

تطبيق منهج تنازع القوانين على مجالات القانون العام «العقد الإداري أنموذجاً»

الدكتور/ بهاء الدين مسعود خويرة
أستاذ القانون العام المساعد - كلية الحقوق
جامعة فلسطين الأهلية - دولة فلسطين

ملخص:

يُعدُّ البحث في آلية تطبيق منهج تنازع القوانين في مجالات القانون العام من الموضوعات المستحدثة في وقتنا الحاضر؛ نظراً لكون الفقه والقضاء التقليديين استقرا على أن الإسناد الذي تقرره قاعدة التنازع القانونية الوطنية، لا يكون إلا لصالح قواعد القانون الخاص في القانون الأجنبي المسند إليه، أما سائر قواعد فروع القانون العام، فلا تنازع بشأنها كأصل عام.

لذلك تهدف هذه الدراسة بشكل أساسي إلى تحليل إمكانية خضوع العقد الإداري لمنهج التنازع في النزاع المثار أمام المحكم الدولي، والعمل على تدليل أوجه التعارض الحاصلة بين الإطارين النظري والعملي، لا سيما، وإننا سنجد أنه لا يوجد من الناحية القانونية ما يسوغ رفض تطبيق القانون الإداري الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة قانون الإرداء، سواء من القاضي الإداري أو من المحكم الدولي.

المقدمة (خلفية الدراسة):

منذ بداية تدخل الدولة في مجال التجارة الدولية، ودخولها طرفاً في علاقات تعاقدية مع أشخاص القانون الخاص الأجنبية التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية، بدأ يثير تدخلها مشكلات قانونية معقدة، نمت في الأساس من عدم التساوي والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف هذه العلاقة^(١).

من هنا تعاضم الاهتمام بظاهرة عقود الدولة (العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة)^(٢)، وتسليط الضوء من الفقه على أحكام التحكيم الصادرة بشأنها،

(١) انظر: (الحداد، حفيظة السيد، ٢٠٠٧، ص ١٢-١٣).

(٢) لقد نعتت هذه العقود بأنها «اتفاقات تنمية اقتصادية»، تعالج علاقات دولية تتزايد من حيث نظامها =

وتحليلها وإثراء الفكر القانوني بهذه التحليلات والأفكار، واحتد الاختلاف الفقهي والقضائي لناحية إكساء تلك العقود طبيعة قانونية معينة^(٢)، نظراً لما يرتبط بتحديد هذه الطبيعة من اختلاف في تحديد طبيعة الحقوق والالتزامات المترتبة عليها، فتركزت نقطة الخلاف الأساسية حول أن هذه العقود تعتبر عقوداً إدارية في نظر القضاء الإداري للدولة المتعاقدة، وتعد نموذجاً من عقود التجارة الدولية في نظر هيئات التحكيم الدولية، مهما كان ارتباطها بالمرافق العامة للدولة المتعاقدة.

لذلك جرى الفقه على تقسيم عقود الدولة من الناحية الفنية وتبعاً للأهداف التي

= وأهميتها، وتنصب على نواح مختلفة من الحياة الاقتصادية في أشكال متنوعة، والتي تتبوأ بدورها مركزاً متميزاً في التجارة الدولية. ويُفسر البعض سبب ظهور تلك التسمية، بأن فكرة تدويل عقود الدولة بدأت مع عقود امتياز البترول، وأن الفقيه الغربي M.Georg,s Ray وجد أن تسمية عقود البترول «بعقد استغلال البترول» تسمية ذات معنى منفر لدى الشعوب العربية، لأنها تذكر تلك الشعوب بفترات الاستغلال، فرأى أن التسمية المناسبة هي «اتفاقية تنمية اقتصادية دولية»، لكنه استدرك بأن الانتقال من عقد إداري في أقصى اليمين، إلى عقد دولي في أقصى الشمال، يعد قفزة بعيدة لن يقبلها فقه القانون الدولي، فحذف كلمة «الدولية» وأبقى على المسمى «اتفاقية تنمية اقتصادية»، ثم جاء الفقيه LORD MCNAIR متبنياً هذا المصطلح ومروجاً له. انظر: (بكر، محمد عبدالعزيز علي، فكرة العقد الإداري...، ص ٥٤٥)، مرجع سابق. والحقيقة أنه إذا كانت عقود الدولة تساهم بوجه عام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة التي تتمركز على أراضيها الاستثمارات الأجنبية، إلا أن ذلك ليس الهدف الوحيد لهذه العقود، بل قد لا يكون في الأصل أحد أهدافها، فجدوى المشروعات الأجنبية الخاصة، ومدى مساهمتها في دفع اقتصاديات الدول النامية بحاجة إلى فحص دقيق لظروف ومسائل محددة بعينها، تدور حول مدى تحقيق المشروع الأجنبي لأهداف التنمية في الدولة المضيفة، وذلك من ناحية مردوده الإيجابي على مستوى الدخل القومي للدولة، ومدى مساهمته في إصلاح الخلل في ميزان المدفوعات، ومقدار نجاحه في إدخال واستيعاب تقنية تفتقر لها أحد القطاعات الاقتصادية في الدولة، كما أن استخدام مفهوم التنمية الاقتصادية بصدد عقود الامتيازات البترولية يعد أمراً مشكوكاً فيه، لا سيما في الوقت الذي كانت فيه حكومات الدول المنتجة للنفط لا تتلقى مقابلاً لنتاج نفطها سوى أثمان بخسة، لذلك يرى جانب من الفقه أن مصطلح عقود التنمية الاقتصادية هو في الواقع فكرة وصفية تجريبية أكثر منها مفهوماً قانونياً قابلاً للتحديد على نحو قاطع. انظر في كل ذلك بالتفصيل: (الحداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين...، ص ١١، هامش رقم (٢) والمراجع التي أشارت إليها). لذلك يُفضل غالبية الفقه استخدام مصطلح عقود الدولة state contracts لأنه الأسهل والأكثر دلالة، كما أن معظم الدراسات الفقهية استخدمت هذا المصطلح بدلاً من مصطلح اتفاقات التنمية الاقتصادية الذي استخدمه الأستاذ Lord Mcnair في مقاله الشهير عن مبادئ القانون العامة المعترف بها في الدول المتقدمة، المنشور في الكتاب السنوي البريطاني للقانون الدولي: (19-Mcnair, Lord, 1957, pp.1).

(٣) انظر بشأن التكييف القانوني لعقود الدولة بين القانون العام والقانون الخاص: (خويرة، بهاء الدين مسعود، ٢٠١٤، ص ٩١ وما بعدها).

تسعى إلى إدراكها^(٤)، إلى عقود دولة تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية للدولة مع صعوبة تكييفها وإدراجها ضمن خانة العقود الإدارية؛ نظراً لتخلف المعايير اللازمة لإضفاء هذا الوصف عليها^(٥)، وبجانب هذه الطائفة، توجد طائفة من عقود الدولة تتوافر بشأنها المعايير المميزة للعقد الإداري بصورة واضحة وجلية، يُطلق عليها «عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية» أو «العقود الدولية الإدارية» أو «العقود الإدارية العابرة للحدود».

والجدير بالمعرفة، أن النقاش والخلاف إزاء تلك العقود تركز لفترة طويلة في دائرة اعتماد مبدأ قابلية عقود الدولة للتحكيم؛ لغاية أن تدخل المشرع في العديد من الدول، من أجل الحد من المواقف المتشددة التي أظهرها القضاء والفقهاء الإداريان لجهة إمكانية إخضاع العقود الإدارية للتحكيم^(٦)، لكن هذا التدخل لم يكن بمثابة دواء شامل مجرد من المثالب أو الآثار الجانبية، إذ تم تجديد آفاق النقاش وتوسيع دائرة الاختلاف من ميدان الإجازة التشريعية للتحكيم في العقود الإدارية إلى ميدان إشكالية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، خاصة عندما يتعلق الأمر بنزاع مثار أمام محكم دولي، بشأن عقد من عقود الدولة، المدرجة بحكم وصفها وطبيعتها ضمن إطار العقود الإدارية.

وأصبح موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ذات الطابع الإداري من أهم الموضوعات التي تشغل بال الفقهاء والمشرعين في مختلف الدول سواء على مستوى القضاء الوطني أو على المستوى الدولي، ومدار اختلاف واضح من قبل القضاء

(٤) انظر: (الحداد، حفيظة السيد، ٢٠٠٣، ص ٣-٤).

(٥) وهي: ١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام. ٢- اتصال العقد بنشاط المرفق العام. ٣- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص (وسائل القانون العام). يُراجع حول توضيح مضمون هذه الشروط أي مرجع قانوني تناول شرح نظرية العقد الإداري بشكل مستقل أو بشكل جزئي ضمن موضوعات وسائل النشاط الإداري، مع العلم بأن الاتجاهات الحديثة لتمييز العقود الإدارية في القضاء الفرنسي اكتفت - بجانب توافر الشرط المفترض في أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام - ، بتوافر أحد الشرطين دون اشتراط اجتماعهما، أي إما اتصال العقد بنشاط المرفق العام أو استعمال الإدارة لأساليب القانون العام، وهذا ما يؤدي بطبيعة الحال إلى توسيع مساحة العقود الإدارية بالنسبة لعقود القانون الخاص داخل نطاق العقود التي تبرمها الإدارة. انظر في ذلك على وجه الخصوص: ساري، جورجي شفيق، ١٩٩٦، ص ٦٧ وما بعدها.

(٦) راجع بشأن موقف الفقه والقضاء الإداريين حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية: (خويرة، بهاء الدين مسعود، ص ٤١ وما بعدها).

الوطني في العديد من الدول، مقارنة مع توجهات هيئات التحكيم الأجنبية ضمن قضاء التحكيم الدولي الخاص.

لكن الوجه الحقيقي لمشكلة القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، ليس هو تحديد هذا القانون فحسب، بل تعلق بكيفية تفسيره وتطبيقه، على اعتبار أن تعيين القواعد الواجبة التطبيق مباشرة، وتحديد مجالها وتطبيقها على موضوع النزاع، يتضمن بالضرورة تحديد وتفسير وتطبيق القواعد الأخرى في هذا النظام، بحيث تقتضي الضرورة أولاً تحديد مصدر النظام القانوني الواجب التطبيق ومجاله، كي يمكن تحديد القواعد القابلة للتطبيق مباشرة على موضوع النزاع وتفسيرها وتطبيقها، فإذا ما تم التخلص من مشكلة القانون الواجب التطبيق، فإن مجرد تعيين هذا القانون، يغدو فقط خطوة أولية تقود إلى الأوجه الأخرى من المشكلة، المتعلقة بتحديد وتفسير وتطبيق قواعد هذا القانون.

وانعكاساً لهذه التطورات والإشكالات الناتجة عنها، يسلم جانب من الفقه بأن الصورة التقليدية للقانون الدولي الخاص لم تعد متلائمة مع التطور الحاصل في طبيعة ونطاق حركة المعاملات التجارية التي تجري داخل وحدات ذلك المجتمع، خاصة في ظل ازدياد تدخل الدولة في مجال المعاملات الدولية، وظهورها في كثير من الأحيان على مسرح التجارة الدولية، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وأياً كانت الأيدلوجية أو المذهب الذي تعتنقه وتؤمن به^(٧).

