

ISBN: 978-93-56328-24-7

العقود الإدارية الدولية في مرآة القوانين دراسة مقارنة"



Author:

الدكتور / حمدان عبدالقادر غنيمات

Published by

Novateur Publication

466, Sadashiv Peth, M.S.India-411030

novateurpublication.org



العقود الإدارية الدولية في مرآة القوانين

2024

“دراسة مقارنة”

عنوان الكتاب:

العقود الإدارية الدولية في مرآة القوانين

"دراسة مقارنة"

اسم المؤلف

الدكتور / حمدان عبدالقادر غنيمات

1445هـ - 2024م



(أَقْرَأُ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ)

سورة العلق، آية 1

إِهْدَاء

أهدي هذا الكتاب إلى والدي ووالدتي، فلولاهما لما وُجِدْتُ في هذه الحياة من عطف ورحمة،
ومنهما تعلّمت مكارم الأخلاق والصمود مهما كانت الصعوبات.

إلى زوجتي الرائعة التي تقاسمت معي عبء الحياة، إلي خير عون وسند التي نلت معي
الصعاب خلال فترة دراستي، زوجتي الرائعة حفظها الله.

إلي ابنتي العزيزة، قرّة عيني وقلّة كبدي، حفظها الله ورزقها الخير والسعادة في حياتها.

الشكر والتقدير

مشارة وتقدير

أحمد الله جل وعلا على ما آتاني فضله، فقد هيا لي كل الظروف ويسر لي إنجاز هذا الكتاب بفضلته العظيم وكرمه العميم، فله الحمد أولاً وأخيراً على كل شيء سبحانه وتعالى.

ثم أود أن أشكر أساتذتي الكرام التي تعلمت منهم طوال رحلتي العلمية، والتي كانت خبرتهم عوناً لي علم الفهم وسعة الإطلاع، فقد دفعتني ملاحظاتهم الثاقبة إلى صقل تفكيري ورفع عملي في مجال القانون الدولي إلى مستوى أعلى.

وأخيراً أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من مدَّ يد العون والمساعدة في إعداد هذا الكتاب على أكمل وجه، والحمد لله رب العالمين.

فهرس المحتويات

الإهداء	3
الشكر والتقدير	4
فهرس المحتويات	5
مقدمة الكتاب	9
الفصل التمهيدى: تعريف وطبيعة العقد الإداري الدولي	17
المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي ومعياري تمييزه	19
المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي	22
المطلب الثاني: شروط اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية	30
الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي	31
الفرع الأول: المعيار القانوني	31
الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي	36
الفرع الثالث: المعيار المختلط	40
المبحث الثاني: أشكال العقد الإداري الدولية وتمييزه عن المفاهيم المشابهة	41
المطلب الأول: تمييز العقود الإدارية الدولية عن المفاهيم المشابهة	43
الفرع الأول: الفرق بين الاتفاق والعقد الإداري الدولي	43
الفرع الثاني: الفرق بين العقد الإداري الدولي والمعاهدة	45
الفرع الثالث: الفرق بين العقد الإداري الدولي والعقد التجاري الدولي	47
المطلب الثاني: أشكال العقد الإداري الدولية	49
الفرع الأول: عقد البيع الدولي	50
الفرع الثاني: عقد الاعتماد المستندي	52
الفرع الثالث: العقود الدولية الخاصة	53
الباب الأول: الضوابط الموضوعية لإبرام العقد الإداري الدولي	64
الفصل الأول: تأسيس بنود العقد بناءً على مبدأ الإرادة والأمن القانوني	65
المبحث الأول: دور التفاوض في إرساء مبدأ الإرادة	68
المطلب الأول: التفاوض وفقاً لقانون الصفقات العمومية	69
الفرع الأول: التفاوض عند المسابقة	69

71.....	الفرع الثاني: التفاوض عند التراضي.
73	المطلب الثاني: تثبيت القواعد العامة عند التفاوض في عقود الامتياز والتفويض
73.....	الفرع الأول: عقود تفويضات المرفق العام.
73.....	الفرع الأول: عقود تفويضات المرفق العام
77.....	الفرع الثاني: التنظيم المستحدث لعقود تفويضات المرفق العام
79	المبحث الثاني: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة
80	المطلب الأول: قانون الإرادة
80.....	الفرع الأول: ظهور مبدأ قانون الإرادة
83.....	الفرع الثاني: أساس قانون الإرادة
94	المطلب الثاني: غياب الإرادة
94.....	الفرع الأول: الإرادة الضمنية
97.....	الفرع الثاني: مؤثرات الإرادة الضمنية
103.....	الفصل الثاني: تحقيق مبدأ وقواعد التوازن في العلاقة التعاقدية
105.....	المبحث الأول: الطبيعة القانونية المزدوجة للعقود الإدارية الدولية
106.....	المطلب الأول: المعايير النظرية المحددة للطبيعة المزدوجة للعقد
106.....	الفرع الأول: التأثير السلبي للصفة الإدارية على توازن العلاقة التعاقدية
111.....	الفرع الثاني: التأثير النسبي للصفة الدولية على توازن العلاقة التعاقدية
111.....	المطلب الثاني: المركز القانوني لأطراف العقد الإداري الدولي
112.....	الفرع الأول: مركز الأشخاص المعنوية العامة عند التعاقد
112.....	الفرع الثاني: ضبط المركز القانوني للأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة
112.....	الفرع الأول: مركز الأشخاص المعنوية العامة عند التعاقد
118.....	الفرع الثاني: ضبط المركز القانوني للأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة
126.....	المبحث الثاني: التوازن المالي في العقود الإدارية الدولية
127.....	المطلب الأول: التحفيز المالي ضمان وامتياز
128.....	الفرع الأول: الأدوات الضريبية
132.....	الفرع الثاني: تحويل مكاسب رأس المال
135.....	الفرع الثالث: المزايا الاستثنائية
139.....	المطلب الثاني: الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي

140.....	الفرع الثاني: الضمانة الدولية عامل استقرار للملكية الخاصة.
140.....	الفرع الأول: قيود حماية الملكية الخاصة.
142.....	الفرع الثاني: الضمانة الدولية عامل استقرار للملكية الخاصة.
151.....	الباب الثاني: الفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية.
152.....	الفصل الأول: دور المحكم الدولي كقاضٍ أصلي في حل النزاعات.
153.....	المبحث الأول: أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم الدولي.
154.....	المطلب الأول: مرحلة حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.
155.....	الفرع الأول: اختلاف الاجتهاد القضائي حول الاعتراف بأهلية الدولة للخضوع للتحكيم.
157.....	الفرع الثاني: تعزيز قاعدة مادية للاعتراف بأهلية الدولة للتحكيم في علاقاتها الدولية.
159.....	المطلب الثاني: تثبيت أهلية الأشخاص العامة في القانون الأردني.
159.....	الفرع الأول: أهلية الدولة وفقاً لاتفاقية (واشنطن).
159.....	الفرع الثاني: أهلية الأشخاص (المعنوية) العامة استناداً لأحكام القانون الوطني.
159.....	الفرع الأول: أهلية الدولة وفقاً لاتفاقية (واشنطن).
162.....	الفرع الثاني: أهلية الأشخاص (المعنوية) العامة استناداً لأحكام القانون الوطني.
165.....	المبحث الثاني: المجال الممدود لاتفاقية التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
166.....	المطلب الأول: الصواب الشكلي لاتفاق التحكيم.
167.....	الفرع الأول: اتفاق التحكيم ومدى استقلالته.
167.....	الفرع الثاني: المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.
167.....	الفرع الأول: اتفاق التحكيم ومدى استقلالته.
171.....	الفرع الثاني: المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.
173.....	المطلب الثاني: ازدواجية القانون الواجب التطبيق عند النظر في النزاع.
174.....	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.
174.....	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.
176.....	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.
181.....	الفصل الثاني: تعيين وتطبيق قانون العقد من قبل الجهات التشريعية والقضائية.
182.....	المبحث الأول: الإسناد الجامد لقانون العقد.
182.....	المطلب الأول: قانون الموطن المشترك لأطراف العقد.

184.....	المطلب الثاني: قانون محل إبرام العقد
186.....	المطلب الثالث: قانون بلد التنفيذ
191.....	المبحث الثاني: الإسناد المرين لقانون العقد
192.....	المطلب الأول: نظرية الأداء المُمَيِّز
201.....	الفصل الثالث: دور القاضي الوطني في فض الخصومات التحكيمية
202.....	المبحث الأول: الدور المُساند للقاضي الوطني
203.....	المطلب الأول: التَّكْيِيف القانوني لمبدأ التَّحْكِيم
216.....	المطلب الثاني: المُساندة في تشكيل هيئة التَّحْكِيم الدَّوْلِيَّة
217.....	الفرع الأول: تَعْيِين رئيس هيئة التَّحْكِيم
219.....	الفرع الثاني: ضمان حُسن سير إجراءات الخصومة التَّحْكِيمِيَّة
222.....	المطلب الثالث: دور القاضي وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص
223.....	الفرع الأول: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص
225.....	الفرع الثاني: تكيف أثر اختصاص المحكم في النظر في النزاع
228.....	المبحث الثاني: الرِّقَابَةُ القَضَائِيَّةُ على الحكم الصَّادِرِ عن هيئة التَّحْكِيم
229.....	المطلب الأول: الرِّقَابَةُ القَضَائِيَّةُ غير المباشرة لمنح حكم التَّحْكِيم الصِّغِيَّة التَّنْفِيذِيَّة
229.....	الفرع الثاني: مدى تدخُّل المحكمة المختصة لبسط رقابتها على الحكم التَّحْكِيمِي
229.....	الفرع الأول: مفهوم منح حكم التَّحْكِيم الصِّغِيَّة التَّنْفِيذِيَّة
233.....	الفرع الثاني: مدى تدخُّل المحكمة المختصة لبسط رقابتها على الحكم التَّحْكِيمِي
235.....	المطلب الثاني: الرِّقَابَةُ القَضَائِيَّةُ المباشرة من خلال الطَّعن بالإبطال
236.....	المطلب الثالث: رقابة مطابقتة الحكم التَّحْكِيمِي للنِّظَامِ العَامِّ الدَّوْلِي
243.....	خاتمة الكتاب
247.....	قائمة المراجع
268.....	قائمة بالمختصرات

مقدمة الكتاب

أولاً: موضوع الكتاب:

لَقَدْ شَهِدَ الْقَرْنُ الْمَاضِي تَطَوُّرًا هَائِلًا فِي مَجَالِ تَدَخُّلِ الدَّوْلَةِ وَاتِّسَاعِ مَجَالَاتِ السُّلْطَةِ الْعَامَّةِ، فَبَلَغَ اتِّسَاعُ نَشَاطِ الدَّوْلَةِ وَازْدِيَادُ مَجَالَاتِهَا حَدًّا كَبِيرًا فِي جَمِيعِ النُّوَاجِي الْاِقْتِصَادِيَّةِ وَالاجْتِمَاعِيَّةِ وَالثَّقَافِيَّةِ، فَهِيَ تَقُومُ بِدَوْرِ الْمَوْجِهَةِ وَالْمُخَطِّطِ وَالْمُنْتَجِ وَالْمُنْتَجِ، فَضْلًا عَنِ كَوْنِهَا أَصْبَحَتْ تَخْتَلُ مَجَالَاتٍ عَدِيدَةً مِنَ النُّشَاطِ الْاِقْتِصَادِيِّ مَعَ أَنَّهَا كَانَتْ حَكْرًا عَلَى الْأَفْرَادِ، فَبَعْدَ أَنْ كَانَتْ وَظِيفَةُ الدَّوْلَةِ تَقْتَصِرُ عَلَى جَمَايَةِ الْأَمْنِ الدَّاخِلِيِّ وَالِدِّفَاعِ الْخَارِجِيِّ وَالْقَضَاءِ أَصْبَحَتْ وَظِيفَتُهَا الْيَوْمَ وَاسِعَةً وَمُنْتَشِعَةً مِنْ خِلَالِ إِشْرَافِهَا عَلَى جَمِيعِ نَوَاجِي الْحَيَاةِ.⁽¹⁾

وَبِنَاءٍ عَلَى ذَلِكَ؛ فَإِنَّ الْحَاجَةَ الْمُلِحَّةَ لِلدَّوْلَةِ لِتَتَطَلَّبَ وُجُودَ مَرَافِقٍ مُنْتَوَعَةٍ لِأَدَاءِ وَظِيفَتِهَا الْجَدِيدَةِ. وَتَزْدَادُ حَاجَةُ الدَّوْلَةِ إِلَى إِنْشَاءِ هَذِهِ الْمَرَافِقِ كُلَّمَا تَوَسَّعَ دَوْرُهَا فِي الْمَجَالَاتِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ وَالاجْتِمَاعِيَّةِ وَالثَّقَافِيَّةِ، تَحْتَ تَأْتِيرِ الْمَفَاهِيمِ الْاِسْتِرَاكِيَّةِ وَفِي ضَوْءِ خُطِّ التَّنْمِيَةِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ.⁽²⁾

ولكي تُؤمِّنَ الدَّوْلَةُ أَدَاءَ وَظَائِفِهَا الْاَسَاسِيَّةِ وَإِشْبَاعِ حَاجَاتِ الْجُمْهُورِ وَإِنْجَازِ الْمَشْرُوعَاتِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ -خَاصَّةً مَشْرُوعَاتِ خُطِّ التَّنْمِيَةِ- فَإِنَّهَا تَلْجَأُ إِلَى أَهَمِّ الطَّرِيقِ وَالْوَسَائِلِ الَّتِي تَكْفُلُ لَهَا حُسْنَ أَدَاءِ هَذِهِ الْمُهْمَةِ.⁽³⁾

من المستقر عليه اليوم أن العقد الإداري هو أنجح أسلوب لقيام الإدارة بهذه المهمة. فالإدارة كثيرًا ما تلجأ إلى طريقة التعاقد عند ممارسة نشاطها، سواء كان ذلك التعاقد بين الهيئات الإدارية

(1) زياد خليف العنزي، مبدأ حرّية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقًا

لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 2016م، ص318.

(2) حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب

التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، 2001، ص12.

(3) خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،

2014، ص26.

ذاتها، أو بينها وبين الأفراد، أو بينها وبين الشركات الخاصة لأغراض إدارة المرافق العامة وتسييرها، أو إقامة المنشآت والأشغال العامة، أو الاستعانة بشركات خارج الدولة. لذلك، يُعد العقد الإداري في هذا العصر جزءًا أساسيًا من أجزاء النشاط الإداري والاقتصادي والاجتماعي للدول. ويرجع ذلك إلى أن الأسلوب التعاقدى أصبح قائمًا على التفاهم والتوافق مع جهة الإدارة، مما جعله الأداء الوحيد الذي يُرتب أفضل النتائج المرجوة. خاصةً وأن الممارسة الإدارية لوظائف الدولة تقودها إلى إبرام عقود دولية، والتي تُعد آلية لتنفيذ مشاريع الدولة ذات البعد الاقتصادي الدولي والبعد التنموي المحلي. ويتم تحقيق هذه الأبعاد من خلال تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ عقود إدارية ذات صفة دولية، حيث تكون أطرافها إما مصلحة إدارية أو سلطة عمومية مفوضة، والطرف الآخر متعاقد أجنبي، وذلك طبقًا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام قانون الصفقات العمومية. وتساعد سياسة إبرام العقود الإدارية الدولية في تمويل وإدارة المرافق العمومية وتنفيذ مشاريع البنية التحتية وتلبية الحاجيات العمومية للدولة، تطبيقًا للسياسات المعدة من قبل الدولة والخاصة بالاستثمار.⁽¹⁾

بناءً على ذلك، يتضح أن هناك العديد من الدول حول العالم قد تعرضت للأزمات الاقتصادية، والتي أثرت على سياسات التنمية لديها. لذلك، اتخذت هذه الدول خطوات باتجاه البحث عن وسائل بديلة لتنفيذ سياساتها، بدلاً من الاعتماد على الاقتراض الخارجي الذي قد يتسبب في أزمة مديونية عالمية، أو الاستثمار الأجنبي الذي يُعد أحد أركان عملية التنمية الاقتصادية في هذه الدول.⁽²⁾

كما يتضح أن التحول الاقتصادي والقانوني الذي عرفته الدول العربية في ثمانينيات القرن الماضي قد أظهر العديد من التوجهات الجديدة للاستثمار الأجنبي في هذه الدول. حيث انتقلت هذه الدول من سياسة اقتصادية غير فعالة إلى تبني استثمار أجنبي أكثر فاعلية. وقد أسفر هذا التحول الاقتصادي عن تطور مستمر في العلاقات الاقتصادية الدولية للدول العربية. وبالتالي، لم تكن العقود الإدارية الدولية وليدة نظام قانوني فحسب، بل نتيجة لنظام

(1) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2009، ص 7.

(2) خالد كمال عكاشة، عكاشة، دور التحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص 27.

اقتصادي حديث، نتج عن تدخل الدولة في الاقتصاد والذي شهد عدة تطورات أثرت على النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في الدول العربية، سواء بشكل إيجابي أو سلبي.⁽¹⁾ ولهذا السبب نعرض مفهوم العقود الإدارية الدولية، ومفهومها، وأشكالها، وخصائصها وفقاً لنصوص القانون؛ وذلك لدفع عملية التنمية داخل الدول.

ثانياً: أهمية موضوع الكتاب:

تتمثل أهمية هذا الكتاب في أن "العقد الإداري" يُعد من أهم الوسائل التمويلية للدول في إنشاء المشاريع التي تسعى لتحقيق التنمية. وفي حالة رصد بداية ظهور العقود الإدارية الدولية كآلية للدفع بعجلة التنمية الاقتصادية في الدول النامية، يُلاحظ أن ظهورها جاء مصاحباً للأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي مرت بها الدول العربية. تتمثل هذه الأوضاع في الاستعمار الأجنبي وسرقة خيرات هذه الدول من قبل الدول المستعمرة. وحتى بعد نيل استقلالها، ظهر ضعف هذه الدول من الناحية الاقتصادية، مما اضطرها إلى التدخل في إقامة المشاريع التنموية من أجل رفع معاناة شعوبها وتحقيق النفع العام للمواطنين. ومع ذلك، قد تقف الميزانية العامة للدولة عائقاً نحو تنفيذ تلك المشاريع، فتضطر إلى البحث عن مصادر تمويلية غير تقليدية لتنفيذها. فالارتقاء بمستوى المعيشة للمواطنين وإشباع رغباتهم هو جوهر عملية التنمية، والذي يُعد أحد الأعباء الرئيسة التي تقع على كاهل الحكومة. لذلك، حدثت تحولات في القطاعات الاقتصادية التي كانت الدولة هي السلطة الاحتكارية فيها، بما في ذلك تفويض المرافق العامة والاعتماد على الاستثمار الأجنبي. وهذا نتيجة لعدم تحمل الدولة لتكلفة المشاريع التنموية، والتي كانت السبب وراء خلق آليات للتعاقد أدت إلى إخراج العقد الإداري إلى المنظومة الدولية شريطة الاحتفاظ بالصفة الإدارية للدولة فيه. على الرغم من وجود النصوص القانونية المنظمة لمراحل تكوين وتنفيذ العقود الإدارية الدولية، إلا أنها قد لا تكون كافية في حال إثبات عدم توازن قانوني لأطراف العلاقة التعاقدية.

(1) حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 13.

وذلك خاصةً عند وجود سلطة واضحة للدولة في العقد، مما يجعل كفتها متميزة عن شريكها الأجنبي، وذلك باستغلال إدارية العقد لصالحها، ووضع بنود غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.

من بين هذه البنود، حق تعديل أو فسخ العقد بإرادة منفردة، والتي تؤثر على توازن العقد المتمثل في عدم تكافؤ حقوق والتزامات العقد، ومن ثم التوازن المالي للعقد في حال إمساك حق التعديل دون إشراك المتعاقد الأجنبي عن طريق تقبل شروط جديدة في العقد، مثل شرط إعادة التفاوض، أخذًا بصفته الدولية.

لذا، فإن الحقوق والالتزامات المنبثقة أساسًا عن الرضا بين الطرفين تستدعي في حال إبرام العقود الإدارية الدولية توازنها، نظرًا لطبيعة العقد المزدوجة. فاستعمال الإدارة لسلطاتها العامة، والتي تعبر عن الخاصية الذاتية للعقود الإدارية، عليها أن تكون أقل حدة عند إضفاء الصبغة الدولية على هذه العقود.

وعلى هذا الأساس، تعتمد فكرة التوازن في العلاقة التعاقدية المراد مناقشتها في هذا الكتاب على إرساء قواعد قانونية تنفي فكرة تميز سلطة الدولة في العقد على حساب المتعاقد الأجنبي، لصالح تحقيق الأهداف المرجوة من هذه العقود. وتتعلق فكرة التوازن من اعتراف المشرع الوطني بالخاصية الذاتية لهذه العقود، وتبني كل القواعد المكرسة لها في التنظيم المعمول به، والتي تحد من إشكالات الإبرام والتنفيذ.

لذا، فإن أهمية البحث في النظام القانوني لهذه العقود تتلخص في ضرورة صياغة نظام قانوني للعقود الإدارية الدولية متكامل وملائم لطبيعة هذه العقود المزدوجة، بحيث يضمن هذا النظام قواعد قانونية موضوعية وإجرائية تحقق التوازن القانوني للعلاقة التعاقدية بين المصلحة الإدارية الممثلة للدولة والمتعاقد الأجنبي معها، وتقلل من مخاوف كلا الطرفين سواء القانونية أو الاقتصادية.

ثالثًا: أهداف الكتاب:

عند تحديد القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية المناسبة للعقود الإدارية والدولية والتي ستلائم أطرافها، يجب أن تتوافر علاقة تنظيمية بين أطراف العقد من حيث كفالة تقارب في مراكزهم القانونية، وهذا ينطلق من التشارك في وضع بنود العقد كمرحلة أولية. فهذا التشارك بين الأطراف

في صياغة بنود العقد سيساهم في تحقيق التوازن في مراكزهم القانونية. كما قد يُساعد الدمج السلس للقواعد العامة والخاصة عند التعاقد والتنفيذ في وضع نظام قانوني مرِن، يُساعد في الأخير على إظهار نتيجة ملموسة وفعّالة عند التنفيذ، أو في حلّ المنازعات وإنفاذ العقد أمام القاضي المختص، مع شرط أن يكون هذا الأخير محايدًا؛ من خلال:

- تنظيم العلاقة التعاقدية بين أطراف العقد، وكفالة تقارب في مراكزها القانونية؛ انطلاقًا من التشارك في وضع بنود العقد.
- دراسة الامتيازات التي تمنحها قوانين الاستثمار للطرف الأجنبي في العقد الإداري الدولي، عن طريق تحليل غاية المشرع من ذلك، ومدى تحقيقها لمبدأ التوازن العقدي.
- عرض وإسقاط الجانب النظري للعقد الإداري الدولي على جانبه التطبيقي، عن طريق قياس مدى مساهمة القانون الواجب التطبيق في صناعة بنود العقد الإداري الدولي.
- دمج القواعد العامة والخاصة عند التعاقد والتنفيذ، واستخلاص التوازن العقدي بشكل سلس وسهل ومبسّط.
- لتظهر نتيجة البحث عند تحديد مدى فاعلية البنود العقدية عند التنازع أمام القضاء المختص في سبيل إنفاذ العقد.

رابعًا: أسباب اختيار الموضوع:

- تتعدّد أسباب الباحث في اختيار هذا الموضوع؛ منها:
- الأبعاد القانونية للعقود الإدارية الدولية، ومدى علاقتها باقتصاد الدولة والاقتصاد الدولي، ما جعل المنظومة القانونية بصددها تشهد تطورًا متسارعًا وغير مستقرّ، ويمكن اختصار هذه الأسباب في رغبتنا في البحث عن المكانة القانونية التي تحتلّها العقود الإدارية الدولية في الأنظمة القانونية المتميّزة بالازدواجية القانونية والقضائية، التي تتجاذب القواعد القانونية الإدارية والقواعد القانونية الدولية في تنظيمها، ما قد يؤدي إلى تناقضها وتفريغها في محتوى قانوني، قد لا يكون مناسبًا لطبيعتها القانونية، وتعطيل أهدافها الاقتصادية التّموّية بالخصوص؛ لذا فضرورة توضيح مسألة النّظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية مسألة شائكة لا يمكن حسمها على نحو قاطع إلا بقواعد قانونية، تعترف لهذه العقود بوجودها القانوني.
- أما عن أسباب اختيار الموضوع من النّاحية الذاتية، فإن العمل في المجال والتّخصّص أنفسهما

في مجال تحولات الدولة، دفع الباحث إلى الخروج عمّا هو متداول في الدّارات التّخصّصية في هذا المجال، المتعلّقة بالتحولات الدستورية والخوض في التحولات الاقتصادية للدولة، خاصّةً أن الأزمات الاقتصادية التي شهدتها بعض الدول أظهرت تحولات قانونية في الجوانب الاقتصادية والمالية للدولة، حتى إن تبني الدولة للنظام الاشتراكي، ثم تخليها عنه عقب الأزمة كان من بين الأسباب التي حثّتنا إلى هذا الكتاب.

- كون العقد الدولي إدارياً، يضع صفته هذه في النظام الدولي غير مؤكّدة؛ فيمكن تصنيفه في إطار القانون الخاص إذا ما تمّ إنكار الصبغة الإدارية له بسبب دوليته، والشئ نفسه بالنسبة لدولته في النظام الداخلي، حيث يعدّ الاختصاص القانوني والاختصاص القضائي العنصرين الأساسيين في سنّ نظام قانوني مناسب للعقد الإداري الدولي بالنظر لطبيعته المزدوجة، دون المنع من إمكانية خضوعه لنظام قانوني شامل تتداخل فيه القواعد القانونية والقضائية الوطنية والدولية؛ ليكون أكثر ملاءمة.

- وفي ظلّ غياب نظام قانوني مستقلّ للعقود الإدارية الدولية، وعدم كفاية النصوص القانونية التي تحدّثت بصفة الإيجاز عن طبيعة العلاقة التعاقدية بموجب عقد إداري دولي، دون الفصل الصريح فيه أو الاعتراف بوجوده كأحد العقود المسماة؛ سواءً في قانون المحروقات، أو الصفقات العمومية، أو قانون الاستثمار، حيث اعتبرته هذه النصوص؛ إما عقد شراكة وامتياز، وإما أن تكون صفقة دولية، أو عقد استثمار، دون أن يكون لكلّ هذه العقود نظام قانوني موحّد لها، تشترك فيه على اعتبار أن غايتها واحدة، وهي الدّفع بعجلة التنمية الاقتصادية في الدول موضوع الدراسة، فمن الناحية الموضوعية والإجرائية لم تنتفرد هذه العقود بضوابط تعاقدية، تضمن توحيد نظامها القانوني؛ لذا فأهمية توحيد القواعد القانونية لمختلف أشكال العقود الإدارية الدولية يعدّ بدوره اعترافاً بوجودها داخل المنظومة القانونية، التي يجب أن تُمثّل بالمقابل نظاماً حمائياً للعلاقة التعاقدية؛ للحدّ من التّخوف الناتج عن الصّفة الإدارية للدولة في العقد، على أن تكريس فكرة التوازن القانوني للعقد يجب أن يُنتج آثارها عند الإبرام، ومن ثم معالجة إشكالات التنفيذ؛ ليكون أساساً للتعاقد، وهذا يسوق إلى طرح الإشكالية التالية:

ما الإطار القانوني المنظم للعقود الإدارية الدولية؟ وما مدى فاعليته في توفير الأمن

القانوني للعلاقة التعاقدية؟ وهل يستوجب مراجعة قواعده بما يتلاءم وطبيعة هذه العقود؟

خامساً: منهجُ الكتاب:

هذا الكتاب اعتمد على مجموعة من المناهج القانونية، ومنها:

1. **المنهج الاستقرائي:** وهو منهج ينطلق من استقراء القواعد العامة للتطبيق على

نقاط الدراسة المختلفة والعكس. وقد تم الاعتماد عليه نظراً لعرض الكثير من

النصوص القانونية المنظمة للعقد.

2. **المنهج التحليلي:** وهو منهج بارز في العلوم القانونية، حيث يقوم على تفكيك

المشكلة إلى عناصر أساسية، ودراسة كل عنصر بمعزل عن الآخر.

وبعد ذلك يقوم الباحثُ بتتبع المصادر القانونية، مع القيام بعملية تقويم ونقد، وفي النهاية

يقوم بعملية تركيبٍ للتأنيح، ومن ثم حلّ الإشكالية، والمنهج التحليلي هنا يقوم بتفسير القواعد

القانونية التنظيمية، ونقدها واستنباط القواعد القانونية الملائمة من خلال رصد مواطن الخطأ

والصواب في التنظيم المعمول به، إلى جانب اعتماد المنهج المقارن، الذي يهدف إلى تطوير

التشريع الوطني والوقوف عند الثغرات القانونية التي وقّع فيها المشرع العربي في تنظيم العقود

الإدارية الدولية.

غير أن أغلبها سار إلى: إما لإمالة الكفة للطبيعة الإدارية للعقود الدولية، ومن ثم إبقائها

في ظلّ النظام القانوني الداخلي، فتخضع للقانون الإداري واختصاص القاضي الإداري، وإما إلى

إنكار الصفة الإدارية، ومصطلح العقود الإدارية الدولية ككل؛ كونها عقوداً دوليةً تتمدّد إليها الدولة

في إطار مبادلاتها الدولية، مُنكرةً لسلطتها ومعتبرةً إياها أحد أشخاص القانون الدولي الخاص، كما

تخضع كلياً لقانون إرادة أطرافها؛ اقتداءً بمبدأ: العقد شريعة المتعاقدين، واختصاص التحكيم الدولي

دون أدنى تدخّل للقضاء فيه، فهذه الدراسات لم تعترف بوجود نظام قانوني مستقلّ لهذه العقود،

وإن كانت قد أثارت مسألة اختصاص القضاء عند اختلال التوازن المالي للعقد؛ نتيجةً للظروف

الطارئة، لكنّها لم تُشر إلى وجود توازن قانوني في العلاقة التعاقدية.

وانطلاقاً من المادة العلمية، التي تتكوّن أساساً من المراجع العلمية المتخصصة في موضوع

بحثنا، تمّ التعرف على العناصر المكوّنة للموضوع وجمعها وتقسيمها؛ وفقاً للإشكالية المطروحة،

غير أن هذه المادة العلمية -في الأغلب- نظرية؛ ممّا جعلنا نواجه صعوبات عند الإسقاط التطبيقي

لهذه العقود، واستخلاص نتائج عملية تُفسّر الظواهر النظرية، خاصةً عندما يتعلّق الأمر بالقاعدة القانونية في الدول العربية، التي تفتقر إلى اجتهادات قضائية تُفسّرها، وإذا وجدت فإننا قد نواجه صعوبةً كبيرةً للحصول على الأحكام القضائية المتعلقة بالرقابة القضائية على أحكام التحكيم الفاصلة في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية، ما جعلنا -بالنسبة للدراسة في ظلّ النظام القانوني في الدول العربية- نكتفي بالمراجع النظرية التي لها علاقة بالموضوع، وإبداء رأي الاجتهاد القضائي الفرنسي في حالة تفسير النصوص القانونية المتشابهة والمشرع المصري.

وانطلاقاً ممّا سبق، وبغرض التوصل للنتائج التي يُمكن أن تُجيب على الإشكالية المطروحة تمّ الاعتماد على خطة ثنائية، توزعت فيها مضامين الكتاب على بابين:

على الإطار القانوني لمرحلة تكوين تناولنا في الفصل التمهيدي مفهوم العقد الإداري الدولي، وفي الباب الأول الضوابط الموضوعية للتعاقد، بالتركيز على العقود الإدارية الدولية في القانون في الدول العربية ونظيره الفرنسي.

بالمقابل تناولنا في الباب الثاني الضوابط الإجرائية للفصل في المنازعات، واعتمدنا فيه على تحليل ما جاء في القوانين لفضّ المنازعات التي قد تحدث عند تنفيذ هذه العقود. سادساً: خطة الكتاب:

المقدمة :

الفصل التمهيدي: ماهية العقد الإداري الدولية.

الباب الأول: الضوابط الموضوعية للتعاقد.

الباب الثاني: الفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية.

الفصل التمهيدي: تعريف وطبيعة العقد الإداري الدولي

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

تهدف الدولُ الاقتصاديةُ الناشئةُ أو ما يُطلق عليها سابقًا الدولُ الناميةُ نحو تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى البلاد، فأصبحت ظاهرةً تشغلُ اهتمام المسؤولين بدرجةٍ كبيرةٍ، الأمرُ الذي أوحى إلى العديد من المراقبين أنها السبيل الوحيد والمهمُّ والمؤثرُ لحلِّ مشكلات اقتصاديات تلك الدول، وتحقيق النمو المطلوب في كافة القطاعات؛ ممَّا دفعها؛ مُتمثلةً بحكوماتها نحو اللجوء إلى شتى الوسائل والسبل من أجل تشجيع تدفق تلك الأموال ومنح المشاريع التي تقوم بتشبيدها الكثير من المزايا والتيسيرات والإعفاءات إلى درجةٍ منحها رخصةً ممارسة العمل دون قيود، مع استثناءها من الخضوع لكثير من التشريعات القانونية والقواعد، بل والضوابط أيضًا.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف اهتمت الحكومات بتهيئة المناخ العام والأطر التشريعية والتنظيمية وإعداد الكثير من مشاريع البنية الأساسية لإعداد البيئة المناسبة والقادرة على جذب الاستثمارات، كما تمَّ بصورةٍ متدرجةٍ فتحُ كافة المجالات والقطاعات تقريبًا أمامها، ولم تأل تلك الحكومات جهدًا تجاه السعي لما يمكن أن نطلق عليه تسويق اقتصادياتها في كثير من المحافل والمنديات الدولية، وأيضًا لدى كثير من المنظمات الدولية ومكاتب الخبرة التي تُروج لجذب الاستثمارات الأجنبية والشركات التي تتمتع بنشاطات دولية.

فمن هذا المنطلق تُعدُّ العقود الإدارية التي تتسم بالطابع الدولي، وعندما تكون الدولة أحد أطرافها، من الأدوات المهمة لتسيير وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، وتعدُّ وسيلةً مؤثرةً لضمان تدفق المبادلات الاقتصادية عبر الحدود، لا سيَّما في مجال التجارة الدولية، وهذه العقود بطبيعتها الحال تتنوعُ بتنوع موضوعاتها، فهناك العقود الدولية التقليدية؛ كعقود الامتياز، وعقد البيع الدولي، وعقد التأمين، وعقد النقل، وعقد العمل... الخ، وبتطور قوانين الاستثمار والتنمية الاقتصادية ظهرت عقود أخرى، لها وزنها الاقتصادي والقانوني؛ مثل: عقود الأشغال العامة والتجهيز، وعقود التوريد، وعقود النقل... الخ.

وتعدُّ العلاقة دوليةً عندما تكون الغاية من هذه العلاقة تحريك بعض القواعد القانونية التي أعدت خصيصًا لتحكم هذه العلاقات الناشئة؛ نتيجةً لارتباطها بأنظمة قانونية أخرى، وهو الأمر المُحتَم الذي يُؤدِّي إلى التعدي على النظام القانوني الوطني نتيجةً لإصباح الصفة الدولية على

هذه العلاقة عند إعداد العقد أو الاتفاقية ذات العلاقة، وعند تسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف من خلال اللجوء إلى آلية التحكيم، وكما هو الحال في حالة عقود الاستثمار التي تكون الدولة أحد أطرافها، والتي تعد عقوداً إدارية دولية؛ نتيجة لتوافر العنصر الأجنبي في العقد، الذي يعكسه المعيار القانوني، واتصال العقد بمصالح التجارة الدولية الذي يعكسه العنصر الاقتصادي. والعقد الإداري: هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني؛ سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه، وهو مصدر من مصادر الالتزام التي تنتج عن قبول المتعاقدين، ويترتب عليه نتائج قانونية؛ سواء أكان الالتزام أم الامتناع عن تنفيذه⁽¹⁾، ويتم ارتباط الإيجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة أي قيود، أو محددات، أو ضوابط يقررها القانون، أو تنشئها أطرافه، وهو ثمرة التراضي والأثر القانوني effect juridique لانعقاد العقد؛ لذا تم تعريف العقد بأنه: اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها، أو إنهائها، كما اتفقت معظم قوانين الدول العربية مع هذا التعريف، باعتبار أساس اشتقاقه من تعريف القانون الفرنسي للعقد وعدم خروجه عنه⁽²⁾.

أما العقد الإداري الدولي فيعني استبعاد التطبيق التلقائي للقانون الوطني وما يترتب من آثار على هذه العلاقة العقدية، فيعد العقد دولياً إذا كانت الأعمال متعلقة بانعقاده، أو تنفيذه، أو حالة أطرافه؛ سواء من حيث جنسيتهم، أو محال إقامتهم، أو من حيث تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط متنوعة مع عدة نظم قانونية. ومن هنا يُسمّى الباحث الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي ومعيار تمييزه.

المبحث الثاني: أشكال العقد الإداري الدولية وتمييزه عن المفاهيم المشابهة.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، 2004، ص 171 وما بعدها.

(2) عن التقنين المدني الفرنسي للعقد في المادة (1101)، منه بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء، أو بفعله، أو بالامتناع عن فعله.

النص كما ورد:

Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

انظر أيضًا:

BRACONNIER Stéphane , Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI, Paris , 2010, P. 210, p. 25.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي ومعياري تمييزه

تمهيداً وتقسيم:

قد أدت التطورات المتلاحقة على صعيد التعاون الدولي إلى ظهور ما يُعرف بعقود الدولة، التي أثير حولها الكثير من المشكلات القانونية؛ سواء ما تعلق بالاختصاص القضائي، أو بالقانون

الواجب التطبيق عليها، ثم تبع ذلك ظهور العقد الإداري الدولي على أساس أنه أحد عقود التجارة الدولية، ويُعد هذا النوع من العقود من الظواهر القانونية المُستحدثة نسبياً في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، وهنا يجب الإشارة إلى أن الإرهاصات الأولى للعقود الإدارية الدولية لم تظهر إلا في هذا العصر الحديث، على عكس العقود التجارية الدولية التي ظهرت منذ العصور الوسطى، في حين أن العقود الإدارية ظهرت في أعقاب الحرب العالمية الثانية، حيث سارعت بعض الدول إلى جلب الاستثمارات الأجنبية، وانصبّت العقود الإدارية الدولية عند نشأتها على قطاعات استثمارية مُحددة، تمثلت في الامتيازات البترولية الممنوحة من بعض الدول العربية، التي تمتلك هذه الثروات، كمصر والدول الخليجية، إلا أنها لم تكن في نظر المستثمر الأجنبي فرصة لاستغلال واستفاد ثروات هذه البلدان بمقابل زهيد، في حين كان هدف تلك الدول المضيفة للاستثمارات في ذلك الوقت هو الإسراع بعجلة برامج التنمية المطلوبة.⁽¹⁾

ويُعدّ العقد الإداري الدولي من أهمّ موضوعات لجنة الأمم المتحدة التي تهتمّ بوضع قواعد قانونية موحدة، تحكم موضوعات العقود الدولية وتنظّمها ومعيار وصفها بهذه الصفة وأسلوب تنازع القوانين عليها.

ومن ثم فإنه يُكتفى بأحد الشرطين؛ أولهما: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد بنفسها، أو من ينوب عنها من أشخاص القانون الخاص، وثانيهما: إما أن يكون العقد بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وإما أن تأخذ الإدارة بأحكام القانون العام بوضع شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.⁽²⁾

وإذا كان العقد الدولي والمعاهدة كلاهما تصرفاً قانونياً متعدّد الأطراف يتمثل في توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية معينة، فإن المعاهدة تُبرم في إطار الجماعة الدولية بين دولتين أو أكثر، كما يختلف العقد الدولي والعقد الداخلي، فالعقد الدولي تضمّن عنصراً أجنبياً؛ أي: يكون الأطراف في العقد الداخلي من دولة واحدة وجنسياتهم وحدة تابعة لهذه الدولة، أما العقد

(1) أحمد محمد البوشي، مفهوم العقد الإداري وسماته، المجلة القانونية، مج 8، ع 9، 2020، ص38.

(2) (Décret n°2006-975 du 1 août 2006 portant Code des marchés publics version consolidée au 14 avril 2015.

الدولي فيكون كذلك في حالة وجود عنصر أجنبي، أو تعلق العقد بالتجارة الدولية عابرة القارات، أو الحدود الدولية.

ونتيجة لهذه التفرقة، قسم الباحث المبحث الأول إلى مطلبين، هما:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي.

المطلب الثاني: شروط اكتساب العقد الإداري للصبغة الدولية.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي

قبل الحديث عن مفهوم العقد الإداري الدولي يجب أن نتعرف على مفهوم العقد في القوانين المقارنة، فقد عرّف القانون المدني الأردني رقم (40) لسنة 1976 العقد ضمن المادة (87) بأن العقد: ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في العقود.

والأصل العام أن العقود الإدارية غير محددة بنص القانون؛ إذ إنَّها بطبيعتها وبرقابة القضاء عليها يتم تكييف المنازعة المتعلقة بها على أن التعاقد محل المنازعة؛ إما أن يكون عقداً إدارياً، وإما أن يكون عقداً من عقود الإدارة الخاصة، فالقانون الإداري قضائي الصنع، لم يضع المشرع إلا قليلاً من لمساته على نظريات القانون الإداري، أو وضع تشريعات رسمها من قبل مجلس الدولة، فما كان من المشرع إلا أن يكون مُصدِّقاً على تلك النظريات من خلال تشريع أو قانون.⁽¹⁾

إلا أن للمشرع الفرنسي رأياً آخر في هذا الأمر، فلم يكن اختصاص القضاء الإداري الفرنسي في بادئ الأمر اختصاصاً عاماً، وإنما كان مُحدداً بعقود معينة، جعل فيها المشرع الفرنسي الاختصاص بالنظر في منازعاتها خاصاً بالقضاء الإداري، وقد اتفق الفقهاء على تسمية هذه العقود باسم العقود الإدارية المسماة حددها المشرع بالاسم، لا بالصفات، ولا بطبيعتها، ولا بمميزات الداتية، ومن ثم فإنه في حال أبرمت تلك العقود فإنها تخضع لأحكام القانون العام، ويختص بنظرها القضاء الإداري.⁽²⁾

وبالنظر إلى التشريع المصري فقد عرف العقد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الحالي، في المادة (122) منه، التي كانت تقضي بأن العقد: اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها، الأمر الذي يقودنا إلى الاتجاهات الفقهية التي عرفت العقد، التي تنقسم إلى مذهبين، هما: المذهب الشخصي، والمذهب المادي، فأصحاب المذهب الشخصي يرون أن العنصر الجوهري في الالتزام هو الرابطة الشخصية التي تربط الملتزم بصاحب

(1) أحمد محمد البوشي، مفهوم العقد الإداري وسماته، مرجع سابق، ص 388.

(2) أحمد محمد البوشي، مفهوم العقد الإداري وسماته، نفس المرجع، ص 389.

الحق، فالالتزام بالدرجة الأولى هو رابطة بين شخصين⁽¹⁾، والعقد هو وليد الإرادة الباطنة أو الحقيقة، وعليه؛ فالعبرة في العقد تكون بإرادة المتعاقدين، والتعبير عن هذه الإرادة مجرد دليل يكشف عنها، فإذا اتفق هذا التعبير مع إرادة الحقيقة أخذ به وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.⁽²⁾

أما أصحاب المذهب المادي فيرون أن العقد وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية التي يُعبر عنها المتعاقدان بالألفاظ؛ أي: التعبير المادي عن هذه الإرادة، ويرى أنصار هذا المذهب بأن التعبير عن الإرادة لا شأن له بإرادة الحقيقة؛ حيث الوقوف عند المظهر المادي فقط، وعدم تجاوزه والبحث في أعماق النفس عن الإرادة التي تنطوي عليها النفس⁽³⁾.

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه المذهب المادي؛ إذ يجب الاعتداد به فقط في ما يُعبر عنه بصورة ظاهرية؛ كون أن ما في النفس كامن ولا يمكن الوصول إليه أو معرفته.

وبالنظر إلى هذه التعريفات التي وضعها التشريع والفقهاء نجد أنه لغايات انعقاد العقد ضرورة وجود إرادتين متقابلتين؛ فالإرادة ركن أساس لأي تصرف قانوني، فمن غيرها لا يحصل الرضا اللازم لقيام تصرفها.

وأيضا لكي لا يكون التعاقد مخالفا للنظام والآداب العامة يجب أن يتم بما يجيزه القانون حتى يصبح انعقاده صحيحا، فضلا عن اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين؛ وعليه فالرضا بالشئ في نطاقات المجاملات والأخلاق لا يعد رضا يتكون فيه العقد وكذلك إرادة الهزل، كما أن للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة أثرا بالغاً في العملية التعاقدية ووزنها الاقتصادي والقانوني والدولي؛ حيث ظهرت الكثير من العقود المركبة والمعقدة، ترد على مشروعات عملاقة تُقدر قيمتها بأموال طائلة، وتنطوي على كثير من التعقيدات الفنية والإدارية والقانونية والمالية، ولها تأثيرها البالغ بما تحمله من فوائد، فينتهي كل من طرفي العقد إلى نظام قانوني مختلف⁽⁴⁾ بما تحمله من فوائد، فإن طرفي العقد ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الدولة الأخرى،

(1) محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص7.

(2) إبراهيم حسين حسني، الدولة والعقود الإدارية الدولية: التحكيم وإشكاليات التطبيق والتوجه المستقبلي، مؤتمر الاستراتيجيات الحديثة في إدارة عقود الإنشاءات بالقاهرة من 8-11، 2016، ص7-9.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ص39.

(4) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2009، ص70.

الدولة من جهة والطرف الخاص الوطني أو الأجنبي من جهة أخرى؛ مما يُثيرُ مشكلةً أساسيةً في العقود المبرمة إلا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المتعاقدة إلى تحقيقها والغايات الخاصة التي يربو الطرف الأجنبي الوصول إليها⁽¹⁾.

ولعل من الأسباب الرئيسية لظهور العقود الإدارية الدولية وانتشارها في العالم هي: أولاً: تنامي مفهوم الدولة الحديثة، والتي يُطلق عليها الدولة التاجرة أو المستثمرة إذا صحَّ هذا التعبير، ورغبة حكوماتها في تحقيق التنمية الصناعية والاجتماعية وافتتاحها على العالم الخارجي؛ عوضاً عن المفهوم الكلاسيكي القديم للدولة؛ أي: الدولة الحارسة التي عليها توفير الأمن لمواطنيها. وثانياً: الاحتكار النسبي لحكومات الدول المتقدمة للتجارة الخارجية ومختلف أوجه الاستثمار الدولي، مع أن الدولة مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الخاص، إلا أنها تعدُّ بمثابة طرف غير عادي، له أفضلية من حيث المزايا السيادية مقارنةً مع بالتعاقد معها⁽²⁾. والعقود موضوع هذا الكتاب أغلبها تقع ضمن الفئة الأخيرة من العقد؛ لذا تعددت الآراء الفقهية والمضامين المُعطاة للعقد الدولي، كذلك يعود في الأصل إلى فكرة العقد الدولي؛ إذ يرى فقهاء القانون أن فكرة العقد الدولي فكرة وصفية، تنطبق على مجموعة واسعة من العقد، كالتي تتوافر فيها خصائص معينة، الأمر الذي أدى إلى صعوبة وضع تعريف مُحدّد للعقد الدولي؛ كونه أدى إلى اختلاف فقهي في وضع تعريف للعقد الدولي المتبع، الذي من خلاله يُضفي الصفة الدولية⁽³⁾.

(1) خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 26.

(2) أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2017، ص 11.

(3) حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، 2001، ص 6.

وقد عرّف الفقه العقود الإدارية بصورةٍ عامّةٍ على أنها: "تلك العقود التي تبرزُ فيها الدولةُ كسلطةٍ عامّةٍ باستخدامها في بنودِ العقدِ ما تُؤمّنه لها طبيعتها من امتيازاتِ السُلطةِ العامّةِ؛ تحقيقاً لمرفقٍ عامٍّ".⁽¹⁾

وقد تأكّد هذا التّحديدُ للعقودِ الإداريّةِ في قضاءِ المحكمةِ الدّستوريةِ العليا، الذي ذهبَ فيه إلى أن العقدَ الإداريّ: هو الذي يكون أحدُ طرفيه شخصاً معنوياً عامّاً، يتعاقدُ بوصفه سلطةً عامّةً، وأن يتّصل العقدُ بنشاطِ مرفقٍ عامٍّ؛ بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتّسم هذا العقدُ بالطابعِ المُميّز للعقودِ الإداريّةِ، وهو انتهاجُ أسلوبِ القانونِ العامِّ في ما يتضمّنه من شروطٍ استثنائيةٍ بالنسبةِ لروابطِ القانونِ الخاصِّ.

وفي ضوءِ ما سبق من أحكامٍ قضائيةٍ في مصر، يُمكننا تعريفُ العقدِ الإداريّ بأنه: اتّفاقٌ بين طرفين، أحدهما جهةُ الإدارةِ ممثّلةً في شخصٍ معنويٍّ عامٍّ؛ بقصد تسييرِ مرفقٍ عامٍّ أو تنظيمه، ويتمُّ إبرامه وتنفيذه بأسلوبِ القانونِ العامِّ من خلال تضمينِ شروطٍ استثنائيةٍ غير مألوفةٍ في عقودِ القانونِ الخاصِّ.

وبالنسبةِ للتّعريفِ التّشريعيِّ للعقدِ الإداريّ فإننا نرى أن غالبيةَ التّشريعاتِ قد تجنّبتِ ذكرَ تعريفٍ مُحدّدٍ للعقودِ الإداريّةِ، واكتفتُ بتعدادِ أنواعها وبيان خصائصها.

ويتّجه الفقهُ الغالبُ إلى التّفرقةِ في مجالِ الرّوابطِ القانونيّةِ بين الرّوابطِ الدّاخليةِ، وتلك التي تتّسم بالطابعِ الدّوليِّ، فالرّوابطُ الدّاخليةُ تخضع للقانونِ الدّاخلِيّ ويُطبّق عليها تطبيقاً مباشراً دون الحاجةِ إلى الرّجوعِ لقواعدِ الإسناد، أما في ما يتعلّقُ بالعلاقاتِ الخاصّةِ الدّوليّةِ فيجبُ الرّجوعُ بشأنها إلى قواعدِ القانونِ الدّوليِّ الخاصِّ، وتجدرُ الإشارةُ إلى أن تكيفَ العقدِ الدّوليِّ يستمدُّ من الخصائصِ الدّائميّةِ للرّوابطِ العَقديّةِ ورقابةِ المحكمةِ عليها في إضفاءِ الصّفةِ الدّوليّةِ للعقد.⁽²⁾

وفي مجالِ العقودِ الدّوليّةِ نجد أن التّشريعاتِ لم تألُ اهتماماً كبيراً لتعريفِ العقودِ الدّوليّةِ أو تحديدِ مضمونها، فالقانونُ الأردنيُّ لم يتطرّقُ إلى هذه المسألة، وكلُّ ما جاء بهذا الصّدّدِ هو نصُّ المادّةِ (24) من القانونِ المدنيِّ الأردنيِّ التي بيّنت القانونَ الواجبَ التّطبيق في ما يتعلّقُ بالالتزاماتِ

(1) هاني محمود حمزة، النّظام القانونيُّ الواجبُ الأعمال على العقودِ الإداريّةِ الدّوليّةِ، أمام المحكّم الدّوليِّ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2008، ص2 وما بعدها.

(2) علاء الدين أحمد حسن، تطوّر فكرةِ العقدِ الإداريّ وأثرها على التّحكيم في المنازعاتِ في العقودِ الإداريّةِ، رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة عين شمس، 2017، صص 39-50.

التَّعاقديَّة؛ إذ نصُّها: يسري على الالتزامات التَّعاقديَّة قانونُ الدَّولة التي يُوجدُ فيها الموطنُ المشتركُ للمتعاقدين إذا اتَّحدا موطنًا، فإن اختلفا سرى قانونُ الدَّولة التي تمَّ فيها العقد، هذا ما لم يتَّفق المتعاقدان على غير ذلك.

ويكاد يُجمع الفقه على صعوبة وضع تعريفٍ موحدٍ ينطبق على مختلف أنواع العقود الدوليَّة، وقد عبَّر الأستاذ Pommier⁽¹⁾ صراحةً عن ذلك بقوله: إنَّه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي، وكذلك أيضًا الأستاذ Antione kassis بقوله: إن تعريف العقد الدولي ليس بالأمر الهين؛ حيث توجد صعوبة في التمييز بين العلاقات الدوليَّة والداخليَّة؛ ونتيجة لذلك، ونظرًا لعدم وجود فكرةٍ موحَّدة كأساسٍ يُمكن أن يُضفي على العلاقات الخاصَّة ذات الطابع الدولي، اختلف في المعايير التي اتَّخذها أساسًا لتعريف العلاقة الدوليَّة، فيوجد المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، ولا شك أن تطبيق أحدهما يُؤدِّي إلى نتيجة مغايرة عمَّا يُؤدِّي إليه تطبيق المعيار الآخر⁽²⁾.

ولقد اعتمد القضاء في أحكامه على كلِّ من المعيارين السَّابِقين، ففي حكم محكم التَّحكيم الصَّادر في 19 من يناير 1977م أوضحت المحكمة أن العقود الدوليَّة هي تلك التي تُعنى بمفهومها الاقتصادي المتعلِّق بمصالح التَّجارة الدوليَّة، وبمفهومها القانوني الذي ينطوي على عناصرٍ إسنادٍ إلى دولةٍ أُخرى⁽³⁾.

وقد عرَّف بعضُ الفقهاء عقودَ التَّجارة الدوليَّة بأنها: (اتِّفاقٌ بين شخصين؛ أحدهما مقيم، والآخر غير مقيم، ويخضع لقانونِ الصَّرفِ والنَّمويلِ الخارجي)، ويشير بعضهم إلى أن دوليَّة العقد أقرب إلى لغة الاقتصاد، فهي معاملاتٌ موجهة؛ لأن تتخطى حدودَ دولةٍ لترتكز آثارها في دولةٍ أُخرى، وتُعنى الاتِّفاقياتُ الدوليَّةُ بتحديد معنى (الدوليَّة)؛ لكونها مناطَ تطبيقِ الأحكام في المسائل

) 1(P. Jean-Christophe:"Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel", éd. ECONOMICA, Paris 1992, p.132. Et J. Jean-Michel:"Principe d'autonomie et contrat internationaux", éd. ECONOMICA, Paris 1983, p.138

) 2(A. Kassis: Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, l'arbitrage juridictionnel et l'arbitrage contractuel, L.G.D.J Paris, 1987, p.13

(3) عادل أبو هشيمة محمود حوته، العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيَّة، 2010، ص 33، 34.

التي تُنظّمها، وعندما لا تجدُ نصّين في هذا الصّدّد، فيجب أن تكونَ هذه الحقيقةُ الاقتصاديةً هي الأساس⁽¹⁾.

كما عرّف العقد الدوليّ بأنه: (العقد الذي يحتوي على عنصرٍ أجنبيٍّ أيًّا ما كان هذا العنصرُ)، فيكفي أن يكونَ أحدُ طرفي العقد متممّعا بجنسيّة، أو كان من المقرّر أن ينفذ العقد في الخارج حتّى يُعدّ عقداً دوليّاً⁽²⁾.

وإذا كان قد ذهب بعضُ الفقه إلى اعتبار أن العقد الإداري هو العقد الذي يُبرمه شخصٌ معنويٌّ عامٌّ؛ بقصدٍ تسييرٍ مرفقٍ عامٍّ أو تنظيمه، وتظهرُ فيه نيّةُ الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العامِّ؛ وذلك من أجل إحداث أثرٍ قانونيٍّ معيّن، فإن محاولة وضع تعريفٍ للعقد الإداري الدوليّ يكون محلّ احتمالاتٍ كثيرةٍ حول إمكانيّة خضوع هذا النوع من العقود الإداريّة للقانون الأجنبيّ يختلف عن القانون الداخليّ أو الوطنيّ للدولة المتعاقدة؛ حيث يرى بعضُ الفقه العربيّ أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الإداري الدوليّ، مع التأكيد على أنّ أيّ محاولة لوضع تعريفٍ للعقد الإداري الدوليّ سوف يفتح الباب للعديد من الانتقادات، ولكن على الرّغم من هذا الجروح الفقهيّ الذي يبتعد عن الخوض في مسألة التّعريف، فإن بعضُ الفقه العربيّ قد رأى أنه من الضّروريّ تعريف العقد الإداري الدوليّ؛ حيث عرّفه بعضُ الفقه على أنه: "عقدٌ تُبرمه الدولة بوصفها سلطةً عامّةً، أو يُبرمه شخصٌ معنويٌّ من رعايا الدولة³، مع شخصٍ طبيعيٍّ أو معنويٍّ من رعايا دولةٍ أخرى، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعيّة للدولة أو أعمالٍ صناعيّة، أو أن تُبرم دولةً مع دولةٍ أخرى تعاقداً بهذا الصّدّد؛ لعدم امتلاكها التّقنيّة العلميّة التي تُمكنها من ذلك"⁴، فعلى هذا الحال لا يكون العقد دوليّاً إلا متى أبرم بين دولةٍ وأخرى؛ بمعنى: أن يكون في

(1) طالب حسن موسى، الوجيز في قانون التجارة الدوليّة، الطبعة الأولى، الدار العلميّة الدوليّة ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001م، ص13، 14.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، دراسة تحليليّة لمبادئ معهد روما (اليو نيدرورا) المتعلّقة بقيود التجارة الدوليّة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، 2000م، ص21.

(3) G. Peiser ; Droit administratif général, 26^{ème} éd. Dalloz, 2014, p. 82 ; v. aussi, CAA Marseille, 14 sept. 2004, M^{me} Martin-Metenier, AJDA 2005. 380, note G. Peiser ; CE, 21 mars 2007, Cne de Boulogne-Billancourt, AJDA 2007. 663.

(4) إبراهيم حسين حسني، الدولة والعقود الإداريّة الدوليّة، التّحكيم وإشكاليّات التّطبيق والتّوجّه المستقبلي، مؤتمر ورشة عمل الإستراتيجيّات الحديثة في إداريّة عقود الإنشاءات القاهرة، 8 ، 11مايو، 2016، ص8.

ذات العقد عنصرٌ خارجيٌّ، فقد يُبرم العقدُ في فرنسا، ويُنفذُ في ألمانيا، وقد يُحرَّرُ في باريس ولكن بلغةٍ إنجليزيةٍ بين فرنسا والولاياتِ المُتحدةِ الأمريكيةِ، لتنفيذِ مشروعٍ في الصِّينِ⁽¹⁾، فالعقدُ يكونُ إذاً دولياً في كلِّ مرّةٍ يرتبطُ فيها بحكمِ شروطِ إنشائه، أو طرقِ تنفيذِهِ بعدّةِ دولٍ⁽²⁾.

وممّا تقدّم لا يمنعُ من تعريفِ كلِّ عقدٍ دوليٍّ على حدةٍ، فعقدُ البيعِ الدوليِّ يُمكنُ تعريفُهُ:

بأنها البيوعُ التي يكونُ محلُّها أموالاً منقولةً، أو مُعدّةً للنقلِ بين دولتين أو أكثر.

وتكونُ عقودُ النقلِ دوليّةً إذا تعدّت حدودَ الدولةِ إلى دولةٍ أخرى، في حين تتحقّقُ صفتهُ الدوليّةُ في عقودِ نقلِ التكنولوجيا إذا كان موضوعُ الاتّفاقِ نقلَ التكنولوجيا عبرَ حدودِ دولةٍ ما؛ سواءً كان طرفاً الاتّفاقِ يقيمان، أو يمارسانِ نشاطاً تجارياً أو صناعياً في الدولةِ نفسها، أم في دولتين مختلفتين، فلا عبرةً بجنسيّةِ الطرفين، فقد يُمكنُ من الجنسيّةِ نفسها، أو من جنسيّتين مختلفتين⁽³⁾.

ممّا سبق يرى الباحثُ أن فقهاء القانونِ في تناولهم لتعريفِ العقدِ الدوليِّ لم يكن هنالك

تعريفٌ مُحدّدٌ لهذا العقد؛ ويرجعُ ذلك إلى اختلافهم في معيارِ العقدِ الدوليِّ، ولكن من خلالِ سردِهم لهذا التّعريفِ يكاد يجمعون على توافُرِ عناصرِ العقدِ التجاريِّ الدوليِّ، وهي: توافُرُ العقدِ الأجنبيِّ للعنصرِ التجاريِّ الدوليِّ، وعلاقةُ العقدِ بمصالحِ التجارةِ، واختلافِ جنسيّاتِ أطرافِ العقدِ الدوليِّ.

ومن خلالِ هذه العناصرِ يُعرّفُ الباحثُ عقودَ التجارةِ الدوليّةِ بأنها: (هي تلك المعاملاتُ

التجاريّةُ الدوليّةُ المتعلّقةُ بمصالحِ التجارةِ الدوليّةِ، التي تتمُّ بين طرفين أو أكثر، وتشتملُ على عنصرٍ أجنبيٍّ، وتكونُ آثارها في دولةٍ أخرى).

ويرى الباحثُ من خلالِ التّعريفاتِ السابقة أن العقدَ الإداريَّ الدوليَّ: هو عقدٌ يجمعُ بين

مُقوماتِ العقدِ الإداريِّ من حيث كونه أحدِ طرفيه شخصاً معنوياً عامّاً، ويتعلّقُ بمرفقٍ عامٍّ، وتظهر فيه نيّةُ الأخذِ بالشروطِ الاستثنائيةِ غير المعروفةِ بالنسبةِ للعقودِ الخاصّةِ، وبين الصّفةِ الدوليّةِ من حيث اتّصالُ العقدِ بمصالحِ التجارةِ الخارجيّةِ للدولةِ، وبما يحمله من رابطةٍ تتجاوزُ الاقتصادَ

(1) F.-C. Dutilleul, et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 11^{ème} éd., Dalloz, 2019, p.29, n°21.

(2) غالباً ما يجري استخدامُ المعيارِ الاقتصاديِّ لتقدير الطابعِ الدوليِّ للوفاء، وهكذا يكونُ العقدُ دولياً، متى اتّجهت إرادة الأطرافِ إلى إخضاعِهِ لقانونٍ أجنبيٍّ، راجعُ في ذلك

:CJUE 8 juin 2017, Vynils Italia, aff. C-54/16, RDC 2017, obs. Laazouzi.

(3) طالب حسن موسى، الوجيزُ في قانونِ التجارةِ الدوليّةِ، مرجعُ سابقٍ، ص14، 15.

الدَّاخلِيَّ لِلدَّولةِ الْمُتعاقدَةِ، كما أن العَقْدَ الإداريَّ الدَّوليَّ لم يصلْ إلى درجةِ ذلك العَقْدِ القائم بذاته، المتميِّز بقانونٍ مُحدَّدٍ ومعايير تميِّزه دون غيره من العَقود، وإنما هو عَقْدٌ يَسْتَقِي أغلبُ مَقوماته من العَقودِ الخاصَّةِ الدَّوليَّةِ وخصوصًا العَقْدِ التِّجاريِّ الدَّوليِّ؛ أي: من القوانينِ المُنظِّمةِ لهذه العَقود، ولا يَتَميِّز عنها إلا بوجودِ الإدارةِ طرفًا فيه؛ أي: الدَّولة، وبما يَسْتهدَفُ تحقيقَ المصلحةِ العامَّةِ.

المطلب الثاني: شروط اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية

اهتمَّ الفقه والقضاء -عموماً- بتحديد معيار دولية العقد التجاري الدولي؛ كونه يرتبط بعدد من المسائل القانونية المهمة التي يتوقف حسمها على هذا التحديد.

ومن أهم هذه المسائل مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؛ حيث إن صفة العقد هي التي تُحدّد النظام القانوني الذي يحكم العقد، فالعقد الداخلي يستوجب تطبيق قواعد القانون الداخلي، أما العقد الدولي فتُحدّده قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المختصة⁽¹⁾.

واستقرَّ فقه القانون الدولي الخاص على أن دولية العقد هي شرط مسبق لازم لإعمال قواعد هذا الفرع من أفرع الدراسات القانونية، يستوي في ذلك القواعد المادية، أو قواعد التنازع باعتبارها مسألة جوهرية تُرتب نتائج قانونية مهمة، خاصة في مجال الروابط العقدية الدولية؛ لذلك عمد الفقه منذ زمن طويل إلى التفرقة بين العلاقات الداخلية، التي تخضع للقانون الداخلي، والعلاقات الدولية التي يُطبّق عليها أحكام القانون الدولي الخاص ووضع ضوابط تُميّز بينهما.⁽²⁾

ولما كانت هنالك صعوبة في التوصل إلى تعريف مُحدّد يُغطّي سائر أنواع العقود الدولية -خاصةً مع تنوعها وتعديدها- حاول الفقه والقضاء البحث عن معيار يُسهم في تحديد أهمية العقد الدولي⁽³⁾، وقد اختلف الفقه حول طبيعة المعيار الذي يرسم الحدود الفاصلة بين المعيارين؛ أي: ما بين المعيار الآخذ بمعيار قانوني يتخذ من تطرّق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد أساساً في تحديد الصفة الدولية له مع اختلاف أنصار هذا الاتجاه حول مضمون العنصر الأجنبي، وبين المعيار الاقتصادي الذي يتخذ من انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود دليلاً لإضفاء الطابع الدولي

(1) أسامة محمود حميدة، الالتزامات المتقابلة بين أطراف البيع الدولي والأحكام المشتركة بينهما، رسالة دكتوراه، جامعة الخرطوم، كلية القانون، مارس 2004، ص34.

(2) محمد حسين منصور: "العقود الدولية: ماهية العقد الدولي، وأنواعه، وتطبيقاته، ومفاوضات العقد وإبرامه، مضمونه وآثاره وانقضاؤه، الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية والإلكترونية، الاختصاص القضائي والإلكتروني، التحكيم وقانون التجارة الدولية"، طبعة 2، دار الجامعة الجديدة للنشر -الإسكندرية- ص35.

(3) Aad Ali Al-Mahmoud Al-Qayis (2013): The Administrative Contract in Accordance with the System of Administration Contract in UAE, University Bookshop, Sharjah University, p 12

على العنصر، إلى أن ظهر اتجاه ثالث يُشير إلى إسباغ الصفة الدولية على العقد الدولي؛ جمعاً بين المعيارين: القانوني والاقتصادي⁽¹⁾.

بينما استقرّ الفقه التقليدي على اعتناق المعيار القانوني الذي يعتدُّ بعناصر الرابطة العقدية ومدى تطرُق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كلّها أو بعضها، ويُفصل جانباً من الفقه الحديث التّركيز على المعيار الاقتصادي الذي يُعبّر عن مدى اتّصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية⁽²⁾.

لذلك سيتناول الباحث في هذا المطلب المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المختلط للعقد الدولي، ثم يُقارن بينهما، وذلك وفقاً للترتيب الآتي:

الفرع الأول: المعيار القانوني.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي.

الفرع الثالث: المعيار المختلط.

الفرع الأول: المعيار القانوني

إن اتّصاف العقد بالصفة الدولية يترتب عليه نشأة حقّ الأطراف في تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد، وبذلك يخرج العقد عن نطاق القانون الوطني إلى نطاق القانون الأجنبي، ومن ثم إلى إعمال نظرية تنازع القوانين وتحريك قواعد الإسناد، وعليه ظهر أكثر من معيار في الفقه لتحديد الصفة الدولية⁽³⁾.

المعيار الأول: وهو الذي يُؤدّي إلى اعتبار العقد دولياً عند اختلاف جنسيّة أطرافه وموطنها، وكان معدّاً في قسمه الأعظم للتّنفيد في دولة غير التي أبرم فيها، وهذا ما يُسمّى بالمعيار القانوني⁽⁴⁾.

1) (Y. Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, th. de Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2008, p. 52

(2) هشام صادق، عقود النّجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعيّة، 2007م، ص71.

(3) هشام خالد . ماهيّة العقد الدوليّ، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 2007، ص283.

(4) سامي سركس، مجلة المحامون السورية، 1984 العدد 6، ص604.

المعيار الثاني: وبموجبه يعدُّ العقدُ دولياً إذا كان ذا صلةٍ وثيقةٍ بمصالح التجارة الخارجية، وبعبارةٍ أخرى عندما تكون منشأ توريده بالنسبة لأحد أطراف العقد أجنبياً ويستتبع انتقال المواد والخدمات والنقود عبر الحدود، ولا يقتصر أثره على السوق الوطنية أيًا كانت جنسيته أطرافه، وأياً كانت موطنها، وهذا هو ما يُعرف بالمعيار الاقتصادي⁽¹⁾.

المعيار الثالث: والذي من خلاله يعدُّ العقدُ دولياً إذا اتَّصل بأحد عناصره الأجنبية المؤثرة على أكثر من نظامٍ قانونيٍّ لدولٍ مختلفةٍ، ويهدف إلى الرِّيح أو نقل الخدمات عبر الحدود، أو تحقيق مصالح التجارة الدولية، وهو ما يُعرف بالمعيار المزودج⁽²⁾.

ويعمل هذا المعيارُ على تحديد دولية العقد؛ استناداً إلى فكرةٍ مردّها: أن العقدَ يعدُّ دولياً لمجرد تطرُق الصفة الأجنبية إلى أيِّ عنصرٍ من عناصر العلاقة القانونية القائمة والمستمدّة من هذا العقد، ولقد اختلف أنصار هذا المعيار حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة التعاقدية القائمة، فالعقدُ يعدُّ دولياً إذا دخل العنصر الأجنبي على العقد؛ سواءً من حيث الأطراف، أو الموضوع، أو محل إبرام العقد، أو محل تنفيذ العقد؛ بمعنى آخر: العلاقة تعدُّ دولية متى كان من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التي أعدت خصيصاً لحكم العلاقة الدولية، بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي، وترتبط بأنظمة قانونية أخرى⁽³⁾. ومن هذا المنطلق يُعدُّ عقد البيع دولياً لو أبرم في باريس بين فرنسيٍّ مقيم في فرنسا، وبلجيكيٍّ مقيم في بلجيكا، وكان متعلّقاً ببضاعة كائنة في إيطاليا ومطلوب تسليمها هناك، على أن يتمّ الوفاء في فرنسا، ويرجع ذلك إلى اتّصال عناصر هذا العقد بأكثر من دولة؛ أي: أكثر من نظامٍ قانونيٍّ واحدٍ؛ سواءً كان هذا الاتّصال من خلال عدّة عناصر، أو من خلال وجود عنصرٍ أجنبيٍّ واحدٍ⁽⁴⁾.

(1) سامي سركس، المرجع السابق، ص 604.

(2) علي عبد العظيم، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، 2017، ص 395.

(3) هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008م، ص 31.

(4) عادل أبو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، الناشر دار النهضة العربية، 2005م، ص 35.

أولاً: عناصر المعيار القانوني للعقد الدولي:

يرى الفقه التقليدي أن عناصر العقد الدولي والعوامل القانونية والواقعية التي يمكن أن يرتبط العقد الدولي بأكثر من دولة وفقاً للمعيار القانوني كالاتي (1):

1- وجود مركز أعمال المتعاقدين في أكثر من دولة:

إن العقد المبرم بين شخصين ومركز أعمال كل واحد منهما في دولة مختلفة عن الآخر إنما يتسم بالصفة الدولية حتى ولو تم إبرام هذا العقد أو تنفيذه في دولة واحدة، ولا يلزم أن يكون مركز الأعمال الرئيس للمتعاقدين المعني، بل يكفي أن يكون هذا المركز على صلة بالعقد. (2)

2- اختلاف جنسية أطراف العقد:

ويرى الأستاذ hygh أيضاً أن اختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة ليس له إلا قيمة ضئيلة في إكساب العقد المعني الصفة الدولية، وإذا اعتمدت على المعيار المائل وعولت عليه في إسباغ الصفة الدولية على عقد معين فسوف يقودنا ذلك إلى نتائج غير موفقة؛ مثال ذلك: إذا قامت ربة منزل ألمانية بشراء فواكه من بائع فواكه تركي من إحدى الأسواق الألمانية، فالعقد المتقدم سوف يكون دولياً إذا أخذنا في الاعتبار معيار الجنسية بحسبان أن البائع تركي والمشتري ألماني، وعلى هذا فالمعيار المتقدم ليس له أي دور في هذا الخصوص. (3)

3- اختلاف موطن أو محل إقامة المتعاقدين:

يمكن القول بأن اختلاف موطن أو محل إقامة المتعاقدين ليس له تأثير على طبيعة العقد المعني، شأنه في ذلك شأن الجنسية، وذلك ما لم تؤيده ثمة عوامل أخرى يمكن أن تؤدي مجتمعة بما فيها العامل المائل؛ أي: إسباغ الصفة الدولية على العقد المعني، وهذه ما ذهب إليها بعض الاتفاقيات الدولية (4).

(1) هشام خالد، ماهية العقد الدولي، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007، ص 57.

(2) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 19.

(3) ميثاق طالب حمادي، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، ط 1، دار الجامعة، الإسكندرية، الجديدة، 2017، ص 363.

(4) هشام خالد، مرجع سابق، ص 59.

4- التّعاقُد خارجَ الدّولةِ الإقليميّة:

كان التّعاقُد خارجَ الدّولةِ الإقليميّة من الأمور المؤثّرة على العقدِ الدّوليّ المعنيّ، ولكن الوضع قد تغيّر الآن؛ حيث فقد هذا الأمر أهمّيّته، فإذا قام رجل أعمال فرنسيّ بمقابلة رجل أعمال فرنسيّ آخر على أحد الشواطئ الإيطاليّة وعلى إثر ذلك أبرم عقداً، فسوف يتمّ تنفيذه على الإقليم الفرنسيّ، فإبرام العقدِ المعنيّ في خارج فرنسا؛ أي: على شاطئ الإيطاليّ المعنيّ هو أمرٌ غير مهمّ وغير مؤثّر على هذا العقد، أو بعبارة أخرى هو معيارٌ شخصيّ.⁽¹⁾

5- تنفيذ العقد خارجَ الدّولةِ الإقليميّة:

إن تنفيذَ العقدِ خارجَ الدّولةِ الإقليميّة أمرٌ له أهميّة في تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد المعنيّ، ومن هذا المنطلق فالعقد المبرم بين مواطنين أستراليين، الذي سوف يتمّ تنفيذه في إندونيسيا يعدّ -قطعاً- عقداً دولياً، كما يعدّ الوفاء بعملة أجنبيّة أو الوفاء في الخارج إحدى صور تنفيذ العقدِ الدّوليّ في الخارج، ويعدّ تنفيذُ العقدِ في الخارج من العناصر الأساسيّة الفاعلة لمعيار دوليّة العقد.⁽²⁾

6- وجود المال محلّ التّعاقُد في الخارج:

إن وجودَ المال محلّ التّعاقُد في خارجَ الدّولةِ الإقليميّة من شأنه أن يُثيرَ تنازعاً بين القوانين، وخاصّةً الغرض الذي يكون فيه هذا المال عقاراً، كذلك الحال بالنسبة للمنقولات ذات الطّبيعة الخاصّة، التي تحتاج إلى إجراءات تسجيلٍ أو بعض المقتضيات المحليّة⁽³⁾.

ثانياً: اختلاف الفقهاء حول عناصر العقدِ الدّوليّ:

ظهر خلافٌ بين أنصار المعيار القانونيّ حول مدى فاعليّة وأثر العناصر القانونيّة للرّابطة العَقديّة حتّى تُوصف هذه الرّابطة بالطّابعِ الدّوليّ، وحول مفهوم هذا العنصر: هل مجرد توافر عنصرٍ أي أن يُضفي على هذا العنصر الصّفة الدّوليّة، أم يجب أن يكون هذا العنصر مؤثّراً، جانباً من الفقه التّقليديّ يرى التّسوية بين كافّة العناصر القانونيّة للرّابطة العَقديّة، أما الجانب

(1) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 35.

(2) الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدّوليّة الخاصّة، ط 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،

2006. ص 159.

(3) هشام خالد، مرجع سابق، ص 60، 63.

الآخر فيرى ضرورة التفرقة بين هذه العناصر من حيث مدى تأثير كلٍ منها في دوليّة العقد على النحو التالي⁽¹⁾:

1- الرأى الأول: التسوية بين العناصر المختلفة للرابطة العقدية:

ذهب جانب من الفقه إلى الاكتفاء بالعنصر الأجنبيّ أيًا كان هذا العنصر، ويعني ذلك: أن كلّ عنصر من العناصر من شأنه أن يُضفي على الرابطة العقدية صفة الدُوليّة متى كان هذا العنصر أجنبيًا، ومقتضى ذلك أن يعدّ دوليًا كلُّ عقدٍ اشتمل على عنصرٍ أجنبيٍّ؛ سواءً تعلّق هذا العنصر بالأعمال المتعلّقة بإبرامه، أو بتنفيذه، أو بموطن المتعاقدين، أو جنسيّتهم كما لو كان هؤلاء أو أحدهم من الأجانب، أو من الوطنيين المقيمين في الخارج، ويبيّن لنا أنّ هذا الفقه يميل إلى التسوية بين عناصر الرابطة العقدية، بحيث يترتّب على تطرّق الصفة الأجنبيةّ لأيّ منها اكتساب الطابع الدوليّ الذي يُبرّر إخضاعه لأحكام القانون الدوليّ الخاص⁽²⁾.

2- الرأى الثاني: الاعتماد على العناصر المؤثّرة في الرابطة العقدية:

يرى الفقه التقليديّ أن العقد يعدّ دوليًا إذا اتّصلت عناصره القانونيّة بأكثر من نظام قانونيّ، وعند هذا الفقه تتساوى كافّة العناصر القانونيّة للرابطة العقدية؛ أي: أطرافها، وموضوعها، وسببها بحيث إذا اتّسم أيّ عنصرٍ من تلك العناصر بالصفة الأجنبيةّ كان العقد دوليًا⁽³⁾. وممّا لا شكّ فيه أن المعيار القانونيّ بهذا المفهوم يتّسم بالجمود؛ لأنه إن وافق العقود الدُوليّة بصفة عامّة، فإنه لا يُوافق عقود التجارة الدُوليّة؛ لذلك إذا أدّى إلى إعمال قواعد التجارة الدُوليّة، فإنه سيؤدّي إلى إعمال قواعد تنازع القوانين، إلا أنه لا يكفي لإعمال القواعد الماديّة للقانون الدوليّ الخاصّ دورًا لهذا القصور؛ لذلك يُفضّل بعض الفقه الحديث الاعتداء على العناصر الفعّالة، أو المؤثّرة في الرابطة العقدية والتّغاضي عن العناصر غير الفاعلة أو المُحايدة⁽⁴⁾.

(1) هاني محمود، النّظام القانونيّ الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدُوليّة أمام المحكّم الدوليّ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، ص31.

(2) عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص36، 37.

(3) سوسن صادق صالح، القانون الواجب التّطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبيّة، ط 1، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2019، ص69.

(4) حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدُوليّة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2002م، ص16.

لذلك يُشير أصحابُ هذا الرأي إلى أنه ليس حتمًا أن يكونَ بصددِ العقدِ الدوليِّ المجرّدِ توافُرُ عنصرٍ أجنبيٍّ ما فيه؛ لأنَّ هذا العنصرَ الأجنبيَّ قد يكون سببًا غيرَ مؤثِّرٍ في تحديد طبيعةِ العقد؛ بحيث يظلُّ عقدًا داخليًّا، رغم ذلك قد يتوافرُ العنصرُ الإيجابيُّ المؤثِّرُ في التَّكْيِيفِ حتَّى ولو لم يكن عنصرًا ماديًّا فيكتسبُ العقدُ صفةً دوليةً، ويرى هذا الاتجاهُ ضرورةً أن تُفَرِّقَ في خصوصِ عناصرِ العقد، التي تنطَرِّقُ إليها الصِّفَةُ الأجنبيَّةُ بين العناصرِ الفعَّالةِ وغيرِ الفعَّالةِ، ويُشيرُ الفقهُ إلى أن الجنسيَّةَ الأجنبيَّةَ للمتعاقد لا تعدُّ عنصرًا مؤثِّرًا في العقودِ التِّجاريَّةِ الدوليَّةِ والعقودِ الماديَّةِ بصفةٍ عامَّةٍ، ومن ثمَّ فهي لا تصلحُ في ذاتها لإضفاءِ الطَّابعِ الدوليِّ على هذه العقود، وبناءً على ذلك فإنَّ العقدَ الذي يقومُ بمقتضاهِ أجنبيٍّ مستوطنٍ في فرنسا يطلبُ معلوماتٍ من بنكٍ معلوماتٍ فرنسيٍّ بخصوصِ شركةٍ يرغبُ في إنشائها في فرنسا لا يُثيرُ مشكلةً تنازُعِ القوانين، وإنما تخضعُ العلاقةُ التَّعاقديةُ بين المستخدمِ الأجنبيِّ والمورِّدِ أو بنكِ المعلوماتِ الفرنسيِّ في هذه الحالةِ للقانونِ الفرنسيِّ⁽¹⁾.

وعلى عكس ذلك يعدُّ من العناصرِ المؤثِّرةِ في كلِّ العقودِ مكانَ تنفيذِ العقدِ واختلافِ موطنِ المتعاقدين حتَّى ولو اتَّحدتْ جنسيَّتُهُما؛ حيث تختلفُ بالتَّبعيةِ دولةُ تسليمِ المبيعِ عن دولةِ قبضِ الثَّمَنِ، وهو ما يُحقِّقُ عمليةَ انتقالِ الأموالِ عبرِ الحدود، وكذلك إذا أُبرِمَ عقدٌ ببيعِ بضائعٍ بين كويتيين يُقيمُ أحدهما في مصر، فإنَّ العقدَ يُعدُّ دوليًّا إذا كان مكانُ التَّسليمِ هو مصر⁽²⁾.

مما سبق يرى الباحثُ أن آراءَ العلماءِ حولِ العناصرِ المؤثِّرةِ التي يُمكنُ أن تُضفي على العقدِ الصِّفَةَ الدوليَّةَ أو التَّسويةَ بين العناصرِ، فيرجِّحُ الباحثُ الرأْيَ القائلَ بالاعتمادِ على العناصرِ المؤثِّرةِ في العقدِ الدوليِّ، وذلك يرجعُ إلى أن هذا الرأْيَ يُحدِّدُ العنصرَ الحقيقيَّ للعقدِ الدوليِّ، وهو بذلك يتماشى مع التَّبادلِ التِّجاريِّ بمفهوميهِ الحقيقيِّ.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصاديُّ

ظهر المعيارُ الاقتصاديُّ في أواخرِ العشرينياتِ من القرنِ الماضي في مجالِ القانونِ النَّقديِّ والمدفوعاتِ الدوليَّةِ؛ حيث يعدُّ العقدُ دوليًّا وفقًا لهذا المعيار؛ إذ كان يتَّصلُ بمصالحِ التِّجارةِ

(1) عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص 36، 37.

