آليات مواجهة المخاطر في تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / وليد محمد الشناوي

استاذ ورئيس قسم القانون العام

عميد كلية الحقوق جامعة المنصورة

إعداد الباحث / عبدالله عبدالرازق العوضي

مقدمة

تلعب الدولة الحديثة دوراً هاماً في تلبية احتياجات الأفراد واشباع متطلباتهم، من خلال تقديم مرافقها العديد من الخدمات والمشروعات الأساسية في كافة المجالات، ونظراً لتزايد دور الدولة في الحياة الاقتصادية، ورغبة منها في تشجيع الاستثمار، ودفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لجأت إلى ابرام العقود الإدارية كوسيلة لتنفيذ هذه المشروعات، ولم تقتصر على التعاقدات مع أطراف وطنية فقط، وانما ازادت التعاقدات التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع أطراف أجنبية، للاستفادة من خبراتهم النوعية في مجالات التنمية المختلفة من خلال ما يعرف بالعقود الإدارية الدولية .

وتتميز أغلب العقود الإدارية الدولية بأنها طويلة المدة، بمعنى أنها تستغرق وقتاً طويلاً لتنفيذها، ولهذا تكون أكثر عرضة للمخاطر من غيرها من العقود الإدارية، وذلك لتغير وتباين الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد من حيث مدى صعوبتها وقدرة التغلب عليها، كما تختلف الآثار الناجمة عن هذه الظروف بحسب طول مدة تنفيذ العقد .

وتبعاً لما تقدم، فإن العقود الإدارية الدولية لا تخضع لنوع واحد من الظروف فقد تكون ظروف اقتصادية، أو اجتماعية أو سياسية، وهو ما يؤدي إلى تنوع المخاطر التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد، فقد تكون مخاطر عادية يمكن تداركها واستيعابها دون التأثير على مجريات الأعمال . وقد تكون مخاطر غير عادية تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فتفقده توازنه، وهو ما يحتاج إلى إعادة هذا التوازن العقدي مرة أخرى، إما من خلال أطراف العقد أنفسهم، وإما من خارج أطراف العقد عن طريق تسوية الخلاف بينهم باللجوء إلى القضاء أو هيئات التحكيم الدولية .

غالباً ما تنطوي هذه العقود على شروط تتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ او تفسير العقد، وذلك لحسم هذه المنازعات الناشئة عن المخاطر العادية وغير العادية.

ويمكن التمييز بين نوعين من الوسائل التي يلجأ إليها أطراف العقد الدولي لتسوية منازعاتهم :

الأول : يتمثل في محاولة وضع آلية لتجنب أسباب المخاطر التي تعوق تنفيذ العقد، نظراً لأهمية استمرار هذه العقود بالنسبة لكل من الطرفين، فإنه يكون من الضروري العمل على تجنب المخاطر العادية التي من الممكن أن تثيرها هذه العقود، من خلال توقعها، وأن تحدد مسبقاً وسائل

منعها عن طريق إدراج بنود في العقد لمعالجة تلك المخاطر .

الثاني : يتمثل في وضع وسيلة فعالة لحسم المنازعات التي تنشأ بين الأطراف .

ويعهد للقضاء الاداري في الدول التي تتبع النظام اللاتيني الى قضاء متخصص في المنازعات التي تكون جهات الدولة طرفاً في العقد الإداري .

ويأتي في مقدمة الوسائل لحل منازعات العقود الإدارية الدولية القضاء والتحكيم باعتبارهما أكثر

الوسائل التي يلجأ إليها أطراف العقد عند نشوب مخاطر غير عادية أثناء تنفيذ العقد .

أهمية البحث :

يعد مجال العقود الإدارية الدولية من أهم المجالات الجديرة بالدراسة هذه الأيام، نظراً للمخاطر المتعددة التي نعيشها جميعاً وأهمها جائحة كورونا والحرب الروسية ـــــ الأوكرانية ، وتأثير تداعياتها على اقتصاديات الدول، وهذا ما دفع الجهات الحكومية إلى محاولة إعادة النظر في العقود الدولة طويلة الأمد، لمواجهة الخلل الاقتصادي الحادث أثناء تنفيذ العقد حتى تعيد للعقد توازنه مرة أخرى .

ومن ناحية أخرى فإن دراسة مخاطر العقود الإدارية الدولية تثير مشاكل عدة، نتيجة لعدم التكافؤ في المراكز الاقتصادية بين الدولة أو أحد الأشخاص العامة (المتعاقدة) والتي تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها المتعاقد معها (المستثمر الأجنبي) والذي يعد من أشخاص القانون الخاص أو العكس فقد يكون الأخير في مركز اقتصادي قوي، فقد تفوق ميزانية الشركات متعددة الجنسيات ميزانية الدولة ذاتها .

ولهذا تنطوي العقود الإدارية الدولية على بنود تتعلق بتسوية المنازعات التي قد تثار أثناء تنفيذ العقد سواء بتدخل أطراف العقد، أو اللجوء إلى القضاء، وهيئات التحكيم الدولية .

منهج البحث :

اعتمد الباحث في تناول موضوعات البحث على المنهجية التحليلية المقارنة، مستنداً إلى النصوص التشريعية المقارنة (مصر – الإمارات – فرنسا) ذات الصلة بالمخاطر التي قد تواجه العقود الإدارية الدولية ، وآراء الفقه، ومؤيداً بأحكام القضاء المقارن .

الفصل التمهيدي

ماهية المخاطر في العقود الإدارية الدولية

تحتاج تنفيذ العقود الإدارية الدولية مدة طويلة، قد يتخللها ظروف ومخاطر غير متوقعة من شأنها التأثير في استمرار تنفيذ العقد، ولا يوجد مشروع انشائي يخلو من بعض المخاطر، وان كانت تختلف درجاتها من مشروع لآخر حسب إمكانية مواجهتها وتوزيعها على أطراف العقد .

ويتطلب تحديد مخاطر العقود الإدارية الدولية، تحديد مفهوم المخاطر ذاتها أولاً، ثم بيان مفهوم العقود الإدارية الدولية التي تعتريها هذه المخاطر بعد ذلك .

المبحث الأول

المخاطر (مفهومها – أنواعها)

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف المخاطر وفي المطلب الثاني أنواعها .

المطلب الأول

تعريف المخاطر لغة واصطلاحاً

الخطر في اللغة هو الاشراف على الهلاك و (خطر) أخذ الخطر والجمع (أخطار).

والمخاطر : الأخطار[١] .

وقد اكتسبت كلمة " المخاطرة" معنى جديد في الاستعمال المعاصر، إذ جاءت ترجمة كلمة "RISK" الانجليزية، وأصبحت مصطلحاً جديداً لمفهوم الخطر الذي يتعرض له الأفراد، والمخاطر التي تتعرض لها المعاملات التي تجريها الدول بعضها البعض من خلال العقود الدولية التي تبرمها، والتي تتجلى فيها المخاطر القانونية على وجه الخصوص [٢] .

---

[١] المعجم الوسيط اصدار مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٨، صـــــ ٢٥٢

[٢] د/ عادل عبدالفضيل، الاحتياط من مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية، ط١، دار الفكر الجامعي للطبع والنشر والتوزيع، الاسكندرية، ٢٠١١، صـــــــ ٣١ .

وأما في الاصطلاح، فلا ريب أن تحديد مفهوم المخاطر أمر بالغ الأهمية في العقود الإدارية الدولية لأنه يمثل الأساس العلمي لتجنب حدوث أضرار عند تنفيذ هذه الأنواع من العقود .

ويعرف البعض المخاطر بأنها " إمكانية وقوع حدث أو عدم وقوعه خلال فترة زمنية معينة ولا يمكن توقع نتائجه من قبل الأطراف " [٣] ، أو هي " تلك الأحداث التي تؤدي إلى جعل الظروف الحقيقية للمشروع تختلف عن تلك المفترضة والمبينة على توقعات تكاليف المشروع " [٤] .

---

[٣] د/ جمال محمود مخيمر، أثر الظروف الطارئة في عقدي الأشغال العامة والفيديك، رسالة دكتوراه، كلية حقوق بني سويف، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، صـــــــ ٣٣٦ .

[٤] د/ هدى أبوالنور السيد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد (٢٥)، العدد (١٢)، ٢٠١٧، صـــــــ ٨٨ .

رأي الباحث :

يشهد الواقع العملي بأن أي عقد فيه احتمالية حدوث ظروف تؤدي إلى زيادة التكلفة وزيادة مدة تنفيذه، ورغم أن المخاطر تعتبر صفة مرتبطة بالمشروعات الكبرى والبنية الأساسية للدول، إلا أنها لا تكون قاصرة على تلك المشروعات فقط، وانما تمتد إلى المشروعات الصغيرة كذلك، إذا لم تأخذ وقتاً كافياً في دراستها واكتشاف مصادر الخطر وتأثيره على تنفيذ المشروع . بيد أن احتمالية وقوع المخاطر في العقود الإدارية الدولية أكثر، نظراً لتطلب تنفيذ هذه العقود مدة طويلة يعتريها العديد من الأحداث والظروف المتنوعة، والتي تؤثر بلا ريب على تماسك العقد وتوازنه الاقتصادي .

ومن جماع ما سبق يمكن تعريف المخاطر بأنها " كل الاحتمالات المتوقعة وغير المتوقعة لوقوع أية ظروف بمختلف أنواعها تؤثر على تنفيذ العقد الإداري الدولي تختلف عن تلك الظروف التي أبرم في ظلها"

المطلب الثاني

أنواع المخاطر

تتنوع المخاطر التي تعتري العقود الإدارية الدولية وتختلف بحسب وجهة نظر كل فقيه ومصدر الخطر وطبيعته، ولا يوجد معيار جامع مانع لتقسيم المخاطر التي تتعرض لها العقود الدولية [٥] .

وأياً ما كان، فإن ثمة أنواع مختلفة من المخاطر التي تواجه أي مشروع من مشاريع البنية التحتية، ويرجع ذلك إلى طبيعة المشروع المركبة سواء بسبب التمويل، أو التفاصيل التقنية وغيرها . وحصر– البعض[٦] – مخاطر مشاريع البنية التحتية في الأنواع الآتية .

١– مخاطر تقنية مثل فشل التصميم أو الأعمال الهندسية .

٢– مخاطر البناء بسبب تقنيات البناء الخاطئة وارتفاع التكلفة والتأخر في أعمال البناء .

---

[٥] أ/ مروة محمد أحمد عبدالحافظ، أوامر التغيير خلال مرحلة التنفيذ للمشروعات الحكومية في مصر، رسالة ماجستير، قسم العمارة الهندسية بكلية الهندسة، جامعة أسيوط، ٢٠١٧، صـــــــ ٤٦ .

[6] Prakhar Duggal, Risk Management in p.p.p (Poblic Private Par Tner Ship) Projects International Journal Of Engineering Te chnologg Seience and Research I Jetst, 2016, P.309 .

٣- مخاطر التشغيل بسبب ارتفاع كلفة التشغيل والصيانة .

٤- المخاطر المالية الناجمة عن التحوط غير الكافي لتدفقات الإيرادات وتكاليف التمويل .

٥- مخاطر الظروف الطارئة والقوة القاهرة كالثورات والاضطرابات والحروب (مثل حرب روسيا وأوكرانيا)، والكوارث الطبيعية والأوبئة (مثل كوفيد – ١٩) .

٦- مخاطر تشريعية أو سياسية بسبب التغييرات القانونية والسياسات الحكومية غير المستقرة .

٧- مخاطر البيئة، وهي المخاطر التي تؤدي إلى اختلال التوازن البيئي وتؤثر على تنفيذ المشروع .

ومن الأوفق لكي يتسنى لنا دراسة هذه المخاطر بشكل واف فإنه ينبغي تناولها من خلال تقسيم منهجي يجمع كل طائفة منها من خلال معيار محدد :

أولاً : من حيث طبيعة مصدر الخطر هناك مخاطر ذات طبيعة مالية وأخرى ذات طبيعة سياسية وثالثة ذات طبيعة إدارية .

(١) المخاطر الاقتصادية : من صور المخاطر التي تؤثر على تنفيذ العقود الإدارية الدولية، المخاطر الاقتصادية، ولعل أهمها :

أ- مخاطر الأزمات المالية :

وهي المخاطر التي تؤدي إلى تدهور أو انخفاض مفاجئ في طلب المستثمر على الأصول المالية التي دوراً هاماً في الاقتصاد القومي، والانخفاض الناتج عن ذلك في سعر الأصل يقلل من النشاط الاقتصادي الكلي مباشرة من خلال تأثيره على قرارات الأفراد والشركات. وبشكل غير مباشر من خلال تأثيراته على أسعار باقي الأصول الأخرى، والموازنات المالية للوسطاء الماليين مثل البنوك [٧] .

وغني عن البيان أن زيادة المخاطر المالية التي تواجه البنوك والمصاريف في الدول عن المعدلات المتعارف عليها بسبب عدم القدرة على التنبؤ بما سوف تأتي به الأزمة من آثار سلبية سواء كانت مالية أو ائتمانية، ومن ثم عدم القدرة على تمويل المشروعات الأساسية [٨] .

- **مواجهة دولة الإمارات العربية المتحدة لمخاطر الأزمة المالية العالمية :**

منح المصرف المركزي الإماراتي قروض قصيرة الأجل بقيمة "٥٠ مليار درهم اماراتي" (أي ما يعادل ١٣،٦١ مليار دولار) وخصص المصرف تسهيلات للبنوك لاستخدامها كقروض مصرفية هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى ولتدعيم حجم السيولة النقدية في البنوك لتمويل المشروعات الأساسية والبنية التحتية في البلاد، قام بإعادة شراء كل شهادات الإيداع وألغى بصفة

---

[٧] د/ عبدالحكيم مصطفى الشرقاوي، العولمة المالية وإمكانات التحكم، عدوى الأزمات المالية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٥، صـــــــ ٣٢ .

[٨] د/ جمعه محمود عباد، الأزمة المالية الاقتصادية العالمية وآثارها الحالية والمتوقعة على الجهاز المصرفي الأردني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأزمة المالية العالمية وكيفية علاجها من منظور النظام الاقتصادي الغربي والإسلامي، جامعة الجنان، لبنان، ٢٠٠٩، الفترة (١٣ – ١٤ مارس) ، صـــــــ ١٤ وما بعدها .

مؤقتة الأيام الست للسحب على المكشوف من الحسابات الجارية بقصد اتاحة السيولة للبنوك في الأجل القصير[٩]

ب- مخاطر سعر الصرف ورفض تحويل العملة.

يعتبر هذا الخطر من أهم المخاطر غير التجارية التي تحول دون حرية انتقال رؤوس الأموال، ومن صورة رفض تحويل العملة. حيث يمثل وضع قيود على حرية المستثمر في تحويل أرباحه أحد أهم المخاطر التي تواجهه، ويترتب عليه تجميد تلك الأرباح في المدى الطويل، وهو ما يؤدي إلى هجرة العديد من المستثمرين واحجامهم عن التعاقد في الدول التي تمنعهم من تحويل أرباحهم [١٠] ومن ثم تثور إشكالية تحويل مستحقات المتعاقد نظير تنفيذ العقد، والمتبع في العقود الدولية هو النص على حماية المتعاقد الأجنبي من القيود التي تفرضها الدولة المضيفة على تحويل مستحقاته إلى دولته [١١] .

وبالنسبة لرفع سعر صرف العملة فقد استظهرت الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري بأنه " ..... في حالة صدور قرارات سيادته تؤدي إلى رفع سعر صرف الدولار أو زيادة الجمارك يتم زيادة السعر بنفس قيمة الزيادة التي يتم رفعها ..... وهو ما يقتضي في الحالة المعروضة أن تستحق ـــ زيادة أسعار الدفعات التي سيتم توريدها بذات قيمة الزيادة التي طرأت على سعر صرف الدولار وفقاً للسعر المعلن من البنك المركزي وقت التوريد " [١٢] .

(٢)المخاطر السياسية : وهي المخاطر التي تمر بها الدولة من اضطرابات ذات طبيعة سياسية واحتجاجات وقطع للطرق وتعطيل للمصالح العامة والتظاهرات والاعتصامات، وغير ذلك من ظروف تؤدي الى تعطيل حركة العمل بالمشروعات المتعاقد عليها. كما حدث في ثورة يناير ٢٠١١ بمصر.

