنفيذ العيني يمكن اتخاذها في مواجهة دولة تتمتع بالسيادة...)⁽⁴⁾.

(1) الفقرة (١٦٤) من القرار، رقم ARB/02/9

(2) د. محمد طلعت غنيمي: مقابل التأميم في القانون الدولي العام، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الثالث والرابع، السنة العاشرة، ١٩٦١، ص ١.

(3) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٢٢.

(4) أشار إليه د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، مصدر سابق،

وطبقاً لما هو متبنى في قرارات الأمم المتحدة وأحكام القضاء الدولي وقرارات التحكيم، فقد عمدت أغلب التشريعات المقارنة إلى التعامل مع إجراء التأميم بأنه إجراء محظور وبشكل خطراً تشريعياً على توازن العقد. وبخلافه فإنه يخضع لشروط، ملخصها مراعاة اتباع الطرق القانونية المقررة، والا يشوبه طابع سياسي أو تمييز وتم اتخاذه لأغراض المصلحة العامة مقابل تعويض. على سبيل المثال ما تبناه المشرع المصري في قانون الاستثمار بعدم جواز تأميم المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير⁽¹⁾. بينما ثبت المشرع العراقي التزامه بعدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات، وكذلك عدم نزع الملكية المشروع الاستثماري الا للمنفعة العامة كلاً أو جزءاً بتعويض عادل⁽²⁾.

فيما تبنت الحكومة العراقية صياغات تنطوي على تفاصيل أكثر قرباً من المعايير الدولية في عدة اتفاقيات قد أبرمتها مع دول أخرى ضمن إطار حماية الاستثمار وتشجيعه. فتعهدت بعدم التأميم ونزع ملكية المشروع محل التعاقد، عدا تلك المتخذة للنفع العام وبشكل غير تمييزي مقابل دفع تعويض فوري وفعال وقيمة مساوية للقيمة السوقية للاستثمار قبل إجراء التأميم أو نزع الملكية مباشرة أو عند العلم به⁽³⁾. وهذا مسلك حسن ينقصه التوافق مع التشريعات النافذة من ناحية الوضوح.

فضلاً عما تقدم، فقد تتخذ السلطة العامة إجراء مؤقت بالاستيلاء على المشروع لئبقي المال بذمة مالكة ويعود اليه بعد انتهاء مدة الاستيلاء؛ كي تحصل الدولة بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال المملوكة ملكية خاصة لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه للمالك؛ لمواجهة ظروف طارئة لا تحتمل التأخير كظروف الحرب والكوارث الطبيعية وحدوث وباء. بيد إن الأمر مختلف ويندرج ضمن نطاق الاستحواذ، عندما تستولي

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

(2) الفقرتان (أ، ب) من البند (ثالثاً) من المادة (١٢) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

(3) المادة (٦) من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية. المصادق عليها بالقانون رقم (٨٤) لسنة ٢٠١٧، منشورة في الوقائع العراقية، العدد ٤٤٧٦، بتاريخ ٢٠١٨/١/٨.

السلطات العامة للدولة المتعاقدة على ملكية المشروع محل العقد لأغراضها الخاصة أو تقوم بتوزيعه على المستثمرين المحليين، وهو غالباً ما يحدث لدواعي سياسية⁽¹⁾.

وذلك ما أكده المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، بإشارته إلى مخاطر أخرى من نزع الملكية، وذلك بالاستيلاء الفعلي، أو مخاطر الأفعال المادية، بخصوص القضية المعروفة بـ (Wena Hotels Ltd V Arab Republic of Egypt) بالقول: (إن الحكومة المصرية قد صادرت حقوق المستثمر، وذلك بقيام موظفي شركة الفنادق محل عقد الايجار بالاستيلاء الفعلي بناء على قرار اداري بالإخلاء... وإن هذا الاستيلاء - وأن لم يصدر من الجهاز التنفيذي للدولة، وإنما من شركة مملوكة للدولة - لم يصحبه تعويض عادل وسريع وفعال، وهو ما يشكل مصادرة مباشرة وليست مستترة)⁽²⁾.

ولعل الاستيلاء على النفط وغيرها من الثروات المعدنية هو مثال كلاسيكي للمصادرة المباشرة، والتي تأخذ إحدى الصورتين: أما مصادرة قضائية بموجب حكم قضائي، سواء بوصفها عقوبة تبعية لأحدى الجرائم، أم حكم صادر عن جهة قضائية استثنائية؛ لمواجهة ظروف سياسية معينة. أو صورة المصادرة الإدارية، عقب الثورات أو التغييرات السياسية؛ وذلك لتصفية بعض الطبقات لأسباب أيديولوجية⁽³⁾.

ومن المخاطر التي يمكن أن تباشرها السلطات العامة بشكل منفرد ومن شأنها إنهاء العقد الاداري، قيامها بأجراء نزع ملكية العقار أو الحقوق العينية بقرار اداري يصدر عن الإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، مقابل تعويض عادل يدفع مقدماً؛ وقد يشمل هذا عدداً محدوداً من الأفراد، أو نزع ملكية جميع افراد المجتمع الوطنيين منهم والأجانب من أجل إجراء تغييرات اقتصادية واجتماعية، ليقترّب كثيراً من التأميم. ومهما كان النوع الذي يحصل فيه نزع الملكية، فلا بد من أن يكون لقاء تعويض عادل. وذلك ما عده المشرع العراقي إحدى ضمانات المتعاقد،

(1) د. إبراهيم باقر العجمي: مصدر سابق، ص ١٧٥.

(2) القضية رقم (ARB/98/4) بتاريخ ١٢/٨/٢٠٠٠، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0904.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٢

(3) إبراهيم باقر عجمي: المصدر السابق، ص ١٦٦.

مؤكداً عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة كلاً أو جزءاً بتعويض عادل⁽¹⁾، وكان من المفترض أن يتضمن بمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، كما هو الحال بالنسبة إلى قانون الاستثمار المصري⁽²⁾.

يفهم مما تقدم، إن قوام المخاطر الإدارية والتشريعية يكمن بما تؤدي إليه من المساس بمضمون العقد الإداري الدولي، جراء قيام الدولة المتعاقدة بتصرف انفرادي من شأنه أن يؤدي إلى تعديل العقد الإداري الدولي أو أنهائه. وفي هذا الصدد، فعلى الأغلب يتم تنظيم أحكام العقود الإدارية الدولية بالإحالة إلى عقود نموذجية منصوص عليها في اتفاقيات دولية أو قوانين وطنية. لذلك، فليس هنالك من أهمية للتمييز بين المخاطر الإدارية والتشريعية، من ناحية تأثيرها على تغيير مضمون العقد فيما إذا كان مباشر بأجراء اداري من السلطة العامة المتعاقدة أم غير مباشر بموجب تعديل تشريعي تقوم بتنفيذه الجهة المتعاقدة. كما هو معمول في العقود الإدارية التقليدية، والتي استوجبت التفريق بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة. لذلك فالأمر في الحالتين هو تعديل أو إنهاء انفرادي للعقد الإداري الدولي بشكل مباشر، باستخدام سلطة مستمدة من تلبية مستلزمات المرفق العام، تقضي بانفراد الدولة المتعاقدة بتغيير اللوائح الخاصة بتنظيم أو تسيير المرفق العام؛ لجعله أكثر مواكبة لما يطرأ على المصلحة العامة من متغيرات، وضمان دوام استمرار العمل به وتنفيذه بالشكل المطلوب، بما يتناسب مع المصلحة العامة القوام عليها الدولة المتعاقدة، وهي من ثم، ليست سلطة تقديرية قائمة بذاتها⁽³⁾.

وما تنفرد به العقود الإدارية الدولية، هو إن الإبقاء على النسق التقليدي لهذه السلطة الانفرادية، يؤدي بها إلى أن تصبح مصدراً لمخاطر إدارية وتشريعية تضر بالمصالح المتوقعة والمشروعة للمتعاقد؛ لما يتميز به من صلة دولية وفحوى اقتصادي، تجعل من مدلول المخاطر الإضرار بمصالح المتعاقد المشروعة والمتوقعة أكثر اتساعاً لا تقتصر على قلب اقتصاديات العقد، التي تستوجب اعمال نظريات التوازن المالي، بل تشمل مواجهة أي أثر يترتب عليه

(1) الفقرتان (أ، ب) من البند ثالثاً من المادة (١٢) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل (عدم المصادرة أو تأميم المشروع باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات، ب-عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري الا للمنفعة العامة كلاً أو جزءاً ويتعويض عادل).

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

(3) د. محمود الجبوري: مصدر سابق، ص ١٥١.

إحداث اضطراب في الاستقرار القانوني للعقد، بشكل يحرف العقد عن جدواه الاقتصادية والمتمثلة باستقطاب الأموال والخبرات الأجنبية؛ للمساهمة في تحريك عجلة التنمية وتطوير البنى الأساسية. وهذا مما أضطر الدول إلى الحد أو التخفيف من سلطاتها الانفرادية بحلول قانونية سنتناولها لاحقاً.

المطلب الثاني

ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها التقديرية (المخاطر الواقعية)

دأبت الدول على مواجهة المخاطر الإدارية أو التشريعية، والتي تم الإشارة إليها سلفاً، وذلك بالتخلي عن سلطاتها الانفرادية بتعديل العقد أو إنهائه. ولكن، على فرض إن الدولة المتعاقدة قد تعهدت بعدم المساس بالعقد وبقائه على الحال الذي كان عليه عند التعاقد، فهذا التعهد، لا يمنعها من بذل جهود حثيثة للتوجه نحو تبني سبل أخرى لا يمكن حصرها من الاجراءات العامة والتي بحد ذاتها لا تشكل مساساً بمضمون العقد بشكل مباشر، بيد إن تواترها يُنشئ واقعاً اقتصادياً يوجه العقد نحو النتائج نفسها المتحققة عن المخاطر الإدارية والتشريعية في مصادرة حقوق المتعاقد وتوقعاته المشروعة المتحصلة عن المشروع محل العقد، بطريقة غير مباشرة أو مستترة أو زاحفة (1).

بالتالي، فليس من المنطق أن تنطوي التشريعات المقارنة إلى نصوص صريحة تُشير إلى مخاطر مستترة بعينها؛ لكون هذه المخاطر كما تم الإشارة سلفاً ناجمة عن إجراءات عامة مشروعة غير محددة تمارسها الدولة المتعاقدة بموجب سلطانها العام الداخلي (سلطاتها التقديرية). ولا تقوم الدولة بنفسها بغل يدها عن ممارسة سلطة تقديرية مبتغاها تحقيق المصلحة العامة، سوى إن الاتفاقيات الدولية وقرارات مراكز التحكيم الدولية قد شهدت مرونة أكثر في تناول الدول للمخاطر الواقعية، معتبرة إياها إخلالاً بالتزام دولي مقتضاه توفير الحماية القانونية الكافية

(1) SERGY RIPINSK, KEVEN WILLIAMS, "Damages in international investment LAW", British institute international and Comparative Law, London, 2008, p244.

الرابط الخاص بالمعهد البريطاني للقانون الدولي والمقارن:

<https://www.biicl.org/books/damages-in-international-investment-law>

تاريخ الزيارة ٢٠٢/١٢/٢٣

للمتعاقد، بالاستناد إلى مراعاة قواعد عامة دولية ذات صلة بحماية حقوق الإنسان وأعراف التجارة الدولية، والمبادئ العامة للقانون (1).

فعلى الأغلب، تتطوي الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة المتعاقدة والتي تكون طرفاً فيها دولة يتبع اليها المتعاقد، على صياغة عبارة تُشير إلى أنه لا يجوز لأي من الطرفين المتعاقدين أن يصادر أو يؤمم المشروع محل التعاقد، سواء بشكل مباشر أم غير مباشر (أو ما يمثّلها)، عن طريق إجراءات تعادل المصادرة أو التأميم (2). وهذا ما أكدته الاتفاقيات المبرمة بين العراق ودول أخرى لغرض تشجيع وحماية الاستثمار (3).

أيضاً بالنسبة إلى مراكز التحكيم الدولي، فقد عمدت إلى الاخذ بالمصادرة المستترة لحقوق المتعاقد؛ بسبب عدم حصوله على الحماية القانونية الكاملة. بيد إنها تباينت في اعتماد اصطلاح بعينه للدلالة عليها. مثال على ذلك، ما ورد في مضمون قرار التحكيم الخاص بالقضية المعروفة بـ (Metalclad V Mexico)، التي ادعى فيها المتعاقد (امريكي الجنسية) أن قرار المجلس المحلي بسحب الترخيص لإقامة محطة معالجة نفايات - والذي صدر مخالفاً لتأكيدات الحكومة الفيدرالية باستيفاء المشروع للتراخيص اللازمة - شكل مصادرة مستترة لاستثماراته...). ويضيف الحكم بالقول: (بأن المصادرة بموجب اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) لا تشمل فقط المصادرة المباشرة، لكن أيضاً التدخل العرضي أو الخفي، التي لها أثر في حرمان المالك من استخدام حق الملكية أو المنفعة الاقتصادية بشكل معقول حتى لو لم يكن ذلك بالضرورة لصالح الدولة المتعاقدة) (4).

(1) د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(2) المادة (١١) من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) (لا يجوز لأي طرف بشكل مباشر أو غير مباشر مصادرة استثمار أو اتخاذ أي إجراء يعادل المصادرة المباشرة...).

(3) المادة (٦) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق والجمهورية الإسلامية الإيرانية (لا يجوز لأي طرف متعاقد القيام بتأميم أو نزع ملكية استثمارات... أو تعريضها لأية إجراءات لها ذات الأثر...). المادة (١/١١) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان (لن يقوم أي من الطرفين المتعاقدين في إقليمه بنزع ملكية أو تأميم استثمارات المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر، أو اتخاذ أي تدبير يعادل نزع الملكية أو التأميم).. المصادق عليها بموجب القانون رقم (٣٤)، منشور الوقائع العراقية، العدد ٤٢٩٦، ١١/٤/٢٠١٣.

(4) Jorge E. Vinuales: Foreign Investments and the Environment in International Law, First publish, Cambridge University Press, 2012, P372.=

وفي قرار تحكيمي آخر صادر عن نفس المركز في قضية (SIEMENS V THE ARGENTINE REPUBLIC) استخدمت هيئة التحكيم مصطلح المصادرة (الزاحفة). بقولها (... وفقاً لشركة (Siemens) قد يشكل خرق العقد أو الإجراءات التي تؤثر على حقوق العقد مصادرة للملكية، عندما يتكون الانتهاك من عمل واحد أو سلسلة من الاعمال التي تتضافر لأحداث مصادرة زاحفة...) (1). وفي حكم آخر استخدم مركز التحكيم الدولي (ICSID) مصطلح المصادرة الواقعية في القضية المعروفة بـ (Parkering v Lithuania) بالقول: (.. لم تتضمن المعاهدة بشكل واضح، المصادرة الواقعية (أو المصادرة غير المباشرة) ولكن يمكن فهم ذلك من التأثير السلبي لإجراءات الحكومة على المستثمر بما يتعلق بحقوق الملكية لأنه ينطوي عليها الحرمان من التمتع بحقوق الملكية..) (2).

عليه، ونظراً لما أثير من جدل حول ما يندرج تحت المصادرة المستترة، فقد تضاربت قرارات التحكيم الدولي في تفسير مدى انطباق وصف المصادرة المستترة على القرارات والأفعال التي تتخذها الدولة المتعاقدة، ولم يصحبها تعويض (فهي لذلك غير مشروعة)، أو انها لا تشكل سوى حق للدولة في التنظيم واستخدام سلطاتها في الضبط والتشريع. مثال على ذلك، اعتبرت هيئة التحكيم قرار مجلس الاعلام التشيكي بتغيير شروط البث التلفزيوني مصادرة غير مباشرة لحقوق الشركة الهولندية (CME)، وذلك طبقاً للاتفاقية الثنائية بين جمهورية التشيك وهولندا، بينما توصلت هيئة تحكيم أخرى في لندن إلى خلاف ذلك، وعدته قرار مشروع لا يخالف

=القضية رقم 1/97/(ARB(AF) في ٣٠ /٨/ ٢٠٠٠، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٥.

(1) David Colins: An Introduction to International Investments Law, First publish, Cambridge University, 2017, P167

الفقرة (٤٣٧) من القضية المرقمة (. (08/02/ARB) في ٢٠٠٧/٢/٦، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٦

(2) رقم القضية (8/05/ARB) بتاريخ ٢٠٠٧/٩/١١، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٢٣

الالتزامات المعقودة في الاتفاقية الثنائية بين جمهورية التشيك والولايات المتحدة الأمريكية في قضية (LAUDER)⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى القضايا التي رفعت ضد الأرجنتين أمام مركز التحكيم الدولي (ICSID) من قبل شركات أمريكية، طبقاً لمقررات لجنة القانون الدولي والتي تقضي بعدم جواز احتجاج الدولة بالضرورة لاتخاذ إجراءات مخالفة للقانون الدولي⁽²⁾؛ لإخلال الأرجنتين بالتزام تعاقدي مقتضاه تثبيت شروط العقد الواردة في العقود النموذجية الخاصة بنقل الغاز وتوزيعه، وعدم توفير حماية قانونية كافية للمتعاقد⁽³⁾. فجاء قرار هيئة التحكيم معتبراً هذا الاجراء مشروعاً ولا يعد مصادرة غير مباشرة، بالقول: (...قانون الطوارئ العامة وإصلاح نظام الصرف، يمثل خرقاً لشروط تثبيت العقود محل النزاع، وليس مصادرة غير مباشرة لحقوق المتعاقدين لعدم حرمانه من حقوقه كاملة. وعلى الرغم من احتجاج الأرجنتين بالاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين، والتي تعطي طرفي الاتفاقية الحق في تفعيل إجراءات لحماية المصلحة العامة في حالات الضرورة. لأن القانون الذي أصدره برلمان الأرجنتين لا يرقى إلى مستوى (الضرورة...) ⁽⁴⁾ .

(1) MATTHIAS HERDEGEN “PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW “, second edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, UK, 2016, P178.

للاطلاع أكثر على تفاصيل قرار التحكيم (LAUDER) الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٩/٣، يُنظر في ذلك الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٢/٢٨

(2) المادة (٢٥) من مسودة لجنة القانون الدولي بتاريخ ٢٠٠١.

Christoph Brunner: Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles, Kluwer international law, Alphen, P318

(3) أصدرت الأرجنتين قانون الطوارئ العامة رقم (٢٥٥٦١) بتاريخ ٢٠٠٢/١/٦ بموجب المادة (٧٦) من

الدستور الأرجنتيني. والذي قضى بإلغاء كل من نظام التحويل وربط البيزو بالدولار الأمريكي. بتحويل جميع

الأدوات المالية والمديونية والعقود الموقعة بالدولار الأمريكي الى بيزو. على أثر ذلك رفعت شركات أمريكية

كبيرة (and BG GROUP ENRON SEMPRA LG&E, GMS) قضايا تحكيمية ضد الأرجنتين

لدى مركز التحكيم الدولي (ICSID) لتسوية منازعات الاستثمار.

F.DEKKER.E.Hey,” Netherlands Yearbook of International Law” , Edition 41, , Rotterdam, 2010, p139.

(4) القضية رقم (0/03/ARB)، في ٢٠١١/٩/١٦، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0231.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٣.

فيما صدر حكم آخر بخصوص الموضوع نفسه في قضية شركة (GMS)، والذي قضى بأن: (... هذا القانون لا يشكل إخلالاً بالتزاماتها الأخرى، مثل الالتزام بالمعاملة العادلة والمنصفة، وفقاً لاتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين سوى إن تغيير نظام الصرف، وتقييد عملة الدفع ومنع حساب تغييرات الأسعار. يشكل تغييراً مباشراً في البيئة القانونية للعقد التي عول عليها المتعاقد في اتخاذ قراره بالتعاقد وتقدير مصالحه المشروعة، وهو ما يشكل من وجهة نظر الهيئة إخلالاً بالتوقعات القانونية المشروعة للمتعاقد والتي بنيت على تأكيدات من حكومة الدولة المضيفة بضمان استقرار البيئة القانونية وكذلك تعهدات صريحة في رخصة عقد نقل الغاز وبيعه⁽¹⁾. وقررت هيئة تحكيم أخرى، موقفاً مغايراً في قضية (LG&E)، واعتبرت أن عنصر الضرورة في القانون متوافر. وقضت بأن: (... شروط تطبيق المادة (١١) من اتفاقية (NAFTA) تحققت وبناء على ذلك لا يستحق المدعون تعويضاً عن الأضرار التي أصابتهم نتيجة تطبيق قانون الطوارئ العامة وإصلاح الصرف طوال فترة قيام الظروف الطارئة التي استدعت الضرورة...⁽²⁾).

ويُعد التشريع الضريبي من أهم وسائل المصادر المستترة التي تلجأ إليها الدول للمصادرة الواقعية لحقوق المتعاقد. فالأصل، أن التشريع الضريبي أداة قانونية بيد الدولة تستخدمه لتوزيع الدخل والثروة، وجذب الأموال والخبرات الأجنبية، من خلال ما تمنحه الدولة للمتعاقد من مزايا واعفاءات. من ثم، فلا تتدرج التعديلات التي تجريها الدول على التشريع الضريبي ضمن مفهوم حرمان المتعاقد من حقوقه الجوهرية من المشروع محل العقد الإداري الدولي، في حالة وضع المزيد من القيود على الضرائب الخاصة بالمشاريع ذات الصلة بالمتعاقد، وليس للمتعاقد الحق بأن يدعي إصابة مصالحه بالضرر. وهذا ما أكده قرار لهيئة تحكيم (ICSID) بخصوص القضية المعروفة بـ (Feldman v MEXICO)، مستندة في الحكم إلى اتفاقية (NAFTA) بأن (... تطبيق قانون الضرائب المكسيكي الذي كان سارياً ومطبوقاً على جميع الخاضعين لنطلق الضريبة

(1) د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ٣٢١.

(2) Christoph Brunner, Op.Ct , p318.

قبل إنشاء المشروع محل النزاع. لا يشكل مصادرة غير مباشرة لأمواله ولا يرتب حقاً له في التعويض. بامتناع السلطات الوطنية عن رد جزء من الضرائب المستحقة... (1).

ولكن، عندما تلجأ الدولة إلى تعديل التشريع الضريبي، بموجب إجراء صادر من سلطة غير مختصة أو خلاف الإجراءات المتبعة في إصداره ومخالفته لتعهد صادر عن الدولة المتعاقدة بتثبيت النظام الضريبي أو منحه سماح ضريبي، فضلاً عن انطوائه على تمييز. ففي هذه الحالة ينقلب تعديل التشريع الضريبي الي مصادرة مستترة، تمارس من خلاله ضغوط اقتصادية على المتعاقد؛ لدفعه إلى التخلي عن حقوقه المتحصلة عن المشروع، بخلاف ما يُفترض أن يتمتع به المتعاقد من معاملة عادلة ومنصفة (2).

فضلاً عما تقدم، فمن الأساليب المستترة التي تلجأ اليها الدول لمصادرة حقوق المتعاقد المشروعة، اتخاذها قرارات ذات صلة بأعمال السيادة مستفيدة من تحصينها من رقابة القضاء، وهذا لا ينفي خضوعها للرقابة السياسية من قبل البرلمان. فضلاً عن إمكانية رقابة القضاء على مشروعية القرارات التنفيذية القابلة للانفصال عن عمل السيادة، فتخضع تلك القرارات لرقابة قاضي المشروعية، وقد يحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن القرارات الإدارية الصادرة تنفيذاً لعمل من أعمال السيادة. ومن أعمال السيادة، علاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان (مثل قرار حل البرلمان أو دعوته للانعقاد) أو علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية (مثل قرارات العفو) أو ما يتعلق بالعلاقات الخارجية (كإبرام المعاهدات الخارجية أو اعلان الحرب) (3).

وتختلف النظم القانونية المقارنة في مسألة تعويض مواطنيها عن الأضرار التي تلحقهم نتيجة لعمل من أعمال السيادة؛ فبينما يرفض النظام القانوني المصري التعويض عن أعمال السيادة، إلا إنه يسمح للأفراد أن يرفعوا دعواهم للتعويض عن القرار الإداري الخاص الذي يتصل

(1) Adrian Rodriguez: International Arbitration Claims against Domestic Tax Measures Deemed Expropriator or Unfair and the Inequitable, Inter- American Development Bank, Washington, 2006, P10.

القضية رقم، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٦ الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتاريخ (ICSID):٢٠٠٢/١٢/١٦

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٦

(2)M.Soranarajah," The International Law on Foreign Investment", third edition, Cambridge University Press, UK, p341.

(3) د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ٣١٠.

يعمل من أعمال السيادة، وهنا لا بد من توافر شرط (المصلحة الشخصية المباشرة) حتى تقبل الدعوى. في حين أتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى التعويض عن أعمال السيادة، على أساس من نظريتي تحمل المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة، (وفي هذه الحالة يتعين إثبات الضرر الخاص والاستثنائي الذي أصاب المدعي). وخفف من أثر أعمال السيادة فقرر أماكن التعويض عنها، فصدر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠ حكم يقضي بأن الأضرار الناجمة عن حوادث توصف بأنها حوادث حرب تمنح المضرور حقاً في التعويض استناداً إلى نصوص لها قوة القانون، فضلاً عما استقر عليه من استثناء التدابير القابلة للانفصال عن العلاقات الدولية أو الدبلوماسية واخضاعها لرقابة القضاء، من قبيل قرارات تسليم المجرمين. (1)

وبالمقابل، فلا تتردد هيئات التحكيم من إثبات مسؤولية الدولة عن المصادرة المستترة التي تسبب فيها القرار السيادي، إلا أن الهيئات تختلف في معيار التعويض، فمنها ما يشترط في التعويض أن يساوي القيمة السوقية العادلة للاستثمار قبل تاريخ صدور القرار السيادي، ومنها ما يقلل من قيمة التعويض أخذاً بالاعتبار أن القرار السيادي وراءه أسباب تخرج بالضرورة عن تقدير الهيئة، خلاف التعويض عن المصادرة المستترة التي لا تتصل بقرار سيادي.

وما استقرت عليه أحكام التحكيم وآراء الفقه، هو أن التعويض الكامل والعاقل والسريع يُقدر بالقيمة السوقية العادلة للاستثمار قبل المصادرة؛ وذلك لأن الظروف التي اقتضت إصدار القرار السيادي وإن كانت لا يجب أن تخضع لتقييم هيئة التحكيم، إلا إنها بشكل أو بآخر لا بد أن تدخل في تقدير الهيئة للتعويض المستحق للمستثمر من باب العدالة في توزيع الأعباء. وفي المقابل نجد أن هيئات تحكيم أخرى قد رفضت من حيث المبدأ تعويض المستثمر عن قرارات سيادية قد صدرت لتعالج ضرورة اقتصادية واتسمت بالطابع العام، ولم يقصد من تطبيقها حرمان المستثمر من الاستفادة بأمواله (2). مثال على ذلك ما تم الإشارة إليه بخصوص قضية الأرجنتين والشركات الأمريكية المشار إليها بسبب إصدار قانون الطوارئ العامة.

(1) د. نجيب خلف أحمد الجبوري، د. محمد علي جواد كاظم: القضاء الإداري، الطبعة السادسة، مكتبة يادكار، سنة ٢٠١٦، ص ٥٣.

(2) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٣١١.

يتضح من خلال ما تم ذكره سلفاً، أن مصدر المخاطر الواقعية يتركز في إجراءات مشروعة تندرج ضمن نطاق ممارسة الدولة لسلطتها التقديرية، وتكون خارج تنبؤات المتعاقد عند إبرام العقد. فقد لا يُتوقع من مشغل الطرق الذي يحمل امتيازاً حصرياً أن يتحمل مخاطر النقص المروري الناجم عن الفتح اللاحق لطريق مجاني بديل من قبل كيان آخر غير السلطة المتعاقدة⁽¹⁾. ومع ذلك، يُتوقع منه عادةً أن يأخذ في الاعتبار الزيادات المعقولة في تكلفة العمالة على مدى عمر المشروع. فضلاً عن أنه لا يشترط فيها قلب اقتصاديات العقد بل مجرد إحداثها اضطراب في الاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد.

وباستقراء القرارات التحكيمية المتقدمة، يمكن القول: إن المخاطر الواقعية لحقوق المتعاقد تختلف عما سواها من المخاطر، إذ إنها لا تستلزم شكل معين، بل قد تأخذ عدة أساليب لا يمكن حصرها، كقرار سحب التراخيص التي منحت للمتعاقد، وقرارات إعادة تخصيص الأراضي للنفع العام أو إنشاء محميات طبيعية أو حظر الاستيراد. فضلاً عن أنها ترد على كافة الحقوق (حقوق عينية أصلية أو تبعية أو حقوق غير عينية كالأرباح المستقبلية)، خلاف ما يترتب على مخاطر المصادرة المباشرة، إذ ترد على نزع الملكية، وكذلك الاستيلاء على العقارات والحقوق العينية. من ثم، فمرد تعويض المتعاقد ثبوت المصادرة المستترة، مرده ليس فقط حرمان المتعاقد من الإفادة من أمواله، وإنما أيضاً إخلال الدولة بالتزاماتها في توفير حماية قانونية كاملة ومعاملة عادلة ومنصفة للمتعاقد، كما هي مقررة في قواعد القانون الدولي العرفي⁽²⁾.

وهكذا، فعلى الرغم من إن الفقه والتحكيم، قد واجه صعوبة بالغة لوضع تعريف محدد لهذه المخاطر. لكنه يمكن وضعها في إطار عام، فيراد منها الأفعال والقرارات التي لا تهدف بشكل مباشر ومعلن إلى حرمان المستثمر من حقوقه ومن تحقيق منافع اقتصادية مشروعة

(1) زعمت شركة (DIBC) أمام هيئة تحكيم مشكلة بموجب اتفاقية التجارة الحرة في أمريكا (NAFTA) بتاريخ ٢٠١٥/٨/١٧ بأن حكومة كندا تراجعت عن التزاماتها، وسببت خفض عائدات الشركة بسبب بناء جسر جديد بدلا عن جسر السفير بين أمريكا وكندا، وتعتمد بتأخير الموافقات الخاصة من الشركة على خطة بناء الشركة لجسر جديد. والتميز ضد (DIBC) من خلال تمرير قانون الجسور والاتفاق الدولي في عام ٢٠٠٧ وقانون جسر تعزيز التجارة ٢٠٠١. تفاصيل القرار في الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7078-0.p>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/٢

(2) د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

ومتوقعة من ابرامه للعقد الإداري الدولي. بيد إن تواترها، يؤدي إلى تحقيق نفس النتائج المترتبة عن المصادرة المباشرة، بحرمانه من ممارسة حقوقه، دون نقل ملكية المشروع محل العقد إلى الدولة أو طرف ثالث.

خلاصة ما تقدم، يمكن القول بأن فكرة استنهاض الضمانات الموضوعية في العقد الإداري الدولي، تقتزن بما يواجه العقد من مخاطر تهدد اختلال توازن العلاقة العقدية وتُصيب نظامه القانوني بعدم الاستقرار، لاسيما إن دائرة المخاطر تبدو بشكل أكبر في العقد الإداري الدولي لدخول الدولة طرفاً في العقد بسلطانها العام على المستوى الداخلي والخارجي، فضلاً عن تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية التي تضيف مدلول شخصي للمخاطر، إلى حد يتم اسباغ وصف المخاطر على أي إجراء يضر بالمصالح المشروعة والمتوقعة للمتعاقد أو يصادر حقوقه، ويتسبب بعزوف الأموال والخبرات الأجنبية عن القدوم والتعاقد من ثم. فبحسب مصادرها، تتباين هذه المخاطر إلى صنفين، منها ما يتعلق بالتفوق القانوني للدولة المتعاقدة في العلاقة العقدية إزاء الشخص الخاص الأجنبي الطرف في العقد، جراء ممارستها لحقها بالتعديل أو الإنهاء بوصفها سلطة عامة طرف في العقد أو تنفيذاً لقوانين أو لوائح تمس مضمون العقد بالتغيير، من دون الرجوع إلى رضا المتعاقد. فضلاً عن ذلك، قد تتخذ الدولة المتعاقدة مجموعة إجراءات بموجب سلطتها التقديرية، والتي قد يتسبب تواترها إلى اختلال وعدم استقرار التوازن الاقتصادي للعقد، إلى حد تُحقق نفس النتائج المترتبة عن المخاطر الإدارية والتشريعية؛ لأنها تمثل مصادرة غير مباشرة لحقوق المتعاقد على المشروع⁽¹⁾. تبعاً لذلك واستناداً إلى ما تم ذكره سلفاً من تباين للمخاطر الموضوعية، التي تتسبب بعدم الاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد الإداري الدولي يُمكن تحديد ما يجب استحداثه من ضمانات في العقد الإداري الدولي لمواجهتها.

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٢٩١.

المبحث الثاني الاستقرار القانوني والاقتصادي

من خلال ما تم تناوله في المبحث الأول، يظهر بشكل جلي بأن هنالك نوعين من المخاطر، تمس مضمون العقد الإداري الدولي بشكل مفاجئ وغير متوقع عند التنفيذ، وتُصيب استقراره القانوني والاقتصادي بالاضطراب نسبةً إلى ما كان عليه لحظة إبرامه. ومصادر هذه المخاطر، تارة ترد بشكل إجراءات قانونية انفرادية تتخذها الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة طرف في العقد تمارس حق التعديل والإنهاء الانفرادي للعقد الإداري الدولي (مخاطر إدارية)، أو من خلال تطبيقها لتعديلات تشريعية، سواء قوانين صادرة عن السلطة التشريعية أم قرارات تنظيمية صادرة عن السلطة التنفيذية (مخاطر تشريعية). وتارة أخرى، تأخذ المخاطر شكل آخر من التأثير الاقتصادي الواقعي - من قبل الدولة المتعاقدة - على ممارسة المتعاقد لحقوقه المتوقعة عن المشروع محل العقد، وحرمانه من ممارستها.

تبعاً لأعلاه، فما يُفترض استحداثه من ضمانات موضوعية، يتباين بحسب مقتضيات مواجهة المخاطر التي تهدد الاستقرار القانونية والاقتصادي للعقد. وعلى هذا النسق، فهي ترد بصورة حلول قانونية وقائية تقوم بتحسين العقد وعزله عن بيئته القانونية من خلال تعهد صادر عن الإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة بعدم المساس بنظامه القانوني - الذي تم بموجبه إبرام العقد. وذلك من خلال ادراج شرط الثبات التشريعي أو تجميده ادارياً من اتخاذ أي اجراء اداري لاحق يمس مضمونه. وبظهور المخاطر الواقعية، جراء ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها التقديرية في تحقيق المصلحة العامة، تطورت الضمانات إلى التسليم باعتماد العقد الإداري الدولي على أساليب تعاقدية ذاتية، يتفق عليها طرفا العقد للتعامل مع ما يطرأ عليه من اضطراب في استقراره الاقتصادي عند التنفيذ.

لذلك، وبحسب الأساليب المتبعة لضمان الاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد، سيتم تقسيم هذا المبحث على مسلكين من الضمانات، الأولى وقائية تنتهج مسلك التحسين القانوني للعقد، وأخرى تضمن الاستمرار باستقراره الاقتصادي بالقدر اللازم لإتمام تنفيذه أو تسييره. وسيتم تناوله في مطلبين. المطلب الأول، يتعلق بضمانات تسلك أسلوب وقاية العقد الإداري الدولي من المخاطر التشريعية والإدارية المحيطة به من خلال عزله عن محيطه القانوني، والمطلب

الثاني تبدو الضمانات أساليب عقدية تتعامل مع الآثار الاقتصادية المترتبة على عدم الاستقرار القانوني للعقد، إذ تُعيد توزيعها بين الطرفين.

المطلب الأول

التحصين القانوني للعقد الإداري الدولي

في المراحل الأولى من ظهور العقود الإدارية الدولية، تبنت الدول - وهي في أقصى حاجتها الاقتصادية إلى الأموال والخبرات الأجنبية - نمط تقليدي لضمانات المتعاقد، قوامه فكرة التحصين القانوني للعقد الإداري، مستعينة بحلول قانونية تعزل العقد الإداري الدولي عن متغيرات قد تُصيب شروطه أو نظامه القانوني الواجب التطبيق عليه، بخلاف ما تم الاتفاق عليه على نحو يضمن الاستمرار بتنفيذ العقد. وعلى اختلاف ما تطورت إليه تقنية التحصين القانوني للضمانات الموضوعية في عدة صور، لكنها تلتقي في نتيجة واحدة مفادها إجهاض المخاطر الإدارية والتشريعية من مصادرها؛ لمنع المساس بمضمون العقد، والحد من اضطراب استقراره القانوني، وذلك من خلال التجميد الموضوعي للعقد أو تثبيت نظامه القانوني الواجب التطبيق عليه بعد إبرامه. وهذا ما سنتعرض إليه في فرعين الآتيين: الفرع الأول - شرط تجميد مضمون العقد، الفرع الثاني - شرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول

شرط تجميد مضمون العقد

كما تم الإشارة سلفاً، من مخاطر المساس بمضمون العقد الإداري الدولي، قيام الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة طرف في العقد بتغيير مضمونه عند التنفيذ، وبشكل مختلف عما تم الاتفاق عليه، تلبيةً لمقتضيات المصلحة العامة. مما يستلزم بالمقابل - كما عملت أغلب الدول النامية في المراحل الأولى لعقود البترول - على إجهاض مخاطر إدارية متأتية من المساس المباشر بمضمون العقد من قبل الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة متعاقدة. فبرزت أهمية شرط التجميد، الذي يقضي بتعهد صادر عن الإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة، بعدم ممارستها لحقها بالتعديل أو الإنهاء الانفرادي للعقد، بغية إبقائه ضمن نطاق قوته الملزمة، كما كانت عليه لحظة إبرام، طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾.

(1) د. محمد فوزي عبد القادر: مصدر سابق، ص ٨٤.

بذلك، فمؤدى شرط التحميد، إن تتعهد الدولة المتعاقدة أو أحد أجهزتها الطرف في العقد الإداري الدولي بإبقاء مضمون العقد الإداري الدولي كما كان عليه لحظة إبرامه. إذ تمتع عن استعمال امتياز سلطتها العامة الانفرادية بتعديل شروط العقد أو إنهائه لتلبية مقتضيات المصلحة العامة، وعدم اتخاذ أي تدبير اداري مباشر من قبل السلطة العامة المتعاقدة، من شأنه المساس بمضمونه المتفق عليه لحظة إبرامه، وبخلافه تتحمل الدولة مسؤولية الاخلال بالتزام تعاقد.

ويُعد شرط تجميد مضمون العقد، نموذجاً بدائياً للضمانات الموضوعية، برزت أهميته مع ظهور عقود امتياز البترول. إذ وجدت الشركات النفطية ان تغيير مضمون العقد من قبل الدولة المتعاقدة يلحق بها خسائر فادحة. على سبيل المثال، عقد امتياز شركة النفط الأنجلو- فارسية (Anglo-Persian Oil Company concession) والمؤرخ في ٢٩/٤/١٩٣٣. فقد حرصت الشركة الإنكليزية على تجميد موضوع العقد إزاء ما يمكن أن تمارسه الجهة المتعاقدة من تدابير إدارية بالنص على (.. عدم جواز ابطاله أو تعديله بأي تدبير اداري...)⁽¹⁾.

عملاً بما تقدم، فقد دأبت الدول الساعية إلى جذب الأموال والخبرات والأجنبية إلى النص افي تشريعاتها بتعهد عام صريح أو ضمني، بالتزامها عدم الإضرار بالمتعاقدين جراء ما قد تتخذه السلطة العامة المتعاقدة من قرارات تمس مضمونه أو تتطوي على تعسف، إلى حد يندرج هذا الشرط ضمن كراسة الشروط التي تلتزم بها الجهة المتعاقدة عند إبرامها للعقد الإداري الدولي. وذلك ما أشار اليه قانون الاستثمار في مصر، وهو بصدد تناوله لضمانات المتعاقدين في عقد الاستثمار. فحظر اتخاذ الجهة المتعاقدة أي إجراء من شأنه خرق مبدأ العدل والانصاف في التعامل مع المتعاقدين الأجانب، وعدم مراعاة الإجراءات والضوابط والقيود والشروط والتراخيص للمعايير والمواثيق الدولية⁽²⁾.

(1) الفقرة (٢) من المادة (٢٨) من عقد امتياز شركة النفط الأنجلو- فارسية (Anglo-Persian Oil Company concession) والمؤرخ في ٢٩/٤/١٩٣٣.

Maximilian Kuh, "Enabling the Iranian Gas Export Options", Doctoral thesis Freie universitas Berlin, 2012, p355.

(2) المادة (٣) من قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل (تتمتع جميع الاستثمارات المقامة في جمهورية مصر العربية بالمعاملة العادلة والمنصفة ... ولا تخضع أموال المستثمر لأي إجراءات تعسفية أو قرارات تتسم بالتمييز ...)، كذلك المادة (٤) من نفس القانون، نصت الى ما يشير الى حماية = المتعاقد من المخاطر الإدارية (.. لا يجوز لأي جهة إدارية اصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية أو اجرائية تتعلق بإنشاء أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام هذا القانون ...). المادتان (٨،٧) من الفصل =

أما قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المعدل، فتنبئ التعديل الاتفاقي، ولم يجز تعديل بنود عقد المشاركة الا بموافقة اطرافه، بيد أنه منح الجهة الإدارية الحق بتعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك⁽¹⁾.

أما المشرع العراقي، فلم يتبنَ نص صريح في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، ينطوي على شرط خاص بتجميد العقد الإداري الدولي إزاء المخاطر الادارية، بل اكتفى بوضع قيود نوعية وكمية ترد على أي تعديل تجريه الجهة المتعاقدة على مضمون العقد الإداري، بموجب نسب معينة من حجم العقد بشكل لا يتسبب بضرر يُصيب المصلحة العامة، ولا يتقل كاهل المتعاقد بالتزامات مضافة، إلى حد أنه يصيب توازن العقد بالاختلال، وكما تم الإشارة اليه سلفاً في إطار البحث في المخاطر الإدارية.

فيما أهتم قانون الاستثمار بضمانات ذات صلة بالمخاطر التشريعية⁽²⁾. ومن هنا يمكن القول، بأن المشرع العراقي، وإن لم يتناول العقد الإداري الدولي بضمانات مستحدثة إزاء المخاطر الإدارية بشكل صريح أو ضمني، يُراعى فيها تطبيق المعايير دولية والتي تقضي بتوفير الحماية القانونية الكافية، كما هو معمول به في التشريع المصري. بيد إن الحكومة العراقية قد بذلت جهوداً حثيثة لتقادي هذا النقص، من خلال إبرام اتفاقيات دولية، تتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار، وتنطوي على بنود أقرب إلى مبدأ عام يقضي بتوفير حماية قانونية كافية وتوفير معاملة عادلة ومنصفة كدلالة على حماية المتعاقد من التعرض لأية مخاطر ناجمة عن إجراءات، ومنها التدابير الإدارية التعسفية من قبل الجهة المتعاقدة⁽³⁾.

=الثاني (الضمانات) من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧، منشورة في الجريدة الرسمية، العدد (٤٣) مكرر (أ) بتاريخ ٢٨/١٠/٢٠١٧.

(1) المادتان (٧، ٣٧) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ لمعدل.

(2) الفقرتان (أ، ب) من البند ثالثاً من المادة (١٢) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

(3) المادة (٤) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين فرنسا والعراق (يتعهد كل من الطرفين المتعاقدين بتأمين المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات المنجزة على أرضيه... وأن يعمل على ألا تعاق ممارسة الحق المعترف به على هذا النحو لا قانوناً ولا فعلاً...). مصادق عليها بموجب القانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢، الوقائع العراقية، العدد ٤٢٤١، ٤/٦/٢٠١٢. ص ٢.