(2) أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التِّجارةِ الدوليَّةِ "البيعِ الدوليِّ للبضائع"، الناشر المكتبة العصرية، جمهورية مصر، 2007، ص 43.

الدَّولِيَّة، ولما كان مصطلحُ التَّجَارَةِ الدَّولِيَّةِ هو في ذاته يحتاجُ إلى تعريفٍ، فقد اتَّخذ هذا المعيارُ صورًا متعدِّدةً، حيث كانت كلُّ صورةٍ بمثابةِ حالٍ يُلَبِّي حاجاتٍ اقتصاديةً معيَّنةً، يشهدها المجتمعُ الفرنسيُّ الذي ظهر فيها هذا المعيار كحاجةٍ لتطبيقٍ أو تفادي تطبيقِ نصِّ قانونيٍّ معيَّن، وهكذا فإن المعيارَ الاقتصاديَّ يتطلَّبُ لدولِيَّةِ العقدِ وجوبَ انتقالِ قيمٍ اقتصاديةٍ عبر الحدود⁽¹⁾.

والمعيار الاقتصاديُّ يتَّخذ صورتَيْن؛ الأولى: تُعبَّرُ عمَّا يُطلقُ عليه معيارُ المدِّ والجزرِ، والتي تتطلَّبُ أن يكونَ الانتقالُ متبادلًا بين الدَّولِ عبر الحدودِ، ومعيارِ مصالحِ التَّجَارَةِ الدَّولِيَّةِ، الذي يكتفي بأن يكونَ الانتقالُ في اتِّجاهٍ واحدٍ، ويُعرَّفُ المعيارُ الاقتصاديُّ بأنه: هو ذلك المعيارُ المستمدُّ من تأثيرِ العقدِ في اقتصاديَّاتِ أكثرَ من دولةٍ، وفي ذلك قالت محكمةُ النَّقضِ الفرنسيَّة: بأن العقدَ الدَّولِيَّ هو ذلك العقدُ الذي يتعلَّقُ بمصالحِ التَّجَارَةِ الدَّولِيَّةِ؛ أي: الذي ينطوي على رابطةٍ تتجاوزُ الاقتصادَ الدَّاخليَّ لدولةٍ معيَّنة⁽²⁾.

على هذا الحال؛ فإنَّ العقدَ يكونُ دوليًّا محضًا في هذه الحالة؛ لأنَّ العبرةَ باعتبارِ العقدِ دوليًّا أن يتعلَّقَ بمصالحِ التَّجَارَةِ الدَّولِيَّةِ؛ أي: يترتَّبُ عليه تداولٌ في حركةِ الأموالِ والبضائعِ خارجِ النِّطاقِ الإقليميِّ لدولةٍ واحدةٍ، وبذلك يكونُ العقدُ داخليًّا وليس دوليًّا لعدمِ تجاوزِ العقدِ حدودِ الدَّولةِ الفرنسيَّة⁽³⁾.

ويعدُّ هذا الحكمُ الصَّادرُ في سنة 1927م هو الأوَّلُ الذي يعتمدُ المعيارَ الاقتصاديَّ، وقضى بإبطالِ العقدِ لبطلانِ شرطِ الدَّفْعِ بالجنيةِ الإسترلينيِّ في علاقةٍ فرنسيَّةٍ خالصةٍ، وتعدُّ محكمةُ النَّقضِ الفرنسيَّةُ أن العقدَ الدَّولِيَّ هو ذلك العقدُ الذي يتعلَّقُ بمصالحِ التَّجَارَةِ الدَّولِيَّةِ، الذي ينطوي على رابطةٍ تتجاوزُ الاقتصادَ الدَّاخليَّ لدولةٍ معيَّنةٍ بأن تتضمنَ -مثلًا- استيرادَ البضائعِ من الخارجِ أو تصديرِ منتجاتٍ وطنيَّةٍ إلى دولةٍ أجنبيَّةٍ؛ أي: يترتَّبُ عليها حركةٌ ذهابٍ وإيابٍ للأموالِ عبرِ الحدودِ؛ إذ إنَّ القضاءَ الحديثَ لم يعدُّ يكتفي في خصوصِ عقودِ التَّجَارَةِ الدَّولِيَّةِ بتوافُرِ المعيارِ

(¹) S. Mircea, N. Costin, M. Călin ; Dictionnaire de droit civil, éd. Bucharest, 2007, p. 518.

(2) أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء، والأدوات وتمويل الملكية Bot في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربيَّة، 1424هـ، 2004م، ص372.

(³) (Ph. Malaurie, L. Aynès, et P.-Y. Gautier, Droit des contrats spéciaux, 8^{ème} éd., LGDJ, 2016, p.36, n°30)

القانوني، وإنما يتطلب في شأن هذه العقود -أيضاً- أن تتعلّق بمصالح التجارة الدولية أن تتعدّى آثارها إطار الاقتصاد الوطني؛ مما تُؤدّي إليه من انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود⁽¹⁾.
وقد اعتنق المشرّع الفرنسي المعيار الاقتصادي الدولي⁽²⁾ للعقد، ويؤكد ذلك ما ورد في نصّ المادة 1492 من قانون المرافعات الجديدة الصادرة في 12/5/1981م، المتعلّق بالتحكيم

(1) هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 33، 35.

(2) ووقائع هذه القضية تتعلّق بتعرض المدعي العام مايتير، إلى قانون بلد الوفاء، وفي قرارها (Besset du Pélissier) توصلت محكمة النقض الفرنسية إلى وضع أسس ومعايير العقد الدولي نتيجة لإقرارها أن العملية المتمثلة في الدفع بالذهب لا يُؤخذ بها إلا في العقود الدولية وحدها، ومن خلال ذلك يظهر أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها هذا لم تتعرض مباشرة لتحديد ماهية العقد الدولي، بل أوضحت المعيار الذي من خلاله تمّ تعرضها لكيفية تحديد الوفاء والعملية التي يتعيّن على أساسها الوفاء بالالتزامات النقدية في العلاقة الدولية الخاصة، وهذه الليونة التي تفرضها المعايير الاقتصادية تظهر واضحة في مجال التحكيم حيث اعتبرت الاجتهاد القضائي وخاصة الفرنسي أن مفهوم العقد الدولي متوقّف على مصالح التجارة الدولية، وقد ظهر ذلك من خلال حكمين آخرين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية من أجل عدم إبطال شرط تحكيمي في العقد، رغم أن القانون الفرنسي وفقاً للمادة 1006 من الإجراءات المدنية يحظره أو أنّ العقد أبرم قبل صدور القانون الذي يُجيز شرط التحكيم في إطار عقود التجارة الدولية.

القضية الأولى: تُعرف بقضية ماردولي (merdele) التي صدر فيها الحكم بتاريخ 27/02/1930، وتتمثّل هذه القضية في أنّ عقداً أبرم في فرنسا بين فرنسيين، وأن موضوع العقد هو نقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسا مع اشتراط المتعاقدين الخضوع للقانون وعرض النزاع على التحكيم.

أما الثانية: فتُعرف بقضية دامبريكوت (Dambricourt)، التي صدر الحكم فيها وتتمثّل في عقد بيع قمح من وآيل فرنسي لصالح شراء 1 بتاريخ 1931/01/27 فرنسية، وقد أقرت محكمة النقض بشأنها ما يلي: "حيث إن الصّفقة موضوع النزاع تتعلّق بقمح مستورد من الخارج تمّ إبرامها بواسطة وآلاء، وأن القمح تمّ شحنه بالولايات المتحدة؛ طبقاً لعقد بيع حصل تسليمه بسان لوزير (أي بميناء فرنسي)، وأن العقد المبرم يُعدّ لهذا السبب متعلّقاً بمصالح التجارة الدولية، فطالما أن بطلان شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ليس من النظام العام بفرنسا؛ ممّا يستوجب العدول عن أحكام هذه المادة، واختيار قانون أجنبي لتنظيم مثل هذه الاتفاقيات، القانون الإنجليزي الذي يُجيز شرط التحكيم". وهذه الحيثية نفسها استندت إليها محكمة النقض الفرنسية في قضية ماردولي، لكنّ الفرق الوحيد هو: أن قضية الشراء الفرنسية أجرت العقد لحساب شراء الأم الهولندية، وبذلك أقر القاضي أنه يعدّ العقد دولياً لمجرد تعلّقه ببضاعة موجودة فيه، أما أن التحكيم الدولي يكون في العقود التي ينتج 2 دولة أجنبية يتم إرسالها إلى فرنسا

الدولي⁽¹⁾ الذي يعتبر دوليًا التحكيم الذي يضع في ميزان التجارة الدولية، وقد انتقد بعضهم الاعتماد على المعيار الاقتصادي وحده؛ لآتسامه بالغموض وعدم التحديد، بل إنه يتلاقى مع المعيار القانوني ولا يتعارض معه، فالعقد الذي يترتب عليه نقل الأموال من دولة إلى أخرى، المتعلقة بمصالح التجارة الدولية هو عقد يتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد، وعلى هذا النحو فالمعيار الاقتصادي يؤدي إلى المعيار القانوني، وهو ما أثبتته أحكام القضاء الفرنسي رغم تمسكها بالمعيار الاقتصادي⁽²⁾.

ومع ذلك فقد اختلف أنصار المعيار الاقتصادي لدولية العقد في مدى أو نطاق تطبيقه، فالبعض يرى بأن المعيار الاقتصادي لدولية العقد يمكن أن يتحقق حتى وإن لم يتوفر للرابطة العقدية معنى الدولية؛ طبقًا للمعيار القانوني حتى وإن لم يتصل العقد بأكثر من نظام قانوني. وبعبارة أخرى حتى ولو خلت الرابطة العقدية من العناصر اللازمة لتحقيق المعيار القانوني الدولية العقد⁽³⁾.

ويتضح مما سبق أن المعيار القانوني أوسع من المعيار الاقتصادي، فالأخير معيار ضيق لا يؤدي إلى دولية الرابطة العقدية في مجال المعاملات المالية، إلا إذا تعلقت به مصالح التجارة الدولية.

وإذا كان ذلك هو ما يُعيب المعيار الاقتصادي، فإن المعيار القانوني الموسع الذي يُساوي بين كافة عناصر العلاقة العقدية المؤثرة منها أو غيره، فذلك ما يُعيب المعيار القانوني؛ لذلك فقد يرى بعض الفقهاء ضرورة التضييق في المعيار القانوني بحيث يتم التركيز على العناصر الفعالة أو المؤثرة؛ لأن ذلك التضييق يُحقق بالضرورة المعيار الاقتصادي⁽⁴⁾.

عن التزاماتها تبادل القيم وانتقالها ذهابًا وإيابًا عبر الحدود؛ مما يترتب عن نتائج 3 متبادلة في كلٍ من الدولتين المعنيتين

(1) Jacques Mestre: Rev. Crit. DIP 1981, p313.

(2) حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 19، 20.

(3) أ. أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 67.

(4) حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 21.

الفرع الثالث: المعيار المختلط

يجمع المعيار المختلط بين كلٍ من: المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي؛ بمعنى: أنه لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقُّق من وجود عنصرٍ أجنبيٍّ في الرابطة العَقْدِيَّة (المعيار القانوني)، بل لا بُدَّ من تعلق الأمر بمصالح التِّجَارَةِ الدَّوْلِيَّة (المعيار الاقتصادي)، وتندرج بعضُ العقود تحت إطار المعيار القانوني، وذلك بتوافر عنصرٍ أجنبيٍّ في العقد، وفي الوقت نفسه لا تندرج تحت إطار المعيار الاقتصادي؛ أي: إنها لا يتيح لها حركةً للأموال والبضائع عبر الحدود، والعكس كذلك فقد تندرج بعضُ العقود تحت إطار المعيار الاقتصادي ولكن لا تندرج تحت إطار المعيار القانوني الذي يتطلَّب أن يكون هنالك معياران لتحديد دولية العقد، لكلٍ منهما مجالٌ تطبيقيٌّ مختلف؛ ولتفادي هذا الاختلاف اتَّجه جانبٌ من الفقه إلى الأخذ بنظرية المعيار المزدوج؛ أي: القانوني والاقتصادي معاً لتحديد مفهوم العقد الدولي مع عدم الفصل بينهما عند التطبيق، ووفقاً لنظرية المعيار المشترك فإنه لا يُمكن تحديداً دولية العقد؛ استناداً إلى معيارٍ واحدٍ دون الأخذ بالمعيار الآخر، ويلزم الأمر فحص العقد وتحليل عناصره والتأكد من توافر المعيارين فيه، ويرى الاتجاه الحديث في الفقه القانوني أن دولية العقد تُحدَّد على ضوء اشتغال العقد على عنصرٍ أجنبيٍّ وتعلقه في الوقت نفسه بمصالح التِّجَارَةِ الدَّوْلِيَّة، ووفقاً لهذه النظرية فإن العقد الدولي هو العقد الذي يتضمَّن عنصرًا أجنبيًّا، ويترتَّب عليه حركة البضائع ودخول وخروج الأموال عبر الحدود⁽¹⁾.

ولذلك اتَّجه جانبٌ من القضاء الفرنسي إلى الجمع بين المعيارين: المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي عند البحث عن دولية العقد، ويدلُّ ذلك على أنَّ هذا القضاء لا يكفي لإضفاء صفة الدولية على العقد بوجود عنصرٍ أجنبيٍّ، بل يجب أن يتَّصل اتصالاً وثيقاً بمصالح التِّجَارَةِ الدَّوْلِيَّة؛ أي: تتعدَّى آثاره حدود الاقتصاد الداخلي لدولة واحدة⁽²⁾.

فإذا كان المعيار الاقتصادي يتعلَّق بحركة رؤوس الأموال عبر الحدود الدولية أو تجاوز العقد نطاق الاقتصاد الوطني لدولة واحدة، ويقوم المعيار القانوني على ارتباط العقد بأكثر من نظامٍ قانونيٍّ، فإنه من الممكن أن يتَّصل العقد في آنٍ واحدٍ بالاقتصاد الوطني والنظام القانوني لأكثر من دولة، فقد يُبرم مصريُّ عقد خدماتٍ مع بنكٍ معلوماتٍ فرنسيٍّ؛ بهدف توريد

(1) أسامة محمود حميدة، مرجع سابق، ص 35.

(2) (L. Richer ; Droit des contrats administratifs, 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 204)

معلومات من فرنسا إلى مصر على أن يتم الوفاء بالمقابل المالي في فرنسا، فنلاحظ أن هذا العقد يتصل بأكثر من نظام قانوني ويتعدى حدود الاقتصاد الوطني لدولة واحدة، وذلك من خلال نقل المعلومات والأموال من دولة إلى أخرى⁽¹⁾.

مما تقدم - في ما يتعلق بمعيار دولية العقد - يرى الباحث ترجيح المعيار القانوني الضيق أو المؤثر لإضفاء الصفة الدولية للعقد الذي يأخذ في اعتباره العناصر الأجنبية المؤثرة في العقد الدولي، وهي: مكان تنفيذ العقد، ومكان إقامة المتعاقدين في دولة مختلفة تعد هي العناصر المؤثرة التي تكشف وتحدد دولية العقد الدولي، دون الرجوع أو الاستعانة بالمعيار الاقتصادي أو المعيار المزدوج، فالعنصر الأجنبي المؤثر يعني: ارتباط العقد بحركة انتقال رؤوس الأموال والبائع والخدمات بين دولتين أو أكثر، وهذا يرتبط بمصالح التجارة الدولية باعتباره العنصر الأساس للمعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد؛ لذلك يرجح الباحث المعيار القانوني الضيق أو المؤثر لإضفاء الصفة الدولية للعقد الدولي لما ذكر من أسباب.

المبحث الثاني: أشكال العقد الإداري الدولية وتمييزه عن المفاهيم المشابهة

تمهيد وتقسيم:

(1) عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص46.

تتنوع العقود الإدارية الدولية، وتتعدّد صورها بحسب حاجة الدول لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية بها، ومع أنّ العقد الدولي يأخذ أشكالاً متعدّدة إلا أن الفقه ما زال يُرَدّد بخصوص

العقود الدولية مبدأ السيادة القاعدية *Souverainete normative*

أي حرّية أطراف التعاقد ومقدرتهم على خلق قواعد اتفاقية خاصة، تحكّم علاقاتهم التعاقدية؛ لذا تنوّعت وأسّقت أشكال العقود الدولية إلى حدّ بعيد، بحيث غطت مختلف مجالات وأنشطة المجتمع الدولي، فبدأت بالعقود الدولية البسيطة، مثل: عقد البيع الدولي للبضائع؛ حيث تقوم علاقة للشراء أو لتبادل السلع والبضائع بين طرفين: أحدهما وطني، والآخر أجنبي، ثمّ العقود الدولية المُعقّدة أو الجديدة، مثل: عقد البوت B.O.T (البناء والتشغيل ونقل الملكية)، وعقود نقل التكنولوجيا؛ سواءً للمساعدة الفنية، أو للتدريب، أو للتّرخيص الصناعي وعقود البترول أو النفط، أو عقود الامتياز بين الحكومات الوطنية وشركاتها والشركات الأجنبية العاملة في المجال، وعقد البيع البحري الدولي، وأخيراً العقود الإلكترونية؛ لذا يقوم الباحث بعرض ما توصل إليه من نتائج في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: تمييز العقود الإدارية عن المفاهيم المشابهة.

المطلب الثاني: أشكال العقد الإداري الدولية.

المطلب الأول: تمييزُ العقودِ الإداريّةِ الدولية عن المفاهيم المُشابهة

إن تمييزَ العقودِ الإداريّةِ عن المفاهيم المُشابهة يستدعي تقسيمَ هذا المطلبِ إلى عدّة فروع، وذلك وفقاً للترتيب الآتي:

الفرع الأول: الفرقُ بين الاتِّفاقِ والعقدِ الإداري الدولي.

الفرع الثاني: الفرق بين العقدِ الإداريِ الدوليِّ والمعاهدة.

الفرع الثالث: الفرق بين العقدِ الإداريِ الدوليِّ والعقدِ التجاريِّ الدوليِّ.

الفرع الأول: الفرقُ بين الاتِّفاقِ والعقدِ الإداري الدولي

وقد جرت العادة على التَّمييز بين العقدِ والاتِّفاقِ في ما يلي:

(أ) الاتِّفاق: ويتميِّز الاتِّفاق عادةً بأنه أعمُّ من العقد، فالاتِّفاق هو توافقُ الإرادتين على إحداثِ أثرٍ قانونيٍّ، يمثِّل بإنشاءِ التزامٍ، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه.

(ب) العقد: أما العقد فهو اتِّفاقٌ على إنشاءِ التزامٍ أو نقله فحسب، ولكنَّ هذا التَّفريق ليس له أهميَّة؛ وذلك لعدم ترتيبِ أيِّ نتائج قانونيَّة عليها، بحيث يعتبرهما المُشرِّع عادةً مترادفين للفظٍ واحدٍ⁽¹⁾.

واستخدم القانونُ كلمةَ (العقد) للدلالة على توافقِ الإرادتين أو أكثر على إنشاءِ التزامٍ يظهر أثره في المعقود عليه ويُغيَّر وصفه القانونيُّ؛ سواءً كان هذا الالتزامُ إعطاءً شيءٍ، أم أداء العمل، أو امتناعاً عن تنفيذِ عملٍ⁽²⁾.

بناءً على ذلك يُمكن للباحث أن يُعرِّف العقد على أنه: توافقُ إرادتين أو أكثر على إحداثِ أثرٍ يُرتبُه القانونُ.

ومن التَّعريف يتبيَّن لنا أن العقدَ يقومُ على أمرين، هما:

(1) محمد الشيخ عمر، القانون المدنيُّ السودانيُّ - الالتزامات، مطابع سجل العرب، ص 27.

(2) تاج السر محمد حامد، أحكام العقد، الطبعة الثالثة، 2000م، ص 1.

1- توافق الإرادتين، أو ارتباط الإيجاب بالقبول، وهو الرضا.

2- ابتغاء إحداث أثر يُرتبُه القانون⁽¹⁾.

وعرّف العقد في القانون المصري بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث التزام، أو على نقله⁽²⁾.

وميز التّقيُن المدنيّ الفرنسيّ بين العقد contract والاتّفاق convention، فاعتبر الأوّل نوعاً من الثاني، فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام، أما الاتّفاق فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه، فكلّ عقد اتّفاق، وليس كلّ اتّفاق عقداً، فالعقد فرع من الجنس، والاتّفاق هو الجنس، ولكن المُشرّع الفرنسيّ لم يستطع أن يُحافظ على هذا التّفريق عندما دخل إلى تفاصيل العقد، ولم يجد سبباً في أن يُعبّر عنه أحياناً بالاتّفاق، ولكن من النّاحية الفقهيّة والقانونيّة لم تعد هنالك أهميّة لهذا التّفريق، فيمكن اعتبار التّعبيرين مترادفين تماماً⁽³⁾.

كما عرّفت المادّة (125) من القانون المدنيّ المصريّ الحاليّ العقد بأنه: اتّفاق ما بين شخصين، أو أكثر على إنشاء رابطة قانونيّة، أو تعديليها، أو إنهائها.

كما عرّف العقد في القانون الإنجليزيّ، ولم يذهب فقهاء القانون الإنجليزيّ في مناقشة تعريف العقد كما فعل فقهاء المدرسة اللاتينيّة، فعرفه العلامة بولوك بأنه: (وعدّ أو مجموعة وعود يُمكن تنفيذها قانونياً) وعرفه تراتيل بأنه: اتّفاق ينشئ التزامات قانونيّة، يرتبط بها أطراف العقد⁽⁴⁾.

(1) أبو نر الغفاري بشير عبد المجيب، العقد والإرادة المنفردة في القانون السودانيّ، الطبعة الأولى، الخرطوم، ب ت 2004م، ص7.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ المصريّ، الطبعة الثالثة، دار النّهضة العربيّة، سنة 1981م، المجلد الأوّل، ص171.

(3) سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدوليّ الطّليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعيّة الدوليّة، رسالة ماجستير في القانون مقدّمة إلى معهد البحوث والدراسات العربيّة، القاهرة، ٢٠١١، ص91.

(4) عبد الله إدريس، قانون العقد السودانيّ، أبو مدين الطيب، الطابعون دار جامعة أفريقيا، الطبعة الأولى، ب ت، ص30، 31.

وعرّف القانون المدني الأردني العقد بأنه: ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب على الآخر⁽¹⁾.

وعرّف كذلك القانون المدني اليمني العقد في المادة 136 بأنه: إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلّق به قبول من الآخر، أو ما يدلّ عليهما على وجه يظهر أثره في المعقود عليه (المحل)، ويترتب على العقد التزام كل المتعاقدين بما وجب به للآخر، ولا يشترط التغيير بصيغة معينة، بل المعتبر ما يدلّ على التراضي⁽²⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين العقد الإداري الدولي والمعاهدة

كلّ من العقد الدولي والمعاهدة تصرف قانوني متعدّد الأطراف، يتمثّلان في توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية معينة، ولكن المعاهدة تُبرم في إطار الجماعة الدولية بين اثنين أو أكثر من الدول، وهي تتعلّق بشأن عامّ من شئون تلك الجماعة الدولية، أما العقد الدولي فيتعلّق بشأن من الشئون الخاصة المتعلقة بالتجارة الدولية بين الأفراد أو الشركات عابرة الحدود، أو بين الدولة ومؤسساتها مع الشركات الأجنبية، خاصّة بالتبادل التجاري بين الأطراف المتعاقدة، كتبادل السلع والمنتجات والخدمات والمشروعات الدولية المشتركة، ويكون أطرافه شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أو مع الهيئات الدولية والإقليمية⁽³⁾.

وتذهب غالبية اتجاهات الفقه الدولي إلى التفرقة بين الاتفاق الدولي والشّارع والاتفاق الدولي الذي يأخذ بطبيعة العقد⁽⁴⁾، ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن أساس التفرقة هو ما يقصد أطراف الاتفاق الدولي تنظيمه باتّفاقهم⁽⁵⁾.

فالالتزامات في المعاهدات العقدية ذات طبيعة شخصية ومتقابلة وليست واحدة، فهي تُخلّص التزامات وواجبات لكل طرف تختلف عن التزامات وواجبات الطرف الآخر، ويمكن القول:

(1) محمد سراج - نظرية العقد في الفقه الإسلامي، معهد سمك الشيخ، ب ط، ب ت، القاهرة، ص 13، 14.

(2) القانون المدني للمعاملات الشرعية اليمنية، ص 57.

(3) عبد الرحمن أبو النصر، الطبيعة القانونية للمعاهدات الدولية وأثرها على الاتفاقيات الفلسطينية، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، ديسمبر 2008، مجلد 10، عدد 2، ص 237.

(4) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، 1993، ص 252.

(5) سامي عبد الحميد، د مصطفى حسن، القانون الدولي العام، الدار الجامعية، 1998، ص 25.

بأن المعاهدات العَقْدِيَّةَ تخلقُ التزاماتٍ ولا تخلقُ قواعدَ قانونيَّةً، وعلى كلِّ طرفٍ تنفيذ ما التزم به تجاه الطرف الآخر؛ إذ إنَّ سببَ التزام كلِّ طرفٍ قانونيَّةً وعلى كلِّ التزم به الطرف الآخر، وهذا يُشبه المراكزَ القانونيَّةَ لأطرافِ العقدِ الملزم للجانبين في القانون الداخلي المدني⁽¹⁾.

وأما الاتِّفاق الدوليُّ فيهدف إلى خلقِ قواعدَ قانونيَّةٍ دوليَّةٍ جديدةٍ عامَّةٍ ومجرَّدة، وذلك راجعٌ إلى وحدة الموضوع؛ لذلك نكون أمام معاهداتٍ شائعةٍ، وغالبًا ما تكون المعاهداتُ الشَّارعةُ معاهداتٍ جماعيَّةً أو متعدِّدة الأطراف، وأيضًا يُمكن القول: إنها أيضًا معاهداتٌ مفتوحةٌ لجميع الدولِ للانضمام إليها والالتزام بأحكامها وقواعدها، وفي هذه الحالة تقعدُ الدولُ المعاهدات متعدِّدة الأطراف واتِّفاقيات يتفاوض بشأنها أكثر من فريقين، وبعضُ هذه الاتِّفاقيات لا يخلقُ مبادئ أو قواعدَ جديدةً في القانون الدوليِّ، بل يُشكِّل فقط نصًّا موسَّعًا لمعاهدةٍ ثنائيَّةٍ، ومن أمثلتها: معاهداتُ التحالفِ العسكريِّ والسِّيَاسيِّ متعدِّدة الأطراف؛ مثل: معاهدة حلف شمال الأطلنطي، إضافةً إلى الاتِّفاقيات الأخرى متعدِّدة الأطراف، ولا تعدُّ المعاهداتُ المتعلِّقةُ بالمجالاتِ الاقتصاديَّةِ والاجتماعيَّةِ معاهداتٍ شائعةً⁽²⁾.

(1) عبد العزيز محمد سرحان، القانون الدوليُّ العامُّ، دار النهضة العربيَّة، 1991، ص 204.

(2) عبد الرحمن أبو النصر، مرجع سابق، ص 237.

الفرع الثالث: الفرق بين العقد الإداري الدولي والعقد التجاري الدولي

تعدُّ العقود التجاريَّة رغم كثرة استعمالها في الفقه والقضاء تنطوي على الغموض الذي يُثير اللبس في الأذهان؛ إذ قد يُوحى بوجود فئة مستقلة من العقود ذات صيغة تجارية بحتة، اقتضاها التعامل التجاريُّ تقوُّم إلى جانب العقود المدنيَّة، في حين أن العقود التجاريَّة لا تختلف في حقيقتها، لا من حيث الأركان، ولا من حيث شروط الصِّحة، ولا من حيث أسباب الانقضاء عن العقود المدنيَّة.⁽¹⁾

فالعقود التجاريَّة لا تتميز بنظريَّة مستقلة عن تلك التي تحكم العقود المدنيَّة، فالعقد الواحد لا تتغيَّر أركانه ولا شروط صحته تبعاً لكونه مدنياً أو تجارياً، فعقد البيع التجاريُّ وعقد البيع المدنيُّ لا يمتان إلا بإيجاب وقبول ومبيع وثمن، بل إن العقد المدنيُّ قد يُصبح عقداً تجارياً متى توافرت فيه شروط معيَّنة، كما أن العقد الواحد قد يكون تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه، ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر، كذلك يُؤكِّد كبار الفقهاء في فرنسا أنه لا توجد عقوداً تجاريَّة بالمعنى الدقيق، وإنما توجد عقوداً مُسمَّاة، تُوصف بالمدنيَّة أو التجاريَّة تبعاً لصيغة أطراف العقد والغرض من التعاقد، ومتى اعتبر العقد تجارياً ترتب على ذلك خضوعه للقواعد القانونيَّة التي تحكم الأعمال التجاريَّة؛ أي: النظام القانونيُّ للأعمال التجاريَّة.⁽²⁾

ولكن متى يُعدُّ العقد تجارياً؟

يُعدُّ العقد تجارياً متى كان موضوعه عملاً من الأعمال التجاريَّة، وهذا يعني بعبارة أخرى أن العقد يُعدُّ تجارياً متى كان موضوعه عملاً من الأعمال التجاريَّة الأصليَّة، أو كان القائم به تاجرًا لحاجات تجاريَّة، ومن المعروف أن جميع أعمال التاجر تُعدُّ وفقاً لنظريَّة الأعمال التجاريَّة -بالتبعية- تجاريَّة إلى أن يقوم الدليل العكسي⁽³⁾.

¹ (See: Voir Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Macovei (coord.), Nouvel Cod civil. Commentaire d'articles, C.H. Beck Publishing House, Bucarest, 2012, p. 14, 15 ; Carmen Tamara Ungureanu, Carmen Simona Ricu, Gabriela Cristina Frențiu, Gabriela Răducan..., Le Nouveau Civil. Commentaires, doctrine et jurisprudence, tome I, Maison d'édition Hamangiu, Bucarest, 2012, pp.31-34

(2) محمد حسن الجبر، العقود التجاريَّة، ط: مكتبة النهضة المصريَّة، 1959م، ص6.

(3) عبد العزيز محمد سرحان، مرجع سبق ذكره، ص69.

وإذا كان صحيحاً أن العقود التجارية لا تختلف في جوهرها عن العقود المدنية، وأن هذه الأخيرة قد تعدت تجارياً متى انطبق عليها المعيار السابق، فإنه يظل من الثابت كذلك أن هناك عقوداً لا تكاد تقع إلا من تاجر؛ نظراً لأنها تستجيب لمقتضيات التجارة وحدها، ومن ثم لا بد أن تكون هذه العقود تجارية؛ ولهذا أطلق عليها الفقهاء اسم العقود التجارية الأصلية، أو اصطلاح العقود التجارية على وجه الخصوص، وقد عنيت معظم التشريعات بتنظيم هذه العقود في مدوناتها التجارية، ومن أمثلة هذه العقود: عقود الوكالة بالعمولة، وعقد السمسرة، والنقل، والرهن التأميني والتجاري، وغيرها⁽¹⁾.

في حين أنه لم يضع القانون تعريفاً للعقد التجاري، وقد عرفه بعض فقهاء القانون على أنه: (العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية)، ولكن هذا التعريف ضيق؛ لأنه يقصر العقد التجاري على نشاط التاجر، مع أن فكرة العمل التجاري أوسع من فكرة التجارة؛ إذ إن فكرة العمل التجاري قد تصدر عن تاجر، وقد يصدر عن غير التاجر، كما عرف كذلك العقد التجاري (بأنه: العقد الذي ينشئ في ذمة أحد طرفيه، أو في ذمة طرفيه معاً التزاماً تجارياً)⁽²⁾.

ويعرف العقد التجاري (بأنه: كل عقد يبرم بمناسبة استغلال مشروع تجاري)⁽³⁾.

وهناك تعريف آخر للعقد التجاري بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تنطبق على فئة معينة من المعاملات، هي الأعمال التجارية، وعلى طائفة معينة من الأشخاص، هم التجار الذين يحترفون القيام بالأعمال التجارية)⁽⁴⁾.

نستنتج مما سبق أن فقهاء القانون يتفقون في تعريف العقد في القانون على توفّر ثلاثة عناصر فيه، هي: الرضا، والمحل، والسبب، وأن هناك تشابهاً في التعريف وتوافقاً في الألفاظ بين القانون المصري والقانون الفرنسي؛ ممّا يتّصف العقد المصري فيه بالشمول.

(1) محمد حسن الجير - العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، عماد

شئون المكتبات، جامعة الملك سعود، 1404هـ، 1984م - ص4، 5.

(2) علي جمال الدين عوض، العقود التجارية، ط: مكتبة النهضة المصرية، 1959م، ص6.

(3) محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود التجارية، دار الكتب القانونية، 2008م، ص42.

(4) مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الناشر: منشأة المعارف، الإسكندرية 1965م، ج1، ص1،

وبدوره يرى الباحث أن هناك تقاربًا في تعريف الفقهاء للعقد التجاري، ولكن يُرجح الباحثُ التعريفَ القائل: بأن العقد التجاري: هو مجموعة القواعد التي تنطبق على فئة معينة من المعاملات، هي الأعمال التجارية، وعلى طائفة معينة من الأشخاص، هم التجار الذين يحترفون القيام بالأعمال التجارية؛ وذلك لاشتمال هذا التعريف على عناصر العقد التجاري، وهي التاجر والأعمال التجارية.

المطلب الثاني: أشكال العقد الإداري الدولية

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

تتنوع أشكال العقود الإدارية الدولية، فمنها عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، فقد عرفت الدول النامية ومنها الدول العربية -أيضًا- في السنوات الأخيرة هذا النوع من عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، وهي غالبًا ما تُصنغ بالصيغة الإدارية الدولية؛ حيث تكون متصلةً بالاستثمارات الكبيرة، ولا يقتصر هذا النوع على الدولة فقط، بل يُمكن للمستثمرين المحليين في إطار السياسة التي تتهجها الدولة أن يُبرموا عقودًا إدارية دولية مع المستثمرين الأفراد من الأجانب لكن بتفويض من الدولة لاعتباراتٍ سياسية⁽¹⁾.

وبناءً عليه يُقسّم الباحث هذا المطلب إلى أربعة فروع، وذلك وفقًا للترتيب الآتي:

الفرع الأول: عقد البيع الدولي.

الفرع الثاني: عقد الامتياز المستندي.

الفرع الرابع: العقود الدولية الخاصة.

(1) هشام مصطفى محمد، الشراكة بين القطاعين العام والخاص كآداة لتحقيق التنمية المستدامة، العدد الحادي

والثلاثون - الجزء الرابع، 2016، ص1686.

الفرع الأول: عقد البيع الدولي

أولاً: تعريف عقد البيع الدولي:

لم تُورد التشريعاتُ المقارنَةُ، كالقانون الأردني والمصريّ تعريفًا لعقد البيع الدوليّ، إلا أنها عرّفت البيع، فقد عرّف القانون الأردنيّ البيع بأنه: (تمليك مالٍ، أو حقّ ماليّ لقاء عوض)⁽¹⁾، وعرّفه القانون المصريّ بأنه: (عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكيّة شيءٍ، أو حقًا ماليًا آخر في مقابل ثمن)⁽²⁾.

ويُعرّف عقد البيع الدوليّ بأنه: (عمليةٌ مفعولها تدفّق السلع وانحسار القسم خارج الحدود)⁽³⁾.

ثانيًا: التزامات البائع والمشتري في عقد البيع الدوليّ:

1- التزامات البائع:

أ- : الالتزام بتسليم البضاعة:

لم تضع الاتفاقيّة تعريفًا عامًا للتسليم، ولكنها حرصت في مواضع متفرقة على بيان المعنى المقصود، فهي تقصر أحيانًا على مجرد وضع البضاعة تحت تصرف المشتري.

ب- الالتزام بالمطابقة:

نصّت المادة 35 (على البائع أن يُسلم بضائع، تكون في كمّيّتها وأوصافها وكيفيّة تغليفها وتعبئتها مطابقة لما يشترطه العقد)⁽⁴⁾.

- لا يكون البائع مسؤولاً عن أيّ عيبٍ مؤثّر في جودة البضاعة إذا كشفه المشتري، أو إذا فحص المشتري البضاعة، أو إذا كان البيع بالعينة وكان باستطاعة المشتري تبيين العيب وفحصه، أو يُمكن تبيّنه بالفحص المعقود للعينة.

(1) المادة (465) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

(2) المادة (418) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

(3) تأليف جيروم هويمة، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني - العقود الرئيسيّة الخاصّة، الطبعة الأولى 1423هـ، 2003م مجلد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص542.

(4) طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدوليّة، الطبعة الأولى، الناشر: الدار العلميّة الدوليّة، ص121.

-إذا قام البائعُ بصنعِ البضاعة؛ وفقاً للتَّصميمِ أو المواصفاتِ التي حدَّدها المشتري فلا يكون مسؤولاً عن العيوبِ النَّاتجةِ عن ذلك التَّصميمِ أو تلك المواصفات.

التزامات المشتري:

أ- التزمُ بأداءِ الثَّمَن:

وَضعت الاتِّفَاقِيَّةُ معاييرَ لتسديدِ الثَّمَن، وهي المعاييرُ التي ينصُّ عليها العقد.

ب- الالتزامُ بتسليمِ البضاعة:

نصَّت المادَّة 60 يتعيَّن على المشتري القيامُ بجميعِ الأعمالِ التي يُمكن توقُّعها⁽¹⁾.

(1) عصام أنور سليم، خصائصُ البيعِ الدَّوليِّ - النَّاشِر: منشأة المعارف بالإسكندريَّة، 2004، ص11، 12.

الفرع الثاني: عقد الاعتماد المستندي

نصت المادة (341) من قانون التجارة المصري، التي أوردت التعريف نفسه⁽¹⁾، أما قانون التجارة الأردني فلم يُورد تعريفاً للاعتماد المستندي⁽²⁾، وفيما يلي سنتناول خصائص عقد الاعتماد المستندي:

أولاً : خصائص عقد الاعتماد المستندي:

1- من العقود الملزمة للجانبين: إن عقد الاعتماد المستندي من العقود التي تُنشئ التزامات متقابلة في ذمة عاقديه، فمصرف مصدر الاعتماد يلزم بتسديد مبلغ الاعتماد واستلام وثائق البضاعة، ويقابله التزام عميل المصرف تجاه المصرف بتسديد مبلغ الاعتماد إضافة إلى العمولات التي قد يفرضها المصرف⁽³⁾.

2- يعدُّ من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي: "أنَّ علاقة المصرف بعميله تقوم على أساس الاعتبار الشخصي؛ كون المصرف يمنح الائتمان والتسهيلات المصرفية للعميل دلالة على منح الثقة بعميل المصرف لما وُجد فيه من الأمانة والسُّمعة وسرعة تنفيذ التزاماته المالية وقدرته على سداد مبلغ الاعتماد"⁽⁴⁾.

3- يوصف بأن عقد الاعتماد المستندي مستقلٌّ عن عقد البيع: يعدُّ عقد الاعتماد المستندي "مستقلاً عن عقد البيع الذي أبرم عقد الاعتماد المستندي من أجله، ويعتبر المصرف أجنبياً عن عقد البيع"⁽⁵⁾، ويكون التزام المصرف في عقد الاعتماد المستندي "مستقلاً عن كلِّ الالتزامات التعاقدية خارج نطاق عقد الاعتماد، وهو مستقلٌّ عن علاقة المصرف فاتح الاعتماد بالمشتري، ومستقلٌّ أيضاً عن علاقة البائع بالمشتري"⁽⁶⁾.

(1) قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

(2) قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966.

(3) الكيلاني، محمود، (2008). الموسوعة التجارية المصرفية. عمان، دار الثقافة للنشر، ص170.

(4) علي عبد العظيم، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. مصدر سابق، ص384.

(5) علي عبد العظيم، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. المصدر السابق، ص385.

(6) آمال نوري محمد، إجراءات الاعتماد المستندي في العراق. مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، 2007م،

4-: يُصنّف أنه من العقود المستمرة: "من العقود المستمرة؛ كونه ليس فوريّ التنفيذ، وإنما يتطلّب عنصر الزمن، ويعدّ عنصر الزمن جوهرياً؛ إذ يرتبطُ الزمنُ فيه بالوقتِ اللازم لتنفيذ البائع والمشتري التزاماتهم المقرّرة في عقد البيع الدوليّ الذي أنشئ الاعتماد من أجله؛ سواءً كان الاعتماد مفتوحاً لعمليّاتٍ مختلفةٍ أو عمليّةٍ واحدةٍ"⁽¹⁾.

5-: من العقود التجارة الدوليّة: يُعدّ عقدُ الاعتمادِ المستنديّ في بلدٍ ويتمُّ تنفيذه في بلدٍ آخر، وعليه اعتبر عقدُ الاعتمادِ المستنديّ من أهمّ وسائلِ تنفيذِ عقودِ التجارة الدوليّة؛ إذ يلعبُ عقدُ الاعتمادِ المستنديّ دوراً أساساً وفعالاً في توفير الضمان لأطرافِ البيوعِ الدوليّة؛ حيث يوفّر الاعتمادِ المستنديّ النّقة والطّمانينة في الحصولِ على البضائع وقبض النّمن، وهو الأمرُ الذي يُمثّل أهمّ مستلزماتِ التجارة الدوليّة"⁽²⁾.

الفرع الثالث: العقود الدوليّة الخاصّة

أولاً: عقد امتياز البترول

في الواقع إن كلّ محاولة لوضع تعريفٍ لعقد النّفط تُواجه صعوبةً مباشرة؛ وذلك لأنّ هذا العقد ذاته يشمل عدداً كبيراً من الأفكار المختلفة، فعقد النّفط يعني: وجود ثمة اتّفاقٍ بين الدولة المضيفة، أو الشركة الوطنيّة والشخص الأجنبيّ الخاصّ، في سبيل وضع مشروع استثمارٍ أجنبيّ من خلال عمليّة اقتصادية بشأن موردٍ طبيعيّ يتمثّل في النّفط⁽³⁾، ويعدّ هذا العقد من أبرز عقود الامتياز في التجارة الدوليّة⁽⁴⁾، ويُعرف "عقدٌ يُبرم بين الدولة المنتجة للنّفط وشركة أجنبيّة، تُعطى بموجب هذه الأخيرة حقّ استثمار النّفط لحسابها الخاصّ مع حقّ التملك للنّفط الذي تكتشفه مقابل بعض الأموال التي يجبُ عليها دفعها للدولة"⁽⁵⁾.

(1) علي عبد العظيم، دور قانون الإرادة في عقد الاعتمادِ المستنديّ الدوليّ، مرجع سابق، ص385.

(2) خالد وهيب الراوي، العمليّات المصرفيّة التجاريّة، دار المناهج للنّشر، عمان، 2000م، ص170.

(3) E. El Kailani-Chariat. La stabilisation des contrats pétroliers, thèse Paris I, 2017, p.51.

(4) ريتا سايد سيدة، العقود التجاريّة الدوليّة والعمليّات المصرفيّة، مرجع سابق، ص134.

(5) محمد يوسف علوان، النّظام القانونيّ لاستغلال النّفط في الأقطار العربيّة، الكويت، جامعة الكويت، 1982م، ص175.

وتعدّ عقود البترول من أهمّ العقود التي تُبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجانب؛ نظرًا لأنها كانت مسرحًا لكثير من النزاعات في قضاء التحكيم بين الدول المنتجة للبترول وشركات استخراج النفط الأجنبية⁽¹⁾. صفة القول: لا يُوقَّع عقد النفط إلا من خلال الدولة صاحبة السيادة، أو واحد، أو أكثر من شركات النفط الخاصة، التي لا تحمل جنسية الدولة، التي استقبلت هذا الاستثمار، وفي سبيل إنشاء عقد النفط، الذي يقوم على أساس عقد الدولة، يجب تحديد أطراف العقد، وهو ما يسمح بدوره بتحديد النظام القانوني واجب التطبيق والشروط التي يتضمنها عقد النفط⁽²⁾.

إن اتّسمت هذه العقود بصورتها التقليدية "باختلال التوازن لصالح شركات تنقيب النفط؛ حيث تضمّنت في تفصيلاتها الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدول المتعاقدة"⁽³⁾، إلا أنّ التطوّر السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي حصل في الدول المنتجة للنفط ما كان لهذه الصورة التقليدية لعقود امتياز البترول أن تستمر⁽⁴⁾؛ إذ أدّى هذا التطوّر إلى ظهور اتجاهات جديدة في عقود البترول، أهمّها عقود المشاركة والمقولة⁽⁵⁾.

ثانيًا: عقود المشاركة

أوجد الأمر رقم 2004-559 الصادر في 17 يونيو 2004، المعدّل بالقانون رقم 2008-735 الصادر في 28 يوليو 2008 المتعلّق بنموّ الشراكة بين القطاعين العام والخاص شكلًا جديدًا لعقود التعاون، وهو عقد الشراكة **contrat de partenariat**، ولقد سادت هذه الفكرة في القانون رقم 2003-591 الصادر في 2 يوليو 2003، الذي رخص للحكومة الفرنسية وضع أشكال جديدة للعقود المبرمة بطريق الأشخاص العامة، أو الخاصة المكلفة بخدمة عامة⁽⁶⁾،

(1) ريتا سايد سيدة، العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 134.

(2) R.- H. Mirana ; L'ETUDE DES PROBLEMES JURIDIQUES DANS LES CONTRATS D'ETAT: CAS DES CONTRATS PETROLIERS, 2010, p.6. Disponible sur le site, <http://biblio.univ-antananarivo.mg>

(3) غسان رباح، العقد التجاري الدولي، القاهرة: دار الفكر العربي، 1988م، ص 33.

(4) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص 58.

(5) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المصدر السابق، ص 59.

(6) F.-C. Dutilleul, et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, op. cit., p.950, n°917.

وبموجب هذا العقد اشتركت الدولة المنتجة للنفط بجزء من رأس مال الشركة التي تقوم باستثمار البترول فتصبح الدولة مساهمة في هذه الشركة؛ مما يترتب عليها مسؤوليات إدارية والمشاركة في توجيه المؤسسة، مما أدى هذا النوع من العقود إلى توجيه الدول المنتجة للنفط إلى إنشاء مؤسسات نفطية عامة⁽¹⁾.

وتحقق عقود المشاركة العديد من المزايا للطرفين، فهي تسمح للدول المضيفة بالسيطرة على ثرواتها الوطنية عن طريق الممارسة الداخلية للمشروع، وكذلك اكتساب الخبرات الفنية في مجال البترول، وكما توفر الاستقرار والاطمئنان للشركات الأجنبية؛ إذ إنها تصبح شريكاً في العملية، وليست مجرد صاحبة امتياز⁽²⁾.

ويمكن أن تتخذ عقود المشاركة ثلاث صور:

الصورة الأولى: وهي أن يُبرم العقد بين الدولة المنتجة للنفط ذاتها والشركة الأجنبية، على أن يتم تأسيس شركة تسهم الدولة فيها أو إحدى مؤسساتها بحصة رأسمالها، وذلك بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية، ووجدت هذه الصورة في عقد المشاركة المبرم بين السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام 1965".

الصورة الثانية: هو أن يُبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين إحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى، وهذه الصورة وجدت في عقد المشاركة التي أبرمتها جمهورية مصر مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتي بان أمريكان وفيلبس عام 1993".

الصورة الثالثة: أن يُبرم عقد المشاركة بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة والشركة المنتجة للنفط، كما في عقد المشاركة السعودي بين ترومين وشركتي سنكلير وايني⁽³⁾.

ثالثاً: عقد المقاول

(1) غسان رباح، العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 36.

(2) أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر بأحشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990م، ص 242.

(3) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص 60.

ويُقصد به: العقد الذي بموجبه تُخوّل شركة وطنية لدولة منتجة للبتروول مشروعًا أجنبيًا للقيام بالأعمال اللازمة للبحث عن حقول البتروول واستغلالها، وذلك لحساب الشركة الوطنية مع بقاء الملكية التامة للدولة⁽¹⁾.

وكذلك العقد المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبتروول وشركة أموكو للزيت في مصر بشأن البحث عن البتروول واستغلاله في منطقة السلوم بالصحراء الغربية سنة 1991، فقد حدّدت مدة البحث بثلاث سنوات، ومدة الاستغلال 20 سنة من تاريخ الاكتشاف الجاري⁽²⁾. وتتميز هذه العقود "بقصر مدتها بالمقارنة بالمدد التي كانت عليها عقود الاستثمار، وأن دور الشركة المستثمر لا يتعدى دور المقاول بمواصفات محدّدة، بينما تبقى ملكية الامتياز والنفط المُستخرج للدولة وتحمّل الشركة وحدها تكاليف المقاول بالإضافة إلى مخاطر المشروع إلى حين اكتشاف كميات تجارية، والتي عن طريقها تستطيع الشركة شراء نسبة معينة من الإنتاج بأسعار خاصة"⁽³⁾.

رابعًا: عقد المشروعات الدولية المشتركة وعقد البوت (B.O.T):

1- عقد البوت

أ-: تعريف عقد البوت. B.O.T

استخدم هذا المصطلح باللغة الإنجليزية Build - Operate – Transfer لأول مرة رئيس الوزراء التركي الرّاحل وتورجون أو زال في بداية الثمانينيات من القرن المنصرم، فاصطلاح البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس اصطلاحًا قانونيًا، كما أنه لا يوجد له تعريف قانوني محدّد، ومع ذلك قد اكتسب قبولاً دوليًا وصارت له دلالة محدّدة، وسنتناول في ما يلي أهمّ التعريفات في هذا الشأن. عرّفت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بأنها: تلك المشروعات التي تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية وتسمى (شركة المشروع) وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها لمدة زمنية محدّدة، ثم تنقل الملكية إلى الدولة⁽⁴⁾.

(1) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب. الإسكندرية، مصدر سابق، ص 187.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 11، في 14 مارس 1991، ص 28-30.

(3) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص 62.

(4) حسين الدوري، عقود المشاركة (PPP) بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية - أعمال

المؤتمرات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية 2008، ص 273.

كما يُقصد بعقود البوت B.O.T تسليم الدولة للقطاع الخاص وصاحب رأس المال قطعة من الأرض لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة؛ وفقاً لمواصفات محددة بين الدولة والمستثمر، ويتحمل المستثمر كافة أعباء البناء والتشغيل، ويكون للمستثمر الحق في الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محددة، يتم الاتفاق عليها في عقد البوت، ويختلف من مشروع إلى آخر.

كما قيل: إن المقصود بعقود البوت: هي نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يُطلق عليه في العمل شركة المشروع بموجب اتفاق يُبرم بينهم يُسمى الترخيص، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويُخصّص للشركة المشروع بتحليل أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها، على نحو يُمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش الربح طوال مدة الترخيص، وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية الترخيص بالأوضاع والشروط المتفق عليها⁽¹⁾.

وعرّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأنسيترال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها: شكل من أشكال تمويل المشاريع يمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة، ويدعى شركة المشروع لبنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات، وتسترد تكاليف البناء، وتُحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تُنقل ملكية المشروع إلى الحكومة، فهي إذا مشروعات يتعهد القطاع الخاص بتمويلها بشرط أن تظل ملكيتها للدولة وإحدى هيئاتها العامة صاحبة المشروع بالأساس⁽²⁾.

ب-: أطراف عقد البوت B.O.T:

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي من العقود المركبة؛ أي: إن العقد يتضمّن في داخله مجموعة من التعاقدات المختلفة ومتعددة الأطراف، ويتكوّن من الأطراف الآتية:

(1) عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T الطريقة لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، 2008،

ص12، 13.

(2) حسين الدوري، عقود المشاركة (PPP) بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص273.

الطرف الأول: الجهة الإدارية: وهذا الطرف هو المرفق العام؛ أي: الحكومة أو أحد المرافق التابعة لها.

الطرف الثاني: شركة المشروع: تعدُّ شركة المشروع الطرف الرئيس الثاني في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهي التي تلتزم بأن تبنى وتشغل وتنقل ملكية المشروع مرةً أخرى إلى الطرف الأول بعد انتهاء فترة الامتياز الممنوح لها⁽¹⁾.

ج-: مزايا عقود البوت B.O.T:

تكمُن أهمية مشروعات البوت في الآتي:

- تُمكن الدولة من توفير الخدمات المختلفة الضرورية اللازمة، والتي لا يمكن الاستغناء عنها.

- يقوم نظام البوت من الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في الإدارة والتمويل، وعليه فهو يُوفّر جهد الحكومات ويجعلها تُوجّه جهدها تجاه مشاريع التنمية الاقتصادية.

- يُسهم نظام البوت في دفع عملية التنمية الاقتصادية؛ لأنه لا يستغرق موارد الدولة المالية، فهو يُتيح للقطاع الخاص الحلول محلّ القطاع العام في عمليات إنشاء البنية الأساسية للدولة دون تحمّل الدولة أيّ أعباء إضافية.

- إن نظام البوت يسمح بنقل المخاطر المالية، وكذلك مخاطر التشغيل والإدارة من القطاع العام إلى الخاص الذي له الخبرة.

- يُوفّر عقد البوت حصول صاحب الامتياز على احتكار إنشاء المشروع وما يترتّب عليه من ضمان عدم المنافسة.

- كذلك يُوفّر البوت إعادة المشروع للحكومة بعد انتهاء فترة الامتياز بحالة جيّدة؛ ممّا يُتيح للحكومة إعادة تشغيله.

(1) أ. حسين الدوري، عقود المشاركة (PPP) بين القطاعين العام والخاص، المرجع السابق، ص274.

- يُسهم نظام البوت في خفض معدلات البطالة، وخلق سوقٍ إضافية للإنتاج الوطني، وكذلك يُوفّر فرصةً جديدةً لقطاعات المقاولّة والهندسة والإنشاءات للتعامل مع هذه المشروعات، بالإضافة إلى دوره المهمّ في عمليّة نقل التكنولوجيا للدولة المستضيفة⁽¹⁾.

د- مخاطر عقود البوت B.O.T

قد يتعرّض نظام B.O.T لبعض المخاطر التي تُثير المسؤولية القانونية لأحد أطراف

عقد البوت، وأبرز هذه المخاطر هي:

- المخاطر الناتجة عن عدم استكمال تنفيذ المشروع طبقاً للمواصفات المحددة له، والتي تنتج عن عدم الالتزام بعد الإنشاءات وتقصير المقاولات في التنفيذ.
- المخاطر الناجمة عن سوء إدارة وتشغيل المشروع حتى تمام التسليم.
- مخاطر حدوث عجز أو عدم كفاية المواد اللازمة للتشغيل.
- المخاطر القانونية المتعلقة بالاختلاف في تفسير بعض بنود العقد الخاصة بالمشروع، أو عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه.
- عدم وجود إطار قانوني مُحدّد يحكم نظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.
- الأخطار السياسية الناتجة عن عدم استقرار الأوضاع السياسية.
- المخاطر الخاصة بعدم التسليم في الميعاد المتفق عليه⁽²⁾.

2- عقد نقل التكنولوجيا

أ- تعريف عقد نقل التكنولوجيا:

عُرّف عقد نقل التكنولوجيا بأنه: اتفاق يتعهّد بمقتضاه مُورّد التكنولوجيا أن ينقل بمقابل معلوماتٍ فنيّةٍ إلى مستورد التكنولوجيا.

كما عرّف المشرع المصري في قانون التجارة الجديدة 17 لسنة 1999م عقد نقل التكنولوجيا بوجه خاص؛ إذ ورد في المادة 73: (عقد نقل التكنولوجيا: هو اتفاق يتعهّد بمقتضاه مُورّد التكنولوجيا أن ينقل بمقابل معلوماتٍ فنيّةٍ إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنيّة خاصة لإنتاج

(1) أحمد رشاد محمود سلام، عقود الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة،

النّاشر دار النهضة العربيّة، 2004، ص 64، 65.

(2) حسين الدوري، عقود المشاركة (PPP) بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص 275.

سلعة معينة، أو تطويرها، أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة، أو لتقديم خدمات، ولا يُغيّر نقل التكنولوجيا مجرد بيع، أو شراء، أو تأجير، أو استثمار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطاً به)، ويعدّ عقد نقل التكنولوجيا كل اتفاق يكون محله التزام الطرف المحدد بنقل معلومات فنيّة ما يستخدم في إنتاج السلع أو الخدمات، وسواء تعلّقت هذه المعلومات بما يُعرف بتكنولوجيا المنتج؛ أي: المعرفة التي تستهدف إنتاج منتج معين، أو تعلّقت بتكنولوجيا العملية الإنتاجية؛ أي: التكنولوجيا الخاصة بطريقة الإنتاج⁽¹⁾.

ب-: طبيعة عقد نقل التكنولوجيا:

بدايةً، إن تنظيم نقل التكنولوجيا يتركز في الأساس على العقد، ولكن هذا لا يمنع القول بوجود العديد من الطرق التي يمكن اللجوء إليها لتحقيق هذه العملية، ومن الجدير بالذكر أن عملية نقل التكنولوجيا لا ترتبط بنموذج معين من العقود؛ بمعنى: أنه لا يرتبط بنموذج عقديّ محدّد، ولكن من الممكن أن تتحقّق هذه العملية دون الارتباط بنموذج معين من العقود⁽²⁾.

وعند تتبع الاتجاهات الفقهية لطبيعة عقد نقل التكنولوجيا رأينا بعض الفقه يرى أن تعبير عقود نقل التكنولوجيا ليس إلا مجموعة من العقود المتبادلة والمتنوعة، لكل منها طبيعته القانونية الخاصة، ونظامه القانوني المتميز؛ إذ نجد من بينها عقود بيع وإيجار ومقاولية، بل إن بعد هذه العقود التي تُشكّل معاً كلاماً مترابطاً ومتشابكاً، أما ما يجمع عقود نقل التكنولوجيا على تنوعها وتباينها فهو أنها تُؤدّي كلها -كأثر من الآثار التي تترتب عليها؛ سواء بصفة أصلية، أو تبعية- إلى نقل معارف التكنولوجيا التي يحوزها أحد طرفي العقد إلى الآخر.

أخذت الاتجاهات الفقهية لتقسيم عقود نقل التكنولوجيا اتجاهين مختلفين، وذلك على

النحو الآتي:

(1) إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002، ص 27.

(2) J. Jehl, Le commerce international de la technologie, Approche juridique, Vol. 10, Librairies techniques Paris, 1985, P.435.

❖ ذهب الاتجاه الأول الذي تبنته منظمَةُ الأونكتاد إلى أن عقد نقل التكنولوجيا له الأثر في تشريعات نقل التكنولوجيا في الدول النامية بالنسبة إلى التقنين الدولي للسلوك في مجال نقل التكنولوجيا متعددة الجنسيات على المشروعات المتعلقة بالتكنولوجيا في هذه الدول⁽¹⁾.

❖ ذهب الاتجاه الثاني: الذي تبناه الأستاذُ فليب كان Pholipe Kahn إلى تقسيم عقد نقل التكنولوجيا بحسب محلها؛ أي: بحسب مضمون الالتزام الرئيس فيها إلى عقود اكتساب التكنولوجيا التي يكون محلها الرئيس نقل المعارف والقدرات التكنولوجية، وهي: عقود التنظيم، وعقود المساعدة الفنية، وعقود البحث، وإلى عقود تنتج آثارها في مجال نقل التكنولوجيا دون أن تكون هذه الآثار هي المحل الرئيس للعقد، وهي عقود الترخيص في استغلال براءات الاختراع، وعقود بيع المعدات والآلات، وبيع المجمعات الصناعية، وعقود الخدمات الهندسية⁽²⁾.

وعلى ضوء ما تقدم يبدو أن الاتجاه الأخير قد ركز اهتمامه على تحليل وتضييق عقود نقل التكنولوجيا من حيث مدى فعاليتها في تمكين الطرف المتلقي من اكتساب التمكن التكنولوجي وما يقتضيه ذلك من السيطرة الكاملة على كافة جوانب التكنولوجيا المنقولة؛ كون اكتساب التمكن التكنولوجي هو الهدف الأساس الذي من أجله تسعى المشروعات العامة في الدول النامية إلى إبرام عقود نقل التكنولوجيا، وهنا تكمن القيمة الحقيقية لتقييم عقد نقل التكنولوجيا.

ج: صور العقد الدولي لنقل التكنولوجيا:

للعقد الدولي لنقل التكنولوجيا صورتان، هما:

○ الصورة الأولى: العقد البسيط:

وهو اتفاق بين طرفين يتعهد بموجبه الطرف الأول أن ينقل المعرفة الفنية بجميع عناصرها أو بعضها إلى الآخر، ويعني ذلك: أن محل هذا العقد يقتصر على مجرد نقل هذه المعرفة، وتتحصر العلاقات القانونية بمجرد نقل المعرفة الفنية.

وللعقد البسيط أنواع متعددة؛ طبقاً لتنوع عناصر المعرفة الفنية، ومن أنواعه: عقد الهندسة،

عقد المساعدة الفنية، عقد التدريب، عقد البحث، عقد المشورة.

(1) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 36.

(2) إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص 36، 37.

• **الصورة الثانية: العقد المركب:**

فهو الذي تمتد التزامات المورد فيه إلى تزويد المتلقي - بالإضافة إلى المعرفة الفنية - بأدوات أخرى، كتقديم الخدمات اللازمة والمواد الأولية وبناء المصنع واستخدام المعرفة الفنية، وهذه الصورة للعقد تُمارس في معظم الأحيان بين الدول المتقدمة من جهة، والدول النامية من جهة أخرى؛ وذلك لعدم قدرة الطرف المتلقي على استيعاب واستخدام المعرفة الفنية، وهو ما ثبت عملياً بتوقف مصانعها بكاملها بسبب فشل المعرفة الفنية في تحقيق النتائج المتوقعة.

ومن أنواع العقود المركبة، هي: عقد تسليم المفتاح، عقد تسليم الإنتاج، عقد تسويق الإنتاج، عقد الترخيص الصناعي⁽¹⁾. أمثلة لبعض صور عقد نقل التكنولوجيا:

- **عقد البحث:**

عقد البحث: هو اتفاق بموجبه يتعهد المدين (الشركة الأجنبية) القيام بدراسات ذات طبيعة عقلية وإجراء تجارب عملية ذات صلة تخصصية ومهارات؛ بهدف الوصول إلى معرفة جديدة في مجال العلم والتكنولوجيا، وكذلك استخدام أطراف فنية لاكتشاف أشياء مادية، كالبتروول والمعادن. والالتزام هنا ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وهذا العقد يعد بمثابة عقد مقاوله؛ حيث تخول الدول مشروعاً أجنبياً القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن البتروول واستغلاله مقابل الحصول على جزء من الكميات المنتجة لتسويقها لصالحها⁽²⁾.

- **عقد المساعدة الفنية:**

المساعدة الفنية عنصر رئيس في المعرفة الفنية، جرى استعمال هذا اللفظ في أغلب عقود التكنولوجيا، وتأتي المساعدة في العقد كشرط فيه، كما تأتي بعقد مستقل يكون محله تقديم مساعدة فنية، وتتضمن من بين عناصرها تدريب موظفي وعمال المتلقي؛ سواء في منشأة المورد، أو منشأة المتلقي، أو أي مكان آخر، ويمكن تعريف المساعدة الفنية بأنها: تقديم الخدمات اللازمة في المعرفة الفنية المتقدمة موضع التنفيذ، وبموجب هذا التعريف يكون الالتزام عبارة عن تدريب العاملين

(1) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 214.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 19.

التابعين للمتلقّي بما في ذلك اختيارهم وإيفاء عددٍ منهم إلى منشأة المورد، وكذلك إيفاد عددٍ من المختصين التابعين للمورد إلى منشأة المتلقّي فترةً من الوقت، وخاصةً زيارة المصنع⁽¹⁾.

- عقد تسليم المفتاح:

يعدُّ عقدُ التسليم على المفتاح **Le contrat clé en main** أحدَ الأشكالِ العَقْدِيَّةِ الأكثرِ انتشارًا من حيث التطبيق، ولكنّه أيضًا أحدُ الأشكالِ العَقْدِيَّةِ التي تنطوي على الكثير من المساوئ في عمليّات نقل التكنولوجيا، والحقُّ أن هناك العديدَ من التعريفات المقترحة لعقد التسليم على المفتاح، ولكننا نُفضّل الوقوف هنا عند التعريف المُركَّب، الذي مفاده: "إنَّ عقدَ تسليم المصنع على المفتاح هو العقدُ الذي يلتزم فيه الموردُ بأن يُسلّم المشتري المصنعَ بكامل محتوياته جاهزًا للتشغيل، مع قبول المسؤولية الكاملة عن بناء المصنع وتشغيله، ومردود الاستهلاك مع الالتزام بتقديم الموظفين"⁽²⁾.

يُفهم بدايةً من هذا النمط العَقْدِيّ أن الهدف من إبرام هذا العقد هو تجهيز وحدةٍ صناعيةٍ (مُجمَع صناعي) وتسليمه جاهزًا للتشغيل من المقاول الأجنبيّ إلى الطرف المحليّ (مستورد التكنولوجيا)، ويشتمل ذلك العقد على العديد من الالتزامات، ويرجع ظهورُ أول نوعٍ في هذا النمط العَقْدِيّ الإجمالي إلى الولايات المتحدة الأمريكية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية؛ نتيجة الاحتياجات العاملة لتجهيز المعدات الصناعية.

ويُعرّف عقد تسليم المفتاح بأنه: عقدٌ يلتزم بمقتضيات الطرف المورد للتكنولوجيا المقاول (سواء كان واحدًا أو مجموعة شركات) أن يتحمّل مسؤولية إنجاز مصنعٍ وتسليمه في حالة تشغيل، كما يُعرّف البعض الآخر بأنه: عقدٌ يلتزم فيه موردُ التكنولوجيا بأن يُعزي إلى المشتري مُجمَعًا صناعيًا في حالة تشغيل مع تحمّله المسؤولية الكاملة عن تشييد المصنع وضمان الأداء والتشغيل. ويقتصر محلُّ هذا العقد على عمليّات تصميم المنشأة الصناعية، وبيع وتوريد وتجهيزات الآلات والإشراف على عملية تركيبها، على أن يضمن المتلقّي للتكنولوجيا لوسائله وإمكانياته الذاتية تنفيذ العمليّات الأخرى، خاصةً أعمال الهندسة المدنية والتركيب⁽³⁾.

(1) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 214.

(2) J. Jehl, Le commerce international de la technologie, Approche juridique, op. cit., P. 437.

(3) صلاح جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دار الفكر الجامعي، 2005 الإسكندرية، ب ط، ص 109، 114.

عقد الترخيص الصناعي:

عقد الترخيص الصناعي من العقود الشائعة في السوق الدولي للتكنولوجيا، فهو يُبرم بين الدول المتقدمة بعضها البعض، وبين الدول النامية والدول المتقدمة صناعياً، ويعدُّ عقد الترخيص الصناعي من الأدوات القانونية التقليدية، فهو أداء التداول التكنولوجي بين أطراف ذات العقد، ويُعرَّف عقد الترخيص الصناعي بأنه: الاتفاق الذي يضحُّ بموجبه المرخص تحت تصرف المرخص له حقاً من حقوق الملكية الصناعية وحقوق المعرفة، وذلك خلال مُدَّةٍ معيَّنة وفقاً لشروطٍ وقيودٍ محدَّدة، مقابل تعويضٍ دوريٍّ يهدف الاستغلال في مجال الإنتاج كما لو كان صائغ الترخيص نفسه هو القائم بالاستغلال).

كما عُرِّف بأنه: عقدٌ بمقتضاه يمنحُ صاحبُ البراءة الغيرَ كلياً أو جزئياً حقَّ استغلال اقتراحه خلال مُدَّةٍ زمنيةٍ معيَّنة نظيرَ مقابلٍ ماليٍّ محدَّدٍ. تُعدُّ عقود الترخيص الصناعي من العقود التي تُساعد في نقلِ التكنولوجيا وإن كانت محدودةً ممَّا ساعدَ على تنمية التكنولوجيا للدول النامية⁽¹⁾.

الباب الأوَّل: الضوابط الموضوعية لإبرام العقد الإداري الدولي

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

(1) السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 97، 104.

يعتمد المُشرِّع عند وضع قواعدَ قانونيةٍ لتنظيمِ عقدٍ معيَّنٍ على وصفٍ وتحديدِ طبيعتهِ القانونيةِ، وكذا طرقِ التَّعاقدِ وآثارها، وتكون هذه القواعدُ بالنسبةِ للعقدِ المراد تنظيمُه أساسًا قانونيًا ضابطًا لتكوينِ العقدِ، يرضعه وأطرافه تحت حمايةٍ قانونيةٍ مضمونةٍ.

غير أنَّ التحديدَ الموضوعيَّ للعقودِ الإداريةِ الدوليَّةِ لا يتمُّ بمجردَ استقراءِ النُّصوصِ القانونيةِ، وهذا راجعٌ بالأساسِ إلى عدمِ الاعترافِ بالتَّسميةِ في القانونِ المُقارنِ بسببِ غيابِ مبدأ التَّوازنِ العقديِّ المستمدِّ من الطَّبيعةِ المُزدوجةِ لهذه العقود؛ فلا تزالُ سلطةُ الدَّولةِ الإداريةِ تغلبُ على مبدأ إرادةِ الأطرافِ في النُّصوصِ التَّشريعيةِ.

هذا الإنكارُ التَّشريعيُّ يفتحُ المجالَ أمامَ الفقهِ والقضاءِ لتحديدِ الصُّوابِ الموضوعيةِ؛ انطلاقًا من تفسيرِ القواعدِ القانونيةِ التي وردت بصفةِ العمومِ وإسقاطها على الواقعةِ القانونيةِ المُتمثلةِ للعقدِ، ومن ثمَّ استخلاصِ ازدواجيةِ طبيعتهِ الإداريةِ والدَّوليةِ من خلالِ وجودِ عناصرٍ قانونيةٍ تثبت ذلك، ليُحدث التَّكافؤُ المفترضُ آثاره القانونيةِ، التي ستمثِّلُ العاملَ الإيجابيَّ لعمليةِ التَّعاقدِ، بموجبِ عقدٍ إداريٍّ دوليٍّ كاملٍ الأركانِ.

لذا نُعدُّ القواعدَ القانونيةِ المؤيِّدة لفكرةِ التَّوازنِ العقديِّ والمستمدَّة من تكافؤِ الأطرافِ ومصالحهم الاقتصاديةِ عند التَّعاقدِ أمرًا غيرِ منافعٍ لطبيعةِ العقدِ الإداريةِ؛ نظرًا لوجودِ مصالح اقتصاديةٍ مشتركةٍ ذات طبيعةٍ دوليةٍ بالنسبةِ للدَّولةِ من جهةٍ والمتعاقدِ الأجنبيِّ من جهةٍ أخرى، وعليه فإن بعثَ مبدأ التَّوازنِ في العلاقةِ التَّعاقديةِ سيُسهم في حلِّ مسألةِ سيطرةِ الدَّولةِ على العقدِ الإداريِّ الدوليِّ؛ ممَّا سيفتحُ المجالَ للصفةِ الدوليَّةِ في هذه العقود أن تُسهم بوضعِ بنودِ العقدِ من خلالِ إدراجِ شروطٍ عقديةٍ استثنائيةٍ تُكرِّس الصِّفةَ الإداريةِ في العقدِ، محدثةً أثرًا إيجابيًا في عمليةِ التَّعاقدِ، وسوف يتمُّ عرضُ الصُّوابِ الموضوعيةِ للتَّعاقدِ، ومبدأ التَّوازنِ في العلاقةِ التَّعاقديةِ، وذلك في الفصلينِ التَّاليينِ:

الفصل الأوَّل: إرساءِ بنودِ العقدِ لمبدأي الإرادةِ والأمنِ القانونيِّ.

الفصل الثاني: مبدأ التَّوازنِ في العلاقةِ التَّعاقديةِ.

الفصل الأوَّل: تأسيسِ بنودِ العقدِ بناءً على مبدأي الإرادةِ والأمنِ القانونيِّ

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

إذا كانت العلاقة التعاقدية في العقد الإداري الدولي وليدة قواعد القانون العام، فإن مرحلة إعداد العقد تكشف لنا تدخل قواعد خاصة في تنظيمه، وإن كانت القواعد العامة قد تسترت على مبدأ التوازن بين أطراف العقد من حيث الالتزامات والحقوق القانونية والمالية، معوضة إياه بالحوافز والامتيازات التشريعية، وتلعب القواعد القانونية الخاصة أو الاستثنائية دوراً مهماً في صياغة بنود العقد، بحيث تمنح صلاحية الاشتراك في وضع شروط التعاقد داخل العقد الإداري.

وعليه تُعد بنود العقد الإداري الدولي أهم المؤشرات القانونية الكاشفة عن القواعد القانونية الموضوعية في النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية؛ لأنها وليدة إرادة الأطراف التي تفاوضت من أجل سنها، بعد ما مكّنها المشرع من ذلك في التشريعين الأساسيين في تنظيم العقود الإدارية الدولية.

ففي قانون الصفقات العمومية الفرنسي وتفويضات المرفق العام منح المشرع الفرنسي حق التفاوض بحسب كيفية إبرام الصفقات العمومية، فوجد هذا الحق عند إجراء المسابقة أو عند التراضي، أما قانون تطوير الاستثمار فقد أعطى المتعاقد -مع الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار، والتي تتصرف باسم الدولة- إمكانية التفاوض عند إبرام الاتفاقية.

واعتباراً لذلك، تكون البنود المتفق عليها في العقد وليدة الإرادة القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية، وهذا تكريس لمبدأ سلطان الإرادة المُعترف به في العقود الخاصة، فتعد لذلك هذه المشاركة بمثابة فرصة للمتعاقد الأجنبي مع الدولة لإرجاع العقد إلى حالة التوازن، مستعيناً في ذلك بمبدأ ثانٍ، وهو مبدأ: العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾، وعليه يعدّ التفاوض الانطلاقة الأولى لإحداث أثر قانوني، يكفل توازناً عقدياً عند التعاقد؛ عملاً بمبدأ الإرادة الذي يظهر من خلال الضمانات التعاقدية التي ستحمي هذه العقود من خلال توفير أمن قانوني، وكذا الحدّ من مشكلة اختلال التوازن المالي للعقود الإدارية الدولية، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: دور التفاوض في إرساء مبدأ الإرادة.

المبحث الثاني: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة.

(1) AF M Maniruzzaman: state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies, Ejil oxford journals, vol12, n 2. org.www.sndll.arn.dz/content/12/2/309.full.pdf; Accessed 07-03-2015, p2.

المبحث الأول: دور التفاوض في إرساء مبدأ الإرادة

تمهيد وتقسيم:

رغم انطواء العقد الإداري الدولي على حصص كبيرة من موارد الدولة المالية وغير المالية التي تُعطى للمصلحة المتعاقدة حق وضع شروط للحفاظ على هذه الموارد، فإن للمتعاقد الأجنبي الحق في وضع ما يحميه من الشروط المعترف بها دولياً للحفاظ على العقد من عدم التوازن القانوني لصالح الدولة المتعاقدة.

لذا فإن للتفاوض السليم دوراً من حيث الإجراءات القانونية في تكريس مبدأ سلطان الإرادة عند إبرام العقود الإدارية الدولية، ومن ثم ضمان توازن قانوني لها؛ حيث يُعطى الأطراف عند التعاقد حق وضع ما يناسب مصالحها من بنود عقديّة خاصّة، في حين تُضغ المصلحة العموميّة المتعاقدة شروطاً للحفاظ على مواردها، وتحقيقاً لمصلحتها الاقتصادية، تظهر عند إعلان الدعوى للتعاقد، مع منح الحق للمتعاقد الأجنبي مناقشة هذه الشروط، والتفاوض على بنود جديدة تُوفّر له حماية قانونيّة ذات بُعد دولي، وبذلك كوّنت القوانين الوطنيّة هذا التدخّل على أنه تفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد الأجنبي، يتوقّف على إجراءات إبرام العقد وفقاً لقانون الصفقات العموميّة، ليبقى هذا النصّ آليّة نظريّة صعبة التفسير، في حين أنّ أثره يظهر عند تفعيل هذه الآليّة في إبرام عقود خارجة عن وصف الصفقة العموميّة، مثل: عقود الامتياز أو تفويض المرافق العامّة التي تضمّن حقيقة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك النحو التالي:

المطلب الأول: التفاوض وفقاً لقانون الصفقات العموميّة.

المطلب الثاني: تثبيت القواعد العامّة عند التفاوض في عقود الامتياز والتفويض.

المطلب الأول: التفاوض وفقاً لقانون الصفقات العمومية

مست التطورات الاقتصادية والقانونية الشروط غير المألوفة في العقد الإداري، التي كانت تصب في صالح الطرف الإداري في العقد، ويعود السبب في ذلك إلى تبني قانون الصفقات العمومية بخاصة آلية التفاوض عند إبرام الصفقة العمومية، إلا أن هذا الأخير قد وضع التفاوض كإجراء تابع يشوبه الغموض عند تفسير النص؛ ليمنع عن المتعاقد الأجنبي المشاركة في وضع بنود العقد في إجراء طلب العروض، باستثناء إجراء المسابقة، وعدم فضله عن الاستشارة كمفهوم منفصل عنه عند التراضي، وبناءً عليه ينقسم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك وفقاً للترتيب الآتي:

الفرع الأول: التفاوض عند المسابقة.

الفرع الثاني: التفاوض عند التراضي.

الفرع الأول: التفاوض عند المسابقة

تعد المسابقة أحد أشكال طلب العروض الوطنية أو الدولية، إلا أنها وضعت المرسوم، والتي تبدو واضحة عند اختيار المتعامل المتعاقد؛ وفقاً لاستثناءات على ذلك في أحكام إجراء المسابقة نفسها.

فالمسابقة هي إجراء، تضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم؛ استجابة لبرنامج أعدده صاحب المشروع؛ قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية، أو اقتصادية، أو جمالية، أو فنية خاصة، بعد رأي لجنة تحكيم تتكوّن من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني، ومستقلين عن المرشحين، ويتم منح الصفقة بعد المفاوضات مع العارض الذي قدّم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

وتبدأ المفاوضات مع المؤسسات الأجنبية التي شاركت في عملية إيداع العروض، بعد عملية فتح الأطراف، وانتقاء مجموعة من المتعهدين من قبل لجنة التحكيم، التي وافقت على عروضهم بعد تقييمها من حيث العرض التقني والمالي.

سمح المشرع في قانون الصفقات العمومية عند إدخاله لجنة تحكيم لتقييم العروض لهذه اللجنة بإبداء رأيها، ومن ثم إمكانية طلب توضيحات فيما يتعلق ببعض جوانب الخدمات، التي يجب عنها المعنيون كتابياً.

ويُعدُّ هذا الرأْي غير إلزاميٍّ للمصلحة المتعاقدة، بحكم أنَّ المُشرِّع لم يمنح لها الصَّلاحية النهائيَّة في منح الصَّفقة؛ حيث إنَّ رأْيها استشاريٌّ فقط من جانب عرض الخدمات، دون أن يكون لها رأْي شاملٌ حول العرض، أو على عكسٍ ممَّا كان عليه النَّصُّ الأردنيُّ، فلم يترك المُشرِّع الفرنسيُّ غموضًا في شرح إجراء المُسابقة، ابتداءً من اعتبارها طريقةً لإبرام الصَّفقة وانفصالها التامَّ عن الدَّعوى للمنافسة، وصولاً إلى نطاق التَّفاوض فيها؛ حيث إنَّ العارض يُقدِّم عند إجراء مُسابقة مفتوحة ثلاثة أظرفٍ، تتعلَّق الأولى بعرض الخدمة، والثانية للعرض التقنيِّ، أمَّا الثالثة فتتضمَّن العرض الماليِّ، أمَّا في المُسابقة المحدودة فيُقدِّم العارضون عرضًا للخدمات فقط⁽¹⁾.

وإن كان الاختلاف بارزًا عند تقديم العروض في كلا النوعين، غير أنَّ إجراء تقييمها لا يختلف كثيرًا، بخلاف لجنة التَّحكيم في الأردن، التي يبدو من قراءة النُّصوص أنَّ دورها استشاريٌّ محضٌ، خاصَّةً وأنَّ المُشرِّع لم يوضِّح عملها بدقَّة، ارتأى قانونُ الصَّفقات العموميَّة الفرنسيُّ إيضاح الدور الفاعل للجنة، بحيث يعودُ إليها القرارُ في القبولِ الأوَّلِيِّ للعروض من خلال النَّظر في الظَّرفِ الأوَّل، وإبداء رأْيها برفض أو قبول المترشِّحين وفقهه، بحيث تُعادُ أظرفُ العروض التقنيَّة الماليَّة في المُسابقة المفتوحة لعارضيه دون فتحها في حالة رفض اللجنة لعرض الخدمات⁽²⁾. لتستدعي اللجنة المترشِّحين؛ إمَّا لفتح الأظرفِ الماليَّة والتقنيَّة في حالة المُسابقة المفتوحة، وإمَّا لإكمال الأظرفِ الماليَّة في حالة المُسابقة المحدودة، ومن ثمَّ اختيار أفضل العروض بعد مرحلة التَّفاوض مع المترشِّحين والذين قد يكون العدُّ في المُسابقة المحدودة لا يتجاوزُ الثلاثة، مع إمكانية تقليص العدديِّ إلى أقلَّ من ذلك من قبل المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

وإن كان كلا المُشرِّعين لم يفصلا في المقصود بالتَّفاوض بعد اختيار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء مُسابقة، إلا أنَّ ما يؤخِّدُ للصَّالح الفرنسيِّ أنه راعى التَّطوُّر الذي شهدته هذه العقود، عندما خصَّص إجراء التَّفاوض كإجراء لإبرام الصَّفقة، منفصلاً تمامًا عن باقي الإجراءات⁽⁴⁾.

(1)alinéa I du l'article 70, des marchés publics, Dernière modification du texte le 01

octobre 2014 - Document généré le 23 mars 2015,

<https://www.legifrance.gouv.fr/initRechArticle.dom> p 60-61.

(2)alinéa III -2 du l'article 70, des marchés publics, op ; cit.p 61.

(3)alinéa VIII du des marchés publics,op.cit, p 62.

(4)l'article 65 et 66 du des marchés publics, op.cit, p 53.

الفرع الثاني: التفاوض عند التراضي

على غرار الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة لإجراء التراضي، تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء مفاوضات بحسب شروط معينة، معتبرة التفاوض نوعاً من أنواع الاستشارة في بداية المادة؛ لتفصيل المقصود منه في آخر فقرة من النص.