---

[٩] د/ سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، صـــــــ ١٤٩ ، ١٥٠ .

[١٠] د/ محمد محمد بدران، عقد الانشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، صـــــــ ٤٣٤ .

[١١] د/ محمد محمد بدران، عقد الانشاءات في القانون المصري، مرجع سابق، صـــــــ ٤٣٥ .

[١٢] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم (٣٢٩) بتاريخ ٢٠٠٣/٥/١٢، جلسة ٢٠٠٣/٥/٧، ملف رقم ٧٨/ ٢ / ٦٥، مج الفتاوى التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، المكتب الفني بمجلس الدولة، ٢٠١٥، صـــــــ ١٦٣٧ ، ١٦٣٨ .

(٣) **المخاطر الإدارية :** وهي المخاطر التي ترجع إلى الجهة المتعاقدة مثل عدم تسليم المشروع للمتعاقد في الوقت المناسب، وإصدار أوامر تغييرية دون مبرر من شأنها زيادة تكلفة ومدة تنفيذ العقد .

ثانياً : تقسيم المخاطر بالنسبة لأطراف العقد الإداري أو خارجه .

تنقسم المخاطر إلى مخاطر ترجع الى أطراف العقد الإداري (المتعاقد، الجهة الإدارية) وقد تكون المخاطر من خارجه أي أن أطراف العقد لا شأن لإرادتهم بحدوثها .

١- المخاطر التي ترجع لأطراف العقد الإداري .

أ- مخاطر ترجع للمتعاقد : مثل تقاعس المقاول أو عدم تنفيذه للتزاماته الناشئة عن العقد الإداري .

ب-مخاطر ترجع للجهة الإدارية مثل عدم تسليم الجهة الإدارية المشروع للمقاول .

٢- مخاطر خارجة عن إرادة أطراف العقد الإداري .

وهي المخاطر التي تحدث ولا شأن لأطراف العقد الإداري بحدوثها مثل الأزمات المالية والصحية (جائحة كورونا)، وغيرها .

المبحث الثاني

العقود الإدارية الدولية التي تنطبق عليها فكرة المخاطر

سوف نتناول مفهوم العقد الإداري الدولي، وطبيعة العقود التي تنطبق عليها فكرة المخاطر على النحو التالي :

المطلب الأول : مفهوم العقد الإداري الدولي .

المطلب الثاني : معايير العقد الإداري الدولي .

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري الدولي

هناك جانباً من الفقه الدولي يؤكد على أن العقود الدولية نوعان : عقود تبرمها الدول فيما بينها في شأن من الشئون الخاصة، وعقود تبرمها الدول مع هيئات أجنبية عامة أو خاصة، وأن هذا النوع الأخير لا شأن للقانون الدولي التقليدي بتفاصيله، وبالتالي فإن العقود التي تبرمها الأشخاص الدولية فيما بينها تعتبر عقوداً دولية، بينما العقود التي تبرمها [١٣] .

ويلاحظ أن الممارسات الدولية تشير كذلك الى ابرام بعض الدول عقوداً مع بعض المشروعات في شكل اتفاقات تنطوي على النص بان تخضع للقانون الدولي فحسب، وهو أمر تحرص عليه بعد هذه المشروعات للتخلص من الخضوع للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة معها، أو لقانون دوله أخرى .

وعلى الرغم من خروج هذه الممارسات عن الاوضاع القانونية الدولية المستقرة، فان هناك اتجاهاً فقهيا يسلم بإمكانية اخضاع هذه الاتفاقيات لأحكام القانون الدولي، طالما ان الدولة الطرف في الاتفاق قد

---

[١٣] د/ مصطفى أحمد فؤاد، القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ١٩٩٨، صـــــــــ ٩ وما بعدها .

قبلت ذلك اختياراً ويتعين ان يتضمن الاتفاق ما يفيد قبول الدولة المتعاقدة لإخضاع مثل ذلك الاتفاق لأحكام القانون الدولي العام [١٤] .

ومع ذلك فان انصار ذلك الاتجاه يؤكدون ان الاتفاق في مثل تلك الاحوال ،لا يمكن ان يعد بمثابه معاهده دوليه على الرغم من خضوع لمبادئ القانون الدولي العام [١٥] .

ونرى ان صطلاح المعاهدة الدولية في ضوء القانون الدولي، لا ينصرف الاّ الى الاتفاقيات التي تتم بين اشخاص الجماعة الدولية (الدول – المنظمات الدولية) . وهذا ما اشارت اليه المادة الثانية من اتفاقيات فيينا لعام ١٩٦٩ عند تعريفها للمعاهدة بانها "اتفاق دولي يعقد بين دولتين او أكثر كتابه ويخضع للقانون الدولي سواء في وثيقة واحده او أكثر وأياً كانت التسمية التي تطبق عليه. بينما العقود الدولية تعكس الطابع التعاقدي للاتفاق المبرم بين دوله ما وشخص من اشخاص القانون الخاص (المستثمر المتعاقد معها) حيث تنطوي على بنود تهدف الى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، وذلك لحماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التي قد تنشا عند تنفيذ العقد

وتطرقت المحكمه الاداريه العليا الى التفرقه بين المعاهده الدوليه والعقد الدولي على النحو التالي "..... ومن حيث انه عن الدفعين بعدم اختصاص المحاكم عموما بنزع بنظر النزاع، وبعدم اختصاص محاكم مجلس الدوله ولائيا بنظره، فان الجهه الاداريه والمتدخلين الى جانبها يشيدون هذين الدفعين بصفه اساسيه على ان النزاع يتعلق بعمل من اعمال السياده، وبعقد تجاري دولي خاص، على اعتبار ان التعامل محلي النزاع تفرضه معاهده السلام بين مصر واسرائيل عام ١٩٧٩ في الفقره (٣) من الماده الاولى من المعاهدة والماده الثانيه من الملحق (٣) بشان العلاقات الاقتصاديه والتجاريه بين الطرفين، وان مجلس الشعب قد وافق على تلك المعاهده واصبحت قانونا ملزما لجمهوريه مصرالعربية، وكذلك على اعتبار ان شركه البحر الابيض المتوسط شركه تسويق جهاز مصريه منشاه وفقا لاحكام قوانين الشركات المصريه.....، من بيع بين الشركتين هو عقد تجاري دولي خاص، لا يخضع لرقابه او الاختصاص الولائي لمحاكم مجلس الدوله..... ومن حيث انه فيما يخص اعتبار النزاع متعلقا بعقد

---

(14) Weil , prosper, les clauses do stabilization on dintangibilite insees dans les accords de developpement economique. Melanges OFFerts a Charles Rosseau – paris, 1974. A. pedone, pp. 301 – 328.

مشار اليه لدى : د/ صلاح الدين عامر، مقدمه لدراسة القانون الدولي، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، صـــــ ١٥٨ – ١٦٤ .

[١٥] للمزيد حول هذا الموضوع : د/ صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥، صـــــ ٢١٧ – ٢١٩.

تجاري دولي خاص، فضلا عن تهطره مع السند الاول في الدفع بعدم الاختصاص، فقد جرى قضاء المحكمه الدستوريه العليا على ان الاتفاقيات الدوليه التي تتمخض عن اعمال تجاريه تخضع لرقابه القضاء لعدم اعتبارها اعمال سياده تنحسر عنها الرقابه القضائيه، وذلك حتى ولو استلزمت الماده ١٥١ من الدستور عرضها على مجلس الشعب، على اعتبار ان اعمال السياده تحددها طبيعه العمل وليس طريقه ابرامه او التصديق عليه (من ذلك حكمها في القضيه رقم ١٠ لسنه ١٤ قاف دستوريه بجلسه ١٩٩٣/٦/١٩) .

وغني عن البيان انه ما دام المشرع قد فرض رقابه الجهه الاداريه على ما يبرموا اشخاص القانون الخاص من عقود تتعلق بالتصرف فيه ثروات البلاد خاصه الاستراتيجيه، ومنها البترول والغاز الطبيعي، وذلك بموجب التشريعات الحاكمه لذلك، التي من بينها بصفه خاصه القوانين الصادره بالترخيص في التعاقد للبحث عن الغاز واستغلاله، فانما يصدر عن جهه الاداره في هذا الاطار– ومن بينها القرار المطعوم فيه – يجسد مظاهرا من مظاهر السلطه العامه المتمثله في مخوله القانون لجهه الاداره من سلطه رقابيه، ويعد بالتيل قرارا اداريا قابله للطعن عليه بدعوى الالغاء، حتى ولو كان هذا القرار اساسا لابرام جهه الاداره او غيرها عقدا وبغض النظر عن الطبيعه القانونيه للتعاقد، ومن قبيل ذلك القرار المطعوم فيه الذي يرخص ببيع الغاز، اذ يعد هذا القرار – وطبقاً لما استقر عليه القضاء الإداري – قرارا اداريا قابلا للانفصال عن العقد....." [١٦] .

ويرى البعض أن العقود الإدارية الدولية هي التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية، كعقود امتياز المرافق العامة، أما العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي في نطاق القانون الخاص، فلا تدخل تحت مظلة عقود الدولة [١٧] .

---

[١٦] حكم المحكمه الاداريه العليا في الطعون ارقام ٥٥٤٦ و ٦٠١٣ و ٧٠٠ و ٧٩٧٥ لسنه ٥٥ قضائيه عليا، بجلسه ٢٠١٠/٢/٢٧، مجموعه المبادئ القانونيه التي قررتها المحكمه الاداريه العليا في السنتين ٥٥ و ٥٦ من اول اكتوبر ٢٠٠٩ الى اخر سبتمبر ٢٠١١، المكتب الفني بمجلس الدوله المصري، صوت ٣٢٧ وما بعدها.

[١٧] د/ هاني محمود حمزه، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، صـــــــــ ٤٠ .

ويذهب البعض إلى أن مفهوم العقد الاداري الدولي لا يختلف عن مفهوم العقد الاداري سوى أن أطرافه أحدهما الدولة أو أحد الاشخاص العامة، والاخر شخص طبيعي أو معنوي أجنبي مع توافر معايير العقد الاداري فيه [١٨] .

وهناك من الفقه من يعرف العقود الإدارية الدولية بأنها " العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني – الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة – وطرف خاص أجنبي، يتعهد بمقتضاه الطرف الأخير بأعمال أو خدمات معينة في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني ، وقد يتمثل الأجر في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزيع أرباحه وخسائره بينهم " [١٩] .

رأي الباحث :

من جماع التعاريف السابق عرضها يتبين لنا أن العقد الإداري الدولي هو " عقد يتم إبرامه بين طرفين الأول وطني – الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة – والطرف الثاني (أجنبي)، سواء كان شخصاً معنوياً أو طبيعياً، يتعهد بمقتضاه الأخير القيام بأعمال أو خدمات معينة لقاء مقابل يحصل عليه " .

إلاّ أن هذا التعريف للعقد الإداري الدولي لا يمنع من أن يبرم العقد بين دولتين أو شخصين من أشخاص القانون العام هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى يبرم العقد عادة في شكل نموذجي أو شروط عامة بين أشخاص مختلفي الجنسية أو متحديها إذا كان مكان ابرامه، أو أعمال تنفيذه أو مكان وجود محله يتعلق بأكثر من نظام قانوني، وموضوعه تبادل السلع أو الخدمات بين دولتين أو أكثر .

---

[١٨] د/ جمال محمد إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢، صـــــــ ٣١٠ .

[١٩] د/ أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، صـــــــ ٧٠ .

المطلب الثاني

معايير تحديد العقد الإداري الدولي

للعقود الإدارية – بصفة عامة – خصائص ذاتيه ترتبط بالمرفق العام والسلطة الإدارية، تلك السلطة التي تستعملها الإدارة حتى في مجال عقودها لضمان السير المنتظم لهذه المرافق ولأجل ذلك تبرم أشخاص القانون العام عقودها تحقيقاً لذلك الهدف .

نظراً لعدم اتفاق الفقه على تعريف للعقد الإداري الدولي، وهو ما حدا بهم إلى البحث عن معيار يتم على أساسه تحديد العقد الدولي. وهناك (٣) اتجاهات .

الأول : المعيار القانوني : ووفقاً له يعد العقد دولياً إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني

واحد. وتتمثل هذه العناصر إما في مكان ابرام العقد أو تنفيذه أو جنسية

المتعاقدين أو موطنهم .

والثاني : المعيار الاقتصادي : وطبقاً لهذا المعيار فإن العقد يتسم بالصفة الدولية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، أي إذا كان موضعه تبادل السلع والخدمات عبر الحدود.

والثالث : المعيار المختلط : وهو الذي يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للعقد . وبالتالي يكون العقد دولياً بناء على مجموع الظروف والعناصر الايجابية التي تحيط بالرابطة القانونية، علاوة على تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية [٢٠] .

ثالثاً : طبيعة العقود التي تنطبق عليها فكرة المخاطر.

(١)أنها عقود تتعلق بتشييد مشروعات التنمية في الدولة .

---

[٢٠] للمزيد حول معايير العقد الدولي راجع :

د/ حنان عبدالعزيز مخلوف، العقود الدولية، بدون دار نشر، ٢٠١٠، صـــــــــ ٤٢ وما بعدها .

د/ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، صـــــ ٤٧ .

تساهم العقود في المساعدة الاقتصادية والفنية والمالية ذات الطابع الاجنبي في تحقيق التنمية الشاملة للدولة، المضيفة التي تقام عليها هذه الاستثمارات خاصة المشروعات الكبرى اللازمة للبنية التحتية لهذه الدولة .

ولهذا تنظم هذه العقود جميع العلاقات المحتملة القيام بين أطرافها وتتخذ نموذجاً قانونياً موحداً يتسم بانطواءه على شروط ذات طابع مالي وفني وتقني، وغيرها من الشروط المميزة لها [١] .

.

فالدافع الحقيقي للجوء الدولة الى ابرام العقود الدولية هو تحقيق التنمية الاقتصادية لها .

وهذا ما أكده حكم التحكيم الصادر في قضية " Texco" وابرز أهمية العقود الدولية لاقتصاد الدولة المضيفة، كما أنها تخلق نوعاً من المشاركة والتعاون على مدى طويل بين المتعاقد والدولة المضيفة.

ويرى البعض أن عقود الدولة هي عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى . وتتعلق هذه العقود بتشييد مشروعات أساسية، يكون مصحوباً غالباً باتفاق بالمساعدة الفنية، وقد ينصب موضوع العقد على التنقيب واستخراج ونقل وتصدير الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي انشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات ذات أهمية كبيرة، وتحتم لذلك أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبياً [٢] .

(٢)طول أمد تنفيذ العقود الدولية .

غالباً ما تلازم المخاطر العقود طويلة الأجل أو التي تتصف بتراخي في التنفيذ مثل عقود الأشغال الدولية وعقود التوريد . وقد تزايدت أهمية العقود الادارية ذات الطابع الدولي في الآونة الأخيرة نظراً للطفرة الاقتصادية الحديثة بالدول النامية، ووضع برامج للإصلاح الاقتصادي لهذه الدول لتشجيع

---

[١] د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص والاجانب، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، ٢٠٠٧، صـــ ٣١ .

[2] Jean pierre Regli, Contrats dEtats et Arbitrage Etats et personnes privees, these Geneve,1983, p.19.

مشار اليه لدى : د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص والاجانب، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، ٢٠٠٧، صـــ ٣٠ .

الاستثمار، لا سيما في مجال عقود البنية الأساسية الكبرى التي تبرمها هذه الدول مع الشركات الاجنبية متعددة الجنسيات لتنفيذ هذه المشروعات الضخمة [١] .

ومن ناحية أخرى، فإن امتداد تنفيذ العقد الإداري الدولي فترة من الزمن تجعل تغير الظروف التي أحاطت به وقت إبرامه أمراً محتملاً، وما يتطلبه ذلك من اجراءات لمواجهة هذه المخاطر. ومدى تأثيرها على أطراف العلاقة التعاقدية، بما يتناسب مع التغير الظروف [٢] .

(٣)أنها عقود مركبة ومعقدة .

