كلية الحقوق
جامعة القاهرة

أثر تغير الظروف على تنفيذ العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث
وليد عبد المنعم أمين

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ محمد محمد بدران أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة	مشرفاً ورئيساً
الأستاذ الدكتور/ رجب محمود طاجن أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة	عضواً
المستشار الدكتور/ حمدى حسن الحلفاوى نائب رئيس مجلس الدولة	عضواً

٢٠١٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلا تُحَمِّلْنَا مَا لا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلانَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾

صَدقَ الله العظِيم

سورة البقرة – الآية رقم ٢٨٦

أُهدى هذَا العَـــملُ المُتَواضِـــعْ إلى

منْ أَســـألُ الله عزَّ وجـلَّ أن يَرزُقنِي بـــــرِّهم:

وَالِـدىَّ الحـــبيبين أَطـــالَ الله في عُـمْرِهَمـا

وَوَلـــــدَيَّ الغَـــاليين بَـــارِكَ الله فِـيـهـــــما

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين أن منَّ علَّى بفضله وجوده العظيم بإتمام هذا البحث، عسى أن يتقبله منا، علماً ينتفع به، وأن يكون فيه الخير العميم لكل من يجتهد في علم القانون.

ثم أما بعد،،

فمع كل خطوة نجاح نتقدم إليها، علينا أن نتذكر من كانوا عوناً في هذا النجاح، ونقدم لهم جزيل الشكر والتقدير.

وعليه، فإني أتوجه –أولاً– بأسمى آيات الشكر والامتنان لأستاذي العالم الجليل **الأستاذ الدكتور/ محمد محمد بدران**، أستاذ القانون العام، ورئيس قسم القانون العام ووكيل كلية الحقوق للدراسات العليا الأسبق بجامعة القاهرة، والذى تكرم مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وكان له السبق أن أنار لي الطريق بعلمه الغزير، ومعرفته الفذة، فقد كان علماً في القانون ومرجعاً في أصوله، ورَشفت من نبع علمه، وقنصت من درِّ بحره، وغَمرني بنصائحه الغالية، وتوجيهاته المثمرة، فَفَتح لي آفاق المعرفة في تعلم القانون وأصوله، وصَقل عندي حب المعرفة والاستزادة منها، الله أسأل أن يمن عليه بدوام الصحة والعافية، وأن يجزيه عنى وعن طلابه خير الجزاء، وأن يرزقه دوام السداد والتوفيق.

كما أخص بالشكر **أستاذيَّ الجليلين**: **الأستاذ الدكتور**: **رجب محمود طاجن**، أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة، **والمستشار الدكتور/ حمدي حسن الحلفاوي**، نائب رئيس مجلس الدولة–اللَّذين نهلت من علمهما واستفدت كثيراً من مؤلفاتهما الفقهية–على تفضلهما بقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة، وما اقتطعاه من ثمين وقتهما؛ لمراجعتها وإبداء الملاحظات القيمة عليها التي سوف يكون لها –بلا شك–عظيم الأثر على القيمة العلمية لها، كي تصبح مرجعاً هاماً لكل باحث يتخصص في القانون العام. الله أسأل أن يجزهما عنى وعن طلابهما خير الجزاء، وأن يرزقهما دوام السداد والتوفيق.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

١-مقدمة:

إن الأصل المستقر عليه في كافة العقود، هو تغليب مبدأ سلطان الإرادة، أو ما يعرف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[١]، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، وللأسباب التي يقررها القانون. وينبني على ذلك أنه إذا توافرت في العقد أركانه من تراض ومحل وسبب فإنه يقع صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين [٢]، ولا تستطيع إرادة إي منهما منفردة، ولا إرادة خارجية عنهما، إجراء هذا التعديل، كأصل عام [٣].

ويقتضي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن تكون للعقد المبرم قوة ملزمة في موضوعه[٤]، أي أن المتعاقد يلتزم بما ورد في العقد من ناحية،

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك: د. عبد الرازق أحمد السنهوري- الوسيط في القانون المدني- ج ١- مجلد ١- الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية –ص ١٨٢.
"تعني قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن ما اتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتهما يلزمهما. ولا يمكن لأحدهما أن ينفك منه، كأصل عام، بإرادته المنفردة. فالإرادتان اللتان حددتا كم الإلتزام، ومقابلة، وكيفية الوفاء به، وموعد هذا الوفاء، وغير ذلك من عناصر الإلتزام هما اللتان تملكان تعديل أي عنصر من عناصره".

(٢) نقض مدني جلسة ٢٨/ ٦/ ١٩٩٠ في الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٥٧ ق- مجلة القضاة- س ٢٥- العدد الأول- ص ٤٤٣.