والمتتبع للتطور الفكري بصدد معاملة قواعد القانون العام، يدرك إلى حد ما بأن المركز القانوني لتلك القواعد قد تأثر، إلى حد بعيد بالأيدلوجية الفكرية والسياسية السائدة في كل عصر، وهو السبب الأساس الذي دفعنا إلى تحريك عجلة البحث العلمي في التعرض لأصل المشكلة ومنبعها الحقيقي، والتي تتمثل بتطبيق منهج تنازع القوانين على مجالات القانون العام؛ لأن فكرة دولية العقد الإداري ترتبط بصفة أساسية بالبحث بوجود منهج تنازع القوانين في القانون العام من عدمه، بحيث إذا أمكن خضوع العقد الإداري لهذا المنهج، فإن ذلك يقودنا إلى نتائج في غاية الأهمية عند تطبيق وتفسير القانون المختار من قبل الأطراف، أو عند إغفال هذا الاختيار في العقد الإداري الدولي.

مشكلة الدراسة:

تتجلى المشكلات الرئيسية المتعلقة بموضوع الدراسة بالمظاهر والتساؤلات الآتية:

(٧) انظر: (بكر، محمد عبد العزيز علي، ٢٠٠٠، فكرة العقد الإداري...، ص ٢٧٥)، وكذلك: (القشيري، أحمد صادق، ١٩٦٥، ص ٦٤-٦٥).

عندما تشير قاعدة الإسناد باختصاص قانون أجنبي معين، فهل سيُطبق ذلك القانون برمته، أي بنصوصه المتعلقة بالقانون الخاص، وبنصوصه وقواعده المتعلقة بالقانون العام، أم سيتم رفض تطبيقها، بمقولة أنها تنتمي إلى قواعد القانون العام، وبحجة أنه لا يثور تنازع بشأنها، ولا اختصاص للقضاء الوطني بتطبيق قواعد القانون العام الأجنبي، لكونها في الأساس تحمي وتنظم العلاقات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها، وتتصل مباشرة بالمصلحة العامة للمجتمع، كما هو حال قواعد القانون الإداري، وقواعد القانون المالي والضريبي، وقواعد القانون الجنائي؟.

عندما يكون هنالك اختيار مسبق من قبل الأطراف على إعمال النظام القانوني للدولة الطرف في العقد ليحكم العقد الإداري، أو يتم تحديد هذا القانون من قبل المحكم عند إغفال الأطراف تحديد النظام الحاكم للعقد، ويكرس هذا النظام بدوره التفرقة بين قواعد القانون الإداري وقواعد القانون الخاص، حينئذ يثور التساؤل الحساس والدقيق؛ حول إمكانية تطبيق قواعد القانون الإداري التي يتضمنها ذلك النظام القانوني الحاكم للعقد.

وفي ضوء ما سبق، هل سيشهد الوصف القانوني لتكييف العقد كعقد إداري، تأثيراً واضحاً بدخول العنصر الأجنبي في المنازعات المثارة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة، بشكل يؤثر على المفهوم المتميز للعقد الإداري كما هو معروف، (بحسب المستقر عليه في الأنظمة القانونية التي تأخذ بفكرة الازدواج القانوني والقضائي)، خاصة إذا علمنا أن كافة السلطات التي تمارسها الإدارة على التعاقد معها في العقد الإداري تطبق حتى ولو لم يوجد نص في العقد يقرر إعمالها، على اعتبار أنها تمثل جزءاً من القواعد العامة التي تحكم نظرية العقد الإداري ككل؟.

وبالبناء على الإشكالية السابقة، كيف سيسلم المحكم بهذه السلطات المنوطة للإدارة، وهو ليس بقاض إداري يحمي مصالح وطنية لدولة معينة، علاوة على أنه ليس لديه قانون اختصاص، كالقاضي الوطني، يحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه؟.

وهذا الطرح أثار المخاوف المبررة لدى فقهاء القانون الإداري بشأن عدم استيعاب المحكم الأجنبي لطبيعة العقد الإداري، واستبعاد تطبيق القانون الوطني، وتطبيق قانون أجنبي على العقد، وهم في خوفهم هذا، يستندون إلى أن نظرية العقد الإداري هي من خلق القضاء الإداري، وأن خضوع العقد الإداري لنظام قانوني لا

يعرف طبيعة هذا العقد يؤثر على طبيعته، وعلى مركز الإدارة العامة فيه، كما أنه يؤثر بدوره على معايير تمييز العقد الإداري التي قد لا يستطيع المحكم أن يميزه بها عن العقد المنتمي للقانون الخاص.

والحقيقة أن إثارة هذه المسائل - كما سيتبين لاحقاً - تظهر بصورة جلية في نطاق التحكيم أكثر منه في نطاق القضاء؛ لأن القاضي الإداري عندما يعرض عليه نزاع ما، فإنه يطبق القانون الوطني، التزاماً منه بإعمال المنهج الأحادي في إعمال القانون الواجب التطبيق. أما استعمال المنهج الثنائي (أي منهج قاعدة الإسناد التي تعد منهج القانون الدولي الخاص في تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي) في إعمال القانون الواجب التطبيق، فإنه يعد مجالاً غريباً للارتياح بالنسبة له، بخلاف الحال بالنسبة للمحكم، الذي يعد مجال التنازع بالنسبة له مجالاً مألوفاً للارتياح والتطبيق، على اعتبار أن هيئة التحكيم ليس لديها قانون وضعي خاص بها من ناحية، ولا تعتبر من ناحية أخرى أحد أجهزة القانون الواجب التطبيق.

غير أن مجال التحكيم يبقى طريقاً محفوفاً بكثير من الألغام القانونية الدقيقة والحساسية؛ لكثرة الإشكالات المحيطة بنطاق إعمال القانون الواجب التطبيق، وإحاطة حلول هذه الإشكالات بالتساؤلات المحيرة والشكوك الغامضة، خاصة عندما يُطرح التساؤل حول مدى التزام المحكم بقواعد القانون الواجب التطبيق في تحديد وتفسير وتطبيق هذا القانون، وفي سد ما قد يوجد به من ثغرات تتعلق بموضوع النزاع، وهو الأمر الذي يتصل اتصالاً وثيقاً بإعمال قواعد القانون الإداري على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة (عقود الدولة).

وفي محاولة لتيسير دراسة هذا الموضوعات المتشابكة، فقد أثرنا تقسيم هذه الدراسة المركزة إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: وتتناول فيه تطبيق منهج تنازع القوانين في نطاق قواعد القانون العام.

المبحث الثاني: وتتناول فيه إعمال منهج تنازع القوانين في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية.

المبحث الأول

تطبيق منهج تنازع القوانين في نطاق قواعد القانون العام

جری فقهاء القانون الدولي الخاص لدى غالبية النظم القانونية في مختلف الدول، على القول بأن الإسناد الذي تقرره قاعدة التنازع الوطنية لا يكون إلا لصالح قواعد القانون الخاص في القانون الأجنبي المسند إليه، فتنازع القوانين لا يقوم إلا بين القوانين الخاصة وحدها، أي القوانين المدنية والتجارية أو تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، فهذه القوانين يمكن أن يطبقها القاضي الوطني حتى ولو كانت صادرة عن سيادة أجنبية، أما سائر قواعد فروع القانون العام، فلا تنازع بشأنها على الإطلاق^(٨)، مما يتحتم على القاضي أن يستبعدا، ويحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع، لأنه لا يتصور تطبيقها من جانب محاكم دولة غير تلك التي وضعتها، حتى وإن شكلت تلك القواعد، - بموجب قاعدة الإسناد-، جزءاً من القانون الواجب التطبيق على النزاع^(٩).

وفي هذا الإطار سنحاول في المطلب الأول تحري طبيعة الأصول القانونية والفنية التي استند عليها الاتجاه الرفض لتطبيق منهج تنازع القوانين في القانون العام، مبينين في المطلب الثاني تقييم علمي لتلك الأصول في ضوء المفاهيم القانونية المعاصرة:

المطلب الأول

الاتجاه الرفض لتطبيق منهج تنازع القوانين في مجال القانون العام

إذا كان الفقه التقليدي، يدعمه القضاء، قد قصر قيام تنازع القوانين على قواعد القانون الخاص، فإنه لم ينطلق، إلى ذلك من فراغ، بل أسس دعائم مذهبه على عدد من المبادئ والنظريات القانونية، نورد أبرزها على النحو الآتي:

أولاً: مبدأ الإقليمية:

يُفسر مفهوم مبدأ الإقليمية كأساس لرفض تطبيق القانون العام الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، بأن تشريعات القانون العام تعد إقليمية بطبيعتها، أي يقتصر نطاق تطبيقها داخل الإقليم الوطني للدولة التي أصدرتها، ولا يمكن تبعاً لذلك أن تتضمن

(٨) انظر: (سلامة، أحمد عبد الكريم، بدون سنة نشر، ص ١٠٦-١٠٧ والمراجع التي أشار إليها في هامش رقم ٢ من ص ١٠٦).

(٩) بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ص ٣٧٩. مرجع سابق.

في حقل تطبيقها سوى الحقوق والمصالح المتمركزة على الإقليم الوطني^(١٠)، لأن تحقيق الغرض منها يرتبط بإقليمية تطبيقها، وهي بذلك لا ينشأ عنها تنازع لقوانين متعددة لكي تتسابق بالفوز بمركز القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهي تظل حبيسة دولتها لا تتجاوز حدود دولة مشرعها.

فالعلاقات والروابط التي تحكمها قواعد القانون العام، لا تثير إلا مشكلة تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان، ولا يمكن أن ينشأ بصددها تنازع للقوانين من الناحية الدولية^(١١)، وبالتالي فإن المقصود بالقوانين الأجنبية التي يسمح بتطبيقها خارج حدود إقليم الدولة تنصرف بدهاءة إلى قواعد القانون الخاص فيها، هذا على عكس قواعد القانون العام التي لا تتصل، بطريق مباشر، بمصالح وعلاقات الأفراد الخاصة، بل ترتبط بالمصلحة العامة للدولة، وهو ما يجعلها تطبق داخل حدود إقليم الدولة بغية تحقيق هذه المصلحة.

وانعدام تنازع القوانين بصدد قواعد القانون العام الأجنبية، وعدم إمكان تطبيقها من جانب القاضي الوطني استناداً إلى مبدأ الإقليمية، يبرره عدة أمور:

الأول: أن مسألة الاختصاص التشريعي أو تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وتطبيق قواعد القانون العام، تثير في الأساس، مشكلة الاختصاص القضائي، وليس مشكلة تنازع القوانين، بحيث تفقد الأخيرة مفترضها الأساسي، وهو الاختصاص القضائي، فالقاضي الوطني لا يكون مختصاً نوعياً أو إقليمياً، عندما يتعلق الأمر بنزاع يقتضي الفصل فيه تطبيق قواعد القانون العام الأجنبي، فهذه القواعد لا يطبقها سوى قاضي الدولة التي تنبثق عنها، بشكل يحقق تلازماً أو عدم انفصال بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.

الثاني: أن إقليمية قواعد القانون العام تقوم على معطيات مغايرة تماماً لتلك التي تقوم عليها ظاهرة تنازع القوانين، فهذه الأخيرة تقوم على افتراض أن القوانين المتزاحمة قابلة للتطبيق على النزاع، لكون حاجات الأفراد في الدول المختلفة تتشابه من حيث أساسها، فالفرد وبغض النظر عن الوحدة السياسية التي ينتمي إليها ويعيش على

(١٠) انظر: (عباس، وليد محمد، ٢٠١٠، ص ٢٨٤)، والمراجع التي أشار إليها في هوامش الصفحة المذكورة.

