



كلية الحقوق
قسم القانون العام

التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية

" دراسة مقارنة في :
فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي "

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث :

وليد محمد عباس يوسف

وقد تشكلت لجنة المناقشة والحكم على الرسالة من :

أ. د / محمد أنس قاسم جعفر (رئيساً)

أستاذ القانون العام ورئيس جامعة النهضة، ورئيس جامعة بني سويف
ومحافظ بني سويف الأسبق.

أ. د / جابر جاد نصار (عضواً)

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة.

أ. د / محمد سعيد حسين أمين (مشرفاً وعضواً)

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة عين شمس.

السنة الجامعية

١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ
إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(سورة الشورى : آية رقم ١٠)

إهداء

**إلي ذكرى والدي
إلي والدتي رمز التضحية
إلي أشقائي
إلي كل من مد لي يد العون وهم كثر**

شكر وتقدير

روى الإمام أحمد والبخاري في الأدب المفرد وغيرهم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: " لا يشكر الله من لا يشكر الناس " .

وتأسياً بهذا الأدب الرفيع، أتقدم بأسمى معاني الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة والحكم على رسالتي هذه، فأتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى **أستاذي الجليل الدكتور محمد سعيد أمين** الذي غرس فينا حبَّ العلم والتفاني من أجله بما يملكه من روح علمية وثابة. وقد كنت - وما زلت - الفخور بإشرافه، فقد عاملني طوال سنوات البحث بحنان الأب وصداقة الأخ وحكمة العالم، ومنحني من وقته وجهده وخبرته الكثير، كما غمرني طوال سنوات البحث بعلمه الغزير، فأضأ لي مصابيح العلم بما وهبه الله من قدرة ومقدرة على التعليم، فله كل المثوبة من الله على ما تكبده معي من مشاق وجهد لأصل إلى ما وصلت إليه الآن، وله مني خالص الدعاء بدوام الصحة والعافية.

كما يشرفني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى **أستاذي الدكتور/ محمد أنس جعفر** على تفضله بقبول الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة ورئاسة لجنة الحكم عليها، وتخصيص جزء من وقته الثمين لقراءتها وإبداء ملاحظاته القيمة عليها، فجزاه الله عني وعن طلاب علمه خير الجزاء، وأدامه الله منارة علم تنهل منها الأجيال، ومتعته بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير ل**أستاذي الدكتور/ جابر جاد نصار** الذي شرفت بقبوله الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها، وتصويب ما بها من أخطاء وتقويمها؛ تلك المشاركة التي تزيدني زهواً واعتزازاً بما يتمتع به من علم ومكانة، فجزاه الله خير الجزاء ومتعته بموفور الصحة والعافية.

تصدير

" L'arbitrage en matière administrative peut apparaître d'abord au voyageur du droit comme une terre de désespérance ".

Yuve Gaudemet

in A. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative,
L.G.D.J. 1997., p.XVII.

" Il faut immédiatement relever qu'il n'y a pas d'incompatibilité rationnelle entre arbitrage et droit public (...) cependant. Même en l'absence d'incompatibilité rationnelle, il faut constater qu'arbitrage et droit public font traditionnellement mauvais ménage. Puisque – mise à part la période révolutionnaire – la règle est celle de la prohibition de l'arbitrage ".

Charles Jarrosson

L'arbitrage en droit public, AJDA 1997., p.17.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة عامة

يعتبر القضاء الطريق الطبيعي لفض المنازعات التي تثور بين الأفراد، وإقرار العدالة في المجتمع، ولكن مع تطور الحياة الاقتصادية، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية، ظهرت وسائل أخرى اختيارية يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بدلاً من لجوءهم إلى نظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة^(١).

ومن أهم هذه الوسائل الاختيارية، نظام التحكيم. فقد ارتبط التحكيم في الفترة الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية باعتباره الوسيلة المثلى لحسم المنازعات على الصعيد الدولي، لما يحمله من مميزات لا تتوافر في قضاء الدولة، أهمها: بساطة وسرية الإجراءات وسرعتها، وإعطاء الحرية للأطراف في اختيار محكمين لهم خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وتوفير الثقة والطمأنينة للمستثمرين الأجانب^(٢).

وقد أبرم بشأن التحكيم العديد من الاتفاقيات الدولية^(٣)، وأنشئت له الكثير من المراكز الدولية لتقديم الخدمات التحكيمية^(٤)، كما عنى المشرع في مختلف الدول على وضع تنظيمات عامة له^(٥).

(١) د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٥.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، دون ذكر الناشر، ٢٠٠٣، ص ٣٣٣-٣٣٥.

(٣) ومن أهم هذه الاتفاقيات : اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة عام ١٩٥٨، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف عام ١٩٦١، واتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى المبرمة عام ١٩٦٥.

(٤) ومن أهم هذه المراكز : غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، وجمعية التحكيم الأمريكية AAA، وجمعية التحكيم الفرنسية AFA، ومركز الوساطة والتحكيم بباريس CMPA، وجمعية التحكيم الإيطالية AIA، وغرفة التحكيم البحري بباريس CAMP، والمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

(٥) ففيما يتعلق بالدول محل الدراسة، فقد نظم المشرع الفرنسي التحكيم في قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم الصادر عام ١٩٨٠ الخاص بالتحكيم الداخلي، والمرسوم الصادر عام ١٩٨١ الخاص بالتحكيم الدولي، ونظمه المشرع المصري بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وبالنسبة لدول مجلس التعاون الخليجي فقد نظم المشرع الإماراتي التحكيم في قانون الإجراءات المدنية في المواد من ٢٠٣ إلى ٢١٨، ونظمه المشرع القطري في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد من ١٩٠ إلى ٢١٠، ونظمه المشرع الكويتي=

وإذا كان اللجوء إلى التحكيم لا يثير الكثير من المشاكل القانونية في عقود القانون الخاص، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقود القانون العام. فمن المعروف أن العقود الإدارية تتمتع بخصائص ذاتية تميزها عن غيرها من العقود الأخرى، وتخضع بصفة أساسية لأحكام القانون الإداري، ويعهد إلى القضاء الإداري بنظر النزاعات الناشئة عن تنفيذها، وبالتالي فإن من شأن إجازة التحكيم بصدد هذه العقود أن يؤثر بالسلب على خصائصها الذاتية، وبخاصة إذا استبعدت أحكام القانون الإداري، وطبقت بشأنها أحكام القانون الخاص، علاوة على الاعتداء على الاختصاص الأصيل للقضاء الإداري بنظر المنازعات المتولدة عن تلك العقود. لذا كان من غير المستغرب أن يصف الفقهاء الفرنسيون الذين عالجوا إشكالية التحكيم في العقود الإدارية العلاقة القائمة بين التحكيم والعقد الإداري بأنها علاقة في صراع دائم^(١)، ويوجد استحالة التعايش بينهما^(٢).

وقد جسد القانون الوضعي، وبخاصة القانون الفرنسي هذه العلاقة، حيث احتل التحكيم فيه مكاناً ثانوياً، ويتضح ذلك جلياً من خلال النصوص القانونية التي حظرت – كقاعدة عامة – على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم بصدد حل منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، كما أن القضاء، وبخاصة القضاء الإداري قد وقف موقفاً صلباً إزاء لجوء هؤلاء إلى التحكيم.

غير أن هذا الموقف الذي اتخذته القانون الوضعي الفرنسي لم يجد له صدًى في التشريع المصري. فإذا كان المشرع الفرنسي قد وضع مبدأ عاماً مفاده عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فإن المشرع

= في قانون المرافعات المدنية والتجارية من المواد ١٧٣ إلى ١٨٨، علاوة على إصداره القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، ونظمه المشرع السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم م/٤٦ الصادر وتاريخ ١٤٠٣/٣/١٢ هـ الموافق ١٩٨٣/٤/٢٥ م بشأن إصدار نظام التحكيم، واللائحة التنفيذية له الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٢٠٧/٢١/٢٠٧ م وتاريخ ١٤٠٥/٩/٨ هـ، ونظمه المشرع العماني بموجب المرسوم السلطاني رقم ٩٧/٤٧ بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية المعدل بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣، ونظمه المشرع البحريني في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد من ٢٣٣ إلى ٢٤٣ وتتعلق هذه النصوص بالتحكيم الداخلي، وفي المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم الدولي.

(١) أنظر :

P. Delvolvé, Communication au coll. de l'AFA, Paris le 17 septembre 1990, p.13., spéc, p.13.

(٢) أنظر :

Y. Gaudemet, in A. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J. 1997., p.XVII.

المصري في المرحلة السابقة على قانون ٩٤/٢٧ لم يأت بمثل هذا النص، مما فتح المجال للاختلاف في الفقه والقضاء حول مدى إمكانية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، ولما صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية استمر هذا الخلاف بالرغم من وجود نص قانوني يمكن تفسيره بما يؤدي إلى جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، مما اضطر المشرع في نهاية الأمر إلى إصدار قانون ٩٧/٩ بشأن تعديل بعض أحكام قانون ٩٤/٢٧ ونص فيه صراحة على جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم.

هذا الاتجاه التحرري الذي جسده المشرع المصري في نصوص قانونه الداخلي والذي مفاده إباحة التحكيم في كافة العقود الإدارية الداخلية والدولية على السواء قد اعتمدته القانون الوضعي لجانب من دول مجلس التعاون الخليجي، ورفضه الجانب الآخر الذي مازال قضائه - حتى الآن - يتخذ موقفاً معادياً من مسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وقد عنيت الكثير من المؤلفات الفقهية بالبحث في إشكالية مدى قابلية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم^(١). غير أن هذه الإشكالية لم تكن الدافع الأساسي لنا في البحث في هذا الموضوع، حيث أصبحت هذه المسألة - إلى حد ما - غير ذات أهمية نتيجة تدخل الكثير من المشرعين بنصوص قانونية صريحة تجيز التحكيم في العقود الإدارية سواء إطلاقاً أو استثناءً، علاوة على ابتداء القضاء الوطني لقاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي، ومن ثم أصبح من المتعين البحث عن الضوابط التي تكفل الحفاظ على خصوصية منازعات العقود الإدارية من جهة، والطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة في أساسها إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى^(٢).

(١) أنظر المراجع المشار إليها في هذه الدراسة.

(٢) وفي هذا الإطار يشير أحد الفقهاء إلى أن: "وفي الحقيقة إن التوفيق بين هذه الاعتبارات المتعارضة [مصالح المستثمر ومصالح الدولة] ليس أمراً سهلاً. فلن يكون ذلك برفض التحكيم وعدم التسليم به كطريق لفض المنازعات خارج نطاق المحاكم التي تنظمها الدولة. كما نرى أنه لا يمكن أن يتحقق بفتح الأبواب على مصارعها دون تحديد ضوابط للتحكيم لاسيما في العقود التي تتصل بحياة الدولة وسيادتها كذلك التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية وبعض العقود الإدارية التي تتصل بتنظيم أو سير المرافق الأساسية في الدولة".

د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٩.

ولما كان في التحكيم – كما يذهب بعض الفقهاء وبحق – " ترخص في الضمانات الإجرائية والموضوعية " ^(١)، وبالتالي فإنه يثير الكثير من المشاكل القانونية عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية، فإن ذلك كان الدافع الأساسي لنا في البحث في هذا الموضوع، خاصة في ظل ندرة المؤلفات والأبحاث الأجنبية، علاوة على غياب العربية منها والتي تتناول بالدراسة التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال وجهة نظر القانون العام.

ومنهجي في هذه الدراسة، منهج استنباطي استقرائي مقارنة، ينطلق من القواعد العامة إلى التطبيق الجزئي على نقاط البحث المختلفة، والعكس، وذلك من خلال المقارنة بين الأنظمة القانونية الوطنية السائدة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون الخليجي، وما ورد في الاتفاقيات الدولية، وأحكام القضاء والتحكيم المختلفة، ومن خلال ما قدم لنا الفقهاء من دراسات عامة ومتخصصة، وذلك كله من خلال خطة البحث التالية :

الباب التمهيدي :

ونلقي فيه الضوء على معيار تمييز العقود الإدارية، وكذلك أهم صورها. وهذا الباب ينقسم إلى فصلين :

الفصل الأول : وفيه نتناول الاتجاهات القضائية والفقهية في معيار تمييز العقود الإدارية.

الفصل الثاني : ونلقي فيه الضوء على أهم صور العقود الإدارية.

القسم الأول :

ونعرض من خلاله لماهية نظام التحكيم من خلال وجهة نظر القانون الخاص، والإشكالية التي ثارت بشأن خضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية له. ويحوي هذا القسم بابين :

(١) د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٩.

الباب الأول :

ونلقي فيه الضوء على مفهوم التحكيم من حيث تعريفه وبيان جذوره التاريخية، وتحديد طبيعته القانونية، وأنواعه، وتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له.

الباب الثاني :

ويخصص لبحث موضوع مدى قابلية خضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية للتحكيم في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون الخليجي. وهذا الباب ينقسم بدوره إلى فصلين :

الفصل الأول : ويخصص لدراسة إشكالية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي من خلال منظور الأنظمة القانونية الداخلية في الدول محل الدراسة. وهذا الفصل ينقسم بدوره إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ويخصص لعرض الموقف العدائي للقانون الوضعي الفرنسي لمبدأ التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والتطورات التي طرأت عليه.

المبحث الثاني : ونعرض من خلاله لموقف التشريع المصري من تلك الإشكالية، بداية من مرحلة صمته عن تقرير الأخذ أو عدم الأخذ بمبدأ التحكيم في العقود الإدارية، ووصولاً إلى الاتجاه التحرري الذي تبناه والذي مفاده إباحة التحكيم في كافة منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية على السواء.

المبحث الثالث : ويخصص لبحث موقف القانون الوضعي لدول مجلس التعاون الخليجي من إشكالية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، وما إذا كانت قد تبنت اتجاهاً واحداً في هذا الصدد، أم تباينت مواقفهم واتجاهاتهم.

الفصل الثاني : نستعرض من خلاله لوضع تلك الإشكالية بالنسبة للعقود الإدارية الدولية، والدور الذي لعبه القضاء الوطني، وكذلك الاتفاقيات الدولية، في إزالة الحظر الذي فرضته بعض الأنظمة القانونية

الداخلية على لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم. وقد رأيت تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ونتعرض فيه لفكرة العقد الإداري ذو الطابع الدولي، وحقيقة وجوده.

المبحث الثاني : وفيه نبين الإجابة على التساؤل الذي يثار عن مدى إمكانية سريان قاعدة الحظر التي تبنتها بعض الدول محل الدراسة في قانونها الداخلي على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

المبحث الثالث : ويخصص لدراسة الدور الذي لعبته نصوص كل من القانون الداخلي والاتفاقيات الدولية في إزالة الحظر الذي فرضه القانون الوضعي لجانب من الدول محل الدراسة.

القسم الثاني :

ونعرض من خلاله لدراسة التنظيم القانوني للتحكيم على ضوء ما ورد في الشريعة العامة، ومدى ملاءمة الأحكام الواردة فيها مع طبيعة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

إذ إنه في ظل غياب تنظيم قانوني مستقل ينظم عملية التحكيم بشأن المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، كان من المتعين وضع بعض الضمانات التي تكفل نجاح عملية التحكيم بشأن هذه المنازعات، وذلك من خلال الغوص في الأحكام الإجرائية والموضوعية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم للوقوف على مدى صلاحيتها للتطبيق على منازعات العقود الإدارية. ويحوي هذا القسم بدوره بابين :

الباب الأول :

ويتناول بالدراسة التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية. فمن المعروف أن الأحكام الإجرائية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم تختلف إلى حد كبير عن تلك المتبعة أمام القضاء الوطني، وقد تأتي تلك الأحكام بنصوص تصطدم مع طبيعة المنازعات الإدارية، أو تغفل النص على بعض الأحكام الإجرائية التي يتعين توافرها بصددها تلك المنازعات. ومن هنا ينقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : ونتعرض فيه لإجراءات التحكيم من حيث تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعات العقود الإدارية، وكذلك إجراءات سير خصومة التحكيم. وهذا الفصل ينقسم بدوره إلى مبحثين :

المبحث الأول : ويخصص لدراسة تشكيل هيئة التحكيم من حيث الحرية الممنوحة للأطراف في هذا الشأن والقيود الواردة عليها، والدور المساعد للقضاء الوطني في إزالة ما قد يعترض تشكيل هيئة التحكيم من عقبات، وأخيراً تحديد المحكمة التي ينبغي أن ينعقد لها الاختصاص في هذا الشأن، وضوابط تدخلها.

المبحث الثاني : ويتعلق بإجراءات سير خصومة التحكيم من حيث ارتباطها بقواعد القانون الخاص ومظاهر تداخل إجراءات الخصومة الإدارية فيها.

الفصل الثاني : ويخصص لدراسة حكم التحكيم من حيث شكله ومضمونه، وتحديد طبيعته القانونية على ضوء نظريات القانون الإداري، فضلاً عن بيان طرق الطعن المقررة له على ضوء ما ورد في الشريعة العامة للتحكيم ومدى ملائمتها مع طبيعة المنازعات الإدارية، علاوة على تحديد المحكمة المختصة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم، والنظام القانوني لتنفيذ حكم التحكيم والصعوبات التي قد تعترض تنفيذه في حالة ما إذا كان صادراً ضد الإدارة وحدود هذه الصعوبات.

الباب الثاني :

ويخصص لدراسة التنظيم الموضوعي للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. وسوف يدور البحث في هذا الباب حول موضوعين رئيسيين هما : القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الإدارية في فصل أول، ومدى ملائمة نقل فكرة التحكيم الطليق، والتي يطلق عليها البعض التحكيم بالصلح، أو التحكيم بالعدالة، إلى التحكيم الإداري في فصل ثان.

وتنتهي الدراسة بخاتمة تتضمن النتائج التي تم التوصل إليها، وكذلك التوصيات المقترحة.

وفي ختام هذا التقديم، فإننا نسأل الله العليّ القدير التوفيق والسداد في عرض خطة البحث على نحو سائب ومقبول.

خطة البحث :

باب تمهيدي: نظرة عامة في معيار تمييز العقود الإدارية وأهم صورها.

الفصل الأول : الاتجاهات القضائية والفقهية في معيار تمييز العقود الإدارية.

الفصل الثاني : التعريف بأهم صور العقود الإدارية.

القسم الأول : التحكيم ومدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية له.

الباب الأول : ماهية التحكيم.

الباب الثاني : مدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

القسم الثاني : التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

الباب الأول : التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

الباب الثاني : التنظيم الموضوعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

باب تمهيدي

**نظرة عامة في معيار تمييز العقود الإدارية
وأهم صورها**

تمهيد وتقسيم :

إن الغاية الأساسية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها هي الوفاء بالحاجات العامة للمواطنين، ولتحقيق هذه الغاية فإنها تلجأ إلى اتخاذ بعض التصرفات القانونية بإرادتها المنفردة دون أن يتوقف ذلك على قبول المخاطبين بأحكام تلك التصرفات، ومن أهم أمثلة هذا النوع : القرارات الإدارية^(١).

غير أن الإدارة قد تجد أنه من الأفضل أن تلجأ إلى أسلوب آخر من أساليب العمل الإداري يتمثل في طريق الاتفاق الودي مع الأفراد، فينشأ بينها وبينهم عقد يحدد واجبات كل منهما^(٢).

ومما لا شك فيه أن أساليب العمل الإداري ذات الطابع التعاقدية تعد من أهم الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة في عالمنا المعاصر، ومرجع ذلك أن أسلوب القهر والأمر والعقاب الصادر بالإرادة المنفردة للإدارة لم يعد يتلاءم مع احتياجات الأنشطة الاقتصادية، وبخاصة في ظل انتقال معظم الدول من الأفكار الاشتراكية إلى سياسات الاقتصاد الحر وجذب الاستثمارات الأجنبية^(٣).

ويجدر بنا أن نشير بدءاً إلى ثمة ملاحظة أساسية تفرض نفسها دائماً، وتعد المدخل الطبيعي لدراسة النظم التي تحكم عقود الإدارة وبالذات في الدول ذات النظام اللاتيني كفرنسا ومصر ودول مجلس التعاون الخليجي، تلك هي أن العقود التي تبرمها الإدارة ليست على شاكلة واحدة،

(١) استقرت أحكام القضاء الإداري في مصر بخصوص تعريف القرار الإداري بأنه : " إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد بناء على سلطاتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح حين تتجه إرادة الإدارة لإنشاء مركز قانوني يكون جائزاً وممكناً وبيعاً المصلحة العامة التي يبيغها القانون ". المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٧ لسنة ٣ ق.ع، جلسة ١٩٥٧/٢/٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات نوفمبر ١٩٥٥ - نوفمبر ١٩٦٥، الجزء الثاني، ص ١٧٣٢، القاعدة رقم ١٦٥٣.

وفي ذات الاتجاه القضاء الإداري لسلطنة عمان، حيث عرفت الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري القرار الإداري بأنه : " إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين إنشاءً أو تعديلاً أو إلغاءً متى كان ذلك ممكناً وجائزاً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة ".

الدعوى الابتدائية رقم ١٩ لسنة ٣ ق، جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في العامين القضائيين الثالث والرابع، ١٤٢٤ - ١٤٢٥ هـ، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤ م، ص ٥٠٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي ١٩٦٥، ط ٢، ص ٢٠.

(٣) د. سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ط ٢، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣.

وإنما تنقسم إلى نوعين؛ الأول : عقود الإدارة الخاصة، وهي التي تظهر فيها الإدارة شأنها شأن الأفراد متجردة من امتيازات السلطة العامة. وفي هذا النوع من العقود تكون أحكام القانون الخاص هي واجبة التطبيق عليها، ويختص القضاء العادي – على أثر ذلك – بنظر المنازعات الناشئة عنها. أما النوع الثاني : العقود الإدارية، وهي التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطان مستعينة بامتيازات السلطة العامة بقصد تسيير المرافق العامة أو تنظيمها، ويخضع هذا النوع من العقود لأحكام ومبادئ القانون العام، ولاختصاص القضاء الإداري^(١).

هذا وقد احتلت مسألة التمييز بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة مكاناً بارزاً في كتابات الفقه وأحكام جهات القضاء لاسيما في الدول ذات النظام اللاتيني، لما يترتب على هذه المسألة من نتائج بالغة الأهمية تتمثل في تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات التي تثار بصددتها، وكذلك القانون الذي سوف تنطبق أحكامه عليها.

وتزداد هذه الأهمية عندما تتفق الإدارة مع متعاقدتها الخاص على اللجوء إلى التحكيم، حيث إن جانباً من الدول محل الدراسة قد اتخذ – وما زال – موقفاً عدائياً من تطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. وبالتالي فإن مسألة تحديد طبيعة العقد سوف تعد من المسائل الأولية التي يتعين الفصل فيها ابتداءً لتقرير مدى مشروعية شرط التحكيم المدرج به.

لذلك كان من الأهمية أن نفرد للعقود الإدارية باب خاص بها نعرض فيه المعيار الذي يمكن الاستناد إليه للفرقة بينها وبين عقود الإدارة المدنية، وكذلك أهم صورها.

ومن هنا، تنقسم الدراسة في هذا الباب التمهيدي إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : الاتجاهات القضائية والفقهية في معيار تمييز العقود الإدارية.
الفصل الثاني : أهم صور العقود الإدارية.

(١) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥-٦.

الفصل الأول

الاتجاهات القضائية والفقهية

في معيار تمييز العقود الإدارية

لقد سبقت الإشارة إلى أن عقود الإدارة ليست من طبيعة واحدة، فمنها العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها من يتعاقد معها، وذلك بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره. ومنها العقود المدنية التي تبرمها الإدارة متجردة من كل السلطات، شأنها في ذلك شأن كل الأفراد عندما يدخلون في علاقات تعاقدية فيما بينهم، ومن ثم يثار التساؤل عن المعيار المميز لهذين النوعين من العقود؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يطيب لنا أن نشير إلى ثمة ملاحظة أساسية تتمثل في أن النصوص التشريعية في مختلف الدول محل الدراسة لم تضع معياراً للتمييز بين نوعي العقود التي تتولى الإدارة إبرامها، وإنما أشارت فقط إلى بعض صور من العقود الإدارية يختص بنظرها القضاء الإداري^(١)؛ الأمر الذي فتح المجال لاجتهادات الفقه والقضاء لوضع تعريف محدد للعقود الإدارية والعناصر المميزة له.

(١) ويطلق على هذه العقود طائفة العقود الإدارية بنص القانون، ومن أمثلتها في فرنسا :

١- قانون ٢٨ بليغوز السنة الثامنة بشأن عقد الأشغال العامة، حيث نصت المادة ٣/٤ منه على اختصاص مجلس المقاطعة بنظر المنازعات التي تثار بين مقلول الأشغال العامة والإدارة بصدد تحديد المقصود بالشروط الواردة في عقود الأشغال، وكذلك تنفيذها.

٢- مرسوم ١١ من يونيو عام ١٨٠٦ بشأن عقود التوريد، حيث نصت المادة ١٤ منه على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تبرمها الدولة.

راجع في تفاصيل ذلك :

L. Richer, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J. 1999., 2^e éd, pp.103-107.

٣- المادة الأولى من مرسوم ١٧ من يونيو عام ١٩٣٨، والتي أصبحت فيما بعد المادة ٨٤ من قانون أموال الدولة، والآن المادة ١/٢٣٣١ من القانون العام لمملكية الأشخاص العامة والتي تنص على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود التي تتضمن شغلاً أو انتفاعاً بالدومين العام

les contrats comportant occupation du domaine public.

راجع في تفاصيل ذلك :

Ch. Lavialle, Qualification du contrat passé par un sous-concessionnaire, comm. de la décision du tribunal des conflits du 16 octobre 2006, EURL Pharmacie de la gare Sait-Charles et autre c/ sté d'aménagement, de commerce et de concessions, RFDA 2007., pp.298-303.

وبالنسبة لمصر :

تنص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه : " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : أولاً، حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر ". ويرى بعض الفقهاء أن المشرع المصري لم =

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف العقد الإداري بأنه : " ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " (١).

وتعرفه المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه : " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص " (٢).

ويتضح مما تقدم أنه يلزم لا اعتبار العقد إدارياً أن تتوافر في شأنه ثلاثة عناصر؛ هي : وجود الإدارة طرفاً في العقد، وهو ما يمثل الجانب العضوي في معيار التمييز (مبحث أول). اتصال العقد بالمرفق العام، واتباع أساليب القانون العام بشأنه، وهما ما يمثلان الجانب الموضوعي في معيار التمييز (مبحث ثان)، بحيث إذا تخلف أحد من هذه العناصر فلا يعد العقد إدارياً، وهذا ما استقر عليه الوضع في مصر ودول الخليج. أما في فرنسا، فإن الفقه والقضاء يكتفي بوجود عنصرين فقط أحدهما حتمي وهو كون الإدارة طرفاً في العقد، والآخر تخيري بين اتصال العقد بالمرفق العام على نحو معين، أو اتباع أساليب القانون العام بشأنه.

= يعرف فكرة تحديد العقود الإدارية بنص القانون، حيث إن ما أورده في نص المادة العاشرة يعد من قبيل الأمثلة لا من قبيل التحديد، والدليل على ذلك ذكره في آخر الفقرة <<أو بأي عقد إداري آخر>>. ويستند هذا الرأي إلى حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٩ من ديسمبر عام ١٩٥٦ والذي جاء فيه : " (....) فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقوداً إدارية بطبيعتها، ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقاً لإرادة المشرع (....) ".

