القانون
مجلة علمية نصف سنوية محكّمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية
تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان
EISSN : 2602-5159 ISSN : 2170 -0036
المجلد 08 / العدد 01- 2019

تطبيقات قضاء التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية

Applications of Arbitration Judgment fo the Exception of Contract Non-Performance r in international administrative contracts

زينب سالم
طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة
Email:Zins5555@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2017/12/23 تاريخ القبول: 2019/05/25 تاريخ النشر: 2019/11/23

ملخص:

إن دراسة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تثير العديد من المشاكل القانونية التي تتسم في ان واحد بصعوبتها وبحدتها، فقد تثور نزاعات بين طرفي هذه العقود في مرحلة تنفيذها، بأن يخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، فيمتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه ، ليعرض هذا النزاع على هيئات التحكيم.

و لقد أقر قضاء التحكيم في العديد من المنازعات التي عرضت عليه الحق في التمسك بعدم التنفيذ، وذلك سواء من جانب المتعاقد الأجنبي، أو من جانب الدولة ذاتها ممثلة في أجهزتها المختلفة.ولكن هذا الإقرار لم يصل إلى حد الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية كمبدأ عام أو نظرية عامة تنطبق في جميع الحالات التي يخل فيها أحد طرفي العقد الإداري الدولي بالتزاماته مستحقة الأداء قبل الطرف الآخر، فهناك حالات رفض فيها قضاء التحكيم الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية.

الكلمات المفتاحية : العقد الإداري الدولي، قضاء التحكيم، المتعاقد الأجنبي، الدولة المتعاقدة، النزاعات.

Abstract :

The study of administrative contracts of an international nature

raises many legal problems that are characterized by their difficulty and severity. There may be conflicts between the parties to these contracts at the stage of their implementation, if one of the parties violates its commitment and the other party fails to implement its commitment, Arbitration.

In many disputes, the arbitral tribunal has been granted the right to invoke non-implementation, whether by the foreign contractor or by the State itself represented by its various organs. However, this recognition did not amount to the principle of non-performance in international administrative contracts as a principle General or general theory Applies in all cases where one party to the international management contract violates its obligations due to the other party, there are instances in which the arbitral tribunal has refused to accept payment of non-performance in international management contracts.

keywords:

International arbitration contract, arbitration court, foreigncontractor, contracting state, disputes

مقدمة:

أضحى التحكيم كنظام بديل عن القضاء في تسوية المنازعات، ويحظى بأهمية خاصة بالنسبة للعقود الإدارية الوطنية، إلا أن تكون تلك الأهمية تزداد اتساعا حينما يتعلق الأمر بعقد إداري دولي، إذ أن تسوية نزاعات هذا العقد عن طريق التحكيم قد يكون شرطا يفرضه الطرف الأجنبي لا ينعقد بدونه، وقد تقبل الدولة هذا الشرط رغبة منها في استحواذ الاستثمارات الأجنبية التي أصبح استقطابها في العصر الحالي يحظى بمنافسة واسعة بين دول العالم كافة.

ولا شك أن اشتراط الطرف الأجنبي للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تحدث مستقبلا من جراء تنفيذ العقد له ما يبرره، والتي أقل ما يقال بشأنها رغبة في تسوية منازعاته بسرعة وسرية، وبعيدا عن إجراءات التقاضي التي تتسم بالبطء، والخشية من محاباة الإدارة على حساب مصلحته، ولقلة تكاليفه، فضلا عما يتصف به حكم التحكيم من نهائية وعدم قابليته للطعن فيه.

ولكون العقد الإداري الدولي يرتب التزامات متقابلة على أطرافه، أقل ما يقال بشأنها التزام المتعاقد الأجنبي بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها وفي المواعيد

المحددة لذلك، والتزام الإدارة قبله بالوفاء بالمقابل المادي، وإزالة المعوقات التي تعترض تنفيذ العقد وتوفير الحماية له وغيرها من الحقوق والالتزامات.

وإزاء هذه الحقوق والالتزامات المتقابلة والمتولدة عن العقد الإداري الدولي يثار التساؤل حول إمكانية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية؛ هل يستطيع المتعاقد الأجنبي التمسك بالدفع في حالة إخلال جهة الإدارة بأحد التزاماتها؟ وما هو موقف هيئات التحكيم من جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟ وهذا ما سنتناوله بالدراسة من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الحالات التي أخذ فيها قضاء التحكيم بالدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الثاني: رفض قضاء التحكيم الإقرار بالدفع بعدم التنفيذ في بعض العقود الإدارية والدولية.

