الرقم الدولي ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت في هذا العدد:

• تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي كأداة للعولمة (دراسة مقارنة).	• أ.د. اسماعيل صعصاع البديري • شرغام مكي نوري الشلاه
• حالات وقف وتأخير الاجراءات التنفيذية (دراسة مقارنة).	• أ.د. منصور حاتم محسن • أ.د. ايمان طارق مكي الشكري
• دور رأس المال البشري الأجنبي في تحقيق التنمية.	• أ.د. عبد الرسول عبد الرضا جابر • م.د نسيف جاسم محمد الكرعاوي
• الاعتراف بالشخصية القانونية للأحزاب السياسية وطرق انتهائها.	• أ.د. علاء عبد الحسن العنزي • م.د. اركان عباس حمزة

السنة الرابعة عشر ٢٠٢٢ العدد الاول

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN` ONLINE 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

▪ Rooting the idea of the international administrative contract as a tool for globalization (comparative study)	Prof. Dr. Ismail Sasaa Ghidan Dargam maaki Nuri
▪ Cases of stopping and delaying executive procedures (Acomparative study)	Prof.Dr.Mansoor Hatem Muhsin Pro.Dr. Iman Tariq Makki
▪ The role of foreign human capital in achieving development	Prof. Dr. Abdul-Rasoul AbdulRidha Dr. Nassif Jassim Mohammed
▪ Recognition of the legal personality of political parties and the means of ending it	Pro. Dr. Alaa Abdul Hassan Dr. Arkan Abbas Hamza

First Issue 2022 Fourteenth Year

No. Deposit in the Archives office–office 1291 for the national Baghdad in 2009

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	تأصيل فكرة العقد الإداري الدولي كأداة للعولمة (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع البديري ضرغام مكي نوري الشلاه	٩-٣٨
٢.	ضمانات الاستقلال الذاتي للعقد الإداري الدولي (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع البديري ضرغام مكي نوري الشلاه	٣٩-٦٤
٣.	حالات وقف وتأخير الاجراءات التنفيذية (دراسة مقارنة)	ا.د.منصور حاتم محسن ا.د.ايمان طارق مكي الشكري	٦٥-٩٠
٤.	التصرف الفعلي في المال المغصوب " دراسة مقارنة "	أ. د. منصور حاتم محسن م .عباس سهيل جيجان	٩١-١٥٧
٥.	دور رأس المال البشري الأجنبي في تحقيق التنمية	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا جابر م. د نصيف جاسم محمد الكرعاوي	١٥٨-١٧٦
٦.	الاعتراف بالشخصية القانونية للأحزاب السياسية وطرق انتهاءها	أ.د. علاء عبد الحسن العنزي م.د. اركان عباس حمزة	١٧٧-٢٠٣
٧.	مسؤولية المعلن عن مخاطر الاعلانات التجارية الالكترونية	ا.د ميري كاظم عبيد الخيكاني م.د فاطمة عبد الرحيم علي	٢٠٤-٢٢٨
٨.	أركان جريمة الاعتداء على الأمانات والمبرزات الجرمية	أ. د محمد اسماعيل ابراهيم حسين علي جابر	٢٢٩-٢٧٢
٩.	مبدأ الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي	ا.د. سرمد عامر عباس منتظر فلاح مرعي حسين	٢٧٣-٣٢٥
١٠.	التفسير القضائي لنصوص الدستور	ا.م.د ليلى حنتوش ناجي	٣٢٦-٣٥٧
١١.	الاختصاصات المنفردة لرئيس مجلس الوزراء في النظام البرلماني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.ليلى حنتوش ناجي حسام عزيز صويح	٣٥٨-٣٨١
١٢.	تصرفات المشتري في العقار المشفوع	أ.د. سعد ربيع عبد الجبار	٣٨٢-٣٩٩
١٣.	عقد نقل ملكية المركبات في ضوء التوجهات القانونية المعاصرة	ا.م.د اياس مكي عبد	٤٠٠-٤١٩
١٤.	دور منظمة التجارة العالمية في تحقيق التنمية الاقتصادية في بعض الدول انامية (دراسة حالة المغرب)	ا.م.د. اسماء عامر عبدالله	٤٢٠-٤٣٥
١٥.	القوة القانونية الناعمة للأمم المتحدة	أ.م.د بشير سبهان أحمد	٤٣٦-٤٥٣
١٦.	ماهية عقد البحث والتطوير التكنولوجي "دراسة مقارنة"	ا.م.د لبنى عبد الحسين عيسى م.م فارس كامل حسن	٤٥٤-٤٩٧
١٧.	إشكالية الأهلية القانونية في مرحلة التفاوض	أ.م.د. حامد شاكر محمود الطائي	٤٩٨-٥٣٤
١٨.	الاحكام القانونية الخاصة بحماية العلامة التجارية المشهورة (دراسة مقارنة)	م.د.ميثاق طالب عبد حمادي أ.م. د. نهى خالد عيسى	٥٣٥-٥٨٠
١٩.	موضوع الدعوى الدستورية	م.د. سعد غازي طالب	٥٨١-٦٠١
٢٠.	توزيع الاختصاصات الاتحادية	م.د.مرتجى عبدالجبار مصطفى م.د.حيدر سامي رشيد	٦٠٢-٦٢٩
٢١.	الضرورة الجنائية بين المانع والتبرير	م . د محمد جبار اتويه	٦٣٠-٦٦٤
٢٢.	التنظيم القانوني لمسؤولية المستثمر عن الخطأ البيئي- دراسة مقارنة –	م.د بان سيف الدين محمود	٦٦٥-٦٧٩
٢٣.	مشروعية اجراء التقنيات الطبية المساعدة على الحمل والانجاب	م.د فاطمة عبد الرحيم علي	٦٨٠-٧١٠
٢٤.	وسائل تسوية منازعات العقود النفطية	م.د فاطمة عبد الرحيم علي	٧١١-٧٤١
٢٥.	المعارضة البرلمانية واهميتها في تحقيق توازن القوى في الدولة	م.د. اقبال عبدالله امين	٧٤٢-٧٦٨
٢٦.	التزامات البنك في الاعتماد المستندي	م.د. سعد عبد اللطيف حسين	٧٦٩-٧٩٠
٢٧.	الدور التراكمي للجنسية في القانون الدولي الخاص	م.عامر علي صاحب	٧٩١-٨٥٥
٢٨.	نقل الدعوى الجزائية في القانون العراقي	م.م. محمد حمزه عويد	٨٥٦-٨٨٣
٢٩.	الضمانات التشريعية لرعاية ذوي الاحتياجات الخاصة	م. م . شيماء صالح ناجي عبود	٨٨٤-٩١٣
٣٠.	دور القاضي في الدعوى الجنائية من الناحية الاجتماعية (دراسة حول قضاء الأحداث في العراق)	م.م. حسين خليل مطر	٩١٤-٩٤٧
٣١.	اثر تقسيم الدوائر الانتخابية وجمعها في التمثيل النيابي	عقيل سعيد كاظم	٩٤٨-٩٨٩

ضمانات الاستقلال الذاتي للعقد الإداري الدولي

(دراسة مقارنة)

الأستاذ الدكتور

اسماعيل صعصاع البديري

الباحث

ضرغام مكي نوري الشلاه

كلية القانون - جامعة بابل

ملخص البحث

عمدت الدول والمتعاقدين معها في إطار العقد الاداري الدولي الى إتباع سبل أكثر واقعية، تستند الى الرضائية العقدية بين الطرفين في مواجهة المخاطر العامة التي تهدد الاستقرار الاقتصادي للعقد، مناطها تسليم طرفا العقد بالتعامل مع النتائج المترتبة عن ممارسة الدولة لسلطاتها العامة، وما تحدثه من اضطراب اقتصادي للعقد، مكرسين فيه فكرة الاستقلالية في التعامل مع المتغيرات بتقنية عقدية يتراضى عليها الطرفان. وبالقدر الممكن لضمان استمرار تنفيذ العقد بالشكل المطلوب.