فالعقود الإدارية الدولية غالباً ما تتم على مراحل، وكثرة وتعدد المتدخلين في تنفيذ المشروع الدولي، وهذا ما يميزها عن العقود الداخلية التي تتسم بالبساطة .

وبعبارة أخرى توجد عوامل فنية وتجارية ومالية تتداخل وتتفاعل في العملية الدولية وهذا ما يضفي على العقود الدولية خصوصيتها وذاتيتها بالنسبة للعقود الداخلية، وفي نفس الوقت فإن كل هذه العوامل تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ العقود الدولية، والمخاطر التي تواجهها [٣] .

---

[١] د/ محمد محمد بدران، عقود الإنشاءات في القانون المصري، دراسة في المشكلات العلمية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، صـــــــــ ٤٥ .

[٢] د/ وليد عبدالمنعم أمين، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٧، صـــــــــــــــ ١١٣ ، ١١٤ .

[٣] أ/ علياء سيف سالم الجابري، ضوابط التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ٢٠١٩، صـــــــــ ٢٦ .

الفصل الأول

آليات مواجهة المخاطر العادية

لقد كان للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة أثر كبير في العمليات التعاقدية، بحيث ظهرت في الواقع العملي العديد من العقود الدولية المركبة والمعقدة، والتي ترد على مشروعات عملاقة تقدر قيمتها بأموال طائله، كما أنها تنطوي على جوانب قانونية ومالية وفنية، والتي تبرز دور العقد الدولي باعتباره الأداة الفنية اللازمة للقيام بهذه المهمة [1].

وسبق أن أشرنا إلى أن تنفيذ العقود الادارية الدولية يتطلب وقتاً طويلاً، وهو ما قد يجعلها عرضة للعديد من الظروف والمخاطر التي تجعل استمرار تنفيذ العقد من الصعوبة بمكان، ولا ريب أن فسخ العقد الدولي وزواله بسبب هذه الظروف أمر غير مرغوب فيه، كما أنه ينافي مبدأ دوام المرفق العام واستمراره بانتظام واطراد .

وتفادياً لهذه الاثار، ومواجهة المخاطر الناجمة عن تلك الظروف من ناحية، وتلبية لرغبة أطراف العقد الدولي في الابقاء عليه، واستمرار العلاقة بينهما، بدءت الدول في تبني آليات تعمل على توزيع هذه المخاطر، واسناد التعامل مع كل نوع من المخاطر إلى طرف معين يكون مسئولاً عنه .

وسوف نتناول دور الجهة الادارية المتعاقدة في مواجهة المخاطر العادية، وفي المقابل نلقي الضوء على حق المتعاقد مع الادارة في توزيع المخاطر .

المبحث الأول : امتيازات الإدارة في العقد الإداري وما يقابلها من حقوق للمتعاقد معها .

المبحث الثاني : دور القضاء الإداري حال ممارسة الإدارة لسلطاتها .

---

[1] أ/ سالم بن سلام بن حميد الفليتي، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد (٨٨)، المجلد الثاني، أكتوبر ٢٠١٩، صـــــــــ ٢ .

المبحث الأول

امتيازات الإدارة في العقد الإداري وما يقابلها من حقوق للمتعاقد

صاحب التغيرات الهيكلية في الاقتصاد العالمي – نتيجة انتشار جائحة كورونا، والحرب الروسية الأوكرانية – تطور هائل وسريع في مجال تنفيذ العقود الدولية، وواجهت الدول والشركات متعددة الجنسيات والافراد العديد من المخاطر والظروف لم تكن في الحسبان عند ابرام تلك العقود، مما عرضها الى صعوبات جمة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية .

ولا شك ان هذه المخاطر دفعت المشرع والفقه والقضاء الى ابتكار وسائل تمكن أطراف العقد من التغلب على هذه المخاطر، ومواجهة التحديات، وتذليل كافة المعوقات التي تقف حجر عثرة أمام تنفيذ العقد، والمحافظة على التوازن الاقتصادي بين أطرافه، من خلال توزيع المخاطر بين أطراف العقد الدولي.

وسوف نتناول سلطة الإدارة في تعديل حجم الأداءات المطلوبة من المتعاقد تنفيذها وما قررته أحكام القضاء للمتعاقد تنفيذها وما قررته أحكام القضاء للمتعاقد من حقوق مقابل ذلك .

المطلب الأول : سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لإلتزامات التعاقد .

المطلب الثاني : حق المتعاقد حال ممارسة الإدارة لإمتيازاتها .

تتجلى سلطه الادارة في توزيع المخاطر من خلال ما قرره المشرع والقضاء لها من امتيازات [1] تتيح لها رقابة تنفيذ الأعمال، وتعديلها، وإصدار أوامر التغيير.

فمن ناحية أولى نجد أن المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري بعد أن قررت في فقرتها الأولى بأن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" تنص في فقرتها الثانية على ما يلي " ..... ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ االلتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ..... " ، وسلك المشرع الاماراتي ذات المنحى، فقد قرر أنه في

---

[1] تنص المادة (٦٥) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمعدل في ٢ يونيه ٢٠١٨ بشأن تأجير وبيع الأماكن بأنه " لا يجوز للجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم في أحوال الخطر الداهم اخلاء البناء وكذلك المباني المجاورة، عند الضرورة من السكان بالطريق الدائري، اتخاذ ما تراه لازماً من الاحتياطات والتدابير في مدة لا تقل عن أسبوع، إلاّ في حالة تهديد البناء بالإنهيار العاجل فيكون لها في هذه الحالة الحق في اخلائه فوراً " .

حالة نشوء أي حالة خارجة عن إرادة الطرفين بعد إصدار خطاب القبول، وتسببت في جعل قيام أي من الطرفين أو كليهما بالتزاماته التعاقدية غير ممكن أو غير قانوني، أو إذا تم إعفاء الطرفين بموجب القانون الحاكم للعقد من القيام بأعمال أخرى، يتم إعفاء أطراف العقد من التزاماتهم التعاقدية، باستثناء ما يتعلق بحقوقهم بموجب هذا البند أو البند ٦٧ الخاص بتسوية النزاعات، ودون المساس بحقوق الأطراف فيما يتعلق بأي مخالفة سابقة للعقد، على أن يكون المبلغ المستحق من صاحب العمل للمقاول فيما يتعلق بالأعمال المنفذة هو المبلغ المستحق نفسه بموجب البند ٦٥ اذا تم إنهاء العقد وفقاً له (١) . فهذه القواعد التي قننها المشرع في القانون المدني ولئن كان مجالها روابط القانون الخاص إلا أن القضاء الإداري قد أخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ما دامت تساعد في تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة .

ومن ناحية ثانية للإدارة المتعاقدة الحق في الرقابة على تنفيذ المتعاقد للتزاماته، وفي حالة التنفيذ المعيب للأشغال، يكون لجهة الادارة أن تكلف المتعاقد (المقاول) بهدمها وإعادة بنائها، كما يجوز أن تأمر بوقف تنفيذ الاشغال بصفة مؤقته لدواعي المصلحة العامة أو لتفادي المخاطر مع مراعاة أن يكون الوقف لمدة معقولة . وأن تأمر المتعاقد باتخاذ كل ما يكفل منع المخاطر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الافراد، وتعتبر مسئوليته عن هذه المخاطر مباشرة دون تدخل من الجهة الإدارية، وفي حالة إخلاله بتلك االتزامات يكون للجهة الادارية الحق في مواجهتها على نفقته (٢).

ومن ناحية ثالثة يكون للإدارة سلطة تعديل شروط العقد الاداري الدولي، فيكون لها أن تزيد أو تنقص االتزامات والأداءات المطلوبة من المتعاقد معها طالما ان متطلبات مواجهة مخاطر تنفيذ العقد تقتضي ذلك (٣). ومن ثم كانت سلطة الجهة الادارية المتعاقدة في التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة العقد الاداري الدولي واتصاله بنشاط المرفق العام وتحقيق الصالح العام (٤). وتطبيقاً لذلك قضى بأنه " ..... وحيث أن الثمن الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الادارية

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٤٩٨٩ لسنة ٦٧ ق.عليا، بجلسة ٢٠٢٣/٤/٢٩ .

(٢) د/ أحمد السيد محمد محمود، نظرية عمل الأمير في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، صـــــــ ٤١٤ .

(٣) د/ أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣، صـــــــ ١٩٣ .

(٤) د/ وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية في قانون الاستثمار، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣، صـــــــ ٧ .

وان كان يقيد كأصل عام طرفيه إلاّ أنه لا يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديله اذا ما تلاقت إرادة السلطة الادارية المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على هذا التعديل وفي هذه الحالة يكون الثمن الجديد ملزماً لكل من طرفيه وواجب الأداء"[١].

ومن ناحية رابعة فإن أوامر التغيير تعد أداة رئيسية تكفل حماية مصالح الجهة الادارية المتعاقدة والمقاول في ذات الوقت، فمن خلال هذه الأوامر يمكن أن تحقق ما يتمناه المرفق العام من المشروع دون حاجة إلى ابرام عقد دولي جديد أو الدخول في مفاوضات جديدة مع المقاول، بحيث يأتي المشروع في النهاية ملبياً لاحتياجات ومتطلبات المرفق العام من التطوير المستمر التي تتغير بالتأكيد عن الوقت الذي أبرم فيه العقد الدولي [٢].

ولا ريب أن المتعاقد سوف يستفيد من جراء تنفيذه أوامر التغيير الموجهة إليه، وذلك بحصوله على ثمن الأعمال الإضافية المطلوبة بما يشمله ارباح معقولة، وقد يستحق تعويضاً عن الأضرار الناجمة عن تغير الظروف ولمواجهة المخاطر أثناء تنفيذ العقد ان كان له ما يبرره [٣].

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٨٦٣ لسنة ٥٧ ق.عليا، بجلسة ٢٠١٦/٦/٢٨ .

[٢] د/ جمال محمود مخيمر، أثر الظروف الطارئة في عقدي الأشغال العامة والفيديك، مرجع سابق، صـــ ٣٣٦ ، ٣٣٧.

[٣] وتطبيقاً لذلك انتهت هيئة التحكيم إلى أنه " ..... وبالرغم من أن تعديل أحكام العقد لا يجوز إلا بموافقة المتعاقدين، فإن عقود المقاولات تسمح لرب العمل باحداث تغيرات في الأعمال حسبما تتطلبه ظروف العمل أثناء التنفيذ، ويعتبر هذا الأمر أداه فعالة للمحافظة على سريان اتفاق ملحقة قد تؤثر على سير عملية التنفيذ، ويتم معالجة حدوث التغييرات بتقييم أثرها على العقد، ومن ثم تعويض المقاول عن هذه التغييرات " .
القضية التحكيمية رقم ٩٨٠ لسنة ٢٠١٣، بجلسة ٢٠١٤/٥/٣، منشور في مجلة التحكيم العربي – العدد (٢٣) – ديسمبر ٢٠١٤، صـــــ ٣٨٢ .

رأي الباحث :

أثبت الواقع العملي أن أوامر التغيير تعد – وبحق – من أهم القرارات التي تتخذ أثناء تنفيذ العقود الدولية، ولذا ينبغي التعمق في دراستها، وبعبارة أدق لابد من دراسة كل عقد دولي والمخاطر التي واجهته على حده، وعدم اطلاق الأحكام والتعميم عليها جميعاً فهناك من أوامر التغيير التي تكون العلاج الناجع والملائم تماماً لمواجهة المخاطر التي يمر بها تنفيذ العقد الدولي، وهناك من أوامر التغيير ما يعد نفسه من المخاطر التي لم تكن في الحسبان لدى المتعاقد عند ابرام العقد الدولي، والتي قد تؤدي إلى انهيار العلاقة التعاقدية وعدم اتمام تنفيذ المشروع .

المطلب الثاني

حق المتعاقد حال ممارسة الإدارة لإمتيازاتها

– خاصة العقود الدولية –

تحتاج العقود الإدارية الدولية إلى وقت طويل لتنفيذها، وهو ما يجعلها عرضة للتأثير بتغير الظروف المحيطة بها، ولمعالجة هذه المخاطر، يعمد المتعاقد مع الجهة الادارية إلى تضمين العقد بنوداً لإعادة التفاوض [١] ، حيث يمكن لهذه الشروط أن توفر الحماية الكافية ضد مخاطر التعديل أو الالغاء الذي تقوم به الجهة الادارية في العقد بما لها من سلطات وامتيازات عامة لا تتوافر للطرف الآخر .

وأشار إلى شرط اعادة التفاوض حال تغير الظروف المبادئ المتعلقة بالعقود الدولية، والتي أقرها المؤتمر الدولي بروما عام ١٩٤٤ في الفقرة الثالثة من المادة (٢/٦) بأنه " في حالة تغير الظروف يكون الطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات، ويجب أن يكون الطلب فوراً دون تأخير، وأن يكون مسبباً " [٢].

أولاً : الدور الذي يقوم به شرط اعادة التفاوض في معالجة المخاطر العقدية .

يهدف شرط اعاده التفاوض الوارد في العقد الدولي بصورة أساسية الى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، حيث يسمح بمراجعة العقد مرة أخرى، عندما يؤدي تغير الظروف وحدوث مخاطر إلى تعديل أساسي في توازن االلتزامات العقدية [٣].

ويحقق شرط اعادة التفاوض الحفاظ على تماسك العقد الاداري الدولي من خلال أمرين :

---

[١] يقصد بشرط إعادة التفاوض بأنه " التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة (المخاطر)
التي حدثت، بهدف تعديل االلتزامات التعاقدية إل الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء
ذلك".
د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، صـــــ ٦٧ .

[٢] راجع مبادئ مؤتمر روما الدولي لعام ١٩٩٤ (اليونيدروا HCCH) بشأن العقود التجارية الدولية – لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشورات الأمم المتحدة فبراير ٢٠٢١ .

[٣] د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، صـــــــ ٧٢ .

الأول : أنه يحافظ على الروابط والعلاقات بين الأطراف، مما يسمح لهما بالاقتران نحو تقديم الحلول بشكل مرن، وبعبارة أخرى فإن التفاوض يرمي إلى ايجاد حل مناسب لمعالجه الآثار الضارة التي سببها تغيير الظروف .

والثاني : أنه يهب للعقد الاداري الدولي فرصة الحياة والاستمرار، بعد عثرة الظروف والمخاطر التي تهدد بقاءه، وذلك من خلال اعادة النظر في تعديل أحكامه .

وغني عن البيان أن شرط اعادة التفاوض يعد أداة في غاية الأهمية لتجنب نشوب أي نزاع بين أطراف العقد الدولي، حيث يمكن من خلال انفاذ العقد وتصويب مساره بتخفيف الآثار الضارة والمخاطر التي قد تؤثر على استمراره وتنفيذه، كما يؤدي إلى الحفاظ على صلة التعاون بين المتعاقد (المستثمر) والجهة الإدارية، والذي بدونه سوف تتوقف علاقات الطرفين، مما يزيد درجة وتفاقم الضرر بالنسبة لطرفي العقد الاداري الدولي أو لأحدهما على أقل تقدير، وقد يفسخ العقد ان وصل الأمر الى طريق مسدود في التفاوض [٤].

ولا شك ان شروط اعادة التفاوض – في ضوء الطبيعة الخاصة للعقود الادارية الدولية – يمكنها أن تؤدي دوراً هاماً في تجنب المخاطر والمنازعات التي من المحتمل أن تثيرها هذه العقود، وذلك من خلال مراجعة بنود العقد كل فترة أو مرحلة من تنفيذه أو في ضوء التغيرات والظروف الجديدة التي طرأت عليه، ومن ثم تفادي انحلال الرابطة العقدية، ومواجهة أي مخاطر على الفور قد تؤدي الى تعطيل مفاجئ في تنفيذ العقد [٥].

وهذا ما أكده البعض[٦] بأن توافر شروط اعادة التفاوض يعد صمام أمان أو نوعاً من التأمين ضد أي رد فعل أو مخاطر شديدة تحدث نتيجة إدراك أطراف العقد الدولي لأهميته وأن تضمينه بنوداً للمراجعة واعادة التفاوض تعتبر أداة اطمئنان للمتعاقد الأجنبي منذ لحظة ابرام العقد لإمكانية مراجعته حتى نهاية تنفيذه، مع مراعاة ألا يتجاوز بنود أو شروط اعادة التفاوض الحدود المنصوص عليها، وإلاّ أصبحنا أمام عقد إداري دولي جديد .