وعلى الأغلب، فلا تكتفي هيئات التحكيم عند النص الصريح على تجميد العقد، وإنما تستدل عليه استناداً إلى إخلال الدولة المتعاقدة بالتزامها بتوفير حماية قانونية كافية للمتعاقد تعهدت بها الدولة المتعاقد بموجب اتفاقية دولية. ومن ذلك قيام الشركة العامة للسياحة والفندقة المصرية (EGOTH) - بعد عمليات تفتيش أجرتها وزارة السياحة المصرية بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٧ - بتخفيض تصنيف فندق (SHEPHEARD) الذي تشرف عليه شركة (HELNAN) من فندق خمس نجوم إلى مرتبة أربع نجوم. إذ أصدرت الجهة المتعاقدة (EGOTH) قرار إداري انفرادي بتعديل بنود العقد، فيما يخص تصنيف الشركة الدنماركية؛ لعدم قيام الشركة بتطوير الفندق، فصدر قرار عن هيئة تحكيم مشكلة في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في القضية المعروضة بين جمهورية مصر العربية وشركة دنماركية. وجاء فيه ما مفاده (... عدم وجود مخالفة لمصر بالتزامها التعاقدية وفقاً لما تعهدت به في اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات المعقودة بين حكومة جمهورية مصر العربية وحكومة الدنمارك، بتوفير الحماية القانونية الكاملة، والقرار جاء لعدم قيام الشركة بالإيفاء بالتزاماتها...)⁽¹⁾.

مما تقدم، يتضح، بأن مناط شرط تجميد العقد الإداري الدولي، أن تتعهد الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة طرف في العقد أو أحد الأجهزة التابعة اليها، بعدم ممارسة حقها بالتعديل والانتهاء الانفرادي للعقد الإداري الدولي، بشكل يضر بالتوقعات المشروعة والمتوقعة للمتعاقد بموجب القانون. وعلى هذا النحو، يُمثل شرط التجميد البوادر الأولى لانطلاق الضمانات الموضوعية بما تعنيه من ثبات مضمون العقد عند التنفيذ، كما كان عليه عند ابرامه إزاء ما يمكن أن تتخذه الدولة المتعاقدة من تدابير إدارية. وبالأحرى يعد شرط تجميد العقد، أكثر انسجاماً مع ما هو سائد من تركيز التعاقد بيد سلطة عامة محددة تبرم العقود الدولية ذات الصلة بالمشاريع الاقتصادية المهمة وتمارس سلطتها الانفرادية دون قيود، وهذا مما يزيد الخشية لدى الشركات من خطر ممارسة إجراءات مباشرة تعسفية تضر بمصالح الشركات المتعاقدة.

(1) Ian A Laird and others: Investment Treaty Arbitration and International Law, volume 7, Juris, New York, 2014, P231.

وللتفاصيل أكثر عن القرار، يُنظر الفقرتان (١٦٩)، (١٦٨) من القضية رقم (05/19)، بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٣ الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0399.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠١٠/٩/٢٢.

وفي هذا الصدد فقد تُثار إشكالية حول مشروعية امتناع الدولة عن ممارسة سلطتها الانفرادية لمواكبة متطلبات المصلحة العامة، وهذه السلطة من النظام العام، ومستمدة من الظروف المتغيرة للمرفق العام. ولحل هذه الإشكالية، فلا بد من الرجوع إلى نفس القواعد العامة التي تحكم حق السلطة العامة الطرف في العقد الإداري بالتعديل أو الإنهاء الانفرادي للعقد، والذي يرتبط وظيفياً بأداء المرفق العام وتنفيذه بالشكل المطلوب ودوام استمرار العمل فيه.

وفقاً لأعلاه، ونظراً لتعلق العقد الإداري الدولي بمصالح التجارة الدولية، فضلاً عن أن اطمئنان المتعاقد بعدم تعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة إلى الضرر جراء المخاطر الإدارية، يعد من مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، لما للاعتبار الشخصي للمتعاقد من دور رئيسي في تنفيذ المرفق العام أو تسييره، بسبب ما يمتلكه من تفوق اقتصادي وفني و الدولة بأمس الحاجة اليه. عليه يمكن القول، بأن حق التعديل أو الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري الدولي من قبل الدولة المتعاقدة، بحاجة إلى المزيد من الحلول القانونية لأجرائه من دون تعارضه مع مسوغات أصل إقراره لصالح السلطة العامة الطرف في العقد لتحقيق المصلحة العامة. ومن ثم، فيُفترض بهذا الحل القانوني تكريس قدر من تعزيز مشاعر الاطمئنان المتعاقد، بعدم اتخاذ الدولة المتعاقدة إجراءات انفرادية تمس مضمون العقد دون الرجوع اليه. وبدون ذلك يشوب حق التعديل عيب الانحراف باستعمال الحق، لمخالفته سبب التعاقد في تحقيق النفع العام⁽¹⁾.

(1) د. أشرف محمد خليل: مصدر سابق ، ص ٣٢٥.

الفرع الثاني

شرط الثبات التشريعي

يتم تنظيم أحكام العقود الإدارية الدولية بموجب قوانين وقرارات تنظيمية، مما يجعل نظامها القانوني الواجب التطبيق عند أبرامه أكثر عرضة لمخاطر التغيير المفاجئ عند التنفيذ؛ نظراً لما تجريه السلطتين (التشريعية، التنفيذية) من تعديلات تشريعية لاحقة بعد إبرامه، تلبية لضرورات الصالح العام. عليه، فلا تقتصر مخاطر المساس بمضمون العقد الإداري الدولي، على ما تمارسه السلطة العامة الطرف في العقد من حق عام بتعديل شروط العقد الإداري الدولي أو إنهائه، بل يشمل أيضاً التعديلات التشريعية التي تؤثر في توازنه العقدي واستقراره القانوني⁽¹⁾. وهذا ما يُفسر حرص المتعاقد على الإفلات من قانون الدولة المتعاقدة، لصالح تطبيق قانون أجنبي على العقد أقل صرامة وأكثر ثبات، غير إن هذه الرغبة غالباً ما يتم رفضها من قبل الدولة لصالح خضوع العقد لقانونها الوطني⁽²⁾.

عليه، كرست الدول الرغبة باستقطاب الأموال والخبرات الأجنبية، جهودها نحو الاستعانة بالمزيد من الحلول قانونية، التي تُجنب النظام القانوني الذي تم بموجبه إبرام العقد من التعرض إلى تعديلات تشريعية (لوائح، قوانين)، وتصيبه بمخاطر عدم الاستقرار القانوني. ومن هذا المنطلق برزت أهمية تضمين العقد الإداري الدولي، شرط الثبات التشريعي، بما يُعزز مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد بثبات النظام القانوني للعقد الإداري الدولي، وحمايته من التعرض إلى تغييرات مفاجئة، بخلاف ما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد. فالمتعاقد، يرد على إبرام العقد وهو على علم مسبق بالقانون الواجب التطبيق طيلة مدة تنفيذه. وذلك يقتضي، التجميد الزمني للنظام القانوني الذي تم بموجبه إبرام العقد طيلة فترة تنفيذه⁽³⁾.

لذلك، وبحسب تلبية مقتضيات الحماية القانونية الكافية للعقد من المخاطر التشريعية، يتباين شرط الثبات التشريعي بعدة صيغ، منها: عدم تطبيق قانون، أو منع صدور أي تشريع لاحق على إبرام العقد الإداري الدولي يؤثر على حقوق المتعاقد بشكل سلبي، أو ورود نص عام يحظر تعديل شروط العقد إلا باتفاق الطرفين، أو تغليب العقد على أي تعديل تشريعي في حالة

(1) DAVID D CARON and others, "Practising Virtue Inside Arbitration", First Edition, OXFORD University, 2015, P 94.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧١.

(3) M.sornarajah, The Settlement of Foreign Investment Disputes, Kluwer law International, LONDON, 2000, p29.

الإضرار بحقوق المتعاقد، أو اعتبار قانون العقد هو قانون الدولة المتعاقدة وقت إبرام العقد. ومن ناحية مدها، فقد يكون عاماً يمنع تطبيق أي تشريع يؤثر على مضمون العلاقة التعاقدية، أو أكثر تحديداً، يتعلق بحماية جوانب معينة من التعاقد مثل التشريعات المالية أو تشريعات العمل أو التشريعات المتعلقة بالصادرات⁽¹⁾.

ومقتضى شرط الثبات التشريعي للعقد، أنه تعهد صادر عن الدولة الطرف في العقد الإداري الدولي، ومفاده عدم سريان أي تعديلات تشريعية (قوانين، لوائح) على العلاقة التعاقدية مع المتعاقد الأجنبي. ونطاق هذه التعديلات التشريعية تتعلق بالنظام القانوني الوطني الذي تم بموجبه إبرام العقد؛ لإبقائه على النحو الذي يكون عليه وقت إبرامه، من خلال ما يؤديه من تجميد زمني لعمل السلطة التشريعية، طيلة فترة تنفيذ العقد، مع مراعاة عدم اشتراط أن يكون للتشريع صلة مباشرة بالعقد، ليوصف بأنه مخالف لالتزام تعاقدي، بل قد يندرج ضمن المخاطر الواقعية ومخالفة التزام دولي.

لقد انطلق شرط الثبات التشريعي، بصورته التقليدية منذ خمسينيات القرن الماضي في العقود النفطية، بصيغة تعهد صادر عن الدولة المتعاقدة بعدم التأميم؛ استجابة لرغبة الشركات النفطية في مواجهة موجات التأميم التي كانت شائعة في ذلك الوقت، أو على الأقل الحصول على تعويض أعلى مما كانت ستدفعه هذه الدول في غياب الشرط. ولكن، نظراً لما طرأ على النظام الدولي من تطورات اقتصادية وسياسية، فقد وجدت الدول النامية أنها قد تحملت ضرراً كبيراً ومبالغ ضخمة إثر تأميمها لثرواتها الطبيعية من استغلال دول صناعية كبرى قد هددت استقلالها السياسي. فاستصدرت قرارات عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، مؤكدة لمبدأ السيادة الكاملة للدولة وحققها في التأميم. حتى أصبح شرط التعهد بعدم التأميم من غير جدوى لما يتضمنه من منع للدولة المضيفة من مباشرة حق مكفول لها دولياً⁽²⁾. وتم الإشارة إلى هذه القرارات في الفرع الخاص بالمخاطر التشريعية.

وعلى الرغم مما تقدم، فقد أثبتت التجربة، أن وجود شرط عدم التأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء لا يخرج عن كونه وعد بتحسين مضمون العقد من التغيير أو الإنهاء تطبيقاً لقوانين ولوائح تتعلق بتأميم المشروع ونقل ملكيته. من ثم، فليس لشرط عدم التأميم من إلزام قانوني بحق

(1) د. محمد فوزي حامد عبد القادر: مصدر سابق، ص ٧٦.

(2) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ١٤٥.

الدولة المتعاقدة، لكنه يعد توقع مشروع للمتعاقد بحماية مضمون العقد أو نظامه القانوني من التغيير. وهذا بحد ذاته يضع الدولة تحت طائلة مسؤولية الإخلال بالتزام تعاقدي، يترتب عليه تعويض للمتعاقد في حالة مخالفته ليس على أساس نظريات التوازن المالي التي تتطلب إثبات الضرر لقلب اقتصاديات العقد، بل لخرق الدولة المتعاقدة التزاما قانونيا بعدم المساس، وبذلك يكون التعويض أكبر ليشمل عما فات المتعاقد من كسب مالي (1).

وما يؤكد صحة التوجه في أعلاه، أي عد الدول لشرط عدم التأميم، ما سارت عليه الأغلب الأعم من التشريعات المقارنة في الحرص على النص على عدم التأميم. بيد أنها في نفس الوقت، وعلى سبيل الاحتياط أخذت بنظر الاعتبار إمكانية اتخاذها قراراً بالتأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء عليه لأغراض المصلحة العامة، مقابل تعويض المتعاقد. وفي هذا الصدد فقد خلط المشرع العراقي بين المصادرة والتأميم (2). بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري بصياغته لنصوص أكثر تفصيلاً ووضوحاً متناولاً عدم جواز التأميم ونزع الملكية والحجز، كل حالة على حده (3).

عليه، ونظراً لعدم واقعية والزامية شرط عدم التأميم أو نزع الملكية، فضلاً عن إن هذا الشرط في أحسن حالاته يتعامل مع إنهاء ونقل ملكية المشروع، ولا يشمل مخاطر تغيير مضمون العقد (4). تطور شرط الثبات التشريعي من التزام سلبي من قبل الدولة المتعاقدة بعدم إجراء التأميم أو نزع الملكية، إلى وضع مزيد من القيود على إجراء تعديل لتشريعات ذات الصلة بالعقد وقت إبرامه، بدرجات متباينة. أي تجميد عمل السلطة التشريعية من القيام بتعديلات تطرأ على تشريعات سارية وقت التعاقد أو تحديده ببعض التشريعات دون الأخرى، كأن لا يطبق على العقد المبرم أي تشريع أو قرار يتضمن فرض أعباء مالية جديدة (5).

(1) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٤٠.

(2) الفقرتان (أ، ب) من البند ثالثاً من المادة (١٢) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل (أ-عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات، ب- عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري الا للمنفعة العامة كلاً أو جزءً وتعويض عادل).

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

(4) د. محمد فوزي عبد القادر: مصدر سابق، ص ٨٠.

(5) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ١٤٨.

وهنا، قد تُثار إشكالية حول مدى صحة ورود تعهد من قبل الدولة المتعاقدة بالثبات التشريعي بصيغة شرط في العقد الإداري الدولي، بما يعنيه من التجميد الزمني لعمل السلطة التشريعية، القيام بتعديلات على القانون الواجب التطبيق على العقد عند إبرامه. وذلك، لما ينطوي عليه من اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، على أساس أن أصل ما يُفترض العمل به، هو نفاذ ما تصدره الدولة من قوانين ولوائح على الجميع.

ومن ثم فلا يمكن استثناء تشريع لاحق من النفاذ لمجرد استناده إلى شرط تعاقدية، يقضي بعدم سريانه على المتعاقد طيلة فترة تنفيذ العقد. وذلك ما أشار إليه الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ٣٠/١٠/٢٠١٢ بقولها (...إن منح التزام المرافق العامة هو من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية. وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع وإن كانت تأخذ شكل قانون لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن أرائها في شكل قانون...)⁽¹⁾.

وللخروج من الإشكالية المتقدمة، فقد عمدت الدول إلى جعل (العقد محل الثبات) بمقام قانون خاص من قوانين الدولة، استثناءً من جميع القوانين، سواء كانت سابقة أو لاحقة على إبرام العقد. ومن ثم، فلا يُطبق ما يصدر من قوانين أو لوائح تنفيذية، على العقد، تؤدي إلى تعديله. وهو ما يعرف بمواءمة العقد مع القانون أو شرط التوافق الذي يضع عقد الدولة المتضمن لشرط الثبات التشريعي في وضع قانون استثنائي بالنسبة إلى جميع القوانين التي تصدرها الدولة المضيفة. فلا يخضع لما هو مستقر عليه بشأن تفسير القوانين بتقييد النص الخاص للعام ولو كان سابقاً عليه، ولا يخضع لأية قوانين لاحقة عليه سواء أكانت عامة أم خاصة⁽²⁾. فعلى سبيل المثال، قانون الترخيص لوزير البترول والثروة المعدنية في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول والشركة الوطنية المصرية لاستكشاف وتنمية البترول للبحث عن البترول واستغلاله في جنوب شرق أبو سنان بالصحراء الغربية⁽³⁾.

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ١٣٨.

(2) د. محمد فوزي حامد عبد القادر: مصدر سابق، ص ٨٨.

(3) المادة (الثانية) من القانون رقم (١٣٥) لسنة ٢٠١٩ (تكون للقواعد والإجراءات الواردة في الاتفاقية المرافقة قوة القانون وتنفذ بالاستثناء من أحكام أي تشريع مخالف لها). الجريدة الرسمية، العدد ٢٨ مكرر (و)، بتاريخ ٢٠١٩/٦/١٧.

ومع تطور صيغ العقود الإدارية، انعكاساً لمتطلبات اقتصادية وتنامي فكرة الاستقرار القانوني للعقد الإداري الدولي وجد المتعاقدون بأن هنالك ضرورة بانتهاج مزيد من المرونة في ثبات مضمون العقد وتحسينه بتعهد صادر عن الدولة المتعاقدة بعدم المساس بمضمون العقد أو تغيير شروطه أو إنهائه بدون التراضي. وهذا المسلك يوفر حماية لمضمون العقد من التغيير بشكل أوسع، بغض النظر عن مصدر التعديل أو الإنهاء الانفرادي من قبل الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة طرف في العقد (مساس إداري). أو من خلال ما تملكه من سلطة إجراءات تعديلات تشريعية تمس مضمون العقد الإداري الدولي (مساس تشريعي)، مع الأخذ بنظر الاعتبار ضرورة ادراج شرط عدم المساس ضمن قانون ينظم أحكام العقد، كسماح قانوني لهذا الاستثناء (1).

ومن تطبيقات التعديل الاتفاقي أو عدم المساس، العقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين (California Asiatic of. company et Texaco overseas petroleum company). إذ ورد في أحد بنوده (أن الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي بخولها لها هذا الاتفاق وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف ..). (2) (وعقد آخر مبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (NIOC) وشركة (Sapphire) الكندية. إذ أنفق الطرفان .. أو أي إجراء أداري أو أي تصرف آخر أيا كان نوعه صادر عن إيران أو أي سلطة حكومية في إيران (سواء مركزية أو محلية) أن يلغي هذا الاتفاق أو تعديله لا يتم إلا برضاء الأطراف)(3).

وتبنت أحكام التحكيم صحة شرط عدم المساس بالعقد بوصفه التزام من قبل الدولة المتعاقدة بتعهد عام، يقضي بعدم تغيير مضمونه لأي سبب كان طيلة مدة تنفيذ. من ذلك حكم مركز التحكيم الدولي في واشنطن (ICSID) قضية (Aminoil). فذهبت محكمة التحكيم في إطار تفسير نطاق شرط عدم المساس بالعقد أنه (...يشمل أي إجراء يمكن أن يسبب ضرراً

(1) د. محمد فوزي حامد عبد القادر، المصدر نفسه، ص ٩٢.

(2) المادة (١٦) من العقد بين الشركتين الأمريكيتين والحكومة الليبية. د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ١٢٩.

(3) Michael Waibel, The Backlash Investment Arbitration, Kluwer Law International, Alphen, 2010, P56

جسيما بالشركة لاتصافها بطابع المصادرة...⁽¹⁾. وفي حكم آخر يتعلق بقضية (Liamco) بتاريخ ١٢/٤/١٩٧٧، بخصوص صحة شرط عدم المساس الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين (California Asiatic of company et Texaco overseas) (petroleum company)، والمشار اليه فيما تقدم. إذ أقر المحكم (DUPPY) صحة ما ورد في العقد من تعهدات مستحدثة من قبل الحكومة الليبية بثبات العقد وعدم المساس به، مقابل ما اتخذته من قرار تقليدي بتأميم المشروع⁽²⁾.

بيد إن شرط الثبات التشريعي بكل صوره ومداه، يزداد دقة ويقترّب من المعايير الدولية، عندما يأتي تطبيقاً للالتزامات تعهدت بها الدولة المتعاقدة، بموجب اتفاقية دولية قد ابرمتها مع الدولة التي يحمل المتعاقد جنسيتها، مجملها يشير إلى التعهد بضمان توفير الحماية القانونية الكافية أو المعاملة المنصفة والعادلة، على سبيل المثال قضية (Gola v Canada)، التي نظرت فيها هيئة تحكيم مشكّلة بموجب اتفاقية نافتا وطبقاً لقواعد (UNCTRAL). إذ طلب المدعي الحكم بالتعويض، لقيام حكومة مقاطعة أونتاريو/ كندا، عام 2004، بإجراء تعديلات تشريعية على قانون بحيرة آدامز ومنعت استخدامه كموقع لطمر النفايات البلدية. فحظرت وكالة (AMLA) استخدام Adams Mine (كمكب نفايات)، وألغت بعض التصاريح التنظيمية وقدمت تعويضاً إلى المؤسسة. فزعم المدعي أن هذا الإجراء قد انتهك التزامات كندا في اتفاقية (NAFTA)، بتوفير الحد الأدنى من المعاملة، وإلغاء التصريح بسبب صدور قانون آدمز مخالف لهذا الالتزام⁽³⁾.

(1) أبرمت دولة الكويت عقداً مع الشركة الأمريكية (Aminoil) حصلت بموجبه الشركة على امتياز البحث عن البترول واستغلاله لمدة ستين عام. وتضمن العقد التزاماً من قبل الدولة بعدم إجراء أي تعديل في العقد خلال مدة سريانه. ولما حاولت حكومة الكويت إجراء تعديل على الاتفاق من طرف واحد بخلاف ما تعهدت به بعدم المساس، رفضت الشركة هذا الأجراء. فانتهت الحكومة الكويتية الى إنهاء العقد وتأميم الشركة بموجب القانون رقم (١٢٤) لسنة ١٩٧٧.

M. Sornarajah: The International Law on Foreign Investment, Third edition, Cambridge University express, New York, 2010, P39.

(2) Arthur W. Rovine : Contemporary Issues International Arbitration and Mediation , 2nd edition conference Fordham University , School of Law in June 2007 , p174.

(3) الرابط الخاص بمحكمة التحكيم الدائمة (PCA)، في ١٥/٩/٢٠١١،

من جهة أخرى، فقد حرصت بعض الدول الساعية إلى استقطاب الأموال والخبرات الأجنبية، على إلزام نفسها بحماية مبدأ الاستقرار القانوني للعقد في نصوص تشريعاتها، بشكل ضمني من خلال الإشارة إلى التعهد بتوفير حماية قانونية كافية ومعاملة عادلة لا تتطوي على إجراءات يشوبها التعسف ولا تتسجم مع قواعد واعراف التجارة الدولية، للدلالة على تبنيها للاستقرار القانوني للعقد (1).

أما المشرع العراقي فقد اكتفى بإقرار شرط ثبات النظام القانوني لعقد الاستثمار بشكل صريح، ونص على عدم سريان أي تعديل يمس الضمانات والاعفاءات والحقوق المقررة في قانون الاستثمار (2). وهذا النص يشوبه غموض، فيُفترض به أن يستثنى التعديل الذي يتقل كاهل المتعاقد وينقص من الضمانات والحوافز والاعفاءات. كما ينقصه نص عام بضرورة عدم اتخاذ أي إجراء بالعقد ويشوبه تعسف أو تمييز. وهذا ما حاولت تلافيه الحكومة العراقية في الاتفاقيات التي أبرمتها مع الدول ضمن إطار حماية وتشجيع الاستثمارية غاب النص أو الإشارة إلى شرط الثبات التشريعي عن بقية العقود الحكومية التي تنظم أحكامها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، واكتفت ببعض القيود التي ترد على الحق بتعديل العقد الذي تبرمه الجهات الرسمية، وذلك ما تم الإشارة إليه بصدد البحث في المخاطر الإدارية.

وتزداد أهمية شرط الثبات التشريعي في عقود النفط أو العقود التي تكون أكثر عرضة للتغيير فضلاً عما تظهره الشركات المتعاقدة من تفوق اقتصادي وفني، فتسعى إلى استثماره وضمان حقوقها بوجود هذا الشرط. على سبيل المثال، ما جاء في قانون النفط الليبي، الذي أكد على منع لجنة البترول من إصدار لوائح تضر الحقوق التعاقدية الممنوحة صراحة في الترخيص أو العقد والقائمة وقعت إصدار اللوائح أو تعديلها (3).

(1) المادتان (٤،٣) من قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل، فيما أجاز في المادة (٨) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) المعدل، لطرفي عقد المشاركة الاتفاق على تعديله طبقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد. إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد المشاركة بما في ذلك التعديلات التشريعية السارية.

(2) المادة (١٣) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أثر رجعي يمس الضمانات والاعفاءات والحقوق المقررة بموجبها).

(3) المادة (٢٤) من قانون البترول الليبي رقم (٢٥) لسنة ١٩٥٥ المعدل والصادر بتاريخ ١١/٢٠/١٩٥٥ د. خالد منصور أسماعيل، إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، مصدر سابق، ص ٣٣٩.

مما تقدم، يتضح بشكل جلي، إن الضمانات الموضوعية التي ترد في العقد الإداري الدولي، بسياق تحصين مضمون العقد من المساس به إدارياً وتشريعياً، قوامها تعهد الصادر من قبل الدولة المتعاقدة، بعدم إجراء أي تغيير يمس مضمون العقد، وبقائه كما كان عليه لحظة إبرامه. وهنا يكمن مغزى هذه الضمانات، وما تهدف إليه من حماية الاستقرار القانوني للعقد، بشكل يبيث روح الاطمئنان لدى المتعاقد بعدم تعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة للضرر. والدولة بهذا المسلك، تتبع آلية وقائية لإجهاض وتهميش مخاطر الاستقرار القانوني من مصادرها، وذلك أما بالتجميد الموضوعي للعقد إزاء ما تمتلكه الجهة المتعاقدة من امتيازات للقانون العام، أو بالتجميد الزمني لعمل السلطة التشريعية بوقف ممارسة سلطاتها بتعديل قوانين وأنظمة ترهق المتعاقد وتشعره بعدم الاطمئنان.

وهذه الآلية الوقائية تتباين في شدتها بشكل تدريجي في التخلي عن المبادئ التقليدية للعقد الإداري، كالاتزام بعدم التأميم أو تجميده من التعرض إلى المخاطر الإدارية أو تجميد ممارسة العمل التشريعي بمستويات متعددة إزاء المخاطر التشريعية، أو الاتزام بعدم المساس بمضمونه إلا باتفاق طرفيه. وبشكل عام، تأخذ الضمانات الموضوعية بنسق التحصين القانوني للعقد، شكل حلول قانونية؛ لأنها استثناء على النظام العام المعمول به في العقد الإداري، وذلك يتطلب إسنادها إلى قانون ينظم أحكام العقد محل الثبات، ليجعل منه قانون خاص، لا تسري عليه أي تشريعات لاحقة. بمعنى أن القانون الوطني هو من يحدد مشروعية شرط الثبات، وهو من ثم يدل على احتمالية الاختيار الضمني لقانون الدولة المتعاقدة، من قبل أطراف المنازعة، وذلك ما سيتم تناوله لاحقاً في الضمانات الإجرائية، بخلاف فيما إذا كان العقد خاضعاً لنظام قانوني دولي فشرط الثبات شرط تعاقدى (1)

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقد الأشغال والتحكيم فيها، مصدر سابق، ص ١٠٩.

المطلب الثاني

الاستقلال الذاتي للعقد الإداري الدولي

إن المهمة الاستباقية لضمانات التحصين القانوني للعقد من خلال تلافى المخاطر الإدارية والتشريعية من مصادرها - لتحول دون إحداث أي اضطراب يصيب استقرار النظام القانوني للعقد، كما تم الاتفاق عليه عند إبرامه - وإن أظهرت فاعليتها في حماية التوازن القانوني للعقد الإداري الدولي من الاضطراب في المراحل الأولى، لكن بتواتر تطبيقها، برزت معها استحالة قانونية وواقعية بإمكانية الجزم بغل يد الدولة عن ممارسة سلطاتها العام بشكل مطلق، خصوصاً ما يتعلق باتخاذها لمجموعة من الإجراءات العامة، والتي بذاتها تعد مشروعة لتحقيق المصلحة العامة بموجب سلطتها التقديرية. بيد إن تواترها يتيح للدولة المتعاقدة الوصول إلى نفس نتائج المصادرة المباشرة للحقوق، كالتأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء.

ووفقاً لما تقدم، عمدت الدول والمتعاقدين معها إلى إتباع سبل أكثر واقعية، تستند إلى الرضائية العقدية بين الطرفين في مواجهة المخاطر العامة التي تهدد الاستقرار الاقتصادي للعقد. و مناط هذه السبل، تسليم طرفا العقد بالتعامل مع النتائج المترتبة عن ممارسة الدولة لسلطاتها العامة، وما تحدثه من اضطراب اقتصادي للعقد، مكرسين فيه فكرة استقلالية العقد في التعامل مع المتغيرات بتقنية عقدية يتراضى عليها الطرفان، وبالقدر الممكن لتنفيذ العقد بالشكل المطلوب. وهذه السبل في حقيقتها معمول به في نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في إطار الضمانات التقليدية للعقود الإدارية، سوى إن المتعاقدين هما من يتولوا إداء هذه المهمة.

ومن ثم، تقترب فكرة الاستقلال الذاتي للعقد الإداري من نظريات التوازن المالي المألوفة، بوصفها ضمانة موضوعية تقليدية لمواجهة المخاطر الاقتصادية. بيد إن الضمانات ذات الأساليب الذاتية تمتاز بشمولية أكبر؛ فهي لا تقف عند التعويض جراء قلب اقتصاديات العقد، بل تمتد إلى إعادة ترتيب التوازن الاقتصادي، بإعادة توزيع المخاطر الاقتصادية بين الطرفين، بما يحد أو يخفف من الضغوط الاقتصادية على المتعاقد. لذا يبدو ان فهم فكرة الاستقلال الذاتي للعقد الإداري الدولي في مواجهة المخاطر الاقتصادية، تستدعي البحث أولاً في نظريات استعادة التوازن المالي للعقد الإداري، كضمانات تقليدية، ومن ثم التطرق إلى أساليب الاستقلال الذاتي للعقد الإداري الدولي لضمان استقراره الذاتي. لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين: الفرع

الأول - نظريات استعادة التوازن المالي للعقد الإداري، الفرع الثاني - الاستقرار الاقتصادي للعقد الإداري الدولي.

الفرع الأول

نظريات استعادة التوازن المالي للعقد الإداري الدولي

بداية يمكن القول أن ما يسري على العقد الإداري التقليدي من أعمال لنظريات استعادة التوازن المالي، ينطبق على العقد الإداري الدولي، شأنه في ذلك شأن أي عقد إداري آخر؛ لاستمرار بقاء الالتزامات المتقابلة بين طرفيه عند تنفيذ العقد على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد قدر الإمكان⁽¹⁾، لا سيما أنه على الاغلب عقد طويل المدة نسبياً وأكثر تعرضاً للمخاطر التي تهدد توازنه العقدي عما سواه من العقود الإدارية.

لقد أبدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة التوازن المالي لأول مرة، بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز الخاصة بالنقل في القضية المعروفة (Ciefrancaise des tramways) بتاريخ 11/3/1911⁽²⁾. وأصبح موقفه أكثر وضوحاً في القضية المعروفة بـ (Aressy)، في حكمه الصادر بتاريخ 22/2/1980 إذ جاء فيه (... فإذا كان للإدارة أن تعيد النظر في بعض أوجه العقد (تعديل)، فعليها منح المتعاقدين معها تعويضاً، بمقاصة الأعباء التي ألقاها عليه، على وجه يعيد التوازن المالي الذي اتفق عليه الطرفان أصلاً وتحافظ على حقوق المتعاقدين معها في التعويض...) (3).

وبنفس المسلك المتقدم لمجلس الدولة الفرنسي، فقد تبني القضاء الإداري في كل من مصر والعراق نظرية التوازن المالي للعقد في العقود الإدارية، لكن استناداً إلى نص في القانون المدني⁽⁴⁾؛ لطمأننة المتعاقدين بإمكانية استعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة حدوث خلل،

(1) د. محمد فوزي حامد عبد القادر: مصدر سابق، ص 6.

(2) DAVID D CARON, "Practising Virtue Inside International Arbitration", first edition, Oxford University press, UK, p93.

(3) د. أحمد يسري: مصدر سابق، ص 242.

(4) الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 كذلك الفقرة (2) من المادة (147) من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 المعدل. للتعليق على هاتين المادتين يُنظر د. عمار = كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد 38، سنة 2015، ص 84..

نتيجة سبب خارج عن إرادة طرفي العقد أو إجراء قد اتخذته السلطة العامة الطرف في العقد لمقتضيات المصلحة العامة.

إذ أوردت المحكمة الإدارية العليا في مصر ما نصه (حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الاضرار التي تلحق بمركزه التعاقدية أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد وتحويله بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام ...) (1).

التوجه أعلاه ذاته، سارت عليه محكمة التمييز الاتحادية في العراق، وذلك ما صدر عنها بخصوص العمليات الحربية بتاريخ ٢٠/٦/٢٠٠٧. فاعتبرت العمليات الحربية عام ٢٠٠٣ ظروف استثنائية، تنطبق واعمال نظرية اعادة التوازن المالي. وجاء في الحكم ما مفاده (..أن العمليات الحربية على العراق قد بدأت في ٢٠/٣/٢٠٠٣ مما تكون السنة الثانية من تنفيذ العقد خلال الظروف الاستثنائية التي قذفتها الحرب المذكورة التي أثرت بشكل سلبي على الظروف الأمنية والاقتصادية والاجتماعية وأصبحت معها مزاوله البيع والشراء والأنشطة التجارية الأخرى. وأن لم تكن معدومة باتت محدودة، بحيث أصبح تنفيذ بعض القيود مستحيلاً أو مرهقاً في أحسن الأحوال..) (2).

وفي حكم آخر، عدت نفس المحكمة، الازمة المالية العالمية ظرف استثنائي، وجاء فيه (.. إن العقد المؤرخ في ٢٩/٧/٢٠٠٨ وان ادعاء المدعي فضلاً عن وظيفته، إنه بسبب الازمة المالية العالمية كونها ظرف استثنائي. وطلبه بإنقاص الالتزام إلى النسبة المنجزة حالياً. وقدرها ٦٠٪ (ستون بالمائة) من نسبة انجاز العقد، وكانت المحكمة قد استوضحت من البنك المركزي العراقي عن مدى تأثير الازمة المالية العالمية على الاقتصاد العراقي ومدى تأثيرها على العقد المبرم بين الطرفين. وقد أوضح البنك في كتابه المرقم ٢٦٩/١٦ في ٢٦/٧/٢٠١٠(المرفق

(1) الطعن رقم ٥٦٢ / ١٦ ق / جلسة ١٥/٤/١٩٧٨، أشار اليه د. عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص ٧٣.

(2) أشار اليه المحامي علاء صبري التميمي: المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٨، ٢٠٠٧، ٢٠٠٦)، ط ٢، بغداد، سنة ٢٠٠٩، ص ٩٧.

بإضبارة الدعوى). بأن العراق لا يمتلك استثمارات بالأسواق المالية العالمية، لذا فإن الأزمة المالية العالمية لم تترك أي تأثير مباشر على السوق المالية العراقية (...)⁽¹⁾.

ومن خلال استقراء الأحكام السالفة الذكر، يظهر جلياً أن القضاء الإداري لم يتناول مدلول فكرة التوازن المالي للعقد الإداري بالتفصيل من ناحية شروطها وماهيتها، بل ترك هذا الشأن إلى طبيعة كل حالة على حدة، مما جعل هذه الفكرة محل جدل لدى الفقه. فذهب رأي إلى رد فكرة التوازن المالي للعقد إلى المبادئ العامة، التي تتعلق بتطبيق مقتضيات العدالة العقدية وحسن النية في التعاقد. حتى اصطلح البعض على تسميتها بفكرة التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته؛ لأنها لا تعني توازناً حسابياً مطلقاً، بل إعادة ترتيب حقوق والتزامات المتعاقد بنسق تناسبي موضوعي يتباين من حالة إلى أخرى. لذلك، فوفقاً لهذا الرأي تأخذ آلية استعادة التوازن المالي للعقد الإداري صيغة توجيه عام يحافظ على طبيعة العقد الإداري بالكيفية التي اتفق عليه الطرفان. وذلك ما ذهب إليه الفقيه (DE SOTO). إذ أعتبر استعادة التوازن المالي للعقد الإداري فكرة عامة، يُراد منها ضمان الشخص المعنوي العام الطرف في العقد بإعادة التوازن المالي للعقد عند حدوث أي اختلال بتوازنه، جراء فعل صادر من الإدارة أو لسبب خارج عن إرادة الطرفين. وهو بذلك يرجع التعويض لكل خلل يُصيب توازنه حتى لو لم يكن للإدارة يد فيه⁽²⁾.

وفسر رأي آخر فكرة التوازن المالي، استناداً إلى التعويض عن الضرر الذي يسببه الشخص المعنوي العام للمتعاقد أو لظرف خارج إرادة الطرفين. فليس من العدالة والانصاف ترك المتعاقد لوحده لمواجهة التزامات مالية لم يتوقعها أي من الطرفين لحظة أبرامه، من شأنها زيادة الأعباء المالية والإخلال بالتوازن المالي للعقد. وذلك ما ذهب إليه د. سليمان المطاوي. بقوله (.. فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم، لأنه يضع نصب عينيه حقوقاً معينة ويعول عليها، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة والنقصان فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها...)⁽³⁾.

(1) نوع الحكم / مدني، رقم الحكم ١٥٥٤/ظروف طارئة/٢٠١٠، بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠١٠، الرابط الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية: <https://www.hjc.iq/qview.1514/>. تاريخ الزيارة ٢٣/١٢/٢٠٢٠.

(2) د. سعاد الشراوي، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

(3) د. سليمان المطاوي، مصدر سابق، ص ٥٠٤.

فيما تبنى توجه آخر ما توصل اليه اجتهاد القضاء الإداري، فأسند فكرة التوازن المالي للعقد الإداري إلى استمرار العمل بمرفق عام، الذي يعطي الحق للشخص المعنوي العام الطرف في العقد بتعديل التزامات المتعاقد بمرونة تنسجم مع مواكبته لمقتضيات المصلحة العامة واستمرار تنفيذه. بالمقابل، وللسبب ذاته (استمرار العمل بالمرفق العام) يقتضي أن يستعيد العقد توازنه المالي، بتقديم المعونة للمتعاقد وإعادة ترتيب الالتزامات المتقابلة، وفقاً لما اتفق عليه الطرفان لحظة إبرام العقد⁽¹⁾. ولكن، على الرغم من هذا التباين في تفسير فكرة التوازن المالي للعقد، تتفق آراء الفقهاء في نقطة واحدة مناطها، إنها تهدف في نهاية المطاف إلى احتفاظ العقد الإداري بالحالة التي كان عليها وقت إبرامه. وعلى هذا النحو، فهي آلية خاصة تعيد ترتيب ما شاب الالتزامات والحقوق بين الطرفين من اختلال، وإعادتها أو تقريبها إلى الوضع الذي كانت عليه النية المشتركة لحظة إبرام العقد⁽²⁾.

مما تقدم، يمكن القول بأن فكرة استعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مستمدة في الأصل من قواعد القانون الخاص، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعلّة استعانة القضاء الإداري بها، مرده خصوصية وجود شروط استثنائية في العقد الإداري لتسيير المرفق العام. إذ بموجبها يستطيع الشخص المعنوي العام الطرف في العقد، ممارسة سلطة انفرادية بتغيير شروط العقد أو إنهائه؛ لأجل مواكبته لما يطرأ على المرفق العام من متغيرات اقتصادية وإدارية. وهذا مما يجعل التزامات المتعاقد قابلة للزيادة والنقصان على نحو يليبي متطلبات سير العمل بالمرفق العام. وذلك، بالمقابل يستلزم أيضاً أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة ونقصان، عملاً بمبدأين: الأول، إن المتعاقد شريك للشخص المعنوي العام في تسيير المرفق العام. والثاني، مراعاة النية المفترضة التي تم بموجبها إبرام العقد طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ويؤيد الرأي المتقدم، ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا، في حكمها الصادر بتاريخ ١٥/٤/١٩٧٨ (حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدية أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد وتحويره بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة

(1) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٥١٢.

(2) د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ٢٣١.

من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام⁽¹⁾.

وأسباب حدوث الاختلال في التوازن المالي للعقد الإداري عديدة، لعل أهمها: وجود ظرف اقتصادي طارئ، ليس لأي من المتعاقدين أي دور بقيامها، كالظواهر الطبيعية الزلزال والفيضان. أو ما تتخذه السلطات العامة غير الشخص المعنوي العام الطرف العقد من إجراءات تمس توازن العقد بالخلل، كإصدار تشريعات اقتصادية (قوانين أو أنظمة)، تؤدي إلى ارتفاع الضرائب والجمارك، وهو ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة. وقد يكون مصدر الخلل في التوازن المالي للعقد الإداري، ممارسة السلطة العامة الطرف في العقد سلطتها الانفرادية بتعديل شروطه لمواكبة مقتضيات المصلحة العامة، وذلك ما يعرف بفعل الأمير. أو قد تظهر صعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، ذات طابع استثنائي لم يتوقعه المتعاقدان عند إبرام العقد تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة⁽²⁾.

وبخصوص العقد الإداري الدولي، فكما تم الإشارة سلفاً، يبدو بأنه العقد الأكثر عُرضة إلى المخاطر الاقتصادية والإدارية والتشريعية عما سواه من العقود الإدارية. لذلك، دأبت الدول إلى تحصينه من مخاطر الاختلال وعدم الاستقرار القانوني والاقتصادي. ومن ثم، فالسياق التقليدي المتبع لاستعادة التوازن المالي جراء حدوث مخاطر إدارية وتشريعية، لم تعد له أهمية بالغة، سوى أنه ضمانة احتياطية مع وجود شروط تجميد العقد وثباته وعدم المساس به. فللمتعاقد الحق اللجوء إلى المطالبة بالتعويض نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي. بيد إن ذلك لا يمنع من الاحتفاظ بإعمال نظريات التوازن المالي للعقد، كضمانة تقليدية تعزز من الضمانات الموضوعية المستحدثة، يمكن تطبيقها كأجراء احتياطي⁽³⁾. ومن ثم، تتركز نظريات التوازن المالي المعمول بها في العقد الإداري الدولي، على كل ما له من صلة بمخاطر طبيعية واستثنائية لا يد لأبي من الطرفين بحدوثها، من شأنها قلب اقتصاديات العقد كحدوث ظواهر طبيعية استثنائية مثل الزلازل أو نتيجة لقيام حرب وانهيار سعر العملة لأزمة اقتصادية غير متوقعة. فضلاً عما يتعرض إليه تنفيذ العقد من صعوبات مادية غير متوقعة.

(1) الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ١٦ ق، أشار إليه د. أمير فرج يوسف، مصدر سابق، ص ٣٠٥.

(2) د. محمود عاطف البنا: مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(3) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص 116.

وفيما يتعلق بالصعوبات المادية غير المتوقعة، فمصدرها أسباب طبيعية ذات طابع الاستثنائي لم يتوقعها أي من المتعاقدين عند إبرام العقد، تؤدي إلى جعل العقد أكثر تكلفة - خاصة عقود الأشغال العامة وعقود البترول - مثل وجود صخور شديدة الصلابة أو انهيار التربة تحتاج إزالتها إلى تكلفة عالية أو وجود طبقة مائية يجب سحبها. وقد تكون الصعوبات المادية ليست ناتجة عن ظاهرة طبيعية وإنما ناجمة من عمل اشخاص من غير المتعاقدين، كوجود أساسات خرسانية غير واضحة في الخرائط⁽¹⁾. ولكي ترتقي الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى مستوى المخاطر. التي تستوجب أعمال مبدأ استعادة التوازن المالي للعقد الإداري الدول أن تبلغ من الجسامة إلى حد قلب اقتصاديات العقد بشكل تؤثر بشكل مباشر في تنفيذ العقد وتجعله أكثر كلفة، وأن تكون خارجة عن إرادة الطرفين ولا يمكن توقعها. وهذا يلزم المتعاقد ببذل أقصى ما بوسعه للإحاطة بكل ظروف التنفيذ للتأكد من تفوق الصعوبات على كل توقعاته⁽²⁾.