المبحث الأول: الحالات التي أخذ فيها قضاء التحكيم بالدفع بعدم التنفيذ

أقر قضاء التحكيم في العديد من المنازعات التي عرضت عليه الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك سواء من جانب الدولة، أو من جانب الدولة ذاتها ممثلة في أجهزتها المختلفة، وسوف نعرض لهذه الحالات في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : إقرار قضاء التحكيم لحق المتعاقد الأجنبي في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

في حالة إخلال المتعاقد الأجنبي بالتزاماته مع جهة الإدارة، سواء بالتأخير في تنفيذها أو عدم تنفيذها جزئيا أو كليا فإن من حق جهة الإدارة أن تتمسك بالدفع بعدم التنفيذ قبله، وذلك بأن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها بسداد مستحقاته بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض عن إخلال المتعاقد بالتزاماته جبرا لما أصابها من أضرار، وقد أكد على ذلك قضاء التحكيم في القضية الآتية:

-قضية شركة مقاولات افريقية ضد جهة حكومية افريقية[1]:

([1])حكم التحكيم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 1996/7/14 في القضية رقم 77 لسنة 1996، وانظر أيضا في عرض هذه القضية: د/ محي الدين علم الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري، دون دار نشر، 1986،ص65وما بعدها.د/علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص151 وما بعدها.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن حكومة دولة افريقية قامت بالإعلان عن مناقصة محدودة لتنفيذ قطاع معين من الطريق الدائري، وبعد تقديم العطاءات تم إسناد المناقصة إلى شركة مقاولات افريقية، وتم الاتفاق بين الطرفين على تنفيذ 12 عملا صناعيا، منها خمسة مشايات وسبعة كباري، وذلك خلال ثمانية أشهر تبدأ من تاريخ استلام الموقع خاليا من الموانع أو صرف دفعة مقدمة أيهما أقرب، ونظرا لضيق الوقت وضخامة العمل المطلوب من الشركة، فقد قام المقاول بتوفير المعدات والعمالة والمواد في ضوء البيانات المتاحة بقائمة الكميات والمواصفات، إلا أن جهة الإدارة لم تقم بسداد الدفع المقدمة إلا بعد سبعة أشهر من تاريخ توقيع العقد، كما لم تقم بتسليم موقع الأعمال نتيجة لوجود عوائق تحول دون ذلك، وهو ما يعد إخلالا من جانب جهة الإدارة بالتزاماتها.

وقد أدى ذلك إلى أن المقاول لم يستطع الوفاء إلا بنسبة 10%من التزاماته بعد مرور أربعة أشهر كاملة، ونظرا لكثرة العوائق توقف العمل وبدأت جهة الإدارة في إزالة العوائق لتمكين المقاول من العمل، حيث تم إعادة تسليم الموقع بعد سبعة أشهر.كما أضافت الجهة الإدارية بعض الأعمال الأخرى تمثل 15%من قيمة العقد بموجب خطاب موجه منها إلى المقاول.

ونتيجة لإخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وذلك بعدم قيامها بسداد الدفعة المقدمة فور التعاقد وتسليم الموقع خاليا من الموانع، وإيقاف الأعمال بناء على تعليمات السلطات، وكذلك إصدار أوامر تعديل لتتماشى مع ظروف الموقع، فقد استمر العمل حتى منتصف عام 1996 أي بزيادة قدرها أربع سنوات عن مدة العملية الأصلية وقدرها ثمانية أشهر، وهو ما أدى على وجود زيادة في أسعار مواد البناء والعمالة وضغط برنامج التنفيذ واختلال التوازن المالي للعقد وتحمل المقاول خسارة فادحة لأسباب لا ترجع له.

وقد طالب المقاول –الشركة المتعاقدة-بالتعويض استنادا إلى فتاوى مجلس الدولة المتعددة، وما استقرت عليه الأحكام، ومن أن إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها المتمثلة في عدم تسليمها الموقع المتفق عليه في المواعيد المحددة إلى تاريخ لاحق للتاريخ المحدد للانتهاء من تلك المرحلة يشكل خطا عقديا من جانبها يخول للمتعاقد الحق في طلب التعويض المناسب عن الضرر الذي لحق به من جراء هذا التأخير.

وبعد أن استعرضت محكمة التحكيم النصوص القانونية خلصت إلى ثبوت ركن

الخطأ في حق جهة الإدارة، وقضت بإلزام الحكومة الإفريقية بتعويض قدره 30 % من إجمالي قيمة العقد.