ان الضمانات التعاقدية في العقد الاداري الدولي، ذات الاستقلال الذاتي في حقيقتها معمول بها في نظريات التوازن المالي للعقد الإداري بإطار الضمانات التقليدية للعقود الإدارية ، من ناحية صلتها بعادة ترتيب الالتزامات المتبادل بما يضمن توازن العقد وعدم تعرض توازنه العقدي والاقتصادي الى الاختلال، سوى إن من يقوم بهذه المهمة طرفا العقد وليس القاضي؛ لذلك تختلف عن ضمانات التحصين القانوني للعقد إن العقد الذي تبرمه الدولة ويتعلق بمصالح التجارة الدولية، يخضع للمراجعة من قبل الطرفين بمجرد أن تطرأ عليه مستجدات – بيد إنها تلتقي معها في مسألة فكرة المخاطر التي تستنهضها، فلا يُشترط فيها قلب اقتصاديات العقد بل يكفي في سبيل إعمالها ومراجعة العقد لمجرد أن يُصيب العقد الإداري الدولي عدم الاستقرار الاقتصادي، وتعرض مصالح المتعاقد المشروعة والمتوقعة الى الضرر .

وهي بذلك شروط عقدية قوامها مراجعة العقد من قبل الطرفين مع أي مستجد يطرأ عليه ويعرقل تنفيذه، لمنح المتعاقدين قدر من الحرية التعاقدية في مواكبة المخاطر والتعامل معها بمسلكين هما: التكييف القانوني للعقد الإداري الدولي بإعادة توزيع المخاطر والمنافع بين الطرفين أو إعادة التفاوض يصل الى ترتيب التزامات جديدة تضمن استمرار تنفيذ العقد .

المقدمة

أولا: التعريف بموضوع البحث:

وإن أظهرت المهمة الاستباقية لضمانات التحصين القانوني للعقد، بإجهاض المخاطر الإدارية والتشريعية من مصادرها – لتحول دون حدوث أي اضطراب يصيب استقرار النظام القانوني للعقد، كما تم الاتفاق عليه عند ابرامه – فاعليتها في حماية التوازن القانوني للعقد الإداري الدولي من الاضطراب، في المراحل الأولى. لكن بتواتر تطبيقها، برزت معها استحالة قانونية وواقعية بإمكانية الجزم بغل يد الدولة عن ممارسة سلطانها العام بشكل مطلق، خصوصاً ما يتعلق باتخاذها لمجموعة من الإجراءات العامة بذاتها هي مشروعة لتحقيق المصلحة العامة بموجب سلطتها التقديرية، بيد إن تواترها يتيح للدولة المتعاقدة الوصول الى نفس نتائج المصادرة المباشرة لحقوق، كالتأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء.

فضلاً عن أن مسلك الأساليب الذاتية العقدية في التعامل مع التطورات المستجدة عند تنفيذ العقد، يمتاز بمرونة اقتصادية أكثر، فهو وإن أتفق مع ضمانات التحصين القانوني للعقد في الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد؛ لأن ضمانات الاستقلال الذاتي للعقد الإداري الدولي لا تقف عند التعويض جراء قلب اقتصاديات العقد، بل تُستنهض للتعامل مع أي أجراء يمس توازنه الاقتصادي بعدم الاستقرار، لكنها تمتاز بالتسليم للدولة بممارسة تفوقها القانوني مقابل مراجعة العقد لمواجهة المخاطر الناجم عن هذه المخاطر؛ لذلك فهي ضمانات تتعامل مع نتائج المخاطر ولا تجهض أسبابها، وذلك لماز تقدم به من إعادة توزيع المخاطر الاقتصادية بين الطرفين، بما يحد أو يخفف من الضغوط الاقتصادية على المتعاقد.

ثانيا:- اهمية البحث:

تبدو أهمية البحث في حداثة هذه الضمانات التي تشكل منه عقداً ذكياً لما استجد عليه من مخاطر تعيق تنفيذ المتعاقد للعقد الإداري الدولي، وهي في الوقت نفسه لا تغل يد الدولة عن ممارسة حقها الانفرادي في تعديله وانهائه، فضلاً عن ممارستها لسلطتها التقديرية وفق مقتضيات

المصلحة العامة؛ لكونها تضمن مراجعة العقد وتتعامل مع النتائج المترتبة على المخاطر الإدارية والتشريعية والاقتصادية بتكييف مضمون العقد مع المستجدات بإعمال شرط استعادة التوازن الاقتصادي أو إعادة ترتيب الالتزامات من خلال شرط إعادة التفاوض.

ثالثا: -مشكلة البحث:

البحث في ضمانات المتعاقد ذات الاستقلال الذاتي للعقد في التعامل مع المخاطر التي تعيق تنفيذه للعقد الإداري الدولي يُثير عدة تساؤلات، لعل أهمها:

١- ما هي ضمانات الاستقلال الذاتي؟

٢- ما يميزها من حيث الأداء عن ضمانات التحصين القانوني للعقد الإداري الدولي؟

٣- ما صلة ضمانات الاستقلال الذاتي بنظريات التوازن المالي المعمول بها كضمانة تقليدية في النظرية العامة للعقود الإدارية ؟

٤- لماذا تُعد ضمانات أكثر واقعية وفعالة في تسهيل تنفيذ المتعاقد للعقد الإداري الدولي دون عوائق

رابعا:- منهجية البحث:

إن الركيزة الرئيسة لمنهج البحث في موضوع (ضمانات الاستقلال الذاتي في العقد الاداري الدولي) تَستَند على إتباع الاستقراء والتحليل للآراء الفقهية وقرارات التحكيم والقواعد القانونية المقارنة ذات الصلة؛ حتى يمكن فهم أبعادها ومقاصدها وذلك بهدف الاحاطة بجوانب الموضوع المختلفة بمنهجية موضوعية.

خامسا:- خطة البحث

سنبحث ضمانات الاستقلال الذاتي للعقد الإداري الدولي في مطلبين نخصص المطلب الاول لنظريات استعادة التوازن المالي للعقد الإداري. اما المطلب الثاني فسيتم التطرق فيه الى ما تحققه من الاستقرار الاقتصادي للعقد الإداري الدولي. ونختتم البحث بخاتمة نضمنها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي تم التوصل اليها.

والله الموفق

المطلب الأول

نظريات استعادة التوازن المالي للعقد الإداري الدولي

ما يسري على العقد الإداري التقليدي من إعمال لنظريات استعادة التوازن المالي، ينطبق على العقد الإداري الدولي، شأنه في ذلك شأن أي عقد إداري آخر؛ لاستمرار بقاء الالتزامات المتقابلة بين طرفيه عند تنفيذ العقد على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد قدر الإمكان، لا سيما أنه عقد طويل المدة نسبياً وأكثر تعرضاً للمخاطر التي تهدد توازنه العقدي عما سواه من العقود الإدارية؛ لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، هما: الفرع الأول – أساس نظريات استعادة التوازن المالي للعقد الإداري الدولي، الفرع الثاني – خصوصية نظريات استعادة التوازن المالي في العقد الإداري الدولي.

الفرع الأول

أساس نظريات استعادة التوازن المالي للعقد الإداري الدولي

لقد أبتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة التوازن المالي لأول مرة، بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز الخاصة بالنقل في القضية المعروفة (Cie francaise des tramways) بتاريخ ١٩١١ /٣/١١[١]. وأصبح موقفه أكثر وضوحاً في القضية المعروفة بـ (Aressy)، في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨٠ /٢/٢٢ إذ جاء فيه (... فإذا كان للإدارة أن تعيد النظر في بعض أوجه العقد (تعديل)، فعليها منح المتعاقد معها تعويضاً ، بمقاصة الأعباء التي ألقاها عليه، على وجه يعيد التوازن المالي الذي اتفق عليه الطرفان أصلاً وتحافظ على حقوق المتعاقد معها في التعويض...) [٢].

وبنفس المسلك المتقدم لمجلس الدولة الفرنسي، فقد تبنى القضاء الإداري في كل من مصر والعراق نظرية التوازن المالي للعقد في العقود الإدارية، استنادا الى نص في القانون المدني[٣] ؛ لطمأنة المتعاقد بإمكانية استعادة التوازن المالي للعقد الاداري في حالة حدوث خلل، نتيجة سبب خارج عن إرادة طرفي العقد أو إجراء قد اتخذته السلطة العامة الطرف في العقد لمقتضيات المصلحة العامة.