(١١) انظر: A.F LOWENFELD: Public Law in International Arena Conflict of Law. International law. And some suggestions for their interaction

مشار إليه لدى: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١١٤)، مرجع سابق.

إقليمها، يولد ويتزوج ويطلق ويموت ويورث....، ومن هنا يمكن قيام التنازع، حيث تتعدد القوانين بشأن تلك المسائل بتعدد الوحدات الإقليمية، أما قواعد القانون العام فهي تنظم المصالح العامة الوطنية والنشاط العام للدولة وأجهزتها، والقاضي الوطني هو الأمين على تطبيقها وحماية وجودها؛ لذا لا يتصور إلزام القاضي الوطني بالسهر على حماية المصالح الأجنبية، لا سيما أن قواعد القانون العام تتصف بروح الوطنية والأناية، ويُهمل عند وضعها مراعاة مصالح الدول الأخرى وروح التعاون الدولي^(١٢).

الثالث: أن مبدأ الإقليمية في تطبيق القوانين، يعني وجود: (قانون، إقليم، قاضي)، والقاضي لا يطبق إلا قانونه وعلى نطاق إقليمه، مما يجعل مبدأ الإقليمية يتناقض ويتنافر مع تنازع القوانين، حتى صور الأستاذ الألماني ZWEIGERTT ذلك الموقف بقوله إنه: «يوجد بين تنازع القوانين والإقليمية ذات الصلة التي توجد بين الماء والنار، فإما أن تطفئ ماء الإقليمية نار الاعتبارات التي يقوم عليها تنازع القوانين، وإما أن تُبخر هذه الأخيرة مبدأ الإقليمية»^(١٣).

ثانياً: نظرية القوانين السياسية:

حاول كل من الفقه والقضاء استخدام الأفكار والاعتبارات السياسية لتبرير رفض تطبيق قواعد القانون العام ضمن منهج التنازع، من خلال النظرة لتلك القواعد بأنها تتضمن جرعة سياسة تخرجها عن نطاق التنازع الدولي للقوانين^(١٤).

وفي محاولة للبحث عن معيار لتمييز القوانين السياسية والتي لا يثور بشأنها تنازع للقوانين، استند بعض الفقه لمعيار الهدف من القانون، لمعرفة ما إذا كان القانون سياسياً من عدمه، فيعد القانون سياسياً إذا كان «يشكل استثناءً على مبادئ وقواعد القانون، لصالح الدولة أو حزب أو طبقة أو بعض المعتقدات والأفكار»^(١٥)، وهو بذلك يحترم مصالح الدولة وأهدافها، بخلاف قواعد القانون الخاص التي تهدف إلى رعاية مصالح الأفراد العاديين.

وبما أن معيار الهدف المقول به سيؤدي إلى توسيع مفهوم القوانين السياسية،

(١٢) (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١١٥-١١٦)، (بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ص ٣٨٠) مراجع سابقة.

(١٣) Droit international privé et droit public, Rev. Int. 1965, p.645 spéc. p.653.

مشار إليه لدى: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١١٧، هامش رقم ١) مرجع سابق.

(١٤) (عشوش، أحمد عبد الحميد، ١٩٨٩، تنازع مناهج تنازع القوانين، ص ٧٠).

(١٥) انظر: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١٢٢)، مرجع سابق.

وبالتالي زيادة عدد القوانين التي تخرج من مجال التنازع الدولي للقوانين، لأن أي قانون وراءه هدف سياسي ولو كان خفياً؛ فإن البعض الآخر من أنصار هذا الاتجاه اتجه إلى تبني فكرة أخرى تقوم على منطوق أنه ليست كل القوانين التي تصدرها الدولة للمحافظة على المصالح العامة تعد قوانين سياسية، وإنما هنالك نسبة منها فقط تتوافر فيها هذه الصفة، وهي القوانين التي يمكن وصفها بأنها «مستهجنة» أو التي أملت صدورها اعتبارات الأناثية.

وبذلك فالعبرة دائماً بالطبيعة الداخلية لمضمون وجوهر القانون الذي يثور خلاف حول تحديد صفته السياسية، فإذا ثبت أن القانون محل الخلاف من القوانين السياسية؛ كان من الصعب تطبيقه لأن القاضي الوطني لن يكون مختصاً بتطبيقه، ومن المعلوم أن الاختصاص القضائي مسألة أولية تسبق منطقياً مسألة الاختصاص التشريعي.

وهكذا فإن القوانين السياسية توجد خارج نطاق القانون الدولي الخاص؛ لكون الصفة السياسية لقانون معين تكفي لتبرير استبعاده من هذا النطاق، وأنه من غير الملائم، تبعاً لذلك، أن يطبق القاضي الوطني قانوناً سياسياً لدولة أجنبية؛ لأن ذلك يعد مشاركة منه في تنفيذ سياسة الدولة الأجنبية على أرضه، مما يمثل انتهاكاً لسيادة دولته^(١٦)، وهذا ما لا يجوز في ظل غياب المجتمع الدولي الحقيقي، وانعدام روح التعاون الدولي القانوني^(١٧).

تلك باختصار تعاليم المدرسة التقليدية، التي اتخذها كل من الفقه والقضاء تكتةً لرفض تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية، وهي تعاليم أضحت غير ملائمة لمعطيات التطور القانوني والفكري المعاصر، فقد بدأت الدول المعاصرة تخفف من غلواء روح الأناثية، وتتنظر بعين الثقة والتقدير إلى الأنظمة القانونية والاقتصادية لكل الدول، وذلك تحت وطأة تزايد ونمو وتطور العلاقات والمبدلات الخاصة عبر الحدود، وبدأت آراء الفقه وكذلك اجتهادات القضاء تحيد عن مواقفها التقليدية، وتظهر احترامها لقواعد القانون العام، لا سيما إذا كانت تشكل هذه القواعد جزءاً من القانون الذي أشار باختصاصه ضابط الإسناد الأصيل المعمول به في نطاق العقود الدولية^(١٨).

(١٦) بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ص ٣٨١، مرجع سابق.

(١٧) سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١٢٥، مرجع سابق.

(١٨) (المرجع السابق، ص ١١٠).

المطلب الثاني

تقييم الأصول القانونية والفنية التي استند عليها الاتجاه الرفض

لتطبيق منهج تنازع القوانين في القانون العام

ليس من المتعذر - كما يدرك البعض - أن مبدأ الإقليمية يبدو منتقداً وضعيفاً من ناحية التمسك به كأساس لرفض تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية، وأن الآراء الفقهية عندما اعتمده كضابط لتحديد قواعد القانون العام، وبالتالي إخراج الأخيرة من دائرة منهج التنازع، لم تقم بأكثر من تقديم أساس غامض عن طريق اللجوء إلى فكرة أكثر غموضاً وتعقيداً، لأننا عندما نصف قواعد القانون العام، بما في ذلك قواعد القانون الإداري، بأنها قواعد إقليمية التطبيق، فإنه يتعين تحديد المقصود بالقانون الإقليمي، وهو أمر في غاية الصعوبة، إلا إذا كنا نعيش في العصر الإقطاعي البائد^(١٩).

فاصطلاح الإقليمية اصطلاح غامض وواسع، لا يصلح كأساس لرفض تطبيق قواعد القانون العام، فقد يكون القانون إقليمياً بالنظر إلى موضوعه والروابط القانونية التي ينظمها، وقد يكون إقليمياً بالنظر إلى نطاقه ومجال تطبيقه؛ بحيث لا يسري خارج حدود إقليم الدولة التي أصدرته، وقد يكون إقليمياً بالنظر إلى سيادته الشاملة؛ عندما نعني أن يطبق القانون وحده دون سواه من القوانين الأخرى، وقد يكون القانون إقليمياً كمرادف لقانون القاضي؛ أي أنه بدلاً من أن نقول قانون القاضي هو الواجب التطبيق، نقول أن القانون الإقليمي هو الواجب التطبيق^(٢٠).

ففي ظل هذه التفسيرات المتعددة لمصطلح الإقليمية والمتباينة أحياناً، كيف يمكن أن نترجم معنىً دون آخر من المعاني السابقة على قواعد القانون العام الأجنبي؛ لنصل إلى عدم إمكان تطبيقها أمام القضاء الوطني.

على أية حال، فإن الاعتقاد الذي ظل سائداً لفترة طويلة من الزمن بأن كل ما يخص القانون العام ينحصر داخل الإقليم الوطني هو اعتقاد فاقد للتبرير القانوني السليم؛ لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه، فضلاً عن غياب الأسباب والمسوغات المنطقية والعملية التي تبرره.

(١٩) انظر بنفس المعنى: (عشوش، أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، ص ٦٧-٦٨)، مرجع سابق.

(٢٠) انظر: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١٤٥)، مرجع سابق، وكذلك: (صادق، هشام علي، ١٩٩٥، القانون الواجب التطبيق، ص ٦٤٠-٦٤١).

فأنصار المذهب التقليدي قدموا مبدأ الإقليمية على نحو لا يتفق والمعنى الفني والدقيق له، لأن القانون الإقليمي من الناحية الفنية، ليس هو القانون الذي لا يمكن تطبيقه بواسطة قاض تابع لدولة أجنبية، وإنما هو القانون الذي يطبق على الوقائع التي تتم كلياً أو جزئياً على إقليم الدولة، وهذا يعني أن هنالك فرقاً شاسعاً بين الإقليمية المادية لقواعد القانون الأجنبي، والإقليمية الإجرائية لقواعد القانون الأجنبي.

فالأولى تعني أن القانون، بالصفة المذكورة، يحكم كافة الأشخاص والأشياء والوقائع على الإقليم، بحيث يهيمن على الإقليم بكل ما فيه، وهو بهذا المعنى يُعبر عن سلطة الدولة الفعلية في تطبيق القانون إقليمياً سواء أكان القانون منتماً لقواعد القانون العام أم لقواعد القانون الخاص، أما الثانية فهي تتعلق بالمركز الإجرائي لقانون دولة أمام قضاء دولة أخرى، وهذا المفهوم الإقليمي للقانون، أي كانت طبيعة هذا القانون، لا يتضمن أي مانع فني يمنع من إمكانية تطبيق قانون دولة أمام محاكم دولة أخرى على الوقائع والتصرفات التي تدخل في مجال سريانه^(٢١).

هذا فيما يتعلق بالرد على كيفية استخدام مبدأ الإقليمية لرفض تطبيق قواعد القانون العام ضمن منهج التنازع، أما إذا توجهنا نحو نظرية القوانين السياسية، سنجد أنها جاءت بأفكار لا يمكن تبنيها بطريقة واضحة، فمعيار الهدف الذي اتخذته هذه النظرية كأساس للترقية بين القوانين السياسية وغير السياسية هو معيار كاف لهدم النظرية من أساسها، لأنه لا يوجد اختلاف في الطبيعة بين قواعد القانون العام وبقيّة قواعد القوانين الأخرى، فكافة القوانين في الدولة القانونية الحديثة تستهدف في نهاية الأمر تحقيق مصالح سياسية واقتصادية واجتماعية، والحد الذي يميز قواعد القانون العام على ما عداها من القوانين الأخرى، لا يعدو أكثر من مجرد تمييز واختلاف في الدرجة التي تسعى هذه القوانين إلى تحقيقها^(٢٢)، وهو تمييز لا أثر لوجوده في نطاق منهج التنازع، خاصة إذا ما علمنا أن تقسيم القانون إلى فرعيه الشهيرين (القانون العام والقانون الخاص) لم يكن في يوم ما تقسيماً تتفق فيه الآراء، وتتضح فيه الفواصل والحدود على شكل قاطع^(٢٣).