وما يهمنا هنا هو التأكيد على أن إخلال الجهة الحكومية الإفريقية بالتزاماتها الأساسية، وهي سداد الدفعة المقدمة، وتسليم الموقع خاليا من العوائق كان مبررا أساسيا إلى عدم نسبة أي إخلال على شركة المقاولات رغم تأخرها في التنفيذ، وهو ما يعني أن محكمة التحكيم قد أقرت حق الشركة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ قبل الجهة الإدارية، وبالتالي عدم توقيع جزاءات عليها نتيجة تأخرها في تنفيذ التزاماتها في الميعاد المحدد، وهو ما يتماشى مع ما سبق أن خلص إليه قضاء مجلس الدولة المصري من أن إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها الأساسية والإخلال الجسيم منها بحقوق المتعاقد يستوجب الخروج عن الأصل العام في الدفع بعدم التنفيذ، ويعطي المتعاقد الحق في التمسك به[1].

-قضية شركة أوروبية ضد مؤسسة عامة في إحدى الدول العربية[2]:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن مؤسسة عامة في إحدى الدول العربية تعاقدت مع شركة أوربية على إنشاء مرافق عامة، وتم الاتفاق على تعيين مهندس استشاري للعملية (شركة أوربية أخرى)، وأثناء تنفيذ العقد قامت المؤسسة العامة بعزل المهندس الاستشاري المتفق عليه، وبدلا من الاتفاق مع الشركة المتعاقدة على تعيين المهندس الاستشاري اعترضت الشركة المتعاقدة على ذلك.

وبعد استكمال الأعمال تقدمت الشركة المتعاقدة بطلب إلى غرفة التحكيم الدولية للمطالبة بالأجور الزائدة، والمتمثلة في تكاليف العمالة والمواد والمعدات الناتجة عن إخلال المؤسسة العامة بالتزامها بتعيين مهندس استشاري للعملية، وقد دفعت الجهة المتعاقدة ذلك بأن الشركة المتعاقدة لم تتقدم بهذه الطلبات في الميعاد المنصوص

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 12231 لسنة 47 ق، جلسة 2005/9/4.وكذلك حكمها في الطعن رقم 10572 لسنة 47، جلسة 2004/11/30.وحكمها ف في الطعن رقم 2801، لسنة 45 ق، 2002/1/15، مجلة المحاماة، العدد الثالث، 2003، ص355.

وفي فرنسا اعتبر مجلس الدولة الفرنسي تراخي الإدارة في تسليم المقاول المقياسات وخرائط العمل اللازمة للتنفيذ مبررا لعدم تنفيذه العقد في الميعاد انظرا:

C.E 9Avril 1954, société d'études générales optiques et radisphonique,R.D.P,1954 ,p835.

([2]) هذه القضية مشار اليها لدى: د/محمد نور شحاته، عقود تسليم المفتاح، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس عشر، ديسمبر 2010، ص182 و 183.

عليه في العقد، وهو ما يؤدي لسقوط حقها.

موقف هيئة التحكيم:

ذهبت محكمة التحكيم عند نظرها للموضوع إلى تكييف العقد بأنه عقد إداري، وأقرت بحق الجهة المتعاقدة في عزل المهندس الاستشاري، إلا أنها اعتبرت أن عزل المهندس الذي وافقت عليه الشركة المتعاقدة عند ابرام العقد وتعيين شخص بديل تابع لها يشكل مبررا للشركة المتعاقدة يؤخذ في الاعتبار عند تقدير عدم التزامها بالمواعيد المنصوص عليها في العقد.

وما يهمنا في هذا المقام هو أن هيئة التحكيم قد اعتبرت أن إخلال الجهة المتعاقدة بالتزامها بتعيين مهندس استشاري للعملية، وذلك بعزلها للمهندس المتفق عليه عند إبرام العقد وعدم تعيين مهندس بديل له، وتعيين أحد أجهزتها للقيام بالإشراف على العملية مبررا لعدم التزام الشركة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها في المواعيد المتفق عليها، سواء تمثلت في تقديم طلب الزيادة في تكاليف العمالة والمواد والمعدات، أو تنفيذ العملية في المواعيد المتفق عليها، حيث لم تلزم هيئة التحكيم الشركة المتعاقدة بأية غرامات أو تعويضات للجهة المتعاقدة عن مدة تأخيرها في التنفيذ، بل لم تسقط حقها في المطالبة في الأجور الزائدة.