راجع : د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق، ص ٥٠-٥١ .
أما بالنسبة لدول مجلس التعاون الخليجي : فقد اتبعت ذات مسلك المشرع المصري، حيث إنها لم تفرد مجموعة من القوانين المستقلة التي تنظم مسألة اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية كما فعل المشرع الفرنسي، ولكنها تصدت لتلك المسألة وهي بصدد تنظيمها لاختصاصات القضاء الإداري بصفة عامة.

راجع على سبيل المثال : المادة ٥/٣ من القانون القطري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٧ بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، والمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية في الكويت، والمادة ٧/٦ من المرسوم السلطاني رقم ٩١ لسنة ١٩٩٩ بإنشاء محكمة القضاء الإداري لسلطنة عمان، والمادة ٨/د من نظام ديوان المظالم السعودي.

(١) د. سليمان محمد الطماوي : الإشارة المتقدمة، ص ٥١.

(٢) الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥، طبعة المكتب الفني لمجلس الدولة، ص ٩١.

المبحث الأول

المعيار العضوي

من المسلم أن العقد لا يكتسب الطابع الإداري إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً^(١). وهذا أمر بديهي، إذ إن قواعد القانون الإداري ما وضعت إلا لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد، ومن ثم فإن العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة لا تعد - كقاعدة عامة - عقوداً إدارية^(٢).

ولقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المعنى بقولها :
" ومن البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية. وذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة (....) " ^(٣).

وبالرغم من سهولة هذا المعيار ووضوحه، فضلاً عن قوة منطقته القانوني، إلا أنه قد يثير من المسائل التي تستدعي إلى توضيح، نعالجها من خلال الفروض التالية :

المطلب الأول : إذا كان أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً وزالت عنه صفته العامة.

المطلب الثاني : إذا كان طرفا العقد أشخاصاً معنوية عامة.

المطلب الثالث : إذا كان طرفا العقد من أشخاص القانون الخاص.

(١) انظر للمزيد من التفاصيل :

J.-F. Prévost, À la recherche du critère du contrat administratif, (la qualité des contractants), RDP 1971., pp.817-841.

ومن الجدير بالذكر أن المقصود بالأشخاص المعنوية العامة في هذا الصدد - في مصر - الأشخاص العامة الإقليمية، أهمها : (الدولة - المحافظة - المدينة - القرية)، والأشخاص العامة المصلحية كالهيئات العامة، والنقابات المهنية المختلفة كنقابة المحامين والأطباء الخ .

يراجع في هذا الشأن : د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٦، د. عاطف سعدي محمد علي : عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ٢٠٠٥، تحت إشراف أ.د/ محمد سعيد حسين أمين، ص ٥٢.

(2) C.E., 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin, Rec., p.623.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١٩٦٤/٣/٧، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٩، ص ٧٦٣.

وفي ذات المعنى :

حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٩٩٤/١/١٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٤٩، من عام ١٩٩٣ إلى ١٩٩٧، تحت إشراف د. نعيم عطية، المستشار : حسن الفكهاني، أ/ عبد المنعم بيومي، الدار العربية للموسوعات ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ٤٣.

المطلب الأول

إذا كان أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً

وزالت عنه صفته العامة

لقد سبق أن أوضحنا أن كون الإدارة طرفاً في عقد ما يمثل العنصر الأول والأساسي في تمييز العقود الإدارية، غير أنه قد يحدث بعد إبرام العقد الإداري أن تخلع الصفة الإدارية عن الشخص المعنوي العام ويتحول إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، فهل يستتبع ذلك فقدان العقد لأحد العناصر الأساسية التي تضافي عليه الصفة الإدارية، ويتحول إلى عقد مدني يخضع لقواعد القانون الخاص ويختص القضاء العادي - على أثر ذلك - بالفصل في المنازعات المتعلقة به ؟

رداً على هذا التساؤل، أجابت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٥ من مايو عام ١٩٦٨ بالقول : " وحيث إن عناصر العقد الإداري على النحو سالف البيان تكاملت في العقد موضوع النزاع وقت إبرامه بين مؤسسة ضاحية مصر الجديدة وبين المدعي عليه اعتباراً بأن المؤسسة المذكورة كانت مرفقاً من المرافق العامة (....) ثم تخلف العنصر الأول من عناصر العقد الإداري بزوال صفة المرفق العام عن الجهة التي أبرمت العقد وتحويلها إلى شركة من شركات القطاع العام. وحيث إن تحول المؤسسة التي أبرمت العقد إلى شركة مساهمة (....) ليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد التي اكتسبت وقت إبرام العقد وفي ضوء طبيعة تلك العلاقة المستفادة من موضوع التعاقد وأهدافه، هذا ولا يحول دون اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع أن يصدر الحكم في مواجهة أحد أشخاص القانون الخاص لأن اختصاص القضاء الإداري إنما يتحدد على أساس طبيعة المنازعة دون أي اعتبار آخر " ^(١).

ويستفاد من عبارات الحكم السابق لمحكمة القضاء الإداري أن العبرة في تحديد الطبيعة القانونية للعقد هي وقت إبرامه، بحيث لا يترتب على تحول الشخص المعنوي العام الطرف في العلاقة التعاقدية إلى شخص من أشخاص القانون الخاص أي أثر على الطبيعة الإدارية للعقد التي يظل محتفظاً بها بالرغم من فقدانه لأحد عناصره الأساسية طالما كان هذا

(١) القضية رقم ٨٨٤ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٦٨/٥/٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات، من أول أكتوبر ١٩٦٦ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٩، مؤسسة أخبار اليوم ١٩٧١، ص ٣١٢.

العنصر متوافراً وقت إبرام العقد. وهذا ما أكدت عليه ذات المحكمة بعد ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ من مارس عام ١٩٦٩ بقولها: " وحيث إنه لا يغير من طبيعة العقد تحويل مؤسسة الأبنية العامة إلى شركة مساهمة فقد اكتسب العقد الصفة الإدارية وقت إبرامه وفي ضوء طبيعة العلاقة المستفادة من موضوع التعاقد وأهدافه، ولا يحول دون اختصاص القضاء الإداري أن يصدر الحكم في خصومة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لأن اختصاص القضاء الإداري إنما يتحدد على أساس طبيعة النزاع دون أي اعتبار آخر " (١).

غير أن الاتجاه الذي سارت عليه محكمة القضاء الإداري لم يلق تأييداً من جانب المحكمة الإدارية العليا، إذ طرحت – الأخيرة – من حسابها صفة الشخص المعنوي العام وقت إبرام العقد، واتجهت إلى تحديد هذه الصفة وقت رفع الدعوى.

ويتضح ذلك جلياً من خلال حكمها الصادر بتاريخ ١٨ من يناير عام ١٩٩٤، فقد قضت بأن: " من حيث إنه وإن كان العقد محل النزاع الماثل قد نشأ في الأصل إدارياً وتوافرت له مقومات العقود الإدارية باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصاً من أشخاص القانون العام وهي مصلحة المناجم والمحاجر، وأن العقد لذلك تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت إقامة الدعوى هي شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهي من أشخاص القانون الخاص بلا خلاف فإن العقد وقت رفع الدعوى يكون قد غدا مفقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية " (٢).

وهو ذات المعنى الذي أكدت عليه بعد ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢ من يناير ١٩٩٧، إذ قضت بأن: " وبناء على ذلك إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام أو لا يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيمياً أو تسييراً أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون

(١) القضية رقم ٢٨٧ لسنة ١٨ ق، جلسة ١٦/٣/١٩٦٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات، مرجع سابق، ص ٦٠٩.

(٢) الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق، ع، سبقت الإشارة إليه ص ١٥.

العام بحيث لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص" ^(١).

وإذا كان فقه قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر قد استقر على تحديد طبيعة العقد على ضوء صفة الشخص المعنوي العام وقت رفع الدعوى، فإن الأمر على خلاف ذلك في القضاء الفرنسي، حيث استقرت أحكامه وعلى رأسها محكمة التنازع على أن العبرة في تحديد طبيعة العقد هي لحظة إبرامه وليس في وقت نشوب النزاع، وهذا ما أعلنته صراحة في حكمها الصادر في قضية Caisse centrale de réassurance بتاريخ ١٦ من أكتوبر عام ٢٠٠٦ ^(٢).

فقد قضت بأن: " ما لم يكن ثمة تشريع مخالف، فإن الطبيعة القانونية للعقد تتحدد وقت إبرامه. فعندما تتخذ المؤسسة العامة من القانون الطابع الصناعي والتجاري، فإن العقود التي تبرمها من أجل احتياجات نشاطاتها يختص بنظرها القضاء العادي، باستثناء تلك التي تكون بطبيعتها متعلقة بامتيازات السلطة العامة (....). وبما أن العقد لا يحتوي على أي شرط غير مألوف في القانون الخاص، بل يرتبط بمهام صناعية وتجارية

(١) الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٩٩٧/١/٢، الموسوعة الإدارية الحديثة، مرجع سابق، طبعة ١٩٩٩-٢٠٠٠، ج ٤٩، ص ٤٨.

(٢) وقد صدر هذا الحكم بمناسبة لجوء الدولة الفرنسية في السنوات الأخيرة إلى إحداث تغييرات في الشكل القانوني للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وتحويلها إلى شكل الشركات المساهمة، وكان على أثر ذلك أن صدر القانون رقم ٩٢-٦٦٥ بتاريخ ١٦ من يوليو عام ١٩٩٢ متضمناً تحويل الصندوق المركزي للتأمينات من شكل المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى شكل الشركات المساهمة.

وقد سبق أن أبرم الصندوق المركزي للتأمينات في عام ١٩٨٤ عقداً مع الجمعية التعاونية الفرنسية للمعمار Mutuelle des architectes français، أي قبل تحويله إلى شركة مساهمة، وقد تضمن هذا العقد في البند ٩ منه شرطاً يقضي بإحالة المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه إلى هيئة تحكيم تشكل من ثلاثة محكمين، يختار كل طرف محكمه، على أن يقوم هذان المحكمان بتعيين المحكم الثالث.

وكان على أثر نشوب نزاع حول تنفيذ هذا العقد، أن قامت الجمعية التعاونية الفرنسية للمعمار بتعيين محكمها تطبيقاً للبند ٩ سالف الذكر، في حين امتنع الصندوق المركزي للتأمينات عن تعيين محكمه في بادئ الأمر، ونازع في شرعية شرط التحكيم، إلى أن انتهى به الأمر في نهاية المطاف إلى قبول إجراءات التحكيم ولكنه استمر على موقفه السابق منازعاً في اختصاص هيئة التحكيم.

وقد فصلت هيئة التحكيم في هذه المسألة، وقررت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ من ديسمبر عام ٢٠٠٣ بأنها مختصة بنظر النزاع على أن ترجى الفصل فيه انتظاراً لما سوف تسفر عنه إجراءات التوفيق المنصوص عليها في البند ٨ من العقد سالف الذكر.

وكان على أثر صدور حكم محكمة التحكيم، أن طعن الصندوق المركزي للتأمينات في هذا الحكم بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة، والذي قرر في حكمه الصادر بتاريخ ٢٨ من أكتوبر عام ٢٠٠٥ بإحالة الموضوع إلى محكمة التنازع للفصل في مسألة اختصاصه بنظر هذا النزاع.

ممنوحة للصندوق المركزي للتأمينات، فإن العقد يعد بهذه المثابة من قبيل عقود القانون الخاص" ^(١).

ويستفاد من عبارات الحكم السابق أن محكمة النزاع الفرنسية قد انتهت إلى عقد الاختصاص بنظر هذا النزاع إلى القضاء العادي، لا على أساس تغير صفة الشخص المعنوي العام الطرف في العلاقة التعاقدية، وإنما على أساس أن العقد لم يكن يحتوي على ثمة شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وبذلك تكون محكمة النزاع قد أكدت على النظرية العامة المستقر عليها في جهتي القضاء العادي والإداري والتي تقضي بأن العقود المبرمة تظل محكومة بالقواعد المطبقة عليها في لحظة إبرامها ^(٢) (القانون الخاص أو العام)، بحيث لا تتأثر طبيعتها القانونية بتغير صفة مبرمها، ويظل القضاء – سواء العادي أو الإداري – محتفظاً بسلطته في نظر المنازعات الناشئة عنها طالما لا يوجد نص قانوني يعقد الاختصاص لجهة أخرى، تطبيقاً لقاعدة الأثر الفوري لقواعد الاختصاص القضائي ^(٣).

^(١) وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Considérant que, sauf disposition législative contraire, **la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu**; que lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique (...); qu'elle ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun et se rattache aux missions industrielles et commerciales confiées à la Caisse centrale de réassurance; qu'ainsi, elle constitue une convention de droit privé ". T.C., 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, RFDA 2007., p.290., concl J.-H. Stahl, note B. Delaunay; AJDA 2006., p.2385., chron. C. Landais et F. Lenica.

وانظر بشأن التعليق على هذا الحكم :

C. Landais et F. Lenica, chron. générale de jurisprudence administrative française, AJDA 2006., pp.2382-2385.

B. Delaunay, note sur T.C., 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, RFDA 2007., pp.290-297.

^(٢) راجع :

C. Landais et F. Lenica, *Ibidem.*, p.2383.

^(٣) انظر في هذا المعنى :

C.E., 29 juin 1951, Compagnie générale transatlantique, Rec., p.378.

المطلب الثاني

إذا كان طرفا العقد أشخاصاً معنوية عامة

ترتب على تبني الكثير من الدول مذهب التدخل الاقتصادي، والأخذ بأسلوب اللامركزية في الإدارة، أن تضاعفت وتكاثرت العلاقات التعاقدية بين الأشخاص المعنوية العامة^(١)، ومن ثم يثار التساؤل عن الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية لتلك العلاقات، فهل يعني ذلك أن العقد يكون بطبيعته إدارياً لمجرد أن أطرافه أشخاصاً معنوية عامة؟

لقد كان هذا التساؤل محل بحث من جانب محكمة التنازع الفرنسية بمناسبة حكمها الصادر في قضية Union des assurances de Paris بتاريخ ٢١ من مارس عام ١٩٨٣، والمعروفة اختصاراً بقضية UAP.

فقد ذهب مفوض الحكومة Daniel Labetoulle^(٢) في تقريره المقدم في هذه القضية إلى القول بأن: " حسبما يكون العقد مبرماً بين شخص عام وشخص خاص، أو بين شخصين عامين، فإن إشكالية تحديد طبيعته تجعل منهج البحث مختلف، وحتى لا نقول معكوس، فإن ذلك لا يكون بنفس الطريقة التي ينبغي من خلالها البحث عن الحل " ^(٣).

وبعد أن قرر مفوض الحكومة اختلاف منهج البحث بشأن تكييف العقد المبرم بين شخصين عامين عن المتبع بشأن تكييف العقد المبرم بين شخص عام وشخص خاص، اتجه إلى وضع قرينة مفادها أن العقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية العامة تعد بحسب الأصل إدارية، ذلك أنها

(١) ومثال ذلك : عقود تخطيط المدن contrat de plan المبرمة بين الدولة والأقاليم، وعقود المدن contrat de ville، وعقود تقديم الخدمات والوسائل، وتفويض إدارة أحد المرافق العامة إلى إحدى المؤسسات العامة.. الخ.
راجع للمزيد من التفاصيل :

L. Richer, Droit des contrats administratifs, op.cit., pp.46-50.

(٢) راجع :

D. Labetoulle, concl. sous T.C., 21 mars 1983, Union des assurances de Paris et autres c/ secrétaire d'État aux P et T, AJDA 1983., p.356., spéc, p.358.

(٣) وفي هذا الصدد يذكر :

" (...) selon qu'un contrat est conclu entre une personne publique et une personne privée, ou entre deux personnes publiques, le problème de détermination de sa nature se pose en termes différents, pour ne pas dire inversés: ce n'est donc pas avec la même clé qu'il faut chercher à le résoudre ".
Ibidem.

تنتج - عادة - عن تلاقي إرادتين لإدارتين عامتين. غير أنه أضاف بعد ذلك - سريعاً - أن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها، فهي لا تنطبق في الحالات التي تكون فيها العلاقات متولدة عن القانون الخاص^(١).

وقد شايحت محكمة التنازع الفرنسية هذا الرأي، إلا أنها لم تشر صراحة في حكمها إلى القرينة التي وضعها مفوض الحكومة، وإن كان يمكن استخلاصها ضمناً من خلال قولها: " **العقد المبرم بين شخصين عامين يأخذ من حيث المبدأ الطابع الإداري**، ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن عدم الوفاء بالتزاماته، عدا الحالات التي يكون فيها العقد بالنظر إلى موضوعه يتولد عنه علاقة من علاقات القانون الخاص " ^(٢).

ويرد على الحكم السابق بعض الملاحظات الآتية :

الملاحظة الأولى : لقد اعتبر هذا الحكم أن مجرد حضور شخصين عامين في علاقة قانونية ما يشكل قرينة لصالح إدارية العقد، ولكن هذه القرينة ليست قاطعة بل تقبل إثبات العكس، وبذلك تسير هذه القرينة بالتوازي مع القرينة التي تقضي بأن العقد الذي يكون طرفاه شخصين خاصين يعد كقاعدة عامة من عقود القانون الخاص^(٣).

(١) وفي هذا الصدد يذكر :

" Un contrat entre deux personnes publiques doit être présumé administratif, car il est normalement à la rencontre de deux gestions publiques. Mais cette présomption n'a rien d'irréfragable et doit céder dans les cas où précisément le contrat ne correspond à aucune gestion publique ".

Ibidem.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" **Considérant qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif**, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ".

T.C., 21 mars 1983, Union des assurances de Paris et autres c/ secrétaire d'État aux P et T, AJDA 1983., p.359., concl. D. Labetoulle; Rec., p.537.

(٣) انظر :

J.-D. Dreyfus, Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, collection <<Logiques juridiques>>, éd L'armattan 1997, pp.163 et s.

الملاحظة الثانية : إن القرينة التي افترضتها محكمة التنازع تعد قرينة احتياطية، فهي لا تنطبق إلا حال غياب النص التشريعي الذي يحدد جهة القضاء المختصة بنظر النزاعات التي تنشأ عن العقود المبرمة ما بين الأشخاص المعنوية العامة.

الملاحظة الثالثة : إن قرينة إدارية العقود المبرمة بين الأشخاص العامة يمكن دحضها والاستغناء عنها مطلقاً لصالح إعمال المعيار التقليدي؛ العضوي : وجود الإدارة طرفاً في العقد، والموضوعي : اتصال العقد بالمرفق العام، احتوائه على شروط غير مألوفة في القانون الخاص. وهذا ما يمكن استخلاصه من خلال الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي.

ففي النزاع الذي نشب بين B.A.S. et O.P.H.L.M، وهما مؤسستان عامتان، بشأن عقد موضوعه تعهد المكتب العام لـ H.L.M بتخصيص عدد من الوحدات السكنية في المباني التي يقوم بإنشائها بقصد استعمالها من قبل المكتب البلدي للمساعدات الاجتماعية B.A.S. كسكن للأشخاص كبار السن، ذهب مفوض الحكومة Hubert إلى إضفاء الطابع الإداري على هذا العقد نظراً لخضوعه لنظام استثنائي régime exorbitant غير مألوف للقانون العادي، إلا أن مجلس الدولة رفض الأخذ بهذا الرأي، وقضى في حكمه الصادر بتاريخ ١١ من مايو عام ١٩٩٠ بأن هذا العقد لا يتولد عنه إلا علاقة من علاقات القانون الخاص، ومن ثم فإن القضاء العادي هي الجهة المختصة بنظره ^(١).

وفي النزاع الذي نشب بين C.R.O.U.S. et O.P.H.L.M، وهما أيضاً مؤسستان عامتان، بشأن عقد موضوعه تعهد المكتب العام لـ H.L.M بتخصيص عدد من الوحدات السكنية في المباني التي يقوم بإنشائها بقصد استعمالها من قبل المركز الإقليمي للأعمال الجامعية والاجتماعية C.R.O.U.S. كسكن للطلاب المحتاجين، اعتبرت محكمة التنازع في حكمها الصادر بتاريخ ٧ من أكتوبر عام ١٩٩١ أن هذا العقد

^(١) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة :

" que, dès lors, le contrat dont il s'agit n'a fait naître entre l'Office public d'habitations à loyer modéré de Meurthe-et-Moselle et le bureau d'aide sociale de Blénod les Ponts-à-Mousson que des rapports de droit privé (...). "

C.E., 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod-les-Pont-à-Mousson c/ O.P.H.L.M de Meurthe-et-Moselle, Rec., p.123; CJEG 1990., p.347., concl. P. Hubert.

من طبيعة إدارية، تأسيساً على تعلقه بتسيير مرفق عام (سكن الطلاب)، واحتوائه على شروط غير مألوفة في القانون الخاص^(١).

ومن الجلي على هذين الحكمين السابقين أنه بالرغم من أن طرفي العقدين أشخاصاً معنوية عامة، فضلاً عن أن موضوع النزاع فيهما متقارب إلى حد كبير، سكن اجتماعي (كبار السن في القضية الأولى، والطلاب في القضية الثانية)، إلا أن الحلول القانونية المتبعة في شأنهما قد اختلفت، وذلك نتيجة احتواء العقد محل النزاع في القضية الثانية على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص على خلاف العقد محل النزاع في القضية الأولى، وهذا ما يؤكد على ضعف قرينة إدارية العقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية العامة. وبالتالي فإن اللجوء إلى المعيار التقليدي الذي يعد من الأمور المسلمة يسمح بتحديد الطبيعة القانونية للعقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية العامة دون حاجة إلى الاستناد للقرينة التي أشارت إليها محكمة التنازع في حكمها الصادر في قضية UAP.

وبناء على ما تقدم، فإن القاضي الإداري عندما يطرح عليه نزاع يتعلق بعقد مبرم بين شخصين عامين، فإنه يقوم بتحليل عناصر العقد لبيان ما إذا كانت تعد من العناصر المميزة للعقد الإداري من عدمه، تماماً كما يفعل عندما يطرح عليه نزاع يتعلق بعقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص.

وهذا المعنى يمكن استخلاصه من خلال الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، ومن ذلك : حكمه الصادر بتاريخ ١ من مارس عام ٢٠٠٠، فقد اعتبر المجلس أن عقد القرض المبرم بين إحدى الشركات والصندوق الوطني للطاقة من جهة وبين بلدية Morestel من جهة أخرى من قبيل عقود القانون الخاص نظراً لعدم تعلق موضوعه بتنفيذ مرفق عام، فضلاً عن عدم احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة التنازع :

" Considérant qu'il ressort de l'examen des clauses de la convention du 20 septembre 1980 et de celles des stipulations du cahier des charges annexé au bail du 18 mai 1981 qui forment avec elle un ensemble indivisible que cette convention a eu pour objet l'exécution même du service public de logement des étudiants et revêt donc le caractère d'un contrat administratif ".

T.C., 7 octobre 1991, Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz, AJDA 1992., p.157., obs. L. Richer.

فقد قضى : " إن العقد المبرم بين الشركة والصندوق الوطني للطاقة من جهة، وبين البلدية من جهة أخرى (....) لا يتعلق موضوعه بتنفيذ مرفق عام، كما أنه قد خلا من ثمة شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. وبالرغم من الظرف الذي أبرم في ظله >> مجال الأعمال الكبرى المتعلقة بتخطيط أراضي الدولة <<، فإن هذا العقد المبرم، خصوصاً بين شخصين عامين، لا يولد بينهم إلا علاقة من علاقات القانون الخاص، ويخرج بذلك من إطار العقود الإدارية التي يختص بنظرها القضاء الإداري" ^(١).

وفي حكمه الصادر بتاريخ ٣ من نوفمبر عام ٢٠٠٣، شدد المجلس على أن دخول الأشخاص العامة في علاقات تعاقدية فيما بينهم لا يعني خلع الصفة الإدارية على هذه العلاقات، معتبراً أن عقد توريد مجموعة من المركبات التجارية والمبرم بين اتحاد مجموعات الشراء العام UGAP وبين الدولة ممثلة في وزارة الدفاع من طبيعة خاصة نظراً لعدم احتوائه على شروط غير مألوفة، كما أنه لم يتضمن المشاركة في تنفيذ مهمة المرفق العام للدفاع الوطني ^(٢).

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Contrat conclu entre, d'une part, une société et la Caisse nationale de l'énergie, d'autre part, une commune (....). Il n'a pas pour objet l'exécution du service public. Il ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun. Nonobstant la circonstance qu'il a été conclu dans le cadre de la procédure de << grands travaux d'aménagement du territoire >>, ce contrat passé notamment entre deux personnes publiques ne fait naître entre elles que des rapports de droit privé et n'est pas un contrat administratif relevant de la juridiction administrative ".

C.E., 1^{er} mars 2000, Commune de Morestel et syndicat du college de Morestel, Rec., t, p.1087.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) **qu'un tel contrat, bien, que passé entre deux personnes publiques, ne présentait pas le caractère d'un contrat administratif**; (...) que cette convention ne comportait aucune clause exorbitante, n'avait pas pour effet de faire participer l'Union des groupements d'achats publics au service public de la défense nationale ".

C.E., 3 novembre 2003, Union des groupements d'achats publics, AJDA 2003., p.2323., note J.-D. Deryfus.

المطلب الثالث

إذا كان طرفا العقد من أشخاص القانون الخاص

على عكس الفرض السابق، فإن أطراف العقد هنا جميعاً من أشخاص القانون الخاص، والحل التقليدي قوامه أن العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة تخضع بحسب الأصل للقانون الخاص حتى لو كانت ذا صلة بالمرفق العام^(١)، على اعتبار أن الشخص الخاص يتصرف لحساب نفسه لا لحساب شخص معنوي عام، وهذا ما أكدت عليه جهات القضاء الفرنسي^(٢).

وبخلاف بعض النصوص القانونية الخاصة التي قد تضيف على بعض العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة الطابع الإداري، فإن القضاء في كل من فرنسا ومصر قد عمل من جانبه على الخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة تعد عقوداً مدنية، وذلك حال تعاقد الشخص الخاص باسم ولحساب الشخص المعنوي العام، فاستناداً لنظرية الوكالة mandat يضيف القضاء على العقد المبرم الطابع الإداري.

(١) وفي هذا الصدد يذكر مفوض الحكومة Braibant :

" La règle selon laquelle les contrats passés par les personnes privées, même chargées de la gestion d'un service public, sont des contrats privés, est l'une des plus solides de notre système de répartition des compétences ".

G. Braibant, concl. sous T.C., 7 janvier 1972, S.N.C.F. c/ Entreprise Solon et Barrault, RDP 1972., p.465., spéc, p.473.

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كانت العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة تدخل تحت إطار القانون الخاص حتى لو كانت ذا صلة بالمرفق العام، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ – بالمقابل – باتجاه قوامه إسباغ الصفة الإدارية على القرارات الصادرة عن تلك الأشخاص حال قيامها بتنفيذ مهمة المرافق الإدارية، وإخضاعها لاختصاص القضاء الإداري.

راجع :

C.E., 31 juillet 1942, Monpeurt, in GAJA, op.cit., p.347.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C.E., 18 octobre 1935, Compagnie des chemins de fer du Nord, Rec., p.953.

- C.E., 9 juillet 1952, sté Le Tube d'Acier, Rec., p.367.

- C.E., 24 janvier 1962, Établissement Pilleux, AJDA 1962., p.301., concl. A. Dutheil de Lamothe.

- T.C., 5 mars 1962, Marcadet c/ sté " Routes et Bâtiments", Rec., t, p.919.

- T.C., 14 février 2000, Époux Pellizzari, Rec., t, p.1088.

ففي الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٨ من ديسمبر عام ١٩٣٦ اعتبر أن عقد استغلال أحد الشواطئ العامة والمبرم بين نقابة السياحة syndicat d'initiative وبين السيد Prade من طبيعة إدارية، تأسيساً على أن هذا العقد قد أبرم لا من أجل المصلحة الخاصة للمتعاقد، ولكن بقصد إنجاز أعمال تتعلق بالمصلحة العامة تضطلع بها عادة السلطة العامة^(١).