ويترتب على قيام الصعوبات المادية غير المتوقعة، حصول المتعاقد على تعويض كامل عن تكلفة مواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة، لتتفق نظرية الصعوبات المادية مع نظرية فعل الأمير بالتعويض الكامل عن كل النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد. وهي بذلك تختلف عن نظرية الظروف الطارئة بالتعويض عن تكمة الثمن، على أساس التكلفة الزائدة عن الأسعار الواردة في العقد. وإذا أدت هذه الصعوبات إلى تأخير الأعمال فيُعفى من غرامات التأخير. ومن ثم، فلا يمكن للمتعاقد أن يتخلى عن تنفيذ العقد بحجة وجود صعوبات مادية غير متوقعة، إلا إذا أصبح تنفيذها مستحيلاً، وهنا نكون أمام نظرية القوة القاهرة، في حالة إن الصعوبات لم تكن موجودة أصلاً عند إبرام العقد⁽³⁾.

فضلاً عن ما تقدم، يمكن أعمال نظرية استعادة التوازن المالي للعقد الإداري بسبب حدوث ظروف استثنائية، شريطة حدوث ظرف خارج عن إرادة المتعاقدين، كاندلاع حرب أو كوارث طبيعية كالفيضانات أو الزلازل، يؤدي إلى زيادة أسعار السلع ويؤثر بشكل غير مباشر على

(1) د. أنور أرسلان: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، السنة الثامنة والاربعون، العددان ٤، ٣. سنة ١٩٨٠، ص ٨٢٥.

(2) د. ثروت بدوي، مصدر سابق، ص ٥٩٦.

(3) د. السيد فتوح الهنداوي: القاضي الإداري والتوازن المالي في العقد الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٦، ص ٤٨١.

تنفيذ العقد حد قلب اقتصادياته. إذ تتجاوز الآثار المترتبة عن الظرف الاستثنائي الحد الأقصى للأسعار المتوقعة عند إبرام العقد⁽¹⁾. وقد طور قضاء مجلس الدولة الفرنسي نطاق عدم التوقع بالنسبة للظرف الطارئ في سبيل تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية التي تم إبرامها قبل الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤. فلم يشمل العقود المبرمة أثناء الحرب، ومن ثم وسع اجتهاده نحو الخطر غير المتوقع بالنسبة للنتائج منذ صدور حكمه بخصوص قضية شركة المياه بتاريخ ١١/٤ / ١٩٣٢⁽²⁾.

وعلى هذا النحو، ففي حالة تحقق شروط الظرف الطارئ المتقدم ذكرها، تلتزم الدولة المتعاقدة بتقديم المعونة إلى المتعاقد وتوزيع أعباء الالتزامات المستجدة بين الطرفين. فيحصل المتعاقد على تعويض عما لحقه من خسائر أو يُعاد ترتيب الالتزامات، بطريقة تمكنه من الاستمرار بتنفيذ العقد، ولفترة مؤقتة تنتهي بنهاية الظرف الطارئ. وإذا استحال زوال الظرف الطارئ، فلكل من طرفي العقد الطلب بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة⁽³⁾.

وتأييدا لما يراه الفقيه الفرنسي (Mitchel) في إطار تفسيره لموضوعية فكرة التوازن المالي للعقد الإداري (.. هذه العقيدة تنطوي على قدر كبير من المرونة، وربما يتم الاحتجاج به من قبل المقاول الخاص ومن قبل الإدارة)⁽⁴⁾. فليس هنالك من مانع، أن يستعين طرفا العقد الإداري الدولي بفكرة نظريات استعادة التوازن المالي، وتطبيقها على العقود الإدارية الدولية؛ لمواجهة مخاطر لا يمكن الحد منها أو التخفيف من أثارها بضمانات تحصيل العقد قانونياً. وهذا يعني، قبول المتعاقد بممارسة الدولة المتعاقدة لامتياز السلطان العام، مقابل التراضي بين الطرفين على إعادة توزيع المخاطر المترتبة أو الالتزامات المضافة، وفقاً لما هو متبع في تقنية نظريات التوازن المالي المألوفة في عقود القانون العام التقليدية، مع ضرورة مراعاة إن فكرة المخاطر لها مدلول أوسع في حالة العقود الإدارية الدولية، فلا تقتصر على قلب اقتصاديات

(1) د. السيد فتوح الهنداوي: المصدر السابق، ص ٤٦٨.

(2) د. سعاد الشرقاوي: مصدر سابق، ص ٣١٧.

(3) د. محمود عاطف البنا: مصدر سابق، ص ٣١.

(4) Thomas Waelde and George Ndi "Stabilizing International Investment Commitments International Law versus Contract Integration", (1996) 31 Texas Int LJ, p215.

العقد، بل تشمل أي وضع قد يحدث اختلال أو اضطراب في استقراره الاقتصادي حد الاضرار بمصالحه المشروعة والمتوقعة (1) .

ومن ثم، يتراضى الطرفان على استعادة التوازن الاقتصادي أو ترتيب الالتزامات، بما يضمن الاستمرار بتنفيذه العقد الإداري الدولي بالشكل المطلوب، بدلاً عن القاضي الإداري، كما هو معمول في حالة العقود الإدارية التقليدية (2). وفي هذا الصدد، فالمصطلح الأكثر انسجاماً مع فحوى العقد الإداري الدولي، هو استخدام التوازن الاقتصادي؛ لما له من دلالة تشير إلى العقود الإدارية والمدنية والتجارية، فضلاً عن إن أثرها ينصرف إلى إعادة ترتيب الحقوق والالتزامات وإن تطلب الأمر العودة بالإرادة إلى مرحلة تكوين العقد (3) .

الفرع الثاني

الاستقرار الاقتصادي للعقد الإداري الدولي

استجابةً لما لحق بالعقد الإداري الدولي من تطورات اقتصادية، وعدم جدوى التمسك بحلول التحصين القانوني للعقد الإداري الدولي لمواجهة كافة المخاطر، فقد اتجهت الدول والمتعاقدين معها، نحو اتباع آلية عقدية تعتمد على التأثير المتبادل للطرفين في ترتيب المتغيرات الاقتصادية المستجدة الناجمة عن عدم الاستقرار القانوني والاقتصادي للعقد الإداري الدولي، وذلك يتم أما بإعادة توزيع المخاطر بين الطرفين لتكييف مضمون العقد بأقصى حد من الرضائية. وقد يتطلب الأمر البحث عن خلق توازنات جديدة بالاتفاق على شرط إعادة التفاوض. وهو ما سيتم تناوله في بندين، الأول يتعلق بشرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي. والثاني يخص شرط إعادة التفاوض.

(1) د. هبة هزاع: مصدر سابق، ص ٢٨٨.

(2) د. محمد فوزي عبد القادر: مصدر سابق، ص ١٠٠.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص ٩.

أولاً: - شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي.

في الغالب، يأخذ المتعاقد بنظر الاعتبار موازنة العائد الاقتصادي الذي يمكن تحقيقه من المشروع محل العقد مقابل تنبؤاته عن المخاطر التي من الممكن أن يتعرض إليها. ومنها عدم إمكانية تخلي الدولة عن سلطانها العام الانفرادي، بتغيير مضمون العقد وفق مقتضيات المصلحة العامة، من خلال ما تصدره من قوانين ولوائح أو ما تتبعه من أساليب المصادرة المستترة لحقوق المتعاقد، التي تجعل من العقد في حالة من الاضطراب الاقتصادي المستمر، والذي يضر بالمصالح المشروعة والمتوقعة للمتعاقد. بالمقابل، فالدولة وإن وجدت نفسها في حل من تقييد سلطتها بتغيير مضمون العقد حسب تغيير الظروف، فعليها مراعاة المصالح المتوقعة والمشروعة؛ لتعزز اطمئنانه بتنفيذ العقد⁽¹⁾.

من ثم، فغالبا ما يُخمن الطرفان عند إبرام العقد، المتغيرات التي من الممكن أن تطرأ عليه عند التنفيذ، فيتراضى الأثنان على آلية عقدية، من شأنها تكييف مضمون العقد بقدر تأهيله للتعامل مع المخاطر الناجمة عنها، بما يضمن استمرار تنفيذه قدر الإمكان. بمعنى آخر، يُجري الطرفان تخمين تعاقدية مشترك عند إبرام العقد، للتعامل مع مخاطر قد يتعرض إليها العقد عند التنفيذ. وهذا التخمين ينطوي على تقنية تعاقدية تُعيد ترتيب الالتزامات المتقابلة المستجدة، بتوزيع المخاطر بين الطرفين، ومن ثم توجيه النظام القانوني للعقد إلى أقرب نية حسنة قد تم التراضي عليها عند إبرامه، بشكل يضمن العدالة العقدية والتوازن الاقتصادي بينهما. وذلك ما دأبت عليه اتفاقيات استكشاف النفط وإنتاجه؛ لكونه يخضع لمتغيرات اقتصادية وفنية مستمرة، كذلك ما سارت عليه عقود النفط المبرمة من قبل دول الخليج العربي⁽²⁾.

وتأسيساً على ما تقدم، فمن شأن تضمين العقد الإداري الدولي، شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك بالاتفاق المسبق بين الطرفين على إعادة تكييفه وفقاً لما تطرأ عليه من مستجدات، أنه يجعل التوازن الاقتصادي المستجد موائماً لإمكانية استمرار تنفيذه. فضلاً عن التقليل من احتمالية دخول المتعاقد في صراع مع سيادة الدولة، من دون أن يتمتع المتعاقد بأي استثناء بعدم سرعان أي تعديلات تشريعات عليه. وعلى هذا النحو، فهذا الشرط يعزز من

(1) د. محمد فوزي عبد القادر: مصدر سابق، ص ٩٦.

(2) Model PSC QATAR. RahmiKopar : Stability and Legitimate Expectation in International Energy Investments , First publish , Hart publishing , London,U.K, 2021 , P.67.

استقلالية العقد في مواجهة المخاطر التي تهدد توازنه، مستنداً في ذلك كفاءة عقدية ذاتية تراضى عليها طرفاه، من خلال ادراج شرط استعادة التوازن الاقتصادي⁽¹⁾. وهنا ممكن الاختلاف بين شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي وشروط ثبات النظام القانوني، من ناحية إنه ليس حل قانوني تستعين به الدولة من خارج العقد، بموجب سماح قانوني تتخلى الدولة بموجبه عن سلطتها الانفرادية أو التقديرية بتعديل شروط العقد أو إنهائه.

لكنه من ناحية أخرى يتلاقى مع شرط إعادة التفاوض، باستمرار ممارسة الدولة لسلطتها الانفرادية أو التقديرية، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، طالما إن الدولة المتعاقدة سوف تقوم باستعادة التوازن الاقتصادي للعقد بشكل يضمن عدم الإضرار بالتوقع المشروع للمتعاقد من ابرامه. سوى أن شرط إعادة التفاوض، يثير المخاوف لدى أحد الطرفين؛ نظراً لما ينتهي إليه من خلق توازنات جديدة بين الطرفين، تميل لصالح أحدهما، بحسب تفوقه القانوني أو الاقتصادي جراء ما طرأ على العقد من متغيرات عند تنفيذه.

وطبقاً لما تقدم، فقد نصت عدة اتفاقيات دولية على مواجهة أي تعديلات تشريعية تضر بالحقوق والمنافع الاقتصادية للمتعاقد بشروط عدم المساس بالعقد. وبخلاف ذلك، أي عندما يجد الطرفان ضرورة إجراء هذه التعديلات، فيتعين عليهما إجراء إعادة تكييف تعاقدية يضمن حقوق المتعاقد على المنافع الاقتصادية المتوقعة والمشروعة من ابرام العقد، دون منع التعديلات التي أجرتها الدولة على مضمون العقد. من ذلك - على سبيل المثال - الاتفاقية الموقعة بين جمهورية تشاد وشركة تشاد لنقل البترول (TOTCO) بتاريخ ١٠/٧/١٩٩٨. كذلك اتفاقية عقود المشاركة التي أبرمتها الحكومة التركية بتاريخ ١٩/١٠/٢٠٠٠، واتفاقية مشروع خط أنابيب الغاز لغرب افريقيا المعقودة بتاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٣⁽²⁾.

(1) د. محمد فوزي عبد القادر: مصدر سابق، ص ٩٦.

(2) الفقرة (٣) من المادة (٢١) من الاتفاقية الموقعة بين جمهورية تشاد وشركة تشاد لنقل البترول (TOTCO) المبرمة بتاريخ ١٠/٧/١٩٩٨، كذلك المادة (٣٦) من اتفاقية مشروع خط أنابيب الغاز لغرب افريقيا المعقودة بتاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٣.

وقد تناول القضاء التحكيمي شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي، بوصفه أحد ضمانات المتعاقد المعتمدة لحماية مصالحه المشروعة والمتوقعة، إزاء التعديلات التي تطرأ على التشريعات الضريبية. من ذلك - على سبيل المثال - القرار الصادر عن هيئة تحكيم مشكلة في مركز التحكيم الدولي في لندن بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١ في النزاع بين دولة الاكوادور وشركة (OPEC)، إذ قضت بأنه: (إذ رغب الأطراف في معاملة متبادلة للمنفعة، يمكنهم استكشاف إمكانية إعادة توازن الفوائد الاقتصادية للعقد بموجب البند (٦٠٨)، بحيث تشمل على وجه التحديد استرداد ضريبة القيمة المضافة من الواقع). وفي إشارة أخرى إلى شرط استعادة التوازن الاقتصادي في نفس القرار، جاء فيه (...ولكن ما هو مستقر عليه في القانون الدولي وجوب احترام التعهدات الصادرة عنها. ولا يُأخذ بادعائها بمخالفة التصرفات الصادرة بموجب قانونها الوطني للتوصل من التزاماتها التعاقدية، وهذا ينطبق على شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد وشرط الثبات التشريعي وشرط التجميد...)⁽¹⁾.

ونظراً لأن مناط شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد، هو إعادة ترتيب المضمون التعاقدية بين طرفي العقد الإداري الدولي، بشكل ينسجم مع استعادة توازنه الاقتصادي إلى مستوى الأداء الذي يضمن الاستمرار بتنفيذه، فقد يترتب على تطبيقه، التزام الدولة المتعاقدة بنقل الآثار المالية المضافة نتيجة التعديلات بالكامل إليها، وقد يكون محدود الأثر. وذلك أما ببيان نصاب معين لتكلفة تدخل الدولة في مضمون العقد وتعديله، لتتحمله الدولة المتعاقدة لوحدها. أو أن يتم ربط تطبيق شرط استعادة التوازن الاقتصادي بقوانين ولوائح. إذ ينص العقد على إن الدولة لا تلتزم بتعويض المتعاقد عن التكاليف والالتزامات المضافة جراء تطبيقها، فيما يتحمل المتعاقد تكلفة تغيير مضمون العقد ذات الصلة بقوانين أخرى.

فضلاً عن ما تقدم، فليس هنالك من مانع أن يتم اشتراط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد لصالح طرفي العقد الإداري الدولي. فكما أن أصل الشرط يُدرج لصالح المتعاقد للحيلولة

(1) ChristianTietje : International Investments Protection and Arbitration , Berliner Wissenschafts, berlin , 2008 , P140.

للتفصيل أكثر، يُنظر الرابط الخاص بقرار محكمة التحكيم في محكمة لندن:

London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467. p213.

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

من تحميله تكاليف إضافية، كذلك فمن الممكن أن يُدرج أيضاً لصالح الدولة المتعاقدة، بمنحها الحق في المشاركة في الأرباح التي تتأتى من تعديل القوانين واللوائح التي كانت سائدة وقت أبرام العقد⁽¹⁾.. وعلى هذا الأساس، يعد شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي، الضمانة الأكثر واقعية للتعامل مع إجراءات عامة تتخذها الدولة، بالنسبة للطرفين، المتعاقد والدولة؛ لكونه يُكرس مزيداً من الرضائية المستمدة من ذاتية العقد بموجب تخمين تعاقدى المشترك للمخاطر عند التعاقد، ومن ثم إعادة توزيعها بين الطرفين عند التنفيذ، دون عزل العقد عن نظامه القانوني ومواقبته للمتغيرات التي تطرأ على المصلحة العامة.

ثانياً: شرط إعادة التفاوض

على الرغم من إن شرط استعادة التوازن الاقتصادي يلتقي مع شرط إعادة التفاوض، من ناحية إن كليهما يكرسان ضمانات الاستقلال الذاتي للعقد في مواجهة المخاطر، إلا أن ما يمتاز به شرط إعادة التفاوض، هو إمكانية أن يؤدي إلى خلق توازن جديد في العقد. ولأن مضمون فكرة إعادة التفاوض، لا تقف عند استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي الذي خلقه طرفا العقد لحظة إبرامه. بل من الممكن أن تصل إلى حد إعادة بناء العقد بنوايا إيجاد مضمون جديد قد لا يرتبط باقتصاديات العقد الأصلي⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، تظهر أهمية شرط إعادة التفاوض في العقود الطويلة الأمد، كعقود الاستكشافات النفطية وعقود التنقيب والتعدين واستخراج المواد الأولية، والتي يصعب التنبؤ بتقلباتها الاقتصادية مستقبلاً، تحديداً، عندما يجد طرفا العقد بأن مضمونه يفنر إلى الديناميكية اللازمة لاستعادة توازنه الاقتصادية. الأمر الذي يتيح للدولة الضغط على المتعاقد في مجال عقود التنقيب والتعدين لإعادة التفاوض؛ بغية زيادة حصتها في المشروع. ويتم وذلك باستخدام سلطاتها في فرض الضرائب أو تعديل القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي حينما يتكشف حجم الاكتشاف البترولي أو تغيير الأسعار العالمية بالزيادة. وهذا ما لا يمكن الوصول إليه في حالة تضمينه شروط تثبيت النظام القانوني للعقد. تبعاً لذلك، يبدو بأن هنالك أهمية بالغة لإدراج شرط إعادة التفاوض في عقود البترول، وذلك مما انعكس على تأسيس جمعية مهنية مستقلة غير هادفة للربح

(1) Jola Gjuzi: Stabilization Clauses in International Investment Law, Springer publishing `cham Switzerland, 2016, P326.

(2) د. خالد مصطفى فهمي: التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي،

تدعم مفاوضات الطاقة الدوليين في جميع أنحاء العالم وتعزز فعاليتهم وكفاءتهم المهنية تعرف بـ (AIPN) (1).

وتعد عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، مثال صارخ على أهمية ادراج شرط إعادة التفاوض؛ بسبب طبيعة بناء العقد القائم على الشراكة بين الطرفين، وطول مدة تنفيذ المشروع. فعلى الأغلب يترتب إعادة التفاوض في عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص تغييراً في الشروط والأحكام التعاقدية الأصلية، بدلاً من تعديل المدفوعات التي تتم بموجب آلية محددة في العقد. علي سبيل المثال، خفض مستوى الخدمات أو تمديد مدة العقد، أو تأخير في تخفيض الرسوم الجمركية، أو تقليل عتبات التوازن الاقتصادي (2).

ولأن شرط إعادة التفاوض يتيح لطرفي العقد فتح العقد بإرادات مستقلة عن تلك التي انعقدت لحظة ابرامه لخلق توازنات جديدة، تبرز أهمية مراعاة صياغته بشكل يوفق بين شروط التوازنات الاقتصادية الجديدة وضمانة الاستقرار القانوني للعقد. فتختلف صياغة شرط إعادة التفاوض في تركيبته ومداه في صورتين. أما أن يرد بصياغة بسيطة أو مركبة. والصياغة البسيطة لشرط التفاوض، لا تخرج عن مضمون مفاده: حق كل من الطرفين من حين لآخر إعادة النظر في الاتفاق فيما بينهما بإضافة أو استبدال أو تعديل أو الغاء شروط العقد. بهذه الصياغة يسند الطرفان التفاوض إلى أعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، دون الإشارة إلى مسوغات اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض لتعثر المفاوضات ووصول الطرفين إلى طريق مسدود في خلق توازنات عقدية واقتصادية جديدة للعقد.

أما الصياغة المركبة فأنها تنطوي على تفاصيل أكثر. إذ تتناول عدة مستجدات لازمة توجب أعمال شرط إعادة التفاوض والهدف منه. كتحديد الظروف التي تتيح لطرفي العقد إعادة التفاوض بشأن ترتيب توازنات جديدة للعقد، فيستطيع طرفا العقد الاتفاق على صيغة بعينها حول

(1) MUSTAFA ARKAN, "International Energy Investment", Kluwer Law, NETHERLAND, 2011, p107.

(2) Carlos Oliveira: The Renegotiation of Public Private Partnership in Transportation, Lisbon School of Economics and Management, Lisbon, 2021, P12.

حلقة نقاشية في منظمة (OCED)

<https://www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201418.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٢٣

شروط استخدام شرط إعادة التفاوض وما يتناوله من البنود التي من الممكن أن يمسه التغيير، كأن تتأثر حقوق المتعاقد بتعديلات تشريعية .

ويشترط في إعمال شرط إعادة التفاوض أن لا يؤدي إلى استحداث بنود جديدة في العقد، تعد إخلالاً بالالتزام دولي أو لاتفاقي دولي أبرمتها الدولة المتعاقدة مع الدولة التي يحمل المتعاقد جنسيتها، لاسيما إن الاتفاقية قد تم المصادقة عليها بقانون، فلا يمكن تعديل بنودها بشرط يرد في عقد، ومن ثم الأخلال بمبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾. وإن ينطوي إعادة التفاوض على مقومات حسن النية ببذل عناية مخصصة وصادقة لنجاح المفاوضات، حتى وأن تطلب الأمر التزام الطرف الذي لم تتأثر حقوقه بتغيير الظروف بأن يقلل خسائر الطرف الآخر. تبعاً لذلك، فلأجل ضمان توافر مبدأ حسن النية في المفاوضات، تلزم بعض شروط إعادة التفاوض طرفيها بالانتظار مدة معينة بعد اخطار الطرف الآخر برغبته في إعادة التفاوض؛ نتيجة لتغيير الظروف، كون هذه المدد أثبتت فاعليتها في اعطاء الطرفين الفرصة لبحث أفضل السبل لاستمرار العلاقة التعاقدية.

ولكي لا تُستثمر مدة التفاوض من أحد الأطراف لممارسة ضغوط اقتصادية تخل بتوازن العقد، بشكل يتنافى مع جوهر شرط إعادة التفاوض، يحرص طرفي العقد على استمرار تنفيذ العقد خلال هذه المدة⁽²⁾. وذلك ما اشارت إليه هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) ٢ / ٤ / ١٩٨٢ في قضية رفعتها شركة فرنسية ضد هيئة الطاقة النووية الإيرانية، بقولها: (بأن الطرف المضرور والذي منعه الظروف الطارئة من أن يؤدي التزامه على النحو الذي حدده العقد لا بد أن يبذل جهداً في سبيل إبقاء العقد قائماً)⁽³⁾. وعلى هذا الأساس، فمن المفضل أن يحدد شرط إعادة التفاوض بصفة مبدئية المدة التي تستغرقها المفاوضات، قبل أن يتاح الحق في اللجوء الي الوساطة أو التحكيم بحسب الأحوال، وقد يكون ذلك دافعا للطرفين لكي يصلوا إلى حل توافقي قبل أن يدخلوا في إجراء فض النزاع.

(1) د. هبة هزاع، مصدر سابق، ص ١٦٨.

(2) د. خالد مصطفى فهمي مصدر سابق، ص ٤١.

(3) ELIHU LAUTEPACHT, "INTERNATIONAL LAW REPORTS", volume 65, CAMBRIDGE University Press, first edition, 1984, P91.

وذلك ما تضمنه قرار التحكيم بخصوص القضية المعروفة بـ (Helnan V Egypt)، والذي تم الإشارة إليه سلفاً. فقررت هيئة التحكيم، بأن رفض إعادة التفاوض، يُعد بمثابة إخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، إذ تقدمت شركة (Helnan) إلى السلطات المصرية، لدعم ادعائها بوجود التزام بإعادة التفاوض بين الأطراف بموجب المعيار العادل والمنصف، لكن السلطات المصرية اختارت عدم القيام بذلك (1).

وتبعاً لما تقدم، يمكن القول بأن شرط إعادة التفاوض، ما هو إلا تطبيق مباشر لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فكما انطلق العقد الإداري الدولي باتفاق الطرفين، فيمكن إعادة النظر في مضمونه أثر تغيير الظروف بالتراضي على توازنات جديدة بين الطرفين. وهو ما حاول الفقه وقضاء التحكيم إسناده إلى التزام عام في العقود، يقضي بتنفيذها بحسن نية حالة غياب نص صريح أو ضمني في العقد. إذ يمكن العودة إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لخلق توازن جديد في العقد تضمن استمراره. وهذا ما حكمت به هيئة تحكيم مشكلة وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) في تحكيم طبق القانون الفرنسي بأن (...رفض المتعاقد لبذل أي جهود لإعادة التفاوض في ضوء تغير الظروف والإصرار على تنفيذ العقد بصورته الأصلية يرتب مسؤوليته وفق القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات بحسن نية وعدم التعسف في استعمال الحق...) (2).

من خلال ما تم ذكره، وبحسب ما تؤديه الضمانات من مبتغى عدم الإخلال أو الاضطراب باستقراره القانوني والاقتصادي والإبقاء عليه كما كان عليه لحظة إبرامه أو بما يضمن الاستمرار بتنفيذه، فأنها تتباين إلى عدة إشكال، منها ما يقضي عدم المساس المباشر بالعقد، من خلال عزله عن بيئته القانونية، أو التسليم بالإبقاء على حق الدولة بممارسة سلطاتها العام في تحقيق المصلحة العامة مع ضمان استمرار أداء التوازن الاقتصادي للعقد بالقدر اللازم لاستمرار بتنفيذ العقد. وعلى هذا الأساس، فقد انطلقت الضمانات الموضوعية كحلول قانونية مسماة ومجازة بالقانون، تُحصن وتعزل مضمون العقد عن بيئته القانونية، لتضمن بقاءه كما كان

(1) الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0398-0.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٤

(2) د. هبة هزاع مصدر سابق، ص ١٧١.

عليه لحظة ابرامه. ومن ثم إزالة أو تقليل الريبة لدى المتعاقد بتعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة إلى مخاطر عدم استقرار النظام القانوني للعقد.

فيما تم تطوير فكرة الضمانات الموضوعية مع تنامي التغييرات الاقتصادية والقانونية، فأخذت منحى آخر، تتقبل الاعتماد على أساليب عقدية ذاتية يتعامل من خلالها العقد مع الآثار الاقتصادية المترتبة عن ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها السيادية من نتائج اقتصادية، وينسق يكفل إبقاء التوازن الاقتصادي للعقد الدولي، بالقدر الذي يستمر معه التنفيذ بالشكل المطلوب.

فضلاً عن ما تقدم، فبإمعان النظر في الضمانات الموضوعية، يبدو أن الفقه قد اختلف في تقسيمها وفق مبدئين، الأول ثبات العقد، والثاني ثبات التوقعات. فنتج عن الأول حلول قانونية وعن الثاني شروط تعاقدية. ولكن من المتعين ألا يكون تصنيفها بهذا الاطلاق، بثبات العقد أو ثبات التوقعات، دون الاخذ بنظر الاعتبارات ما تتسم به تقنية هذا الضمانات من ديناميكية، تتداخل بموجبها ضمن النظام التعاقدي للعقد الإداري الدولي، فتؤدي به إلى الاستقرار النسبي من الثبات وعدم الأضرار بالمصالح المتوقعة بالنسبة للطرفين. وذلك يستلزم منها أن تُراعي ثبات النظام القانوني للدولة المتعاقدة بما يتلاءم مع معايير دولية خاصة بحقوق الانسان، فضلاً عن تحقيق الجدوى الاقتصادية المتوقعة عن ابرام العقد. عليه، يفترض أن تأخذ ضمانات المتعاقد فكرة المظلة التي يحتمي بها المتعاقد من التفوق القانوني للدولة بوجود ضمانات التحصين القانوني، وفي حالة فشلها فيمكن اللجوء إلى استعادة التوازن الاقتصادي للعقد بالتكيف أو إعادة التفاوض. وللاحتياط يمكن إعمال نظريات التوازن المالي، شريطة عدم قلب لاقتصاديات العقد. عليه، فالمسلك المفضل في الضمانات الموضوعية، هو إتباع الرضائية بين طرفي العقد قدر الإمكان والتي تستند إلى تخمين تعاقدى مشترك، بموجبه يؤثر الطرفين باقتصاد العملية العقدية ويعيدان إليها التوازن، مما يجعل العقد وبقدراته الذاتية أكثر فعالية على مواجهة المخاطر التي تهدد تنفيذ العقد، بديناميكية تجعل منه عقداً ذكياً في اتباع الأساليب المناسبة لمواجهة المخاطر، فضلاً عن أنها الوسيلة الأكثر فاعلية للتعامل مع مخاطر مستجدة لا سبيل لحصرها وتشخيصها. وهذا ما أنتهجه المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني⁽¹⁾.

(1) قام المشرع الفرنسي بتقريب القانون الفرنسي وغيره من القوانين الاوربية، بإصداره القانون رقم (٢٠١٦/١٣١) في ١٠/٢/٢٠١٦، والذي يُعد خروجاً على مسلمات القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤، بإلغائه لفكرتي محل العقد وسببه، واستبدالهما بفكرة مضمون العقد في المادة (١١٢٨) ونظرية الظروف في المادة=

وما يثبت ما تقدم، ما شهدته العالم من تفشي فايروس كورونا، أعتبرته منظمة الصحة العالمية بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ جائحة عالمية. قد شككت وضعا استثنائياً خطر على الصحة العامة، وتسببت بتعطيل المرافق العامة وعرقلت تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ما أثار الخلاف حول تكييف هذا المستجد الاقتصادي والقانوني كقوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الالتزام، كما ذهب الى تبريره هيئة التجارة الدولية الصينية، والتعديل التشريعي الذي طرأ على القانون المدني الألماني بموجب قانون ٢٠٢٠/٣/٢٧⁽¹⁾، كذلك ما تبنته محكمة كولمار باعتبار المتهم المصاب بفايروس كورونا قوة قاهرة⁽²⁾.

وهنا تبرز أهمية ديناميكية ضمانات المتعاقد، التي ينطوي عليها العقد الإداري الدولي لتجعله أكثر قدرة على تمكين الطرفين من الاستمرار بتنفيذ العقد بالشكل المطلوب من خلال إعادة التفاوض بهدف تكييف العقد وفق التوازن الاقتصادي المستجد بسبب الجائحة أو التوجه نحو خلق توازنات جديدة، وفي حالة الاستحالة في هذا السبيل، فيمكن أن ينطبق عليه وصف القوة القاهرة. ومن ثم، فلا يمكن البت في تكييف جائحة كورونا بشكل جازم، مع وجود ضمانات تتيح لطرفي العقد الإداري الدولي إعادة النظر بتوازنه الاقتصادي وفقاً لما استجد عليه من ظروف، من أجل استمرار تنفيذه كحد أدنى، وبخلافه فينطبق عليه وصف القوة القاهرة التي يستحيل معها التنفيذ.

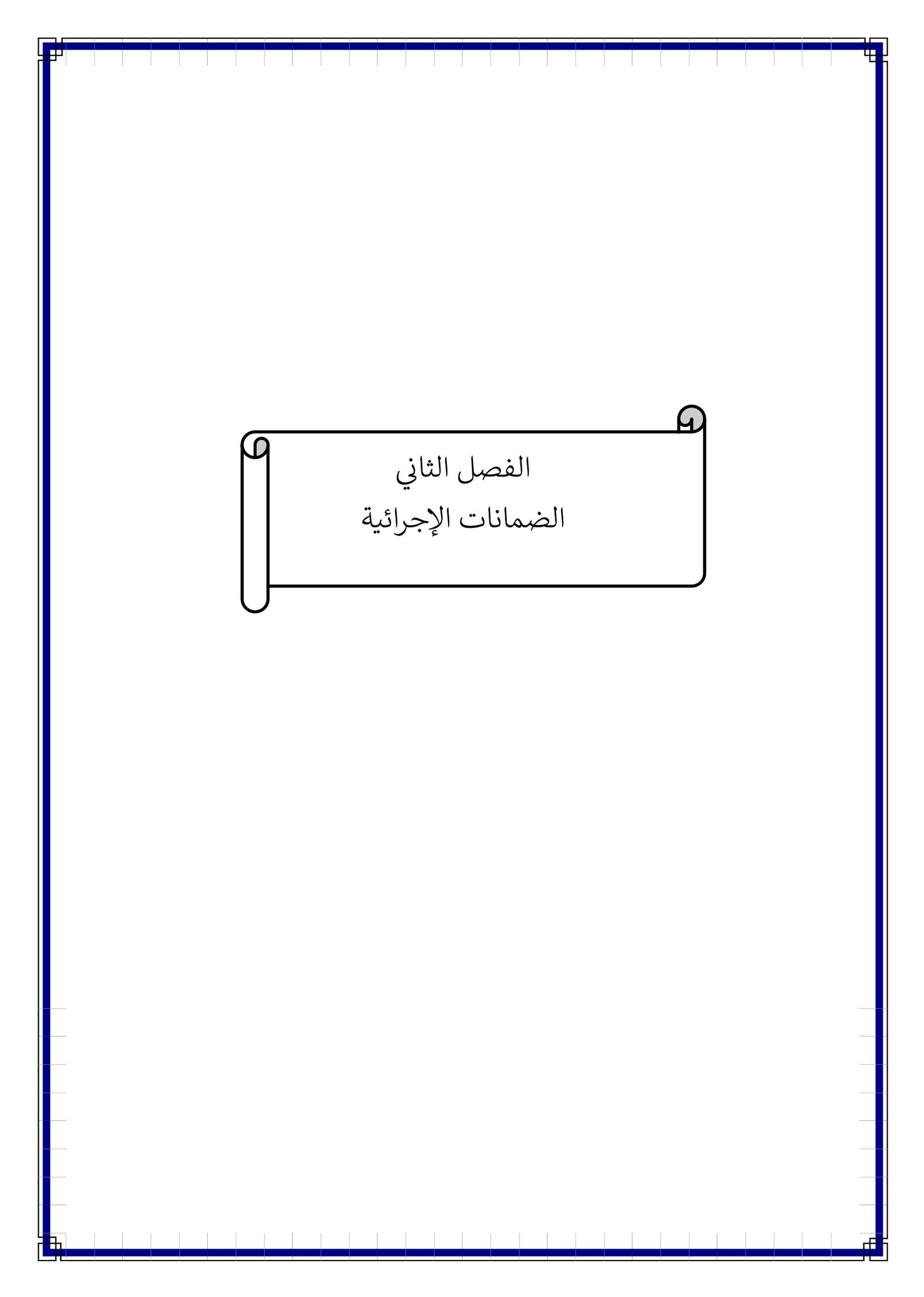
= (١١٩٥). فاستخدم مصطلح تغيير الظروف بالنص على أنه (إذا كان التغيير غير المتوقع في الظروف أثناء إبرام العقد يجعل التنفيذ مفرط التكلفة بالنسبة للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، فقد يطلب إعادة التفاوض على العقد من الطرف الآخر، مع الاستمرار بتنفيذ التزاماته خلال فترة إعادة التفاوض... د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد (صناعة قضائية وصياغة تشريعية)، كلية الحقوق /جامعة حلوان، العدد ٢، الجزء الثاني، نوفمبر ٢٠١٧، ص ٢٩١.

(1) الرابط الخاص بوزارة العدل الألمانية :

تاريخ الزيارة <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch-bgbeg/englisch-bgbeg.html>

٢٠٢٢/١/٢٢

(2) د. محمود، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية، الجامعة اللبنانية، العدد الواحد والثلاثون، ٢/٢٠٢١ ص ١٣٧.



الفصل الثاني
الضمانات الإجرائية

الفصل الثاني

الضمانات الإجرائية

لاستكمال مقتضيات توفير الحماية القانونية الكافية للمتعاقد، واستجابة لصلة العقد الإداري الدولي بالتجارة الدولية، وتنامي رغبة المتعاقدين المتنامية بتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي بطريقة يُراعى فيها طبيعة أداء العقود الإدارية الدولية، وما تستلزمه من سرعة حسم المنازعة وتبديد مشاعر الريبة لديهم من حيده قضاء الدولة المتعاقدة، وضمان أقصى حد ممكن من ملاءمة القانون الواجب التطبيق على المنازعة، وجدت أطراف التعاقد في العقد الإداري الدولي أن هنالك ضرورة نحو التوجه إلى فض المنازعات المتعلقة به بواسطة التحكيم، بوصفه ضماناً إجرائية بديلة عن القضاء الوطني، بموجب سماح قانوني. وعلى ذلك، فالبحث في هذا الفصل يُشير إشكالية خروج الدولة المتعاقدة على الأصل العام، بخضوع العقد الإداري لقانون الدولة المتعاقدة وقضاءها الوطني، فضلاً عن منح طرفي العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق. وهذا ما سيتم تناوله في مبحثين، الأول يتعلق بفض المنازعات من خلال التحكيم والثاني يخص القانون الواجب التطبيق على المنازعة.

المبحث الأول

التحكيم

ما يُميز التحكيم، أنه اتفاق بين طرفي العقد الإداري الدولي اللجوء إلى طريق بديل عن القضاء الوطني؛ لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي. ومن هذا الاستثناء القانوني على الاختصاص الأصلي لقضاء الدولة المتعاقدة والتراضي عليه، يعد التحكيم ضماناً مستحدثة ودخيلة على عقود القانون العام، مما يستلزم البحث فيه، بتناول ذاتية التحكيم وآثاره كضمانة إجرائية. وهذا مما يحتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، المطلب الأول يتناول ذاتية التحكيم، والآخر يتعلق بآثار اتفاق التحكيم.

المطلب الأول

ذاتية التحكيم

يقتضي البحث في ذاتية التحكيم، مراعاة أن المحكمين يمثلون إرادات المتعاقدين في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد، إذ يحدد مضمونه وإجراءاته إرادة الطرفين من ناحية، ويستند إلى القانون ليضفي عليه التشريع وصف ضماناً بديلة عن القضاء للفصل بالمنازعة ناحية أخرى، وبذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول يخص تعريف التحكيم والثاني يتعلق بشروطه.

الفرع الأول

تعريف التحكيم

التحكيم لغة، حكمه في الأمر والشيء أي جعله حكماً وفوض الحكم إليه. وحكم بينهم أي طلب منهم أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم، وحكمه في ماله تحكيمياً: إذ جعل إليه الحكم فيه⁽¹⁾. أما تعريف التحكيم اصطلاحاً، فقد ترددت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في تناوله بإسهاب؛ مراعاة لما يختص به من منازعات ذات طبيعة اقتصادية وفنية متطورة؛ لذلك دأبت الاتفاقيات الدولية على سلوك نهج إرشادي عام في تعريفه وبيان إجراءاته.

فجاء في قانون اليونسترال النموذجي التحكيم، بأنه يعني أي تحكيم سواء تولته محكمة تحكيم دائمة أم لا، واكتفت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات

(1) ابي بكر الرازي: مختار الصحاح، المكتبة المصرية، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٤٨.

بين الدول ورعايا دول أخرى عام ١٩٦٥^(١). فيما لم تتناول التشريعات المقارنة التحكيم بشكل تفصيلي، ولم يضع المشرع الفرنسي تعريف محدد له سوى أنه وضع إطار عام يُميز شكل الاتفاق على التحكيم بشرط أم مشاركة^(٢).

وحدد المشرع المصري معناه الاصطلاحي بانصراف لفظ التحكيم إلى التحكيم: (الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك)^(٣).

أما المشرع العراقي، فلم يورد تعريفاً للتحكيم، ولم ينظم أحكامه بقانون مستقل، بل اجازته وخصص له باب في قانون المرافعات المدنية، ولم ينطوي على نص فيه مانع بان تلجأ الدولة أو شخص معنوي عام إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ومنها الدولية^(٤). وذلك ما ثبت في قوانين أخرى خاصة بتنظيم عقود تدخل الدولة طرفاً فيها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، وقانون الاستثمار^(٥). سيتم تناولها بالتفصيل في المطلب القادم.

ونظراً لندرة التشريعات التي تناولت تعريف التحكيم بشكل مفصل؛ تأسيساً على مبدأ أن التعريفات من مهمة الشراح وليس التشريع، صار لزاماً الرجوع إلى الأحكام القضائية وآراء الفقهاء في هذا الصدد.

فقد أجتهد مجلس الدولة الفرنسي بتعريف التحكيم، ب (سلطة القرار التي يتعرف بها لطرف ثالث (المحكم) والتسليم بأن قرار المحكم هو قرار قضائي، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها)^(٦). فيما عرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه:

(١) الفقرة (أ) من المادة (٢) من قانون التحكيم النموذجي عام ١٩٨٥ المعدل. المادة (٣٦) من اتفاقية تسوية

المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى عام ١٩٦٥ المعدلة.

(٢) د. على عبد الحميد اتركي: التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي دراسة تحليلية في ضوء المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، المجلد ٩٠، العدد ٩٠، سنة ٢٠١٧، ص ٤٣٢.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٤) من قانون التحكيم في المادة المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

(٤) المواد (٢٥١-٢٧٦) من الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥) البند أولاً من المادة (٢٧) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، كذلك البند (ثانياً) من المادة

(٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة.

(٦) أشار إليه د. علاء محي الدين مصطفى، د. محمد إبراهيم خيرى: اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ١٧.

(عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان ليفصل هذا الحكم في النزاع بقرار يكون نائياً من شبهة الممالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة من جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية)⁽¹⁾. أما المحكمة الإدارية العليا في مصر، فقد ذهبت إلى القول أنه: (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة)⁽²⁾. وفي فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، ورد فيها أن التحكيم : (اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه - بدلاً من المحكمة المختصة به - وذلك بحكم ملزم للخصوم)⁽³⁾.

ورأت محكمة النقض المصرية في تعريفها للتحكيم بأنه (طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية. وأن كان يرتكز أساساً إلى حكم القانون. الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم)⁽⁴⁾.

وقد أهتم الفقه الفرنسي بتعريف التحكيم، لكنه اختلف في توصيفه وتحديد طبيعته. فقد ركز الفقيه (Rene David) على المهمة الفنية للتحكيم لتمييزه عن القضاء. فيرى بكونه الوسيلة الفنية التي تهدف إلى إحالة مسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو أكثر، بواسطة شخص آخر أو أكثر وهو المحكم أو المحكمون والذين يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص ويفصلون بمقتضى الاتفاق دون أن يمنحوا هذه المهمة من قبل الدولة. أما (Jean Robert) فيرى بأن التحكيم

(1) القضية رقم (٦٥) لسنة ١٨ قضائية بتاريخ ١/٦/٢٠٠١، أشار إليه د. رجب عبد الحكيم سليم، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

(2) الطعن رقم (٨٨٦) لسنة ٣٠ قضائية العليا في جلستها المؤرخة ١/١٨/١٩٩٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥، طبعة المكتب الفني لمجلس الدولة، ص ١٤٣.

(3) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (٦٦١) بتاريخ ١/٧/١٩٨٩، أشار إلى الفتوى د. علاء محي الدين مصطفى د. محمد إبراهيم خيرى: مصدر سابق، ص ١٣٨.

(4) الطعن رقم (٧٥) لسنة ٣٦ ق حكمها الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٧١، مجموعة الاحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، العدد الأول، سنة ٢٢، من يناير إلى مارس ١٩٧١، مطبعة دار القضاء العالي، ص ١٧٩.