وذلك يعني بجلاء أن هيئة التحكيم قد أضافت مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية وأعفت الشركة المتعاقدة من المسؤولية عنها؛ لكونها ناتجة عن إخلال الجهة المتعاقدة بالتزاماتها، وهو ما يتماشى مع قضاء وإفتاء مجلس الدولة في إضافة مدة التأخير إلى مدة تنفيذ العملية وإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير عنها، متى كانت راجعة إلى إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها كلها أو بعضها، وهذه إحدى حالات الخروج عن مبدأ جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

-عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام B.O.T:

من أهم التزامات الجهة الإدارية عموما هو تسليم موقع العملية خاليا من أي عوائق قد تتسبب في وقف أعمال التنفيذ، فإذا ما تأخرت الجهة الإدارية في تسليم موقع العمل وخصوصا في عقود B.O.T، إذ غالبا ما يتضمن نصا يقضي بتمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم موقع العمل، وذلك هو ما نصت عليه المادة 16 من

عقد منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الB.O.T.[1]

وهذا النص يمثل حالة من الحالات التي يجوز فيها للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من خلال منحه الحق في إضافة مدة التأخير في تنفيذ جهة الإدارة لأحد التزاماتها الأساسية، وهو تسليم موقع العملية خاليا من العوائق إلى مدة تنفيذ العملية، وذلك من خلال تمديد فترة الالتزام، ودون أي مسؤولية عليه في هذا الشأن.

- قضية الشركة الألمانية ضد الحكومة اليمنية[2]:

وتخلص وقائع القضية في أن الحكومة اليمنية قد اتفقت مع شركة ألمانية لتتولى إدارة مشروع لتربية الماشية، وتدريب العمالة، واستخدام أفضل الوسائل الفنية، إلا أن الشركة المذكورة رغم مرور ثلاث سنوات على التعاقد لم تحافظ على المواعيد المتفق عليها لتقديم المعدات، بل ولم تقم ببعضها نهائيا.

وبناء على ذلك امتنعت الحكومة اليمينية عن سداد باقي مستحقات الشركة الألمانية، وذلك بعد أن تسلمت المشروع حتى يتم تسوية الخلاف بينهما حول غرامة التأخير، مما حدا بالشركة الألمانية اللجوء إلى التحكيم والمطالبة بباقي المبالغ المستحقة لها والتعويض عن عدم سدادها في المواعيد المحددة.

موقف هيئة التحكيم:

ارتأت محكمة التحكيم بعد بحثها لكافة جوانب النزاع، أن التعويض المطالب به من جانب الشركة الألمانية يكون مستحقا إذا لم يكن للجانب اليمني سند في الاحتفاظ تحت يده بالمبلغ المستحق من الجانب الألماني، إلا أن الشركة الألمانية لم تنفذ التزامها في المواعيد المتفق عليها، وبناء عليه فإن من حق الجانب اليمني أن يتمسك بالمبدأ القائل بأن امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ يتيح للطرف الآخر أن يمتنع عن التنفيذ، وهذا المبدأ تطبيقا لفكرة الدفع بعدم التنفيذ.

وخلصت محكمة التحكيم إلى أن الجزء الذي امتنع الجانب اليمني عن تنفيذه كان جزء يسيرا بالنسبة إلى العقد كله، واعتبرت أن الجانب اليمني غير مخطئ في الامتناع عن دفع هذه القيمة اليسيرة في العقد.

([1]) انظر المادة 16 من عقد منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الB.O.T ، الوقائع المصرية، العدد رقم 264، تابع (أ) بتاريخ 1998/11/19.

([2])انظر عرض تفاصيل هذه القضية: د/ محي الدين إسماعيل، مرجع سابق، ص282، د/علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص162.

ويلاحظ هنا أن محكمة التحكيم قد أقرت صراحة مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في عقد من العقود الدولية الملزمة للجانبين، حيث منحت جهة الإدارة-الحكومة اليمنية- الحق في الامتناع عن تنفيذ التزاماتها، وذلك بأن أقرتها على امتناعها عن سداد باقي مستحقات الشركة الألمانية حتى تستوفي الغرامات المستحقة لها لإخلال الشركة بالتزاماتها، ومن ثم فإنها أخذت بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ، وأعطت الحق في التمسك به لجهة الإدارة.

المطلب الثاني: إقرار قضاء التحكيم لحق الجهة الإدارية المتعاقدة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

من المقرر أن الدفع بعدم التنفيذ هو حق لكل من طرفي التعاقد في العقود المدنية الملزمة للجانبين، حيث يجوز لكل من طرفي التعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامه في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالالتزام الحال المرتبط به، ولا يخرج الحال في العقود الإدارية عن هذا الأمر، فكما يجوز للمتعاقد الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حال إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها في حالات معينة، فإنه يجوز أيضا للجهة الإدارية حتى في العقود الإدارية الدولية التمسك بهذا الدفع والامتناع عن تنفيذ التزاماتها في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، وهذا ما خلص إليه قضاء التحكيم في القضية الآتية:

-قضية KLOCKNER ضد الحكومة الكاميرونية[1]:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الكاميرونية أبرمت مجموعة من العقود المتتالية مع مجموعة شركاتKLOCKNER الألمانية بغرض نقل العمليات التكنولوجية والهندسية الحديثة في مجال السماد، وقد اتفق على إنشاء مشروع مشترك هو عبارة مصنع يتم تسليمه للحكومة الكاميرونية وفقا للصيغة القانونية المعروفة بتسليم اليد، وقد تم توقيع العقد في 14 مارس 1975.