ففيما يخص العروض التي تستجيب لحاجات المصالح المتعاقدة، والتي تكون مطابقة بصفة جوهرية للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة مع المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، وتجري هذه المفاوضات من طرف لجنة، تُعيّنها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام الأحكام المنصوص عليها، والمتعلقة بمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، على أن تسهر المصلحة المتعاقدة على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

بخلاف التنظيم الأردني، اعتمد المشرع الفرنسي على التفاوض كإجراء منفصل عن التراضي وعن الدعوى للمنافسة؛ بوصفه إجراءً لاختيار متعاقد معها، يحترم فيها كل إجراءات الإعلان عن صفقة ما، يخدم -مستقبلاً- طبيعة العقد الإداري الدولية، بحيث يساهم في إشراك المتعاقد مع الإدارة في إنشاء بنود العقد.

أو على غرار اعتراف المشرع بحق التفاوض في وضع شروط التنفيذ، إلا أن تعقيد الإجراءات يُخرج الدولة من الرُضوخ التام لقانون الصفقات العمومية بحجة الاستثمار، دون أن تتخلى عن مبادئ قانون الصفقات العمومية، على اعتبار أن لطبيعة العقود الإدارية الدولية المبرمة مع الأجانب من الخصوصية ما يجعلها في مرحلة التعاقد صفقة اقتصادية وفنية وتقنية مريحة للدولة، خاصة إذا كان المتعاقد معها يُمارس نشاطاً اقتصادياً احتكاريًا.

وعليه، فاعتماد مصلحة المتعاقد على إجراء المناقصة لإبرام اتّفاقيها، يعدّ اعترافاً كاملاً بخضوع العقد لبنود قانون الصفقات العمومية عند الدعوى للتعاقد، بحيث تحترم مجمل إجراءات إبرام الصفقات العمومية كمرحلة أولية.

ومن ثمّ اللجوء إلى مرحلة التفاوض، التي تُنتج شروطاً جديدة للتنفيذ، تختلف عمّا ورد في دفتر الشروط؛ لتصنع من الاتفاق العقدي مزيجاً سلساً، تتجاذب القواعد العامة والقواعد الخاصة

لضمان حسن التنفيذ كنتيجة أولية؛ لأنَّ الفصل في مدى تحقيق التوازن لا يتمُّ إلا من خلال التدقيق في الشروط الاستثنائية التي تدخلُ على العقد.

المطلب الثاني: تثبيت القواعد العامة عند التفاوض في عقود الامتياز والتفويض

على غرار عقود الصفقات تأخذ العقود الإدارية الدولية شكل عقود أكثر شيوعاً، هي عقود الامتياز والتفويض؛ حيث أسهم التعاقد بموجبها في خلق قواعد قانونية موضوعية ملائمة لطبيعة العقود الإدارية الدولية، غير أن فتح المجال لتفاوض المتعاقد الأجنبي في العقد وتكريس حقه في وضع ما يلائم تنفيذ العقد من شروط ما زال قائماً على إجازة القواعد العامة لذلك وتبعيتها المباشرة للتعاقد بموجب تنظيم الصفقات العمومية، وهذا ما يستشف في عقود تفويض المرافق العامة وعقود الامتياز البترولية، وينقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: عقود تفويضات المرفق العام.

الفرع الثاني: التنظيم المستحدث لعقود تفويضات المرفق العام.

الفرع الأول: عقود تفويضات المرفق العام

لم يحظ أي تصرف إداري بالاهتمام الفقهي كما حظي به الامتياز؛ كونه التصرف الذي ظهر كنتاج للحتميات التاريخية للإدارة التي أدخلته كوسيلة مناهضة للوسائل المشهورة في عملية التعاقد كأسلوب المؤسسة العامة؛ حيث تميّل السلطة العامة بموجب عقد الامتياز إلى التخلي عن بعض الأنشطة العامة أو ذات المصلحة العامة لصالح الأفراد⁽¹⁾؛ بغية تنفيذ مرفق عام؛ سواء من خلال تنظيمه، أو استثماره، أو تسييره، أو إنشائه، أو إدارته تحت إشرافها.

غير أن تنظيم عقود الامتياز قد أثار تساؤلات عديدة؛ سواء في النظام القانوني الأردني، أو الفرنسي، وبخاصة من ناحية أبعاده الاستثمارية، وظهور مفاهيم جديدة له، خاصة وأنه عقد تاريخي مستأصل من أهداف العقود الإدارية (أولاً)، ما دفع القانون الفرنسي إلى التخلي عن المفهوم التقليدي للامتياز، والأخذ بنظام مستحدث لعقود تفويض المرافق العامة (ثانياً).

حيث إن المشرع الفرنسي فكرة تفويض المرفق العام، التي لا يجب أن تختلط بدورها، وفكرة تفويض التوقيع، وتفويض الاختصاص، وفي القانون الإداري على وجه الخصوص كان لفكرة التفويض وجودها من جانب في العلاقات التدرجية، من حيث إنها ترصد الروابط المعقودة بين

(1) هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات

الحلي الحقوقية، لبنان، 2008، ص44.

السُّلطة الإدارية، والتابعين، الذين يُمكنُ أن يُوكَّل إليهم مُمارسةُ بعض اختصاصاتها، ومن جانبٍ آخر فإنها تُشكِّلُ طريقةً لتنظيم الوظيفة التَّنفيذية في التَّنظيمات المحليَّة؛ حيث يستطيعُ المديرُ التَّنفيذيُّ للوحدة المحليَّة أن يُفوضَ أعضاء المجلس المحليِّ ببعض وظائفه؛ وَفَقًا للقانون⁽¹⁾.

في أزمة مفاهيم ناجمة عن عدم التوصل إلى تعريف شاملٍ للامتياز، والاقتصار على تعريف الجانب التَّعاقدِيّ منه، وإهمال الطَّابع التركيبيِّ، اعتبرَ الفقه الفرنسيُّ عقدَ الامتياز أحدَ أشهر عقود تفويض المرافق العامَّة، دون الاعتراف بأن للعقدَيْن الهدف نفسه، حيث إنَّ تطوُّر النِّظام القانونيِّ لعقود الامتياز التَّقليديَّة وتبنيهِ مفاهيم قانونيَّة من جميع فروع القانون، هو من صنَّع ما يُسمَّى بعقود تفويض المرافق العامَّة المتداولة حاليًا.

وإن كانت تختلف من النَّاحية التَّعاقدِيَّة، فإن النَّاحية التَّنظيميَّة هي نفسها، أو يمكنُ أن نقول عنها تأصيلًا وتحديثًا وإجمالًا، أنواع عقود الامتياز التي عرفتها وأبرمتها كلُّ من الأردن وفرنسا على المدى الطويل.

ليثير الأستاذ AUBY مسألة تأصيل عقود تفويض المرافق العامَّة التي هي في الأصل عقود امتياز، حين قال: إنَّ لفكرة التَّفويض في فرنسا جذورًا تمتدُّ إلى بداية القرن الماضي، عندما اتَّجهت الدَّولة الفرنسيَّة إلى تفويض أشخاص القانون الخاصِّ إدارة بعض المرافق العامَّة ذات الطَّابع الصناعي والتَّجاريِّ عن طريق عقود الامتياز؛ حيث يتبيَّن أنَّ الاختلاف حدث عند تدخُّل المُشرِّع لتنظيم عقود الامتياز، وطرح تنظيم قانونيِّ مختلفٍ عمَّا كان عليه سابقًا؛ تقاديًا للشُّغرات القانونيَّة التي كانت تشوبه، لكن فرنسا لم تفلح في حلِّ مُعضلتها في تسيير المرافق العامَّة من خلال إبقائه مجردَ عملٍ مختلطٍ، مزج بين النِّشاط التَّنظيميِّ والتَّعاقدِيِّ للإدارة، ما قد أثر على الإدارة الأردنيَّة عند تبنيها للمفاهيم نفسها التي جاءت بها نظيرتها الفرنسيَّة⁽²⁾.

فالحديث عن التَّعاقد بواسطة الامتياز جعل المُشرِّع الفرنسيُّ يُنظِّم الإجراءات التَّعاقدِيَّة المُتَّخِذة لإدارة المرافق العامَّة من خلال القانون المؤرَّخ في 1993/01/23 والقانون رقم 222/92 المؤرَّخ في 1993/12/29، الذي يدخل بذلك الامتياز في فئة عقود إدارة المرافق العامَّة، ليطلق عليها تسميةً مُوحَّدة، هي عقود تفويض المرافق العامَّة.

(1) C.-Ch. Frazier, La notion de délégation de services public, RDP, n°1, 1995, P.179

(2) AUBY JEAN FRANÇOIS : les services publics locaux, PUF, Paris, 1982, P1.

ومن ثم فعقود تفويض المرافق العامة اليوم في فرنسا تضم كل أنواع العقود، التي تكون من شاكلة عقود الامتياز؛ حيث يلاحظ أن هذا القانون أدرج المعايير نفسها التي تُوفّر وبشكلٍ مطلقٍ في عقد الامتياز، فمنذ 1993 خضع الامتياز للقيود والصوابط الواردة في القانون المنظم للتفويض، وأصبح بذلك الفرق واضحاً بين ما كان عليه امتياز المرفق العام في صورته التقليدية، وامتياز المرفق العام باعتباره عقد تفويض لمرفق عام؛ مما يظهر أهمّ الفروق بينهما، والمتمثلة في أن عقود تفويض المرافق العامة تخضع لنظام قانوني وضعه المشرع، في حين أن امتياز المرفق العام التقليدي يخضع لأحكام العقد والمبادئ العامة للقانون الإداري، كما يخضع صاحب الامتياز في امتياز المرفق العام التقليدي إلى مبدأ الاختيار الشخصي لصاحب الامتياز، في حين يفرض النظام القانوني للتفويض خضوع صاحب الامتياز للإعلان المسبق وإجراءات المنافسة، ويذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له إلى أن القاضي الإداري يملك الصلاحية للرقابة على حرية الإدارة صاحبة التفويض في اختيار المنتفع بتفويض المرفق العام، على عكس الفرنسيين، لم يلق الامتياز في الأردن الاهتمام نفسه من قبل الفقه، واقتصر على جعله أسلوباً لإدارة المرافق العامة، ويرجع السبب في ذلك إلى وضعيّة المرفق العام المتردّية في الأردن، وعدم إقبال المشرع على تنظيم أحكامه كما فعل في الصفقات العموميّة، وهذا إلى غاية صدور قانون الصفقات العموميّة وتفويض المرافق العامة سنة 2015⁽¹⁾.

فأسلوب الامتياز في الأردن شهد تحولات عديدة، لم تسمح بتكوين فكرة عامة له، رغم محاولات الباحثين في هذا المجال، ما جعلهم يحملون على عاتقهم التلميح للوضعيّة الاستثنائية في الأردن، فهو لا يمثّل السعي في الرؤية من الزاوية الفرنسيّة على الخصوص؛ لأنّ ما كان عليه عقد الامتياز في الأردن ما هو إلا من أجل أن يوضع موضع العقد الإداري.

تلك هي النتيجة المتوصّل إليها من قبل الفقه الأردني؛ دفاعاً عن القانون الإداري الأردني من المنطلقات الفرنسيّة، دون أن يستطيع هؤلاء تجنّب النظرة الفرنسيّة له نفسها، على أساس أنه ليس فقط أداة لإدارة المرافق العامة، بل -أيضاً- أداة للنشاط الإداري.

وبمناسبة إدماج المشرع عقود تفويضات المرافق العامة مع عقود الصفقات العموميّة في تشريع واحد، يظهر جانب التنظيم عمليّة غموض بالنسبة لعقود تفويضات المرفق العام؛ حيث لم

(1) Conseil d'État, 4ème - 5ème chambres réunies, 21/09/2016, 383940

يُخصّص لها المُشرّع القدر ذاته من النُصوص المخصّصة لعقود الصّفات العموميّة، رغم تشابهها من حيث الهدف المرجو من إبرامها، وهو تحسين نشاط المرفق العام وتطويره، وكأنّ صياغة المُشرّع لها جاءت لمجرد إسكات الانتقادات الفقهيّة المنادية بعدم تنظيمها بقانون خاصّ إلى غاية صدور هذا المرسوم.

فما عدا الإشارة إلى المبادئ التي جاءت بها أحكام المادّة 5 من هذا المرسوم، لم يتطرّق المُشرّع إلى طرق إبرامها، ولا إلى إجراءاتها؛ ممّا يُتيح للإدارة السّلطة التقديرية في تحديد الإجراء المناسب لعملية الإبرام؛ ممّا يستبعد احتمال استخلاصها من عقود الصّفات العموميّة، ويُبقّيها النّمودج الثاني للعقد الإداري من حيث المرتبة بعد عقود الصّفات العموميّة⁽¹⁾.

وهذا المفهوم نفسه أعطاه المُشرّع الفرنسي لتفويضات المرفق العامّ في المادّة 1411 من القانون 2001-1168 المؤرّخ في 11 ديسمبر 2001، والمتعلّق بالتقنين العامّ للجماعات المحليّة، في حين أنّ مهمّة التسيير هنا انحصرت في عملية البناء أو اقتناء ممتلكات للمرفق، وهو التعريف نفسه الذي أعطاه المُشرّع الأردني عند تعريفه عقد الامتياز، ما يوضّح أنّ توجّه المُشرّع الفرنسي هنا جاء بدافع الاستقرار على تطوير المضمون التقليدي لعقد الامتياز، وتوسيع نطاقه ليشمل أكبر عدد من العقود التي قد تُظهر اختلافًا طفيفًا مع المفهوم التقليدي لعقد الامتياز⁽²⁾.

ظهر الاختلاف الأساس بين الصّفقة العموميّة وتفويض المرفق العامّ بحسب النظام القانوني الفرنسي في مقابل الخدمة المتحصّل عليها، ففي الصّفقة العموميّة يردّ المقابل من قبل المشتري العمومي، أما في عقود تفويضات المرفق العامّ فإنّ المقابل يحصل من استغلال المرفق العام⁽³⁾.

وهذا المعنى نفسه بيّنه مجلس الدّولة الفرنسي عند تمييزه لعقود تفويضات المرفق العامّ، ومعارضتها مع عقود الصّفات العموميّة والأصناف الأخرى للعقود من خلال موضوعها، الذي

(1) ابن عليّة حميد، مرجع سابق، ص 116.

(2) L'article 1411 du général des Collectivités Territoriales, loi n° 2001_1168 du 11 Décembre 2001.

(3) Manuel D'aplic Ation du des Marchés Publics: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>

أطلع عليه يوم 5-04-2016

يتعلّق بتنفيذ مرفقٍ عامٍّ⁽¹⁾، ومن حيثُ مكافأة المتعاقد التي تحصلُ جوهرياً من نتاج استغلال المرفق، كما قد يعترض عقد التفويض بعض من مخاطر الاستغلال⁽²⁾.
وعليه؛ يعدُّ التّأصيل القانوني لعقود تفويضات المرفق العام نتيجةً لتطوّر عقد الامتياز التقليديّ، ذلك العقد الإداري الذي كان الفاعل الأول في تحسين خدمة المرافق العامّة وتطويرها، خاصّةً عند ربط المفهوم الإداري للمرفق العامّ التقليديّ بالاستثمار، هذا المسعى الاقتصاديّ الدوليّ؛ ممّا يجعل هذه المرافق تتكيّف مع المفاهيم القانونيّة الدوليّة الحديثة، نتيجة الدّمج الحاصل بين مبادئ القانون العامّ والقانون الخاصّ عند تكوينها، ما يجعلها منافسةً للقطاع الخاصّ في ظلّ احترام مبادئ الاستمراريّة والقابليّة للتكيّف⁽³⁾.

الفرع الثاني: التّظيم المستحدث لعقود تفويضات المرفق العام

تأخذ عقود التفويض على غرار عقد امتياز المرفق العامّ وعقد إيجار المرفق العامّ صوراً أخرى وتنظيماً قانونياً مستحدثاً، خاصّةً عند ارتباط موضوعها بتكوين مشروع استثماري ناجح وفاعلٍ داخل إقليم الدولة المتعاقدة، والمستأصلة من تنظيم عقد الامتياز، وبخاصّة من ناحية التّمول.

⁽¹⁾ Conseil d'Etat, 22 / 3 SSR, du 22 mars 2000, 207804, publié au recueil Lebon.

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>

أطلع عليه يوم 6-5-2016

⁽²⁾ Conseil D'Etat: préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1990, Smiton, 15 avril

1996. <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>

أطلع عليه يوم 12-5-2016

⁽³⁾ CONSEIL D'ETAT: Syndicat intercommunal des transport publics de la région de

Douai , 15 juin 1994 <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>

أطلع عليه يوم 10-7-2016

واعتباراً لذلك، يقع على عاتق الدولة في أغلب الأحيان إنشاء العديد من المرافق العامة من محطات كهرباء وصرف، وإنشاء الطرق والأنفاق والموانئ البحرية، وغيرها من صور المرافق العامة الضرورية لحياة المواطنين، إلا أن تمويل هذه الطلبات يتطلب استثمارات ضخمة، ما جعل الدول تستقطب الاستثمارات الأجنبية لتمويلها من خلال إبرام عقود إدارية دولية⁽¹⁾.

فإنشاء هذا النموذج من العقود يسمح للمستثمر ببناء وتشغيل، ومن ثم نقل ملكية المشروع للدولة مع إمكانية حق تملك المشروع (أ)، فرغم تسميته الأنجلوساكسونية BOT إلا أن هذا لا يمنعه من إمكانية اعتباره عقد امتياز مستحدثاً يتماشى مع التحويلات القانونية التي يشهدها عالم العلاقات الاقتصادية الدولية، خاصة وأن له أهمية في تفعيل وتنمية الاقتصاد الوطني من خلال المشروع الاستثماري موضوع العقد، على أن يضمن النظام القانوني للدولة المتعاقدة إطاراً قانونياً مُحكماً عند تطبيق هذا النموذج العقدي (ب).

(1) عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 05.

المبحث الثاني: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

أقرت معظم التشريعات العربية والغربية مبدأ خضوع العقد الدولي لإرادة الأطراف، ومنها القانون الأردني⁽¹⁾، وذلك بموجب المادة (20) من القانون المدني الأردني، التي تتيح لأطراف العقد اختيار القانون الذي سيحكم التزامهم التعاقدية التي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنهما، فإذا اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" والمادة (19) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

إلا أن التساؤل الذي يثار هو: ما أساس إرادة الأطراف في اختيارها لقانون العقد؟، ومن الأسئلة التي تطرح أيضًا بهذا الخصوص: إذا لم يختار الأطراف قانونًا ليحكم عقدهم، فكيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق؟ وهل توجد إرادة ضمنية يمكن أن يستدل القاضي بها للوصول إلى القانون الذي سيحكم النزاع، أم يتصدى قاضي النزاع بنفسه لتحديد القانون الواجب التطبيق؟ والإجابة عن هذه الأسئلة ستكون ضمن المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: قانون الإرادة.

المطلب الثاني: غياب الإرادة.

(1) القانون رقم (43) لسنة 1976.

(2) القانون رقم (131) لسنة 1948.

المطلب الأول: قانون الإرادة

يعدُّ قانونُ الإرادةِ الإسنادَ الأوَّلَ في تحديدِ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ للالتزاماتِ التَّعاقديةِ في أغلبِ التَّشريعاتِ، إلا أنَّ فقهُ القانونِ الدوليِّ الخاصِّ يَحْمِلُ في طَيَّاتِهِ اختلافاتٍ فقهيَّةً فيما يخصُّ هذه الإرادةَ، وبخاصَّةٍ فيما يتعلَّقُ بالأساسِ الذي بموجبِهِ تَخْتارُ إرادةُ الأطرافِ القانونِ الذي سيحكِّمُ العقدَ، ويبقى السُّؤالُ: ما أساسُ قاعدةِ قانونِ الإرادةِ؟ وعلى ماذا يستندُ؟ ومن أجلِ البحثِ عن إجابةٍ لهذا السُّؤالِ؛ لا بُدَّ أولاً من البحثِ في بداياتِ ظهورِ مبدأِ قانونِ الإرادةِ، والمراحلِ التي مرَّ بها، وهو ما سيتمُّ بحثُه في الفرعِ الأوَّلِ من هذا المطلبِ، أما الفرعُ الثاني فسيتمُّ البحثُ فيه عن أساسِ قانونِ الإرادةِ.

الفرعُ الأوَّلُ: ظهورُ مبدأِ قانونِ الإرادةِ.

الفرعُ الثاني: أساسُ قانونِ الإرادةِ.

الفرعُ الأوَّلُ: ظهورُ مبدأِ قانونِ الإرادةِ

خلالِ العصرِ الوسيطِ، لم يكنِ هناكُ مجالاً لتصوُّرِ الفكرةِ، التي مفادُها: حُرِّيَّةُ أطرافِ العقدِ في اختيارِ القانونِ واجبِ التَّطبيقِ بحُرِّيَّةٍ؛ حيثُ كان المبدأُ السائدُ خلالَ تلكِ الحقبةِ من التاريخِ خضوعَ التصرُّفاتِ القانونيَّةِ لقانونِ مكانِ تحريرِ، أو إبرامِ مثلِ هذه التَّصرُّفاتِ¹.

بدأت ملامحُ فكرةِ قانونِ الإرادةِ في بداياتِ القرنِ الثالثِ عشرِ، وفي ظلِّ مدرسةِ الأحوالِ الإيطاليَّةِ القديمةِ؛ حيثُ كانتِ العقودُ تخضعُ لقانونِ الدَّولةِ التي أبرمتِ فيه؛ سواءً من حيثِ موضوعها، أو من حيثِ شكلها، حيثُ اعتبرَ شراخُ المدرسةِ الإيطاليَّةِ القديمةِ القوانينَ المتعلِّقةَ بالعقودِ من القوانينِ الإقليمِيَّةِ التي تسري على كافَّةِ التَّصرُّفاتِ القانونيَّةِ التي تتمُّ في هذا الإقليمِ؛ وذلك لسهولةِ تعرُّفِ جميعِ الأطرافِ على أحكامِ هذا القانونِ⁽²⁾، إلا أنه ووفقاً لفقهِ المدرسةِ الإيطاليَّةِ

(1) Th. Vignal, Droit international privé, ARMAND COLIN, 2005, P.220

(2) هشام صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامَّة والحلول الوضعيَّة المقرَّرة في التَّشريعِ المصريِّ، مرجع سابق، بند 182.

القديمة يُعدُّ إسنَادُ عقودِ القانونِ محلِّ إبرامِهِ بمثابةِ إسنَادِ أمرٍ لا تَمَلِكُ الإرادةُ تغييرَهُ⁽¹⁾؛ إذ كانت فكرةُ سلطانِ الإرادةِ لم تتَّضَحْ بعدُ في ذلك الوقت⁽²⁾.

وفي القرنِ الخامسِ عشرِ حاولَ الفقيهُ الإيطاليُّ (Rocha's curtius) الخروجَ عن طابعِ الأمرِ لتلك القاعدةِ بقوله: إنَّ أساسَ خضوعِ العقدِ لقانونِ محلِّ إبرامِهِ هو ارتضاءُ المتعاقدينِ ضمنَ التَّطبيقِ قانونَ بلدِ الإبرامِ⁽³⁾.

وفي القرنِ السادسِ عشرِ تبلورتِ فكرةُ سلطانِ الإرادةِ على يدِ الفقيهِ الفرنسيِّ (ديمولاند)؛ إذ رأى أنه ما دام العقدُ يخضعُ لقانونِ محلِّ إبرامِهِ باعتبارِ ذلك تعبيراً عن رضا المتعاقدينِ الصِّمْنِيِّ، فيجبُ الاعترافُ بحقِّ المتعاقدينِ في اختيارِ قانونٍ آخرَ غيرِهِ ليحكمَ العقدَ، وتأكَّدَ هذا المبدأُ بعدَ الفتوى الشهيرةِ للفقيهِ ديمولاند في قضيةِ الرَّوجِينِ، الشهيرةِ (دوجاني)؛ إذ أكَّدَ أن شكلَ العقودِ والنَّصْرَفَاتِ القانونيَّةِ يخضعُ لقانونِ بلدِ الإبرامِ، أما موضوعُ العقدِ فيخضعُ للقانونِ الذي يُحدِّده أطرافُ العقدِ صراحةً أو ضمناً⁽⁴⁾.

وفي نهاياتِ القرنِ التاسعِ عشرِ جاء الفقيهُ البلجيكيُّ (لوران) ليؤكِّدَ أن حُرِّيَّةَ الأطرافِ في تحديدِ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ على العقدِ باعتباره حَقًّا من حقوقِ الإنسان⁽⁵⁾، سلَّمت محكمةُ النَّقضِ لأوَّلَ مرَّةٍ بصلاحيَّةِ أطرافِ العقدِ في اختيارِ القانونِ واجبِ التَّطبيقِ بمُناسبةِ حكمِ **Américan Trading**، والذي مفاده: ("إنَّ القانونَ واجبِ التَّطبيقِ على العقودِ؛ سواءً فيما يتعلَّقُ بإنشائها، أو من حيثُ آثارها وشروطها، هو القانونُ الذي يختاره الأطرافُ")⁽⁶⁾.

في بداياتِ القرنِ العشرينِ تأكَّدتِ قاعدةُ خضوعِ العقدِ الدَّوليِّ لقانونِ الإرادةِ، أما من القضاءِ الفرنسيِّ في قضيةِ **Quebec steamship** والذي يعدُّ قرارَ المحكمةِ كدستورٍ لقانونِ الإرادةِ؛ إذ أكَّدتِ محكمةُ النَّقضِ الفرنسيَّةِ بصورةً قاطعةً "أنَّ القانونَ واجبِ التَّطبيقِ على العقودِ؛ سواءً فيما يتعلَّقُ بتكوينها، أو بآثارها، أو بشروطها هو القانونُ الذي تبنَّته الأطرافُ، الأمرُ الذي

(1) محمود محمد ياقوت، حُرِّيَّةُ المتعاقدينِ في اختيارِ قانونِ العقدِ الدَّوليِّ، مرجعٌ سابقٌ، ص 26.

(2) هشام صادق، القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ على عقودِ التَّجَارَةِ الدَّوليَّةِ، مرجعٌ سابقٌ، ص 20.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التَّنَازَعِ الدَّوليِّ للقوانينِ، مرجعٌ سابقٌ، ص 1059.

(4) عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع. مجلة الشَّرْقِ الأَدْنَى، 1967م، ص 874.

(5) محمود محمد ياقوت، حُرِّيَّةُ المتعاقدينِ في اختيارِ قانونِ العقدِ الدَّوليِّ، مرجعٌ سابقٌ، ص 32.

(6) Civ. 5 déc. 1910, S. 1911, I, p. 129, note C. LYON-CAEN, GA, n° 11

أدى إلى تبني هذا المبدأ في مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة 1967، الذي يخضع العقد ذا الطابع الدولي والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصدت الأطراف الخضوع له⁽¹⁾، وكذلك بالنسبة للتشريعات الغربية الأخرى فقد تبنت هذا المبدأ⁽²⁾.

أمّا على صعيد التشريعات العربية فقد قنن المشرع الأردني هذه القاعدة كما ذكرنا في المادة (20) من القانون المدني، التي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنهما، فإذا اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"⁽³⁾، ويقابل هذا الحكم نص المادة (19) من القانون المدني المصري⁽⁴⁾، والمادة (25) مدني عراقي⁽⁵⁾.

وكما اعتمدت العديد من الاتفاقيات الدولية هذه القاعدة، ونشير إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1955م بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنفولات المادية؛ إذ تنص المادة (2) من الاتفاقية على أن يخضع البيع للقانون الداخلي الذي يختاره الطرفان".

واتفاقية روما لسنة 1980م المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية؛ إذ تنص المادة (3) من الاتفاقية على أنه: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، هذا الاختيار يتعين أن يكون صحيحاً، ويجوز أن يُستخلص بطريقة مؤكدة من شروط العقد أو من الظروف المحيطة به، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أو على جزء منه".

وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1985م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع، وذلك ضمن الشرط الأول من المادة (7) التي تقضي بأنه: "يخضع العقد للقانون الذي اختاره طرفا العقد، على أن يكون هذا الاختيار قد صدر بصورة صريحة، أو يُستنتج من عبارات

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1060.

(2) المادة (35) من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979م، المادة (24) القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979م، المادة (24) القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982م، المادة (27) القانون المدني الألماني لسنة 1986م.

(3) رقم (43) لسنة 1976.

(4) رقم (40) لسنة 1951.

(5) رقم (131) لسنة 1948.

العقد"، وبذلك نجد أن مبدأ قانون الإرادة قد استقر في مختلف التشريعات القانونية والاتفاقيات الدولية.

الفرع الثاني: أساس قانون الإرادة

يختلف الأساس القانوني لمنح إرادة الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق باختلاف النظرة إلى دور هذه الإرادة.

حيث ظهرت اختلافات فقهية بهذا الخصوص، وأشهر هذه المذاهب مذهب النظرية الشخصية، ومذهب النظرية الموضوعية، فالأولى ترى أن أساس قانون الإرادة هو مطلق سلطان إرادة الأطراف، وعليه تعلق إرادة المتعاقدين على القانون، فتصبح مجرد شروط تعاقدية، لهم أن يجروا عليها من التعديلات ما يجرونه على باقي شروط العقد، أما أصحاب المذهب الموضوعي فينكرون هذه الإرادة؛ إذ يزعمون أن إرادة الأطراف تخضع لسلطان القانون الذي يتيح هذا الحق وليس العكس، وبذلك لا تستطيع إرادة الأطراف أن تخرج عن نصوصه الآمرة في القانون.

أولاً: النظرية الشخصية:

أسندت النظرية الشخصية مفاهيمها إلى مطلق سلطان الإرادة فيما يخص إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؛ إذ يعد العقد الدولي وفقاً لهذه النظرية تصرفاً قائماً بذاته متمثلاً بنظام قانوني مستقل عن أي قانون وطني أو دولي، حيث يكفي بذاته بيان حقوق والتزامات الأطراف وإقرارها، من دون الحاجة إلى تدخل أي نظام قانوني معين⁽¹⁾؛ أي: إن إرادة الأطراف هي القانون، ولا حاجة إلى الاستناد إلى قانون ما ليبرر وجودها⁽²⁾، وعليه يرد أنصار النظرية الشخصية، وعلى رأسهم الفقيه البلجيكي (لوران) قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة، فيكون اختيار المتعاقدين للقانون في هذه الحالة اختياراً مادياً؛ حيث يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية، يملك المتعاقدون الاتفاق على

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق. القاهرة، دار النهضة العربية، 1988م، ص 47.

(2) منير عبد المجيد، مفهوم القانون المحدد في العقود الخاصة الدولية. مجلة المحاماة، 1991م، ص 44.

ما يخالفها، ولو اتّسمت بالطابع الأمر، وعلى هذا النحو يبقى العقد الدولي طليقاً؛ أي: بلا قانون يحكمه، وهو ما يعني في نهاية الأمر إخراج العقود الدولية من مجال تنازع القوانين⁽¹⁾.
ووفقاً للنظرية الشخصية فإنّ العقد المبرم بين شخصين أحدهما: فرنسي، والآخر: إنجليزي؛ لتصدير بضاعة من فرنسا لإنجلترا، هو عقد دولي لا يثير مشكلة تنازع القوانين؛ إذ إن أيّاً من القانونين لا يدعي خضوع العقد لسلطانه، وعليه يُفلت العقد الدولي من أحكام القانون ليخضع لسلطان الإرادة⁽²⁾.

ومن أهمّ النتائج التي تترتب على اندماج القانون في العقد وفقاً لنظرية الشخصية تتمثل في أنّ القانون الأجنبي المختار يندمج في العقد ويأخذ حكم الشرط التعاقدية، الأمر الذي يخول الخصوم استبعاد أحكامه الآمرة⁽³⁾.

وكذلك من النتائج التي تترتب على إرادة الأطراف وفقاً للنظرية الشخصية أنه لا يتعيّن اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بضرورة توافر صلة بينه وبين العقد؛ إذ يمكن لأطراف العقد اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية لنوع معين من العقود، مثل: القانون الإنجليزي الذي يُنظّم بعض عقود النقل والتأمين البحري حتى وإن لم تتوافر تلك الصلة؛ حيث إن اشتراط مثل هذه الصلة يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة⁽⁴⁾، كما يمكن لأطراف العقد اختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية، مستخلصين من كلّ منها النصوص التي تُحقّق مصالحهم⁽⁵⁾، كما يؤدي اندماج القانون في العقد الدولي إلى عدم الخضوع لأيّ تعديلات

(1) رائد سامر ربا، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين. رسالة ماجستير، جنين، الجامعة العربية الأمريكية، 2012م، ص32.

(2) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص104.

(3) محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية. الإسكندرية، دار الفكر العربي، 2004م، ص57.

(4) فؤاد رياض؛ سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. القاهرة، دار النهضة العربية، 1974م، ص374.

(5) هشام صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، مرجع سابق، ص650.

تشريعية قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد؛ إذ يُطبَّق القانون طبقاً لمضمونه وقت إبرام العقد، وهو ما يُعرف بالتجميد الزمني للعقد، أو شرط الثبات التشريعي⁽¹⁾.

وأيضاً يترتب على اندماج القانون في العقد الغرض الذي تقضي القواعد الأمر في القانون المختار من قبل الأطراف ببطلان العقد، كما لو اتفق الأطراف في عقد العمل على حرمان العامل من التأمين ضد الإصابات في أثناء أداء العمل؛ ووفقاً للنظرية الشخصية فإن اندماج القانون المختار في العقد يُجرِّده من عناصره الأمر التي تُؤدِّي إلى بطلان العقد، ويُصبح مُجرِّد شرط من شروط التعاقد، وبذلك لا يُؤدِّي إلى بطلان العقد⁽²⁾.

أمَّا في حالة إذا لم تكن إرادة الأطراف صريحة في تحديد القانون الذي سيحكم العقد، فوفقاً للنظرية الشخصية فإن على القاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية، فإن لم يتيسر له الكشف عنها فهو يملك سلطة تقديرية في تحديد القانون الذي سيحكم العقد، كما أنه قد يُحدِّد المُشرِّع بموجب قواعد إسناد مسبقاً القانون الواجب التطبيق⁽³⁾.

وعليه؛ يندمج القانون المختار في العقد لدى أنصار النظرية الشخصية فقط في حالة اختيار الأطراف لقانون العقد صراحةً أو ضمناً⁽⁴⁾؛ إذ يرى جانب من الفقه صعوبة اندماج القانون في العقد في الفرض الذي تنعدم الإرادة الصريحة أو الضمنية؛ إذ يكون القانون الذي سيحكم عقدهم قد عُيِّن من قبل قاضي النزاع أو المُشرِّع، وليس قانوناً اختارته إرادة الأطراف⁽⁵⁾.

ومن أشهر التطبيقات القضائية التي تبنت النظرية الشخصية، القضية الشهيرة (American Trading Company)، التي عُرضت على القضاء الفرنسي، التي تدور حول عقد مشاركة إيجار سفينة، أبرم في نيويورك بين شاحن أمريكي ومُجهِّز كندي، موضوعه نقل بضاعة من أمريكا إلى فرنسا، وقد تضمَّن العقد شرطاً يقضي بإعفاء المُجهِّز من المسؤولية، وعند وصول البضاعة إلى الميناء الفرنسي تبين وجود تلف فيها، وعند عرض النزاع على القضاء الفرنسي تمسك المُجهِّز بشرط عدم المسؤولية المنصوص عليه في العقد، في حين احتج الشاحن بأن العقد يخضع

(1) محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص 39.

(2) محمود محمد ياقوت، حُرِّيَّة المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 87.

(3) التفاصيل أكثر من الإسناد المسبق: انظر فيما سيتقدَّم في الفصل الرابع.

(4) محمود محمد ياقوت، حُرِّيَّة المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 81.

(5) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، بند 86.

صراحةً للقانون الأمريكي، والذي بدوره يحظر الإعفاء من المسؤولية، ومن ثم يبطل شرط عدم المسؤولية، إلا أن محكمة النقض لم تستجب لهذا الدفع، وأقرت أن القانون الواجب التطبيق على العقود؛ سواءً من حيث تكوينها، أو من حيث آثارها، أو من حيث شروطها، هو ذلك القانون الذي تبنته الأطراف⁽¹⁾، وانتهت المحكمة بذلك إلى إنزال أحكام القانون الأمريكي المختار منزلة الشروط التعاقدية، حين رفضت الاستناد إليه في إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها صراحةً في العقد⁽²⁾.

وجاء في تعليقها على الحكم الصادر: إن اختيار المتعاقدين للقانون الأمريكي لا يعني الأخذ بأحكامه التي تبطل شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها صراحةً في العقد، فما دام هذا الشرط محلاً لتراضي الطرفين فهو ملزم لهما، أما الرجوع إلى القانون الأمريكي فيجب أن يفهم على أنه يضيف إلى الشروط المدرجة بالعقد ما عسى أن يتضمنه هذا القانون من شروط أخرى لم يتناولها العقد⁽³⁾.

إلا أن هذه النظرية لم تلبث طويلاً؛ إذ وُجّهت إليها العديد من الانتقادات على الصعيد الفقهي؛ لما تحمله من السلبيات المترتبة على إخضاع العقد لمطلق سلطان الإرادة، كما تم رفضها في مختلف التشريعات العربية والغربية.

فعلى الصعيد الفقهي أكدت الأستاذة (Deby Gerard) على أن العقد الدولي لا يمكن أن يولد أو يعيش في فراغ قانوني، بل يجب أن يكون محكوماً بقانون⁽³⁾.

كما ذهب الدكتور هشام صادق إلى أن فكرة العقد بدون قانون تعني: "أن إرادة المتعاقدين ليست مطلقة بل هي مقيدة بنصوص القانون، وأن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط، وإنما هو قبل كل ذلك واقع اجتماعي يخضع للقانون، ولا تترتب آثاره إلا في حدود ما يسمح به هذا القانون، وأن فكرة العقد بدون قانون يناهض صحيح الواقع⁽⁴⁾، ويرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن فكرة العقد بدون قانون هي خيال وليس حقيقة⁽⁵⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 147.

(2) محمود محمد ياقوت، حُرّيّة المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 80.

(3) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 65.

(4) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 267.

(5) أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 66.

كما يذهب الدكتور منير عبد المجيد أن عدم خضوع العقد لأي قانون يُعدُّ أمراً غير مألوف، والقول بأن العقد يستمدُّ قوّته من نصوصه وبنوده يُؤدّي إلى عدم الاستقرار، ولا يُمكن تصوُّر عقدٍ بدون قانونٍ يحكمه⁽¹⁾.

أمّا على صعيد التشريعات العربية والغربية، فقد تأكّد رفضها لهذه النظريّة، خاصّةً فكرة اندماج القانون مع العقد وإفلاته من القواعد الآمرة؛ حيث جاءت المادّة (29) من القانون المدنيّ الأردنيّ التي تنصُّ على أنّه: "لا يجوزُ تطبيقُ أحكامِ قانونٍ أجنبيّ عيّنته النصوصُ السابغةُ إذا كانت هذه الأحكامُ تُخالفُ النّظامَ العامَّ أو الآدابَ في المملكةِ الأردنيّةِ الهاشميّة"، والمادّة (19) من القانون المدنيّ المصريّ، الأمر الذي أكّده محكمةُ التمييزِ الأردنيّة في قرارها الذي ينصُّ على أنّه: "إذا كان من شروط عقد العمل أن القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد وتنفيذه هو القانون البرمودي، وجاءت نصوص وأحكام قانون العمل الأردني بقواعد أمره بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وذلك بما يسلب العامل حقوقه أو ينتقص منها، فهي لذلك من متعلقات النّظام العام"⁽²⁾.

وفي فرنسا وجميع دول الاتحاد الأوروبي تمّ رفض مبادئ النظريّة الشخصيّة، وذلك بموجب المادّة (7) من إتفاقيّة روما لسنة 1980 والتي تنصُّ على أنّه: (أحكام هذه الإتفاقيّة لا يمكن أن تُؤثّر في تطبيق القواعد الإلزامية في قانون القاضي الذي يحكم الحالة، بغض النظر عن القانون المنطبق على العقد)، والتي عدّلت بموجب المادّة (9) الفقرة (1) من اللائحة التنفيذية رقم 593/2008 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرّخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية، التي تنصُّ على أنّه: "قانون الشرطه شرط حتمي، يعتبره بلد ما أمراً حاسماً بالنسبة لصون مصالحه العامّة، مثل: منظومته السياسيّة، أو الاجتماعيّة أو الاقتصاديّة، إلى درجة اشتراط تطبيقه على أيّ حالة واردة ضمن نطاقه، بصرف النظر عن القانون المنطبق على العقد وفقاً لهذه اللائحة".

وهو ما أكّده محكمة الاستئناف الفرنسيّة أيضاً في قرارها الصادر في 30 يونيو 2007، الذي جاء فيه: "فيما يتعلّق بتشييد مبنى في فرنسا، وقانون 31 ديسمبر 1975 بشأن التعاقد من الباطن وبخصوص الاستعانة بمصادر خارجيّة والأحكام الوقائيّة للمتعاقد من الباطن، هو قاعدة

(1) منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفرديّة. الإسكندريّة، منشأة المعارف، 1991م، ص55.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنيّة بصفحتها الحقيّة رقم 1999/1835 (هيئة خماسيّة) تاريخ 2000/1/31.

الإلزامية ضمن معنى المادة 3 من القانون المدني، والمادة 7 من اتفاقية روما المؤرخة 19 حزيران / يونيو 1980 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية⁽¹⁾.

يؤيد الباحث ما ذهب إليه شراح القانون بأن أصحاب النظرية الشخصية يذكرون نظريتهم في الأصل، وبخاصة في الصورة التي لا يتم بها اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف؛ إذ لا يمكن تصوّر أن يطبق القاضي شروطاً عقدية تخالف القواعد الآمرة في قانونه؛ إذ إن القاضي مقيّد بنصوص القانونية التي شرعها المشرع، والذي بدوره أعطاها القوة الإلزامية في التطبيق.

إلا أنه من الملاحظ أن التشريعات المقارنة قد أخذت ببعض مبادئ النظرية الشخصية، مثل: شرط الثبات التشريعي، إلا أن هذا الحق ليس مستنداً إلى مطلق سلطان الإرادة، وإنما بموجب القانون الذي يتيح لأطراف العقد شرط الثبات التشريعي.

ثانياً: النظرية الموضوعية:

تعدّ النظرية الموضوعية أساس القانون الثاني لمبدأ قانون الإرادة، التي يرجع أصلها إلى الفقيه الألماني سافيني، إلا أنها تطوّرت وتبلورت على يد الفقيه باتيفول، والتي بدورها ترفض هذه النظرية؛ أي: ترفض ردّ إرادة الأطراف إلى مطلق سلطان الإرادة التي جاءت به النظرية الشخصية⁽²⁾، فإرادة المتعاقدين وفق النظرية الموضوعية تستند إلى قوة القانون الذي منح هذه الإرادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع في دولة القاضي، الأمر الذي يؤدي إلى المنشور في الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية ببطان أي شرط يخالف القاعدة الآمرة في هذا القانون⁽³⁾، وعلى هذا الأساس تترتب عدّة نتائج وفقاً للنظرية الموضوعية، والتي تتمثل في عدم هيمنة أطراف العقد على قانون العقد وتحويله إلى مجرد شرط

(1) CA Paris, Ch. mixte, 30 nov. 2007, pourvoi n°06-14.006, disponible sur le site, <http://www.légifrance.fr>

المنشور في الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية.

www.courdecassation.fr

(2) خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص126.

(3) محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص58.

تعاقدية وإدماجه في بنود العقد؛ إذ يبقى القانون محتفظاً بصفته⁽¹⁾، الأمر الذي يؤدي إلى احترام النصوص الأمرة في قانون القاضي، إذ لا تقوى الإرادة على مخالفة هذه النصوص، كما أن العقد الدولي يخضع للتعدلات التشريعية التي تطرأ على القانون المختار؛ إذ لا يمكن لأطراف العقد اشتراط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني للقانون ضمن شروط العقد، كما أنه وفقاً للنظرية الموضوعية لا يمكن لأطراف العقد اختيار قانون لا يمت بأية صلة بالعقد؛ إذ يجب أن يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد، وكذلك لا يمكن لأطراف العقد اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد، وبذلك تُقيّد إرادة الأطراف في محاولة الإفلات من القواعد الأمرة⁽²⁾.

إلا أن أهم ما يترتب على إرادة الأطراف وفقاً للنظرية الموضوعية هو حقيقة إرادة الأطراف؛ إذ بموجب هذه النظرية لأطراف العقد مجرد تركيز العقد في دولة معينة، وليس حق اختيار القانون الواجب التطبيق، فالمتعاقدان لا يختاران قانوناً معيناً ملزماً للقاضي، وإنما يركزان عقدهما في مكان معين باعتبار أن هذا التركيز يمثل مركز ثقل العقد؛ أي: إن إرادة الأطراف، وإن كانت قد اختارت القانون الواجب التطبيق باعتباره القانون الذي يمثل مركز ثقل العقد، إلا أنها مجرد إرادة توطين للعقد أو إرادة كاشفة للمكان الذي يتركز فيه العقد التي تُشير إليه ظروف وملابسات التعاقد، ومتى كان اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق لا يتطابق مع التركيز الحقيقي للعقد، كان للقاضي أن يهمل هذا الاختيار ويسعى إلى البحث عن التركيز الحقيقي للعقد الذي يمثل مركز الثقل في العقد من خلال ظروف التعاقد وملابساته لاستخلاص القانون الواجب التطبيق⁽³⁾؛ لذا نجد أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية وفقاً لهذه النظرية لا تقوى على اختيار القانون الواجب التطبيق بصورة مباشرة، وإنما يقتصر دورها في تركيز العقد في مكان محدد؛ أي: إن دورها ثانوي أو احتياطي، وعلى القاضي أن يستخلص في ضوء عناصر العقد وظروفه المحيطة به القانون الواجب التطبيق؛ إذ يجب وفقاً لهذه النظرية أن القانون المختار من قبل الأطراف والتركز الموضوعي للعقد متوافقان، وهذا الشرط هو الأساس والوحيد لفعالية دور الإرادة في الاختيار⁽⁴⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1070.

(2) حسام الدين فتحي، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 27.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1070.

(4) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 70.

إلا أن هذه النظرية لم تسلم أيضاً من الانتقادات، وأهمها أنها تلغي أي دور لإرادة الأطراف، ووفقاً لهذه النظرية لا تملك الإرادة حق اختيار، إنما مجرد تركيز العقد في مكان معين، وبذلك يكون دور إرادة الأطراف مجرد دور ثانوي، أو مجرد أداة لتوطين العقد، وعليه؛ فلا عبء بالثفرقة ما بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية؛ كون إرادة الأطراف لا تملك حق الاختيار في الأصل، وإنما حق تركيز العقد فقط⁽¹⁾، وأيضاً يُعاب على هذه النظرية إطلاق سلطة القاضي وحقه في تعديل اختيار الأطراف، متى كان هذا الاختيار لا يتلاءم مع التركيز الحقيقي للعقد، الذي يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف.⁽²⁾

ويؤيد الباحث الانتقادات التي وُجّهت للنظرية الموضوعية؛ حيث إن النظرية لا تتناول أساس إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما تناولت حق القاضي في التصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؛ إذ إن النظرية الموضوعية تُنكر أي حق لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكل ما جاءت به هذه النظرية هو عملية تركيز العقد من خلال البحث التي تُنطاط بالسلطة التقديرية للقاضي؛ إذ غالى الفقيه باتيفول بمحاولة توحيد عملية الإسناد؛ مما أدى إلى إنكار أي وجود لإرادة الأطراف، وعليه كانت لهذه النظرية الفضل في ظهور فكرة تركيز العقد من خلال ظروف العقد وملابساته، التي أصبحت من الأسانيد التي تُطبق عند سكوت إرادة الأطراف.

وعليه نجد أن القضاء الفرنسي قد أخذ بهذه النظرية فقط في حالة سكوت الإرادة، وذلك قبل نفاذ اتفاقية روما، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في ذلك الوقت؛ إذ جاء في أحد قراراتها ما نصه: "إذا لم يُقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحةً، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساتها، إلا أن هذه النقطة أيضاً محل نظر، فمن خلال القرارات السابقة نجد أن القضاء منقسم فيما بينه بشأن اعتماد النظرية في تطبيق القانون عند سكوت الإرادة فقط، أم مع وجود الاختيار⁽³⁾."

(1) منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. الإسكندرية، منشأة المعارف، 1991م، ص 86.

(2) محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص 11.

(3) صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص. الإسكندرية: دار

المطبوعات الجامعية، 2005م، ص 190.

إلا أنّ هذا الأمر قد تغيّر بعد اتّفاقيّة روما لسنة 1980 النافذة في فرنسا؛ حيث اعتمدت الاتّفاقيّة نظريّة الأداء المميز التي يتمّ تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الطّبيعة الذاتيّة للعقد، وليس من خلال ظروف التّعاقّد وملابساته إلا في بعض الحالات الاستثنائيّة. وذلك بموجب الفقرة (4) من المادّة (4) التي تنصّ: "عندما لا يمكن تحديد القانون المنطبق على أساس الفقرة 1 أو 2، يخضع العقد لقانون البلد الذي يرتبط به على نحو أوّثق"⁽¹⁾. أما المشرّع الأردنيّ والتشريعات المقارنّة فإنه لم يأخذ بفكرة التّركيز الموضوعي عند سكوت الإرادة، وإنما أخذ بالإسناد المسبق للعمليّة التّعاقديّة، متمثّلة بالمواطن المشترك لأطراف العقد - بلد إبرام العقد-⁽²⁾.

ثالثاً: النظريّة الازدواجيّة:

ظهرت النظريّة الازدواجيّة على يد الأستاذة "Deby Gerard" التي ترى أن الحقّ الممنوح للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم هو حقّ اختيار، وليس حقّ تركيز العقد في مكان معيّن⁽³⁾، فإذا وُجد الاختيار الصّريح من قبل الأطراف وجب احترام هذا الاختيار والحفاظ على توقّعاتهم؛ إذ إنّ قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعيّة خاصّة بالعقود الدوليّة، وواجبة الاحترام من قبل القاضي، ووُضعت لتنظيم العلاقات التجاريّة، وحماية توقّعات الأطراف حول مضمون التزاماتهم⁽⁴⁾، كما يُؤكّد أنصار النظريّة الازدواجيّة أن حقّ الاختيار لإرادة الأطراف حقّ مطلق، فلا يمكن تقييدها في اختيار قانون معيّن؛ إذ يمكن لأطراف العقد اختيار أيّ قانون ليحكم عقدهم، وإن كان لا يمتّ بأيّ صلة للعقد.⁽⁵⁾

(¹) Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

(²) المادّة (20) من القانون المدنيّ الأردنيّ.

(³) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدوليّ للقوانين، مرجع سابق، ص 1072.

(⁴) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدوليّ للقوانين، المرجع السابق، ص 1072.

(⁵) إيمان ناجي العزاوي، القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدوليّة مع شخص القانون الداخليّ، بغداد، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2007م، ص 177.

أما في حالة انعدام الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، فيرى أصحاب النظرية ازدواجية أنه يمكن إعمال فكرة تركيز العقد وقيام القاضي بدوره في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد⁽¹⁾.

وفي نظرة للقضاء المؤيد للنظرية الازدواجية فنشير إلى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الفرنسية في 10 نوفمبر 1970 والتي أكدت بأنه "القاعدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي هو إخضاع العقود لمبدأ قانون الإرادة، وإن للأطراف المتعاقدة الحق في تعيين قانون وطني معين ليحكم علاقاتهم، وفي حالة تعذر التعيين الصريح عن الإرادة فإن الكشف عن هذا القانون يجب أن يُحدّد من بين ثنايا الأمارات التي يتضمّنهما العقد، التي تسمح بتركيز العلاقة العقديّة"⁽²⁾.

إلا أنّ الانتقاد الوحيد الذي وُجّه إلى النظرية الازدواجية هو تجاهلها للإرادة الضمنية لأطراف العقد، واعتبار أنها تتساوى مع انعدام إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، بينما هي إرادة حقيقية لها وجودها وقرائنها اليقينية التي تدلّ عليها، التي ينبغي احترامها، وعلى القاضي المعروض أمامه النزاع البحث عن هذه الإرادة"⁽³⁾.

أما فيما يخص موقف التشريعات العربية والغربية من النظرية الازدواجية، فنجد المشرع الأردني قد اعترف لإرادة الأطراف بحق الاختيار، وذلك بموجب الشرط الأخير من المادة (20) من القانون المدني التي تنص: "هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، وكذلك اعترف المشرع الأردني بالإرادة الضمنية لأطراف العقد؛ حيث إنّ عبارة "الإرادة وفق المشرع الأردني مطلقاً؛ أي: تشمل الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية"⁽⁴⁾، والمادة (19) مدني مصري، التي تنص: "هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يُراد تطبيقه".

وبالنظر إلى النصوص التشريعية المقارنة، نجد أنها لم تُعيّد إرادة الأطراف باختيار قانون ذي صلة بالعقد، وإنما أتاحت لأطراف العقد حرية اختيار أي قانون يراه الأطراف مناسباً لحكم

(1) إيمان ناجي العزاوي، القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدولية مع شخص القانون الداخلي، المرجع السابق، ص 177.

(2) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 83.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1073.

(4) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 217.

التزامهم التعاقدية، أما التشريعات الغربية، ومنها القانون الفرنسي، فنجد أن المادة (3) من اتفاقية روما السارية المفعول في فرنسا تنص على أنه: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان، ويكون الخيار صريحاً أو مؤكداً نتيجة أحكام العقد أو من ظروف القضية، وبموجب هذا الاختيار يمكن للأطراف أن تُعين القانون المنطبق على كلٍ أو جزء من العقد فقط"، قد اعترفت بحق إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق؛ تماشياً مع النظرية الازدواجية، إلا أنها اختلفت معها فيما يخص الإرادة الضمنية حيث ساوت ما بين الإرادة الضمنية والإرادة.

ويرى الباحث أن النظرية الازدواجية تمثل أقرب النظريات إلى الواقع القانوني، فهي تعترف بإرادة الأطراف في اختيار القانون، كما أنها تخضع إرادة الأطراف للقواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق، كما أنها لا تقيد إرادة الأطراف، وهو الأمر الذي يؤيده الباحث؛ كون هناك قوانين أنسب لتحكم العلاقة التعاقدية، إلا أن السلبية الوحيدة التي ترد على النظرية الازدواجية تتمثل في حقيقة الإرادة الضمنية لأطراف العقد، والتي يمكن اعتبارها سلبية قاصرة؛ إذ إن النظرية الازدواجية والنظريات الأخرى المقارنة ركزت في الأصل على أساس الاختيار الصريح لأطراف عقد القانون الواجب التطبيق، وعليه؛ فهناك قصور نسبي من قبل النظريات سالفه الذكر فيما يخص حقيقة الإرادة الضمنية لأطراف العقد.

المطلب الثاني: غياب الإرادة

إنَّ البحثَ عن إرادة أطرافِ العقدِ فيما يتعلَّقُ بالقانونِ الواجبِ التَّطبيقِ لا يُثيرُ الإشكالَ عندما يكونُ التَّعبيرُ عن الإرادةِ صريحةً، بمعنى عندما يكونُ الأطرافُ قد نصَّوا صراحةً في العقدِ على القانونِ الذي يحكمُ عقدهم في المنازعاتِ المستقبليةِ، ففي هذه الحالةِ يُعدُّ هذا القانونُ المختارُ هو المختصُّ بحكمِ العلاقةِ القانونيةِ، إلا أنه تُثارُ مشكلةُ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ على العقدِ الدوليِّ في حالةِ عدمِ وجودِ إرادةِ صريحةٍ لأطرافِ العقدِ بخضوعِ عقدهم لقانونٍ معيَّنٍ، والذي بدوره يُثارُ التساؤلُ عن كيفيةِ تحديدِ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ من خلالِ الإرادةِ الضمنيةِ لأطرافِ العقدِ، وما حقيقةُ الإرادةِ الضمنيةِ لأطرافِ العقدِ؟ حيثُ إنَّ النُّظريةَ الموضوعيةَ والشخصيةَ تناولتِ الإرادةَ الصريحةَ بصورةٍ رئيسيةٍ، وعليه؛ لا بدُّ من البحثِ في الفقهِ الذي تناولَ الإرادةَ الضمنيةَ، وكذلك من الأسئلةِ التي تُطرحُ: ما مؤشراتُ هذه الإرادةِ؟ وهذا ما سيتمُّ الإجابةُ عنه ضمنَ الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الإرادة الضمنية.

الفرع الثاني: مؤشراتُ الإرادة الضمنية.

الفرع الأول: الإرادة الضمنية

بيِّنَّا فيما سبقَ أن هناك قصوراً في النُّظرياتِ الفقهيةِ التي تناولتِ إرادةَ الأطرافِ في تحديدِ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ فيما يخصُّ الإرادةَ الضمنيةَ لأطرافِ العقدِ، وعليه؛ من أجلِ بيانِ رأيِ الفقهِ الذي تناولَ الإرادةَ الضمنيةَ لأطرافِ العقدِ، نستعرضُ الاتجاهاتِ المؤيدةَ والرَّافضةَ للإرادةِ الضمنيةِ.

أولاً: الاتجاهُ الرَّافضُ للإرادةِ الضمنيةِ

يُنكرُ هذا الجانبُ من الفقهِ وجودَ إرادةٍ ضمنيةٍ لأطرافِ العقدِ؛ إذ يرى هذا الجانبُ الفقهيُّ أنه لا بدُّ من ظهورِ إرادةِ أطرافِ العقدِ بصورةٍ صريحةٍ؛ لكي يُعتدَّ بها فيما يخصُّ تحديدَ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ، ووفقاً لهذا الاتجاهِ فإن فكرةَ الإرادةِ الضمنيةِ ما هي إلا وهمٌ وتصورٌ يستندُ إليها القاضي في تحديدِ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ، ويستندُ هذا الاتجاهُ إلى عدَّةِ فروضٍ، قد تعتري العمليةَ التعاقديةَ، والتي تتمثلُ في تطرُقِ الصِّفةِ الأجنبيةِ على العقدِ بصورةٍ لاحقةٍ على التَّعاقدِ، كما لو طلبَ المشتري من البائعِ بعد إبرامِ العقدِ تسليمَ البضاعةِ في الخارجِ؛ أي: إن تحديدَ القانونِ الواجبِ التَّطبيقِ لم يُظهرْ أطرافَ العقدِ في وقتِ التَّعاقدِ، كذلك في بعضِ الحالاتِ التي قد يعمدُ فيها أطرافُ

العقد إلى عدم تحديد القانون الواجب التطبيق؛ كونها محلّ خلافٍ بين أطرافِ العقد، وخشية الأطراف من عدم إتمام العملية التعاقدية، فيتمّ التّعاقُد من دون الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق.⁽¹⁾

وعلى هذا الأساس يُبرَّر هذا الجانب أنه لم يكن لأطرافِ العقد في الأصل أيّ نيّة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وعليه لا يُمكن لقاضي النزاع البحث عن هذه الإرادة؛ إذ إنها إرادة مفترضة تخضع لأهواء القاضي، وبذلك يكون القانون الواجب التطبيق الذي يستخلصه القاضي يُطبَّق على العقد لا يتناسب مع حقيقة إرادة الأطراف، ويؤدّي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف.⁽²⁾

ثانياً: الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية

يرفض هذا الجانب من الفقه الفروض التي يستند إليها الاتجاه السابق؛ إذ يرى هذا الجانب أن هناك فروضاً أخرى يتخلف فيها أطرافُ العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى قانونٍ معيّن ليحكم العقد، وأن على القاضي أن يبحث عن هذه الإرادة من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، ويرى هذا الجانب أن إلحاق إرادة الأطراف بالعلم يتنافى مع المنطق السليم والذي بدوره يتجاهل قواعد الإسناد في قانون القاضي بخضوع العقد لقانون الإرادة.⁽³⁾

ويشترط هذا الجانب من الفقه أن البحث عن الإرادة الضمنية يكون عن طريق قرائن يستدل بها قاضي النزاع للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، والذي يكون بصورة مؤكّدة تُمثّل حقيقة إرادة الأطراف الضمنية، وعلى هذا الأساس اعتبر الفقه أن تحرير عقد من العقود النموذجية ينتمي إلى نظام قانوني محدّد، مثل: وثيقة التأمين التي تنتمي إلى هيئة اللودز الدولية، والمعروف أنها تخضع للقانون الإنجليزي إلى اتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلى اختيار هذا القانون، كما أن استخدام صيغة الشروط العامة للعقد المعروفة في القانون الألماني يُفيد ارتضاء إرادة الأطراف الضمنية للخضوع لأحكام القانون الألماني.⁽⁴⁾

(1) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 338.

(2) محمد الروبي، عقود التسييد والاستغلال والتسليم. BOT، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004م، ص 238.

(3) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 341.

(4) طرح البحور فرج، (ب د س). تدويل العقد، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص 51-52.

وعلى هذا الأساس اعترفت أغلب الاتفاقيات الدولية بوجود إرادة ضمنية لأطراف العقد، ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، التي نصت على ضرورة أن يكون اختيار الأطراف لقانون العقد صريحاً، أو "مستخلصة على سبيل الحتم من نصوص العقد"⁽¹⁾.

كما أن اتفاقية لاهاي لسنة 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية اتجهت الاتجاه نفسه، إلا أنها خففت من القيود التي ترد على القاضي لاستخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد بقولها: على وجوب أن يكون اختيار القانون صريحاً، أو يمكن استخلاصه بتأكّد معقول من نصوص العقد وظروف الحال"⁽²⁾، وهذا التخفيف جاء استجابةً لانتقادات الفقه التي وجهت لاتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد من نصوص العقد ذاتها فقط"⁽³⁾.

أما اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فقد اتخذت المنحى نفسه فيما يخص الإرادة الضمنية لأطراف العقد إلا أنها لم تفتح للقاضي في استخلاصه للإرادة الضمنية الجمع بين نصوص العقد وظروف التعاقد، كما ذهب اتفاقية لاهاي لسنة 1978، بل قيّدت سلطة القاضي بأن يكون استخلاصه للإرادة الضمنية، إمّا من نصوص العقد، وإمّا من ظروف التعاقد؛ إذ نصت المادة (3) من الاتفاقية على أنه: "يحكم العقد القانون المختار من جانب الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو من ظروف التعاقد"⁽⁴⁾، وبمعنى آخر: إن القاضي لا يجمع بين نصوص العقد وظروف التعاقد لاستخلاص إرادة الأطراف الضمنية، وإنما الاستناد إلى أيّ منهما، فيمكن للقاضي استخلاص إرادة الأطراف الضمنية من ذات نصوص العقد، وإن لم يتيسر ذلك للقاضي فيمكن له استخلاصها من الظروف المصاحبة لإبرام العقد"⁽⁵⁾.

(1) المادة (2) الفقرة (2) من اتفاقية لاهاي لسنة 1955.

(2) المادة (5) الفقرة (2) من اتفاقية لاهاي لسنة 1978.

(3) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 342.

(4) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 343.

(5) طرح البحور فرج، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 51.

كما أقرّ مجمعُ القانونِ الدوليّ في دورة انعقادِه في مدينة "بال" بسويسرا عام 1991 بالإرادة الضمّنيّة لأطرافِ العقد؛ إذ جاءت المادّة 2/3 من المشروع: "عند عدم وجود اختيارٍ صريحٍ لقانونِ العقدِ مادّةً، فإنه يتعيّن أن يستخلص الاختيارُ الضمّنيّ لهذا القانونِ من ظروفٍ مُعبّرة، تكشفُ بوضوحٍ عن إرادة المُتعاقدين بهذا الشّأن"⁽¹⁾.
وبذلك نجدُ أن أغلب الاتّفاقياتِ الدوليّة قد أقرّت بوجود إرادةٍ ضمّنيّةٍ لأطرافِ العقدِ، إلا أن الخلافَ الذي ظهرَ يتمثّلُ في سلطةِ القاضي في استخلاصِ هذه الإرادة؛ ما بين استخلاصِها من نصوصِ العقدِ، أو من ظروفِ التّعاقدِ، مجتمعةً أو منقرّقةً.

الفرع الثاني: مؤشّراتُ الإرادةِ الضمّنيّة

إن مهمّةَ تحديدِ القانونِ الواجبِ التّطبيقِ هي مهمّةُ أطرافِ العقدِ بالدرجةِ الأولى، وفي الحالاتِ التي لا يتمُّ تحديدُ القانونِ الواجبِ التّطبيقِ من قبل الأطرافِ بصورةٍ صريحةٍ تُناطُ مهمّةُ تحديدِ القانونِ الواجبِ التّطبيقِ إلى القاضي، فيسعى إلى البحثِ عن هذه الإرادةِ في تحديدِ القانونِ الواجبِ التّطبيقِ من خلالِ أيّ تعبيرٍ ضمّنيّ عنها⁽²⁾، والكشفُ عن هذه الإرادةِ الضمّنيّةِ يكونُ عن طريقِ عدّةِ مؤشّراتٍ متمثّلةٍ في الآتي:

أولاً: مكانُ تنفيذِ العقدِ

يُعدُّ الفقيهُ الألمانيّ سافيني من أبرز المدافعين عن اختصاصِ قانونِ مكانِ تنفيذِ العقدِ؛ إذ يرى أن كلّ التّزامِ ما هو إلا نتاجُ عواملٍ واضحةٍ، ويجري تنفيذهُ في مكانٍ معيّنٍ، ومن ثمّ يُمكنُ تركيزُ العقدِ في محلِّ التّنفيذِ⁽³⁾، وعلى هذا الأساسِ يعدُّ مكانُ تنفيذِ العقدِ من المعاييرِ الثابتةِ الذي يقومُ على صفةٍ جوهريةٍ بين العقدِ ومكانِ تنفيذه، الذي يُمثّلُ الأساسَ الذي تسعى الأطرافُ إلى تحقيقه من وراء إبرامِ العقدِ، كما أن مصالحَ الأطرافِ ومصالحَ الغيرِ تتأثّرُ بهذا التّنفيذِ⁽⁴⁾، كما أن

(1) أبو أحمد علاء محيي الدين مصطفى، التّحكيم في منازعاتِ العقودِ الإداريّةِ الدوليّة. الإسكندريّة، دار الجامعة الجديدة، 2008م، ص353.

(2) غالب علي الداودي، القانون الدوليّ الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص217.

(3) أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة. الإسكندريّة، مؤسّسة شباب الجامعة، 1990م، ص113.

(4) عز الدين عبد الله، القانون الدوليّ الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاصِ القضائيّ الدوليّين، 1969م، ص428.

قانون مكان التنفيذ من القوانين التي تُنشط بها عملية تنظيم إجراء وإمكانية التنفيذ، وعلى هذا الأساس يرى جانب فقهي أنه من المرجح أن تتجه الأطراف إلى إخضاع العقد للقانون الذي يقوم بتنظيم تنفيذه (1).

إلا أنه من جانب آخر يرى بعضهم أن قانون تنفيذ العقد من الصعوبة تطبيقه في بعض الحالات، خاصة تلك التي يكون فيها تعدد مكان التنفيذ، فنجد أن عقد البيع الدولي عادة ما يتضمن شرطاً يشير إلى أن تسليم المبيع يكون في موطن المشتري، وأن يتم الوفاء بالثمن في موطن البائع، ومن ثم فإن الاستناد على ضابط محل التنفيذ بصورة قطعية في الفرض السابق من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع البائع والمشتري لقوانين مختلفة، فكل التزام سيحكمه قانون مكان التنفيذ الخاص به، الأمر الذي يؤدي إلى نتيجة غير متوقعة، وهي تجزئة العقد ذي الطبيعة الواحدة (2).

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الأول باعتبار أن مكان تنفيذ العقد يمثل غاية التعاقد التي ترجوها الأطراف من تعاقدهم، وعليه يعد مكان تنفيذ العقد من المؤشرات التي تؤكد اتجاه إرادة الأطراف ضمناً بإخضاع عقدهم إلى قانون مكان تنفيذ العقد.

ثانياً: الجنسية المشتركة لأطراف العقد

تعد الجنسية المشتركة لأطراف العقد أحد الضوابط التي سبق للقضاء الفرنسي اعتمادها في تحديد القانون الواجب التطبيق، عندما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 نوفمبر 1937 بما نصه: "القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها" (3)، كما أن بعض التشريعات قد تبنت هذا الاتجاه في تحديد القانون الواجب التطبيق عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق كما فعل المشرع الإيطالي في المادة (25) من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942 إذ تنص: "في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم فإن الالتزام الناشئة عن هذه العقود تكون

(1) سامي منصور؛ عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، بيروت، الدار الجامعية، 1995م، ص 390.

(2) عصام الدين القسبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، القاهرة، دار النهضة الجامعية، 1993م، ص 50.

(3) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 138.

محكومةً بقانون الجنسية المشتركة للطرفين إذا اتّحدا جنسيّةً، أما إذا اختلفا جنسيّةً فإن هذه الالتزامات تكون محكومةً بقانون دولة محل إبرام العقد⁽¹⁾.

لكن من جانب آخر نجد أن القضاء الفرنسي الحديث قد هجر الجنسية المشتركة لأطراف العقد كمعيارٍ أساسٍ لتحديد القانون الواجب التطبيق، واشترط توافر عناصر أخرى من عناصر الكشف عن هذه الإرادة⁽²⁾، وهو ما أكّده محكمة الاستئناف فرساي الفرنسية في 23 أبريل 2013، الذي جاء في قرارها ما نصّه: "إنّ عقد العمل الذي تمّ فسخه من قبل شركة إستيريل تكنولوجيز، تمّ كتابته باللّغة الفرنسية، وأنّ لكلا الطرفين جنسيّة فرنسيّة؛ ولهذا السّبب يرتبط عقد العمل بعلاقاتٍ أوثق مع فرنسا، فإن هذا العقد يخضع للقانون الفرنسي"⁽³⁾.

ويرى بعضهم أن الجنسية المشتركة لأطراف العقد كقرينةٍ أساسيّةٍ يستدلّ بها قاضي النزاع على القانون الواجب التطبيق يعتربها الكثير من الصّعوبات؛ كون معيار الجنسية المشتركة لأطراف العقد يُؤدّي دوره الأساس وبصورةٍ جوهريةٍ في مسائل الأحوال الشخصيّة، بينما تتعدّم هذه الصّفة في مجال العقود الدوليّة⁽⁴⁾.

ويؤيّد الباحث ذلك باعتبار أن الجنسية المشتركة لأطراف العقد من المؤشّرات التي يمكن أن يستدلّ بها القاضي بصورةٍ تكميليّةٍ على باقي العناصر للكشف عن الإرادة الصّمنيّة لأطراف العقد.

ثالثاً: الاختصاص القضائي

في بعض الحالات يشترط أطراف العقد اختصاص محكمة معيّنة للنظر في النزاعات التي قد تنشأ بينهم، وعليه يعدّ الاختصاص القضائي من المؤشّرات التي تدلّ على إرادة الأطراف لإخضاع القانون لدولة المحكمة، إلا أن هناك اختلافاً فقهيّاً بهذا الخصوص، الذي يستند على أساس استقلال قواعد الاختصاص التشريعي عن قواعد الاختصاص القضائي في فقه القانون الدوليّ الخاصّ؛ حيث يرى الفقيه "Niboyet" أنه بالإمكان الخروج عن تلك القواعد العامّة في

(1) أحمد عبد الحمّد عشوش، النّظام القانوني لعقد القرض الدوليّ، مرجع سابق، ص 129.

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص 333.

(3) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00002968237>

(4) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازُع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص 139.

العلاقة بين كلٍّ من: الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، فانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة يعدُّ مؤشرًا على رغبة الأطراف الضمنية في إسناد الاختصاص التشريعي إلى قانون دولة المحكمة المثار أمامها النزاع⁽¹⁾.

بينما يرى الأستاذ باتيفول "أن تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع لا يُعدُّ مؤشرًا قطعياً لتحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثمَّ يجب البحث في حالة عدم الاختيار الصريح للقانون المختص عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد؛ وذلك بالنظر إلى القانون الذي استند إليه المدعي في دعواه إذا كان هو القانون ذاته الذي أسس المدعي عليه دفاعه، فإذا استند الأطراف في نزاعهم إلى قانون المحكمة كان ذلك مؤشرًا قوياً في رغبتهم لتطبيق قانونها"⁽²⁾.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الأول باعتبار أن الاختصاص القضائي يُعدُّ مؤشرًا قوياً لإرادة الأطراف الضمنية لإخضاع عقدهم لقانون دولة المحكمة؛ إذ يعدُّ هذا الاختيار دليلاً على ثقة الأطراف بالنظام القانوني لدولة المحكمة المختصة بالنظر في النزاع، أو كما يقول الأستاذ أحمد سلامة: "من يختار القاضي يختار قانونه"⁽³⁾.

رابعاً: لغة العقد

يُمكن أن يستدل قاضي النزاع من اللغة التي حُرر بها العقد إرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، إلا أنه ووفقاً للفقهاء الغالب أن اللغة التي حُرر بها العقد لا تعدُّ مؤشرًا حاسماً في تحديد القانون الواجب التطبيق⁽⁴⁾، فقد يختار الأطراف لغة عالمية لتسهيل إجراءات التفاوض دون أن تتجس نواياهم إلى إخضاع عقدهم لقانون دولة اللغة⁽⁵⁾، أو كما يختار الأطراف اللغة الإنجليزية التي عادةً ما تُستخدم في تحرير سندات الشحن، وغاية أطراف العقد هي التيسير للغير بما تحتويه من شروط⁽⁶⁾.

(1) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مرجع سابق، ص423.

(2) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص137.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص1100.

(4) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد، 2001م، ص140.

(5) أحمد عبد الحمد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، مرجع سابق، ص142.

(6) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص334.

وقد أكد القضاء الفرنسي في هذا الخصوص؛ إذ جاء في أحد قراراتها: "إن صياغة العقود باللغة الإنجليزية لا يعني مطلقاً اتجاه إرادة إلى تطبيق القانون الإنجليزي؛ وذلك لانعدام الصلة بين العقد والنظام القانوني الإنجليزي"⁽¹⁾.

ويؤيد الباحث الفقه الغالب باعتبار أن اللغة وإن كانت لا تُعدُّ مؤشراً جوهرياً، يُمكن الاستناد إليه للكشف عن إرادة الأطراف الضمنية، إلا أنها عنصرٌ مساندٌ للعناصر الأخرى.

خامساً: تحرير العقد لدى موثوق رسمي

قد يعمد الأطراف في سبيل تأكيد التزاماتهم العقدية إلى توثيقه لدى الموثوق الرسمي في دولة معينة، وفي بعض الحالات يعمدون إلى توثيق التزامهم العقدي أمام أحد قناصل دولة معينة، وعليه؛ يرى جانب من الفقه أن تحرير العقد لدى موثوق رسمي في دولة معينة، أو أمام أحد القناصل، يفيد رضا الطرفين بتطبيق قانون الدولة التي يتبعها الموثوق الرسمي أو القنصل⁽²⁾، إلا أن بعضهم يرى أن مجرد تحرير العقد بمعرفة موثوق تابع لدولة معينة لا يعدُّ سوى مؤشر بسيط، وتأثيره محدودٌ للدلالة على رغبة الأطراف في الخضوع لقانون الدولة؛ لذا يرى هذا الجانب أنه يجب توافر عناصر أخرى كجنسية أطراف العقد أو عنصر المكان الذي أُجريت فيه المفاوضات⁽³⁾.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الأول باعتبار أن توثيق العقد أمام موثوق رسمي، أو أمام أحد القناصل يعدُّ مؤشراً قوياً لإرادة الأطراف الضمنية بإخضاع عقدهم لقانون دولة الموثوق الرسمي، أو كونهما من الجهات الرسمية للدولة المعنية، وهو دلالة ضمنية يُمكن أن تُؤكِّد إرادة الأطراف الضمنية في خضوع عقدهم لقانون الموثوق أو القنصل التابعين للدولة.

سادساً: عملة الوفاء

عملة الوفاء تعدُّ أيضاً من القرائن التي يستدلُّ بها قاضي النزاع على إرادة الأطراف الضمنية، فاتفاق الأطراف على أن يتم الدفع بعملة معينة يُعدُّ من المؤشرات التي تكشف عن الرابطة القائمة بين التزامات الأطراف ودولة معينة، وبذلك يكونون قد ارتضوا ضمناً إخضاع عقدهم لقانون دولة العملة.

(1) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 140.

(2) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مرجع سابق، 1969م، ص 423.

(3) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 141.

إلا أنه لا يُمكن اعتمادُ عنصر (عملة الوفاء) في تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إذ إنه قد يكون اتفاق الأطراف نابعاً من اعتبارات الثقة والطمأنينة لنوع العملة من حيث ثباتها واستقرارها وقابليتها للتحويل والصرف⁽¹⁾، كما لو اتفق أطراف العقد أن يكون الدولار الأمريكي عملة للوفاء؛ كونه عملة مستقرّة ومتعاملاً بها دولياً؛ إذ لا يمكن بهذه الحالة أن يكون مؤشراً لإخضاع العقد للقانون الأمريكي.

ومن جهةٍ أخرى يُشير الدكتور عبد الحميد عشوش بأن "عقد القرض قد يتضمّن السداد بعملاتٍ مختلفة، وفقاً لخيار الدائن "الأمر الذي يُشكّل سبباً للقول بعدم اعتبار العملة كقرينة أساسية للكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف"⁽²⁾، كما أنه قد يشترط أطراف العقد أن يكون الوفاء بالذهب، وبذلك تنتفي صفة عملة الوفاء كقرينة على الإرادة الضمنية.

ويرى الباحث أنه يُمكن اعتبار عملة الوفاء كعنصرٍ كاشفٍ عن الإرادة الضمنية للأطراف إذا كانت عملة الوفاء عملة نادرة وقليلة التداول على المستوى الدولي. سابقاً: وجود ارتباط بين عقدين أو أكثر

يرى جانب من الفقه أن ارتباط العقد موضوع النزاع بعقدٍ آخر يُفيد اتجاه إرادة الأطراف ضمناً إلى إخضاعه لقانون العقد الأصلي إذا قام أطراف العقد بإخضاعه لقانون معين⁽³⁾ "فقد الكفالة الذي يعد ضماناً للدين المقرّر بمقتضى العقد الأصلي أن يُطبّق عليه قانون العقد الأصلي، وكذلك إذا اتفق الأطراف على تعديلاتٍ على العقد الأصلي فيطَبَّق في هذه الحالة القانون الذي يحكم العقد الأصلي"⁽⁴⁾.

ويؤيّد الباحث هذا الجانب الذي يرى أن عدم حصول خلافات بين الأطراف بشأن القانون الذي يحكم العقد الأصلي يعدّ مؤشراً قوياً لارتضاء الأطراف بتحديد القانون نفسه على العقد الأحق للعقد الأصلي، أو مرتبطاً به بشكلٍ وثيق. ثامناً: مبدأ التصحيح

(1) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 141.

(2) أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، مصدر سابق، ص 146.

(3) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 142.

(4) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 333.

يعدُّ مبدأ التصحيح من القرائن التي يُمكنُ من خلالها التوصلُ إلى نيّة الأطراف في الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق⁽¹⁾ حيث قدر القضاء الأمريكي بهذا الخصوص أنه إذا كان أحد القوانين المرتبطة بالعقد يُؤدّي إلى إبطاله على خلاف القانون الآخر، فإنه يُفترض أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتّجهت ضمناً إلى تطبيق القانون الأخير بوصفه القانون المُصحح للعقد؛ إذ لا يمكن تصوّر أن يختار المتعاقدان قانوناً يُبطل عقدهم⁽²⁾.

ويؤيّد الباحثُ الفقه الغالب الذي يرى أن القرائن التي يستدلُّ بها قاضي النزاع للوصول إلى القانون الواجب التطبيق متباينة في قوتها وبدالاتها على الإرادة الضمنية، الأمر الذي يُثيرُ أكثر من إشكاليّة في تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إذ على القاضي أن يضع جميع هذه القرائن بعين الاعتبار للوصول إلى القانون الواجب التطبيق؛ إذ لا يمكنُ اعتماد عنصرٍ واحدٍ يُستخلص منه القانون الواجب التطبيق، إذ لا بُدَّ من الاستناد إلى العناصر الأخرى التي تُشير إليها ظروف التعاقد وملابساته، إلا أنه من جهةٍ أخرى لاحظنا أن هناك من المؤشّرات التي يُمكنُ اعتبارها مؤشّراتٍ جوهريةً تكفي بحدّ ذاتها للكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، ومنها شرط الاختصاص التشريعي، كذلك توثيق العقد لدى مُوثّق رسمي أو أحد ممثلي الدولة من القناصل.

الفصل الثاني: تحقيق مبدأ وقواعد التوازن في العلاقة التعاقدية

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

إنّ اعتبارَ قواعد التوازن في عملية التعاقد لدى النظريّة التقليديّة للعقد الإداري معيارٌ غير معترفٍ به، على الأقلّ عند تصادمه مع معيار البنود غير المألوفة، الذي يُمثّل مظهرًا من مظاهر السُلطة العامّة، التي تُميلُ الكفّة لصالح قواعد القانون العامّ، ومن ثمّ كفّة الإدارة في العقد.

(1) عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدوليّة التجاريّة والماليّة. بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2002م، ص 145.

(2) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص 335.

غير أن إمكانية إرساء قواعد التوازن لم يُعد بالأمر المنافي لطبيعة العقد الإدارية؛ نظراً لخروج العقد الإداري عن أهداف الدولة التقليدية، وإسهامها في بناء مشاريع استثمارية فعالة للدفع بعجلة التنمية الاقتصادية المحلية، التي جعلتها في الأخير عقوداً منظمة للنشاط الاقتصادي الدولي للدولة⁽¹⁾.

فتنظيم العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأجنبي والشخص المعنوي العام في ظل عقد إداري دولي أصبح يقف عند مسألة التفاوت في المراكز القانونية لأطرافه، فصعوبة تحقيق المساواة بين أطراف العقد عند التعاقد، جعلت الأنظمة القانونية تبحث عن بديل لمعالجة اختلال التوازن الناتج عن سلطة الإدارة عند التعاقد.

هذا ما يلمس من طبيعة العقد المزدوجة، التي أثبتت فشلها في بعث التوازن للعلاقة التعاقدية، فلا تزال الكفة لصالح الشخص المعنوي العام المكرس لسلطة الدولة؛ وفقاً للطبيعة الإدارية ذات الأسس القانونية الثابتة في العقد على حساب إرساء مبدأ الإرادة، فهل يتدرك المشرع الخلل الناتج عن عدم التكافؤ بين الأطراف وفقاً للطبيعة الإدارية والدولية للعقد بمنح امتيازات تشريعية تحت إطار التعاقد للاستثمار؛ تخفيفاً لحدّة سلطة الدولة، وسوف يتناول هذا الفصل مبدأ الإرادة في مبحثين تاليين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية المزدوجة للعقود الإدارية الدولية.

المبحث الثاني: التوازن المالي في العقود الإدارية الدولية.