وفي حكمه الصادر بتاريخ ٢٤ من فبراير عام ١٩٥٤^(٢) أشار المجلس - كما يلاحظ بعض الفقهاء - إلى وجود رابطة قانونية lien de droit^(٣) : وكالة تعهد إلى شخص خاص بواسطة شخص عام بمقتضاها تكون العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة من طبيعة إدارية^(٤).

وقد استمر القضاء الفرنسي على ذات المنوال - وشايعه في ذلك القضاء الإداري المصري^(٥) - مستنداً إلى نظرية الوكالة لتقرير الطابع الإداري على العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة، سواء تصرف الشخص الخاص باسم ولحساب الشخص المعنوي العام أو سواء تصرف

(1) C.E., 18 décembre 1936, Sieur Prade, Rec., p.1124.

(2) C.E., 24 février 1954, sté des Ateliers de Construction Schwartz-Haumont c/ Secrétaire d'État à la Production industrielle, cité par J.-F. Prévost, art.préc., p.823.

وفي ذات الاتجاه :

C.E., 2 juin 1961, Leduc, Rec., p.365.

(٣) انظر :

J.-F. Prévost, *Ibidem*.

(٤) ومن نافلة القول إن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد على أن الوكالة التي تعهد إلى شخص خاص بواسطة شخص عام تخضع لقواعد الشريعة العامة والتي تقرر أن التعاقد يتم باسم ولحساب الموكل بموجب عقد وكالة.

C.E., 24 février 1954, Secrétaire d'Etat à la Production industrielle c/ sté des Ateliers de construction Schwartz-Haumont, Rec., p.125.

ويظل الموكل (الإدارة) مسئولاً أمام الأشخاص الأخرى عن العقود التي تبرمها مع الوكيل.

C.E., 30 janvier 1931, Sté Brossette et fils c/ Ministre de la Guerre, Rec., p.123.

(٥) ففي حكمها الصادر بتاريخ ٧ من مارس عام ١٩٦٤ قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه : " (....) إلا أنه من المقرر متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى (....) ومن حيث إنه متى كان الثابت أن شركة شل في العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة. ومتى كان لا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وإنه قد اتبعت فيهما وسائل القانون العام، متى كان الأمر كذلك فإن العقدين المشار إليهما بناء على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية "

الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق.ع، ١٩٦٤/٣/٧، سبقت الإشارة إليه، ص ١٥.

لحسابه دون أن يكون ممثلاً له^(١)، حتى جاءت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في قضية Peyrot بتاريخ ٨ من يوليو عام ١٩٦٣ ووضعت استثناءً جديداً قوامه إضفاء الطابع الإداري على العقود المبرمة بواسطة شركات الاقتصاد المختلط *société d'économie mixte* صاحبة حق الالتزام بإنشاء واستغلال الطرق على اعتبار أن هذه الأعمال تدخل في صميم الأعمال التي تقوم بها الدولة مباشرة، أو عن طريق إحدى شركات الاقتصاد المختلط صاحبة حق الالتزام – استثناء – والتي تعتبر في هذه الحالة تقوم بهذه الأعمال لحساب الدولة *pour le compte de l'État*^(٢).

(١) وهو ما يعرف في الفقه بمصطلح الوكالة الضمنية *Mandat tacite*، ومن الأحكام التي أخذت بها:
- C.E., 30 mai 1975, sté d'équipement de la Région montpelliéraine, Rec., p.326.
- T.C., 7 juillet 1975, Commune d'Agde, Rec., p.798.
- C.E., 18 juin 1976, Dame Culard, Rec., p.320.
- C.E., 27 janvier 1984, Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes, Rec., p.28.
- T.C., 10 mai 1993, sté Wanner Isofi Isolation et sté Nersa, RDP 1996., p.1183., note F. Lichère .

(٢) فقد قضت بأنه : " من حيث إن إنشاء الطرق الوطنية لها صفة الأشغال العامة، وتنتمي بطبيعتها إلى الدولة، وهي تنفذ تقليدياً عن طريق الاستغلال المباشر، فإن العقود التي يبرمها صاحب العمل بقصد هذا التنفيذ تخضع لقواعد القانون العام (...).، دون أن يكون هناك ما يدعو للتمييز بين عمليات الإنشاء التي تقوم بها – عادة – الدولة مباشرة وبين تلك التي تتم بواسطة ملتزم – استثناء – لحساب الدولة، سواء كان الملتزم شخصاً معنوياً عاماً أو شركة اقتصاد مختلط، بالرغم من تمتع الأخيرة بصفة الأشخاص المعنوية الخاصة كتلك التي تمتع بها كل الشركات، وأياً ما كانت الوسائل المتبعة في إنشاء الطرق. وبالتالي فإن العقود المبرمة مع المقاولين بواسطة الإدارة أو بواسطة الملتزم تكون لها صفة الأشغال العامة (...). " .
وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Cons. Que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État; qu'elle est traditionnellement exécutée en régie directe; que, par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public (...), sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'État, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'État, que ce concessionnaire soit une personne morale de droit public, ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société; qu'ainsi, quelles que soient les modalités adoptées pour la construction d'une autoroute, les marchés passés avec les entrepreneurs par l'administration ou par son concessionnaire ont le caractère de marchés de travaux publics (...). "

T.C., 8 juillet 1963, sté entreprise Peyrot, in GAJA 1999, 12^e éd, p.603 .

ومن الجدير بالملاحظة على هذا الاستثناء الذي وضعته محكمة التنازع الفرنسية أنه لا يفيد المعنى القانوني للوكالة المتعارف عليه في القانون المدني الفرنسي^(١)، ولكنه قد يختلط مع فكرة الوكالة الإدارية mandat administratif^(٢) التي استند إليها القضاء في أحكامه السابق الإشارة إليها^(٣)، والمعروفة في الفقه الفرنسي بمصطلح الوكالة الضمنية Mandat tacite^(٤)، والتي وصفها مفوض الحكومة Genevois^(٥) بأنها وكالة أكثر مرونة عن تلك المتعارف عليها في القانون المدني << plus souple que celle de mandat civil >>، ومن ثم هل يمكن اعتبار حكم Peyrot ترديداً لفكرة الوكالة الضمنية؟

رداً على هذا التساؤل، يجيب بعض الفقهاء بالنفي، إذ يرى أن حكم Peyrot لم يؤسس على فكرة الوكالة الضمنية، ولكنه تعدى هذا الإطار، إذ حمل في باطنه أربعة معايير مختلفة في تمييز العقد الإداري.

وفي هذا الإطار يذكر الفقيه Prévost : " إن محكمة التنازع قد أسست حكمها على مفهوم قانوني غير واضح وغير دقيق >> أعمال تجري لحساب ... << pour le compte de... >>، وهذا المفهوم لا يتشابه بالطبع مع فكرة الوكالة التي استند إليها القضاء سابقاً، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا الحكم قد أسس على المزج بين أربعة معايير مختلفة في تمييز العقد الإداري؛ **المعيار الأول : عضوي**

(١) تعرف المادة ١٩٨٤ من القانون المدني الفرنسي الوكالة بأنها عقد يؤذن به الوكيل بعمل شيء باسم ولحساب الموكل.

" Le mandat ou procuration est une acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire chose **pour le mandant et en son nom** ".

وهو ذات التعريف المستقر عليه في الفقه الفرنسي، حيث يذهب البعض إلى تعريف الوكالة بأنها :

" il est un contrat par lequel une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir d'accomplir **en son nom et pour son compte** des actes juridiques ".

Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, Les contrats spéciaux, Cujas 1992., p.276.

(2) G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Les contrats de l'Administration, Armad Colin 1998., 6^e éd, p.389.

(3) وهي تعني إمكانية تعاقد الشخص الخاص باسمه ولكن لحساب الشخص المعنوي العام؛ أي أن الشخص الخاص يتصرف دون أن يكون نائباً عن الشخص المعنوي العام.

(4) انظر للمزيد من التفاصيل :

L. Richer, op.cit., pp.115-117.

(5) انظر :

B. Genevois, concl. sous T.C., 12 novembre 1984, sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines et autres, AJDA 1985., p.156., spéc, p.158.

organique، ويستفاد من قول محكمة التنازع : >> شخص معنوي عام أو شركة اقتصاد مختلط بالرغم من تمتع الأخيرة بصفة الأشخاص المعنوية الخاصة كتلك التي تمتع بها كل الشركات <<. **المعيار الثاني** : ارتباطي **relationnel**، ويتحقق في اقتصار الحكم على ذكر شركات الاقتصاد المختلط بالذات، وليس الأشخاص المعنوية الخاصة بشكل عام. **المعيار الثالث** : مادي **matériel**، ويستفاد من قول محكمة التنازع : >> مجالات تدخل في صميم الأعمال التي تقوم بها الدولة <<. **المعيار الرابع** : وظيفي **fonctionnel**، ويظهر في طبيعة المهمة الممنوحة لشركات الاقتصاد المختلط، فهي تقوم بتنفيذ نفس الأعمال التي تقوم بها المرافق العامة ^(١).

وعلى هذا النحو، فإن الاستثناء الذي قرره محكمة التنازع الفرنسية في حكم Peyrot لا ينطبق حكمه على كافة الأشخاص الخاصة، وإنما فقط على شركات الاقتصاد المختلط عندما تبرم عقداً لحساب شخص معنوي عام ويتعلق بمجالات تدخل في صميم الأعمال التي تقوم بها الدولة كإنشاء الطرق العامة. وبالتالي فإن هذا الاستثناء يختلف جد الاختلاف مع فكرة الوكالة الضمنية التي ما زالت تؤدي حتى الآن دورها الرئيسي في تحديد الصفة الإدارية للعقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة ^(٢).

وإذا كان حكم Peyrot قد صدر بشأن حالة معينة، وهي تلك المتعلقة بعقود الأشغال العامة المتعلقة ببناء الطرق، والتي تبرمها شركات اقتصاد مختلط ملتزمة بمرافق عامة أو بأشغال عامة، فإن هذا يقودنا إلى التساؤل

^(١) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Prévost :

" Cette décision se fonde sur la notion juridiquement imprécise << d'action pour le compte >> qui ne saurait être assimilée au mandat et sur la combinaison de quatre critères : **critère organique** (<< personne morale de droit public ou société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société >>), **critère relationnel** (il est fait état de la société d'économie mixte mais non de la personne morale de droit privé d'une façon plus générale), **critère matériel** (domaine appartenant << par nature à l'État >>), **critère fonctionnel** enfin (la société d'économie mixte exécute la même mission de service public que celle qu'aurait accomplie la personne de droit public si la substitution n'avait été opérée ".

J.-F. Prévost, art.préc., p.829.

^(٢) ومن ذلك حكم محكمة استئناف ليون الصادر بتاريخ ٣ من ابريل عام ٢٠٠٣، حيث انتهت فيه إلى إضفاء الطابع الخاص على العقد المبرم بواسطة إحدى شركات الاقتصاد المختلط، تأسيساً على أنها قد أبرمت هذا العقد لحساب نفسها لا لحساب الشخص المعنوي العام.

C.A.A. de Lyon., 3 avril 2003, sté Loyn Parc Auto et sté Soletanche Banchy France, Rec., p.541.

عن مدى إمكانية تطبيق هذا الاتجاه السابق على طوائف أخرى من الأشغال تقوم بها هذه الشركات ؟ ومن جهة أخرى، هل يمكن امتداد هذا الحل إلى عقود الأشغال العامة المتعلقة ببناء الطرق والتي تبرمها الشركات الخاصة؟

رداً على التساؤل الأول، فإن الاستثناء الوارد في حكم Peyrot يقتصر نطاق تطبيقه على منازعات عقود الأشغال العامة المتعلقة بعمليات إنشاء الطرق والأعمال شديدة الصلة بها، كإنشاء الجسور^(١) والأنفاق الأرضية^(٢)، بحيث لا تعد العقود الأخرى لهذه الشركات أو غيرها من ملتزمي المرافق العامة – بحسب الأصل – من قبيل العقود الإدارية، وهذا ما أكدت عليه جهات القضاء الفرنسي. ومن الأحكام الدالة على ذلك : حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٥ من مايو عام ١٩٧٢ والذي رفض فيه الاعتراف بالطابع الإداري لعقود شركات الاقتصاد المختلط والمتعلقة بتنفيذ أعمال تجميل وتخطيط أراضي الدولة^(٣)، وكذلك حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٩ من فبراير ١٩٩٤ والذي رفض فيه خلع الصفة الإدارية على العقود المتعلقة بتهيئة المباني^(٤)، وأيضاً حكم محكمة التنازع الصادر بتاريخ ٢٥ من يونيو عام ١٩٧٣ والذي رفضت فيه إضفاء الطابع الإداري على العقد المتعلق بإنشاء أحد المجازر^(٥).

أما بالنسبة للتساؤل الثاني، فقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي بالإيجاب في حكمه الصادر في قضية A.R.E.A. بتاريخ ٣ من مارس عام ١٩٨٩^(٦)، إذ قرر امتداد الاستثناء الذي وضعته محكمة التنازع في قضية Peyrot إلى المنازعات المتعلقة بأشغال الطرق المعهودة بها إلى الشركات الخاصة.

(1) C. Cass. 1^{re} ch.c, 10 mai 1983, Bull.civ.I, n° 145, p.126.

(2) T.C., 12 novembre 1984, sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines et autres, AJDA 1985., p.159., concl. B. Genevois.

(3) C.E., 5 mai 1972, sté d'équipement de l'Indre et ministre de l'Equipement et du Logement c/ sieur Allain, Rec., p.341.

وفي ذات الاتجاه :

C.E., 21 juillet 1972, sté " Entreprise Ossude ", Rec., p.562.

(4) C.E., 9 février 1994, sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec., p.63.

(5) T.C., 25 juin 1973, sté d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette (S.E.M.V.I.), Rec., p.846.

(6) C.E., 3 mars 1989, sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes, Rec., p.69.

وانظر أيضاً لاحقاً ص ٢١٠.

صفوة القول أن المبدأ هو خضوع العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة للقانون الخاص حتى لو كانت ذا صلة بالمرفق العام، وذلك لتخلف الصفة الإدارية عن أطراف العلاقة التعاقدية، ولا يغير من طبيعة هذه العقود تدخل الجهة الإدارية فيها حتى لو كان الغرض من تدخلها هذا تحقيق النفع العام^(١)، إذ تظل بطبيعتها عقوداً مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص، ولم يرد على المبدأ السابق سوى الاستثناء المتعلق بفكرة الوكالة، وكذلك الاستثناء الخاص بعقود الأشغال العامة المتعلقة بإنشاء الطرق والأعمال شديدة الصلة بها كإنشاء الجسور والأنفاق، والتي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط أو الشركات الخاصة.

وإذا كان الأصل المستقر عليه في القضاء هو أنه لكي يكون العقد إدارياً يلزم أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، بحيث يخرج من إطاره - كقاعدة عامة - العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة، وهو ما يمثل الجانب العضوي في معيار تمييز العقود الإدارية، ويعد بهذه المثابة شرطاً ضرورياً وهاماً، بيد أنه لا يكفي بمفرده لحسم مسألة التمييز بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة، ولتحقيق تلك الغاية، يجب أن يصاحبه معياراً موضوعياً يقوم على مدى اتصال العقد بالمرفق العام، ومدى اتباع وسائل القانون العام في شأنه. وهذا ما سنبينه في المبحث التالي.

(١) " مثال ذلك أن تتدخل الإدارة في نزاع بين شركة وعمالها، مع توقيع ممثلي جهة الإدارة على عقد الصلح المبرم بين الطرفين. وعلى العكس من ذلك، يجوز أن يكون العقد إدارياً إذا أبرمته الإدارة بنفسها لصالح أحد الأشخاص المعنوية الخاصة باعتبار أن الجهة الإدارية تكون في هذه الحالة طرفاً في الرابطة التعاقدية ".

انظر : د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤.

المبحث الثاني

المعيار الموضوعي

لقد أسلفنا القول بأن توافر المعيار العضوي وإن كان ضرورياً، إلا أنه لا يكفي بحد ذاته للقول بوجود عقد إداري، بل يلزم أن يصاحبه معياراً موضوعياً يقوم على عنصرين؛ الأول : احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، والثاني : اتصال العقد بالمرفق العام.

وإذا كان القضاء في كل من فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون الخليجي قد اجمع على ضرورة وجود الإدارة طرفاً في العقد باعتباره المعيار المفترض في تمييز العقد الإداري، ويمثل الجانب الشكلي أو العضوي فيه، إلا أن الخلاف قد ثار بشأن المعيار الموضوعي. فإذا كان القضاء المصري^(١)، ومن اتبعه من دول مجلس التعاون الخليجي كالقضاء الكويتي^(٢)، والعماني^(٣)، قد أجمع على ضرورة وجود كلا العنصرين اللذين يتكون منهما المعيار الموضوعي إلى جوار المعيار العضوي، بيد أن

(١) فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه : " ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد لا يعتبر إدارياً إلا إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بإدارة وتسيير مرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص بمنازعته القضاء الإداري " .

الطعن رقم ٢٣٨١ لسنة ٣٤ ق.ع ، جلسة ١٦/٥/١٩٩٣ ، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٣٥ ، من عام ١٩٨٥ إلى ١٩٩٣ ، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات ١٩٩٤ - ١٩٩٥ ، ص ٢٨١ .

(٢) فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه : " ومن المقرر أنه لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً وإنما يجب أن يتعاقد هذا الشخص بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص " .

الطعن رقم ٤١ لسنة ٩٢ تجاري، جلسة ١٣/١/١٩٩٣ ، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً (من ١٩٨٢ حتى عام ١٩٩٩) ، الكتاب الثالث، منازعات الأفراد والعقود، ج ٨ ، إعداد المستشار/ ناصر معلا، الأستاذ/ جمال هاضل الجلاوي، مؤسسة دار الكتب ٢٠٠٠ ، ص ١٧ .

(٣) فقد قضت الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري لسلطنة عمان بأنه : " وإذا استقر الفقه والقضاء الإداري على تعريف العقد الإداري بأنه : العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. ومن خلال التعريف المتقدم تبرز العناصر المميزة للعقود الإدارية وتتمثل في : ١- أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام . ٢- أن يستهدف إدارة وتسيير أحد المرافق العامة . ٣- أن يأخذ بأسلوب القانون العام بتضمينه شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص " .

الدعوى الابتدائية رقم ٣٧ لسنة ٣ ق، جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٤ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في العامين القضائيين الثالث والرابع، مرجع سابق، ص ٨١٨ .

القضاء وكذلك الفقه في فرنسا يكتفي بوجود أحد هذين العنصرين بجانب المعيار العضوي، بحيث يعد كلاهما بديلاً عن الآخر. لذا سُمي هذا المعيار بالتخييري أو بالتبادلي alternatif.

وعلى ضوء ما تقدم، سوف نتناول فكرة المرفق العام، وفكرة الشروط غير المألوفة كلاً على حدة باعتبارهما يمثلان جناحي المعيار الموضوعي.

المطلب الأول

فكرة المرفق العام

تعد فكرة المرفق العام حجر الزاوية pierre angulaire^(١) في القانون الإداري، والأساس الذي بني عليه معظم نظرياته سواء في فرنسا أو في مصر، وفي مقدمتها نظرية العقد الإداري.

وقد ظهرت هذه الفكرة – بداءة – في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية روتشيلد بتاريخ ٦ من ديسمبر عام ١٨٥٥^(٢)، وتلقتها عنه محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في قضية بلانكو بتاريخ ٨ من فبراير عام ١٨٧٣^(٣)، كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري في مجال دعاوى المسؤولية الإدارية غير التعاقدية.

وفي عام ١٩٠٣ أشار مفوض الحكومة Romieu في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrier إلى ضرورة الاعتماد على فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري في المجال التعاقدية، إذ ذهب إلى القول بأن: " كل الدعاوى بين الأشخاص العامة والغير أو بين الأشخاص العامة نفسها وتكون مؤسسة على تنفيذ أو عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ مرفق عام هي من اختصاص القضاء الإداري " ^(٤).

(١) Ch. Eisenmann, Cours de droit administratif, L.G.D.J. 1982., t. I, p.22.

G. Braibant, Le droit administratif français, Dalloz 1988, 2^e éd, p.125.

(٢) C.E., 6 décembre 1855, Rotschild c/ Larcher et administration des postes, Rec., p.707.

(٣) T.C., 8 février 1873, Blanco, in GAJA, op.cit., p.1.

(٤) راجع :

J. Romieu, concl. sous C.E., 6 février 1903, Sieur Terrier, Rec., p.94., spéc, p.96.

وفي عام ١٩١٠ ظهر أول تطبيق ايجابي لهذه الفكرة في صدد علاقتها بعقود الإدارة في أحكام القضاء، حيث استند مجلس الدولة الفرنسي صراحة في حكمه الصادر في قضية Thérond إلى فكرة المرفق العام لتقرير الطابع الإداري للعقد الذي أبرمته مدينة Montpellier مع السيد Thérond^(١).

ومنذ ذلك التاريخ، والعقد الإداري يرتبط برباط وثيق بفكرة المرفق العام^(٢)، وبالرغم من الهجوم والأزمات التي تعرض لها في وقت من الأوقات والتي كادت أن تعصف به وتخرجه من ساحة القانون الإداري^(٣)، إلا أنه ظل شامخاً وبقي معياراً مميزاً للعقد الإداري^(٤)، حتى أن البعض قد رأى أن الأصالة الذاتية التي تتمتع بها هذه العقود ترجع في المقام الأول إلى فكرة المرفق العام^(٥)، وتشكل بهذه المثابة المعيار الكافي لتمييز عقود الإدارة الإدارية عن عقودها المدنية^(٦).

ولما كان شرط اتصال العقد بالمرفق العام يعد شرطاً ضرورياً وهاماً للقول بوجود عقد إداري^(٧)، بحيث يترتب على عدم تحقق ذلك

(١) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" Cons. Qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur Thérond, la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, **pour but d'assurer un service public** ".

C.E., 4 mars 1910, Thérond, in GAJA, op.cit., p.130.

(٢) انظر في هذا المعنى الفقيه Gaudemet، إذ يذهب إلى القول بأن : " العقد الإداري – من حيث المبدأ – هو الذي يتعلق بمرفق عام من حيث تنظيمه وأداء وظيفته ".

Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif, L.G.D.J. 1972., pp.264-265.

(٣) انظر في تفاصيل ذلك : د. مصطفى عبد المقصود : دراسات في العقد الإداري، مكتبة النصر بالزقازيق ٢٠٠٠، ص ١١٧ - ١٢٢.

(٤) انظر في القرب من هذا المعنى : د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، دون ذكر دار النشر، طبعة ١٩٨٤، ص ١٩٢.

(٥) د. محمد سعيد حسين أمين : الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٣، تحت إشراف أ.د/ محمد رمزي الشاعر، ص ٤٦.

(٦) د. ثورية لعيوني : معيار العقد الإداري " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٨٧، تحت إشراف أ.د/ سليمان محمد الطماوي، ص ١٥٦.

(٧) فمن المستقر عليه في أحكام القضاء المصري أنه يلزم لاعتبار العقد إدارياً أن يكون موضوعه متصلاً بمرفق عام، سواء كان من حيث تنظيمه أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة في ذلك أو عن طريق استخدام المرفق العام ذاته.

راجع : محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٣/١٢/١٩٥٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ عاماً ١٩٤٦-١٩٦١، الجزء الثاني (د-ف)، مؤسسة أخبار اليوم ١٩٧٠، ص ١٨٥٣.

– بأن تعلق العقد بإدارة أموال الدولة الخاصة مثلاً – نفي الطابع الإداري عن العقد^(١)، فإن هذا الأمر يستدعي أن نتطرق أولاً لمفهوم المرفق العام، ثم ننقل من ذلك إلى عرض الصور التي يتم من خلالها تحقق هذا الاتصال، وأخيراً تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها المرافق العامة التي تتخذ شكل الطابع الصناعي والتجاري والتي ادخلها المشرع في تعداد الأشخاص الخاصة.

أولاً : مفهوم المرفق العام

بالرغم من أن فكرة المرفق العام تشكل دعامة رئيسية من دعائم القانون الإداري بوجه عام^(٢)، والعقد الإداري بشكل خاص، إلا أن الفقه، وكذلك القضاء لم يقدموا تعريفاً موحداً جامعاً مانعاً لهذه الفكرة، وإن كانت

(١) وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بالآتي : " وهذا العقد وإن كان أحد طرفيه جهة إدارية إلا أنه لا يتسم بسمات العقود الإدارية فهو لا يتصل بتسيير المرفق العام ولا يعدو أن يكون مجرد عقد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصاً تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني "

المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٩٦٨/٢/٢٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١١٩ .

وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية على هذا المعنى بقولها : " ومن المقرر أنه لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً وإنما يجب أن يتعاقد هذا الشخص بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص، ومن ثم فإن عقود الإيجار التي تبرمها الجهات الإدارية مع الغير بالنسبة لأملك الدولة الخاصة لا تعتبر من قبيل العقود الإدارية لأنها تتصل بأموال خاصة غير مخصصة للمنفعة العامة وبغض النظر عما تشمله من شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي لأن ذلك ليس من شأنه أن يخلع عليها وصف العقود الإدارية التي تختص بها الدائرة الإدارية "

الطعن رقم ٤١ لسنة ٩٢ تجاري، جلسة ١٩٩٣/١/١٣، سبقت الإشارة إليه، ص ٣٢ .

(٢) ومن نافلة القول إنه قد ثار خلاف في الفقه حول أساس القانون الإداري والمعيار الذي يتحدد على أساسه اختصاص القضاء الإداري. ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين اتجاهين؛ الأول : مدرسة المرفق العام التي يتزعمها الفقيه Duguít، والتي ترى أن غاية القانون الإداري تتمثل في إدارة نشاطات المرافق العامة المخصصة لإشباع حاجات المصلحة العامة، بحيث تكون هذه المرافق هي موضوع القانون الإداري ومعيار تحديد اختصاص القضاء الإداري، ومن ثم فإن قواعد القانون الإداري وتطورها تدور وجوداً وعدمياً مع فكرة المرفق العام. أما الاتجاه الثاني : مدرسة السلطة العامة التي يتزعمها الفقيه Hauriou، والتي تذهب إلى أن القانون الإداري يتحدد تبعاً للوسائل التي تستخدمها الإدارة لحسن إدارتها للمرافق العامة، فإذا لجأت في تصرفاتها إلى وسائل السلطة العامة، فإن المنازعات التي تثور بشأنها تخضع لأحكام القانون الإداري، ويختص بنظرها القضاء الإداري، أما إذا لجأت إلى وسائل القانون الخاص، فلا تصدق عليها الوصف الإداري، وتخضع لأحكام القانون الخاص، وبالتالي لاختصاص القضاء العادي.

راجع في عرض ذلك :

تدور معظم التعريفات التي قيلت في هذا الشأن حول فكرة واحدة هي المصلحة العامة أو تحقيق النفع العام.

فقد عرف بعض الفقهاء المرفق العام بأنه : " كل نشاط تقوم به الأشخاص العامة بقصد إشباع حاجة تحقق الصالح العام " ^(١) .

وهناك من ذهب إلى تعريفه بأنه : " المشروع الذي تقوم جهة الإدارة بتنظيمه وتسييره بنفسها أو يكون خاضعاً لرقابتها ويهدف إلى تحقيق نفع عام " ^(٢) .

ويعرفه البعض الآخر بأنه : " كل مشروع يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام، وتعجز المشروعات الفردية على تحقيقه على وجه مرض، فتتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى أفراد يديرونه تحت رقابتها " ^(٣) .