ولكن حكومة الكاميرون امتنعت عن الوفاء بالقيمة الكاملة للمصنع مستندة في ذلك على إخلال الشركة الألمانية بالتزاماتها المتعاقد عليها، حيث أخلت بالتزامها بإخبار حكومة الكاميرون بالظروف المحيطة بالتعاقد، واستندت الحكومة الكاميرونية إلى دراسة الجدوى التي أعدتها الشركة الألمانية في عام 1971 وتوقعت فيها أن المصنع

(1)هذه القضية مشار اليها لدى: د/حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص222 وما بعدها.كذلك د/علاء محي الدين مصطفى،مرجع سابق، ص173 وما بعدها.

المذكور قادر على تحقيق الربح بمجرد إتمامه، وهو ما لم يتحقق، وأن الشركة الألمانية أخفت عن الحكومة الكاميرونية الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها لامتنعت عن الاستمرار في المشروع.

وقد لجأت الشركة الألمانية (شركة KLOCKNER) إلى التحكيم وطالبت الحكومة الكاميرونية بضرورة دفع القيمة الكاملة للمصنع الذي أقامته، وردت الحكومة الكاميرونية على طلب الشركة الألمانية بأنها قد أخلت بالتزاماتها مما أدى إلى امتناعها عن سداد كامل قيمة المصنع.

-موقف هيئة التحكيم:

ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تقدير التوقع والتنبؤ من قبل الشركة الألمانية لم يكن صحيحا بالمرة على نحو يكون من المسموح معه التساؤل –كما تتمسك به حكومة الكاميرون-عما إذا كانت الشركة الألمانية تعمدت إيقاع الحكومة الكاميرونية في الغلط، ومع ذلك ذهبت محكمة التحكيم إلى أنها لم تجد أية أدلة أو قرائن تقطع على نحو كاف بوجود خداع-تدليس- عمدي حقيقي من جانب شركة KLOCKNER ، سواء في دراسة الجدوى المقدمة عام 1971 أو في تاريخ لاحق، ورغم ذلك ذهبت المحكمة إلى تأكيد أن شركة KLOCKNER لم تتصرف مع حكومة الكاميرون متوخية في ذلك مبدأ الصراحة الضرورية المتطلبة في مثل هذه الظروف، وذلك لأن الحكومة الكاميرونية قد قدمت الضمانات المطلوبة لإنجاز المشروع.

وأضافت محكمة التحكيم أنه لما كانت حكومة الكاميرون تفتقر للخبرة في مجال إنتاج السماد الذي تخصصت في إنتاجه الشركة الألمانية، وأن العقد ينص على أن الشركة الألمانية تقع على عاتقها أن تقوم بشراء كل الأجهزة و الآلات التي يقوم عليها المصنع وتقوم بإدارته واستغلاله، ويقع عليها أيضا التزام بالحصول على المواد الأولية اللازمة للإنتاج وتسويق منتجات المصنع، فإنه يقع على الشركة الألمانية واجب إخبار حكومة الكاميرون بكل أمر من شأنه أن يؤثر على قرار الحكومة الكاميرونية في الاستمرار في المشروع لا سيما وأنها –الحكومة الكاميرونية-قد تحملت التكاليف الباهضة التي تطالب بها الشركة الألمانية، إلا أن الشركة قد أخلت بهذا الالتزام وأخفت عن حكومة الكاميرون الكثير من المعلومات والحقائق والتغيرات التي حدثت في السوق الاقتصادي للسماد في الأعوام 1973، 1974، 1975، بل على العكس أكدت الشركة للحكومة الكاميرونية قدرتها على تحقيق الربحية، ولو أنها أخبرتها بالتغيرات التي طرأت

على السوق الاقتصادي للسماد لأعادت الكاميرون حساباتها، ولما أنفقت كل هذه الأموال الباهضة ولما استمرت في تنفيذ العقد.