وترتيباً على ذلك، فإن رفض تطبيق قواعد القانون العام استناداً إلى التفرقة بين القوانين التي تحمي المصالح العامة، والقوانين التي تحمي المصالح الخاصة، قول لا يمكن

(٢١) (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١٤٦-١٤٧)، (بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ص ٣٨٤)، مراجع سابقة.

(٢٢) (عشوش، أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، ص ٧٣-٧٤)، مرجع سابق.

(٢٣) انظر: (البارودي، علي، ١٩٦٨، ص ٦٣).

إعماله، لتعذر الفصل بين هذين النوعين من القوانين، فكل قوانين الدولة تحمي المصلحتين في وقت واحد، لذلك لا يمكن القول بأن هناك قوانين توضع خصيصاً لخدمة مصالح الدولة دون أن تخدم مصالح الأفراد^(٢٤)، بل أن تفرغ القاعدة القانونية إلى فروع مختلفة لا يعني أنها تحكم علاقات مختلفة في الطبيعة، وإنما هو نوع من التنسيق والتبويب المنطقي على أساس الموضوع الذي تتناوله القاعدة، بحيث تتعاون وتتصافر كافة تلك الفروع في سبيل تحقيق السياسة التشريعية المبرزة من خلال القاعدة القانونية^(٢٥).

بالإضافة إلى ذلك، فإن الفكر القانوني لم يُشر من قريب أو من بعيد إلى وجود طائفة مستقلة من القواعد القانونية يمكن أن يطلق عليها تسمية «القوانين السياسية»، وإنما يوجد ما يسمى بالقرارات السياسية، والفرق واضح لكل متخصص في العلوم القانونية بين القرار والقانون.

فالقاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة قابلة لتنظيم مسألة معينة، وهي بطبيعتها «فرضية»، أي أن عنصر الأمر الذي تتضمنه يرتبط بصفة في الشخص أو الشيء أو الحدث، وهذا الأمر لا يصبح واقعياً إلا في الفرض الذي تتوافر فيه تلك الصفة^(٢٦). أما القرار فهو على العكس من ذلك، فهو ذاتي وغير مجرد، وغير دائم، وقطعي، وهو بذلك لا يتضمن عنصر الفرض أو الفرضية، لأن الأثر القانوني أو الحكم الذي يتضمنه القرار، يتم فرضه في الحال، دون توقف تطبيقه على تحقق شروط معينة في فرض أو أمر مستقبل^(٢٧).

والحقيقة التي ينبغي الالتفات إليها في وقتنا الراهن هي أن واقع الحال يسير بثبات نحو تطبيق قواعد القانون العام ضمن منهج تنازع القوانين، وهذا ما أكد عليه مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة عام ١٩٧٥ في مدينة Wiesbaden الألمانية^(٢٨)،

(٢٤) انظر: (بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري...، ص ٣٨٥)، وكذلك: (صادق، هشام علي، ص ٦٥٥-٦٥٦)، مراجع سابقة.

(٢٥) انظر: (البارودي، علي، ص ٧١)، مرجع سابق.

(٢٦) انظر: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١٣٣-١٣٤)، مرجع سابق، ومؤلفه: (تأملات في ماهية قاعدة التنازع، ١٩٩٥، ص ١١٧ وما بعدها، خاصة: ص ١١٨).

(٢٧) انظر: (المرجع السابق، ص ١٤٨-١٤٩)، وكذلك: (بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري...، ص ٣٨٥)، مرجع سابق.

(٢٨) إذ قرر في المادة ١/١ بأن «الطابع المزعوم لمبدأ عدم قابلية تطبيق القانون العام الأجنبي لكونه يتسم بطابع إقليمي مطلق، لا يؤسس على أي سبب نظري أو عملي صحيح، فالطابع العام لأحد أحكام القانون الأجنبي التي عينته قاعدة تنازع القوانين لا يضع عقبة أمام تطبيق هذه الأحكام، مع التحفظ بشأن النظام العام». انظر: (A.I.D.I., Vol.56.1975.p.550)، ومشار إلى ذلك لدى: (بكر، محمد عبد العزيز، أثر شرط التحكيم...، ص ٣٢)، مرجع سابق.

وخلص إليه كثير من الفقه القانوني الغربي، نذكر من ذلك رأي الفقيه الفرنسي المعروف Niboyet الذي قال بشكل واضح: «نحن اعتقدنا منذ زمن طويل -ربما بسبب الاسم الخاطئ الذي يحمله القانون الدولي الخاص- بأن منهج تنازع القوانين ينحصر في القانون الخاص، وهو اعتقاد خاطئ، فالقانون الدولي الخاص لم يوضع فقط لحل التنازع في مجال القانون الدولي الخاص، وإنما وضع لحل التنازع بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بالقانون العام أو الخاص»^(٢٩).

ومن هذا المنطلق، فإنه لا يوجد سبب لتكدير العلاقة بين القانون العام ومنهج تنازع القوانين، فقاعدة الإسناد لم تُكرس لتحديد قواعد القانون الخاص فقط، بل وضعت لتعيين واختيار القانون المسند إليه في جميع قواعده، أيًا كانت طبيعتها دون تخصيص^(٣٠).

وفي إطار الشواهد التي يقررها القضاء المقارن في تأييد تقرير مبدأ تطبيق قواعد القانون العام في القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، نذكر حكماً مشهوراً للمحكمة العليا النمساوية صادراً بمناسبة تطبيق القوانين الأمريكية الخاصة بإلغاء شرط الذهب، جاء فيه أنه: «إذا كان يعترض عادة على تطبيق القوانين النقدية الأجنبية بالقول بأن القاضي المدني الداخلي لا يستطيع تطبيق القوانين النقدية الأجنبية، لأن هذه الأخيرة من القانون العام، فحتى إذا كان حقيقياً أن القانون النقدي هو من القانون العام، فإنه من الخطأ الانتهاء إلى أن تطبيقه بواسطة القاضي النمساوي غير مقبول، فإذا قررت قاعدة تنازع القوانين الاختصاص للقانون النقدي الأجنبي، فيكون من المتعين تطبيقه بالرغم من صفته كقانون عام»^(٣١).

ولقد قررت ذات المبدأ محكمة استئناف روان Rouen حينما قضت بأنه: «وفقاً للقانون الدولي الخاص، ومن المستقر عليه في فرنسا، أن الحقوق المكتسبة في الخارج وفقاً لقانون عام أجنبي يمكن التمسك بها قانوناً، بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النظام العام»^(٣٢). وعلى العموم فإن أحكام القضاء الفرنسي اتجهت إلى تطبيق أحكام القانون

(29) انظر: (J.P. NIBOYET, 1935, Les doubles impositions au point de vue juridique, p.55).

(30) انظر: (عبد المجيد، منير، ٢٠٠٠، ص٢٦٩)، وكذلك: (سلامة، أحمد عبد الكريم، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، ص١٢٥-١٢٦).

(31) حكم المحكمة العليا النمساوية لعام ١٩٣٥ في قضية Trustee international pour la protection des obligataires منشور في Clunet ١٩٣٦ ص٧١٧، أشار إليه: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص١٧١)، مرجع سابق.

(32) حكمها الصادر في قضية U.S.A., C.Reyes لعام ١٩٦٨ منشور في Revue Critique de Droit International Privé, 1970. P. 70.

الأجنبي الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد الفرنسية وفي نصوصه التي تنتمي لقواعد القانون العام^(٣٣).

ويكفي أن ننقل في إطار آراء الفقه العربي تعليق الدكتور هشام الصادق في هذا المجال، فهو جدير بالتأمل، حيث يقول: «ولا شك أن تصور قيام تنازع القوانين في العقود المبرمة بين الدولة في الفروض السابقة، أو بين الدولة وأحد الأفراد أو الأشخاص الخاصة، يبين لنا مرة أخرى خطأ الرأي الذي ينظر إلى القانون الدولي الخاص على أنه «قانون الأفراد» أو «قانون الأشخاص الخاصة»، ويؤكد سلامة المعيار الوظيفي لهذا الفرع من القانون باعتباره « قانون العلاقات الدولية الخاصة». فقد مضت الإشارة إلى أن الفقه الحديث قد راعى هذا النظر حينما أكد إعمال قواعد التنازع في شأن العقود التي تبرمها المشروعات العامة في مجال التجارة الخاصة الدولية، وذلك بصرف النظر عن الموقف الفقهي المتخذ بالنسبة لاعتبار هذه المشروعات من أشخاص القانون الخاص، أو من أشخاص القانون العام^(٣٤).

مما تقدم نخلص إلى القول، بأن الاتجاه التقليدي الرافض لتطبيق القانون العام الأجنبي، بدأ يخبو ويندثر أمام اتجاه حديث يدعو إلى مد تطبيق قاعدة التنازع لتشمل التنازع بين قواعد القانون العام، وهو اتجاه ينسجم مع ما تتمتع به قاعدة الإسناد من خاصية التجريد التي تؤدي بها إلى إسناد العلاقة لقانون معين دون الاعتداد سلفاً بطبيعة القانون الذي يحكم تلك العلاقة^(٣٥)، بالإضافة لكونها قاعدة محايدة لا تتحيز لقانون معين عند تحديدها القانون الواجب التطبيق^(٣٦)، لذا لا يوجد نظرياً ما يُبرر رفض تطبيق القانون الإداري الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة قانون الإدارة.

ولكن هل هذا يعني أن القاضي الإداري الوطني سيكون مؤهلاً لتطبيق منهج التنازع في العقود الإدارية؟ وهل سيختلف الوضع أمام المحكم الدولي حينما يثور أمامه نزاع متعلق بعقد من العقود الإدارية؟ سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات الآن ضمن المبحث التالي.

(٣٣) راجع في تلك الأحكام بالتفصيل مؤلف: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١٦٧-١٧٠)، مرجع سابق.

(٣٤) (صادق، هشام علي، ١٩٩٧، تنازع القوانين...، ص ٧١٦).

(٣٥) (عبد المجيد، منير، ص ٢٦٩)، مرجع سابق.

(٣٦) (دواس، أمين رجا رشيد، ٢٠٠١، ص ٣٤).

المبحث الثاني

إعمال منهج تنازع القوانين في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية

ينبغي الاعتراف في بداية الأمر بأن ظهور العنصر الأجنبي بقوة في العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، جعل مسألة نشوء منهج التنازع في مجال القانون الإداري أمراً واقعاً لا محالة^(٣٧)، خاصة في ظل نمو العلاقات التجارية الدولية، وتشابك المصالح بين الدول، بحيث فرض على الدولة واقع جديد أدى إلى دخولها منظومة التحكيم الدولي الخاص، واعتماد الأخيرة كأسلوب أساسي لفض المنازعات الناشئة عن عقود الدولة.