هو: (تسوية الخلاف بقرار يصدر من شخص أو أكثر اتفق الأطراف على تنصيبه بينهم) (1). فيما أستخدم الفقيه (Ethan Katch) على تسميته بالعدالة الخاصة. فيرى في التحكيم نوعاً من أنواع العدالة الخاصة، اعترفت به القوانين الوطنية والدولية وقامت بتنظيمه والعمل على تنفيذ أحكامه (2).

كذلك الحال بالنسبة للفقه المصري، فأختلف هو الآخر في تعريف التحكيم. فذهب بعضهم إلى اعتباره نظام تسوية أو نظاماً قانونياً للفصل في نزاع قانوني عن طريق افراد عاديين يختارهم الخصوم (3). فيما ذهب توجه آخر إلى وصفه بأنه: (وسيلة قانونية بمقتضاها يجوز للأطراف الذين يملكون أهلية التصرف في حقوقهم الاتفاق على عرض ما يشار أو يحتمل أن يثار بينهم من نزاع، وفي المسائل التي يجيزها القانون، على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة) (4)، أو هو (مجمل الاعمال أو العمليات، التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص بمقتضى اتفاق بين المعنيين به، عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم لا معينين من قبل القانون) (5).

وعمل توجه على تكريسه كحل قانوني يسمح به القانون بوصفه نوعاً من العدالة الخاصة، حيث اعترفت به القوانين سواء الدولية أو الوطنية. ومن ثم فإن هذه التشريعات هي التي سمحت بإرادتها بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء الوطني وإسنادها إلى افراد عاديين يتم اختيارهم بواسطة الخصوم من أجل حسم هذه المنازعات (6).

(1) Dr. Mohamed Ismail:” Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries”, First publish, Ashgate publishing, New York, 2011, p150

(2) Ethan Katch,” Online Dispute Resolution: Resolving conflicts in cyberspace”, San Francisco, Jossey-bass,2001, p13.

(3) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٥. كذلك د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٣.

(4) د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ١٠٢.

(5) د. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٢٣.

(6) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠، ص ١١.

من جهة أخرى، فالأصل في التحكيم أنه اختياري، قيامه يستند إلى إرادة أطراف النزاع في اتفاق يختارون فيه المحكم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم. وهذا يعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع، أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر إلى القضاء أو أي طريق آخر لتسوية نزاعهم. بخلاف التحكيم الإلزامي، إذ يكفي المشرع بفرض التحكيم تاركاً للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات. وقد لا يكفي المشرع بهذا القدر من التدخل، فيضع تنظيمًا كاملاً لإجراءات التحكيم بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن. ومن الأمثلة الواضحة على التحكيم الإلزامي، ما جاء في قانون هيئات القطاع العام وشركاته أن التحكيم في المنازعات التي تثور بين الهيئات العامة وشركات القطاع العام لا تعد خصومات حقيقية تتصارع فيها مصالح الأطراف المتنازعة⁽¹⁾. فنتيجة هذه المنازعات تؤول في النهاية إلى ميزانية الدولة. وهذا المسلك الإلزامي في التحكيم من المشرع المصري قد أثار جدل حول مدى اتفاهه مع أصل قيام التحكيم باختيار الطرفين، فقام بتعديله ليتماشى مع أساس التحكيم والقائم على سلطان الإرادة⁽²⁾.

فضلاً عما تقدم، فمن ناحية الجهة التي تتولى التحكيم، فقد يكون التحكيم حراً، يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم دون الاستعانة بخدمات أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم. أما التحكيم المؤسسي فهو ذلك الذي يعهد به أطرافه إلى مركز تحكيمي. ومن ناحية سلطة المحكم في أعمال القواعد القانونية على المنازعة فالمحكم في التحكيم العادي يطبق قواعد القانون الموضوعي، والتحكيم بالتفويض مع الصلح، بموجبه يمكن للمحكم أعمال قواعد العدل والانصاف⁽³⁾.

وبإمعان النظر في الآراء الفقهية وأحكام القضاء السالفة الذكر، يمكن التوصل إلى تعريف التحكيم بأنه: وسيلة بديلة عن القضاء ترد استثناءً على أصل ولاية القضاء للنظر بمنازعات العقود الإدارية، أساس قيامه اتفاق بين طرفي النزاع بموجب سماح قانوني، يخول

(1) المواد (٥٦-٦٩) من الباب السابع من قانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣١) تابع (أ) في ١٩٨٣/٨/٤ د. علاء العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية في الصور التقليدية والحديثة، مصدر سابق، ص ١١٦.

(2) تم الغاء المواد (٥٦-٦٩) الواردة في الباب السابع من القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣، بموجب القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٢٠ منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٥ (مكرر)، بتاريخ ٢٠٢٠/٢/٢.

(3) د. حسن بنيان، مصدر سابق، ص ٢٨١.

بموجبه شخص أو أشخاص معينين من قبل المتعاقدين صلاحية فض المنازعات المتعلقة بالعقد، بموجب إجراءات وشروط محددة في الاتفاق.

ويرد التحكيم بصورتين، أما كشرط ضمن نصوص العقد الأصلي أو في ملحق للعقد لفض ما يتعلق بأي نزاع ينشأ في تفسير العقد أو تنفيذه في المستقبل، أو يتمثل بمشارطة التحكيم يتفق عليها الطرفان بعد قيام المنازعة. لذلك فمشارطة التحكيم أكثر تفصيلاً من شرط التحكيم، من ناحية تحديد موضوع النزاع وتسمية المحكمين.

وقد فرق المشرع الفرنسي بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، فشرط التحكيم هو: (اتفاق يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم). أما مشارطة التحكيم فالمراد به: (عقد بمقتضاه أطراف النزاع على أحاله النزاعات التي تنشأ عن العقد)، ولم يفرق قانون المرافعات المدنية العراقي بين الاثنين، سوى إنه أجاز اللجوء إلى التحكيم (1).

وجراء الخشية التي طغت على قرارات القضاء إزاء التخلي عن اختصاص فض منازعات متعلقة بعقد اداري لصالح مراكز تحكيم؛ بسبب عدم استيعاب المحكم للقدر الكافي من طبيعة العقد الاداري، فضلاً عن إمكانية تطبيق قواعد أجنبية أو قواعد عابرة للحدود الدولية، فقد اختلفت مواقف الأنظمة القانونية من اللجوء اليه. فالأصل في التشريع الفرنسي، إن التحكيم محظور في العقود الإدارية، ولا يمكن أجازته استثناءً إلا بنص خاص يرد في تشريع أو اتفاقية دولية (2). لذلك، جاءت بعض الاستثناءات بموجب نصوص خاصة، قد أجازت التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العام والتوريد وفي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تبرمها بعض المؤسسات الصناعية والتجارية، والتحكيم الخاص بشركات القطاع المختلط مثل شركة طيران

(1) المادتان (١٤٤٢، ١٤٤٧) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨١/٥٠٠ (الكتاب الرابع / التحكيم) ، للتفصيل يُنظر د. عماد محمد فوزي: أثر اتفاق التحكيم في تسوية المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة بالنظام السعودي)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد (٩٣)، العدد (٢) ، ص ٥٥٠.

(2) المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ على (يحظر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات او المؤسسات العامة). للمزيد من التفصيل يُنظر د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الثاني)، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

(AIR FRANCE) وهيئة البريد والاتصالات الفرنسية، ومؤسسة السكك الحديدية، والابتكار والبحث العلمي للمؤسسات التي تساهم في التعليم⁽¹⁾. والمنازعات المتعلقة بعقود الشراكة⁽²⁾.

وسمح المشرع الفرنسي بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية، بموجب قانون (Eurodisney)، استجابة منه للرأي الاستشاري للجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾. وجاء فيه ما مفاده: (ان الاتفاق على التحكيم في علاقات النظام القانوني يعد باطلا لمخالفته للنظام العام ما لم تكن ثمة نصوص تشريعية صريحة أو اتفاقات دولية اندرجت تحت مظلة القانون الداخلي تسمح بمثل هذا التحكيم)⁽⁴⁾.

وفي الاتجاه ذاته للمشرع الفرنسي، فقد أزال المشرع المصري الغموض حول إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، عقب صدور فتوى من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بشأن العقد المبرم بين المجلس الأعلى للآثار وشركة إنكليزية⁽⁵⁾، والتي رأت بأن طبيعة العقود الإدارية تتنافى مع التحكيم، بخلاف ما هو الحال في العقود المدنية؛ لأن إرادة المتعاقدين في العقود الإدارية مقيدة بقواعد القانون العام، مما يقتضي وجود مسوغ تشريعي يجيز التحكيم في العقود الإدارية استثناءً⁽⁶⁾، فأضاف المشرع المصري عبارة (العقود الإدارية) إلى النص؛ كدلالة

(1) د. حسن محمد علي البنيان: مصدر سابق، ص ٢٨٨ .

(2) القانون رقم (٥٩٩-٢٠٠٤) في ١٧/٦/٢٠٠٤. والذي صدر بعد إقرار عقود الشراكة من قبل المجلس الدستوري في ٢٦/٦/٢٠٠٤ تحت رقم (٤٧٣ - ٢٠٠٣). د. علاء العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، مصدر سابق، ص ٥٨٢.

(3) المادة (٩) من قانون (Eurodisney)، الصادر في ١٩ آب ١٩٨٦ (يجاز للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرم سرية مع شركات اجنبية لتحقيق عمليات للمصلحة الوطنية، إدخال بند التحكيم عند الاقتضاء، من أجل تسوية نزاعات بتطبيق هذه العقود وتفسيرها). للمزيد من التفصيل يُنظر د. عبد الأمير قبيلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الثاني)، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

(4) د. علاء محي الدين مصطفى، د. محمد إبراهيم خيرى: مصدر سابق، ص ٤١.

(5) الفتوى رقم (١٦٠) بتاريخ ٢٢/٢/١٩٩٧ وجاء في النص (... وإذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال اهليته ... فإنه في المنازعات الإدارية لا يصح هذا الشرط الا = باكتمال الإرادة المعبرة ولا تكتمل الولاية هنا الا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم). أشار الى الفتوى د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، مصدر سابق، ص ٤٠٧.

(6) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، المصدر نفسه، ص ٤١٥ .

واضحة على شمول العقود الإدارية بإجازة التحكيم وفق شروط⁽¹⁾. ومن خلال المقارنة بين النصين في القانون فليس هنالك من اختلاف يذكر، سوى ان النص الأول قد اعترف بشرط التحكيم في العقود الإدارية بشكل ضمني، من خلال الإشارة إليها بعبارة (أيأ كانت طبيعة العلاقة)، فيما اتخذ النص الثاني مسلكاً صريحاً بإضافة عبارة (منازعات العقود الإدارية) بشكل مطلق دولية أم داخلية.

أما المشرع العراقي، فقد تناول التحكيم من ناحية الإجراءات الخاصة به، منذ مراحل الاتفاق الأولى إلى حين صدور الحكم وتنفيذه⁽²⁾. أيضاً ما ورد في قانون الاستثمار وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية. إذ أجاز قانون الاستثمار اللجوء إلى التحكيم (داخليا او دوليا) في عقود الاستثمار، معتبرا إياه مسلك اختياري استثنائي يتفق عليه الطرفان لتحديد القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم، والأصل هو خضوع المنازعات الناشئة عنه إلى القانون العراقي⁽³⁾. فيما اشترط في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النص في العقد على التحكيم كأحد أساليب فض المنازعات، مفرقاً بين التحكيم الداخلي والدولي، واشترط اللجوء إلى التحكيم الدولي توافر الضرورة، وتعلقه بمشاريع كبرى ذات طبيعة استراتيجية كبرى، شريطة تحديد مكان ولغة التحكيم، واعتماد إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة، والقانون العراقي كقانون واجب التطبيق، وأن تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة⁽⁴⁾. وما يعاب على التشريع العراقي، أنه يفتقر إلى قانون خاص بالتحكيم، كما هو معمول به لدى التشريعات المقارنة المثيلة في الدول النامية.

(1) المادة (1) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل (مع عدم الأخلاص بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص من القانون العام أو القانون الخاص أيأ كانت طبيعة العلاقة القانونية...) ونتيجة لما أثير من جدل حول هذا النص صدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ والمنشور في الجريدة الرسمية - العدد ٢٠ (تابع) في ١٥ / ٥ / ١٩٩٧ ليتضمن إضافة نص صريح على إجازة التحكيم في العقود الإدارية مقرونة بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ولا يجوز التفويض في ذلك).

(2) نظم قانون المرافعات المدنية (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل أحكام التحكيم في المواد (٢٥١-٢٧٦) منه.

(3) المادة (٢٧) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

(4) البند (ثانياً) من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المعدلة رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة.

مما تقدم يتضح بأن أساس اتفاق التحكيم سواء أكان شرطاً أم مشاركة، هو سلطان الإرادة الذي يُرتب أثر نزع اختصاص المحكمة المختصة لصالح عرضه أمام هيئة التحكيم. وهنا تبرز أهمية تعزيز خصوصية التحكيم واستقلاله الذاتي، إذا صحت شروط انعقاده كأي عقد يتم التراضي على آثاره.

الفرع الثاني

شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

كما تم الإشارة في الفرع الأول، فلم تهتم أغلب التشريعات بالتمييز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، بل دأبت على تناول التحكيم بنص عام كاتفاق، يشترط فيه ما يستلزم توافره في أي اتفاق من شروط موضوعية وشكلية، شأنه كأي عقد يترتب على عاتق طرفيه التزامات متبادلة. إذ يؤدي إلى سلب الاختصاص من قضاء الدولة وإحالة إلى القضاء الخاص المتمثل بالتحكيم. من ثم، وللبحث في شروط صحة اتفاق التحكيم، صار لزاماً تقسيم هذا الفرع على بندين، الأول يتعلق بالشروط الشكلية والثاني خاص بالشروط الموضوعية.

أولاً: - الشروط الشكلية.

نظراً لما يترتب على اتفاق التحكيم من أثر خطير، يسلب اختصاص النظر بالمنازعة من القضاء الوطني للدولة ويمنحه إلى مركز تحكيم، فقد اهتمت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية بما يُفترض أن يكون عليه شكل اتفاق التحكيم، فاشترطت فيه الكتابة من دون أن تلتزم شكلاً معيناً لها. فيما اختلفت في تحديد طبيعة هذا الشرط، بوصفه شرط إثبات للرضائية، كما هو الحال في توجه الدول ذات النظام الانجلوسكسوني، أم شرط لصحة الاتفاق، كما أرادت ذلك الدول ذات النظام اللاتيني⁽¹⁾. فترك بروتوكول جنيف ١٩٢٣-١٩٢٧ للدول حرية تحديد الضمانات التي تراها مناسبة للتأكد من وجود شرط التحكيم⁽²⁾. وذهبت اتفاقية جنيف الأوروبية إلى إمكانية ورود التحكيم بصيغة شرط في مضمون العقد أو اتفاق موقع عليه من الأطراف أو

(1) د. علاء الدين العناني: الصور الحديثة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي وأثرها على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٨، ص ١٦٣.

(2) Herbert Kronke and Others: "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York convention", Kluwer law international, AH Alphen, Netherland, 2011, p39.

في خطابات أو برقيات متبادلة بين الأطراف، وأضافت طريقة الـ (teleprinters) للدلالة على كتابة الاتفاق (1).

وتضمن القانون النموذجي قواعد اليونسترال (أشار إلى شرط الكتابة لصحة انعقاد اتفاق التحكيم، فورد في مستهل النص (تسلم الرسائل الكتابية...)) ولم يشترط التوقيع نفس المفهوم ما ورد في اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عام ١٩٦٥، بطلب كتابي إلى السكرتير من الدولة المتعاقدة أو أي مواطن دولة أخرى لرفع دعوى التحكيم. كذلك الحال بالنسبة إلى لائحة محكمة لندن للتحكيم، (LCIA) ولائحة غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)(2).

وبموجب اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ التي تتعلق بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، فمن الممكن التمسك باتفاق التحكيم الشفوي لأبطال واعاقه تنفيذ حكم التحكيم؛ لأنها اشترطت اعتراف الدولة المتعاقدة بأي اتفاق مكتوب، لكن لن يتم التمسك به للدفع بعدم اختصاص قضاء التحكيم (3).

(1) Jie Zheng: Online Resolution of E-commerce Disputes, Springer, Switzerland, 2020, P79.

الفقرة (١) من المادة (٢) من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٦٥، وللاطلاع أكثر انظر الرابط الخاص بالاتفاقية في الأمم المتحدة، ت:

<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg-no=XXII-2&chapter=22&clang=-en> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢

(2) المادة (٣٦) من الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى عام ١٩٦٥ في واشنطن، مادة (٣) قانون التحكيم النموذجي عام ١٩٨٥ المعدل، الفقرة (الثانية) من المادة (الثالثة) من لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) المادة (١) من لائحة تحكيم محكمة لندن (LCIA) د. علاء العناني، د. محمد إبراهيم خيرى : مصدر سابق ، ص ١٠٠. وللمزيد يُنظر الرابط الخاص بكل من غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) ، ومحكمة تحكيم لندن ، (LCIA) على التوالي :

<https://www.lcia.org/Dispute-Resolution-Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٢٢

<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٢٢

(3) د. أحمد هندي: تنفيذ احكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة ٢٠٠١، ص ٣٥.

كذلك الرابط الخاص باتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ١٩٥٨:

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠ /٢/٢٣ <https://www.newyorkconvention.org/english>

وفيما يخص القوانين الوطنية، فالواقع العملي كشف عن تباين مواقف الدول مما أدى الي أحداث اضطراب في نتائج اعتماد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، فلم يورد القانون الفرنسي الكتابة شرطاً لصحة التحكيم الدولي بشكل واضح، فالتحكيم من الممكن أن يكون شفاهية وقد ينشأ ضمناً. ولكن بانضمام فرنسا إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والتي قضت بإلزامية الكتابة لصحة التحكيم ومن ثم تنفيذ قراره، يستدعي القول بأن التشريع الفرنسي، عد الكتابة من الشروط الشكلية لصحة التحكيم؛ لأن هذه الاتفاقية جزءاً من التشريع الداخلي الفرنسي (1). كذلك الحال بالنسبة للعراق بعد انضمامه لهذه الاتفاقية (2).

خلاصة ما تقدم، فإن الأغلب الأعم ممن ذهب إلى اشتراط الكتابة لصحة انعقاد التحكيم قد أخرج اتفاق التحكيم من التصرفات الرضائية وعده تصرفاً شكلياً، لوجود اتفاق التحكيم وصحته وليس لإثباته، مقروناً بمرونة كبيرة في صيغة الكتابة المطلوبة. فلم يشترط صيغة معينة أو شكلاً معيناً، بل اكتفى بوجود رسائل متبادلة أو برقيات تظهر بوضوح رغبة الأطراف في اللجوء إلى قضاء التحكيم. وذلك مسلك حسن يفترض مراعاته من قبل التشريعات المقارنة؛ لضمان تنفيذ احكام المحكمين طبقاً لاتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨. ثانياً: - الشروط الموضوعية:

لا يمكن اعتماد الوثيقة المكتوبة الخاصة باتفاق التحكيم - سواء وردت كشرط في صلب العقد أم أحد ملاحقه، أو وثيقة مستقلة عن العقد - لوحدها، من دون تراض أطرافه المتمتعين بأهلية أم سلطة لإبرامه؛ بغية فض المنازعة المعروضة على التحكيم لتحقيق سبب معين. لذلك يمكن إجمال الشروط الموضوعية في ثلاثة هي: الرضا، والمحل، والسبب.

فتراضي الطرفين يتم بإيجاب من أحدهما يصادفه قبول من الطرف الآخر. وهنا تكمن الصعوبة في فحص عنصر الرضا في حالة أن يأخذ شكل التراضي بين الطرفين مراسلات أو مخاطبات؛ ولأنه لا يمكن اعتماد وثيقة بعينها للتعبير عن الرضا، مما يستلزم فحص مضمون هذه المخاطبات أو المراسلات بشكل عام، فيما إذا كانت تنطوي على إيجاب بالرغبة في اللجوء

(1) المادة (٥٥) من دستور جمهورية فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل. د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، اتفاقية مكافحة الفساد، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٢، ص ١٧٦.

(2) انضم العراق الى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بموجب القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١، منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد (٤٦٣٣) بتاريخ ٢٠٢١/٥/٣١

إلى التحكيم بقصد ترقية ولاية القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، يصادفه قبول في الميعاد المحدد بمطابقة تامة حول اللجوء إلى التحكيم (1) .

ويمكن التوصل إلى تحقق الرضا، بالرجوع إلى بند خاص وارد في العقد يشير إلى تطبيق اتفاقية دولية (متعددة الأطراف أو ثنائية) موقعة عليها الدول الطرف في العقد، تقضي باللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات. والاتفاقية الدولية ما هي إلا رضا أولي بحاجة إلى المزيد من التفاصيل، فيأتي دور العقد التحكيمي(2). لذلك، فغالباً ما تعلن مراكز التحكيم الدولية عن نفسها صاحبة الاختصاص في النظر في النزاع، على الرغم من عدم وجود عقد تحكيمي، معتمدة في ذلك إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة لغرض تشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي. من ذلك ما حدث بين شركة (AAPL) وحكومة سريلانكا، فبعد رد سريلانكا بعدم اختصاص الهيئة لعدم وجود اتفاق خاص بالتحكيم، ذهب الحكم الصادر عن هيئة التحكيم (ICSID) المشكلة في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن بتاريخ ١٥/٦/١٩٩٠ إلى إنها مختصة بالنظر في المنازعة مستندة في ذلك إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الطرفين(3).

يضاف لما تقدم، فمن الممكن أن يتجسد الرضا بشكل ضمني بشرط الإحالة إلى التحكيم عند انطواء العقد الإداري الدولي على بند خاص بالإحالة إلى وثيقة تعد جزءاً لا يتجزأ من العقد، وتتضمن اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات. وهذه على الاغلب ترد في القانون النموذجي للعقود، كالإحالة التي ترد في عقود الأشغال العامة الدولية إلى الشروط العامة لعقود الفيديك. وذلك ما حكم به القضاء الفرنسي بين مرفق عام للبترول تونسي (شركة النفط التونسية) وبين

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار محمود، القاهرة، سنة ٢٠١٥، ص ٢٥.

(2) د. علاء الدين العناني: الصور الحديثة للعقود الادارية ذي الطابع الدولي وأثرها على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٦٨.

(3) KATIA FACH and Others, "LA POLITICAL DE UNION EUROPEA EN MATARIA DE DERCHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES (Eu policy ON INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW)", BOSCH EDITOR, 2017, p31

للمزيد من التفصيل يُنظر الفقرة (١٨) من القرار رقم (3/87 ARB)، الرابط الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID):

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C140/DC677-En.pdf>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٥

شركة هولندية (Bomar oil)، إذ تم إبرام العقد وفق قانون العقود النموذجية (ETA) الخاصة بعقود الطاقة، والتي تتضمن شرط التحكيم في المنازعات وفقاً لغرفة التجارة الدولية في باريس (ICC). ولما لجأت تونس إلى قضاء التحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس امتنعت الشركة الهولندية عن تعيين محكم لها؛ لعدم علمها بشرط التحكيم بالإحالة إلى (ICC) فقررت هيئة التحكيم اختصاصها بنظر النزاع، ولا يمكن لأي من الأطراف الادعاء بعدم معرفته بشرط التحكيم (1).

ومن الممكن أن يمتد الرضا على التحكيم بين الطرفين من عقد إلى عقد آخر نظراً للارتباط بينهما، كأن يستمد شرط التحكيم وجوده في عقد تبعية من عقد أصلي، أو مد شرط التحكيم الذي وافقت عليه الشركة إلى عقود وقعتها شركات أخرى لا تتضمن شرط التحكيم، ولكنها تنتمي الي نفس مجموعة الشركة أو الشركات الأولى. مثال على ما تقدم، قضية (S.O.A.B.I)، إذ ردت هيئة التحكيم المشكلة في (ICSID) اعتراض حكومة السنغال، على أساس أن شرط التحكيم يتعلق ببناء المصنع وليس مشروع الاشغال العامة الدولية، واعتبرت نفسها صاحبة الاختصاص في نظر المنازعة؛ لأن هذه الاتفاقات تعد مدمجة بطريقة ضمنية ولا يمكن فصل أي جزء من عملية التعاقد في العملية، إذ كليهما يتعلق ببناء المساكن (2).

إضافة لما تقدم، فلا يمكن تصور صحة انعقاد التحكيم من دون أن يكون محل العقد محدد ومشروع، ولا يخالف النظام العام والآداب. مع الأخذ بنظر الاعتبار ان فكرة النظام العام تختلف من دولة أخرى (3). وبشكل عام يُفترض ألا تتعارض (المنازعة) مع النظام العام الدولي. وعند هذه المسألة ترددت قرارات مراكز التحكيم الدولي بمدى اختصاصها البت في تسوية هذه المنازعات، وذلك في اتجاهين: الاتجاه الأول ذهب إلى بطلان اتفاق التحكيم وعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع. من ذلك ما أقره المحكم (Gunnar) بأن النزاع المعروف يتعلق بعمولة للوسيط الأرجنتيني، وهي في حقيقتها رشوة، وذلك يخالف ما سارت عليه الأمم المتحدة.

(1) Emmanuel Gaillard, John Gaillard, "International Commercial Arbitration", Kluwer law international, Netherland, 1999, p274.

(2) Christof H Schreuder and others: The ICSIS Convention, second edition, Cambridge University Press, Cambridge, U.K, 2009, P243.

(3) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مصدر سابق، ص ٢٨.

من ثم، فهذا النزاع يُعد انتهاكاً شديداً للنظام العام الدولي ولا يمكن أن يكون محلاً للتحكيم. مثال ذلك، قضية الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية عام ١٩٦٣^(١).

أما الاتجاه الثاني فأكد على اختصاص المحكمة بالنظر في النزاع. فرأت هيئة التحكيم المشكلة في غرفة التجارة الدولية (ICC) إن الوسيط من كبار الموظفين العموميين في ذلك الوقت وكان لديه تأثير كبير على صانع القرار، مما أدى إلى التعاقد مع الشركة الفرنسية، بشكل يخالف عدة تشريعات متعاقبة قد صدرت لتجريم الرشوة واستغلال النفوذ؛ لذلك فإن العقد يخالف النظام العام الدولي الذي يعزز من استقلالية التحكيم، وعلى هذا الأساس قضت هيئة التحكيم ببطلانه^(٢).

مما تقدم، يتضح بشكل جلي إن قضاء التحكيم قد انتهج مسلك تعزيز التوافق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، منطلقاً من إن المحكمين في مراكز التحكيم الدولية مكفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي رغم تباين مفاهيم النظام العام بين الدول. من ثم، فامتناع هيئة التحكيم عن النظر باتفاق للتحكيم محله مخالف للنظام العام الدولي يعد - في تقديرنا - توجه سلبي محمود؛ لأنه يؤكد مساهمة التحكيم في تكريس دور المجتمع الدولي في مكافحة الفساد ويساعد على المحافظة على أخلاقيات التجارة الدولية.

فضلاً عما تقدم، سواء أكان الاتفاق على التحكيم شرطاً أم مشاركة رضائياً، فيستلزم لانعقاده توافق أهلية التصرف في اللجوء إلى التحكيم مع الأنظمة القانونية. كما أن أهلية الدولة

(1) تعاقدت شركة بريطانية مع وسيط أرجنتيني للسعي لدى الحكومة الأرجنتينية لإرساء المناقصة عليها مقابل حصوله على ١٠٪ من قيمة العقد، ورغم محاولاته لكن المناقصة قد رست لصالح شركة ألمانية، وعلى أثر تغيير سياسي حدث في الأرجنتين أعلنت الحكومة عن مناقصة أخرى تقدمت إليها نفس الشركة البريطانية ونجحت في ذلك. وعندما طالب الوسيط (MR. LAGERGREN) بعمولته لأن الإرساء نتيجة جهود سابقة رفضت الشركة البريطانية الاعتراف بها، فلجأ الوسيط إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس Emmanuel Gaillard and John savage, Op.cit, P353. (ICC)

(2) تعاقدت شركة فرنسية (Framatome) مع وسيط إيراني كي يستخدم نفوذه لدى الحكومة لتمكينها من القيام بتنفيذ عقد للأشغال العامة. واتفق الطرفان على عمولة معينة يدفع نصفها عند التعاقد والنصف الآخر عند إتمام الصفقة ونجح الوسيط في ذلك إلا إن الشركة الفرنسية قد تنكرت ورفضت دفع الجزء المتبقي من العمولة وبموجب شرط التحكيم الوارد في العقد عرض النزاع على هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC)

Stephen M. shwebel and others:” International Arbitration”, second edition, Cambridge University,2020, p57.

بإدارة أموالها الخاصة والعامة يمنحها الحرية التعاقدية الكافية بفض المنازعات المتعلقة بهذه الأموال من خلال التحكيم طالما ان تصرفها ليس فيه أي انتهاك للنظام العام الدولي (1). وذلك ما أقرته محكمة استئناف باريس عند نظرها بالطعون التي تصدر عن غرفة التجارة الدولية في باريس. ف جاء في حكمها الصادر بتاريخ ١٣/٦/١٩٩٦ بخصوص النزاع الذي نشب بين الشركة الإيطالية (ICRITERO) والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية (KFTCIC)، إذ قررت: (إن الحظر يبقى مقيدا بالنسبة للعقود التي تتم وفقا للنظام الداخلي وليس تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي ... فضلا عن إن ابرام الدولة لاتفاق التحكيم رغم الحظر الوارد في قانونها الوطني يعد تنازلا من جانبها عما قرره القانون الوطني لمصلحتها وهذا التنازل لأن الدولة وضعت التشريع وهي التي تحررت منه) (2).

وتبرز مشكلة الاهلية في اتفاق التحكيم في الدول التي تشترط تشريعاتها على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء الي التحكيم بالاستناد إلى سماح قانوني يتضمن إذن للجهة المتعاقدة بالحصول على إذن. وذلك ما سارت عليه أغلب التشريعات المقارنة بحصول الشخص المعنوي العام على الترخيص عند اللجوء إلى التحكيم الدولي. فالمشرع الفرنسي اشترط استحصال موافقة مجلس الوزراء لكل حالة على حدة بناءً على توصية الوزير المختص (3). وقد حدد المشرع المصري من يجوز له الاتفاق على التحكيم. وهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك حق التصرف بحقوقه. ويكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك (4).

وقد تُثار إشكالية حول مدى إمكانية بطلان اتفاق التحكيم في حالة عدم وجود الموافقة أو الترخيص. فالقواعد العامة تقضي بطلان اتفاق التحكيم. ويترتب على الشخص المعنوي العام خطأ مرفقي ومسؤولية تجاه المتعاقد الآخر. بيد ان قضاء التحكيم ذهب إلى إنه متى لجأ الشخص المعنوي العام إلى الاتفاق على التحكيم سواء عن طريق شرط في العقد أو مشاركة أو

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مصدر سابق، ص ٢٩.

(2) د. بشار محمد الاسعد: مصدر سابق، ص ٣٧٦.

(3) المادة (٩) من قانون (EURODIESNY) د. عبد الأمير قبلان، إثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(4) المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

بالإحالة إلى وثيقة تتضمنه دون صدور من الجهة المأذونة بإبرامه، فإنه يصبح ملتزماً به، عملاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولتعزيز دور التحكيم بان لا يهز ثقة المتعاملين مع الدولة، وإبراز أهميته في فض المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقود الإدارية الدولية⁽¹⁾. فعلى سبيل المثال ما ذهبت إليه غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، بخصوص النزاع بين شركة المانية والحكومة السورية التي دفعت ببطلان اتفاق التحكيم، لعدم حصوله على موافقة مجلس الدولة السوري قبل الاتفاق على شرط التحكيم. مستندة في ذلك إلى وجود أمر وزاري ينظم تلك المسألة على النحو الذي لا يمكن معه قبول التحكيم، دون اللجوء الي مجلس الدولة. بيد ان المحكمة قررت بأن المشروع العام يعد تاجراً يحق له ممارسة كافة الأنشطة، ويحق له الاتفاق على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، دون حاجة للحصول على موافقة مجلس الدولة، وأوضحت إن الأمر الوزاري لا يمكنه أن يخالف النصوص المنبثقة عن لائحة تشريعية⁽²⁾.

فضلاً عن ما تقدم، ففي قضية الشركة الفرنسية (Framtome) ضد الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية، التي دفعت ببطلان شرط التحكيم لأن الدستور الإيراني يشترط موافقة مجلس الوزراء قبل قبول أو إبرام عقد يتضمن شرط التحكيم. قررت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية (ICC)، بأنه فضلاً عن عدم رجعية شرط الأهلية في التحكيم بموجب الدستور الإيراني الذي صدر بعد عامين من إبرام العقد فإنه: (يُفترض بالهيئة الإيرانية أن تتمتع بالأهلية اللازمة لقبول شرط التحكيم فإذا كان من الثابت أنه لا يمكن إجبار قبول الدولة على قبول التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها، إلا أن ذلك يقتضي أمراً بديها وهو أن تكون الدولة واعية ومدركة للتصرفات التي تصدر عنها. وهذا منطوق يتسق مع المنطق السليم للأشياء وتفرضه قواعد حسن النية إذ أنه من غير المقبول أن تتمسك الدولة ببطلان شرط التحكيم بمقولة مخالفته لقانونها الوطني)⁽³⁾.

(1) د. أشرف محمد خليل: مصدر سابق، ص ١٠٣. كذلك:

John Fellas: International Commercial Arbitration, Edward Elgar, Cheltenham, U.K, 2021, P 30

(2) د. علاء محي الدين مصطفى، د. محمد إبراهيم خيرى: مصدر سابق ص ١٢٩.

(3) المادة (١٣٩) من دستور جمهورية إيران الإسلامية الصادر عام ١٩٧٩. أشار إليه د. ياسر محمد أبو زيد الفقي: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠١٢، ص ١٤٥. كذلك

ومن الناحية العملية، فالتنصل عن اتفاق التحكيم لعدم الحصول الاذن بالترخيص رغم موافقة الدولة للجوء إلى التحكيم، الذي دفع المتعاقد إلى القدوم و إبرام العقد، من شأنه أن يؤدي إلى اهتزاز الثقة في اتفاقيات التجارة الدولية مما يلحق الضرر بالتجارة الدولية. فضلا عن إن جزاء مخالفة هذا الشرط - قيام أحد الأجهزة التابعة للدولة بإبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص - مجرد جزاء تأديبي ينظمه القانون الذي يحكم العلاقة بين الإدارة والوزير المختص، ولا شأن للمتعاقد بهذه المخالفة الإجرائية من قبل الجهة المتعاقدة.

مما تقدم يمكن القول - ومن ناحية عملية - إن شرط التحكيم يُعد من متطلبات صلة أي عقد تبرمه الدولة في إطار التجارة الدولية. ومن أهم هذه المتطلبات اطمئنان المتعاقد على القدوم والتعاقد على افتراض وجود شرط التحكيم الذي تم ادراجه لحظة إبرامه وكان دافعا له إلى التعاقد. وبخلاف ذلك فإنه يُخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات، بوصفه أساساً لتعزيز مبدأ الاستقرار القانوني للعقد، والذي وجد المشرع الفرنسي ضرورته ليشترط في تعديله الأخير مبدأ حسن النية في التعاقد منذ إبرام العقد حتى تنفيذه بالشكل المطلوب. وبالمقابل، ففي حالة إن أساس التحكيم هو اتفاق تم إبرامه بعد التعاقد، وعند نشوب المنازعة، فذلك من شأنه ألا يُطابق نية الاتفاق على التحكيم بنية التعاقد لحظة الإبرام، وهذا من شأنه البحث عن حسن النية في تنفيذ الالتزام بالتحكيم بمعزل عن التعاقد.

المطلب الثاني

آثار اتفاق التحكيم

لا يمكن فهم فاعلية اتفاق التحكيم كضمانة إجرائية بالغة الأهمية بالنسبة إلى المتعاقد، من دون التطرق إلى ما يترتب عليه من آثار قانونية، من شأنها تعزيز مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد. وهذا يتطلب التطرق إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، والتزامات أطراف اتفاق التحكيم، فضلا عن حيده في الإجراءات، وصولاً إلى صدور القرار التحكيمي وتنفيذه. لذلك، سوف يُقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول يتعلق باستقلال اتفاق التحكيم، والثاني يخص التزامات أطراف اتفاق التحكيم، وأخيراً سيتناول الفرع الثالث القرار التحكيمي.

الفرع الأول

استقلال اتفاق التحكيم

المراد باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أنه يعد عقداً قائماً بذاته؛ لأن لكل من العقدين موضوع مختلف عن الآخر؛ فاتفاق التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية المنازعات الناجمة عن العقد الأصلي الذي ينطوي موضوعه على حقوق والتزامات اطرافه. إذن، فقوام فكرة استقلال التحكيم، هو عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي في حالة فسخه أو ابطاله. أي بقاء اختصاص المحكم نافذاً، حتى إذا كان العقد الأصلي غير نافذ أو باطل ولا أثر له. فضلاً عن خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي⁽¹⁾. ويستند استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى العديد من الاتفاقيات الدولية⁽²⁾،

(1) د. عثمان سلمان غيلان العبودي: الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، الطبعة الأولى، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥.

(2) الفقرة (١) من المادة (٣) مجمع القانون الدولي في سانتياغو عام ١٩٨٩، الفقرة (١) من المادة (١٦) / من قانون التحكيم النموذجي لعام ١٩٨٥ المعدل، الفقرة (٦) من المادة (٤) من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (ICC)، الفقرة (١) من المادة (٢١) من قواعد التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٦. وأشارت الفقرة (١) من المادة (٤٢) من اتفاقية تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا دول أخرى عام ١٩٦٥ المعدلة، بشكل ضمني بعبارة (تفصل المحكمة بالنزاع...)، الفقرة (٣) من المادة (٤) من اتفاقية جنيف الأوروبية لعام ١٩٦١. وللمزيد من التفصيل يُنظر د. بشار الاسعد: مصدر سابق، ص ٣٩٧.

والتشريعات الوطنية المقارنة⁽¹⁾. وفي هذا الصدد لم يشر القانون العراقي في قانون المرافعات المدنية إلى استقلال شرط التحكيم. وهذا مسلك غير حسن لا يتناسب مع مقتضيات التجارة الدولية؛ لبعث المزيد من الاطمئنان بفعالية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات⁽²⁾.

لقد أشار المشرع الفرنسي إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بشكل ضمني طبقاً لقاعدة (الاختصاص بالاختصاص). وهذا ما كرسه القضاء الفرنسي في مبدأ (عدم ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي). وهذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية في قضية (Gosset) بتاريخ ١٩٦٣/٥/٧ بقولها: (في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم، سواء كان مبرماً على نحو منفصل أم كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان)⁽³⁾. أيضاً ما جاء في قرار تحكيم (LIAMCO) بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٤ بالقول: (شرط التحكيم يظل باقياً بعد فسخ الدولة للعقد الذي يتضمنه وان هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ). وفي حكم (TEXACO) ضد الحكومة الليبية، والتي تمسكت بأن ما قامت به من تأميم قد وضع نهاية لعقد الامتياز ولشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن الأستاذ (DUPPY) قد رفض ذلك وافر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم⁽⁴⁾.

فضلاً عما تقدم، فمن ركائز دعم استقلال مهمة المحكمين، إن المحكم هو من يبيت باختصاصه، ويحدد نطاق سلطته وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً أم لا. لذلك، ففي حالة اعتراض أحد الأطراف بعدم اختصاص محكمة التحكيم، فالمحكم هو من يفصل في ذلك وليس

(1) المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٤ المعدل، المادة (٧) من قانون التحكيم الانكليزي. الرابط الخاص بحكومة المملكة المتحدة

تاريخ الزيارة ٣/٩/٢٠٢١/72023/section/1996/23/ukpga/1996/23/section/72021/9/3

(2) د. إبراهيم الربيعي، ماهر محسن الخيكاني: التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ٢، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١١، ص ٧٧.

(3) FRANK – BERND WELGAND: PRACTITION HANDBOOK On INTERNATIONAL COMMERCIAL, Second Edition, OXFORD, 432.

(4) د. بشار الاسعد: مصدر سابق، ص ٣٩٨.

المحكمة القضائية. ويستند المحكم في هذا المسلك إلى الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾ والتشريعات المقارنة، كما هو الحال في فرنسا في قانون المرافعات المدنية⁽²⁾، وفي مصر، قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية⁽³⁾.

وذلك ما كرسته قرارات التحكيم، مثال ذلك قرار التحكيم الصادر في الدنمارك بخصوص النزاع بين الشركة الوطنية الإيرانية (NIOC) والشركة الفرنسية (Elfaquitaine) بتاريخ ١٤/١/١٩٨٢، إذ ورد فيه أنه: (اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعد مبدأ رئيسياً في مجال التحكيم الدولي ومعترفاً به بواسطة المعاهدات الدولية حول التحكيم والعديد من أحكام التحكيم والفقهاء المتخصصين). ولم يتناول القانون العراقي مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهذا المسلك يتناقض مع فعالية التحكيم كضمانة إجرائية⁽⁴⁾.

(1) الفقرة (ب) من المادة (٣) من قرار مجمع القانون الدولي الصادر عام ١٩٨٩. الفقرة (٣) من المادة (٥) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٦١، الفقرة (١) من المادة (٤٢) من اتفاقية تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دولة أخرى لعام ١٩٦٥، الفقرة (١) من المادة (١٦) من القانون النموذجي للتحكيم عام ١٩٨٥ المعدل، الفقرة (٤) من المادة (٦) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام ١٩٧٦. د. بشار الاسعد - المصدر نفسه، ص ٤٠٢.

(2) المادة (١٤٦٦) قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠) (الكتاب الرابع / التحكيم).

(3) الفقرة (١) من المادة (٢٢) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة المعدل ١٩٩٤،

(4) د. إبراهيم الربيعي، ماهر محسن الخيكاني، مصدر سابق، ص ٧٨.

الفرع الثاني

التزامات أطراف اتفاق التحكيم

بمجرد انعقاد اتفاق التحكيم، فإنه يصبح شرطاً ملزماً للدولة المتعاقدة، وعلى أطراف الاتفاق عدم التوصل عن اتخاذ الترتيبات اللازمة للمباشرة بإجراءاته. على سبيل المثال ما ورد في مضمون قرار هيئة التحكيم المشكلة في مركز التحكيم الدولي (ICSID) في قضية بين حكومة جامايكا وشركة أمريكية (Alco Amieral). إذ رفضت قبول تحفظ جامايكا على اختصاص المركز وانسحابها من جانب واحد، مستتدة في ذلك إلى مصادقة جامايكا على اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٦^(١). وقد يأخذ الرفض موقفاً سلبياً من إجراءات التحكيم دون الإعلان الصريح بالانسحاب. ففي قضية شركة (LETCO) ضد حكومة ليبيريا، أمتعت الأخيرة عن تعيين محكم، لكن محكمة التحكيم مضت في إجراءات التحكيم رغم تخلف أحد الأطراف^(٢).

فضلاً عن ما تقدم فإذا كان اتفاق التحكيم ينشئ التزاماً إيجابياً على عاتق طرفيه، يقضي بالجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي، فهو كذلك يفرض التزام سلبياً، مناطه عدم الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعات محل التحكيم، وذلك ما سلمت به أغلب الاتفاقيات الدولية والتشريعات المعنية بتنظيم اتفاق التحكيم. فقانون اليونسترال النموذجي للتحكيم، أشار إلى أنه لا يجوز لأية محكمة أن تتدخل الا حيث يكون منصوص عليه في القانون. أما اتفاقية تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دولة أخرى فقد اشارت إلى نص مطلق باستبعاد أي وسيلة أخرى غير التحكيم لفض المنازعة، ما لم ينص الاتفاق خلاف ذلك^(٣).