---

[٤] د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، صـــــــ ٧٢ .

(5) EL–Kosheri(A.s) : the particularity of the conliect Avoidnce Nethods Pertaining to petro leum Agreements, Iesid REV – 1996, P. 279 .

(6) Asante (S.K.B) : stabilitg of contractual Rehtions in the Transnational Investment process, I.C.I.Q vol 28, Part3, 1969– P. 412 .

ثانياً : التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الاعمال عند وقوع المخاطر طبقا لعقود الانشاءات الدولية .

من المبادئ المقررة في العقود الإدارية، أن المتعاقد لا يعفى من تنفيذ الأعمال بسبب وقوع بعض الصعوبات أو احدى المخاطر الخاصة، إذ يجب عليه الاستمرار في تنفيذ الأعمال بأفضل ما يستطيع[٧] .

ولهذا فإنه " لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا ما تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المقابلة، لأن العقد الإداري يتجافى في طبيعته مع الدفع بعدم التنفيذ، وان كان يجوز للطرفين أن يتفقا على زيادة مدة التنفيذ بقدر ما تأخرت الجهة الإدارية في تنفيذ التزاماتها " [٨]

ثالثاً : منازعات العقود الإدارية أمام القضاء الوطني .

كفل القانون في دولة الامارات العربية المتحدة حق التقاضي للأفراد وأكدت عليه مبادئ المحكمة الاتحادية العليا بأن " حق التقاضي، هو حق الالتجاء إلى القضاء للذود عن الحق الذي يحميه القانون، وهو من الحقوق العامة المشروعة التي تثبت للكافة ولا يترتب على استعماله المساءلة بالتعويض لمن يصيبه منها ضرر إلا إذا اثبت أن من باشر هذا الحق قد انحرف به عما وضع له فاستعمله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة خصمه دون مصلحة يرجوها منه" [٩].

وفي مصر قضت المحكمة الادارية العليا بأن " ..... وحيث أن الاصل العام هو اختصاص القضاء الاداري بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام او الاشغال العامة او التوريدات او اي عقد اداري اخر، تنص المادة (١٠ / ١١) من قانون مجلس الدولة، الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢، على ان " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الأتية ..... (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام او الاشغال العامة او التوريد او اي عقد اداري اخر"،

---

[٧] انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن " ..... الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته، ..... " . فتوى رقم (٧٨٥) بتاريخ ٢٠٠٥/٧/٢٠، جلسة ٢٠٠٥/٧/٧، ملف رقم ٥٤/ ١ / ٤٣٠ .

[٨] الطعن رقم ٢٢٣٦٧ لسنة ٥٣ ق.عليا، بجلسة ٢٠١٠/١١/٣٠ .

[٩] حكم المحكمة الإتحادية العليا في الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٢٤ ق ، جلسة ٢٠٠٤/٥/١١ ، مدني .

وهو ما مؤداه ان المشرع جعل منازعات العقود الادارية من اختصاص محكمة القضاء الاداري او المحكمة الادارية طبقاً للاختصاص القيمي [١٠] .

وبالتالي يختص القاضي الاداري بنظر منازعات العقد الاداري، فهو صاحب الولاية العامة في نظر جميع المنازعات التي تتعلق به، وأقرت المحكمة الاتحادية العليا مبدأ قانونياً مفاده باختصاص المحاكم الاتحادية بالنظر في المنازعات الإدارية التي تكون الجهات الاتحادية طرفاً فيها، شريطة اتصالها بالمنازعة اتصالاً مؤثراً فيه وليس مجرد اختصام، وأن نص المادة (٢٥) مكرر من قانون الإجراءات المدنية يقرر بأن " المحاكم الاتحادية هي المنوط بها نظر المنازعات الإدارية التي تكون الجهات الاتحادية طرفاً فيها أي تكون الدولة أو أحد أجهزتها أو مصالحها أو هيئاتها أو مؤسساتها طرفاً في النزاع.

وقضى بأن " ..... أن جهة الإدارة تملك بارادتها المنفردة – وعلى خلاف المألوف في معاملات الافراد فيما بينهم – حق تعديل العقد اثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزام المتعاقد معها فتزيد الاعباء الملقاه على عاتقه او تنقصها، وتتناول الاعمال المتعاقد عليها بالزياده او النقصان على خلاف ما ينص عليه في العقد ، فضلا عن انهاء العقد اذا ما قدرت ان هذا الاجراء تقتضيه المصلحه العامه ، دون ان يكون للمتعاقد مع الاحتجاج بقاعده العقد شريعه المتعاقدين او بالحق المكتسب ، لكن سلطه التعديل ليست مطلقه ، بل ترد عليها قيود معينه تقتضيها ضروره التوفيق بين المصلحه العامه والمصالح الفرديه ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار او نطاق التعديل وما يترتب عليه من اعباء جديده تقع على عاتق المتعاقد، يتعين ان تكون هذه العباه في الحدود الطبيعيه والمعقوله من حيث نوعها واهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز الامكان نات الفنيه والماليه للمتعاقد [١١] .

رابعاً : اعفاء المتعاقد من الالتزام عند استحالة التنفيذ .

قضى بانه "..... ومن حيث انه من المقرر في قضاء هذه المحكمه ان احكام المسئوليه العقديه تقتضي ان يكون هناك خطا وضرر وان تقوم علاقه السببيه بين الخطا والضرر وانه اذا استحاله على المدين تنفيذ التزامه عينا كان مسئولا عن التعويض لعدم الوفاه ما لم يثبت ان استحاله التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له في واستحاله التنفيذ اما ان تكون استحاله فعليه او استحاله قانونيه وذلك في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ وغنيه عن القول ان الاستحاله الفعليه هي من مسائل الواقع الذي يقرره القاضي بحسب الأحوال، فاذا كانت الاستحاله راجعه الى خطا المدين لا ينقضي الالتزام وان كان تنفيذه

---

[١٠] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٣٥٨٨٦ لسنه ٥٦ ق .عليا، جلسه ٢٠١٦/٤/٢٦، الدائرة الثالثة موضوع، المبدأ (٧٩)، مج، صـــ ١٠٢٤.

[١١] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٢٢٣٦٧ لسنه ٥٣ ق .عليا، جلسه ٢٠١٠/١١/٣٠.

العين قد اصبح مستحيلا وجبه التنفيذ عن طريق التعويض اما اذا كانت الاستحاله راجعه الى سبب اجنبي فان الالتزام ينقضي اصلا سواء من حيث التنفيذ العيني او التنفيذ بالتعويض " [١٢] .

[١٢] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٥٤٩٨٩ لسنه ٦٧ ق .عليا، جلسه ٢٠٢٣/٤/٢٩.

المبحث الثاني

دور القضاء الإداري حال ممارسة الإدارة لسلطاتها

دور القاضي الإداري في تحدد التزامات المتعاقدين لمعالجة المخاطر:

- **مظاهر أثر تغير الظروف على العقود الإدارية الدولية :**

من امتيازات الإدارة باعتبارها سلطة عامة فرض التزامات جديدة على المتعاقد لم ترد في العقد الدولي الأصلي .

بيد أن هذا الحق ليس تحكمياً، ذلك أن استخدامه يجب أن يكون له مبرر واحد هو تغير ظروف تنفيذ العقد عن تلك الظروف التي نشأ فيها .

ان القاضي الإداري يأخذ في الاعتبار تغير الظروف، عندما يحدد مدى التزامات المتعاقدين عند مرحلة معينة من مراحل تنفيذ العقد، وأثرها على نصوص العقد[١٣] .

ومن ناحية أخرى فإن وجود ظروف جديدة يمكن أن تجعل القاضي الإداري يقرر التزامات جديدة لم تكن واردة في العقد الإداري الأصلي، لكن ليس معنى هذا أن كل تغيير في الظروف يؤدي إلى انشاء حق المتعاقدين في التحرير من التزاماته أو في تعديل نصوص العقد والتزامات المتعاقدين، وانما الأثر هنا ينحصر في امكان تعديل التزامات المتعاقدين في ضوء الظروف الجديدة، ويقدر القاضي الإداري انها تحتم لاعتبارات عملية ولاعتبارات العدالة إعادة بناء بعض االلتزامات التعاقدية [١٤] .

ويستفاد مما سبق أن تغير الظروف شرط لاستخدام الإدارة لامتيازات السلطة العامة في العقد الإداري الدولي، ففي حالة اختلال التوازن بسبب عمل منسوب إلى الإدارة فإن القاضي الإداري يلجأ إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري الدولي، والحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة، وإلاّ لأدى هذا إلى قيام الإدارة بإصدار أوامر تغيير غير مسئولة .

---

[١٣] د/ سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية أدوات الدولة للتنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، ٢٠١٧،صـــ٣٩١.

[2] Andre de laubadere, Franck Moderne, Pierre delvolve Paris, lGdj, 1983, PP.712 – 714 .

الفصل الثاني

آليات مواجهة المخاطر غير العادية

تمهيد وتقسيم :

تحتل العقود الإدارية الدولية مكانة هامة في دولنا العربية بصفة عامة ودول مجلس التعاون الخليجي بصفة خاصة بحسبان أن مشروعات البنية التحتية كالسكك الحديدية، والموانئ وتوليد الطاقة وتحليل المياه هي من الأهمية بمكان لهذه الدول في السنوات الاخيرة التي ما انفكت تنفذ هذه المشروعات الضخمة عن طريق الاستفادة من الخبرات الدولية في هذا المجال، وابرمت العقود الدولية وفقاً لنماذج الفيديك، وعقود البوت، وعقود الاشغال الدولية [١٥] . وغالباً ما تواجه هذه المشروعات مخاطر عادية، والتي من شأنها قلب اقتصاديات العقد، وكان للفقه والقضاء دور بارز في انشاء نظريات لإعادة التوازن المالي للعقد مثل نظرية عمل الأمير ، نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير التوقعة، ونظرية القوة القاهرة .

- **منازعات العقود الإدارية أمام القضاء الوطني .**

كفل القانون في دولة الامارات العربية المتحدة حق التقاضي للأفراد وأكدت عليه مبادئ المحكمة الاتحادية العليا بأن " حق التقاضي، هو حق االلتجاء إلى القضاء للذود عن الحق الذي يحميه القانون، وهو من الحقوق العامة المشروعة التي تثبت للكافة ولا يترتب على استعماله المساءلة بالتعويض لمن يصيبه منها ضرر إلا إذا اثبت أن من باشر هذا الحق قد انحرف به عما وضع له فاستعمله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة خصمه دون مصلحة يرجوها منه" [١٦].

وفي مصر قضت المحكمة الادارية العليا بأن " ..... وحيث أن الاصل العام هو اختصاص القضاء الاداري بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود االلتزام او الاشغال العامة او التوريدات او اي عقد اداري اخر، تنص المادة (١٠ / ١١) من قانون مجلس الدولة، الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢، على ان " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الأتية ..... (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود االلتزام او الاشغال العامة او التوريد او

---

[١٥] تحتل العقود الادارية الدولية مكانة بارزة على المستوى القانوني والقضائي في دول النظام اللاتيني، حيث تنفرد نظاماً قانونياً وقضائياً متخصصاً للعقود الادارية بحسبانها تتعلق بعقود الدولة، ومن خلالها يتم انشاء وتنظيم وتسيير المرافق العامة، وتنفيذ سياسة الدولة الاقتصادية .
د/ محمد عبد المجيد اسماعيل، التحكيم في عقود الاشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، دار القرار، مملكة البحرين، ٢٠١٨، صـ ١٠ .

[١٦] حكم المحكمة الإتحادية العليا في الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٢٤ ق ، جلسة ٢٠٠٤/٥/١١ ، مدني .

اي عقد اداري اخر"، وهو ما مؤداه ان المشرع جعل منازعات العقود الادارية من اختصاص محكمة القضاء الاداري او المحكمة الادارية طبقاً للاختصاص القيمي [١٧] .

وبالتالي يختص القاضي الاداري بنظر منازعات العقد الاداري، فهو صاحب الولاية العامة في نظر جميع المنازعات التي تتعلق به، وأقرت المحكمة الاتحادية العليا مبدأ قانونياً مفاده باختصاص المحاكم الاتحادية بالنظر في المنازعات الإدارية التي تكون الجهات الاتحادية طرفاً فيها، شريطة اتصالها بالمنازعة اتصالاً مؤثراً فيه وليس مجرد اختصام، وأن نص المادة (٢٥) مكرر من قانون الإجراءات المدنية يقرر بأن " المحاكم الاتحادية هي المنوط بها نظر المنازعات الإدارية التي تكون الجهات الاتحادية طرفاً فيها أي تكون الدولة أو أحد أجهزتها أو مصالحها أو هيئاتها أو مؤسساتها طرفاً في النزاع.

ولما كان من المقرر وعلى ما استقرت عليه آراء الفقه وأحكام القضاء الإداري الحديث أن العقد الإداري يقوم على عنصرين : أحدهما وهو المعيار العضوي، بأن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وعنصر آخر متغير أو ما يسمى بالعنصر التعاقبي أو التخييري، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، أو اشراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام، فتوافر أحدهما يسبغ الصفة الإدارية على العقد وتضحى قواعده هي الواجبة التطبيق على المتعاقدين " [١٨] .

- **منازعات المخاطر غير العادية أمام التحكيم .**

لما كان التحكيم أسلوباً لفض المنازعات، ينبني على إدارة الأطراف المتعاقدة، فهم الذين يختارونه، ويحددون الإجراءات التي ينبغي على هيئة التحكيم اتباعها حين الفصل في المنازعة.

ويقتضي التحكيم في غالب الأمر ولا سيما في العقود الدولية التي يكون طرفها أجنبياً أمران،

الأول: استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها الأطراف ويعهدون إليها ببعض المنازعات

التي تنشأ بينهم.

والثاني: استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع واختيار قانون أجنبي لتطبيقه على العقد الدولي.

---

[١٧] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٣٥٨٨٦ لسنه ٥٦ ق .عليا، جلسه ٢٠١٦/٤/٢٦، الدائرة الثالثة موضوع، المبدأ (٧٩)، مج، صـــ ١٠٢٤.

[١٨] حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعنين رقمي ٤٨٣ ، ٤٨٦ لسنه ٢٠١٣ إداري، جلسه ٢٠١٤/١/٢٩، أبوظبي ـــ اتحادي .موضوع، المبدأ (٧٩)، مج، صـ ١٠٢٤.

ويثور التساؤل عن الموضوعات التي يتميز بها التحكيم في العقود الدولية، والتي تمنحه خصوصية قد لا تتوافر له في سائر العقود، أو بالأحرى ما هي الخصائص الذاتية التي يتميز بها العقود الإدارية الدولية، والتي تمنح التحكيم المتعلق بها خصوصية معينة قد لا تتوافر له في العقود الأخرى؟

ان خضوع العقد الإداري الدولي للتحكيم يصعب معه التسليم بخضوعه لنفس قواعد ومبادئ القانون الإداري المعروفة، وانما لا بد من خضوع العقد لنظام لا يعتد بنظرية العقد الإداري كما هي معروفة في الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة المتعاقدة فيه[١٩] .

فخضوع العقد للتحكيم الدولي، فإن ذلك يستتبع أن تتجرد الإدارة من سلطاتها التي تكون لها بمقتضى العقد الإداري ويفقد شرطاً مهماً من الشروط التي تميزه، ومن ثم يؤدي بالعقد أن تتحول طبيعته إلى عقد مدني، وذلك ما لم تشترط الإدارة المتعاقدة صرحة في العقد الدولي تضمنه الشروط الاستثنائية أياً كان النظام القانوني الذي يخضع له العقد.

وهو وضع غير مستساغ في الغالب، وذلك لحرص المتعاقد الأجنبي أن ينأى بنفسه وبالعقد عن النظام القانوني والقضائي الوطني [٢٠] .