وإذا أخذنا هذه الإشارة بعين الاعتبار فإنه ينبغي الاعتراف أيضاً بأن تدخل الدولة في ميدان التجارة الدولية أدى، بشكل أو بآخر، إلى تغيير الحدود الفاصلة بين القانون العام والقانون الخاص، وهو الأمر الذي دعا جانباً من الفقه إلى نقد التقسيم التقليدي بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص^(٣٨)، بما يؤديه ذلك التصور إلى إيجاد حلول لما تثيره العلاقات الدولية الخاصة من منازعات^(٣٩).

ولكن إذا كنا قد انتهينا سابقاً إلى إمكانية تطبيق القانون العام الأجنبي أمام القضاء الوطني، فإن ذلك لا يعني أن عقبة تطبيق القانون الإداري الأجنبي قد أزيلت بالكامل، بل لا بد من ترجمة ذلك واقعياً من خلال البحث عن الطريقة المناسبة التي يمكن من خلالها الوصول إلى هذا التطبيق، وهو ما يجبرنا؛ منعا لحصول أي لبس أو غموض، إلى التفرقة في معالجة الأمر بين طريقة إعمال القاضي الإداري لمنهج التنازع، واختلاف أسلوب التطبيق عند إعمال المحكم لمنهج التنازع في عقد من عقود الدولة.

المطلب الأول

إعمال القاضي الإداري لمنهج التنازع

يعد مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، منذ مدة طويلة، من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص، وهو مبدأ كرسته غالبية التشريعات الوطنية للعديد من

(٣٧) انظر: (خويرة، بهاء الدين مسعود، ص ٢٩٢)، وكذلك: (بكر، محمد عبد العزيز، أثر شرط التحكيم...، ص ٣٦)، مراجع سابقة.

(٣٨) انظر في هذا الخصوص: (البارودي، علي، ص ٦٣-٧٤)، وكذلك: (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص ١٥٢-١٥٧)، وكذلك: (بكر، محمد عبد العزيز، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ص ٣٨٦-٣٩٢)، مراجع سابقة.

(٣٩) (عشوش، أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، ص ٦٠)، مرجع سابق.

الدول، وكذلك الاتفاقيات الدولية النازمة للعلاقات الدولية الخاصة لا سيما تلك المتعلقة بالتحكيم، والتي تقرر بصفة عامة حق أطراف العلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكمها^(٤٠).

وهذه الإرادة بوصفها ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود (الالتزامات التعاقدية)^(٤١)، تطبق بشأن عقود الدولة، دون أن يؤثر وجود الدولة أو أحد مشروعاتها العامة، في خضوع العقد المتواجد فيه هذا الطرف لقانون الإرادة؛ لأن طبيعة العقد وصفة الأطراف يجب ألا تبعد العقد عن هذه القاعدة^(٤٢).

ولا ريب أن فكرة تطبيق منهج التنازع في مجال العقود الإدارية تظهر عندما لا تتردد الدولة نفسها في المطالبة بخضوع بعض العقود للقانون الأجنبي، ويكون القاضي مطالباً بتطبيق المنهج المزدوج من تلقاء نفسه، ففي قضية Dame veuve Langlois لعام ١٩٥٨، والتي تتعلق بقرض يتضمن شرط الذهاب طرحته فرنسا في الولايات المتحدة الأمريكية في فترة ما بين الحربين وينتهي في عام ١٩٤١، وتم تأجيله نظراً لظروف الحرب العالمية الثانية، طلب حاملو السندات الأمريكية بدفع قيمتها إما بالذهب أو بالفرنك الفرنسي طبقاً لقيمتها يوم المطالبة بالدفع، فطالب وزير المالية الفرنسي تطبيق القانون الأمريكي وأراد أن يخضع العقد الإداري له، بالرغم من كونه قانوناً أجنبياً^(٤٣).

ويلاحظ من خلال تتبع الاجتهادات القضائية لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، أن فكرة تطبيق منهج التنازع أمام القضاء الإداري لم تتم بصورة مباشرة، ولكنها تمت

(٤٠) انظر: (الحداد، حفيفة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، ص ٤٨٤ وما بعدها)، مرجع سابق.

(٤١) بالإضافة إلى وجود ضوابط إسناد أخرى احتياطية ينص عليها المشرع عادة، ويصار إليها بالتدرج إن لم يكن ثمة قانون مختار من قبل الأطراف، انظر: (دواس، أمين رجا رشيد، ص ٢٦ وكذلك ص ١٣٧ وما بعدها)، مرجع سابق.

(٤٢) وهذا ما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص، والقضاء الوطني، والتحكيم الدولي، ومعظم تشريعات الدول، وكذلك معظم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات العلاقة. انظر في ذلك بالتفصيل: (بكر، محمد عبد العزيز علي، أثر شرط التحكيم...، ص ٢٠-٢٤)، وكذلك: (خويرة، بهاء الدين مسعود، ص ٢١٥ وما بعدها)، مراجع سابقة.

(٤٣) انظر: DOLEZ (B): Le juge administratif et les conflits de lois r.d.p. ١٩٩٥، P. ١٠٤٣.، ويذكر أن مطالبة وزير المالية الفرنسي بتطبيق القانون الأمريكي يصب في مصلحته، لكن القانون الأمريكي الصادر سنة ١٩٣٣ يبطل شرط الدفع بالذهب، انظر: (بكر، محمد عبد العزيز علي، أثر شرط التحكيم...، ص ٣٨ لا سيما الهامش رقم ٨٥)، مرجع سابق.

بصورة تدريجية^(٤٤)، نظراً لكثرة العراقيل والصعوبات القانونية والعملية التي تقف أمام تطبيق هذا المنهج.

فمن المعلوم أن القاضي الإداري عندما يعرض عليه نزاع متعلق بتصرفات أجنبية، فهو يحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع، في حين أن الصفة الأجنبية للأطراف لا تكون أمام القاضي العادي سبباً لعدم اختصاصه بنظر النزاع^(٤٥)، وتفسير ذلك يتمثل في أن القاضي العادي عندما يثار أمامه نزاع يشتمل على عنصر أجنبي، فإنه يبدأ في البحث عن مدى اختصاصه بنظر هذا النزاع، فإذا انتهى من ذلك، قام بالبحث عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في ضوء منهج التنازع، وهذا يعني كما هو معروف في مبادئ القانون الدولي الخاص أن التنازع القضائي يسبق دائماً التنازع التشريعي. أما في إطار قواعد القانون العام، فإن الأمر يجري بمفهوم مغاير، مفهوم يقوم على الربط بين تطبيق القانون الإداري على النزاع واختصاص القاضي الإداري بنظره وفقاً لما يُعرف في فقه وقضاء القانون الإداري بمبدأ «الاختصاص يتبع الموضوع».

فهذا المبدأ يجعل من اختصاص القاضي الإداري بنظر النزاع اختصاصاً مرهوناً بتطبيق قواعد القانون الإداري، بحيث لا يختص القاضي الإداري إلا بالمنازعات الخاضعة للقانون الإداري. وبما أن المنازعات الخاضعة للقانون الأجنبي تكون بطبيعتها خارجة عن نطاق القانون الإداري الوطني، فإن القاضي الإداري يغدو غير مختص بنظر المنازعات الخاضعة للقانون الأجنبي، مما يعني، بناءً على ما سبق، أن استعمال منهج التنازع أو ما يُعرف بالمنهج الثنائي في القانون الدولي الخاص، يكون بمنأى عن التطبيق في إطار قواعد القانون العام وبواسطة القاضي الإداري^(٤٦).

وفي هذا الخصوص، وفي سبيل إيجاد مخرج قانوني لتجاوز العقبة المذكورة، يرى الاتجاه الحديث في هذا المجال^(٤٧)، أن ارتباط اختصاص القاضي الإداري بالقواعد

(٤٤) ففي البداية كان الخضوع لنظام قانوني أجنبي يرتكز على الإرادة الفردية للإدارة، وقد حدث ذلك في حكم Fourny الصادر عام ١٩٦٨، ففي هذه القضية نفذ مجلس الدولة الفرنسي التعليمات الوزارية بشأن حساب تعويض الزوجين Fourny وفقاً للقانون الغيني، وبعد ذلك، وفي حكم Johnston لعام ١٩٨٣ أخضع مجلس الدولة للعقد للقانون البريطاني على أساس الإرادة المشتركة للأطراف. انظر للمزيد بشأن اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص: (بكر، محمد عبد العزيز علي، أثر شرط التحكيم...، ص ٥٠-٥٢)، مرجع سابق.

(٤٥) انظر في ذلك بالتفصيل: (بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ص ٥٠٥)، مرجع سابق.

(٤٦) يراجع في ذلك مع مزيد من التفاصيل: (عباس، وليد محمد، ص ٢٨٥-٢٨٩)، مرجع سابق.

(٤٧) انظر في هذا الاتجاه، الآراء الفقهية التي أشار إليها: (المرجع السابق، ص ٢٩٦ وما بعدها).

القانونية المطبقة على موضوع النزاع، لا يشكل مبدأ عاماً مطلقاً، وإنما يعد مجرد قاعدة فنية؛ وضعت من أجل إيجاد حل للمشاكل المتعلقة بتوزيع الاختصاص القضائي. ويستند هذا الاتجاه في تدعيم وتعزيز رأيه بالقول: إن القاضي العادي يستعين بقواعد القانون الإداري في كثير من الأحيان من أجل الفصل في موضوع النزاع المعروض أمامه، وهو الأمر نفسه الذي يحصل في الأحكام الصادرة عن القاضي الإداري، والتي يتم اللجوء فيها إلى قواعد القانون الخاص من أجل إيجاد حل للمنازعات التي تدخل في اختصاصه القضائي.

فهذه الممارسات القضائية تفيد بما لا يدع مجالاً للشك، بأن مسألة القانون المطبق على الموضوع لا ترتبط بأي حال من الأحوال بمسألة الاختصاص القضائي بنظر النزاع، بل تعتبر الأولى منفصلة ومستقلة عن الثانية، لأن القاضي الإداري إذا كان يستطيع أن يطبق قانوناً آخر غير القانون الإداري بشأن موضوع النزاع المثار أمامه، فإنه من باب أولى، يستطيع تطبيق القانون الإداري الأجنبي، وهذا يؤدي بدوره إلى تقبل إدخال نظرية العقد الإداري في النظام القانوني لعقود الدولة، وإعمال أحكامها عندما تشير إرادة الأطراف إلى تطبيقها.

ولكن ينبغي القول من ناحيتنا، أن هذا التطبيق لا بد أن يرافقه اعتراف للقاضي الإداري باستعمال المنهج الثنائي - أي منهج قاعدة الإسناد - في إعمال القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الإدارية، واستعمال هذا المنهج المزدوج أمام القاضي الإداري يعد في الواقع تطوراً حديثاً، فرضه واقع تشابك العلاقات الدولية ووجود عقود الدولة في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، وهو تطور ما زال في مرحلته التجريبية، لكون العقد الإداري يمثل الميدان التجريبي لمنهج التنازع في القانون العام، الأمر الذي يستلزم إيجاد الحلول المناسبة من أجل الوصول إلى إعمال هذا التطبيق بشكل مقبول ومناسب، لكون المشكلة في موضوع تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، تتلخص بأن القاضي الإداري في حالة وجود عنصر أجنبي في النزاع المائل أمامه، ينبغي أن يعتمد تطبيق منهج التنازع على أساس التمييز بين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وبهذه المثابة سيكون القاضي الإداري أمام خيارين: الأول إما أن يقرر اختصاصه بنظر النزاع، لأن العقد يندرج ضمن خانة العقود الإدارية، وفي هذه الحالة إما أن يطبق القانون الإداري الوطني أو القانون الأجنبي؛ حسبما تشير إلى ذلك قاعدة الإسناد. والخيار الثاني أن يرفض نظر النزاع، لأن العقد ليس عقداً إدارياً ولا يندرج تبعاً لذلك ضمن اختصاصه.