ويتضح من خلال التعريفات المتقدمة أن للمرفق العام عنصران أساسيين لا بد من توافرها؛ الأول : عضوي، ويتمثل في السلطة أو المنظمة التي تمارس النشاط. أما العنصر الثاني : موضوعي، ويعني الخدمة أو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة والتي تقدر السلطة العامة ضرورة إشباعها بنفسها أو تحت مسؤوليتها ^(٤) . فإذا تضمن المشروع هذين العنصرين تحققت له صفة المرفق العام وخضع لنظام قانوني خاص وهو نظام القانون الإداري ^(٥) .

وقد أخذ القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة التنازع بالمعنى الموضوعي للمرفق العام، ويتضح ذلك جلياً من الأحكام الصادرة عنه

(١) راجع :

- A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, L.G.D.J. 1994, t.I, 13^e éd, p.37.

- M. Bourjol, Droit administratif, I. L'action administrative, éd Masson et C^{ie} 1972., p.290.

(٢) د. محمد كامل ليلة : مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول مقدمة القانون الإداري، ط ١، دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٨-١٩٦٩، ص ٥٩.

(٣) د. توفيق شحاته : مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٤-١٩٥٥، ط ١، ص ٣٨٤-٣٨٥.

(٤) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٥.

(٥) د. ماجد راغب الحلو : القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦، ص ٤١ .

والتي تواترت على ترديد عبارة << مهمة مرفق عام mission >> de service public >> ^(١).

أما في مصر، فقد استقرت أحكام القضاء أيضاً على تبني المعنى الموضوعي للمرفق العام، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ٢ من يونيو عام ١٩٥٧ إلى أن : " المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها (...)، والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام، أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة وألا يكون الغرض من المشروع مجرد تحقيق الربح " ^(٢).

ثانياً : صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام

وفقاً لأحكام القضاء في فرنسا، فإن العقد يكون إدارياً إذا كان يتضمن تنفيذاً للمرفق العام ذاته من جانب المتعاقد مع الإدارة، أو إذا كان يشكل طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام ذاته، أو إذا كان يقوم على أساس المشاركة أو المساهمة في تنفيذ مرفق عام.

١ - تنفيذ المرفق العام ذاته من جانب المتعاقد مع الإدارة

لقد ظهر أول تطبيق إيجابي لهذه الصورة في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Époux Bertin بتاريخ ٢٠ من أبريل عام ١٩٥٦، إذ قرر المجلس خلع الصفة الإدارية على العقد المبرم بين

(١) راجع :

M. Bourjol, op.cit., p.290.

(٢) القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ١١، العدد الأول : من أول أكتوبر سنة ١٩٥٦ إلى آخر مارس سنة ١٩٥٧، مطابع مذكور بالقاهرة، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٤٩٣. وفي ذات الاتجاه :

القضية رقم ١٢٩٨ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦٣/١/٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات، مرجع سابق، ص ١٤٧.

وانظر أيضاً الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٩ من فبراير عام ١٩٩٣، حيث تعرف المرفق العام بأنه : " (...) مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح والنفع العام ".

الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٩، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٣٥، طبعة ١٩٩٤ - ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

الزوجين برتان والإدارة الفرنسية، استناداً إلى تعلق موضوعه بتنفيذ المرفق العام ذاته من جانب المتعاقد مع الإدارة^(١).

إذ قضى بأن: " متى كان العقد من حيث موضوعه قد عهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته المكلف آنذاك بإعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية والموجودين على الإقليم الفرنسي إلى أوطانهم، فإن هذا الظرف يكفي في حد ذاته بدمج العقد بالصفة الإدارية، دون حاجة للبحث عما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص من عدمه " ^(٢).

ونظراً للأهمية الخاصة لهذا الحكم في إبراز فكرة المرفق العام في صدد علاقتها بعقود الإدارة، فقد أورد الفقه بعض الملاحظات عليه، نعرضها على النحو التالي :

الملاحظة الأولى : إذا كان العقد قد عهد إلى أحد طرفيه بمهمة تنفيذ المرفق العام ذاته، فإن هذه الواقعة تكفي بذاتها لخلع الصفة الإدارية عليه دون تتطلب وجود شروط أخرى (اتباع أساليب القانون العام)^(٣)، وبذلك يضع هذا الحكم الشكل التبادلي أو التخييري لمعايير تمييز العقود الإدارية (يكون إدارياً العقد الذي يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو الذي يكون محله تنفيذ المرفق العام ذاته)^(٤).

(١) وتخلص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ ٢٤ من نوفمبر عام ١٩٤٤ تم إبرام عقد شفوي *contrat verbal* بين الإدارة الفرنسية والزوجان برتان لرعاية الرعايا السوفيت الفارين إلى الأراضي الفرنسية في عام ١٩٤٤، وقد كان الالتزام الملقى على عاتق الزوجين برتان هو قيامهما بدفع مبلغ مالي كل يوم، وعن كل فرد من اللاجئين لتوفير الطعام لهم في مركز تجمع اللاجئين حتى عودتهم إلى ديارهم في روسيا. وكان على أثر رفض وزارة المحاربين القدامى وضحايا الحرب دفع مقابل زيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر من المركز، أن لجأ الزوجان برتان إلى مجلس الدولة لمطالبة الوزارة بدفع هذه المبالغ، إلا أن الوزارة نازعت في اختصاص المجلس بنظر هذا النزاع مستندة في ذلك إلى أن العقد لم يكن يتضمن ثمة شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم فلا يعتبر العقد إدارياً مما يختص به مجلس الدولة، وهو الدفع الذي رفضه المجلس حيث قرر عقد اختصاصه بنظر هذا النزاع، تأسيساً على تعلق العقد بمهمة تنفيذ المرفق العام ذاته من جانب المتعاقد مع الإدارة، وأن هذه الواقعة تكفي بذاتها لدمج العقد بالطابع الإداري دون أن تكون هناك ثمة حاجة للبحث عما إذا كان العقد يتضمن شروطاً استثنائية من عدمه.

(٢) C.E., 20 avril 1956, Époux Bertin, in GAJA, op.cit., p.520 (1^{re} esp).

(٣) ومما يدل على ذلك أن العقد المبرم بين الإدارة الفرنسية والزوجين برتان كان عقداً شفوياً؛ أي غير مكتوب. وبالتالي لم يكن متضمناً أية شروط، سواء كانت عادية أو استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ولكنه يتعلق – بالمقابل – بمرفق عام، والحل التقليدي يقضي بضرورة وجود المعيارين معاً، ولكن مجلس الدولة الفرنسي خرج عن هذه القاعدة وقرر الاكتفاء بوجود أحدهما (معيار المرفق العام)، وقد كان هذا الحكم بالفعل بمثابة مولد المعيار التخييري أو التبادلي في فرنسا.

(٤) Ph. Foillard, op.cit., p.222.

الملاحظة الثانية : إن العقد الذي يكون موضوعه متعلقاً بامتياز أو التزام المرافق العامة يعد إدارياً بطبيعته، مهما تكن الشروط التي يتضمنها، ومهما كان الشكل الذي يتخذه المرفق العام (تجاري، صناعي، أو إداري)^(١).

الملاحظة الثالثة : لقد اتاح هذا الحكم الفرصة لإلقاء الضوء على مفهوم تنفيذ المرفق العام ذاته وتمييزه عن مجرد المساهمة أو المشاركة في أداء وظيفته بسهولة ويسر؛ فالإدارة التي أنشأت مركزاً للاجئين السوفيت كان يمكنها أن تحتفظ بمسئوليتها مباشرة، وتختار أحد الأشخاص للمساهمة في أداء وظيفته كأن تعهد إليه بتوريد السلع الغذائية مثلاً، ففي هذه الحالة لا يعتبر العقد المبرم في هذا الشأن إدارياً ما لم يكن يتضمن شروطاً غير مألوفة، ولكنها في هذه القضية قد عهدت إلى الزوجين برتان بمجموعة من الأعمال، أهمها إدارة مركز اللاجئين، وكان هذا العمل كاف بمفرده لإضفاء الطابع الإداري على العقد^(٢).

وهذا التمايز بين مفهوم تنفيذ المرفق العام ذاته وبين مجرد المساهمة أو المشاركة في أداء وظيفته يظهر بوضوح في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Gonthier بتاريخ ٢٤ من فبراير عام ١٩٦٧^(٣). وقد كان هذا النزاع يتعلق بعقد أبرمته الدولة الفرنسية في عام ١٩٥٦ مع إحدى الشركات العقارية بموجبه يتم منح هذه الشركة قرضاً بدون فائدة على أن تلتزم الشركة بالمقابل بحجز أماكن في العقارات التي تبنيها لتأجيرها لوكلاء الدولة. وقد اعتبر المجلس أن هذه الواقعة لا تتضمن تنفيذ المرفق العام ذاته، وإنما ترمي فقط إلى ضمان إنشاءه وأداء وظيفته بسهولة ويسر.

(١) راجع في هذا المعنى :

R. Chapus, Le service public et la puissance publique, RDP 1968., p.235., spéc, p.264.

(٢) انظر :

G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, op.cit., p.392.

(٣) وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" Cons. qu'il résulte de l'instruction que la convention conclue entre l'Etat et la Société immobilière de Bois Fleuri, complétée par les avenants ci-dessus rappelés, **n'a pas confié à la société cocontractante l'exécution même d'un service public et, d'autre part, ne contient aucune clause exorbitante du droit commun; qu'elle constitue donc un contrat de droit privé**; que, dès lors, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des conclusions présentées par le sieur Gonthier ".

C.E., 24 février 1967, Sieur Gonthier, Rec., p.92.

وبالتالي يعد العقد من عقود القانون الخاص طالما لا تتوافر فيه الأشكال الأخرى التي يمكن أن تلعب دوراً في إضفاء الطابع الإداري عليه. وهو ذات المعنى الذي أكد عليه المجلس بعد ذلك بموجب حكمه الصادر في قضية Gondrand frères بتاريخ ١١ من مايو عام ١٩٥٦^(١).

وهكذا وعلى ضوء حكم Époux Bertin، فإن العقد الذي يتضمن منح المتعاقد مع الإدارة مهمة تنفيذ المرفق العام ذاته يعد عقداً إدارياً مهماً تكن طبيعة الشروط التي يحتويها. وهذا ما أكدت عليه بعد ذلك الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي^(٢).

٢ - إذا كان العقد يشكل طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام ذاته

لقد ظهرت هذه الصورة من صور اتصال العقد بالمرفق العام في نفس اليوم الذي ظهرت فيه الصورة السابقة - تنفيذ المرفق العام ذاته من جانب المتعاقد مع الإدارة - وكان ذلك بمناسبة صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Consorts Grimouard في ذات يوم صدور حكمه في قضية Époux Bertin.

إذ إنه في عام ١٩٤٦ تم إنشاء مرفق عام تكون مهمته الحفاظ على الغابات الفرنسية وتنمية وتحسين استغلالها، وقد نصت المادة الأولى من القانون الصادر بتاريخ ٣٠ من سبتمبر عام ١٩٤٦ على أنه : " يكلف وزير الزراعة بإعادة تكوين الغابات الفرنسية وفقاً للطرق المحددة في لوائح

(١) فقد قضى :

" (...) que le contrat ne contient ni référence à un cahier des charges, ni clause exorbitante du droit commun; que, si le marché a été conclu pour la satisfaction des besoins d'un service public, il n'a pas eu pour objet de confier à la société requérante l'exécution même de ce service public; que de tout ce qui précède il résulte que ce contrat ne peut être rangé parmi les marchés de fournitures visés par le décret du 11 juin 1806, mais constitue un contrat de droit privé ".

C.E., 11 mai 1956, sté française des transports Gondrand frères, Rec., p.202.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- T.C., 24 juin 1968, sté << Distilleries Bretonnes >>, Rec., p.801., concl. Gégout.

- C.E., 26 juin 1974, sté << La Maison des Isolants-France >>, Rec., p.365.

- T.C., 6 janvier 1975, Office français des techniques modernes d'éducation - O.F.R.A.T.E.M.E. c/ Sieurs Jahan et autres, JCP 1976., éd G, II 18283., obs. F. Moderne.

- C.E., 18 juin 1976, Dame Culard, Rec., p.320.

الإدارة العامة بقصد تنظيم الأعمال المتعلقة بتشجير وإعادة تشجير الغابات، وتحسين والحفاظ على الأراضي المشجرة، والاستخدام الأمثل لمنتجات الغابات. وبوجه عام، كل من شأنه تنمية موارد الغابات، وضمان سهولة تصريف إنتاجها، وإشباع حاجات السكان".

وتفعيلاً لهذا القانون أبرمت إدارة الماء والغابات الفرنسية عدة عقود مع ملاك الأراضي التي يتم فيها عمليات التشجير وإعادة التشجير، وقد كانت هذه الأراضي غير مخصصة لأن تؤول ملكيتها إلى الدولة، وإنما تم إخضاعها فقط، وفقاً للمادة ٥ والمادة ٨ وما بعدها من لائحة الإدارة العامة الصادرة في ٣ من مارس عام ١٩٤٧، للنظام الخاص للغابات وذلك إلى أن تسترد الدولة ما تنفقه بالكامل عن طريق تصريف الإنتاج الذي يتم استخراجها منها.

ولما ثار النزاع حول تنفيذ هذه العقود عرض الأمر على مجلس الدولة والذي انتهى في حكمه الصادر بتاريخ ٢٠ من إبريل عام ١٩٥٦ إلى أن العقود المبرمة بين إدارة الماء والغابات الفرنسية وبين ملاك الأراضي تعد من قبيل عقود الأشغال العامة التي تمتاز بخصائص العقود الإدارية على اعتبار أن تلك العقود تأخذ من موضوعها بالذات شكل الطابع الإداري بغض النظر عن الشروط التي تحتويها، ذلك أنها تشكل طريقة من طرق تنفيذ المرافق العامة^(١).

وإذا أجرينا مقارنة بسيطة بين هذا الحكم وحكم Bertin، يتبين أن المعيار الذي وضعه مجلس الدولة في حكم Grimouard >> طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام << يختلف في الصياغة، وقد يختلف في المعنى مع المعيار الذي وضعه في حكم Bertin >> تنفيذ المرفق العام ذاته <<، إلا أن الحلول القانونية والنتيجة المترتبة عليهما جاءت واحدة، وأية ذلك أن العقود التي أبرمتها إدارة الماء والغابات الفرنسية مع ملاك الأراضي لم

(١) راجع :

C.E., 20 avril 1956, Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard, in GAJA, op.cit., p.520 (2^e esp).

وقد أكدت مجلس الدولة الفرنسي على ذات الحل الذي تبناه في قضية Consorts Grimouard، وذلك بمقتضى حكمه الصادر بتاريخ ١٤ من نوفمبر عام ١٩٥٨، إذ اعتبر أن العقود التي تبرم من أجل تزويد المقاطعات بالدقيق لسد النقص في مخزونها السلعي من قبيل العقود الإدارية التي يختص بنظرها القضاء الإداري وحده، باعتبار أنها تشكل بذاتها طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام.

C.E., 14 novembre 1958, Ministre des Affaires économiques et financières c/ Union meunière de la Gironde, Rec., p.554.

تعهد إلى هؤلاء أية مهمة تتعلق بتنفيذ المرفق العام ذاته ابتغاء تحقيق المصلحة العامة كما هو الشأن في العقد المبرم مع الزوجان برتان، ولكن هذه المهمة كانت تضطلع بها في الأساس الدولة. غير أن مجلس الدولة قد رأى أن هذه العقود بالرغم من أنها لم تكن تتضمن مهمة تنفيذ المرفق العام ذاته، إلا أنها قد شكلت طريقة من طرق تنفيذه، ومن ثم فهي عقود إدارية مهما تكن الشروط التي تحتويها. وبالتالي إذا أبرم الشخص العام المكلف بمهمة تنفيذ مرفق عام عقداً مع أحد الأشخاص يتضمن طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام ذاته يعد العقد إدارياً حتى لو لم يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص^(١).

٣- المشاركة أو المساهمة في تنفيذ مرفق عام

والمثال النموذجي لهذا النوع من العقود يتجسد في عقود التوظيف التي يبرمها الشخص المعنوي العام مع الأشخاص الطبيعية الخاصة بقصد تسيير المرافق العامة. ففي هذه العقود لا يكلف المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ المرفق العام ذاته، وإنما يقتصر دوره على مجرد المساهمة أو المشاركة في دوام سير المرافق العامة.

وبالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي، تبين اختلاف هذا القضاء في البداية حول تحديد طبيعة عمل المتعاقد مع الإدارة والتي يمكن من خلالها القول إنه يساهم في تسيير مرفق عام.

ففي الوقت الذي اعتبرت فيه محكمة التنازع أن العقد المبرم مع أحد الأشخاص الخاصة للعمل في مقصف إحدى الكليات^(٢)، أو في وظيفة خادم في المطعم الجامعي^(٣) من طبيعة خاصة نظراً لأنه لا يتضمن مساهمة أو مشاركة في تنفيذ مرفق عام، ذهبت المحكمة الإدارية لمدينة Saint-Denis de la Réunion بالمقابل إلى إضفاء الطابع الإداري على عقود

(١) انظر :

G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, op.cit., pp.392-393.

(٢) راجع :

T.C., 28 juin 1965, Dame Debord, Rec., t, p.959.

(٣) راجع :

T.C., 19 avril 1982, M^{me} Robert c/ Centre Régional des œuvres universitaires et scolaires de Rennes, JCP 1983., éd G, II 19959, note Y. Saint-Jours.

الخدم في المقصف المدرسي على اعتبار أن الشخص المتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة مساهماً في تسيير مرفق عام^(١).

وبينما ذهبت محكمة التنازع في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ من يوليو عام ١٩٩٠ إلى أن الطاهي في دار المسنين يخضع للقانون العام^(٢)، قررت في حكم آخر لها صادر بتاريخ ٤ من نوفمبر عام ١٩٩١ إخضاع نظيره الذي يعمل في المستشفيات العامة للقانون الخاص باعتباره أنه لا يساهم مباشرة في تنفيذ مهمة مرفق عام^(٣).

وإزاء هذا التمييز بين الطبيعة الواحدة لعمل المستخدمين غير النظاميين الذين تستعملهم الإدارة في المرافق العامة الإدارية، وإخضاع كل منهما لنظام قانوني مستقل، اعتمدت محكمة التنازع الفرنسية مفهوماً جديداً قوامه إضفاء الطابع الإداري على كافة عقود التوظيف المتصلة بالمرافق العامة الإدارية مهما تكن طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص الخاص على اعتبار أنه يعد في هذه الحالة مساهماً في تسيير مرفق عام، بحيث يعد تحديد الطبيعة القانونية للمرفق العام (إداري أم تجاري وصناعي) هي التي تطرح فقط على نطاق البحث.

فقد قضت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ من مارس عام ١٩٩٦ بأن : " تعتبر مجموعة الموظفين غير النظاميين الذين يعملون لحساب مرفق عام ذو طابع إداري من قبيل الموظفين العموميين مهما تكن طبيعة وظيفتهم " ^(٤).

وكما هو واضح على الحكم السابق أن محكمة التنازع قد وسعت كثيراً من مفهوم المساهمة في تنفيذ مهمة المرافق العامة الإدارية، حيث أدخلت كافة عقود التوظيف التي يبرمها الشخص المعنوي العام مع الأشخاص الطبيعية الخاصة في نطاق اختصاص القضاء الإداري على اعتبار أنها تتضمن المساهمة المباشرة في تنفيذ مرفق عام (المعيار الموضوعي) ذو طبيعة إدارية (المعيار العضوي).

(1) T.A. de Saint-Denis de la Réunion, 6 décembre 1972, Dame Anamialo c/ commune de Port, Rec., p.933.

(2) T.C., 30 juillet 1990, Léger, DA 1990., n° 427.

(3) T.C., 4 novembre 1991, Mme Celli, Rec., t, p.985.

(4) T.C., 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c/ Conseil des prud'hommes des Lyon, AJDA 1996., p.399., obs. J.-H. Stahl et D. Chauvaux p.355.

ومما تجدر الإشارة أنه إذا كان القضاء الفرنسي يشترط لاعتبار العقد إدارياً أن تتحقق في شأنه إحدى الصور السابق بيانها، إلا أن ذلك لا يعنى - كما يقرر بعض الفقهاء - أن ترقى تلك الصور إلى مستوى النظرية التي يصعب الخروج على ما تتضمنه من أحكام، إذ إن الأمر لا يعدو أن يكون اتجاهاً قضائياً يستهدى به في شأن المعيار المميز للعقد الإداري^(١).

وإذا كان القضاء الفرنسي قد أخذ بمفهوم ضيق لاتصال العقد بالمرفق العام، بحيث يشترط أن تتحقق في شأنه الصور السابق بيانها، ومرجع ذلك اعتماد ذلك القضاء على فكرة المرفق العام بذاتها كضابط موضوعي في المعيار المميز للعقد الإداري استقلالاً عن فكرة الشروط غير مألوفة، فإن القضاء الإداري المصري قد أخذ - بالمقابل - بمفهوم واسع له، نظراً لاعتماد هذا القضاء على فكرة الشروط غير المألوفة كضابط تكاملي للمعيار الموضوعي، ويتضح ذلك جلياً من خلال قول محكمة القضاء الإداري : " ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة والمساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد، مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة في العقد " (٢).

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري

ترتب على دخول الدولة في المجال الاقتصادي، ومعاونة الأفراد لها في كثير من الميادين عن طريق تخويلهم استعمال أساليب القانون العام، أن ظهرت إلى جوار المرافق العامة التقليدية والتي يطلق عليها المرافق الإدارية، مرافق من نوع جديد هي المرافق العامة الصناعية والتجارية.

(١) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٢) الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٣/١٢/١٩٥٦، سبقت الإشارة إليه، ص ٣٤.

وفي ذات الاتجاه :

القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، سبقت الإشارة إليه، ص ٣٧.

القضية رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ عاماً ١٩٤٦-١٩٦١، مرجع سابق، ص ١٨٥٣.

وإذا كانت المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري تخضع بحسب الأصل للقانون الخاص، وتعد العقود التي تبرمها من أجل احتياجات نشاطاتها من طبيعة خاصة^(١)، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي^(٢)، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تكتسب بعض عقودها الطابع الإداري، وتخضع على أثر ذلك للقانون العام، ولاختصاص القضاء الإداري، وذلك حال احتوائها على شروط استثنائية أو خضوعها لنظام استثنائي غير مألوف للقانون العادي^(٣)، أو كان موضوعها تنفيذ أشغال عامة^(٤)، أو تنفيذ المرفق العام ذاته من جانب المتعاقد^(٥)، أو إذا كانت تتضمن شغلاً للدومين العام^(٦).

هذا الوجه الثنائي *double visage*^(٧) الذي تتمتع به المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري قد استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسي وعلى رأسها محكمة التنازع.

فقد قضت محكمة التنازع في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من ديسمبر عام ٢٠٠٥ بأن : " عندما تتخذ المؤسسة العامة من القانون شكل المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، فإن المنازعات المتولدة عن

(١) انظر :

J.-M. Rainaud, Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public ?, RDP 1985., p.1183., spéc, p.1203.

(2) T.C., 22 janvier 1921, sté commerciale de l'ouest africain, in GAJA, op.cit., p.223.

(٣) انظر على سبيل المثال :

- C.E., 20 octobre 1950, Stein, Rec., p.505.

- T.C., 14 novembre 1960, sté agricole de stockage de la région d'Ablis, Rec., p.866.

- C.E., 19 janvier 1973, sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Rec., p.48.

(4) C.E., 7 octobre 1966, Ville de Bordeaux, Rec., p.526.

(٥) انظر :

- T.C., 24 avril 1978, sté boulangerie de Kourou, Rec., p.645.

- T.A. de Versailles, 5 août 2004, sté Sita-ile-de-France, AJDA 2005., p.836., note S. Hul.

(6) C.E., 24 janvier 1973, Sieur Spiteri et époux Krehl, Rec., p.64.

(٧) انظر :

- C. Landais et F. Lenica, chron.préc., p.2383.

- B. Delaunay, note.préc., p.297.

نشاطاتها تخضع لاختصاص القضاء العادي، باستثناء النشاطات المتعلقة
(....) والتي تكون بطبيعتها مشتملة على امتيازات السلطة العامة " ^(١).

أما بالنسبة للعقود التي تبرمها تلك المرافق مع العاملين بها، فإنها تعد
– كقاعدة عامة – من قبيل عقود القانون الخاص ^(٢)، باستثناء تلك المتعلقة
بعقود المدير العام ^(٣) ورئيس الحسابات حال اتخاذه صفة المحاسب العام ^(٤)
شريطة عدم وجود نص قانوني صريح ينص على إخضاعهما للقانون
الخاص ^(٥).

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui (...) par leur nature de prérogatives de puissance publique ".
T.C., 12 décembre 2005, EURL Croisières lorraines << La Bergamote >> c/ Voies navigables de France, Rec., p.670.

انظر أيضاً في ذات المعنى :

- T.C., 29 décembre 2004, M. et M^{me} Blanckeman c/ Voies navigables de France, AJDA 2005., p.685.

- T.C., 20 mars 2006, Calatayud c/ Voies navigables de France, RFDA 2006., p.1145., note G. Delaloy p.1142.

- T.C., 16 octobre 2006, préc, *supra*, p.19., note (1) .

⁽²⁾ C.E., 15 décembre 1967, Sieur Level, Rec., p.501.

⁽³⁾ C.E., 26 janvier 1923, Lafrégeyre, RDP 1923., p.250., concl. Rivet p.238.

^(٤) وهذا الاستثناء أشار إليه مفوض الحكومة Chardeau في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة في عام ١٩٥٤ في قضية Affortit et Vingtain، حيث ذهب إلى ضرورة استثناء كل من السكرتير العام والمحاسب العام من الخضوع للقانون الخاص.

J. Chardeau, concl. sous C.E., 4 juin 1954, Sieur Vingtain, Rec., p.342., spéc, p.343.

غير أن مجلس الدولة لم يأخذ بهذا الاتجاه إلا في عام ١٩٥٧ وقصره على رئيس الحسابات الذي يتخذ صفة المحاسب العام، وذلك بمقتضى حكمه الصادر في قضية Jalenques de Labeau، إذ قضى :

" il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur les litiges individuels concernant les agents dudit établissement à l'exception de celui desdits agents qui est chargé de la direction de l'ensemble des services de l'établissement, **ainsi que du chef de la comptabilité, lorsque ce dernier possède la qualité de comptable public** ".
C.E., 8 mars 1957, Sieur Jalenques de Labeau, Rec., p.158.

^(٥) انظر على سبيل المثال :

- C.E., 22 janvier 1954, Sieur Wittwer, Rec., p.42.

- C.E., 15 décembre 1967, Sieur Level, *Ibidem*.

- T.C., 15 mars 1999, M. Faulcon c/ Commune de Châtellerault, Dr.soc. 1999., p.676., concl. J.-L. Sainte-Rose p.673.

كما أن العقود التي تبرمها مع المنتفعين بخدماتها تعد هي الأخرى من قبيل العقود الخاصة حتى لو احتوت على شروط استثنائية وغير مألوفة، وهذا ما استقرت عليه أحكام جهات القضاء الفرنسي^(١).

كذلك أيضاً في مصر، حيث استقر القضاء على أن العقود المبرمة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها تعد من قبيل عقود القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية وخصائصها بالنسبة لها.