وتزايدت أهمية الرقابة على التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، في الربع الأخير من القرن المنصرم ودخول الدول العربية عهداً جديداً من الاقتصاد النفطي، وزيادة التوسع في البنية التحتية، مما أدى إلى كثرة العقود الدولية، وذلك للاستفادة من الخبرات الدولية في كافة مناحي الحياة، والدخول في مرحلة التطوير ومواكبة التقدم التكنولوجي، وتلبية واشباع حاجات الأفراد [٢١] .

كما أن التحكيم بدون رقابة يؤدي إلى حرمان الخصوم من قدر كبير من الضمانات القضائية التي أحاط بها المشرع في العمل القضائي، وبالتالي لابد من الرقابة لتوفير الضمانات التي يفرضها مبدأ سيادة القانون، ولا نكون قد تجاوزنا في الرأي أن الرقابة على التحكيم، تلك التي لا تقل في أهميتها عن الرقابة التي يخضع لها الحكم القضائي ان لم تكن أوسع منها [٢٢] .

ولهذا المشرع حجب خصومة بطلان شرط التحكيم الناشئ عن عقد اداري عن اختصاص محكمة القضاء الاداري أو المحكمة الادارية طبقاً للاختصاص القيمي، كما ابقى لمحكمة الدرجة الثانية الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الناشئ عن عقد اداري، واستثنى دعوى بطلان حكم التحكيم الذي يصدر

---

[١٩] د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥، صـــ ٢٥٦ ، ٢٥٧.

[٢٠] المرجع سابق ، صـــ ٢٥٨ .

[٢١] د/ أشرف حسن عباس الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية،ط١، شركة ناس للطباعة، ٢٠١٥، صـــ ٤١٥.

[٢٢] د/ هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، صـــــ ٣٢٥ .

نفاذاً لمشارطة تحكيم، وان تضمنها عقد اداري متى كانت ذات طبيعة تجارية دولية، على وفق التعريف المحدد لذلك في المادتين (٢) و (٣) من قانون التحكيم المصري الصادر بالقانون رقم (٢٧) لسنه ١٩٩٤، فعهد بتلك الدعوى الى محكمة استئناف القاهرة بصريح نصوص المواد (١/٩) و (١/٥٣- أ) و (٢/٥٤) من هذا القانون " [٢٣].

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث :

المبحث الأول : النظريات القضائية لمعالجة المخاطر غير العادية .

المبحث الثاني : دور المحكم لإعادة التوازن في العقد الإداري الدولي .

المبحث الثالث : رقابة القضاء على أحكام تحكيم العقود الإدارية الدولية.

[٢٣] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٣٥٨٨٦ لسنه ٥٦ ق . عليا، بجلسه ٢٠١٦/٤/٢٦

المبحث الأول

النظريات القضائية لمعالجة المخاطر غير العادية

منح المشرع المصري قاضيه عدة وسائل هامة مكنته بمقتضاها من أن يمارس سلطة معقولة يجابه بها المخاطر غير العادية التي قد تطرأ على العقد أثناء مرحلة تنفيذه .

فمن ناحية أولى، نجد أن المادة (١٤٧) مدني بعد أن قررت في فقرتها الأولى أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالاتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون" تنص في فقرتها الثانية على ما يلي" ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ االلتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد االلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" .

ومفاد هذا النص أن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإرادة الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون .

بيد أن المشرع لم يقرر القاعدة المشار إليها بصفة مطلقة أو نهائية، بل بادر في الفقرة الثانية من نفس المادة بتقرير قيد موضوعي، يرمي من وراءه إلى تحقيق التوازن فيما بين آداءات العقد، هذا القيد يتمثل فيما يعرف بنظرية الحوادث الطارئة .

وتبدو السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بمقتضي المادة (٢/٤٧) مدني في تعديل العقد تبعاً للمخاطر غير العادية والتغير في الظروف بشرط الموازنة بين مصالح الطرفين، وبعبارة أدق فإن نظرية الظروف الطارئة وفقاً للحكم الوارد في المادة (٢/١٤٧) مدني تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد الدولي .

وذلك على اعتبار أن القاضي يرجع فيما لم يتناوله العقد بالتنظيم إلى الأحكام العامة المقررة في القانون المدني التي يعملها القاضي الوطني بشأن المنازعات التي قد تنشأ بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها. وابتدع القضاء الإداري عدة نظريات لمواجهة المخاطر العادية نتناولها على النحو التالي .

المطلب الأول : ابتداع القاضي الإداري لنظرية الظروف الطارئة :

المطلب الثاني : نظرية الظروف القاهرة :

المطلب الأول

ابتداع القاضي الإداري لنظرية الظروف الطارئة

لم يقف القاضـــي الإداري مكتوف الايدي إزاء تغير الظروف التي تطرأ على العقد الإداري الدولي، وانما ابتدع الحلول المناسبة لمواجهة هذه الظروف مثل نظرية الظروف الطارئة، ونظرية القوة القاهرة .

وهذا ما نصت عليه عقود الانشاءات الدولية في البند الفرعي (٣/٦٥) حيث يسمح للمقاول بأن يعوض عن اية مواد كانت قريبة من الموقع او في طريقها اليه أو أي من معدات المقاول اذا تعرضت لخطر او هلاك . ويسترد المقاول اية زيادة عرضية او طارئة في تكاليف تنفيذ الاعمال .

وفي جميع الاحوال يجب على المقاول اخطار المهندس كتابة بالزيادة في النفقات .

وفي ذات السياق، اذا نشبت حرب خلال مدة سريان عقد الهندسة المدنية، يكون من حق رب العمل وحده انهاء العقد، أما المقاول فانه ملتزم بأن يبذل أفضل سعيه أو قصارى جهده لإنهاء الأعمال[٢٤] .

ولهذا نص البند الفرعي (٦/٦٥) بأنه " اذا نشبت الحرب سواء كانت معلنة أو غير معلنة اثناء سريان العقد في اي مكان في العالم وأثرت تأثيراً جوهرياً سواء من الناحية المالية او من ناحية اخرى على تنفيذ الاعمال، فعلى المقاول ان يستمر في بذل قصارى جهده لإتمام تنفيذ الاعمال ما لم يكن العقد قد أنهي بالفعل او الى ان ينهى طبقاً لأحكام هذا البند" .

على انه يحق لرب العمل في اي وقت لاحق لنشوب الحرب، ان ينهي العقد بإخطار يوجه الى المقاول، وبمجرد توجيه هذا الاقطار ينتهي العقد، باستثناء ما يخص حقوق الاطراف بموجب هذا البند، وما يخص تطبيق البند (٦٧)، وذلك دون الاضرار بحقوق كل من الطرفين الناشئة عن اي إخلال سابق على الانهاء .

ويلاحظ ان احكام الشريعة العامة في القانون الانجليزي لا تلزم المقاول بتحمل مخاطر مادية غير عادية من أجل إتمام الاعمال . فالظروف الخطرة الراجعة الى الاعتداءات العسكرية بالقرب من موقع

---

[٢٤] د/ محمد محمد بدران، عقد الانشاءات في القانون المصري، مرجع سابق، صـــــــ ٢١٨ .

الأعمال تعتبر أسباباً يستخلص منها ان الاستمرار في تنفيذ العقد يكون مستحيلاً، الأمر الذي يبرر فسخ العقد بسبب استحاله التنفيذ [٢٥] .

(أ) نظرية الظروف الطارئة :

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها بأنه " ..... ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة استقر كذلك على شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، إذ يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل أي انسان آخر لم يكن في حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعاً من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإذا ما توافرت هذه الشروط التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة لتنفيذ العقد على نحو يكف حسن سير المرفق العام بانتظام، على أن هذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلاّ جزء من الأضرار التي تصيب المتعاقد وليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد انقضت أو لفوات كسب ضاع، كما يجب أن تكون الخسارة واضحة مميزة، ويكون من حق الطرف المضار أن يطلب من الطرف الآخر التعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الإلتزامات العقدية، ويشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة على نحو ما سلف بيانه ألا يكون تنفيذ الإلتزام مستحيلاً، وانما تجعل تنفيذه أكثر عبئاً وأثقل كلفة مما قدره المتعاقدان بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة أو يكون مرهقاً للمدين [٢٦] .

قضى بأنه " ..... ان الثابت من الاوراق انه اثناء تنفيذ العقد قد نشات ظروف استثنائيه لم يكن في الامكان تخليها من المتعاقدين والمتمثله في دخول العناصر التكفيريه والارهابيه في المنطقه التي يقع بها موقع العمليه محل التداعي مما حال بين مورث الطاعنين والعاملين معه وبين قيامهم بمهام عملهم ..... وان ما حدث للمنطقه التي يوجد بها الموقع من عمليات السلب والنهب والتلفيات التي

---

[٢٥] البند الفرعي (٦٦ / ١) .

[٢٦] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٦٢٦ لسنة ٦٢ ق. عليا، بجلسة ٢٠١٨/١/٢٣ –
وكذا حكمها في الطعن رقم ١٥٠٩ لسنة ٥٤ق . عليا، بجلسة ٢٠٠٢/١/١٥ –
وكذا حكمها في الطعن رقم ٤٦٦٩ لسنة ٤١ ق. عليا، جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥.

تمت لمحتويات الماخذ انما هي من الحوادث العامه الاستثنائيه التي لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ التعاقد بين الجهه الاداريه وبين الشركه المنفذه وان لم يكن مستحيلا اصبح مرهقا للمدين بحيث يهدد بخساره فادحه وهي بمثابه قوه قهريه منعت الشركه المنفذه من القيام باعمال شؤونها في تنفيذ بنود التعاقد بينها وبين الجهه الاداريه من حيث التشغيل التجريبي والحراسه ، وعليه فان الشركه المنفذه غير مسؤوله عن التلفيات ونواقص التي حدثت " [٢٧] .

وقضى بان " ومن حيث ان قضاء المحكمه الاداريه العليا جرى على ان تطبيق نظريه الظروف والطارئه يستلزم ان تطرا خلال مده تنفيذ العقد الاداري حوادث او ظروف طبيعيه او اقتصاديه او من عمل جهه اداريه غير الجهه المتعاقده او من عمل انسان اخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند ابرام العقد، ولا يملك لها دفعا، ومن شانها ان تنزل به خسائر فادحه، تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، فاذا توافرت هذه الشروط مجتمعه التزمت جهه الاداره المتعاقده بمشاركه المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره، ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يقف الحسن سير المراه وفك العامه بانتظام واضطراد، فنظريه الظروف الطارئه تقوم على فكره العداله المجرده التي هي قوام القانون الاداري كما ان هدفها تحقيق المصلحه العامه، فوائد الجهه الاداريه هو كفاله حسن سير المرافق العامه باستمرار وانتظام حسن اداء الاعمال والخدمات المطلوبه وسرعه انجازها كما ان هدف المتعاقد مع الاداره هو المعاونه في سبيل المصلحه العامه، ذلك بان يؤدي التزامه بامانه وكفايه لقاء ربح او اجر عادل وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركه، للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقابات ويكون من حق المتعاقد المدار ان يطلب من الطرف الاخر مشاركته في هذه الخساره التي تحملها، فيعوضه عنها تعويضا جزائيا وهذا التعويض لا يشمل الخساره كلها ولا يغطي الا جزءا من الاضرار التي تعين المتعاقد، فان المدينه ليس له ان يطالب بالتعويض بدعوى ان اربحه قد نقصت او لفوات كسب ضاع عليه كما انه يجب ان تكون الخساره واضحه متميزه. ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمه ان يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك واحده ويفحص في مجموعه، لا ان ينظر الى احد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاه جميع العناصر التي يتالف منها اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الاخرى التي ادت الى الخساره. ولا تنطبق هذه النظريه اذا كان خطا المتعاقد قد وقع في امور متوقعه قبل تنفيذ العقد وفقا للسير الطبيعي للامور وللنظام المعتاد للعمل في الاداره العامله (في ذلك حكم المحكمه الاداريه العليا في الطعنين رقمي ٥٤٩ و ٨٠١ لسنه ٣٥ قضائيه بجلسه ١٩٩٣/٤/٤) وان مؤدى نص الفقره الثانيه من الماده ١٤٧ من

( )[٢٧] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٤٩٨٩ لسنة ٦٧ ق. عليا، بجلسة ٢٠٢٣/٤/٢٩ .

القانون المدني ان مناط تطبيق الظروف الطارئه هو ان تطرا خلال تنفيذ العقد حوادث او ظروف طبيعيه او اقتصاديه او من عمل جهد اداره غير جهه الاداره المتعاقده او من عمل انسان اخر لم تكن في حسبان متعاقد عند ابرام العقد، ولا يملك لها دفعا ومن شانها ان تنزل به خسائر فادحه تخل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما بما يستوجب الزام الجهه الاداريه المتعاقده مشاركه المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخساره التي قامت به طوال فتره الظرف الطارئ وذلك ضمانه لتنفيذ العقد الاداري واستمرار سير المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وانه يقتصر الامر على الحكم بالتعويض المناسب دون ان يكون له تعديل الالتزامات العقديه، كما انه يشترط لاعمال الظروف الطريه ان لا يترتب عليها ان يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا وانما تجعل تنفيذه اكثر عبئا او واثقل تكلفه مما قدره المتعاقدان بحيث يهدد المدين بخساره فادحه اي يصير مرهقا للمدين (في ذلك حكم المحكمه الاداريه العليا في الطعن رقم ١٢٦٠٦ لسنه ٥٢ قضائيه بجلسه ٢٠١٢/١١/٢٧) ..... ذلك ان كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر، ويزنها عند ابرام العقد ..... " [٢٨] .

( )[٢٨] حكم محكمه القضاء الاداري في الدعوه رقم ٤٦٤٠٠ لسنه ٧٧ قضائيه، بجلسه ٢٠٢٣/١١/٢٢، حكم غير منشور .

المطلب الثاني

نظرية الظروف القاهرة

نظرية الظروف القاهرة :

ازدهرت نظرية الحوادث الاستثنائية في القانون العام عنها في القانون الخاص[٢٩] ، وأقرها مجلس الدولة الفرنسي، تأسيساً على اعتبار الاتصال الوثيق بين ما يعرض على القضاء الإداري من قضايا تتعلق بالصالح العام والحرص على الموازنة بتطبيق القواعد القانونية والمصلحة العامة، وبين ما يتمتع به القاضي الإداري من ابداع وانشاء وابتكار للقواعد المناسبة للمنازعات المطروحة أمامه، نظراً لكونه غير مقيد بنصوص تشريعية على خلاف القانون المدني، ونتج عن ذلك أن أحكامه تعد – وبحق – أقرب للتشريع تيسيراً وتماشياً مع ما قد يطرأ من ظروف[٣٠] .

عدم توقع مخاطر (القوة القاهرة) :

يقصد بمخاطر القوة القاهرة : كل حدث مستقل عن إرادة طرفي العقد لا يمكن التنبؤ به يحول بشكل مطلق دون تنفيذ العقد ، أو يحول دون تنفيذ احد الإلتزامات الواردة بالعقد[٣١] .

ولكي تكون المخاطر قوة قاهرة لا بد من توافر الشروط الأتية :

(١) القوة القاهرة مخاطر خارجة عن إرادة طرفي العقد .

يجب أن تكون الواقعة المنشئة للقوة القاهرة خارجة عن إرادة طرفي العقد كله .

وهذا يعنى وبطريق اللزوم أن الواقعة لم يتسبب فيها المتعاقد، ولم يلعب أي دور في نشأتها، كما

( )[٢٩] أقر الفقه الإسلامي بالحوادث الاستثنائية التي تطرأ بعد ابرام العقد في ابرام العقد على أساس أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ .

د/ محمد محى الدين إبراهيم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، صـ ٢٠ وما بعدها .

( )[٣٠] د/ عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول (مصادر االلتزام)، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، صـــ ٥٢٠ .

()[٣١] د/ سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، صـــ ٤١٠ .

أنه لم يكن بإمكانه منعها أو رفضها[٣٢] .

امتداد أثر البنود المتعلقة بالقوة القاهرة من عقد المشاركة إلى عقد التمويل :

من البنود الأساسية في عقود الشراكة البنود المتعلقة بتوزيع المخاطر ما بين الطرفين، وهو ما يتضمن المخاطر الاقتصادية والمخاطر السياسية والمخاطر القانونية[٣٣] .