وخلصت محكمة التحكيم على أن شركة KLOCKNER الألمانية لم تحترم الالتزام الواقع عليها، والذي يتعلق بضرورة إخبار الحكومة الكاميرونية بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد، وبالتالي تكون الشركة الألمانية قد خالفت أحد الالتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين حكومة الكاميرون، ولا يحق لها بالتالي التمسك بمطالبة الحكومة الكاميرونية بالثمن الكامل للمصنع الذي تم تشييده.

وما يهمنا هو ما خلصت إليه محكمة التحكيم من تأييد حق الحكومة الكاميرونية في الامتناع عن سداد كامل ثمن المصنع الذي تم تشييده، وذلك نظرا لإخلال شركة KLOCKNER الألمانية بأحد الالتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد، والذي يتعلق بضرورة إخبار الحكومة الكاميرونية بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد، وهو ما يعني إقرار محكمة التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ والذي يخول لكلا المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين حق التمسك به في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته المقابلة والمستحقة الأداء.

-قضية الشركة الأمريكية ضد قطاع عام بالجزائر[1]:

تتلخص وقائع هذه القضية في لأن إحدى شركات القطاع العام في الجزائر كانت تقوم باستغلال مناجم حديد في منطقة جبال جارا بالجزائر، ويحتاج هذا الاستغلال إلى إنشاء طرق ومد السكك الحديدية، لذلك تعاقدت في ابريل 1974 مع شركة أمريكية على إجراء الدراسات الخاصة بهذه المشروعات وبنقل الحديد من هذه المنطقة.

وفي أكتوبر 1975 تم تحرير ملحق للعقد يتضمن إسناد الأعمال التمهيدية اللازمة لمد الخط الحديدي من منطقة جبال جرا إلى ميناء ماكتا المزمع إنشاؤه لهذا الغرض إلى ذات الشركة الأمريكية.

وفي مارس 1977 تم إبرام عقد جديد بين الشركتين الأمريكية والجزائرية لتنفيذ الخط الحديدي وإنشاء الأرضية، وهذا المشروع يحتاج على خرائط طبوغرافية للمناطق التي سيجري العمل فيها، وقد كلفت الشركة الجزائرية المكتب الفني للخرائط بالجزائر

([1]) انظر في عرض تفاصيل هذه القضية: د/محي الدين علم الدين، مرجع سابق، 305 وما بعدها.د/علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص163، 164.

بإعدادها وتسليمها للشركة الأمريكية، وعهدت للشركة الأمريكية بالإشراف على إعدادها.

وقد تضمن الاتفاق تحديد مدة تنفيذ المشروع ب25 شهرا، وقد حاولت الشركة الأمريكية الحصول على الخرائط من المكتب الوطني دون جدوى مما أدى إلى تأخرها في تنفيذ الأعمال المسندة إليها.

وعرض النزاع على التحكيم، حيث رأت محكمة التحكيم أن القانون الجزائري هو واجب التطبيق، واستعرضت نصوص العقد المبرم بين الطرفين ووجدت هيئة التحكيم أن الشركة الأمريكية كانت قد اشترطت في العقد أنها لن تكون مسئولة عن عدم التنفيذ في حالة عدم تسليم المستندات المطلوبة (الخرائط الطبوغرافية) ووضعها تحت تصرفها، وأن الشركة الجزائرية تضمن تسليم المستندات إلى الشركة الأمريكية.

وبناء على ذلك قضت هيئة التحكيم بأن إخلال الشركة الأمريكية بالتزامها في التنفيذ في الوقت المناسب-حيث تأخرت في التنفيذ-لم يكن راجعا إليها، وإنما كان راجعا إلى رد فعل الإدارة وإخلالها بالتزاماتها لتنفيذ الخرائط، ومن ثم قضت بالتعويض لصالح الشركة الأمريكية.

وتجدر الإشارة هنا على أن هيئة التحكيم قد استندت على الشرط الموجود بالعقد المبرم بين الطرفين والذي يلزم جهة الغدارة بتسليم الخرائط للشركة الأمريكية، وأنه في حالة إخلالها بذلك فإنه من حق الشركة الامتناع عن التنفيذ ولا مسئولية عليها في ذلك، وهو ما يعني التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين.

وهو ما يعني أن إرادة الطرفين ذات أثر حاسم في بعض الأحيان في الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ، وبالنظر لطبيعة العقود الإدارية الدولية ومركز الطرف الأجنبي فيها والذي يكون غاليا أفضل من مركز المتعاقد في العقود الإدارية الداخلية، حيث تمنحه الجهة الإدارية في الغالب بعض الامتيازات، مثل الإعفاء من الجمارك أو الضرائب أو منحه مساحة من الأرض للعمل عليها[1].