إذ أوردت المحكمة الإدارية العليا في مصر ما نصه (حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الاضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد وتحويره بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام ...) .[٤]

التوجه أعلاه ذاته، سارت عليه محكمة التمييز الاتحادية في العراق، وذلك ما صدر عنها بخصوص عقد مقاولة لتجهيز انابيب مجاري بلاستيكية جاء فيه (.. إن العقد مؤرخ في ٢٠٠٨/٧/٢٩ وان ادعاء المدعي بالإضافة الى وظيفته، إنه بسبب الازمة المالية العالمية كونها ظرف استثنائي. وطلبه بإنقاص الالتزام الى النسبة المنجزة حاليا. وقدرها ٦٠٪ (ستون بالمائة) من نسبة انجاز العقد، وكانت المحكمة قد استوضحت من البنك المركزي العراقي عن مدى تأثير الازمة المالية العالمية على الاقتصاد العراقي ومدى تأثيرها على العقد المبرم بين الطرفين. وقد أوضح البنك في كتابه المرقم ٢٦٩/١٦ في ٢٠١٠/٧/٢٦(المرفق بإضبارة الدعوى). بأن العراق لا يمتلك استثمارات بالأسواق المالية العالمية، لذا فأن الأزمة المالية العالمية لم تترك أي تأثير مباشر على السوق المالية العراقية ...)[٥] .

ومن خلال استقراء الأحكام السالفة الذكر، يظهر جليا أن القضاء لم يتناول مدلول فكرة التوازن المالي للعقد الإداري بالتفصيل من ناحية شروطها وماهيتها، بل ترك هذا الشأن الى طبيعة كل حالة على حدة، مما جعل هذه الفكرة محل جدل لدى الفقه. فذهب رأي الى رد فكرة التوازن المالي للعقد الى المبادئ العامة، التي تتعلق بتطبيق مقتضيات العدالة العقدية وحسن النية في التعاقد. حتى اصطلح البعض على تسميتها بفكرة التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته؛ لأنها لا تعني توازناً حسابياً مطلقاً، بل إعادة ترتيب حقوق والتزامات المتعاقد بنسق تناسبي موضوعي يتباين من حالة الى أخرى. لذلك، فوفقاً لهذا الرأي تأخذ آلية استعادة التوازن المالي للعقد الإداري صيغة توجيه عام يحافظ على طبيعة العقد الإداري بالكيفية التي اتفق عليه الطرفان. وذلك ما ذهب اليه الفقيه (DE SOTO). إذ أعتبر استعادة التوازن المالي للعقد الإداري فكرة عامة، يُراد

منها ضمان الشخص المعنوي العام الطرف في العقد بإعادة التوازن المالي للعقد عند حدوث أي اختلال بتوازنه، جراء فعل صادر من الإدارة أو لسبب خارج عن إرادة الطرفين. وهو بذلك يرجع التعويض لكل خلل يُصيب توازنه حتى لو لم يكن للإدارة يد فيه.(٦)

وفسر رأي آخر فكرة التوازن المالي، استناداً الى التعويض عن الضرر الذي يسببه الشخص المعنوي العام للمتعاقد أو لظرف خارج إرادة الطرفين. فليس من العدالة والانصاف ترك المتعاقد لوحده لمواجهة التزامات مالية لم يتوقعها أي من الطرفين لحظة أبرامه، من شأنها زيادة الأعباء المالية والإخلال بالتوازن المالي للعقد. وذلك ما ذهب اليه د. سليمان المطاوي. بقوله (..فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم، لأنه يضع نصب عينيه حقوقاً معينة ويعول عليها، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة والنقصان فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها...).(٧)

فيما تبنى توجه آخر ما توصل اليه اجتهاد القضاء الإداري، فأسند فكرة التوازن المالي للعقد الإداري إلى استمرار العمل بمرفق عام، الذي يعطي الحق للشخص المعنوي العام الطرف في العقد بتعديل التزامات المتعاقد بمرونة تنسجم مع مواكبته لمقتضيات المصلحة العامة واستمرار تنفيذه. بالمقابل، وللسبب ذاته (استمرار العمل بالمرفق العام) يقتضي أن يستعيد العقد توازنه المالي، بتقديم المعونة للمتعاقد وإعادة ترتيب الالتزامات المتقابلة، وفقاً لما اتفق عليه الطرفان لحظة ابرام العقد .(٨) ولكن، على الرغم من هذا التباين في تفسير فكرة التوازن المالي للعقد، تتفق آراء الفقهاء في نقطة واحدة مناطها، إنها تهدف في نهاية المطاف الى احتفاظ العقد الإداري بالحالة التي كان عليها وقت ابرامه. وعلى هذا النحو، فهي آلية خاصة تعيد ترتيب ما شاب الالتزامات والحقوق بين الطرفين من اختلال، وإعادتها أو تقريبها الى الوضع الذي كانت عليه النية المشتركة لحظة ابرام العقد.(٩)

مما تقدم، يمكن القول بأن فكرة استعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مستمدة في الأصل من قواعد القانون الخاص، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعلة استعانة القضاء الإداري بها، مرده خصوصية وجود شروط استثنائية في العقد الإداري لتسيير المرفق العام. إذ بموجبها يستطيع الشخص المعنوي العام الطرف في العقد، ممارسة سلطة انفرادية بتغيير شروط العقد أو إنهائه؛ لأجل مواكبته لما يطرأ على المرفق العام من متغيرات اقتصادية وإدارية. وهذا مما يجعل التزامات المتعاقد

قابلة للزيادة والنقصان على نحو يلبي متطلبات سير العمل بالمرفق العام. وذلك، بالمقابل يستلزم أيضاً أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة ونقصان، عملاً بمبدأين: الأول، إن المتعاقد شريك للشخص المعنوي العام في تسيير المرفق العام. والثاني، مراعاة النية المفترضة التي تم بموجبها إبرام العقد طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الثاني

خصوصية نظريات استعادة التوازن المالي في العقد الإداري الدولي

أسباب حدوث الاختلال في التوازن المالي للعقد الإداري عديدة، لعل أهمها: وجود ظرف اقتصادي طارئ، ليس لأي من المتعاقدين أي دور بقيامها، كالظواهر الطبيعية الزلزال والفيضان. أو ما تتخذه السلطات العامة غير الشخص المعنوي العام الطرف العقد من إجراءات تمس توازن العقد بالخلل، كإصدار تشريعات اقتصادية (قوانين أو أنظمة)، تؤدي الى ارتفاع الضرائب والجمارك، وهو ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة. وقد يكون مصدر الخلل في التوازن المالي للعقد الإداري، ممارسة السلطة العامة الطرف في العقد سلطتها الانفرادية بتعديل شروطه لمواكبة مقتضيات المصلحة العامة، وذلك ما يعرف بفعل الأمير. أو قد تظهر صعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، ذات طابع استثنائي لم يتوقعه المتعاقدان عند ابرام العقد تؤدي الى جعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة [١٠].

وبخصوص العقد الإداري الدولي، فأنه العقد الأكثر عُرضة الى المخاطر الاقتصادية والإدارية والتشريعية عما سواه من العقود الإدارية. لذلك، دأبت الدول الى تحصينه من مخاطر الاختلال وعدم الاستقرار القانوني والاقتصادي. وبالتالي، فالسياق التقليدي المتبع لاستعادة التوازن المالي جراء حدوث مخاطر إدارية وتشريعية، لم تعد له أهمية بالغة، سوى أنه ضمانة احتياطية مع وجود شروط تجميد العقد وثباته وعدم المساس به. فللمتعاقد الحق اللجوء الى المطالبة بالتعويض نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي. بيد إن ذلك لا يمنع من الاحتفاظ بإعمال نظريات التوازن المالي للعقد، كضمانة تقليدية تعزز من الضمانات الموضوعية المستحدثة، يمكن تطبيقها كأجراء احتياطي [١١].