(٣) وفي ذلك الإتجاه ذهبت محكمة النقض أيضاً إلى أن "العقد وعلى ما جرى عليه نص المادة (١٤٧) من القانون المدني شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تعديل العقود بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون الآخر ويؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية" . نقض مدني جلسة ٥/ ٤/ ١٩٩٩ في الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٦ ق- مجلة القضاة- س ٢٥ العدد الأول – ص ٤٤٤.

(٤) للمزيد حول أساس القوة الملزمة للعقد: د. نرمين محمد محمود صبح: العقد شريعة المتعاقدين والقيود التى ترد عليه فى قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣، ص ١٠ وما بعدها.

ولا يلتزم بما عداه من ناحية أخرى. فالعقد في قوته الملزمة يساوي القانون ويطبقه القاضي على طرفيه كما لو كان يطبق القانون[١].

وهذا المبدأ المستقر عليه في كافة الأنظمة القانونية يجد أساساً له في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة[٢]. حيث استقر الفقه الإسلامي- كأصل عام- على أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه.

فيجب على كل طرف تنفيذ ما يتولد في ذمته عن العقد من التزامات، وإلا كان مسئولاً عن إخلاله بالتنفيذ[٣].

وينطبق هذا المبدأ على كافة العقود، سواء كانت مدنية أم إدارية، وسواء كانت داخلية أم دولية، لذلك فإن العقود الإدارية الدولية شأنها شأن

---

(١) وهو ما أكده المشرع الفرنسي صراحة في المادة ١١٣٤ من القانون المدني على أن:
"les convention régalement formerets tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites"

(٢) قال الله تعالى في محكم تنزيله:
﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ﴾، سورة البقرة- الآية ١٧٧.
﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾، سورة المائدة – الآية ١.
﴿ ومن أوفى بما عاهد الله عليه الله فسيؤتيه أجراً عظيماً﴾ سورة النحل- الآية ٩١.
وقد تضمن صدر كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي كتبه لعمر بن حزم حين بعثه إلى نجران " هذا بيان للناس من الله ورسوله" " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – ج١ – دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة- ١٩٦٧- ص ٣٢،٣٣.
كما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " المؤمنون عند شروطهم".
د. عبد الرازق أحمد السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث – دار النهضة العربية – بدون سنة طبع – الجزء السادس- ص ٥١.
الأستاذ أحمد أبو الفتوح- كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية- الطبعة الأولى- (ديسمبر ١٩١٣) – ص ٢٨.

(٣) د. رشوان حسن رشوان أحمد- أثر تغير الظروف على القوة الملزمة للعقد- رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة – ١٩٩٤- دار الهاني للطباعة – ص ٢٧.

العقود المدنية الأخرى، التي يتمتع أطرافها -بحسب الأصل-بحرية تعاقدية في إبرام العقد، وفي العمل على تنفيذه ووضع نهاية له [١]،[٢].

بيد أنه قد تطرأ ظروف جديدة غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد تجعل من استمراره مستحيلاً أو مرهقاً لأحد المتعاقدين، مما يستلزم التدخل لإعادة التوازن العقدي بينهما.

وتتنوع أسباب تغير الظروف التي قد تؤدى إلى اختلال التوازن العقدي، فمنها ما قد تنسب لأحد طرفي العقد (الإدارة أو الطرف الأجنبي المتعاقد معها)، أو لإحدى سلطات الدولة ولو لم تكن هى الجهة المتعاقدة[٣]. وقد حدث مع ظهور الأزمة الاقتصادية وأزمة الديون خلال الثمانينات من القرن المنصرم، أن عجزت مصر – شأن غيرها من الدول – عن تدبير الأموال اللازمة لتمويل احتياجاتها المتزايدة لإنشاء المشروعات

---

(1) "La liberté pour les parties de se rencontrer, de former un contrat, de faire se dérouler le contrat et d'Y Mettre fin », maugué (ch), les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, A.J.D.A 1998, contrats, p.694".

مشار إليه في: د. فهد مرزوق فهد العنزي، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة في دولة الكويت-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٩٢.

(٢) غير أن هناك اتجاه آخر يرى أن طبيعة العقود الإدارية، وما تقتضيه من إجراءات خاصة، لضمان الشفافية وتحقيق أكبر قدر من المنافسة في إبرام هذه العقود، تؤثر على مبدأ الرضائية بين الأطراف المتعاقدة في العقد الإداري، ومع ذلك لا يشكك هذا الاتجاه في أساس العقد، باعتباره تلاقي إرادتين على الأقل، ولهذا يرى عدم الخلط بين الرضائية والحرية التعاقدية.