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٨ من نوفمبر عام ١٩٨٩ إلى القول بأن : " العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص بما يتفق وطبيعة تلك المرافق والأسس التجارية التي تدير عليها - مقومات العقد الإداري لا تتوفر في مثل هذه العقود خاصة وأن القائم على المرفق الاقتصادي ليس جهة إدارية تعمل بوصفها سلطة عامة - لا يغير من ذلك تولي وزارة السياحة إدارة واستغلال المرفق بعد انتهاء التزام الشركة القائمة عليه بالعقد الذي نشأ في الأصل مدنياً لا يمكن أن ينقلب بمقتضى قواعد تنظيمية عامة إلى عقد إداري " ^(٢).

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي يكتفي منذ صدور حكمه في قضية الزوجين برتان باتصال العقد بمرفق عام لا يعتبره إدارياً مهما تكن طبيعة الشروط التي يحتويها، إلا أن هذا الضابط غير كاف في حد ذاته للقول بوجود عقد إداري وفقاً لما استقر عليه فقه القضاء الإداري في مصر وعمان والكويت، بل يجب أن يصاحبه معيار تكميلي يقوم على اتباع أساليب القانون العام. وهذا ما سوف نوضحه من خلال المطلب التالي.

(١) انظر على سبيل المثال :

- C.E., 13 octobre 1961, Etablissements Campanon-Rey, Rec., p.567.
- T.C., 17 décembre 1962, Dame Bertrand, c/ Commune de Miquelon, AJDA 1963., p.105., obs. Gentot et Fourre p.84., spéc, p.88.
- C. Cass. 1^{re} ch.c, 18 novembre 1992, sté OTH International c/ Coface, Bull.civ. N° 9, p.182., n° 279.

(٢) الطعن رقم ٢٦٤٤ لسنة ٣٠ ق.ع، والطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٨/٢/١٩٨٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١٢٠. وفي ذات الاتجاه :

فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٤٠٣ في ١١/٤/١٩٩٠، جلسة ٢١/٣/١٩٩٠، ملف ٧١٠/٢٤٥/٤٤ و٤٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، الإشارة المتقدمة، ص ١٢٢.

المطلب الثاني

اتباع أساليب القانون العام

يمثل اختيار أحد المتعاقدين لأساليب القانون العام الوجه الثاني من أوجه المعيار الموضوعي المميز للعقد الإداري، والتي يعبر عنها الفقه والقضاء بفكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

ولقد ظهر أول تطبيق ايجابي لتلك الفكرة في صدد علاقاتها بعقود الإدارة في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Vosges بتاريخ ٣١ من يوليو عام ١٩١٢، حيث انتهى المجلس إلى عدم اختصاصه بنظر النزاع الذي نشب بين مدينة Lille وشركة Vosges بشأن عقد توريد أحجار جرانيت على اعتبار أنه أبرم وفقاً لذات القواعد والشروط التي تحكم العقود بين الأفراد العاديين^(١).

ونظراً لاتساع هذا الموضوع وخروجه عن نطاق دراستنا الأساسي، لذا نقصر في هذا المقام على تحديد الملامح الرئيسية له بشيء من الإيجاز، وذلك من خلال تحديد المقصود بالشروط غير المألوفة، وكذلك صورها، وأخيراً التطورات التي طرأت عليها.

أولاً : تعريف الشروط الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص

إذا كان القضاء في مختلف الدول محل الدراسة يجمع على ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، كمعيار – تبادلي في فرنسا وتكاملي في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي – مميز للعقود الإدارية، بيد أن هذا الإجماع لم يصل إلى حد وضع تعريف محدد لتلك الشروط، ويرجع السبب في ذلك إلى عدة عوامل، منها :

(١) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" Cons. que le marché passé entre la ville et la Société était exclusif de tous travaux à exécuter par la Société et *avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers*; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont *il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître* (....) ".

C.E., 31 juillet 1912, sté des granits porphyroïdes des vosges, in GAJA, op.cit., p.154.

١- تواتر القضاء على اتباع منهج الاختصار في صياغة أحكامه، حيث يكتفي بمجرد التصريح باشتمال العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة دون أن يحدد ما المقصود من هذه الشروط^(١)، فضلاً عن عدم إعطائه إلا حلولاً جزئية وبمناسبة كل حالة على حدة، مما لا يمكن معه تحديد المسار العام لهذا القضاء^(٢).

ولعل من الأحكام القليلة والنادرة التي حاولت وضع تعريف لتلك الشروط، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Stein^(٣) والذي جاء فيه : الشروط الاستثنائية هي التي تكون موضوعها منح الأطراف حقوق أو تحميلهم بالتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها بحرية من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري.

وكذلك حكم محكمة التنازع الصادر في قضية de Combustibles والذي يستخلص منه التعريف الآتي : الشروط الاستثنائية هي التي لا يمكن مصادفتها عادة في العقود المبرمة وفقاً لقواعد القانون الخاص^(٤).

٢- عدم استقرار القضاء على معيار عام يتحدد على أساسه الشروط الاستثنائية غير المألوفة^(٥)، حيث إن الحلول القضائية تأتي في أحيان كثيرة غير متوقعة imprévisible، ومتغيرة changeante، فما يعتبره القضاء من قبيل الشروط الاستثنائية، يرفضه في أحكام أخرى، ولا أدل على ذلك من صورة الإحالة على دفتر الشروط العامة كما سيرد ذكره.

(١) د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين : الرسالة السابقة، ص ٨٠.

(٣) C.E., 20 octobre 1950, Stein, Rec., p.505.

(٤) T.C., 19 juin 1952, sté des combustibles et carburants nationaux, Rec., p.628.

وانظر في القرب من هذا التعريف حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ ٢٤ من نوفمبر عام ١٩٩٠ والتي عرفت الشروط الاستثنائية بأنها تلك التي : " تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد ".
الطعن رقم ٣١٢٤ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١١/٢٤/١٩٩٠، الموسوعة الإدارية الحديثة، طبعة ١٩٩٤-١٩٩٥، مرجع سابق، ج ٣٥، ص ٢٨٤.

وأيضاً حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١١ من نوفمبر عام ١٩٦٥، والذي جاء فيه أن الشروط الاستثنائية هي : تلك الشروط التي تقرر للإدارة امتيازات غريبة على القانون الخاص وتخرج عن المؤلف فيه وتكشف عن نية المتعاقدين في اختيار وسائل القانون العام.
الطعن رقم ٤٢ لسنة ٣١ ق، جلسة ١١/١١/١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة ١٦، ص ١٠٤٨.

(٥) انظر :

علاوة على ذلك، فإن الأحكام التي تتناول الشروط الاستثنائية يمكن أن يتأخر صدورها لمدة طويلة نسبياً، وبالتالي فإن ما تتضمنه من حلول قد لا يطابق الاتجاهات القضائية الحديثة^(١).

٣- اختلاف وجهات نظر فقه القانون العام حول أساس القانون الإداري، هل هو المرفق العام أم السلطة العامة^(٢)، وقد انعكس هذا الخلاف بدوره على وضع تعريف محدد للشروط الاستثنائية بحسب الفلسفة التي يعتنقها مؤيدو المرفق العام أو مؤيدو نظرية السلطة العامة^(٣).

وإزاء عدم وضع جهات القضاء لتعريف محدد للشروط الاستثنائية غير المألوفة، فقد حاول الفقه من جانبه تحديد المقصود بهذه الشروط^(٤)، غير أن محاولته قد باتت بالفشل نظراً لصعوبة وضع تعريف جامع مانع لما يعد من قبيل الشروط غير المألوفة، لارتباط تلك المسألة – بصفة أساسية – بما هو سائد في قواعد القانون الخاص والتي هي في تطور مستمر بفعل الزمن، مما يستتبع معه ضرورة إعادة النظر في بعض الشروط التي كانت في وقت من الأوقات غير مألوفة في القانون الخاص، وأصبحت بفعل تطور هذا القانون من الشروط العادية.

وبناء على ما تقدم، فإن الفقه في كل من فرنسا ومصر يميل إلى التحفظ بشأن إعطاء تعريف محدد للشروط غير المألوفة، ويكتفي بالإشارة إلى بعض صور منها والتي استخلصها من أحكام القضاء.

ثانياً : صور الشروط غير مألوفة على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء

بالرغم من تعرض العديد من أحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون الخليجي للشروط الاستثنائية غير المألوفة، إلا أنها لم تضع معياراً عاماً يتحدد على أساسه لما يعد من قبيل هذه الشروط، وإنما اكتفت بالإشارة إلى بعض صور منها، أهمها :

(١) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) راجع سابقاً ص ٣٥ هامش (٢).

(٣) د. عاطف سعدي محمد علي : الرسالة السابقة، ص ٧٩.

(٤) انظر على سبيل المثال : الفقيه Waline، إذ يعرف الشروط غير المألوفة بأنها تلك التي لا تتضمنها عادة العقود التي تبرم وفقاً لقواعد القانون الخاص، سواء لأنها تعتبر باطلة إذا أدرجت فيها لمخالفتها للنظام العام، أو سواء أنها أدرجت في العقد بواسطة السلطة العامة بحكم وظيفتها في مراعاة المصلحة العامة والتي تعتبر غريبة عن أشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم.

M. Waline, Précis de droit administratif, Montchrestien 1969, p.349.

١ - الشروط المتضمنة ممارسة امتيازات السلطة العامة

وتتحقق هذه الصورة من ناحيتين؛ الأولى : احتفاظ الإدارة بحقوقها في ممارسة امتيازات السلطة العامة قبل المتعاقد معها، والثانية : منح المتعاقد مع الإدارة امتيازات خاصة في مواجهة الغير.

أ - الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها

والأمثلة التي يسوقها الفقه، وكذلك أحكام القضاء في هذا الصدد كثيرة ومتنوعة، أهمها : الشروط التي تتضمن سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر^(١)، كحقها في إنشاء السند التنفيذي للدين بقرار من جانبها وتنفيذه على أموال المتعاقد معها^(٢)، وفسخ العقد بإرادتها المنفردة دون سابق إعدار للمتعاقد معها^(٣).

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الكويتية في حكمها الصادر بتاريخ ٨ من ديسمبر عام ١٩٩٧ بالآتي : " ذلك أنه لما كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا (...) وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص ". الطعن رقم ٤٣ لسنة ٩٧ تجاري، جلسة ١٢/٨/١٩٩٧، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً، مرجع سابق، ص ١٣.

(2) T.C., 27 juillet 1950, Sieur Peulaboeuf, Rec., p.668.

(3) ومن نافلة القول إن شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة المتعاقدة ومدى اعتباره من قبيل الشروط غير المألوفة من المسائل محل خلاف في جهات القضاء الفرنسي، فبينما اعتبرت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ من مارس عام ١٩٨٧ أن الشرط الذي يعطي الحق للشخص المعنوي العام بإنهاء العقد بإرادته المنفردة لا يعد من قبيل الشروط غير المألوفة.

C. Cass. 1^{re} ch.c, 24 mars 1987, , Bull.civ. N° 1, p.82., n°110.

اعتبرته في أحكامها الحديثة كالحكم الصادر عنها بتاريخ ٢٨ من مارس ٢٠٠٦ من قبيل الشروط الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، منضمة في ذلك إلى الأحكام الصادرة عن محكمة التنازع ومجلس الدولة.

- C. Cass. 1^{re} ch.c, 28 mars 2006, SNCF, AJDA 2006., p.1460.

راجع بشأن الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة ومحكمة التنازع والتي أضفت الطابع الاستثنائي على هذا الشرط :

- T.C., 17 novembre 1975, Sieur Leclert, Rec., p.800.

- C.E., 30 janvier 1980, Ville de Paris, Rec., p.54.

غير أن محكمة التنازع قد اعتبرت في حكم آخر لها أن شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة لا يعد بحد ذاته وبوجه عام غريب عن القانون الخاص.

T.C., 28 mars 1955, Electricité de France contre département des Basses-Pyrénées, Rec., p.615.

وانظر أيضاً :

G. Braibant, concl. sous C.E., 10 mai 1963, sté coopérative Production << La Prospérité fermière >>, RDP 1963., p.584., spéc, p.589.

ولقد أكدت الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري لسلطنة عمان على أن تضمين العقد شرطاً ينص على حق الإدارة في فسخه بإرادتها المنفردة من شأنه وصم العقد بالطابع الإداري، حيث ذهبت الدائرة الابتدائية لهذه المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ من يونيو عام ٢٠٠٤ إلى أن : " (....) وقد ضمنت العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص منها ما تضمنه البند (١٧) من العقد بإعطاء الجهة الإدارية (وزارة العدل) الحق في فسخ العقد إذا أخل الطرف الثاني بأي من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى العقد (....) الأمر الذي يتبين منه أن الدعوى الماثلة متعلقة بعقد إداري وتختص المحكمة بنظر المنازعات الناشئة عنه " (١).

ومن أمثلة تلك الشروط أيضاً : احتواء العقد على شروط يخضع بموجبها المتعاقد مع الإدارة لسلطة الإشراف والتوجيه والمراقبة أثناء تنفيذ العقد (٢)، وكذلك النصوص التي تعطي الحق للإدارة في تعديل الالتزامات التعاقدية بالزيادة أو النقص لقاء تعويض المتعاقد معها تعويضاً عادلاً (٣)، وحقها في توقيع الجزاءات عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية (٤)، وحقها في مصادرة كل أو بعض التأمينات لتغطية ما لحقها من أضرار بسبب مخالفة المتعاقد معها لبنود العقد (٥).

(١) الدعوى الابتدائية رقم ٣٧ لسنة ٣ ق، جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٤، سبقت الإشارة إليه، ص ٣٢.

(٢) انظر :

- C.E., 26 février 1965, sté du vélodrome du Parc des princes, Rec., p.133.
- T.C., 7 juillet 1980, sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, Rec., p.509; RDP 1981., p.474., note J. de Soto.

(٣) J.-Ch. Bruère, Le consensualisme dans les contrats administratifs, RDP 1996., p.1715., spéc, pp.1725 et s.

(٤) وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بالآتي : " يبين من نصوص العقد وشروطه أن بعضها غير مألوف في مجال القانون الخاص، فالنص على حق الهيئة في توقيع غرامة يومية قدرها جنيه عند الإخلال بأي شرط من شروط العقد إنما هو نص استثنائي غير مألوف في العقد الخاص ولا يعرف القانون المدني سوى الغرامة التهديدية (.....) ".

الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق.ع، جلسة ٣١/٣/١٩٦٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة، العدد الأول : من أول أكتوبر ١٩٦١ إلى آخر إبريل ١٩٦٢، مطابع مؤسسة أخبار اليوم، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٥٢٧.

(٥) وفي هذا الإطار ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاها الصادرة بتاريخ ١١ من إبريل عام ١٩٦٣ إلى القول : " فإنه بالرجوع إلى بنود العقد نجد أنها تتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فالبند الرابع يعطي للمصلحة حق مصادرة كل أو بعض التأمينات لتغطية ما لحقها من أضرار بسبب مخالفة المستغل لبنود العقد أو لوائح ونظم التشغيل بالمحاجر ".

فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٣٨٣ في ١١/٤/١٩٦٣، ملف ١٦، ١٧-٢٤٨-٦١١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٨٨٢.

وبالتالي إذا تتضمن العقد بعض الشروط التي تمنح الإدارة سلطات في مواجهة المتعاقد معها؛ أي انصرفت نيتها إلى اتباع أسلوب القانون العام والأخذ بأحكامه ووسائله في شأنه، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة، ومعتمدة في تعاقداتها على فكرة السلطة العامة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها، فإن هذا العقد تتوافر فيه مميزات العقد الإداري وخصائصه ويخضع - على أثر ذلك - لأحكام القانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري^(١).

ب - الشروط التي تتضمن منح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير

إذا كانت امتيازات السلطة العامة مقررة بحسب الأصل للإدارة بناءً على اعتبارات المصلحة العامة، فإن ذات المصلحة هي التي تبرر تفويض المتعاقد معها بممارسة جانب من هذه الامتيازات في مواجهة الغير. وبالتالي إذا ما اتفقت الإدارة مع متعاقدتها على منحه حق ممارسة بعض مظاهر سلطاتها العامة في مواجهة الغير، فإن هذا الشرط يعد من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، ومن ثم يوصم العقد بالطابع الإداري.

ومن أشهر الأمثلة التي يسوقها الفقه للتعبير عن هذه الصورة : ما يرد في عقد الالتزام من شروط تمنح الملتزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام والتي تمثل بالنسبة له المقابل المادي لقاء ما يؤديه من خدمات لهم، أو حق ممارسة بعض سلطات البوليس، ونزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق^(٢)، والانتفاع بحقوق الارتفاق، وذلك على النحو المرسوم في عقد الامتياز^(٣).

وكذلك في عقود الأشغال العامة، فإن ثمة شروط تعطي للمقاول مزايا خاصة كمنحه سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات^(٤).

(١) انظر في هذا المعنى : المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٦ ق.ع، جلسة ١٩٦٢/٥/١٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٨٨٩.

(٢) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٩-٧٠.

(٤) انظر في هذا المعنى : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص ٣٢.

٢ - الشروط التي لا يمكن تفسيرها أو تنفيذها إلا على ضوء نظريات القانون الإداري

هناك طوائف من الشروط لا يمكن تفسيرها إلا وفقاً لنظريات القانون الإداري كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار المترتبة على قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، حيث لا يمكن تفسير هذه الشروط إلا من خلال نظريات العقود الإدارية كنظرية التوازن المالي للعقد الإداري، كما أن الشروط المتعلقة بمراجعة الأسعار المتفق عليها وذلك على ضوء التقلبات التي يمكن أن تصادف العقد عند تنفيذه يمكن تفسيرها على ضوء نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية^(١).

٣ - الإحالة إلى دفتر الشروط العامة

من المتعارف عليه في مجال إبرام العقود الإدارية، أن الإدارة تقوم مسبقاً بإعداد شروط موحدة ونمطية لكل نوع من أنواع العقود الإدارية، يتضمنها دفتر يطلق عليه دفتر الشروط *cahier des charges*، ويتم الإشارة إليه في بند من بنود العقد المبرم كجزء لا يتجزأ منه ومتم له بجوار الشروط الخاصة التي يتفق عليها الإدارة والمتعاقد معها، ومن ثم هل تكفي هذه الواقعة في حد ذاتها لإضفاء الطابع الإداري على العقد، أم يلزم أن يكون دفتر الشروط المحال عليه يحوي في طياته على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص؟

في بادئ الأمر، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد الإحالة إلى دفتر الشروط العامة يكون كافياً بذاته للتحقق من وجود شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم يوصم العقد بالطابع الإداري، وذلك في حكميه الصادرين في قضية *Roudier de la Brille* بتاريخ ١٧ من نوفمبر عام ١٩٦٧^(٢)، وفي قضية *sté Ateliers de nettoyage de Fontainebleau* بتاريخ ٢٤ من نوفمبر عام ١٩٧٢^(٣).

(١) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٢) راجع :

C.E., 17 novembre 1967, Sieur Roudier de la Brille, Rec., p.428.

(٣) راجع :

C.E., 24 novembre 1972, sté ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, Rec., p.753.

غير أنه في عام ١٩٨١ حدث تطور هام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص هذه المسألة، حيث اعتبر في حكمه الصادر في قضية Commune de Borce بتاريخ ٢ من أكتوبر عام ١٩٨١^(١) أن الإحالة إلى دفتر الشروط العامة لا تنتج آثارها بالنسبة لتحديد الشروط الاستثنائية إلا إذا كان دفتر الشروط المحال عليه يحوي في طياته عناصراً غير مألوفة في القانون الخاص، وهو الاتجاه الذي سبق أن وضعت بذوره محكمة التنازع في حكمها الصادر في قضية sté des laboratoires Derveaux بتاريخ ١٠ من مايو عام ١٩٧١^(٢).

وبذلك ينضم هذا الاتجاه الأخير إلى ما استقر عليه الفقه قبل حكم Roudier de la Brille من أن الإحالة إلى دفتر من دفاتر الشروط العامة لا يعد بمثابة شرط استثنائي يضيفي الصفة الإدارية على العقد إلا إذا كان الدفتر المحال عليه يحوي في طياته على شروط غير مألوفة^(٣). وهذا ما أكدت عليه محكمة التنازع الفرنسية بعد ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٥ من يوليو عام ١٩٩٩^(٤).

وبناء على ما تقدم، إذا أحال المتعاقدين على دفتر من دفاتر الشروط العامة وكان هذا الدفتر يحوي على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإن ذلك يستتبع إضفاء الطابع الإداري على العقد، أما إذا خلا الدفتر المحال عليه من ثمة شروط استثنائية بأن تضمن شروطاً مألوفة في القانون الخاص، فإن الإحالة لا تكون منتجة في تحديد طبيعة العقد.

ثالثاً : تطور الشروط الاستثنائية إلى فكرة النظام الاستثنائي في القانون الخاص

إذا كانت فكرة الشروط غير المألوفة في القانون الخاص هي التي يمكن الاستناد إليها لتقرير الطابع الإداري للعقد دون أن يكون هناك ما يدعو للتمييز بين العقود المتصلة بإدارة الدومين العام وتلك المتصلة بإدارة

(١) راجع :

C.E., 2 octobre 1981, Commune de Borce, Rec., p.654.

(٢) T.C., 10 mai 1971, sté des laboratoires Derveaux, DA 1971., n° 181.

(٣) راجع : د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق، ص ٨٢.

(٤) راجع :

T.C., 5 juillet 1999, Union de groupements d'achats publics (UGAP) c/ sté SNC Activ CSA, AJDA 1999., p.626., chron. F. Raynaud et P. Fombeur p.554.

الدومين الخاص^(١)، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد قام بتطوير تلك الفكرة إلى فكرة أخرى تقوم على النظام غير المؤلف في القانون الخاص، محدثاً بذلك تحولاً جذرياً لفكرة الشروط غير المؤلف كعنصر من عناصر المعيار المميز للعقد الإداري يستند في المقام الأول إلى إرادة المتعاقدين، إلى اتجاه جديد يقوم في أساسه على فكرة مناخ أو بيئة القانون العام.

وقد أرسى المجلس هذا التطور في حكمه الشهير الصادر في قضية *Rivière du Sant* بتاريخ ١٩ من يناير عام ١٩٧٣^(٢)، إذ انتهى إلى إسباغ الصفة الإدارية على عقد توريد الكهرباء المبرم بين مرفق كهرباء فرنسا EDF وإحدى الشركات الموردة للكهرباء بالرغم من أن هذا العقد لم يكن يتضمن تنفيذ مهمة مرفق عام، فضلاً عن عدم احتوائه على شروط غير مؤلفة في القانون الخاص، وذلك بسبب نظامه الخاص الذي اتسم بالطابع الاستثنائي والذي تحقق من خلال عنصرين:

الأول : نظام الشراء الإلزامي المفروض على مرفق كهرباء فرنسا بأن يشتري الطاقة من منتجيها المستقلين والصادر بمرسوم ٢٠ من مايو عام ١٩٥٥.

الثاني : الإجراءات الأولية السابقة على اللجوء إلى القضاء والمتمثلة في اللجوء الإلزامي إلى وزير الكهرباء للفصل في كافة المنازعات التي تنشأ بين مرفق الكهرباء وموردي الطاقة المستقلين، وذلك تطبيقاً للمادة

(١) ترتب على صدور حكم *Terrier* الذي احتفظ للمرافق العامة الإدارية بحقها في إبرام عقود مدنية، والذي تأكد بصدور حكم *Vosges*، أن أضحى معيار الشروط الاستثنائية يرتبط بمفهوم الإدارة العامة، ويتحدد على أساسه الشكل الإداري لعقودها.

وذاً الأمر بالنسبة لعقود الدومين الخاص، إذ إنها بالرغم من اتخاذها لشكل عقود القانون الخاص مهما تكن طبيعة الشروط التي تحتويها كما أشرنا إلى ذلك مسبقاً، إلا أن ذلك لا يمنع من الاعتراف لبعض عقودها بالصفة الإدارية حال احتوائها على شروط استثنائية شريطة عدم وجود نص صريح يسند الاختصاص لجهة القضاء العادي. وبذلك فإن الشروط الاستثنائية تؤدي في عقود الدومين العام نفس الدور المنوط بها في عقود الدومين الخاص.

(٢) فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" les contrats passés par Electricité de France, en application de l'article 1^{er} du décret du 20 mai 1955, sont soumis à un régime exorbitant du droit commun et présentent le caractère de contrats administratifs, dont le contentieux relève du juge administratif (...). "

C.E., 19 janvier 1973, sté d'exploitation électrique de la Rivière du Sant, Rec., p.48; JCP 1974., II. 17629., note A. Pellet; AJDA 1973., p.382., chron. Léger et Boyon .

٢٧ من دفتر الشروط العامة الملحق بالاتفاقية المبرمة بين الدولة ومرفق الكهرباء بتاريخ ٢٧ من نوفمبر عام ١٩٥٨.

هذا وقد أحدث هذا الحكم ردود فعل واسعة النطاق لدى الفقه الفرنسي، فقد اعتبره البعض بمثابة مفهوم جديد أكثر اتساعاً من المفهوم التقليدي للشروط الاستثنائية^(١)، ويمثل تحول قضائي حاسم في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وآية ذلك أن الشروط الاستثنائية تتبع من داخل العقد وتستند في المقام الأول إلى إرادة الأطراف، بينما النظام الاستثنائي الذي وضعه مجلس الدولة الفرنسي في حكم Rivière du Sant يتكون من عناصر خارجة عن العقد وتفرض نفسها بواسطة القوانين واللوائح، ومن ثم " لا يوجد ثمة تشابه بين فكرة الشروط الاستثنائية التي تعبر عن إرادة الأطراف، وبين النظام الاستثنائي الذي يعبر عن البيئة القانونية للعقد التي لا دخل لإرادة المتعاقدين فيها " ^(٢).

وأياً ما كان الأمر بشأن آراء الفقه السابقة، ودون الدخول في تفاصيلها لخروج ذلك عن نطاق البحث الأساسي، فإن جهات القضاء الفرنسي قد اتبعت الحل السابق سواء سلباً أو إيجاباً؛ أي سواء لنفي الصفة الإدارية عن العقد بسبب غياب النظام الاستثنائي الذي يخضع له^(٣)، أو

(١) انظر في هذا المعنى :

Ph. Foillard, op.cit., p.221.

(٢) وفي هذا الإطار يذكر الفقيه Weil :

" il n'y a rien de commun entre la <<clause exorbitante>>, manifestation contractuelle de la volonté des parties, et le <<régime exorbitant>>, expression d'un environnement juridique sur lequel les parties n'ont pas de prise (....) ".

راجع :

P. Weil, Le critère du contrat administratif en crise, in Mélanges offerts à M. Waline, Le juge et le droit public, L.G.D.J. 1974., t II, p.831., spéc, p.846.

(٣) انظر على سبيل المثال : الحكم الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ١١ من أكتوبر عام ١٩٩٣، إذ قضت :

" qu'enfin les obligations résultant des autorisations d'occupation du domaine public quant aux caractéristiques de l'ouvrage et à la surveillance des travaux **n'ont pas eu pour effet de soumettre les contrats de maîtrise d'oeuvre à un régime exorbitant** ".

T.C., 11 octobre 1993, Préfet de la Moselle c/ TGI de Thionville, sté Centrale sidérurgique de Richemont et sté Gerling Konzern, Rec., p.405.

سواء لتقرير تلك الصفة حال خضوع العقد لنظام غير مألوف في القانون الخاص^(١).

وبعرض فكرة الشروط غير المألوفة كضابط موضوعي في معيار تمييز العقد الإداري^(٢) ينتهي تناول الفصل الأول والذي خصص لبحث مسألة المعيار المميز للعقود الإدارية، وننتقل الآن إلى عرض أهم الصور التي تتخذها هذه العقود؛ الأمر الذي نخصص له الفصل التالي.