(1) وتتمحور الأهداف التقليدية في تحقيق أشغال أو توريدات أو خدمات، أشغال أملاك عامة، تسيير المرافق العامة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية المزدوجة للعقود الإدارية الدولية

تمهيد وتقسيم:

لا تثير العقود الخاصة الداخليّة أو الدولية إشكاليّة التّجانس بين أطرافها، فهي تخضع بالضرورة إلى مبادئ وقواعد القانون الخاصّ الداخليّ أو الدوليّ المنظم للعلاقات التّعاقديّة بين الخواصّ، تُحدّد هذه المبادئ والقواعد القانونيّة مسبقاً من قبل التّشريع، أو وفقاً لإرادة الأطراف، ما يجعل تكوين العقد متوقّفاً على إيجاب وقبول أطرافه.

إلا أنّ العلاقة التّعاقديّة في مجال العقود الإداريّة الدولية تتميّز بوجود صنفين من المتعاقدين غير متساويين، لا من النّاحية القانونيّة ولا من النّاحية الاقتصاديّة، ما يجعل اختلال التّوازن في العلاقة التّعاقديّة أمراً وارداً، لا يمكن تداركه بالنّصوص التّشريعيّة؛ لأنّ خصوصيّة العلاقة التّعاقديّة في هذه العقود تفرّض وجود قواعد سلسلة ملائمة لكلا الطرفين غير المتجانسين.

فعدم التّجانس بين أطراف العلاقة التّعاقديّة في العقود الإداريّة الدولية يعود بالضرورة إلى المُشرّع، الذي لم يفصل في طبيعة هذه العقود القانونيّة، ما أدى إلى فشلها في بعث مبدأ التّوازن في العلاقة التّعاقديّة، خاصّةً وأنه لم يُعط معايير دقيقة لتوضيحها بشكلٍ يضمن التّوازن بين الصّفتين، ما جعل الفقه والقضاء ينصرفان إلى وضع معايير لتحديد كلّ طبيعة في العقد منفصلةً عن الأخرى، وكأنّ هذا العقد يضمّ في طياته عقدين مختلفين، ما دفع إلى اعتبار بعث مبدأ التّوازن التّعاقديّ من خلال الأخذ بطبيعتي العقد أمراً فاشلاً، في ظلّ غياب نصّ قانونيّ صريح، وعدم تحديد المراكز القانونيّة لأطراف العقد بنصّ، وذلك في المطلبين التّاليين:

المطلب الأول: المعايير النظريّة المحدّدة للطبيعة المزدوجة للعقد.

المطلب الثاني: المركز القانوني لأطراف العقد الإداري الدولي.

المطلب الأول: المعايير النظرية المحددة للطبيعة المزدوجة للعقد

ما يُثير الانتباه في ازدواجية طبيعة العقد هو التصادم المحتمل عند إضفاء الطبيعة الإدارية على العقد الدولي، التي ستؤثر سلبًا على توازن العلاقة التعاقدية لصالح الشخص المعنوي العام، بالمقابل ستكبح الطبيعة الدولية للعقد الإداري من سلطة الدولة في العقد؛ لتسمح للمستثمر الأجنبي بالمساهمة في وضع بنود العقد، ما يفيد أن الطبيعة الدولية ستعتمد على معايير، تمنح القاعدة الأولى للتوازن، وبناءً عليه سنتناول المعايير النظرية المحددة للطبيعة المزدوجة للعقد، وذلك ضمن الفرعين الآتية:

الفرع الأول: التأثير السلبي للصفة الإدارية على توازن العلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني: التأثير النسبي للصفة الدولية على توازن العلاقة التعاقدية.

الفرع الأول: التأثير السلبي للصفة الإدارية على توازن العلاقة التعاقدية

يُستمد هذا التأثير من معيارين أساسيين؛ الأول عضوي (أولاً)، يتمثل في وجود شخص معنوي عام، والثاني موضوعي (ثانياً)، يتعلّق بتسيير مرفق عام، وشروط غير مألوفة⁽¹⁾ في عقود القانون الخاص، وبذلك تفرض الطبيعة الإدارية للعقد وجوداً تراكمياً وتكاملياً لهذين المعيارين، ما يجعل اختلال أحدها مجرداً من الصفة الإدارية للعقد المبرم⁽²⁾.

أولاً: المعيار العضوي

يعدّ العقد الإداري اتفاقاً تعاقدياً بين طرفين؛ أحدهما: من أشخاص القانون العام، تعاقداً بوصفه سلطة عامة، والآخر: من أشخاص القانون الخاص، يخضع وجوباً لأحكام العقد الإداري التي صنعتها الإدارة العامة، وعليه فإن وجود شخص عام كطرف في العقد يعدّ عنصراً ضرورياً من أجل توصيفه⁽³⁾.

(1) I.Elbeherry ;Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, th. de Nice Sophia Antipolis. France, 2004, p 26.

(2) I bid, p.17

(3) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص353.

فوجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة في هذا العقد يُمثّل المعيار العضوي، الذي يعدُّ أحدَ الأسس التي تُكسبُ العقدَ الطَّبِيعَةَ الإداريَّةَ، أما عن مبرر وجودها كطرفٍ في العلاقة التعاقدية الدولية، يقوم في إطارٍ اقتصاديٍّ محدّد، بالنظر إلى سياق التنمية، مبرراتٍ أخرى تتعلّق بالسياسة الاقتصادية المنتهجة من قبل الدولة نفسها⁽¹⁾.

واعتباراً لذلك، فإنّ تواجد الدولة في العقد وفقاً للمعيار العضوي سيجعلها في مركزٍ قانونيٍّ داخليٍّ ودوليٍّ متميِّزٍ عن الطرفِ الأجنبيِّ المتعاقدِ معها؛ نظراً لتمنُّعها بالسيادة والسلطة العامة معاً؛ لذلك تضع في سبيل تحقيق مهامها خطاً تنمويّاً للعديد من المشاريع التعاقدية، فهي تتعاقد عبر هيئاتها العليا، أو بواسطة شراكتها الوطنية، من أجل تحقيق هذه المشاريع، خاصةً الاستثمارية والتنموية.

في حين أنّ اعتبار وجود الدولة ليس بأمرٍ غير منطقيٍّ في العلاقات ذات الطابع الدولي، والمعروف أنّ الدولة شخصٌ معنويٌّ من أشخاص القانون العام، وتعاقدتها مع الطرف الأجنبي في ظلّ عقدٍ إداريٍّ لن يُقلل من مركزها القانوني، بل سيفرض على هذا الأخير احترام سيادتها وسلطتها العامة.

إلا أنّ هذا النّصّور التقليدي سيُطرح لاحقاً إشكالاتٍ قانونيةً عند التصادم بين الطبيعة الإدارية والدولية للعقد، فتقديم فرضية العقد الإداري معناه: أنّنا بصدد عقدٍ بطبيعته يتمنّع بالصبغة الإدارية بغض النظر عن كلّ العناصر الأجنبية، وعليه؛ فإنّ دخول الطبيعة الدولية على العقد الإداري ستكون موضع إشكالٍ ونقاشٍ فقهيٍّ وقضائيٍّ، ليأتي دور القانون في المركز الأكثر أهميةً لمعالجة الإشكال المطروح من خلال فرض توازنٍ تعاقديةٍ لأطراف العلاقة التعاقدية؛ انطلاقاً من وجود الطبيعة الدولية والإدارية في العقد⁽²⁾.

تعدُّ معطيات الإشكال بسيطةً عند سردها، في ظلّ واقعة قانونية داخلية⁽³⁾؛ لأنّ القاضي الإداري هو من سيفصل في النزاع، كلّما كانت الجهة الإدارية حاضرةً في عقد ما، فاختصاصه

(1) I.Elbehery, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, th. préc., p 28

(2) M. Laazouzi, Les contrats administratifs à caractère international, éd. Economica, Paris, 2008, p 133.

(3) ibid,p133.

معينً بالقانون، تُمثَله المحاكم الإدارية، ودور القاضي المختار هنا، هو التَّحْدِيدُ في حكمه إذا ما كان العقد إدارياً أم لا⁽¹⁾.

هذا بالعودة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد -إذا ما كان قانوناً عاماً أم لا- دون أن يكون وجود صفة الشخص المعنوي العام في العلاقة التعاقدية مبرراً مطلقاً على إدارية العقد. سيساعد تكييف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق، فتساؤل القاضي الإداري عما إذا كان العقد قد جرى في ظل قواعد القانون الإداري، أو في ظل قواعد القانون الخاص⁽²⁾، سيتمخ القاضي حلاً؛ إمَّا للفصل في النزاع بتطبيق قواعد القانون الإداري، وإمَّا لإعلان عدم اختصاصه في الفصل؛ إذ إن الإجابة عن هذا التساؤل ستكون بواسطة الاعتماد أساساً على القانون الواجب التطبيق على العقد، واختصاص المحكمة الفاصلة في النزاع⁽³⁾.

وإذا جرى العقد خارج إطار القانون الإداري، فإن القاضي المختص حينئذ سيبحث عن القواعد التي يمكن تطبيقها عليه، التي أخرجت العقد الذي كانت الإدارة العمومية طرفاً فيه عن اختصاص القانون الإداري وقاضيه، ومع غياب الاجتهاد القضائي في الأردن سيواجه القاضي بعض الصعوبات في التوصيف، وسيتساءل عن المعايير التي ينبغي تطبيقها، وقد يصل الأمر هنا إلى وجود عقد بدون قانون، في مقابل ذلك فالمهممة نفسها تقع على عاتق القاضي الفرنسي الفاصل في إدارية العقد، خاصةً عندما يصادف عناصر أجنبية تُضفي على العقد الإداري الطبيعة الدولية⁽⁴⁾.

ويطرح الفقه الفرنسي مثلاً على ذلك عند إبرام عقد توظيف لعقد إداري من قبل مرفق عام خارج الدولة الفرنسية، فمثلاً: يمثل مكان الإبرام عنصرًا أجنبيًا يُضفي طابعاً دولياً على العقد، ومن جانب آخر وجود معيار إداري، يتمثل في عقد توظيف أعوان إداريين منصوص عليهم في ظل النظام الداخلي⁽⁵⁾.

(1) ibid., p133 .

(2) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص354.

(3) M. Laazouzi, Les contrats administratifs à caractère international, th. préc., p 133.

(4) أحمد محيو، المرجع السابق، ص354.

(5) ibid., p 133.

وما يزيد الأمر غموضًا هو قرارات مجلس الدولة الفرنسي، التي وضعت الطبيعة الإدارية للعقد في الصدارة، ومن بين هذه القرارات: "قرار حبيب بشارة"، ففي هذا القرار واجه مجلس الدولة طلب مقاول، تعاقّد مع الدولة الفرنسية، وطالبها بالتعويض عن التأخر في تسديد سعر خدماتها، هذا العقد أبرم سنة 1944 بين مديرية بريد عسكرية في الشرق الأوسط، التي تمّ استبدالها فيما بعد بإدارة البريد الفرنسية من جهة، والسيد بشارة تاجر لبناني من جهة ثانية⁽¹⁾.

وكان موضوع الصّفقة توريد السيد بشارة أكياساً بريدية، تُسَلَّم وتُدْفَع قيمتها في بيروت، غير أنّ الدفع من قبل الدولة تأخّر لأشهر معدودة؛ ممّا أحدث النزاع؛ ليطلب السيد بشارة بدفع فوائد على هذا التأخر، وطالب أيضًا بتطبيق قيمة الخدمة وفقًا للسعر المستخدم في بيروت، وليس بناءً على المعمول به في فرنسا، الذي كان قد طُبّق عليه.

وبعد دراسة الطعن ضدّ الرّفص الضمّني للوزير بمنح الدفعة بالمعدّل القانوني المعمول به في لبنان، فصل مجلس الدولة في القانون الواجب التطبيق على سعر الفوائد عن التأخر؛ حيث اعتبر المجلس أنّ العقد موضوع النزاع صّفقة إدارية للتوريد، تُموّل من قبل الدولة الفرنسية، ومن ثمّ فالقانون الفرنسي هو المختصّ الوحيد في تحديد الآثار، على الرّغم من أنه أبرم ونقّد في لبنان، وأن مكان إقامة المورد كانت أجنبية، وكذا مكان الدّفْع.

إنّ الإجابة عن التساؤل المطروح أعلاه من قبل القاضي، المتعلّق بالقانون الواجب التطبيق قد أُجيب عنه من خلال طبيعة العقد الإدارية، فلم يعط القاضي أيّ اعتبار للعناصر الأجنبية الموجودة في هذا العقد، رغم تعدّدها.

ومن ثمّ فإنّ العقد بموجب هذا القرار عقد إداري أبرم في ظلّ قانون داخليّ بحت، لم تُؤثّر العناصر الأجنبية فيه، لا على القانون الواجب التطبيق، ولا على القاضي المختصّ، وعليه فإنّ هذه المقاربة عبّرت عن سيطرة الصّفقة الإدارية على العقد، وإنكار جميع العناصر الدولية فيه؛ لتجعل من مبدأ التوازن في المراكز القانونية أمرًا مرفوضًا من قبل القضاء، وذلك باستعماله معيار وجود الإدارة في العقد، الذي احتفظ بموجبه العقد الإداري التقليدي بامتيازاته؛ ممّا جعل اصطدامه بعناصر دخيلة غير كافية لإضفاء الطبيعة الدولية عليه.

ثانيًا: المعيار الموضوعي

(1) قرار حبيب بشارة، صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 11 جانفي 1952.

تُقاس إداريَّة العقدِ وفقاً للمعيارِ الموضوعيِّ، وذلك بالنَّظَرِ إلى طبيعَةِ النَّشاطِ أو موضوعِ المؤسَّساتِ العموميَّةِ (الشَّخصِ المعنويِّ العامِّ)، الذي يغلبُ عليها طابعُ المصلحةِ العامَّةِ، وتَظهرُ المصلحةُ العامَّةُ داخلَ العقدِ بوجودِ مرفقٍ عامِّ أو شروطٍ غيرِ مألوفةٍ في عقودِ القانونِ الخاصِّ، تسعى لتحقيقها، فكلُّ عقدٍ أبرمه الخواصُّ لفائدةٍ تسييرِ مرفقٍ عامِّ، يُوضَعُ في إطارِ عملٍ إداريِّ، وكلُّ مفهومٍ لهذا الفعلِ لا يجبُ أن يضعَ حدوداً للطَّبيعةِ القانونيَّةِ للهيئةِ التي تُموِّله، وبذلك يسمحُ المعيارُ الموضوعيُّ بتكميلِ أو الحلولِ مكانَ المعيارِ العضويِّ⁽¹⁾.

لم يعتمد مجلسُ الدَّولةِ الفرنسيُّ على المعيارين معاً، واعتبرَ وجودَ أحدهما في العقدِ كافياً لإضفاءِ الطَّبيعةِ الإداريَّةِ عليه، وهذا بنصِّهِ وَرَدَ في قرارِ الشَّرْكَةِ صاحبةِ الامتيازِ الفرنسيَّةِ لبناءِ واستغلالِ نَقَقِ في (Mont Blanc)، على أنَّ كلَّ عقدٍ إداريِّ يجبُ أن يتضمَّنَ شروطاً غيرَ مألوفةٍ، أو يُفَوِّضَ أحدَ المُتعاقدين تسييرَ أو المشاركةَ في تسييرِ مرفقٍ عامِّ⁽²⁾، وهذا ما وضَّحه القانونُ أيضاً عند اعترافه لبعضِ العقودِ بالصِّفةِ الإداريَّةِ، والذي أَرَجَعَ الاختصاصَ القضائيَّ فيها إلى القاضي الإداريِّ، كعقودِ تسييرِ المرافقِ العامَّةِ⁽³⁾.

وكمحاولةٍ لتحليلِ تأثيرِ الصِّفةِ الإداريَّةِ للعقدِ وَفَقاً للقانونِ الأردنيِّ يَنْضَحُ أنَّ الاعتمادَ عليها كان بتوفُّرِ المعيارين معاً؛ لأنَّ المصلحةَ المتعاقدَةَ بموجبِ صفقةٍ عموميَّةٍ، داخليَّةً كانت أو دوليَّةً، ستُحقِّقُ مصلحةً عامَّةً عن طريقِ تلبيةِ حاجاتِ المرفقِ العامِّ الصَّروريَّةِ، وباستعمالها لشروطٍ غيرِ مألوفةٍ في قواعدِ القانونِ الخاصِّ.

ويظهرُ ذلك جلياً عند اعتمادِ موضوعِ المؤسَّسةِ العموميَّةِ كمقياسٍ لتحديدِ المعيارِ الموضوعيِّ، حيث يُوكِّدُ أنَّ المُشرِّعَ بنصِّهِ على عدمِ خضوعِ المؤسَّساتِ العموميَّةِ الاقتصاديَّةِ

(1) I. Elbeherly ; Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, op., cit, p 27.

(2)CE, 24 avril 1968, 70188, publié au recueil Lebon,
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007638>

CETATEXT000007638731&fastReqlid=951087860&fastPos=7، consulter le 18-septembre-2015.

(3)I. Elbeherly، op. cit, p 27.

لأحكام المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية قد كَيْفَ إدارية العقد بضرورة وجود المعيار العضوي والموضوعي معاً، فوجود مؤسسة عمومية طرفاً في العقد لا يعدُّ كافياً لإضفاء الصبغة الإدارية.

إنَّ استنادَ المعيار الموضوعي في تحديد إدارية العقد كان أساسه مستمداً من متغيرات الحياة الدولية المعاصرة، التي طغت على إدارية العقد، خاصةً مع ظهور أشكال جديدة للعقود الإدارية أكثر تعقيداً، كما أنها أصبحت تتعلق بصفة مباشرة بالاستثمار، ما دفع المشرع إلى أن يحتفظ للدولة ببعض من صلاحياتها في العقد؛ بسبب عدم كفاية المعيار العضوي في تحديد إرادة الدولة الحقيقية من إبرامها للعقد الإداري؛ لذا فقد كان المعيار الموضوعي عاملاً مناسباً إلى جانب المعيار العضوي لإكمال وصف العقد بالطبيعة الإدارية، والتمهيد لقبليَّة دخول صفة ثانية على العقد الإداري، الذي لم يعد مقتصرًا على الإطار الداخلي للدولة، بحيث ستؤدي هذه الصفة الجديدة في العقد إلى ضمان توازن بين الأطراف المتعاقدة، خاصةً عندما تكون الدولة قد أضعفت اقتصادياً الطرف الأجنبي المتعاقد معها.

الفرع الثاني: التأثير النسبي للصفة الدولية على توازن العلاقة التعاقدية

أثرت الصفة الدولية بشكلٍ نسبيٍّ على مبدأ التوازن التعاقدية، بخلاف السلبية التي ظهرت في الصفة الإدارية، وهذا نتيجة العناصر الجديدة التي سنضيفها على العلاقة التعاقدية؛ مما قد تمهد قواعد التوازن الخوض في تنظيم العقود الإدارية الدولية، ويظهر هذا التأثير من خلال دخول صفة أجنبية على العقد الإداري، التي مثلت المعيار القانوني في تحديد دولية العقود الإدارية الدولية، غير أنها بقيت في نظر الفقه معياراً قاصراً (أولاً) يتعيَّن على المشرع البحث عن معيار جامع ومانع، يُفسَّر في ظلِّ التوجهات الاقتصادية والاستثمارية للدولة المبرمة للعقد، وهو ما تمَّ الاعتماد عليه كأساس في المعيار الاقتصادي المحدد لدولية العقود الإدارية الدولية (ثانياً).

المطلب الثاني: المركز القانوني لأطراف العقد الإداري الدولي

ساعدت الخاصية المزدوجة للعقد في إرساء قاعدة من قواعد التوازن الاقتصادي، التي اعتمدت على التلازم القانوني بين إدارية ودولية العقد واكتمال سبب التعاقد رغم تعارض المصالح

القانونية والاقتصادية، جاعلةً مراكز الأطراف متكافئة قانونياً عند التعاقد بتحقيقها لركن الرضا في العقد.

وعلى عكس المطالبين بالمساواة الكلية بين أطراف العقد الإداري الدولي، يرى الفقه المعاصر⁽¹⁾ أن كلاً من الدولة والأجهزة التابعة زبائن للشركات الأجنبية، فإذا تعاقدت معهم فإن الهدف هو الربح؛ لأن العلاقة التعاقدية تكون في إطار السياسة الاقتصادية العامة للدولة، وبذلك فعلى الشركة الأجنبية أن تعلم أن هذه السياسة ستتغير يوماً ما، ومع ضخامة المركز الاقتصادي للمستثمر الأجنبي في بعض الأحيان، إلا أنه يبقى محدداً بضوابط قانونية موضوعية معينة بحسب حاجة الدولة إلى استثماره، والتي تضبط بدورها المركز القانوني للشخص المعنوي العام في العقد، وبناءً عليه سيتناول الباحث الضبط النصي لمراكز الأطراف ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مركز الأشخاص المعنوية العامة عند التعاقد.

الفرع الثاني: ضبط المركز القانوني للأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة.

الفرع الأول: مركز الأشخاص المعنوية العامة عند التعاقد

لن تقتصر دراسة ضبط مركز الأشخاص قانونياً واقتصادياً على سرد لمفهوم الدولة التقليدي؛ لأن الوصول إلى تحديد مركزها القانوني والاقتصادي داخل العقد الإداري الدولي، تحدده أهداف الدولة الاقتصادية، وصلاحياتها القانونية بموجب هذا العقد هي التي تحدد بذلك المراد من علاقة الدولة بالعقد الإداري الدولي (أولاً)، ومن ثم رأي القانون المقارن في ذلك (ثانياً).
أولاً: علاقة الدولة بالعقد الإداري الدولي:

كانت الدولة ولا تزال من ضمن أهم الفاعلين في مجال العلاقات الاقتصادية، وتزداد أهميتها مركزها الاقتصادي على المستوى الدولي مع تصنيف العقود الإدارية الدولية، كأحد عقود التجارة الدولية التي تكون طرفاً فيها.

ونظراً لاعتبارات تؤثر بقوة على مبدأ التعاقد مع الدولة، والمتعلقة بالسياسة العامة المتعلقة بمشاريع الاستثمار الأجنبي أو الوظائف الاقتصادية الأخرى التي تُسببها هيئة من الهيئات التابعة

(1) Ibrahim Elbehery, théorie des contrats administratifs et marches publics internationaux, op. cit., p 43.

للدولة، فيعدُّ التَّمييزُ بين مختلفِ العقودِ التي تُبرمُّها الدولةُ أمرًا معترفًا به على نطاقٍ دوليٍّ، وفي إطارِ نُظمٍ قانونيةٍ داخليةٍ عديدةٍ، ولا سيَّما في إطارِ مفهومِ العقدِ الإداريِّ الفرنسيِّ⁽¹⁾.

فالتَّمييزُ بين ما هو إداريٌّ وبين ما هو تجاريٌّ في مهامِّ الدولةِ الاقتصاديةِ أمرٌ سهلٌ الفصل؛ على اعتبارِ الأخذِ بمعيارِ المصلحةِ العموميةِ عند التَّعاقدِ بصفةٍ إداريةٍ، ومعيارِ الربحِ عند التَّعاقدِ بصفةٍ تجاريةٍ، غير أن الأمرَ الذي أثاره الفقهُ فيما يخصُّ مهمَّةَ الدولةِ عند التَّعاقدِ بصفةٍ إداريةٍ يكمنُ في تسميةِ هذا النوعِ من التَّعاقدِ⁽²⁾.

في البداية يُلاحظُ أن أغلبَ الفقهِ قد أطلقَ تسميةَ عقدِ الدولةِ على العقودِ المبرمةِ بين الدولةِ والأشخاصِ الأجنبيةِّ، بدلاً عن تسميةِ العقدِ الإداريِّ الدوليِّ، نسبةً إلى وجودِ الدولةِ طرفًا في هذا النوعِ من العقودِ، ويُعابُ على هذه التَّسميةِ أنها تُبرزُ أحدَ طرفيِّ العقدِ⁽³⁾ دون الآخر، كما أنها قد تُرجِّحُ كفةَ الطرفِ الحكوميِّ؛ لأسبابٍ تتعلَّقُ بالسياسةِ العامَّةِ، ما يجعلُ الطرفَ الأجنبيَّ مُعرَّضًا لخطرِ التَّدخُّلِ في التَّوقُّعاتِ التجاريةِّ، التي رغبته في التَّعاقدِ⁽⁴⁾.

وإن كانت هذه التَّسميةُ تسيِّرُ على نطاقٍ واسعٍ دوليًّا، إلا أنها ستَمْنَعُ الهيئاتِ الإداريةِ والمؤسساتِ العموميةِ التابعةَ للدولةِ من إبرامِ العقودِ ذاتِ الطَّابعِ الدوليِّ، على الأقلِّ في النِّظامينِ القانونيِّينِ الأردنيِّ والفرنسيِّ القائمين على ازدواجيةٍ قانونيةٍ وقضائيةٍ؛ لذلك كان من الأفضلِ أن يتمَّ الرِّبْطُ بين تسميةِ عقدِ الدولةِ وعبارَةِ العقدِ الدوليِّ؛ لتكونَ أكثرَ صحَّةً، أو الأخذُ بما ذهبَ إليه

(1) سلسلة دراسات الأونكتاد، العقود الحكومية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2004، ص15.

(2) من بين هؤلاء، أسد حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2003، ص35؛ عدلي محمد عبد الكريم، النِّظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2010، ص71؛ د عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، ط2، دار هومة، 2009، ص192.

(3) قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين رعايا دولٍ أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 7، العدد 1، الجزائر، 1997، ص32.

(4) سلسلة دراسات الأونكتاد، المرجع السابق، ص4.

جانِبٌ من الفقه حين سعوا إلى إيجاد معايير للتفرقة، بل أكثر من ذلك حين تمّ الفصل بين ما هو عقد دولة وبين ما هو عقد إداري دولي، وما هو طلب عروض دولية⁽¹⁾.

غير أنّ الاختلاف لا يظهر بالضرورة بين طلب العروض الدولية والعقود الإدارية الدولية؛ باعتبار أنّ الأول مجرد إجراء سابق لإبرام المصلحة المتعاقدة لعقد إداري، في حين أنّ الاختلاف قد يكون شديد الوضوح إذا ما قسناه بمقياس أنّ عقد الدولة ليس عقداً إدارياً دولياً، على اعتبار أنّ التبادل الاقتصادي الدولي، الذي ينشأ من خلال عمليات الاستثمار، وبالإستعانة بمستثمر أجنبي له مصلحة اقتصادية دائمة على إقليم دولة لا ينتمي إليها، هو الجزء اللاحق في عملية التنمية الاقتصادية⁽²⁾.

ويعدّ توافر عنصر جذب الاستثمار، والبيئة القانونية والاقتصادية، دافعين أساسيين لتحقيق التنمية؛ لذا فإنّ إيجاد عنصر الاختلاف بين العقد الإداري الدولي، وعقد الدولة لا يتوقّف عند موضوع الخدمة المراد تحقيقها من خلال إبرام العقد، إنما في التنظيم القانوني لكلٍ منهما، ومن ثمّ الإجابة عن السؤال: هل يُمكن اعتبار عقد الدولة عقداً إدارياً دولياً.

قياساً على العقد الإداري الدولي، الذي يستوجب توافر معيارين لإضفاء الصبغة الإدارية عليه، ومعيار دولي يوفّره العنصر الأجنبي الفعّال في العقد، يُعرّف عقد الدولة بأنه: عقد طويل المدة، يُبرم بين الدولة ومستثمر أجنبي، له مصلحة اقتصادية دائمة على إقليم دولة لا ينتمي لها، ويتعلّق موضوع هذا العقد باستغلال الموارد الطبيعية أو أبعد من ذلك إلى إنشاء وتنفيذ واستغلال مشاريع كبرى صناعية، هذه المشاريع نفسها تكون موضوع عقد إداري دولي وفقاً لتصنيف قانوني تقليدي، يتمثّل في الصفقات العمومية وعقود الامتياز وتفويض المرافق العامة، وتصنيف حديث يتمثّل في عقود الشراكة، فعقود الدولة لا تخرج عن إحدى هذه التصنيفات عند الإبرام؛ لذا فإنّ عدم اعتبار عقد الدولة عقداً إدارياً دولياً فرضية لا تثبت إلا عند إثبات نظام قانوني يعكس اختلافهما⁽³⁾.
وعليه تعدّ تسمية العقد الإداري الدولي هي الجامعة لمجمل خصائص موضوع التعاقد، كما أنها لا تحصر المصلحة المتعاقدة في الدولة، وكأنها صاحبة السلطة العامة المطلقة في إبرام هذا

(1) قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 32.

(2) M. Audit, S. Bollée, et P. Callé ; Droit du commerce international et de² investissements étrangers, LGDJ, France, 2014, p. 197.

(3) M. Audit, op.cit., p 196

النوع من العقود، خاصة وأن القانون كان صريحاً في منح حق إبرام عقود دولية لهيئات عمومية أخرى.

واعتباراً لما سبق، توسعت طبيعة العقد الإداري من نطاق الأشخاص المعنوية العامة القابلة لإبرام عقود إدارية دولية، تُخفف بدورها من عبء الدولة عن طريق تفويض جزء من اختصاصها للهيئات العمومية التابعة لها تحت إشرافها ورقابتها، هذا ما ذهب إليه الفقه عند تبيئه الاتجاه الموسع، الذي يقضي بأن هذا النوع من العقود لا يَنْحصر في العقود التي تُبرمها الدولة بنفسها، أو عن طريق من يُمثلها، ولكن تشمل أيضاً العقود التي يقوم شخصٌ اعتباريٌ عموميٌ أنشأته الدولة بإبرامها⁽¹⁾.

ومن ثم، تبنت المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى هذا المبدأ، بنصها على أنه: "يتمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل مباشرة بأحد الاستثمارات...".

ما يفيد أن هذا النص قد حصر اختصاص مركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، في المنازعات الناشئة بين الدول المستقبلية للاستثمار، المصادقة على هذه الاتفاقية والمستثمرين الأجانب التابعين لدول أجنبية، بحيث تكون هذه الدول أيضاً أعضاء في هذه الاتفاقية، على أن يتصل موضوع المنازعات بصفة مباشرة بالاستثمارات المقامة على إقليم تلك الدول.

حيث إن الواقع العملي أثبت وجود عقود لها من الخصوصية ما يجعلها تتمتع بالطبيعتين: الإدارية والدولية؛ وفقاً للمعايير السالفة الذكر، إلا أن الطرف المتعاقد بوصفه شخصاً معنوياً عاماً، ليس بالضرورة الدولة، أو الولاية، أو البلدية، أو مؤسسة عامة ذات طابع إداري.

كما أن اتفاقيات الاستثمار تعد أيضاً من قبيل العقود الإدارية الدولية؛ نظراً لتمتعها بمميزات العقد الإداري الدولي، ونجد مثل ذلك اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم الأردنية، وهي شركة مصرية الأصل تعمل في قطاع خدمة الهاتف المحمول.

ثانياً: مركز الدولة في القانون الفرنسي:

(1) عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 192.

إن الدولة المُبرمة لعقودٍ مع شركاتٍ أجنبيةٍ، تهدفُ من خلالها إلى الاستثمارِ في إقليمِ الدولة المتعاقدة، تعدُّ منطقيًا عقودًا تُبرمُ من طرفِ الإدارة، تتضمنُ عنصرًا أجنبيًا، حيث -وبناءً على هذا الرأى- يجبُ على الهيئة المتعاقدة بموجبِ عقدٍ إداريٍّ دوليٍّ أن تتَّسمَ بالطابعِ الإداريِّ، غيرَ أن الحسمَ في صحّةِ هذا الرأى سيثبتُه الواقعُ النطبيقيُّ للعقودِ الإداريّةِ الدوليّةِ، التي تكونُ الدولةَ الفرنسيّةَ طرفًا فيها⁽¹⁾.

وقبل ذلك يُعدُّ موقفُ المُشرِّعِ الفرنسيِّ الأصلَ في تحديدِ هذه الأشخاص، فالدولةُ والجماعاتُ المحليّةُ هي من قبيلِ أشخاصِ القانونِ العامِّ بدونِ نقاشٍ، أما المؤسساتُ المُتخصّصةُ فقد تكونُ أشخاصًا معنويّةً عامّةً، كما أنها قد تكونُ مؤسساتٍ عموميّةً خاضعةً للقانونِ الخاصِّ⁽²⁾، أما في حالةِ سكوتِ المُشرِّعِ فيختصُّ القاضي بتحديدِها؛ لأن التَّحديدَ القضائيَّ سيساعدُ في التأكيدِ على فكرةِ استقلاليّةِ المؤسساتِ العموميّةِ عن الدولة، ومن ثمَّ إحداثِ حالةِ توازنٍ في مُمارسةِ النّشاطاتِ بين مؤسساتِ الدولةِ في العالمِ الاقتصاديِّ المعاصر⁽³⁾، وهذا يتمُّ عن طريقِ البحثِ في مجموعةِ المميزاتِ التي تؤهّلُ الشَّخصَ المعنويَّ لأن يكونَ عموميًا، ويمكنُ حصرُها في أصلِ المؤسسةِ إذا كان إنشائها بموجبِ قانونٍ أو عقدٍ إداريٍّ يُضفي عليها الطابعَ العموميَّ، وهدفِ النّشاطِ الذي تمارسهُ المؤسسةُ حين يُحقَّقُ مصلحةً عامّةً، التي ستُضفي بدورها الطابعَ العموميَّ عليها، وكذا مظاهرَ السُّلطةِ العامّةِ كسلطةِ اتِّخاذِ قراراتٍ مثلاً⁽⁴⁾.

(1) M. Lazouzi, Les contrats administratifs à caractère international, op.cit, p.30

(2) A. GAZIER, Les personnes morales de droit public (les personnes publiques), institutions administratives, France, 2007, p 1.

https://www.francejus.ru%2Fupload%2Ffiches_fr%2FLes%2520personnes%2520morales%2520de%2520droit

%2520public%2520%28les%2520personnes%2520publiques%29.pdf&usg=AFQjC

NETWlIdQ75VDQuC8NgyMdlyYU3g&sig2=oNdSGuK6In7HjimzDPfJoQ&cad=rj

a consulter le 26_09_2015.

(3) العياشي عنصر، الدولة وعلاقات العمل في اقتصادِ السوق، مثال: بريطانيا العظمى، مجلة إنسانيّات

الإلكترونيّة <http://insaniyat.revues.org.www.snd11.arn.dz/11722>، اطَّلَع عليها يوم

2015/02/07، ص52.

(4) Anne GAZIER, op.cit, p 1.

واعتباراً لذلك، تُقسّم الأشخاص المعنوية العامة إلى: أشخاص عامة ذات الدور العام، وتتضمن الدولة التي تمثلها القطاعات الوزارية عندما يتعلّق إبرام العقد بالمصلحة القومية⁽¹⁾، والجماعات المحلية⁽²⁾ وتتضمن البلديات، والمقاطعات، والأقاليم، والجماعات ذات الوضع الخاص، والجماعات الواقعة فيما وراء البحر⁽³⁾، وأشخاصاً عامة متخصصة، تدخل في ضمنها المؤسسات المتخصصة في ممارسة نشاط في مجال محدد، وهي أساس المؤسسات العمومية، واستثناءً، البنك الفرنسي، وندراً السلطات الإدارية المستقلة التي تتمتع بالشخصية القانونية⁽⁴⁾.

ونلاحظ واقعياً وتطبيقياً أن العقود الإدارية تجاوزت الحدود الدولية منذ القرن 19، وذلك بوجود صفقات التوريدات والنقل المبرمة بين الدولة الفرنسية، التي لها صبغة دولية⁽⁵⁾، ومن هذه العقود: عقد التوريد في إسبانيا المبرم مع وزير الحرب⁽⁶⁾، وعقد بناء فندق للقنصلية الفرنسية بشنغهاي⁽⁷⁾.

وكذلك سفارة فرنسا بينوم بن، ومع ظهور أشكال جديدة للعقود الإدارية الدولية، نجد المقاوله مثل: الاتفاقية المبرمة بين مستشفى فرنسي، وعيادة للأشعة الألمانية، لاستلام واستغلال عتاد طبي في ألمانيا⁽⁸⁾.

(1) مي محمد عزت علي شرياش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، مصر 2010، ص 61، 62.

(2) La constitution du 04 octobre 1958، version consolidée au 26 septembre 2015 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>.

(3) veuillez voir, l'article 74، op.cit, p 32.

(4) A. GAZIER، op.cit، p 2.

(5) M. Laazouzi, Les contrats administratifs à caractère international, op.cit, p 2.

(6) CE, 15 dé. 1824،، marché de fournitures passé entre l'administration de la guerre et un individu demeurant a Constantinople et portant sur des livraisons a l'étranger, Malik LAAZOUZI, op.cit, p 2.

(7) CE، 9 avril 1873، Malik LAAZOUZI, op.cit, p 3.

(8) CE, 7 oct. 1970, litige relatif au règlement du marché conclu avec l'ambassadeur de France pour la construction des bâtiments de l'ambassade de France à Phnom Penh, Malik LAAZOUZI, op.cit, p 3.

حيث نلاحظ أن النظام القانوني الفرنسي قد أعطى رؤية واضحة للأشخاص التشريعيين لها، إلا أن الخروج عن النص له صلاحية إبرام العقود الإدارية الدولية، رغم حصر النص جاء موقفاً، خاصة عند التأكيد على ضرورة اتصاف الشخص المعنوي العام بالخاصية العمومية والإدارية بصفة أدق، فنجد أن إبرام الدولة للعقود الإدارية الدولية في النظام القانوني الفرنسي مضبوط في جهات معينة لها علاقة مباشرة بالعقد المبرم، دون أي تعقيدات وعراقيل قد تُقلل من فعالية المشروع الموضوع عليها قانوناً، المؤسسة العمومية ذات الطابع للعقد، ومن هذه الجهات نجد -بالإضافة إلى المنصوص الإداري- الوزير الأول ممثل الدولة في العقود المشتركة بين القطاعات، ووزراء القطاعات المبرمة للعقود باسم الدولة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ضبط المركز القانوني للأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة

تضع اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى وصفاً لهؤلاء الرعايا، باعتبارها كل شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى، خلاف الدولة الطرف في النزاع، غير أن تدخل الشخص الطبيعي الأجنبي في هذا النوع من العلاقات التعاقدية نادر جداً (أولاً)، بالمقابل تحتل الشركات الأجنبية مكانة قانونية فيها (ثانياً).

أولاً: الشخص الطبيعي الأجنبي:

لا يوجد في القانون الدولي معيار واضح ومحدد للعنصر الأجنبي، فهذا الأخير يتوقف على الهدف من الاستثمار، كما قد يقوم على جنسية الشخص المتعاقد مع الدولة، لكن بالعموم يعد مركز الإقامة هو العنصر الأساس للتمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي، ومن ثم يُبرم الشخص الأجنبي الطبيعي أو الاعتباري المتمتع بالجنسية القانونية العقد الإداري الدولي؛ بهدف الاستثمار في إقليم الدولة المتعاقدة غالباً.

وفي سبيل تفسير ذلك تضع اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، وصفاً لهؤلاء الرعايا، وضوابط قانونية تُحدد صفتهم؛ ليعود تاريخ اكتساب الرعية الأجنبية للجنسية المخالفة للدولة المتعاقدة معها منذ تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع

(1) CE30 mars 2005, n° de pourvoi 262964, <http://www.legifrance.gouv.fr>

على التوفيق أو التحكيم، أو من تاريخ تسجيل الطلب في المركز، مع ضرورة استبعاد أي شخص يحمل في هذا التاريخ أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

ولكل شخص طبيعي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ الحق في إبرام هذه العقود وفقاً لنص المادة، على أن يتفق - باعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى - على النظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.

ويلاحظ من نص المادة أعلاه أن اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى قد اعتمدت على تقسيم الأشخاص الأجانب المتعاقدة بموجب هذا النوع من العقود إلى: أشخاص معنوية، وطبيعية؛ وفقاً لثلاثة معايير محددة لجنسيتها المغايرة؛ انطلاقاً من اكتساب الشخص المعنوي والطبيعي الجنسية الأجنبية عن الدولة المتعاقدة قبل التعاقد، ومن ثم اكتساب الشخص المعنوي والطبيعي الجنسية الأجنبية عن الدولة المتعاقدة منذ تاريخ إعطاء الأطراف الموافقة على طرح النزاع أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، أو في تاريخ تسجيل الطلب أمام السكرتير العام، وصولاً إلى التمتع بجنسية الدولة المتعاقدة في تاريخ طرح النزاع أو تسجيل الطلب بالاتفاق على أنه شخص معنوي يتمتع بالجنسية الأجنبية؛ وفقاً للرقابة الممارسة عليه من قبل المصالح الأجنبية⁽¹⁾.

غير أن فرضية وجود الأشخاص الطبيعيين كطرف في العقود الإدارية الدولية قد أثارت آراءً فقهيةً بين مؤيد ورافض لوجودها، ليذهب مفكرو المدرسة الوضعية إلى إنكار تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية تحت أي ظرف من الظروف، أمّا مفكرو المدرسة الاجتماعية فيعتبرون أن الفرد هو حقيقة موجودة داخل المجتمع الدولي المعاصر، على أساس أنه صاحب الشخصية الأولى فيه، إلا أن إسقاط أحد هذه الآراء على الأشخاص الطبيعيين التي قد تكون طرفاً في العقد الإداري الدولي لا يشكل عائقاً على الأشخاص المعنوية الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، في التمتع بالشخصية القانونية الدولية محل النزاع الفقهي⁽²⁾.

(1) محمد عبد الكريم عدلي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سابق،

(2) محمد عبد الكريم عدلي، المرجع نفسه، ص112.

لذا، فإنَّ الطَّبِيعَةَ الدَّولِيَّةَ لهذه الأشخاصِ تُستمدُّ بالضرورة من معاييرٍ دوليَّةٍ محدَّدةٍ بحسب اعتمادِ القانونِ المنظمِ لهذه المعاييرِ، ويُقصدُ هنا المعاييرُ نفسُها التي تمَّ اعتمادُها عند تحديد تأثيرها على أطرافِ العلاقةِ التَّعاقديَّةِ في العقودِ الإداريَّةِ الدوليةِ المذكورةِ سالفًا، أما في حالة عدم تطابق الأشخاصِ الأجنبيَّةِ بصفةٍ عامَّةٍ مع هذه المعاييرِ فيعدُّ تعاقدها مع الدولة عقداً إدارياً، أو عقداً من عقود القانونِ الخاصِّ، يخضعُ من حيث الاختصاصُ إلى القانونِ والقضاءِ الوطنيَّينِ باعتبارها أشخاصاً وطنيَّةً.

ثانياً: الشخصُ المعنويُّ الخاصُّ طرفٌ في العقد:

عرَّف نصُّ المادَّة 1832 من القانونِ المدنيِّ الفرنسيِّ الشَّرْكَةَ "على أنها: الاتِّفاقُ من قبل شخصين أو أكثرٍ بواسطة عقدٍ؛ لإنشاءِ مؤسَّسةٍ مشتركةٍ لأموالهم أو لصناعتهم؛ بهدف تقاسم الربح أو الاستفادة من الاقتصادِ الذي قد ينتجُ عن ذلك⁽¹⁾، ويُلاحظُ أن المُشرِّعَ الأردنيَّ قد اعتمدَ الطَّرْحَ نفسَه في تعريفه للشَّرْكَةِ، لكن بنوعٍ من التَّفصيلِ، فاعتبرَ الشَّرْكَةَ: "عقداً بين شخصين طبيعيَّين، أو اعتباريَّين أو أكثرٍ على المُساهمةِ في نشاطٍ مشتركٍ بتقديم حصَّةٍ من عملٍ، أو مالٍ، أو نقدٍ؛ بهدفِ اقتسامِ الربحِ الذي قد ينتجُ، أو تحقيقِ اقتصادٍ، أو بلوغِ هدفٍ اقتصاديٍّ ذي منفعةٍ مشتركةٍ⁽²⁾".

كما أعطى المُشرِّعُ الفرنسيُّ - على عكسِ نظيره الأردنيِّ - إمكانيَّةَ إنشاءِ الشَّرْكَةِ في الحالاتِ التي يُحدِّدها القانونُ بإرادةٍ منفردةٍ لشخصٍ واحدٍ، وهو ما لم يتطرَّقُ إليه نصُّ المادَّة 416 من القانونِ المدنيِّ⁽³⁾.

(1) جاء النصُّ الفرنسيُّ بهذه الصِّيَاغة:

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.".

(2) المادَّة 416 من الأمر 75- 58 المتضمِّن للقانون المدنيِّ، المرجع السابق، ص 65.

(3) «Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. »

وتعدُّ الشَّرْكَةُ شَخْصًا قَانُونِيًّا، وَالْأَصْلُ أَنْ لِكُلِّ شَخْصٍ قَانُونِيٍّ جَنْسِيَّةً وَاحِدَةً، هِيَ جَنْسِيَّةُ الدَّوْلَةِ الَّتِي يَرْتَبِطُ بِهَا مَعَ اخْتِلَافٍ فِي الْمَعَايِيرِ الْمُطَبَّقَةِ لِتَحْدِيدِ هَذَا الْإِرْتِبَاطِ، دُونَ أَنْ نُنْكِرَ أَنَّهُ بَاسْتِطَاعَةِ الشَّرْكَةِ أَنْ تُقِيمَ فِي الْخَارِجِ؛ إِذْ يَكْفِي لِذَلِكَ أَنْ تَفْتَحَ مَكْتَبًا أَوْ فِرْعًا فِي الْخَارِجِ، دُونَ أَنْ تَتَمَنَّعَ عَنْ هَذِهِ الْفُرُوعِ بِالشَّخْصِيَّةِ الْقَانُونِيَّةِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ ذَلِكَ، تُثِيرُ جَنْسِيَّةُ الشَّرْكَةِ إِشْكَالِيَّةَ الْقَانُونِ الْوَاجِبِ النَّطْبِيقِ عَلَيْهَا تَفْتُحُ الْأَنْظِمَةَ الْقَانُونِيَّةَ عَلَى بَقَائِهَا خَاضِعَةً لِقَانُونِ مَكَانِ تَأْسِيسِهَا، وَبَيْنَ قِيُودِ أُخْرَى تَقْرُضُ عَلَيْهَا الْخُضُوعَ لِقَانُونِ مَكَانِ الْإِقَامَةِ، تُحَدِّدُ هَذِهِ الْمَعَايِيرُ قَابِلِيَّةَ الشَّرْكَةِ لِاِكْتِسَابِ جَنْسِيَّةِ الْبِلَادِ الْمَخَالِفَةِ لِجَنْسِيَّتِهَا الْأَصْلِيَّةِ⁽¹⁾.

سَتَحَدِّدُ فِيمَا يَلِي هَذِهِ الْمَعَايِيرُ قَابِلِيَّةَ الشَّرْكَةِ لِاِكْتِسَابِ جَنْسِيَّةِ الدَّوْلَةِ مَكَانَ وَجُودِ أَحَدِ فُرُوعِهَا، عَنْ طَرِيقِ مَلَاءَمَةِ ضَابِطِ الْإِسْنَادِ مَعَ مَبْدَأِ تَعَدُّدِ الْجَنْسِيَّاتِ لِلشَّرْكَةِ؛ حَيْثُ تُقَسَّمُ هَذِهِ الْمَعَايِيرُ إِلَى ثَلَاثَةٍ، بِحَسَبِ تَبْيِي الْأَنْظِمَةِ الْقَانُونِيَّةِ الدَّوْلِيَّةِ لَهَا، هِيَ:

(1) أمحمد توفيق بسعي، أطراف التجارة الدولية، المرجع السابق، ص328.

1: معيار الرقابة

من خلال هذا المعيار تكتسب الشركة جنسية من يراقبها، المتمثلة في المساهمين الرئيسيين، وأهم مسيرها⁽¹⁾، ويهدف هذا المعيار إلى فرض شرط يقضي بنزع الشخصية القانونية للشركات التابعة التي لا تتمتع بصلاحيات الرقابة والتوجيه وتنظيم العمل، والإبقاء على الشركات المتكاملة تقنياً والمستقلة مالياً⁽²⁾.

استعمل هذا المعيار من قبل القضاء الفرنسي، من خلال حجه أملاكاً ألمانية في أثناء الحرب العالمية الثانية، بحجة أن الشركة تحت رقابة أيادٍ فرنسية، ويستعمل حالياً هذا المعيار من قبل المشرع الفرنسي؛ لرفض بعض الحقوق أو منع الشركة من التدخل في نشاطات اقتصادية حساسة للدولة⁽³⁾.

يعد هذا المعيار معيباً؛ من ناحية أنه لم يأت بتفسير دقيق لاكتساب جنسية الدولة، باعتبار أن المسيرين أو المؤسسين للشركة قد يتمتعون بجنسية مغايرة للقانون الذي أنشئت في ظلّه الشركة، كما أنها قد تكون مغايرة لمقرّ تواجد الشركة الجديد، بالإضافة إلى أن هؤلاء أشخاص طبيعيون، يتمتعون بشخصية قانونية منفصلة تماماً عن شخصية الشركة المسيرة⁽⁴⁾.

أضف إلى ذلك، أن تبني التشريعات لهذا المعيار لا يضمن الاستقرار الاقتصادي للشركة؛ لأنها ستقع عند تغييرها لمسيرها أمام وجوب تغيير جنسيتها، ومن جانب آخر يعد عدم تمتع أحد فروع الشركة بصلاحيات الرقابة هو تحرر من تطبيق قانون الدولة المراد اكتساب جنسيتها، بحجة أن ضابط الإسناد في تشريع الدولة يقوم على أساس وجود رقابة، كما أن الواضح من تبني القضاء

(1) أحمد توفيق بسعي، المرجع نفسه، ص 331.

(2) Note sur les entreprises multinationales établies dans le canton de Genève.

Service centrale de statistique Genève,

http://www.ge.ch/statistique/tel/publications/1984/hors_collection/ocstat/hc-ocstat-1984-01.pdf, consulter le 05-10-2015, P 2.

(3) يشير الكاتب إلى أن استخدام هذا النوع من الإجراءات في تلك الفترة كان بغرض إحصائي أو سياسي: أحمد

توفيق بسعي، المرجع السابق، ص 331.

(4) أحمد توفيق بسعي، المرجع نفسه، ص 331 و 332.

والمُشرِّع الفرنسيين لهذا المعيارِ أنه جاء نتيجة احتكارِ الدَّولةِ لمجالاتِ اقتصاديَّةٍ معيَّنةٍ في فتراتٍ محدَّدةٍ، الغايةُ منه كانت سياسيَّةً.

2: معيارُ الاندماج:

هو معيارٌ من أصلٍ أنجلو سكسوني، ويناسبُ الاندماجَ تمامًا إرادةَ المؤسِّسين للشَّركة؛ لأنَّه يُخضعُ الشَّركةَ إلى قانونِ مكانِ تأسيسها وتسجيلها⁽¹⁾، ويرجعُ السَّببُ في ذلك أن للشَّرَكَاتِ المتعدِّدةِ الجنسيَّاتِ مركزًا رئيسًا يُقرَّرُ أهدافًا وخططًا للشَّركةِ المطلوبِ من فروعها اعتمادها، وتحقيقِ النَّتائجِ المتوقَّعةِ والمرجوَّةِ منها⁽²⁾، ما يجعلُ من ضابطِ الإسنادِ المعتمدِ من قبل المُشرِّعِ هو مركزُ الإدارةِ الفعليِّ والرئيسِ للشَّركةِ في مجالِ قواعدِ تنازعِ القوانين⁽³⁾.

سيطرُحُ هذا المعيارُ في المجالِ النَّظْمِيِّ جملَةً من العوائق؛ من أهمها: حجبيَّةُ الاندماجِ لدى دولٍ أخرى تربطها مع الشَّركةِ صلاتٌ أقوى، أو ترفضُ الاعترافَ بهذا المعيارِ قطعًا، ما يُظهرُ لنا أن هذا المعيارَ لا يعدُّ صالحًا وموفِّقًا عند تطبيقه على النَّظامِ القانونيِّ للشَّرَكَاتِ المتعدِّدةِ الجنسيَّاتِ؛ لأنَّه سيتناقضُ مع الصِّفةِ المميِّزةِ لها، وهي تعدُّدُ الجنسيَّاتِ، الذي سيضعُ عائقًا أمامِ اكتسابها جنسيَّةَ الدَّولةِ التي تعتمدُ على هذا المعيارِ كضابطِ إسنادٍ، كما أنها سنَبقى في ظلِّ تلكِ الدَّولةِ مجردَ شركةٍ أجنبيَّةٍ، دون الأخذِ بالاعتبارِ أنها تُمارسُ نشاطًا اقتصاديًّا فيها⁽⁴⁾.

(1) أمحمد توفيق بسعي، المرجع السَّابق، ص332.

(2) Note sur les entreprises multinationales établies dans le 2^e canton de Genève, op.cit.

(3) جورج حزيون، رضوان عبيدات، الوضع القانونيُّ للشَّرَكَاتِ متعدِّدةِ الجنسيَّاتِ بالمقارنة مع الشَّرَكَاتِ ذاتِ الجنسيَّةِ الواحدة في ضوء قواعد التَّنَازعِ وقانونِ الشَّرَكَاتِ الأردنيِّ، دراساتِ علومِ الشَّرِيعَةِ والقانونِ، المجلد 33، العدد 1، كليَّةِ الحقوقِ، الجامعة الأردنيَّة، 2006، ص54.

(4) جورج حزيون، المرجع نفسه، ص54.

3: معيار المقر الاجتماعي:

يُعدُّ هذا المعيار أكثر موضوعيةً وواقعيةً؛ إذ يُعبَّر عن رابطةٍ حقيقيةٍ اقتصاديةٍ غير مفتعلةٍ بين الشركة والدولة، ويعني هذا المعيار أن اكتساب جنسية الدولة يكون محددًا بمركز الاستغلال الذي حققت فيه الشركة أعمالها⁽¹⁾.

إنَّ إخضاع النظام القانوني للشركات لقانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيس والفعلي في نصِّ المادة السالفة الذكر، يوجي لوهلة أن المشرع قد تبنَّى معيار الاندماج، إلا أنه رجع مرة ثانية لتقييد هذا المقر الاجتماعي الرئيس، من خلال ربطه بعنصر أكثر أهميةً، وهو مركز مصالح الشركة، ما غير من الاعتقاد الأول⁽²⁾.

ويعدُّ تدخُّل الدولة في الصناعة النفطية، أهم مظاهر تدخُّل الدولة في النشاط الاقتصادي، ويجدُّ هذا التدخُّل أساسه في سيادتها على مواردها الطبيعية، وتشمل هذه الموارد: باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية، وفي مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات، فالملكية العامة لهذه الموارد لا تقبل أي تجاوزات، ومبرر ذلك فقهيًا هو أن حق الملكية حق طبيعي مطلق سابق على وجود القانون⁽³⁾.

ويهدف التدخُّل في الصناعة النفطية إلى تحقيق فعالية الثروة الوطنية من خلال عائد مالي واقتصادي، كما يهدف إلى المحافظة على الثروة النفطية عن طريق وسائل قانونية، ووسائل عضوية تتمثل في: الإشراف والوصاية العمومية، وخلق مؤسسات صناعية وتجارية لتسيير هذا النشاط، نفس التدخُّل نجده في مجال النقل، رغم التراجع عن احتكاره الكلي من قبل الدولة، ويعدُّ هذا التراجع نوعًا من أنواع التطور الذي قد تشهده الدولة في فترات معينة، خاصة التي تؤدي إلى اعتبار الملكية العامة مجرد وظيفة اجتماعية يتباين مداها بحسب النزعة الاشتراكية والخيارات السياسية والاقتصادية للدولة، ما جعل الدولة الحديثة تتخلى عن احتكارها لمثل هذه النشاطات لتفتح المجال أمام المنافسة، لكنَّ قوَّة التنافس في بعض المشاريع الاستثمارية قد تُؤثِّر على المكانة

(1) جورج حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص 57.

(2) عبد الرازق المرتضى سليمان، الأشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة، مكتبة طرابلس العلمية

العالمية، ليبيا، 2010، ص 17.

(3) عبد الرازق المرتضى سليمان، المرجع السابق، ص 19.

الاقتصادية للمؤسسة أو الشركة العمومية؛ مما يجعلها أمام احتمالين، هما: التخلي نهائيًا عن ممارسة النشاط التجاري والاقتصادي، أو الخوض في أساليب هذه المنافسة.

واعتبارًا لذلك - وفي مجال قابلية الشركة العمومية لاكتساب جنسيات مختلفة - تتخلى الدولة عن الطابع الإداري للمؤسسة الوطنية، وتجعلها ذات طابع اقتصادي محض؛ مما يخول لها التصرف كشركة تجارية وفقًا للقانون المدني والتجاري للدولة؛ إذ تستطيع بذلك فتح فروع لها في دولة أخرى، تسعى من خلالها إلى الاستثمار في مجال تخصصها.

إلا أن هذه الفروع ورغم قابلية تسجيل الفرع في السجل التجاري للدولة المضيفة، إلا أن هذا التسجيل لا يتعدى أن يكون إجراءً تجاريًا فقط؛ لأن إنشاء الشركة الفرع التابعة للشركة الوطنية تكون بموجب اتفاقية أو معاهدة دولية، ويكون الهدف منها التعاون بين الدول في مجال اختصاص الشركة الوطنية، وبذلك تظل خاضعة للأحكام التي احتوتها معاهدة أو اتفاقية تأسيسها.

وعلى هذا الأساس يعد خضوع الشركات الوطنية للقانون الخاص غير مؤثر على طبيعة إنشاء فروعها الدولية؛ لأن هذه الفروع خاضعة لاتفاقية دولية ذات طابع تعاوني، يرجع الاختصاص التشريعي والقضائي الواجب إخضاعه إلى الفرع الدولي، إلى بنود الاتفاقية المبرمة بين الدول.

المبحث الثاني: التوازن المالي في العقود الإدارية الدولية

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

إنَّ مشكلة اختلال توازن العلاقة العَقْدِيَّة عند التَّعاقد بمُوجب عقد إداريٍّ دوليٍّ ليست وليدة العَقْد بحدِّ ذاته، إنَّما أطرافه هي التي تسعى طوال مُدَّة العَقْد إلى فَرَض كيانها في إعداد بُنود العَقْد؛ لذا فإنَّ الدَّولة - وفي سبيل تَفَادِي اختلال التَّوازن التَّعاقدِي الذي قد يفرضه وجودها بوصفها طرفاً في العَقْد - تتدارك بصِفتها سُلطة تشريعيَّة هذا الاختلال في التَّوازن التَّعاقدِي، مُخَفِّفة بذلك من تأثيرها السَّلبيِّ على العَقْد - والذي ظَهَرَ في طبيعة العَقْد الإداريَّة، وعدم تكافؤ المراكز القانونيَّة لأطرافه رَغم الصِّفة الدَّوليَّة - باستِعمال آليَّات لَجْدُب وإثارة دوافع المُستثمر الأجنبيِّ للتَّعاقد.

هذا ما يستدعي تَقَبُّل المُتعاقد الأجنبيِّ لوضعه الحاليِّ في العَقْد، والتَّخَلِّي عن فكرة البحث في وَضْعِهِ القانونيِّ عند إبرامه للعُقود الإداريَّة الدَّوليَّة، من خلال وجود امتيازاتٍ تشريعيَّة تُسهِّل من عمليَّة الاستثمار، وتُقلِّل أعباءه الاقتصاديَّة والإداريَّة، ما يجعله يرضخ لإرادة الدَّولة عند التَّعاقد، فتلجأ هذه الأخيرة إلى صُنْع بدائل قانونيَّة في قوانينها الدَّاخليَّة، تُقَرِّب من تحقيق مبدأ التَّوازن بإحداثِ أثرٍ قانونيٍّ له في العلاقة التَّعاقدِيَّة، وهذا باستغلال أكثرِ العوامل جَدْباً للاستثمار الأجنبيِّ، المُتمثِّل في التَّحفيز الماليِّ، وكذا حماية ملكيَّة الاستثمار، وبناءً عليه جاءَ هذا المبحثُ في مَطْلَبين، وذلك وَفَقاً للترتيب الآتي:

المطلب الأول: التَّحفيز الماليُّ ضمانٌ وامتياز.

المطلب الثاني: الحماية القانونيَّة لملكيَّة المُستثمر الأجنبيِّ.

المطلب الأول: التحفيز المالي ضمان وامتيار

التبادل⁽¹⁾ في معناه الحقيقي الذي ظهر في ظل القانون الروماني له شروط، وما العقد إلا نوع من أنواع تبادل المصالح بين الأطراف⁽²⁾، يُخوّل بموجبه إدراج الشروط التي يراها أطراف العلاقة التعاقدية ضرورة لحماية مصالحهم الاقتصادية في العقد⁽³⁾ وفقاً لآراء الفقه والقضاء⁽⁴⁾؛ لذا فإنّ المتعامل الأجنبي - بصفته طرفاً خاصاً متعاقداً مع الدولة بموجب عقد دولي ذي طبيعة إدارية متميزة - يعمل جاهداً على اكتساب أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الدولة المتعاقدة بموجب قوانينها الداخلية أو قراراتها الإدارية⁽⁵⁾.

وبذلك تُعدّ المزايا المقررة لصالح المستثمر الأجنبي - كالإعفاء الضريبي، أو الجمركي، أو منح تراخيص الاستغلال - من بين أهمّ هذه التحفيزات⁽⁶⁾، وتُعدّ من قبيل الامتيازات المالية المقررة في القانون بصفة عامة، إلا أنّ موضوع بعض العقود الإدارية - الدولية المنجزة في مناطق تتطلب تنميتها إسهاماً خاصاً من قبل الدولة، أو لها أهمية خاصة بالنسبة لاقتصادها الوطني، أو

(1) ظهر مصطلح permutado - والذي يعني: التبادل - في ظل القانون الروماني القديم، وكان يُقصد به: (العقد) بمفهومه الحالي، انظر في ذلك:

G. Jacques ; Le contrat en tant qu'échange économique, Rev. d'éco. Ind., Vol. 92, 2^{ème}, et 3^{ème} trim., 2000, p.83, Consulter le 15-04-2015, sur le site <http://www.persee.fr>.

(2) Ibid, p 83.

(3) الطيب زوتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص5.

(4) بين الأستاذ George jessel M.R موقفه من إبرام رجال المقاولات العقود، وأنه يُعدّ أمراً مقدّساً، ويجب الحصول في سبيل ذلك على الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم العدلية. انظر في ذلك:

A.F.M. Maniruzzaman, state contracts in contemporary international monist versus dualist controversies, Ejil, vol 12, n 2،

ejil.oxfordjournals.org/www.snd11.arn.dz/content/12/2/309.full.pdf; Accessed 07-03-2015, p 2.

(5) عبد الله كعباش، مسؤولية الدولة المضيئة تجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون - جامعة الجزائر، 2013 /12012، ص461 و495.

(6) عبد الله كعباش، المرجع نفسه، ص495.

تلك المتعلقة بمُنشآتٍ رئيسيةٍ تُضَع لها الدولة تحفيزاتٍ إضافية - جعل الأردن تُحاول من خلال عدّة تشريعاتٍ وطنيةٍ وضع نطاقٍ جديدٍ لاستقطاب الاستثمار الأجنبي، وينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وذلك وفقاً للترتيب الآتي:

الفرع الأول: الأدوات الضريبية.

الفرع الثاني: تحويل مكاسب رأس المال.

الفرع الثالث: المزايا الاستثنائية.

الفرع الأول: الأدوات الضريبية

ترغب الدولة في تحقيق هدف التنمية بمفهومها الواسع من جراء إبرامها للعقود الاقتصادية الدولية، وتقدم من أجل ذلك أشكالاً مختلفة من الحوافز الضريبية، التي تُشكّل امتيازاتٍ لصالح المستثمرين الأجانب المتعاقدين معها.

ويظهر من خلال الأحكام العامة عديداً من القوانين الداخلية؛ من أهمها: قوانين المالية والاستثمار، وعديداً من التحفيزات الضريبية، حيث تُفضّل البلدان المضيفة في كثير من الأحيان اللجوء إلى الأدوات الضريبية، مثل: الإجازات الضريبية، ومعدلات الضرائب الامتيازية، والإعفاءات الجمركية كأهم الحوافز المالية وأكثرها استخداماً، والتي يُمكن للبلد المضيف أن يتخذها لتشجيع الاستثمار الأجنبي.

ومرعاةً لذلك، يتعامل المشرعان الفرنسي والأردني مع الأدوات الضريبية المُلقاة على عاتق المستثمر الأجنبي بحدٍ، وذلك بتجنب عدم التمييز في المعاملة الضريبية (أ) بين المستثمرين الوطنيين والأجانب، وكذا الاستفادة من الإعفاءات والخصومات الضريبية (ب) عند القيام بهذا النوع من المشاريع الاستثمارية.

أولاً: العدالة في المعاملة الضريبية:

تبني المشرع الأردني مبدأ العدالة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب في ما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم؛ مراعاةً للاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة، في حين يعتمد النظام القانوني المُحدّد للضريبة في فرنسا على نظام ضريبيّ عادل، يتماشى مع النظم الضريبية الدولية، ما يُمكنها من توفير حماية متميزة للمستثمرين الأجانب من الازدواج الضريبيّ نتيجة توقيعها لاتفاقيات دولية في هذا المجال؛ لأنّ الأصول المُقرّرة في القانون

الدولي تُلزم الدولة في معاملتها مع الأجانب احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز، فمبدأ المعاملة الوطنية ومساواة المستثمرين الأجانب بالمحليين في تحمل الأعباء الضريبية يُمثل بالأساس قاعدة قانونية دولية، على المشرع الأخذ بها عند وضع القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ المعاملة العادلة في الخضوع للضريبة بما يحمله من عدالة ومساواة بين المستثمرين سيكون غير فعال عند عده حافراً مالياً في حالة عدم ثبوته أو استقراره، وهذا نتيجة ارتباطه بإرادة المشرع الوطني الذي له السلطة التكميلية في زيادة أو نقصان القيمة الضريبية المفروضة على الاستثمار، ما يجعلها امتيازاً لا يرقى لأن يكون حافراً وضمناً مالياً مشجعاً على استقطاب رأس المال الأجنبي، خاصةً عندما نكون بصدد جذب الاستثمار نحو مشروع وطني عمومي، له - بمقابل الامتيازات - قيود مفروضة من قبل المصلحة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة، تهدف بالأساس إلى تحقيق مصلحة عمومية⁽¹⁾.

ثانياً: نظام التخفيض، الخصم والإعفاء الضريبي.

يعتمد نظام التعاقّد مع الشخص المعنوي العام على إدراج القوانين الوطنية المتعلقة بالنظام الجبائي، والاستثمارات أحكاماً تتضمن تحفيزاً مالياً مشجعةً وجاذبةً للاستثمار الأجنبي؛ لذا يظهر نظام تخفيض الضريبة التكميلية على مشاريع استثمارية معينة⁽¹⁾ كنوع من أنواع التحفيز الجبائي، ويعتمد المشرع الفرنسي على الخصومات الضريبية في مجالات محددة، على سبيل الحصر⁽²⁾: أن يُشارك المستثمر الأجنبي أيضاً في الاستفادة من الإعفاءات الضريبية المؤقتة⁽³⁾.

1: تطبيق النسبة المنخفضة للضريبة على الناتج:

بموجب القانون الفرنسي تستفيد الشركة المتعاقدة من آلية قانونية تُسمى "دمج الضرائب"، تهدف هذه الآلية إلى تخفيض العبء الضريبي عن طريق اختيار الضريبة الشاملة من قبل الشركات، خاصةً إذا كانت مُستفيدة من خصم ضريبي، ما يسمح لها -بموجب هذا التخفيض- بإمكانية تعويض الدخل والخسائر من نشاطها مع الدولة الفرنسية⁽²⁾، وقد طبق القانون الفرنسي نظام الدمج الضريبي كآلية لتخفيض العبء الضريبي على الشركة المستثمرة وعلى الشركات التابعة الفرنسية المملوكة لشركة رئيسية فرنسية بنسبة 95%⁽³⁾.

(1) Serge Boscher, doing business in France, op. cit, p 66.

(2) Serge Boscher, doing business in France, op. cit, p 66.

(3) Ibid, p 69.

كما يبقى التطبيق صالحاً عندما تكون الشركة تابعة لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي، أو قد وقعت الدولة الفرنسية مع دولتها الأصلية اتفاقيةً ثنائيةً في هذا المجال، ما يُفيد أن الاستفادة من هذه الضريبة يكون وفقاً لثلاث مراحل: (الشركات الفرنسية بنسبة 95%)، ومن ثم الشركات التابعة لدول الاتحاد الأوروبي، ومن ثم الشركات التابعة لدول متعاقدة مع الدولة الفرنسية بموجب اتفاقية ثنائية)، فمصدر هذه الضريبة ليس قاعدة دولية، إنما مُستمد من قاعدة داخلية تم توسيعها على نطاق جهوي؛ وفقاً للعضوية الفرنسية في الاتحاد الأوروبي، ودولي بإدراجها تلقائياً في الاتفاقيات الثنائية⁽¹⁾.

وبالمقابل، اعتمد المشرع الأردني نموذجاً صريحاً للتخفيض من نسبة الضريبة على الناتج، وهذا في نصوص قانونية مختلفة، ويظهر هذا النظام التحفيزي من خلال آلية دعم نتائج نشاطات معينة، ظهرت من خلال تحديد النشاطات التي تستفيد من آلية دعم النتائج، إلا أن بروز نظام التحفيز الجبائي من خلال تخفيض نسبة الضريبة لا يقتصر فقط على مجال القانونين المذكورين أعلاه، فالمشرع قد نص صراحةً على الاستفادة من التخفيض في الربح الخاضع للضريبة بموجب القانون، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بنصه على استفادة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بأنشطة ترقية البيئة من تخفيض في الربح الخاضع للضريبة، تاركاً تحديد هذا التخفيض للقوانين المالية.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نُقيم نظام التحفيز المالي - من خلال التخفيض الضريبي بالنسبة للمشرع الفرنسي - على أنه نظام تحفيز خاص بمجموعة من المستثمرين الأجانب دون سواهم، وُضع نتيجة علاقات اقتصادية دولية مُحددة، غير قابل للتطبيق خارج هذه العلاقات.

وبالمقابل، لم يميز التخفيض الضريبي على الناتج عند المشرع الأردني بين المستثمرين، إلا أنه كان محصوراً في مجالات مُحددة؛ مما يُحيل أنه نظام تحفيزي حُصص بالدرجة الأولى لإبرام عقود الطاقة، تتحكم فيه القوانين المالية غالباً بشكل لا يضمن الاستقرار التشريعي للعقد.

2: نظام الدين الضريبي:

(1) وبذلك لا يخضع هذا النوع من الشركات للضريبة على الشركة المنصوص عليها بموجب القانون الفرنسي، ومن ثم تستفيد بصفتها جزءاً من مجموعة مدموجة من آلية دمج الضريبة التي تقع على الشركة الرئيسة، وتطبق هذه الضريبة حصراً على الشركات التابعة الفرنسية المملوكة لشركة أوروبية مقيمة بالاتحاد الأوروبي، أو النرويج، أو أيسلندا.

عمل النظام الجبائي الفرنسي منذ سنة 2013 على تشجيع الاستثمار في مجالات معينة عن طريق وضع حوافز ضريبية، من أهمها: نظام الخصومات الضريبية، ويُطبق الخصم الضريبي على مشاريع البحث العلمي والتكنولوجي التي تُنفق عليها الشركات الاستثمارية أموالاً قد تُنتج أرباحاً في غير السنة نفسها؛ مما يُؤهل الشركة للحصول على خصم ضريبي يُمكن تعويضه بعد ذلك من مُستحقات الضريبة في حالة الحصول على أرباح⁽¹⁾.

ما يُعيد أنه عند عدم حصول الشركة المستثمرة في مشروع بحثي ذي فائدة علمية وتكنولوجية للدولة المُستقبلية للاستثمار على أرباح تُعد غير مدينية بأيّ ضرائب بسبب انخفاض الأرباح؛ مما يَسمح بأن تستفيد من الخصم الضريبي على الأبحاث الذي تمنحه لها الدولة في السنة الأولى من نفع النفقات⁽²⁾.

وبالإضافة إلى الخصم الضريبي على الأبحاث يستفيد المُستثمر الأجنبي من الخصم نفسه إذا تمّ توفيره من خلال المشروع الاستثماري موضوع العقد، وتدفع الدولة خلال مدة الإنفاق على الأجر تعويضاً، يصل في السنة الأولى إلى 4 % من الحد الأدنى القانوني للأجر، و 6 % من التعويض المدفوع في السنوات اللاحقة، ويتمّ تعويض هذا الخصم من ضريبة الشركات المُستحقة على الشركة للسنة التي تمت فيها المدفوعات، على أن تبقى القيمة المُتبقية من الخصم الضريبي سلفة من الدولة، يُمكن استخدامها لدفع الضرائب المُستحقة في السنوات الثلاث المُقبلة⁽³⁾.

يُنصَح مما سبق أنّ هذا النوع من التّحفيزات الضريبية يُمثل نوعاً من الدّعم المُقدّم من قبل الدولة المُتعاقدّة مع المُستثمر الأجنبي؛ من أجل إنجاح المشروع الاستثماري، خاصّة أنّ الخصومات الضريبية التي تَعَمَدنا التّركيز عليها تصبّ مباشرة نحو الهدف المرجّو تحقيقه بموجب إبرام العقد الإداري الدولي، بشرط أن تسترد الإدارة الضريبية حقوقها المالية بمجرد حصول الشركة على أرباح.

(1) للتأهيل للحصول على الخصم الضريبي على الأبحاث يجب أن تُنفق الأموال على بحثٍ رئيسٍ أو بحثٍ تطبيقيّ، كاختيار مُنتج مُعيّن عند تنفيذ العقد، أو البحث عن تقنية جديدة، كما يُمكن أن يكون موضوع البحث تطويراً تجريبياً لنماذج أولية ومعدّات تجريبية، وعلى الشركة أن تطلب ترخيصاً مسبقاً من إدارة الضرائب التي لها السُلطة التقديرية في تأهيل نشاط البحث أو التطوير؛ للحصول على الخصم الضريبي على الأبحاث.

(2) Serge Boscher, doing business in France, op. cit, p 77.

(3) I bid, p.77.

ويتبادر إلى الذهن أنّ هذا التحفيز يُشبه إلى حدّ ما الإعفاء من الضريبة على نشاطاتٍ مُعيّنة، إلاّ أنّه ليس بذلك، خاصّةً أنه يبقى سُلْفَةً من قِبل إدارة الضرائب التي دَعَمَت النّشاط المُحفّز، مُقابل حصولها على مُستحقّاتها عن طريق اقتطاعها من الضريبة على الشّركات في السّنة الأولى، وبقاء باقي قيمة الدّين على عاتق المُستثمر قَابل التّسديد في أجلٍ ثلاثِ سنواتٍ.

الفرع الثّاني: تحويل مكاسب رأس المال

إنّ حُرّيّة تحويل الأموال يُعدُّ أكثر أهمّيّةً من تحقيق الأرباح لدى المُستثمر الأجنبيّ؛ لذا يُبدي اهتمامًا خاصًّا على ما يُتيحهُ قانونُ الاستثمار في الدّولة المُضيفة من حُرّيّة تحويل ونقل أصل الاستثمار وعوائده إلى الخارج؛ لذا فإنّ إعاقة هذا التّحويل يُعدُّ عقبةً في سبيل جذب رأس المال الأجنبيّ، وفي سبيل تجنّب ذلك شهدت الفترة المُمتدّة بين 1990 و2002 تطبيقًا لبرنامج إصلاح اقتصاديّ واسع النّطاق، الذي ألزَم السّلطات الاهتمامَ ببعض المؤشّرات التي هُمّشت في السّابق، ومن بينها الاستثمار الأجنبيّ المُباشر، فقد كان قانونُ النّقد والقرض أوّل قانونٍ مَنَح هذا التّرخيص، وإنّ لم يُشر له كحافزٍ ماليّ إلى جانب الاستثمار الأجنبيّ؛ لأنّه لم يُعطِ تمييزًا لصالح المُستثمر الأجنبيّ، فما يُستنتج من أحكام هذا القانون أنّها جاءت تتّسم بالعموم والتّجريد من خلال التّرخيص للأشخاص الطّبيعيّين والمعنويّين الذين يُمارسون نشاطاتٍ اقتصاديّةً بالأردن، بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج؛ لضمان تمويل نشاطهم في الخارج، تكملّةً لنشاطاتهم المُتعلّقة بإنتاج السّلع والخدمات بالأردن.

وإن كان الفقه يرى في أحكام هذا النّص تمسك السّلطة النّقدية في الأردن لشؤون النّقد والمال، نتيجة حصولها على رضا صندوق النّقد الدّوليّ، وعمله على التّرويج لجذب الاستثمارات الأجنبيّة، إلاّ أنّ مَنَح هذا الحافز - بحسب رأينا - وفقًا لمعيار المقرّ الاجتماعيّ غير مُبرّر؛ لأنّ النّشاط الاقتصاديّ غير المُقيم في الأردن - خاصّةً المُتعلّق ببعض العقود الدّوليّة ذات الطّابع الإداريّ قصيرة المُدّة - لا يتطلّب من المُتعاقد مع الدّولة أن يكون له سجلّ تجاريّ في الأردن، فله الحقّ في تحويل المُقابل الماليّ المُحصّل من جرّاء تنفيذهِ للعقد للخارج بحُكم جنسيّته؛ وفقًا للمعيار القانونيّ، وبحُكم النّشاط الاقتصاديّ ذي الطّابع الدّوليّ وفقًا للمعيار الاقتصاديّ.

بالإضافة إلى ذلك، تستفيد الاستثمارات المُنجزّة، انطلاقًا من الإسهام في رأس المال، بواسطة عملةٍ صعبةٍ حُرّة التّحويل بسعر بنك الأردن بانتظام، ويتحقّق من استيرادها قانونٌ من

ضمان تحويل رأس المال المُستثمر والعائدات الناتجة عنه، من خلال هذا الضمان يتمتع المُستثمر الأجنبي بحريّة كاملة في تحويل رؤوس الأموال المُستثمرة التي هي أمواله في الأصل، ونفذ بواسطتها المشروع الاستثماري، بالإضافة إلى عائدات هذه الأموال من مداخل وفوائد وأرباح من الإيرادات المتصلة بالمشروع الاستثماري، ويُقاس هذه الأموال المراد تحويلها بالعملة الصعبة بحسب تسعيرة يُحددها بنك الأردن.

ومراعاة لذلك، يُعد قانون الاستثمار أكثر وضوحاً من سابقه في مسألة منح امتياز تحويل رؤوس الأموال والعائدات إلى الخارج، دون أن يضمن هذا الحافز أي قيود، مقارنة بقانون النقد والقرض الذي ربط تحويل الأموال بالعلاقة الاقتصادية بين الاستثمار المُمارس في الأردن وأخر بالخارج؛ مما يجعله أكثر جذباً للاستثمار.

غير أن مدة تنفيذ التحويل التي قد تستغرق مدة طويلة - نتيجة مُماطلة المؤسسات المُكلفة بالتحويل - تُثير تخوف المُستثمر الأجنبي حول مصداقية هذا الحافز، خاصة في غياب نص يُحدد المدة القانونية للتحويل، التي تلتزم بها البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المُعتمدة، إلا أن هذا لا يمنع من مواجهة المُستثمر الأجنبي عقبات كبيرة من خلال وُضوح كميّات تحويل الأسهم والأرباح. بخلاف النظام القانوني الماليّ الأردني، يُعد تحويل مكاسب رأس المال من الحوافز الضريبية في النظام القانوني الفرنسي، ما يعني: أن تغطية المكاسب الصافية من نقل أسهم المُستثمر يكون بمقابل ضريبي، ويأخذ الحافز الماليّ في هذا التحويل شكلين مُتكاملين؛ يتعلق الأول: بالاستفادة من نظام تخفيضات لضريبة التحويل، أما الثاني: فهو زيادة نسبة هذه التخفيضات الضريبية بحسب مدة امتلاك المُستثمر للأسهم المراد تحويل مكاسبها⁽¹⁾.

وبذلك، يتضح أن مضمون الحافز الماليّ في كلا النظامين محلّ الدراسة واحد؛ حيث يستفيد منه المُستثمرون الأجانب المُمارسون لنشاطات اقتصادية في إقليم الدولة، إلا أن الاختلاف يظهر في أهميّة هذا الحافز من جهة جذب الاستثمارات الأجنبية في الدولة، ومن حيث تنظيم الدولة له؛ حيث إن منح هذا الامتياز له معياران مُميّزان مُحدّدان لمدى إسهامه كحافز في جذب الاستثمارات الأجنبية في فرنسا.

(1) Serge Boscher, doing business in France, op. cit, p 84.

بحيث يفهم من مُراد المُشرِّع أنّ حقَّ تحويل ونُقل الحقوق الماليَّة ليس في حدِّ ذاته هو الحافِز، كما تبنَّاه النِّظام القانونيُّ الأردنيُّ، إنّما يكمن الحافِز في نسبة الضَّريبة المُخفَّضة عن عمليَّة التَّحويل، والتي خُصِّصت فقط للاستثمارات الأجنبيَّة طويلة الأجل، التي سكت المُشرِّع الأردنيُّ عن الفصل فيها، إلّا أنّ أحكام العُقود طويلة المُدَّة تُظهر استِفادة المُستثمر الأجنبيِّ المُتعاقد مع الدَّولة من الاستِفادة من هذا الامتياز، دُون وجود أثرٍ لمثل هذا الامتياز في العُقود قَصيرة المُدَّة، خاصَّةً المُتعلِّقة بإنجاز الصِّفقات العموميَّة، أو عُقود التَّوريد⁽¹⁾ غير الخاضعة لقانون الصِّفقات العموميَّة.

(1) Veuillez voir le Contrat Guide Partenaire étranger, La Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures, société par actions, par abréviation « SONATRACH », Dossier Type d'Appel d'Offres pour marchés de Fournitures et leurs Services liés, p3.

الفرع الثالث: المزايا الاستثنائية

يُمكن للمشاريع الاستثمارية -موضوع العقود الإدارية الدولية التي تُبرمها الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المُمثّلة لها مع الأطراف الأجنبية- أن تمنح لهذه الأخيرة حوافز استثنائية، تظهر من خلال الإعفاء أو التخفيضات المالية بجميع أنواعها، التي قد تمس النشاط الاستثماري مُستقبلاً، وهذا بحسب التوقع الجغرافي (أولاً)، وأثر المشاريع على التنمية الاقتصادية للدولة المُتعاقد (ثانياً).

أولاً: الحوافز المالية وفقاً للمناطق المُتعثرة:

يُعرض إنجاز بعض النشاطات الاستثمارية -موضوع عقود إدارية دولية في مناطق مُعيّنة من إقليم الدولة المُستثمرة- مشقة وعقبات تحول دون انجذاب المُستثمرين الأجانب إلى مثل هذه المشروعات المُراد إقامتها في هذه المناطق المُتعثرة، ومن أجل ذلك يُشجع المُشرع الأردني الاستثمار في المشاريع المُقامة في مناطق تتطلب تميّتها بحسب إسهام خاص من الدولة⁽¹⁾. لذا وضع في سبيل ذلك تحفيزات، مُعظمها مالية؛ لجذب المُستثمرين في مثل هذه المشاريع، لكنّ عدم توضيحه خصائص هذه المناطق قد يترك السلطة التقديرية في ذلك إلى أطراف العقد؛ ممّا قد يمس طبيعة القاعدة القانونية التي جاءت بهذه الامتيازات، ويجعلها مرنة تتأثر في كلّ مرّة بإرادة الأطراف المُتعاقد.