وبالتالي، يرتكز التطبيق المباشر لنظريات التوازن المالي في العقد الإداري الدولي، على كل ما له من صلة بمخاطر طبيعية واستثنائية لا يد لأي من الطرفين بحدوثها، من شأنها قلب اقتصاديات العقد كحدوث ظواهر طبيعية استثنائية مثل الزلازل أو نتيجة لقيام حرب وانهيار سعر العملة لأزمة اقتصادية غير متوقعة. فضلا عما يتعرض اليه تنفيذ العقد من صعوبات مادية غير متوقعة.

وفيما يتعلق بالصعوبات المادية غير المتوقعة، فمصدرها أسباب طبيعية ذات طابع الاستثنائي لم يتوقعها أي من المتعاقدين عند ابرام العقد، تؤدي الى جعل العقد أكثر تكلفة – خاصة عقود الاشغال العامة وعقود البترول – مثل وجود صخور شديدة الصلابة أو انهيار اتربة تحتاج ازالتها الى تكلفة عالية أو وجود طبقة مائية يجب سحبها. وقد تكون الصعوبات المادية ليست ناتجة عن ظاهرة طبيعية وانما ناجمة من عمل اشخاص من غير المتعاقدين، مثل وجود أساسات خرسانية غير واضحة في الخرائط [١٢]. ولكي ترتقي الصعوبات المادية غير المتوقعة الى مستوى المخاطر، التي تستوجب إعمال مبدأ استعادة التوازن المالي للعقد الإداري الدول أن تبلغ من الجسامة الى حد قلب اقتصاديات العقد بشكل تؤثر بشكل مباشر في تنفيذ العقد وتجعله أكثر كلفة، وأن تكون خارجة عن إرادة الطرفي ولا يمكن توقعها. وهذا يُلزم المتعاقد يبذل أقصى ما بوسعه للإحاطة بكل ظروف التنفيذ للتأكد من تفوق الصعوبات على كل توقعاته .[١٣]

ويترتب على قيام الصعوبات المادية غير المتوقعة، حصول المتعاقد على تعويض كامل عن تكلفة مواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة، لتتفق نظرية الصعوبات المادية مع نظرية فعل الأمير بالتعويض الكامل عن كل النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد. وهي بذلك تختلف عن نظرية الظروف الطارئة بالتعويض عن تكملة الثمن، على أساس التكلفة الزائدة عن الأسعار الواردة في العقد. وإذا أدت هذه الصعوبات الى تأخير الاعمال فيُعفى من غرامات التأخير. وبالتالي، فلا يمكن للمتعاقد أن يتخلى عن تنفيذ العقد بحجة وجود صعوبات مادية غير متوقعة، إلا إذا أصبح تنفيذها مستحيلاً، وهنا نكون أمام نظرية القوة القاهرة، في حالة إن الصعوبات لم تكن موجودة اصلاً عند ابرام العقد [١٤].

بالإضافة الى ما تقدم، يمكن إعمال نظرية استعادة التوازن المالي للعقد الإداري بسبب حدوث ظروف استثنائية، شريطة حدوث ظرف خارج عن إرادة المتعاقدين، كاندلاع حرب أو كوارث طبيعية كالفيضان او الزلازل، يؤدي الى زيادة أسعار السلع ويؤثر بشكل غير مباشر على تنفيذ العقد حد قلب اقتصادياته. إذ تتجاوز الآثار المترتبة عن الظرف الاستثنائي الحد الأقصى للأسعار المتوقعة عند ابرام العقد .[١٥] وقد طور قضاء مجلس الدولة الفرنسي نطاق عدم التوقع بالنسبة للظرف الطارئ في سبيل تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية التي تم أبرامها قبل الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤. فلم يشمل العقود المبرمة أثناء الحرب، ومن ثم وسع اجتهاده نحو الخطر غير المتوقع بالنسبة للنتائج منذ صدور حكمه بخصوص قضية شركة المياه بتاريخ ٤/١١/ ١٩٣٢ [١٦] .

وعلى هذا النحو، ففي حالة تحقق شروط الظرف الطارئ المتقدم ذكرها، تلتزم الدولة المتعاقدة بتقديم المعونة الى المتعاقد وتوزيع أعباء الالتزامات المستجدة بين الطرفين. فيحصل المتعاقد على تعويض عما لحقه من خسائر أو يُعاد ترتيب الالتزامات، بطريقة تمكنه من الاستمرار بتنفيذ العقد،ولفترة مؤقتة تنتهي بنهاية الظرف الطارئ. وإذا استحال زوال الظرف الطارئ، فلكل من طرفي العقد الطلب بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة.[١٧]

وتأييدا لما يراه الفقيه الفرنسي (Mitchel) في أطار تفسيره لموضوعية فكرة التوازن المالي للعقد الإداري (.. هذه العقيدة تنطوي على قدر كبير من المرونة، وربما يتم الاحتجاج به من قبل المقاول الخاص ومن قبل الإدارة) [١٨]. فليس هنالك من مانع، أن يستعين طرفا العقد الإداري الدولي بفكرة نظريات استعادة التوازن المالي، وتطبيقها على العقود الإدارية الدولية؛ لمواجهة مخاطر لا يمكن الحد منها أو التخفيف من آثارها بضمانات تحصين العقد قانونياً [١٩].

فيتراضى الطرفان على استعادة التوازن الاقتصادي أو ترتيب الالتزامات من خلال إعادة التفاوض، بما يضمن الاستمرار بتنفيذه العقد الإداري الدولي بالشكل المطلوب، بدلاً عن القاضي الإداري، كما هو معمول في حالة العقود الإدارية التقليدية [٢٠]. وفي هذا الصدد، فالمصطلح الأكثر

انسجاماً مع فحوى العقد الإداري الدولي، هو إستخدام اصطلاح التوازن الاقتصادي؛ لما له من دلالة تشير الى العقود الإدارية والمدنية والتجارية، فضلاً عن إن أثرها ينصرف الى إعادة ترتيب الحقوق والالتزامات وان تطلب الامر العودة بالإرادة الى مرحلة تكوين العقد [٢١].

المطلب الثاني
الاستقرار الاقتصادي للعقد الإداري الدولي

لقد اتجهت الدول والمتعاقدين معها، نحو اتباع آلية عقدية تعتمد على التأثير المتبادل للطرفين في ترتيب المتغيرات الاقتصادية المستجدة الناجمة عن عدم الاستقرار القانوني للعقد الإداري الدولي، وقوامه تخفيف آثار النتائج الاقتصادية المترتبة عن اختلال التوازن العقدي ، جراد ممارسة الدولة المتعاقد لتفوقها القانوني، تحديداً بما يتعلق بممارسة سلطتها التقديرية في تحقيق المصلحة العامة ، وذلك يتم أما بإعادة توزيع المخاطر بين الطرفين لتكييف مضمون العقد بأقصى حد من الرضائية، أو البحث عن خلق توازنات جديدة بالاتفاق على شرط إعادة التفاوض. وهو ما سيتم تناوله في فرعين، الفرع الأول يتعلق بشرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي. الفرع الثاني يخص شرط إعادة التفاوض.

الفرع الأول
شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي

في الغالب، يأخذ المتعاقد بنظر الاعتبار موازنة العائد الاقتصادي الذي يمكن تحقيقه من المشروع محل العقد مقابل تنبؤاته عن المخاطر التي من الممكن أن يتعرض اليها. ومنها عدم أمكانية تخلي الدولة عن سلطانها العام الانفرادي، بتغيير مضمون العقد وفق مقتضيات المصلحة العامة، من خلال ما تصدره من قوانين ولوائح أو ما تتبعه من أساليب المصادرة المستترة لحقوق المتعاقد، التي تجعل من العقد في حالة من الاضطراب الاقتصادي المستمر، والذي يضر بالمصالح

المشروعة والمتوقعة للمتعاقد. بالمقابل، فالدولة وإن وجدت نفسها في حل من تقييد سلطتها بتغيير مضمون العقد حسب تغيير الظروف، فعليها مراعاة المصالح المتوقعة والمشروعة؛ لتعزز اطمئنانه بتنفيذ العقد(٢٢).