ويدخل في نطاق توزيع المخاطر البنود المتعلقة بالقوة القاهرة، وغالباً ما تهدف هذه البنود إلى تعريف " القوة القاهرة" بشكل أوسع من تعريفها في القانون، أو بوضع قائمة بالحالات التي يعتبرها المتعاقد ان في نطاق القوة القاهرة [٣٤] .

فإذا ما تضمن عقد المشاركة بنداً متعلقاً بالقوة القاهرة، ووفقاً له تم اعفاء شركة المشروع من التزاماتها تجاه الجهة الإدارية المتعاقدة لفترة معينة، فهل يجوز منح شركة المشروع أجلاً لدفع أقساط القرض (إلى الممول) التي حان أجلها خلال هذه الفترة ؟

قد يتبادر إلى الذهن إلى عدم جواز الاجتجاج بهذا البند في مواجهة جهة التمويل تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقود، حيث إن هذا البند قد ورد في العقد المبرم بين شركة المشروع والجهة الإدارية، ولم يرد في العقد المبرم بين شركة المشروع وجهة التمويل، بيد أن النظرية الفقهية قد تطورت في فهم مبدأ الأثر النسبي للعقود، خاصة في ظل التطور الاقتصادي الذي يشهده العالم منذ القرن المنصرم، وتدخل أكثر من طرف في تنفيذ المشروع الواحد – سواء كان ذلك في هيئة مجموعة شركات أو في مجموعة عقود – فإن الواقع العملي لم يعد يحتمل تطبيق مبدأ الأثر نسبية أثر العقود بمفهوم ضيق .

قضى بأنه " ..... والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقيع ومستحيل الدفع فإن هذا الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه، ويجب أن يكون عدم استطاعته التوقع ليست من جانب المدين بل من جانب أشد الناس تحوطاً وتبصراً بالأمور ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع وأن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده

)32 C.Egmars 1928, Ciedes scieries africaimes, R.D.P. 1928, P. 329 .

(1) El - A hdab (j), la clause Compromissoire et les tiers, these a Paris I, 2004, P.692 .

(1) Ph Delebecque, les clauses allegent / es obligations dans lecontrat, These Pour le Doctrat en droit a Iuniversite d Aix – Marseille, 1981, P.55.

بل بالنسبة الى أي شخص يكون في موقف المدين ويكون أثره انعدام علاقة السببية فلا تتحقق المسئولية فيتعين الإعفاء من تنفيذ االلتزام " [٣٥] .

حيث أضحى من المسلم به أن العقد خاصة في المشاريع الإقتصادية الكبرى، لابد وأن يرتب آثاراً قانونية تتعدى أطرافه .

ولهذا ذهب جانب كبير من فقهاء القانون المدني إلى أن مبدأ الأثر النسبي للعقود إنما يمنع من ترتيب التزامات على عاتق الغير، ولكنه لا يمنع من الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، لاسيما إن كان هذا الغير يعلم بوجود هذا العقد أو يعلم أن العقد الذي أبرمه ليس إلا جزاءاً من مجموعة عقدية[٣٦].

ويذهب البعض إلى أن صياغة نص المادة (١٥٢) من القانون الدني المصري يتيح لنا فهم مبدأ الأثر النسبي للعقود، حيث تقرر بأن " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً " .

فالمشرع المصري لم ينف إمكانية أن يرتب العقد أي آثار قانونية تجاه الغير، لكنه لم يمنع من ترتيب التزامات في ذمة الغير[٣٧].

وبالبناء على ما تقدم، فإن عنصر القوة القاهرة لا يرتب التزاماً على عاتق أي من الطرفين، بل ان الغرض منه هو أبراء الدين من دينه في ظروف محددة .

وبالتالي يجوز لشركة المشروع أن تحتج بالبنود المتعلقة بالقوة القاهرة في عقد المشاركة في مواجهة الجهة الممولة للمشروع .

رأي الباحث :

في حالة ابراء ذمة المدين عند حدوث قوة قاهرة، فانه من المنطقي أن يعفي الدائن أيضاً من التزاماته طالما استمر الوضع الذي يشكل القوة القاهرة، ومن ثم، فإنه يصعب أن لم يكن مستحيلاً على

( )[٣٥] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٤٩٨٩ لسنة ٦٧ ق. عليا، بجلسة ٢٠٢٣/٤/٢٩ .

(1) S.Serageldin, les clauses ayant eFFet a lechelle des groups de Contrats, These a I universite lyon III, 2014. P. 172 .

( )[٣٧] د/ سامي سراج الدين: اشكالية مجموعة العقود المرتبطة بعقد المشاركة في القطاع الخاص (PPP) مجلة التحكيم العربي، العدد (٢٦) ، يونيو ٢٠١٦، ٢٠١، صـــ ٢٠٧.

شركة المشروع أن تسدد أقساط القرض أثناء فترة القوة القاهرة، في ظل توقف صرف مستحقات شركة المشروع لدى الجهة الإدارية .

- **مدى اعتبار ثورة٢٥يناير٢٠١١من قبيل القوة القاهرة أم الظروف الطارئة :**

يثور التساؤل حول مدى اعتبار الاضطرابات التي حدثت في مصر أثناء ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ من قبيل القوة القاهرة أم الظروف الطارئة، وما إذا كانت من الواجب اعفاء المتعاقد مع الإدارة من جميع التزاماته التعاقدية خلالها، أم أنهما يتشاركان تلك المسئولية نتيجة الأضرار التي حدثت دون خطأ من أيهما، ومدى سلطة القاضي الإداري في إعمال رقابته على تصرف الجهة الإدارية حيال الإعفاء الجزئي للمتعاقد مع الإدارة من بعض التزاماته أم يشملها بالاعفاء الجزئي ؟

اجابت المحكمة الإدارية العليا على ذلك بقولها " ..... ومن حيث ان ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ وظروفها وما أفرزته من اضطرابات اجتماعية واحتجاجات وقطع للطرق وتعطيل للمصالح متأثرة بحالة الانفلات الأمني والتظاهرات والاعتصامات التي عمت ربوع مصر، وما إلى ذلك من ظواهر أدت إلى تعطيل حركة العمل بالمشروعات المتعاقد عليها قبل الثورة، ومن هذا المنظور فإن الثورة تعد من قبيل الظروف الطارئة التي تتوافر فيها جميع شروطها، فلا يمكن اجتنابها ولا توقعها ولا يستطيع الانسان دفعها وهي خارجة عنه، وقد انهكت الحكام وفجاتهم فناهيك عن عموم المتعاقدين، وهي ان نشأت لا دخل للمتعاقد فيها ولا خطأ سابق للجهة المتعاقدة تسبب في اندلاعها، فإنها ولا شك ظروف طارئة تقتضي المشاركة بين الدولة ومتعاقديها على أساس المسئولية الاجتماعية لهما بلا خطأ .

ومن حيث أن حكم الالتزامات التعاقدية التي تعذر تنفيذها خلال فترة الثورة تختلف عن تلك التي صارت مستحيلة، ففي ظل الظروف التي مرت بها البلاد خلال الثورة، وكانت بعض العقود المتضمنة لبعض الالتزامات التعاقدية واجبة التنفيذ في تلك الفترة، سيما المرتبطة بجدول زمني، مما ألقى بظلاله على كمال تنفيذ تلك العقود، فيقتضي بداءة التفرقة بين الالتزامات التعاقدية التي أصبحت مستحيلة التنفيذ ويتحقق بشأنها الاعفاء الكلي، وبين تلك التي أصبح في تنفيذها ارهاق لأي من طرفي العلاقة التعاقدية فيختل التوازن الاقتصادي للعقد إلى حد يصير معه تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاقاً يهدد المدين بخسارة فادحة، ويتحقق بشأنها الاعفاء الجزئي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين حتى يذوب الالتزام المرهق الذي جاوز حدود السعة ليضحى كلاً غير منقسم في بوتقة الحد المعقول، وسلطة القاضي الإداري في مراقبة الجهة الإدارية لمدى اختيارها الطريق المناسب لمعالجة الآثار المترتبة على الثورة، فلا يرجع كل خسارة على عاتق المدين المتعاقد وحده، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيبه

ويصـــل بها إلى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقســـم ما يزيد على ذلك من خســـارة غير مألوفة على المتعاقدين وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما " [٣٨] .

- **تقييم دور القضاء الوطني في مواجهة مخاطر تنفيذ العقود الدولية :**

على الرغم من أن القاضي الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل بتسوية المنازعات الناجمة عن العقود التي يجري تنفيذها في الدولة، ما لم يكن هناك اتفاق بين طرفي العقد الدولي على خلاف ذلك، فإن هذا المبدأ قد تعرض للعديد من سهام النقد التي تشكك في قدرته على حسم منازعات العقود الدولية، وهذا الإعتقاد أضحى السمة العامة السائدة لدى المستثمر الأجنبي، وأن التسوية القضائية ليست أفضل السبل لحسم منازعات العقود الدولية، خاصة عند حدوث مخاطر أثناء التنفيذ[٣٩]، ولعل أهم أسباب ذلك يتمثل في :

(١) الشك في حياد القاضي الوطني حيال نظره منازعات عقود تكون الدولة طرفاً فيها، في مواجهة طرف أجنبي، وذلك لأن قضاة الدولة مهما بلغ تجردهم من أي ميل نفسي ووجداني، فإنه لا يمكنهم التخلص من وجهة نظر دولتهم، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالاقتصاد الوطني للدولة[٤٠] .

(٢) ان الإجراءات القضائية (العادي – الإداري) تتسم عموماً يكونها بطيئة ويرجع ذلك في المقام الأولي إلى أن محاكم الدولة مثقلة بملايين القضايا، نتيجة تراكم القضايا على القاضي، علاوة على تعدد درجات التقاضي التي تتيح للطرف الخاسر إمكانية إعادة النظر ومراجعة وقائع النزاع والحكم فيها مرة أخرى، وهو ما لا يتناسب مع طبيعة وخطورة المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الدولي، والتي تتطلب السرعة في حسم منازعاتها، ذلك أن النزاع قد يرد

( )[٣٨] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٦٢٦ لسنة ٦٢ ق. عليا، بجلسة ٢٠١٨/١/٢٣ .

()[٣٩] د/ حازم حسن جمعه، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، صـــ ١٩٠ .

()[٤٠] د/ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس،٢٠٠٤، صـــ ٣٣٢ .

على مخاطر مالية تحتاج إلى إعادة التوازن لكي يستمر تنفيذ العقد من ناحية، وحتى لا تزداد خسائر الأطراف من ناحية أخرى[٤١] .

(٣) افتقار القضاة – غالباً – إلى الخبرة الفنية الدقيقة اللازمة لحل منازعات العقود الدولية المعقدة، كما قد لا يتمتع القضاه دائماً بتدريب كاف على حسم منازعات ذات طبيعة مركبة وفنية مثل عقود نقل التكنولوجيا وتسليم المفتاح واستغلال الثروات الطبيعية وغيرها من العقود التي تتطلب الجمع بين الخبرة القانونية المتخصصة والخبرة الفنية في فهم طبيعة هذه العقود وخصوصية منازعاتها وصولاً للحل الملائم للنزاع، وهو ما لا قد يتوافر في القضاء الوطني[٤٢].

---

[٤١] ويضرب الفقه أمثلة لذلك بأن النزاع بشأن تنفيذ عقد دولي يكون هناك كم هائل من المستندات التي يضطر القاضي إلى ترجمتها، أو انتظار المتعاقد لدفعات مالية مجمدة حتى يتمكن من مواجهة مخاطر ارتفاع الأسعار، ومن ثم تكون

هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في المنازعات بشأنها مع بطء إجراءات التقاضي، ثم يأتي دور العن على الأحكام، وهو ما لا يتفق مع تطلب السرعة في مواجهة المخاطر التي تؤثر على تنفيذ العقود الدولية .

للمزيد راجع : د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق بجامعة بيروت،

العدد السابع، يوليو ٢٠٠١ ، صـــــ ١٢٤ .

[٤٢] د/ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، صـــــ ٣٣٣ .

المبحث الثاني

دور المحكم لإعادة التوازن في العقد الإداري الدولي .

لعب المحكم الدولي دوراً هاماً في مواجهة المخاطر غير العادية وإعادة التوازن المالي للعقد مرة أخرى ، وتعويض المتعاقد وسوف نتناول دور المحكم لإعادة التوازن من خلال التطبيقات في قضايا التحكيم على مطلبين :

المطلب الأول : إعادة التوازن من خلال التعويض .

المطلب الثاني : تطبيق المحكم لنظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن .

المطلب الأول

إعادة التوازن من خلال التعويض

(١)دور المحكم في التعويض عن التأخير في فروق الاسعار :

" وحيث أنه ولما كان المحتكم ضده قد تأخر في اعتماد لجنه دراسات الاسعار المقدمة من الشركة المحتكمة من ٢٠١٧/٥/٢٨ وحتى تاريخه هذا الى جانب توقف الاعمال بالمشروع منذ تاريخ ٢٠١٧/٧/٢٥ وحتى تاريخه ولم يتم استثناء الاعمال الامر الذي أدى الى دخول البلاد في الفترة التي نشبت فيها الحرب الروسية الاوكرانية بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٢٤، واثرت تلك الازمه العالمية بالسلب على الاقتصاد العالمي وحدثت بعض التغييرات الاقتصادية العالمية نتج عنها انخفاض سعر الجنيه المصري امام الدولار الامريكي الامر الذي ادى الى ارتفاع اسعار المواد الخام ونقص المتاح منها بالسوق المصري واثر ذلك بالسلب على قطاع المقاولات، وهو الامر الذي يستوجب الزام المحتكم ضده بدراسة اسعار كميات بنود الاعمال سواء التي سوف تنفذ او التي تم تنفيذ جزء منها وسيتم استكمالها وذلك من بعد مستخلص رقم (١٥) وحتى انتهاء تنفيذ الاعمال طبقا لسعر السوق وقت التنفيذ وذلك عن طريق لجنه مشكله من الطرفين وبرئاسة ممثل من وزاره الاسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية ..... ولما كان عدم سداد مبلغ فروق الاسعار التقديرية والاسعار المعتمدة وكذلك استقطاع المبالغ المعلاة لحين مد مدة العملية والمبال والمبالغ المستقطعة لحين مد المدة وكذلك المبالغ المخصومة لحساب ورود شهاده

التأمينات قد خصمت بدون وجه حق من مستحقات الشركة، فانه ينطبق عليها ما ورد بنص المادة (٢٢ مكرر) من القانون ٨٩ لسنه ١٩٩٨ والتي تنص على " تلتزم الجهة المتعاقدة بان تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل وفقا لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم المستخلص لها، تلتزم خلالها مراجعته والوفاء بقيمه ما يتم اعتماده، والا التزمت بان تؤدي للمتعاقد تعويضا يعادل تكلفه التمويل لقيمه المستخلص المعتمد عن فتره التأخير وفقا لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي الامر الذي يتعين معه القضاء بالزام المحتكم ضده بأداء مبلغ ـــــــــــــــــــــــــــــــ جنيه قيمه التعويض عن فتره التأخير في فروق الأسعار "[٤٣].

(٢) دور المحكم في التعويض عن التأخير في سداد مستحقات المتعاقد :

" ..... وحيث تبين من خلال المستندات المقدمة من الشركة المحتكمة تأخر المحتكم ضده في سداد مستحقاتها طبقا لما اوجبه القانون ووفق المقدم منها فيتعين اعمال حكم القانون في هذا الشأن وقدمت بيانا معتمدا بحساب تلك التعويض وكذلك بيان صادر من البنك المركزي يفيد سعر الائتمان والخصم المعلن والذي تم على اساسه حساب تلك التعويضات، ولم يقدم المحتكم ضده ما يغاير ذلك من ان المستحقات قد تم سدادها في مواعيدها .

وعلى ذلك تقضي الهيئة بالزام المحتكم ضده بأداء مبلغ ـــــــــــــــــ جنيه قيمة التعويض عن التأخير في سداد المستحقات وكذا مبلغ ـــــــــــــــــ جنيه قيمة التعويض عن التأخير في سداد مستخلصات المحتكمه "[٤٤].