وعلى هذا النحو فإن تبني القاضي الإداري لمنهج التنازع يقتضي منه أولاً: التأكد من الصفة الإدارية للعقد، قبل أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق، فإذا وجد عقداً يحتوي على عنصر أجنبي، فإنه لا يحكم باختصاصه بنظر النزاع إلا بعد أن يتأكد من أن العقد تتوافر فيه المعايير المميزة للعقد الإداري، وبعد أن يحدد اختصاصه بنظر النزاع، فإنه ينبغي عليه، ثانياً: البحث عن النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد، وهنا يتم إعمال قاعدة التنازع، وهي -أي قاعدة الإسناد- إما أن تشير إلى القانون الوطني، فيخضع العقد للقانون الإداري، وإما أن تشير إلى القانون الأجنبي فيطبق هذا القانون. وبناءً على هذا التحليل، فإن العقد الإداري لا يتعارض مع منهج تنازع القوانين، بل أن منهج التنازع يوضح المفهوم المتفرد للعقد الإداري كما يصفه البعض^(٤٨)، والعودة لهذا المبدأ تعني الأخذ بمفهوم الاختصاص القضائي، وإهدار مفهوم القانون الواجب التطبيق عندما يكون القاضي الإداري مختصاً بنظر النزاع.

وهكذا نخلص إلى القول مما سبق، أن القاضي الإداري إذا عُرض عليه نزاع ناشئ عن عقد من عقود الدولة يمكنه تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إلى تطبيقه قاعدة التنازع، حتى ولو تم تكييف العقد كعقد إداري، فالعقد الإداري لا يتعارض معه تطبيق منهج التنازع، وليس بالضرورة إذا كان القاضي الإداري مختصاً بنظر النزاع أن يكون قانونه هو الواجب التطبيق، وليس معنى وجود اختصاص للقاضي الإداري بنظر النزاع ألا يطبق منهج التنازع، بما قد يؤدي إليه هذا المنهج إلى تطبيق القانون الإداري الأجنبي في حال وجود مثل هذا القانون في النظام القانوني الأجنبي.

المطلب الثاني

إعمال المحكم الدولي لمنهج التنازع في عقود الدولة

تعتبر فرضية عرض النزاع أمام المحكم الدولي في عقد من عقود الدولة من الفرضيات الأكثر شيوعاً وانتشاراً في المعاملات الدولية في الوقت الحالي، وأكثر خطورة إذا ما قورنت بفرضية إعمال القاضي الإداري لمنهج التنازع، على اعتبار أن إدراج شرط

(٤٨) انظر: (بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري...، ص ٥١٥ - ٥١٦)، ولنفس المؤلف: (أثر شرط التحكيم...، ص ٤٨-٤٩)، مرجع سابق، ويشير د. بكر في مؤلفه الثاني، ص ٤٠ وما بعدها إلى أن هنالك سبباً آخر ساعد على ظهور فكرة تنازع القوانين في مجال العقد الإداري الدولي نتج عن تطور التعاون اللامركزي بين الهيئات الإقليمية في أوروبا، وهو ما أثار موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين تلك الهيئات التي تنتمي للقانون العام، وصدرت عدة اتفاقيات لترسيخ أسس التعاون بين الهيئات الإقليمية في تلك البلدان.

التحكيم الدولي أصبح من الشروط المعتاد تواجدها بصورة دائمة في عقود الدولة كآلية طبيعية لحل المنازعات التي تثور بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة، والذي يجعل من وجوده بها من عوامل تميزها وذاتيتها، بحيث أصبح التحكيم في هذا المجال -كما يرى البعض^(٤٩)- «واقعاً يفرض نفسه كشرط حتمي لبقاء الدولة في المنظومة الاقتصادية الدولية». لا سيما أن المستثمر الأجنبي عادة لا يحد للجوء إلى قضاء الدولة - أي دولة- وإنما يفضل الاعتماد على القضاء الخاص المتمثل بالتحكيم، والذي يرى فيه القضاء الطبيعي في هذا المجال.

ففي هذا الخصوص، هل سيلتزم المحكم في عقد من عقود الدولة بتكييف العقد كعقد إداري ويطبق قانون الدولة المتعاقدة أم أنه سيهرب من فكرة العقد الإداري لأنظمة قانونية أخرى؟ مع العلم بأن المحكم ليس لديه قواعد إسناد خاصة به كالقاضي، فهو لا يحمي نظاماً عاماً داخلياً، وهو ليس بحارس للنظام العام في قانون الدولة المتعاقدة، وغير مكلف من قبل الدولة بتطبيق قانونها، وهو بالوقت نفسه لا يستهدف بعمله تحقيق المصلحة العامة للدولة المتعاقدة أو لأي دولة أخرى.

للإجابة عن هذا التساؤل كان لزاماً علينا أن نفرق بين حالة وجود اختيار صريح لنظام قانوني يحكم العقد، وبين حالة غياب إرادة الأطراف بتطبيق نظام قانوني معين، ففي حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار نظام قانوني معين يحكم عقد الدولة، تناط مسألة تحديد هذا القانون بهيئة التحكيم التي تستعمل صلاحيتها ضمن ضوابط معينة، تشير عادة إلى النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة، الذي يكون في الغالب هو القانون الواجب التطبيق الذي يحكم مختلف الجوانب العقدية للنزاع^(٥٠).

(٤٩) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، ٢٠٠٦، ص ١٣٩).

(٥٠) انظر: (راشد، سامية، ١٩٨٤، ص ٦٢)، وانظر كذلك دراستنا (خويرة، بهاء الدين مسعود، ص ٢٤٤-٣٠٤)، مرجع سابق، حيث تطرقنا لمسألة دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند انعدام اختيار المتعاقدين لنظام قانوني يحكم عقد الدولة الإداري، وانتهينا -كما انتهت بعض الآراء الفقهية- بعد عرض ومناقشة الخيارات المتاحة أمام المحكم إلى القول: «إن خضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يعد الحل الطبيعي الذي يتماشى مع ذاتية هذه العقود، والذي تشير إلى تطبيقه المعايير والضوابط المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص، إضافة إلى وجود قرينة مفترضة مستفادة من وجود الدولة كطرف في العقد، وهو الحل الذي كرسه أيضاً الاتفاقيات الدولية الناظمة للتحكيم في مجال عقود الدولة، وتحديدًا اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ التي أشارت إلى أعمال القانون الوطني للدولة المتعاقدة سواءً في حالة اختيار هذا القانون من قبل الأطراف المعنية أو في حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار».

والحقيقة أن فرضية تطبيق القانون الإداري في حال عدم اتفاق الأطراف على تحديد نظام قانوني يحكم العقد ستكون صعبة التحقيق، إذا ما قورنت بحالة اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين أو نظام قانوني معين يندرج ضمن القوانين الوطنية لإحدى الدول، ويكون هذا القانون يعرف فكرة ازدواجية القواعد القانونية، ففي هذه الحالة سيكون من واجب هيئة التحكيم تطبيق فرع القانون الأكثر انطباقاً على موضوع النزاع، نزولاً من واجبها في إعمال القانون الواجب التطبيق على الوقائع المعروضة عليها، بحيث إذا تم تكييف العقد كعقد إداري، بحسب المستقر عليه في الأنظمة القانونية التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج مثل فرنسا ومصر والأردن، فإن تطبيق القانون الإداري سيكون أمراً منطقياً من قبل المحكم، لأن دوره ينبغي أن ينحصر في تطبيق القانون الوطني المختار كما أراه مشرعه (أي مشرع هذا القانون)، وبالتالي يتوجب عليه تطبيق هذا القانون على نحو يراعي فيه التفسير المعتمد في البيئة التي ولد فيها هذا القانون^(٥١).

لذلك فمن الطبيعي عندما يتضمن عقد من العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية شرطاً ينص على خضوعه لقانون الدولة الطرف فيه، دون إضافة أي تفصيل آخر، أن يعود للمحكم النظر في مسألة ما إذا كان الخيار الذي عبّر عنه الأطراف ينصب على قواعد القانون الإداري الداخلي لهذه الدولة أو على قواعد قانونها الخاص، -هذا بالطبع إذا كان القانون المختار يعرف مثل هذا التمييز في القواعد القانونية-، ولكن حتى لو تم البت في هذه النقطة سلباً من المحكم، فإنه من الممكن أن يعاد طرحها أمام القضاء عند البحث في مسألة الاعتراف بالقرار التحكيمي أو طلب تنفيذه^(٥٢).

وبذلك نلاحظ مما سبق أن إعمال قواعد تنازع القوانين على العقد الإداري، والتي تجد صعوبة في تطبيقها أمام القاضي الإداري، كما رأينا، لن توجد أمام المحكم الدولي بنفس درجة الصعوبة تلك، وتعليل ذلك ببساطة يكمن في أن المحكم الدولي لا يحكمه مبدأ الاختصاص يتبع الموضوع المعمول به أمام القاضي الإداري، بل أن إعمال قواعد التنازع يعد مجالاً مألوفاً بالنسبة للمحكم الدولي على عكس القاضي الإداري الذي يعد بالنسبة له مجالاً جديداً للارتياح^(٥٣).

(٥١) حمزة، هاني محمود، ٢٠٠٨، ص ٨٠-٨١).

(٥٢) (خويرة، بهاء الدين مسعود، ص ٢٩٦)، مرجع سابق.

(٥٣) (بكر، محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري...، ص ٥٢٢-٥٢٣)، ولفس المؤلف: (أثر شرط التحكيم...، ص ٢٦).

غير أن هذا التحليل النظري قد لا يتلاءم مع واقع يشير لغاية الآن وبحق، إلى وجود إرهاصات للفكر التقليدي الرافض تماماً لتطبيق قواعد القانون العام ضمن نطاق منهج التنازع، والذي ألقى بظلاله على استخدام مفهوم العقد الإداري في مجال العقود التي تجريها الدولة على الصعيد الدولي.

فاستخدام هذا المفهوم ظل حتى يومنا هذا يواجه معارضة قوية، انطلاقاً من الرأي القائل بأن استعمال مفهوم العقد الإداري يؤدي إلى تطبيقه خارج ميدانه الطبيعي، خاصة أن القوانين الداخلية لعدد كبير من الدول لا تعرف مبدأ التفريق بين العقود الإدارية والعقود الخاضعة للقانون الخاص، كما هو الحال في نظم بعض الدول التي تتبنى نهج النظام الأنجلو سكسوني، وهي نظم قانونية تحتل مركز الصدارة في عالم القانون^(٥٤).

وفي السياق نفسه يشير البعض إلى أن القانون الدولي لا يفرق بين العقود الإدارية والعقود الخاضعة للقانون الخاص، بحيث إن اعتماد هكذا تفريق في مجال «عقود الدولة» من شأنه المساس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو مبدأ ينبغي احترامه في كافة العقود الدولية، بما في ذلك عقود الدولة أياً كان تكييفها وطبيعتها القانونية^(٥٥).