بالتالي، فغالبا ما يُخمن الطرفان عند ابرام العقد، المتغيرات التي من الممكن أن تطرأ عليه عند التنفيذ، فيتراضى الأثنان على آلية عقدية، من شأنها تكييف مضمون العقد بقدر تأهيله للتعامل مع المخاطر الناجمة عنها، بما يضمن استمرار تنفيذه قدر الإمكان. بمعنى آخر، يُجري الطرفان تخمين تعاقدي مشترك عند ابرام العقد، للتعامل مع مخاطر قد يتعرض اليها العقد عند التنفيذ. وهذا التخمين ينطوي على تقنية تعاقدية تُعيد ترتيب الالتزامات المتقابلة المستجدة، بتوزيع المخاطر بين الطرفين، ومن ثم توجيه النظام القانوني للعقد الى أقرب نية حسنة قد تم التراضي عليها عند ابرامه، بشكل يضمن العدالة العقدية والتوازن الاقتصادي بينهما. وذلك ما دأبت عليه اتفاقيات استكشاف النفط وانتاجه؛ لكونه يخضع لمتغيرات اقتصادية وفنية مستمرة، كذلك ما سارت عليه عقود النفط المبرمة من قبل دول الخليج العربي (٢٣).

وتأسيساً على ما تقدم، فمن شأن تضمين العقد الإداري الدولي، شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك بالاتفاق المسبق بين الطرفين على إعادة تكييفه وفقا لما تطرأ عليه من مستجدات، أنه يجعل التوازن الاقتصادي المستجد موائماً لإمكانية استمرار تنفيذه. فضلاً عن التقليل من احتمالية دخول المتعاقد في صراع مع سيادة الدولة، من دون أن يتمتع المتعاقد بأي استثناء بعدم سريان أي تعديلات تشريعات عليه. وعلى هذا النحو، فهذا الشرط يعزز من استقلالية العقد في مواجهة المخاطر التي تهدد توازنه، مستنداً في ذلك كفاءة عقدية ذاتية تراضى عليها طرفاه، من خلال ادراج شرط استعادة التوازن الاقتصادي (٢٤).

وهنا مكمن الاختلاف بين شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي وشروط ثبات النظام القانوني، من ناحية إنه ليس حل قانوني تستعين به الدولة من خارج العقد، بموجب سماح قانوني تتخلى الدولة بموجبه عن سلطتها الانفرادية أو التقديرية بتعديل شروط العقد أو إنهائه. لكنه من ناحية أخرى يتلاقى مع شرط أعادة التفاوض، باستمرار ممارسة الدولة لسلطتها الانفرادية أو

التقديرية، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، طالما إن الدولة المتعاقدة سوف تقوم باستعادة التوازن الاقتصادي للعقد بشكل يضمن عدم الإضرار بالتوقع المشروع للمتعاقد من ابرامه. سوى أن شرط إعادة التفاوض، يثير المخاوف لدى أحد الطرفين؛ نظراً لما ينتهي اليه من خلق توازنات جديدة بين الطرفين، تميل لصالح أحدهما، بحسب تفوقه القانوني أو الاقتصادي جراء ما طرأ على العقد من متغيرات عند تنفيذه.

وطبقاً لما تقدم، فقد نصت عدة اتفاقيات دولية على مواجهة أي تعديلات تشريعية تضر بالحقوق والمنافع الاقتصادية للمتعاقد بشروط عدم المساس بالعقد. وبخلاف ذلك، أي عندما يجد الطرفان ضرورة إجراء هذه التعديلات، فيتعين عليهما إجراء إعادة تكييف تعاقدي يضمن حقوق المتعاقد على المنافع الاقتصادية المتوقعة والمشروعة من ابرام العقد، دون منع التعديلات التي أجرتها الدولة على مضمون العقد. من ذلك – على سبيل المثال– الاتفاقية الموقعة بين جمهورية تشاد وشركة تشاد لنقل البترول (TOTCO) بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠. كذلك اتفاقية عقود المشاركة التي أبرمتها الحكومة التركية بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/١٩، واتفاقية مشروع خط أنابيب الغاز لغرب افريقيا المعقودة بتاريخ ٢٢/٥/ ٢٠٠٣[٢٥].

وقد تناول القضاء التحكيمي شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي، بوصفه أحد ضمانات المتعاقد المعتمدة لحماية مصالحه المشروعة والمتوقعة، إزاء التعديلات التي تطرأ على التشريعات الضريبية. من ذلك – على سبيل المثال – القرار الصادر عن هيئة تحكيم مشكلة في مركز التحكيم الدولي في لندن بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١ في النزاع بين دولة الاكوادور وشركة (OPEC)، إذ قضت بأنه: (إذ رغب الأطراف في معاملة متبادلة للمنفعة، يمكنهم استكشاف إمكانية إعادة توازن الفوائد الاقتصادية للعقد بموجب البند (٦.٨)، بحيث تشمل على وجه التحديد استرداد ضريبة القيمة المضافة من الواقع). وفي إشارة أخرى الى شرط استعادة التوازن الاقتصادي في نفس القرار، جاء فيه (...ولكن ما هو مستقر عليه في القانون الدولي وجوب احترام التعهدات الصادرة عنها. ولا يُأخذ بادعائها بمخالفة التصرفات الصادرة بموجب قانونها الوطني للتنصل من التزاماتها التعاقدية، وهذا ينطبق على شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد وشرط الثبات التشريعي و شرط التجميد...) [٢٦].

ونظراً لأن مناط شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد، هو إعادة ترتيب المضمون التعاقدي بين طرفيي العقد الإداري الدولي، بشكل ينسجم مع استعادة توازنه الاقتصادي الى مستوى الأداء الذي يضمن الاستمرار بتنفيذه، فقد يترتب على تطبيقه، التزام الدولة المتعاقدة بنقل الآثار المالية المضافة نتيجة التعديلات بالكامل اليها، وقد يكون محدود الأثر. وذلك أما ببيان نصاب معين لتكلفة تدخل الدولة في مضمون العقد وتعديله، لتتحمله الدولة المتعاقد لوحدها. أو أن يتم ربط تطبيق شرط استعادة التوازن الاقتصادي بقوانين ولوائح. إذ ينص العقد على إن الدولة لا تلتزم بتعويض المتعاقد عن التكاليف والالتزامات المضافة جراء تطبيقها، فيما يتحمل المتعاقد تكلفة تغيير مضمون العقد ذات الصلة بقوانين أخري .

فضلاً عما تقدم، فليس هنالك من مانع أن يتم اشتراط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد لصالح طرفيي العقد الإداري الدولي. فكما إن أصل الشرط يُدرج لصالح المتعاقد للحيلولة من تحميله تكاليف إضافية، كذلك فمن الممكن أن يُدرج أيضاً لصالح الدولة المتعاقدة، بمنحها الحق في المشاركة في الأرباح التي تتأتى من تعديل القوانين واللوائح التي كانت سائدة وقت أبرام العقد[٢٧]. وعلى هذا الأساس، يُعتبر شرط استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي، الضمانة الأكثر واقعية للتعامل مع إجراءات عامة تتخذها الدولة، بالنسبة للطرفين، المتعاقد والدولة؛ لكونه يُكرس مزيداً من الرضائية المستمدة من ذاتية العقد بموجب تخمين تعاقدي المشترك للمخاطر عند التعاقد، و من ثم إعادة توزيعها بين الطرفين عند التنفيذ، دون عزل العقد عن نظامه القانوني ومواكبته للمتغيرات التي تطرأ على المصلحة العامة.