(٣) دور التحكيم في ارساء مبدأ التوازن العقدي ومعالجة الاختلال في العقدية لتغيير الظروف :

يرى البعض أن ذاتية التحكيم في ارساء مبدأ التوازن العقدي بين طرفيه نتيجة تغيير الظروف، تتضح في الفرض الذي لا يختار الأطراف فيه القانون الذي يتعين على المحكم الدولي تطبيقه، فهنا يظهر دور التحكيم كوسيلة مناسبة في حسم المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذه العقود التي لا تنطوي على بنود تشير الى القانون واجب التطبيق عند نشوء نزاع او خلاف بين أطرافه . أما الفرض الذي يختار الأطراف فيه القانون الذي يتعين على هيئة التحكيم تطبيقه، لا يثير مشاكل في نطاق قانون التحكيم الدولي، حيث

---

[٤٣] حكم هيئه التحكيم في الطلب رقم ٣٢١ لسنه ٢٠١٩، بجلسه ٢٠٢٣/٣/١٩ .

[٤٤] حكم هيئة التحكيم في الطلب رقم ٢٠١٩/٣٢١ ، بجلسة ٢٠٢٣/٣/١٩.

تلتزم هيئة التحكيم كقاعدة عامة بما ورد في القانون من أحكام وآليات لمعالجة الاختلال في الآداءات العقدية [٤٥].

وقضت هيئه التحكيم بأنه " ..... ونظراً للظروف التي صاحب المشروع وذلك سواء كانت من الظروف الاقتصادية او جائحه كورونا او الحرب الروسية الاوكرانية وصدور العديد من القرارات السيادية لمد مدد تنفيذ المشروعات .

ومن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ووفقا للعدالة انه حينما تزيد مدة التنفيذ عن الحد المعقول انه من حق المقاول ان يحصل على اعباء اضافيه قيمه مد مدد التنفيذ وهو ما اشارت اليه المادة (٦٥٨ /٤) من القانون المدني . مفاد ذلك انه متى وجد بعد صدور عقد المقاولة حادث من الحوادث غير المتوقعة الاستثنائية وأدى لارتفاع اسعار السلع والمواد الاولية او الاجور او زيادة تكاليف العمل مما يكون معه تنفيذ العقد مرهقاً للمقاول فان للقاضي رد الالتزام المرهق للحد المقبول واصلاح هذا الخلل بإعادة التوازن المالي للعقد . وبالتطبيق على الحالة الراهنة ومستندات التحكيم في العقد قد تم مده ارادياً او بقوة القانون لمدد عديده مما ادى لإرهاق المقاول واختلال التوازن الاقتصادي للعقد وكلفه اعباء من سداد وثائق التامين وخطابات الضمان وعلى ذلك فانه يجب ان يتم بتعويض المقاول عن هذا الضرر والخسارة التي لحقت به من مد مدة التنفيذ فيما يتعلق بأعباء مد العمل بخطابات الضمان بمبلغ ـــــــــــــــــــــــــــ جنيه ومد العمل بخطاب التامين النهائي بمبلغ ـــــــــــــــــ جنيه " [٤٦].

ينتقد البعض [٤٧] دور التحكيم في معالجه اختلال التوازن في العقود الدولية، بل ويعد من اوضح الوسائل لإحداث اختلال التوازن في العقود الدولية والوطنية على حد سواء لان قواعد التحكيم في قانون التحكيم المصري تسمح بدون قيود للطرف القوي في العقد بزعم حريه الادارة ان يفرض على المتعاقد الضعيف القواعد القانونية التي تحقق مصالحه، ومن ثم الافلات من نطاق تطبيق القواعد الآمرة في القانون المصري التي تهدف الى حمايه ضعف المتعاقد الاخر .

---

[٤٥] د / سلامه فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، صـــ ٥٦٠ .

[٤٦] حكم هيئه التحكيم في الطلب رقم ٢٩٣ / ٢٠١٩ ، تحكيم اجباري ، بجلسه ٢٠٢٣/٢/٥ .

[٤٧] د/ سلامه فارس عرب، وسائل معالجه اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رساله دكتوره، كليه الحقوق، جامعه القاهرة، ١٩٩٨، صـــ ٥٩٩ .

(٤) دور المحكم في إرساء مبدأ عدم احتساب المدة الحاصلة بين تاريخ انتهاء العقد وتاريخ سحب الأعمال :

قضت هيئة التحكيم بأن " للعقد لم ينتهي نهاية طبيعية بانتهاء الأعمال بعد مدة تأخير تقدر بـــــ (٤٥) يوماً، ولكن العقد المهني بسحب الأعمال ولم ينفذ العقد، ولهذا لا تحتسب المدة الحاصلة بين تاريخ انتهاء العقد الحاصل بتاريخ ـــ وتاريخ سحب الأعمال بتاريخ ـــــــــــــــــــــــــــــــ لأنه ليس تاريخ انتهاء الأعمال اصلياً، وكذلك في ضوء أن العقد الدائر بينهما حدد كيفية حساب التعويضات النقدية في حالة الأخلال بتأخر المحتكمة أصلياً في التنفيذ استعمالاً لسلطاتها التي منحها لها القانون والعقد، وبما لها من صلاحيات غير عادية حرصاً على سير المرفق العام بانتظام واضطراد " [٤٨].

المطلب الثاني

تطبيق المحكم لنظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن

المسئولية العقدية عن توقف الاعمال ظروف طارئه واعاده التوازن المالي للعقد :

" ..... وحيث انه تبطاً للثابت من الوقائع السابق بينها ان الاعمال قد توقفت لأسباب المبينة سلفا لتنفيذ الاعمال .

ولما كانت ما تقضي به المادة (١/١٤٧) من القانون المدني بصدد نظريه الظروف الطارئة وتطلب فيها المشرع ضرورة اعاده التوازن المالي للعقد وذلك بإعادة الحال للحد المعقول وذلك لرفع الارهاق عن كائن المتعاقد مع الجهة الإدارية .

ونظرا للظروف التي صاحبت تنفيذ العقد الماثل وموقع المشروع وما لحقه من مد مدة تنفيذه في العديد من المراحل مما يدل على ان الشركة المحتكمة المنفذة للمشروع لم يكن الاخلال من جانبها وانما يرجع للادارة واخلالها بالتزاماتها .

---

[٤٨] حكم هيئه التحكيم في الدعوى رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠١٦ تجاري كلي أبوظبي، بجلسة ٢٠١٨/١/١٨، مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري .

ومن ثم فان الامر معقود لها في اتخاذ اللازم اما بإنهاء التعاقد على حالته الراهنة او تعويض المقاول وذلك بإعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد وتنفيذه لاستمرار سير المرفق العام .

وعليه تنتهي هيئه التحكيم لإجابه الشركة المحتكمة لطلبها في هذا الشأن الا انها تكتفي بالزام المحتكم ضده بأداء مبلغ ـــــــــــــــــ جنيه كأعباء ماليه نتيجة مد مده التنفيذ " [٤٩].

اعادة التوازن المالي وفقاً لدراسة أسعار السوق :

تقرر المادة (٦٥٨/ ٤) من القانون المدني المصري على انه " اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كلا من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وتداعى بذلك الاساس التعاقدي الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي ان يحكم بزيادة الاجر او فسخ التعاقد " ..... وحيث ان الشركة قد صادفت العديد من العوائق حالت دون نهايته في ٢٠١٩/٤/٢٨، وقام المحتكم ضده بمد مدة المشروع حتى ٢٠٢١/١٢/٨ وان المشروع قد صادفه معوقات استثنائية لم تكن متوقعه وذلك مثل جائحه كورونا وكذلك الحرب الروسية الأوكرانية . وقامت الشركة بتقديم مستخلص فروق اسعار وفقا للعقد وفقا للقواعد المحددة ولم يتم صرفه دون سبب . وعلى ذلك وطبقا لأحكام القانون وما استقرت مبادئه طبقا للعرف والعدالة فانه يجب اعاده دراسة اسعار العقد طبقا لما تحكمه قواعد المقاولات والتي تطبقها وزاره الاسكان باعتبارها الجهة المحايدة في هذا القطاع بل وهي الرئيس الاعلى لكلا من طرفي التحكيم الماثل ولا يوجد اي ضرر من قيام هذه الوزارة بإعادة احتساب الاسعار بواسطة خبير من طرفها وهو ما تقضي به هيئه التحكيم " [٥٠].

---

[٤٩] حكم هيئة التحكيم في الطلب رقم ٢٠١٩/٣٢١ ، بجلسة ٢٠٢٣/٣/١٩.

[٥٠] حكم هيئه التحكيم في الطلب رقم ٢٩٣ / ٢٠١٩ ، تحكيم اجباري بوزارة العدل، بجلسه ٢٠٢٣/٢/٥ .

المبحث الثالث

رقابة القضاء على أحكام تحكيم العقود الإدارية الدولية

وسوف نتناول الرقابة القضائية على أحكام التحكيم سواء كانت رقابة سابقة أو لاحقة في مطلبين :

المطلب الأول : الرقابة القضائية على صدور أحكام التحكيم في العقود الادارية .

المطلب الثاني : الرقابة القضائية اللاحقة على أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

المطلب الأول

الرقابة القضائية على صدور أحكام التحكيم في العقود الادارية

الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم في العقود الادارية الدولية :

التحكيم كطريق لحسم المنازعات الناشئة عن العقد الاداري الدولي يمر بعدة مراحل متابعه، ولا ريب أن هذه المراحل ترتبط ببعضها البعض ارتباطا لا يقبل التجزئة او الانفصام، وهذا يعني ان العيوب الموضوعية او الاجرائية التي تشوب اي مرحله من مراحله تؤثر في التحكيم كنظام قانوني واحد [٥١] ، ولذلك حرصت تشريعات التحكيم ـــ الحديثة ومن بينها التشريع الفرنسي والمصري والاماراتي ـــ على اتاحه دور رقابي لقضاء الدولة يبدا من المرحلة السابقة على التحكيم في العقد الاداري، من اجل متابعه الاجراءات من بدايتها الى ان نصل الى حكم تحكيم صحيح، ولهذا فالرقابة القضائية هنا وقائية .

---

[٥١] د/ رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، صـــــ ٧٠ .

وعلى هذا فان المشرع في تنظيمه للتحكيم نهج منهجا ينبئ عن االلتزام بالمبادئ الاساسية لضمانات التقاضي في تنظيمه لأحكام عدم صحه الحكم، فولوج الطعن على احكام التحكيم الصادرة وفقا لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤ يقتصر على حالات البطلان التي قد تشوب حكم التحكيم والتي تدور في مجملها حول بطلان الاتفاق على التحكيم او عدم صحه اعلان الخصوم او مخالفه تشكيل هيئه التحكيم للقانون او اذا فصل حكم التحكيم الاجباري في مساله بخلاف المسالة محل النزاع، او اذا وقع بطلان في حكم التحكيم اثر فيه كحكم قضائي ودفعه الى دائرة البطلان بمدارجه المختلفة ليكون كالعدم سواء بسواء، وعليه فان محكمه الطعن حال ممارسه رقابتها على حكم التحكيم يكون منهجها منحصرا فحسب في استبيان ما اذا كان قد حل به اي من الحالات المتقدمة للبطلان او ان العوار الذي اصابه يرقى به الى مرتبه البطلان الذي اثر في الحكم تأثيراً جسيما بقدر ينبغي معه الغائه ام ان الامر على خلاف ذلك، وجاء بريئاً من هذا البطلان، وذلك بصرف النظر عن موضوع المنازعة ذاته والمطاعن الموضوعية المثارة وما توصل اليه حكم التحكيم من نتيجة في الموضوع، ومرد ذلك ان نظام التحكيم المعني بهذا القانون يتمتع بطبيعة خاصه تتأبى مع اعاده طرح موضوع النزاع مجددا امام محكمه الطعن فهو يستوي نظاما قضائيا بديلا عن القضاء، ينبغي على طرفي التعاقد الانصياع لهذا النظام واللجوء اليه وحده اذا ما نص العقد المحرر بينهم على ذلك وكان مكللاً بموافقه الوزير المختص، حال شيوع الخلاف وتفشي روح الانقسام بينهما، بما لا مجال معه لإعادة طرح موضوع المنازعة مجددا على محكمه الطعن، فلا يجوز القاء حكم التحكيم الاّ اذا نال من الحكم بطلان جسيم او كان هذا البطلان قد اثر في الموضوع الذي فصل فيه الحكم، وهذا الامر يجد سنده في التمعن في الحكمة من وراء اصدار القانون المذكور الذي ينتظم التحكيم والتي مدلولها ينصرف الى تجنب ان يكون للموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم حلقات متتابعة من الطعون القضائية المتتالية، تعاود بحث الموضوع مجددا، بما يطيل من امر التقاضي وبقاء الموضوع المطروح معلقا في اروقه المحاكم، لذلك فان الاقتصار على استبيان مدى بطلان حكم التحكيم المطعوم فيه على الوجه المتقدم دون الخوض في موضوع المنازعة، هو الملجأ لإعمال الفلسفة التي شيدت عليها مواد هذا القانون وتعزيزها، والمنهج لتحقيق مآرب المشرع التي يصبو اليها من وراء اصداره [٥٢] .

المطلب الثاني

الرقابة القضائية اللاحقة على أحكام التحكيم في العقود الإدارية الدولية

---

[٥٢] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٩٧٠٣ لسنه ٥٥ ق . عليا، بجلسه ٢٠١٨/١٢/٢٥.

الرقابة القضائية اللاحقة على التحكيم في العقود الادارية الدولية .

لا تقف رقابة القضاء عند المرحلة السابقة على اجراء التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، ولكنها تمتد لتشمل المرحلة اللاحقة على هذه العملية، اي مرحله ما بعد صدور حكم التحكيم .

ولا ريب في اهميه هذه الرقابة على اعتبار ان حكم التحكيم كمنتج قضائي بشري قد يرد عليه الخطأ او السهو، مما يفضي الى عدم صحته، هو الامر الذي يوجب خضوعه لرقابه القضاء بغيه تمكين الخصم الخاسر من تفادي الضرر الناتج عن ذلك، سواء عن طريق اصلاح هذا الحكم او ابطاله [١] .

وتكمن رقابة القضاء على حكم التحكيم اما بمناسبه الطعن عليه او بمناسبه تنفيذه وسوف نتناول هذه الصور من الرقابة على النحو التالي :

- **رقابة القضاء على حكم التحكيم وموقف التشريعات من الطعن عليه [٢] .**

تباينت تشريعات التحكيم تجاه مساله الطعن على حكم التحكيم، فبعض التشريعات مثل قوانين امريكا اللاتينية عاملت هذا الحكم كحكم القضاء، وذلك بخضوعه لطرق الطعن نفسها المقررة في النظام القضائي الوطني[٣] وقد تبنى المشرع الفرنسي اتجاهاً قريبا من ذلك، خاصه فيما فيما يتعلق بأحكام التحكيم الداخلية، حيث اجاز الطعن عليها بطريق الاستئناف والتماس اعاده النظر، وطعن الخارج عن الخصومة، ودعوى البطلان، وفضلاً عما تقدم، فان مجلس الدولة الفرنسي جعل طريق الطعن بالاستئناف متاح بقوه القانون في احكام التحكيم الصادرة في العقود الإدارية

وفي المقابل مما تقدم، نجد بعض القوانين ـــــ لا سيما التي تأثرت بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ـــــ لا تؤمن بالتطبيق المشترك بين نظام التحكيم وطرق الطعن المختلفة [٤] ، فاتجهت الى تحصين

---

[١] د/ محمد نور عبد الهادي شحاته، الرقابة على اعمال المحكمين، مرجع سابق، صـــــ ٢ .

[٢] د/ ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، صـــــ ٢١٨.

[٣] د/ احمد علي السيد خليل، مدى تعايش التحكيم والطعن معا، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية، المؤتمر العلمي الثانوي السادس عشر بمركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، المجلد الثالث، ٢٠٠٨، صـــــ ٨٧٥ .

[٤] يجيز المشرع الفرنسي امكانيه الطعن على حكم التحكيم بالاستئناف (م ١٠٢٨) من قانون المرافعات الفرنسي، الطعن بالتماس اعاده النظر(م ١٠٢٤)، التظلم من التنفيذ (م ١٠٢٨)، وبصدور قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد اخذ المشرع بدعوى البطلان في حكم التحكيم الدولي .
د/ رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، مرجع

تحصين حكم التحكيم ضد طرق الطعن العادية وغير العادية، ولم تبقى الا على طريق واحد هو طريق الطعن ببطلان هذا الحكم مثل قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤.