إنّ المُشرع الأردني في نصوص قانون الاستثمار لم يُحدّد طبيعة هذه المناطق، خاصّة في نص القانون الجديد الذي لم يله التّظيم الذي يُحدّد كيفية تطبيق هذه المادة إلى يومنا هذا، وبالمقابل عمل المُشرع الفرنسي أيضاً على جذب الاستثمار من خلال الإعفاء المؤقت من الضريبة والرّسوم الجمركية في مناطق مُعيّنة من الإقليم الفرنسي، إلّا أنّ الاختلاف يظهر في طبيعة هذه المناطق المُحفزة من خلال النصّ الفرنسي، والتي لم تعتمد على المعيار الجغرافي بالأساس؛ ممّا يُوجي بأنّ وضع مثل هذه التّحفيزات على الاستثمار في تلك المناطق جاء نتيجة دراسات استراتيجية مُتعدّدة الجوانب، فُسّمت إلى مناطق المُساعدات الإقليمية (zones AFR)، وهي مناطق تتطلب إسهاماً خاصاً من الدولة والجماعات المحليّة، والهيئات العامة، والشركات الموجودة على مُستوى

(1) انظر: المادة (13) من القانون 9-16، المُتعلّق بتطوير الاستثمار. المرجع السابق، ص 20.

الإقليم؛ من أجل الدّفع بعجلة الاستثمار في هذه المناطق؛ وفقاً لبرنامجٍ مُسطّرٍ من قبل المُشرّع مُسبقاً، ومُحدّدٍ بفترةٍ زمنيّةٍ تمتدُّ من: سنة 2014 إلى 2020⁽¹⁾.

إلى جانب مناطق المشروعات الحضاريّة، وهي المناطق المحرومة بشكلٍ خاصٍ - مقارنةً بغيرها من المُدن-؛ وفقاً للخصائص الاقتصادية والتجاريّة⁽²⁾، وهي تُعرف بمعايير ارتفاع نسبة السكّان وغير الحاملين المُتوقّفين، حيثُ تبلغُ نسبة البطالة في الحيّ الواحد 10000 شخصٍ، وعليه فإنّ الشّركات المُستثمرة في هذه المناطق تستفيدُ من نظامٍ كاملٍ من الإعفاءات الضريبيّة والرّسوم لمُدّة خمسِ سنواتٍ⁽³⁾.

وأخيراً، المناطق المُتأثّرة بإعادة الهيكلة العسكريّة⁽⁴⁾، وهي مناطق مُتضرّرة من انتشار المُستوطنات العسكريّة، ومن انخفاض النّشاطات الاقتصاديّة، وعليه فالاستثمار في مثل هذه المناطق يُمكن من الاستفادة من الدّعم الضريبي والاجتماعي⁽⁵⁾.

ثانياً: المزايا الاستثنائيّة وفقاً لأهميّة المشاريع الاستثماريّة للدولة المُتعاقد:

(1) Pour plus de motivations, veuillez voir le Décret n° 2014-758 du 2 juillet 2014 relatif aux zones d'aide à finalité régionale et aux zones d'aide à l'investissement des petites et moyennes entreprises pour la période 2014-2020.

<http://www.datar.gouv.fr/observatoire-des-territoires>.

(2) veuillez voir le site d'impôts de gouvernement français²(

<http://www.impots.gouv.fr>

(3) veuillez voir la définition des zones franches urbaines (ZFU) sur le site de l'institut national des statistiques et des études économiques français, <http://www.insee.fr>

(4) Quelles sont les exonérations dans les zones de restructuration de la défense ?. Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre)، Vérifié le 08 septembre 2014, <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31177>, consulter le 21-10-2015.

(5) وتتمخوّر مُجمل الإعفاءات في:

- الإعفاء من الرّسم العقاريّ على المباني لمُدّة 5 سنوات.
- الإعفاء الكُلّيّ من الضريبة على الأرباح لمُدّة 5 سنوات، والتقليل منها في السنتين الأحيقتين.
- الدّين على المُستحقّات العقاريّة للشّركات للحرفيّين والتّجار في المُؤسّسات الصّغيرة لمُدّة 3 سنوات.
- وإعفاءات وتأمينات أخرى للعمّال في هذه المناطق. المرجع نفسه.

إنَّ ما يُلاحظ بالنسبة لأهميَّة المشروع الاستثماري المُراد تحقيقه بموجب أحد أنواع العقود الإدارية الدولية للاقتصاد الوطني هو الاختلاف من حيث استراتيجيات الدولة المُمثلة في العقد، فقد لاحظنا أعلاه أنَّ فتح المجال الاقتصادي في الأردن - مُراعاة لقواعد اقتصاد السوق - يُعدُّ الرِّكيزة الأولى التي تسعى الدولة لتحقيقها، وهذا من خلال جذب الاستثمارات الأجنبية في القطاعات الاستراتيجية التي تفتقر فيها الدولة المتعاقدة لأحدث التكنولوجيات الحديثة.

ولا تتوفَّر المشاريع ذات الأهميَّة الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني عند مُجرد منح المزايا الضريبية والرسوم الجمركية، بل تتعدى ذلك إلى نظام دعم شامل (ب)، إلا أنَّ هذا لا يمنع من تقييد إيجابيات الامتيازات الاستثنائية في المشاريع ذات الأهميَّة الخاصة بالنسبة للاقتصاد الأردني في جذب الاستثمار، خاصةً أنَّها تنتج بعد إبرام اتفاقية مُتفاوض عليها بين مُمثِّل الدولة والمُستثمر الأجنبي (أ).

1- اكتساب المزايا عن طريق التفاوض بين المُستثمر والدولة:

تُعدُّ عملية إزالة القيود من خلال فتح المجال الاقتصادي من المُقتضيات الرئسية في قواعد اقتصاد السوق، خاصةً بالنظر للإمكانات المحدودة للبلدان النامية، التي لا تسمح لها بتحقيق نمو اقتصادي مناسب، دون الانفتاح على الاقتصاد العالمي والاستفادة من الإمكانات المالية والتكنولوجية المتاحة، وتتعلق بتلك الاستثمارات ذات الأهميَّة الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، ولا سيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصةً من شأنها أن تُحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية، وتُدخِّر الطاقة، وتُفضي إلى تنمية مُستدامة من الامتيازات الاستثنائية التي حددها قانون ترقية الاستثمار وقوانين الضرائب والمالية.

فالمُسلم به في مرحلة إبرام العقود الخاصة هو تبادل الإيجاب والقبول بين أطراف العقد، دون أن تُحدث مرحلة الفصل بين الإيجاب والقبول أثراً على العقد، من خلال تقييد وجهات النظر بين الأطراف، ولا ينطبق هذا المبدأ على العقد الإداري الداخلي الذي لا يكون للمتعاقد مع الإدارة حريته وضع ما يناسبه من الشروط، غير أنَّ إعماله في العقود الإدارية - الدولية المتعلقة بمشاريع استثمارية ضخمة تكون طويلة المدة في الغالب - أمرٌ مُحبذ لدى المُستثمر الأجنبي الذي لا يتحمَّل القيود الإدارية التي تُميل الكفة في العقد لصالح الدولة.

لذا يترتب على الاستثمارات التي لها أهميَّة بالنسبة للاقتصاد الوطني - ولا سيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصةً من شأنها أن تُحافظ على البيئة، وتحمي الموارد الطبيعية، وتُدخِّر الطاقة، وتُفضي إلى تنمية مُستدامة - إبرام اتفاقية مُتفاوض عليها بين المُستثمر والوكالة القائمة

لحساب الدولة، وعليه تُعدُّ مرحلة التفاوض من أهم المراحل التي يكتسب فيها المُستثمر الأجنبي مزيداً من الامتيازات الماليّة غير التي أقرّها المُشرع الوطني من قبل⁽¹⁾.

2- نظام دعم شامل في النظام الفرنسي:

استجابةً لاحتياجات المُستثمرين، تمَّ إنشاء نظام ماليّ استثنائيّ مُتّوِّع لدعم الدولة الفرنسيّة النشطات الاستثماريّة؛ وفقاً لمكان المشروع كما سبق أن أشرنا إليه أعلاه، ووفقاً لنوع المشروع. فعلى غرار الإعفاءات والخصوم الضريبية تتخذ الامتيازات الاستثنائية أشكالاً مُتنوّعةً بحسب نوع النشطات المدعومة، فتكون على شكل: فروض بدون فوائد، ومنح مشاريع الاستثمار في البحث والتطوير تكاليف عقارية مُنخفضة، وإعفاء من الإسهامات في الضمان الاجتماعيّ لصالح أرباب العمل، وتغطية بعض التكاليف، من بينها تكاليف تدريب الموظّفين الجدد، وضمانات حكوميّة أُخرى⁽²⁾.

تلعب وكالة الاستثمار في فرنسا دور الوسيط بين المُستثمرين الأجانب والهيئات العموميّة الفرنسيّة، وهذا عند تحديد أحد أشكال الدّعم الحكوميّ الذي تستفيد منها المشاريع المؤهّلة بصفتها ذات أهميّة للاقتصاد الوطني⁽³⁾، وجاء تنوع أشكال الدّعم الحكوميّ نتيجة أهداف واستراتيجيّات مدروسة تسعى الدولة إلى تحقيقها تدريجياً في مجال تطوير الاقتصاد الوطني⁽⁴⁾.

(1) علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 23.

(2) Serge Boscher, op.cit, p 88.

(3) ibid, p 88.

(4) تتمثل أشكال الدّعم الحكوميّ في:

- توفير حوافز ماليّة للشركات في سبيل خلق الوظائف وتدريب الموظّفين، ويكُون هذا من خلال الإعفاء أو التخفيف من إسهامات الضمان الاجتماعيّ، خاصّة في مناطق المُساعدات الإقليميّة، كما أنّ الدولة تتكفل جزئياً بتغطية بتكاليف تدريب الموظّفين؛ بهدف تنمية مهارات القوى العاملة.

- دعم الابتكار والبحث والتطوير: وهذا في جميع إقليم الدولة، من خلال الخصم الضريبيّ على الأبحاث، كما يُمكن أن تُعطى الإعانات جزءاً من مصروفات البحث والتطوير المُتعلّقة بشراء المُعدّات ومصاريف الأبحاث المُتعاقد عليها وحقوق الملكية الفكرية وحقوق الاختراع... - دَعْم الاستثمارات البيئيّة الجاري تطويرها: من خلال تقديم منح للاستثمارات التي تُعطى الحد الأدنى من المعايير البيئيّة المطلوبة قانوناً، المرجع نفسه ص 94 - 97.

ويُمكن حصرها في تنمية مهارات القوى العاملة في فرنسا وتطوير تقنيات البحث والاختراع، وهذا في إطار الاتحاد الأوروبي وتحت إشراف وزارات الاقتصاد والصناعة والبيئة⁽¹⁾، وهيئة OSEO ، بالإضافة إلى حماية البيئة وفقاً للمعايير الدنيا الدولية المطلوبة⁽²⁾. وعلى أساس ذلك، يستفيد المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة الفرنسية من امتيازات استثمارية مالية مُزدوجة، إذ إن الامتيازات الاستثنائية تختلف عن نظيرتها المتعلقة بأصل الاستثمار، وعليه تكون أمام حوافز حقيقية جاذبة للاستثمار الأجنبي في المشاريع الاقتصادية ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الفرنسي، الموزعة على أقاليم تتطلب تنميتها تدخل الدولة المباشر في الاستثمار، مما يجعل منه نظام دعم شامل للاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: الحماية القانونية لمليكة المستثمر الأجنبي

نشأ القانون الدولي للاستثمارات من الحاجة إلى ضمان حماية مهمة للمستثمرين الأجانب خلال فترة انتشار إجراءات نزع الملكية والتأميم - حقبة السبعينات والثمانينات من القرن العشرين في دول المستعمرات القديمة-، تحت ذريعة الحفاظ على السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية. على أن نمو الاستثمارات الأجنبية رهن بمعدل الأمان الذي يمكن أن تتأله هذه الاستثمارات في هذه الدول، ومع التطور الحاصل في تدفق الاستثمارات الأجنبية في هذه البلدان - بخلاف ما كان عليه الحال خلال فترة السبعينات من القرن العشرين- تبنت البلدان النامية سياسات تدعم هذه الاستثمارات الأجنبية⁽³⁾.

في ظل تحقيق المصلحة العامة من الاستثمارات الأجنبية موضوع العقود الإدارية الدولية، وتقبل فكرة أن كل طرف من العلاقة التعاقدية يسعى لتحقيق أهدافه الخاصة، التي من أهمها: تحقيق أعلى معدلات الربح، فأصبح من الواجب توفير حماية وضبط لمفاهيم معينة.

⁽¹⁾ <http://investissement-avenir.gouvernement.fr>، consulter le 20/11/2015.

⁽²⁾ OSEO: Agence française de l'innovation /Banque Publique d'Investissement, <http://www.oseo.fr>.

⁽³⁾ A. laazane, Me régime juridique international des investissements étrangers, "étude dans le cadre de l'OMC", Rev. L'Egy. Contem., n°485, 2007, P.39.

ولذلك، تُعدُّ التشريعات الداخليَّة من أهمِّ الحَواجز التي تُحدُّ من حماية حقوق المِلكيَّة؛ لذا تُقوم عمليَّة الإصلاح الاقتصاديِّ على مجموعةٍ من المبادئ المُعترف بها دوليًّا، مبنيةً على أساسٍ مُشتركٍ يتمثَّل في انسحاب الدولة من المجال الاقتصاديِّ، وتحرير الاقتصاد عن طريق التَّخفيف من القيود، وإدخال قواعد المنافسة⁽¹⁾، هذا لا يَمنع من كون الاستثمار الأجنبيِّ رأس مالٍ خارجيٍّ وافدٍ إلى الدولة المُتعاقدَة بموجب عقد الاستثمار، ومن ثمَّ فإنَّه يخضع للقواعد القانونيَّة السَّارية فيها؛ لأنَّ هذه القواعد المفروضة من قِبَل المُشرِّع الوطنيِّ تُمثِّل مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة، وحقًّا مشروعًا من حقوقها القانونيَّة لا يُمكن إنكاره، رغم أنَّها قد تُشكِّل في الوقت ذاته مُعوقاتٍ أمام المُستثمر الأجنبيِّ، تدفعه إلى الهُرُوب من الأقاليم المُقيَّدة للاستثمار، والبحث عن وسائل قانونيَّة تُوفِّر له الأمن القانونيَّ لاستثماره، وبناءً عليه ينقسم هذا المطلبُ إلى فرعين، وذلك وفقًا للتَّرتيب الآتي:

الفرع الأوَّل: قيود حماية المِلكيَّة الخاصَّة.

الفرع الثَّاني: الضَّمانة الدوليَّة عامل استقرار للمِلكيَّة الخاصَّة.

الفرع الأوَّل: قيود حماية المِلكيَّة الخاصَّة

يُعدُّ النظام الماليُّ الذي يدخلُ في إطار الامتيازات التَّحفيزيَّة الممنوحة من قِبَل الدولة غير كافٍ؛ نظرًا للاصطدام الذي قد يحدثُ عند المساس بحقوق المِلكيَّة المُتعلِّقة الخاصَّة بأموالٍ وعقارات المُستثمر المُتعاقد مع الدولة، وعليه فالتَّكامل بين المزايا الماليَّة والحماية القانونيَّة للحقوق المِلكيَّة التَّابعة للاستثمار ضروريٌّ لإنجاح مشروع الاستثمار موضوع العقد. والسَّبب في ذلك، أنَّ ملكيَّة المُستثمر الأجنبيِّ في تشريعات الاستثمار الحديثة تُعدُّ مُرادفةً للاستثمار؛ لأنَّ هذا الأخير يعني: خُلِق ملكيَّة جديدة هي ملكيَّة المشروع الاستثماريِّ، ووفقًا للمفهوم الحديث للاستثمار الأجنبيِّ الذي تبنَّته التشريعات والفقه والعرف الدوليُّ، الذي لا يَقصر حقَّ المِلكيَّة في الأموال الماديَّة والأموال العينيَّة، وإنما يشمَل مظاهر السَّيطرة المُباشرة وغير المُباشرة على عناصر الاستثمار ذات القيمة الاقتصاديَّة، لتشمَل بذلك الحماية أكبر جانبٍ من النِّشاط الاقتصاديِّ. ورغم ذلك، يُواجه حقُّ المِلكيَّة قُيودًا على هذه الحماية، وإن كانت مُخفِّفة مُقارنةً بالمرحلة السَّابقة: لم سَعَت الدُول إلى طرد المُستثمرين الأجنبيِّين بَدَل جَذبهم؟ وهذا نتيجة سياسة التَّأميمات التي تبنَّتها الدُول النَّاميَّة في سنوات السَّبعينات من القرن الماضي.

(1) عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبيَّة في القانون الجزائريِّ، المرجع السَّابق، ص 67.

وينتقد الفقه هذه الفيود، ويعدّها حواجزاً وصعوباتٍ تحُول دُون نجاح المَشروع الاستثماري، خاصةً أنّه على الدّولة النّامية مُواجهة المُشكلات والصّعوبات التي تمسّ النّشاط الاقتصاديّ على إقليمها، فإن كانت بعضُ الدّول حاليّاً تُعاني من مُشكلاتٍ سياسيّة واقتصاديّة قد تُؤثر بشكلٍ مباشرٍ على استقطاب الاستثمار الأجنبيّ، فإنّ الأردنّ قد واجهت في ما سبق مثل هذه الأزمات الاقتصاديّة، في مرحلتين تاريخيّتين، أسهمت كلتاهما في التّأثير على الاستثمار.

ورغم ذلك، تُعدّ الملكية الخاصّة لدى المُستثمر الأجنبيّ حقّاً مقدّساً؛ ممّا يجعل تمسك سلطات الدّولة بالإجراءات السّابقة الذّكر - خاصّةً في العقود الإداريّة الدوليّة - أمراً غير مُحبّبٍ لديه؛ إذ إنّ مثل هذه الإجراءات تمسّ حرّيته الاستثماريّة واستقرار مشروعه الاستثماري.

إلاّ أنّ تقييد الملكية الفرديّة ووصفها بأنّها حقّ قانونيّ واجب الاحترام لم يَمنع التّشريعات المُختلفة منذ القدم من الاعتراف للدّولة بحقّها في نزع الملكية للمنفعة العامّة مقابل تعويضٍ يُدفع للمالك، وهو ما أقرّه النّظام القانونيّ الأردنيّ أيضاً بدايةً من الدّستور إلى قانون الاستثمار، وتأكيداً لذلك نجد أنّ الدّولة الأردنيّة ما زالت تتمسك بحقّها في نزع الملكية والاستيلاء والتأميم، وهذا بتضمينها لتكون بُنوداً في العقود الإداريّة لدى الدّول التي تُبرمها، هذا وإن كانت القراءة الأولى لهذه البُود تُوجي بالعكس، إلاّ أنّ الاستثناء الوارد عن المنع هو الذي يُمثّل القيد الذي يُخيف المُستثمر الأجنبيّ المتعاقد مع الإدارة.

وختاماً، يُعدّ حقّ نزع الملكية عاملاً مُقيّداً لأحدِ حقوق المُستثمر الأجنبيّ، وليس حاجزاً للاستثمار الأجنبيّ ككلّ؛ لأنّ تنظيم المُشرّع لحقّ نزع الملكية لصالح الدّولة بدوره يفرض ضوابط تشريعيّة ضدّ الكيان العموميّ. ويُعدّ الاستيلاء - فقهيّاً - إجراءً مُشابهاً لنزع الملكية تتمسك به الدّولة كطرفٍ في العقد، إلاّ أنّه إجراءً مُؤقت، يشمل الأموال العقاريّة والمنقولة، ويُحدّد التّعويض قياساً لمُدّة الاستيلاء عكس نزع الملكية، رغم أنّ المُشرّع في القانون المدنيّ لم يُحدّد ذلك، ومن ثمّ فإنّه حقّ أقلّ تقييداً من نزع الملكية إذا ما عدّ إجراءً مُؤقتاً، وليس نهائياً.

جاء أيضاً إجراء التأميم ضمن بنود اتّفاقيّة الاستثمار محلّ المناقشة، ويُمكن هذا الإجراء الدّولة من تأميم شركة الاستثمار في حالة إصدار نصّ قانونيّ يُتيح ذلك، ولما سبق أثارت إشكاليّة الاعتراف بحقّ تأميم ونزع ملكيّة الاستثمارات الأجنبيّة لصالح الدّولة اختلاف الفقه، حيثُ تمسك بعضهم بعدم مشروعيّة هذه الإجراءات؛ استناداً إلى نظريّة الإثراء بلا سبب التي تُراعي الآثار المترتبة عليها، والمتمثّلة في إثراء الدّولة المُضيفة على حساب دولة المُستثمر، أمّا بعضهم الآخر

فيتمسك بحق الدولة في التأميم استنادًا إلى سيادتها الإقليمية، وما يترتب عليها من سلطة في تنظيم النشاط الاقتصادي؛ خدمة لأهدافها وأولوياتها⁽¹⁾.

وهذا الرأي نفسه تبنته محاكم وهيئات التحكيم الدولية، وعدته تعبيرًا عن سيادة الدولة الإقليمية المكرسة في القانون الدولي⁽²⁾، وسبق لمحكمة العدل الدولية الدائمة التأكيد على حق التأميم بصفته من الحقوق السيادية للدولة⁽³⁾، كما اعترفت بحقها أيضًا بعدم ممارستها من أجل جذب رؤوس الأموال الأجنبية، دون أن تتضمن أي تنازلات في هذا المجال، ويتم ذلك عن طريق معاهدة ثنائية أو متعدّدة الأطراف، أو بواسطة العقد المبرم بين الدولة والمستثمر، أو عن طريق التشريع الداخلي⁽⁴⁾.

وعليه، نلاحظ أن تمسك الدولة بهذه الشروط في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها لا يعد أمرًا غير مشروع بالنسبة للنظام الدولي، وإن كان باستطاعتها التنازل عنه؛ سواء أكان في الاتفاقية الثنائية أم العقد، إلا أن منعه يعدّ تعديًا على أحد حقوق السلطة العامة. ومن ثم يترك لها الاختيار في تضمينه داخل العقد أو لا، وهو ما عملت به الدولة الفرنسية في اتفاقية الامتياز المبرمة بين الدولة وشركة تشغيل المطارات، والتي جاءت الاتفاقية خالية من هذا الشرط، بالمقابل اعتمدت على أساليب رقابة إدارية أخرى⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: الضمانة الدولية عامل استقرار للملكية الخاصة

لطالما ظلت الضمانات الداخلية للاستثمار مقصورة في طمأننة المستثمرين، فقوانين الاستثمار في الدول المضيفة لا تحقق وحدها الحماية الكافية بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء، فالهلع من بسط

(1) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 280.

(2) من بين هذه الأحكام: الحكم الصادر في قضية TOPCO، وقضية Clasiatic Texaco. عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص 280-281.

(3) وهذا في قضية les intérêts allemands en haute Silésie polonaise. عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص 281.

(4) عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص 282.

(5) décret n° 2015-319 du 20 mars 2015, op.cit.

سُلطان الدولة كان الدافع وراء البحث عن ضمانات دولية تحمي الاستثمارات الأجنبية، وتخلق نوعاً من التوازن القائم على تلبية مصالح الطرفين في العقد⁽¹⁾.

لذا اهتمت المصادر الدولية اهتماماً كبيراً بتوفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي بصفة عامة، فخلق المجتمع الدولي لهذه المصادر يهدف إلى وضع آليات قانونية من أجل إنشاء بيئة مستقطبة للاستثمار داخل الدول، تضمن للمستثمر الأجنبي امتيازات أكثر استقراراً من خلال التعاقد في ما بين الدول على شكل كتلتات جماعية أو ثنائية، تُعطي أبعاداً قانونية للحماية الدولية للاستثمار⁽²⁾.

وتعد الحقوق المكتسبة: تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين، والتي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد، وبدافع الرغبة في طمأننة المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة تلجأ هذه الأخيرة إلى التعاقد مع دولته الأصلية عن طريق اتفاقيات دولية من أجل ضمان رعاية أكثر له في سبيل تشجيعه، واستقطاب استثماراته على إقليمها.

إن توجه الدول إلى التكتل في ما بينها يحقق أبعاداً اقتصادية تنموية مشتركة، خاصة أنها تحقق نظام حماية شاملاً لحقوق المستثمر الأجنبي المكتسبة بواسطة عقده الإداري الدولي، والمنظمة بموجب التشريع الوطني، بالإضافة إلى إمكانية إضافة حقوق جديدة، وإلغاء ما يخالف أحكام الاتفاقية الدولية في التشريع الوطني؛ لسموها عليه.

ومن بين أهم الاتفاقيات التي تضمن الحماية القبلية للحقوق المكتسبة: الاتفاقيات الإقليمية والثنائية؛ نظراً لمحدودية المعنى بهذه الاتفاقيات، ما يكسبه معاملة قانونية ومالية تميزية لمشروع الاستثمار المقام على إقليم الدولة الأجنبية، والمتعاقد مع دولته الأصلية.

ويُقصد بالاتفاقيات الإقليمية: تلك الكتلتات التي تعقدتها الدول؛ نظراً لانتمائها إلى أقاليم جغرافية ذات طبيعة مشتركة من الناحية الثقافية والاقتصادية والاجتماعية، منسئة بذلك اتحاداً لها في عديد من القضايا والمسائل المشتركة، تهدف من خلالها إلى تحقيق أهدافها المشتركة في مختلف المجالات⁽³⁾.

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2008، ص109.

(2) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص109.

(3) حساني محمد منير، المرجع السابق، ص5.

ولذلك، يُعدُّ مجالُ الاستثمار من أهمِّ المجالات التي تهدفُ إليها هذه الاتِّفاقيات؛ لما له من أبعادٍ في الحياة الاقتصادية للدُّول الأعضاء، غير أنَّ تقيُّم مدى فعاليته ومردوديته على اقتصاداتها يختلفُ بحسبِ بُنود الاتِّفاقيَّة وتطبيقاتها على أرض الواقع⁽¹⁾.

ومن أجل ذلك، قد تُوفِّر الاتِّفاقيات الإقليمية الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي، لكنَّ هذا لا يكفي إذا افترضنا أنَّ هذه الحماية تُشجِّع استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وبالمقابل قد تُكوِّن غير فعَّالة لإنجاح المشروع الاستثماري موضوع العقد الإداري الدولي؛ نظرًا لعدم وجود أبعادٍ تنمويَّة اقتصادية حقيقية للدولة المستقطبة داخل الاتِّفاقيَّة⁽²⁾.

وانطلاقًا من انتماء الأردن لإتحاد الدول المغاربية، وانطلاقًا من فحوى المادة الثالثة من معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي، ورغبةً من دُول الإتحاد في توثيق العلاقات الاقتصادية وتكثيف التعاون المثمر بينها، واقتناعًا منها بتشجيع وضمان الاستثمارات وقَّعت اتِّفاقيَّة تشجيع وضمان الاستثمار بين دُول المغرب العربي، ويُعدُّ هذا بمنزلة ترويج أوليٍّ للتَّوجُّه الوحدويِّ على المستوى الجهويِّ والاقتصاديِّ، فالمراد من هذه الاتِّفاقيَّة: توثيق العلاقات الاقتصادية وتكثيف التعاون المثمر بين دُول الإتحاد المغربيِّ، خلال تدعيم وتشجيع الاستثمار في ما بينها، وتحقيقًا لأفضليَّة في مُعاملة رؤوس الأموال والاستثمارات التابعة لهذه الدُول على إقليم الدولة المستقبلية لها⁽³⁾.

وعليه، تضمَّنت هذه الاتِّفاقيَّة عديدًا من الأحكام، التي تضمَّن بها حماية وتشجيع الاستثمار في الدُول المغاربية عامَّة، والأردن خاصَّة؛ حيثُ كفلت للمستثمر المغربيِّ تمييزًا في المُعاملة داخل أحد أقاليم دُول الإتحاد المغربيِّ، من خلال تكريس حُرِّيَّة حركة رأس المال المغربيِّ من دُول الإتحاد إليها، وتوفير الإمكانات اللازمة والملائمة لاستثمار هذه الرؤوس؛ وفقًا لطبيعة

(1) علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة، 13 ديسمبر 2008، ص 78.

(2) دُول اتِّحاد المغرب العربي هي: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والمملكة المغربية، والجمهورية الإسلامية الموريتانية، والجمهورية التونسية، والجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى.

(3) انظر ديباجة اتِّفاقيَّة تشجيع وضمان الاستثمار بين دُول الإتحاد المغربيِّ.

الاستثمار، وبما لا يقلُّ عمَّا قد يُتاح للمستثمر الوطني، كالمساواة مع هذا الأخير في تحمُّله الرسوم التأسيسية ورسوم وأجور الخدمات⁽¹⁾.

تظهر هذه المعاملة العادلة والمُنصفة بحسب ما ورد في الاتفاقية في مجموعة من التسهيلات؛ من أهمها: إصدار التراخيص والموافقات اللازمة لقيام الاستثمار، وحق استيراد المعدات والموارد اللازمة للاستثمار، بالإضافة إلى حق امتلاك الأراضي اللازمة للمشروع، ما يجعل المستثمر المغربي مستفيداً من أي مزايا يُقدِّمها الطرف المتعاقد لمواطني أي دولة أخرى؛ وفقاً لمبدأ المعاملة الأكثر رعاية⁽²⁾.

أمَّا بالنسبة لحماية الحقوق المالية، فقد كرّست الاتفاقية الضمانات المالية التقليدية؛ مثل: حُرِّيَّة تحويل الأموال بدون آجال، بالإضافة إلى مبدأ حماية استثماره من الأضرار التي قد تلحقه من قبل الدولة المتعاقدة، حيثُ يُثير تدخلها في الاستثمار بطريقة تعسفية تمسُّ الحقوق المكتسبة مسؤوليتها الدولية نتيجة ما أحدثته من ضرر، واحتراماً لالتزاماتها الدولية تجاه المستثمر المغربي يتوجب عليها تعويض ذلك الضرر⁽³⁾.

وعلى الرغم من التخصيص على مبدأ المعاملة أكثر رعاية، إلا أنها تبقى معاملةً محدودةً يحكمها مبدأ المساواة بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي؛ أي: عاملاً تقيدياً من الممكن أن لا يخلق حوافز جديدة تستقطب المستثمر بموجب هذه الاتفاقية نتيجة ارتباطها الدائم بأحكام التشريع الوطني، دون إنكار أحقية التفاوض على امتيازات مالية إضافية⁽⁴⁾.

أمَّا بالنسبة للضمانات القانونية، فإنَّ الاتفاقية تحمي الاستثمار من التأميم وانتزاع استثمارات أحد رعايا الأطراف المتعاقدة، إلا في حالة كون هذه الإجراءات لفائدة المصلحة العامة، وطبقاً للصيغ التي ينصُّ عليها قانون الدولة المضيفة للاستثمار، مع شرط أن تتمَّ هذه الإجراءات دون تمييز بين المستثمرين مقابل تعويض عاجلٍ وعادلٍ وفعليٍّ خلال مُدَّةٍ لا تزيد عن سنةٍ من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفته القطعية.

(1) لتفصيل أكثر، انظر: المادة الأولى من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي.

(2) المواد (02 و 06) من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي.

(3) لتفصيل أكثر، انظر المواد: (11، 12، 13) من ذات الاتفاقية.

(4) المادة 14 من ذات الاتفاقية.

ويلاحظ أنّ تكريس حماية الاستثمارات من إجراءات نزع الملكية أو التأميم ليس مطلقاً بموجب هذه الاتفاقية، وهذا ما يُفسّر احتفاظ الدولة في عقدها على نسبةٍ مُعيّنةٍ من سلطتها العامة في العقد، مُبرّرة ذلك بالمصلحة العامة، ما يُكرّس الطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار الدولي الذي تُكوّن الدولة طرفاً فيه، خاصّةً أنّ مثل هذه الإجراءات تُعدّ من القيود التي تفرضها الدولة على الاستثمارات.

خاتمة الباب الأوّل

إنّ الأساس الذي يخلص إليه البحث في النّظام القانوني للعقود الإدارية الدوليّة، هو أنّ هذا النّظام القانوني لم يكن محلّ اهتمام القوانين الوطنيّة إلاّ من ناحية أهميّة العقود الإدارية الدولية بالنسبة للاقتصاد الوطني، وذلك من خلال دورها في النهوض بالتنمية الوطنيّة وتخفيف الأعباء العامة بإسهام مباشرٍ من قبل الدولة التي تضع سياساتٍ اقتصاديةً تضمّن بها مصلحتها الخاصّة، التي تعتمد فيها على عامل الجذب الاقتصادي، إضافةً إلى مُتغيّراتٍ أُخرى تتعلّق بالاستثمار تحت إطارٍ قانونيٍ يلائم إرادتها.

لذا فإنّ صبّها لإرادتها في التّنظيم القانوني لعقودٍ إداريّةٍ تحمل صفةً دوليّةً كان بخلاف إرادة المُتعاقد الأجنبيّ الذي سعى هو الآخر من خلال فرض قانون الإرادة إلى إخراج العقد من التّركيز الإداري للدولة إلى ما هو دوليٌّ؛ وفقاً لصفته الثانية.

هذا ما دفع الدولة المبرمة لمثل هذه العقود إلى تغيير توجهاتها من خلال تنمية مصالحها الاقتصادية من خلال تبنّيها للتحوّلات الاقتصادية والمالية وكذا القانونية الدوليّة، مراعيةً في ذلك إرادة المتعاقدين الأجانب الذين يصعب إخضاعهم للقانون العامّ.

ثمّ إنّ بقاء العقد الإداري الدوليّ عقدًا إداريًا من الناحية القانونية قد ناقص صِفته الدوليّة المرتبطة بتسميته، التي تعتمد في الأساس على مبدأ التوازن القانوني لأطراف العلاقة التعاقدية، ما استوجب وضع قواعد قانونية ملائمة عند تنظيم العقود الإدارية الدولية، لا بدّ أن تتجاوز معيارها الكميّ إلى معيار نوعيّ تقنيّ يجمع خصائص صفتيها معًا، وهذا في سبيل ضمان أكثر فاعليّة لهذه العقود، وإلاّ فإنّ تسميتها ستصبح غير سليمة من الناحية القانونية، ما يجعلنا نكتفي بتسميتها "عقود الدولة".

وإسقاطًا لذلك، ونتيجةً للمقارنة المنتهجة في مراحل هذا البحث نلاحظ أنّ المشرع الأردنيّ قد أوقع التنظيم القانوني لهذه العقود ولم يستقرّ على رأيٍ محدّد، فمن جهةٍ تراه يُمدّد في القواعد التنظيمية للعقود الإدارية الدوليّة، ثمّ يعود مرّةً أخرى إلى التشديد أو الحصر في النصّ التشريعيّ نفسه، ما لوحظ خاصّةً في قانون الصفقات العموميّة وتفويضات المرفق العامّ، ليَجعل القواعد التنظيمية المُسقطّة على العقود الإدارية الدولية غامضةً ومتضاربةً في غالب الأحيان.

أمّا بالنسبة للمشرع الفرنسيّ فلم يطرح النصّ دائمًا، وإنّما كان التّدخل السّلبيّ للقضاء الإداري من خلال الاجتهاد بالتّمسك باختصاصه القضائيّ، ومن ثمّ اختصاص القانون الإداري بصفته قانونًا واجب التطبيق على العقد الإداري الدوليّ.

وعليه، فإنّه لا يُمكن دومًا التّمسك بتبرير عدم استقرار النظامين محلّ الدّراسة على أساس الطبيعة المزدوجة للقانون والقضاء؛ لأنّ ذلك سيجعل النظام القانوني للعقود الإدارية الدوليّة غير مرّن بالدرّجة الكافية للاعتراف بقواعد قانونية موضوعية وإجرائية، وذات طبيعة إدارية ودولية في الوقت نفسه، اعتدًا بأنّ إمكانية إنكار هذه القواعد الدّخيلة مُحتملة من قبل القانون الإداري وقاضيه. وهذا لا يعني إنكار ما وصل إليه النظام القانوني للعقود الإدارية الدوليّة في هذين النظامين، خصوصًا أنّ الصّفة الإدارية الموجودة في العقد مُستأصلة من هذا النوع من الأنظمة القانونية، التي تُخاطب في الأصل أشخاص القانون العامّ، التي تعاقدت مع متعاملين متعاقدين أجانب؛ لذا فإنّ تسجيل بعض النّقائص التي لا تُوفّر حماية قانونية ملائمة للعلاقة التعاقدية في مجمل مراحلها - من تكوين العقد إلى تنفيذه - لا يعني نفي ما سار عليه النظام القانوني المُنتقد؛ لأنّه لا يُمكن

الوقوف فقط عند نقد القواعد، بل عند تفسير خصائص النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية لدى مشرّعين ودولتين، قد تكونان من أكثر الدول خبرة في إبرام هذا النوع من العقود.

وبعد هذه الدراسة تمّ التوصل إلى جملة من النتائج، تعلّقت بتقييم القواعد القانونية المؤطرة للعقود الإدارية الدولية في النظامين المقارنين على حدّ سواء، خاصة من ناحية غموض النصوص القانونية وتصادمها أحياناً أخرى في النظام الأردني، وتركيز هذه العقود في ظلّ قواعد القانون العام في النظام الفرنسي، وبرز أهمها في ما يلي:

- يُعدّ التنظيم القانوني للعقود الإدارية الدولية أكثر أهميّة في ظلّ التحوّلات القانونية الدولية الآنية، الذي أصبح أكثر العوامل جذباً للمتعامل الاقتصادي الأجنبي، بخلاف ما كان عليه عند ظهور هذا النوع من التعاقد.
- رغم توفر النصوص التنظيمية - سواء أكانت موضوعية، أم إجرائية في النظامين القانونيين محلّ المقارنة- فإنّ التمسك بسلطة الإدارة في العقد جعلتها أقلّ فاعلية، هذا ما ناقض مبدأ التوازن في العلاقة التعاقدية، وصعب تجاوز المعيار الكمي للنصوص إلى معيار نوعي.
- وقع المشرّع الأردني في عدم الاستقرار على رأي محدّد، فمن جهة تراه يمدّد في القواعد التنظيمية للعقود الإدارية الدولية، ثمّ يعود مرّة أخرى إلى التشديد أو الحصر في النصّ التشريعي نفسه؛ ليجعل القواعد التنظيمية المسقطة على العقود الإدارية الدولية غامضة ومُنضارية في بعض الأحيان.
- أمّا بالنسبة للمشرّع الفرنسي فلم يطرح النصّ دائماً، وإنّما كان التدخّل السلبي للقضاء الإداري من خلال الاجتهاد بالتمسك باختصاصه القضائي، ومن ثمّ اختصاص القانون الإداري بصفته قانوناً واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.
- أثبتت المعايير الفقهية المحددة لإدارية ودولية العقد -على حدّ سواء- فشلاً في بحث التوازن التعاقدية على العلاقة التعاقدية، خاصة حال عدم استقرار المشرّع في الأخذ بها عند التّحديد القانوني لمراكز الأطراف.
- في ما يتعلّق بتدخّل قانون الاستثمار في تنظيم هذه العقود، فإنّ قواعده لا تعدو أن تكون عوامل جذب للاستثمار الأجنبي من خلال الامتيازات المالية المدرجة في العقد.
- أنّ إرادة الأطراف تعدّ المصدر المُفعل للقواعد القانونية الضامنة لحقوق الأطراف في العقد؛ مثل: شروط (الثبات التشريعي، وإعادة التفاوض، والتحكيم) التي تُعدّ آليات تُوفّر الأمن القانوني

- والتوازن في العلاقة التعاقدية بقوة العقد، غير أن رُضوخ الدولة لإرادة المتعاقد الأجنبي المطلقة قد تؤدي إلى ظاهرة وجود عقد بدون قانون.
- ومن الناحية الإجرائية المتعلقة بالفصل في منازعات هذه العقود، فإن التحكيم وإن صاحب الاختصاص الأصلي بحكم قوة العقد، وكذا اعتراف المشرعين محل المقارنة بذلك - سواء أكان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أم قانون الصفقات العمومية - فإن هذا لا يُعد انفصالاً مُطلقاً عن القضاء الوطني، وهذا بحكم طبيعة هذه العقود، وكذا القانون الواجب التطبيق عليها الذي يكون في الغالب قانون الدولة المتعاقدة.
 - أن الصواب الإجرائية الفاصلة في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية الدولية تُعبر عن نظام قضائي متكامل من حيث الوظيفة بين التحكيم والقضاء الوطني كما جاء في اجتهادات القضاء الفرنسي، الذي أسهم في ضبط هذه العلاقة الوظيفية، وتفسير أحكام القانون في هذا الصدد.
 - توصل البحث أيضاً - في إطار الفصل في النزاعات - إلى تحديد دور التحكيم الدولي، والذي يتمثل في ممارسة قواعد العدالة القضائية بوصفه صاحب اختصاص حصري في النزاع، في حين يتمثل دور القضاء الإداري في تكريس التطبيق الصحيح لهذه العدالة، من خلال الدور المساعد من جهة إجراءات الفصل، ودور المراقب للحكم.
 - على عكس ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من عدم وضوح القاضي المختص في التدخل، حيث أسهم الاجتهاد القضائي الفرنسي في ضبط هذه العلاقة الوظيفية، وتفسير أحكام القانون في هذا الصدد بتمسك القاضي الإداري باختصاصه القضائي، ومن ثم اختصاص القانون الإداري بصفته قانوناً واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.
 - دعت الدراسة المقارنة التي سارت عليها مراحل هذا البحث إلى وصف النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في الأردن بأنه نظام قانوني في إطار التطور، يقف على تجربة نصوص قانونية قبل الإرساء على قواعد موضوعية وإجرائية تصب في صالح إبرام هذه العقود.
 - في حين أن التجربة الفرنسية كانت ذات أقدمية؛ حيث إنَّها - بحكم اجتهاد قضائها - تغلبت على عدم تكييف النصوص القانونية في تشريعاتها؛ ليكون بذلك أكثر نشاطاً في تفسير الإطار القانوني لهذه العقود، وهذا من خلال خلق قواعد قانونية مادية مساعدة للقاضي.
- بناءً على النتائج السابقة يقدم الكتاب مجموعة من الاقتراحات، تتمثل في:

ضُرورة استِقرار المُشرِّع على رُؤية تشريعيَّة واضحة في سَبِّه للقواعد النَّاطمة للعُقود الإداريَّة الدَّوليَّة من خلال الحرص على عدم الاندفاع عند اقتباس القواعد القانونيَّة، والانطلاق من واقع مُمارسة هذه النَّشاطات بضبط أحكامٍ قانونيَّة تتسجُم مع خصوصيَّة هذه العقود؛ لِمَا لها من أهميَّة وخطورة في الوقت نفسه؛ لارتباطها بالنَّتمية الاقتصاديَّة والمُحافظة على المال العامِّ، وعلى المُشرِّع - في تنظيم مجال الصَّفقات العامَّة، وتَفويضات المرفق العامِّ - ضبط المُصطلحات والإجراءات، خاصَّةً لتعلُّقها المُباشر بالمال العامِّ والخِدمة العامَّة، فَعُمُوض بعض نُصوصها، وعدم التَّنظيم الكافي للمناقصة الدَّوليَّة من حيث الإجراءات سيَدفع بالدَّولة إلى التَّنازل لصالح المُستثمر الأجنبيِّ عن المبادئ القانونيَّة المُكرَّسة في هذا القانون، كإبرام العقد الإداريِّ الدَّوليِّ من خلال إجراء التَّراضي دُون المرور بالمناقصة، كما أنَّ تباين الاختلاف بين التَّراضي والتَّفاوض أمرٌ لا بُدَّ من تكريسِه، خاصَّةً أنَّ التَّفاوض لا يهدفُ إلى اختيار مُعاملٍ مُتعاقدٍ، إنَّما وَضَع شروط العقد.

- ضرورة التَّنسيق بين النُّصوص القانونيَّة النَّاطمة لأحكام الاستِثمار والصَّفقات العُموميَّة، وقانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة؛ في سبيل توفير إطارٍ قانونيِّ مُتكاملٍ وغير مُتناقضٍ، خاصَّةً أنَّ هذه القوانين تَلعبُ دورًا ثلاثيًّا في تنظيم العقود الإداريَّة الدولية.
- العمل على جَمع القواعد القانونيَّة المُتفرِّقة في مُختلف النُّصوص التشريعيَّة الوطنيَّة والاتِّفاقيَّات الدَّوليَّة المنظِّمة للعُقود الإداريَّة الدَّوليَّة في دليلٍ وطنيِّ نظاميِّ، يُسهِّل على المُتعاقدِين الأجنبيِّين - الراغبين في التَّعاقد مع الدَّولة الأردنيَّة - فَهَم السِّياسة المُنتهجة، وتُوقِّع الشُّروط والمبادئ المُسيِّرة لهذه العقود.
- إلزام الإدارات والمُؤسَّسات العُموميَّة على نشرٍ مثل هذه العقود على مواقعها الرِّسميَّة أو في الجريدة الرِّسميَّة؛ لمُساعدة الباحثين في دراسة مثل هذه العقود من جانبها القانونيِّ، والإفصاح عنها بأكثرِ مصداقيَّة وشفافيَّة.

الباب الثاني: الفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية

تمهيد وتقسيم:

قد يشوب مرحلة التعاقد خللاً ما، تؤثر في ما يلي على مرحلة تنفيذ العقود الإدارية الدولية، فكل ما كانت مرحلة التكوين مضبوطةً كان التنفيذ سلساً والعكس، لذا كان على الأطراف عند اتفاقهم على بنود العقد توقع حدوث إشكالات في التنفيذ، خاصةً أن مرحلة التكوين لم تحكمها قواعد قانونية خاصة بهذه العقود نابعةً من تشريع موحدٍ بالنسبة للأطراف في سبيل تفادي أقل عددٍ ممكنٍ من النزاعات القضائية التي ستؤثر على التنفيذ.

هذه النزاعات التي قد تطرأ في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية الدولية تحكمها كسابقها قواعد قانونية غير مستقرة في تشريع واحدٍ، لها طبيعة قضائية في غالب الأحيان، تُراعى فيها إرادة الأطراف عند تأسيس العقد، ووضع بنوده، وكذا قانونه.

وتعود القواعد بالدرجة الأولى إلى المحكمة المختصة في الفصل في النزاع المتوقع حدوثه في مرحلة الإبرام، فالاختصاص القضائي هو الأساس الذي تتركز عليه أطراف العقد لتنفيذ الالتزامات التعاقدية عند التنازع، ولا بُد من ضرورة ملاءمة اختصاص الهيئة القضائية لها - سواءً أكانت الوطنية أم الدولية-، فطبيعة العقد وبُنوده يحولان دون عرض النزاع على قاضٍ غير مختصٍ، وإن كانت تلك رغبة الطرف العام في العقد.

فإعمال القانون العام وتوجيه الاختصاص القضائي للقضاء الإداري يتوقف على قوة العقد، خاصةً عند إدراج شرط التحكيم الدولي، والاتفاق على طرح النزاع أمام هيئة تحكيم دولية، وهذا ما يضع النظام القانوني الداخلي في مأزقٍ أمام التحكيم الدولي عند مواجهته بالحظر أو الرقابة.

وعليه عالج هذا الباب القواعد المادية المثبتة لاختصاص المحكم الدولي كقاضٍ أصليٍ مختصٍ في النزاع، انطلاقاً من حظر التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلى قابليته كقضاءٍ مؤازرٍ. ومن ثم تحديد دور القاضي الوطني في المنازعة التحكيمية بين الرقابة على الحكم التحكيمي وضرورة تكريس دور القضاء الإداري في ذلك، وبين الدور الإشرافي أو المساند للتحكيم الدولي الذي يدعم تحقيق القواعد الإجرائية المدعومة لإرادة الأطراف من خلال إقامة العدالة القانونية من خلال ثلاثة فصول، هما:

الفصل الأول: دور المحكم الدولي كقاضٍ أصليٍ في حل النزاعات

الفصل الثاني: تعيين وتطبيق قانون العقد من قبل الجهات التشريعية والقضائية.

الفصل الثالث: دور القاضي الوطني في فض الخصومات التحكيمية.

الفصل الأول: دور المحكم الدولي كقاضٍ أصليٍّ في حل النزاعات

تمهيد وتقسيم:

تسير في الوقت الحالي - عبر حركةٍ قويّةٍ عالمياً تُحرر القوانين الوطنية للتحكيم الدوليّة - حركةٌ تتماشى في المسار نفسه مع عولمة الاقتصاد، هذا ما وصل إليه التحكيم الدوليّ اليوم كأسلوبٍ تقنيٍّ في حلّ المنازعات على المستوى الدوليّ⁽¹⁾.

ويُعبر شرط التحكيم في العقد الإداري الدوليّ عن اتفاقٍ لإبعاد النزاع الذي قد ينشأ بموجب العقد من قضاء الدولة إلى هيئة تحكيمٍ دوليةٍ، لتصبح صاحبة الاختصاص الأصليّ في النظر إلى النزاع، على أن يكون هذا الشرط واضحاً، وأن يمتدّ عند عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها في العقد، فالتحكيم - كإجراءٍ لحلّ المنازعات - هو نظامٌ لعدالةٍ خاصّةٍ يسمّح بسحب الاختصاص في حلّ نزاعٍ مُعيّنٍ من المحاكم الوطنية لصالح أشخاصٍ خواصّ، يختارهم الأطراف أنفسهم من حيث المبدأ⁽²⁾.

ويُعدّ بذلك شرطاً عقدياً يصبّ لمصلحة كلا الطرفين من خلال توفير أمنٍ قانونيٍّ للطرف الأجنبيّ؛ إذ يبيد مخاوفه بشأن خضوع النزاع المتوقع حدوثه عند التنفيذ لقضاء الدولة الوطنيّ، ومن جهةٍ أخرى تستفيد الدولة من مزايا التحكيم لمواجهة تدخّل الدول بذريعةٍ حماية رعاياها، والمطالبة بالتعويض بحجّة الحماية الدبلوماسية⁽³⁾.

غير أنّ من ضروريّات قيام التحكيم وجود قواعدٍ ماديّةٍ مثبتة له كقضاءٍ موازٍ داخل النظام القانونيّ للعقود الإدارية الدوليّة، من خلال تنظيم التحكيم في القوانين الوطنيّة وضبط الجانب الإجرائيّ لضمان السير الحسن للمحكمة التحكيمية، للوصول إلى حكمٍ تحكيميٍّ خالٍ من العيوب،

(1) J.-B. RACINE ; Les raisons de la libéralisation de l'arbitrage internationale dans les pays émergents (le cas particulier de l'Algérie), RAJEP, Vol. n°4-2000, faculté de droit université d'Alger, p 267.

(2) Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, contrats d'Etat, collection de la CNUCED sur la question des accords internationaux d'investissement, Nations Unies, New York et Genève, 2004.

(3) T. Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger 1999, p. 10.

خاصةً المتعلقة بمخالفة النظام العام، ويُعدُّ بذلك تكريس أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم من أهمّ القواعد الماديّة المُثبتة للتحكيم في النظام القانوني للعقود الإداريّة الدوليّة، إلى جانب التّمدد القانوني لاتّفاق التحكيم كهيئة قضائيّة، وهذا من ناحية التّنظيم الشكليّ، وتكريس مبدأ استقلالية التحكيم، وتحديد القانون الواجب التّطبيق عليه. وبناءً عليه نناقش في هذا الفصل المبحثين التاليين:

المبحث الأول: أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم الدوليّ.

المبحث الثاني: المجال الممدود لاتّفاقيّة التحكيم في العقود الإداريّة الدوليّة.

المبحث الأول: أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم الدوليّ

تمهيدٌ وتقسيم:

يُعَدُّ تدخُّلُ الدَّولةِ في مجالِ العلاقاتِ الاقتصاديةِ الدوليَّةِ مُشكلةً مُستمرةً وثابتةً الوجودِ - سواءً أكانَ النِّظامُ اشتراكياً أم لبرالياً-، ففي مجالِ التَّحكيمِ الدوليِّ يَبقى مركزُها مُثيراً لمسألةِ مدىِ فاعليَّةِ التَّحكيمِ كوسيلةٍ لفضِّ المنازعاتِ التي تكونُ طرفاً فيها، لينتُجَ عن وجودِ الدَّولةِ في العقدِ الإداريِّ الدوليِّ ووجودِ شرطِ التَّحكيمِ عامِلانِ قد يظهريان بشكلٍ مُتكامِلٍ في حالةِ وجودِ أهليَّةِ قانونيَّةٍ مُكرَّسةٍ لقبليَّةِ الدَّولةِ في الخُضوعِ لهيئةٍ تحكيمٍ دوليَّةٍ.

وعلى الدَّولةِ الوُقفُ أمامَ صرورةِ تَكْرِيسِ قانونيِّها الداخليِّ لقبليَّتها في الخُضوعِ للتَّحكيمِ كقضاءٍ مُوازٍ، حيثُ تُعدُّ النُّظُمُ القانونيَّةُ الداخليَّةُ صاحبةِ الاختصاصِ في الاعترافِ بهذهِ القبليَّةِ، ما يُفيدُ أنَّ المصادرَ الوطنيَّةَ ستكشفُ عن تطوُّرٍ سريعٍ في حالةِ ظهورها بعدةِ إصلاحاتٍ قانونيَّةٍ، تتدخَّلُ فيها الدَّولةُ لجعلِ التَّحكيمِ الدوليِّ أكثرَ جاذبيَّةً على إقليميِّها⁽¹⁾.

هذا التدخُّلُ لم يَكُنْ لصالحِ الأشخاصِ المعنويَّةِ العامَّةِ في بداياتِهِ، خاصَّةً عندَ حَظَرِ خُضوعِها للتَّحكيمِ من قِبَلِ المُشرِّعِ والقضاءِ؛ بسببِ تَكْرِيسِ سُلطةِ الدَّولةِ في هذا النوعِ من العقودِ، غيرَ أنَّ التَّراجُعَ عن الحَظَرِ سَجَلُ كقاعدةٍ ماديَّةٍ مُثبتةٍ للتَّحكيمِ كشرطٍ لفضِّ نزاعاتِ العقودِ الإداريَّةِ الدوليَّةِ، وبناءً عليه سنتناولُ بالتَّفصيلِ في هذا المَبحثِ أهليَّةَ الدَّولةِ في الخُضوعِ للتَّحكيمِ الدوليِّ، وذلكَ ضمنَ المطلبينِ على النحو الآتي:

المطلب الأول: مرحلة حَظَرِ التَّحكيمِ في منازعاتِ العقودِ الإداريَّةِ الدوليَّةِ.

المطلب الثاني: تثبِيتُ أهليَّةِ الأشخاصِ العامَّةِ في القانونِ الأردنيِّ.

المطلب الأول: مرحلة حَظَرِ التَّحكيمِ في منازعاتِ العقودِ
الإداريَّةِ الدوليَّةِ

سيتناولُ الباحثُ مرحلةَ حَظَرِ التَّحكيمِ في العقودِ الإداريَّةِ الدوليَّةِ، وذلكَ ضمنَ الفرعينِ الآتيين:

الفرع الأول: اختلافُ الاجتهادِ القضائيِّ حولِ الاعترافِ بأهليَّةِ الدولةِ للخُضوعِ للتَّحكيمِ.

(1) FAUCHARD Philippe، GAILLARD Emmanuel، GOLDMAN Berthold،

Traité de l'arbitrage commercial international، édition Litec، Paris، 1996، p. 72.

الفرع الثاني: تعزيز قاعدة ماديّة للاعتراف بأهليّة الدولة للتّحكيم في علاقاتها الدوليّة.

الفرع الأوّل: اختلاف الاجتهاد القضائيّ حول الاعتراف بأهليّة الدولة للخضوع للتّحكيم

إنّ مصدر حظر أهليّة الدولة في الخضوع للتّحكيم في النّظام القانونيّ الفرنسيّ تعودُ أسسه إلى المادّة 1004 والمادّة 83 من قانون الإجراءات المدنيّة القديم، إلى جانب تمديد القاضي الإداريّ هذا الحظر على الحالات التي مسّتها أحكامه القضائيّة⁽¹⁾، وكذا المادّة 2060 من القانون المدنيّ الفرنسيّ التي منعت الجماعات والمؤسّسات العموميّة من الخضوع للتّحكيم، مع وجود بعض الاستثناءات التي وردت على سبيل المثال في قانون 17 إبريل 1906، الذي سمح للأشخاص المعنويّة العامّة في الصّفقات العموميّة الخضوع للتّحكيم بعد صدور مرسوم يُتيح ذلك؛ بناءً على تقرير الوزير المختصّ والوزير المكلف بالماليّة⁽²⁾، ومن الغايات التي ترتبط بهذا المبدأ: تجنّب أن يظهر القضاء الوطنيّ بمظهر ضعيف، وقد وصفه مفوض الحكومة الفرنسيّ الشهير "روميو" بـ(القضاء الثّابت)⁽³⁾، ويضيف الأستاذ/ ريشار Richer سبباً آخر، فاتفقيّة التّحكيم تمسّ اختصاصاً قضائيّاً؛ حيث يترتّب على التّحكيم أن يُصبح للمحكّم اختصاص ولائيّ مقابل اختصاص القضاء الوطنيّ، بينما نجد توزيع الاختصاصات بين القضاءين العاديّ والإداريّ يدخل في مجال القانون⁽⁴⁾.

غير أنّ الحظر أصبح خاليّاً من الاستثناءات، ومُطَبّقاً لحرفيّة الحظر الوارد في أحكام الموادّ 1004 و83، وذلك عند تكريس القضاء الإداريّ له، دون أن يعنّي ذلك أنّ تطبيق أحكام هذه الموادّ جاء صارماً من قِبَل القاضي الإداريّ، فما حكم القاضي الإداريّ إلّا واجهة تشريعيّة

(1) B. le Bars et J. Dalmasso ; Arbitrage commercial international « les grands arrêts du droit français, «bibliothèque Sainte Genévière, Paris, 2016, p. 180.

(2) E. Loquin ; L'arbitrage du commerce international, Joly éd., 2015, p 93.

(3) R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 9^e éd., 2001, P.235

;

(4) L. Richer, Droit des contrats administratifs, 4^e éd. L.G.D.J., 2004, P.306

تُضاف إلى المبدأ العام في القانون الفرنسي، والتي تمنع التحكيم بمجرد أن يكون أحد الأشخاص العامة طرفاً في النزاع⁽¹⁾.

فتطبيق هذا الحظر من قبل الاجتهاد القضائي الإداري - ولا سيما ضد المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري - أثار كثيراً من الجدل، ففي سنة 1957 قام مجلس الدولة - في ما يخص شركة وطنية - في قراره بإصدار حكم من أجل تكريس حظر التحكيم على الأشخاص العمومية بصفة عامة، وهذا عند قيامه في هذا القرار بإلغاء شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم، بحجة أن "المؤسسة عامة، تبقى صفتها هذه على تطبيق المبدأ الذي جاءت به أحكام المواد 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية، إلا إذا سمحت لها الأحكام التشريعية بصفة خاصة بذلك، فالمؤسسات العمومية لا تخضع للتحكيم"، وانتقد حكم مجلس الدولة بأنه تقليدي؛ نظراً لتطبيقه لمبدأ كان يعمل به في مرحلة كانت الدولة فيها قليلة التدخل في عالم الأعمال⁽²⁾.

وعليه، أعطى الاجتهاد القضائي الإداري نظرة حول الأهلية الغامضة عند تفسير النصوص القانونية، خاصة عند عدم التعمق في الاستثناءات التي ذكرتها المادة 2060 من القانون المدني، والتي لم تمنع التحكيم بصفة (الإطلاق) كما جاء في الاجتهاد؛ لهذا يصب موقف القضاء الإداري في قلب المادة الإدارية، دون أن يأخذ بالمصالح الاقتصادية الدولية المراد تحقيقها من العقد المبرم من قبل الأشخاص المعنوية العامة، حيث أعلن بطريقة غير مباشرة اختصاصه المطلق بالنظر في هذا النوع من النزاعات⁽³⁾.

لكنه في السنة نفسها، وقبل أشهر قليلة من قرار مجلس الدولة قضت محكمة استئناف (باريس) في قضية MyrtoonSteamship باستبعاد هذا الحظر في مجال العلاقات الدولية،

Concl. Sur CE 17 mars 1873, Cie des chemens de fer du Nord, S 1894.119

كتب الفقيه (لافيير): "لا يجوز للدولة أن تعرض قضاياها على التحكيم؛ لأن نتائج التحكيم غير مضمونة العواقب، وكذلك لاعتبارات تتعلق بالنظام القانوني ذاته، التي أرادت ألا تقضي الدولة إلا بطريق قضائها الوطني، وبموجب القانون".

(1) B. le Bars et Joseph Dalmasso, op.cit,p 180.

(2) ibid.,p 181.

(3) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi ; Droit des contrats internationaux, Dalloz, Paris, 2017, p 700-701.

وذلك عندما قام المحكم سنة 1951 بالنظر في قضية ضد الدولة الفرنسية، وعند الطعن ضده أمام محكمة الاستئناف أصدرت هذه الأخيرة في سنة 1957 قراراً يقضي بأن الحظر محدود في العقود الداخلية، دون أن يطبق في الاتفاقيات ذات الطبيعة الدولية، وهذا القرار جاء مؤيداً للأهلية الدولية بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، على أساس أن العقود المبرمة بين الدولة والمتعاملين الأجانب تتعلق بالقانون الواجب التطبيق، بحجة أن المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية لا تتعلق بنظام قانوني دولي، والتي أيدت قرارها بالحظر ذاته وفقاً للمادة 69 من قانون 17 إبريل 1906 من أنه لا يتعلق إلا ببعض العقود الإدارية المتعلقة بالنظام الداخلي⁽¹⁾. وقد انتقد قرار محكمة الاستئناف القائم على القانون الواجب التطبيق على العقد؛ بسبب عدم احترام التزامات الدولة نحو التحكيم، التي تثمن في الواقع أهليتها⁽²⁾، فالحقيقة أن أهليتها هي التي أوقفت، وليس شرط التحكيم في العقد.

الفرع الثاني: تعزيز قاعدة مادية للاعتراف بأهلية الدولة للتحكيم في علاقاتها الدولية

خلق القانون الدولي للتحكيم التجاري قاعدة مادية تمنع الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى الموقعة لاتفاقية التحكيم من التحكيم، عندما ينص قانونها على حظر هذا الالتزام، فنصت اتفاقية (جنيف) لسنة 1961 على أنه يدخل في اختصاصها النظر في الاتفاقيات التحكيمية التي يبرمها الأشخاص الخاضعة للقانون العام المؤهلة وفقاً لقانونها للخضوع للتحكيم، ولم تضع الدولة الفرنسية عند توقيعها هذه الاتفاقية أي تحفظات على ذلك؛ مما جعلها تعترف بأهلية الدولة في ذلك، بالإضافة إلى اعتراف اتفاقية (واشنطن) لسنة 1965 بأهلية الدولة الكاملة في المشاركة في

(1) B. le Bars, J. Dalmaso, op. cit., p 181-182.

(2) Benoit le Bars, Joseph Dalmaso, op.cit., p182.

التحكيم في مجال الاستثمارات، ما جعلها مثلاً إضافياً لتبني المشرع الوطني الفرنسي في مجال العلاقات الدولية الاعتراف بأهلية الدولة في الخوض للتحكيم⁽¹⁾.

وفي فتوى للقضاء الإداري الفرنسي في سنة 1986 أخذ مجلس الدولة موقفاً مُميزاً وفقاً للطبيعة الداخلية أو الدولية لعلاقات الأشخاص المعنوية العامة، ففي الأولى منع التحكيم؛ مسبباً ذلك من خلال المبدأ العام للقانون العام الفرنسي، إلا في حالة الاستثناء المنصوص عليها قانوناً، أو في حالة وجود مُبرر مُرتبط بطبيعة النزاع، وفي الثانية تَوَقَّف عند مدى تأهيل القانون لهذه الأشخاص على نطاق دولي⁽²⁾.

يظهر من ذلك أن القضاء الإداري ما زال مُتمسكاً - إلى حين صدور هذا القرار - باختصاصه الأصلي في النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية رغم دوليتها، ورغم توجه إرادة الدولة الدولية، وأن تنازله عن ذلك لا يتم إلا بموجب استثناء مُشرع⁽³⁾. ولم يذم رأي مجلس الدولة الفرنسي في التمسك بالقاضي الإداري كقاضٍ أصلي لمنازعات العقود الإدارية الدولية؛ حيث أصبح أقل حدةً بصدور التنظيم 44/2001 في 22 ديسمبر 2000، والمسمى "BRUXELLES" أو الاتفاقية "LUGANO" المعدلة في 30 أكتوبر 2007، ليعبر الاجتهاد الفرنسي في آخر رأي له على أن العقود المبرمة من قبل الأشخاص العامة الفرنسية والمنفذة في الخارج تستطيع أن تُفضّل قانوناً أجنبياً؛ ممّا سيوقف اختصاص القانون الإداري المطلق، وكذا اختصاص قضائه؛ إذ إنّه بالإمكان حالياً أن يُعرض النزاع بصفة عامة على القضاء الفرنسي، أو على التحكيم الدولي⁽⁴⁾.

(1) Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international, op, cit, p 94.

(2) Benoit le Bars, Joseph Dalmasso, arbitrage commercial international, op.cit, p184.

(3) ANCEL Marie Elodie, DEUMIER Pascale et LAZOUZI Malik, op. cit., p 701-702.

(4) Mathias Audit et autres, droit du commerce international et des investissements étrangers, op,cit, p 193.

المطلب الثاني: تثبيت أهلية الأشخاص العامة في القانون الأردني

يُقصد بأهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم: أهلية التصرف في الحقوق المتنازع عنها، والمراد الفصل فيها أمام هيئة التحكيم، التي لا يمكن لأي شخص إبرام اتفاقية تحكيم دون التمتع بهذه الأهلية بحكم القانون، لثعد بذلك قاعدة مادية ذات بعد دولي، على المشرع تثبيتها في النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية الدولية؛ وفقاً لضوابط معينة، لتصبح بذلك ذات طبيعة خاصة، وبناءً عليه سنتناول في هذا المطلب تثبيت أهلية الأشخاص العامة في القانون الأردني، وذلك ضمن الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أهلية الدولة وفقاً لاتفاقية (واشنطن).

الفرع الثاني: أهلية الأشخاص (المعنوية) العامة استناداً لأحكام القانون الوطني.

الفرع الأول: أهلية الدولة وفقاً لاتفاقية (واشنطن)

كانت هذه الاتفاقية هي السبابة لتنظيم أهلية الدولة لعرض نزاعاتها أمام هيئة تحكيم دولي، وعلى أساسها تم اعتراف الدول في تشريعاتها بالنظر في النزاع من قبل التحكيم الدولي عندما يتعلق بالاستثمارات مع طرف أجنبي، ويُعد هذا بمنزلة الاعتراف بالدولة كمتعامل اقتصادي دولي، فهذه الأخيرة ليست مُشرعاً في عالم الأعمال الدولية، بل أصبحت مُتعاملًا اقتصاديًا دوليًا⁽¹⁾. وتُخاطب الدول في هذه الاتفاقية على أساس تعاقدها، ومن ثم لا تعتمد طبيعة أهليتها المُعترف بها في هذه الاتفاقية على معيار كمي، بل على معايير نوعية للدول التي يمكن أن تكون عُضواً في هذه الاتفاقية (أولاً)، مُقابل تمديد الأهلية في الخضوع للتحكيم، لتشمل المؤسسات والهيئات العمومية التابعة لها (ثانياً)، تحت شرط عدم اعتراض الدولة على ذلك.

إنّ الدول المُخاطبة في هذه الاتفاقية هي الدول المُصادقة عليها فقط، وهذا ما أشارت إليه اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وقد جاء فيها: "إنّ الدول المُتعاقدة... تأخذ في الاعتبار أنّ المنازعات يُمكن أن تنشأ في أيّ وقتٍ بشأن الاستثمارات بين الدول المُتعاقدة ورعايا الدول المُتعاقدة الأخرى".

(1) CHATILLON Stéphane، Le contrat international، op. cit., p75.

وقد أكدته أيضاً المادة الأولى منها، عند نصّها على الغرض من إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات؛ حيث جاء فيها "... غرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدولة المتعاقدة من ناحية، ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية؛ طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية". حيث يظهر أن تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية أو التنازع أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات يكون ملزماً فقط لأطراف هذه الاتفاقية من الدول، ومن ثم يسري على رعاياه من المستثمرين المتعاقدين مع دول أجنبية.

وبحسب نص المادة 67 من الاتفاقية، فإن مجال فتح التوقيع في هذه الاتفاقية يكون حصراً على الدول الأعضاء في البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وكذلك الدول الأطراف في النظام الرئيس لمحكمة العدل الدولية، والدول التي يقرّ المجلس الإداري - بأغلبية ثلثي أعضائه - دعوتها للتوقيع على الاتفاقية؛ مما يعني أن الدول المرخّبة بتوقيعها تكون إما أعضاء في البنك الدولي للإنشاء والتعمير؛ إذ إن موقع المركز الدولي CIRD (1) هو موقع البنك الدولي للأطراف في النظام الرئيس لمحكمة العدل الدولية، بوصف هذه الأخيرة هي صاحبة الاختصاص في الفصل في أي نزاع قد ينشأ بين الدول المتعاقدة من حيث تفسير أو تطبيق اتفاقية (واشنطن) ما لم تتفق الأطراف المعنية على طريق آخر لتسويته، وإمّ مدعوة من قبل ثلثي أعضاء المجلس الإداري المنصوص عليه في القسم الثاني من الاتفاقية (2).

وعلى أساس ذلك، فإن ممارسة الدول لأهليتها في طلب التحكيم - وفقاً لاتفاقية (واشنطن) - متوقّفة على نوعيتها، وبحسب معايير التصنيف الواردة فيها، ليرى الفقه أن تسمية اتفاقية دولية لا تعني بالضرورة المعنى الاصطلاحي لها؛ لأنّ الواقع العملي لا يعتد بالمعيار الكمي، فالمسألة أكثر تعقيداً؛ لضرورة مراعاة نوعية الدول المصادقة، من خلال الظروف السياسية والاقتصادية والثقافية لها، وكذا مكانتها الدولية (3).

(1) انظر: المادة 2، من الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995، يتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، ج ر عدد 07، المؤرخة في 15 فبراير 1995.

(2) انظر: المادة 64، من الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995، المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، المرجع السابق.

(3) K. Medjad ; Droit international des affaires, Nathan université, Paris, 2008, p 8.

غير أنّ الاتفاقيّة لها قابليّةُ ضنع قواعد قانونيّة، لها حُظوظٌ قويّة في الأخذ بها، وتطبيقاتها في كثيرٍ من قوانينها الوطنيّة، رغم عدم إمكانية المصادقة عليه، والدولة التي هي غير طرفٍ في اتفاقيّة (واشنطن) مثلاً لا يجوز لها أن تُصبح طرفاً في إجراءات التّحكيم تحت إشراف المركز الدوليّ CIRD، وقد نشب خلافٌ حول جواز استعمال الدّول غير المتعاقدة التسهيلات التي يُقدّمها المركز، وجاء استقرار الأعضاء على منحها هذه الرّخصة دون الحقّ في الوقوف كطرفٍ في التّحكيم⁽¹⁾.

ثانياً: امتداد أهليّة الدولة في إبرام اتّفاق التّحكيم - والخضوع لهيئة تحكيمية إلى الهيئات والمؤسسات العامّة التي تُبرم عقود استثمارٍ دوليّة- يتوقّف بحسب الاتفاقيّة على إقرار الدولة تبعيّة هذه المؤسسات لها؛ إذ جاءت الفقرة 3 من المادّة 25 منها على النّحو التّالي: "مؤافقة المؤسسات العامّة والأجهزة التّابعة للدّول المتعاقدة، لا تكتمل إلا بعد إقرارها من تلك الدولة، في ما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أنّ مثل هذا الإقرار غير ضروريّ"⁽²⁾.

وعليه، فعلى الدولة المؤهّلة للامتثال أمام المركز الدوليّ لتسوية نزاعات الاستثمارات بين الدّول ورعايا دولٍ أخرى أن تُعيّن الجهات الإدارية التّابعة لها، التي تمتدّ لها أهليّتها في أن تُكون طرفاً في إجراءات التّحكيم أمام المركز تعييناً رسمياً، مع شرطٍ مُصادقة الدولة على اتفاقيّة التّحكيم الصّادرة عن الهيئة الإدارية التّابعة لها، غير أنّ أهليّة الدولة هي نفسها أهليّة الأشخاص العامّة المعيّنة، وستتعارض لا محالة مع الاستقلاليّة التي تتمتع بها بعض المؤسسات والهيئات العامّة؛ لما للدولة من سلطةٍ تقديريةٍ مُطلقة في تحديد نوع الاستثمارات غير القابلة للفصل في منازعاتها أمام المركز دون إبلاغه؛ وفقاً للفقرة الرّابعة، كما أنّ سيطرتها على أهليّة الأشخاص العامّة قد تمنعهم من الامتثال أمام المركز دون مؤافقتها، حتّى ولو تمّ إعمال الفقرة الأولى من المادّة نفسها رغم عضويتها، ومن جهةٍ أخرى يتبين لنا: كيف يُؤكّد القضاء العاديّ على بقاء مبدأ حظر التّحكيم على المستوى الداخليّ؟ بحيث أصبح محصّوراً في مجال العقود الدوليّة على مُحاولات تسوية مركزٍ من المراكز⁽³⁾.

(1)bid, p 8.

(2) حسيني يمينة، المرجع السّابق، ص23.

(3) A. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, Préface de Y. Gaudemet, L.G.D.J., 1997,131.

الفرع الثاني: أهلية الأشخاص (المعنوية) العامة استناداً لأحكام القانون الوطني

وَقَعَ المُشْرَعُ فِي قَانُونِ الإِجْرَاءَاتِ المَدْنِيَّةِ والإِدَارِيَّةِ فِي إِشْكَالِيَّةِ اِزْدَوَاجِيَّةِ نُصُوصِهِ المُنْظَمَةِ لِأَهْلِيَّةِ الدَّوْلَةِ فِي الخُضُوعِ لِلتَّحْكِيمِ، لِيَتَرْتَّبَ عَلَى هَذِهِ الأَهْلِيَّةِ فِي الخُضُوعِ لِلتَّحْكِيمِ وَفَقًا لِهَذَيْنِ النَّصِّينِ نَتَائِجَ قَانُونِيَّةٍ مُفِيدَةٍ، مَا جَعَلَ الفَقْهَ يَرَى أَنَّ تَنْظِيمَ التَّحْكِيمِ الجَدِيدِ يُظْهِرُ تَرَاجُعًا عَنِ أَحْكَامِ المَرْسُومِ التَّشْرِيْعِيِّ 93-09، وَتَقْيِيدًا لِلتَّحْكِيمِ.

وَبَعْدَ قِرَاءَةِ هَذِهِ النُّصُوصِ، نُلَاحِظُ أَنَّ المُشْرَعِ قَدْ أَدْرَجَ حَالَتَيْنِ، يَكُونُ لِلدَّوْلَةِ أَهْلِيَّةَ إِجْرَاءٍ وَطَلَبِ التَّحْكِيمِ فِي المُنَازَعَاتِ النَّاشِئَةِ عَنِ النِّشَاطَاتِ الوَارِدَةِ فِيهِمَا، وَتَتَمَثَّلَانِ فِي النِّشَاطَاتِ الَّتِي تُمَارَسُهَا الدَّوْلَةُ، وَالمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فِي الإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ المُصَادِقِ عَلَيْهَا، وَنَشَاطَاتِ الدَّوْلَةِ المُدْرَجَةِ فِي إِطَارِ عِلَاقَاتِهَا الإِقْتِسَادِيَّةِ الدَّوْلِيَّةِ.

أَمَّا فِي مَا يَتَعَلَّقُ بِأَهْلِيَّةِ الأَشْخَاصِ (المَعْنَوِيَّةِ) العَامَّةِ لِلتَّحْكِيمِ فِي الحَالَاتِ الوَارِدَةِ فِي الإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ المُصَادِقِ عَلَيْهَا مِنْ قِبَلِ الأَرْدَنِ، فَأَغْلِبُهَا - وَ إِنْ لَمْ نُقَلِّ: كُلُّهَا - تَتَعَلَّقُ بِالاسْتِنَابِ الأَرْدَنِيِّ لِلإِسْتِمَارِ الأَجْنَبِيِّ.

وَلَا تُعَدُّ أَهْلِيَّةُ الدَّوْلَةِ فِي الخُضُوعِ لِلتَّحْكِيمِ إِلاَّ نَتِيجَةً لِانْضِمَامِهَا لِمِثْلِ هَذِهِ الإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ، وَإِسْهَامًا مِنْهَا فِي تَسْهِيلِ إِجْرَاءَاتِ التَّقَاضِي دَوْلِيًّا فِي المُنَازَعَاتِ الَّتِي قَدْ تَنَشَأُ نَتِيجَةً عَقُودِ الإِسْتِمَارِ الَّتِي تُبْرِمُهَا، وَبِالنَّتِيجَةِ نَجْدُ عَقُودَ الإِسْتِمَارِ - الَّتِي تُبْرِمُهَا الدَّوْلَةُ الأَرْدَنِيَّةُ مَعَ رِعَايَا دُولٍ أُخْرَى - هِيَ مِنْ أَهَمِّ الحَالَاتِ الَّتِي جَاءَتْ بِهَا الإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ، غَيْرَ أَنَّ تَكْيِيفَهَا عَلَى أُسَاسِ أَنَّهَا عَقُودٌ إِدَارِيَّةٌ دَوْلِيَّةٌ لَا يَنْبَغُ إِلاَّ بِالعُودَةِ إِلَى طَبِيعَةِ تَنْظِيمِهَا الدَّاخِلِيِّ مِنْ قِبَلِ المُشْرَعِ، خَاصَّةً أَنَّهُ فِي أَحْكَامِ قَانُونِ الإِجْرَاءَاتِ المَدْنِيَّةِ وَالإِدَارِيَّةِ جَعَلَ أَهْلِيَّةَ الدَّوْلَةِ فِي الخُضُوعِ لِلتَّحْكِيمِ فِي هَذِهِ الحَالَاتِ مُتَعَلِّقَةً بِمَادَّةِ الصِّفَقَاتِ العُمُومِيَّةِ.

وَبِالعُودَةِ إِلَى أَهْلِيَّةِ الأَشْخَاصِ (المَعْنَوِيَّةِ) العَامَّةِ فِي الخُضُوعِ لِلتَّحْكِيمِ وَفَقًا لِقَانُونِ الصِّفَقَاتِ العُمُومِيَّةِ فَإِنَّا نُلَاحِظُ مِمَّا سَبَقَ: أَنَّ أَهْلِيَّةَ الدَّوْلَةِ فِي إِجْرَاءٍ أَوْ طَلَبِ التَّحْكِيمِ مُنْحَصِرٌ فِي عَقُودِ الإِسْتِمَارِ وَالعِلَاقَاتِ الإِقْتِسَادِيَّةِ الدَّوْلِيَّةِ تَحْتَ شَرْطِ إِبْرَامِهَا وَفَقًا لِأَحْكَامِ قَانُونِ الصِّفَقَاتِ العُمُومِيَّةِ، مَا يَجْعَلُنَا نَعُدُّ هَذِهِ العِلَاقَاتِ التَّعَاقُودِيَّةِ - الَّتِي لِلدَّوْلَةِ أَهْلِيَّةَ الخُضُوعِ لِلتَّحْكِيمِ فِي مُنَازَعَاتِهَا - فِي الأَصْلِ عَقُودًا دَوْلِيَّةً ذَاتَ طَبِيعَةٍ إِدَارِيَّةٍ.

ورغم ما أثارته هذه الأهلية من إشكالات قانونية لدى الفقه - خاصة ما يتعلق منها بعقود الامتياز المذكورة في قانون البلدية والولاية، والتي لا تُعد من عقود الصفقات العمومية فإن المشرع تداركها في التعديل الأخير للقانون، بجعل تفويضات المرفق العام خاضعة لإجراءات تنظيم الصفقات العمومية نفسها⁽¹⁾.

ومن خلال العودة لأحكام المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن أهلية المصلحة المتعاقدة تتمثل بحسب المادة 6 منه في الدولة والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تُكلف بإنجاز عملية مُمولة كلياً أو جزئياً بإسهامات مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية في اللجوء للتحكيم وفقاً لأحكام، وهذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبى وأمام هيئة دولية؛ بناءً على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة في أثناء اجتماع الحكومة⁽²⁾، فعقود الصفقات المبرمة مع متعاملين أجنبى تكون موضوع دعوى للمنافسة الدولية؛ تطبيقاً لسياسات التنمية العمومية عن طريق الالتزام بالاستثمار في شراكة⁽³⁾.

وعلى أساس ذلك، تُبرم عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية المؤهلة لأن يُنظر في منازعاتها أمام التحكيم الدولي؛ وفقاً لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، غير أن هذا التقييد الذي جاء به المشرع - رغم تنظيمه المحكم - يطرح في حد ذاته صعوبات عند تنفيذها على أرض الواقع، خاصة أن الأشخاص (المعنوية) العامة خاضعة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حصرتها؛ مما قد ينفي المسؤولية المباشرة للدولة عن أعمال المؤسسات التابعة لها أمام هيئة التحكيم الدولية، خاصة عندما يتم الاتفاق على التحكيم دون الموافقة المسبقة للهيئة الوطنية.

بالمقابل، سيسمح هذا التقييد بالاصطدام بالنظام العام الدولي الخاص بالتحكيم الدولي؛ لأن العقد الإداري الدولي هو من عقود التجارة الدولية، فهو يخضع وجوباً لقانون التجارة الدولية،

(1) باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 163.

(2) انظر: الفقرة الأخيرة من المادة 153 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 38.

(3) انظر: المادة 84، المرجع نفسه، ص 24.

ووجود أي شرط أو قيد يحد من إعمال قانون التجارة الدولية يُعدُّ باطلاً في نظر القانون الدولي للتجارة.

وعليه، فإن تنظيم العقد الإداري الدولي من قبل الدول المتبينة لازدواجية القضاء بالقانون الداخلي قد خلق قاعدة قانونية مادية تمنع هذا الحظر الممارس من قبل المشرع الوطني، وهذا نتيجة إصدار محكمة استئناف (باريس) حكماً قضائياً عدت فيما بعد قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، وتمت تكييفها على أنها قاعدة من قواعد النظام العام الدولي، ولا يعمل بها فقط في مواجهة النصوص المقيدة للتحكيم في القانون الفرنسي، بل في مواجهة جميع الدول التي تُعرف قوانينها بمثل هذا التقييد⁽¹⁾.