الفرع الثاني
شرط إعادة التفاوض

على الرغم من إن شرط استعادة التوازن الاقتصادي يلتقي مع شرط إعادة التفاوض، من ناحية إن كليهما يكرسان ضمانات الاستقلال الذاتي للعقد في مواجهة المخاطر، إلا أن ما يمتاز به شرط إعادة التفاوض، هو إمكانية أن يؤدي الى خلق توازن جديد في العقد. ولأن مضمون فكرة إعادة التفاوض، لا تقف عند استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي الذي خلقه طرفا العقد لحظة

إبرامه. بل من الممكن أن تصل الى حد إعادة بناء العقد بنوايا إيجاد مضمون جديد قد لا يرتبط باقتصاديات العقد الأصلي[٢٨]. وعلى هذا الأساس، تظهر أهمية شرط إعادة التفاوض في العقود الطويلة الأمد، كعقود الاستكشافات النفطية وعقود التنقيب والتعدين واستخراج المواد الأولية، والتي يصعب التنبؤ بتقلباتها الاقتصادية مستقبلاً. بالأخص عندما يجد طرفا العقد بأن فحواه يفتقر الى الديناميكية اللازمة لاستعادة توازنه الاقتصادية. الامر الذي يتيح للدولة الضغط على المتعاقد في مجال عقود التنقيب والتعدين لإعادة التفاوض؛ بغية زيادة حصتها في المشروع. ويتم وذلك باستخدام سلطاتها في فرض الضرائب أو تعديل القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي حينما يتكشف حجم الاكتشاف البترولي أو تغيير الأسعار العالمية بالزيادة. وهذا ما لا يمكن الوصول اليه في حالة تضمينه شروط تثبيت النظام القانوني للعقد. تبعاً لذلك، يبدو بأن هنالك أهمية بالغة لإدراج شرط إعادة التفاوض في عقود البترول، وذلك مما انعكس على تأسيس جمعية مهنية مستقلة غير هادفة للربح تدعم مفاوضي الطاقة الدوليين في جميع أنحاء العالم وتعزز فعاليتهم وكفاءتهم المهنية تعرف بـ(AIPN) [٢٩] .

وتعد عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، مثال صارخ على أهمية ادراج شرط إعادة التفاوض؛ بسبب طبيعة بناء العقد القائم على الشراكة بين الطرفين، وطول مدة تنفيذ المشروع. فعلى الأغلب يترتب إعادة التفاوض في عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص تغييراً في الشروط والأحكام التعاقدية الأصلية، بدلً من تعديل المدفوعات التي تتم بموجب آلية محددة في العقد. علي سبيل المثال، خفض مستوى الخدمات أو تمديد مدة العقد، أو تأخير في تخفيض الرسوم الجمركية، أو تقليل عتبات التوازن الاقتصادي [٣٠].

ولأن شرط إعادة التفاوض يتيح لطرفي العقد فتح العقد بإرادات مستقلة عن تلك التي انعقدت لحظة ابرامه لخلق توازنات جديدة، تبرز أهمية مراعاة صياغته بشكل يوفق بين شروط التوازنات الاقتصادية الجديدة وضمانة الاستقرار القانوني للعقد. فتختلف صياغة شرط إعادة التفاوض في تركيبته ومداه في صورتين. أما أن يرد بصياغة بسيطة أو مركبة. والصياغة البسيطة لشرط التفاوض، لا تخرج عن مضمون مفاده: حق كل من الطرفين من حين لآخر إعادة النظر في الاتفاق

فيما بينهما بإضافة أو استبدال أو تعديل أو الغاء شروط العقد. بهذه الصياغة يسند الطرفان التفاوض إلى إعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، دون الإشارة الى مسوغات اللجوء الى شرط إعادة التفاوض لتعثر المفاوضات ووصول الطرفين الى طريق مسدود في خلق توازنات عقدية واقتصادية جديدة للعقد.

أما الصياغة المركبة فأنها تنطوي على تفاصيل أكثر. إذ تتناول عدة مستجدات لازمة توجب إعمال شرط أعادة التفاوض والهدف منه. كتحديد الظروف التي تتيح لطرفيي العقد إعادة التفاوض حول ترتيب توازنات جديدة للعقد، فيستطيع طرفا العقد الاتفاق على صيغة بعينها حول شروط استخدام شرط إعادة التفاوض وما يتناوله من البنود التي من الممكن أن يمسها التغيير، كأن تتأثر حقوق المتعاقد بتعديلات تشريعية .

ويشترط في إعمال شرط إعادة التفاوض أن لا يؤدي الى استحداث بنود جديدة في العقد، تعد إخلالاً لالتزام دولي أو لاتفاقية دولية أبرمتها الدولة المتعاقدة مع الدولة التي يحمل المتعاقد جنسيتها، لاسيما إن الاتفاقية قد تم المصادقة عليها بقانون، فلا يمكن تعديل بنودها بشرط يرد في عقد، ومن ثم الأخلال بمبدأ الفصل بين السلطات [٣١]. وإن ينطوي إعادة التفاوض على مقومات حسن النية ببذل عناية مخلصة وصادقة لنجاح المفاوضات، حتى وأن تطلب الأمر التزام الطرف الذي لم تتأثر حقوقه بتغيير الظروف بأن يقلل خسائر الطرف الآخر. تبعاً لذلك، فلأجل ضمان توافر مبدأ حسن النية في المفاوضات، تلزم بعض شروط إعادة التفاوض طرفيها بالانتظار مدة معينة بعد اخطار الطرف الآخر برغبته في إعادة التفاوض؛ نتيجة لتغيير الظروف، كون هذه المدد أثبتت فاعليتها في اعطاء الطرفين الفرصة لبحث أفضل السبل لاستمرار العلاقة التعاقدية.

ولكي لا تُستثمر مدة التفاوض من أحد الأطراف لممارسة ضغوط اقتصادية تخل بتوازن العقد، بشكل يتنافى مع جوهر شرط إعادة التفاوض، يحرص طرفيي العقد على استمرار تنفيذ العقد خلال هذه المدة [٣٢]. وذلك ما اشارت إليه هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) ٢ /١٩٨٢/٤ في قضية رفعتها شركة فرنسية ضد هيئة الطاقة النووية الإيرانية، بقولها: (بأن الطرف المضرور والذي منعته الظروف الطارئة من أن يؤدي التزامه على النحو الذي حدده العقد لابد أن

يبذل جهدا في سبيل إبقاء العقد قائما)[٣٣]. وعلى هذا الأساس، فمن المفضل أن يحدد شرط إعادة التفاوض بصفة مبدئية المدة التي تستغرقها المفاوضات، قبل أن يتاح الحق في اللجوء الي الوساطة أو التحكيم بحسب الأحوال، وقد يكون ذلك دافعا للطرفين لكي يصلا الى حل توافقي قبل أن يدخلا في إجراء فض النزاع.

وذلك ما تضمنه قرار التحكيم بخصوص القضية المعروفة بـ (Helnan V Egypt)، والذي تم الاشارة اليه سلفاً. فقررت هيئة التحكيم، بأن رفض إعادة التفاوض، يُعد بمثابة إخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، إذ تقدمت شركة (Helnan) الى السلطات المصرية، لدعم ادعائها بوجود التزام بإعادة التفاوض بين الأطراف بموجب المعيار العادل والمنصف، لكن السلطات المصرية اختارت عدم القيام بذلك [٣٤].

وتبعاً لما تقدم، يمكن القول بأن شرط إعادة التفاوض، ما هو إلا تطبيق مباشر لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فكما انطلق العقد الإداري الدولي باتفاق الطرفين، فيمكن إعادة النظر في مضمونه أثر تغيير الظروف بالتراضي على توازنات جديدة بين الطرفين. وهو ما حاول الفقه وقضاء التحكيم إسناده إلى التزام عام في العقود، يقضي بتنفيذها بحسن نية حالة غياب نص صريح أو ضمني في العقد. إذ يمكن العودة الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لخلق توازن جديد في العقد تضمن استمراره. وهذا ما حكمت به هيئة تحكيم مشكلة وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) في تحكيم طبق القانون الفرنسي بأن (...رفض المتعاقد لبذل أي جهود لإعادة التفاوض في ضوء تغير الظروف والإصرار على تنفيذ العقد بصورته الاصلية يرتب مسؤوليته وفق القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات بحسن نية وعدم التعسف في استعمال الحق...)[٣٥] .