ومن أجل الإمساك بخيط الخلاف الأساس نحو إمكانية خضوع العقد الإداري لمنهج التنازع في النزاع المثار أمام المحكم الدولي؛ لا بد من تركيز النظرة حول مسألة اختيار أو تحديد نظام قانوني حاكم للعقد يعرف التفرقة التقليدية بين العقود الإدارية والعقود المنتمية للقانون الخاص.

فمن المعروف أن اختيار نظام قانوني معين ليحكم عقد الدولة تحركه أساساً، النتائج المادية المترتبة على أعمال قواعد هذا النظام القانوني المختار على العقد، سواء فيما يتعلق بالآثار الناجمة عن العقد فيما يخص تنفيذه أو عدم تنفيذه، وكذلك فيما يتعلق بمدى إمكانية تعديل شروط العقد وكيفية تفسيره وتطبيقه، من هنا انطلقت التفسيرات المتناقضة إزاء تطبيق قواعد القانون الإداري على عقود الدولة، ليس فقط بسبب طبيعة تلك العقود؛ وما تفرزه من إضفاء المشروعية على تدخل الدولة بتعديل شروط العقد، وغير ذلك من السلطات الممنوحة للإدارة في العقد الإداري، فهذه المسائل تقع في إطار النتائج المترتبة على مقدمات تحديد القانون الواجب التطبيق، تلك الأخيرة التي ترتبط

(٥٤) انظر: (البارودي، علي، ص ٧٣)، مرجع سابق.

(٥٥) (سليم، هادي، ٢٠٠٤، ص ٢٢).

ارتباطاً لا يقبل التجزئة بمسألة تكييف عقد الدولة ذاته، لكون تحديد ذلك القانون يعد نتيجة طبيعية لما ينتهي إليه ذلك التكييف، لذلك كان الهروب من مسألة تكييف العقد هو في حقيقته هروب من طبيعة القانون الواجب التطبيق على العقد الذي سيؤدي إليه هذا التكييف، وهو القانون الإداري عندما تكون إزاء عقد تتوافر فيه المعايير اللازمة لإضفاء هذه الصفة عليه.

ولعل مدخلات الأفكار المتقدمة تفسح لنا الطريق أمام الإدلاء ببعض المخرجات ذات الطبيعة القانونية المجردة؛ لعلنا نصل في نهاية الأمر إلى نتيجة تثبت أو تشير على أقل تقدير بأن الخلاف الأساس حول إشكالية ملاءمة نظرية العقد الإداري للتطبيق على عقود الدولة، ليست في حقيقتها مسألة خلاف بين وجهات نظر قانونية بقدر كونها مسألة تنذر بوجود أزمة ثقة حقيقية تجاه تطبيق مبادئ ونظريات القانون الإداري.

أولاً: لا يخفى على المتخصصين وغيرهم، بأن سلطة المحكم في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع في حال انعدام اختيار الأطراف لتلك القواعد، يجب أن «تتوافق مع التوقعات المشروعة للفرقاء»^(٥٦)، وحين يتفق الأطراف على اختيار قانون دولة ليحكم العقد المبرم بينهما، دون إضافة تحديد ما لقواعد معينة فيه للانطباق على العقد، فإن ذلك يعني أن القانون المختار هو الذي يحدد بنفسه المعايير اللازمة لإعمال الأنظمة القانونية المختلفة التي يتضمنها، وذلك تبعاً لطبيعة العقد وتكييفه القانوني، ولا يجوز تبعاً لذلك، قيام هيئة التحكيم بتطبيق نظام قانوني آخر، لأن ذلك يُمثل انتهاكاً واعتداءً على الاختيار الصادر عن الأطراف الوارد في العقد نفسه، وتكون هيئة التحكيم عندئذ لم تخطئ في تطبيق القانون المختار فحسب، بل تجاوزت حدود المهام المنوط بها^(٥٧).

وهذا ما فعلته هيئة التحكيم في القضية المعروفة (Chromalloy)^(٥٨)، حينما قضت بأن إنهاء الطرف المصري للعقد يعد إجراءً غير قانوني، وألزمت الدولة المصرية (ممثلة بهيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية) بدفع تعويضات للشركة الأمريكية (Chromalloy Aero services) تجاوزت سبعة عشر مليون دولار أمريكي. وعلى أثر ذلك طعن الطرف المصري ببطلان حكم التحكيم أمام محكمة استئناف القاهرة، التي قضت ببطلان التحكيم لسبب رئيس يتمثل بكون «العقد محل المنازعة هو

(٥٦) انظر: (سلامة، أحمد عبد الكريم، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، ص ١١٤)، مرجع سابق.

(٥٧) انظر: (الحداد، حفيظة السيد، الاتفاق على التحكيم، ص ٦٦-٦٧)، مرجع سابق.

(٥٨) انظر في هذه القضية: (BOIVIN, R., ٢٠٠٢, p. ٢٩٢)، وكذلك: (T. OSTROWSM, STEPHEN)

and SHANY, YUVAL November ١٩٩٨, pp. ١٦٥-١٦٩٣).

عقد إداري، وأن الإدارة أظهرت نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر بما تضمنه العقد من حق جهة الإدارة في توقيع جزاءات مالية في بعض الحالات وسلطتها في إنهاء التعاقد في حالات معينة بإرادتها المنفردة، وهي شروط استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص»، وقررت المحكمة بشكل واضح بأن: «العقد تضمن النص على أن القانون الواجب التطبيق - بمعرفة هيئة التحكيم - هو القانون المصري، مما يعني أن المقصود هو القانون الإداري المصري، فإذا أعمل حكم التحكيم؛ القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق في العقد على أعمال أحكامه بما تتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في القانون^(٥٩).

ثانياً: إن مسألة عدم الثقة التي يبديها بعض الفقه إزاء تطبيق قواعد القانون الإداري مبعثها في حقيقة الأمر، الخلط بين مسألة جواز الاتفاق على التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الإدارية، وبين تطبيق القانون الإداري من الناحية الموضوعية، مما يستتبع استبعاد تطبيق قواعد القانون الإداري كنتيجة مسبقة لتبني هذا النمط من التفكير^(٦٠)، وهو خلط ينبغي تجاوزه؛ لأنه يوجد فرق واضح بين الاختصاص القضائي المنعقد للمحكم والاختصاص التشريعي المنعقد للقانون الوطني بكل ما يشمله الأخير من قواعد.

فاختيار الأطراف قضاء التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعة الناشئة بينهم لا يعني أن هذا الاختيار بحد ذاته يؤدي إلى اعتناق واختيار قواعد محددة يتعين إعمالها، لا سيما أن الاتجاه الراجح في الفقه يذهب إلى أن صياغة الأطراف لشرط القانون الواجب التطبيق على العقد من شأنه إلزام المحكم باحترام القانون المختار ووضع هذا القانون فوق العقد، وهذا يعني أن القانون المختار يُقدم على الشروط التعاقدية، والشروط التعاقدية تفسر في إطار هذا القانون^(٦١).

(٥٩) انظر في النص الكامل لأسباب ومنطوق هذا الحكم منشور في ملحق مؤلف: (الحداد، حفيظة السيد، الاتفاق على التحكيم، ص ٨٩-٩٨)، مرجع سابق، والجدير بالذكر أن أغلبية المحكمين في الحكم التحكيمي المحكوم ببطلانه (المحكم المعين من الشركة الأمريكية ورئيس هيئة التحكيم) قاموا بتطبيق القانون المدني المصري دون القانون الإداري، وامتنع المحكم المصري د. محمود الشراقوي عن توقيع الحكم وكتب رأياً منفرداً في موضوع النزاع منشور باللغة الفرنسية في مجلة: Mealey, s Int. Arb. Report, August, ١٩٩٦, p. ٥٢.

(٦٠) انظر ما أشار إليه: (حمزة، هاني محمود، ص ١٦٦-١٦٨)، مرجع سابق.

(٦١) بل أن بعض الفقه يذهب إلى عدم ضرورة وجود صلة ما بين العقد والقانون الذي اختاره الطرفان =

أُضيف إلى ذلك أن إعمال قواعد القانون الإداري على عقود الدولة لا يؤمن مصلحة الدولة المتعاقدة فقط، ولكنه يحقق مصلحة الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة بشكل أفضل من تطبيق القانون المدني وتكييف النزاع ضمن عقود القانون الخاص^(٦٣).

وهو ما حصل تحديداً في قضية شركة (Eurotunnel)^(٦٣)، وهي المشروع المزدوج الجنسية والمثلة بالشركتين (France Manch و Channel Tunnel) التي أبرمت عقداً مع السكك الحديدية الفرنسية والبريطانية، ولقد تضمن العقد تحديد القانون الفرنسي كقانون مختار من قبل الأطراف لحكم العقد وتفسيره، وبسبب المصاعب غير المتوقعة التي صادفت تنفيذ المشروع، والتي أدت إلى تحمل المشروع تكاليف إضافية لم تكن في الحسبان، طالبت شركة Eurotunnel بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية المعمول بها في مجال العقود الإدارية، والتي تؤدي إلى إعادة التوازن الاقتصادي والمالي للعقد؛ بغية تمكين الطرف المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية تحقيقاً لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، لكن هيئة التحكيم رفضت إعمال قواعد القانون الإداري الفرنسي، واكتفت بإعمال قواعد القانون الخاص^(٦٤)؛ مستندةً في ذلك إلى الطابع الدولي

= لكي يحكمه، فلا شيء يمنع المتعاقدين من اختيار قانون دولة محايدة، إذا كانت مصلحتهما تقتضي ذلك، أو اختيار نظام قانوني ما ليطبق على العقد ولو لم يكن تابعاً لدولة ما، كاختيار قانون التجار مثلاً (Lex Mercatoria). انظر في ذلك: (دواس، أمين رجا رشيد، ص ١٤١-١٤٢)، مرجع سابق، وللإستزادة حول خضوع عقود الدولة لقانون التجار (Lex Mercatoria) انظر: (خويرة، بهاء الدين مسعود، ص ٢٩٧ وما بعدها)، مرجع سابق.

(٦٢) فالإدارة إذا كانت تتمتع بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي، بما من شأنه أن يضمن تحقيق المصلحة العامة ويؤمن سير المرفق العام سيراً طبيعياً و بانتظام واطراد، فإن المتعاقد مع الإدارة من ناحية أخرى يتمتع بمزايا لا توجد عادة في العقود المدنية، تضمن له الحق في الوصول إلى التوازن المالي للعقد، خاصة في حالة استخدام الإدارة سلطة التعديل الممنوحة لها، إذ تقضي العدالة بضرورة إعادة التوازن المالي الذي أبرم العقد على أساسه، وذلك بمنح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عن الأضرار التي تكون قد لحقت بمركزه التعاقدية نتيجة ممارسة الإدارة حق التعديل. انظر في فكرة التوازن المالي للعقد الإداري: (خويرة، بهاء الدين مسعود، ص ٣٤٦ وما بعدها والمراجع التي أشار إليها)، مرجع سابق.

(٦٣) انظر في هذه القضية بالتفصيل: (الحداد، حفيفة السيد، الاتفاق على التحكيم...، ص ٦٨-٨٥)، مرجع سابق.