(١) انظر على سبيل المثال : الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية الاستئنافية لمدينة نانت بتاريخ ٢٧ من مايو عام ٢٠٠٤، إذ قضت :

" que de telles conventions, ainsi soumises à un régime exorbitant du droit commun et qui définissent les conditions dans lesquelles les médecins d'exercice libéral volontaires pour ce faire sont associés à l'organisation et au fonctionnement du service de l'aide médicale urgente, qui est au nombre des missions des établissements publics d'hospitalisation, *présentent le caractère de contrats administratifs* ".

C.A.A. de Nantes, 27 mai 2004, l'association de médecine d'urgence de l'estuaire de la Loire (A.M.U.E.L.), Inédit.

(٢) انظر بشأن اتجاهات الفقه الذي يرى بأن الشروط الاستثنائية غير مألوفة لم تعد معياراً لتمييز العقد الإداري، وإنما مجرد عنصر يستند إليه لتحديد محتوى أو طبيعة العقد، الفقيه Rainaud حيث يذكر :

" La clause dite << exorbitante >> ne devrait plus, à notre sens, intervenir comme critère du contrat administratif mais comme simple élément de détermination du contenu du contrat ".

J.- M. Rainaud, Le contrat administratif : volonté des parties ou Loi de service public ?, RDP 1985., p.1183., spéc, pp.1194 et s.

الفصل الثاني

التعريف بأهم صور العقود الإدارية

تملك جهة الإدارة الحق في أن تدخل مع غيرها من الأشخاص في روابط عقدية تتخذ صوراً مختلفة، وتتضمن شروطاً متعددة تتفق مع مقتضيات سير المرافق العامة التي تبرم هذه العقود لخدمتها^(١). ومن أبرز صور العقود الإدارية التي تناولها الفقه بالدراسة والتحليل؛ عقود امتياز المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد والنقل، وعقود تقديم المعاونة، وعقود القرض العام، وعقود العمل، وعقود التعهد بالانتظام في الدراسة.

وسوف نعرض في هذا الفصل – بإيجاز – لبعض من تلك العقود، وهي التي ورد النص عليها صراحة في قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي غالباً ما يتم إدراج شرط التحكيم بها، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته الحديثة على عقود البوت.

المبحث الثاني : عقد الأشغال العامة.

المبحث الثالث : عقد التوريد.

(١) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٧.

المبحث الأول

عقد امتياز المرفق العام

وتطبيقاته الحديثة على عقود البوت

يعتبر عقد امتياز المرفق العام La concession de service public من أهم العقود الإدارية إن لم يكن أهمها على الإطلاق^(١)، وقد تحددت طبيعته الإدارية نظراً لمقوماته الذاتية التي يتمتع بها والتي ميزته عن أي عقد مدني، سواء لصلته الوثيقة بإدارة وتسيير المرافق العامة، أو سواء لشروطه المتميزة التي أحاطته بها الدولة^(٢).

هذا وسوف نتناول في هذا المبحث الإطار العام لعقد الامتياز (مطلب أول)، ثم التطبيقات الحديثة له والمتمثلة في عقود البوت (مطلب ثان).

المطلب الأول

الإطار العام لعقد الامتياز

سوف نتناول في هذا المطلب – بإيجاز – الإطار العام لعقد الامتياز من ناحية تعريفه، وبيان عناصره، والنظام القانوني الذي يحكمه من حيث تحديد السلطة مانحة الالتزام (الامتياز)، وكذلك مدته، وأخيراً نهايته.

أولاً : تعريف عقد الامتياز

يعرف عقد الامتياز تقليدياً بأنه : " عقد إداري يتولى الملتزم – فرداً كان أو شركة – بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز " ^(٣).

(١) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٧.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق، ص ٩٣.

أو أنه : " عقد يكلف فيه فرد أو شركة (....) بتسيير مرفق عام على نفقته الخاصة، بإعانة أو بدون إعانة (....) مقابل الحصول على إتاوة (....) من المنتفعين بخدمات المرفق العام " ^(١).

وذهب القضاء الإداري في كل من مصر ^(٢) وسلطنة عمان ^(٣) إلى تعريفه بأنه : عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح ^(٤).

وقد عرف القانون المدني المصري عقد الالتزام (الامتياز) في المادة ٦٦٨ منه بأنه : " عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن ".

ويبرز التعريف التقليدي لعقد امتياز المرفق العام عدة أمور أساسية، تتمحور في الآتي :

- اقتصار إدارة المرافق العامة بطريق الامتياز على أشخاص القانون الخاص سواء كان فرداً واحداً أو عدة أفراد أو شركة أو مجموعة شركات.

^(١) وقد ورد هذا التعريف في تقرير مفوض الحكومة Chardenet المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو، إذ يذكر :

" c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter (....) ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention (....) avec le droit de percevoir les redevances sur les usagers de (....) ou sur ceux qui bénéficient du service public " .

Chardenet, concl. sur C.E., 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, RDP 1916., p.210., spéc, p.213.

^(٢) الدعوى رقم ١٤٦ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٥٦/٣/٢٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ١٠، ص ٢٥٩.

^(٣) الدعوى الابتدائية رقم ٣٠ لسنة ٣ ق، جلسة ٢٠٠٣/١١/١١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في العامين القضائيين الثالث والرابع، مرجع سابق، ص ٥٢٤.

^(٤) وتستطرد محكمة القضاء الإداري قائلة : " فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل الملزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين " .
الدعوى رقم ١٤٦ لسنة ٨ ق، الإشارة المتقدمة.

- ينصب موضوع عقد الامتياز بصورة دائمة على المرافق العامة الاقتصادية، سواء كانت تجارية أو صناعية أو زراعية، دون غيرها من أنواع المرافق العامة الأخرى كالمرافق الإدارية.

- تحميل الملتزم بمفرده نفقات إدارة وتسيير المرفق العام المدار بطريق الامتياز دون أن تعاونه الدولة بشيء من ذلك.

غير أنه نظراً للتطورات التي لحقت بعقد امتياز المرفق العام في فرنسا من حيث أطرافه وموضوعه ونظامه القانوني، فقد اقترح بعض الفقهاء الفرنسيين تعريفاً جديداً له يشمل التطورات الحديثة التي طرأت عليه.

فقد ذهب الفقيهان Rivero et Waline إلى تعريف عقد الامتياز بأنه : " عقد تعهد الإدارة بمقتضاه لأحد أشخاص القانون الخاص أو لأحد المؤسسات العامة على سبيل الاستثناء مهمة تسيير مرفق عام مقابل حصوله على عوض في شكل رسوم يحصلها من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق " ^(١).

وذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه : " عقد يكلف بمقتضاه أحد الأشخاص العامة (مانح الالتزام) أحد الأشخاص الخاصة أو العامة بمهمة تسيير مرفق عام خلال مدة محددة " ^(٢).

وكما هو واضح على هذين التعريفين أنهما من السعة بحيث يغطيان التطورات الحديثة التي طرأت على عقد امتياز المرافق العامة والتي يلخصها الفقيه Chapus ^(٣) في الآتي :

^(١) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" La concession de service public, par laquelle l'administration confie à un particulier ou, exceptionnellement, à un établissement public la mission de faire fonctionner un service public, en se rémunérant sur les usagers de ce service ".
J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, Dalloz 1998., 17^e éd, p.116.

^(٢) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" La concession de service public est un contrat par lequel une personne publique (le concédant) confie la charge d'assurer, pendant une période déterminée (la durée nécessaire à l'amortissement des investissements engagés) l'exécution d'un service public à une personne privée (ou publique) librement ".
R. Le Mestre, Droit du service public, Gualino éditeur 2005., p.276.

^(٣) راجع :

R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien 1996., 10^e éd, t. 1, p.585.

- **فمن ناحية :** لم يعد عقد الامتياز مقصوراً – كما صورته الاتجاه التقليدي – على الأشخاص الخاصة، بل يمكن أن يكون الملتزم مؤسسة عامة أو شركات اقتصاد مختلط.

- **ومن ناحية ثانية :** لم يعد عقد الامتياز منصّباً على المرافق الاقتصادية، إذ يمكن أن ينصب بالإضافة إلى ذلك على المرافق العامة الإدارية.

- **ومن ناحية ثالثة :** إذا كانت القاعدة هي تحميل الملتزم بمفرده النفقات المالية اللازمة لتشغيل المرفق العام المدار بطريق الامتياز، فإن هذه القاعدة قد تم التخفيف من حدتها بمساهمة مالية تقدمها الجهة مانحة حق الامتياز لكي يتمكن الملتزم من إدارة المرفق العام بانتظام واضطراد.

ثانياً : عناصر عقد الامتياز

من المستقر فقهاً وقضاً أن عقد الامتياز يعد عقداً مركباً^(١) يشتمل على نوعين من الشروط :

شروط تعاقدية contractuelles، وهي التي تكون متعلقة بالمزايا المادية والمالية الممنوحة للملتزم مثل مدة الالتزام، وضمان حد أدنى من الربح، وتقديم إعانات^(٢)، وتخضع هذه الشروط كقاعدة عامة لمبدأ العقد سريعة المتعاقدين^(٣).

شروط لائحية réglementaires، وهي التي تتعلق بكيفية تنظيم وتسيير المرفق العام على نحو معين وعلاقته بالمنتهين، والرسوم التي ينبغي تحصيلها من الأفراد مقابل الانتفاع بخدمات المرفق^(٤)، وهذه الشروط تملك الإدارة مانحة الالتزام حق تعديلها بإرادتها المنفردة تبعاً لمقتضيات الصالح العام، وذلك لقاء تعويض الملتزم تعويضاً عادلاً.

(١) راجع :

A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, op.cit., pp.781 et s.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص ٢٣.

(٣) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٤) د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٧٠.

وتأكيداً لهذا الحق نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزام المرافق العامة^(١) على أنه : " يكون لمناح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام " .

كما نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أنه : " لمناح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل " .

وفي ذلك تقرر المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ من ديسمبر عام ١٩٧٧ أنه : " ومن حيث إن المسلم به فقهاً وقضاً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك منح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم (...). غير أنه وإن كان استعمال منح الالتزام لحقه في تعديل قواعد التعريف أو خطوط السير لصالح المنتفعين، إلا أن إثثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على مثل هذا التعديل إضرار بالملتزم فعلى منح الالتزام أن يعرضه بما يجبر هذه الأضرار " (٢) .

ثالثاً : النظام القانوني لعقد الامتياز

يثير النظام القانوني لعقد الامتياز عدة مسائل منها : تحديد السلطة المانحة للالتزام، ومدة عقد الامتياز، وكذلك نهايته.

١ - السلطة المانحة للالتزام

وفقاً للتشريع المصري، فإن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة يتم بقرار من رئيس الجمهورية وبعد

(١) الوقائع المصرية في ٢٤ من يولييه سنة ١٩٤٧ - العدد ٦٩ .

(٢) الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق.ع، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٦٧٠ .

موافقة مجلس الشعب. فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز^(١) على أنه : " يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة "

أما بالنسبة لالتزامات المرافق المحلية، فإنه تجب موافقة المجلس الشعبي المختص على منح التزام استغلال أي مرفق من المرافق العامة المحلية، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٢٧ من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته والتي جرى نصها كالتالي : " لا يجوز منح التزام استغلال أي مرفق من المرافق العامة المحلية أو أي مصدر من مصادر الثروة الطبيعية فيما عدا البترول والثروة المعدنية في نطاق اختصاص الوحدة المحلية إلا بعد الحصول على موافقة المجلس الشعبي المحلي المختص "

٢- مدة عقد الامتياز

في المرحلة السابقة على صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة، فإن مدة الامتياز كانت تصل لما يقرب من قرن من الزمان (٩٩ عاماً)، ولعل أشهر التزام في تاريخ الحياة المصرية هو التزام قناة السويس والذي حددت مدته بـ ٩٩ عاماً، وقد تسبب هذا الامتياز في العديد من الكوارث لمصر " ابتداءً من التدخل الأجنبي في شئونها إلى إغراء حكامها آنذاك بالاقتراض بضمان قناة السويس حتى غرقت الحكومة آنذاك في الاستدانة. وتبع ذلك الاحتلال البريطاني لمصر " ^(٢).

ولما صدر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حددت مدة الامتياز بثلاثين عاماً، ومرد ذلك – كما أشارت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون – " أنه لم يعد من المقبول إزاء ما نشهده من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية أن تمنح الالتزامات لما يقرب من قرن والحق أنه إذا ما حدد

(١) الجريدة الرسمية في ١٩ من يونيو سنة ١٩٥٨ – العدد ١٥.

(٢) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٥٣ .

للالتزام مدة ثلاثين عاماً كفل ذلك للملتزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء " (١).

فقد نصت المادة الأولى من القانون سالف الذكر على أنه : " لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة " .

وتسري هذه المدة علي جميع عقود الامتياز بما فيها العقود المبرمة قبل صدور قانون ١٢٩/١٩٤٧ ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٨ من هذا القانون والتي جرى نصها كالتالي : " تسري أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ العمل به. وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أي اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون " .

وبالرغم من أن تحديد مدة الالتزام بما لا يزيد عن ثلاثين عاماً ينصب في مصلحة الدولة، إذ قد ترى أنه من المستحسن – بعد انتهاء مدة الالتزام – أن تقوم بإدارة المرفق بنفسها، أو أن تعهد بإدارته إلى ملتزم آخر وبشروط أفضل، إلا أن المشرع المصري قد أحدث ردة في هذا الإطار بنصه في بعض القوانين على إطالة مدة الالتزام في بعض العقود إلى تسع وتسعين سنة كما حدث بالنسبة للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر (٢)، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة (٣)، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول (٤).

وقد كانت هذه الردة محل نظر بعض الفقهاء على اعتبار أنها : " لا تتفق مع الفكر القانوني الحديث الذي يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغت أهميته ممتداً عبر الزمن لمدة قرن يقيد أجيالاً من بعدها أجيال. وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية (....) " (٥).

(١) مشار إليها عند : د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق، ص ١٠٥ .

(٢) انظر المادة ٧/ب.

(٣) انظر المادة ٢/ب.

(٤) انظر المادة ١/ب.

(٥) انظر : د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٣ .

٣ - نهاية عقد الامتياز

قد ينتهي عقد الامتياز نهاية طبيعية بنهاية المدة المحددة له، وقد ينتهي نهاية مبتسرة قبل المدة المحددة لنفاذه.

أ - النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

ينتهي عقد الامتياز - باعتباره من العقود التي يمثل الزمن فيها عنصراً جوهرياً - بانقضاء المدة المحددة لنفاذه، أما إذا أغفل العقد تحديد هذه المدة، فلا مناص - حينئذ - من اعتبار تلك المدة ثلاثين عاماً باعتبارها تمثل الحد الأقصى لما يمكن أن يتفق عليه الطرفان^(١).

ويترتب علي النهاية الطبيعية لعقد الامتياز آثار قانونية هامة تبدو واضحة في أمرين؛ الأول : معرفة مصير الأموال والأدوات المستخدمة في إدارة المرفق العام، والثاني : يتعلق بتصفية الحسابات بين الملتزم والإدارة.

بالنسبة لمصير الأموال المتعلقة باستغلال المرفق سواء كانت عقارية كالمباني ومحطات القوى والسكك الحديدية، أو سواء كانت منقولة كالسيارات والمواد الخام اللازمة للمرفق، فلا يوجد ثمة قاعدة قانونية مسلمة في هذا الشأن، وإنما يتعين الرجوع إلى وثيقة الامتياز، فهي التي تتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء الالتزام^(٢).

أما بالنسبة لتصفية الحسابات بين الملتزم والإدارة، فإن القاعدة العامة التي تحكم تلك التصفية تتمثل في الرجوع إلى نصوص العقد باعتبارها شريعة المتعاقدين، أما إذا لم يوجد نص عقدي أو لم يتفق الأطراف على كيفية التصفية، فإنه يمكن في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للوصول إلى الحلول المناسبة لتلك التصفية، والقضاء في مثل هذه الحالة يجب عليه أن يطلع على كافة شروط العقد، ويستند في ذلك إلى النية المشتركة للطرفين، ويطبق قواعد العدالة^(٣).

(١) راجع : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٣٤٠ - ٣٤١.

(٢) هذا وقد جرى التقليد في عقود الامتياز في كل من فرنسا ومصر علي النص عادة على أيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجاناً، وعلى بقاء ما لم ينص عليه ملكاً للملتزم، أو على حق الدولة في شراء ما يلزم من تلك الأموال لإدارة المرفق العام.

راجع للمزيد من التفاصيل : د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٣) انظر في هذا المعنى : د. محمد أنس قاسم جعفر : الإشارة المتقدمة، ص ٣٤٩.

ب - النهاية المبسرة لعقد الامتياز

يقصد بالنهاية المبسرة لعقد الامتياز نهايته قبل الأوان المقرر لانتهاء الطبيعي له دون تحقق الغاية المرجوة منه، ويمكن رد الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء عقد الامتياز قبل الأوان إلى ثلاثة عوامل، هي :

١/ب - استرداد المرفق **Le rachat de la concession**

يقصد بالاسترداد كوسيلة لإنهاء عقد الامتياز : " أن يصدر قرار من السلطة المختصة باسترداد المرفق وعودته للإدارة المالكة له قبل انتهاء مدته (....) دون خطأ من المتعاقد " ^(١).

ويعتبر الاسترداد إحدى تطبيقات حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية متى شاءت طالما تطلبت المصلحة العامة ذلك. ولكن نظراً للاعتبارات الخاصة لعقد الامتياز استلزم المشرع المصري ضرورة النص في العقد على شروط وأوضاع استرداد المرفق قبل انتهاء مدته. فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ١٢٩/١٩٤٧ على أنه : " يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته ".

هذا ويأخذ الاسترداد في الواقع العملي إحدى حالات ثلاث؛ الحالة الأولى : الاسترداد التعاقدي **Le rachat contractuel**، وهو الذي ينظمه العقد ويحدد شروطه. الحالة الثانية : الاسترداد غير التعاقدي **Le rachat non contractuel**، وهو الذي تقرر به السلطة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة دون أن تكون مستندة في ذلك إلى نصوص العقد. أما الحالة الأخيرة : الاسترداد القانوني **Le rachat légal**، وهو الذي يتم بناء على قانون خاص ينظم استرداد بعض المرافق العامة، ومن أمثلة ذلك في مصر : القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ الذي أنهى امتياز مرفق قناة السويس وإعادة الدولة، والقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٥٧ الخاص بإنهاء الامتياز المرخص به لشركة ماركوني راديو التلغرافية المصرية للقيام بالخدمات التلغرافية والتليفونية اللاسلكية بين مصر والخارج.

(١) انظر : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

٢/ب - إسقاط الالتزام La déchéance de la concession

يعرف بعض الفقهاء إسقاط الالتزام بأنه : " رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق موضوع الالتزام قبل انتهاء مدته بسبب المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع فسخ العقد على حسابه " ^(١).

كما تعرفه المحكمة الإدارية العليا بأنه : " رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً على الملتزم " ^(٢).

ونظراً لشدة الجزاء الذي يمكن أن يصيب الملتزم من جراء إسقاط الالتزام الممنوح له لأنه يحرمه من جميع الحقوق التي يحصل عليها في عقد الامتياز ويستبعده من إدارة المرفق العام مع إمكانية رجوع الإدارة عليه بالتعويضات اللازمة، فقد أحاط القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر إسقاط الالتزام بمجموعة من القيود يتعين على الإدارة الالتزام بها وعدم الخروج على مقتضياتها ^(٣)، وتتمحور هذه القيود في : وقوع خطأ جسيم من الملتزم، وجوب إعدار الملتزم قبل توقيع الجزاء، وجوب صدور حكم قضائي بإسقاط الالتزام ^(٤).

(١) د. ثورية لعيوني : الرسالة السابقة، ص ٤٨٦.

(٢) انظر : الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق.ع، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠، سبقت الإشارة إليه، ص ٦٤.

(٣) انظر في شرح هذه الحالات : د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص ٣٦٦ وما بعدها.

(٤) ومن الجدير بالذكر أن المحكمة الإدارية العليا في مصر كان لها رأي مخالف لما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي بشأن ضرورة صدور حكم قضائي بإسقاط الالتزام، إذ قررت في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ من ديسمبر عام ١٩٧٧ أن : " كما يثبت لمانح الالتزام دائماً - بجانب هذه الجزاءات - إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسديره بانتظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع الجزاء - وقد توافر الشرطان في النزاع المائل - ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام " .
الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق.ع، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠، الإشارة المتقدمة.

في الواقع إنه إذا كانت الإدارة تملك الحق في توقيع مختلف أنواع الجزاءات بنفسها على المتعاقد دون الرجوع إلى القضاء، إلا أنه ينبغي - كما يقرر بعض الفقهاء - التحفظ بشأن عقوبة إسقاط الالتزام، فبالنظر لجسامة هذا الجزاء وآثاره فيجب أن يوقع بمعرفة القضاء وذلك على نحو ما هو متبع في فرنسا.
د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٥.

٣/ب - فسخ عقد الامتياز

بجانب استرداد المرفق العام المدار بطريق الامتياز، وإسقاط الالتزام، فقد يفسخ عقد الامتياز قبل مدته الطبيعية نتيجة لأسباب أخرى متفرقة، هي :

الفسخ الاتفاقي : " وهو الذي يتم باتفاق بين الإدارة وبين الملتزم قبل نهاية مدة الالتزام " ^(١).

الفسخ بقوة القانون : يشير بعض الفقهاء إلى بعض الحالات متى تحققت يفسخ العقد بقوة القانون، ومن هذه الحالات : هلاك محل العقد كتدمير محطة القوى التي أبرم العقد لاستغلالها نتيجة الحرب، أو إذا صدر تشريع يقضي بإنهاء بعض العقود الإدارية بسبب زوال السبب التي أبرمت من أجله مثل انتهاء الحرب التي أبرمت تلك العقود لمواجهة ^(٢)

الفسخ القضائي بناء على طلب الملتزم : ومثال ذلك " خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ التزاماتها، تعديل الإدارة لشروط عقد الامتياز بما يخل بتوازنه الاقتصادي إخلالاً جسيماً يفوق إمكانيات الملتزم الاقتصادية أو الفنية أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة، وأخيراً فقد يطلب الملتزم (....) إنهاء عقد الالتزام إذا اختل التوازن المالي للعقد نتيجة ظرف طارئ وثبت للملتزم أن التوازن المالي للعقد لن يعود إليه " ^(٣).

(١) د. ثورية لعيوني : الرسالة السابقة، ص ٤٨٧.

(٢) انظر : د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق، ص ٧٦٠.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٢.

المطلب الثاني

(عقود البوت)^(١)

ترتب على تبني كثير من الحكومات الأفكار الشمولية وسيطرة الدولة على مختلف أوجه النشاط العام أن توارت عقود الامتياز فترة من الزمن كوسيلة لإدارة المرافق العامة. غير أنه سرعان ما عادت هذه العقود إلى الظهور من جديد ولكن بشكل مختلف وتحت مسمى جديد وهي عقود البوت نتيجة انتشار الفكر الرأسمالي بسرعات كبيرة، واتجاه غالبية الدول إلى الاستعانة بأموال القطاع الخاص في إنشاء وتشغيل وإدارة مشروعات البنية الأساسية بصفة عامة والمرافق العامة بصفة خاصة، وذلك من أجل تخفيف العبء على موازنتها العامة ولتحقيق طموحاتها الاقتصادية عن طريق إقامة مشروعات ومرافق جديدة، وتوفير المناخ الملائم للتنمية الاقتصادية، فضلاً عن الحصول على أحدث وسائل التقنية الحديثة التي تملك أسرارها الشركات الكبرى.

وتقوم عقود البوت على فكرة أساسية مؤداها أن تقوم الحكومة بمنح من يرغب في الاستثمار في مشاريع البنية التحتية أو المرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة خلال فترة زمنية معينة فرصة إقامة أحد المشاريع على أن يتحمل المستثمر أعباء شراء وتزويد المشروع بالآلات والمعدات اللازمة، إلى جانب النفقات التشغيلية، وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع خلال الفترة الزمنية المحددة، وبعد انتهاء هذه المدة ينتقل المشروع إلى الدولة.

(١) انظر في دراسات متخصصة لهذا الموضوع :

د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، د. أحمد رشاد محمود سلام : عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام، " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٣، تحت إشراف أ.د/ محمد سعيد حسين أمين، د. دويب حسين صابر عبد العظيم : الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها علي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية " البوت "، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، د. عصام أحمد البهجي : عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٨. وانظر أيضاً :

S. Abdel Baki, Les projets internationaux de construction menés selon la formule B.O.T. (Build, Operate, Transfer) Droit égyptien – Droit français, thèse, Paris I Pantheon – Sorbonne, 2000.

ولقد وجدت عقود البوت مجالات عديدة لتطبيقها، أهمها : مشروعات إنشاء المطارات ومحطات الكهرباء والمياه والطرق والكباري، وأيضاً مشروعات استصلاح الأراضي الزراعية ومشروعات الري^(١).

ونظراً لاتساع وتشعب دراسة النظام القانوني لعقود البوت وخروجه عن نطاق موضوع دراستنا الأساسي، فإننا نقتصر في هذا المقام على تحديد الملامح الرئيسية له – بإيجاز شديد – وذلك من خلال إيضاح معناه، وكذلك نشأته، وأخيراً بيان طبيعته القانونية.

أولاً : معنى عقود البوت

يرى بعض الفقهاء أنه يتعين قبل وضع تعريف محدد لعقود البوت التفرقة بين مصطلحين يستخدمان بكثرة للتعبير على هذا النوع من أنواع

(١) ويشير بعض الفقهاء إلى أن المشروعات التي جرى تنفيذها أو عرضها حتى نهاية ٢٠٠١ وفقاً لعقود البوت هي :

- إنشاء مطار مرسى علم بجنوب البلاد.
 - توسعات بمطار الغردقة – صالة السفر.
 - إنشاء مطار الفرافرة.
 - إنشاء مطار الواحات البحرية.
 - إنشاء مطار العلمين.
 - مطار شرق العوينات.
 - مطار رأس سدر.
 - مشروعات إنشاء رصيف بترول بالإسكندرية.
 - مشروع إنشاء ميناء الدخيلة (ميدكاب).
 - محطة تداول حاويات بميناء شرق بورسعيد.
 - إنشاء رصيف ومجمع بترولي بميناء دمياط.
 - إنشاء محطة تداول حاويات بميناء شمال العين السخنة.
 - تطوير ميناء العين السخنة.
 - إنشاء شركات حاويات شرق التفريعة وزيادة أطوال الرصيف.
 - تطوير ميناء الإسكندرية.
 - محطتي توليد كهرباء سيدي كرير.
 - محطة الطاقة الشمسية بالكريمت، غاز طبيعي.
 - محطة شرق التفريعة.
 - إنشاء خط سكك حديد القاهرة/ التبين.
 - إنشاء خط سكك حديد الإسماعيلية/ رفح.
 - إنشاء خط سكك حديد سيناء/ السلوم.
 - خط سكك حديد السلوم/ وادي النطرون.
- راجع : د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٩١، هامش (١).