والدولة عادة لا تلجأ للتعاقد مع طرف أجنبي إلا لتلقي التكنولوجيا المتطورة، أو القيام بمشروعات كبرى تحتاج فيها على استثمارات أجنبية، وتحقيق أكبر استفادة

([1])د/عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ نشر، ص413.

ممكنة من المرفق المعني [1]، ومن ثم فمن الطبيعي أن يشترط في العقد على حقه في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وبالتالي إعفاؤه من المسئولية عن امتناعه عن تنفيذ التزاماته.

المبحث الثاني: رفض قضاء التحكيم الإقرار بالدفع بعدم التنفيذ في بعض العقود الإدارية والدولية

إذا كان قضاء التحكيم قد أقر في بعض أحكامه الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في بعض العقود الدولية، بل وتضمنته بعض عقودB.O.T ، إلا أنه يبدو أن الأمر لم يصل إلى حد الأخذ به وتقريره كمبدأ عام في جميع العقود الدولية، ولم تستقر محاكم التحكيم على الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ وهذا ما سندرسه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: موقف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس

تولت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس بنظر قضية تتعلق بعقد أشغال عامة مبرم بين مقاول إيطالي ودولة افريقية[2]، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه سنة 1989 أبرمت هيئة عامة تابعة لدولة افريقية عقدا من عقود الإنشاءات مع شركة ايطالية، بشأن مشروع من مشروعات الموانئ.

وكان هذا العقد لاحقا لعقد سابق بين الطرفين بشأن أعمال إنشائية خاصة بذات الموانئ، وفي عام 1990 قام المقاول-الشركة الايطالية-بفسخ العقد استنادا إلى إخلال الدولة الإفريقية بالتزاماتها بفتح خطابات الاعتماد التي ينص عليها العقد، وإحالة النزاع إلى التحكيم للحصول على التعويض اللازم من الدولة الإفريقية عن الضرر الذي لحق به جراء فسخ العقد.

وقد أبدت الدولة الإفريقية بعض الدفوع في التحكيم منها الآتي:

1- أن عقد الإنشاءات والذي يعتبر عقدا إداريا وفقا لقانون الدولة الإفريقية والواجب التطبيق على العقد يعد عقدا باطلا إذا لم تتم صياغته باللغة العربية كما هو

([1])د/حازم بيومي المصري، التوازن المالي في العقد الإداري الدولي (الفيديك-اليونسترال) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2010، ص32 وما بعدها.

([2]) انظر عرض تفاصيل هذه القضية، مجلة التحكيم، مجلة دولية يصدرها د/عبد الحميد الأحدب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص747 وما بعدها.مع تعليق د/محمد صلاح الدين عبد الوهاب، وهو حكم تحكيم جزئي في القضية رقم 9202 صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، ديسمبر 1998.

لازم وفقا للقانون المذكور.

2- إن فسخ الشركة الايطالية للعقد يعد فسخا غير صحيح وباطل.

المطلب الثاني: تقييم موقف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس

خلصت محكمة التحكيم إلى رفض الدفع الأصلي الخاص المبدى من الدول الإفريقية الخاص ببطلان العقد بوصفه عقدا إداريا.

وما يهمنا هنا هو ما خلصت إليه محكمة التحكيم فيما يتعلق بدفاع الدولة الإفريقية بعدم جواز فسخ العقد من قبل المقاول واعتبار الفسخ الواقع من الشركة الايطالية غير صحيح، حيث قررت محكمة التحكيم أن العقد هو عقد إداري، حيث اتصل بأشغال عامة، وتم إبرامه مع هيئة عامة حكومية، ومن ثم فهو يتعلق بالصالح العام، وهو ما يستتبع عدم إمكانيته وقف الأعمال إعمالا لحق الدفع بعدم التنفيذ يقيد إعماله في العقود الإدارية، ما لم ينص صراحة على منح المقاول هذا الحق، وذلك رغم إخلال الدولة الإفريقية بالتزامها بفتح خطابات الاعتماد، وقد استخلصت هيئة التحكيم أن النظام القانوني لدولة رب العمل متأثر بالقانون الفرنسي، ومن ثم فإن الصفة الإدارية للعقد محل النزاع ثابتة بتوافر صفة المرفق العام، وبثبوت صفة القانون العام لرب العمل باعتباره هيئة عامة، وعليه فإن العقد يتعلق بالصالح العام، ولا يمكن للمقاول التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لوقف الأعمال ما لم ينص صراحة على منح المقاول هذا الحق.

وقد قضت محكمة التحكيم بناء على ذلك بأن قرار الشركة الايطالية-المقاول- منفرد الجانب بوقف الأعمال كان غير مبرر، ومن ثم فهو مسئول عن هجره للمشروع.