(٦٤) الجدير بالذكر أن القانون المدني الفرنسي لا يعرف نظرية الظروف الطارئة، لأنها نظرية أصيلة من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي تطبق في مجال العقود الإدارية تطبيقاً لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهذا هو سندها لدى المشرع الفرنسي، بخلاف الحال لدى بعض التشريعات العربية مثل المشرعين المصري والأردني اللذين تعرضا بالنص عليها في القانون المدني (المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري، تقابلها نص المادة ٢٠٥ من القانون المدني الأردني).

للعقد، والذي يدل عليه ويؤكدته مشاركة مشروع عام إنجليزي، والتدخل المباشر في العقد من قبل المملكة المتحدة، ومثل هذه العقود لا تندرج بالضرورة في نطاق أعمال القانون الإداري؛ لأن القانون الإداري بطبيعته لا يعني بحكم علاقات الأشخاص العامة الأجنبية.

من الأمور المثيرة للاستغراب والدهشة، تبني هيئة التحكيم في منازعة شركة Eurotunnel لفكرة الطابع الدولي للعقد من أجل نفي صفة الطابع الإداري في العقد محل المنازعة، معتبرةً التجاء الأطراف إلى التحكيم التجاري الدولي يتضمن بالضرورة أعمال قواعد القانون الخاص في القانون المختار دون قواعد القانون الإداري، وهو قول يتعارض مع فكر الاتجاه الحديث في فقه القانون الدولي الخاص الذي لا يرى تعارضاً بين الصفة الدولية للعقد مع نظرية العقد الإداري، انطلاقاً - كما رأينا سابقاً - بأن عقود وقواعد القانون العام لم تعد بمعزل عن منهج التنازع المعروف في القانون الدولي الخاص.

وعود على بدء، يمكن أن نلمس بوضوح أن عقدة التخوف من تطبيق قواعد القانون الإداري في المعاملات الدولية الخاصة، تجد سببها الرئيس في النظرة غير المتكاملة وغير المتوازنة لقواعد القانون الإداري ككل، تلك النظرة التقليدية المعادية للقانون الإداري، والتي تزعم أن هذا القانون قانون استثنائي يكيّد بالمصالح الخاصة، ويضع حظوظ نجاح المشروع الأجنبي على المحك نظراً للسلطات المتميزة التي يمنحها للدولة المتعاقدة في العقود الإدارية، وهي مزاعم ثبت عدم صحتها من الناحية القانونية المجردة من أية بواعث شخصية أو انتقائية. نرغب أن نختتم بها دراستنا

في نهاية المطاف، وانسجاماً مع تحقيق أهداف هذه الدراسة، فإنه لا بد من التذكير والتأكيد على الفكرة الجوهرية التي تنطق بالحقيقية الدامغة، والتي عبّر عنها الاتجاه الحديث في فقه القانون الدولي الخاص عندما انتهى إلى عدم وجود تعارض بين الصفة الدولية للعقد مع نظرية العقد الإداري، وبأن قاعدة قانون الإرادة، وهي الوسيلة الخالدة لتحديد النظام القانوني للعقود الدولية، لا يمكن أن تتعارض أو تتناقض مع الطابع الإداري للعقد، بل بالعكس زادت ثباتاً ورسوخاً؛ لكونها تمتلك قدرة عامة على السريان تغطي وتشمل علاقات القانون العام بجانب علاقات القانون الخاص.

الخاتمة

لقد حاولنا في هذه الدراسة تقديم دراسة علمية تحليلية نقدية، تعالج جزئية قانونية محددة، نعتقد بأنها على درجة عالية من الأهمية في الوقت الراهن، ألا وهي تطبيق منهج تنازع القوانين على مجالات القانون العام، واعتماد العقد الإداري أنموذجاً تطبيقياً لذلك.

ولقد تبين أن الاتجاه التقليدي الرافض لتطبيق القانون العام الأجنبي على عقد من العقود الإدارية، بدأ يخبو ويندثر أمام اتجاه حديث يدعو إلى مد تطبيق قاعدة التنازع لتشمل التنازع بين قواعد القانون العام، وهو اتجاه ينسجم مع ما تتمتع به قاعدة الإسناد من خاصية التجريد التي تؤدي بها إلى إسناد العلاقة لقانون معين دون الاعتداد سلفاً بطبيعة القانون الذي يحكم تلك العلاقة، وصولاً إلى إمكانية تطبيق قواعد القانون الإداري التي يتضمنها النظام القانوني الوطني، المختار من قبل الأطراف، أو المحدد من قبل المحكم عند غياب اختيار الأطراف.

لذلك لا يوجد من الناحية القانونية المجردة ما يبرر رفض تطبيق القانون الإداري الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة قانون الإرادة، سواءً من قبل القاضي الإداري أو من قبل المحكم الدولي، بل إن إعمال قواعد تنازع القوانين على العقد الإداري والتي تجد صعوبة في تطبيقها أمام القاضي الإداري، لن توجد أمام المحكم الدولي بتلك الدرجة نفسها من الصعوبة، لأن المحكم الدولي ببساطة شديدة، لا يحكمه مبدأ الاختصاص يتبع الموضوع المعمول به أمام القاضي الإداري.

أما التذرع بأن إعمال منهج التنازع في القانون الدولي الخاص لا يتلاءم مع فكرة العقد الإداري المعروفة في القانون الداخلي، نظراً لأنه لا يمكن إعمال مبدأ قانون الإرادة بالنسبة للعقود الإدارية، لما فيه من مساس بسيادة الدولة وسلطانها، فإنه قول يخلط بين الاختصاص القضائي المنعقد للمحكم، وبين الاختصاص التشريعي المنعقد للقانون الوطني بكل ما يشمله الأخير من قواعد قانونية.

في ضوء هذه النتائج المتقدمة، التي ابتغيها من خلال إيرادها تحقيق الأغراض العلمية المستهدفة من طبيعة إشكالية الدراسة الرئيسية، وجدنا أنه ليس هناك ما يمنع، كأصل عام، من تكييف عقد الدولة، كعقد من عقود القانون الخاص وتطبيق قانون الدولة المتعاقدة، كما أنه ليس هناك ما يمنع أيضاً من تكييف العقد كعقد إداري وتطبيق قانون غير قانون الدولة المتعاقدة، وذلك عندما تشير قاعدة الإسناد الخاصة بذلك إلى تطبيق ذلك القانون، فالعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة، من الممكن أن تكون عقود منتمية للقانون العام، ومن الممكن أن تكون من عقود القانون الخاص، ولا يجوز الخلط بشأن تكييف هذه العقود بين إعمال قانون الدولة المتعاقدة إعمالاً مباشراً نظراً لاتصال هذه العقود بالقانون العام بكونها عقوداً إدارية، وبين إعمال قانون الدولة

المتعاقدة بناءً على منهج تنازع القوانين الذي تشير إليه قواعد الإسناد، والتي قد يتحدد بموجبها قانون الدولة المتعاقدة، كقانون واجب التطبيق على عقد الدولة طبق نتيجة لاختيار الأطراف المتعاقدة صراحة هذا القانون ليحكم العقد.

لكن لا بد من الاعتراف، وفي ظل المعركة الجدلية القائمة إزاء تطبيق منهج التنازع في مجالات القانون العام عموماً، ومجال العقد الإداري بشكل خاص، بأن أزمة الثقة التي يبديها فقه القانون التجاري الدولي تجاه تطبيق القانون الإداري بصدد المنازعات الدولية الخاصة، ستضع الدولة، - وهي بصدد الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق في عقودها الإدارية -، أمام خيارات صعبة ودقيقة، لأنها لن تكون بمأمن، إذا كان الاختيار منصّباً على نظام قانوني يُقر ويعترف بالتفرقة المعروفة المعهودة بين العقود الإدارية والعقود المدنية، اللهم إلا إذا كان اختيار قواعد القانون الإداري، الوارد ضمن نطاق قانون الدولة المتعاقدة، ناتج عن إرادة صريحة ومؤكدة لا تثير اللبس أو الشك أو الاحتمال أو الغموض، وهو ما يعد بنظرنا - لغاية الآن - أمراً نادر الحدوث، وصعب المنال، لكثرة العراقيل والصعوبات الفنية والعملية التي تحول دون اعتماده من قبل الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والرسائل العلمية:

- بكر، محمد عبد العزيز، ٢٠٠١، أثر شرط التحكيم على المفهوم المتفرد للعقد الإداري، بدون طبعة، القاهرة: الجهاز المركزي للمحاسبات.
- بكر، محمد عبد العزيز، ٢٠٠٠، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية.
- الحداد، حفيظة السيد، ٢٠٠٣، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، بدون طبعة، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- الحداد، حفيظة السيد، ٢٠٠٧، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، بدون طبعة، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- حمزة، هاني محمود، ٢٠٠٨، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، ٢٠٠٦، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية: دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، ط١، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- خويرة، بهاء الدين مسعود، ٢٠١٤، أثر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مبدأ سيادة الدولة ومبادئ ونظريات القانون الإداري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية.
- دواس، أمين رجا رشيد، تنازع القوانين في فلسطين، الإصدار الأول، ط١، عمان: دار الشروق.
- راشد، سامية، ١٩٨٤، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة: الكتاب الأول/اتفاق التحكيم، بدون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ساري، جورج شفيق، ١٩٩٦، تطور طريقة ومعياري تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري، بدون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية.

- سلامة، أحمد عبد الكريم، بدون سنة نشر، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية تطبيقية، بدون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية.
- صادق، هشام علي، ١٩٩٧، تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، بدون طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- صادق، هشام علي، ١٩٩٥، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بدون طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- عباس، وليد محمد، ٢٠١٠، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية «دراسة مقارنة في: فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي»، بدون طبعة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- عبد المجيد، منير، ٢٠٠٠، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، بدون طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- عشوش، أحمد عبد الحميد، ١٩٨٩، تنازع مناهج تنازع القوانين، بدون طبعة، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.

ثانياً: الأبحاث:

- سلامة، أحمد عبد الكريم، ١٩٩٥، تأملات في ماهية قاعدة التنازع. المجلة المصرية للقانون الدولي، (الجمعية المصرية للقانون الدولي)، المجلد رقم ٥١.
- سليم، هادي، ٢٠٠٤، التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الدولة بين مفهوم العقد الإداري وضرورات الاستثمار. المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والعشرون.
- علي، البارودي، ١٩٦٨، القانون العام والقانون الخاص «تقسيم منتقد». مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، السنة الثالثة عشرة، ملحق العددين الثالث والرابع.
- القشيري، أحمد صادق، ١٩٦٥، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الحادي والعشرين.

ثالثاً: المراجع والوثائق الأجنبية:

- A.I.D.I.,Vol.56.1975.p.550.
- BOIVIN, R ,2002, International Arbitration with States: An Overview of the Risks. Journal of International Arbitration, (19), N 4.
- DOLEZ (B), Le juge administratif et les conflits de lois R.D.P.1995.
- J.P. NIBOYET, 1935, Les doubles impositions au point de vue juridique, Rec.Cours la haye.vol 31.
- McNair, Lord ,1957,The General Principles of Law recognized by Civilized Nations. The British Year Book of International Law, (33).
- Mealey, s Int.Arb.Report, August 1996.
- T.Ostrowsm, Stephen And Shany, Yuval ,November 1998, Chromalloy, United States Law and International Arbitration at the Crossroads. New York University Law Review, (Vol 73:1650).
- Revue Critique de Droit International Priv,1970.