العقود؛ ذلك أن الكثير قد يخلط بينهما لأنها اصطلاحات أجنبية، فالمصطلح الأول وهو الـ B.O.T هو اختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية وهي :

Build	وتعني البناء أو التشييد	وأخذ منها حرف B
Operate	وتعني التشغيل	وأخذ منها حرف O
Transfer	وتعني نقل المشروع للإدارة	وأخذ منها حرف T

والمصطلح الثاني : وهو الـ B.O.O.T هو اختصار لأربع كلمات باللغة الإنجليزية أيضاً وهي :

Build	وتعني البناء أو التشييد	وأخذ منها حرف B
Operate	وتعني التشغيل	وأخذ منها حرف O
Ownership	وتعني ملكية	وأخذ منها حرف O
Transfer	وتعني نقل المشروع للإدارة	وأخذ منها حرف T

ويضيف هذا الرأي أنه إذا كان هذان المصطلحان يستخدمان للتعبير عن عقود البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، إلا أن الفارق بينهما يكمن في أن عقود الـ B.O.O.T تمتلك الشركة المشروع لفترة زمنية، بينما في عقود الـ B.O.T فإن الشركة لا تمتلك المشروع، كما أنه من الناحية العملية فإن عقود الـ B.O.O.T يتم اللجوء إليها في المشروعات التي تدر عائداً ضعيفاً الأمر الذي يلزم معه أن تكون المدة المحدد لها أطول نسبياً من عقود الـ B.O.T لتعويض الشركة المتعاقدة عما تكبدته من نفقات.

وينتهي هذا الرأي في تعريفه لهذه العقود بأنها : " اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد شركات القطاع الخاص سواء كانت أجنبية أو وطنية أو مشتركة بإنشاء أحد المرافق العامة على حساب الشركة الخاصة وبنفقات منها، والقيام بالإدارة والتشغيل فترة زمنية بشروط محددة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها، وتحصل الشركة الخاصة على إيرادات تشغيل المشروع خلال مدة العقد على أن تنقل ملكية المشروع في نهاية المدة المتفق عليها إلى الشخص المعنوي العام بالحالة التي يمكن

معها الاستمرار في تشغيله بذات الكفاءة التي كان عليها وقت أن كانت الشركة تتولي إدارته " (١).

كما يعرفه البعض الآخر من الفقه بأنه : " المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم الخاص (وتسمى شركة المشروع)؛ وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية " (٢).

ويتضح من هذين التعريفين أن لعقود البوت عناصر أساسية يرتكز عليها وهي :

١- طرفي العقد أحد الأشخاص المعنوية العامة والآخر إحدى الشركات.

٢- أن يتضمن العقد الآتي :

أ- بناء المشروع عن طريق الشركة المتعاقدة وبرأس مال مملوك لها بالكامل أو عن طريق القروض من مؤسسات التمويل مع ملاحظة أنه في حالة كون الشركة المتعاقدة من جنسية أجنبية فيلزم أن تكون القروض من مؤسسات التمويل في الخارج لكي لا يتم المساس بالاقتصاد الوطني في حالة تحويل الأرباح إلى الخارج (٣).

ب - التشغيل بواسطة الشركة المتعاقدة ويكون لها الحق في تحصيل الرسوم المتفق عليها.

ج - نقل ملكية المشروع بالكامل إلى الشخص المعنوي العام عند انتهاء المدة المحددة للعقد.

ثانياً : نشأة عقود البوت

يؤرخ بعض الكتاب ظهور هذا النظام في الولايات المتحدة الأمريكية أعقاب الثورة الصناعية، وتحويل اقتصاديتها من النشاط التجاري إلى

(١) راجع : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظام المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقاً لآخر تعديلات ٢٠٠٦ مع دراسة لعقود الـ B.O.T، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، الطبعة الرابعة، ص ٦٦.

(٢) د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٣) انظر : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٧-٨.

النشاط الصناعي، وظهور الاقتصاد الحر، وازدياد دور القطاع الخاص في مجال التنمية^(١). ثم انتقل منها إلى دول قارة أوربا كفرنسا، ثم بعد ذلك إلى دول آسيا وأمريكا اللاتينية^(٢).

وإذا كان هذا النظام قد تقلص دوره بشكل ملحوظ في أعقاب الحرب العالمية الثانية نتيجة انتشار النظم الاشتراكية وازدياد دور الدولة وانحسار دور القطاع الخاص في التنمية، إلا أنه ما لبث أن عاد من جديد تحت المسمى الحالي له وهو عقود البوت، وكان أول من أطلق هذه التسمية هو رئيس الوزراء التركي الأسبق أوزال في عام ١٩٨٧ عند قيامه بتنفيذ أول عقد بنظام البوت في تركيا والخاص بمشروع كوبري البوسفور^(٣).

أما في مصر فقد ظهر نظام عقود البوت في أوائل السبعينات بعد أن تراجعت ممارسات حقوق الانتفاع في صورتيه حقوق التزام المرافق العامة وحقوق الامتياز لاستخراج الثروات الطبيعية^(٤) في الفترة التي تلت قيام

(١) وقد تأكد هذا الاتجاه في القرار الذي أصدره الرئيس الأسبق بيل كلينتون رقم ١٢٨٩٣ بتاريخ ٢٨ من يناير عام ١٩٩٤ والمتضمن تشجيع الاستثمار بنظام الـ B.O.T. راجع : د. دويب حسين صابر عبد العظيم : المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) ففي فرنسا يرجع ظهور هذا النظام إلى عام ١٧٨٢ م عندما أبرمت الحكومة الفرنسية عقداً مع إحدى الشركات الخاصة " شركة بيريه أخوان " لتوزيع المياه في مدينة باريس. وفي دول آسيا، فقد قامت الحكومة الصينية باستخدام نظام البوت في إقامة مشروعات البنية الأساسية، ومن ذلك : مشروع محطة توليد كهرباء بالفحم والتي بلغت تكلفة إنشائه ٦١٦ مليون دولار، ومشروع معالجة المياه وتنقيتها في Chengdo بتكلفة استثمارية بلغت مائة مليون دولار. وكذلك عمدت دولة ماليزيا إلى استخدام هذا النظام في إقامة مشروعات الإمداد بالمياه النقية وخاصة مشروع إمداد جزيرة Long Kawi بالمياه، حيث عهدت الحكومة إلى شركتين من القطاع الخاص بإقامة المشروع وإدارته. وأيضاً استخدمت الحكومة الفلبينية العديد من المشروعات للاستثمار بنظام البوت، ومن ذلك مشروع إنشاء محطة غاز توربينه لتوليد الطاقة بقدرة ٢٠٠ ميغاوات.

أما بالنسبة لدول أمريكا اللاتينية، فقد نجحت الحكومة المكسيكية في إبرام العديد من عقود البوت التي ساعدت في تنمية الاقتصاد المكسيكي. راجع في تفاصيل ذلك وأيضاً للمزيد من الدول التي أخذت بهذا النظام : د. عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص ٢٧ - ٣٥.

(٣) راجع : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٧، مرجع سابق، ص ٦٦ هامش (١).

(٤) فقد ظهرت في مصر تجارب عديدة لممارسة حقوق التزام المرافق العامة وحقوق الامتياز لاستخراج الثروات الطبيعية، وذلك في الفترة السابقة على قيام ثورة يوليو ١٩٥٢، نذكر منها : الامتياز الممنوح للمهندس الإنجليزي " جورج ستفينسون " لإقامة خط السكك الحديدية بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة، ومشروع قناة السويس، وامتياز مرفق الغاز في مدينة القاهرة ثم مدينة الإسكندرية، وامتياز مرفق الغاز في مدينة بورسعيد، والامتياز المرخص به لشركة ماركوني راديو التلغرافية المصرية للقيام بالخدمات التلغرافية والتليفونية اللاسلكية بين مصر والخارج، وامتياز النقل بالأتوبيسات (أبو رجيله)، وشركة كافوري للنقل في الدلتا، وشركة ترام الإسكندرية.

راجع للمزيد من التفاصيل : د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠ - ٤١، د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي : رسالته السابقة، ص ٣٦.

ثورة يوليو ١٩٥٢ والتي ساد فيها حركات التأميم وصعود نجم الاقتصاد الموجه. حيث لجأت الحكومة المصرية إلى أسلوب التعاقد بنظام البوت لإنشاء وإدارة جراج البستان في وسط القاهرة، ثم بعد ذلك في عام ١٩٨٧ عندما تعاقدت مع مجموعة دله البركة لإقامة محطة لتحلية وتنقية المياه في الغردقة^(١).

ثم عادت مصر بعد ذلك في أوائل التسعينات وتدخلت بموجب العديد من القوانين لتنظيم هذا النوع من العقود على أثر صعود استثمارات القطاع الخاص الوطني والأجنبي وتركيز معظمها في مشروعات البنية التحتية. فأصدر المشرع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر^(٢)، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة^(٣)، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول^(٤).

كما توالى كذلك قرارات مجلس الوزراء، نذكر منها : القرار رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بشأن منح شركة ايماك التزام وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ BOT، والقرار رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بمنح شركة كاتو للاستثمار التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـ BOT، والقرار رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بمنح شركة دلتا جولف التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر بنظام الـ BOT، والقرار رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ في شأن محطة سيدي كرير البخارية^(٥).

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البوت

لقد ثار الخلاف في الفقه بصدد تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت، حيث ذهب رأي إلى أن عقود البوت تعد عقوداً إدارية على إطلاقها، وذهب رأي آخر إلى أن عقود البوت تعد من قبيل عقود القانون الخاص، وذهب رأي ثالث إلى أن عقود البوت لا تعد عقوداً إدارية على إطلاقها ولا

(١) انظر : د. دويب حسين صابر عبد العظيم : المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) الجريدة الرسمية - العدد ٢٥ مكرر (ب) - في ١٩٩٦/٦/٣٠.

(٣) الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ (مكرر) - في ١٩٩٦/٧/١٤.

(٤) الجريدة الرسمية - العدد ٦ (مكرر) - في ١٩٩٧/٢/٨.

(٥) مشار إليهم عند : د. دويب حسين صابر عبد العظيم : الإشارة المتقدمة، ص ٤٥ - ٤٦.

عقوداً مدنية أو تجارية على إطلاقها، وإنما يتعين لمعرفة طبيعتها بحث كل عقد على حدة.

١ - عقود البوت تعد عقوداً إدارية

ذهب البعض إلى القول إن عقود البوت هي عقود التزام مرافق عامة في صورتها الحديثة. ولما كانت عقود الالتزام تعد عقوداً إدارية بطبيعتها، نظراً لكون الإدارة طرفاً فيها، وتتصل في كل الأحوال بنشاط مرفق عام، وتتضمن غالباً شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإن عقود البوت تعد كذلك^(١).

ويترتب على هذا الرأي بعض النتائج يلخصها بعض الفقهاء في الآتي^(٢):

- خضوع العقد لمراجعة مجلس الدولة إذا زادت قيمته على خمسة آلاف جنيه.

- ضرورة اتباع الإدارة للقانون رقم ١٩٩٨/٨٩ بشأن المناقصات والمزايدات العامة ولائحته التنفيذية.

- خضوع المنازعات الناشئة عن عقود البوت لاختصاص القضاء الإداري ما لم يكن هناك اتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

٢ - عقود البوت تعد عقوداً مدنية

يذهب رأي إلى اعتبار عقود البوت من قبيل عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها لقواعد القانون الخاص، ولاختصاص القضاء العادي حال غياب الاتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم^(٣).

(١) ومن أنصار هذا الرأي : د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٣، د. دويب حسين صابر عبد العظيم : المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢) راجع : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٧، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٣) ومن أنصار هذا الرأي : د. يوسف عبد الهادي الأكياي : النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، دون ذكر دار النشر، ١٩٨٩، ص ٣٠٨، د. هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الطبعة الأولى، ص ٢٤٤. وأيضاً :

ويستند هذا الرأي إلى مجموعة من الحجج تتلخص في الآتي :

- إن متطلبات التجارة الدولية، والطبيعة الخاصة لهذه العقود تفرض على الدولة أن تنزل إلى مرتبة الأفراد العاديين في التعاقد وأن تبعد عن استخدام أساليب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.

- تقوم معظم عقود البوت في أساسها على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويسودها مبدأ سلطان الإرادة، كما أنها تقوم على أساس التساوي في الحقوق والالتزامات بين الطرفين دون أن يكون هناك تمييزاً لجهة الإدارة. ولهذا فهي تعد من قبيل عقود القانون الخاص لا من قبيل عقود القانون العام.

- بالاطلاع على نصوص الكثير من عقود البوت التي أبرمتها الحكومة المصرية يتلاحظ أنها غالباً ما تتضمن نصاً صريحاً يقضي بأنها من قبيل عقود القانون الخاص^(١).

- تضمين عقود البوت شروط الثبات التشريعي والثبات العقدي ينفي عن العقد صفته كعقد إداري؛ ذلك أنه يعني اتجاه إرادة الدولة إلى التعاقد مع الشخص الخاص على قدم المساواة^(٢).

٣- عقود البوت تعد عقوداً ذات طبيعة خاصة

يرى بعض الفقهاء - على عكس الاتجاهين السابقين - أنه من الصعب وضع تكييف محدد ثابت لهذه العقود؛ فعقود البوت ليست عقوداً مدنية على إطلاقها، ولا عقوداً إدارية على إطلاقها بالرغم من أن لها جذوراً في عقود الامتياز، بل يلزم مراجعة كل عقد على حدة، لبيان ما إذا كانت عناصره تتوافر فيها الصفة الإدارية من عدمه^(٣).

(١) ومن ذلك عقد الامتياز المبرم بنظام B.O.T. مع شركة ماليكورب المتعلق بإنشاء وتشغيل ونقل ملكية مطار رأس سدر، فقد تضمن هذا العقد في البند ١/٢١ منه نصاً يقضي بأن : " القانون المطبق يعتبر عقد الامتياز عقداً مدنياً تحكمه القوانين المدنية في الجمهورية المصرية " .

(٢) انظر للمزيد من التفاصيل بشأن شروط الثبات التشريعي وما إذا كانت تنفي الصفة الإدارية عن العقد ما سيرد ذكره لاحقاً ص ٥٨٠ .

(٣) انظر من قال بهذا الرأي : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٧، مرجع سابق، ص ٧٥، د. أحمد رشاد محمود سلام : المرجع السابق، ص ١٩٥ .

ويستند هذا الرأي إلى بعض الحجج لتدعيم وجهة نظره تتمثل في الآتي :

- إن العقود المتعددة التي تبرم تحت مسمى البوت بعضها يخضع لمراجعة مجلس الدولة باعتباره عقداً إدارياً، والبعض الآخر لم يخضع وظل عقداً مدنياً.

- إن القوانين الخاصة التي نظمت بعضاً من هذه العقود قد نصت صراحة على عدم خضوعها للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ومن ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر^(١)، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول^(٢).

(١) فقد ورد في هذا القانون النص التالي: " ويجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز (....) ".

(٢) فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه: " مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول، أو أجزاء منها، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضي النزول، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز (....) ".

المبحث الثاني

عقد الأشغال العامة

يعد عقد الأشغال العامة Le marché de travaux publics ثاني أهم صور العقود الإدارية التي ورد النص عليها صراحة في القوانين المنظمة لاختصاصات القضاء الإداري سواء في مصر أم في فرنسا^(١).

وقد عرفه الفقه بأنه : " اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة بالعقد " ^(٢).

وعرفته محكمة القضاء الإداري بأنه : " عقد مقولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد " ^(٣).

وعرف مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية Commune de Monségur بتاريخ ١٠ من يونيو عام ١٩٢١ الأشغال العامة بأنها : " الأشغال التي تنفذ لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام " ^(٤).

ويتضح من التعريفات المتقدمة أن لعقد الأشغال العامة عناصر أساسية يركز عليها، لا قيام له بدونها، نعرض لها فيما يلي :

(١) انظر سابقاً ص ١٣، هامش (١).

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٥٢. وفي القرب من هذا التعريف :

J. Rivero, J. Waline, op.cit., p.116.

(٣) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ١١، ص ١٠٤.

(٤) وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) les travaux exécutés dans un église pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale " .

C.E., 10 juin 1921, Commune de Monségur, in GAJA, op.cit., p.232.

أولاً : أن يكون موضوع الأشغال منصّباً على عقار

فموضوع عقد الأشغال العامة هو بالضرورة عمل يرد – دائماً – على عقار immeuble، سواء كان عقاراً بطبيعته (أرض أو مباني)، أو كان عقاراً بالتخصيص immeuble par destination (كالمصاعد والسلالم الكهربائية ومد الخطوط التليفونية وغير ذلك) ^(١).

ولا يشترط أن ينصب موضوع الأشغال العامة على العقارات التي يملكها الشخص المعنوي العام ملكية عامة، بل يمكن أن يعتبر من قبيل الأشغال العامة الأعمال المتعلقة بالعقارات المملوكة له ملكية خاصة ^(٢).

وعلى هذا الأساس، فإن كل عمل يرد على منقول لا يمكن اعتباره من قبيل الأشغال العامة حتى ولو كان مملوكاً للإدارة ملكية عامة ومهما كانت ضخامته ^(٣)، ونتيجة لذلك لم يعتبر القضاء الفرنسي الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء سفينة من قبيل عقود الأشغال العامة ^(٤).

ومع ذلك فقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم فكرة الأشغال العامة، فلم تعد هذه الأخيرة تقتصر فقط على أعمال البناء والترميم التي ترد على عقار، بل تمتد أيضاً إلى كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة والتنظيف والكنس والرش في الطرق العامة، وجز الأراضي الخضراء ^(٥).

ثانياً : أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام

يجب أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال تنفذ لحساب شخص معنوي عام، سواء كان هذا الشخص هو مالك العقار، أو كان غير مالك له ولكن له إشراف مباشر على الأعمال موضوع العقد ^(٦).

(١) انظر :

F. Sabiani, Marchés publics de travaux et contrats voisins, Delmas 1995., 5^e éd, p.18.

(٢) انظر في هذا المعنى :

C.E., 20 novembre 1964, Ville de Carcassonne, Rec., p.573.

(٣) انظر : د. سليمان محمد الطماوي : المرجع سابق، ص ١١٠، د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. حسين عثمان محمد عثمان : مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١، ص ٥٦٣.

(٤) راجع : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٥) انظر :

F. Sabiani, *Ibidem.*, p.19.

(٦) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٠.

وإذا كان المفهوم التقليدي للأشغال العامة يقتصر فقط على الأعمال التي تنفذ لحساب الشخص المعنوي العام، بحيث يخرج من إطاره العقود المبرمة لحساب الأفراد، فإن ثمة تطور أحدثته محكمة التنازع الفرنسية على هذا المفهوم بمقتضى حكمها الصادر في قضية Effimieff بتاريخ ٢٨ من مارس عام ١٩٥٥، إذ اعتبرت أن الأعمال التي تنفذ لحساب شخص معنوي خاص بواسطة شخص معنوي عام في إطار مهمة مرفق عام لها صفة الأشغال العامة^(١). وبالتالي ومنذ صدور حكم Effimieff أصبحت الأعمال محل عقد الأشغال هي التي تنفذ إما لحساب شخص معنوي عام^(٢)، وإما لحساب شخص خاص بواسطة شخص عام^(٣).

ثالثاً : أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع عام

يلزم أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال تستهدف تحقيق المصلحة العامة والنفع العام، وليس تحقيقاً لكسب مالي، كإنشاء الطرق العامة، والمواني وغير ذلك.

(١) وتتلخص وقائع هذا النزاع في أن المشرع الفرنسي قد أنشأ بموجب قانون ١٦ من يونيو عام ١٩٤٨ نوعين من التجمعات لتعجيل إعادة بناء العقارات التي أضررت في الحرب؛ الأولى : الشركات التعاونية لإعادة التعمير وهي منشآت تخضع لأحكام القانون الخاص، أما الثانية : الجمعيات النقابية لإعادة التعمير وتعد وفقاً للقانون ذاته مؤسسات عامة ومهمتها تنفيذ الأشغال المتعلقة بإعادة التعمير لحساب أعضائها. وقد أدت هذا الأشغال إلى منازعات عديدة بين تجمعات إعادة التعمير والمقاولين الذين تعاقدت معهم أو مع الملاك الذين هم موكلوها، وثار التساؤل حول معرفة عما إذا كانت الأشغال التي تنفذها الجمعيات النقابية لإعادة التعمير (وهي مؤسسات عامة) لحساب أشخاص خاصة لها صفة الأشغال العامة أم الخاصة ؟

فبينما ذهبت غالبية المحاكم العادية إلى تقرير اختصاصها بنظر هذه المنازعات على اعتبار أن هذه الأشغال لها صفة الأشغال الخاصة، اتجهت المحاكم الإدارية - على العكس - إلى تبني الحل المخالف. ولما عرض الأمر على محكمة التنازع انتهت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ من مارس عام ١٩٥٥ إلى إضفاء صفة الأشغال العامة على الأعمال التي ينفذها الشخص المعنوي العام لحساب شخص خاص في إطار مهمة مرفق عام.

T.C., 28 mars 1955, Effimieff, in GAJA, op.cit., p.514.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- T.C., 14 novembre 1960, Pourcin, Rec., t, p.1152.

- C.E., 2 juin 1961, Sieur Leduc, Rec., p.365.

(٣) انظر في هذا المعنى :

- C.E., 20 avril 1956, Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard, in GAJA, op.cit., p.520 (2^e esp).

- C.E., 12 avril 1957, Mimouni, Rec., p.262.

- C.E., 21 décembre 1962, Ville de Thiais, Rec., p.701.

- C.E., 1^{er} octobre 1966, Sieur Bachimont, Rec., p.510.

ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي اعتنق في بداية الأمر فكرة مؤداها أن الأشغال العامة هي التي تتم على عقارات تدخل في نطاق الدومين العام، بحيث إذا انصبت على عقار يدخل في نطاق الدومين الخاص اعتبر العقد مدنياً. غير أن محكمة التنازع الفرنسية سرعان ما فصلت بين الفكرتين في حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ من أكتوبر عام ١٩٤٢، إذ قضت المحكمة : " بأن سبب الضرر المدعى به يرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء في مدينة Aix وهي مخصصة كلها لمرفق العدالة وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة. ومن ثم فإن الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الإقليمي باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة للبحث فيما إذا كان المبنى يدخل في نطاق الدومين العام أو الخاص لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة " (١).

وارتبطت فكرة الأشغال العامة أيضاً بالأعمال التي تدخل في نطاق المرفق العام، فاعتبرت أشغلاً عامة تلك التي تجري على عقارات مخصصة لمرفق عام، ولو كانت غير مملوكة للشخص المعنوي العام أو داخلة في نطاق الدومين الخاص. ولكن سرعان ما فصل مجلس الدولة الفرنسي بين الفكرتين، وكان ذلك بمقتضى حكمه الصادر بتاريخ ١٠ من يناير عام ١٩٢١ في قضية Commune de Monségur (٢)، حيث قرر الاعتراف بصفة الأشغال العامة لأعمال تمت على عقارات مخصصة للعبادة وهي ليست مرافق عامة وفقاً لقانون ٩ من ديسمبر عام ١٩٠٥، تأسيساً على أن هذه الأعمال قد نفذت لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام (٣).

رابعاً : الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد

يتميز عقد الأشغال العامة عن عقد الامتياز في المقابل الذي يتقاضاه المقاول من الإدارة والمتمثل في صورة ثمن متفق عليه سابقاً أو لاحقاً على تنفيذ العقد. ففي عقد الامتياز يتقاضى الملتزم المقابل المالي من خلال رسوم

(١) مشار إليه عند : د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٢) C.E., 10 juin 1921, Commune de Monségur, préc.

(٣) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أنه إذا كان حكم بلدية مونسجير قد فصل بين فكرة الأشغال العامة والأعمال التي تدخل في إطار المرافق العامة، إلا أن محكمة التنازع الفرنسية قد جددت الربط بين الفكرتين بعد ذلك بموجب حكمها الصادر في قضية Effimieff بتاريخ ٢٨ من مارس عام ١٩٥٥ كما سبق أن المحنا في الصفحة المتقدمة .

تدفع من المنتفعين بخدمات المرفق، أما في عقود الأشغال العامة فإن المقابل الذي يحصل عليه المقاول يتمثل في صورة ثمن تدفعه الإدارة له حسب الأوضاع المتفق عليها في العقد.

وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي عنصر التمييز هذا للفرقة بين عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز، إذ اعتبر أن العقود التي تتضمن مكافأة تدفع من قبل المنتفعين ليست لها صفة الأشغال العامة^(١).

وقد أوضح مجلس الدولة المصري أهمية الثمن كعنصر حاسم في تمييز عقد الأشغال العامة بقوله : " العنصران الأساسيان في عقد المقولة [عقد أشغال عامة] هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه دون أن يكون له حق استغلاله، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول " ^(٢).

(١) C.E., 10 avril 1970, Sieurs Beau et Lagarde, Rec., p.243.

(٢) فتوى قسم الرأي مجتمعاً رقم ٣٦٩ في ١٦/١٢/١٩٤٩، مشار إليها عند د. سليمان محمد الطماوي : المرجع سابق، ص ١٠٩، هامش (٢).

المبحث الثالث

عقد التوريد

يعد عقد التوريد Le marché de fourniture من العقود المسماة مثل عقد الامتياز وعقد الأشغال العامة، حيث ورد النص عليه في كافة قوانين مجلس الدولة المتعاقبة في مصر، وأيضاً في فرنسا بموجب المرسوم الصادر بتاريخ ١١ من يونيو عام ١٨٠٦ والتي نصت المادة ١٤ منه على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تبرمها الدولة^(١).

ولقد عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر عقد التوريد بأنه : " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين " ^(٢).

ويتضح من التعريف المتقدم أن عقد التوريد خلافاً لعقد الأشغال العامة لا يرد إلا على منقول، كالبضائع، والمواد الغذائية، والمواد الحربية وغير ذلك، بحيث إذا كان محله العمل في عقار بطبيعته أو بالتخصيص اعتبر من قبيل عقود الأشغال عامة كما سبق أن أوضحنا.

كما أن عقد التوريد لابد وأن يحتوي على ثمن معين تؤديه جهة الإدارة للمورد نظير الأصناف التي يقوم بتوريدها، وبذلك يختلف عن الاستيلاء على المنقولات الذي يتم بدون مقابل^(٣).

وعقد التوريد ليس عقداً إدارياً على إطلاقه، وإنما يكتسب هذه الصفة إذا توافرت فيه مقومات العقود الإدارية، ومن ثم فإن عقد التوريد قد يكون مدنياً أو إدارياً وفقاً لخصائصه الذاتية. وهذا المعنى عبرت عنه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من أكتوبر عام ١٩٦٥ بقولها : " وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن المادة العاشرة من القانون

(١) انظر سابقاً ص ١٣، هامش (١).

(٢) القضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٥٢/١٢/٢، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة السابعة، المجلد الأول، ص ٧٦.

(٣) انظر في هذا المعنى : حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في القضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق، الإشارة المتقدمة.

رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ تنص على أن مجلس الدولة يفصل بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر. ومفاد عجز النص أن عقد التوريد ليس عقداً إدارياً على إطلاقه بتخصيص القانون وإنما يشترط لإسباغ هذه الصفة عليه أن يكون إدارياً بطبيعته وخصائصه الذاتية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أبرم مع إحدى جهات الإدارة بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام واحتوى على شروط غير مألوفة في القانون الخاص " (١).

وفي سبيل تحديد الطبيعة الإدارية لعقد التوريد، اعتمدت محكمة القضاء الإداري في مصر في بادئ الأمر على مدى صلة العقد بالمرفق العام دون النظر إلى الشروط التي يحتويها، ويتضح ذلك من خلال قولها : " ومن حيث إن الوزارة عندما عرضت شراء الشعير من المدعين بالثمن والشروط والمواصفات التي قررتها إنما قصدت تخصيصه لنشاط مرفق التموين طبقاً لما هو واضح بالمستندات المودعة في الدعوى، ومتى كان المودعون قد قابلوا إيجابها بقبول منهم فيكون قد انعقد بذلك عقد إداري لا عقد مدني " (٢).