ومن الملاحظ على قضاء التحكيم هذا أنه وإن كان قد رفض الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ من جانب الشركة الايطالية، مستندا في ذلك إلى ذات المبررات التي ساقها الفقه والقضاء لرفض الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ، وهو كون العقد الإداري يتصل بنشاط المرفق العام، وإلى قاعدة انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1].

إلا أن هذا القضاء لم يحظر أو يبطل الاتفاق على إعمال مبدأ الدفع بعدم

([1]) انظر تفصيل ذلك : د/جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، 2004، ص304.د/سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري المصري، دار المجد للطباعة بالهرم، 2006، ص55.

التنفيذ، حيث خلص إلى أن حظر الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ قاصر فقط على الحالات التي لا ينص فيها صراحة على منح المقاول هذا الحق، وهذا النهج هو ما يتماشى مع ما خلص إليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن، حيث قضت بأنه: "وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، وذلك ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام و اطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها"[1].

وذلك كله لكون الدفع بعدم التنفيذ غير متعلق بالنظام العام، كما أن الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين هو إعمالا للمبدأ العام المقرر في العقود عموما وهو أن العقد شريعة المتعاقدين التي تلاقت عليها إرادتهما، ومن ثم يتعين الالتزام بما جاء به.

وتجدر الإشارة أن الطرف الأجنبي في العقود الإدارية الدولية غالبا ما يحيط العقد بعدد من الضمانات التي تكفل وتضمن له حقوقه قبل الدولة المتعاقد معها، ومن ثم فإن اشتراطه لهذا الحق-حق الدفع بعدم التنفيذ-في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها هو أمر غير مستبعد، بل ربما يحرص عليه المتعاقد الأجنبي.كما أنه لا غضاضة أيضا في أن ينص المتعاقد الوطني على هذا الشرط أيضا بحسبان أن ذلك هو أمر مباح وجائز قانونا وأقره القضاء والإفتاء طالما تم باتفاق طرفي العقد.

خاتمة:

تناولت الدراسة تطبيقات قضاء التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية وقسمنا الدراسة إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول حالات إقرار قضاء التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية.أما المبحث الثاني تناولنا فيه رفض قضاء التحكيم لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في بعض العقود الإدارية.

وقد بدا واضحا من هذه الدراسة أن العقود الإدارية الدولية تتميز بطبيعة

([1])حكم المحكمة الإداؤية العليا في الطعن رقم 76 لسنة 11 ق، جلسة 1971/12/18.وكذلك في ذات المبدأ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 593 في 2000/10/20، جلسة 2000/9/13، ملف رقم 78/2/50.

خاصة، حيث يكون مركز المتعاقد فيها أحيانا أقوى من جهة الإدارة المتعاقدة، والذي يكون عادة طرفا أجنبيا، وغالبا ما تكون شركة كبرى، لا سيما إذا كانت شركة دولية كبيرة قد تتجاوز ميزانيتها ميزانية الدولة التي تتعاقد فيها.

واتضح لنا أيضا أنه لا يوجد اتفاق من جانب قضاء التحكيم على الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية، وهو ما ظهر من خلال استعراض التطبيقات القضائية للتحكيم في هذا الشأن.

وتجدر الإشارة إلى أن وضع إطار ونظام تعاقدي واضح بين الأطراف المتعاقدة من البداية يكفل الوضوح في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وكفالة التوازن المالي طيلة فترة التنفيذ، بل يتجنب المنازعات التي يمكن أن تنشأ نتيجة إغفال إحدى الآليات التي تصون حقوق طرفي العقد الإداري الدولي.

ومما تقدم فقد باتت هناك حاجة ماسة إلى وضع تنظيم قانوني شامل للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الدولية يتناول شروطه، والحالات الجائز فيها التمسك به، والآثار المترتبة عليه، على أن يراعى في هذا الشأن طبيعة العقود الإدارية الدولية، وتحقيق التوازن بين حقوق و التزامات كلا طرفي العقد.

قائمة المراجع:

1-د/ محي الدين علم الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري، دون دار نشر، 1986،

2- د/حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 ،

3- د/عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ نشر.

4- د/حازم بيومي المصري، التوازن المالي في العقد الإداري الدولي (الفيديك- اليونسترال) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2010.

5- د/جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2004،

6- د/سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري المصري، دار المجد للطباعة بالهرم، 2006.

7- د/علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،

أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، بدون تاريخ نشر،.

8- مجلة المحاماة، العدد الثالث، 2003، ص355.

9- د/محمد نور شحاته، عقود تسليم المفتاح، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس عشر، ديسمبر 2010،