وقد فرق التشريع الفرنسي بين حالة رفع الدعوى بعد اتصال محكمة التحكيم بالنزاع من عدمه، إذ يتعين على القاضي أن يقضي بعدم اختصاصه دون البحث في مدى صحة اتفاق التحكيم من عدمه. أما إذا رفعت الدعوى قبل اتصال محكمة التحكيم بالنزاع، فيجب على القاضي

(١) أشار إليه د. محمود مصيلحي: أثار قبول التحكيم في المخازن الخاصة الدولية، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد الخامس عشر، الجزء الثاني، سنة ٢٠٠٠، ص ١٥٧١.

(٢) أشار إليه د. علاء الدين العناني، محمد إبراهيم خيرى، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٣) المادة (٥) من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ المعدل، المادة (٢٦) من اتفاقية تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دولة أخرى لعام ١٩٦٥.

أن يقضي بعدم اختصاصه إلا إذا تبين له وجود البطلان الظاهر في اتفاق التحكيم⁽¹⁾. وذلك ما سار عليه أيضاً المشرع المصري⁽²⁾.

وعلى الرغم مما تقدم، فقد يتدخل القضاء الوطني في عمل هيئة التحكيم ليتولى استثناءً اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية، تأتي بشكل تبعي للمنازعة محل التحكيم؛ بسبب افتقاد المحكم لسلطة الإجبار. فقد جاءت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري بنص عام يتفوق فيه التحكيم، وهو المسلك متبنى في قواعد اليونسترال للتحكيم، والتي أجازت لهيئة التحكيم أن تتخذ تدابير مؤقتة بموجب طلب لأي من الطرفين، وتتخذ في سبيل ذلك قرار تحكيم مؤقت. ويحق لأي منهما تقديم طلب القضاء المختص، دون أن يتعارض ذلك مع اتفاق التحكيم نزولاً عن الحق في التمسك به⁽³⁾.

واختلفت التشريعات الوطنية المقارنة في تحديد الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية. فهناك بعض التشريعات قد قصرت الاختصاص على القضاء الوطني، وأخرى جعلت الاختصاص من حيث الأصل للقضاء الوطني وأجازت للجوء إلى التحكيم، أو جعلت الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية من حيث الأصل لهيئة التحكيم. فيجوز للأطراف الاتفاق على اللجوء للقضاء الوطني⁽⁴⁾. فقد تبني قانون التحكيم المصري مبدأ اختصاص القضاء المصري من حيث الأصل باتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية، وأجاز للطرفين الاتفاق على إسناده إلى محكمة التحكيم ذاتها⁽⁵⁾. وانسجاماً مع قواعد اليونسترال للتحكيم والاتفاقية الأوروبية للتحكيم، ذهبت قوانين دول الاتحاد الأوروبي، إلى منح المحكم أصل

(1) المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠) (الكتاب الرابع / التحكيم) (إذ رفع النزاع المعروف على محكمة التحكيم، بموجب اتفاق التحكيم على قضاء الدولة يجب على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه، وإذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع يجب أيضاً على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه إلا إذا كان التحكيم ظاهراً بالبطلان).

Jean Louise, FRENCH ARBITRATION LAW And PRACTICE, second edition, Kluwer law international ALPHEN, NETHERLAND, p273.

(2) الفقرة (١) من المادة (٢٢) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

(3) المادة (٢٦) من قواعد اليونسترال للتحكيم التجاري لعام ١٩٧٦ المعدلة، الفقرة (٤) من المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٦١.

(4) د. علاء محي الدين مصطفى، د. محمد إبراهيم خيرى: مصدر سابق، ص ١٤٧.

(5) المادتان (٢٤، ١٤) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وإذا لم يمثل الطرف الصادر ضده الاجراء
الوقتي أو التحفظي فإن المحكم يلجأ إلى القاضي المختص (1) .

وقد ترددت التطبيقات القضائية في البت باتخاذ الإجراءات والتدابير المؤقتة والاحترازية،
فمنها ما عزز اختصاص القضاء للوطني، لاتخاذ تدابير مؤقتة واحترازية، وأخرى ردت النظر
بالبالبات المتعلقة بها. على سبيل المثال القضية بين شركة (MINE) المعروضة أمام هيئة
التحكيم (ICSID) والتي تتعلق بعقد ابرم بين الطرفين في ١٩/٨/١٩٧١ لنقل خام الالمنيوم من
غينيا. إذ تضمن العقد شرطاً للتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID).
وإزاء حدوث خلاف بين الطرفين وأثناء السير في إجراءات التحكيم تقدمت الشركة بطلب
للقضاء البلجيكي للحجز على الأموال المملوكة لغينيا في بلجيكا وسويسرا، حيث أنهى قاضي
الأمر الوقتية إلى عدم اختصاصه بنظر الطلب (2). أيضاً دأب القضاء الأمريكي على عدم
قبول الطلبات المقدمة اليه بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية استناداً إلى أن مثل هذه
الاجراءات تتعارض مع اتفاق التحكيم. وبالنسبة للمحاكم الإنكليزية فأنها تمتلك سلطة اصدار
الأوامر باتخاذ الإجراءات التحفظية، كما لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم. فيما قضت محكمة
النقض الفرنسية بأن المحاكم الوطنية من حقها أن تصدر أمراً باتخاذ الإجراءات الوقتية
والتحفظية لضمان تنفيذ حكم التحكيم، وذكرت بأن: (نص المادتين (٢٦، ٤٧) من معاهدة
واشنطن ليس المقصود منها حرمان أطراف النزاع من الاستعانة بالمحاكم الوطنية لاتخاذ
إجراءات الحجز التحفظي من أجل ضمان تنفيذ حكم التحكيم الذي ينتظر صدوره عن هيئة
التحكيم وأن محكمة الاستئناف قد أساءت تطبيق هذه المادة (3).

من جهة أخرى، فمن الممكن أن يتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم، وذلك يستلزم
التفرقة بين حالتين في اختيار هيئة التحكيم، هما: التحكيم المؤسسي، والتحكيم الحر. ففي حالة
التحكيم المؤسسي، ليست هناك من مشكلة بتشكيل هيئة التحكيم؛ لأنه سيتم وفقاً لقواعد التحكيم

(1) Ugo Draetta , Riccardo Luzzato : The Chamber of Arbitration of Milans Rules ,
Juris Net ,LLC , New York , 2012, P321

(2) PETER MUCHLINSKI,"The Oxford Handbook of INTERNATIONAL
INVESTMENTS LAW", First publish, OXFORD University press, OXFORD,
2008,p702.

(3) أشار اليه د. علاء محي الدين مصطفى، محمد خيرى: مصدر سابق، ص ١٥٢.

السارية في المركز. ولكن الإشكالية التي من الممكن أن تُثار عند إتباع أسلوب التحكيم الحر، هي حالة عدم اتفاق الطرفين على إجراءات المحكمين أو خالفها أحد الطرفين أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه. فعندئذ تقوم المحكمة بتعيين واتخاذ إجراءات التحكيم اللازمة بشرط ألا يكون هناك نص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الاجراء. وذلك ما تبناه المشرع الفرنسي بالنسبة للتحكيم الذي يجري في فرنسا أو الذي اتفق الأطراف بصده على تطبيق قانون الاجراءات الفرنسية. فإذا اصطدم تشكيل محكمة التحكيم بأية صعوبات يجوز للطرف صاحب المصلحة اللجوء إلى رئيس المحكمة الكلية بباريس وفقا لأوضاع محددة، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك⁽¹⁾. وفي التوجه ذاته، سار لمشرع المصري⁽²⁾.

ومما هو جدير بالإشارة، أنه بمجرد اللجوء إلى التحكيم من قبل الطرفين، فطبيعة المهمة الملقاة على عاتق المحكم بموجب اتفاق الخصوم والقانون المختار، هي فحص ادعاءات الخصوم ودفوعهم ومستنداتهم وإعمال احكام الاثبات والحكم بينهم على مقتضى احكام القانون أو مبادئ العدالة. فلقضاء الدولة والتحكيم نفس المهمة والأثر، فالأثنان يمارسان وظيفة قضائية لحل المنازعات. والمحكم كالقاضي ملزم بإدراج البيانات التي ينص عليها القانون، مع وجود تمايز لضرورات عملية خاصة بتوفير التحكيم لضمانات إجرائية أكثر جاذبية لاستقطاب الأموال والخبرات الاجنبية. كذلك، فمن الناحية الشكلية، فالتحكيم يتبع فيه ذات الاجراءات المتبعة لإصدار القرار القضائي، سوى إن القرار القضائي يصدر عن قضاء الدولة. لذلك فهو يصدر باسم الشعب، أما القرار التحكيمي فإنه يصدر عن هيئة التحكيم⁽³⁾.

(1) د. أشرف محمد خليل: مصدر سابق، ص ٢٠٣ وما بعدها.

(2) المادة (١٧) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

(3) د. علاء محي الدين مصطفى أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، مصدر سابق، ص ٣٨.

الفرع الثالث القرار التحكيمي

لكي يصدر قرار المحكم صحيحا موافقا للقانون، يشترط فيه ان يصدر عن ذات المحكمين المكلفين بالتحكيم، ويدون بالطريقة ذاتها المتبعة في كتابة القرار القضائي، وضمن المدة المتفق عليها في اتفاق التحكيم. وفي ذلك، نجد ان المشرع الفرنسي قد اكتفى بالإشارة إلى وجود بيانات معينة في القرار التحكيمي، ومن هذه البيانات: (أسماء الخصوم وصفاتهم ومواطنهم وأسماء المحامين وملخص بالادعاءات الخاصة بالأطراف ومستنداتهم واسم المكان الذي أصدروا فيه القرار، وتاريخ القرار وأسماء وتواقيع المحكمين. الذين اصدروه)⁽¹⁾، إضافة الى تذييل القرار التحكيمي بتوقيع المحكم مثلما يوقع القرار القضائي من قبل القاضي. وفي حال تعدد المحكمين، فيجب أن يحوي هذا القرار على تواقيع المحكمين الذين اصدروه، وفي حالة خلوه من توقيع أحد المحكمين فسيكون مصيره البطلان. وذلك ما سار عليه التشريع الفرنسي والمصري والعراقي، سوى إن المشرع المصري والعراقي قد اشترط تثبيت توقيع العضو المخالف وأسباب مخالفته. أما محتوى قرار التحكيم، فلا يختلف عما سواه من الأحكام القضائية. إذ يتضمن الوقائع والأسباب وأساس الحجج والعلل والأسباب القانونية التي دفعت هيئة التحكيم إلى اتخاذ مثل هذا القرار. وهذا ما سار عليه التشريع المصري والعراقي⁽²⁾.

وبعد إصدار القرار التحكيمي، تخرج المسألة من دائرة اختصاص هيئة التحكيم لتدخل ضمن دائرة اختصاص القضاء. إذ لم يعد يمتلك المحكمون أي صلاحية إزاء القرار التحكيمي، إلا بما يتعلق بتفسيره إذا ما شابته غموض. وهذا ما نص عليه التشريع الفرنسي والتشريع المصري. إذ أجاز لأي من الطرفين طلب تفسير القرار من قبل هيئة التحكيم، في حالة وجود غموض في منطوقه⁽³⁾. ولم يتضمن التشريع العراقي ما يشير إلى ذلك، ولكن ليس هنالك من مانع لإعمال المبادئ العامة التي نص عليها قانون المرافعات المدنية. فوحدها المحكمة التي

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مصدر سابق، ص ٢٩-٣٠.

(2) في التشريع المصري، المادة (٤٣) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل، وفي التشريع العراقي، المادة (٢٧٠) قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل. د. أمير فرج يوسف: مصدر سابق، ص ٣٥٤.

(3) المادة (٤٩) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

أصدرت القرار القضائي، هي من تمتلك سلطة تفسيره وتصحيحه من الأخطاء في حالة وجودها، سوى أنه ما يتعلق بالقرار التحكيمي، فيقتضي مراعاة المدة المحددة لاتفاق التحكيم، والا فأن المسألة تكون من اختصاص المحكمة المعنية بنظر النزاع⁽¹⁾.

وبمجرد صدور قرار التحكيم، فإنه لا يكون واجباً تنفيذه، بمجرد ايداعه لدى المحكمة المختصة، ما لم تصدر هذه المحكمة أمراً بتنفيذه. وهذا ما سار عليه كل من القانون الفرنسي والمصري⁽²⁾. كذلك الحال بالنسبة إلى المشرع العراقي الذي أوجب تصديق المحكمة المختصة على قرارات التحكيم بعد دفع الرسوم المقررة⁽³⁾. وبموجب اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨، فمن الممكن التمسك باتفاق التحكيم الشفوي لأبطال واعاقه تنفيذ حكم التحكيم، لكن لا يجوز يتم التمسك به للدفع بعدم اختصاص قضاء التحكيم؛ لأنها اشترطت اعتراف الدولة المتعاقدة باي اتفاق مكتوب.

ومناطق تصديق المحكمة المختصة، هو تمكينها من ممارسة الرقابة القضائية على قرار التحكيم، والتي تُماثل ما تمارسه محكمة التمييز من رقابة فحص مدى قانونية قرارات التحكيم في الشكل والموضوع، وخلوها من العيوب الجوهرية التي قد تشوبها وتؤدي الي بطلانها. إذ تفحص ابتداء مدى صحة ومطابقة الإجراءات التي اتبعها المحكمون، والنتائج التي توصلوا اليها ومدى انسجامها مع قواعد القانون الأساسية (القواعد الآمرة). على سبيل المثال، البحث في مدى التزام المحكم بحدود مشاركة التحكيم وعدم احتواء قراره على ما يخالف النظام العام، أو في الاجراءات المتبعة من قبل هيئة التحكيم كما نص عليه القانون أو اتفاق الطرفين. وهذا ما سار عليه المشرع المصري والفرنسي الذي تبنى رقابة صحة القرار ومدى مطابقته للقانون شكلا وموضوعا دون البحث والتدقيق في الوقائع والمسائل الموضوعية.

وبعد مصادقة المحكمة المختصة على القرار التحكيمي، فإنه يحوز على قوة الشيء المقضي به لتنفيذه، وللخصم تقديم طلب للأمر بتنفيذ قرار التحكيم. وفي التشريع الفرنسي فهو من اختصاص قاضي التنفيذ، وله الحق بأن يصدر هذا الامر وأن يرفضه بشرط أن يسبب

(1) د. أمير فرج يوسف: مصدر سابق، ص ٣٥٥.

(2) المادتان (٥٦،٥٥) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

(3) المادة (٢٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

ذلك⁽¹⁾. أما في التشريع المصري فلا بد من تقديم طلب إلى المحكمة المختصة حتى يتم تنفيذ القرار التحكيمي. ويجب أن يرفق مع طلب التنفيذ المستندات التالية: (أصل الحكم أو صورة موقعة منه إذا كان باللغة الوطنية، أما إذا كان الحكم أجنيا فيجب ترجمته الي اللغة العربية بالإضافة الي صورة من اتفاق التحكيم مع صورة من المحضر الدال على إيداع القرار التحكيمي). ومن الممكن التظلم من أمر رفض التنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ إصداره⁽²⁾. وفيما يخص التشريع العراقي، فتنفيذ القرار التحكيمي يسبقه طلب يقدمه الخصم الذي صدر ذلك القرار لصالحه إلى محكمة البداية⁽³⁾. فالمشرع العراقي لا يعرف قاضي التنفيذ، بل يوجد ما يسمى بالمنفذ العدل، لتنفيذ الاحكام القضائية الباتة، وأجاز أن يكون قاضي البداية الأول هو منفذ عدل مديرية التنفيذ أن لم يكن لها منفذ عدل⁽⁴⁾.

فضلاً عن ما تقدم، يعد الطعن في الاحكام القضائية من الضمانات القضائية التي يمنحها المشرع إلى الخصوم، ولا يمكن الاستغناء عنها أيضاً بالنسبة إلى القرارات التحكيمية. ففي أغلب الأحيان يكون المحكمون بعيدين عن القضاء حد تنقصهم الخبرة العلمية والعملية في اصدار مثل هذه القرارات، مع ضرورة مراعاة سرعة الحسم. لذا أقر المشرع الفرنسي بموجب التعديل الأخير لقانون التحكيم مبدأ حصر حالات الطعن ببطلان التحكيم، مستبعداً طرق الاعتراض على حكم غيابي. فحدد طرق الطعن المقررة قانوناً بدعوى البطلان العادية واستثناءً بالاستئناف إذا اتفق عليه الأطراف، وهي: إذا لم يتم تسبيب الحكم أو لم يذكر تاريخ صدوره، أو لم يذكر من هو المحكم أو المحكمين الذين أصدره أو توقيعهم او لم يصدر بغالبية الأصوات، واخيراً إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة⁽⁵⁾. وقد تبني المشرع المصري منع التعرض

(1) المادة (١٤٨٤) من (الكتاب الخامس / التحكيم) من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠)، د. وسن قاسم الخفاجي سامي حسين ناصر المعموري: ، فاعلية قرار التحكيم، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة التاسعة، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١٧، ص ١٩٢.

(2) المادة (٥٦) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) المعدل لسنة ١٩٩٤.

(3) المادة (٢٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(4) د. أمير فرج يوسف: مصدر سابق، ص ٣٥٨

(5) المواد (١٤٩٢، ١٤٩١، ١٤٨٩) المواد (١٤٩١، ١٤٩٠، ١٤٩١) من كتاب التحكيم من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠) (الكتاب الرابع / التحكيم). وللمزيد من التفصيل يُنظر =

بالطعن في كل القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم بأية طريقة من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المصري، إلا إنه لم يغلق باب الطعن ضد قرارات التحكيم، وذلك عن طريق رفع دعوى مستقلة أمام القضاء يطلق عليها دعوى بطلان حكم التحكيم، في بعض الحالات الاستثنائية التي حددها لئتم ابطاله من قبل المحكمة المختصة (1).

مما تقدم، يبدو بشكلي جلي إن معيار فعالية التحكيم، كضمانة اجرائية مناطها ما يتحقق من استقلالية عن العقد الأصلي محل التحكيم، فضلاً عن القضاء الوطني الأصل بنظر المنازعة، وتنفيذ أحكامه؛ لأن هذا النهج ينسجم مع مبررات اللجوء اليه؛ لما يمتاز به من بساطة وسرعة في الإجراءات. فأطرافه هم من يحددون اجراءاته وميعاد صدور القرار، فيصدر بشكل بات غير قابل للطعن وقابل للتنفيذ دون المرور بدرجات التقاضي. لذلك فإنه غير مكلف ولا يحتاج إلى دفع رسوم واتعاب محامين. وعلى هذا النحو فمن شأن التحكيم التخفيف عن كاهل القضاء. فضلاً عن ما يمتاز به من سرية، وهذه مسألة بالغة الأهمية ضمن اعراف التجارة الدولية، فمن شأن العلنية الاضرار بالمركز الاقتصادي للأطراف، ومن طبيعة تكوين هيئة التحكيم تجعل منه أكثر ثقة. وهناك بعض المنازعات ذات طبيعة فنية مثل عقود البترول والتعاون الصناعي، وعرضها على التحكيم فمن الممكن وجود خبير فني بالمشاريع ذات الصلة بهذه العقود (2).

=Emmanuel GAILLARD: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, RecueilDalloz- 20 janvier 2011, p. 175 et s.

(1) المادتان (٥٣) (٥٤) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

(2) د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ٢٣٤.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

ما دام إن أصل لجوء الدول إلى التحكيم التجاري الدولي وإجراءاته مرده اتفاق طرفي العقد، فالأساس نفسه له دور في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة محل التحكيم. إذ يبذل طرفا العقد جهوداً حثيثة أثناء مفاوضات إبرام العقد الإداري الدولي، في سبيل التوصل إلى قانون يتم الرجوع إليه من قبل المحكمين عند حدوث نزاع. والسبب ما قد يثور جدل حول الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، ولكن يجد طرفا العقد ضرورة بالمضي نحو إبرام العقد دون إضاعة الوقت، مما يضطر الأطراف ترك هذه المسألة إلى المحكم لأعمال سلطته في الفصل بالنزاع، من خلال اختيار القواعد القانونية الملائمة له، تبعاً لما يمتاز به العقد الإداري الدولي من طابع اقتصادي وصلة دولية. فهنا تُثار مسألة تداخل قواعد دولية في تحديد النظام القانوني الذي يحكم المنازعات المتعلقة به. وهذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث بتقسيمه على مطلبين، الأول يخص قيام إرادة الطرفين بتحديد القانون الواجب التطبيق (قانون الإرادة)، والثاني غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، مما يستوجب قيام المحكم بذلك.

المطلب الأول

قانون الإرادة

دأبت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء ومحاكم التحكيم، على تأكيد حق طرفي العقد الإداري الدولي باختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم. وذلك سواء تم الاتفاق عليه بشكل صريح أم ضمنى بعدة دلائل تشير إليه. وفي الحالتين فهناك حدود ترد على القانون المختار من الأطراف. وذلك ما سيتم تناوله في فرعين، الفرع الأول سيتطرق إلى شكل الاتفاق على قانون الإرادة، والثاني حدود اختيار قانون الإرادة.

الفرع الأول

شكل الاتفاق على قانون الإرادة

تعد إرادة المتعاقدين ضابط اسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية. إذ يتعين على أطراف العقد إخضاعه للقانون الذي تتفق ارادتهم الصريحة على اختياره، وإذا سكت الأطراف عن الاختيار الصريح، فيتعين البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق الفرائن التي تدل على وجودها. وهذا ما سنتناوله بتقسيم هذا الفرع على بندين: الأول يكون بشكل الإرادة الصريحة والثاني بالإرادة الضمنية.

أولاً: - الإرادة الصريحة.

نظراً لتعلق العقود الإدارية الدولية بمشروعات ذات طبيعة اقتصادية إستراتيجية، ووجود طرف أجنبي في العقد، فمن النادر أن تخلو هذه العقود من اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق. ومقتضى هذا الاتفاق، أنه يمكن اطرافه توقع القواعد القانونية الأكثر صلة بالعلاقة العقدية، بغية تطبيقها على المنازعة المتعلقة به، مما يرتب لإرادة الأطراف قوة تعادل القوة الملزمة للقانون، فضلاً عن انفرادها في تحديد القانون الأقرب صلة بالرابطة التعاقدية⁽¹⁾; لذلك تتجلى أهمية قانون الإرادة، بأنه يعطي النصوص التعاقدية القوة التنفيذية اللازمة التي تكمل النقص الوارد في العقد بقواعد موضوعية مستخلصة من المبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية والقانون الدولي العام⁽²⁾.

ولقد استقر فقه القانون الدولي الخاص على أن تطبيق قانون الإرادة يقتصر على جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد وآثاره، فيحكم بموجبه مدى وجود التراضي وصحته ومشروعيته وشروط المحل ومشروعيته، والسبب. وتخضع له حالات البطلان والقابلية للإبطال ونطاق هذا البطلان ومن له حق التمسك به، كذلك التقادم وسقوط الدعوى البطلان. ومن حيث آثار العقد

(1) د. بشار محمد الاسعد: مصدر سابق، ص ١٠٧.

(2) د. مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة المقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان سنة ٢٠١٠، ص ١٨٢-١٨٣.

فتخضع له سواء المتعلقة بالأشخاص أم تلك المتعلقة بالموضوع، إذ يخضع له تفسيره وتحديد نطاق وبيان الحقوق والالتزامات ووسائل تنفيذه هذه الالتزامات (1).

وليس هنالك من إشكالية تحول دون اعتماد مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي؛ لأن صفة الاطراف لا تمارس أي دور في الاختيار، ما دامت الدولة تتعاقد بحرية متساوية مع تلك التي يتمتع بها الشخص الخاص الأجنبي المتعاقد معها عند تحديد القانون، ولا تجد أن مصالحها العامة تتأثر باحتمالية تطبيق قانون أجنبي. فضلا عن أن مجرد لجوء الدولة إلى التحكيم الذي تجد فيه ضرورتها الواقعية والاقتصادية لإبرام المزيد من العقود الضرورية اللازمة لنموها الاقتصادي، ما هو إلا دلالة منها، على الإقرار بمبدأ حرية اختيار القانون. إذ لا يمكن تصور فرض قانون بعينه على متعاقد أجنبي دون موافقته، والدولة بأمس الحاجة إلى استقطاب تفوقه الاقتصادي والفني لإنجاز المشروع. ناهيك عن إن اختيار القانون الواجب التطبيق في حقيقته قد لا يعبر عن إرادة الطرفين، بقدر ما هو استجابة لمتطلبات واقعية تفرضها ظروف وطبيعة العقد مثار المنازعة، واعمالا لإرادة الطرف الأقوى في الرابطة العقدية واذعانا من الطرف الآخر، كما هو الحال في الكثير من العقود الإدارية الدولية ذات الشكل النموذجي. وقد يكون اختيار الأطراف المتعاقدة لهيئة تحكيم وطنية تعمل على فرض لائحتها وقانونها الوطني لحكم النزاع الذي تتصدي للحكم فيه (2).

وقد أقر مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا عام ١٩٧٩ مبدأ سلطان الإرادة باختيار قانون العقود. أيضاً ما سارت عليه الاتفاقيات الدولية (3)، والقوانين الوطنية

(1) د. محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة ٢٠٠٠، ص ١٩.

(2) د. محمد عبد العزيز بكر، مصدر سابق، ص ٥٢.

(3) الفقرة (١) من المادة (٣) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ المعدلة، الفقرة (١) من المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٥ المعدل (تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع...)، الفقرة (١) من المادة (٤٢) من اتفاقية تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دولة أخرى ١٩٦٥ (تفصل المحكمة طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها الطرفين...)، المادة

المقارنة⁽¹⁾، بتأكيد الالتزام بامتناع المحكمين عن القيام باختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة، إلا في حالة غياب الاتفاق عليه. وعليهم احترام قانون الإرادة بغض النظر عن التكييف الذي تمثله قاعدة الإرادة سواء كانت قاعدة تنازع تقليدي أم قاعدة تنازع ذات مضمون مادي⁽²⁾. ومناطق ما اتبعته الاتفاقيات والتشريعات المقارنة، هو اتاحة فسحة قانونية للأطراف لتشكيل نظام قانوني يفصل في النزاع، وذلك يتم بتحديد قواعد قانونية مشتركة تتلاءم مع متطلبات تسوية موضوع النزاع، باختيار بعض القواعد الموضوعية المستمدة من قانون معين واستبعاد البعض الآخر. وهذا المسلك يفسر ما ورد في نصوص التشريعات المقارنة أو الاتفاقيات، من استخدام لتعبير (القواعد القانونية) وليس (القانون)؛ لأن هذا النهج من الحرية في الاختيار يتفق إلى حد ما مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم الذي يستمد وجوده من إقرار إرادة الأطراف المتعاقدة للقواعد التي تسري على موضوع النزاع، باختيار قواعد خاصة أو شروط تعاقدية معينة أو بالإحالة إلى قواعد نموذجية موحدة، مثلاً⁽³⁾.

وعلى الرغم مما تقدم، فقد يبدو هناك تعارض بين مبدأ حرية الإرادة والقوانين ذات التطبيق المباشر، مثل التشريعات الاقتصادية التي تمس مصلحة الدولة؛ كونها تحمي التنظيم السياسي والاقتصادي للدولة، بوصفها قواعد أمره تستوجب تطبيق القانون على المنازعة بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة، استثناءً على القاعدة العامة بحرية الأطراف باختيار القانون الواجب

(٧) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي ان ١٩٦١ المعدلة (للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...). الفقرة (١) من المادة (٣٣) من قواعد اليونسسترال للتحكيم عام ١٩٧٦ المعدلة على (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان...).

د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ٥٧١.

(1) بالنسبة إلى المشرع الفرنسي، فقد خول أطراف النزاع اختيار القانون الواجب التطبيق، كما نصت المادة (١٤٩٦) من (الكتاب الرابع / التحكيم) من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠). على (يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد التي يقدر ملاءمتها في حالة عدم اتفاقهم، وفي جميع الأحوال يأخذ العادات التجارية في الاعتبار)

BEN HORN, ROGER HOPKIN: ARBITRATION LAW HANBOOK, 2Edition, Routledge, New York, 2014, P302.

=وبالنسبة إلى المشرع المصري، الفقرة (١) من المادة (٣٩) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان...).

(2) د. حفيظة السيد حداد: مصدر سابق، ص ٧٩.

(3) د. مراد محمود المواجدة: مصدر سابق، ص ١٨٩.

التطبيق. على سبيل المثال ما سار عليه المشرع المصري في قانون التجارة. إذ اشترط تطبيق القانون المصري كقانون واجب التطبيق على ما ينشأ من منازعات متعلقة بتفسير أو تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا. وهذا ما يعد الغاء لحرية إرادة الأطراف المتعاقدة في اختيار مكان أو قانون موضوع التحكيم استثناءً لضرورة تتعلق بالنظام العام، مفادها حماية الطرف المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا، إذ يكون غالباً في مركز تفاوضي أقل من مركز المورد؛ بسبب الحاجة الملحة لمتلقي التكنولوجيا محل العقد، كما إن المشرع افترض عدم علم المتلقي بالأحكام الدقيقة لمثل هذه العقود⁽¹⁾. فيما يثير توجه المشرع العراقي بهذا الخصوص الجدل حول واقعية اشتراطه تطبيق القانون العراقي عند اللجوء إلى التحكيم الدولي. تحديداً ما جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية⁽²⁾. والعراق بأمس الحاجة إلى استقطاب الأموال والخبرات الأجنبية لتحريك عجلة التنمية، وبخلاف ما تبناه دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، فيفترض أن تكون التشريعات العراقية أكثر انسجاماً مع قواعد التعاقد ضمن مصالح التجارة الدولية ومنها حرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق.

مما تم ذكره، يتضح بأن المحكمين ملتزمون باحترام قانون الإرادة الذي لا يخرج عن كونه قواعد موضوعية مستمدة، أما من قانون الدولة المتعاقدة أو قانون الشخص الخاص الأجنبي أو قانون يُعين طرفاً العقد على اتباع مسلك محايد يؤهل القانون الوطني المختار لفض المنازعة، إذا ما شابه نقص أو غموض كالقواعد المتبعة في التجارة الدولية. تبعاً لذلك، كرس قضاء التحكيم نهج حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق. ففي قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية (ICC) في ١٩٨٥/٥/٢٢ بخصوص النزاع بين الشركة الفنلندية والعراق بشأن انشاء قصر المؤتمرات في بغداد، طبقت المحكمة القانون البلجيكي الذي اختاره الطرفان

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/ السنة الثامنة، سنة ٢٠١٦، ص ٢. وجاء في نص (٨٧) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل (تختص المحاكم المصري بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار اليه في المادة (٧٢) من هذا القانون ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري). الجريدة الرسمية العدد (١٩) مكرر، ١٧/٥/١٩٩٩.

(2) البند (ثانياً) من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة.

وقرار آخر لها صادر بتاريخ ١٩٨٣/٢/٢١ يتعلق بالنزاع بين ليبيا ومقاول فرنسي بخصوص عقد بالأشغال العامة.

فقد طبقت المحكمة القانون الليبي بوصفه قانون الاختيار الصريح للطرفين (1). كذلك قرار تحكيم قضية شركة (Agip) ضد حكومة الكونغو والصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بتاريخ ١٩٨١/١١/٣٠، ذهب المحكم إلى تطبيق قانون دولة الكونغو مع تكمته بالمبادئ العامة للقانون الدولي، وذلك امتثالاً لما اتفق عليه أطراف العقد (2). ولكن في بعض الحالات قد تخرج هيئات التحكيم عن اختيار القانون الواجب التطبيق مع وجود إرادة الأطراف الصريحة باختياره على موضوع النزاع. تحديداً عندما يجد المحكم إن القانون الواجب التطبيق لا ينسجم مع فحوى العلاقة العقدية اقتصادياً وما سارت عليه قواعد الأنظمة القانونية المعاصرة من اتباع أساليب متطورة في تنظيم التعاقدات الاقتصادية الدولية. وذلك ما ينطبق في أغلب الأحيان على قوانين الدول التي تتبنى الشريعة الإسلامية كقانون وطني، أو التي ينتابها نقص في الناحية الفنية وعدم التلاؤم مع المتطلبات الحديثة للعقود الدولية. مثال ذلك ما جاء في قرار تحكيم قضية (ARAMCO) ضد المملكة العربية السعودية، بسبب النزاع الذي نشب نتيجة لقيام الحكومة السعودية بالتعاقد مع رجل اعمال يوناني لتأسيس شركة لنقل البترول المصدر من السعودية. فاعترضت الشركة، بسبب المساس بحقوقها التعاقدية المترتبة من العقد المبرم مع السعودية. فقررت هيئة التحكيم بأن (... القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، هو في المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف...). ولكن هيئة التحكيم، استدركت وانتهت إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام إلى جانب القانون السعودي الساري، لعدم وضوح المقصود باصطلاح الاختصاص القانوني ولعدم كفاية الاحكام القانونية (3).

(1) د. مراد محمود المواجدة: مصدر سابق، ص ١٩٨.

(2) تناولت الفقرة (٢) من المادة (١٥) من العقد المبرم بين شركة (AGIP) وحكومة الكونغو بتطبيق القانون الكونغولي يكمله المبادئ العامة للقانون. P21, opct TAIDA BEGIC.

(3) RUDOLFI BINDSCHEDLER and others: ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, Volume 2, Northland publishing, NEW YORK, 1981, P20-21.

وبصورة عامة، فيترتب على استبعاد القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، بطلان قرار التحكيم. وذلك ما أكدته اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية⁽¹⁾. ففضى مركز القاهرة للتحكيم، بخصوص النزاع بين شركة (CHROMALLOY) الأمريكية وهيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية، إذ أبرم الطرفان عقد تعهدت بمقتضاه الشركة الأمريكية بتقديم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات الهليكوبتر، ونظراً لعدم وفاء الشركة بالتزاماتها العقدية قام الطرف المصري بإنهاء العقد. فلجأت الشركة إلى التحكيم والذي قرر بأن إنهاء العقد غير قانوني والزم الحكومة المصرية بالتعويض. مما دفع الطرف المصري إلى الطعن أمام محكمة استئناف القاهرة. فقضت ببطلان قرار التحكيم، لأنه استبعد تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف على موضوع النزاع⁽²⁾، عملاً بما ورد في اتفاقية نيويورك في أسباب بطلان قرار التحكيم، وقانون التحكيم المصري⁽³⁾.

ثانياً: - الإرادة الضمنية.

ليس شرطاً أن يرد تحديد قانون الإرادة بشكل صريح، فقد يتم اختياره، بيد أن صيغة الاختيار غير كافية للمحكم للبت بكل تفاصيل قانون الإرادة. لذلك، فيتعين عليه استظهار نية الأطراف من خلال البحث عن مؤشرات أو دلائل، قد وردت في متن العقد أو ما يحيط به من ظروف؛ للكشف عن الإرادة الضمنية التي اتجهت إليها إرادات الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات. وذلك، ما أقره مجمع القانون الدولي في مدينة بال في سويسرا عام ١٩٩١⁽⁴⁾.

(1) الفقرة (٢) من المادة (٥) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨، ولم ينص عليها القانون النموذجي عندما ذكر حالات البطلان في المادة (٣٤) منه. د. مروان محمد المدرس، وفاء جاسم الوافي: مدى توافق مبدأ حصر حالات الطعن بالبطلان في حكم التحكيم مع المبادئ الدستورية في البحرين، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٨، العدد ١، يونيو ٢٠٢١، ص ٨٢١.

(2) وذلك طبقاً للمادة (٥٣) من قانون التحكيم المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

(3) Adel Hamid El -Ahdab , Jalal El- Ahdab : Arbitration With Arab Countries, Third edition , Kluwer Law International , AH Alphen , Netherland , 2011, P 217.

(4) د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، مصدر سابق، ص ٢٤٢.

وكرست العديد من الاتفاقات الدولية (1) والتشريعات الوطنية (2)، الاعتراف بالإرادة الضمنية للمتعاقدين، فضلاً عما سارت عليه قرارات التحكيم. فذهب المحكم (CAVIN) في قضية شركة (Sapphire) الكندية ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية (NIOC) إلى إن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد. أيضاً في قضية (S.P.P) حيث دفعت مصر بان العقد المبرم قد احتوى على إشارات ضمنية بتطبيق القانون المصري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ (3).

وتختلف اجتهادات المحكمين بترجيح قانون على آخر بموجب الإرادة الضمنية؛ نظراً لاستعانة المحكمين بعدة مؤشرات للتوصل إلى هذه الإرادة، كأن يُشير إليها محل إقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم واللغة المستخدمة في العقد ونوع العملة الواجب الدفع بها. على سبيل المثال فقد يستخلص المحكم من اختيار الأطراف لمحكم من دولة معينة، فذلك يعني أن نيتهم قد اتجهت إلى إخضاع العقد لقانون دولة المحكم. وعلى الاغلب فغياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يُشير إلى خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة؛ لكونها مكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية. ووجود شرط الثبات التشريعي له دلالة على اتجاه النية نحو تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. وقد توجد ادلة على وجود قرائن على الاختيار الضمني للقانون الدولي.

(1) الفقرة (١) من المادة (٣) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عام ١٩٨٠ المعدلة. الفقرة (١) من المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى عام ١٩٦٥ التي جعلت إرادة الأطراف أساس لاختيار القانون إلا أنه لم يبين فيما إذا كانت صريحة وضمنية. بنفس المفهوم نصت الفقرة (١) من المادة (٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٧٦ المعدلة، والفقرة (١) من المادة (٢٣) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لعام ٢٠١١. د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٣٦٨.

(2) في التشريع الفرنسي بموجب المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات المدنية لعام ١٩٨٠ المعدل، ورد نص عام (... القانون الذي اختاره الطرفان)، وفي التشريع المصري في الفقرة (٢) من المادة (١٩) من قانون التحكيم في المادة المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بنصه (... القواعد الموضوعية الأكثر اتصالاً بالنزاع)، وفي التشريع العراقي بموجب المادة (٧٩) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ نظرية عامة للتعبير عن الإرادة ونصت على (... باتخاذ أي مسلك آخر ...) المعدل. د. بشار الاسعد، مصدر سابق، ص ٩٩.

(3) د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولي، نفس المصدر، ص ٣٤٣

ومن مؤشرات الإرادة الضمنية، إعمال فكرة القانون الأكثر اتصالاً بالعقد⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس فقد جاء في مضمون قرار صادر عن مركز التحكيم الدولي في واشنطن المختص بتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بخصوص القضية المعروفة (AMINOIL) ضد الحكومة الكويتية بأن: (... وعلى الرغم من عدم وجود إشارة صريحة للقانون الواجب التطبيق إلا أن محكمة التحكيم قد استشفت ضمناً أن القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق على العقد. لأنه القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد)⁽²⁾. وفي قرار تحكيم (Lubleski) الصادر عن غرفة التجارة الدولية ICC أكدت هيئة التحكيم على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة، مستندة في ذلك إلى الإرادة الضمنية بتوطين العقد على إقليمها باعتبار تنفيذه يتم في إقليم الدولة⁽³⁾ وبالمعنى ذاته ما ورد بخصوص قرار التحكيم في قضية (Wintershall V Qatar)⁽⁴⁾.

وعدم الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل أطراف المنازعة، يتيح للمحكم ممارسة سلطة تقديرية أكبر لاستظهار إرادة الأطراف الضمنية، وفقاً للظروف المحيطة بالعقد في كل حالة على حدة، إلى حد تبدو إرادة المحكم هي الإرادة المفترضة في تحديد القانون الواجب التطبيق، لتقرير الإرادة الضمنية أو رفض الادعاء بها من قبل أحد الأطراف. مثال على ذلك قضية شركة (S.S.P) (شركة جنوب الباسفيك) ضد جمهورية مصر العربية، إذ دفعت مصر أمام هيئة التحكيم المشكلة في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID) أن العقد المبرم بينها وبين الشركات الأجنبية قد أحتوى على إشارات عديدة تدل على أن كل من القانون المصري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ والقانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٣ هو القانون الذي تم اختياره ضمناً من الطرفين ليحكم العقد. وإن هيئة التحكيم لم تأخذ بفكرة الاختيار الضمني استناداً إلى المادة (٤٢) من الاتفاقية، ووجدت بأن اتفاقية التراث العالمي هي الأقرب صلة

(1) د. محمد عبد العزيز بكر، مصدر سابق، ص ٣٧٧.

(2) Hege Elisabeth Kjos: APPLICABLE LAW IN INVESTORS – STATE ARBITRATION, First Edition, OXFORD, LONDON, 2013, P75.

(3) د. مراد محمود المواجهة: مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(4) Andrea K. Bjorklund: Year Book On International Investments Law and Policy (2012-2013), Oxford University Press, 2014, P485,484.

بالعقد⁽¹⁾. وبالمعنى المتقدم ذاته، ما أورده مضمون قرار تحكيم صادر نفس هيئة التحكيم بخصوص القضية المرفوعة من قبل شركة (LETCO) ضد ليبيريا⁽²⁾.

ومن نافلة القول، فمن النادر أن تخلو العقود الإدارية الدولية من إشارة صريحة لطرفي العقد في سبيل الإشارة إلى نواياهم بخصوص القانون الواجب التطبيق على النزاع. ولكن من جهة أخرى فمسألة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق تكتنفها صعوبات. إذ يحاول الشخص الأجنبي الطرف في العقد اخراج العقد من نطاق قانون الدولة المتعاقد مقابل حرص الدولة المتعاقدة على خضوع العقد لقانونها الوطني. وللتوصل إلى حل وسط للمضي بإبرام العقد، يكتفي الأطراف بإفراغ إرادتهما بهذا الخصوص من خلال الإشارة إلى القواعد التي تكون أكثر اتصالاً به، لاسيما ان المحكم لا يمارس اختصاص لدولة معينة ولا يخضع لقانون معين؛ لذلك فعلى على الأغلب يتوصل المحكمون إلى القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، بضم قواعد قانونية مشتركة من قانون الدولة المتعاقد، مع تقويمها بعناصر مساعدة مستمدة من قواعد دولية، كالمبادئ العامة للقانون أو اعراف التجارة الدولية أو القانون الدولي العام، وقواعد العدل والانصاف، في حالة اتفاق الأطراف عليها، ومن ثم فالإرادة وظروف التعاقد من يحدد القانون الواجب التطبيق⁽³⁾. وذلك مما يجعل دور المحكم في المنازعة الإدارية يشبه إلى حد ما دور القاضي الإداري الانشائي بالنسبة إلى العقد الإداري. سوى ان هذا الدور يمارسه المحكم استنادا إلى إرادة أطراف.

(1) FRANCESCO FRACION: The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law, First publish, Oxford University publish, P.269

وجاء في الفقرة (١٥٤) من قرار التحكيم المرقم (03/84 Case NO.ARB)، ما نصه (...على أي حال، لا جدال في أنه في عام 1979 قبلت لجنة التراث العالمي ترشيح المدعى عليه لـ "حقول الهرم" لإدراجها في قائمة جرد الممتلكات التي ستم حمايتها بموجب اتفاقية اليونسكو...). والقانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤، المذكور في متن القرار، فيتعلق بشأن استثمار المال العربي والاجنبي والمناطق الحرة

الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بتاريخ ٢٠/٥/١٩٩٢:

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C135/DC671-En-old.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠٢/١٢/١

(2) James Crawford and others: ICSID REPORTS, volume 10, First publish, Cambridge University, 2006, P.335.