ليتبين من تحليل النصوص أعلاه أن مقصود المشرع من منح الأهلية للدولة في الخضوع للتحكيم هو التحكيم الدولي، رغم تنظيمها بموجب القانون العام الداخلي، لكن هذا لم يمنع المشرع - في قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام - أن يشير ولو بصفة غير صريحة إلى أهلية الأشخاص (المعنوية) العامة - التي لها صلاحية إبرام عقود الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام - أن تحيل النزاع إلى لجان أنشئت بغية الحصول على تسوية ودية للنزاعات التي قد تنشأ بينها وبين المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين، بشرط أن يتم إدراج اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات في دفتر الشروط قبل أي مقاضاة أمام العدالة.

فلا يزال تدخل الدولة في العلاقات الاقتصادية الدولية قائماً، رغم انقضاء النظام الاشتراكي وحلول النظام الليبرالي مكانه، فالحقيقة التي يمكن إثباتها هي تحليها فقط عن احتكار التجارة الدولية؛ لذا فإن أهليتها للخضوع إلى التحكيم لم يُعد أكثر تعقيداً؛ إذ فتح مجال طلب الخضوع للتحكيم أمامها في مجالين أقل ما يُقال عنهما: (هو دورهما الفعال في انتعاش الاقتصاد الوطني)، كما أسهم توريث المستعمر الفرنسي لنظام التحكيم تأثيراً سلبياً على حياته في المنظومة التشريعية للدول المستعمرة، فما لبث المشرع أن أصدر قانوناً يمنع الدولة من اللجوء للتحكيم؛ لتمسكه بمفاهيم السيادة المطلقة المتداولة آنذاك، لكن هذا المنع لم يُنتج أثره على أرض الواقع، فما لبث أن عاد حق الخضوع للتحكيم من قبل الدولة إلى المنظومة القانونية الجزائرية؛ لاختلاف الظروف والتوجهات السياسية والاقتصادية للدولة، التي أبحاث بشكلٍ مطلق التحكيم الدولي.

(1) المرجع السابق، ص 162.

ورغم إيجابية الأثر الذي أحدثته الظروف الاقتصادية على أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم - الذي حاول تقييده بفرض شكلٍ نظاميٍّ أدقّ - فإنه وقع في بعض الأحيان في مشكلةٍ عدم التّكامل بين القوانين الوضعيّة، وبين العرف العمليّ المنظّم لأهليّة الدولة في اللّجوء للتحكيم، بحيثُ أغفل عديدًا من الأبعاد القانونيّة الناتجة عن منح الأهليّة للدولة في اللّجوء للتحكيم؛ من أهمّها: حصر الأشخاص (المعنويّة) العامّة الأخرى، والتّنصيب الاستثنائيّ على الخضوع للتحكيم الدوليّ دون الدّخليّ؛ لعدم الحاجة لمثل هذا التّحكيم داخليًا على الأقلّ في الوقت الحاليّ، خاصّةً مع وجود لجانٍ طعنٍ في مادّة الصّفقات العموميّة، وفي الأخير كان من واجب المشرّع النصّ صراحةً على أنّ الاعتراف وتنفيذ أحكام التّحكيم الدوليّة الصّادرة ضدّ الدولة يكون أمام القضاء الإداري.

المبحث الثاني: المجال الممدود لالتّفاقيّة التّحكيم في العقود
الإداريّة الدولية

تمهيد وتقسيم:

يُعبر الأطراف عند إبرامهم اتفاق التحكيم - على غرار أطراف العقود الإدارية الدولية- عن حُرِّيَّتهم في اختيار التحكيم المناسب لعقدهم، وكذا الضوابط القانونية له، وعليه فإن طبيعة العقد الدوليَّة الإدارية لا تمنع من امتداد اتفاق التحكيم، ليشمل كلَّ الضوابط المناسبة والملائمة لطبيعة العقد المتميِّزة.

ولهذا فإنَّ أطراف العقد يختارون الضوابط الشكليَّة الملبية لمصالحهم المشتركة عند الاتفاق على إخضاع نزاعاتهم التي قد تنشأ بموجب عقدهم للتحكيم، كما يمتد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من قانون العقد إلى قواعد قانونية ذات طبيعة دولية تُسهم في حُسن سير عمل هيئة التحكيم.

وبناءً عليه نُقسِّم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك وفقاً للترتيب الآتي:

المطلب الأوَّل: الضوابط الشكليَّة لاتِّفاق التحكيم.

المطلب الثاني: ازدواجية القانون الواجب التطبيق عند النظر في النزاع.

المطلب الأوَّل: الضوابط الشكليَّة لاتِّفاق التحكيم

إنَّ ما يميِّز إجراءات التحكيم بوجهٍ عامٍّ هي الحرِّيَّة الممنوحة للأطراف من أجل تقديم ما يثبت ادِّعاءهم، مع عرضٍ للطلبات التي يريدون تقديمها، إلا أنَّ هذه الحرِّيَّة قد تُقيِّدها شكليَّة الإجراءات التي تستوجب صحَّة اتِّفاقهم التحكيميِّ، والتي يلعب فيها شكل اتفاق التحكيم دوراً مهمًّا، بحيث يُعبر عن مدى اعتراف الدولة بالتحكيم واستقلاله عن العقد الأصليِّ، وكذا منح الاختصاص لهيئة التحكيم المناسبة بحسب مَبول إرادة الأطراف. وبناءً عليه نُقسِّم هذا المطلب فرعين، وذلك وفقاً للترتيب الآتي:

الفرع الأول: اتفاق التحكيم ومدى استقلالته.

الفرع الثاني: المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.

الفرع الأول: اتفاق التحكيم ومدى استقلالته

لأطراف العقد الإداري الدولي الحق في اللجوء إلى التحكيم بعد تضمين عقدهم لاتفاقية التحكيم، وتأخذ هذه الأخيرة شكلين؛ إما شرطاً، وإما مشاركة، غير أن حماية هذا الاتفاق من تنصل الدولة التي قد تنهي العقد بسلطتها المنفردة - إذا ما كان اتفاق التحكيم غير مستقل عن العقد الأصلي - يستوجب منها الاعتراف باستقلاله عن قوانينها الوطنية.

أولاً: التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم:

بخلاف القضاء أساس التحكيم رضا طرفي الاتفاق، فاختيار التحكيم حريّة، والاتفاق عليه رضائي، فليس لقوة القانون أن تتدخل في فرض إجبارية الخضوع له.

ويكون هذا الاتفاق إما شرطاً وإما مشاركة، ويُعصد بالأول: ذلك الاتفاق الذي يتم النص عليه في العقد ذاته، ويتفق الطرفان على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهما إلى التحكيم، ويكون هذا الشرط قبل نشوء النزاع المحتمل، أما مشاركة التحكيم: فتكون على شكل اتفاق مستقل عن العقد، وعادة ما تكون لاحقة لنشوب النزاع⁽¹⁾، كما تنص الفقرة 2 من المادة 1442 من التقنين المدني الفرنسي على أن شرط التحكيم هو الاتفاق، الذي يلتزم بموجبه الأطراف بالتحكيم في المنازعات التي تنشأ بخصوص العقد، أو العقود المبرمة في ما بينهم⁽²⁾.

غير أن دوافع أطراف العقد الإداري الدولي في إبرام اتفاقية التحكيم - التي تظهر في رغبة الدولة في توجيه العقد الذي أبرمته إلى هيئة تحكيمية في حالة نشوء نزاع - تتمثل في استبعاد الاختصاص القضائي لدولة أجنبية، لتعمد منذ البداية إلى إدراج شرط التحكيم في مرحلة إبرام العقد، وفي المقابل

(1) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، ط2، دار هومة، 2006، ص260

(2) l'article 1442, al. 2 de ce , « la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats ».

تخوف المستثمر الأجنبي من حالة النزاع التي قد يؤول الاختصاص فيها وفقاً لقانون العقد الوطني لقضاء الدولة، والذي لن يضمن حيادته⁽¹⁾.

فهو أيضاً لن يخطر بباله، خاصة أن شرط التحكيم هو أكثر الشروط قابلية لتحقيق التوازن الذي يسعى إليه في العقد؛ لهذا يعد شرط التحكيم هو الشكل الأنسب في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية؛ نظراً لخصوصية العلاقة التعاقدية، واختلاف مراكز الأطراف فيها.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كان شرط التحكيم مجرد تعبير عن نية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لحل نزاع - دون تفصيل لهذا الشرط من حيث الإجراءات وتشكيل المحكمين، والقانون الواجب التطبيق على النزاع - سيكون "شرط تحكيم فارغاً"، على أن يكون الشرط مفصلاً متى تضمن جوانب التحكيم كلها⁽²⁾.

وفي فرنسا، كانت البداية مع شرط التحكيم غير موقفة مع قضاء الدولة؛ حيث لم تعترف محكمة النقض الفرنسية سنة 1943 بصحة شرط التحكيم، وهذا بإجازة الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع، وكان العمل السائد هو أن النص على التحكيم في العقد مجرد وعد باللجوء للتحكيم، يتوجب تأكيده بمشاركة تحكيم، يبرمها الطرفان بعد قيام نزاع بينهما⁽³⁾.

إلا أن التمسك بهذا المبدأ لم يدم طويلاً؛ حيث إنّه بمجرد انضمامها إلى بروتوكول (جنيف) أصدرت تشريعاً يقضي بصحة شرط التحكيم في المسائل التجارية، ليتّم توسيع هذه المسائل في سنة 1980 بعقد صريح يُتيح اللجوء إلى التحكيم، وبذلك تعديل قانون مرافعاتها، إلى كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص، فأصبح قبول شرط التحكيم قاعدة، وحظره استثناء⁽⁴⁾.

فالسعي منذ البداية إلى وضع شرط التحكيم هو الأصل عند إبرام العقود الإدارية الدولية؛ نظراً لأهمية هذه الشكلية في ضمان الحماية المشتركة للأطراف، وما يؤخذ لصالح الدولة الجزائرية هو اعتمادها شرط التحكيم المفصل، على غرار الدولة الفرنسية التي أقرت بشرط التحكيم، لكن بصفته الوعدية أو التمهيدية، على أن يتم الأطراف عند حدوث النزاع إجراءات التحكيم بإبرامهم مشاركة التحكيم.

(1) L'article 1505-3 du de procédures civil français, op.cit, p 407.

(2) قادي عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 261.

(3) قادي عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 262.

(4) قادي عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 262-263.

ثانياً: استقلال شرط التحكيم:

تتضمن المادة 1447 من التّنين المدنيّ الفرنسيّ قاعدتين، وإن اتّحدتا في نُقطةٍ مُفادها التّكريس لاستقلال اتّفاق التّحكيم بالنّظر إلى العقد الأصليّ، حيث تنصّ الفقرة الأولى من هذه المادة على: "أنّ اتّفاق التّحكيم مُستقلّ عن العقد، الذي ارتبط به، ولا يتأثر به"⁽¹⁾، كما كرّس هذا النصّ القضاء **Gosset** الصّادر في عام 1963 في الشّأن الدّوليّ، والذي امتدّ خلال عام 2002 إلى الشّأن الدّاخلّي⁽²⁾، وعلى هذا الحال يتعيّن إعمال اتّفاق التّحكيم دون النّظر في سلامة العقد الرّئيس⁽³⁾.

وخلافاً لما كان مُقرّراً سابقاً من تبعيّة شرط التّحكيم للعقد الأصليّ من حيث الصّحّة والآثار؛ اعتمدت التّشريعات الحديثة مبدأ استقلال اتّفاق التّحكيم عن العقد الأصليّ⁽⁴⁾، بحيث أصبح الشّروط مُستقلاً عن العقد الأصليّ الذي تقرر التّحكيم بسببه، ليكُون هدفُ العقد تحديداً حقوقٍ والتزامات الأطراف الموضوعيّة، أمّا اتّفاق التّحكيم فهو عقدٌ يتولّى تحديد الجهة المُختصة بالفصل في ما

(1) "la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci".

(2) Civ. 2^e, 4 avr. 2002 et Com. 9 avr. 2002, *Rev. arb.* 2003, 103, note P. Didier ; *JCP* 2002, II,10154, note S. Reifegerste ; *RTD com.* 2003, 62, obs. Loquin.

(3) Civ. 1re, 2 avr. 2014, no 11-14692, *LPA* 27 oct. 2014, no 214, p. 4, note A. Lapunzina-, Civ. 1re, 14 mai 2014, no 13-15827, *D.* 2014, 2541, obs. Th. Clay ; *RTDCiv.* 2014, 641, obs.

H. Barbier ; *Procédures* 2014, 207, obs. L. Weiller ; *JCP* 2014, 857, no 1, obs. Seraglini ; *RTDCom.* 2015, 63, obs. E. Loquin. Veronelle (un protocole transactionnel met fin à une cession d'actions qui contenait une clause compromissoire: la clause reste valable).

(4) علاء محيي الدين مصطفى أبو حامد، التّحكيم في مُنازعات العقود الإداريّة الدّوليّة في ضوء القوانين الوضعيّة والمعاهدات الدّوليّة وأحكام محاكم التّحكيم، دار الجامعة الجديدة - مصر، 2008، ص 248.

يُنار بين الطرفين من نزاع⁽¹⁾، وقد أقره المشرع الفرنسي، وأخذ به الإنجليزي، والقانون الأمريكي، كما أخذت به دولٌ أخرى من أنظمة قانونيةٍ مختلفةٍ، بما فيها القانون الأردني⁽²⁾.

ويُقصد بمبدأ "استقلالية اتفاق التحكيم": أن لا يتأثر ذلك الاتفاق - سواءً أكان في صورة شرط تحكيم أم في صورة مشاركة التحكيم - بصحة العقد المتعلق به⁽³⁾، ويترتب على اعتماد مبدأ الاستقلالية إعطاء شرط التحكيم الدولي مفهوماً موحداً من حيث نطاقه وآثاره، ما يجعل التحكيم الصادر بموجبه قراراً طليقاً عن أي نظام قانوني وضعي⁽⁴⁾؛ تفادياً لتعلق شرط التحكيم بالعقد الأصلي، فإن قيل: إن العلاقة بينهما تبعية، فبطلان العقد يُعدُّ بطلاناً لاتفاق التحكيم، أمّا عند استقلاله فبطلان العقد لن يمنع هيئة التحكيم من الفصل في النزاع القائم⁽⁵⁾.

ويرى الفقه أن استقلالية شرط التحكيم يُمثل الآن قاعدةً ماديّةً من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي، كما استقرّ القضاء الفرنسي على هذا المبدأ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 مايو 1963 في قضية GOSSET وفي إطار التحكيم الدولي إلى: أن اتفاق التحكيم الدولي - سواءً أتم هذا الاتفاق على نحوٍ منفصلٍ عن التصرف الأصلي أم تم إدراجه به - فإنه يتمتع باستقلالٍ كامل⁽⁶⁾.

وعليه، تُعدُّ ضرورة استقلال اتفاق التحكيم الركيزة القانونية الرئيسة للفصل في النزاع أمام هيئة التحكيم المختارة، فللمبدأ قوّة فعّالة في حماية المصالح المكتسبة في العقد، كما تُمهّد الطريق للمحكمة التحكيمية للنظر في مشكلة اختلال التوازن العقدي، والإسهام في وضع حلول لذلك.

(1) علاء محيي الدين مصطفى أبو حامد، المرجع السابق، ص 247.

(2) الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 138.

(3) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 266.

(4) الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 139.

(5) علاء محيي الدين مصطفى أبو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية

والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، المرجع السابق، ص 247.

(6) علاء محيي الدين مصطفى أبو حامد، المرجع السابق، ص 238-239.

الفرع الثاني: المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

يُمكن لأطراف العقد عند إبرامهم اتِّفاقَ التحكيم اختيارَ هيئة تحكيمية خاصة، أو توجيه نزاعهم إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتولّي الفصل في النزاع المطروح، فالتحكيم الخاص أو التحكيم الحرّ هو الذي تتولّى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أيّ مؤسسة أو مركز تحكيم، وفي هذا النوع من التحكيم يُحدّد أطراف النزاع المواعيد، ويُعيّنون المحكّمين ويُقومون بعزلهم أو ردّهم، كما يتمّ تحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم⁽¹⁾.

ويُعَدُّ التحكيم خاصاً - ولو تمّ الاتِّفاقُ بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمّة أو هيئة تحكيمية - طالما يتمّ التحكيم خارج إطار تلك المنظمّة أو الهيئة⁽²⁾، فالمراد من التحكيم الخاصّ إنّما هو اختيارُ محكّمين، ومن ثمّ إجراءات وقواعد تُطبّق على التحكيم، دون تبعيّة لأيّ هيئة تحكيمية نظاميّة، مع قابليّة الاستفادة من الإجراءات والقواعد التي تُمارسها تلك الهيئة عند النّظر في النزاع، كما هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاريّ الدوليّ لعام 1976⁽³⁾، وبذلك يتميّز التحكيم الخاصّ بأنّه يغلب أن يكون أقلّ تكلفةً وأكثر مرونةً، ويسود اللّجوء إليه في بعض المنازعات، كما هو الحال في المنازعات البحريّة الدوليّة، ومنازعات التأمين⁽⁴⁾.

وفي هذا الإطار تكفّل قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة بتنظيم هذا النوع من التحكيم؛ حيث نصّ في المادّة 1041 على أنّ لأطراف إمكانيّة تعيين المحكّم أو المحكّمين، أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم، وذلك: إمّا بصفة مباشرة، وإمّا بالرجوع إلى نظام التحكيم⁽⁵⁾.

(1) بشار محمد الأسعد، الفاعليّة الدوليّة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدوليّة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009، ص28.

(2) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, et S. Guinchard, Procédure civile, 34^{ème} éd., Dalloz, 2019, p. 1621, n°2293.

(3) بشار محمد الأسعد، الفاعليّة الدوليّة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدوليّة، المرجع السابق، ص31.

(4) المرجع نفسه، ص31.

(5) محمد علي جواد، العقود الدوليّة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2010، ص226.

على عكس التّحكيم الخاصّ، يظهر التّحكيم المؤسّسي أكثر تنظيماً؛ حيثُ يوضع من قبل مؤسساتٍ كما هو الحال في غرفة التجارة الدوليّة CCI، لتضدب إرادة الأطراف في اختيار إجراءات التّحكيم وفقاً لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدها، كما يحمل هذا التّحكيم في طياته بعض القواعد التي تُسهّل للطرفين الإجراءات، وإعلان القرار ثمّ تنفيذه⁽¹⁾.

ويرى بعضهم أنّ النزاع أمام تحكيم مؤسّسي ليس مجرد قواعد تنظيمية، أو وضع مكاتبتها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل إنها ذات اختصاص تعترف به لنفسها في النظر والفصل في النزاع متى اتفقت الأطراف صراحةً على توجيه نزاعهم لتحكيم مؤسّسي⁽²⁾.

فإنظراً لأهمية التّحكيم وضرورته في مجال العلاقات الدوليّة، يُعدّ قيام مؤسساتٍ ومراكز متخصصة في مجال التّحكيم تنظيمياً محكماً قائماً على أسس قانونية وفنية ومادية، تحكّمها قواعد خاصة ذات مصدرٍ دوليٍّ، تُسهم في إنجاح عملية التّحكيم، وتحقيق أثرٍ إيجابيٍّ على حياة العقد.

وفي إطار المفاضلة بين نوعي التّحكيم المذكورين أعلاه، وفي إطار مدى ملاءمتها لطبيعة العقود الإدارية الدولية، عكس الواقع العمليّ - على الأقلّ حتى أواخر السبعينات - ميول اتّفاقيات الأطراف إلى التّحكيم الخاصّ، الذي كان يُمثّل الصورة المعروفة أصلاً للتّحكيم، لكنّ اتّفاقيات التّحكيم كثيراً ما تضمنت شروطاً تحكيمية غير سليمة، لتسبب مشكلاتٍ أكثر من رسماً لطريقٍ ميسرٍ لحسم المنازعة؛ لذا فتغيّر المسار نحو التّحكيم المؤسّسي يعود لاعتباره الأكفأ في إدارة المنازعات المتعلّقة بالعقود الإدارية الدولية⁽³⁾.

وانطلاقاً من ذلك، يُمكن القول: إنّ اتّفاق التّحكيم في العقد الإداري الدوليّ إذا جاء فارغاً، فإنّ المصلحة المتعاقدة ستفرض إجراءات قانونها الوطنيّ المنظّمة للتّحكيم، أو حتى دَعوة قضائها لتعيين محكّمين.

كما أنّ المتعاقد لا يقبل إلا التّحكيم الذي يُسهم هو في تنظيمه وتشكيل محكمته التّكليمية، بحيثُ يختار هو محكّميّه، ولن يقبل اتّفاقاً يخضع لرقابة القضاء الوطنيّ؛ لذا ورغم الحرّية التي يضيّعها التّحكيم الخاصّ، فإنّ أغلب النزاعات التي تُثار بموجب العقود الإدارية الدولية تتحلّى

(1) بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدوليّة للتّحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدوليّة، المرجع السابق، ص 32.

(2) محمد علي جواد، العقود الدوليّة، المرجع السابق، ص 226.

(3) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 33.

بالوساطة من حيثُ الجهة الفاصلة فيها؛ لذا فإنَّ التَّحكيم الخاصَّ قد يُفسَّر لصالح الدَّولة في حالة إعمالها لقانونها الإجرائيَّ في تحديد إجراءات التَّحكيم، أو لصالح المُستثمر الأجنبيَّ في حالة الاختيار الحرِّ لهيئة التَّحكيم، وبذلك سيُكون غير مُناسبٍ لحلِّ مُنازعات هذه العقود؛ نظرًا لمركز الدَّولة التي لا يُمكن أن تتنازل عن سُلطتها القضائيَّة لصالح أشخاصٍ غير خاضعين لتنظيم إجرائيَّ قانونيٍّ مضمون⁽¹⁾.

المطلب الثاني: ازدواجيَّة القانون الواجب التَّطبيق عند النَّظر في النَّزاع

أصبح اتِّفاق التَّحكيم من البدهيَّات في كلِّ عقدٍ يتَّصف بالطابع الدَّوليِّ، فالاعترافُ للدَّولة بصلاحيَّة توجيه العقد الذي أبرمته إلى هيئة تحكيمية - وفقًا لاتفاقيَّة التَّحكيم⁽²⁾ - مُكرَّس قانونًا، وكانَّ الدَّولة في هذا الشرط تستبعدُ بطريقةٍ غير مُباشرة الاختصاص القضائيَّ لدولة أجنبيَّة، من خلال النَّصِّ على حلِّ النَّزاع بواسطة هيئة تحكيمية؛ انطلاقًا من الاعتراف بوجود الدَّولة في العقد؛ سواءً أكان في القوانين الإجرائيَّة، أم القوانين المُنظمة للصفقات العموميَّة، إلَّا أنَّ هذا الاعتراف لن يكتمل إلَّا مع ضبُط القانون الواجب التَّطبيق على اتِّفاق التَّحكيم أو على موضوع النَّزاع، وبناءً

(1) حيثُ يصعب التَّنَبُّؤ بهذه المُشكلات، ممَّا يُؤدِّي إلى عدم القُدرة على حسمها عن طريق التَّحكيم الخاصِّ، فضلًا عن مسائل تَطَّرأ لا يُعطيها القانون المحليُّ، وكذلك صُعبوبة تنفيذ الحُكم التَّحكيميِّ. المرجع نفسه، ص36-37.

(2) L'article 1505-3 du de procédures civil français, op.cit, p 407.

عليه سنتناولُ في هذا المطلب القانونَ الواجب التطبيقَ على اتِّفاق التَّحكيم، وذلك وَفَقًا لِلترتيب الآتي:

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اتِّفاق التَّحكيم.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اتِّفاق التَّحكيم

يُعدُّ أساس وجود التَّحكيم في العقد اتِّفاقًا صَبَّتْ فِيهِ الأطرافُ إرادتها، ويُعبِّر القانونُ الإجراءيُّ للتَّحكيم عن إرادة أطرافه في تنظيم إجراءات قيام الدَّعوى أمام هيئة التَّحكيم، ابتداءً من تعيين المحكِّمين إجراءات الفصل في النزاع، وطبيعة الحكم وتنفيذه، ويتمُّ تحديد القانون الإجراءيِّ الواجب التطبيق على التَّحكيم من خلال التعبير عن إرادة الأطراف، وهذا إما بسنِّ ووَضْع قواعد إجرائية، وإما بتطبيق قانونٍ إجرائيٍّ لدولةٍ مُعيَّنة، أو اختيار تطبيق الإجراءات الواردة في لوائح التَّحكيم المؤسَّسي.

فيسُنُّ الأطراف قواعد إجرائية من صنْع إرادتهم المطلقة، مُستعينين بذلك بقواعد إجرائية داخلية لدولٍ مُعيَّنة، أو من مؤسسات التَّحكيم الدولية، دون أن يتمَّ التصريح بمصدر هذه القواعد، مُستهدفةً الإجراءات السابقة لاتِّفاق التَّحكيم، التي تتمثل في الأساس: في اللُّغة التي سَتُطبَّق بها هذه الإجراءات، ومكان التَّحكيم التجاريِّ الدوليِّ، ومُدَّة بداية إجراءاته ونهايتها.

وكأول إجراءٍ شكليٍّ: تُترجم اتِّفاقية التَّحكيم كتابةً، إذ يجبُ أن تكون وثيقة التَّحكيم مكتوبةً، باستعمال أيِّ وسيلة تُثبت ذلك، وينتج عن عدم احترام الأطراف مثل هذا الإجراء خروجٌ بشرط التَّحكيم إلى طائفة البطلان، ويُقصد باستعمال وسائل إثبات الكتابة - بحسب اتِّفاقية (نيويورك) لسنة 1958-: (الخطابات المتبادلة، والبرقيات، والتيلكس)، ويأخذ شرط الكتابة جانباً نظامياً يعود أصله إلى القوانين الوطنية؛ لأنَّ شرط الكتابة مطلوبٌ لوجود شرط التَّحكيم، وليس لإثباته، فُصلب إرادة الأطراف هنا تكون نابعةً من قانونٍ وطنيٍّ⁽¹⁾.

(1) عجابي إلياس، النظام القانونيُّ للتَّحكيم التجاريِّ الدوليِّ في ظلِّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع

وقد أقرَّ المُشرِّع الأردني شرطَ الكتابة في المادَّة 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا من خلال تثبيت شرط الكتابة تحت طائلة البطلان، وهو الموقف نفسه الذي اتَّخذه المُشرِّع الفرنسي؛ حيث أكد على ضرورة أن يكون شرط التَّحكيم مكتوبًا، لكنَّ الغريب في الأمر أنَّه نفى هذا الشرط عن التَّحكيم الدولي الذي يخضع للقانون الفرنسي.

وعليه جرَّم الفقه بأنَّ ما ذهب إليه المُشرِّع الفرنسي هو عدم اعتماد أيِّ قاعدة تتعلَّق بالشَّكل في التَّحكيم الدولي، ويترتَّب على ذلك أنَّ الكتابة ليست ضروريةً لصحة اتِّفاق التَّحكيم، غير أنَّ الانتقاد جاء ليؤكد أنَّ الكتابة لازمةٌ لإثبات اتِّفاق التَّحكيم، وإن لم تكن شرطًا من شروط صحته⁽¹⁾. أمَّا الإجراء الثاني فيتمثَّل في إرادة الأطراف في تحديد لغة التَّحكيم، ويُقصد بلغة التَّحكيم: لغة (إجراءات التَّحكيم والمُرافعات، وتقديم المُستندات والوثائق، والحكم)، وقد تُكون لغةً واحدةً في كافَّة المراحل، وقد تتعدَّد بتعدُّد لغات الأطراف، ولا تأثِّر لهذه اللغة على تحديد طبيعة الحكم؛ أي: لا يُمكن اعتبار الحكم أجنبيًّا أو غير أجنبيٍّ بناءً على اللغة التي كُتِب بها.

وتؤكد المادَّة 22 من قانون (الأونسترال) النموذجي للتَّحكيم التجاري الدولي⁽²⁾ أنَّ للأطراف حُرِّيَّة اللغة التي تُستخدَم في إجراءات التَّحكيم، وفي حالة تعدُّر ذلك تقوم محكمة التَّحكيم بتعيين لغةٍ أو لغات إجراءات التَّحكيم، ويسري هذا التَّعيين على كلِّ بيانٍ كتابيٍّ يُقدِّمه الطرفان على المُرافعة الشَّفوية، وعلى أيِّ قرارٍ تحكيميٍّ، أو أيِّ بلاغٍ صادر عن هيئة التَّحكيم، ما لم يتمَّ الاتِّفاق على غير ذلك، كما أنَّ تقديم السَّنَدات أمام الهيئة يتمُّ بعد ترجمتها للغة واللغات التي انَّقَت عليها الأطراف، وتمَّ تعيينها من قبل هيئة التَّحكيم.

ولم يتطرَّق المُشرِّع الأردني إلى مسألة لغة التَّحكيم في تنظيمه للتَّحكيم، ويعود ذلك في المرتبة الأولى إلى دولية العلاقة التي تصعِّد لغة محلِّ تنازع، وكذا ترك ذلك خاضعًا لمبدأ سلطان الإرادة، أمَّا تطبيقًا فقد لوحظ إدراج لغة التَّحكيم، التي حُدِّدت بالفرنسية في العقد المُبرم بين الدولة وشركة (واتر ديستلنايشن)، كما اعتمد المُشرِّع الفرنسي على المسار نفسه؛ تاركًا لحُرِّيَّة الأطراف تحديده أو لهيئة التَّحكيم.

(1) علاء محيي الدين مصطفى أبو حامد، المرجع السابق، ص 263.

(2) قانون (الأونسترال) النموذجي للتَّحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتَّحدة للقانون التجاري

سنة 1985، والمُعَدَّل سنة 2010، الأمم المتَّحدة - فيينا، 2008، ص 15.

وعلاوة على ذلك، يُعدّ إعمال قواعد التّحكيم عند تحديد البدء وأجل الفصل في النزاع إجراءً ثالثاً، فمن الطّبعي جدّاً أن تنطلق بداية إجراءات التّحكيم من إبلاغ أحد الطّرفين الطّرف الآخر بعزمه على عرض النزاع على التّحكيم⁽¹⁾.

فعملية التّحكيم تبدأ بإبلاغ المدّعي الطّرف الآخر بعرض النزاع على التّحكيم، وفي الوقت نفسه محكمة التّحكيم المؤسّسي إذا كان التّحكيم أمام محكمة دائمة، وهذا ما أكّدته المادّة 21 من قانون (الأونيسترال) النموذجي، وذلك بنصّها على أنّ: تاريخ البدء في التّحكيم يتّصلق من يوم تسلّم المدّعي عليه إحالة ذلك النزاع على التّحكيم، متى لم تتفق الأطراف على ذلك اليوم الذي يتم فيه إعلان المدّعي عليه طلب التّحكيم⁽²⁾.

ولقد حدّد المشرّع الأردنيّ أجل الفصل في النزاع في ظرف 4 أشهر، تبدأ من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التّحكيم، وعليه فإنّ ميعاد بدء إجراءات التّحكيم يُحتسب من تاريخ قيام الأطراف بتشكيل هيئة التّحكيم في التّحكيم الحرّ، أو من تاريخ إخطار محكمة التّحكيم في التّحكيم المؤسّسي.

وما دامت المادّة 1015 من القانون نفسه لا تُعدّ تشكيل هيئة التّحكيم صحيحاً ما لم يُعلن المحكّمون قبولهم القيام بالمهمّة المُسنّدة إليهم، فإنّ بدء سريان إجراءات التّحكيم لا يكون بمجرد الإعلان عن المحكّم، وإنّما من تاريخ قبول هذا الأخير مهمّة التّحكيم.

الفرع الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على موضوع النزاع

يفرض القانون الواجب التّطبيق على موضوع النزاع أمام هيئة التّحكيم وجوداً فرضيّتين، تتمثّل الأولى: في اختيار قانون لموضوع النزاع، والثّانية: في عدم اختيار قانون. أولاً: صبّ موضوع النزاع في قانون إرادة الأطراف:

إنّ من يختار القاضي يختار قانونه؛ لذا يُعدّ تحديد القانون أمراً رئيساً لمباشرة هيئات التّحكيم عملها، فتطبيق النظام القانوني الصّحيح هو مطلب رئيس لإصدار حكم تحكيميّ شرعيّ،

(1) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدوليّة، المرجع السابق، ص 288.

(2) قانون (الأونيسترال) النموذجي للتّحكيم التجاريّ الدوليّ، المرجع السابق، ص 14.

والفشل في تطبيق القانون الصحيح والمناسب يُعدُّ إفراطاً في استعمال السلطة، وقد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر⁽¹⁾.

وكمبدأً عامً لطرفي العقد اختيار أيّ قانونٍ إجرائيٍّ مُستقلٍّ عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وعموماً يكون هذا القانون قانون المكان الذي تقع فيه المحكمة، وقد يؤخذ بقانون البلد الذي يجب تنفيذ الأحكام فيه⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن اللجوء إلى قضاء التحكيم الدوليّ قرينةً على اختيار تطبيق القواعد السارية والمتعارف عليها فيه، والتي تُكوّن في مجموعها نظاماً قانونياً مُستقلاً عن نُظم القوانين الداخليّة، فمهما كانت تسمية هذا النظام يبقى نظاماً خاصاً بالعقود الدوليّة، وبطبيعة الحال يتعيّن على المُحكّم تطبيق القانون الساري، فمتى تعلّق الأمر بالتحكيم الداخليّ ففي هذه الحالة يتعيّن على المُحكّم تطبيق قانون بلد التحكيم، أمّا في حالة التحكيم الدوليّ فيُفسح المجال للأطراف لاختيار القواعد المُلائمة⁽³⁾.
مَنحت اتفاقية (واشنطن) أطراف عقود الاستثمار قدرًا واسعًا من الحريّة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تترتب على علاقة الاستثمار التي تربطهما، وتمتدّ حريّة الأطراف لتشمل حقّ اختيار القانون الواجب على موضوع النزاع، لتتصّ المادة 42 منها على أنّ: محكمة التحكيم تفصل في النزاع المعروض عليها؛ وفقاً للقانون الذي اتفقت عليه الأطراف صراحةً أو ضمناً، وفي حالة عدم اتفاقهما على ذلك تُطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك: (قواعد تنازع القوانين، ومبادئ القانون الدوليّ الواجبة التطبيق)؛ إذ يمكنها أن تُطبّق مبادئ وأعراف العلاقات التجاريّة الدوليّة⁽⁴⁾.

وبالنظر لأنّ حريّة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على أصل النزاع هو السائد اليوم - خاصةً على مستوى العقود الاقتصاديّة الدوليّة- فإنّ تطبيق مبدأ حريّة الأطراف

(1) بشار محمد الأسعد، الفاعليّة الدوليّة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدوليّة، المرجع السابق، ص 153.

(2) محمد علي جواد، العقود الدوليّة، المرجع السابق، ص 51-52.

(3) الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدوليّة، ص 142.

J.-B. Blaise, et R. Desgorces, Droit des affaires, 8^{ème} éd., LGDJ, 2015, p.134, 4

على العقود الإدارية الدولية قد يلقى مصاعب؛ نظراً لوجود الدولة في العقد، وفرضها لسلطتها التشريعية على قانون العقد⁽¹⁾.

لكنه انطلاقاً من مبدأ استقلالية التحكيم المذكورة آنفاً، ليس من الضروري أن يكون القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم هو نفسه قانون العقد؛ لأن كل واحدٍ منهما مُستقلٌّ عن الآخر، فالاستقلالية هي مصدر شرط التحكيم الذي عمل به تطبيقاً لمبدأ قانون الإرادة، ليعد بذلك استثناءً عن اختصاص القانون المطبق على العقد⁽²⁾.

غير أن الظاهر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو التعبير الضمني عن مبدأ الحرية الكافية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، وهذا نظرٌ للصفة المبهمة الواردة في المادة 22، والتي جاء فيها: يفصل المحكمون وفقاً لقواعد القانون".

إلا أن المادة 22 قد أشارت ضمناً إلى اتفاق الأطراف على قانون معين من أجل الفصل في الخصومة التحكيمية، وذلك بضبط اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة، أو استناداً إلى نظام تحكيم لقانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف⁽³⁾.

وهنا يظهر أن المشرع الأردني قد انتهج توجه توجّه نظام التحكيم الدولي نفسه، المعمول به عالمياً، والقائم على تحرير الأطراف والمحكمين من أي قيود قد يفرضها عليهم قانون الخاضعين له، من خلال إعطاء الأولوية لإرادة الأطراف والمحكم في أعمال وتطبيق الأعراف التجارية المعمول بها.

بخلاف المشرع الأردني، فقد نصّ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن: لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان، وإذا تعذر ذلك فوفقاً للقواعد التي تراها مناسبة، لشراعي في جميع الحالات أعراف التجارة⁽⁴⁾، وخلافاً لذلك يعود بنا اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم الدولية إلى القانون الوطني كأصل عام، وإلى قواعد

(1) حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 124.

(2) الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 364.

(3) القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(4) article 1511 du des procédures civile français.

القانون الدولي كاستثناء، ويعود السبب في ذلك إلى صلب الأطراف إرادتهم في هذا القانون؛ نظراً لوجود الدولة في العقد، واعتماداً بذلك على ضابط الإسناد القانوني لقانون أحد الأطراف من جهة، ومن جهة أخرى الاعتماد على قانون مكان إبرام اتفاق التحكيم، على أن تعمل هيئة التحكيم على تفضيل القانون الوطني متى ظهرت علاقة بينه وبين القانون الدولي، بحيث تُمنح الأولوية للقانون الوطني للدولة المضيفة، في حين يأخذ القانون الدولي شكل قانون إضافي أو تصحيحي⁽¹⁾.

ثانياً: موضوع النزاع بدون قانون:

للمحكم أن يضع قانوناً في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل الأطراف⁽²⁾، فغياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يضع على عاتق المحكم الدولي التصدي لمثل هذا الإجراء؛ حيث يظهر سلطته التقديرية الواسعة في ذلك، من خلال توقع إرادة الأطراف، واقتراح القانون المناسب لذلك⁽³⁾.

فيمكن للمحكم - عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب اختيار الأطراف - أن يطبق قانوناً وطنياً له علاقة بالنزاع، أو أن ينطلق من تصور مغاير، مبتعداً بذلك عن القواعد القانونية الوطنية، باختيار قانون محايد أجنبي تماماً، يهدف إلى تقديم عدة قواعد⁽⁴⁾.

فإذا كان القاضي مُقيّداً باتّباع القواعد القانونية لقانون دولته - وعليه إعمال قواعد الإسناد في قانونه للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع - فإنّ المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص، ولا يصدر أحكامه باسم أيّ دولة، وهو غير مُقيّد باتّباع منهج تنازع القوانين في

(1) ظهر تأييد هذا الرأي في قرارات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

(2) Yacoute AKROUN, L'arbitrage commercial international en Algérie, RASJEP, volume xxxiv N°4-2000, p 292.

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي - مصر، 2003، ص4.

(4) Yacoute AKROUN, op.cit, p292.

قانونٍ مُعيَّنٍ ليُحدِّد القانونَ الذي يَحْكُم موضوع النزاع، وإنَّما هو مُلزمٌ بتحديد القانون الذي يتناسبُ مع الأطراف، والذي يحترمُ مبدأ (التوازن، والعدالة) عند الفصل في النزاع⁽¹⁾.

ومن أجل ذلك، يُعدُّ مصدرُ المحكِّم في اختيار القانون هو تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية، أو بشكلٍ عامِّ القواعد الدولية الخاصة التي تحكِّم العقود التجارية الدولية بصفةٍ عامَّة.

وبمقارنة نصِّ هذه الفقرة بصيغتها القديمة التي تنصُّ على أنه: "في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي تُعيِّنه قواعد تنازع القوانين التقليدية" يتضح أنَّ هيئة التحكيم في الصيغة المنقحة قد أصبحت تتمتع بحريَّة وسلطةٍ تقديريةٍ واسعة، فهي تختارُ القانون الذي تُقدِّر أنه مناسب.

بينما نجدُها ملزمةً بتطبيق القانون الذي تُفضي إليه قواعد التنازع في القانون الذي ترى أنه يجبُ تطبيقه في الدعوى، وأمام مرونة النصِّ في الصيغة المنقحة قد تجد محكمة التحكيم أنَّ القانون المناسب للمنازعة هو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.

وقد أخذ المشرع الأردني بهذه الطريقة، وذلك في نصِّ المادة 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع؛ عملاً بقواعد القانون الذي اختارته الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل بحسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، ليعطي بذلك المحكِّم الحقَّ في أن يُحدِّد مباشرةً القانونَ واجب التطبيق، دون إلزامه باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين؛ تماشيًا مع التطور القانوني، والدور الذي يُوفِّره التحكيم كهيئةٍ مُستقلةٍ عن مراكز الأطراف من عدالة قضائية.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 5، 6.

الفصل الثاني: تعيين وتطبيق قانون العقد من قبل الجهات التشريعية والقضائية

تمهيد وتقسيم:

عند غياب الإرادة الصريحة لأطراف العقد في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم المستقبلية يبحث القاضي عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، وذلك من خلال شروط التعاقد أو ظروفه؛ من أجل الحصول على مؤشرات يستدل بها القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، الذي يمثل الإرادة الضمنية لأطراف العقد، إلا أنه قد يصعب على القاضي الوصول إلى الإرادة الضمنية لأطراف العقد، وعليه يُحيل المشرع إلى إسناده مسبقاً يخضع له العقد في حالة غياب إرادة الأطراف الصريحة والضمنية، والتي تتمثل في المواطن المشترك لأطراف العقد، أو بلد إبرام العقد، وأحياناً بلد التنفيذ، وهو ما يُعرف بالإسناد الجامد للعملية التعاقدية، وهو النظام المتبع في القانون الأردني والمصري. وقد يعيد قاضي النزاع إلى التصدي بنفسه لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهو ما يُعرف بالإسناد المرن للعملية التعاقدية، الذي أخذت به اتفاقية (روما) لسنة 1980 المعدلة بموجب اللائحة التنفيذية رقم 2008/593 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، ومن الأسئلة التي تُطرح في هذا الخصوص: ما مدى فاعلية الإسناد المسبق في تحديد القانون الواجب التطبيق؟ وكذلك ما الآلية التي يتبناها قاضي النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق؟ وما مدى فاعلية هذه الآلية؟ وللإجابة عن هذه الأسئلة ارتأينا تقسيم هذا الفصل مبحثين، وفقاً للترتيب الآتي:

المبحث الأول: الإسناد الجامد للعملية التعاقدية.

المبحث الثاني: الإسناد المرن للعملية التعاقدية.

المبحث الأوّل: الإسناد الجامد لقانون العقد

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا في ما سبق أنّ المُشرِّع قد يتبنّى بنفسه عملية إسناد العقد عند سُكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التّطبيق، والذي يُعرّف بالإسناد المُسبق للعملية التّعاقديّة، وهو ما أخذَ به المُشرِّع الأردنيّ، وذلك بمُوجب المادّة (20) من القانون المدنيّ، التي تنصُّ على أنّه: "يسري على الالتزامات التّعاقديّة قانون الدّولة التي يُوجد فيها المَوْطن المُشترك للمُتعاقدين إذا اتّحد موطنُهما؛ فإن اختلفا سرى قانون الدّولة التي تمّ فيها العقد"، وعليه يتقيّد القاضي بمُوجب هذا الإسناد عند سُكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التّطبيق، وذلك بتطبيق المَوْطن المُشترك لأطراف العقد، وإن لم يتّحدا موطناً يُطبّق القاضي قانون بلد الإبرام، والمادّة (19) من القانون المدنيّ المصريّ.

وعليه فمن الأسئلة التي تُطرح في هذا الخُصوص: ما مدى فاعليّة إسناد العقد للمَوْطن المُشترك لأطراف العقد؟ كذلك ما يتعلّق بـ(قانون بلد الإبرام، وقانون بلد التّنفيذ)، وذلك ضمن المطالب التّالية:

المطلب الأوّل: قانون المَوْطن المُشترك لأطراف العقد.

المطلب الثّاني: قانون بلد إبرام العقد.

المطلب الثّالث: قانون بلد التّنفيذ.

المطلب الأوّل: قانون المَوْطن المُشترك لأطراف العقد

عرّف المُشرِّع الأردنيّ (المَوْطن) في الفقرة (1) من المادّة (39) من القانون المدنيّ الأردنيّ

بأنّه: المكان الذي يُقيم فيه الشّخص عادةً، وتنصُّ الفقرة (2) من المادّة نفسها على أنّه: "يجوز

أن يكون للشخص أكثر من موطن، كما أوردت الفقرة (3) أيضاً من المادة نفسها: "وإذا لم يكن للشخص مكانٌ يُقيم فيه عادةً يُعدُّ بلا موطن"، ويقترب من هذا التعريف ما ورد ضمن المادة (40) من القانون المدني المصري.

ويُعدُّ الموطن المشترك لأطراف العقد الإسناد الأول عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على التزامهم التعاقدية بموجب نص المادة (20) من القانون المدني الأردني، التي تنص في شطرها الأول على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنه"، والتي تُقابلها المادة (19) من القانون المدني المصري، ويمثل قانون (الموطن المشترك للمتعاقدين) من وجهة نظر المشرع أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

ويرى الفقه المعاصر أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يتصف بالإيجابيات التي تُؤكِّد على فاعلية تطبيقه عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق؛ ومنها: أن تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف من القوانين التي يُتوقَّع من الأطراف تطبيقه عند سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك لا يُخلُّ هذا الإسناد بتوقعات الأطراف، كما أن أحكام قانون الموطن متعارفٌ عليها من قبل الأطراف، وعليه لا يتفاجأ أطراف العقد بتطبيق أحكام مختلفة على عمليتهم التعاقدية⁽²⁾.

فضلاً عن أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يُمثل الموطن الذي اختارته أطراف العقد للإقامة المعتادة أو موطن ممارسة أعمالهم، وعليه يُمثل هذا القانون مصالح الأطراف المشتركة⁽³⁾.

ومن التطبيقات القضائية لقانون (الموطن المشترك لأطراف العقد) نُشير إلى قرار محكمة التمييز الأردنية، الذي جاء فيه - في المادة 20 من القانون المدني -: أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين أو اتحداً موطناً، وعليه فإن

(1) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. مرجع سابق، 2006م، ص 256.

(2) أحمد إبراهيم إبراهيم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، دار النهضة العربية - القاهرة، 1992م، ص 555.

(3) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 146.

القانون الأردني هو الواجب التطبيق، طالما اتَّحد الطرفان في الموطن المشترك في المملكة الأردنية الهاشمية في عمان⁽¹⁾.

إلا أن هناك - من جانب آخر - بعض السلبيات التي يراها جانب من الفقه، والتي ترد على تطبيق قانون (الموطن المشترك لأطراف العقد)، وتؤكد على عدم فاعلية هذا الإسناد، منها: أنه ليس بالضرورة أن يشترك أطراف العقد في موطن مشترك واحد، فقد يختلف الموطن في عقود التجارة الدولية، وعليه يعدُّ قانون الموطن المشترك غير قادرٍ على حكم علاقات التعاقد، إلا إذا اتَّحد موطن أطراف العقد فقط، فضلاً عن أن قواعد كسب وفقدان الموطن تختلف من دولة إلى أخرى، والتي قد يكون من السهل تغيير الموطن بموجبها، الأمر الذي يصعب على المحكمة تحديد أو إثبات الموطن، كما أن عدَّ الموطن المشترك يُمثِّل مركز الثقل لجميع أنواع العقود أمرٌ يُثير التساؤل؛ حيث إنَّ مركز الثقل للعملية التعاقدية قد يختلف من عقدٍ إلى آخر⁽²⁾، فقد يرغب أطراف العقد في تطبيق قانون أجنبي بالنسبة لهم⁽³⁾.

ويرى الباحث أن قانون (الموطن المشترك لأطراف العقد) - وإن كان لا يُمثِّل مركز الثقل لجميع أنواع العقد، وهي سلبية تردُّ عليه؛ كونه واجب التطبيق بصورة عامة على جميع أنواع العقود - من القوانين التي تُحقِّق الأمان القانوني لأطراف العقد، بصفته من القوانين المتعارف عليها من قبل الأطراف؛ إذ إنَّه قانون الموطن الذي اتَّخذته الأطراف للإقامة المعتادة، أو ممارسة أعمالهم، فلو تمَّ عقدٌ بين مواطنٍ عراقي الجنسية مُقيم بالأردن ومواطنٍ أردني، وأيضاً مُقيم بالأردن لتصدير بضاعة إلى العراق، ولم يتمَّ تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فإنَّه يُطبَّق القانون الأردني؛ كونه قانون الموطن المشترك لأطراف العقد؛ ممَّا يُحقِّق الأمان القانوني لأطراف العقد.

المطلب الثاني: قانون محل إبرام العقد

أسند المشرع الأردني والتشريعات المقارنة عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق إلى قانون محل إبرام العقد، بصفته الواجب التطبيق عند عدم وجود موطن مشترك لأطراف

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية رقم 2006/2149، (هيئة خماسية)، بتاريخ 2006/8/21.

(2) هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر - الإسكندرية، 1997م، ص 310.

(3) طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه - جامعة بغداد، 1996م،

العقد؛ أي: إنَّ القاضِي لا يستطيع تطبيقَ قانون محلِّ إبرام العقد إذا وَجَدَ مَوْطَنًا مُشْتَرَكًا لأطراف العقد؛ فلا بُدَّ من التزام القاضِي بالتَّدْرُج الذي وضعه المَشْرَع⁽¹⁾، وذلك بِمُوجِبِ الشَّطْرِ الثَّانِي من المادَّة (20) من القانون المدنيِّ الأردنيِّ، فإذا اختلفا سرى قانون الدَّولة التي تمَّ فيها العقد، والتي تُقَابِلُهَا المادَّة (19) من القانون المصريِّ.

ويرى جانبٌ من الفقه أنَّ تطبيقَ قانون محلِّ إبرام العقد له عدَّة إيجابيات، إذ إنَّ محلَّ إبرام العقد يُمَثِّلُ الميَلاَد الأوَّل للعقد، وعليه لا يُمكن فصلُ العقد عن قانون ميلاده؛ إذ إنَّه يُمَثِّلُ أقوى الصِّلات به، كما أنَّ بلد الإبرام في العادة لا يتعدَّد؛ إذ يَجْرِي عقدُ الاتِّفاق ضمن مجلسٍ واحدٍ، وعليه لا يُطبَّق أكثر من قانونٍ على العقد، بل يَحْفَظ قانونُ بلد الإبرام وحدَه القانونَ المُطبَّق على العقد، وعليه يَرَى هذا الجانبُ أنَّ هذه الإيجابيات تُؤكِّد فاعليَّة تطبيقَ قانون بلد الإبرام⁽²⁾.

ومن التَّطبيقات القضائية لقانون محلِّ الإبرام نُشير إلى قرار محكمة التَّمييز الأردنيَّة، الذي جاء فيه: "يُسْتَفَاد من المادَّة 20 من القانون المدنيِّ أنَّه في الالتزامات التَّعاقُديَّة يُطبَّق قانون الدَّولة التي يُوجَد فيها مَوْطَن مُشْتَرَك لِكِلَا المُتعاقدِين كقاعدةٍ رئيسةٍ، فإن اختلف المُتعاقدان في المَوْطَن سرى على العقد قانونُ الدَّولة التي تمَّ فيها التَّعاقد، وحيثُ إنَّه ليس للمُتعاقدِين مَوْطَن مُشْتَرَك، فإنَّ القانون الواجب التَّطبيق هو القانونُ الكويتيُّ، قانون الدَّولة التي تمَّ فيها التَّعاقد، وعليه فتطبيق محكمة الاستئناف لقانون التَّجارة الكويتيِّ على الدَّعوى يكون مُتَقَفًا والقانون"⁽³⁾.

إلَّا أنَّ هذا المعيار لم يَنَلَم من الانتقادات أيضًا؛ إذ أوَّل الانتقاد الذي وُجِّه إليه على أنَّ التَّقاء الأطراف في بلد الإبرام قد يَكُون مُجَرَّد ظرفٍ عارضٍ النَّقَى به المُتعاقدان قَدْرًا، ومن ثمَّ من المُمكن إلَّا يُمَثِّلُ قانون بلد الإبرام مَصَالِحهم الحقيقيَّة⁽⁴⁾.

كما يَرَى هذا الاتِّجاه أنَّ التَّطوُّر الحاصل في مجال التَّجارة الدَّوليَّة والتَّطوُّر التِّكنولوجيِّ فَتَحَا البابَ أمام تعاقُديَّاتٍ لا تتمُّ بِمُوجِبِ بلدٍ واحدٍ؛ إذ يَحْصُلُ التَّعاقد بين بلدين مُختلفين؛ كون التَّعاقد يَحْصُلُ عن طريق الهاتفِ أو البريد الإلكترونيِّ أو غيرهما من وسائلِ الاتِّصال الإلكترونيَّة، وعليه

(1) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدَّوليَّة الخاصَّة، مرجع سابق، 2006م، ص 256.

(2) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التَّجارة الدَّوليَّة، مرجع سابق، ص 147.

(3) قرار محكمة التَّمييز الأردنيَّة بصفتها الحقيقيَّة رقم 2004/3210 (هيئة خماسية)، تاريخ 2005/1/16.

(4) صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبيِّ في تطوُّر أحكام القانون الدَّوليِّ الخاصِّ، مرجع سابق،

يَصُغَبُ تحديد قانون بلد الإبرام؛ لاختلاف مكان الإيجاب عن القَبُولِ وعِلْمِ المُوجِبِ؛ فالتشريعات تختلف بهذا الخُصُوص⁽¹⁾، كالقانون الأردني؛ حيث تنصُّ المادَّة (97) من القانون المدني المصري، أيضًا المادَّة (101) من القانون المدني الأردني فإنَّها تنصُّ على أنَّه: "إذا كان المتعاقدان لا يضمُّهما حين العقد مجلس واحد، يُعدُّ التَّعاقدُ قد تمَّ في المكان وفي الزَّمان اللذين صدر فيهما القَبُولُ، ما لم يُوجد اتِّفاقٌ أو نصٌّ قانونيُّ يقضي بغير ذلك"، هذا الخِلاف التَّشريعيُّ يُمثِّلُ صُعبَةً في تحديد مكان إبرام العقد، فضلًا عن صُعبَةٍ تحديد مكان الإبرام إلكترونيًّا؛ لأنَّ "بروتوكولات نقل رسائل البيانات بين نُظُم معلوماتٍ مُختلفةٍ عادةً، تُسجَلُ اللَّحظة التي تُكون فيها رسالة البيانات مُسلَّمة أو مقروءة من جانب المُرسَل إليه، لكنَّها لا تُشير إلى الموقع الجغرافي لنُظُم الاتِّصال"⁽²⁾.

ويؤيِّد الباحثُ الانتقادات التي وُجِّهت لقانون بلد الإبرام، والتي تُفقِّد أهميَّته في تحديد القانون الواجب التَّطبيق؛ كون بلد الإبرام حدثًا عارضًا في العمليَّة التَّعاقدية، كما أنَّ التَّطوُّر الحاصل في الوسائل التَّعاقدية الإلكترونية قد يجعل تحديد قانون بلد الإبرام صعبًا.

كما أنَّ فكرة الإسناد المُسبق في الأصل تُحاول تحقيق غايَتين؛ الأولى: أنَّ هذه الصُّوابط المُسبَّقة تُمثِّلُ مَرَكز التَّقلُّب في العقد، وعليه سيكون القانون الذي يُحدِّده ضابط الإسناد هو الأجدَر بحُكم العَلاقة التَّعاقدية، وهو الأمر الذي لا يتمثَّل في قانون بلد الإبرام، والغاية الثَّانية: تتمثَّل في جِماية توقُّعات ومُصالح الأطراف، وهو أمرٌ لا يُقدِّمه قانون بلد الإبرام، وعليه يرى الباحثُ أنَّ قانون بلد الإبرام يفتقد أهميَّته في تحديد القانون الواجب التَّطبيق.

المطلب الثالث: قانون بلد التَّنفيذ

لم يأخذ المُشرِّع الأردني - وكذلك التَّشريعات المُقارَنة، كالقانون المصري - بالإسناد المُسبق لقانون بلد التَّنفيذ في حالة سُكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التَّطبيق.

(1) صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوُّر أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص184.

(2) نافع بحر الباني، تنازع القوانين في مُنازعات التِّجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه - جامعة بغداد، 2004م، ص72.

إلا أن فقه القانون الدولي الخاص يُعول كثيراً على قانون بلد التنفيذ في تحديده للقانون الواجب التطبيق؛ بدءاً من عدّه من أهم مؤشرات الإرادة الضمنية لأطراف العقد، إلى القانون الذي يحكم النزاعات التعاقدية في حالة سكوت إرادة الأطراف، وذلك بعدما أكد الفقيه (سافيني) على أهمية هذا القانون، وتبناه الفقيه الفرنسي (ديمولاند) في نظرية التركيز الموضوعي بوصفه يُمثّل مركز الثقل⁽¹⁾.

ويرجع أنصار قانون بلد التنفيذ أهميته إلى عدّة أسباب؛ منها: أن بلد التنفيذ يُمثّل الغاية التي يَرجونها من تعاقدهم، فالتنفيذ يُمثّل الغرض الرئيس من العقد، وعليه ترتبط جميع مصالح أطراف العقد في بلد التنفيذ، كما أن قانون بلد التنفيذ يُمثّل الوجهة الأخيرة للعقد، وعليه سيخضع العقد لأحكام قانون واحد، وبذلك تُحفظ وحدة العقد⁽²⁾.

فضلاً عن أنه في حالة إخلال أحد أطراف العقد بتنفيذ التزامه، فقانون بلد التنفيذ هو الأجدر بحكم هذه العلاقة، وعليه تُحفظ حقوق وتوقعات أطراف العقد من خلال تطبيق قانون بلد تنفيذ العقد⁽³⁾.

هذه الإيجابيات التي يُعول عليها مُناصرو تطبيق قانون بلد التنفيذ لم تكن كافيةً لجانبٍ آخر من الفقه، رأى أن تنفيذ العقد ليس بالصّورة مرتبباً بمكانٍ واحد، فعقد النقل الدولي قد يتمّ تنفيذه في أكثر من دولة، وبذلك تتعدّد قوانين بلد التنفيذ، أو في عقد البيع الدولي الذي قد تردّ به شروط التسليم متعدّدة؛ حيث تُسلم البضاعة في موطن المُشتري، ووفاء الثمن في موطن البائع، وعليه سيتمّ إخضاع كلّ التزام لقانون بلد تنفيذه، كما أن النزاعات لا تحدث فقط عند تنفيذ العقد، وإنّما قد تحدث قبل تنفيذه، وعليه سيتعدّد تطبيق قانون بلد التنفيذ⁽⁴⁾.

(1) السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2010م، ص185.

(2) صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوّر أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص186.

(3) السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، مرجع سابق، ص186.

(4) صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوّر أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص187.

ويرى الباحث أنه سواءً أكان قانون بلد التنفيذ غير قادرٍ على حكم العلاقة التعاقدية في حالة تعدد أماكن التنفيذ، إلا أنه في حالة اتحاد مكان التنفيذ، أم تمّ تحديد مكان التنفيذ الرئيس، فإنه سيكون قانون هذا المكان هو الأجدَر بحكم العلاقة التعاقدية؛ كون أن جميع عناصر تنفيذ العقد تقع ضمن مكان واحد، وعليه يصون قانون بلد التنفيذ حقوق والتزامات أطراف العقد. كما أن قانون بلد التنفيذ يُمثّل الوجهة الأخيرة للعقد، وعليه لا حاجة إلى إسناد العقد إلى قانون آخر؛ إذ إنَّ العقد عند وصوله مرحلة التنفيذ قد تجاوز جميع مراحل التعاقد، وعليه يُعدُّ قانون بلد التنفيذ هو الأجدَر بحكم العلاقة؛ كونه من القوانين المعاصرة للعملية التعاقدية.

وبذلك نجدُ ضوابط الأسانيد المسبقة مُتباينةً في قوتها، فنجدُ قانون الموطن المشترك للأطراف لا يُمثّل مركز الثقل في العقد، إلا أنه يُحقّق مصالح وتوقعات الأطراف، ويفقد قانون بلد الإبرام أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق؛ بسبب عدم فاعليته في تحقيق مصالح أطراف العقد، أو بوصفه مركز الثقل للعقد، أمّا قانون بلد التنفيذ فيحملُ في طياته الغائيتين؛ حيثُ يمكنُ عدُّه مُمثلاً لمصالح وحقوق الأطراف، وكذلك عدُّه مُمثلاً عن مركز ثقل العقد في بعض الحالات. إلا أن هناك سلبياتٍ من وجهة نظر الباحث تردُّ على الأسانيد المسبقة للعملية التعاقدية، وهي: شرطُ التدرُّج في تطبيقها، وتطبيقها بصورةٍ عامّة على جميع أنواع العقود، فلو كُنّا - على سبيل المثال - أمام عقد لنقل التكنولوجيا، وليس بالضرورة أن تكون الدولة أحدَ أطرافها، وإنما هو عقدٌ خاصٌّ بين الأفراد، ولم تتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، وعرض النزاع على إحدى محاكم التشريعات المقارنة - وعقد نقل التكنولوجيا من العقود المسماة في القانون المصري⁽¹⁾، لكنّه من العقود غير المسماة في القانون الأردني -، فلو كانت مصرُ هي بلد إبرام العقد، والأردن هي الموطن المشترك لأطراف العقد، فعند عرض النزاع على القاضي فهو مُقيّد بتطبيق قانون الموطن المشترك لأطراف العقد، وهو قانون غير قادرٍ على حكم عقد نقل

(1) المادّة (73) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999، وقد نصّت على أن: "عقد نقل التكنولوجيا اتّفاق يتعهّد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلوماتٍ فنيّةٍ إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقةٍ فنيّةٍ خاصّةٍ لإنتاج سلعةٍ مُعيّنة، أو تطويرها، أو تركيب أو تشغيل آلاتٍ أو أجهزة، أو لتقديم خدمات، ولا يُعدُّ نقلاً للتكنولوجيا مجرد بيع، أو شراء، أو تأجير، أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية، أو الأسماء التجارية، أو الترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزءٍ من عقد نقل تكنولوجيا، أو كانت مرتبطةً به".

التكنولوجيا؛ إذ سيخضع للقواعد العامة، وليس للقواعد الخاصة التي نظمت عقد نقل التكنولوجيا ضمن القانون المصري؛ أي: إنَّ سلطة القاضي تتقيّد بالاختيار من أحد القوانين المُسنّدة، ما يُمثّل أكبر سلبية في عمليّة الإسناد، وليس على ضوابط الإسناد المُسبقة التي تبناها المُشرّع؛ لأنّها مُنفاوطة في فاعليتها كما رأينا.

وعليه، فإنّ تقييد سلطة القاضي من خلال ضابط إسناد مُسبق، وكذلك اشتراط التدرّج في الإسناد يُمثّل سلبية كبيرة في عمليّة تحديد القانون الواجب التّطبيق.

الأمر الذي دفع جانباً من الفقه إلى إيجاد مخرجٍ لعمليّة الإسناد، وذلك باستنادهم إلى نصّ المادّة (25) من القانون المدني الأردني، والتي تنصّ على أنّه: "تُتبع مبادئ القانون الدولي الخاص في ما لم يرد في شأنه نصّ في الموادّ السابقة من أحوال تنازع القوانين"، والتي تُقابلها المادّة (24) من القانون المدني المصري.

ويرى جانبٌ من الفقه أنّ نصّ المادّة يُتيح للقاضي الخروج من قواعد الإسناد المُسبقة، وتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص، وبعضهم يرى أنّ هذه المادّة لا تُتيح مثل هذا الخروج؛ إذ إنّ هذه المادّة تُطبّق في الحالات التي لم يرد بها أيّ نصّ تشريعيّ؛ فالالتزامات التّعاقديّة تناولها المُشرّع، ووضّع لها قواعد إسناد خاصّة، فلا يُمكن للقاضي - بالاستناد إلى هذا النصّ - أن يُطبّق قانوناً غير قانون الموطن المُشترك أو بلد الإبرام⁽¹⁾.

ويرى الباحث أنّ نصّ المادّة يحمل معنيين؛ إذ يحكم القاضي بمبادئ القانون الدولي الخاص في الحالات التي لم يرد بها نصّ، وكذلك في حالة صعوبة تحديد القانون الواجب التّطبيق، وذلك في حالة عدم وجود موطن مُشتركٍ لأطراف العقد، ولم يتيسّر للقاضي تحديد بلد إبرام العقد لأيّ سببٍ من الأسباب، وعليه يستند القاضي إلى القواعد العامة في القانون الدولي الخاص، وذلك بتحديد القانون الواجب التّطبيق من خلال تركيز العقد من خلال ظروف ومُلابسات التّعاقّد، أو بموجب الأداء المُميّز - كما سنرى لاحقاً - وهذا الخروج بالأصل لا يُمثّل للقاضي مُرونة في

(1) عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي - العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، 2012م، ص81.

E. Omia ; La loi applicable à la garantie bancaire à première demande, Paris, 1988
p.186

وكذلك أشار إليه: عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق. ص81.

تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إذ إنه حالة استثنائية يعمد إليها القاضي من أجل الفصل في النزاع المعروض أمامه، فلا يمكن أن يرفض القاضي الفصل في النزاع، أو إصدار حكم بسبب عدم قدرته على تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب الإسناد المسبق للعملية التعاقدية. أما السلبية الأخرى التي ترد على الإسناد المسبق للعملية التعاقدية فهي تطبيقها على مختلف العقود الدولية، ومنها عقود الدولة.

حيث إن عقود الدولة وإن كانت تخضع للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فإنها تحمل خصوصية أخرى، فليست عقدًا إداريًا أو معاهدة أو غيرها من التسميات، التي قد تطلق عليها.

إذ إن خصوصيتها الجوهرية متمثلة في تفاوت المراكز القانونية بين الأطراف المتعاقدة، فضلاً عن طول الفترة الزمنية التي تتمتع بها هذه العقود، والأموال الضخمة التي تُصرف على المشاريع الاستثمارية، فضلاً عن ارتباطها باقتصاد الدولة، وأيضاً كونها عقوداً مركبةً ومُتَوَعَّعةً، وأغلبها من العقود غير المسماة.

وعليه تحمل هذه العقود هذه الخصائص وهذه الإمكانيات، ولا يمكن بأي شكل من الأشكال إخضاعها لإسناد مسبق، متمثل في الموطن المشترك لأطراف العقد، وهو الأمر الذي لا يتوافر في عقود الدولة، وكذلك إخضاعها لقانون بلد الإبرام، الذي قد يكون إما قانون الدولة المستضيفة للاستثمار، وإما بلد المستثمر الأجنبي - سواءً أكان شخصاً معنوياً أم طبيعياً-؛ إذا جرى التعاقد في بلده أو دولة محايدة يتفاوض فيها الطرفان، ويتم إبرام العقد فيها.

وبهذه الصورة سيخضع العقد في الصورة الأولى لقانون الدولة، وهو أمر يتخوف منه المستثمر، وفي الصورة الثانية سيتم تطبيق قانون المستثمر، وهو أمر تخشاه الدولة؛ فمن الممكن إلا يحقق مصالحها الاقتصادية، أما في الصورة الثالثة فسيتم تطبيق قانون دولة أخرى، وهي التي تم فيها التعاقد، وهو قانون دولة عارضة في العملية التعاقدية، وبذلك نجد قانون بلد الإبرام لا يحقق التوازن المطلوب في تحديد القانون الواجب التطبيق.

وعليه نجد عدم كفاءة الإسناد المسبق للعملية التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدول.

المبحث الثاني: الإسناد المرن لقانون العقد

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا في ما سبق أنّ المشرّع قد يُسند العُقود إلى ضوابط مُحدّدة مُسبقًا، والتي بمُوجبها يتقيّد بها قاضي النزاع في تحديد القانون الواجب التّطبيق، إلّا أنّ الأمر يختلف في الإسناد المرن للعملية التّعاقديّة؛ حيث إنّ قاضي النزاع غير مُقيّد بإسناد مُسبق، وإنّما له سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التّطبيق في حالة غياب الإرادة الصّريحة والضّمنيّة لأطراف العقد.

وأوّل من دعا إلى إطلاق سلطة القاضي التّقديرية في تحديد القانون الواجب التّطبيق هو الفقيه الفرنسي (باتيفول)، حيثُ ظهر بنظريّة التّركيز الموضوعي للعقد، والتي بمُوجبها يُطبّق القانون الذي يُمثّل مركز الثقل في العقد من خلال ظروف التّعاقّد ومُلابساته.

ومن جانبٍ آخر، ظهرت نظريّة الأداء المُميّز على يد الفقيه السويسريّ (شنايتزر)، حيثُ دعا إلى تحديد القانون الواجب التّطبيق من خلال الطّبيعة الدّائبة للعقد.

وهاتان النظريّتان تمّ تبنيهما من قبل اتّفاقية (روما) لسنة 1980، الّتي أخذت بنظريّة الأداء المُميّز كمبدأ عامّ في تحديد القانون الواجب التّطبيق، ونظريّة التّركيز الموضوعي في بعض الحالات الاستثنائية. وعليه، ومن أجل التّعريف على نظريّة الأداء المُميّز وآليّة تحديد القانون الواجب التّطبيق

ارتأيناً تخصيصَ المطلبِ الأوَّل للبحثِ في نظريَّة (الأداء المُميِّز)؛ لمَعْرِفة المقصود بتحديد القانون من خلال الطَّبِيعَة الدَّائِيَّة للعقد، ومدى فاعليَّة هذه النُّظريَّة في تحديد القانون الواجب التَّطبيق، وهل سَنُحَقِّق مصالح الأطراف؟ وتكشِف في الوقت نفسه مركز الثِّقَل الحقيقيِّ في العمليَّة التَّعاقدِيَّة؟ أمَّا المطلب الثاني فسيكون أيضاً ضمن نطاق نظريَّة (روما) بشأن العقود التي تخضع لقواعد خاصَّة في تحديد القانون الواجب التَّطبيق؛ لمَعْرِفة: مدى اشتراك هذه العقود مع القواعد الخاصَّة للتَّشريعات العربيَّة المُقارِنة، وكذلك مَعْرِفة هذه الأحكام الخاصَّة؟ وعليه سنتناول ذلك في مطلب واحد على النحو الآتي:

المطلب الأوَّل: نظريَّة الأداء المُميِّز

ظَهَرَت نظريَّة الأداء المُميِّز في تحديد القانون الواجب التَّطبيق على يد الفقيه السويسريِّ (شنايتزر)، الذي يَرى أنَّ التَّركيز السَّليم للعقد يكمن في البحثِ عن الرُّوابط المُتَّصِلة به، من خلال النَّظَر إلى وظيفة العقد في الحياة الاقتصاديَّة، فلا ينبغي أن يُكون تركيزُ العقد بالمعنى الجُغرافيِّ أو الإقليميِّ للكلمة، وإنَّما تحديدهُ لأيِّ مجالٍ قانونيِّ وطنيِّ ينتمي إليه العقد بطبيعته، ويتمُّ هذا التَّحديد من خلال البحثِ في أداء أطرافِ العقد لمَعْرِفة أيِّ طرفٍ من أطرافِ العقد هو صاحبُ الأداء المُميِّز، وبمعنى آخر: الأداء الذي يُشكِّل الوظيفة الرَّئيسيَّة في العقد⁽¹⁾.

فوفقاً للفقيه (شنايتزر): في كلِّ عقدٍ هناك طرفٌ واحد، يتميِّز بأدائه عن الطرف الآخر الذي عادةً لا يتغيَّر أداؤه بتغيُّر نوع العقد، وهو أداءٌ مُتمثِّل في التزاماتٍ ماليَّةٍ تُجاه الطرف الآخر الذي يُعدُّ أداؤه مُتميِّزاً من عقدٍ إلى آخر.

ففي عقدِ البيعِ الدَّوليِّ يكون أداءُ المُشتريِّ مُتمثِّلاً في التزامه بدفع المبلغ المُلزم به تُجاه البائع، ولو أخذنا أداء هذا الطرف في غيره من العقود، مثل: عقد التَّأمين - وجدنا أداءه لا يتغيَّر؛ إذ يبقى التَّزامه ماليًّا مُتمثِّلاً في دفع أقساطِ التَّأمين.

إلَّا أنَّ أداء البائع مُختلفٌ عن أداء المُؤمَّن في عقد التَّأمين، أو أداء الناقل في عقد النَّقل، وعليه يُعدُّ أداء الطرف الأخير هو المُميِّز في كلِّ عقد، ويُعدُّ أداؤه جوهرِيًّا في العقد، وعليه يُطبَّق

(1) نورس عباس عبودي، الأداء المُميِّز وأثره على عمليَّة الإسناد، دار السنهوري - بيروت، 2016م، ص20.

قانون موطن (المدين بالأداء المميز)؛ كونه القانون الذي يرتبط به العقد وظيفياً⁽¹⁾؛ إذ يرى الفقيه (شنايتزر) أن الطرف الأول في العقد - سواء أكان مشترياً، أم مقترضاً، أم مؤمناً له، أم غير ذلك - هو مجرد عميل، وعليه يعد العقد بالنسبة له حدثاً عارضاً، ولا يؤدي أدائه أي وظيفة رئيسية في العقد سوى التزامه بدفع مبلغ مالي، بينما الوظيفة الرئيسية لصاحب الأداء المميز تقع ضمن وظيفته الرئيسية، وعليه يمس القانون الواجب التطبيق وظيفته الرئيسية؛ ولذلك فإنه من غير المناسب إخضاع كل تعاقب يجريه لقانون مختلف⁽²⁾ إلا أنه قد يتبادر إلى الذهن: كيف يتم تحديد أداء المميز في كل عقد من العقود؟

إن تحديد الأداء المميز لا يتم بصورة عشوائية، وإنما ضمن مؤشرات يستدل بها قاضي النزاع لتحديد الأداء المميز في العقد، هذه المؤشرات بيّنتها المادة 4 من اتفاقية (روما) لسنة 1980، حيث إنها تعد دليلاً لقاضي النزاع في تحديد الأداء المميز على مختلف العقود، وذلك بموجب الفقرة (1) من المادة (4) من الاتفاقية، التي تنص على أنه: "في حالة عدم إجراء انتخابات وفقاً للمادة 3 ودون الإخلال بالمواد من 5 إلى 8، يُحدد القانون المطبق على العقد على النحو التالي:

أ. عقد بيع البضائع يخضع لقانون البلد الذي يُقيم فيه البائع بصفة اعتيادية.
 ب. يخضع عقد تقديم الخدمات لقانون البلد الذي يُقيم فيه مقدم الخدمة (محل إقامته المعتاد).
 ج. يكون عقد الحق العقاري أو عقد إيجار المبنى محكوماً بقانون البلد الذي يقع فيه المبنى.
 د. بصرف النظر عن النقطة (ج)، فإن إيجار الممتلكات غير المنقولة التي تم الدخول فيها لأغراض شخصية مؤقتة لمدة أقصاها ستة أشهر متتالية يخضع لقانون البلد الذي يُقيم فيه المالك إقامته المعتادة، شريطة أن يكون المستأجر شخصاً طبيعياً، وأن يكون مقر إقامته المعتاد في ذلك البلد نفسه.

هـ. تخضع اتفاقية الامتياز (Franchising) لقانون البلد الذي يُقيم فيه الحاصل على الامتياز بصفة اعتيادية.

و. تخضع اتفاقية التوزيع لقانون البلد الذي يُقيم فيه الموزع بصفة اعتيادية.

(1) خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية - الإسكندرية،

2002م، ص 153.

(2) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 472.

ز. عقد بيع السلع بالمزاد يخضع لقانون البلد الذي يجري فيه المزاد، إذا أمكن تحديد ذلك المكان، وكما ورد في الفقرة (2) من المادة نفسها ما نصه: "وفي الحالات التي لا يشمل فيها العقد الفقرة 1، أو عندما تكون عناصر العقد مشمولة بأكثر من نقطة من النقاط (أ) إلى (ح) من الفقرة 1، يكون العقد محكومًا بقانون البلد الذي يُقيم فيه طرف الأداء المُميّز عادةً.

وبذلك نجد تحديد الأداء المُميّز يتم على جميع طوائف العقود، وبذلك يتيسر للقاضي تحديد القانون الواجب التطبيق مهمًا اختلفت طبيعة العقد محل النزاع، كما أنه لو كان العقد من العقود المركبة فإن قانون موطن المدين بالأداء المُميّز هو الواجب التطبيق.

ومن التطبيقات القضائية لموطن المدين بالأداء المُميّز نُشير إلى قرار محكمة النقض الفرنسية؛ حيث طبقت قانون موطن المدين بالأداء المُميّز، وذلك في النزاع ما بين شركة JFA Chantier naval الفرنسية لصناعة اليخوت الفاخرة، وشركة Kerstholt VOF الهولندية لصناعة الأخشاب، التي بموجب العقد تلتزم بتزويد وبناء الأسطح الخشبية في فرنسا، وعند حدوث نزاع بين الطرفين طالبت الشركة الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه أكثر القوانين صلةً بالعقد؛ حيث إن مقر الشركة في فرنسا، وتوفير وبناء الأسطح الخشبية تم في فرنسا، وتم إعلان المناقصة في فرنسا، وارتباط العقد بهولندا تم من خلال عنصر واحد، وهو مقر الشركة المتعاقدة. إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الطلب، وطبقت القانون الهولندي بصفته قانون موطن المدين بالأداء المُميّز⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى: يجب أن لا يُفهم أن ورود القرائن التي يعتمد القاضي عليها في تحديد الأداء المُميّز للعقد قرائن يتقيد بها قاضي النزاع، أو يُعد إسنادًا جامدًا للعملية التعاقدية. إذ إن للقاضي الخروج عن هذا المبدأ العام إذا وجد أن مؤشرات العقد تُشير إلى أن قانون دولة أخرى يرتبط بها العقد بصورة أوثق من قانون الأداء المُميّز، أو لم يستطع التوصل إلى الأداء المُميّز بصورة عامة، وذلك بموجب الفقرة (3) و(4) من المادة (4) من الاتفاقية، والتي تنص على

(1) قرار منشور في موقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية:

أنه: عندما يبدو من جميع ظروف القضية أن العقد يقترب بوضوح من بلد غير تلك المشار إليها في الفقرة 1 أو 2، يُطبَّق قانون ذلك البلد الآخر.

وقد تحدثت هذه الصورة إذا توجَّه مصريٌّ للحصول على قرضٍ مصرفيٍّ من بنك (الكريدي ليونيه) في (باريس)، الذي كلَّف فرعه في (القاهرة) بأن يدفع له هذا القرض، فإذا كان القرض بالفرنك الفرنسي واتفق على أن يتم دفع الفوائد مباشرة في البنك الأم في (باريس)، وكان المال سوف يُستثمر فيها، واتفق الطرفان على تضمين العقد شرطاً يمنح الاختصاص القضائي بالفصل في المنازعات التي قد تثار في العقد للقضاء الفرنسي، فيبدو أن تطبيق القانون الفرنسي على هذا العقد بدلاً من قانون المصري قانون المقر يبدو حلاً له ما يُبرره" وعليه إذا وجد القاضي أن العقد مرتبط بصلبة أوثق من قانون الأداء المميز طبق القانون الأوثق صلة⁽¹⁾.

وهو أمر أكّده محكمة النقض الفرنسية في قضية مصرف Banca di Credito، وتدور أحداث القضية حول تقديم شخص فرنسي الجنسية مقيم في (إيطاليا) على طلب قرض من مصرف (Banca di Credito) في (إيطاليا)، وتم ضمان عقد القرض بكفالة شخص فرنسي مقيم في (فرنسا)، وعند تخلّف الطرف الأول عن سداد قيمة القرض يُعرض النزاع على محكمة الاستئناف الفرنسية؛ لمطالبة الكفيل بدفع قيمة القرض، إلا أن عقد الضمان لم يُحدّد القانون الواجب التطبيق عليه، وعند تحديد القانون الواجب التطبيق رأت المحكمة أن عقد الكفالة عقد مستقل، وعليه يُطبق القانون الفرنسي بوصفه قانون موطن المدين بالأداء المميز، إلا أن محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا الحكم، وعدت عقد الضمان مرتبطاً بشكلٍ أوثق بإيطاليا؛ إذ إن المصرف مُقدّم القرض مقره في (إيطاليا)، وطالب القرض مقيم في (إيطاليا)، وكذلك العقد كُتب باللغة الإيطالية، وعليه يُطبق القانون الإيطالي⁽²⁾.

ويرى الباحث أن محكمة النقض الفرنسية رأت أنه من الضروري إخضاع عقد الكفالة لقانون المصرف؛ كونه يُمثّل عقداً جوهرياً بالنسبة لعقد القرض؛ إذ إن أغلب العقود الأخيرة لا تتم

(1) عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي - العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، 2012م، ص 77.

(2) منشور في الموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/842_16_32542.html.

إلا بعد تقديم ضماناتٍ إلى المصرف؛ من أجل استيفائها في حالة تخلف المُقرض عن سداد القرض.

بينما لا نجد مثل هذه الضرورة في قضية بناء السفن الفرنسية سالفة الذكر، بالرغم من أن العقد يرتبط بشكلٍ وثيقٍ بفرنسا، فإنه ليس هناك ضرورةً تستوجب الخروج عن المبدأ العام.

ومن جهةٍ أخرى قد يصعبُ على القاضي الكشفُ عن الأداء المُميّز للعقد؛ لذلك يجوزُ له البحثُ عن القانون الواجب التطبيق من خلال ظروف التعاقد ومُلابساته، وذلك بموجب نصِّ الفقرة الرابعة التي تنصُّ على أنه: "وعندما لا يُمكن تحديد القانون المنطبق على أساس الفقرة 1 أو 2، يخضع العقد لقانون البلد الذي يرتبط به على نحوٍ أوثق".

وتحدثُ هذه الصورة في عقود "إنشاء المشروعات المشتركة الموقَّعة بين شركتين من دولتين مختلفتين؛ بهدف إنشاء شركةٍ جديدةٍ في دولةٍ ثالثة، فالالتزامات كلِّ من الشركتين تكاد تكون مُتماثلةً من حيثُ الالتزام بالتمويل، ونقل التكنولوجيا، وعدم المنافسة، كُلها تُشكِّلُ صعوبةً في تحديد الأداء المُميّز".

وعليه لا يستطيعُ القاضي تحديد القانون؛ استنادًا إلى مبدأ الأداء المُميّز، فله السُّلطة بتطبيق القانون الأوثق صلةً من خلال ظروف التعاقد ومُلابساته⁽¹⁾.