من خلال ما تم ذكره، وبحسب ما تؤديه الضمانات من مبتغى عدم الاخلال أو الاضطراب باستقراره القانوني والاقتصادي والإبقاء عليه كما كان عليه لحظة ابرامه أو بما يضمن الاستمرار بتنفيذه، فأنها تتباين الى عدة إشكال، منها ما يقضي عدم المساس المباشر بالعقد، من خلال عزله عن بيئته القانونية، أو التسليم بالإبقاء على حق الدولة بممارسة سلطانها العام في تحقيق المصلحة العامة مع ضمان استمرار أداء التوازن الاقتصادي للعقد بالقدر اللازم للاستمرار بتنفيذ العقد. وعلى

هذا الأساس، فقد انطلقت الضمانات الموضوعية كحلول قانونية مسماة ومجازة بالقانون، تُحصن وتعزل مضمون العقد عن بيئته القانونية، لتضمن بقاءه كما كان عليه لحظة ابرامه. ومن ثم إزالة أو تقليل الريبة لدى المتعاقد بتعرض مصالحه المشروعة والمتوقعة الى مخاطر عدم استقرار النظام القانوني للعقد.

فيما تم تطوير فكرة الضمانات الموضوعية مع تنامي التغييرات الاقتصادية والقانونية، فأخذت منحى آخر، تتقبل الاعتماد على أساليب عقدية ذاتية يتعامل من خلالها العقد مع الآثار الاقتصادية المترتبة عن ممارسة الدولة المتعاقدة لسلطتها السيادية من نتائج اقتصادية، وبنسق يكفل إبقاء التوازن الاقتصادي للعقد الدولي، بالقدر الذي يستمر معه التنفيذ بالشكل المطلوب.

فضلاً عما تقدم، فبإمعان النظر في الضمانات الموضوعية، يبدو أن الفقه قد أختلف في تقسيمها وفق مبدأين، الأول ثبات العقد، والثاني ثبات التوقعات. فنتج عن الأول حلول قانونية وعن الثاني شروط تعاقدية. ولكن من المتعين ألا يكون تصنيفها بهذا الاطلاق، بثبات العقد أو ثبات التوقعات، دون الاخذ بنظر الاعتبارات ما تتسم به تقنية هذا الضمانات من ديناميكية، تتداخل بموجبها ضمن النظام التعاقدي للعقد الإداري الدولي، فتؤدي به الى الاستقرار النسبي من الثبات وعدم الأضرار بالمصالح المتوقعة بالنسبة للطرفين. وذلك يستلزم منها أن تُراعي ثبات النظام القانوني للدولة المتعاقدة بما يتلاءم مع معايير دولية خاصة بحقوق الانسان، فضلاً عن تحقيق الجدوى الاقتصادية المتوقعة عن ابرام العقد. عليه، يفترض أن تأخذ ضمانات المتعاقد فكرة المظلة التي يحتمي بها المتعاقد من التفوق القانوني للدولة بوجود ضمانات التحصين القانوني، وفي حالة فشلها فيمكن اللجوء الى استعادة التوازن الاقتصادي للعقد بالتكييف أو إعادة التفاوض. وللاحتياط يمكن إعمال نظريات التوازن المالي، شريطة عدم قلب لاقتصاديات العقد. عليه، فالمسلك المفضل في الضمانات الموضوعية، هو إتباع الرضائية بين طرفي العقد قدر الإمكان والتي تستند الى تخمين تعاقدي مشترك، بموجبه يؤثر الطرفين باقتصاد العملية العقدية. ويعيدان اليها التوازن، مما يجعل العقد وبقدراته الذاتية أكثر فعالية على مواجهة المخاطر التي تهدد تنفيذ العقد، بديناميكية تجعل منه عقداً ذكياً يُحدث من الأساليب المناسبة لمواجهة المخاطر. إضافة الى أنها الوسيلة الأكثر فاعلية

للتعامل مع مخاطر مستجدة لا سبيل لحصرها وتشخيصها. وهذا ما أنتهجه المشرع الفرنسي في تعديل للمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي [٣٦].

الخاتمة

لقد أصبح تعاقد الدول ضمن أطار التجارة الدولية، بالنسبة للدول بالأخص النامية، ذات أهمية بالغة في تطوير البنى الأساسية وتحقيق التنمية، وفي سبيل ذلك تحرص الدولة على تزويد العقود الإدارية بالمزية من الحلول القانونية التي تشير الى التعهد بالتنازل عن تفوقها القانوني في العلاقة العقدية، بغية تعزيز مشاعر الاطمئنان بعدم تعرض مصالحه المتوقعة والمشروعة الى الضرر، وأتبعت ف هذا الصدد عدة أساليب تأتي كحلول قانونية يُجيزها التشريع استثناءً على قواعد النظام العام الداخلي للدولة المتعاقد، بحظر اجراء أي تعديل على اللوائح والتشريعات التي تؤدي الى اضطراب استقرار النظام القانوني للعقد، أو تجميد سلطتها الانفرادية باعتبارها سلطة عامة طرف في العقد تمارس مهمتها في تحقيق المصلحة العامة من خلال التعديل أو الانهاء الانفرادي.

بالرغم مما تقدم فضمانات التحصين القانوني للعقد، قد ارتبطت مع النمط التقليدي للبوادر الأولى لظهور العقود الإدارية الدولية، وهي على الأغلب تميل لصالح حماية الشركات الأجنبية المتعاقدة التي تمتلك التفوق الاقتصادي، مقابل دول غير مستقرة قانونياً، فتسعى هذه الشركات الى إخضاع العقد بأعلى حد ممكن لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، طبقاً لثبات مضمون العقد لحظة ابرامه. بيد إنه، ونظراً لما شهدته على الدول المتعاقدة من استقرار قانوني، فضلاً عن عدم واقعية غل يد الدولة عن ممارسة سلطتها في التفوق القانوني لتحقيق مصلحة عامة ذات صلة بالعقد، إضافةً الى اتساع فكرة المخاطر بما لا يمكن حصره من مخاطر واقعية أو اقتصادية، متأتية من السلطة التقديرية التي تمارسها الدولة المتعاقدة لتحقيق المصلحة العامة، ظهرت ضمانات ينطوي عليها العقد بشكل مستقل عن أي حل قانوني خارجي، تتيح للدولة المتعاقد ممارسة تفوقها القانوني تحقيق المصلحة العامة، مقابل التعامل مع النتائج الاقتصادية المترتبة وذلك بمريد من التعاون بين الطرفين في توزيع المخاطر الاقتصادية وإعادة ترتيب الالتزامات بموجب تخمين تعاقدي مسبق

يتنبيء به الطرفان عند ابرام العقد، وذلك من خلال إجراء تكييف قانوني للعقد مع المستجدات الاقتصادية، واستعادة التوازن الاقتصادي، أو الذهاب نحو إعادة ترتيب الالتزامات بشكل مختلفة عن نية تبادلها لحظة ابرام العقد من خلال شرط إعادة التفاو

الهوامش

(1) DAVID D CARON," Practising Virtue Inside International Arbitration",first edition, Oxford University press, UK, p93.

(٢) د. أحمد يسري: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥. ص٢٤٢.

(٣) في التشريع العراقي، جاء في الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وفي التشريع المصري في الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.= =للتفصيل أكثر يُنظر د. عمار كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ٣٨، سنة ٢٠١٥، ص ٨٤.

(٤) الطعن رقم ٥٦٢/ ١٦ق / جلسة ١٩٧٨/٤/١٥، أشار د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، دار الكتب والدراسات العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١٨، ص ٧٣.

(٥) نوع الحكم / مدني، رقم الحكم ١٥٥٤/ظروف طارئة/٢٠١٠، بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٩، الرابط الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية: https://www.hjc.iq/qview.1514/. تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٣

(٦) د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية (أدوات التنمية الاقتصادية) ، بدون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص٢٨٠.

(٧) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإداري، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠١٢ ص ٥٠٤.

(٨) المصدر نفسه ، ص٥١٢.

(٩) د. هبة هزاع، د. هبة هزاع: توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة ، ص ٢٣١.

(١٠) د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية: الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٠٧، ص ٢٩٠.