(3) د. سعيد عبد الغفار أمين شكري: مصدر سابق، ص ١٥٥.

الفرع الثاني

القيود التي ترد على قانون الإرادة

فيما سبق تم الإشارة إلى ما تبنته الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وأحكام التحكيم من مبدأ حرية طرفي العقد الإداري الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد. ولكن أعمال القانون المختار مثار لعدة إشكاليات، تتعلق بتوقيت اختيار القانون وطبيعته. وهذا ما سيتم تناوله في أربعة بنود. البند الأول يخص وقت اختيار القانون، والبند الثاني أمكانية تعدد القوانين، فيما يخص البند الثالث التجميد الزمني للقانون، وأخيرا في البند الرابع طبيعة القانون المختار.

أولاً: - وقت اختيار القانون.

من المفترض، أن يتم اختيار قانون الإرادة أما عند التعاقد، أو إبرام اتفاقية دولية بين الدولة المتعاقدة ودولة الشخص الخاص الأجنبي الطرف في العقد ذات صلة بالعقد. كما رأته محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٦/٢٨ على أنه: (يجب أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق)⁽¹⁾؛ لأن التحديد اللاحق للقانون الواجب التطبيق سيخل بتوقعات الأطراف خاصة في مرحلة التنفيذ قبل الاختيار. ومن ثم، فلا يندرج ضمن هذا السياق، حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، وقيام المحكم باستخلاص الإرادة الضمنية، فيشوب القرار البطلان لاستبعاد قانون تم الاتفاق عليه لاحقاً من قبل الأطراف.

وعلى الرغم مما تقدم، فلطالما اختير القانون الواجب التطبيق، هو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي عليه، فليس هنالك من سند يجبر المتعاقدين على الاختيار عند إبرام العقد، بل يتيح لهم الاختيار اللاحق للقانون بأثر رجعي، أي من لحظة إبرامه أو تعديل القانون المختار، شريطة ألا يمس هذا الاختيار اللاحق حقوق الغير، وأن يكون هذا الاختيار اللاحق قبل الفصل في النزاع أمام محكمة الموضوع⁽²⁾.

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٢٩٥.

(2) Wolfgang Peter: Arbitration and Renegotiation of International Investment agreement, Second Edition, Kluwer Law International, Hague, Netherland, 1995, P133.

وهذا ما أكده مجمع القانون الدولي⁽¹⁾ واقتره اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والخاصة بالقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، بإمكانية اختيار أو تحديد القانون وقت إبرام العقد أو بعده مع التحفظ الخاص بحماية حقوق الغير.⁽²⁾

وبصورة عامة، فقد تبنت أغلب التشريعات الوطنية، إجراء اختيار القانون في أي وقت من قبل الطرفين، ويكون متاحاً حتى قبل الفصل بالنزاع أمام المحكمة. وذلك يستدعي الاعتراف الضمني بإمكانية تعديل القانون الذي سبق للأطراف اختياره. بشرط أن يتم قبل الفصل بالنزاع وبمعرفة محكمة الموضوع، وسريان التعديل بأثر رجعي إلى وقت إبرام العقد باستثناء الغير، وألا يؤدي الي ابطال العقد⁽³⁾.

ووفقاً لما تم الإشارة اليه سلفاً، يبدو أن مسألة توقيت اختيار القانون الواجب التطبيق يتنافى مع مناط الاخذ بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن ذلك حقهم في تغيير التوقعات عند الإبرام بما يطرأ عليها من تغييرات وفق متطلبات المصلحة العامة. فضلاً عن إن فكرة القانون الواجب التطبيق في العقد الإداري الدولي قوامها قواعد مشتركة مستمدة من عدة قوانين ومبادئ دولية توائم الطابع الاقتصادي والفني للعقد، وما تنشعب عنه من منازعة. وذلك يستدعي القول بإمكانية التعديل اللاحق للقانون المختار شريطة حماية الحقوق المكتسبة.

ثانياً:- تعدد القوانين.

(1) نصت الفقرة (١) من المادة (٦) من مدونة دورة انعقاده في مدينة بال عام ١٩٩١ بأن (حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق لقانون العقد مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة). إبراهيم باقر العجمي: مصدر سابق، ص ٣٩٦.

(2) الفقرة (٢) من المادة (٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

=FRANCO PERRARI: CONGISE COMMENTARY ON THE ROME 1 REGULATION, Second Edition, Cambridge University Press,2020, p79.

(3) فاكتفى المشرع الفرنسي في المادة (١٤٩٥) من (الكتاب الخامس / التحكيم) من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠). بالنص على (يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان ...) ولم يحدد وقت الاتفاق الى حين الفصل. كذلك الحال بالنسبة الى المشرع المصري في الفقرة (٢) من المادة (٣٩) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجاري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل. د. هاني محمود حمزة، مصدر سابق، ٨٧، كذلك د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٢٩٥.

فكرة تعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد ترتبط بالنظرية الشخصية التي تسمح للمتعاقدين بالاختيار الحر لقانون العقد، ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية، والذي قد يدفعهم الي تجزئة عناصرها وإخضاع كل عنصر منها للقانون الأكثر اتصالا به، وإنزال قانون العقد منزلة البنود التعاقدية. وذلك ينطبق على ما يقوم به القاضي من تجزئة للعقد الدولي احتراماً لسلطان القانون. إذ يخرج القاضي بعض المسائل العقدية من نطاق قانون الإرادة ليخضعها إلى قوانين أمره تنتمي لقانون آخر مرتبط بالعقد⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس، فقد يجد الأطراف جزء من العقد قابل للانفصال عن باقي أجزائه الأخرى، ويرتبط بوثوق بقانون بلد آخر، فيجوز لهم بموجب الاعتبار الشخصي، تطبيق قانون ذلك البلد على هذا الجزء من العقد بصورة استثنائية. وهنا تكون التجزئة بسيطة، بينما يُقصد بالتجزئة المتعددة أو الكلية قيام الأطراف باختيار عدة قوانين بحيث يكون كل قانون من هذه القوانين مختصاً بحكم جزء معين من العقد. وبذلك، فقد فسحت قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية الدولية الطريق أمام الإرادة المادية للأطراف في العقود الإدارية الدولية بتجزئة القانون الواجب التطبيق على عقدهم، مستندة في ذلك إلى عدة نصوص وردت في عدة اتفاقيات دولية⁽²⁾ وتشريعات وطنية⁽³⁾.

وتجد تجزئة العقد مجال لها في التطبيق في بعض العقود الدولية المركبة، كعقد القرض الدولي، وعقد بيع الآلات اللازمة لمصنع معين. وقد ذهبت أحكام التحكيم إلى إمكانية تطبيق أكثر من قانون لحكم العقد، على سبيل المثال ما جاء في قضية (Libyan Arab foreign bank V Bankers trust co) التي نظر فيها القضاء الإنكليزي، والذي انتهى إلى ضرورة تجزئة القانون الذي يحكم العقد، فطبق القانون الإنكليزي على حساب لندن، والقانون الأمريكي

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(2) الفقرة (١) من المادة (٣) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عام ١٩٨٠ المعدلة، الفقرة (٢) من المادة (٧) من اتفاقية القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية للبضائع عام ١٩٨٦، الفقرة (١) من المادة (١٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية. د هاني محمود حمزة: مصدر سابق ص ١٢٢، كذلك د. محمد عبد العزيز بكر: المصدر نفسه، ص ٣٠٠.

(3) أشار المشرع الفرنسي الى مضمون تجزئة العقد بشكل ضمني في نص المادة (١٤٦٩) من (الكتاب الخامس / التحكيم) من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠) ، مستخدماً عبارة (قواعد القانون) وليس القانون، واشترط فيها مراعاة اعراف التجارة الدولية ، ونفس الحال بالنسبة الى المشرع المصري، فتوحي الفقرة (١) من المادة (٣٩) الى تطبيق تجزئة العقد لاستخدامها اصطلاح (القواعد) بدل عن (القانون).

على حساب نيويورك. أما عملية الانتقال الآلية للاعتمادات المالية، فيطبق عليها القانون الإنكليزي⁽¹⁾. وفي قضية (ARAMCO) أكد المحكم على (... أن هذا القانون (القانون السعودي) هو الواجب التطبيق، ولكن مع تعديل هام وهو أن هذا القانون يجب عند الحاجة أن يفسر أو يكمل بالمبادئ العامة للقانون والعادات المتبعة في الصناعة النفطية وحقائق علم القانون المجرد، خاصة حينما يجب الاعتراف ببعض الحقوق لصاحب الامتياز التي لا يمكن ضمانها بطريقة قاطعة بمقتضى القانون الساري في المملكة العربية السعودية...)⁽²⁾.

ويلاحظ أن دمج القانون المختار ضمن بنود العقد طبقاً للمعيار الشخصي في حرية اختيار القانون الواجب التطبيق يُمكن الأطراف من التهرب من أحكام العقد الآمرة، أو الاتفاق بعدم خضوعه لأية تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد، تحت تسمية (شرط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني لقانون الإرادة) - وذلك ما تم تناوله بالتفصيل في الفصل الأول من هذا الباب.

وللخشية من حدوث تعارض بين أجزاء العقد وتقطع أوصاله، بشكل يؤدي إلى الإخلال بتوازنه العقدي وتهديد الاستقرار القانوني والاقتصادي لعقد طويل المدة مثل العقد الإداري الدولي أو ابطال جزء من العقد، لذا يبرز دور الاعتبار الموضوعي بمراعاة عدم الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، بشكل يحول من حدوث التضارب في حالة تطبيق قوانين مختلفة، وإفلات العقد من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة⁽³⁾. مما أستخدم تقييد تعدد القوانين، التوفيق بين النظرية الشخصية والموضوعية للقانون المختار. ومناطق هذا التوفيق، الا يؤدي اختيار المتعاقدين لأكثر من قانون إلى إخراج المسائل التي تُنظمها هذه القوانين تنظيمًا آمراً، مما يجعل منه عقداً طبقاً⁽⁴⁾.

مما تقدم، يتضح بشكل جلي، أن أصل حرية اختيار القانون الواجب التطبيق يستلزم إخضاع العقد لقانون واحد من حيث الآثار والتكوين؛ للحفاظ على وحدة الرابطة العقدية،

(1) Elli Louka: The Global Economic Order, Edward Elgar Publishing Limited , Cheltenham , U.K , 2020, P.283.

(2) FarshadGhodoosi: International Disputes Resolution and the Public Policy Exception, First publish, Routledge publishing, New York, 2017, P.112.

(3) إبراهيم باقر العجمي: مصدر سابق، ص ٣٩٩، كذلك د. محمد عبد العزيز بكر، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مصدر سابق، ص ٩١.

والحيلولة من تفكيك العملية العقدية، بشكل يؤدي في النهاية الي الإخلال بالتوازن العقدي، وتجنب العقد مخاطر احتمالات البطلان الذي ينتج عن تطبيق أحد القوانين. فضلاً عن أن حرية اختيار القانون الواجب التطبيق لا تعني إطلاق دمج قانون العقد ضمن بنوده بشكل يُمكن المتعاقدين التهرب من بعض أحكامه الآمرة. فضلاً عن المراد أصلاً بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وليس عدة قوانين. وحتى لو تم ذلك استثناءً، فيشترط فيه وجود صلة بين العنصر والقانون الواجب التطبيق عليه، وألاً يخل بالانسجام المطلوب توافره في العقد. وبذلك فلا يبدو هنالك من تعارض بين النظرية الموضوعية والشخصية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل المتعاقدين⁽¹⁾. وذلك ما سعت اليه أغلب التشريعات في الحفاظ على وحدة العقد واخضاعه لقانون واحد⁽²⁾، مع إمكانية استعانة إرادة الأطراف بقواعد لتعضيد القانون المختار على سبيل التفسير واستكمال، كالمبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية.

وما يمكن قوله بخصوص تجزئة العقد الإداري الدولي بعدة قوانين، فهذا المسلك، تحصيل منطقي بالنسبة اليه، لما يمثله نظامه التعاقد من حيز قانوني لتعايش قواعد القانون العام والخاص، فضلاً عن ان اختصاص المحكم ليس مقيدا باختصاص قضائي لدولة معينة ، وهذا مما يساعد اطراف المنازعة والمحكمة على تطبيق قواعد قانونية مشتركة بالصلة الوثيقة بالعقد وطبيعة المنازعة الفنية والاقتصادية ، مما يجعل الاستعانة بأعراف التجارة الدولية تحصيل حتمي لتجزئة العقد الإداري الدولي.

ثالثاً: - التجميد الزمني لقانون الإرادة.

يبدل المتعاقد في العقد الإداري الدولي جهوداً حثيثة للتهرب من تحكم القوانين الوطنية، بمضمون العقد - خاصة الآمرة منها - بشكل لا يتناسب مع مقتضيات تسيير العلاقات ذات الطابع الدولي. مما يستدعي منه العمل على عزل العقد وتحييده عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة. وذلك يأخذ صور متعددة - سبق الإشارة اليها في الفصل الخاص بالضمانات الموضوعية - تتمثل بالتجميد الزمني لقانون الإرادة.

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(2) على سبيل المثال ما ورد في التشريع المصري في الفقرة (١) من المادة (١٩) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل. وفي التشريع العراقي الفقرة (١) من المادة (١٤٦) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

من خلال شرط التثبيت التشريعي أو في محاولة إدماج قواعد القانون المختار في العقد، ليجرده من الصفة الإلزامية، ويحوّله إلى شروط تعاقدية يمنحها الأطراف قوتها الملزمة، أو محاولة إعطاء الصيغة الاحتياطية لقانون الإرادة على اعتبار أن العقد يكتفي بما ورد فيه، ويأتي القانون المختار احتياطياً ليتم ما قصر العقد في تنظيمه (1).

من ثم، فمقتضى شرط الثبات التشريعي لقانون العقد، أن يتم تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق وقت إبرامه واستبعاد سريان التعديلات اللاحقة عليه. وذلك، مما يجعل من العقد غير خاضع لأي قانون (عقد طليق)، على الأقل من وقت حدوث التعديل في القانون المفترض به أن يكون واجب التطبيق. فإعمال هذه الشروط لم يكن سوى وسيلة للإفلات من القانون المختار وجعله طليقاً بدون قانون يحكمه، فاشتراط بقاء العقد خاضعاً للقانون الذي تم تحديده ابتداءً رغم الغائه، مؤداه أن تنزل أحكام قانون العقد منزلة الشروط العقدية على الأقل من تاريخ زوال صفته القاعدية ولم يعد موجوداً (2). بمعنى سمو الإرادة الفردية على القواعد القانونية المجردة المنظمة للظواهر الاجتماعية والاقتصادية. وهذا مخالف للمنطق القانوني؛ لأن الإرادة لا يمكنها أن ترتب آثار قانونية بمعزل عن القانون، لأن الإرادة لا يمكنها لوحدتها ترتيب آثار قانونية للعقد بمعزل عن القانون. وذلك ما سيتم تناوله في إعمال المحكم لقاعدة الكفاية الذاتية للعقد لتحديد القانون الواجب التطبيق.

رابعاً: - طبيعة القانون المختار.

سبق وأن تم الإشارة إلى أن أساس الصلة بين العقود الإدارية الدولية والقانون الدولي الخاص هو دولية هذه العقود، بتوافر المعيار القانوني والاقتصادي. ومن هنا تُطرح إشكالية المراد بالقانون المختار، فيما إذا كان المقصود منه تطبيق قواعد تنازع القوانين أم القواعد الموضوعية في القانون المختار. فأنبثق اتجاهين. الأول، يرى أن المقصود من اختيار الطرفين لقانون وطني هو التطبيق الكلي لقواعد هذا القانون، بما فيها قواعد تنازع القوانين، فيما يتبنى الاتجاه الثاني اختيار الأطراف للقانون المراد به القواعد الموضوعية وليس قواعد تنازع القوانين (3).

(1) د. بشار محمد الأسعد: مصدر سابق، ص ١٦٤.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مصدر سابق، ص ٩٢.

(3) د. هاني محمود حمزة: مصدر سابق، ص ٨٩.

ويستند الرأي القائل بإعمال قواعد الإسناد في القانون المختار، إلى ان حرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق لا يبني على معيار شخصي فقط، بل يفترض به تركيز العلاقة التعاقدية داخل نظام قانوني معين، ما لم ينص في العقد صراحة على استبعاد قواعد الأسناد الواردة في القانون المختار. ولكن من جهة أخرى، الاخذ بإعمال قواعد الإسناد في القانون المختار لا يعني ذلك أنها تُقدم حلاً مباشراً لإنهاء النزاع، بل هو قاعدة ارشادية غير مباشرة تقتصر مهمتها على بيان القانون الذي يعطي الحل الموضوعي للنزاع. فلو كان الأمر كذلك، لكانت كل قواعد تنازع القوانين تتصف بالصبغة الموضوعية لا الاسنادية لا سيما قاعدة خضوع المال لقانون موقعه (1).

وتبعاً لما تقدم، يلجأ المحكم من أجل تحديد قواعد الأسناد التي تحدد صحة اختيار القانون المختار من قبل المتعاقدين، الاسترشاد بقواعد إسناد قانون دولة مقر التحكيم، على أساس أن إعمال قواعد الإسناد تطبيقاً لقانون دولة مقر التحكيم يؤدي بالنتيجة إلى تحديد القانون الذي يحكم التحكيم ذاته، وفي نفس الوقت يصلح لتحديد قواعد الإسناد التي تعين على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في الحدود التي يرسمها قانون دولة مقر التحكيم. لذلك أعتبر المحكم في قضية (Sapphire) أن تطبيق قواعد الأسناد في القانون الدولي الخاص السويسري محل التحكيم من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد تؤدي الي نفس النتيجة، وهي تعيين قانون الإرادة (2).

وعلى الرغم مما تقدم، فهناك عدة نقاط ضعف من الممكن أن تشوب التوجه بإعمال قواعد الاسناد في قانون دولة مقر التحكيم؛ كون هذا القانون لا يعكس عن ارتباط حقيقي وفعلي بين المنازعة ودولة مقر التحكيم، سوى التركيز الجغرافي، ولا يتضمن بتاتا أي تركيز قانوني. فضلاً عن أن قانون دولة مقر التحكيم يعد قانون القاضي للمحكم، ومعنى ذلك ضرورة احترام قواعد النظام العام في دولة المقر، وذلك من شأنه أن يزيد من احتمالية استبعاد قانون الإرادة إذا ما أدى إلى ترتيب نتائج لا تتماشى مع النظام العام في قانون هذه الدولة. تبعا لذلك فليس لقواعد

(1) د. حفيظة السيد حداد: مصدر سابق، ص ٤٩١

(2) Hege Elisabeth Kjos ,Op.cit , P.30.

الاسناد لقانون دولة المقر من أهمية سوى إشارة المحكم إليها، إذا كانت الوسائل الأخرى المحتملة لا يمكن استخدامها (1).

لذلك، برز التوجه نحو إعمال منهج متميز عن تنازع القوانين، مناطه اعتماد القواعد الموضوعية من القانون المختار؛ تأسيساً على أن القاعدة التي تسمح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد مردها مبدأ حرية التعاقد وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. كذلك المماثلة في نطاق العقود الداخلية، وهي قاعدة قانون دولي خاص مادي تختص بالعلاقات الدولية، لإختيار بعض القواعد القانونية وتطبيقها على المشاكل الناجمة عن تفسير وتنفيذ العقد. بيد إنه إذا كان القاضي الوطني مقيداً بقواعد الأسناد الوطنية التي صنعها المشرع الوطني، لترشد إلى القانون الواجب التطبيق، فالوضع مختلف بالنسبة للمحكم الدولي؛ لأن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم الدولة كالقاضي الوطني ولا يخضع لسيادة أي دولة، مما يجعل كل القوانين الداخلية بالنسبة له تتصف بالأجنبية، الأمر الذي يفقد معه قانون الإرادة الطابع التنازعي (2).

عليه، فالمراد باختيار الأطراف في العقد الإداري الدولي قانوناً وطنياً لأية دولة هو القواعد الموضوعية لهذا القانون وليس قواعد التنازع فيه. ووفقاً لهذا الاتجاه يمتلك المتعاقدين القدرة على التنظيم الذاتي للعقد بما لا يتعارض والأحكام الآمرة في هذا القانون. فضلاً عن وضع الشروط العقدية التي تناسبهم بما في ذلك حقهم في اختيار قانون دولة معينة لتنظيم العلاقة بينهم، ويتيح لهم أيضاً تدويل القانون الواجب التطبيق. وما الاختيار الصريح للمبادئ العامة للقانون إلا إشارة صريحة لاختيار القانون الدولي كقواعد مكملة.

وعلى الرغم مما تقدم، فهناك رأي يجمع بين الاثنين، أي القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد في القانون المختار. إذ أن قاعدة قانون الإرادة ليست بالمطلق قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص، ولا بالمطلق أيضاً قاعدة اسناد، بل هي قاعدة تنازع طبيعي لتيسير تحقيق العمليات العقدية الدولية وفقاً لما توقعه الأطراف من الخضوع لقانون يحقق مصلحة مشروعة مشتركة. وذلك، مما يجعل من قاعدة قانون الإرادة تتسم بالصفة المادية والتنازعية في

(1) د. هاني محمود حمزة: مصدر سابق، ص ٩٣.

(2) د. محمد عبد العزيز بكر، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

نفس الوقت (1). وبمعنى آخر، المحكم الدولي في العقود الدولية (lex fori) لا يستند إلى قانون وطني أو غير وطني يلتزم المحكم بتطبيقه، بل إلى قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص ذات صلة بمستلزمات التحكيم التجاري، يلجأ إليها الأطراف المتعاملة في إطار العلاقات التجارية الدولية، بموجبها لا يحتاج المحكم إلى نظام قانوني وطني أو غيره للإسناد من أجل البحث عن أساس قانون الإرادة. وهذا ما يجعل أغلب الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تنظر إلى اختيار المتعاقدين لقانون العقد، ما هو الا اختيار مادي يستند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص (2)، تندمج بمقتضاه أحكام القانون المختار في العقد وتصبح جزءاً منه، فيغدوا مجرداً من قوة إلزام إلا في الحدود التي رسمتها له تلك الإرادة، وذلك ما سارت عليه اغلب الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية (3).

وهنا تُثار إشكالية حول مدى وجود ترابط بين القانون المختار والعقد، أي التركيز الموضوعي لقانون الإرادة والذي يتمثل باتجاه إرادة المتعاقدين نحو استيفاء الرابطة العقدية لقواعد قانونية ذات صلة بطبيعة الرابطة ومعطيات التعاقد وملابساته المادية، مثل اختيار الأطراف لقانون دولة المنشأة التي تصنع السلع محل التعاقد، أو قانون دولة تنفيذ العقد، أو اختيار الأطراف لقانون مهنة التجار. وهنا يجدر القول بأنه بموجب حرية الاختيار، فليس هنالك من إلزام للأطراف المتعاقدة بتقييد اختيارهم، عملاً بالتركيز الموضوعي، حتى ولو لم يجد أية رابطة موضوعية رصينة بين القانون المختار والعقد؛ لأن طرفا العقد هم الذين يعملون قانونهم (4).

(1) د. هاني محمود حمزة، مصدر سابق، ص ٩٨.

(2) Claus- Dieter Ehlermann : European Competition Law Annual (2001) Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Hart publishing , Oxford, 2003, P.332.

(3) الفقرة (١) من المادة (٧) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ المعدلة (الأطراف احرار في تحديد القانون.. يأخذ بالحسبان اشتراطات العقد وعادات التجارة)، المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ المعدل (أي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على إشارة مباشرة الي القانون الموضوعي لتلك الدولة...). ومن التشريعات الوطنية ما ورد في التشريع المصري في الفقرة (١) من المادة (٣٩) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل جاء فيها (...وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك).

(4) د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق،

المطلب الثاني

إعمال المحكم لسلطته في تحديد القانون الواجب التطبيق

قد لا يقوم طرفا العقد الإداري الدولي بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل هيئة التحكيم بشكل صريح. فعلى الأغلب يجد المتعاقدين ضرورة بإغفال تحديد القانون الواجب التطبيق، وتركه إلى إعمال المحكم لسلطته؛ للحيلولة من الاستمرار في المسائل الخلافية التي تحول من إتمام إبرام العقد، ليجد المحكم نفسه أمام مسلكين، فأما أن يستكشف إرادة الأطراف في الاختيار من قرائن أو دلائل محيطية بالعقد توصله إلى الإرادة الضمنية التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العقد- والتي تم التطرق إليها في المطلب الأول- أو أن يقوم بمهمة الفصل في المنازعة دون التوقف عند تمثيل المحكمين لإعمال القواعد القانونية الواجبة التطبيق في هذا الصدد.

والمسلك أعلاه يضع المحكم أما عدة احتمالات، وهي: إما اعتبار العقد نظام قانوني قائم بذاته دون الحاجة إلى اعمال قانون معين، أو اللجوء إلى تطبيق قواعد التنازع المعمول بها في القانون الدولي الخاص، أو التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق. وذلك ما سيتم تناوله في ثلاثة فروع وكما يأتي: الفرع الأول- الكفاية الذاتية للعقد، الفرع الثاني - إعمال فكرة تنازع القوانين. الفرع الثالث- التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول

الكفاية الذاتية للعقد

على الرغم من مضي المتعاقدين نحو إبرام العقد دون تحديد القانون الواجب التطبيق، لكن بالمقابل يسعى أطراف العقد إلى صياغة مضمون العقد بطريقة محبوكة ومفصلة بنسق يجعل العقد ينطوي على قدر أكبر من التفاصيل التي تخص الحقوق والالتزامات المتقابلة. فتحول العقد إلى نظام قانوني مستقل صنعه إرادة الطرفين دون تدخل من سلطة نظامية أو خارجية، ويعرف بقانون الأطراف أو الشرط الشخصي للقانون الواجب التطبيق والذي لا يقل في مضمونه عن تشريع صادر عن السلطة التشريعية⁽¹⁾. من ثم فهذه الكفاية الذاتية للعقد في البناء القانوني تساعد المحكم على فض النزاع بشكل مباشر دون الرجوع الي قواعد قانونية أخرى،

(1) Giuditta Cordero – Moss: International Commercial Contracts, First publish, Cambridge University press, Cambridge, 2014, P5.

فتخضع المنازعة لقانون من صلب المضمون الذي أنشأه الأطراف بما لهم من سلطان الإرادة وطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تصل به إلى أقصى حد من الاستقلالية. إذ ينطوي العقد على تفاصيل دقيقة للحلول القانونية الذاتية أو ما يعرف بالقانون الخاص بأطراف العقد الذي لا يحتاج لقانون من المشرع (1).

لذا تجد الكفاية الذاتية للعقد مجال رحب في الاتفاقيات شبه البترولية التي تبرم من قبل جهة مختصة بالمعاهدات وليس جهة إدارية، كعقود الامتياز المبرمة بين إيران وشركة البترول الانجلو إيرانية سنة ١٩٢٣، واتفاق أبو ظبي مع شركة تنمية البترول المحدودة سنة ١٩٣٩ (2)؛ لما لهذه العقود من طبيعة اقتصادية وفنية تحتاج إلى تضمين تفاصيل يتفق عليها طرفا العقد.

وقد تبني القضاء الفرنسي إمكانية ترتيب الكفاية الذاتية للعقد بإرادة أطرافه في قضية (Zanarelli). إذ قضت محكمة استئناف (ليون) بعدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بما مفاده (... نية الأطراف عندما تعاقدوا على عمل سينفذ في فرنسا، أن تقرر أن هؤلاء الأطراف قد اتجهت نيتهن مرتين - ومن غير غموض - إلى عدم الخضوع للقانون الفرنسي، ونتيجة ذلك، فإنه من غير الملائم أن يتم ببساطة، تطبيق الاتفاق كما حُرر. وهو ما يحول دون طلب Zanarelli للحصول على تعويض عن فقد العملاء (...). (3).

بيد أنه، وعلى الرغم من حرص أطراف العقد على صياغة العقد الإداري الدولي بطريقة متقنة، وبعبارات واضحة خالية من الأفكار الغامضة غير المحددة في مضمونها ودلالاتها، حتى يتمكن المحكم من تطبيقه كنظام قانوني مستقل لفض المنازعات المتعلقة بالعقد نفسه. لكن تبقى هناك صعوبة بالغة في تصور قدرة طرفا العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عن العقد، لذلك فمن الحلول المساعدة على تعزيز الكفاية الذاتية للعقد كبديل عن القانون الواجب التطبيق، الرجوع إلى العقود النموذجية، أو المبادئ العامة للقانون. فضلاً عن أنه ليس هنالك من مانع أن يشير قانون العقد (القانون الذاتي) إلى نظام قانوني معين لسد هذه الثغرات. وبخلافه فلا يمكن اللجوء إلى القوانين من خارج العقد بوصفها شروط تعاقدية وليست نصوص قانونية (4).

(1) د. محمد عبد العزيز بكر، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

(2) د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص ٦٥٨.

(3) د. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإداري الدولية، مصدر سابق، ص ٣٤٤.

(4) د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص ٦٦٠.

فضلاً عن أن جوهر فكرة الكفاية الذاتية للعقد الإداري الدولي، هو أعمال مبدأ سلطان الإرادة وما يعنيه من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يكفي هذا لوحده لبناء نظام قانوني للعقد من أن يستند إلى قانون، فالإرادة لا تستطيع لوحدها أن تنشئ روابط اتفاقية، إلا إذا منحها القانون الذي تتعلق به سلطة الاتفاق بشكل مسبق؛ لأن العقد لا ينشأ عن فراغ، بل لا بد من أن يكون له من نظام قانوني يستند إليه ويستمد منه قوته الإلزامية. والقول بخلاف ما تقدم، أي إطلاق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، يعني التسليم بأن العقد يوجد من فراغ، الأمر الذي يتناقض مع المنطق القانوني السليم. فالعقد لا بد من خضوعه لنظام قانوني (1). وهذا ما أكده قرار التحكيم بخصوص قضية Aramco (... لا يمكن للعقد أن يوجد في فراغ...). وفي قضية (ANAACONDA) ضد إيران رفضت هيئة التحكيم زعم الشركة المدعية بضرورة أن تقوم هيئة التحكيم بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. بينما جاء في مضمون القرار ما مفاده (... وهنا تعلن الهيئة أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يكفي لحل القضايا المطروحة في هذه القضية ...) (2).

ناهيك عن أن هنالك صعوبة بالغة تبرز في مدى تحقيق الكفاية الذاتية للعقد الإداري الدولي بوصف هذه الكفاية الذاتية نظام قانوني مستقل؛ لما ينطوي عليه من ضمانات للمتعاقد تحتاج إلى سند قانوني لإدراجها. فضلاً عن مراعاته لمعايير حقوق الإنسان، والتي تعد قواعد أمره اقرها النظام العام الدولي، وإخضاع القانون الدولي لإرادة الاطراف بتفويض منها بالتطبيق يتعارض مع مبدأ سمو القانون. فضلاً عن ذلك، فحتى لو تم الاستعانة بالعقود النموذجية والشروط العامة، فهذا لا يعني حتمية الالتزام بها؛ لأنها ليست سوى قواعد ارشادية وليست واجبة التطبيق من ناحية، وتضمنها في العقد يعني مزيداً من التهميش للكفاية الذاتية للعقد من ناحية أخرى. ومع ذلك، فغالباً ما تبرز أهمية الكفاية الذاتية للعقد في العقود التي تمتاز بطبيعتها الفنية التي تحتاج إلى اتفاق المتعاقدين على المزيد من التفاصيل لسد النقص الذي ممكن أن يشوب

(1) إبراهيم باقر عجمي: مصدر سابق، ص ٤٠٧

(2) MOHSEN MOHABI: The International Law Characters of the Iran – United States Claims Tribunal, KLUWER LAW International, The Hague, Netherland, 1998, p.129.

Nathalie Najjar: Arbitration and International Trade in the Arab countries, volume 13, Nijhof, Boston, 2018, P.195.

القانون الوطني الواجب التطبيق، مثل اتفاقيات الامتيازات البترولية أو عقود التعاون الصناعي⁽¹⁾.

وبشكل عام، فما دأبت عليه أغلب العقود الإدارية الدولية، هو تكريس الدور الاحتياطي لقانون الإرادة لصالح تحقيق الكفاية الذاتية للعقد. فلا تُطبق إلا بصفة احتياطية في حالة افتقار بنود العقد إلى الاحكام اللازمة أو الملائمة للفصل بالنزاع، أو وجود تعارض بين العقد والقوانين السارية. مثال على ذلك، ما جاء في نص الاتفاقية المبرمة بين شركة (ESSO) والحكومة اليونانية بأنه: (... إذا ما ظهر تعارض فان بنود الاتفاقية تسود على تلك القوانين التي ستصبح غير سارية....). كذلك العقد المبرم بين شركة (TEXACO) والهيئة العامة المصرية للبترول عام ١٩٩٢ والذي جاء فيه: (...يُطبق القانون المصري على النزاع. غير أنه في حالة أي خلاف بين القوانين المصرية ونصوص هذه الاتفاقية فان الاتفاقية هي التي تحكم...)⁽²⁾.

أيضاً جعل قضاء التحكيم من الكفاية الذاتية للعقد الإداري الدولي مسلكاً رئيساً له في فض المنازعات المتعلقة به إلى جانب القانون الوطني المختار؛ لما لإرادة الأطراف من دور مساعد للقانون الوطني، إذا ما شابه لبس أو غموض أو تعارض مع المستجدات التي تطرأ على تنفيذ العقد. وهذا ما أشارت اليه هيئة التحكيم المشكلة في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في قضية شركة (MINE) ضد الحكومة الغينية بالقول: (ان العقد ينظم العلاقة بين الأطراف ولا يطبق القانون الغاني الا إذا ظهر العقد قاصراً عن الفصل في مسألة ما...). وتارة أخرى تبنت الكفاية الذاتية لاستكمال النواقص التي تشوب القانون الوطني. وهذا ما قضت به هيئة التحكيم المشكلة في نفس المركز، إذا اشارت إلى تمسك شركة (ARAMCO) بأن: (...إن اتفاقية الامتياز القانون الأساسي للطرفين...)، لكنها بالمقابل استندت إلى بنود العقد لاستكمال القانون السعودي بقواعد أكثر ملائمة مع المنازعة عملاً بالمبادئ العامة للقانون⁽³⁾.

(1) د، حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٧٤٨.

(2) د. محمد عبد العزيز بكر، مصدر سابق، ص 150.

(3) د. بشار الأسعد: مصدر سابق، ص ١٩٨.

الفرع الثاني

إعمال فكرة تنازع القوانين

لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاتفاق الصريح أو الضمني، يستطيع المحكم من إعمال قواعد تنازع القوانين المعمول بها في القانون الدولي الخاص⁽¹⁾، وذلك ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة⁽²⁾، وما سارت عليه أحكام التحكيم. فبعد أن يثبت للمحكم عدم وجود اتفاق على القانون الواجب التطبيق، يتجه نحو إعمال قواعد تنازع القوانين⁽³⁾.

وقد أثير جدل حول ماهية قواعد تنازع القوانين الواجبة الأعمال من قبل المحكم. فذهب رأي إلى الأخذ بقواعد تنازع القوانين المعمول بها في القانون الدولي الخاص في الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع في حالة عدم اللجوء الي التحكيم. وهذا المسلك يشوبه صعوبات. إذ لا يستطيع المحكم اعتماد قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص للدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد فيها مواطنهم المشترك؛ لأن طرفا العقد الإداري الدولي لا يجمعهم موطن واحد ولا يحملون جنسية مشتركة. لذلك ذهب توجه آخر إلى اعتماد نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل المحكم جنسيتها أو التي يوجد بها محل اقامته؛ لأن اختيار الاطراف محكما بعينه له دلالة واضحة على رغبتهم في تطبيق نظام تنازع القوانين المعمول بها في دولة المحكم المختار. وذلك ما أقره مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة أمستردام عام ١٩٥٧⁽⁴⁾. ولكن من ناحية أخرى أن اعتماد قواعد الاسناد

(1) د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص ٥٨٠.

(2) الفقرة (٢) من المادة (٢٨) من قانون التحكيم النموذجي لعام ١٩٨٥ المعدل (إذا لم يعين الطرفان أية القواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق). الفقرة (١) من المادة (٧) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ (...). يعمد المحكمون الى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة بهذا الصدد وفي الحالتين فأن المحكمين يأخذون بنظر الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية)، وبنفس المعنى الفقرة (١) من المادة (٣٣) من قواعد اليونسترال للتحكيم لعام ١٩٧٦ المعدلة.

(3) د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص ٥٨٢.

(4) نصت المادة (١١) من مسودة مجمع القانون الدولي على (إن قواعد الاسناد النافذة في الدولة مقر التحكيم هي التي يجب اتباعها لتحديد القانون الواجب التطبيق)، د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في العقود الإدارية الدولي: مصدر سابق، ص ٣٤٨.

النافذة في دولة مقر التحكيم، قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة إلى موضوع النزاع، فضلاً عن أن اختيار المحكم قد لا يتم باختيار الأطراف، وإنما من قبل الغير أو المركز التحكيمي. فضلاً عن أن هيئة التحكيم تتألف من أكثر من محكم يحملون جنسيات مختلفة⁽¹⁾، تبعاً لذلك برز مسلك إعمال قاعدة التنازع الملائمة بدلاً من قاعد تنازع القوانين، وهو أكثر انسجاماً مع مهمة التحكيم في العقود الإدارية الدولية التي لا يلتزم بموجبها المحكم بقواعد اسناد محددة من منطلق أنه لا يختص بقانون معين⁽²⁾، فضلاً عن النظام القانوني للعقد الإداري الدولي غير قابل للتنازع.

من جهة أخرى، فاتباع تنازع القوانين في قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقود الإدارية الدولية، مسلك لا يلائم حقيقة الوضع القانوني لهذه العقود وصلته بالتجارة الدولية من ناحية والسلطان العام للدولة الطرف في العقد من ناحية أخرى؛ لأن قواعد القانون الدولي الخاص تسند أي تصرف قانوني إلى قانون وطني معين. في حين أن وجود شرط تحكيم في العقد الإداري الدولي له مسوغات ذات أهمية اقتصادية عالمية تتجاوز الحدود الوطنية، فيصعب معها توطين العلاقة العقدية بين دولة ما وشخص خاص أجنبي في مكان معين أو حصرها في نطاق إقليم محدد تخضع لقانونه⁽³⁾. وذلك مما يحث المحكم على إعمال التطبيق المباشر للقواعد القانونية الملائمة للمنازعة، ممثلة بقانون الدولة المتعاقدة مستكماً ما يشوبه من نقص بقواعد فوق الوطنية لحكم هذه العلاقة، كالقانون الخاص بأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون، فضلاً عن قواعد آمرة ذات صلة بالقانون العام على المستوى الدولي والداخلي. وكما يبدو فهذا المنحى الأكثر ملائمة بالنسبة إلى العقد الإداري الدولي، وما يتطلبه من تطبيق قواعد آمرة داخلية ودولية تمثل نظام عام مشترك دولي وداخلي، معززاً بقواعد عابرة للحدود الدولية تتعلق بأعراف التجارة الدولية التي لا يمكن التعاقد في إطار مصالح التجارة الدولية من دون مراعاتها.

(1) د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص ٥٨١.

(2) د. إبراهيم احمد: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠، ص ١٧١.

(3) د. عصمت عبد الله الشيخ، مصدر سابق، ص ٨.

الفرع الثالث

التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق

سبق وان تم التطرق إلى أعمال المحكم للكفاية الذاتية للعقد، والتي يكتنفها صعوبات واقعية واستحالة قانونية، بأن أن يتوقع طرفا العقد طبيعة المنازعة، ومن ثم صياغة العقد بطريقة تضمن كفاءته الذاتية لفض المنازعات المتعلقة به . إضافة الى ان اللجوء إلى قانون العقد الذي صنعه طرفاه هو في حقيقته لا ينسجم مع طبيعة التحكيم الذي يتعامل مع منازعات ذات طابع اقتصادية يصعب معها تركيز العلاقة العقدية ضمن قانون معين بموجب قواعد تنازع القوانين، فضلاً عن إن طبيعة العقود الإدارية تحتم خضوعها لقانون الدولة المتعاقد بقواعده الأمره معززة بقواعد معمول بها في التجارة الدولية ومبادئ عامة مستمدة من القانون الدولي العام . وذلك كله يجعل العقد يخضع لقواعد مشتركة تؤولف نظام قانوني، يحدده المحكم بشكل مباشر، بمراعاة القانون الأكثر صلة بالمنازعة. لذلك سيتم تقسيم هذا الفرع على ثلاثة بنود، الأول يتعلق بأعمال المحكم لقانون الدولة المتعاقدة، والثاني لقواعد القانون التجاري، والثالث المبادئ العامة للقانون، والرابع قواعد القانون الدولي العام.

أولاً:- قانون الدولة المتعاقدة.

انسجاماً مع دعم سيادتها على ثرواتها، وتدعيم نظامها القانوني بقوانين قادرة على أداء هذه المهمة دأبت الدول على تضمين اتفاق التحكيم، سواء ورد كشرط في العقد أم اتفاق مستقل، ما يؤكد خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق. لذلك فإذا جاء العقد خالياً من الإشارة الصريحة أو الضمنية للعقد الواجب التطبيق على العقد، فالتوجه الاغلب لدى المحكم يقضي أعمال قانون الدولة المتعاقدة، لاسيما إن المنازعة تتعلق بعقد اداري⁽¹⁾. وما يدعم هذا النهج، ترجيح قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة سيادة الدول الدائمة على الموارد الطبيعية. من ذلك حقها في التأميم، أو نزع الملكية أو المصادرة بشرط تحقيق منفعة عامة مقابل تعويض مناسب وفقاً للقواعد السارية في الدولة. وقد تم التطرق إليها في المبحث الخاص بالضمانات الموضوعية⁽²⁾. وما نصت عليه أغلب الاتفاقيات الدولية في حالة غياب الاتفاق على القانون

(1) د. بشار محمد الأسعد: مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(2) د. هاني محمد حمزة: مصدر سابق، ص ٣٢٥. قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨٠٢)، رقم

(٢٢٨١)، رقم (٢١٧١)، الرابط الخاص بالجمعية العامة للأمم المتحدة =

الواجب التطبيق، إذ يقوم المحكم الدولي بإعمال قانون الدولة المتعاقدة⁽¹⁾. كذلك، بالنسبة إلى التشريعات الوطنية، فقد تبنى المشرع المصري في قانون التحكيم مبدأ عام مفاده، إعمال المحكم القواعد الموضوعية في القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع، وعادةً ما يكون قانون الدولة المتعاقدة؛ لأنه الأكثر ارتباطاً بالعقد، وما يمثله من أداء مميز لقانون محل الدين. ولعل التطبيق المباشر للقانون المصري على المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا، لتسوية المنازعات المتعلقة بها- إذ كانت مصر هي الدولة المتعاقدة والطرف في النزاع- له دلالة تشريعية بأنه القانون الأكثر اتصالاً بالعقد⁽²⁾.