وبذلك نجدُ أن عملية الإسناد -وفق نظرية الأداء المُميّز، وبالصورة التي تبنتها اتفاقية (روما)- تتميز بالمرونة عند تحديد القانون الواجب التطبيق، وهي نقطةٌ يُعَوَّل عليها مُناصرو النظرية؛ إذ يرون أنها تُمثِّلُ الحلَّ الوسطَ ما بين الإسناد الجامد والإسناد المرن، أو ما يُعرَفُ بتركيز العقد من خلال ظروف ومُلابسات التعاقد، ويرى أنصار النظرية أنها حدَّت من سلبات الإسنادين، فأصبحت عملية الإسناد سهلةً وواضحةً من خلال المؤشرات التي يستدلُّ بها القاضي، التي من خلالها يُمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على مُختلف العقود من دون الإخلال بتوقعات الأطراف؛ كون قانون موطن المدين بالأداء المُميّز من القوانين المتوقعة للأطراف، كما أنَّ تحديد موطن المدين بالأداء المُميّز لا يُمثِّلُ أيَّ إشكاليةٍ إذا قام المدين بالأداء المُميّز بتغيير موطنه؛ إذ يُعتدُّ بالموطن وقت انعقاد العقد؛ فضلاً عن سهولة تحديد مركز الثقل عند عملية الإسناد المُمثِّل

(1) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 91.

في موطن المدين بالأداء المُميّز؛ إذ إنَّ القاضي لا يضطرُّ إلى البحث عن مركز الثقل من خلال ظروف التعاقد ومُلابساته⁽¹⁾.

وهي نقطة شكَّلت انتقادًا لاتِّجاهٍ آخر من الفقه، الذي يرى أنَّ موطن المدين بالأداء المُميّز يُمثِّل مركز الثقل، وهو أمرٌ يُثير التساؤل؛ إذ إنَّ النظريَّة بذاتها لم تعترف بالأداء المُميّز كمركز الثقل الوحيد، بل وُجِدت مع وجود الأداء المُميّز، إلَّا أنَّ مركز ثقل العقد مُتمثِّل في مكانٍ آخر، وهو الأمر الذي يُمثِّل الخلط بين تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس الأداء الوظيفي للعقد، وبين الأداء المكاني للعقد⁽²⁾.

ويرى بعضهم أنَّ هذه العودة الاستثنائية للمعيار العام لإسناد العقود للقانون الأوثق صلةً يستلزمها مراعاة المرونة المُتطلَّبة في الإسناد إزاء تنوع الروابط العُقدية، وتعدُّد صورها في الواقع العملي على نحوٍ قد يستحيل معه مُواجهته بمعيارٍ مُحدَّد مهما كانت درجة مرونته، كما أنَّ فكرة الأداء المُميّز مثلها في ذلك مثل أيِّ فكرة قانونيةٍ أخرى لا تستطيع أن تُواجه إلا الأغلب من الفروض⁽³⁾.

وهو أمرٌ أيضًا أكَّدته محكمة النقض الفرنسية، وكذلك محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي التي رأت من الصَّروري البدء في الافتراض بأنَّ القانون الواجب التطبيق هو قانون المكان الذي يكون فيه المدين للأداء المُميّز، ثم يجب على القاضي -قبل اتِّخاذ قرارٍ- مُقارنهُ المُرفقات الملموسة للعقد مع القانون الذي يُحدِّده الافتراض، وتلك قد تُكون موجودةً في قانونٍ آخر، كذلك من الانقادات التي وُجِّهت لنظريَّة الأداء المُميّز أنَّ تهميش الأداء المالي لأحد أطراف العقد وإخراجهُ من عملية تحديد القانون الواجب التطبيق يُمثِّل انحيازًا لأحد أطراف العقد دون الآخر⁽⁴⁾.

(1) النورس عباس عبودي، الأداء المُميّز وأثره على عمليَّة الإسناد، مصدر سابق، ص30.

(2) النورس عباس عبودي، الأداء المُميّز وأثره على عمليَّة الإسناد، مصدر سابق، ص37.

(3) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليَّة، مصدر سابق، ص481.

(4) مُشار إليه في: مُدونة للسيد (جان لويس نافارو) الحقوقية.

ويُردُّ أنصار نظريّة الأداء المُميّز بهذا الخُصوص: بأنَّ الأداء الماليّ لأحد أطراف العقد لا يَختلفُ من عقدٍ إلى آخر، وعليه يَفقِدُ صِفة التَّميِّز بالعقد، كما أنَّ النَّظريّة لم تَحْصُر تطبيق قانونِ مَوطِن المَدين بالأداء المُميّز في كلِّ الحالات، بل إنَّه إذا تبيَّن أنَّ العقد مُرتبط بشكلٍ أكثر من القانون الآخر جَرى تطبيق ذلك القانون، الذي قد يَكون في بعض الأحيان مَوطِن المَدين بالأداء الماليّ، وعليه لم تُقْص النَّظريّة صاحب الأداء الماليّ من عمليّة تحديد القانون الأوثق صِلَةً⁽¹⁾.

ويؤيِّد الباحثُ أنَّ تحديد القانون الواجب التَّطبيق على أساس الأداء المُميّز في العقد من أنسب الحُلُول في تحديد القانون الواجب التَّطبيق؛ لما يتَّسم به هذا الإسنادُ من الوضوح، وسُهولة آليّة تحديد القانون الواجب التَّطبيق، فضلاً عن توحيد الإسناد بالنسبة للعقود من الطائفة الواحدة، وكذلك إمكانُ تطبيقها على مُختلف أنواع العقود.

إلّا أنَّ الباحثَ يرى أنَّه إذا وُجِد الأداء المُميّز وجبَ احترامه، شأنه شأنُ إرادة الأطراف الصَّريحة في تحديد القانون الواجب التَّطبيق، وإن كان الخُروج عن هذا المبدأ له إيجابيّة في بعض الفروض مثلما رأينا في قضية مَصْرِف Banca di Credito الإيطاليّ، إلّا أنَّ إتاحة المَجال أمام القاضي في تحديد القانون الواجب التَّطبيق على أساس ارتباطه بشكلٍ أوثق من قانون الأداء المُميّز سيؤدِّي إلى حالة عدم الاستقرار في القرارات القضائيّة؛ إذ إنَّ اختيار القانون بهذه الصُّورة سيخضع بالضرورة إلى خبرة القاضي، وكذلك توجُّهاته القانونيّة والفقهية، وعليه سيحصلُ تَفاوُتٌ بين القوانين واجبة التَّطبيق، والذي بدوره يُؤدِّي إلى الإخلال بتوقُّعات الأطراف، فضلاً عن عدم إضفاء نوعٍ من الاستقرار القضائيّ في عمليّة الإسناد، وعليه يُمكن أن يتمَّ تطبيق القانون الأوثق صِلَةً من خلال ظروف ومُلابسات التَّعاقد في حالة عدم قُدرة القاضي على تحديد الأداء المُميّز في العقد، وهو الأمر الذي يحفظُ توقُّعات الأطراف بتوفير الأمان القانونيّ لهم، وكذلك وَضَع منهجٍ مُوحَّدٍ ليستقرَّ عليه القضاء.

كما أنَّه من السَّليبيّات التي وُجِّهت إلى نظريّة الأداء المُميّز إذا طُبِّقت على عقود الدَّولة؛ إخضاعُ العقد الدَّولة لقانون مَوطِن المُستثمر، أو لقانون مَوطِن المُؤسَّسة المُستثمرة، وعليه سيؤدِّي هذا الإخضاعُ إلى إخراج عقود الدَّولة من القانون الوطنيّ للدَّولة المُتضيفة للاستثمار، وهو جانبٌ مُدافع عن مصالح الدَّولة؛ لارتباط هذه العقود باقتِصاد الدَّولة. ويرى بعضهم أنَّ تطبيق القانون

(1) نورس عباس لعبود، الأداء المُميّز وأثره على عمليّة الإسناد، مصدر سابق، ص38.

الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بوصفه قانوناً لِمكان الأداء المُميز في العقد؛ حيث إنَّ مصادر النِّقْط التي تُمثِّل العُنصر الرِّئيس لهذه العُقود تقع في أراضي الدَّولة المُضيفة، وتَخضع لحقوقها العينيَّة، فضلاً عن أنَّ مكان الأداء يقع في أراضي الدَّولة المُضيفة؛ حيث إنَّ عمليَّة الاستغلال للبتروْل تتمُّ على أراضيها، ممَّا يجعلُ أراضي الدَّولة هي المَكان الذي يترتَّب فيه آثارُ العقد، وتتبدَّى فيه المَنافع الاقتصاديَّة لأطرافه⁽¹⁾.

ويرى الباحثُ أنَّ أداء الطَّرَف المُميز في عقود الدَّولة التِّجاريَّة قد تكون مُتشابهةً في ما بينها، أو بمعنى آخَر: مُتساوية في ما بينها؛ كون أداء الأطراف سيختلف من عقدٍ إلى آخَر، فأداء الدَّولة سيختلف باختلاف محلِّ الاستثمار، مثل عقد استخراج النِّقْط الذي يختلف أداء الدَّولة فيه عن عقد نَقْل التِّكنولوجيا، أو أيِّ عقدٍ استثماريٍّ آخَر، كما أنَّ أداء الشَّرْكة سيختلف من عقدٍ إلى آخَر؛ حيث إنَّ أداء الشَّرْكة في عقد استخراج النِّقْط يختلف عن أداء الشَّرْكة في نقل التِّكنولوجيا، وعليه يرى الباحثُ أنَّ من الأفضل التَّخلي عن فكرة تبني قانونٍ واحدٍ ليطبَّق على عقود الدَّولة؛ إذ إنَّ الفقه مُنقسمٌ في ما بينه في تطبيق قانون الدَّولة أو قانون المُستثمر، وهو ما يجعلنا نُدورُ في حلقةٍ مُفرغةٍ، وكذلك لا يُؤدِّي إلى التَّسوية بين أطرافِ العقد؛ إذ يجبُ أن تكون غايةُ الحلِّ الذي يُوضَع لمثلِ هذه العُقود هي الحدُّ من التَّفاوت بين مراكز الأطراف، مثلاً رأينا في شَرط الثَّبات التَّشريعيِّ، وكذلك شرطُ إعادة التَّفاوض؛ إذ إنَّها حلولٌ قَدَّمتُ مُحاولات الحدِّ من التَّفاوت بين المراكز القانونيَّة لأطرافِ العقد، كما أنَّ إنشاء المركز الدَّوليِّ لمنازعات الاستثمار إحدى هذه الوسائل التي حدَّت من الفجوة ما بين المراكز القانونيَّة للأطراف في مجال التَّقاضي، وعليه فلا بأس بتبني هذا الحلِّ في تحديد القانون الواجب التَّطبيق، وعليه ومن أجل التَّوصُّل إلى قاعدةٍ إسناد تُحقِّق هذه الغاية يُمكن أن يُعدَّ القانونُ الوطنيُّ للدَّولة واجبَ التَّطبيق كبدأٍ عامٍّ مُكمِّلاً بقانون المُستثمر في الحالات التي يعجزُ عنها القانون الوطنيُّ، أو في حالاتٍ مُعيَّنة بوصفه الأكثر تناسُباً مع العمليَّة التَّعاقديَّة، وهو معنى قريبٌ من المادَّة (42) من اتِّفاقيَّة (واشنطن) لسنة 1965 التي تنصُّ على أنَّه: "وعند غياب مثل ذلك الاتِّفاق، على الهيئة تطبيق قانون الدَّولة المُتعاقد طرف النزاع، بما في ذلك قواعدها في شأن تنزاع القوانين، وكذلك قواعد القانون الدَّوليِّ واجبة التَّطبيق"، إلا أنَّ هذا النصُّ لا يُقدِّم حلاً وسطاً⁽²⁾.

(1) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدَّوليَّة الخاصَّة، مصدر سابق، ص 273.

(2) بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدَّوليَّة الخاصَّة، مصدر سابق، ص 275.

وعليه، فإنّه من الأفضل إخضاع عقود الدّولة التّجاريّة لقانون الدّولة الوطنيّ كمبدأ عامّ مُكمّلاً بقانون المُستثمر الأجنبيّ، وإن كان هذا الحلّ لا يُمثّل حلاً يسيّرًا لقاضي النزاع أو المُحكّم، فإنّ عُقود الدّولة ليست عُقودًا تقليديّةً، وعليه تتطلّب خبرة عميقةً.

الفصل الثالث: دور القاضي الوطني في فض الخصومات التحكيمية

تمهيد وتقسيم:

على عكس العقود الإدارية الداخلية، أصبح التحكيم صاحب الاختصاص الأصلي في النظر في منازعات العقود الإدارية الدولية؛ نظراً لدوره المهم في كفالة الضمانات القانونية المكتسبة لأطراف العلاقة التعاقدية في ظل العقد.

ويقوم اختصاص التحكيم على أساسين، يتمثلان في: إرادة الخصوم في اللجوء إليه، وسماع المشرع لهذه الإرادة بترتيب آثارها، وهذا راجع لطبيعة التحكيم الدولي الخاصة، التي تعتمد لقيامها على توافق إرادة الأطراف؛ تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وعلى كون الحكم التحكيمي عملاً مجرداً قابلاً للتنفيذ على الأطراف المتعاقدة دون أي تمييز، خاصة إذا كانت نتيجته ضد الطرف العام في العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

وإن كان التحكيم الدولي هو صاحب الاختصاص الأصلي في النظر في النزاع الناشئ بموجب إبرام العقود الإدارية الدولية، فإن هذا لا يعني استبعاد دور القاضي الوطني والإداري بالخصوص من النزاع الناشئ، خاصة أن العقود محل الدراسة ليست عقوداً بسيطة من حيث تركيبها.

ومنه تبرر أهمية تجسيد التداخل الوظيفي بين التحكيم الدولي والقضاء الوطني، من خلال الموازنة بين اعتبارين، يتمثل الأول: في احترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم، أما الثاني: فيتمثل في تثبيت المصلحة العامة في العقد وتأثير قواعد النظام العام عليها؛ لذلك فإنه لا مفر من تقرير حق القضاء الوطني من التدخل في عمل التحكيم.

ويظهر تدخل القضاء في عمل هيئة التحكيم، من خلال دور القضاء المساعد لهيئة التحكيم الدولية، في حين أن هذا التدخل قد يشتد ليشمل العمل الرقابي على أحكام هيئة التحكيم الدولية، وبناءً عليه سنتناول هذا الفصل بالتقسيم، وذلك وفقاً للترتيب الآتي:

المبحث الأول: الدور المساند للقاضي الوطني.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الحكم الصادر عن هيئة التحكيم.

(1) تعويبات كريم، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق -

المبحث الأول: الدور المُساند للقاضي الوطني

تمهيد وتقسيم:

نظرًا لعدم خلوّ وقائع الدّعوى التّحكيميّة من وجود إشكالاتٍ إجرائيّةٍ قد تُؤثّر عند عدم إزالتها في اختلال ميزان العدالة، أو تكون سببًا في إلحاق الضّرر بالحقّ، أو المركز القانونيّ لأحد الأطراف، كان من واجب المُشرّع سنّ قواعد إجرائيّة تُعطي للقاضي الوطنيّ التدخّل في مُساندة التّحكيم الدّوليّ، من خلال سنّ أوامر قضائيّة في سبيل الإبقاء على اختصاص الهيئة التّحكيميّة الدّوليّة المُختصّة المُراد توجيه النزاع إليها.

لذا يُمكن أن نلمس تدخّل القاضي المُساند من خلال قيامه بدورٍ مُساعدٍ في تأسيس محكمة التّحكيم الدّوليّة، والنّظر في طلبات الأطراف المُطالبة بتدخّله لضمان السير الحَسَنِ للخُصومة التّحكيميّة، على أن يلتزم بالامتناع عن النّظر في الخُصومة متى وُجّهت إليه للفصل في مبدأ الاختصاص، وقبل النّظر إلى دراسة هذا الموضوع لا بدّ من إلقاء الصّوّه على التّكليف القانونيّ. وبناءً عليه نُقسّم هذا المبحث ثلاثة مطالب، وذلك وفقًا للترتيب الآتي:

المطلب الأوّل: التّكليف القانونيّ لمبدأ التّحكيم.

المطلب الثّاني: المُساندة في تشكيل هيئة التّحكيم الدّوليّة.

المطلب الثّالث: دور القاضي وفقًا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

المطلب الأول: التّكليف القانوني لمبدأ التّحكيم

إنّ من أهمّ وظائف الدّولة الحديثة إقامة العدل في المجتمع من خلال القضاء الذي هو صاحب الاختصاص الأصلي في حلّ النزاعات؛ فهو سلطة قانون قضائية متخصصة؛ حيث تتسم إجراءات التقاضي بالبُطء والتّعقيد؛ ممّا يترتّب على إطالة أمد النزاع القضائي من آثار كبيرة وجسيمة وعدم حسمها والفصل فيها بسرعة، ويترتّب على ذلك أضراراً ونفقات مالية، وما انفكّ هذا الأسلوب يتطوّر حتّى أصبحت الدّول تلجأ في فضّ النزاعات التجاريّة والإداريّة إلى طريق جديد ومسارٍ مختلفٍ يُعدّ استثناءً من الولاية القضائية وهو التّحكيم، فالتّحكيم هو الإجراء الذي يسمّح لفرد - وهو المحكّم الذي يختاره الأطراف بدون قيد على حرّيتهم - بإصدار قرار التّحكيم **une sentence arbitrale**، المرئيل بحجّية الأمر المقضيّ به⁽¹⁾، وقد وضعت معظم الدّول التشريعات النّاطمة له، وتوسّعت في تطبيقه ليشمل النزاعات التجاريّة الإداريّة، وقد سمّيت لأجل ذلك تشريعات خاصّة، والتّحكيم كطريق مواز للقضاء لا يمكن إعماله إلا باتّفاق طرفي العلاقة القانونيّة، فهو - كما أشرنا إليه سابقاً - استثناءً من الأصل، فصاحب الولاية والاختصاص هو القضاء، إضافةً إلى ذلك فلا بدّ من وجود قاعدة تشريعيّة، يتمّ الاستناد إليها؛ سواءً أكانت موجودةً في القواعد العامّة للقانون، أم من خلال تشريع خاصّ⁽²⁾.

ومعلوم أنّ المشرّع الأردني قرّر طرّقاً عدّة لفضّ النزاعات التي تقوم في المجتمع؛ إحدى أهمّ الطّرق في سبيل فضّ النزاعات في الأردن هو التقاضي أمام المحاكم التي تُعرّف بأنّها الطّريق الرّسمي المرعي من قبل الدّولة كقاعدة عامّة، وغالباً ما يكون القضاء مكتظّاً بقضايا ونزاعات تُؤثّر في عمل المحاكم؛ حيث يُثار الحديث دائماً عن بَطء عملية التقاضي وتأخير تحصيل الخصوم أمامها للحقوق التي أقرتها القوانين الموضوعيّة لهم⁽³⁾، مثل هذا الأمر أدّى بالدّول إلى الاعتراف

(1) N. Fricero, Procédure civile, 16^{ème} éd., Gualino, 2018, p.47

(2) (المنشأوي، التّحكيم الدّولي والدّخلي في المواز المدنيّة والتّجاريّة والإداريّة طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص7-8.

(3) مثل هذه المسائل تُذكر غالباً كأهمّ الأسباب المؤدّية إلى التّحكيم. انظر: مصطفى محمد الجمال - وعكاشة عبد العال، التّحكيم في العلاقات الخاصّة الدّوليّة والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، 1998م، ج1، ص60.

بطرقٍ أخرى لفضِّ النزاعات، استلزمَتْها الصُّرُورات العمليَّة والمنطقيَّة، هذه الطُّرق الأخرى حَمَلت تسميةً دارجةً لدى فقهاء القانون، هي: "الطُّرق البديلة لفضِّ النزاعات"، وقد سُمِّيت بذلك؛ نظراً لكونها بديلاً عن عمليَّة التَّقاضي، وإحدى أهمِّ هذه الطُّرق المُقرَّرة قانوناً هي اللُّجوء إلى التَّحكيم⁽¹⁾. وقد تعدَّدت التَّعريفات التي وُضعت لمفهوم التَّحكيم؛ إذ عرَّفته مَجَلَّة "الأحكام العدليَّة" في المادَّة 1790 بأنَّه: "عبارة عن اتِّخاذ الحُصَمين حاكماً برضاها؛ لفصل حُصومتها ودعواها"، وهو: "اتِّفاقٌ تتعهد بمقتضاه الأطراف في عقدٍ من العقود، بإخضاع المنازعات التي يُمكن أن تنشأ بينهم في المُستقبل للتَّحكيم"، وقد تناولت المادَّة 1447 من المجموعة ذاتها مشاركة التَّحكيم بأنَّها: "اتِّفاقٌ الأطراف على إخضاع مُنازعةٍ نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخصٍ أو أكثر"⁽²⁾.

أمَّا قانون التَّحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م فقد عرَّفه في المادَّة 1/15 بأنَّه: "اتِّفاق الطرفین على الالتجاء إلى التَّحكيم لتسوية كلِّ أو بعضِ المنازعات التي تنشأ بينهما بمُناسبة علاقةٍ قانونيَّةٍ مُعيَّنة عقديَّةٍ أو غير عقديَّة"⁽³⁾.

أمَّا المُشرِّع في التَّحكيم بموجب القانون الأردني، فقد عبَّر عنه التَّحكيم الأردني السَّابق رقم 18 لسنة 1953 بأنَّه: "الاتِّفاق الخَطِّي المتضمِّن إحالة الخلافات القائمة أو المُقبلة على التَّحكيم"، أمَّا قانون التَّحكيم الأردني الحالي رقم (31) لسنة 2001، فقد تَرَكَ أمر التَّعريف للفقهِ ولم يتناولهُ، إلاَّ أنَّه أشار في المادَّة الرَّابعة إلى ما يلي: "يُجوز لهيئة التَّحكيم إذا اتَّفَق الحُصوم صراحةً على تَقويضها بالصُّلح أن تَقصِل في موضوع النزاع على مُقتضى قواعد العدل والإنصاف دون التَّقيد بأحكام القانون أمام الفِقه⁽⁴⁾، ويُلاحَظ أنَّ تعريفات التَّحكيم قد تعدَّدت، ولعلَّ من أبرزها: "الاتِّفاق على طرْح النزاع على أشخاصٍ مُعيَّنين، يُسمُّون (مُحكِّمين)؛ ليفصلوا فيه دون المحكمة المُختصة أصلاً بتحقيقه، والفصل في موضوعه، وقد يكون الاتِّفاق على التَّحكيم في نزاعٍ مُعيَّن بعد نشأته،

(1) حول التَّطوُّر في عمليَّة التَّقاضي والمُؤدِّي إلى قيام التَّحكيم كإحدى أهمِّ الطُّرق لفضِّ النزاعات انظر: أحمد الصَّاوي، التَّحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التَّحكيم الدَّوليَّة، دون ناشر، 2002م، ص 95 وما بعدها. وأيضاً: حول التَّطوُّر التَّاريخي لعمليَّة التَّحكيم انظر: علي عوض حسن، التَّحكيم الاختياري والإجباري في المُنازعات المدنيَّة والتَّجاريَّة، دار الفكر الجامعي - الإسكندريَّة، 2001م، ص 12 وما بعدها.

(2) عبد الله، التَّحكيم في القانون المدني - دراسة مُقارنة بالفِقه الإسلامي، ص 21.

(3) أحمد أبو الوفا، التَّحكيم الاختياري والإجباري، الطَّبعة الخامسة، ص 5.

(4) مازن فايز محمد المقابلة، التَّحكيم في مُنازعات العقود الإداريَّة، دراسة مُقارنة، ص 14.

ويُسمّى عندها "مُشارطة التّحكيم"، وقد يتفق ذُوو الشّان مُقدّمًا، وقبل قيام النّزاع على عرض المُنازعات التي قد تنشأ بينهم في المُستقبل، وتختصّ بتنفيذ عقدٍ مُعيّن للمُحكّمين، ويُسمّى الاتّفاق عندئذٍ "شرط التّحكيم"⁽¹⁾.

ويُعَدُّ التّحكيم وسيلةً اختياريّةً يتمُّ اللّجوء إليها للفصل في المُنازعات كافّة، فإذا كانت المُنازعة تجاريّةً أُطلق عليها "التّحكيم التجاريّ"، وإذا كانت المُنازعة مدنيّةً أُطلق عليها "التّحكيم المدنيّ"، وإذا كان التّحكيم إداريًّا أُطلق عليه "التّحكيم الإداريّ"، ولكي يُعَدُّ العقد إداريًّا لا بدّ من توافر شروطٍ ثلاثة؛ هي: أن تكون الإدارة طرفًا في العقد الإداريّ، فضلاً عن اتّصال العقد بمرفقٍ عامّ، واستخدام الإدارة وسائل القانون العامّ؛ أي: إنّ الإدارة المُتعاقدة تستخدم شروطًا استثنائيّةً غير تلك المألوفة في القانون الخاصّ، فإذا توافرت هذه الشّروط فإنّ العقد يخضع للاختصاص القضائيّ للمحاكم الإداريّة بحسب ما استقرّ عليه التّشريع والفقه والقضاء في أغلب الأنظمة القانونيّة، إلاّ أنّ الوضع في الأردن أبقي على الاختصاص القضائيّ للنظر في مُنازعات العقود الإداريّة للمحاكم النّظاميّة، ولم يدخُل في اختصاص محكمة العدل العليا؛ حيثُ نصّ قانون محكمة العدل رقم 12 لسنة 1992 على أنّ النّزاع على الحُقوق يُعود للمحاكم العاديّة، ولو كان مُتعلّقًا بعقودٍ إداريّة⁽²⁾.

أمّا الأساس القانوني لنظام التّحكيم في الأردن فمن المعلوم أنّ الأردن والأقطار العربيّة قد خضعت للقوانين العثمانيّة، وكانت مجلّة "الأحكام العدليّة" هي القانون المُطبّق، وتناولت مسائل التّحكيم في الموادّ (1840-1851)، وبعد انتهاء الحُكم العثمانيّ للأقطار العربيّة خضعت الأردن للانتداب البريطانيّ، وطبّقت سلّطة الانتداب البريطانيّ قانون التّحكيم الفلّسطينيّ رقم 9 لسنة 1926، وقانون التّحكيم الفلّسطينيّ رقم 63 لسنة 1946، وهذا الوضع كلّهُ قائمٌ إلى ما بعد استقلال المملكة الأردنيّة الهاشميّة، وقد صدر أوّل قانونٍ للتّحكيم رقم 18 لسنة 1953، واستمرّ العملُ به حتّى صدر قانون التّحكيم الأردنيّ رقم (31) لسنة 2001⁽³⁾.

(1) محمود التحيوي، التّحكيم الحرّ والمُعَيّد، 2001، ص 38.

(2) أحمد أبو الوفا، التّحكيم في المُنازعات الإداريّة، دار النّهضة العربيّة، الطبعة الأولى، ص 2

(3) مازن فايز محمد المقابلة، التّحكيم في مُنازعات العقود الإداريّة، دراسةً مقارنةً، ص 67

الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم وحجّيته: إن معالجة التحكيم تتطلب الوقوف على السند التشريعي الذي يُتيح اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأن هذا الأمر يستلزم استجلاء الموقف تشريعياً، وقضاء الحجة القانونية لحكم التحكيم.

ويُعدّ التشريع والقضاء الفرنسي أساساً دراسة أيّ نظريّة من نظريّات القانون بشكلٍ عامّ، والقانون الإداري بشكلٍ خاصّ؛ لما تتميز به فرنسا من ثراءٍ وابتداعٍ وصياغةٍ كثيرٍ من قواعد ونظريّات ومبادئ هذا القانون، ولمعرفة الأساس القانوني للتحكيم في المنازعات لا بُدّ من استعراض الموقف في القانون والقضاء الفرنسي، ولعلّ الناظر في الفقه الفرنسي يرى أنّه ميّز التحكيم الداخليّ من الدوليّ، وأسبغ صفة الحظر على اللجوء للتحكيم بما يتّصل بالنوع الأوّل دون الثاني، وبهذا خفّف المشرّع الفرنسي من هذا الحظر بصورة تدريجيّة ضمن استثناءاتٍ محدّدة بنصّ القانون، وقد أجازت من خلالها اعتماد اتّفاق التحكيم في بعض العقود التي تُبرمها الدولة مع الجهات الأجنبية؛ أي: العقود ذات الطابع الدوليّ⁽¹⁾.

وعن مجلس الدولة الفرنسي، فقد انتقل من الحظر المطلق الذي يُرتب بطلان شرط التحكيم لتعلّقه بالنظام العامّ في أيّ عقدٍ إداريٍّ يردّ إلى ما انتهى إليه برأيه الشهير الذي أصدره في 6/3/1986م، وعليه فقد انتهى إلى عدم جواز لجوء أشخاص القانون العامّ للتحكيم إلاّ إذا نصّ صراحةً على ذلك في اتّفاق دوليٍّ أو قانونٍ داخليٍّ، ولم يردّ مثل هذا الاتّفاق في العقد الذي أبرمته (فرنسا) مع شركة (ديزني لاند) العالميّة ب(أمريكا)، وإحالة أيّ نزاعٍ قد ينشأ بينهما للتحكيم، فعلى إثر نزاعٍ قام بينهما دَفعت الحكومة الفرنسيّة بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العامّ في فرنسا للتحكيم، إلاّ بناءً على نصّ خاصّ وصريحٍ يسمّح لهم بذلك، ومع شريطة خلوّ الموضوع المطروح من هذا النصّ، فإنّ شرط اللجوء للتحكيم باطل، إلاّ أنّ المشرّع الفرنسيّ تدخّل فوراً للحفاظ على مصالح حكم البلد القوميّة، إذ إنّ مدينة الملاهي تُمثّل مطلباً عامّاً ومصالحاً مهمّةً للدولة، فأصدر القانون رقم 972/86 بتاريخ 19/8/1986 الذي تناول في مادّته التاسعة من القانون المذكور السّماح للدولة وللتجمّعات الإقليميّة أو المحليّة وللمؤسّسات العامّة في العقود التي تُبرمها مع شركاتٍ أجنبيّة

(1) مُشار إليه لدى: رولا نائل، التحكيم في العقود الإدارية، بحثٌ مُقدّم للنشر في مجلة دراسات الجامعة الأردنيّة،

لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية، وبالتوسُّع في شروط التَّحكيم وما تقتضيه الصُّرورة الحتمية، بغرض تسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق هذه العقود وتفسيرها⁽¹⁾.

غير أنَّ اتِّجاه القضاء المدني الفرنسي كان أقلَّ تزامناً عند تناوله للعقود الإدارية التي تدخل الدولة طرفاً فيها؛ حيثُ أوجد مَخارج قانونية للتخلُّص من أعمال نُصوص المَوادِّ السابقة؛ تماشياً مع الصُّرورات العلمية التي يفرضها واقع العلاقات التجارية والاقتصادية، وخاصةً التجارة الدولية، فقد أجازَ هذا لجوء الدولة أو أحد أشخاص القانون العامِّ إلى التَّحكيم في عقدٍ مع طرفٍ أجنبيٍّ، وقد تبيَّنَ هذا الموقفَ المحاكمُ العاديةُ الفرنسيةُ على اختلاف درجاتها، ومن الأمثلة على ذلك: الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 21 يونيو 1928 في قضية الرِّسائل البحرية، وعَدَّت محكمة النقض الفرنسية (أنَّ عقد القرض يتضمَّن حركة الأموال من دولةٍ إلى أخرى، تستطيع الأطراف بموجبه الاتِّفاق على ما يُخالف القواعد الأمرة في القانون الداخلي الواجب التَّطبيق على اتِّفاقهم)، وفي حُكم ثانٍ صدر في 27 يونيو 1931 عن المحكمة ذاتها، جاء فيه: (إنَّ الخطر الوارد بإبرام اتِّفاق التَّحكيم المنصوص عليه في المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية ليس من النِّظام العامِّ عندما يتعلَّق الاتِّفاق بمصالح التجارة الدولية، ويستطيع كلُّ من المتعاقدين في عقدٍ أبرم - سواءً في الخارج أم في فرنسا- مخالفة الأحكام الواردة في هذا النِّص، ومن خلال موقف القضاء العاديِّ فإنَّ الحظر قائم، إلا إذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبيًّا، لقد واكب القضاء العاديُّ الفرنسيُّ التَّطورات الحديثة التي حصَّلت في مجال العلاقات التجارية الدولية، وذهب إلى عدم وُضْع العقبات أمام العقود التجارية ذات الطابع الدوليِّ، وقد أصبحت القاعدة العامة في التجارة تحكيميةً، وقد تعهَّدت بموجب اتِّفاقياتٍ دوليةٍ أن تخدم الالتزامات التي أخذتها على عاتقها في مادة التَّحكيم.

وبعد استعراض موقف القانون والقضاء الفرنسي لا بدَّ من تناول الموقف في القانون والقضاء الأردنيِّ، وكان صُدوره على قانون التَّحكيم الأردنيِّ رقم 8 لسنة 1953 دليلاً واضحاً على اهتمام المشرِّع الأردنيِّ بهذه المسألة، فقد نصَّت المادة 22 من قانون التَّحكيم الأردنيِّ الحاليِّ رقم 31 لسنة 2003 على أنَّه: يُعدُّ شرطُ التَّحكيم مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتَّب على

(1) مُشار إليه لدى: رولا نائل، المرجع نفسه، ص21.

بُطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثرٍ على شرط التحكيم الذي يتضمّنه إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته".

لقد جاء قانون التحكيم الأردني الحالي رقم 31 لسنة 2001 استجابةً من المشرع الأردني للتغيرات والتطورات التي حدثت في مجال التحكيم على المستويين الدولي والداخلي. ومما تجدر الإشارة إليه أن الاختصاص القضائي في العقود التي تُبرمها الإدارة ظلّ خارج نطاق اختصاص محكمة العدل العليا، ولم ينصّ عليها قانون محكمة العدل رقم 12، لسنة 1994، وقد أصدرت محكمة العدل العليا حكماً بأن المنازعات الخاصة بصحة العقود أو فسخها أو إلغائها، هي منازعةٌ حقوقيةٌ تختصّ بنظرها المحاكم العادية⁽¹⁾.

أمّا موقف القضاء الأردني، فيتضح من خلال الأحكام القضائية التي عالجت مسألة لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد حكمت محكمة التمييز الأردنية بأنه "إذا وافق المدعي بتوقيعه للعقد المبرم بينه وبين وزير المواصلات، فإن سعي المدعي في نقض هذا الاتفاق هو سعي في نقض ما تمّ من جهته، فسعيه مردودٌ عليه؛ لأنّ اتفاق الطرفين هو قانونهم؛ ولأنّ مثل هذا الاتفاق ليس ممنوعاً في القوانين والأنظمة، وغير مخالف للنظام العام"⁽²⁾.

وقرّرت المحكمة في حكم آخر لها ما نصّه: "لا تُعدّ سلطة المياه ملزمة بالشرط الوارد في العقد، والذي ينصّ بالالتزام بالتحكيم في حالة النزاع على تنفيذ العقد، طالما أنّ مجلس السلطة قد قرّر إحالة العطاء المبيّن في العقد دون أن تُقوض رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام بالالتزام بالتحكيم، وعليه فإنّه لا يستند إلى أساس قانوني"⁽³⁾.

إنّ أحكام محكمة التمييز الأردنية تدلّ على استقرار اجتهادها على أنّ لجوء الإدارة لأسلوب التحكيم لحلّ منازعات العقود الإدارية أمرٌ مشروع؛ حيث يكون اتفاق الإدارة على التحكيم في هذه العقود موافقاً لتوجيهات المشرع الأردني في المادة (20) من قانون التحكيم رقم 18 لسنة 1953. وقد عالج المشرع الأردني اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، فقد نصّت المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على أنّه: "تسري أحكام هذا القانون

(1) محكمة العدل العليا، قرار رقم 84/66، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين عدد 1/لسنة 1985، ص 245

(2) تمييز حقوق 68/283، منشور مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 1969، ص 965

(3) تمييز حقوق 85/217، منشور مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 1986

على تحكيم اتّفاقيّ يجري في المملكة، ويتعلّق في نزاعٍ مدنيّ أو تجاريّ بين أطراف أشخاص القانون العامّ أو القانون الخاصّ، أيّا كانت طبيعته العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقديّة أو غير عقديّة"، وعليه، فإنّنا نرى أنّ المشرّع الأردنيّ لم يشر بصورة مباشرة لإمكانية اللجوء للتحكيم في فضّ أيّ نزاعٍ عقديّ إداريّ؛ سواء أكان داخليّاً أم خارجيّاً، واكتفى بإبقاء النصّ مطلقاً، من هنا، نجد أنّ التوسّع في تفسير النصّ مخالف مطلقاً للقواعد الأصوليّة التي تمنع من إطلاق حكمٍ لم يرد فيه نصّ، وإنّ عزز مشرّعنا هذا السكوت بقرارات قضائيّة تُؤكّد لجوءه لمثل هذا الاتفاق (التحكيم)، أمّا من حيث حجّته فإنّ النظريّات الخاصّة بالطبيعة القانونيّة لحكم التحكيم تتشابه إلى حدّ كبير مع الحكم القضائيّ؛ إذ إنّ التحكيم وفق التشريع والاجتهادات القضائيّة يُعدّ إلى حدّ كبير عملاً قضائيّاً من حيث المضمون⁽¹⁾.

وتحدّد نطاق حجّيّة حكم التحكيم بالحكم القطعيّ، وبالموضوع الذي فصل فيه هذا الحكم، والأشخاص الذين شملهم هذا الحكم، فحجّيّة الأمر المقضيّ لا تكون إلا للحكم القطعيّ، وهو كلّ حكمٍ صادر في الموضوع بالبتّ فيه كلّه أو بعضه، وتثبت الحجّيّة للحكم القطعيّ الذي يبتّ في الدّفع؛ سواء أكان الدّفع موضوعيّاً أم شكليّاً كالحكم بعد الاختصاص، وتثبت الحجّيّة أيضاً للحكم القطعيّ الذي يبتّ في نزاعٍ يتّصل بإجراءات الدّعوى، كالحكم بسقوط الخصومة، وبانقضائها بمقتضى المدة أو تركها.

ويترتّب على ثبوت حجّيّة الأمر المقضيّ لأحكام التحكيم كسائر الأحكام القضائيّة نتائج مهمّة، تتمثّل في استنفاد هيئة التحكيم سلطاتها بصدور حكمها، وبناءً على هذه الحجّيّة، فإنّه لا يجوز أن تقوم هيئة المحكّمين التي أصدرت الحكم - أو أيّ هيئة تحكيمٍ أخرى، أو أيّ جهةٍ قضائيّة- بالفصل في موضوع النزاع نفسه، طالما أنّ حكم الهيئة ما زال يُجيز حجّيّة الأمر المقضيّ⁽²⁾.

ويترتّب على حكم التحكيم الصّادر بإلزام المحكّم عليه بأداءٍ مُعيّنٍ إمكانية تنفيذه جبراً على إرادة المحكّم عليه، وهذه الإمكانية تُسمّى "القوّة التّنفذيّة للحكم" أو "الحقّ في التّنفيد"، وذلك على أساس أنّ حكم التحكيم يُشكّل سنداً لدائن الحقّ في التّنفيد الجبريّ، وقد تضمّنت عديدٌ من

(1) طراونة، مرجع سابق، ص 143.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 146.

الاتفاقيات الدولية قاعدة حيازة أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي، فمثلاً نصت اتفاقية (نيويورك) في المادة 3 على أن "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم، وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ،" وتضمنت الفقرة الثانية من المادة نفسها عدم جواز وضع الدول شروطاً أكثر شدة للاعتراض على تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية، وكذلك نصت قواعد المادة على أن حكم التحكيم للطرفين، ويلتزم الطرفان بتنفيذه دون تأخير، ويكون نهائياً ملزماً، كما أكد ذلك القانون النموذجي.

أمّا قانون التحكيم الأردني القديم رقم 18 لسنة 1953 فقد تناول مسألة تنفيذ أحكام المحكمين في المواد (15، 16، 17)، واشترطت المادة 15 من القانون قيام صاحب المصلحة بالتنفيذ بتقديم استدعاء إلى المحكمة المختصة، يطلب فيه تنفيذ حكم المحكمين، وعلى المحكمة أن تقوم بإصدار إعلان إلى المستدعي ضده، يُعلم فيه أن له الحق في الاعتراض خلال سبعة أيام عمل من تاريخ التبليغ، وفي حالة تخلفه فإن للمحكمة أن تصدر قرارها بالتصديق على طلب التنفيذ، بناءً على طلب فريق واحد، وذلك بالمداولة في غرفة القضاة، دون سماع أي فريق من الفرق.

وقد استقرّ اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على عدم جواز سماع البيّنة ضدّ ما منع به المحكمون من وقائع، فلا رقابة لمحكمة التمييز على قناعة هيئة التحكيم في الوقائع التي توصلت إليها في قرارها ما دامت البيّنة التي استندت إليها الهيئة تُؤدّي إلى النتيجة التي توصل إليها المحكمون في التحكيم، أو أحد أحكامها⁽¹⁾.

وقد حكمت محكمة التمييز الأردنية بأنّ "المحكمين الذين نظروا في النزاع الذي أُحيل إليهم للبتّ به اقتنعوا بصحة البيانات التي قُدمت لإثبات أنّ السيادة موضوع التأمين كانت مُوجّرة من صاحبها إلى شخص آخر، وأنّ الشرفة وقعت في أثناء وجودها بحيازة المستأجر، وحيث لا رقابة عليهم في قناعتهم ما دام أنّ البيانات التي اعتمدوا عليها تُؤدّي إلى النتيجة التي توصلوا إليها، فإنّه لا صحة للمجادلة لهذه الواقعة"⁽²⁾.

(1) المومني، مرجع سابق، ص 375.

(2) تمييز حقوق، 65/461، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة 1966، ص 512.

أما قانون التّحكيم الأردنيّ الجديد رقم 31 لسنة 2001، فقد تناول تنفيذ الحكم في المواد

53/أ:

أ. لا يُقبل طلب تنفيذ حكم التّحكيم إذا لم يكن موعداً دعوى بطلان الحكم قد انقضت.

ب. يُقدّم طلب التنفيذ للمحكمة المختصة مرفقاً بما يلي:

- صورة عن اتّفاق التّحكيم.

- أصل الحكم، أو صورة موقّعة عنه، ترجمة الحكم مُصدّقاً عليها من جهة مُعتمدة إلى اللّغة

العربيّة إذا لم يكن الحكم قد صدر عنها.

ونصّت المادّة 8/54 على أنّه: "تتظر المحكمة المُختصة في طلب تنفيذ الحكم تدقيقاً،

وتأمر بتنفيذه إلاّ إذا تبين لها أنّ هذا الحكم يتضمّن ما يخالف النّظام العامّ في المملكة، وإذا أمكن

تجزئة الحكم في ما تضمّنه من مخالفة النّظام جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي.

- لم يتمّ تليغهُ للمحكوم عليه تليغاً صحيحاً

- الفقرة (54/7): لا يجوز الطّعن في قرار المحكمة الصّادر بالأمر بتنفيذ حكم التّحكيم، أمّا

الحكم الصّادر برفض التنفيذ فيجوز الطّعن فيه أمام محكمة التّمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم

التّالي للتّليغ، ويترتّب على تصديق القرار الصّادر برفض الأمر بالتنفيذ سقوط اتّفاق التّحكيم، ومن

الملاحظ أنّ المُشرّع الأردنيّ في القانون الجديد سار على الاتّجاه نفسه في القانون السّابق، من

حيث إنّ حكم التّحكيم يكون حُجّيّة للأمر المقضيّ به منذ لحظة صدوره، إلاّ أنّه لا يتمنّع بالقوّة

التّنفذيّة، وقد استحدث المُشرّع الأردنيّ في القانون الجديد أحكاماً لم تكن موجودة في القانون

القديم..(1).

وقد أصاب المُشرّع الأردنيّ لدى تحصينه قرار التّحكيم، حيثُ أسبغهُ بحُجّيّة الأمر المقضيّ

به، ولو أنّه سار خلاف ذلك لهدم العبرة والغاية من اللّجوء للتّحكيم.

وما يجدرُ ذكره أنّ هيئة التّحكيم تملك إصدارَ غير الأحكام المُنهيّة للخصومة، ومن ذلك:

الأحكام الوقنيّة، والأحكام الإعداديّة، وهذا ما نصّ عليه قانون التّحكيم الأردنيّ الجديد في موادّ

مُتفرّقة(2).

(1) المومني، مرجع سابق، 375 - 376.

(2) طراونة، مرجع سابق، ص34.

وقد نصّت المادّة 1/20 من قانون التّحكيم الأردنيّ على أنّه "تفصّل هيئة التّحكيم في الدُفوع المُتعلّقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدُفوع المُبيّنة على عدم وجود اتّفاق تحكيم، أو سقوطه أو بُطلانه، أو عدم شموله موضوع التّزاع، والحُكم الذي يقبل طلب التّنفيذ - سواءً أكان حُكمًا قضائيًّا أم تحكيميًّا - هو حُكم إلزاميٍّ، ذلك الذي أدرجنا له تعريفًا تحكيميًّا من الصّفة الإلزاميّة لهذا الحُكم، ومن الآراء الفقهيّة المُتّصلة بالموضوع ذاته، وعليه فإنّ الحُكم يصدر بإلزام المحكوم عليه بأداء مُعيّن، ويكُون من شأن ذلك عدم إشباع مصالح المحكوم له، إلّا إذا قام المحكوم عليه بتنفيذ هذا، فإذا لم يفعل فإنّ الحماية القضائيّة لمركز الحُكم فعلاً للمحكوم له لا تكون قد تحقّقت، وتتمتّع الإدارة بسُلطة تقديرية في اختيار الوسائل القانونيّة للقيام بمهامّ وممارسة نشاطها، وقد تكون هذه الوسائل عُقودًا إداريّة من جهة، وقد تكون من جهةٍ أخرى قراراتٍ إداريّة، فالعُقود التي تُمارس الإدارة نشاطها بموجبها وتُبرمها لا تُعدّ إداريّة، ومنها ما تكون إداريّة، ومنها ما يُعدّ عُقودًا للوسائل التي في نطاق القانون الخاصّ، فجميعها تُعدّ عُقودًا تستخدمها الإدارة عند إبرامها العقود، فطبيعيّة العقد هي التي تُحدّد النّظام القانونيّ الذي يخضع له، فإذا كان في نطاق القانون الخاصّ (المدنيّ، أو التّجاريّ) فإنه يخضع للأحكام القانونيّة الواردة في القانون الخاصّ، أمّا إذا كان العقد يستند لأحكام؛ فإنه يخضع للقانون الإداريّ، والتّشريعات الإداريّة. والحال في مصر مُختلف عنه في الأردن، والنّظر في مُنازعات العقود الإداريّة في مصر تخضع لاختصاص القضاء الإداريّ، أمّا في الأردن فالاختصاص القضائيّ للنّظر بمنازعات العقود الإداريّة هو للقضاء النّظاميّ، وليس للقضاء الإداريّ⁽¹⁾.

ويحتلّ التّحكيم في المُنازعات الإداريّة أهميّة كبيرة كوسيلةٍ فعّالة لحلّ المُشكلات والعقبات التّشريعيّة والعلميّة التي تُواجه أطراف العقد، والبديل للّجوء إلى القضاء، سواءً أكان إداريًّا أم لا، وتحديد أيّ من القضائيّين صاحب الاختصاص في نظام النّظر بالتّزاع⁽²⁾.

ويُعود الفضل إلى مجلس الدّولة الفرنسيّ في وضع أُسس نظريّة العقد، وصياغة خصائصها وبلورة قواعد العقد الإداريّ وأحكامه، وإظهارها للوجود، وبحسب مجلس الدّولة الفرنسيّ: "تُعدّ عُقودًا إداريّة تلك التي يُبرمها شخصٌ معنويٌّ عامٌّ تَظهرُ في نيّته الأخذ بأحكام القانون العامّ، ويتجلّى ذلك

(1) الحلو، القانون الإداريّ، ص 79-80.

(2) عبد الهادي، التّحكيم في مُنازعات العقود الإداريّة، الطّبعة الأولى، ص 5.

إمّا بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك في تسيير المرفق العام⁽¹⁾.

والتقاضي طريقاً استثنائياً يلجأ إليه أطراف التحكيم، ويُعدّ تلافياً لما قد يروئهُ من عيوبٍ أو سلبيات في حال النزاع؛ تحقيقاً لمصالحهم المترتبة لجوئهم إلى القضاء العادي؛ وتوفيراً للوقت بشكلٍ مباشرٍ بسرعة الفصل في النزاع، واختصاراً للنقّات.

وبما أنّ المنازعات في مجال العقود الإدارية هي تلك الناشئة بمناسبة عقدٍ، فقد تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة، أو تنظيمًا بمرفقٍ عامٍ - إدارة، أو إشرافاً - ومُتصلاً فيه ومُتعلقاً طرفاً لمصلحة عامة، ووسائله هي وسائل القانون للعمل فيه؛ تحقيقاً للعامة المتمثلة في الشروط الاستثنائية، وغير المألوفة في مجال عقود القانون الخاص⁽²⁾.

والتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية يعني لجوء الإدارة والطرف المتعاقد معها إلى الاتفاق على المنازعات الناشئة بينهم حول تفسير العقد الإداري، أو تنفيذه إلى أسلوب التحكيم بدل اللجوء إلى طرق التقاضي العادية المنصوص عليها في القانون، ويتمثل التحكيم في صورتين، هما:

- التحكيم الاختياري أولاً، وهو الذي تلجأ إليه أطراف النزاع المعنية بإرادتها الحرة واختيارها المجرد ورغبتها المطلقة دون أن يفرض عليها أو يلزمها القانون، أو النظام، أو اللائحة، أو أي مصدر مستقل، وهذا هو النوع الأصلي والدارج والغالب في مجال التحكيم عموماً⁽³⁾. ويمثّل النّبع التّأصيليّ لنشأة التّحكيم منذ زمنٍ بعيدٍ، حتّى للجماعات والأفراد، يلجأ إليه كان مثل هذا التّصرّف اختياريّاً من يشاء بإرادته المستقلّة، كما أنّ مبدأ التّحكيم الاختياريّ ينطوي على جانبٍ نفسيٍّ مهمٍّ، وهو تحرير الأطراف المعنية من هيمنة الجبر والقسر والإلزام التي لا تتفق مع الطّبيعة الفطريّة للإنسان بوجهٍ عامٍّ، ومن ثمّ فإنّ إقدامها الاختياريّ على اللّجوء إلى التّحكيم فيه كثيرٌ من الرّاحة المنازعات التي تنشأ بينها، ويكُون مُحاطاً بالرّضا والودّ والرّغبة الدّاتيّة المُتحرّرة، ويؤدّي إلى خلق التّقة الكبيرة والاطمئنان الكافي لما قد يصلُ إليه المُحكّمون⁽⁴⁾.

(1) هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 18.

(2) عبادي، مرجع سابق، ص 15 - 16.

(3) الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، ص 22.

(4) عبد الهادي، مرجع سابق، ص 21.

- والتحكيم الإلزامي ثانياً: وهو الذي تغيّب في شأنه إرادة الأطراف المعنية، وتحلّ محلّها إرادة المشرّع التي يُعبّر عنها في القوانين، أو الأنظمة، أو اللوائح، حيث تُجبر تلك الأطراف على اللجوء للتحكيم قسراً لحلّ المنازعات التي قد تنشأ بينها قبل اللجوء بدايةً إلى القضاء المختصّ إذا اقتضى الأمر ذلك، وتبرز ثلاث ملاحظاتٍ متعلّقة بهذا النوع من التحكيم، هي:

- 1- أنّ المشرّع لا يستطيع إلزام الأطراف، أو الخصوم باللجوء إلى التحكيم في المسائل الخلافية التي تتعلّق بالنظام العامّ، ولا بخصوصية ذاتية، ولا بالأمر المنظمة تنظيمًا في الدستور، ولا سيّما التي تتعلّق بالعقائد والحريّات، وأمرًا كاملاً بالواجبات العامّة.
- 2- أنّ المشرّع لا يتصوّر أن يُحدّد مسبقاً الأشخاص الذين يجب أن يوكل إليهم أمر التحكيم، إلاّ في حالاتٍ نادرة، وذات صبغةٍ دولية؛ لأنّ التّحديد المسبق يتنافى مع التّحكيم وطبيعته تمامًا.
- 3- أنّ المشرّع لا يُجبر الأطراف المعنية على قبول قراراتٍ قطعية لا تُقبل؛ فيجعل من هذه القرارات أحكاماً للمحكّمين رغم المراجعة؛ لأنّ هذا يتنافى مع طبيعة التّحكيم وأهدافه⁽¹⁾.

إنّ مصدر التّحكيم الإلزامي العامّ هو المشرّع فقط، وليست الإرادة التّعاقدية، فالمشرّع عندما يلزم الأطراف باللجوء إلى التّحكيم فسيقرّر الطرفان المتعاقدان النصّ في العقد المُبرم بينهما على وجوب لجوئهما إلى التّحكيم، أولاً لحلّ منازعاتهما قبل اللجوء إلى القضاء؛ إذ إنّ هذا الالتزام الوارد في إرادتهما المستقلة لا ينبع من النصّ التّعاقدي ينبع أصلاً الأمر التشريعي، كما هو الحال في التّحكيم الإلزامي، فأساساً أصبح هذا التّوجه القانوني في العقد هو رضا الأطراف وا لهذين الطرفين المتعاقدين عندما يُنفّذان التزاماتهما ملزماً التّعاقديّة، ومن خلال هذا التّحديد لمفهوم التّحكيم في منازعات العقود الإدارية يُمكن استخلاص ثلاث طوائف من العقود الإدارية، التي يُمكن أن تخضع للتّحكيم، وذلك بحسب الطرف المتعامل مع الإدارة⁽²⁾، وهي:

- 1- أن يكون طرفاً العقد شخصين عامين.
- 2- أن يكون أحد الأطراف شخصاً عامّاً من أشخاص القانون العام، ومن جنسية الشخص العام نفسه.

(1) عبد الهادي، مرجع سابق، ص22.

(2) المرجع السابق نفسه.

3- أن يكون أحد الأطراف شخصاً عاماً والطرف الآخر شخصاً من أشخاص القانون الخاص، وحتى يتمتع بجنسية أجنبية عن جنسية الطرف الأول لا بد من تسليط الضوء على أساس القانون ومدى إلزاميته⁽¹⁾.

(1) الشريف، التّحكيم الإداري في القانون المصري، مرجع سابق، ص 22-23 وما بعده.

المطلب الثاني: المُساندة في تشكيل هيئة التَّحكيم الدَّوليَّة في إطار صفته التَّعاقدية، التي تُقوم على أساس اتِّفاق الطَّرفين يَظهرُ دورُ القضاء الوطنيِّ كدورٍ مُساندٍ لأطرافِ العقد في تشكيلِ هيئة التَّحكيم الفاصِلة في نزاعهم، وهذا عند عدم تقريرهم ذلك في العقد، ويتمُّ ذلك غالبًا في إطار التَّحكيم الخاصِّ، غير أنَّ الدَّولة المُتعاقدَة بمُوجب العقد الإداريِّ الدَّولي في حالة مُصادقتها على اتِّفاقيةٍ دوليَّةٍ لتسوية مُنازعاتها مع الأجنبيِّ في إطار التَّحكيم المؤسَّسيِّ، سيؤوّل الاختصاصُ للمركزِ بحُكم هذه الاتِّفاقية.

وفي هذا الإطار اهتمَّ المُشرعان الأردنيُّ والفرنسيُّ بالمُشكلات المُتصلة بتشكيل هيئة التَّحكيم، على أساس مُساعدة الأطراف المُتعاقدَة، ويكون تدخُّل القاضي المُختصِّ بحسبِ الحالة وبحسبِ الصُّعوبة التي تَعرِّض تشكيلَ هيئة التَّحكيم، وبالنَّظر إلى القَوَينين الإِجرائيَّة نَجْدُ المُشرِّع قد خَصَّ القضاء بهذا التدخُّل عند غياب تَعيين هيئة التَّحكيم، أو في إجراءات سَير الخُصومة، وبناءً عليه سيتناولُ الباحث المُساندة في تشكيلِ هيئة التَّحكيم الدَّوليَّة، وذلك وَفقًا للترتيب الآتي

الفرع الأوَّل: تَعيين رئيس المحكمة التَّحكيميَّة.

الفرع الثاني: ضمان حُسن سَير إجراءات الخُصومة التَّحكيميَّة.

الفرع الأول: تعيين رئيس هيئة التحكيم

على الأطراف أو أحدهم - في حال عدم القدرة على التوصل في ما بينهما إلى الاتفاق على المحكمين - أن يتقدموا بطلب لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم لتعيين هذا المحكم، وعندها يتدخل القضاء لإزالة هذا العائق بتعيين عضو هيئة التحكيم فإن القضاء الوطني -ممثلًا في القاضي المساند **le juge d'appui**- يتدخل لتعيين رئيس محكمة التحكيم، وبطبيعة الحال المحكم⁽¹⁾.

فاتساع نطاق تدخل القضاء يشمل الإجراءات والأسس المتعلقة بتعيين المحكمين، ومهمة اختيار المحكمين في حالة عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم بهذا الشأن، ويكون أيضًا مرتبطًا إمامًا باختلاف الأطراف حول اختيار المحكمين، وإمامًا بإجراءات هذا الاختيار، إمامًا في حالة اتفاقهم فلا داعي لتدخل القضاء في الإجراءات التحكيمية⁽²⁾.

ولذلك، يُعدُّ التدخل في تشكيل الهيئة التحكيمية متى كان اللجوء ملائمًا لذلك، وهذا إما بتوفّر نزاع بين الخصوم حول اختيار المحكمين، وإمامًا صعوبة التعيين، مع ضرورة أن يعرض الطلب على رئيس المحكمة المختصة إقليميًا؛ تفاديًا لمأزق عودة النزاع إلى القضاء لتعذر إنشاء هيئة تحكيم، فدور القضاء الوطني يكون لحلّ ذلك الإشكال، وقد تناول المشرع الفرنسي إجراءات تعيين المحكم في حالة عدم وصول الأطراف إلى اتفاق في هذا الشأن؛ حيث تناولت المادة 1452 من تقيين الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد تفاصيل هذه الإجراءات، ففي حالة عدم اتفاق الأطراف على طرُق تعيين محكم أو محكمين، فقد ميّر المشرع الفرنسي بين الفرضين التالينين⁽³⁾:

- في حالة التحكيم بطريق محكم وحيد، وحيثما لم تتفق الأطراف على اختيار محكم، ففي هذه الحالة يتم تعيينه عن طريق الشخص المنوط به تنظيم التحكيم، أو عن طريق القاضي المساند في حالة عدم وجود هذا الأخير.

(1) G. Pluyette, « La désignation d'un arbitre par le juge d'appui », *Mélanges P. Mayer*, LGDJ/Lextenso, 2015, cité par, C. Chainais, et autres, Procédure civile, op. cit., p.1647, n°2326.

(2) رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية - لبنان، 1989، ص31.

(3) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة، 2006، الطبعة: الثانية، ص260، ص278.

- في حالة التّحكيم بطريق ثلاثة مُحكّمين، يُمكن لكلٍ واحدٍ من الطّرفين اختيار مُحكّم، بينما يقوم كِلا المُحكّمين باختيار الثالث خلال مُهلة شهرٍ من تاريخ قَبُول تَعيينهم، وقد يُعيّن المُحكّم الثالث عن طريق الشّخص المُكلّف بتنظيم التّحكيم، أو عن طريق القاضي المُساند⁽¹⁾.

وتعود معالجة القضاء للنزاع القائم بصفة الاستعجال، كما ورد في المواء 1040 من ق.إ.م.إ. 1505 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسيّة؛ تكريسًا وتماشيًا لخصوصيّة وميزة التّحكيم من حيث السرعة في النّظر في النزاعات.

ذلك أنّ الهدف من تدخّل القضاء هو تشكيل هيئة التّحكيم، أو استكمال النّقص فيها، أو وُضع حلّ للمحكمة التي تعترض تشكيلها، وعندما يقوم القضاء بتعيين الحالات التي يُسمح له فيها القانون بذلك.

ثمّ إنّ مصدر هذا التدخّل ليس وليد القضاء، إنّما إرادة الأطراف، التي تَركت الاتفاق على تحديد شكل الهيئة، أو على إرجاء تَعيين المُحكّمين لحين نُشوب النزاع، لتسمح بالنتيجة بتدخّل القضاء؛ لذا فإنّ مثل هذا النزاع قليلٌ ما يُصادفه في العقود الإداريّة الدولية؛ نظرًا لتعيين شرط التّحكيم مُسبقًا في العقد الأصليّ، وامتداده في أغلب الأحيان لتفسير إجراءات الهيئة المُختصة في ذلك في اتفاق التّحكيم⁽²⁾.

(1) Art. 1452 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janv. 2011, prévoit que," En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres:

1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ;

2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du = troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation."

(2) M. Laazouzi, les contrats administratifs a caractère international, op.cit, p 310.

فالعلاقة بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم في ما يتعلق باتخاذ مثل هذه الإجراءات يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك، فيكون من حق أي طرف اللجوء إلى الجهات القضائية لطلب اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفّضية، ولا يُعد ذلك تنازلاً عن الاتفاق إلى الالتجاء للتحكيم للفصل في موضوع النزاع الأصلي⁽¹⁾، فمسألة اختيار المحكمين بعد نشوب النزاع تظل فكرة نسبية، تُفرغ التحكيم من محتواه القانوني؛ لأنه من النادر أن تتفق الأطراف بعد نشوب النزاع بينهم. وفي فرنسا تناول المشرع أسباب تدخل السلطة القضائية في المواد من 1451 الفقرة 3 إلى المادة 1458 من التقنين المدني، ولقد تأكّد هذا الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني عن طريق محكمة النقض الفرنسية في التحكيم التجاري الدولي، حيث يوجد حالة إنكار العدالة⁽²⁾. ولقد تناول مرسوم 13 يناير 2011 هذه المسألة، وجاء بمصطلح القاضي المساند **le juge d'appui**، حيث استلهم في ذلك القانون السويسري⁽³⁾، فنصّت المادة 1454 من المرسوم الفرنسي الصادر في 2011 على أنه: "في حالة النزاع المرتبط بتشكيل محكمة التحكيم، يتم تسوية النزاع في حالة عدم وصول الأطراف إلى اتفاق، عن طريق الشخص المنوط به تنظيم التحكيم، أو عن طريق القاضي المساند"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: ضمان حسن سير إجراءات الخصومة التحكيمية

يظهر تدخل القضاء في عمل هيئة التحكيم الدولية في دور يُسهّل من خلاله للأطراف حماية الخصومة التحكيمية، وهذا من خلال ضمان السير الحسن لإجراءات التحكيم بناءً على

(1) Ph. Fouchard et autres, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op.cit., p661.

(2) Civ. 1re, 1er févr. 2005, *Nioc*, *Bull. civ. I*, no 53 ; *D.* 2005. 2727, note Hotte et 3054, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2005. 266, obs. Loquin ; *Rev. arb.* 2005. 693, note Muir Watt ; *JCP* 2005. I. 134, no 4, obs. Béguin ; *Gaz. Pal.* 28 avr. 2005, obs. Lazareff et 28 mai 2005, note Train ; *Rev. crit. DIP* 2006. 140, note Th. Clay.

(3) C. Chainais, et autres, *Procédure civile*, op. cit., p.1649, n°2329.

(4) l'article 1454 qui dispose que « tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui ».

طلب أحد الأطراف، دون أن يكون هذا التدخّل تلقائياً من قبل القضاء، ويظهر هذا التدخّل في الأمر باتّخاذ تدابير مؤقتة والبحث عن الأدلّة.

أولاً: الأمر باتّخاذ التدابير المؤقتة أو التّحفظيّة:

الدّعى التّحكيميّة مثلها مثل دعاوى القضاء العاديّ، تطرأ عليها حالات طارئة قد تُهدّد مصالح الخصوم، أو تكون سبباً في إلحاق الضّرر بالحقّ أو المركز القانونيّ للخصم، ويكون الضّرر أحياناً ناشئاً عن المدة الرّمنيّة للأزمة لفصل الدّعى، فيكون تأخير الفصل في الدّعى سبباً في الإضرار بمصالح الخصوم ضرورةً لا يُمكن تلافئها، وقد توجّهت التّنظيمات القضائيّة إلى إيجاد حلّ بجانب القضاء يتّخذ فيه الخصم إجراءات وقتيّة سريعة؛ صيانةً لمصلحته دون المساس بأصل الحقّ، مع القصد في الوقت والإجراءات، والهدف من هذه الإجراءات الوقتيّة التّوفيق بين الآليّة للأزمة لحسن سير القضاء، وبين نتائج هذه الآليّة التي قد تُسبب ضرراً للخصوم. على هذا الحال تستطيع محكمة التّحكيم أن تُلزم الأطراف باتّخاذ التدابير التّحفظيّة أو الوقتيّة، متى رآته ملائمة لذلك، وهنا يكون للقضاء الوطنيّ وحده الاختصاص بفرض الحُجوزات التّحفظيّة والتّأمينات القضائيّة، وفقاً للمادّة 1468 من تقيين الإجراءات المدنيّة الفرنسيّ الجديد، ولا جناح على المحكّم في أن يُعدّل، أو يُكمل التّدبير التّحفظيّ أو الوقتيّ، الذي أمرت به محكمة التّحكيم⁽¹⁾.

غير أنّ صلاحية القاضي الوطنيّ هنا لم تأت من علم، بل بعد مُناوشاتٍ فقهية أدلت في الأخير بالاعتراف بصلاحية القاضي المشتركة مع التّحكيم، بعد أن انقسم الفقه إلى جانب يعترف بمثل هذه الإجراءات لهيئة التّحكيم، وأنّ المحكّم يملك سلطة البتّ في الأحكام الوقتيّة والتّحفظيّة، في مواجهة رأي يُحوّل سلطة القضاء بذلك، ويُعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أنّ الأحكام الصّادرة في المسائل الوقتيّة والمستعجلة لا تنتهي بإصدار القرار فحسب، ولكن تمتدّ إلى تنفيذه، والتّنفيد يقتضي أن يكون لمصدره سلطة الأمر، وهي سلطة يفترق إليها المحكّم⁽²⁾.

وعليه، يلاحظ أنّ المُشرّع الأردنيّ قد عمل بالرأي الوسطيّ، حين صرّح بدور القضاء المُساعد لهيئة التّحكيم في اتّخاذ إجراءات وقتيّة؛ اعتدداً بأنّ مُمارسة هذه الإجراءات من قبل

(1) N. Fricero, Procédure civile, op. cit., p. 48 et s.

(2) حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطنيّ باتّخاذ الإجراءات الوقتيّة والتّحفظيّة في المنازعات الخاصّة الدّوليّة المُتفق بشأنها على التّحكيم، دار الفكر الجامعيّ - مصر، 1996، ص 8-9.

التحكيم أمرٌ جائز قانوناً ما لم ينصَّ اتِّفاق التَّحكيم على خلاف ذلك، على أنَّ اختصاص القضاء جاء كدورٍ تكميليٍّ في حالة عدم الخُضوع إرادياً.

وهو ما يُمثِّل التَّوجُّهات التي سارت عليها مُعظم الدُّول الحديثة؛ اقتداءً منها بقانون (الأونيسترال) القاضي بتبني فكرة الدَّور المُشترك، وهي بذلك جَمعت بين حاجة الهيئة التَّحكيمية للقوة الأمرة والسُّلطة المُلزِمة بوصفِ المُحكِّم شخصاً عادياً لا يملك قُوَّة التَّنفيذ، دون أن يكون لجوء الطرف إلى القضاء سبباً في تنازله عن اتِّفاق التَّحكيم، وبين صحَّة اختصاص الهيئة التَّحكيمية بالنظر في الأحكام الوقتية؛ سواءً أكان بطلبٍ من أحد الأطراف، أم بإصدار الأمر الوقتي من تلقاء نفسها بحسب ما تقتضيه طبيعة النزاع.

ثانياً: المُساندة من خلال تقديم الأدلَّة:

تفرض طبيعة عمل المُحكِّم في أثناء إدارته لجلسة التَّحكيم أن يكون مُطلَّعاً على كافَّة الظروف المُحيطة بموضوع النزاع ليقرِّر الإجراءات اللّازمة لتحقيق كافَّة الحُجج والمُستندات اللّازمة للإثبات؛ سواءً أكانت هذه الحُجج أو الإيضاحات مُقدِّمة ابتداءً من الخصوم، أم أثارَتْها لجنة التَّحكيم بحسب الحاجة إليها، فقد تُكون الحاجة تقتضي سماعَ شاهد، أو تعيين خبير، أو مُعاينة بضاعة، وغير ذلك من إجراءات.

لذا فتبليغ الشَّاهد تبليغاً صحيحاً في أيِّ دعوى قضائية منظورة أمام محكمة الدولة، وتخلُّفه عن الحُضور دون مُبررٍ لذلك، فإنَّه يُجوز للمحكمة أن تُصدر مُذكرة إحصارٍ بحقه، تتضمن تفويض الشرطة بإخلاء سبيله بالكفالة، وإذا حضر الشَّاهد ولم تُفنع المحكمة بمعذرتِهِ فلها أن تحكِّم عليه بالحبس مُدَّة معيَّنة.

مثلاً هذه الصَّلاحية معدومة بالنسبة للمُحكِّم، الذي لا يملك أدنى سُلطةٍ في إجبار الشُّهود على المُتولُّ أمام الهيئة، أو إلزامهم بحلف اليمين، وفي حال الحاجة مثلاً إلى تعيين خبيرٍ أو فنِّيٍّ مُتخصِّص بعيداً عن القواعد الشَّكلية المعمول بها أمام قضاء الدولة؛ سواءً أكان بطلبٍ من أحد الخصوم، أم من هيئة التَّحكيم، ثمَّ تخلف الخبير أو لم يُقدِّم التَّقرير الخاصَّ بخبرته في الموعِد المُحدَّد، ولم يُبدِ عُذراً مقبولاً، فإنَّ هيئة التَّحكيم لا يُمكن أن تُوقع بالخبير الجزاءات المنصوص عليها في قوانين المُرافعات القضائيَّة، وقد يطرأ أن يرفض أحد الخصوم إبرازَ مُستندٍ أو دليلٍ، ليكون للمحكمة أن تُلزم الطرف بتقديم الدليل أو المُستند⁽¹⁾.

(1) المرجع نفسه، ص93، 94.

فإذا قصر في تقديمها خلال المدة المحددة دون إبداء عذرٍ مقبول، جاز لهيئة التحكيم أن تُصدر قرار التحكيم بناءً على الأدلة الموجودة أمامها.

أما عن الحل الثاني، فيطراً عندما تكون الأدلة غاية في الأهمية، بحيث إنها تمس أصل الحق الذي تقوم عليه الدعوى، فلا تستقيم الدعوى والمطالبة بالحق بغير هذا الدليل، أو أن شهادة الشاهد ينطوي عليها غياب حق أحد الأطراف، أو أن تقرير الخبير من شأنه المساس بتغيير وقائع مطالبة الطرف الآخر، وغير ذلك من الاحتمالات المهمة والرئيسة التي تجد الهيئة أنها في وضع صعب، فتتخذ إجراء إلزامياً لا تقدر عليه، وأنها في الوقت ذاته لا تجد تجاوزاً ممن قام بالدليل، أو من الطرف الذي يملك الدليل بالمثل أمام إجراءات التحقيق التي تسير فيها الهيئة، عندئذ لا مانع من اللجوء إلى قضاء الدولة لاستكمال مثل هذه الإجراءات، فاللجوء إلى القضاء من قبل هيئة التحكيم للحصول على دليل معين لا يتعارض مع اختصاص الهيئة أو عملها⁽¹⁾.

ليعترف المشرع الأردني لمحكمة التحكيم بالبحث عن الأدلة، مع إمكانية مساعدة السلطة القضائية - في حالة الضرورة - في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين، بحيث يُلاحظ أن المشرع الأردني في اعترافه بمثل هذه المساعدة لن يكون في صالح المحكمة التحكيمية؛ حيث إن الدور لم يقتصر في مساعدته على البحث عن أدلة، بل إلى تمديد مهمتهم في البحث عنها بتقديم تراخيص تُساعد في الممارسة السليمة للعمل.

المطلب الثالث: دور القاضي وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص

إن الغاية من وجود مبدأ الاختصاص بالاختصاص: "هو الوصول إلى تحقيق فعالية اتفاق التحكيم الدولي بصفة خاصة، ونظام التحكيم بصفة عامة؛ وذلك بتقاضي البحث عن المحكمة المختصة بالنظر في مسألة اختصاص المحكم الدولي مهما كان السبب الذي يؤسس عليه الدفع بعدم اختصاصه⁽²⁾.

(1) سونا عمر عبادي - وعباس أحمد الباز، سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المرجع السابق، ص 94.

(2) تعوليت كريم، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة بجاية، عدد 01-2010، ص 199.

ولم يستند مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص لأيّ سندٍ نظريّ، ما جعل قانونَ الدولة المعنيّة صاحبة الاختصاص في تحديد نطاقه وأثره، وبناءً عليه سيتناولُ الباحثُ بالتفصيلِ دورَ القاضي وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك ضمن الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الفرع الثاني: تكييف أثر اختصاص المحكم في النظر في النزاع.

الفرع الأول: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص

تتنوع النزاعات المعروضة أمام هيئة التحكيم بما قد لا يتفق أحياناً مع ولاية الهيئة أو اختصاصها في النظر في تلك الخصومة؛ ممّا يؤدي إلى وجود عيب في قرار التحكيم، ويكون ذلك سبباً في إبطال الحكم التحكيمي من قبل الهيئة القضائية.

يعدُّ مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهمّ المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم الدوليّ، والذي يعني: اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه؛ أي: سلطة المحكم في الفصل في مدى اختصاصه في النزاع المعروض أمامه؛ ممّا يعني أن المحكم دون غيره هو الذي يختص بفحص صحة ونطاق اختصاصه، ومن ثم يقع على قضاء الدولة واجب الامتناع عن قبول أيّ دفع، أو النظر في النزاع إلى حين انتهاء هيئة التحكيم من البت في مسألة اختصاصها، فمحكمة التحكيم هي التي تنتظر دون غيرها في اختصاصها؛ إعمالاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص **Kompetenz-Kompetenz**، فالمحكم يملك إذن سلطة تقديرية بشأن مسألة اختصاصها والسير في إجراءات التحكيم⁽¹⁾.

ويهدف مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى غلق الباب أمام كلّ الإجراءات والوسائل الاحتياطية الرامية إلى المماطلة لإفقاد التحكيم الغاية من وجوده، وهي سرعة الفصل في المنازعات؛ فقد نصّت المادة بشكلٍ صريحٍ على هذا المبدأ في المادة 41 من اتفاقية واشنطن؛ إذ جاء فيها: إن محكمة التحكيم هي قاضي اختصاصها، فإذا أثار أحد الطرفين أيّ دفع يستند إلى عدم

J.-C. Frenandez Rozas, Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage¹ commercial international, 2002, p.98, consulté sur le site, <https://eprints.ucm.es>

اختصاص المركز أو محكمة التحكيم بالنزاع كان لهذه المحكمة أن تنتظر في هذا الدفع، وأن تُقرّر ما إذا كانت تعتبره متعلقاً بمسألة فرعية أو بمسألة أولية⁽¹⁾.

تأسيساً على ذلك يجوز لمحكمة التحكيم اعتبار الدفع بعدم اختصاصها بالنزاع متعلقاً بمسألة أولية، وحينئذ لا تضطر لإيقاف خصومة التحكيم إلى حين الفصل فيها من قبل المحكمة الوطنية المختصة، وعليه فهي الجهة المخولة في الفصل في أيّ دفع متعلق باختصاصه، في حين أن قانون الأونسترا ل قد نصّ على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الذي أسند صلاحية البتّ في الاختصاص لهيئة التحكيم بما في ذلك أيّ اعتراضات تتعلق بوجود اتفاقٍ لتحكيم أو صحته، وعليه ينطوي مبدأ الاختصاص بالاختصاص على جانبٍ إيجابيٍّ؛ جانبٍ سلبيٍّ: يمنع القضاء الوطني من النّظر في مسألة الاختصاص حتّى يفصل المحكّم فيها بالأولوية⁽²⁾.

وإذا كان الأثر الإيجابي لهذا المبدأ مُكرّساً في جلّ القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، فإن الجانب السلبيّ يُشكّل خصوصيةً فرنسيّةً، كرّسته محكّمه النقض قبل أن يدرج في قانون الإجراءات المدنية، وذلك بإحالة الاختصاص إليها، بالتّصريح أن المحكمة التّحكيمية هي المختصّ الوحيد في النزاعات المتعلّقة بتحديد اختصاصها⁽³⁾.

ومن ثمّ فإن أولوية الفصل في مسألة الاختصاص تعود للمحكّم وفقاً لهذا النصّ، تحت الرّقابة القضائية اللاحقة بمُناسبة رقابة البطلان أو التنفيذ، في حين أنّ هذا الأثر مؤشّر مهمّ على النّقطة التي تضعها مختلف الأنظمة القانونية في التحكيم، ومن ثم الانخراط في السياسة التّشجيعية لهذه الوسيلة من وسائل حلّ المنازعات⁽⁴⁾.

وبالعودة إلى التّشريع الأردنيّ فإنّ المادّة 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشهد على أخذ المُشرّع الأردنيّ بالأثر الإيجابي، عند عدم نصّه صراحةً على منع تدخّل القضاء في تحديد اختصاص التحكيم، وذلك عند الاكتفاء بالنصّ على أنه تفصل محكّمه التّحكيم في

(1) تعويلت كريم، الرّقابة القضائية على اختصاص المحكّم، المرجع السّابق، ص 199.

(2) نور الين بوالصلال، المرجع السّابق، ص 106.

(3) Art. 1465 modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, prévoit que, " Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel."

(4) تعوينات كريم، الرّقابة القضائية على اختصاص المحكّم، المرجع السّابق، ص 200.

الاختصاص الخاص بها، وعليه فإن عدم منع المشرع الأردني القضاء من التصدي لمسألة اختصاص المحكم قبل أن يفصل هذا الأخير في ذلك يطرح مسألة الرقابة التي قد يمارسها القضاء في حالة إذا تم عرض النزاع عليه قبل صدور حكم التحكيم الفاصل في الموضوع.

الفرع الثاني: تكيف أثر اختصاص المحكم في النظر في النزاع

إن مسألة تنظيم اختصاص هيئة التحكيم يقوم على الأثر المترتب على عدم نفاذ حكم الهيئة خارج حدود اختصاصها، فلا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماهم، وفي الخصوص الذي حكماهم به فقط، ويستوجب ضمان احترام اتفاق التحكيم وإعماله مقابلة الأثر الإيجابي المتمثل في اختصاص محكمة التحكيم بالأثر السلبي المتمثل في عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي انفتحت الأطراف على حله عن طريق التحكيم⁽¹⁾.

هذا الأثر كرسنه أغلب التشريعات الوطنية الحديثة، وكذا الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، الشيء الذي أدى ببعض الفقهاء إلى اعتباره من المبادئ المادية في القانون الدولي للتحكيم، إلا أن تقرير صحة ونطاق اختصاص المحكمين عند المنازعة فيها يشوبه نوع من الغموض، خاصة عند التمسك بحيادية القضاء في هذا النطاق، والذي لا يملك صلاحية تقرير صحة نطاق الاختصاص؛ نظراً إلى قدسية التعاقد في اتفاقية التحكيم⁽²⁾.

فإذا أخذنا بالجانب الإيجابي لأثر الاختصاص، أثرت منازعة تتعلق بصحة ونطاق اختصاص المحكمين أمام قضاء الدولة، فيتعين على هيئة التحكيم وقف السير في الخصومة التحكيمية إلى حين الفصل في هذه المنازعة أمام قضاء الدولة.

وكمثال على ذلك: عارض قضاء محكمة النقض الفرنسية سلطة المحكمين في فحص اختصاصهم بالنظر إلى شروط التحكيم، والاستحالة بالنسبة لهم في الفصل في صحة اتفاق التحكيم مصدر اختصاصهم في قضية "Courtieu"؛ حيث قضت المحكمة بأن تقرير بطلان الشركة موضوع الدعوى يدخل في اختصاص المحكمة التجارية، وأن شرط التحكيم المدرج في أنظمة هذه الشركات لا أثر له؛ نظراً لأن النزاع أثار الشك حول مشروعية هذه الأنظمة، وعليه ينبغي أن

(1) سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز، سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه

الإسلامي والقانون النموذجي "الأونسيترال"، المرجع السابق، ص 92.

(2) تعويلت كريم، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، المرجع السابق، ص 203.

يتوقّف تشكيل المحكمة التّحكيميّة من اللّحظة التي تمّ فيها رفع الدّعى، وإبطال حكم المحكّمين بحجّة أن المحكّمين تجاوزوا مهمّتهم عندما فصلوا في وجود هذه السّلطات بدلاً من وقف الفصل بناءً على طلب الطّرف صاحب المصلحة، هذا ما دفع التّشريعات الفرنسيّة إلى تأكيد مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالنّسبة للمحكم، بعد خلافٍ طويلٍ في الفقه والقضاء الفرنسيّ⁽¹⁾.

وعليه تظهر مزايا هذا المبدأ من خلال قانون التّحكيم التجاريّ الدوليّ، فبدايةً يجد هذا المبدأ أساسه في استقلال شرط التّحكيم عن العقد الأصليّ المتعلّق به، ومن ثمّ يبقى شرط التّحكيم الذي يُشكّل جزءاً من العقد كما لو كان اتّفاقاً مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وحتى على فرض بطلان العقد الأصليّ، فيخضع النزاع للمحكّمين ويكون لهم الفصل في مسألة اختصاصهم والتّصديّ لكافة الاعتراضات المثارة أمام التّحكيم، بما في ذلك تلك الناشئة عن مدى التّأثير المتبادل بين العقد الأصليّ واتّفاق التّحكيم.

وعلاوةً على ذلك، يدعم المبدأ المذكور سرعة الإجراءات التي تُسهم في البتّ في النزاع، ولو مرحلياً، وقطعاً لسوء النّيّة الذي قد ينشأ من أحد الأطراف، الذي قد يرغب بإطالة النزاع لسببٍ أو لآخر، فيثير بين الحين والآخر دفعاً بعدم الاختصاص ليُرتّب عليه وقف الإجراءات في التّحكيم، وتعطيل الفصل في النزاع إلى أمدٍ لا يعرف نهايته، وهذا يُظهر فائدةً كبيرةً في أحيائيّة هيئة التّحكيم في أن تنظر هي ذاتها في ادّعاءاتها، دون حاجةٍ إلى وقف إجراءات التّحكيم أو طرح تلك المشكلة على القضاء الوطنيّ ليفصل فيها.