"Bruére (J.ch), le consensualisme dans les contrats administratifs, R.D.P. 1996, p.1731.

(٣) د. هبة محمد محمد عبد المنعم هزاع: التوازن العقدى فى العقود الإدارية الدولية، تطبيق على عقود الاستثمار، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣.

الاقتصادية والتنموية، كشق الطرق، ومد خطوط السكك الحديدية، وإنشاء المطارات، ومحطات توليد الكهرباء، فضلاً عن تجديد وتحديث أعمال البنية الأساسية القائمة، إذ تحتاج هذه المشروعات إلى استثمارات مرتفعة القيمة[١]، مما دفع الدولة إلى تغيير النمط التقليدى للعقود، ولعل النظام التعاقدى الجديد لعقود الدولة يتطلب حفظ التوازن المالى، وأن يأخذ فى الحسبان الحقائق الاقتصادية وانخفاض العملة فى الدول النامية، وارتفاع معدل التضخم وزيادة أسعار المواد الخام والتى تمثل عاملاً خارجياً إلى حدٍ كبير، وأن حرص الدولة على سير المشروع سيراً مطرداً يحملها على معاونة المتعاقد معها على نحو يعيد إلى العقد التوازن المالى، إذا ما حصل خلل لهذا التوازن[٢].

وقد عالجت النظم القانونية على اختلافها، إشكالية تغير الظروف فى العقود لا سيما طويلة الأجل. وفيما يتعلق بالعقود الإدارية الدولية نجد النظم اللاتينية – متأثرة بالفقه والقضاء الفرنسى – تتصدى لهذه الإشكالية من خلال ثلاث نظريات أساسية[٣]: نظرية عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة. فى حين نجد النظم الأنجلو أمريكية – المستمدة من الشريعة العامة – تميل إلى التطبيق الجامد لفكرة "قدسية العقد"[٤]. ولم يقتصر الأمر على قضاء الدولة بل امتد إلى الوسائل البديلة

---

(١) د. حمدى عبد العظيم: مشروعات البوت (B.O.T.) وأخواتها، الجوانب القانونية والاقتصادية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، ط ٢٠٠١، ص ١١.

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: القانون العام الاقتصادى والمتغيرات التشريعية الجديدة المتعلقة بالتحكيم وسعر العقد الإدارى، مقال بمجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة (٥٥)، يناير – مارس ٢٠١١، ص ٢٧.

(٣) د. مصطفى عبد المحسن إبراهيم الحبشى: التوازن المالى فى عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٤) يذهب البعض إلى أنه فى إطار روابط العقود الحكومية فى الولايات المتحدة لا يجوز لأحد طرفى العقد إن يستأثر بتعديل أحكام العقد إلا بموافقة باقى أطراف العقد.
د. عاطف محمد عبد اللطيف: امتيازات الإدارة فى العقد الحكومى فى النظام الأنجلو أمريكى والعقد الإدارى فى القانون المصرى. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥١٠.

كالتوفيق والتحكيم، إلا أن لجوء طرفى العقد إلى التحكيم الدولى يعزل قضاء الدولة – فى الغالب الأعم – عن تطبيق النظريات التى ابتدعها لمواجهة تغير الظروف بصفة عامة وفى العقود الإدارية بصفة خاصة.

٢- موضوع الدراسة:

تُعنى هذه الدراسة كما يتضح من عنوانها بدراسة أثر تغير الظروف على تنفيذ العقود الإدارية الدولية. فمن المسلم به أن هذه العقود تبرم بين طرفين قد ينتمى كل منهما لنظام قانونى مختلف عن الآخر، الدولة (أو أحد أشخاص القانون العام) من ناحية، والمتعاقد الأجنبى من ناحية أخرى، وقد تطرأ ظروف سياسية أو اقتصادية أثناء تنفيذ العقد الدولى مما يثير مشكلة أساسية ألا وهى كيفية التوازن بين الأهداف العامة التى تسعى الدولة لتحقيقها، وسير مرافقها بانتظام واطراد، والتى تحرص فى أغلب الأحيان على ممارسة حقوقها في فرض سلطتها العامة وسيادتها فيما يتعلق بمواردها الطبيعية ومصيرها الاقتصادى، وبين الأهداف الخاصة التى يسعى لتحقيقها الطرف الأجنبى المتعاقد معها. ونظراً لتمتع الدولة بسلطة تتمثل مظاهرها فى ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإنه يصبح من الضرورى بالنسبة للطرف الأجنبى تأمين نفسه ببعض الضمانات القانونية، بغرض حمايته بقدر كاف من الآثار التى قد يترتب على تغير الظروف أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وما قد ينجم عنها من اختلال فى التوازن العقدى بين طرفى العقد، أو ما قد ينجم نتيجة تدخل الدولة كسلطة عامة فى صورة إصدار حزمة تشريعية، أو فرض إجراءات سيادية أو إدارية أو قضائية دون مراعاة للظروف الطارئة.