فيما أعتد المشرع العراقي بتطبيق القانون العراقي كقانون واجب التطبيق بالأخص في التحكيم الدولي، وميز في هذا الشأن بين عقود الاستثمار والعقود الحكومية التي نصت عليها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية. ففي عقود الاستثمار، الأصل بخضوع المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون الاستثمار إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، لكنه أجاز الاتفاق مع المستثمر اللجوء الي التحكيم (الوطني، الدولي)، باتفاق يحدد جهة التحكيم واجراءاته والقانون الواجب التطبيق⁽³⁾. فيما ميزت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بين التحكيم الوطني والدولي، وأخضعت المنازعة في التحكيم الدولي إلى القانون العراقي بشكل عام كقانون واجب التطبيق، وحددته في التحكيم الوطني، بشروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية⁽⁴⁾. وكلمة (أو) يعني

. تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢١ <https://www.un.org/ar/ga/64/resolutions.shtml>

(1) الفقرة (١) من المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى عام ١٩٦٥، المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم ١٩٨٥ المعدل (...تعتمد محكمة التحكيم قانون الدولة المضيفة دون الحاجة الى البحث عن الإرادة الضمنية...)، وفسرت الفقرة (٤) من المادة (٣) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية لعام ، القانون الأكثر صلة بالعقد (...ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرفين المدين بالإداء المميز أو مركز ادارته لو كان شخصا اعتباريا).

(2) الفقرة (٢) من المادة (٣٩) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل، والتي أشارت الى أنه في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق، (...طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع). المادة (٨٧) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل. د. عبد الرسول عبد الرضا: مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(3) البند (أولاً) من المادة (٢٧) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

(4) البند ثانياً من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة.

أن هناك اختيار بين عدة نصوص قانونية لم تضع معياراً لحسم تطبيق أيها منها ، فمن المفضل الجمع بين الاثنين أو الاكتفاء بقانون المرافعات المدنية، وشروط المناقصة لأنها تمثل الشروط العامة للتعاقد.

ويجد المحكم سنداً له في التطبيق المباشر لقانون الدولة المتعاقدة، ما سارت عليه احكام القضاء الدولي ممثلاً بمحكمة العدل الدولية. على سبيل المثال حكم محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية والبرازيلية عام ١٩٢٩، إذ جاء فيه: (... كل عقد لا يكون بين دولتين بوصفهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون. ولما كان الطرف المقترض في عقود القروض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون غير قانونها... (1) .

وقد يستند المحكم إلى إجراء فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، وذلك بدراسة ما يحيط بالتعاقد من ظروف وملابسات حتى يستطيع التوصل إلى اسناد العقد بشكل مباشر إلى أوثق القوانين ذات الصلة به، والبحث عن ثقل العلاقة العقدية التي تتركز فيها مصالح الأطراف المتعاقدة، وطبيعتها القانونية، وسيتجه نحو القانون العام للدولة المتعاقدة. إذ بمجرد تكييف الطبيعة القانونية للعقد، ومدى مطابقته لعناصر عقود القانون العام، لاسيما وجود الدولة طرفاً في العقد فإنه يمثل قرينة على دخولها كشخص صاحب سيادة، وهي قرينة تقبل اثبات العكس. ومن ذلك عقود البترول التي اعتبرت منظمة الأوبك عقود إدارية. وهذا ما أشار إليه القرار الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID) بخصوص قضية (ARAMCO). إذ تم تطبيق القانون الساري في المملكة العربية السعودية، بوصفه القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز البترولي. وبررت هيئة التحكيم ذلك، بافتراض العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها الوطني حتى يتم اثبات العكس (2).

(1) Martin Dixon: International Law, seventh edition, Ooxford University, OXFORD, U.K, 2013, P97.

(2) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٤٠١.

فضلاً عن ذلك، فمن أهم المؤشرات التي تدل على إعمال المحكم لقانون الدولة المتعاقدة، كونه قانون محل تنفيذ العقد⁽¹⁾، ما جاء في القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية (ICC) بتاريخ ١٨/١٨/١٩٨٥ في النزاع بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية حول انشاء خط للسكك الحديدية في الجزائر، ولم يكن الأطراف قد اتفقوا على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وبعد استعراض الدلائل والمؤشرات من قبل المحكم انتهى إلى أن العقد قد أبرم في الجزائر ونفذ فيه. أي ان العقد يتركز في القانون الجزائري ولذلك طبق قانون الدولة المتعاقدة. بنفس المعنى، ما قرره غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) في الحكم الصادر عنها بخصوص قضية الاهرام، إذ طبقت القانون المصري من منطلق أن العقدين المتنازع بشأنهما قد أبرما في مصر وتنفيذهما على الإقليم المصري، فضلاً عن وجود إشارات في كثير من نصوص العقدين لقانون الاستثمار المصري رقم (٤٣) سنة ١٩٧٤⁽²⁾.

بناء على ما تم ذكره، فحقيقة ما يقوم به المحكم في سبيل الاختيار المباشر لقانون الدولة المتعاقدة مناطه، تحديد الطبيعة القانونية للعقد محل المنازعة التي من المفترض أن تتم طبقاً لقانون القاضي وفقاً للمبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص. بيد إن الامر مختلف بالنسبة إلى المحكم؛ لأنه لا يخضع إلى قانون اختصاص كما أشرنا سلفاً. بل تخضع مسألة تكييف الطبيعة القانونية للعقد لحتمية التعامل مع نظام قانوني مؤلف من قواعد قانونية لا تعد أجنبية أو وطنية بالنسبة للمحكم، بقدر ما هي قواعد مشتركة من النظام العام الدولي والداخلي. لذلك عندما يتوصل المحكم إلى تكييف العقد محل المنازعة بأنه عقد اداري دولي، فهذا يؤدي به إلى الخضوع للقانون العام للدولة المتعاقدة، وقواعد دولية تتعلق بحماية البيئة والصحة والعامه وحقوق الانسان وغيرها، فضلاً عن ضرورة بالاستعانة بقواعد أخرى مساعدة مستمدة من مبادئ القانون العام أو نظام عام عابر للحدود الدولية.

ففي قضية تعرف بـ (Eurotunnel) حول استغلال نفق المانش، طالبت الشركة (France Manch ChannelTunnel)، بتطبيق القانون الفرنسي وتكييف العقد بأنه عقد اداري، إلا أن هيئة التحكيم رفضت الطلب تأسيساً على دولية العقد ووجود تعارض بين سلطان الإرادة والطابع الإداري للعقد، فضلاً عن تخلف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون

(1) د. محمد المواجدة، مصدر سابق، ص 214.

(2) د. هاني محمود حمزة: مصدر سابق، ص ٢٦٨.

الخاص خاصة الجزاءات الذاتية في القانون الإداري. لذا فقد كلفته هيئة التحكيم بوصفه عقداً من عقود القانون الخاص وأقرت بقانونية شرط التحكيم، وما اتفق عليه الطرفان بأن القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق، ولكنه يشير إلى القانون العام وليس الخاص⁽¹⁾.

فضلاً عما تقدم، فدور المحكم بإعمال قانون الدولة المتعاقدة لا يقف عند القيام بمهمة البت في المنازعة بمنهج تطبيقي، بل يسعى إلى اتباع نهج تقييمي لهذا القانون ومدى ملائمتة مع المنازعة وفق مقتضيات دولية يُراعى فيها فكرة العدالة العقدية والتطور الاقتصادي بمنظور دولي. تبعاً لذلك، فعندما يجد قانون الدولة المتعاقدة غير مؤهل لحسم النزاع بشكل كامل، أو لا ينسجم مع الفحوى الاقتصادي للعقد، يذهب إلى استكمالته بقواعد قانونية دولية تُسهل فض المنازعة.

على سبيل المثال، ففي قضية بين دولة قطر والشركة البحرية الدولية، وجد المحكم (Alfred Bucknil)، وهو بصدد بحثه عن النظام القانوني الواجب التطبيق، أن القانون الواجب التطبيق هو القانون القطري، لكنه استدرك بتأييد قرار سابق خاص بتحكيم أبو ظبي، وأضاف بالقول أن: (القانون الإسلامي المطبق في قطر لا يشتمل على المبادئ الملائمة لتفسير مثل هذا العقد)⁽²⁾. لذلك عمد إلى استكمالته بالمبادئ العامة للقانون، وذلك ما سيتم تناوله لاحقاً.

مما تقدم، يتبين بأن تطبيق المحكم لقانون الدولة المتعاقدة الطرف في العقود الإدارية الدولية يجد سنده أما في القرينة التي وضعتها محكمة العدل الدولية الدائمة بشأن الحق السيادي للدولة على إقليمها ومواردها الطبيعية، أو في قواعد القانون الدولي الخاص وما تحويه من مؤشرات أو بالاستناد إلى الاتفاقيات الدولية التي تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع.

(1) د. مراد محمد مواجدة: مصدر سابق، ص ٢١٩

(2) د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص ٧٠٣.

ثانياً: المبادئ العامة للقانون.

وهي المبادئ التي تشترك فيها كافة الأنظمة القانونية في مختلف الدول، مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ الأثر بلا سبب، ومبدأ حسن النية، ومبدأ استقلال وسيادة الدولة وعدم استفاة الدولة من خطأها، وعدم التعسف باستعمال الحق، وعدم رجعية القوانين. وغير ذلك، فهذه المبادئ لا تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً وقائماً بذاته متميزاً عن الأنظمة القانونية الداخلية، بل هي قواعد قانونية موضوعية وإجرائية تتصف بالمنطقية القانونية في العلاقات العقدية بوصفها مقياساً لعدالة القانون وموائمة مع القانون الدولي تؤهل النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية للتطبيق. وهي بذلك تشكل مصدراً مساعداً للمحكم، تمنحه سلطة تقديرية في تطبيق القواعد الملائمة على موضوع النزاع، نظراً لما تتسم به هذه المبادئ من مرونة وعدم تحديد.⁽¹⁾

ويشوب تطبيق المبادئ العامة للقانون عدة صعوبات، نتيجة لعدم تحديد مضمونها فهي تبقى بالنسبة إلى الأنظمة القانونية المختلفة مجرد مقترحات، يصعب معها تحديد الحقوق والالتزامات بشكل مسبق إذا خضع العقد لهذه المبادئ. وما يزيد من هذه الإشكالية عندما ترد في العقود الإدارية الدولية، عدم اتصافها بنظام قانوني ثابت لا يؤهلها أن تحل محل أنظمة قانونية في القانون الدولي والداخلي، لذلك يختلف تفسير وتحديد المبادئ العامة للقانون الداخلي والمبادئ العامة للقانون الدولي لدى هيئة التحكيم.⁽²⁾ على الرغم من ذلك، فقد نصت الاتفاقيات الدولية على إمكانية اعمال المبادئ العامة للقانون، كقانون واجب التطبيق على العقد. وذلك ما أشار إليه النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية، وأخذت به التوصية الصادرة من مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في اثينا، والتي أجازت للأطراف تطبيق المبادئ العامة للقانون بوصفها قانون واجب التطبيق على العقد، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار.⁽³⁾

فضلاً عن أعلاه، فقد ترسخت أهمية المبادئ العامة للقانون لدى أطراف العقد الإداري الدولي وهيئات التحكيم، كمصادر مساعدة يمكن اللجوء إليها على سبيل الاحتياط في حالة وجود

(1) د. علاء محي الدين مصطفى: مصدر سابق، ص ٣٦٠.

(2) د. مراد محمد الموجدة، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(3) وذلك ما أكده مجمع القانون الدولي بأوسلو عام ١٩٧٧ ومجمع القانون الدولي في اثينا عام ١٩٧٩، المادة (٣٨) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية، والفقرة (٢) من المادة (٤٢) من اتفاقية تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا دول أخرى عام ١٩٦٥. د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص ٦٧٢. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٥٣٨.

غموض في قانون العقد. على سبيل المثال، ما ورد في العقد المبرم بين شركة (Hispanica de Petroless) والشركة الوطنية الكويتية للبترول المبرم في ٣/٥/١٩٦٧، والذي نص على تطبيق المبادئ المشتركة في القانون الاسباني والكويتي وإلا تُطبق المبادئ العامة المعترف بها لدي الدول المتحضرة بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الوطنية، وكذلك العقد المبرم بين شركة (CettyPetroluem) والجزائر، الذي نص على تطبيق القانون الجزائري وبصفة تكميلية يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون⁽¹⁾.

وقد أيد قضاء التحكيم الاتجاه أعلاه في أكثر من قضية. على سبيل المثال ما جاء في قضية حاكم (شيخ) ابوظبي ضد شركة (Petroleum development Company) الإنكليزية. إذ تم إبرام عقد بين أمارة أبو ظبي والشركة الإنكليزية بهدف التنقيب عن البترول في أمارة أبو ظبي، وقام حاكم أبو ظبي بمنح امتياز بترولي لشركة أخرى، فقررت الشركة البريطانية اللجوء إلى التحكيم؛ نظراً لما اعتبرته اخلاقاً ببنود الاتفاق المبرم بينهما. وقضى المحكم البريطاني (LORD ASQUIT) المختص بنظر النزاع بتطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة في قواعد القانون الإنكليزي، مستنداً في ذلك إلى أن أمارة أبو ظبي لا يوجد فيها قانون بالمعنى الفني الدقيق، بل أن حاكم أبو ظبي يمارس عدالة تقديرية محضة مستعينا في أدائها بتطبيق القرآن الكريم، والذي لا يتضمن أية مبادئ تتعلق بالمعاملات التجارية الحديثة⁽²⁾. وفي قضية أخرى بين دولة قطر وشركة (international Marine Oil Company) أوضح المحكم أن القانون الإسلامي المطبق في قطر هو القانون الواجب التطبيق؛ لأن قطر محل إبرام العقد وتم تحريره باللغة العربية وتنفيذه في إقليم دولة قطر. بيد أن قرار المحكم ذهب إلى رفض تطبيق الشريعة الإسلامية؛ لأنها غير مؤهلة لحكم الامتيازات البترولية، وانتهى إلى تطبيق مبادئ العدالة والانصاف والضمير اليقظ⁽³⁾.

(1) د. مراد محمد المواجدة، مصدر سابق، ص ٢٥٥.

(2) Hege Elisabeth: Applicable Law in Investors-State, First edition, Oxford University Press, Oxford, U.K, 2013, P191.

ورد في قرار التحكيم كلمة (شيخ)

(3) Andrea K. Bjorklund : International Investment Law and Soft Law , Edward Elgar publishing , Elgar publishing limited , Cheltenham, 2012, 485.

وباستقراء قرارات التحكيم، يبدو بشكل جلي، هنالك توجه لدى المحكمين، بالذهاب إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون في القضايا التي يكون أطرافها دول نامية، بالأخص تلك التي تطبق الشريعة الإسلامية كقانون واجب التطبيق، أو لا تنطوي تشريعاتها على نصوص حديثة تتناسب مع التطورات الاقتصادية التي طرأت على العقود الإدارية وصلاتها بمصالح التجارة الدولية، وذلك مما يشير - كما ذهب توجه في الفقه - إلى وجود رغبة لدى المحكمين بتدويل القانون الواجب التطبيق وإعمال قانون القوي (مبادئ الأمم المتحدة) على الضعيف من خلال إعمال المبادئ العامة للقانون. على سبيل المثال ما أقره المحكم في قضية (TEXACO) بأن المبادئ العامة للقانون لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع أو لعدم توافقه أو ملائته مع طبيعة العلاقة بين الدولة وأحد الأشخاص الاعتبارية الأجنبية⁽¹⁾.

بالتالي، فلا بد من أن تحرص كل من الدولة المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها الشخص المتعاقد معها، على تشريع أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي الذي يعين المحكم على اختيار أحد القانونيين أو الجمع بينهما عند الفصل في النزاع. وبخلافه، عندما يكون القانون الوطني لكل من الطرفين غير متطور بالقدر الكافي، ففي هذه الحالة يعد النظام القانوني الأكثر مناسبة ليحكم العقد هي المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الدول المتقدمة. لذلك، فلكي لا تتخذ المبادئ العامة للقانون ستار لتدويل النظام القانوني للعقد والتهرب من قانون الدولة المتعاقدة، وتكون أكثر فاعلية لفض النزاع، فيفترض بها الاستقلالية والعمومية والتجرد والوضوح. وعند الاستعانة بها من قبل المحكم أو في اتفاق التحكيم أو العقد أن يتم تحديد هذه المبادئ بوضوح. ومبرر اللجوء إليها يكون بصفة احتياطية لتكملة ما يشوب قانون الدولة المتعاقدة من نقص وغموض؛ باعتبار أن المبادئ العامة للقانون حتمية قانونية لازمة لعدالة القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك لا يعني حصرها برؤية الدول المتقدمة.

ثالثاً: - قانون التجارة الدولية.

وهو مجموعة قواعد ذات طابع مهني، لا تنتمي لقانون دولة بعينها، ولكن بمجملها تؤلف قواعد لقانون تجارة الدولية، وهو قانون مستقل عن القانون الداخلي والقانون الدولي العام مستمد

(1) واستند المحكم في ذلك الى تفسير المادة (٢٨) من العقد المبرم (يخضع ويفسر وفقاً للمبادئ العامة للقانون الليبي ما دام إن هذه المبادئ تلتقي مع مبادئ القانون الدولي وأخيراً المبادئ العامة للقانون الدولي).

من معاملات التجارة الدولية والعادات المهنية وأحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الدولية، يؤدي تطبيقه إلى تدويل النظام القانوني للعقد؛ بغية إيجاد حلول ذاتية لتسوية المنازعات الدولية، ومنها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية. ولقضاء التحكيم دور أنشائي في تطوير قواعد القانون التجاري، بوصفه قانون غير وطني (1). وهنا يجب التمييز بين الأعراف التجارية وقانون التجارة الدولية، فالمقصود بالأعراف التجارية، قواعد غير مكتوبة يُشاع استخدامها بين التجار في كل مهنة على حدة ولها صفة الالتزام بينهم. أما قانون التجارة الدولي، فهو القانون المكتوب في صورة معاهدات أو اتفاقات دولية بين الدول. والاثنان يلتقيان معاً لتكوين مضمون القانون التجاري بين الشعوب أو القانون أو القواعد الموضوعية فوق الوطنية؛ ليتولى تنظيم المعاملات الاقتصادية التي تتخطى الحدود الوطنية (2).

ولطالما وجدت الدولة بوصفها طرفاً في العقد الإداري الدولي كسلطة عامة من جهة، وقانون التجارة قانون خاص ارادي يتعلق بوسط مهني وتلقائي من حيث نشأته وطريقة اعداده، وهو غير مقنن ولا يستند إلى سلطة معينة، ومن ثم لا يمكن خضوع هذا النمط من العقود إلى تطبيق العادات التجارية غير الصادرة من الدولة المتعاقدة، دون اتفاق صريح يحيل إليها المنازعة.

وفي جميع الأحوال يستعين المحكم بقانون التجارة الدولية، بوصفه خيار مكمل أو احتياطي أو وسيلة قانونية مساعدة للقوانين الوطنية المختارة، لتكمل النقص الذي يعتري القانون الوطني أو تهذيبه، إذا كان يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية، شريطة إلا يتحول هذا التطبيق الجزئي لهذه القواعد إلى استبعاد القانون الوطني المختار، مما يجعل حكم التحكيم مخالفاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين (3).

وعلى الرغم من أعلاه، فإذا لم يكن هنالك نص صريح يحيل النزاع إليها، فمجرد لجوء أطراف العقد إلى التحكيم، يشير إلى إن الدولة قد دخلت التجارة الدولية بمختلف نواحيها، وقبولها الخضوع للعادات والأعراف المعتمدة في الوسط التجاري، مع الأخذ بنظر الاعتبار إن المحكم لا يخضع لقانون معين. من ذلك كله يستطيع المحكم للمحكم الدولي أعمال هذه العادات والأعراف

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٥٥٨.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٢٦١.

(3) د. مراد محمد مواجدة: مصدر سابق، ص ٢٦٤.

التجارية الدولية، والمبادئ العامة للقانون، التي لا تتعارض مع القانون الواجب التطبيق، سوى تكملة النقص الذي يعتريه لتهديبه بمقتضيات التجارة الدولية. فقد رأت هيئة التحكيم في قضية (ARAMCO) بأن قواعد وأعراف التجارة الدولية، لا تتعارض مع ضرورة ارتباط العقد أو النزاع بقانون ما، وأقرت بأهمية العادات المهنية المتبعة في نطاق صناعة البترول، حيث أن قانون البترول يعد نتاجاً للعادات العابرة للدول والمتبعة دولياً في هذا المجال وجزء من القانون التجاري الدولي (1).

فضلاً عن ما تقدم، فيمكن للمحكم إعمال قانون التجارة الدولية طبقاً لمقتضيات التركيز الموضوعي للعقد، لا سيما إن قواعد التجارة الدولية ذات طبيعة متطورة، وتتعلق بما يستجد على فحوى العلاقات التجارية من تغيير، ومنها العقود التي تبرمها الدولة في إطار مصالح التجارة الدولية، شأنها في ذلك كشأن المبادئ العامة للقانون فكلاهما يمثلان قواعد دولية، لا تفرق بين مجتمع الدول أو المجتمعات الخاصة، سوى أنها تلحق بأي عملية ذات طابع تجاري دولي أياً كان أطراف العلاقة.

طبقاً لما تقدم، فقد تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية (2). والقوانين الوطنية المقارنة (3)، العديد من النصوص التي تشير إلى سلطة المحكم بإعمال القانون الواجب التطبيق على المنازعة

(1) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ٧٢٠.

(2) نصت الاتفاقية الأوربية ١٩٦١ في الفقرة (١) من المادة (٧) على أن يأخذ المحكم بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية وكذلك نصت الفقرة (١) من المادة (٤٢) من الاتفاقية الخاصة لتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى عام ١٩٦٥، الفقرة (٣) من المادة (٣٣) من قواعد اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٧٦ المعدلة، وكذلك الفقرة (٤) من المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم ١٩٨٥. فيما انفردت المادة (٤) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عام ١٩٨٠ المعدلة، بنص جازم، أما أن يختار الأطراف قانون دولة ما ليحكم العقد وأما أن يلزموا الصمت وذلك لكي يتم تحديد هذا القانون من قبل المحكم. د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلاف توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٦٨.

(3) تبني المشرع الفرنسي في المادة (١٤٩٦) من (الكتاب الخامس) من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة، والمعدل بموجب المرسوم رقم (٨١/٥٠٠)، صياغة عامة باستخدام مصطلح (قواعد القانون) وليس (القانون)، كدلالة ضمنية على تشكيل قواعد ملائمة للنزاع ومنها كما نص في جميع الحالات يقتضي الأخذ بنظر الاعتبار أعراف التجارة الدولية. كذلك المشرع المصري في الفقرة (٣) من المادة (٣٩) من قانون =

ب (القواعد أو الأكثر اتصالاً بها) بدلاً عن تعبير (القانون)؛ لمنحه المزيد من الحرية في البحث عن قواعد ملائمة لتسوية موضوع النزاع، بذريعة تطبيق المبادئ العامة للقانون، التي تعد اعرف وقواعد التجارة الدولية جزء منها، كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ حسن النية ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق وغيرها من المبادئ التي تشترك فيها معظم النظم القانونية للدول. وهذه المبادئ قوتها الملزمة أمام التحكيم الدولي، مستمدة من الاعتقاد الراسخ لدى أعضاء المجتمع الدولي من مهنيين وتجار وأرباب عمل بأهميتها لتنظيم وحكم العلاقات القائمة بينهم، مما يدل على ذاتيتها الخاصة (1).

ولم تمنح التشريعات المقارنة مركزاً قانونياً واحداً للعادات والأعراف التجارية، من ناحية تحديد قوتها في التطبيق بالنسبة إلى القانون الواجب التطبيق، فالقانون الفرنسي والمصري يعطي الأولوية للنصوص الأملية في التطبيق. مما يحث الطرف المتعاقد إلى ايجاد أساليب معينة، يضمن بموجبها تجميد كل أو بعض قوانين الدولة أو الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون، أو تطبيق نظم غير وطنية. لذلك، ولنفس الغاية فغالباً ما تلجأ الدول إلى تضمين العقود لشروط عامة أو تنظيمها بموجب احكام عقود نموذجية، كأحد مصادر القانون العابر للحدود الدولية. وتبدو الشروط العامة في قائمة من البنود أو الشروط المعدة مسبقاً من قبل طرف غير الأطراف المتعاقدة تتضمن تنظيم لمحل العقد وما يتعلق به من مراكز قانونية مختلفة، وتعد هذه الاحكام جزء مكملاً لأحكام العقد عند اتجاه إرادة الأطراف (2).

مما تقدم، يمكن القول بأن الاحتكام إلى قانون التجارة الدولية، يكون أكثر فعالية بالنسبة للعقد الإداري الدولي من تلك القواعد المستمد من القوانين الوطنية؛ لكونها أكثر ملائمة لمضمونه

=التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ أنه (يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة).

Katherine Lynch: The Forces of Economic Globalization, Kluwer Law International, Hague, Netherland, p324.

كذلك المشرع المصري في الفقرة (٣) من المادة (٣٩) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ أنه (يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة).

(1) د. بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(2) د. مراد محمد مواجدة، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

الاقتصادي وصلته بمصالح التجارة الدولية. وبخلافه أي عدم وجود شرط تحكيم، فيتعين النص على تطبيقها.

رابعاً:- القانون الدولي العام.

بصورة عامة، قواعد القانون الدولي العام غير صالحة للتطبيق على العلاقات التي يكون أحد أطرافها أشخاص من القانون الخاص، فضلاً عن أن قواعد القانون الدولي العام ناقصة وغير محددة يصعب تطبيقها على العقود الإدارية الدولية، لتعلقها بالمعاهدات الدولية.

إلا إنه ليس هنالك من مانع بتطبيقها على العقد الإداري الدولي كجزء من القانون الواجب التطبيق لتسوية المنازعات المتعلقة به. فالشخص الخاص الأجنبي الطرف في العقد يتمتع بالأهلية الناقصة أو نسبية ومحددة ضمن إطار العلاقات الدولية من منظور القانون الدولي العام. ومع بروز أهمية حماية حقوق الإنسان كهدف عالمي مشترك أصبح الأفراد يعدون اشخاص مباشرين للقانون الدولي الاقتصادي والاجتماعي، فضلاً عن عدم إشارة القانون الدولي العام إلى عدم إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي العام على العقد والذي ينطوي على العديد من القواعد القانونية التي تعين المحكم الدولي على فض النزاعات التي تنشأ عن العقد الإداري الدولي⁽¹⁾. وهذا ما أشارت إليه اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار⁽²⁾. وعززه قرار التحكيم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في قضية (Texaco). وجاء فيه ما مفاده (...عقود الامتياز تقع ضمن مجال القانون الدولي. وأن هذا القانون يعطي لأطراف هذه العقود الحق في اختيار التشريع الذي يحكم علاقتهم التعاقدية...)، وتضمن نفس الحكم ما مفاده (...أن المعاهدات ليست النوع الوحيد من الاتفاقيات التي يحكمها القانون الدولي، بل إن العقود بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية والتي ليست معاهدات تتبع هذا الجزء من القانون الدولي العام...)⁽³⁾.

(1) د. سعيد عبد الغفار شكري: مصدر سابق، ص ٣٣٦. كذلك د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٦٨٨.

(2) الفقرة (١) من المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار، في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق (...بما في ذلك قواعد تنازع القوانين - وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص).

(3) د. سراج حسين أبو زيد: مصدر سابق، ص ٦٥٥.

على الرغم مما تقدم، تبدو هنالك صعوبة بالغة باندماج قواعد القانون الدولي في العقد الإداري الدولي وتحويلها إلى شروط تعاقدية وحتى لو وردت إشارة صريحة إليها. فليس المراد من هذه الإشارة تطبيق قواعد القانون الدولي العام بشكل مباشر، وإنما تطبيق قواعد أخرى ذات صلة، مثل قواعد العدالة أو الانصاف أو المبادئ المشتركة بين القوانين الوطنية لأطراف العقد. ومن ثم، فلا يمكن التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بوصفها قاعدة دولية تجيز للطرفين إخضاع العقد للقانون الدولي العام، بل لا بد من استخلاص القوة القانونية الملزمة للعقد من القانون الداخلي للدول المتعاقدة الذي أقر هذه القاعدة. وذلك ما أشارت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة في قرارها الصادر سنة ١٩٢٩ بخصوص قضية القروض الصربية البرازيلية عام ١٩٢٩ (...كل عقد لا يكون بين الدول بوصفها شخصاً من اشخاص القانون الدولي العام. يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص⁽¹⁾، أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون...⁽²⁾).

ولكن، مع تنامي فكرة المصلحة الدولية المشتركة وأهمية حماية حقوق الإنسان في تقسيم وتسهيل المعاملات الاقتصادية الدولية، سعياً إلى تحقيق التنمية والتكامل الاقتصادي بين الشعوب باختلاف الأنظمة القانونية الاقتصادية، المتزامن مع تزايد موجات تأميم المشاريع عقب نيل الدول النامية استقلالها من دول تمتلك نفوذ، لجأت الدول إلى إيجاد نظم قانونية تُبعد العلاقة العقدية من الخضوع إلى قانون الدولة المتعاقدة لصالح القانون الدولي العام أو أي نظام قانوني يكون أقرب إلى النطاق الدولي منه إلى الداخلي⁽³⁾.

فضلا عما تقدم، فإن موافقة الدولة على تسوية المنازعة من خلال التحكيم الدولي، من شأنه أن يساهم بتأسيس نظاماً قانونياً دولياً يحكم العقد الإداري الدولي، بصرف النظر عن حكم التشريع الداخلي للدولة المتعاقدة. ومن ذلك تطبيق قواعد القانون الدولي العام على العلاقة التعاقدية كقرارات التأميم، وما يقابلها من ضمانات تتعلق بالثبات التشريعي للعقد بمفهومه التقليدي بشرط عدم التأميم، لتفادي التغييرات التشريعية التي قد تقوم بها الدولة المتعاقدة، وتؤدي إلى الإخلال بالمراكز القانونية في العلاقة العقدية، والأضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد. فذلك

(1) د. محمد عبد العزيز بكر: مصدر سابق، ص ٥٠١.

(2) د. هاني محمود حمزة، مصدر سابق، ص ٣٧٦.

(3) د. بشار الاسعد: مصدر سابق، ص ١٤١.

كله، يُدخل العلاقة التعاقدية في فرع جديد للقانون الدولي هو القانون الدولي العام، لتتحمل بموجبه الدولة المتعاقدة المسؤولية الدولية، لاسيما ان الدولة طرفاً في العقد الإداري الدولي بسلطانها العام الدولي بوصفها أحد اشخاص القانون الدولي العام (1) .

يضاف الى ذلك، فبموجب حرية الاختيار الممنوحة لطرفا العقد الإداري الدولي في اتفاق التحكيم ووجود الدولة طرفاً في العقد، فمن الممكن أن تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة نحو اختيار قواعد القانون الدولي العام، بوصفه الحل الأكثر وثوقاً بالمنازعة، لكونه الوسيلة الفعالة في التوفيق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم، عندما لا ترغب الدولة الخضوع إلى قانون أجنبي. وفي نفس الوقت يحتج المتعاقد بعدم الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة؛ لأنه قانون غير ملائم للعلاقة العقدية. ومن ثم، فلا يستمد تطبيق القانون الدولي العام على المنازعة من قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود الدولية وإنما بالنظر للطابع الذاتي لهذه العلاقة التعاقدية بين الطرفين (2).

من جهة أخرى، فقد يقوم المحكم بتفسير تطبيق المبادئ العامة، بأنه اسناد إلى القانون الدولي العام. وهذا المسلك في التفسير قد أصبح مثار جدل، فصل فيه مجمع القانون الدولي الذي عقد في أثينا عام ١٩٧٩. إذ تبنى مبدأ الاختلاف بين الاثنين. وفي هذا الصدد فلا بد من الإشارة إلى ان كل من المفهومين يلتقي في نقطة واحدة إزاء التحكيم الذي لا يخضع إلى اختصاص معين وسيادة قانون بعينه. ومن ثم فالدلالة على أحدهما يعد جامع بين الاثنين في تشكيل القواعد التي تكمل النظام القانوني الواجب التطبيق، وفكرة القاعدة الآمرة في القانون الدولي العام تجد مبتغاها في المبادئ العامة للقانون، كونه يتضمن قواعد مشتركة بين الأنظمة القانونية تقوم عليها عملية التعاقد وبدون الالتزام بها يشوبه البطلان.

ومن التطبيقات المهمة بخصوص الاتجاه المتقدم، قرار التحكيم الصادر في النزاع بين ليبيا وشركة Texaco. إذ نص العقد على تطبيق المبادئ العامة للقانون الليبي بما يتفق ومبادئ القانون الدولي وفي حالة عدم الاتفاق بينهما تطبق المبادئ العامة للقانون، بما في ذلك المبادئ العامة التي طبقها القضاء الدولي. فذهب المحكم إلى أن: (...العقد يدخل في إطار القانون

(1) د. هاني محمود حمزة: مصدر سابق، ص ٣٧٠.

(2) د. بشار الاسعد: مصدر سابق، ص ٢٤٤.

الدولي العام، خاصة الصفة الإلزامية فيه واستند في ذلك إلى حجة سلبية تمثلت في غياب اسناده إلى نظام قانوني وطني (...)⁽¹⁾.

تبعاً لما تقدم، فمن النادر أن يلجأ المحكم أو الأطراف في العقود الإدارية الدولية إلى القانون الدولي العام بوصفه قانوناً واجب التطبيق على موضوع النزاع بشكل مباشر ومستقل، بل الاسناد يكون بصفة احتياطية لتكملة النقص أو تفسير غموض قانون الدولة المتعاقدة، والعقود الإدارية الدولية، تتميز بعدة صفات ذاتية تجعل منها عقوداً تتصل بالنظام الدولي على نحو يبرر خضوعها لأحكامه وقواعده، فالقانون الدولي له دور ما بصدد بعض هذه العقود مبعثه بعض المعطيات القانونية والسياسية والاقتصادية لها. إذ أنها تتصل ببعض الاتفاقيات الدولية التي تنص على تطبيق قواعد القانون الدولي العام عليها⁽²⁾. وما تعاقد الدولة في إطار العلاقات الدولية، إلا دلالة على دخولها ضمن نظام قانوني آخر هو القانون الدولي العام. كالجوء إلى مراكز تحكيم دولية مؤسسية تم انشاءها بموجب اتفاقيات دولية⁽³⁾.

خلاصة ما تقدم، فقد يُثير إعمال الضمانات الإجرائية، جدل حول مدى احتفاظ العقد الإداري الدولي بطبيعته كعقد من عقود القانون العام القانون العام، باستبعاد اختصاص قضاء الدولة المتعاقدة، تحديداً على فرض إن المحكم قد حدد تكييفه للعقد بكونه عقداً ادارياً دولياً، بيد انه استعان بقواعد مستمدة من القانون التجاري الدولي. في وقت إن العقد يفترض به أن يخضع إلى القانون العام للدولة المتعاقدة. بيد إنه ليس هنالك من مانع من إعمال قواعد التجارة الدولية أو قواعد القانون الخاص من قبل المحكم في عقد اداري له إثر اقتصادي عابر للحدود الدولية، لظالما إن العقد في أحد جوانبه يتعلق بمصالح التجارية. وفي هذه الحالة فما هو مفترض من الدولة المتعاقدة فيما إذا اتجهت إلى التعاقد بسلطانها العام، أن تتكفل بتعزيز الكفاية الذاتية للعقد بإطار القانون العام وذلك بتضمينه مزيداً من التفاصيل المتعلقة بالشروط الاستثنائية والجزاءات الإدارية، لتفصح عن نيتها بالتعاقد ضمن إطار القانون العام، وبشكل يقود التركيز الموضوعي

(1) د. مراد محمد مواجدة، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(2) المادة (٤٢) من الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا دول أخرى لسنة ١٩٦٥ وبعض الاتفاقيات الإقليمية كاتفاقية تسوية منازعات الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ورعايا الدول العربية الأخرى لسنة ١٩٧٤.

(3) على سبيل المثال عقود الامتياز بين (Texaco) والباكستان في ٦ نوفمبر ١٩٩٠ وعقد البترول في ٤ أيار ١٩٨٦ بين نيبال وتشيلي. د. محمود هاني حمزة: مصدر سابق، ص ٣٧٠.

للعقد إلى تطبيق القانون العام للدولة المتعاقدة. وهذا المسار لا يتعارض مع الضمانات الموضوعية المفترض ادراجها للحفاظ على الاستقرار الاقتصادي والقانوني للعقد، لأنها أكثر مرونة تسلم بنظرية تغيير الظروف للعقد وما يقابلها من إعادة توزيع المخاطر، أو تحصيله قانونياً، وما اللجوء إلى التحكيم وما يترتب عليه من اختيار للقانون الواجب التطبيق إلا أحد هذه الضمانات المستحدثة، من الناحية الإجرائية لفض المنازعات المتعلقة بالعقد بحيادية وسرعة ومهنية، بما يعزز مشاعر الاطمئنان لدى المتعاقد وخشيته من حيدة القضاء الوطني.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة الأطروحة توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات وكما

يأتي:

أولاً:- الاستنتاجات:

1- إن العقد الإداري الدولي، عقد تنمية اقتصادية، متصل بالتطورات الاقتصادية وبالتالي فلا يمكن ضبط نظامه التعاقدية ووضعه ضمن إطار قانوني ثابت. إضافة إلى أنه أداة لعولمة الثقافة القانونية؛ لما يمثله من حيز تعاقدية جامع لثقافات قانونية مختلفة، لغلبة فكرة التحرر الاقتصادي في تنظيمه على حساب جمود فكرة السيادة، واستحداث المزيد من ضمانات المتعاقد فيه تأتي استجابة لهذه التطورات الاقتصادية. وتمثل أداة بيد العقد الإداري الدولي لتنفيذه اقتصادياً بالشكل المطلوب.

2- على الأغلب يتمتع طرفا العقد الإداري الدولي بنمطين من أسباب التفوق في العلاقة العقدية بين طرفيه. فالتفوق في المركز القانوني يميل لصالح الدولة المتعاقدة، بما تملكه من سلطان عام على مستوى السيادة الداخلية والخارجية، بينما يتفوق المتعاقد الآخر اقتصادياً، وهذا مما يجعل من الضمانات المستحدثة في العقد الإداري الدولي ذات مدلول موضوعي لا تقف عند تعزيز اطمئنان شخص المتعاقد، بل توفر حماية لمصالح الطرفين.

3- تتطوي ضمانات للمتعاقد في العقد الإداري الدولي على مضمون اقتصادي ودولي، وهذا الازدواج، يميزها عن الضمانات التقليدية بفكرة الاستحداث على المفهوم التقليدي؛ لأنها تقوم بمهام لا تقتصر على حماية توازن العقد من الاختلال، بل هي أيضاً عوامل جذب اقتصادي للمزيد من المتعاقدين؛ لما لتفوقهم الاقتصادي من دور رئيس في تنفيذ أو تيسير مشاريع اقتصادية ذات طبيعة استراتيجية مهمة.

4- لدولية العقد الإداري الدولي، أثر بالغ بتعريض الدولة إلى طائفة المسائلة الدولية، و مراعاة المعايير الدولية المعمول بها في الأعراف التجارية، كتوفير معاملة عادلة ومنصفة، ومراعاة حماية حقوق الإنسان. ومن ثم فمن الممكن لهذه الصفة الدولية أن تُقيد الضمانات لصالح مشروعية الإجراءات المتخذة من قبل الدولة المتعاقدة، تفرض

عليها التزام بتطبيق قواعد آمرة دولية تتعلق بحماية البيئة والصحة العامة، ومعايير الجودة.

5- تبين من خلال البحث ان العقد الإداري الدولي عقد مركب من عقد اداري ودولي في الوقت نفسه. ومن ثم فعناصر بناءه تتوزع بين صلته الوثيقة بمرفق عام، ووجود شروط استثنائية لبناء الشق الإداري منه، فضلاً عن موائمة العقد الإداري مع صلته بمصالح التجارة الدولية. وبذلك فهو يمثل مجالاً رحباً للجمع بين قواعد القانون العام والخاص. وهنا تبدو الضمانات المستحدثة عوامل مكملة لعناصر بناء العقد الإداري ; لتؤهل تنفيذه اقتصادياً ودولياً. جامعاً بين عناصر قيامه كعقد اداري ، شأنه في ذلك شأن أي عقد اداري، فضلاً عن معايير تمييزه كأبي عقد دولي، وفقاً للقانون الدولي الخاص.

6- بالنظر لطبيعة النظام التعاقدى للعقد الإداري الدولي المركب من قواعد القانون العام والخاص، فذلك من شأنه أن ينعكس على تحديد أساس استحداث المزيد من الضمانات في العقد الإداري الدولي. فهي في الأصل تستند إلى سلطان الإرادة، و تُعد من متطلبات تسيير المرفق العام وتنفيذه. فضلاً عن ذلك، فلصلة العقد الإداري بمصالح التجارة الدولية يؤدي بها الى أن تصبح أدوات بيد الدولة للتداخل العام الاقتصادي وتوجيه العقد الاداري نحو تحقيق المصلحة العامة المتوخاة من ابرامه، فضلاً عن ما تعنيه من عوامل تحقيق مبدأ الأمن القانوني لطمأنة المتعاقد بعدم تعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة للضرر.

7- وطبقاً لما تهدف اليه ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي، والمتمثل ببث روح الاطمئنان لديه بعدم تعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة إلى الضرر؛ بغية تشجيعه على القوم والتعاقد، فذلك من شأنه الأخذ بنظر الاعتبار ، توسيع مضمون المخاطر لينطبق عليه أي اجراء يهز ثقة المتعاقد الاجنبي باستقرار النظام القانوني الحاكم للعقد، دون اشتراط إحدائه قلب لاقتصاديات العقد، كما هو مألوف في العقود الإدارية التقليدية. ومن ثم فطبيعة المخاطر لا تقتصر على مخاطر إدارية وتشريعية جراء ممارسة الدولة المتعاقدة بل تشمل مخاطر واقعية جراء ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها التقديرية ومخاطر قضائية لعدم مراعاة معايير العدالة وسرعة حسم المنازعات بما يتلاءم مع الطبيعة المهنية للمنازعات.

8- أساس ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي مستمد من حماية التوازن العقدي من إقرار سلطان الإرادة من قبل الطرفين، أو كونها من شروط لتسيير العمل بالمرفق العام أو شريعة المرفق العام، التي يقرها المشرع. فضلاً عن حماية التوازن الاقتصادي، بوصفها أداة تُوفى بين مصلحتين اقتصاديتين متعارضتين، وبالتالي، فهي توفر سبل التداخل العام الاقتصادي للدولة المتعاقدة بغية تحقيق المصلحة العامة؛ وما تمثله من وسائل تحقيق مبدأ الامن القانوني بالنسبة الى المتعاقد.

9- وبالاستناد الى ما تم التوصل اليه في أساس الضمانات، فالضمانات تتكيف قانونياً بشروط عقدية مستمدة من قواعد التجارة الدولية، أو حلول قانونية مستمدة من قواعد عامة آمرة داخلية أو دولية. فضلاً عن إنها شروط مستمدة من القانون العام الاقتصادي، تُراعي طابعه الإداري وطبيعته الاقتصادية.

10- اتضح من خلال البحث، بأن دولية العقد الإداري تُعطي مفهوم أوسع لضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي عما سواها من العقود الإدارية الداخلية بتوفير معاملة عادلة ومنصفة والحد الأدنى من المعاملة، ومراعاة حماية حقوق الانسان، وما سارت عليه الأعراف التجارية. ومن ذلك، فإجراءات التمييز التي تتخذها الدولة بحق المتعاقد من الممكن أن تكون محلاً للطعن ضمن إطار العقود الإدارية الداخلية، بخلاف الصفة الدولية، التي تُقيدها لصالح فحص مشروعية الإجراءات المتخذة من قبل الدولة المتعاقدة بأن لا يشوبها التمييز. إضافة الى ما تفرضه من التزام على الدولة المتعاقدة بقواعد آمرة دولية تتعلق بحماية البيئة والصحة العامة.