(١١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي، بيروت، سنة ٢٠٠٣، ص ١٢٤.

(١٢) د. أنور أرسلان: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين شمس ، السنة الثامنة والاربعون ، العددان ٣،٤. سنة ١٩٨٠، ص٨٢٥.

(١٣) د. ثروت البدوي: القانون الإداري: الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٦، ، ص ٥٩٦.

(١٤) د. السيد فتوح الهنداوي: القاضي الإداري والتوازن المالي في العقد الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٦، ص٤٨١.

(١٥) المصدر نفسه، ص٤٦٨.

(١٦) د. سعاد الشرقاوي: مصدر سابق، ص٣١٧.

(١٧) د. محمود عاطف البنا: ، ص٣١.

(18)Thomas Waelde and George Ndi "Stabilizing International Investment Commitments International Law versus Contract Integration",(1996) 31 Texas Int LJ, p215.

(١٩) د. هبة هزاع: ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨.

(٢٠) د. محمد فوزي حامد عبد القادر: شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولي، سنة ٢٠١٨.، ص ١٠٠.

(٢١) د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص ٩.

(٢٢) د. محمد فوزي عبد القادر: مصدر سابق ، ص ٩٦.

(23) Model PSC QATAR. Rahmi Kopar: Stability and Legitimate Expectation in International Energy Investments , First publish , Hart publishing , London,U.K, 2021 , P67.

(٢٤) د. محمد فوزي عبد القادر: المصدر السابق ، ص ٩٦.

(٢٥) الفقرة (٣) من المادة (٢١) من الاتفاقية الموقعة بين جمهورية تشاد وشركة تشاد لنقل البترول (TOTCO) المبرمة بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠.، كذلك المادة (٣٦) من اتفاقية مشروع خط أنابيب الغاز لغرب افريقيا المعقودة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٢.

SHELDON LEADER and DAVID ONG, "G: OBAL PROJECT FINANCE HUMAN RIGHTS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT", first published, Cambridge University, U.k, 2011, P148.

(26) Christian Tietje : International Investments Protection and Arbitration , Berliner Wissenschafts, berlin , 2008 , P140.

للتفصيل أكثر، ينظر الرابط الخاص بمحكمة التحكيم في محكمة لندن:

London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467. p213.
https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf.

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٩/٣٠

(27)Jola Gjuzi: Stabilization Clauses in International Investment Law, Springer publishing cham Switzerland , 2016, P326.

(٢٨) د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص١٠.

(29)MUSTAFA ARKAN, "International Energy Investment", Kluwer Law, NETHERLAND, 2011, p107.

(30)Carlos Oliveira: The Renegotiation of Public Private Partnership in Transportation, Lisbon School of Economics and Management, Lisbon, 2021, P12.

حلقة نقاشية في منظمة (OCED)

https://www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201418.pdf

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٢٣

(٣١) د. هبة هزاع، مصدر سابق ، ص١٦٨.

(٣٢) د. خالد مصطفى فهمي ، ص٤١.

(33)ELIHU LAUTEPACHT," INTERNATIONAL LAW REPORTS", volume65, CMBRIDGE University Press, first edition,1984, P91.

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

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0398-0.pdf

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٤

(٣٥) د. هبة هزاع ، مصدر سابق ، ص١٧١.

(٣٦) قام المشرع الفرنسي بتعديل للمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل التي حظرت إعادة التفاوض. لمراعاة ما هو متبع في قوانين الاتحاد الأوربي. وذلك بإصداره القانون رقم (٢٠١٦/١٣١) في ٢٠١٦/٢/١٠. ف استخدم مصطلح تغيير الظروف بالنص على أنه (إذا كان التغيير غير المتوقع في الظروف أثناء إبرام العقد يجعل التنفيذ مفرط التكلفة بالنسبة للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، فقد يطلب إعادة التفاوض على العقد من الطرف الآخر، مع الاستمرار بتنفيذ التزاماته خلال فترة إعادة التفاوض.....) . د. خالد مصطفى فهمي مصدر سابق، ص٢٤.

المصادر

اولا:- الكتب باللغة العربية :

١. د. أحمد يسري: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥.

٢. د. السيد فتوح الهنداوي: القاضي الإداري والتوازن المالي في العقد الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٦.

٣. د. ثروت البدوي: القانون الإداري: الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٦.

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

٥. د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، دار الكتب والدراسات العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١٨.

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

٧. د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإداري، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠١٢.

٨. د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإداري، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠١٢.

٩. د. هبة هزاع: توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة ,، سنة ٢٠١٦.

١٠. د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية: الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٠٧.

١١. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي، بيروت، سنة ٢٠٠٣.

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

١٣. د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩

ثانياً:- الأطاريح والرسائل:

١- د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد.

ثالثاً :- البحوث:

١. د. أنور أرسلان: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين شمس ، السنة الثامنة والاربعون ، العددان ٣،٤. سنة ١٩٨٠.

٢. د. عمار كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ٣٨، سنة ٢٠١٥.

رابعاً:- الاتفاقيات الدولية:

١- الاتفاقية المبرمة بين جمهورية تشاد وشركة تشاد لنقل البترول (TOTCO) بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠.

٢- اتفاقية مشروع خط أنابيب الغاز لغرب افريقيا المعقودة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٢.

خامساً – القوانين

١- القانون المدني لعام ١٨٠٤ المعدل

سادساً:- المصادر الاجنبية

1. Thomas Waelde and George Ndi “Stabilizing International Investment Commitments International Law versus Contract Integration”,(1996) 31 Texas Int LJ, p215..
2. Model PSC QATAR. Rahmi Kopar: Stability and Legitimate Expectation in International Energy Investments , First publish , Hart publishing , London,U.K, 202
3. DAVID D CARON,” Practising Virtue Inside International Arbitration”,first edition, Oxford University press, UK
4. Christian Tietje : International Investments Protection and Arbitration , Berliner Wissenschafts, berlin , 2008 , P140.
5. SHELDON LEADER and DAVID ONG, “G: OBAL PROJECT FINANCE HUMAN RIGHTS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT”, first published, Cambridge University, U.k, 2011.

6. Christian Tietje : International Investments Protection and Arbitration , Berliner Wissenschafts, berlin , 2008 .
7. MUSTAFA ARKAN, "International Energy Investment", Kluwer Law, NETHERLAND, 2011.
8. Carlos Oliveira: The Renegotiation of Public Private Partnership in Transportation, Lisbon School of Economics and Management, Lisbon, 2021.
9. ELIHU LAUTEPACHT," INTERNATIONAL LAW REPORTS", volume65, CMBRIDGE University Press, first edition,1984.
10. Jola Gjuzi: Stabilization Clauses in International Investment Law, Springer publishing cham Switzerland , 2016.

سابعاً:- المواقع الالكترونية:

١. الرابط الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية: https://www.hjc.iq/qview.1514/.

٢. الرابط الخاص بمحكمة التحكيم في محكمة لندن:

London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf.

٣. حلقة نقاشية في منظمة (OCED)

https://www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201418.pdf.

٤. الرابط الخاص بمركز التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0398-0.pdf

Abstract

Within the framework of the international administrative contract, states and their contractors have adopted more realistic ways. These methods are based on contractual consent between the two parties in the face of general risks that threaten the economic stability of the contract. The basis of these methods is through the delivery of the two parties to the contract by dealing with the consequences of the state's exercise of its public powers, and the economic disruption it causes to the contract, consecrating in it the idea of the independence of the contract in dealing with variables with a contractual technique that the two parties agree upon, and to the extent possible to implement the contract in the required manner.

The contractual guarantees in the international administrative contract are in fact applicable in the theories of financial balance of the administrative contract within the framework of traditional guarantees of administrative contracts, except that the contractors are the ones who undertake this task. Thus, the idea of administrative contract autonomy approaches familiar financial equilibrium theories as a traditional objective safeguard against economic risks.

Autonomy guarantees of the international administrative contract

A comparative study

Prof. Dr. Ismail sasaa al bederry
University of Babylon - College of Law

Dargam maaki Nuri
University of Babylon - College of Law