وتنحصر المحاور الأساسية التى يدور فى فلكها هذا البحث فى الإجابة على تساؤلات محددة فرضت نفسها عند اختيار موضوع هذا البحث، وتفصيل هذه المحاور فى الآتى:

أولاً : مدلول العقود الإدارية الدولية: فمازال هناك غموض حول مدلول العقود الإدارية الدولية، وطبيعتها، وخصائصها؟ وما هو المعيار الذى تبنته التشريعات المقارنة لإسباغ الصفة الدولية على هذه العقود؟

ونظراً للخلط الذى وقع فيه البعض حول تحديد مدلول هذه العقود، فقد تطلب هذا الأمر تحديد كافة الجوانب المتعلقة بها على وجه الدقة، وصولاً إلى تحديد طبيعة هذه العقود والوقوف على الحدود الفاصلة بينها وبين غيرها من العقود الأخرى.

ثانياً: ما هو نطاق مبدأ القوة الملزمة للعقد الإدارى الدولى خاصة بعد تغير الظروف التى واكبت إبرامه؟ ذلك أن تنفيذ هذه العقود غالباً ما يستغرق مدة طويلة، وقد يحدث أثنائها أن تتغير الظروف السياسية أو الاقتصادية التى على أساسها تم التعاقد، الأمر الذي قد أضحى معه الاستمرار فى التنفيذ مرهقاً أو ضاراً بأحد المتعاقدين.

فإذا تغيرت الظروف هل يستمر الطرفان فى تنفيذ العقد الإدارى الدولى، وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين على الرغم أن هذا الأمر فيه إضرار بأحدهما؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات قد تبدو يسيرة فى ظل العقود الإدارية المحلية، إذ يكتفى حينئذ إعطاء هذه المستجدات التكييف السليم، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ثم تطبق القواعد المعمول بها فى هذا الشأن، بيد أن المسألة ليست كذلك فى العقود الإدارية الدولية، نظراً للتباين بين التشريعات الوطنية فيما يتعلق بمفهومهما عن نظرية الظروف الطارئة من جهة، والحلول التى تتبناها هيئات التحكيم الدولى تختلف إلى حد بعيد عن تلك المعمول بها فى التشريعات الوطنية من جهة أخرى.

ثالثاً : تثير دراسة العقود الإدارية الدولية المبرمة بين الدولة والمتعاقد الأجنبى مشاكل تنجم عن تمتع الدولة بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبى المتعاقد معها والذى يعد من أشخاص القانون الخاص.

وقد تكون المشاكل فى عدم التكافؤ فى المراكز الاقتصادية، فنجد أن الدولة على الرغم من تمتعها بمزايا استثنائية إلا أنها فى مركز اقتصادى أضعف من المتعاقد الأجنبى وخاصة فى الدول النامية، فقد تفوق ميزانية المتعاقد الأجنبى ميزانية الدولة ذاتها. فتتمسك الدولة بتطبيق أحكام القانون العام فى مواجهة الطرف الأجنبى ويطلب هذا الأخير تطبيق أحكام القانون الخاص حتى يقف على قدم المساواة مع الطرف الآخر فى العقد، أو يحاول طلب تطبيق القواعد الدولية أمام هيئة التحكيم ليتخلص من قيود التشريعات الوطنية.

وهذا المنحى له أهمية بالنسبة للمستثمرين الأجانب والدول النامية على حد سواء، فهى تساعد المستثمر على وجود أرض خصبة للاستثمار وتحقيق أرباح ومواجهة الظروف المتغيرة عند تنفيذ العقد، وتساعد الدول النامية على بناء هياكل اقتصادية جديدة، وتنظيم البنية الأساسية، وإدارة مرافقها العامة على نحو يأخذ بيد تلك الدول والوقوف على عتبات التقدم الاقتصادى.

رابعاً : مدى مواكبة النظريات التقليدية فى مجال العقود الإدارية لمواجهة تغير الظروف للتطورات الحديثة فى مجال العقود الإدارية الدولية، خاصة أن بعض هذه العقود – كعقد الفيديك بخلفيته القانونية الأنجلو أمريكية – وقد تحيط بها بعض الصعوبات فى النظام القانونى المصرى لاختلاف كلا النظامين عن الآخر، فبينما يعالج النظام القانونى المصرى