ويستفاد مما سبق ان المشرع المصري ومن سار على نهجه [١]، اجاز الطعن على حكم التحكيم بمقتضى المادة (١/٥٢) من قانون التحكيم حيث نصت على انه " لا تقبل احكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها باي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

وغني عن البيان أن دعوى البطلان لا تبنى على اساس يهدف لمراجعه تقدير المحكمين وعدالتهم، ولكنها تقتصر على حالات الخطأ في الإجراءات [٢] .

رأي الباحث :

ان طريق البطلان هو طريق خاص ومستقل للمساس بحكم التحكيم يتلائم مع النشأة الاتفاقية لنظام التحكيم قصد به المشرع مواجهه ما يشوب هذا الحكم من عيوب تقدح في صحته بوصفه عملا قانونيا ، مع الاخذ في الاعتبار ان دعوى البطلان تتيح لقضاء الدولة ممارسه دور رقابي مهم على حكم التحكيم الصادر في العقد الاداري الدولي .

- **موقف القضاء من بطلان احكام التحكيم في العقود الإدارية .**

سوف نتطرق لبعض الاحكام التي تتعلق بالمخاطر التي تواجه العقود الادارية، ولجوء أطراف العقد الى التحكيم، ثم الطعن عليه بدعوى البطلان وذلك على النحو التالي :

(١) قضية شركه ايتالورك الايطالية مع هيئه النقل المصرية :

سابق، صـــــ ٣٦٣ .

[١] وهذا ما اخذت به محكمه استئناف القاهرة بان " الثابت ان التحكيم المطعون في حكمه بالدعوى الحالية جرى خارج مصر (سويسرا)، ولم يتفق طرفاه على سريان احكام قانون التحكيم المصري عليه، لذلك لا يخضع الحكم المطعوم فيه للتنظيم القانوني لدعوى البطلان التي يعرفها قانون التحكيم المصري، فمقر التحكيم في سويسرا وخضعت اجراءاته لقواعد تحكيم المحكمة الرياضية الدولية الفيفا " .

راجع : حكم محكمة الاستئناف القاهرة في الدعوى رقم ٥٥ لسنه ١٣٠ ق، تحكيم تجاري، بجلسه ٢٠١٥/٢/٣، منشور بمجله التحكيم العالمية، العدد (٢٨)، اكتوبر ٢٠١٥، صـــــ ٥١٩ .

[٢] حكم محكمه استئناف القاهرة في الدعاوى ارقام ٣٩ لسنه ١١٩ ق، ٥٤ لسنه ١١٩ ق، جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ .

تتلخص وقائع هذه القضية في انه بموجب عقد أبرم بين كل من هيئه النقل العام المصرية وشركه ايتالورك الايطالية، بمقتضاه تلتزم هذه الاخيرة بتقديم المواد الاولية وقطع الغيار للجهة الادارية المتعاقدة (هيئه النقل العام) وكان هناك بند في العقد يتضمن شرط تحكيم لدى غرفه التجارة الدولية بباريس، وكان القانون المصري الواجب التطبيق باتفاق الطرفين، ونتيجة لوجود صعوبات ومخاطر في تنفيذ العقد، لجات الشركة الايطالية للتحكيم، فأصدرت هيئه التحكيم (غرفه التجارة الدولية بباريس) حكماً بالزام الحكومة المصرية بان تدفع مبلغ ـــــــــــــــ على سبيل التعويض طبقا للقانون المدني المصري ، طعنت الجهة الادارية على هذا الحكم امام محكمه استئناف القاهرة لاستبعاده القانون الاداري الواجب التطبيق وليس القانون المدني باعتبار ان العقد محل نزاع عقد اداري، وعند فحص محكمه استئناف القاهرة هذا الطعن، تحققت اولاً من طبيعة العقد وتوصلت لتكييفه بانه عقد اداري لتوافر الشروط الثلاثة المعروفة (شخص معنوي عام ـــ يتعلق بمرفق عام ـــ شروط استثنائية)، وبناء على ذلك رأت المحكمة ان القانون الواجب التطبيق باتفاق الطرفين هو القانون الاداري المصري وليس القانون المدني، ونظراً لعدم التزام هيئه التحكيم بذلك، فان حكمها التحكيمي يكون باطلا لاستبعاده القانون الواجب التطبيق وفقاً لنص المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصري [١] .

(٢) قضيه شركه يوروتانل .

تتلخص وقاع هذه القضية في انه بموجب عقد ابرام في ٢٩ يوليو ١٩٨٧ بين كل من خطوط السكك الحديدية الفرنسية والبريطانية وشركه يوروتانل، بمقتضاه يكون لهذه الاخيرة حق امتياز استغلال النفق تحت بحر المانش، وقد احتفظت الاولى بمقتضى بند في العقد بحق استغلال نصف النفق مقابل دفع رسوم للطرف الثاني .

وكان البند ٣٠ من العقد الدولي يتضمن شرط تحكيم في حاله فشل المساعي الودية، وذلك في غرفه التجارة الدولية بباريس، وكان القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق بمقتضى اتفاق الطرفين طبقا للبند ٢٩ من العقد .

---

(١) حكم محكمه استئناف القاهرة الصادر بجلسه ٧ سبتمبر ١٩٩٥، مشار اليه لدى : د/ محمد عبد الرؤوف علي، دراسة تحليليه للقضاء المصري في دعاوى بطلان احكام التحكيم، مجله التحكيم العربي ـــ العدد (٦) ـــ اغسطس ٢٠٠٣، هامش صـــ ١٤٨ .

وعند تنفيذ العقد ونتيجة للمصاعب غير المتوقعة التي صادفت تنفيذ نفق المانش، فقد لجاءت شركه " يوروتال " للمساعي الودية من اجل اعاده التوازن للعقد، ونظراً لفشل هذه المساعي لجأت الشركة لهيئة التحكيم، فأصدرت حكماً بتلبية طلبات شركه " يوروتال "، وذهبت الى ان التحكيم التجاري الدولي يمكن للأطراف اختيار وتحديد القانون الذي يطبق على النزاع، وان اختيار التحكيم كنظام للفصل في منازعات عقود التجارة الدولية، سواء كانت عقود عاديه او دوليه، لا يتضمن اي تأثير على القواعد القانونية الواجبة التطبيق المختارة من قبل الخصوم [١]

(٣) شركه المقاولة المصرية .

وقضى بأن " ..... ان المادة الاولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤م قد اشارت في افصاح جهير الى انه بالنسبة الى منازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم يتعين موافقه الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، بل واكدت المادة المذكورة على انه لا يجوز للوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في هذا الاختصاص، وقد اجدبت الاوراق من ثمة ما يفيد موافقه الوزير المختص على اللجوء للتحكيم سبيلا لفض اي نزاع قد يثور اثناء تنفيذ العقد الماثل او بعد انتهائه، وان هذا النص مفترض العلم به، ولا يجوز التذرع بعدم العلم به اعلاء لقاعده عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ومن ثم يصبح ما ذكره الطاعن بصفته من ان تضمين هذا الشرط بالعقد يكون قد انطوى على غش وتدليس من هيئه المجتمعات العمرانية وجهاز مدينه ٦ اكتوبر ويؤدي الى زعزعة الاستقرار في الجهاز الاداري للدولة لا محل له في ضوء ضرورة العلم بالقانون وعدم جواز الاعتذار بالجهل به على النحو المتقدم، كما لا ينال مما تقدم ما نعاه الطعن بصفته على الحكم المطعون فيه من فساده في الاستدلال استنادا الى مخالفته صراحه البند (١١) من العقد سند الطعن والذي نص صراحه على ان اي نزاع ينشا بين طرفي العقد بسبب تنفيذ او تغيير العقد يتم حسمه عن طريق التحكيم الاختياري طبقا للقانون المنظم لذلك، اذ ان المحكمة لم تغفل هذا النص من العقد وانه طبقا للعقد المذكور ولمبدا العقد شريعة المتعاقدين فيتعين اعمال هذا النص بما يوجبه من اي نزاع ينشا بسبب تنفيذ العقد يتعين

([1]) Gerard Marco " la sentence arbitrale relative ala conventhon d utilisation du tunnel sous la manche par la sncf et la Britsh Rail" RFDI, XL 111, 1997, p. 810 .

حسمه عن طريق التحكيم الاختياري ولكن بشرط توافر موجباته التي يحددها القانون وهي موافقه الوزير المختص وهو شرط مفترض طبقا للقانون وان لم ينص عليه وذلك على النحو المشار اليه، الامر الذي يصبح معه ما نعاه الطاعن بصفته على الحكم المطعوم فيه غير سديد حريا بالرفض، مما يتعين معه تأييد الحكم المطعوم فيه ورفض الطعن لافتقاده لسنده القانوني السليم " [1] .

( )[1] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٦٦٩٣٥ لسنه ٦٤ ق . عليا، بجلسة ٢٠٢٢/٣/٢٢. طعنا على حكم التحكيم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم ٥٤٩ لسنه ٢٠٠٧، بجلسه ٢٠١٣/٢/٥.

الخاتمة

وهكذا وبعد ان وصلنا الى نهاية المطاف بهذه الدراسة وموضوعها (اليات مواجهه المخاطر في تنفيذ العقود العقود الإدارية – دراسة مقارنه) .

فقد تبين لنا ومن خلال تناولنا لتعريف المخاطر بانها " كل الاحتمالات المتوقعة وغير المتوقعة لوقوع ايه ظروف بمختلف انواعها تؤثر على تنفيذ العقد الاداري تختلف عن تلك الظروف التي ابرم في ظلها " كما تطرقنا الى تعريف العقد الاداري الدولي بانه " العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام مع شخص من أجنبي لأجل القيام بمشروعات عامه او تسييرها " .

وخلصنا ايضا ومن خلال الفصل الاول القاء الضوء على اليات مواجهه المخاطر وسلطه جهة الإدارة في التعديل الانفرادي لحجم الادعاءات او الاجواء المطلوب من المتعاقد تنفيذها والتي تتمتع بها جهة الإدارة دون حاجه الى نص، وما اعترف به القاضي الاداري للمتعاقد من حقوق حاله ممارسه جهة الإدارة المتعاقدة لتلك السلطة .

اما الفصل الثاني فتم تناول اليات مواجهه المخاطر غير العادية وهي المخاطر التي من شانها قلب اقتصاديات العقد او اعاده التوازن المالي مره اخرى لعقد الاداري وتناولنا فيه النظريات القضائية التي سطرتها احكام القضاء وتلقفتها شروح الفكر بمختلف المناهج العلمية واهم هذه النظريات (نظريه الظروف الطارئة – نظريه عمل الامير – نظريه الصعوبات المادية غير المتوقعة – القوى القاهرة)، وما اعترف به القضاء المتعاقد من حقف التعويض حاله توافر شروط آيا منها .

وفي ضوء ما سبق انتهينا الى مجموعه من النتائج والتوصيات وهي :

أولاً : النتائج :

١- بينت الدراسة ان مفهوم العقد الاداري الدولي لا يختلف عن غيره من العقود الادارية التقليدية الاّ في كون أحد طرفيه الدولة او أحد الاشخاص المعنوية العامة والطرف الاخر شخصاً اجنبياً مع توافر باقي معايير العقد الاداري فيه، وانتهت الدراسة الى تعريف العقد الاداري الدولي بانه هو العقد الذي يبرم في الغالب بين طرف وطني (الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة) وطرف اخر (اجنبي سواء شركه او فرد)، يتعهد بمقتضاه الطرف الاخير بأعمال او خدمات معينه مقابل اجر يتعهد به الطرف الوطني .

٢- يتطلب تنفيذ العقود الدولية وقتا طويلا ـ باعتبارها الأداة الفنية المناسبة ـ للمشروعات الضخمة في الدول، وقد يطرا اثناء ذلك من الظروف الطارئة والقوة القاهرة والمخاطر التي تجعل استمرار تنفيذ العقد من الصعوبة على المتعاقد ان يواجهها بمفرده، وتفادياً لهذه الاثار بدأت الدول في تبني اليات لتوزيع المخاطر .

٣- عرفت الدراسة المخاطر بأنها " امكانيه وقوع حدث او عدم وقوعه خلال فتره زمنيه معينه ولا يمكن توقع نتائجه من قبل الأطراف .
والمخاطرة هي امكانيه حدوث شيء خطير نتيجة عدم توقع مخرجات العملية التي تقوم بتنفيذها بسبب عدم التأكد المحيط بالعملية قيد التنفيذ .
وتتكون اي مخاطرة من عنصرين الاول : احتمال حدوثها سواء كان ذلك عليا او منخفضاً ، والثاني : النتائج المترتبة على حدوث المخاطر .

وانتهت الدراسة الى ان مخاطر العقد الاداري الدولي هي " تلك الاحداث التي تؤدي الى جعل الظروف الحقيقية التي تعتري تنفيذ العقد الاداري الدولي تختلف عن تلك المفترضة والمبنية على توقعات تكاليف تنفيذ العقد عند ابرامه " .

٤- تتنوع المخاطر التي تعتري تنفيذ العقود الدولية الى مخاطر طبيعية وسياسيه واداريه واقتصاديه، وقد تصدر الجهة الادارية العديد من اوامر التغيير يؤدي الى اختلال في التنفيذ .
٥- اوضحت الدراسة انه وان كان القضاء الوطني هو الجهة المختصة اصلاً بنظر المنازعة الناجمة عن تنفيذ العقود الدولية الاّ ان الصعوبات التي يواجهها المتعاقد الاجنبي عند لجوئه للقضاء الوطني تجعل هذا القضاء لا يتمتع بالرضاء التام من قبل المستثمر الاجنبي اضف الى ذلك جهل هذا المتعاقد بقوانين واجراءات التقاضي في البلد المضيف فضلا عن تخوفه من تأثر القضاء الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في دولته لهذا نجد ان المتعاقد الاجنبي يعرض عن اللجوء الى القضاء الوطني ويفضل غالبا اللجوء الى التحكيم الدولي .
٦- التحكيم وسيله من وسائل فض منازعات العقود الادارية ـ وبالأخص منازعات العقود الادارية الدولية ـ لأنه يسمح للمتعاقد الاجنبي من اختيار القواعد والاشخاص الذين يستند اليهم مهمة الفصل في النزاع بحكم ملزم، وهو بذلك يتناسب مع طبيعة هذه العقود .

ثانياً : التوصيات :

١- يوصي الباحث الجهة الادارية المتعاقدة ابداء مرونة في التعاقد عن طريق منح المتعاقد عند مواجهه مخاطر في التنفيذ مده اضافيه او تعويض بحسب الظروف، بحيث تمكن المتعاقد من اتمام تنفيذ العقد، وضمان سير المرفق العام، وعدم الحاق خساره بالمتعاقد في نفس الوقت .
٢- على جهة الادارة المتعاقدة تعزيز حق المتعاقد معها في اقتضاء التعويض، لمواجهه مخاطر تنفيذ العقد الدولي بما يعود بالمنفعة على المصلحة العامة، وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد .
٣- يمكن الاستفادة من التحكيم كآلية لفض منازعات العقود الادارية الدولية، لاسيما في ظل حركه الاستثمار الكبيرة التي تتبناها الدول، وحاجه الادارة الى التعاقد مع الشركات متعددة الجنسيات، والتي تفضل اللجوء الى التحكيم لذلك ينبغي وضع منظومه تشريعيه تتناسق مع هذه الاليه، ومراعاة ضوابط مراجعه بنود العقد المنظمة لشرط او مشارطة التحكيم من قبل الجهات المتخصصة قبل الموافقة على ابرام العقد .
٤- ضرورة تعديل واعاده التفاوض بالنسبة للعقد الدولي فيما يتعلق بالبنود التي تعالج المخاطر وتغير الظروف اثناء تنفيذ العقد .
٥- تطوير نماذج العقود الادارية الدولية بما يواكب التطور العالمي لهذه العقود، وعلى نحو يبين فيه حقوق والتزامات الاطراف في كل مرحله من مراحل العقد الاداري الدولي .