11- تتسم ضمانات المتعاقد في العقد الإداري الدولي بشمولية أكبر عما هو معمول به في الضمانات التقليدية لتوفير أعلى مستوى ممكن من الحماية القانونية الكافية. ومن ثم، فهي تلتقي مع الضمانات التقليدية، متمثلة بإعمال نظريات التوازن المالي عندما تنصب على حماية العلاقة العقدية من التعرض إلى عدم الاستقرار القانوني والاقتصادي، سوى ان دائرة المخاطر تتسع لازدواج السلطان العام للدولة المتعاقدة بسيادتها الداخلية والخارجية، فضلاً عن إن استنهاضها لمواجهة مخاطر لا يُشترط فيها قلب اقتصاديات العقد، بل مجرد أن تتسبب بعدم الاستقرار القانوني والشفافية اللازمة لاطمئنان المتعاقد وحته على القدوم والتعاقد، أو أي وضع من شأنه يزعزع ثقة المتعاقد بالنظام القانوني

للدولة، كشبهات الفساد وغموض إجراءات التعاقد، وهذا ما يحتل الاهتمام الأكبر لدى الشركات الأجنبية عند تعاقدها مع دولة غير مستقرة قانونياً وسياسياً. فضلاً عن الضمانات الإجرائية لتسهيل فض المنازعة بحسب طبيعتها الفنية، وبما يطمئن المتعاقد بالحيدة بتسوية المنازعات واختيار القواعد القانونية الأكثر ملاءمة مع طبيعة المنازعة.

12- إن تحديد آلية عمل الضمانات المستحدثة في العقد الإداري الدولي يعتمد على ما تواجهه من مخاطر موضوعية أو إجرائية. ومن ثم فهي تتوزع الى ضمانات موضوعية تتولى مهمة إجهاض المخاطر الإداري والتشريعية من مصدرها، بعزل العقد الإداري الدولي نظامه القانونية وتحصينه من المخاطر، من خلال شرط التجسيد الإداري وشرط الثبات التشريعي. أو أن تبقى محتفظة بقدر من سلطانها العام في العقد مقابل الاتفاق على تزويد العقد بأساليب ذاتية، للتعامل مع المتغيرات الاقتصادية بالقدر الكافي لاستمرار تنفيذ العقد، بوجود شرط استعادة التوازن الاقتصادي وشرط إعادة التفاوض.

13- تبين من خلال البحث في الضمانات الموضوعية أن المسلك الأكثر واقعية وفاعلية في الضمانات اتباع آلية ضبط كل من كل من التفوق القانوني والاقتصادي في العلاقة العقدية، دون التفريط بأحدهما على الآخر. وذلك لا يمكن تصوره من دون إيجاد فسحة عقدية للطرفين، تسمح لإرادة الطرفين متابعة التغييرات التي تطرأ على مضمون العقد عند التنفيذ، وتعمل على تكييفه وفق لما استجد عليه من التزامات من خلال استعادة التوازن الاقتصادي، أو بإعادة التفاوض لترتيب التزامات جديدة إن تطلب الأمر استمرار تنفيذه.

14- اظهر البحث إن الضمانات الإجرائية، تُعد خروج على قواعد الاختصاص، التي تقضي بضرورة خضوع المنازعة المتعلقة للعقد إلى الاختصاص القضائي الوطني للدولة المتعاقدة فضلاً عن قانونها. بيد إن تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية ولضرورات التنمية الاقتصادية باستقطاب الخبرات والأموال الأجنبية تم اجراء تعديلات تشريعية أو الدخول باتفاقيات دولية، بعيدا عن اللجوء للاجتهد القضائي، لإسباغ الشرعية على اللجوء إلى التحكيم وحرية اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف.

15- أن مناط فعالية الضمانات الموضوعية، يعتمد على مدى إمكانية تحقيق أعلى مستوى من الرضائية بين طرفيه عند حدوث أي تغيير في مضمونه عند تنفيذ العقد، وبما ينسجم مع قواعد التجارة الدولية ، وفي التحكيم بوصفه ضماناً إجرائية، فاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، هو من يحدد فعاليته فلا يسري عليه بطلانه أو فسخه. فبمجرد التزام أي طرف بالتحكيم فلا يمكنه الاحتجاج بافتقار الجهة المتعاقد إلى قانون وطني على الدخول في التحكيم أو عدم الحصول على الإذن من الجهة المختصة بإعطائه، عملاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات أو ما يعرف بالأداء الصادق للعقد. ثانياً: - المقترحات:

تأسيساً على ما ذكر من استنتاجات، فقد أمكن التوصل إلى عدد من المقترحات، التي من شأنها تفعيل دور العقود الإدارية كأدوات للتنمية الاقتصادية. والذي يعتمد على ما تنطوي عليه من ضمانات تبت روح الاطمئنان لدى الشركات الأجنبية ، التي تمتلك المال والتكنولوجيا للقيام بمشاريع استراتيجية، بغية تشجيعها على القدوم والتعاقد، ويمكن أجمالها بالآتي:

1- نوصي المشرع العراقي، بإعادة النظر في القوانين العراقية المتعلقة بالعقود الإدارية ذات الطبيعة الاقتصادية، تحديداً ذات الصلة بمصالح التجارة الدولية وجعلها أكثر انسجاماً مع الأنظمة القانونية والاقتصادية الدولية السائدة، لتسهيل عملية التعاقد مع شركات أجنبية، بما يعزز عنصر الاطمئنان لديها باستقرار النظام القانوني في العراق وفق المعايير الدولية.

2- طبقاً للفقرة (١) ، يقتضي أن يأخذ بنظر الاعتبار ،اعتماد صيغ قانونية ذات دلالة واضحة، بمراعاة الالتزام بقواعد التجارة الدولية وحماية حقوق الانسان والبيئة ، كعدم التمييز والتعسف في الإجراءات المتخذة و ضمان تكافؤ الفرص وحماية الصحة العامة والبيئة، أو كفالة الدولة المعاملة العادلة والمنصفة. لذلك، فمن الضرورة إجراء تعديلات تشريعية تتناسب مع الإصلاح الاقتصادي الذي اقره دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وما التزمت به الحكومة العراقية في الاتفاقيات الدولية والثنائية والجماعية.

3- تعديل قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، بما يؤهل مجلس الدولة استكمال جوهر النظام القضائي المزدوج (اللاتيني) ، لتمتد ولايته إلى العقود الإدارية؛

لأنه الأقدر على الفصل في المنازعات بطريقة تحمي التعاقدات العامة من شبهات الفساد، فضلاً عما يمارسه من دور في تطوير قواعد القانون الإداري، ومنها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية. وذلك ما ظهر جلياً في تجربة اجتهاد مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر. إذ حث المشرع على تضمين العقود الإدارية ذات الطبيعة الاقتصادية بالأخص الدولية ضمانات تؤهلها؛ لاستقطاب الأموال والخبرات الأجنبية.

4- نوصي المشرع العراقي، بتلافي الخلل والتباين في النصوص المشتتة المتعلقة بضمانات التعاقد في العقد الإداري الدولي. وذلك يتطلب تشريع قوانين متكاملة للتعاقدات العامة والعقود الإدارية الاقتصادية ذات الصلة بالمشاريع الاقتصادية الاستراتيجية وتطوير البنى الأساسية، ويمكن إجمال أهمها ب: قانون التعاقدات العامة، قانون التحكيم، قانون النفط والغاز، قانون المشاركة بين القطاع العام والخاص، قانون التزام المرافق العامة، مجموعة قوانين خاصة بعقود البوت لتطوير البنى الأساسية. كما عملت جمهورية مصر العربية في منتصف التسعينات، إذ أصدرت قوانين خاصة بالبوت لتطوير الطرق العامة والموانئ والمطارات والطاقة الكهربائية.

5- ارتباطاً بالمقترح السابق، يتعين على المشرع العراقي إصدار قوانين أو تعديل النصوص القانونية النافذة، تتطوي على دلالة قاطعة بالضمانات الموضوعية ذات الصلة بالثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وشرط استعادة التوازن الاقتصادي وشرط إعادة التفاوض، والضمانات الإجرائية في التحكيم وحرية اختيار القانون. وأن يُراعى فيها الالتزام بقواعد ارشادية تبنتها، عدة اتفاقيات دولية أقرتها لجنة (اليونسترال) في الأمم المتحدة. كعقود (الفيديك) والقانون النموذجي للتحكيم، وقواعد التحكيم، وغيرها من الشروط النموذجية والأعراف الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة كأعراف ومبادئ للتعاقد والتحكيم.

6- نوصي المشرع العراقي، بمراجعة التشريعات العراقية النافذة ذات الصلة، وإجراء مزيد من التعديلات عليها، لجعلها أكثر انسجاماً مع صلة العقد الإداري بمصالح التجارة الدولية. ففيما يخص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة. فكما يبدو إنها تفتقر إلى نص صريح بخصوص الثبات التشريعي، تحديداً فيما يخص العقود الدولية، سوى ما يتعلق بالقيود التي ترد على حق التعديل بشكل انفرادي من قبل الجهة المتعاقدة، فضلاً عن القيود التي وضعتها لإمكانية لجوء الجهات المتعاقدة بموجب هذه

التعليمات إلى التحكيم لتسوية المنازعات، إذ لا تتسجم مع هو مستقر عليه في التحكيم التجاري الدولي. ولا يكفي تحديد اللجوء للتحكيم الدولي في حالة الضرورة التي تتعلق بالمنازعات الناجمة عن عقود ذات صلة بمشاريع استراتيجية الكبرى أو المهمة. فهذه صياغة يكتنفها الغموض، من ناحية معيار (المشاريع الاستراتيجية الكبرى)، ومؤهلات من يمتلك الخبرة اللازمة بالتحكيم.

7- نوصي المشرع العراقي، بتعديل البند (ثانياً) من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة، باستبدال عبارة (القانون العراقي) ب (القواعد الأكثر اتصالاً بالنزاع)، وأن يراعى فيها أعراف التجارة الدولية.

8- نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (٢٧) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، إذ جعل حرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق، واللجوء إلى التحكيم استثناء على الأصل بخضوع المنازعة إلى ولاية القضاء العراقي ويطبق عليها القانون العراقي. فكان الأجدى أن يكون النص بالصيغة التالية: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك).

9- نوصي المشرع العراقي بإعادة النظر بشرط الثبات التشريعي؛ إذ لم يكن موقف قانون الاستثمار موفقاً من هذا شرط كما ورد في المادة (١٣) بالنص على أنه: (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والحقوق المقررة بموجبه). فهذه الصياغة ينقصها تحديد الضمانات التي نص عليها هذا القانون أو قوانين أخرى. فالمساس بالضمانات كما يمكن أن يُقلل من مستوى الحماية المتوقعة، ولكن في نفس الوقت فمن الممكن أن يضيف التعديل ما يستفاد منه المستثمر في الحصول على المزيد من الضمانات، تتعلق بممارسة حقوقه على المشروع محل التعاقد ؛ لذلك نقترح إعادة صياغة النص ليكون بالشكل الآتي: (أي تعديل لهذا القانون يُضيف أعباء إلى المتعاقد لا يترتب عليه أي أثر رجعي).

10- نوصي المشرع العراقي ، بتلافي الخلط الذي وقع فيه بين المصادرة التي يُشترط فيها صدور أمر قضائي من ناحية والتأميم من ناحية أخرى. إذ نصت الفقرة (أ) من البند

(ثالثاً) من المادة (١٢) على أنه: (عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات). ونقترح إعادة صياغة النص ليكون بالشكل الآتي: (لا يجوز مصادرة المشروع إلا بأمر قضائي ولا يجوز التأميم إلا مقابل تعويض فوري وعادل ولأغراض المصلحة العامة).

11- نوصي المشرع العراقي ، باصدار قانون خاص بنظم التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وما يترتب عليه من اعتماد مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، على نحو ينسجم مع القواعد الارشادية التي تبنتها الاتفاقيات الدولية، وبما يعزز استقلالية اتفاق التحكيم بمعزل عن بطلان العقد الأصلي.

12- نقترح انشاء مركز تحكيم وطني على غرار مركز تحكيم الخليج العربي ومركز تحكيم القاهرة الإقليمي. ولا يخفى على أحد أن العراق زاخر بالكفاءات والخبرات في مجال التحكيم في العقود الادارية الدولية.

13- نوصي المشرع العراقي ، بتبني نظام قانوني متخصص بمحاربة الفساد الذي يهز ثقة المتعاقد الأجنبي من القدوم والتعاقد لعدم شفافية عملية . وذلك يتطلب تشكيل هيئة عامة للتعاقد تختص بالتعاقدات العامة ذات الصلة بعقود التنمية والبنى الأساسية، فضلاً عن إعداد برنامج متكامل للحوكمة الالكترونية لتسهيل عملية التعاقد والوصول إلى المعلومات المطلوبة، وإعداد وتهيئة كوادر من الموظفين الذين تنطبق عليهم معايير الكفاءة والخبرة والنزاهة والحيادية.

المصادر والمراجع

-بعد القران الكريم

أولاً:- المعاجم اللغوية والنحوية.

1- ابي بكر الرازي: مختار الصحاح، المكتبة المصرية، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٤٨.

ثانياً:- الكتب القانونية العامة والمتخصصة

1- إبراهيم احمد: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠.

2- د. إبراهيم محمد القعود: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية الحقوق، جامعة الزاوية (ليبيا)، العدد السابع، ديسمبر ٢٠١٥.

3- د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠٧.

4- د. أحمد كاظم الساعدي حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، المركز العربي، القاهرة، سنة ٢٠٢٠.

5- د. أحمد هندي: تنفيذ احكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة ٢٠٠١.

6- د. أحمد يسري: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥.

7- د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد (صناعة قضائية وصياغة تشريعية)، كلية الحقوق /جامعة حلوان، العدد ٢، الجزء الثاني، نوفمبر ٢٠١٧.

8- د. أشرف محمد خليل حماد: التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٣٢٤، سنة ٢٠١٠.

9- د. أكرم فاضل قصير: النظام القانوني لمؤسسات وأنشطة منظمة التجارة العالمية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المركز العربي، القاهرة، ٢٠١٧.

10- المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٨، ٢٠٠٧، ٢٠٠٦)، إعداد المحامي علاء صبري التميمي، ط٢، بغداد، سنة ٢٠٠٩.

- 11- المحامي علاء صبري التيمي: المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٨، ٢٠٠٧، ٢٠٠٦)، ط٢، بغداد، سنة ٢٠٠٩
- 12- المستشار رجب عبد الكريم سليم: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاما (١٩٦٩-٢٠٠٩).
- 13- المستشار سامح سيد محمد: القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠٠٩.
- 14- المستشار محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني (مصادر الالتزام)، دار محمود، القاهرة، سنة ٢٠١٨.
- 15- د. الياس ناصيف: العقود الدولية (عقود البوت في القانون المقارن): الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١١.
- 16- د. امير فرج يوسف: الموسوعة الشاملة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠١٦.
- 17- د. أنس جعفر، العقود الإدارية: الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٢١.
- 18- د. بشير علي الباز: السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، سنة ٢٠١٨.
- 19- د. ثروت البدوي: القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٦.
- 20- جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة (منصور القاضي)، المؤسسة الجامعية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠.
- 21- د. حازم بيومي المصري، الآليات الحديثة في التجارة الدولية (عقود اليونسترال)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠.
- 22- د. حسن على الذنون : فلسفة القانون، الطبعة الأولى، الجامعة المستنصرية، ١٩٧٥ سنة ١٩٧٥.

- 23- د. حسن محمد علي حسن البنيان: الطبعة الأولى، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٤.
- 24- د. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، الطبعة الأولى: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧.
- 25- د. حمدي ياسين عكاشة، عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩.
- 26- د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩.
- 27- د. خالد منصور إسماعيل: إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، سنة ٢٠١٥.
- 28- د. رشوان حسن أحمد: أثر الظروف الاقتصادية الملزمة على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، ١٩٩٤.
- 29- د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٤.
- 30- د. سحر جبار يعقوب: فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٢٠.
- 31- د. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠.
- 32- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية (أدوات التنمية الاقتصادية): بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
- 33- د. سعيد عبد الغفار شكري: القانون الدولي العام للعقود، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧.
- 34- د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلاف توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

- 35- د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإداري، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠١٢.
- 36- د. شاب توما منصور: القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، ١٩٧٦
- 37- د. صلاح الدين جمال: دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- 38- د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية بيروت، سنة ٢٠١١.
- 39- د. عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، سنة، ٢٠١١.
- 40- د. عبد الحميد الشواربي: العقود الادارية في ضوء (الفقه، القضاء، التشريع)، الطبعة الاولى، دار الكتب والدراسات العربية، القاهرة، 2017.
- 41- د. عبد الرؤوف جابر: الوجيز في عقود التنمية التقنية، الطبعة الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١٥.
- 42- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار محمود، القاهرة، سنة ٢٠١٥.
- 43- د. عبد العزيز محمد سرحان: العودة لممارسة القانون الدولي الأوربي المسيحي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ، سنة ١٩٩٨.
- 44- د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، الناشر غير محدد، سنة ٢٠١٨.
- 45- د. عثمان سلمان غيلان العبودي: الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، الطبعة الأولى، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥.
- 46- د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، سنة ٢٠١١.
- 47- د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠.

- 48- د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨.
- 49- د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨.
- 50- د. علاء الدين احمد حسن العناني: الصور الحديثة للعقود الادارية ذي الطابع الدولي واثرها على التحكيم في منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- 51- د. علاء الدين العناني: الشروط الحديثة في العقود الإدارية للصور التقليدية والحديثة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠١٩.
- 52- د. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠١٢.
- 53- د. علاء محي الدين مصطفى، د. محمد إبراهيم خيرى: اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض.
- 54- د. على عبد الحميد اتركي: التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي دراسة تحليلية في ضوء المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، المجلد ٩٠، العدد ٩٠، سنة ٢٠١٧.
- 55- د. علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام الأصول والمبادئ العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥.
- 56- د. علي عيسى الأحمد: المسؤولية التأديبية للأطباء (دراسة مقارنة)، بدون رقم طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- 57- د. علي محمد بدير وآخرون: مبادئ وأحكام القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بدون طبعة منقحة، بغداد، ١٩٩٣.
- 58- د. عماد مجدي عبد الملك: العقود الإدارية وأحكامها، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠١١.

- 59- د. مازن ليلو راضي وآخرون: القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة يادكار، سليمانية، سنة ٢٠٢٠.
- 60- د. مازن ليلو: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠١٠.
- 61- د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري، جامعة بغداد، بدون طبعة، سنة ٢٠١٠.
- 62- د. ماهر صالح علاوي: تحولات القانون الإداري في ظل العولمة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٩.
- 63- د. محمد احمد الشيشي: شرح احكام قانون تنظيم التعاقدات العامة التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٢٠.
- 64- د. محمد أحمد حلمي: النظام العالمي الجديد، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٩.
- 65- د. محمد رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي السلطة التقديرية للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠.
- 66- د. محمد عبد العزيز بكر: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، حلوان، سنة ٢٠١٠.
- 67- د. محمد عبد المجيد إسماعيل: القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١٠.
- 68- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي، بيروت، سنة ٢٠٠٣.
- 69- د. محمد فوزي حامد عبد القادر، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٨.

- 70- د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري (الكتاب الرابع)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٥.
- 71- د. محمد يحي الطيار: رقابة السلطة التشريعية على العقود الإدارية والاتفاقات الدولية ذات الطابع المالي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٩.
- 72- د. محمود الجبوري: العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، اربد، سنة ١٩٩٨.
- 73- د. محمود علي الرشدان: قانون التحكيم الأردني - الطبعة الأولى - دار اليازوري العلمية، عمان (الأردن)، سنة ٢٠١٦.
- 74- د. محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠.
- 75- د. مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان سنة ٢٠١٠.
- 76- د. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، سنة ٢٠٠٨.
- 77- د. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- 78- د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، اتفاقية مكافحة الفساد، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٩.
- 79- د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، اتفاقية مكافحة الفساد، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٢.
- 80- د. هاني محمد حمزة النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٨.
- 81- د. هبة هزاع: توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة.

- 82- د. نجيب خلف أحمد الجبوري، د. محمد علي جواد كاظم: القضاء الإداري، الطبعة السادسة، مكتبة يادكار، سنة ٢٠١٦.
- 83- د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩.
- 84- د. ياسر محمد أبو زيد الفقي: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠١٢.
- 85- د. يحي محمد على الطيارين: رقابة السلطة التشريعية على العقود الإدارية والاتفاقات الدولية ذات الطابع المالي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.

ثالثاً:- الرسائل والاطارح

- 1- إبراهيم باقر العجمي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية وطرق تسوية منازعاتها (في القانون العماني المقارن): رسالة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠٢٠.
- 2- ثورية لعيوني: معيار العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٧.
- 3- د. صلاح الدين جمال: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة عين شمس، القاهرة، سنة ١٩٩٣.
- 4- د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨.

رابعاً:- البحوث والدراسات والمقالات المنشورة

- 1- د. إبراهيم الربيعي، ماهر محسن الخيكاني: التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ٢، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١١.

- 2- د. أحمد شرف الدين، التحولات الاقتصادية للقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق (جامعة عين شمس)، العدد الأول والثاني، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٨٦.
- 3- د. أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، سنة ١٩٦٥.
- 4- أحمد عبد العزيز وآخرون: الشركات المتعددة الجنسيات ومستقبلها في الدول النامية، مجلة الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العدد ٨٥، سنة ١٩٨٦.
- 5- المستشار عبد العزيز السيد خوري: مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثين (يناير - مارس)، ١٩٨٩، ص ٤٥.
- 6- د. أنور أرسلان: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٨، العددان ٣، ٤، سنة ١٩٨٠.
- 7- د. ثورية لعيوني: معيار تمييز العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، عام ١٩٨٧.
- 8- د. حمدي ياسين عكاشة وفريق عمل من مستشاري مجلس الدولة المصري، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، العدد الأول، سبتمبر ٢٠١٧.
- 9- د. سامي منصور: جوار التحكيم في عقود الإدارة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الحادي والعشرين، سنة ٢٠٠٢.
- 10- د. شاب توما منصور: آراء في أساس القانون الإداري، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن، السنة الرابعة، سنة ١٩٧٠، كلية القانون والسياسة، بغداد.
- 11- د. عبد الرسول عبد الرضا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/ السنة الثامنة، سنة ٢٠١٦.
- 12- د. عبد المؤمن بن صغير: دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر، سنة ٢٠١٣.
- 13- د. علي خالد دببس: قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العدد (٢٠)، كانون الأول ٢٠١٦.

14- د. عماد محمد فوزي: أثر اتفاق التحكيم في تسوية المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة بالنظام السعودي)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد (٩٣)، العدد (٢).

15- د. عمار كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ٣٨، سنة ٢٠١٥.

16- مجموعة الاحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، العدد الأول، سنة ٢٢، من يناير إلى مارس ١٩٧١، مطبعة دار القضاء العالي.

17- د. محمد طلعت غنيمي، مقابل التأميم في القانون الدولي العام، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، العددان الثالث والرابع، السنة العاشرة، ١٩٦١.

18- د. مصلح أحمد الطراونة: تقييم نظام تسوية المنازعات الناشئة (في إطار منظمة التجارة الدولية من منظور الدول النامية)، المجلد الثالث، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٦، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، ص ٣٦٠ وما بعدها.

19- د. وسن قاسم الخفاجي سامي حسن ناصر المعموري، د.: فاعلية قرار التحكيم، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة التاسعة، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١٧.

خامساً: بحوث منشور في شبكة الانترنت

1- دراسة بعنوان (الفساد في الاتحاد الأوروبي) منشورة في الرابط الخاص بالبرلمان الأوروبي (دائرة الأبحاث البرلمانية الاوربية)

Piotr Bkowski and Sofia Voronova: "corruption in the European Union" European Parliamentary Research Service, study ,2017, p46.
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608687/EPRS-STU\(2017\)608687-EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608687/EPRS-STU(2017)608687-EN.pdf)

2- د. جعفر عبد السادة بهير: دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الأمن القانوني، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان "الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول، للمدة من ١٣-١٤/١١/٢٠١٨.

3- د. مازن راضي ليلو: حماية التوقعات المشروعة في قضاء المحكمة الإدارية العليا. منشور في الرابط الخاص بمجلس الدولة. الرابط الخاص بمجلس الدولة :

https://www.hjc.iq/upload/pdf/20الادارية%20العلياء.pdf
20%المشروع%20التوقع%20حماية%20الادارية%20العلياء.pdf

سادساً:- الاتفاقيات الدولية

- 1- اتفاقية (NAFTA) ، اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية عام ١٩٩٢ .
- 2- إتفاقية الأمم المتحدة عام ١٩٤٥
- 3- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الأوربي، جنيف عام ١٩٦١
- 4- اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية. المصادق عليها بالقانون رقم (٨٤) لسنة ٢٠١٧ .
- 5- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، واشنطن عام ١٩٦٥ .
- 6- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان المصادق عليها بموجب القانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٣ .
- 7- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين فرنسا والعراق المصادق عليها بموجب القانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ .
- 8- اتفاقية روما عام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على المنازعات التعاقدية
- 9- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٠
- 10- اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ١٩٥٨ .
- 11- قانون شراء السلع والإنشاءات والخدمات عام ١٩٩٤ المعدل.
- 12- القانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) المعدل.
- 13- ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول. بموجب القرار (٣٢٨١) الصادر من الجمعية العمومية للأمم المتحدة بتاريخ ١٢/١٢/١٩٧٤

سابعاً:- الدساتير.

- 1- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ المعدل.
- 2- دستور جمهورية فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل.

ثامناً:- القوانين.

التشريعات الفرنسية.

- 1- القانون المدني السنة ١٨٠٤ المعدل.

- 2- قانون الإجراءات المدنية رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
 - 3- القانون الخاص بعقود المشاركة رقم (٥٩٩-٢٠٠٤) في ١٧/٦/٢٠٠٤ المعدل .
 - 4- القانون رقم (٥٩٩-٢٠٠٤) في ١٧/٦/٢٠٠٤.
 - 5- قانون المرافعات المدنية رقم (٣٥٤) سنة ١٩٨٠ المعدل بالمرسوم رقم (٨١/٥٠٠) .
- التشريعات العراقية.
- 1- بيان رقم (٧٤) صادر عن مجلس القضاء الأعلى، للنظر بدعاوي العقود الحكومية التي تكون فيها دوائر الدولة طرفاً في العقد
 - 2- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المعدلة
 - 3- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.
 - 4- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
 - 5- قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.
 - 6- قانون الشركات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل.
 - 7- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
 - 8- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
 - 9- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
 - 10- قانون تأميم عمليات شركة نفط العراق المحدودة رقم (٦٩) لسنة ١٩٧٢.
 - 11- القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١، انضمام العراق إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ١٩٥٨.
 - 12- القانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢ انضمام العراق إلى اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولي ورعايا دول أخرى عام ١٩٦٥ في واشنطن.
 - 13- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.
- التشريعات المصرية.
- 1- قانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل.
 - 2- قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.
 - 3- القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

4- قانون تنظيم التعاقدات العامة التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

5- قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠.

6- القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٢٠ الخاص بإلغاء التحكيم الاجباري.

7- القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ تعديل قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

8- قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٤.

9- اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧.

التشريع العماني

1- قانون استثمار رأس المال الأجنبي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩ المعدل،

تاسعاً:- الكتب الأجنبية.

- 1- Adel Hamid El –Ahdab , Jalal El- Ahdab : Arbitration With Arab Countries, Third edition , Kluwer Law International , AH Alphen , Netherland , 2011.
- 2- Adrian Rodriguez: International Arbitration Claims against Domestic Tax Measures Deemed Expropriator or Unfair and the Inequitable, Inter- American Development Bank, Washington, 2006.
- 3- Andrea K. Bjorklund: Year Book On International Investments Law and Policy (2012-2013), Oxford University Press ,2014.
- 4- Andrea K.Bjorklund : International Investment Law and Soft Law, Edward Elgar publishing , Elgar publishing limited , Cheltenham..
- 5- Arthur W .Rovine : Contemporary Issues International Arbitration and Mediation , 2nd edition conference Fordham University , School of Law in June 2007.
- 6- Award No.93-23, 19/1/1982، America International Group.INC, and American life insurance Cov, Iran 4 Iran U.S.C.T.R, 1983.
- 7- BEN HORN, ROGER HOPKIN: ARBITRATION LAW HANBOOK, 2Edition, Routledge, New York ،2014.
- 8- CATHARINE TITI, ” Mediation in International Commercial and Investment Disputes” ،first

- 9- edition, Oxford University Press Inc, New York, 2019.
- 10- Cameron May L.td,” International Investment Law and Arbitration: Leading Case from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law”, Printed and bound by TJI, London 2005.
- 11- Carlos Oliveira: The Renegotiation of Public Private Partnership in Transportation, Lisbon School of Economics and Management, Lisbon, 2021.
- 12- Claus- Dieter Ehlermann : European Competition Law Annual (2001) Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Hart publishing , Oxford.
- 13- CHRISTIAN J. TAMS and Others: “INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND THE GLOBAL FINANCIAL ARCHITECTURE”, Edward Elgar, Cheltenham, 2017.
- 14- Christof H Schreuder and others: The ICSIS Convention, second edition, Cambridge University Press, Cambridge, U.K, 2009.
- 15- ChristianTietje : International Investments Protection and Arbitration , Berliner Wissenschafts, berlin , 2008.
- 16- Daniel C.K Chow. “International Business Transactions (Problem Cases, and Materials) “fourth edition, Wolter Kluwer, 2020.
- 17- DAVID D CARON and others, “Practising Virtue Inside Arbitration”, First Edition, OXFORD University,2015.
- 18- Dwight H. Perkins, Steven Radelet et David. Lindauer, ”Economie du Developpement” ,3edition,de Boeck Bruxelles , 2008.
- 19- Emmanuel GAILLARD: Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international, RecueilDalloz- 20 janvier 2011.
- 20- EmmnuelGaillard, John Gaillard, “International Commercial Arbitration”, Kluwer law international, Netherland, 1999.
- 21- Elli Louka: The Global Economic Order, Edward Elgar Publishing Limited , Cheltenham , U.K , 2020.
- 22- ELIHU LAUTEPACHT,” INTERNATIONAL LAW REPORTS”, volume65, CMBRIDGE University Press, first edition,1984.
- 23- Ethan Katch,” Online Dispute Resolution: Resolving conflicts in cyberspace”, San Francisco, Jossey-bass,2001.
- 24- FarshadGhodoosi: International Disputes Resolution and the Public Policy Exception, First publish, Routledge publishing, New York, 2017.

- 25- FEDERRICO ORTINO, “The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards” First Edition, Oxford University Press, UK ,2019.
- 26- FRANCO PERRARI: CONGISE COMMENTARY ON THE ROME 1 REGULATION, Second Edition, Cambridge University Press,2020.
- 27- FRANCESCO FRANCIOSI: The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law, First publish, Oxford University publish.????.
- 28- FRANK – BERND WELGAND: PRACTITION HANDBOOK On INTERNATIONAL COMMERCIAL, Second Edition, OXFORD. ???.
- 29- GRAY B BORN, “International Commercial Arbitration, Kluwer law, Netherland, Volume1,2021.
- 30- Giuditta Cordero – Moss: International Commercial Contracts, First publish, Cambridge University press, Cambridge, 2014.
- 31- Herbert Kronke and Others: “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York convention”, Kluwer law international, AH Alphen, Netherland, 2011.
- 32- Hege Elisabeth: Applicable Law in Investors-State Arbitration , First edition, Oxford University Press, Oxford, U.K, 2013.
- 33- Hon Judy A.Sgro, Chair : INVESTORS - STATE DISPUTES/SETTLEMENT: SOME CONSIDERATIONS FOR CANADA, Report of Standing Committee on International Trade , June 2021 , 2nd Session .
- 34- IVAR Alvic,” Contracting with Sovereignty” ‘ HART Publishing, UK.
- 35- Ian A Laird and others: Investment Treaty Arbitration and International Law, volume 7, Juris, New York, 2014, P231.
- 36- James Crawford and others: ICSID REPORTS, volume 10, First publish, Cambridge University, 2006.
- 37- Jean Louise, FRENCH ARBITRATION LAW And PRACTICE, second edition, Kluwer law international ALPHEN, NETHERLAND.
- 38- Jie Zheng: Online Resolution of E-commerce Disputes, Springer, Switzerland, 2020.
- 39- John Fellas: International Commercial Arbitration, Edward Elgar, Cheltenham, U.K, 2021.

- 40- Stephen M. shwebel and others:” International Arbitration”, second edition, Cambridge University,2020.
- 41- Jorge E. Vinuales: Foreign Investments and the Environment in International Law, First publish , Cambridge University Press, 2012.
- 42- Jola Gjuzi: Stabilization Clauses in International Investment Law, Springer publishing `cham Switzerland , 2016.
- 43- Julian DM Lew: “Contemporary Problems International Arbitration”, First edition, center ofcommercial Law studies, Queen Mary college, University of London, London, 1987.
- 44- KATIA FACH and Others, “LA POLITICAL DE UNION EUROPEA EN MATARIA DE DERCHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES (Eu policy ON INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW)”, BOSCH EDITOR,2017.
- 45- Katherine Lynch: The Forces of Economic Globalization, Kluwer Law International, Hague, Netherland.
- 46- Kelly lee,”The World Health Organization, Routledge”, first edition, New York, , 2009,p xii.
- 47- Katia Fach Gomez: European of International Economic Law , Springer Nature Switzerland AG , Gham Switzerland
- 48- L. NEVILLE BROWN: French Administrative Law, fifth edition, Oxford University Press Inc, New York, 1998.
- 49- Leigh Hancher, “State AID AND THE ENERGY SECTOR”, HART publishing, UK, 2018.
- 50- Maximilian Kuh,”Enabling the Iranian Gas Export Options”, Doctoral thesis Freie universitas Berlin,2012.
- 51- MATTHIAS HERDEGEN “PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW “, second edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, UK, 2016.
- 52- Martins Paparinskis : The International Minimum Standard and Fair Equitable Treatment , Fierst edition , Oxford University press, U.k.
- 53- Martin Dixon: International Law, seventh edition, Ooxford University, OXFORD, U.K, 2013.
- 54- Mark Kantor,” Valuati for Arbitration: Compenstation Standard Valuation Methods and Expert Evidence”, Wolter Kluwer International, Netherland,2008.

- 55- Maximilian Kuh,"Enabling the Iranian Gas Export Options",
Doctoral thesis Freie universitas Berlin,2012.
- 56- Michael Waibel, The Backlash Investment Arbitration, Kluwer
Law International, Alphen, 2010.
- 57- Model PSC QATAR. RahmiKopar : Stability and Legitimate
Expectation in International Energy Investments , First publish ,
Hart publishing , London,U.K, 2021
- 58- MOHSEN MOHABI: The International Law Characters of the
Iran – United States Claims Tribunal, KLUWER LAW
International, The Hague, Netherland, 1998.
- 59- Mohamed Ismail:" Globalization and New International Public
Works Agreements in Developing Countries", First publish,
Ashgate publishing, New York, 2011.
- 60- M.sornarajah, The Settlement of Foreign Investment Disputes,
Kluwer law International, LO
- 61- M.Soranarajah," The International Law on Foreign Investment",
third edition, Cambridge University Press, UK NDON,2000.
- 62- MUSTAFA ARKAN, "International Energy Investment", Kluwer
Law, NETHERLAND, 2011.
- 63- Nathalie Najjar: Arbitration and International Trade in the Arab
countries, volume 13, NIjhof , Boston , 2018.
- 64- OLE LANDO AND HUGH BEALE," PRINCIPAL CONTRACT
LAW", parts and II, KLUWER LAW INTERNATIONAL,2000.
- 65- PETER MUCHLINSKI," The Oxford Handbook of
INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW", First publish,
OXFORD University press, OXFORD, 2008.
- 66- Peter H.F.Becker,"Commentaries on World Court Decisions
(1987-1996) ,Kluwer law international, Dordercht, Netherland,
1998.
- 67- Piotr Bkowski and Sofia Voronova: "corruption in the European
Union" European Parliamentary Research Service, study ,2017.
- 68- RUDOLFI BINDSCHEDLER and others: ENCYCLOPEDIA OF
PUBLIC INTERNATIONAL LAW, Volume 2, Northland
publishing, NEW YORK, 1981,
- 69- Rosa Gomez," Introduction to Globalization: political and
Economic perspectives for the Century" Burnham Inc, Chicago,
2001.

- 70- SERGY RIPINSK, KEVEN WILLIAMS, “Damages in international investment LAW”, British institute international and Comparative Law, London, 2008.
- 71- SHELDON LEADER and DAVID ONG, “G: OBAL PROJECT FINANCE HUMAN RIGHTS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT”, first published, Cambridge University, U.k, 2011.
- 72- Sornarajah: The International Law on Foreign Investment, Third edition, Cambridge University express, New York, 2010.
- 73- Stephen M. shwebel and others:” International Arbitration”, second edition, Cambridge University,2020.
- 74- TAIDA BEGIC: APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES, Eleven international publishing, 2005.
- 75- Thomas Waelde and George Ndi “Stabilizing International Investment Commitments International Law versus Contract Integration”,(1996) 31 Texas Int LJ.
- 76- Ugo Draetta , Riccardo Luzzato : The Chamber of Arbitration of Milans Rules , Juris Net ,LLC , New York.
- 77- void v m daumais “: historiegenrale des technique" ‘prese universitaire de France ‘ praise ‘1978.
- 78- Wolfgang Peter: Arbitration and Renegotiation of International Investment agreement, Second Edition, Kluwer Law International, Hague, Netherland, 1995.
- 79- William A Schabas: “International Courts and Tribunals”, Edward Elgar publishing, Cheltenham, U.K, 2017.
- 80- Yusuf Aksar: Implementing International Economic Law, Martinus Nijhof , Leiden .Bosten, 2011.

عاشراً: -المواقع الالكترونية:

1- الرابط الخاص بالأمم المتحدة

<https://www.un.org/ar/sections/un-charter/chapter-iii/index.htm>.

2- الرابط الخاص ب لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي :

<https://uncitral.un.org/ar>

3- الرابط الخاص بالاتحاد الأوربي:

- <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006b649>
- 4- الرابط الخاص بمنظمة الصحة العالمية: <https://www.who.int/ar>
- 5- الرابط الخاص بمحكمة العدل الأوروبية
- [https://eur-lex.europa.eu/legal_content/EN/TXT/?uri=CELEX% 3A61985 CJ0265](https://eur-lex.europa.eu/legal_content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0265)
- 6- الرابط الخاص بالجمعية البريطانية للقانون المقارن
- <https://www.biicl.org/files/3938-1982-kuwait-v-aminoil.pdf>
- 7- الرابط الخاص بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية:
- <https://www.legifrance.gouv.fr/>
- 8- الرابط الخاص بحكومة المملكة المتحدة:
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>
- 9- الرابط الخاص بالمحكمة العليا في كندا:
- <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/18613/index.do>
- 10- الرابط الخاص بوزارة الخارجية الكندية تاريخ الزيارة ٢٤/٨/٢٠٢٠
- <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/chemtura-14.pdf>
- 11- الرابط الخاص بوزارة الخارجية الكندية
- <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/chemtura-14.pdf>
- 12- الرابط الخاص بمنظمة العمل الدولية
- <https://www.un.org/ar/events/socialjusticeday/assets/pdf/Declaration.pdf>
- 13- الرابط الخاص بمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD):
- <https://www.oecd.org/>
- 14- الرابط الخاص بالمحكمة الدائمة للتحكيم (PCA):
- <https://pcacases.com/web/sendAttach/195>
- 15- الرابط الخاص مؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية مكافحة الفساد والمنعقد بتاريخ ٢٠١٩/١/١٨
- <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/UNCAC.pdf>
- 16- الرابط الخاص بمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الاتفاقية بين المغرب ونيجيريا)
- <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>

17- الرابط الخاص بملخصات الأحكام والفتاوي والأوامر الصادرة عن المحكمة الدولية
الدائمة:

<https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/PCIJ-Final Text. pdf>

18- الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن
(ICSID)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4399-0.pdf>

19- الرابط الخاص بملخصات الأحكام والفتاوي والأوامر الصادرة عن المحكمة الدولية
الدائمة

<https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/PCIJ-Final Text. pdf>

20- الرابط الخاص بمنظمة التنمية والتعاون الاقتصادي (OCED)

<https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/indirect-expropriation-and-the-right-to-regulate-in-international-investment-law-780155872321>.

21- الروابط الخاصة بمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNTCAD)

<https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/CONF.216/16>، <https://unctad.org/topics>.

<https://unctad.org>

22- الرابط الخاص بلجنة القانون الدولي (LLC)

<https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/arabic/ilc-2001-v2-p2.pdf>

23- الرابط الخاص باتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA)

<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta.aspx?lang=en>

24- الرابط الخاص بوزارة التخطيط العراقية

<https://mop.gov.iq/office-ministry/view/details?id=19&sub-content=111&id-sub-content=0&sub2content=not.hing>.

25- الرابط الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية

<https://www.hjc.iq/qview.2545/>

26- الرابط الخاص بالاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين: <https://fidic.org/>.

27- الرابط الخاص بالحكومة الفرنسية

<https://www.legifrance.gouv.fr/liste/legislatures>

Abstract

This study is a very important topic in international administrative contracts, as tools that countries use to achieve a public interest represented in economic development and infrastructure development, by bringing in foreign funds and expertise that countries lack, especially developing countries. This explains the close link between the creation of more guarantees for the contractor and the international administrative contract. Due to its characteristics that distinguish it from the internal administrative contract, it expands the circle of legislative, administrative and economic risks surrounding it.

And lead to the destruction of its economic basis. As the length of its duration and its attachment to costly economic projects, as well as the growth of the general authority of the contracting state with the duplication of its sovereignty at the internal and international levels. The existence of objective guarantees in the international administrative contract is based on two pillars: the first is to harmonize the administrative contract with the requirements of international trade, and the second is to reconcile two contradictory economic interests. This led to the emergence of the conditions for stability, the freezing of the contract, and the restoration of economic balance.

As long as the aim of the guarantees link to the international administrative contract is to instill a spirit of reassurance in the contracting party, that his legitimate and expected interests will not be harmed. And taking into account the relevance of the contract to international trade. The guarantees complement their role in this regard towards settling disputes related to the international administrative contract and the law applicable to the dispute.

{ B }

The countries proceeded to make legislative amendments that allow the contractors to deviate from the rules of jurisdiction, which are from the public order. It allows the state and the contracting foreign private person to agree on resorting to arbitration, determining its procedures, and choosing the applicable law. Hence, a problem arises about the basis for the existence of these unfamiliar guarantees in common law contracts in the international contract, and their impact on its legal nature, and the extent of their effectiveness in attracting foreign funds and expertise.

*Republic of Iraq
Ministry of higher Education
and scientific research
University of Babylon
Faculty of law*



*Contractor Guarantees in the international
administrative contract
“A comparative study”*

*Thesis submitted by student
Dargam maaki Nuri*

*To the faculty of law – University of Babylon as
partial fulfilment of the requirement for the
decorate of public law*

*Supervise by
Dr. Ismail sasaa al bederry
Prof. of public law*

1442 A.H

2022 A. D