وفي ما يخصّ الوقت الذي يسمح فيه بإبداء الدّفع بعدم الاختصاص، فإن هذا الأمر كذلك يختلف عن المعمول به في المحكمة الوطنيّة، إذا قرّرنا أن الدّفع بعدم الاختصاص ليس من النظام العامّ، وإذا قرّرنا أيضاً أن عمل سلطة المحكّم في الإجراءات غير مقيدة بأن تُواكب الإجراءات المعمول بها في المحكمة الوطنيّة، وإذا قرّرنا أن المحكّم هو بالفعل قاضي الاختصاص نفسه.

ورغم كلّ هذه المزايا، يعدّ الأخذ بالجانب الإيجابيّ دون السّلبيّ للمبدأ تصريحاً بالرقابة المطلقة على اختصاص المحكّم، وهو ما ذهبت إليه اتّفاقية نيويورك لعام 1958، ومفادها: أن المحكمة القضائيّة لها سلطة فحص اتّفاق التّحكيم للتأكد من مدى صحّته أو بطلانه، وما إذا كان

(1) سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز، سلطة هيئة التّحكيم واختصاصها في إجراءات التّحكيم في الفقه

الإسلاميّ والقانون النموذجيّ "الأونسيترال"، المرجع السّابق، ص 93.

قابلاً للبطلان من عدمه؛ سواء رُفِع إليها النزاع قبل البدء في إجراءات التحكيم، أو بعد أن تكون محكمة التحكيم قد شرعت في الفصل في النزاع، فإذا وجدت المحكمة القضائية أن الاتفاق صحيح حكمت بعدم اختصاصها، أما في الحالة العكسية فإنها تتصدى للموضوع وتفصل في النزاع⁽¹⁾.

وكخلاصة لذلك، يُظهر التشريع الفرنسي تجاوباً مع مبدأ الاختصاص بالاختصاص؛ حيث نجد من خلال العودة إلى المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، أن المشرع قد فرّق بين الحالة التي يكون فيها النزاع قد طُرح على محكمة التحكيم قبل رفع الدعوى أمام القاضي، التي لا يمكن فيها البحث في صحة اتفاق التحكيم أو وجوده. أما في الحالة التي يرفع فيها النزاع أمام القاضي قبل البدء في إجراءات التحكيم، يتوجب على القاضي أن يقضي بعدم اختصاصه كقاعدة عامة، إلا في حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للمشرع الأردني، فإن المراحل التي مرّ بها التحكيم في الأردن أثرت على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ابتداءً بإنكاره، وصولاً إلى الأخذ بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في الاعتراف بالمبدأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أنه لم يعتمد على فكرة البطلان الظاهر كما جاء بها المشرع الفرنسي؛ نظراً لتعويضها بفكرة الوجود الشكلي لاتفاق التحكيم؛ من أجل استبعاد اختصاص القاضي في النظر في النزاع لصالح المحكمة التحكيمية.

ويعود هذا الفرق الظاهر بين المشرعين في الأساس إلى اشتراط المشرع شرط الكتابة لاتفاق التحكيم، دون ما ذهب إليه المشرع الفرنسي كما أسلفنا ذكره، عندما لم يشترط شرط الكتابة عند الاتفاق على التحكيم، ما يبرر النتيجة التي تُدلل على أنّ رقابة المشرع الفرنسي هي رقابة سطحية على اختصاص المحكم قبل صدور الحكم.

(1) تعويلت كريم، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، المرجع السابق، ص 204.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الحكيم الصادر عن هيئة التحكيم

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

اختلف الفقهاء في مسألة فرض الرقابة على أحكام المحكمين؛ إذ يؤيد بعضهم فرض هذه الرقابة؛ لأن فرضها يؤدي دورًا وقائيًا وآخر علاجيًا، أما الوقائي فيتمثل في حبس المحكم على تحري الدقة والتطبيق السليم للقانون؛ حتى لا يؤول حكمه إلى البطلان أو رفض التنفيذ، وأما العلاجي فهو القضاء ببطلان الحكم أو رفض تنفيذه عند وجود حالة من حالات البطلان، أو حالة من حالات رفض التنفيذ، وهو ما يؤدي إلى الحفاظ على الجوهر القضائي السليم لخصومة التحكيم، ويدعو بعضهم الآخر (البطينة، 2008، ص232؛ الشرايري، 2011، ص 201) إلى عدم فرض الرقابة؛ لأن هذه الرقابة لا تتناسب مع أساس نظام التحكيم الذي يقوم على استبعاد دور القاضي العادي، وإحلال دور المحكم مكانه⁽¹⁾.

ويتمثل دور القضاء -بعد صدور قرار المحكمين- في رقابته على ذلك القرار، والتحقق من موافقته للقانون، وهو إما أن يصدر أمرًا بتنفيذه، وإما أن يصدر حكمًا بإبطاله، وهذا الدور للقضاء يعد من أهم الأدوار التي يمارسها تجاه التحكيم، بل وأخطرها؛ حيث إن جميع إجراءات التحكيم التي تمت ابتداءً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بصدور قرار التحكيم تتوقف على دور القضاء في هذه المرحلة، فإما أن يجيز اتفاقات التحكيم والإجراءات التي تمت انتهاءً بقرار التحكيم ويصدر الأمر بالتنفيذ، وإما أن يبطل قرار التحكيم ويعد -في مثل هذه الحالة- اتفاق التحكيم كأن لم يكن، وطبقًا لذلك سنتناول ذلك وفقًا للمطالب الآتية:

المطلب الأول: الرقابة القضائية غير المباشرة لمنح حكم التحكيم الصيغة التنفيذية.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية المباشرة من خلال الطعن بالإبطال.

المطلب الثالث: رقابة مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي.

(1) هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص323.

المطلب الأول: الرقابة القضائية غير المباشرة لمنح حكم التحكيم الصيغة التنفيذية

نقصد بالرقابة القضائية غير المباشرة على أحكام التحكيم: تلك الرقابة التي تُمارسها المحكمة المختصة بإجازتها للحكم الصادر عن هيئة التحكيم، وذلك من خلال منح هذا الحكم الصيغة التنفيذية، بحيث لا يكون هذا الحكم قابلاً للتفويض بمجرد صدوره، وإنما يتطلب إجراءات محددة بحسب طبيعته؛ ليحوز بالتالي على صيغة التنفيذ، ليصبح بعد ذلك سنداً تنفيذياً واجب التنفيذ جبرياً إذا تعذر تنفيذه اختياريًا من قبل من صدر بحقه، وعليه فإن المحكمة المختصة (محكمة الاستئناف) تبسط رقابتها على بعض شروط هذا الحكم، وهي بصدده اتخاذ تلك الإجراءات دون أن تتصدى لمضمون الحكم، أو تدخل في تفاصيل صدوره⁽¹⁾، وعلى ذلك، ما المقصود بمنح القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية؟ فحكم التحكيم لا يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل إلا وفقاً للأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم *exequatur*⁽²⁾.

وبناءً عليه سنتناول ذلك وفقاً للفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم منح حكم التحكيم الصيغة التنفيذية.

الفرع الثاني: مدى تدخل المحكمة المختصة لبسط رقابتها على الحكم التحكيمي.

الفرع الأول: مفهوم منح حكم التحكيم الصيغة التنفيذية

(1) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص 480.

(2) J.-Cl. Peyre, « Le juge de l'*exequatur*, fantôme ou réalité ? », *Rev. arb.* 1985. 231.

تأثر المُشرِّعُ الأردنيُّ بالقوانينِ المقارنة،⁽¹⁾ ونصَّ صراحةً في المادة (52) من قانونِ التَّحكيمِ على أن: حكم هيئة التَّحكيمِ لموضوع الخلاف يكون له -بمجرّد صدوره- حُجِّيَّة الأمرِ المقضيِّ به⁽²⁾، ومن ثم فإن عمليَّة المنح بالصِّيغة التَّنفيذية لا تُمكن القاضي من التَّحقُّق من عدالة المُحكِّم، فلا ينظرُ في سلامة أو صحَّة الحكم الصادرِ في موضوع الدَّعوى؛ لأنه لا يُعدُّ هيئةً استثنائيةً، كما لا يُعدُّ صدورُ الأمرِ بالتَّنفيذ في حدِّ ذاته دليلاً على سلامة حكم التَّحكيم، كما لا يقصدُ بإجراء المنح بصيغة التَّنفيذ منح حكم التَّحكيم الصِّفة الرِّسميَّة؛ لأن هذه الصِّفة يميِّز بها حال صدوره؛ استناداً إلى ما قرَّه المُشرِّعُ صراحةً في المادة (52) من قانون التَّحكيم، وفي المقابلِ يجوزُ اعتبارُ الإجراءِ المتعلِّق بالمنح في الصِّيغة التَّنفيذية المُراقب الشكليَّ على القرار التَّحكيميِّ وإتفاقيَّة التَّحكيم والتَّثبت من عدم وجود ما يمنغ من تنفيذه، ويقول أحمد أبو الوفا في هذا الشأن: "إن هذا الإجراء يقتضي التَّثبت والتَّحقُّق من أن هناك مشاركةً أو شرطاً تحكيمياً بصدد نزاعٍ معيَّن، وأن هذا النزاع هو الذي طُرِح بالفعل على المُحكِّم، وفصل فيه في مواجهة من اتَّفَق على التَّحكيم... إلخ، وأن الحكم يتمتَّع بالشكلِ المقرَّر بالنِّسبة لأحكام، وأنه لم يُبيَّن على إجراء باطل"⁽³⁾.

وفي فرنسا تبنَّى النِّظام القانونيُّ الفرنسيُّ منذ تعديل عام 1981 قواعدَ متطابقةً، من حيث نظام الاعتراف وتنفيذ أحكام التَّحكيم الأجنبيَّة والدَّوليَّة، وفي هذا التَّصوُّر يكتفي القاضي الوطنيُّ، الذي ينظرُ في طلب إقرار تنفيذ أحكام التَّحكيم الأجنبيَّة والدَّوليَّة، وبالتَّطبيق للمادة 1514 من

(1) مثل القانون الفرنسي في المادة (1476) من مجلة المرافعات المدنيَّة الفرنسيَّة، والقانون الإيطالي في المادة (823) من قانون المرافعات المدنيَّة الإيطالي، والقانون الهولندي في المادة (1573) من قانون المرافعات المدنيَّة الهولندي، مُشارٌ لهذه القوانين لدى (Deboisseson; Le Droit, p. 89; Fouchar, p. 101).

(2) تُثير حُجِّيَّة الأمرِ المقضيِّ به إشكاليَّةً حول مدى تعلق تلك الحُجِّيَّة بالنِّظام العامِّ، ومن ثم فهل يجوزُ للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، أو يجوز للأطراف التنازل عنها؟ في الواقع لم يتطرَّق قانون التَّحكيم الأردني لهذه الإشكاليَّة، أما بالنِّسبة للفقهاء فقد انقسم حول هذه المسألة إلى رأيين؛ الأول: عدَّ أن حُجِّيَّة الأمرِ المقضيِّ به بالنِّسبة لقرار التَّحكيم من النِّظام العامِّ؛ مستنداً في ذلك إلى نصِّ المادة (101) من قانون الإثبات المصري، التي يقابلها نصُّ المادة (111) من قانون أصول المحاكمات المدنيَّة الأردني، التي جعلت حُجِّيَّة الأمرِ المقضيِّ به لأحكام القضاء من النِّظام العامِّ، أما الثاني فقد عدَّ حُجِّيَّة الأمرِ المقضيِّ به بالنِّسبة لقرار التَّحكيم خارجةً عن النِّظام العامِّ؛ وذلك لقولهم في ذلك: إن الحُجِّيَّة التي يكتسبها الحكم القضائيُّ تتعلق بأحد المرافق العامَّة للدولة، أما بالنِّسبة للتَّحكيم فإن مصدره هو الاتِّفاق وإرادة الأطراف.

(3) أحمد أبو الوفا، التَّحكيم الاختياريُّ والإجباريُّ، منشأة دار المعارف، الإسكندريَّة، ط 5، 1988، ص 280.

تقنين الإجراءات المدنية، بإقرار وجود حكم التحكيم وتنفيذه، طالما أن هذا الحكم لا يتعارض والنظام العام بشكلٍ ظاهرٍ. والحق أن هذا الفحص من جانب القاضي الوطني لحكم التحكيم أبسط من النظام المقرر بموجب المادة 5 من اتفاقية نيويورك، ومن المؤكد أن المنهج المتبع في المادة 5 من اتفاقية نيويورك يعكس إحدى الغايات التي كان يأملها واضعو الاتفاقية، وهي التنسيق بين الرقابة القضائية، وتحديد نطاق سلطات القضاة الوطنيين بالدولة، التي صدر فيها حكم التحكيم الأجنبي، وللمشرع الفرنسي الخيار بين قبول، أو رفض أحكام المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك⁽¹⁾. ونظراً للطبيعة التعاقدية التي استمدت منها هيئة التحكيم سلطتها للفصل في النزاع المطروح أمامها رأى المشرع ضرورة مراقبة عمل المحكم، فأوجب قبل تنفيذ حكمه وقبل إكسائه الصيغة التنفيذية أن يخضع لرقابة الجهاز القضائي وإشرافه، كإجراء تمهيدي أولي يسبق وضع الصيغة التنفيذية لمجرد التحقق أن الحكم قد صدر بالفعل لتنفيذاً لاتفاقية تحكيم، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون؛ سواءً عند الفصل في النزاع أو عند كتابة حكمه⁽²⁾، ويتضح ذلك من خلال توجه أغلب القوانين المقارنة، وكذلك الأردني إلى عدم استقلالية التحكيم، وهذه الاستقلالية لن تكون مطلقة، كما قال الأستاذان (Robert, Moreau): "أن ثقة المشرع في هذا النوع من القضاء ليست كاملة، وهو ما يُعطي للتحكيم استقلاليةً نسبيةً عن القضاء الرسمي، على أن المبدأ في مادة التحكيم هو التنفيذ التلقائي للقرارات التحكيمية الصادرة عنه"⁽³⁾؛ لذلك اقتضت الاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾ وأنظمة

(1) M.- D. Elmi ; La sentence arbitrale et le juge étatique: approche comparative des systèmes français et iranien, thèse Paris 1, 2016, p. 226

(2) (C. Chainais, et autres, Procédure civile, op. cit., p. 1662, n°2349)

(3) رامي وليد عباينة، الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية القانون، عمادة الدراسات العليا، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المفرق، العام الجامعي 2006 - 2007، ص 52.

(4) مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات الأجنبية في المادة التجارية المبرمة في نيويورك في (12) كانون الثاني (جانفي) لعام (1958) والتي صادقت عليها المملكة الأردنية الهاشمية في العام (1979)، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار للعام (1965) واتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام (1987). لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقيات الدولية راجع: حمزة حداد، الاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري، ورقة بحثية أُقيمت في المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوروبي، المنعقد في عمان في العام 1989، من ص 3 - 5.

الغرف التجارية للتحكيم⁽¹⁾ وحتى القوانين الوطنية إمكانية التحلي اتفاقياً عن الطعن في قرارات المحكمين، كما نصت بعض النظم للغرف التجارية على التزام الأطراف بتنفيذ القرارات الصادرة عنها بصفة تلقائية، وعلى سبيل الذكر جاء في المادة (24) من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية أنه: "يلتزم الأطراف، نتيجة إخضاع نزاعهم لتحكيم غرفة التجارة الدولية بتنفيذ الحكم الذي يصدر دون إبطاء، وبتنازلهم عن كافة طرق الطعن التي يجوز لهم التنازل عنها قانوناً؛ تكريساً لما نصت عليه المادة (51) من قانون التحكيم الأردني، التي جاء فيها: "إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه، ويكون قرارها في ذلك قطعياً"، وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا التوجه بقولها: "إذا قامت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم في الدعوى التي تنظرها، وجب عليها أن تأمر بتنفيذه، ويكون قرارها في ذلك قطعياً؛ وفقاً لأحكام المادة (51) من قانون التحكيم⁽²⁾"

ولا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم قبل انقضاء موعد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون التحكيم التي نصت على أنه: "لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى"، وموعد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم كما هو ثلاثون يوماً، محسوبة من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المحكوم عليه حكم التحكيم، ومن الضروري أن يتحقق طالب التنفيذ من أنه قد أرفق بطلبه المستندات التي عدتها الفقرة (ب) من المادة (53) من قانون التحكيم الأردني، وهي صورة عن اتفاق التحكيم، وكذلك صورة عن أصل الحكم، أو صورة عنه موقعة من طالب تنفيذ الحكم، وهو أمر ضروري؛ لأن المشرع الأردني يتطلب إيداع أصل الحكم، أو نسخة منه في قلم كتاب المحكمة المختصة، وعليه يعد هذا المطلب منطقياً في ظل قانون التحكيم الأردني، كذلك إرفاق ترجمة باللغة العربية لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة، إذا لم يكن الحكم صادراً باللغة العربية⁽³⁾.

(1) مثل قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (2001/967) المنشور بمجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (4) الصادر بتاريخ 2013/6/28، ص 448.

(3) والمشرع الأردني في هذا الأمر مخالف تماماً للمشرع المصري الذي أوجب من صدر الحكم لصالحه أن يودع أصل الحكم أو صورة موقعة منه، وذلك بقلم كتاب المحكمة المختصة (مادة 47) من قانون التحكيم المصري.

ويرى الباحث -في هذا الإطار- أنه من الضروريّ بمكان أن يُضاف إلى نصّ الفقرة (ب) من المادّة (53) من قانون التّحكيم بندٌ يلزم من خلاله طالب التّبلغ تقديم خلاصة تبليغ عدليّ، إضافةً إلى الوثائق المطلوبة؛ للتّثبت من انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان؛ تنفيذًا لما جاء في نصّ الفقرة (أ) من المادّة نفسها⁽¹⁾.

وبما أن المحكمة المختصة هي محكمة الاستئناف فيجب تقديم دعوى طلب تنفيذ حكم التّحكيم في ظلّ القانون الأردنيّ من خلال محامٍ؛ لأنه لا يجوزُ المثلّ أمام محاكم الاستئناف الأردنيّة من غير محامٍ (وبقطع النظر عن الأثر الأساسيّ لعملية المنح بالصّيغة التّنفذيّة، المتعلّق بإمكانية التّنفيد الجبريّ للحكم التّحكيميّ فإنها تنتج كذلك آثارًا على مستوى الطّعن).

الفرع الثاني: مدى تدخّل المحكمة المختصة لبسط رقابتها على الحكم التّحكيميّ

اتّجهت غالبية الفقه نحو حصر هذه الرّقابة في النّظر في سلامة اتّفاقيّة التّحكيم والحكم التّحكيميّ، وعدم مساسهما بالنّظام العامّ⁽²⁾، وقد رأى بعضهم أن هذه الرّقابة يجب أن تكون إجراءً إداريًا ذا صبغة شكلية؛ فقد نصّت الفقرة الأولى من المادّة (54) من قانون التّحكيم الأردنيّ على كفيّة الرّقابة القضائيّة على أحكام التّحكيم في هذه الحالة⁽³⁾؛ حيث أوجبت أن يكون النّظر في ذلك تدقيقًا لا مرافعةً، وهي لا تعدّ بذلك محكمة موضوع، فليس لها مثلاً صلاحية تقدير الشّهادة، ووزن البيّنة التي قُدمت للحكم وأعمال قناعتها فيها، لكن لها أن تُراقب تنفيذ اتّفاق التّحكيم وتطبيق أحكام القانون⁽⁴⁾، حيث لا يُعدّ أمر التّنفيد هنا مجرد إجراء ماديّ، يتمثّل في وضع الصّيغة التّنفذيّة

(1) حيث نصّت الفقرة الأولى من المادّة (53) من قانون التّحكيم الأردنيّ على أنه: "لا يقبل طلب تنفيذ الحكم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى".

(2) G. Sharle ; La Constitution du tribunal dans l'arbitrage Institutionnel, Rev. Arb., n°4, 1995.

(3) تنصّ الفقرة الأولى من المادّة (54) من قانون التّحكيم الأردنيّ عن أنه: "تنظر المحكمة المختصة في طلب التّنفيد تدقيقًا وتأمّر بتنفيذه...".

(4) وهي تتشابه في ذلك مع اختصاص محكمة التّمييز التي تعدّ محكمة قانون لا محكمة موضوع. راجع حول ذلك: قرار محكمة التّمييز الأردنيّة تمييز حقوق رقم (301 / 1994) والمنشور بمجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد (1)، لعام 1995، ص 12.

لحكم التَّحكيم، بل هو أمرٌ ولائِيٌّ لا يُصدره القاضي إلا بعد التأكد من توافرِ الشُّروطِ المطلوبةِ لتنفيذه، وهو ما يتَّضح من خلالِ السُّلطةِ التي أعطاها المُشرِّعُ الأردنيُّ للقاضي، وذلك في الفقرةِ الأولى (1 و 2) من نصِّ المادَّة (54) من قانونِ التَّحكيم؛ حيث يمتنعُ على القاضي تنفيذُ حكمِ التَّحكيمِ إذا ثبت له أن هذا الحكمَ مخالِفٌ للنِّظامِ العامِّ (الحالة الأولى)، أو لم يتمَّ تبيُّغُه للمحكومِ عليه تبيُّغًا صحيحًا (الحالة الثانية).

وبالنِّسبةِ للحالةِ الأولى إذا تضمَّنَ الحكمُ ما يُخالِفُ النِّظامَ العامَّ في الحكمِ وأمكن فصلُ الجزءِ الذي تضمَّنَ مخالفةً عن الجزءِ غيرِ المخالفِ جاز للمحكمةِ أن تأمرَ بتنفيذِ الجزءِ غيرِ المخالفِ، والحقيقةُ كان الأولى بالمُشرِّعِ جعل المسألةِ وجوبيةً لا جوازيةً؛ حتَّى يكون هناك استقرارٌ في تنفيذِ الأحكامِ التَّحكيميةِ.

أما بالنِّسبةِ للحالةِ الثانيةِ والمتعلِّقةِ بتبليغِ المحكومِ عليه تبيُّغًا صحيحًا، فإن مثلَ هذا القيدِ يفرغُ من محتواه عند قراءةِ نصِّ الفقرة (أ) من المادَّة (42) من قانونِ التَّحكيمِ التي أوجبت على هيئةِ التَّحكيمِ تسليمَ كلِّ من طرفي التَّحكيمِ صورةً من حكمِ التَّحكيمِ، وذلك خلالِ ثلاثين يومًا من تاريخِ صدورِ الحكمِ، وعليه؛ فالأصلُ أن يكونَ المحكومُ عليه مبلغًا تبيُّغًا صحيحًا بحسبِ الفقرةِ المذكورةِ، لكنَّ السُّؤالَ الذي يطرحُ في هذا المجالِ، يتعلَّقُ بسُلطةِ القاضي في التوسُّعِ بمجالاتِ الرِّفْضِ للحكمِ التَّحكيميِّ: فهل حالتا البطلانِ الواردتان في نصِّ الفقرة (أ) من المادَّة (54) من قانونِ التَّحكيمِ وردتا على سبيلِ الحصرِ؟ ممَّا يعني أن المحكمةَ لا تستطيعُ أن ترفضَ حكمَ التَّحكيمِ الباطلِ، وتبقى سلطتها مقيدةً فقط بالحالتينِ الواردتينِ بالفقرةِ نفسها، أم وردتا على سبيلِ المثالِ؟

حقيقةً، إنَّ هذه المسألةُ محلُّ خلافٍ فقهيٍّ أردنيٍّ، فهناك من يرى أن حالتِي رفضِ التَّنفيذِ وردتا على سبيلِ الحصرِ، ومن ثمَّ فسُلطةُ المحكمةِ مقيدةٌ بهاتينِ الحالتينِ، ومنهم من يرى أن هاتينِ الحالتينِ جاءتا على سبيلِ المثالِ لا الحصرِ؛ حيث يرى أصحابُ هذا الرأْيِ أنه من غيرِ المنطقيِّ أن تأمرَ المحكمةُ بتنفيذِ حكمٍ باطلٍ -في موضوعه- مثلاً، ولقد حسم القضاءُ الأردنيُّ هذه المسألةَ عندما رفضت محكمةُ التَّمييزِ الأردنيَّةُ تنفيذَ القرارِ التَّحكيميِّ الصَّادر ضدَّ شركةِ التَّأمينِ الوطنيَّةِ، لصالحِ شركةِ (كريسدان شينغ)؛ لأنَّ قانونَ الجِّارةِ البحريَّةِ الأردنيِّ رقم (35) لسنة (1983) كان ينصُّ على بطلانِ أيِّ شرطٍ أو اتِّفاقٍ ينزِعُ اختصاصَ المحاكمِ الأردنيَّةِ من النِّظرِ في الخلافاتِ

التي تنشأ عن النقل البحري، وأن موضوع الخلاف المتعلق بمشارطة السفينة لا يمكن الاتِّفاق على حسمها من خلال التَّحكيم⁽¹⁾.

وصفوة القول: إنَّ هذه الرِّقابة غير المباشرة للقضاء على حكم التَّحكيم لم تمنع إقرار الرِّقابة القضائية المباشرة من خلال الطَّعن بالإبطال.

المطلب الثاني: الرِّقابة القضائية المباشرة من خلال الطَّعن بالإبطال

تتجدد رقابة القاضي بمناسبة الطَّعن بالإبطال في حكم التَّحكيم التي أقرها قانون التَّحكيم الأردني بالمادتين (44 و48)، ولقد اتَّجهت نية المشرِّع نحو حصر أسباب الطَّعن بالإبطال في أحكام المحكِّمين، التي حددها المشرِّع في المادة (49) من قانون التَّحكيم⁽²⁾.

ولعلَّ الأحكام الواردة في قانون التَّحكيم تعدُّ من أهمِّ المسائل التي تناولها المشرِّع، خاصَّةً أن الأمر لا يخلو من التعقيد والازدواجية في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (14) لسنة (2001)؛ إذ لا نجد فيه أيَّ مادة تنصُّ صراحةً على وجود نظام تعاقبي في الطَّعون، ومهماً يَكُن من أمر فإن الطَّعن في بطلان حكم التَّحكيم يتعلَّق بالنظام العامِّ؛ بمعنى: أنه لا يجوز لطرفي التَّحكيم الاتِّفاق على استبعاد هذا

(1) والتي نصَّت على أنه: - أ - تُشكَّل هيئة التَّحكيم باتِّفاق الطرفين من محكمٍ واحدٍ أو أكثر، فإذا لم يتَّفقا على عدد المحكِّمين كان العدد ثلاثاً، ب - إذا تعدَّد المحكِّمون وجب أن يكون عددهم وثنياً، وإلا كان التَّحكيم باطلاً.

(2) يُلاحظ توسُّع المشرِّع الحالي للتَّحكيم في حالات البطلان بعكس المشرِّع القديم في قانون (18) لسنة (1953) الذي تحدَّث عنه في ثلاث حالات فقط.

الطَّعن وهذا ما جاء في نصِّ المادَّة (50) من قانونِ التَّحكيمِ الأردنيِّ التي أوجبت قبولَ دعوى البطلان، حتَّى ولو تنازل مدَّعي البطلان عن حقِّه في رفعها قبل صدور حكم التَّحكيم، ويلاحظ هنا أن المُشرِّع الأردنيِّ قد جعل من الطَّعن بالبطلان الطَّريقَ الوحيدَ للطَّعن في حكم التَّحكيم، وعليه لا يجوزُ الرُّجوعُ على هذا الحكمِ بأيِّ وجهٍ من أوجه الطَّعن الأخرى، كالطَّعن في إعادة المحاكمة أو الاستئناف، وذلك لاستبعاد طُرقِ الطَّعن العاديَّة في نصِّ المادَّة (48) من قانون التَّحكيم التي جاء فيها: "لا تقبلُ أحكامُ التَّحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطَّعن فيها بأيِّ طريقٍ من طُرقِ الطَّعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنيَّة، ولكنَّ يجوزُ رفعُ دعوى بطلان حكم التَّحكيم وفقاً للأحكام المبينة في الموادِّ (49)، (50)، و(51) من قانون التَّحكيم، مع الإشارة هنا إلى القرارِ رقم (2) لسنة 2013 الصَّادر عن المحكمة الدُّستوريَّة في الأردن، والمتضمِّن عدم دستوريَّة المادَّة (51) من قانون التَّحكيم الأردنيِّ لمسايسها بروح الدُّستور ومبادئه؛ لعدم مساواتها بين الخصوم ومنح أحدهم درجةً تقاضٍ إضافيَّةً ومنعها عن الطَّرف الآخر.

وفي فرنسا، وحتى صدور مرسوم 13 يناير 2011 كان الطَّعن بالاستئناف في شأن التَّحكيم، ومتى استُبعد طريقُ الطَّعن بالاستئناف، ففي هذه الحالة لا يكونُ من سبيلٍ أمام الطَّعن سوى طريقِ الطَّعن بالبطلان، ولقد تمَّ التَّوسيعُ من طريقِ الطَّعن بالبطلان بالموادِّ الجديدة 1489 و1491(1).

المطلب الثالث: رقابة مطابقتِ الحكم التَّحكيميِّ للنِّظام العامِّ الدَّوليِّ

استبعاد المُحكِّم لقواعد النِّظام العامِّ مبرَّرٌ بإرادة الأطراف، فهذه الإرادة هي من تمنعه من تطبيق قواعد النِّظام العامِّ، فالخشيةُ من عدم احترام القواعد الأمرَّة تجعل المُحكِّم تحت رقابة القاضي الوطنيِّ؛ سواءً عند التَّنفيذ أو عند الطَّعن، وبالتَّحديد عندما يسمح المُشرِّع للقاضي الوطنيِّ من مراقبة مطابقتِ الحكم للنِّظام العامِّ، وهذا بالنظرِ إلى صحَّة الحكم التَّحكيميِّ، وهو ما يتَّضح من خلال السُّلطة التي أعطاها المُشرِّع للقاضي؛ حيث يمنعُ على القاضي تنفيذَ حكم التَّحكيم إذا ثبت له أنَّ هذا الحكم مخالفٌ للنِّظام العامِّ، فإذا تضمَّن الحكم ما يخالف النِّظام العامِّ، وأمكن فصل الجزء الذي تضمَّن المخالفة عن الجزء غير المخالفِ جاز للمحكمة أن تأمرَ بتنفيذ الجزء غير المخالف(2).

(1) C. Chainais, et autres, Procédure civile, op. cit., p. 1669, n°2358 ; Civ.1re, 11 mai 2016, n° 14-29.767, Procédures, 2016, n° 232, obs. L.Weiller, JCP 2016, 900, n° 2, obs. Ortscheidt.

(2) Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international, op,cit, p 81.

أراد مجلس الدولة الفرنسي تجنب الحد الأدنى من الرقابة، مثل الطعن بالبطلان أمام القاضي ضد حكم التحكيم الدولي، فالأخطاء الجسيمة التي ارتكبت من قبل التحكيم في إطار تطبيق النظام العام الدولي هي من تخضع لرقابة القاضي الوطني، ومن ثم الخروج من قضاء متحرر، الذي لا يُراقب عملياً النظام العام، إلى رقابة عن بُعد يُمارسها المجلس على الجانب الإجرائي وعلى موضوع الحكم التحكيمي⁽¹⁾.

ووفقاً لقرار محكمة النقض الفرنسية، فُسِّر بشكلٍ أكثر وضوحاً مخالفة قواعد النظام العام، وهذا بالقول: إن التعدي على هذه القواعد لا يتعلق بالتحكيم لوحده، بل قد تكون إرادة الأطراف سبباً في ذلك، ليستقر هذا الاجتهاد على أن منع القابلية للخضوع للتحكيم وفقاً للنظام العام لا يتعلق ولن يتعلق أبداً باتفاقية أو حكم تحكيمي خالف جزءاً منهما تنظيمياً يتضمن طابع النظام العام، وعليه لا يُعدُّ إبطال حكم التحكيم قائماً على هذه المخالفة، إنما على التعدي على قواعد النظام العام من قبل إرادة الأطراف نفسها⁽²⁾.

وعليه يُراقب القاضي أولاً مجموعة من العناصر المتعلقة بتنظيم الإجراءات، المتعلقة باحترام المحكمة لاختصاصها ووظيفتها، وصحة المبادئ المتعلقة باستقلالية ونزاهة المحكمين، وكذا مدى تسبب الحكم، ومن ثم ينظر في الموضوع من حيث عدم مخالفة الحكم للنظام العام، المرتبطة في الأساس بالعقد؛ بمعنى: أنه لم يكن منذ البداية مرتبطاً بعيب جسيم، خاصةً عندما يُخالف قاعدة تمنع خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم⁽³⁾.

فرقابة القاضي لا تعدُّ بذلك محكمة موضوع، فليس لها صلاحية تقدير الوقائع المعروضة على المحكم الدولي، أو التحقق من الأدلة التي قُدمت للحكم، ولا إعمال قناعتها فيها، لكن لها أن تُراقب صحة اتفاق التحكيم وتطبيق أحكام القانون عند الفصل في النزاع، ولا يعدُّ أمر التنفيذ أو قرار الطعن هنا مجرد إجراء مادي يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية أو إبطال الحكم التحكيمي،

(1) B. Delaunay ; Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international: le contrôle du juge administratif, RFDA, Dalloz, Paris, 20017, p 117.

(2) Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international, op.cit, p82.

(3) B. Delaunay, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international, art. préc., p. 117.

إنما يرتبط في الأساس بالتأكد من توافر الشروط المطلوبة لصحة الحكم؛ هادفاً بذلك إرساء قواعد العدالة القانونية⁽¹⁾.

وعليه يعدُّ النظام العام من أهمِّ موضوعات التحكيم الدوليِّ وأكثرها تعقيداً، بسببِ نسبيَّة مفهومه، فهو يختلف من زمانٍ لآخرٍ ومن مكانٍ لآخرٍ، ويتدخل النظام العام في التحكيم، إذا ما واجه المحكِّم في حكمه قاعدةً من قواعد النظام العام⁽²⁾، فأهميته تكمن في أنه يُمثِّل قاعدةً قانونيةً لا يجوزُ الاتفاقُ على خلافها، وإلا حكم القضاء ببطالان ما يخالفها⁽³⁾.

ويحدُّ النظام العام أيضاً من أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم وفقاً للفقرة الثانية من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بسبب موضوع النزاع القابل عرضه على التحكيم وطبيعة الشخص المائل أمام التحكيم؛ لأن اكتمال الأهلية القانونية للدولة، أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى يتوقف على التكامُل بين القابلية الشخصية والقابلية الموضوعية للتحكيم مع وجوب صحة هذه الأخيرة، وعلى هذا الأساس تعمل فكرة النظام العام بمعناها الدقيق على إيقاف القابلية للتحكيم الموضوعية، من خلال آليتين.

تتمثَّل الأولى في: ارتباط النظام العام بمصلحة المجتمع العامة، والنزاع في هذه الحالة يُطرح فقط أمام القاضي الوطني المختص، مع استحالة عرضه أمام التحكيم؛ لما للنزاع من علاقة وثيقة بالسيادة الوطنية للدولة، والتخوف من المساس المباشر بحقوق المجتمع، فحق التصرف في الحقوق المانحة لأهلية اللجوء للتحكيم كما وردت في الفقرة 1 من المادة 1006 ق. إ. م. ليست بالإطلاق الممكن تصوُّره، إنما قد قيدها الفقرة الثانية من المادة نفسها، بما يُسمى النظام العام المعمول به في الدولة، ما يستخلص أن أشخاص القانون العام لا يمكنهم التصرف في الحقوق

(1) لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون، التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة" جامعة الإمارات العربية المتحدة 25-27/04/2011، ص1374.

(2) HOCINE Farida، Influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse de doctorat, université Mouloud Mammeri Tizi ousou, Algérie, 2012.

(3) لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية، المرجع السابق، ص1375.

العامّة للمجتمع بصفةٍ مطلقةٍ كما هو متصوّرٌ، فهي مجرد راعيةٍ لهذه الحقوق؛ نظراً لقدسيّتها أطرها المُشرّع تحت فكرة النظام العام⁽¹⁾.

وتتمثّل الآليّة الثانية في: دور المُحكّم في إثارة فكرة النظام العام عند فصله في النزاع الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه؛ ليكون دور النظام العام هنا ليس بالمانع القانوني، إنما قيداً على الحكم فقط، وللمُحكّم بذلك تحديد عواقب مخالفة النظام العام في اتّفاقيّة التّحكيم، وعليه؛ فالمحكمة التّحكيميّة صلاحية تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام، ومعاقبة انتهاكها بإبطال اتّفاقيّة التّحكيم⁽²⁾.

ومع ذلك يتخلّلها مجموعة من الصّعوبات عند التّطبيق، فقانون الدولة أحياناً غير فعّال أمام هيئات التّحكيم الدّوليّ، خاصّة إذا ما تعلّق النظام العام الدّاخل بمسألة قانونيّة داخلية لا يُمكن اعتبارها دولياً من قواعد النظام العام الدّوليّ، فالإتجاه السّائد في التّحكيم الدّوليّ هو تبني النظام العام الدّوليّ دون النظام العام الدّاخلية؛ لتفسيره التّطبيقات العمليّة على ضوء القيم والمصالح العليا للدول المتقدّمة دون باقي الدول؛ لتكون بذلك الدولة الطّرف الأضعف عند مواجهة المتعاقد الأجنبيّ أمام هيئات التّحكيم الدّوليّة⁽³⁾.

(1)Hocine Farida, de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, th. préc., p. 116.

(2) ibid., P 116.

(3) لافي محمد درداكه، المرجع السّابق، ص1376.

خاتمة الباب الثاني

إن كان وجود الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة في التبادل الاقتصادي مع المتعاقد الأجنبي، قد رجح لها الكفة عند إرسائها لقواعدها الوطنية في مرحلة التعاقد، مخلة بالتوازن العقدي، من خلال تقوية قواعدها العامة مقابل تضعيف القواعد الخاصة، يظهر بالمقابل اتفاق التحكيم وكأنه شرط إجباري فرض نفسه بقوة القانون الدولي على النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية؛ ليكون بذلك المعالج الحقيقي لاختلال التوازن في العلاقة التعاقدية.

وانطلاقاً مما جاء أعلاه، لم يظهر اتفاق التحكيم ميولاً لأي جهة في العقد؛ حيث إنه أسهم وبطريقة مرنة في المزج بين ما هو إداري وطني، وما هو دولي خاص، فرغم دوره الذي يدخل على العلاقة التعاقدية كطرف ثالث، لينصف في طياته الطرف المتضرر في العقد، فإنه يحقق ما لم يستطع القانون تحقيقه، من تكريس لمبادئ طالما تسعى المصلحة المتعاقدة إلى إنكارها. وعليه؛ يمكن أن نخلص إلى أن الصواب القانوني الفاصلة في المنازعات القائمة بين أحد أشخاص القانون العام والمتعاقد الأجنبي، المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية الدولية قد عبرت عن نظام قضائي متكامل من حيث الوظائف الممارسة من قبل المحكم الدولي والقاضي الوطني، باعتبار الوظيفة الأولى ممارسة أصلية لقواعد العدالة القضائية، في حين تتمثل الوظيفة الثانية في السهر على حسن تطبيق هذه العدالة.

حيث يظهر دور التحكيم الدولي كقاضٍ أصلي في النزاع، يستمد اختصاصه من اتفاقية التحكيم في العقد المبرم، مع مراعاة القابلية الشكلية والموضوعية المعتمدة في القانون الواجب التطبيق، فهذه القابلية هي من تؤدي إلى فاعلية التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية.

في حين أن حدوث أي خلل قد يؤدي بالضرورة إلى تدخل القضاء الوطني والإداري بالتحديد؛ نظراً لطبيعة العقد المنشئ للنزاع، لينظر وفقاً لاختصاصه بالاستعانة باليات قضائية تُساعد من جهة في ضمان السير الحسن للمنازعة التحكيمية، ومن جهة ثانية رقابة مدى تطبيق قواعد العدالة القانونية في الحكم التحكيمي.

فالتكامل الوظيفي لا يُعد تناقضاً في النظر في موضوع النزاع بين القضاء الوطني والتحكيم الدولي، إنما يهدف إلى إيجاد حماية قضائية تتناسب مع طبيعة منازعات العقود الإدارية الدولية،

وما تضمنته من توازنات في العلاقة التعاقدية بين الشخص المعنوي العام والمتعاقد الأجنبي، فهي بذلك توسيع لنطاق الحماية القضائية.

لذا ظهرت العلاقة الوظيفية بين القضاء والتحكيم، كعلاقة مساندة من قبل القضاء الوطني للتحكيم، وكعلاقة رقابية إيجابية من جهة الاعتراف، دون النظر في موضوع الحكم التحكيمي وسلبيته عند الدفع بعدم احترام النظام العام الدولي.

في ظل التطور الحاصل في قوانين التحكيم لم يعد التحكيم نظاماً منافساً أو بديلاً للقضاء، وإنما يقوم بدور مواز ومكمل لدور القضاء، وفي ظل هذا التكامل بين قضاء الدولة والتحكيم أصبح تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم والحكم الصادر عنها لا يمس من استقلال هذه الهيئة، ولا يُشكل اعتداءً على الأثر المانع لاتفاق التحكيم، ولعل دور القضاء إضافة إلى ما له من فعالية في تطوير فقه القضاء التحكيمي وتوضيح ما علق بالأحكام القضائية من غموض، فإنه يعمل على تدارك ما غاب عن المشرع من تنظيم محكم لهذه المؤسسة القانونية، وقد خلصنا إلى أن التوفيق بين استقلالية هيئة التحكيم والرقابة القضائية عليها لا يتم إلا برقابة مرنة تحفظ لهيئة التحكيم استقلاليتها وللدولة هيبتها وسلطانها القضائية.

وفي ضوء ما سبق يرى الباحث أن منح المشرع الأردني الحرية لأطراف التحكيم في تشكيل هيئة التحكيم للفصل في النزاع، وأعطى للأطراف الحرية في اختيار شخص المحكم مع وجوب احترام الشروط اللازمة قانوناً في هيئة التحكيم، وتمتع هيئات التحكيم باستقلالية عن السلطة القضائية؛ بغية الحفاظ على الدور المحوري الذي تلعبه إرادة الأطراف، التي تتجه إلى تجنب السلطة القضائية أصلاً، إلا أن هذه الاستقلالية محكومة بالإطار القانوني الذي أجاز المشرع في قانون التحكيم.

كما أن للعملية التحكيمية طبيعة خاصة بها؛ لقيامها على توافق إرادات الأطراف، وهي بذلك تشترط الحد الأدنى من التعاون، وفي حال عدم توافر هذا الحد من التعاون، فلا يمكن لهيئة التحكيم التي لا تتمتع بمميزات السلطة القضائية تجاوز الصعوبات التي تواجهها العملية التحكيمية؛ لذا كان لا بد من اللجوء إلى السلطة القضائية؛ لتجاوز هذه الصعوبات، واهتم قانون التحكيم الأردني بالمشكلات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم، لكنه لم يحدد بشكل دقيق مجال تدخل القاضي المختص في عملية تشكيل هيئة التحكيم، بل إن التدخل القضائي يكون بحسب الحالة والصعوبة التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم.

إعطاء المُشرِّع الأردني صلاحية النَّظَرِ في طلبِ رَدِّ المُحكِّمِ إلى المحكمة، وليس إلى هيئة التَّحكيم؛ وذلك لتفادي جعل هيئة التَّحكيم الحكم والخصم في آنٍ واحدٍ، ولكنَّه اشترطَ إشعارَ المُحكِّمِ المطلوبِ رُدَّهُ بطلبِ الرَّدِّ، اعتباراً للإجراءات التي شارك بها المُحكِّمُ كأن لم تكن إذا قامت المحكمة المختصة برَدِّ المُحكِّمِ؛ وذلك بهدف حفظ حقِّ الدِّفاعِ للطَّرَفِ مُقَدِّمِ طلبِ الرَّدِّ، إن عملية منح الحكم التَّحكيميِّ الصَّيْغة التَّنفيذية من قِبَل المحكمة المختصة تُمكن القاضي من التَّحَقُّق من عدالة الحكم، فلا ينظر في سلامة أو صحَّة الحكم الصَّادر في موضوع الدَّعوى؛ لأنه لا يعدُّ هيئة استئنافية، كما لا يعدُّ صدور أمرٍ بالتَّنفيذ في حدِّ ذاته دليلاً على سلامة التَّحكيم.

جعل المُشرِّع الأردني الطَّعنَ بالبطلان الطَّرِيقَ الوحيدَ للطَّعن في حكم التَّحكيم، على عكس بعض التَّشريعات المقارنة، وعليه لا يجوزُ الرُّجوعُ عن هذا الحكم بأيِّ وجهٍ من وجوه الطَّعن الأخرى؛ كالطَّعن بإعادة المحاكمة أو الاستئناف؛ وذلك لاستبعاد طُرُق الطَّعن العادية في نصِّ المادَّة (48) من قانون التَّحكيم.

مضمون حقِّ الدِّفاعِ المتاح للخصوم والوارد في نصِّ المادَّة (25) من قانون التَّحكيم يحتمل مسألتين: الأولى: أن تكونَ حقوقُ الدِّفاعِ أساسيةً، لا يقفُ احترامُها عند تمكين الخصم من مباشرة هذه الحقوق، إنما يكون من الواجب الاعتدالُ بها في الحكم الصَّادر عن هيئة التَّحكيم، وتكون ضمنَ مسببات الحكم؛ لما تحويه من أدلةٍ جوهريةٍ ومن عناصر تُمكن الخصوم من مناقشتها والمرافعة فيها كحقِّ الخصم في تقديم الأدلة المُثبتة لدعواه مثلاً، والثانية: أنها حقوقُ دفاعٍ مساعدة، الهدفُ منها تمكين الخصم من إعداد دفاعه وتمكينه من تقديمها، والمناط بالمحكمة هنا واجب احترامها، كحقِّ الخصم في حضورِ الجلسات، أو حقِّه في الاستعانة بمحامٍ.

خاتمة الكتاب

إن الأساس الذي يخلص إليه هذا الكتاب في النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، هو أنّ هذا النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية لم يكن محل اهتمام القوانين الوطنية إلا من حيث أهمية هذه العقود بالنسبة للاقتصاد الوطني. ذلك أن هذه العقود تلعب دوراً في تعزيز التنمية الوطنية وتخفيف الأعباء العامة، من خلال المساهمة المباشرة للدولة التي تضع سياسات اقتصادية لحماية مصالحها الخاصة. وتعتمد هذه السياسات على عوامل الجذب الاقتصادي، إضافة إلى متغيرات أخرى متعلقة بالاستثمار، في إطار قانوني يتناسب مع إرادتها. لذا فإن صبها لإرادتها في التنظيم القانوني لعقود إدارية تحمل صفة دولية كان عكس إرادة المتعاقد الأجنبي، الذي سعى هو الآخر من خلال فرض قانون الإرادة إلى إخراج العقد من التركيز الإداري للدولة إلى ما هو دولي وفقاً لصفته الثانية.

هذا الوضع دفع الدول المبرمة لهذه العقود إلى تغيير توجهاتها، وذلك من خلال تنمية مصالحها الاقتصادية عبر تبني التحولات الاقتصادية والمالية والقانونية الدولية، مع مراعاة إرادة المتعاقدين الأجانب الذين يصعب إخضاعهم للقانون العام.

فبقاء العقد الإداري الدولي ذا طابع إداري قانوني يتناقض مع صفته الدولية المرتبطة بتسميته، والتي تعتمد على مبدأ التوازن القانوني بين أطراف العلاقة التعاقدية. لذا استوجب وضع قواعد قانونية ملائمة لتنظيم هذه العقود الإدارية الدولية، تتجاوز المعيار الكمي إلى معيار نوعي تقني يجمع بين خصائص صفتها معاً. وذلك لضمان فاعلية أكبر لهذه العقود، وإلا فإن تسميتها ستصبح غير صحيحة من الناحية القانونية، مما يدفعنا إلى الاكتفاء بتسميتها "عقود الدولة".

وإسقاطاً لذلك، وكنيجة للمقارنة المنتهجة في مراحل هذا الكتاب، نلاحظ من جانب أن المشرع الأردني قد أوقع التنظيم القانوني لهذه العقود في عدم الاستقرار على رأي محدد، فمن جهة تراه يمدد في القواعد التنظيمية للعقود الإدارية الدولية، ثم يعود مرة أخرى إلى التشديد أو الحظر في النص التشريعي نفسه، ما لوحظ بالخصوص في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ليجعل القواعد التنظيمية المسقطة على العقود الإدارية الدولية غامضة ومتضاربة في أغلب الأحيان.

أما بالنسبة للمُشرِّع الفرنسي فالمُشكل لا يطرحه النَّصُّ دائماً، إنما التَّدخُّلُ السُّلبِيُّ للقضاء الإداري من خلال الاجتهاد بالتمسُّك باختصاصه القضائي، ومن ثم اختصاص القانون الإداري كقانون واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.

وبالنَّتيجة؛ لا يمكن دوماً التمسُّك بتبرير عدم استقرار النِّظامين محلِّ الدِّراسة على أساس الطَّبعية المزدوجة للقانون والقضاء؛ لأن ذلك سيجعل النِّظام القانوني للعقود الإدارية الدولية غير مرِن كفايةً للاعتراف بقواعد قانونية موضوعية وإجرائية ذات طبيعة إدارية ودولية في الوقت نفسه، على اعتبار أن إمكانية إنكار هذه القواعد الدَّخيلة محتملة من قبل القانون الإداري وقاضيه.

لا يعني إنكار ما وصل إليه النِّظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في هذين النِّظامين، خصوصاً أن الصِّفة الإدارية الموجودة في العقد مستأصلة في هذا النوع من الأنظمة القانونية، التي تُخاطب في الأصل أشخاص القانون العام، التي تعاقدت مع متعاملين مُتعاقدين أجنب؛ لذا فإنَّ تسجيل بعض النَّقائص التي لا تُوفِّر حمايةً قانونيةً ملائمةً للعلاقة التعاقدية في مُجمل مراحلها؛ من تكوين العقد إلى تنفيذه، ولا يعني نفي ما سار عليه النِّظام القانوني المنتقد؛ لأنه لا يمكن الوقوف فقط عند نقد القواعد، وإنما تفسير خصائص النِّظام القانوني للعقود الإدارية الدولية لدى مُشرِّعين ودولتين قد تكونان من أكثر الدول خبرةً في إبرام هذا النوع من العقود.

وعليه وبعد هذه الدِّراسة تمَّ التوصلُ إلى جملة من النَّتائج، تعلَّقت بتقييم القواعد القانونية المؤطرة للعقود الإدارية الدولية في النِّظامين المُقارنين على حدِّ سواء، خاصَّة من ناحية غموض النُّصوص القانونية وتصادمها أحياناً أخرى في النِّظام الأردني، وتركيز هذه العقود في ظلِّ قواعد القانون العام في النِّظام الفرنسي، لتبرُّز أهمُّها في ما يلي:

- يُعدُّ التَّنظيم القانوني للعقود الإدارية الدولية أكثر أهميَّة في ظلِّ التَّحوُّلات القانونية الدولية الآنية، الذي أصبح العامل الأكثر جذباً للمتعامل الاقتصادي الأجنبي، بخلاف ما كان عليه عند ظهور هذا النوع من التَّعاقد.

- ومع توفُّر النُّصوص التَّنظيمية؛ سواءً الموضوعية أو الإجرائية في النِّظامين القانونيين محلِّ المقارنة، إلا أنَّ التمسُّك بسلطة الإدارة في العقد جعلتها أقلَّ فاعليَّة، هذا ما ناقض مبدأ التوازن في العلاقة التعاقدية، وصعَّب تجاوز المعيار الكمي للنُّصوص إلى المعيار النوعي.

- فوقع المُشرِّع الأردني في عدم الاستقرار على رأي مُحدِّد، فمن جهة تراه يُمدِّد في القواعد التَّنظيمية للعقود الإدارية الدولية، ليعود مرَّةً أخرى إلى التَّشديد أو الحظر في النَّصِّ

التشريعي نفسه ليجعل القواعد التنظيمية المسقطة على العقود الإدارية الدولية غامضة ومتضاربة في بعض الأحيان.

• أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فالمشكل لم يطرحه النص دائماً، إنما التدخل السلبي للقضاء الإداري، من خلال الاجتهاد بالتمسك باختصاصه القضائي، ومن ثم اختصاص القانون الإداري كقانون واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.

• أثبتت المعايير الفقهية المحددة لإدارية ودولية العقد على حدٍ سواء فشلاً في بعث التوازن التعاقدية على العلاقة التعاقدية، خاصة عند عدم استقرار المشرع في الأخذ بها عند التحديد القانوني لمراكز الأطراف.

• في ما يتعلق بتدخل قانون الاستثمار في تنظيم هذه العقود، فإن قواعده لا تعدو في أن تكون عوامل جذب للاستثمار الأجنبي من خلال الامتيازات المالية المدرجة في العقد.

• إن إرادة الأطراف تعد المصدر المفعّل للقواعد القانونية الضامنة لحقوق الأطراف في العقد؛ مثل: شروط الثبات التشريعي، إعادة التفاوض، والتحكيم التي تعد آليات توفر الأمن القانوني والتوازن في العلاقة التعاقدية بقوة العقد، غير أن رصوخ الدولة لإرادة المتعاقد الأجنبي المطلقة قد تؤدي إلى ظاهرة وجود عقد بدون قانون.

• من الناحية الإجرائية المتعلقة بالفصل في منازعات هذه العقود، وإن كان التحكيم صاحب الاختصاص الأصلي بحكم قوة العقد، وكذا اعتراف المشرعين محل المقارنة بذلك؛ سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو قانون الصفقات العمومية، إلا أن هذا لا يعد انفصلاً مطلقاً عن القضاء الوطني؛ بحكم طبيعة هذه العقود، وكذا القانون الواجب التطبيق عليها الذي يكون في الغالب قانون الدولة المتعاقدة.

• إن الصواب الإجرائية الفاصلة في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية الدولية تُعبر عن نظام قضائي متكامل من حيث الوظيفة بين التحكيم والقضاء الوطني كما جاء في اجتهادات القضاء الفرنسي الذي أسهم في ضبط هذه العلاقة الوظيفية وتفسير أحكام القانون في هذا الصدد.

• توصل الكتاب أيضاً وفي إطار الفصل في النزاعات على تحديد دور التحكيم الدولي، الذي يتمثل في ممارسة قواعد العدالة القضائية كصاحب اختصاص حصري في النزاع،

في حين يتمثل دور القضاء الإداري في تكريس التطبيق الصحيح لهذه العدالة، من خلال الدور المُساند من حيث إجراءات الفصل ودور المراقب للحكم.

• بخلاف ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من عدم وضوح القاضي المختص في التدخل، أسهم الاجتهاد القضائي الفرنسي في ضبط هذه العلاقة الوظيفية وتفسير أحكام القانون في هذا الصدد، بتمسك القاضي الإداري باختصاصه القضائي، ومن ثم اختصاص القانون الإداري كقانون واجب التطبيق على العقد الإداري الدولي.

• دفعت الدراسة المقارنة التي سارث عليها مراحل هذا الكتاب إلى وصف النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية في الأردن، على أنه نظام قانوني في إطار التطور، يقف على تجربة نصوص قانونية قبل الإرساء على قواعد موضوعية وإجرائية تصب في صالح إبرام هذه العقود.

• في حين أن التجربة الفرنسية كانت ذات أقدمية؛ حيث إنه وبحكم اجتهاد قضائها تغلبت على عدم كثيف النصوص القانونية في تشريعاتها، ليكون بذلك القضاء أكثر نشاطاً في تفسير الإطار القانوني لهذه العقود، وهذا من خلال خلق قواعد قانونية مادية مساعدة للقاضي. بناءً على النتائج السابقة يقدم الكتاب مجموعة من الاقتراحات تتمثل في:

• نوصي المشرع الأردني بأن يعتمد على رؤية تشريعية واضحة في سببه للقواعد الناظمة للعقود الإدارية الدولية، من خلال الحرص على عدم الاندفاع عند اقتباس القواعد القانونية، والانطلاق من واقع ممارسة هذه النشاطات بضبط أحكام قانونية تتسجم مع خصوصية هذه العقود، خاصة لما لها من أهمية وخطورة في الوقت نفسه؛ لارتباطها بالتنمية الاقتصادية والمحافظ على المال العام، على المشرع في تنظيم مجال الصفقات العامة وتقيضات المرفق العام ضبط المصطلحات والإجراءات خاصة؛ لتعلقها المباشر بالمال العام والخدمة العامة، فغموض بعض نصوصها وعدم التنظيم الكافي للمناقصة الدولية من حيث الإجراءات سيدفع بالدولة إلى التنازل لصالح المستثمر الأجنبي عن المبادئ القانونية المكرسة في هذا القانون كإبرام العقد الإداري الدولي، من خلال إجراء التراضي دون المرور بالمناقصة، كما أن تبيان الاختلاف بين التراضي والتفاوض أمر لا بد من تكريسه، خاصة وأن التفاوض لا يهدف إلى اختيار متعامل متعاقد، وإنما إلى وضع شروط العقد.

- التّسيق بين النّصوص القانونيّة النّاطمة لأحكام الاستثمار والصّفقات العموميّة، وقانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة في سبيل توفير إطار قانونيّ متكاملٍ وغير متناقضٍ، خاصّةً وأن هذه القوانين تلعب دورًا ثلاثيًا في تنظيم العقود الإداريّة الدولية.
- العمل على جمع القواعد القانونيّة المتفرّقة في مختلف النّصوص؛ النّشريّة الوطنيّة والاتّفاقيات الدوليّة المنظّمة للعقود الإداريّة الدوليّة في دليلٍ وطنيّ نظاميّ يُسهل على المتعاقدين الأجانب الرّاعيين في التّعاقّد مع الدّولة الأردنيّة فهمّ السّياسة المنتهجة، وتوقّع الشّروط والمبادئ المسيّرة لهذه العقود.
- العمل على إلزام الإدارات والمؤسّسات العموميّة على نشر مثل هذه العقود على مواقعها الرسميّة، أو في الجريدة الرسميّة؛ لمساعدة الباحثين على دراسة مثل هذه العقود من جانبها القانونيّ، والإفصاح عنها بأكثر مصداقيّة وشفافيّة.
- نتمنّى من المُشرّع الأردنيّ إدخالاً على نصّ المادّة (20) من القانون المدنيّ الأردنيّ رقم (43) لسنة 1976 يقضي بالبحث عن الإرادة الضمنيّة لأطراف العقد من خلال المؤشّرات التي تكشف عن هذه الإرادة وبصورة مؤكّدة.
- تحديث قواعد إسناد العقود الدوليّة للتّشريعات العربيّة المقارنة، التي تناولها الكتاب، وذلك بتبنيّ عمليّة الإسناد من خلال الكشف عن الأداء المُميز في العقد، أو من خلال البحث في ظروف التّعاقّد وملابساته؛ لتحديد القانون الأوثق صلةً بالعقد، إذا لم يتيسّر للقاضي الكشف عن الأداء المميّز.

قائمة المراجع⁽¹⁾

❖ أولاً: المراجع العربيّة:

(1) المراجع مرتبة أبجديًا مع حفظ الألقاب العلميّة.

أ- المراجع العامة:

1. احمد عبد الحميد عشوش؛ عمر أبو بكر بأخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990م.
2. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي. منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010م.
3. جميل الشقراوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
4. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية: القاهرة، 2002م.
5. راشد صادق الشمري، الصناعة المصرفية الإسلامية، دار اليازوري العلمية للنشر، عمان، 2014م.
6. رضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية الطبعة، لبنان، 1989.
7. رياض، فؤاد؛ سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م.
8. ريتا سايد سيدة، العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014م.
9. شارل روسو، القانون الدولي العام. بيروت: الأهلية للنشر، 1987م.
10. الطيب زروتي: اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2، دار هومة الجزائر، 2016.
11. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008م.
12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، القاهرة، 1952م.
13. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد. بغداد، 1967م.
14. عواد مفلح، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 1998م.
15. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، القاهرة، لعام 2007م.
16. قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية، ط2، دار هومة، 2006، ص 260.

17. محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
18. محمد عامر شنجار؛ علي غسان احمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار. جامعة النهدين، 2016م.
19. محمد علي جواد: العقود الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
20. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2016م.
21. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، جامعة الكويت، 1982م.
22. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999م.
23. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار المعارف، الإسكندرية، 2000م.
24. هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1997م.

ب- المراجع المتخصصة:

1. احمد إبراهيم إبراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين. القاهرة: دار النهضة العربية، 1992م.
2. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988م.
3. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974م.

4. أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة التمييز عليه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011م.
5. أحمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000م.
6. احمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، مؤسسة السنهوري، الإسكندرية، 1990م.
7. احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990م.
8. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
9. احمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورك الخاصة بنقل البضائع بحرا. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م.
10. أشرف الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م.
11. أشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.
12. إلياس ناصيف: عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
13. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011م.
14. بشار الأسعد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م.
15. بشار محمد الأسعد: الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009.
16. حسام الدين فتحي، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
17. حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

18. **حفيظة السيد الحداد**، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000م.
19. **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية: 2007م.
20. **حفيظة السيد حداد**: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996.
21. **خالد عبد الفتاح محمد**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2002م.
22. **خالد وهيب الراوي**، العمليات المصرفية التجارية، دار المناهج للنشر، عمان، 2000م.
23. **رضا السيد عبد الحميد**، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997م.
24. **سامي بديع منصور**؛ عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص. الدار الجامعية، بيروت، 1995م.
25. **السيد عبد المنعم حافظ السيد**، عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، بدون سنة نشر.
26. **صادق، هشام عبد العال، عكاشة؛ حداد، حفيظي السيد**، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006م.
27. **صبرينة جبايلي**: إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية، ط1، مصر، 2016.
28. **صفوت احمد عبد الحفيظ**، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية: 2005م.
29. **طرح البحور فرج**، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
30. **عبد الرزاق المرتضي سليمان**: الأشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ليبيا، 2010.
31. **عبد الله عبد الكريم عبد الله**: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.

32. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، بدون دار نشر، 1969م.
33. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990م.
34. عصام أحمد البهجي: عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
35. عصام الدين القسبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
36. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
37. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي للعمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.
38. علاء محي الدين مصطفى ابو حامد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
39. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993م.
40. عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012م.
41. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013م.
42. غسان رباح، العقد التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م.
43. لما كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام الوند، بدون دار نشر، 2008م.
44. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
45. محمد عبد العزيز علي بكر، فكره العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.

46. محمد نور عبد الهادي شحاتة، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1993م.
47. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية. دار الثقافة والنشر، عمان، 2008م.
48. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004م.
49. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م.
50. محمودي مسعود: أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
51. مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية. محاضرات غير مطبوعة أقيمت على طلبه الدكتوراه في قسم القانون الدولي العام، 1998م.
52. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973م.
53. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992م.
54. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م.
55. مي محمد عزت على شرباش: النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، مصر. 2010.
56. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري: شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016.
57. نذير بن محمد الطيب أوهاب: عقد الامتياز - دراسة تأصيلية للعقود النفطية، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية في الرياض، بدون دار نشر.
58. نعيم مغبغب، الفرانشايز، منشورات زين الحقوقية بيروت، 2006م.
59. نورس عباس العبودي، الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، دار السنهوري، بيروت، 2016م.

60. هاني محمود حمزة: النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
61. هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
62. هشام خالد: ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2007.
63. هشام خالد، ما هية العقد الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007م.
64. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978م.

ج- الرسائل العلمية:

• رسائل الدكتوراه:

1. أمينة مخلفي: أثر تطور أنظمة إستغلال النفط على الصادرات، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2013.
2. إيمان ناجي العزاوي، القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدولية مع شخص القانون الداخلي. أطروحة دكتوراه، بغداد. جامعة بغداد، 2007م.
3. خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008 - 2009م.
4. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد، 2001م.
5. طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه. بغداد، جامعة بغداد، 1996م.
6. الطيب زروتي: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، أطروحة دكتوراه الدولة جامعة الجزائر، 1990-1991.
7. عبد الله كعباش: مسؤولية الدولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
8. عبد المالك باسود: حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر القايد تلمسان، 2014-2015.

9. عوض الله الحمد السيد، النظام القانوني لعقود المنشأة الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، 1993م.
10. فاطمة عاشور: العقد الدولي للنفط، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2010-2011.
11. فيصل عليان الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه، دمشق، جامعة دمشق، 2010م.
12. ماهر محمد حامد احمد، النظام القانوني لعقود البوت. أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، بنها، 2004م.
13. محمد عبد الكريم عدلي: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2010م.
14. مهند عزمي أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه القاهرة، جامعة عين شمس، 2005م.
15. يوسف عبد الهادي الأكايبي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1999م.

● رسائل الماجستير:

1. أمير صلاح الأعرجي، عقود التجارة الدولية في الماهية والمعايير. رسالة ماجستير، لبنان، الجامعة الإسلامية، 2013م.
2. إيمان نبيل حداد، القانون الواجب التطبيق على العلامات التجارية، رسالة ماجستير، عمان، جامعة الشرق الأوسط، 2016م.
3. الباني، نافع بحر، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، بغداد، جامعة بغداد، 2004م.
4. حسام محمد علي عليان، الرقابة القضائية على التحكيم وفقا للقانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، عمادة الدراسات العليا، جامعة آل البيت، 2003/2002م.

5. رامي وليد عباينة، الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية القانون، عمادة الدراسات العليا، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المفرق، 2006 - 2007م.
6. رائد سامر حرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين، رسالة ماجستير، جنين، الجامعة العربية الأمريكية، 2012م.
7. عمر علة: حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي " دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2008م.
8. عمر هشام الحياي، الرقابة على أحكام المحكمين وفقاً لقانون التحكيم الأردني، رسالة ماجستير، منشورات الجامعة الأردنية، كلية القانون، عمادة كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، لعام 2002.
9. محمد أحمد سعيد المومني، رقابة القضاء على إجراءات التحكيم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، عمادة الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، العام الجامعي 2000-2001م.
10. وليد لعماري: الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2010-2011م.
11. وهيبة امزيان: نزع الملكية بين الشرعية و المشروعية وحقوق الغير في التشريع الجزائري والقانون الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة بومرداس، 2009م.
12. يمينة حسيني: تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011م.

د- الدوريات:

1. اسكندر احمد: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، العدد4، 1999، ص42.
2. أما لنوري محمد، إجراءات الاعتماد المستندي في العراق، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، 2007م، ص1.

3. **امحمد توفيق بسعي:** أطراف التجارة الدولية عن بعض التطورات في مركزها القانوني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01، جامعة الجزائر، 2008، ص112.
4. **بعلوج بولعيد:** معوقات الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير جامعة قسنطينة، العدد 4، ب ت، ص74.
5. **بن سهلة ثاني بن علي، نعيمة فوزي:** تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة إدارة، الصادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 17، العدد 2، 2007، ص58.
6. **تعويلت كريم:** الرقابة القضائية على إختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة بجاية، العدد 01، 2010، ص71.
7. **جاسم، أسيل باقر، (2011).** النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض. بغداد: مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ص95.
8. **الجيلالي عجة:** الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد و القرض، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير جامعة قسنطينة، العدد 4، ب ت، ص68.
9. **حرية يسعد:** التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01، الجزائر، 2010، ص210.
10. **حسن طالبي:** خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 01، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2008، ص7.
11. **حميد بن علي:** إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 3، جامعة الجزائر، سنة 2009، ص69.
12. **رشيد الصباغ، طرق الطعن في التحكيم الداخلي،** مجلة القضاء والتشريع التونسية الصادرة عن وزارة العدل التونسية، لعام 1995، ص128.
13. **سركس، سامي، العقد الخارجي.** مجلة المحامون السورية، 1984م، ص604.

14. **سعيد وصاف و محمد قويدري**: واقع مناخ الاستثمار في الجزائر، بين الحوافز و العوائق، مجلة العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، عدد 08، جامعة ورقلة، 2008، ص145.
15. **سلامة، أحمد عبد الكريم**، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، 1989م، ص63.
16. **سونا عمر عبادي، عباس أحمد الباز**: سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، مجلد 12، عدد 1، 2016، ص140.
17. **سوهيلة فوناس**: عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، مجلد 10، العدد 02 جامعة بجاية، 2014، ص55.
18. **شريفة جعدي، محمد الخطيب نمر، محمد بركة**: أثر استثمار الشركات المتعددة الجنسيات على التنمية المحلية في الجنوب الشرقي الجزائري خلال الفترة 2006 - 2012، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، عدد 01، جامعة الجزائر، 2014، ص80.
19. **شهرزاد زغيب**: الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر واقع وآفاق، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 8 جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005، ص170.
20. **الطيب زروتي**: مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزء 36 رقم 3، 1998، ص93.
21. **عبد العزيز خنفوسي**: القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، دفاتر السياسة و القانون، العدد12، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ورقلة، 2015، ص19.
22. **عبد العزيز قادري**: دراسة في العقود بين و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 7، العدد 1، الجزائر، 1997، ص33.
23. **عبد العظيم، علي**، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، 2017م، ص377.
24. **عبد الله السوفاني**: الرقابة القضائية على هيئة التحكيم دراسة نظرية وفقا لقانون التحكيم الأردن، مجلة المنارة، المجلد 20، العدد 3، الأردن، 2014، ص9.

25. عبد الله، عز الدين، تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع. مجلة الشرق الأدنى، 1967م، ص874.
26. عبد المجيد، منير، مفهوم القانون المحدد في العقود الخاصة الدولية. مجلة المحاماة، العدد 827، 1991م، ص44.
27. عصام بن الشيخ: قرار تأميم النفط الجزائري 24 فبراير 1971، مجلة السياسة والقانون، عدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة، 2012، ص66.
28. العنزي، زياد خليف، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015). مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 2016م، ص317.
29. غسان عبيد محمد المعموري: شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 01، العدد 2، 2009م، ص87.
30. محمد العربي هاشم، مفهوم الدفع بالنظام العام عند القاضي التونسي، المجلة القانونية التونسية الصادرة عن مجلس النشر والتوزيع بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس (3)، العدد 1 لعام 1979، ص61.
31. محمد عبد الكريم عدلي: خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد(4)، جامعة الجزائر، 2010، ص140.
32. محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، 1980م، ص140.
33. محمود محمد ياقوت، معايير دولية العقد. مجلة روح القوانين، 2000م، ص469.
34. نور الدين الغزواني، الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم، مقاله منشورة بمجلة القضاء والتشريع، 1994، ص99.
35. نور الدين بوالصالح: التسوية التحكيمية في كل من نظام الاوكسيد ونظام اليونسترال مقارنة، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، العدد 10، جامعة سكيكدة، 2015، ص134.

هـ- المؤتمرات العلمية والندوات:

1. **حمزة حداد**، الاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري ورقة بحثية أقيمت في المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوروبي، المنعقد في عمان في العام 1989.
2. **سعاد مالح**: المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يوم 18-19 نوفمبر 2015.
3. **سميحة حنان خوادجية**: تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18 - 19 نوفمبر 2015.
4. **عبد الناصر بلميهوب**: دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري عن المغالاة في تقييد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بعد تعديل المادة 18 من التقنين المدني، الملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 - 22 أبريل 2010.
5. **فاروق المشري**، الطعن بحكم التحكيم ورقة عمل أقيمت في ملتقى المؤسسات التونسية والتحكيم التجاري الدولي، المنعقد في العاصمة التونسية بتاريخ 12/6/1993
6. **لافي محمد درادكه**: أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية و مخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية و الاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 25-26-27 ابريل 2011.
7. **محمد أبو شحاتة حسين**، هيئة التحكيم، ورقة بحثية أقيمت في البرنامج الإقليمي العام لإعداد المحكمين الدوليين، المنعقد بتاريخ (2009/7/21) بالقاهرة تحت إشراف غرفة مصر للتحكيم الدولي.
8. **محمد منير حساني**: اعتماد الجزائر القانون الاتفاقي الاستثماري لتشجيع الاستثمار، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يوم 18 - 19 نوفمبر 2015.

9. **محمود فياض:** دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي 21 حول الطاقة بين القانون و الإقتصاد، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة، 20-21 مايو 2013.
10. **نعيمة أكلي:** الإطار القانوني الناظم للقطاع عقود الشراكة البحث و/أو الاستغلال والامتياز نموذجاً، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18-19 نوفمبر 2015.
11. **يوسف مسعودي:** القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 18-19 نوفمبر 2015.

ثانياً: مراجع باللغة الأجنبية:

A. Constitution

أ - الدستور

1- La constitution du 04 octobre 1958 , version consolidée au 26 septembre 2015

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT00006071194> .

B. Législations

ب - التشريعات - القوانين

a. Ordonnances

- الأوامر

1- Ordonnance n° 2004_559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF, 19 juin 2004, texte 2/118.

2- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics .

b. Décrets

- المراسيم

1- Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 Instituant un nouveau code de procédure civile, JORF du 9 décembre 1975 page 12521 .

2- Décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile .

3- Décret législatif no 93-09 modifiant et complétant l'ordonnance no 66 154 du 8 juin 1966 portant le code de procédure civile, J.O.R.A, no 27 du 27 avril 1992 .

4- Décret n°2006-975 du 1 août 2006 portant code des marchés publics version consolidée au 14 avril 2015 .

5- Décret n° 2014-758 du 2 juillet 2014 relatif aux zones d'aide à finalité régionale et aux zones d'aide à l'investissement des petites et moyennes entreprises pour la période 2014-2020 .

6- Décret no 2015-319 du 20 mars 2015 approuvant la convention passée entre l'Etat et la société d'exploitation de l'aérodrome de Toulon-Hyères SAS pour la concession de l'aérodrome de Hyères-Le Palyvestre et le cahier des charges annexé à cette convention .

c. Arrêtés

- القرارات

1- Arrêté du 30 décembre 2009 portant désignation des personnes n'appartenant pas à l'administration centrale de la gendarmerie nationale et délégataires en matière de marchés publics et d'accords-cadres

d. Codes

- الأكواد

1- Code de justice administrative Dernière modification du texte le 22 mars 2015 - Document généré le 23 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance .

2- Code des procédures civile français , dernière modification du texte le 01/10/2015

3- Code de civil français, Dernière modification du texte le 22 mars 2015 Document généré le 24 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance .

4- Code de l'énergie Dernière modification du texte le 01 janvier 2015 - Document généré le 24 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance .

C. OUVRAGES

ج - الأعمال / المراجع / الكتب

I- Ouvrages généraux

المراجع العامة

- 1- **ANCEL Marie Elodie , DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik** , Droit des contrats internationaux, Dalloz, Paris, 2017 .
- 2- **CHATILLON Stéphane** , Le contrat international , Vuibert , 3e édition, Paris, 2007 .

II- Ouvrages spéciaux

المراجع المتخصصة

- 1- **DENIS Philippe** , Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, après midi d'étude relative aux contrats internationaux, université de Louvain, le 27 janvier 2009 .
- 2- **FAUCHARD Philippe , GAILLARD Emmanuel , GOLDMAN Berthold** , Traité de l'arbitrage commercial international , édition Litec , Paris, 1996 .
- 3- **LAAZOUZI Malik** , Les contrats administratifs à caractère international, Economica, France , 2008 .
- 4- **LOQUIN Eric** , L'arbitrage du commerce international, Joly édition, France 2015 .
- 5- **MEDJAD Karim** , Droit international des affaires, Nathan université, Paris, 2008 .
- 6- **MOUHOUBI Salah** , La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives, O.P.U, Alger , 1986 .
- 7- **TARKI Noureddine** , L'arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U, Alger 1999 .
- 8- **TRARI TANI Mostafa** , Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, 1e édition, Alger,2007 .

D. Thèses

د - الأطروحات

- 1- **ELBEHERRY Ibrahim** , Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat, Université Nice Sophia Antipolis, 2004 .

2- HOCINE Farida , Influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse de doctorat, université Mouloud Mammeri Tizi ousou, Algérie , 2012 .

3- TAFOTIE YOUMSI Nimrod Roger , Build , Operate , and Transfer (BOT) Projects « Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics » , thèse de doctorat, université du Luxembourg , 2012 .

E. Articles

هـ المقالات

1- AF M Maniruzzaman , State contracts in contemporary international monist versus dualist controversies, Ejil oxford journals, vol12, n 2. <http://www.sndll.arn.dz/content/12/2/309.full.pdf>; Accessed 07-03-2015, P. 83.

2- AKROUN Yacoute , L'arbitrage commercial international en Algérie, RASJEP, volume XXXIV No 4, université d'Alger, 2000 .

3- AUDIT Mathias, BOLLEE Sylvain , CALLE Pierre , Droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ , France, 2014, P. 112.

4- BELKHERROUBI Abdelmadjid , L'arbitrage commerciale en droit algérien, RASJEP , volume XXXVI, n 03, université d'Alger, 1986, P .17.

5-BENOIT le Bars , DALMASSO Joseph , Arbitrage commercial international « les grands arrêts du droit français, bibliothèque Sainte Genévrière, paris ,2016, P. 61.

6-BENTOUMI Mohammed , notes sur les mutations récentes du droit de l'investissement étranger, RASJEP, université d'Alger, 2010, P. 177.

7-BOSCHER Serge , Doing business in France , agence française pour les investissement internationaux, Éditorial du directeur général, janvier 2014, P.12. http://sayouitofrance-innovation.com/wp-content/uploads/2014/10/Doing_Business_version-FR_2014.pdf .

8-BRACONNIER Stéphane , Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI, Paris , 2010, P. 210.

9- CASSIA Paul , Les sentences arbitrales internationales , une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises, AJDA , France, 2017, P. 45.

10- **COVEY T. Oliver** , Standardization of Choice-of-Law Rules for International Contracts, Should there be a New Beginning?, The American Journal of International Law, Vol. 53, No. 2, 1959, P. 11. <http://www.jstor.org/stable/2195811> .

11- **DELAUNAY Benoit** , Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international le contrôle du juge administratif, RFDA, Dalloz, Paris, 2017, P. 33.

12- **GAUDEMET Yves** , Les personnes publiques et l'arbitrage international, Recueil Dalloz, Paris , 2011, P. 116.

13- **GAZIER Anne** , Les personnes morales de droit public (les personnes publiques), institutions administratives France , 2007, P. 5.

14- **GHESTIN Jacques** , Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'économie industrielle, Vol 92, 2e et 3e trimestres , 2000, p. 83 .

15- **IRSANE SEMAAN Samira** , Partenariats public-privé (PPP) expériences nationales des PPP France, conférence Européenne des Directeurs des Routes, P. 120.

[http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Partenariats_public-privé_\(PPP\).pdf](http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Partenariats_public-privé_(PPP).pdf)

16- **LEMAIRE Sophie** , Les contrats internationaux de l'administration, LGDJ, Paris , 2005, P. 49.

17- **TRARI TANI Mostefa** , Clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume XXXVII, n 4, université d'Alger, 1999, P. 81.

G. Jurisprudence

و- الأحكام القضائية

1- CONSEIL D'ETAT: C.E. no 70188, publié au recueil Lebon , 24 avril 1968.

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&i_dTexte=CETATEXT000007638731&fastReqId=951087860&fastPos=7 .

2- CONSEIL D'ETAT: Syndicat intercommunal des transport publics de la région de Douai , 15 juin 1994 http://www.marche-public.fr/Marches_publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm .

3- CONSEIL D'ETAT: préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1990, SMITON, 15 avril 1996. http://www.marche-public.fr/Marches_publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm.

- 4- CONSEIL D'ETAT: Epoux Lasaulce, 22 mars 2000.
<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>.
- 5- CONSEIL D'ETAT: CE N° 262964 du 30 mars 2005
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008160569&fastReqId=2077247097&fastPos=1>.

H. Documents

ز- الوثائق

- 2- CHAPITRE -B du déclarations gouvernementales , Relative a l'Algérie, le 19 mars 1962 , J.O.R.F, n 67, du mardi 20 mars 1962 .
- 3- CONFERENCE des nations unies , Le commerce et le développement, contrats d'Etat, collection de la CNUCED sur la question des accords internationaux d'investissement, Nations Unies, New York et Genève 2004 .
- 4- CONTRAT Guide Partenaire étranger , La Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures, société par actions, par abréviation « SONATRACH », Dossier Type d'Appel d'Offres pour marchés de Fournitures et leurs Services liés .
- 5- CONVENTION d'investissement: entre l'agence nationale de développement de l'investissement, par abréviation "A.N.D.I." et Hama Water Desalination SPA, par abréviation HWD SPA, J.O.R.A, n 07, du 28 janvier 2007 .
- 6- L'ARBITRAGE et les rapports pétroliers Algéro-Français: Document, RASJEP, volume VI No 1, Algérie, mars 1969 .
- 7- MANUEL d'application du Code des Marchés Publics:
<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>.
- 8- NOTE sur les entreprises multinationales établies dans le canton de Genève: Service centrale de statistique Genève ,
<http://www.ge.ch/statistique/tel/publications/1984/hors-collection/ocstat/hc-ocstat-1984-01.pdf>
- 9- Quelles sont les exonérations dans les zones de restructuration de la défense ?: Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31177> .

10- TRAITE de Versailles 1919: librairie militaire berger levrault, Nancy, Paris, Strasbourg, 1919,

<http://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf> .

11- TYPOLOGIE des PPP , Comparaison juridique et terminologique dans les conceptions française et Anglos-saxonne, Version du 06-05-2013, http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/glossaire_fr_en.pdf.

I- Sitographie " Sites Internet "

ثالثًا: مواقع الانترنت

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT00006071194> .

<http://www.jstor.org/stable/2195811> .

[http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Partenariats_public-privé_\(PPP\).pdf](http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Partenariats_public-privé_(PPP).pdf)

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&i>

[dTexte=CETATEXT000007638731&fastReqId=951087860&fastPos=7](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007638731&fastReqId=951087860&fastPos=7) .

<http://www.marche-public.fr/Marchespublics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm> .

<http://www.marche-public.fr/Marchespublics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm>

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008160569&fastReqId=2077247097&fastPos=1> .

<http://www.marche-public.fr/Marchespublics/Definitions/Entrees/Delegation-service-public-DSP.htm> .

<http://www.ge.ch/statistique/tel/publications/1984/horscollection/ocstat/hc-ocstat-1984-01.pdf>

<https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31177> .

<http://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf> .

http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/glossaire_fr_en.pdf.

قائمة بالمختصرات

LGDJ	Librairie général de droit et jurisprudence
Éd	Édition
D.	Dalloz
T.	Tome
Art.	Article
P.	Page
RTDCiv.	Revu Trimestriel de droit civil
Chron.	Chronique
Rev.	Revu
JCP	Semaine juridique
Dr.	Droit
Civ.	civil
RTDcom.	Revu Trimestriel de droit commercial
G.	Général
D. Aff.	Droit des affaires
Rev. Ju. Lég.	Revu Juridique légal
N.	Numéro
Th.	Thèse
Mém.	Mémoire
Arb.	Arbitrage

Ar.	Article
Al.	Alinéa
Cass. Civ.	Cassation civile
Cass. Mix.	Cassation mixte
CE	Conseil d'Etat