ثم ما لبثت بعد ذلك على إبراز دور فكرة الشروط الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص في إضفاء الصفة الإدارية على عقد التوريد، حيث قررت في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ من ديسمبر عام ١٩٥٦ : " تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف، خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص؛ بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها وانتظامها واستمرارها، ومن ذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد، وهي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية (....) وسلطة التعديل هذه، وإن كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقد التوريد، إلا أنها ليست مطلقة، بل ترد

(١) الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩/١٠/١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة ١٦، مرجع سابق، ص ٨٩٣.

(٢) القضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق، جلسة ١٢/٢/١٩٥٢، سبقت الإشارة إليها في الصفحة المتقدمة.

عليها قيود، منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته ومقتضياته (.....) " (١).

وهذا ما أكدت عليه بعد ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها : " وعلى ضوء هذه المبادئ المستقرة فإنه إذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي وهي من أشخاص القانون العام قد أبرمت عقداً يقوم الطرف الثاني فيه بتوريد عدد من العجول إليها لخدمة المرفق العام القائمة على إدارته (....) ومتى كان الأمر كذلك يكون التعاقد قد انصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره. ويبين من نصوص العقد وشروطه أن بعضها غير مألوف في مجال القانون الخاص، فالنص (....) وكل ذلك من مقومات العقد الإداري غير المألوفة في مجال القانون الخاص ومن ثم يكون موضوع الدعوى قد تكاملت له العناصر الثلاثة المشار إليها باعتباره عقداً إدارياً " (٢).

ومن عقود التوريد التي اعترف لها القضاء الفرنسي بالصفة الإدارية: عقود توريد الأسلحة، والذخائر، والسفن الحربية (٣). وفي مصر: عقود توريد الأغذية كالشعير (٤) وكميات من الزيت (٥)، وعقود توريد المواد اللازمة للمرفق العام كقطع الغيار (٦)، وتوريد قضبان حديدية (٧).

وقد يحدث أن ينطوي عقد التوريد على التزام يقع على عاتق المورد بتركيب الأشياء الموردة في الأماكن المخصصة لذلك أو القيام بإصلاح

(١) القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٦/١٢/١٩٥٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ١١، العدد الأول، ص ٩٠.

(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٣) راجع :

G. Jèze, Note de jurisprudence : I. Caractère essentiels des principaux contrats administratifs, RDP 1925., p.445., spéc, p.450.

(٤) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق، جلسة ١٢/١٢/١٩٥٢، السنة ٧، ص ٧٦.

(٥) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٦٠ لسنة ١٣ ق، ع، جلسة ١٧/٦/١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠، الجزء الثاني (د-ع)، ص ١٩٣٧، بند ١١٦.

(٦) الفتوى رقم ٥١١ بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢١، ملف رقم ٢٧٦٥/٢/٣٢، المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٦ إلى يونيو ٢٠٠٠، ج ٢، ص ١٩٢٥.

(٧) الفتوى رقم ٣٠٣ في ١٢/٤/١٩٦٠، جلسة ٢٤/٢/١٩٦٠، ملف ١٤، ١٥ - ٨٢ - ١٦٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، الإشارة المتقدمة، ص ٧٤٧.

الأشياء التي تم التوريد من أجلها، ففي هذه الحالة يعد من العقود المختلطة التي تنطوي على عنصر التوريد وعنصر مقاوله الأعمال، بحيث تنطبق أحكام عقد التوريد على الجزء المتعلق بالتوريد فقط، وتنطبق أحكام عقد المقاوله على الجزء المتعلق بالتركيب والإصلاح.

وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها : " إن العقد مثار المنازعة انصب كله على إصلاح الدراجات البخارية >>الموتوسيكلات>> وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة (...)، ولما كان التوريد في هذا العقد ذا شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل، فإن العقد بهذه المثابة ينطوي على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد، تقع المقاوله على أعمال الإصلاح وتنطبق أحكامه عليه ويقع التوريد على المواد وتسري أحكامه فيما يتعلق بها " (١).

هذا ويميز القضاء الفرنسي بين التوريد الذي يتم على مرة واحدة unique وبين التوريد الذي يتم على دفعات أي الذي يتخذ صفة الاستمرارية والتعدد continues et multiple (٢)، حيث أسبغ على العقود الأولى الطابع الخاص، بينما في العقود الثانية اعتبره إما من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام على حسب الأحوال.

وقد كان هذا الاتجاه عرضة للنقد من جانب بعض الفقهاء على اعتبار أنه غير صحيح على إطلاقه؛ ذلك أن عقود التوريد التي تتم على دفعة واحدة قد تحوي في طياتها على العناصر المميزة للعقد الإداري، وبالتالي يمكن خلع الصفة الإدارية عليها (٣).

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن التقدم التقني في مختلف أوجه النشاط أدى إلى ظهور أنماط جديدة من عقود التوريد لم تكن مألوفة فيما مضى كعقود التوريد الصناعية والتي لا تقتصر مهمة المورد فيها علي تسليمها فحسب، بل تصنيعها أيضاً مما يتطلب خضوعه لرقابة فعالة من جانب الإدارة في مرحلة تصنيع تلك المنقولات محل عقد التوريد.

(١) الطعن رقم ٧٦٣ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١٩٦٩/١/٢٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٧٢٣.

(٢) راجع :

G. Jèze, Note de jurisprudence : I. Caractère essentiels des principaux contrats administratifs, art.préc., p.451.

(٣) راجع : د. سليمان محمد الطماوي : المرجع سابق، ص ١٢٢.

وكذلك أيضاً بشأن عقود التوريد التي تتصل بأمن وسلامة الدولة كعقود التوريد الحربي، فهذه العقود تتطلب رقابة فعالة وإشراف دائم من قبل الإدارة حتى تتأكد من المصادر التي يحصل منها المورد على المواد الخام، وأيضاً من كفاءة وسلامة وأمن المهمات محل عقد التوريد^(١).

وبذلك يكتمل تناول الباب التمهيدي والذي خصص لبحث مسألة المعيار المميز للعقود الإدارية وأهم صورها. وننتقل من ذلك لبحث العلاقة بين التحكيم والعقود الإدارية من ناحية مدى قابلية خضوع المنازعات الناشئة عنها له، ومدى ملاءمة الأحكام الواردة في الشريعة العامة للتحكيم مع المنازعات التي تثيرها هذه العقود.

وهذا يستدعي أن نقسم دراستنا إلى قسمين، نتناول في الأول منه فكرة التحكيم والإشكالية التي ثارت بشأن خضوع منازعات العقود الإدارية له وموقف الدول محل الدراسة منها، ثم نتلوه بقسم ثان نخصصه لدراسة التنظيم القانوني للتحكيم على ضوء ما ورد في الشريعة العامة، ومدى ملاءمة الأحكام الواردة بها مع طبيعة المنازعات التي تثيرها تلك العقود، حتى يمكن استخلاص نظام قانوني مستقل للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

(١) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

القسم الأول

التحكيم

ومدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية

ذات الطبيعة التعاقدية له

تمهيد وتقسيم :

يحتل التحكيم في الوقت الراهن مكاناً بارزاً سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي؛ فالمطلع على واقع التعامل الاقتصادي، خاصة على الصعيد الدولي يجد أن الأفراد يتجهون أكثر فأكثر وهم بصدد حل منازعتهم إلى التحكيم لما يتميز به من بساطة في الإجراءات وسرعة الفصل في المنازعات.

وإذا كان اللجوء إلى التحكيم لا يثير الكثير من المشاكل في عقود القانون الخاص، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقود القانون العام نظراً لتمتع هذه العقود بخصائص ذاتية تميزها عن غيرها من العقود الأخرى، ويعهد – بصفة أساسية – إلى القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عنها.

وقد رأيت قبل الغوص في بحث الإشكالية التي ثارت بصدد خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية للتحكيم، وعرض موقف القانون الوضعي للدول محل الدراسة في هذا الشأن، أن نتعرض لماهية نظام التحكيم من خلال وجهة نظر القانون الخاص نظراً للارتباط الوثيق بينه وبين قواعد هذا القانون.

وترتيباً على ما تقدم، سوف تنقسم الدراسة في هذا القسم إلى بابين على النحو التالي :

الباب الأول : ماهية التحكيم.

الباب الثاني : مدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

الباب الأول

ماهية التحكيم

تهدف الدراسة من هذا الباب إلى وضع معالم نظام التحكيم للوقوف على ماهيته وإبراز ذاتيته واستقلاله عن الوسائل الودية الأخرى لحل المنازعات التي تثور بين أطراف العلاقات القانونية.

وهذا ما يستدعي التعرض – في المقام الأول – لمختلف التعريفات التي قيلت بشأنه، وجذوره التاريخية، وكذلك الجدل الذي ثار حول تحديد طبيعته القانونية، وما إذا كان اتفاقاً، أو عملاً قضائياً، أو نظام خليط من العقد والقضاء، أو من طبيعة مستقلة.

وفي المقام الثاني : نميز بينه وبين غيره من المفاهيم القانونية الأخرى التي تشترك معه في بعض ذاتياته، كالصلح والتوفيق والخبرة، ثم ينتقل من ذلك إلى عرض أهم أنواعه التي يتخذها في الواقع العملي.

ومن هنا، فقد رأيت تقسيم هذا الباب على النحو التالي :

الفصل الأول : التعريف بالتحكيم وبيان طبيعته القانونية.
الفصل الثاني : تمييز التحكيم وأنواعه.

الفصل الأول

التعريف بالتحكيم و بيان طبيعته القانونية

يهدف هذا الفصل في المقام الأول إلى التعرف عن قرب على نظام التحكيم من خلال استعراض مختلف التعريفات التي قيلت بشأنه، ومعرفة ماضيه وجذوره التاريخية عند العرب وفي فرنسا (مبحث أول). كما يهدف في المقام الثاني إلى تحديد طبيعته القانونية، وذلك لبيان النظام القانوني الذي يلحق به، وما يترتب على هذه المسألة من آثار، أهمها كيفية معاملة الحكم الصادر بشأنه من حيث الطعن فيه، وقوته الملزمة (مبحث ثان).

المبحث الأول

تعريف التحكيم ولحة تاريخية عنه

تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين؛ نخصص الأول منهما لعرض مختلف التعريفات التي قيلت بشأن التحكيم، وفي المطلب الثاني نقدم دراسة موجزة لتاريخ التحكيم عند العرب وفي فرنسا لبيان أهميته في حياة الشعوب المختلفة.

المطلب الأول

تعريف التحكيم

نعرض في هذا المطلب لتعريف التحكيم من الناحية اللغوية (العربية والفرنسية)، وموقف تشريعات الدول محل الدراسة من ذلك، وما إذا كانت قد وضعت تعريفاً محدداً له، أم تركت الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء، ثم نعقب ذلك بوضع تعريف مقترح لنظام التحكيم.

أولاً : المعنى اللغوي للفظ التحكيم

١ - في اللغة العربية

إن أصل كلمة تحكيم في اللغة العربية من مصدر الفعل (حكم) – بتشديد الكاف مع الفتح، يقال (حَكَمَ) بالأمر – حُكْمًا : قضى، حكم له وحكم عليه وحكم بينهم – (حَكَمَ) فلاناً في الشيء والأمر جعله حَكَمًا (اِحْتَكَمَ)

الخصمان إلى الحاكم : رفعاً خصومتها إليه واحتكم في الشيء والأمر : تصرف فيه كما يشاء، يقال : اُحْتَكِمَ في مال فلان واحتَكَمَ في أمره ^(١).

ففي الصحاح يقال : حكم – الحُكْمُ : مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضى. وحَكَمَ له وحَكَمَ عليه ^(٢).

وفي المعجم الوسيط : (حَكَمَ) بالأمر – حُكْمًا : قضى. يقال : حكم له وحكم عليه وحكم بينهم. وحكم فلاناً في الشيء والأمر : جعله حَكَمًا. وحَكَمَهُ الخصمان إلى الحاكم : رفعاً خصومتها إليه وحَكَمَهُ في الشيء والأمر : تصرف فيه كما يشاء ^(٣).

وفي تاج العروس : الحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا سواء لزم ذلك غيره أم لا. وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه في طلب الحكم ورافعه وحكمه في الأمر تحكيماً أمره أن يحكم بينهم أو أجاز حكمه فيما بينهم ^(٤).

٢- الأصل التاريخي والمعنى اللغوي للفظ التحكيم في اللغة الفرنسية

إن كلمة تحكيم (arbitrage) مشتقة من كلمة (arbitre) والتي تعنى محكم في اللغة الفرنسية، وإذا نظرنا إلى كلمة arbitre نجدها مشتقة من الأصل اللاتيني لكلمة arbīter ^(٥) والتي استخدمت بمعاني كثيرة، فقد كانت تعني شاهد témoin، واستخدمت بمعنى السيد maître، وأيضاً بمعنى قاض juge .

وفي اللغة اليونانية كانت كلمة arbitre تعطي فكرة عن المفهوم المبدئي للتحكيم، فقد ذكرت في (Iliad) و (Odyssée) بكلمة Istor وكانت تعنى المحكم الوحيد أو المنفرد arbitre unique؛ الشخص الذي

(١) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٩٩٠، ص ١٦٥.

(٢) الصحاح في اللغة العربية والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٢٨٥.

(٣) المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص ١٩٠.

(٤) تاج العروس من جواهر القاموس، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، ج ٨، ص ٢٥٢.

(٥) L. Quicherat, A. Daveluy, Dictionnaire Latin-Français, Librairie Hachette, p.103.

يعهد إليه الأطراف بمهمة الفصل في المنازعات المثارة بينهم على مقتضى قواعد العدل والإنصاف^(٦).

أما في اللغة الفرنسية فيعود استخدام كلمة محكم إلى عام ١٢١٣ وكانت تعني معنيين؛ الأول : قانوني وتعني الشخص الذي يختاره الأطراف المتنازعة للحكم بينهم، والآخر : أعم وأشمل ويرادف كلمة الإرادة *volonté*، ولكن هذا المعنى الأخير لم يعد يستخدم الآن، وتم هجره *tombé en désuétude*^(١).

وبالإضافة إلى هذين المعنيين فقد كانت هذه الكلمة تستخدم في اللغة الدارجة وكانت تحمل في طياتها معاني كثيرة، فقد كانت تعني الحيادية *impartialité*، أو الحكمة *sagesse*، أو الأمن *sécurité*، أو المعرفة *savoir*، أو اتخاذ القرار *décision*، أو التقييم *evaluation*^(٢).

وقد كانت تستدعي لدى العامة الصورة المطمئنة لشخص من الأغيار محايد يتدخل لحل المشاكل التي يمكن أن تفرق بين الأفراد، فنجد القديس Paul يعاتب أتباعه الذين لجئوا للمحاكم الوثنية << غير الدينية >> *les tribunaux païens* قائلاً : " ألا تخلطون من أنفسكم، ألم تجدوا بينكم رجالاً حكيماً يمكن أن يكون حكماً بين أخوته " ^(٣).

ثم اشتقت من كلمة (*arbitre*) كلمة (*arbitrage*) والتي تعني في اللغة الفرنسية تسوية خلاف أو الحكم في نزاع بواسطة شخص أو عدة أشخاص الذين قرر الأطراف اللجوء إليهم لحل خلافاتهم^(٤).

ثانياً : موقف المشرع من تعريف التحكيم

(6) J. Velissaropoulos-Karakostas, L'arbitrage dans la Grèce antique, Epoques archaïque et classique, Rev.arb. 2000., p.9., spéc, p.13.

(١) انظر :

Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, préface de B. Oppetit, L.G.D.J. 1987., p.5.

(٢) انظر :

Ch. Jarroson, *Ibidem*.

(٣) راجع :

Ch. Jarroson, *Ibidem*, p.4.

(٤) انظر :

Larousse : Dictionnaire étymologique., p.43.

Dictionnaire Hachette, encyclopédique., p.86.

Robert : Dictionnaire méthodique du Français actuel., p.69.

لم يتعرض المشرع المصري أسوة بالمشرع الفرنسي، ومشرعو دول مجلس التعاون الخليجي لتعريف التحكيم، حيث اكتفى بإبراز عناصره وخصائصه الذاتية التي تميزه عن أية وسيلة أخرى من وسائل فض المنازعات بين الأطراف كالصلح والتوفيق – على سبيل المثال – تاركاً الباب لاجتهاد الفقه والقضاء في هذا الشأن^(١).

هذا وقد ذهب رأي في الفقه^(٢) إلى عكس ذلك مقررأ أن المشرع المصري قد تعرض لتعريف التحكيم حين نص في المادة ١٠/١ من القانون رقم ٩٤/٢٧ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه : " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية "

ويلاحظ على هذا الرأي أنه قد خلط بين اتفاق التحكيم كآلية لنظام التحكيم وبين التحكيم كنظام قائم ومستقل بذاته، فهذه المادة لم تتعرض لتعريف التحكيم وبيان ماهيته وعناصره الذاتية التي تميزه عن أي نظام آخر شبيه له، وإنما تعرضت لتعريف اتفاق التحكيم وبيان نظامه القانوني كآلية لنظام التحكيم.

وهذا ما حدا بالفقه والقضاء إلى الاجتهاد لوضع تعريف محدد لنظام التحكيم للفرقة بينه وبين المفاهيم القانونية الأخرى التي قد تشترك معه في بعض ذاتياته.

ثالثاً : موقف الفقه من تعريف التحكيم

(١) ومن التشريعات التي وضعت تعريفاً للتحكيم القانون التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ المتعلق بإصدار مجلة التحكيم، فقد نص الفصل الأول منه على أنه : " التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم ". وهذا التعريف أخذ به المشرع الموريتاني في قانون التحكيم رقم ٦ لسنة ٢٠٠٠ والمنشور في الجريدة الرسمية لجمهورية موريتانيا الإسلامية بتاريخ ١٥ من مارس عام ٢٠٠٠. راجع :

Loi Mauritanienne portant code de l'arbitrage (n°2000-6), Rev.arb. 2001., Document, p. 935., article 1.

(٢) د. محمود السيد عمر التحيوي : أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١، ص ٥٥، د. صبري أحمد محسن الذيابات : إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٤، تحت إشراف أ.د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، ص ٣.

لقد تعددت تعريفات الفقه سواء العربي أو الفرنسي لنظام التحكيم وإن كانت جميعها تدور حول معنى ومضمون واحد وتهدف إليه هو حسم الخلافات المثارة بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الأطراف بمحض إرادتهم دون المحكمة المختصة بذلك.

فقد عرفه الفقه الفرنسي بأنه :

١ - " وسيلة ودية أو سلمية لتسوية الخلافات بواسطة شخص أو عدة أشخاص عاديين (عددهم فردي) يسمون محكمين " ^(١).

٢ - " تقنية تهدف إلى إعطاء الحل لمسألة تهم العلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص بواسطة شخص أو عدة أشخاص آخرين (محكم أو محكمين) يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص يشكل القاعدة التي تركز عليها تلك السلطة دون أن توليهم الدولة تلك المهمة " ^(٢).

٣ - " نظام يتمتع الأفراد في ظلّه بحرية تعيين محكمين يعهد إليهم مهمة حسم نزاعاتهم " ^(٣).

٤ - " حسم النزاع بواسطة شخص أو عدة أشخاص الذين قرر الأطراف اللجوء إليهم بمحض إرادتهم " ^(٤).

^(١) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" Mode amiable ou pacifique de règlement d'un différend par une (ou plusieurs) personne(s) privée(s) (en nombre impaire) appelée(s) arbitre(s) ".
A. Héraud, A. Maurin, La justice, Sirey 1996., p.149.

^(٢) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État ".

R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica 1982., p.9.

^(٣) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges ".

M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, préface de P. Bellet, G.L.N. 1990., p.5.

^(٤) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" L'arbitrage est le règlement d'un litige par une ou plusieurs personnes auxquelles les parties ont décidé, d'un commun accord de s'en remettre ".

٥ - " هو الحكم في النزاع ليس بواسطة القضاء المختص قانوناً بذلك وإنما بواسطة أشخاص خاصة مختارين من قبل الأطراف " ^(١).

٦ - " عبارة عن إقامة قضاء خاص تسلب بمقتضاه المنازعات من جهة القضاء العادي لتحل بواسطة أفراد يمنحوا في هذه الحالة مهمة الحكم والفصل في تلك المنازعات " ^(٢).

وتقترب تعريفات التي قال بها الفقه العربي لنظام التحكيم لتعريفات الفقه الفرنسي، فقد عرفه البعض بأنه :

١ - " نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها " ^(٣).

٢ - " وسيلة بمقتضاها يستغنى الأطراف عن قضاء الدولة. فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعتهم بالصلح فيما بينهم، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة " ^(٤).

A. Kassis, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, L.G.D.J. 1987., t.I, p.13.

^(١) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" Le jugement d'un différend, non point par la juridiction légalement instituée qui a compétence pour en connaître, mais par des particuliers choisis par les parties ".

J. Sicard, Manuel de l'expertise et de l'arbitrage, Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, nouvelle édition, p.13.

^(٢) ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي :

" On entend par l'arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litige sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger ".

J. Robert, Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, Sirey 1937., p. 9.

^(٣) د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ١٩٨١، ص ١٩.

^(٤) د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، ص ٣٧ - ٣٨.

٣- " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به " (٥).

٤ - " الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم الحكم أو المحكمون دون اللجوء إلى القضاء " (١).

٥ - " مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به، عن طريق قضاة خاصين، مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون " (٢).

٦ - " أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها ويرتكز على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع " (٣).

رابعاً : موقف القضاء من تعريف التحكيم

لقد تعرضت جهات القضاء في مصر لتعريف التحكيم في العديد من الأحكام الصادرة عنها. فعرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه : " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية " (٤).

(٥) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري، منشأ المعارف ٢٠٠١، ص١٤، د. أحمد مليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص١٣، د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(١) د. فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٢، ص١٧.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون ذكر الناشر ١٩٩٨، ص٢٣.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(٤) القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية " دستورية "، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس، ص ٤١٤. وانظر أيضاً حكمها الصادر بتاريخ ٣ من يوليو عام ١٩٩٩ في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية " دستورية "، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، الجزء التاسع، ص ٣١٦.

وعرفته محكمة النقض بأنه : " طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم " (٥).

وذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى تعريفه بأنه : " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة " (١).

وعرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه : " اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه – بدلاً من المحكمة المختصة به – وذلك بحكم ملزم للخصوم " (٢).

خامساً : التعريف المقترح للتحكيم

يمكن تعريف التحكيم بأنه : " وسيلة قانونية بمقتضاها يجوز للأطراف الذين يملكون أهلية التصرف في حقوقهم الاتفاق على عرض ما يثار أو يحتمل أن يثار بينهم من نزاع، في المسائل التي يجيزها القانون، على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به بحكم يحوز على حجية الأمر المقضي ويصدر أمراً بتنفيذه من المحكمة المختصة بذلك في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ".

ويتضح من التعريف السابق الآتي :

أولاً : إذا كان اتفاق التحكيم يبنّي على إرادة الأطراف، إلا أن ذلك لا يعني إلغاء سلطة المشرع، إذ إنه يتدخل بداءة بالنص على جواز التحكيم وتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، كما يبين كيفية الطعن في أحكام المحكّمين وتنفيذها. كما أن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع يستند في

(٥) الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ق، جلسة ١٦/١٢/١٩٧١، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، السنة ٢٢، العدد الأول : من يناير إلى مارس ١٩٧١، مطبعة دار القضاء العالي ١٩٧٢، ص ١٧٩.

(١) الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ق، ع، جلسة ١٨/١/١٩٩٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٦١ في ١/٧/١٩٨٩، جلسة ١٧/٥/١٩٨٩، الإشارة المتقدمة، ص ١٣٨.

أساسه إلى القانون الذي أجاز استثناءً سلب اختصاص جهات القضاء وجعل الاختصاص معقوداً لها^(٣).

٢- لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم إلا للأشخاص الذين يملكون أهلية التصرف في حقوقهم، فمادام اتفاق التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة بين الأطراف، فإنه يتعين أن يملك هؤلاء الأهلية اللازمة لصحة الالتجاء إلى التحكيم^(١).

٣- لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم إلا بالنسبة للمسائل التي يجيزها القانون، وهي تلك المتعلقة بالحقوق التي تقبل الصلح والتصرف. فالمشرع في مختلف الدول محل الدراسة لم يطلق العنان لإرادة الأطراف في الاتفاق على التحكيم في كافة منازعاتهم، وإنما أجاز لهم الاتفاق في خصوص بعض المنازعات وحظر عليهم الاتفاق في منازعات أخرى^(٢).

(٣) انظر : المادة ١/١٣ من قانوني التحكيم المصري والعُماني، والمادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، والمادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ٢٣٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة ٥/١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

(١) فقد نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه : " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ". وهذا ما قرره أيضاً المادة ٢٠٥٩ من القانون المدني الفرنسي الصادر في ٥ يوليو ١٩٧٢ بنصها على أنه : " يجوز للأفراد الاتفاق على التحكيم في جميع الحقوق التي يتمتعون بحرية التصرف فيها ". ويتضح من هذين النصين أن كل من المشرع الفرنسي والمصري قد استلزما تمتع الأطراف المحتكمة بأهلية التصرف بالنسبة للحق المتنازع عليه *la capacité de disposer du droit litigieux* ، وليس فقط تمتعهم بأهلية الاختصاص *la capacité d'ester en justice* .

وهذا ما قرره كافة تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي، فقد نصت المادة ٢٠٣ / ٤ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ على أنه : " (...) ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع " .

وتنص المادة ٤/٢٣٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ٥/١٩٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري على أنه : " (...) لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه (...) " ، وتنص المادة الثانية من المرسوم الملكي رقم م/٤٦ الصادر بتاريخ ١٢/٣/١٤٠٣ هجري - ١٩٨٣/٤/٢٥ ميلادي والخاص بنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على أنه : " (...) ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف " ، وتنص المادة ١١ من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني على أنه : " ولا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك أهلية التصرف في حقوقه (...) " .

(٢) ومن الجدير بالملاحظة أن كلا من المشرع المصري والعُماني قد توسعا في مدلول المنازعات التي تقبل التحكيم، إذ تنص المادة الأولى من قانوني التحكيم المصري والعُماني على سريان أحكامه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيأ كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر (سلطنة عمان) أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

٤ - يجب أن يحدد الأطراف في اتفاق التحكيم موضوع النزاع تحديداً واضحاً لا يثير أدنى لبس في تحقيق مقصدهم بشأن المسائل التي سيتم حلها عن طريق التحكيم حتى يكونون على بينة من موضوع الخصومة، وتقييد سلطة المحكم بموضوع النزاع وعدم الخروج عليه، علاوة على تسهيل مهمة القاضي الوطني عندما يمارس رقابته على حكم التحكيم سواء بمناسبة الطعن فيه أو سواء عند طلب الحصول على الأمر بتنفيذه^(١).

٥ - يحوز حكم التحكيم - بمجرد صدوره - على حجية الشيء المقضي به *autorité de la chose jugée*، فهذا الحكم يعتبر عنواناً للحقيقة وقاطعاً لدابر الخصومة بين الأطراف المتنازعة، ومن ثم لا يجوز لأي من الخصمين اللجوء إلى القضاء عارضاً نفس النزاع عليه والذي سبق أن فصل فيه بحكم من قضاء التحكيم.

وتنص المادة الثانية على أن يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقديه كانت أو غير عقديه ويشمل ذلك على سبيل المثال (...).".
والقيد الوحيد الذي وضعه المشرع المصري والعُماني هو ما نصت عليه المادة ١١ بعدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

وفيما يتعلق بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح فهي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام مع صحة الاتفاق عليه في الحقوق المترتبة على هذه المسائل.

^(٢) فقد رتب تشريعات الدول محل الدراسة جزاء البطلان على كل اتفاق تحكيم يبرم بين الأطراف لا يحدد فيه موضوع النزاع. فقد نصت المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر في ١٢ مايو ١٩٨١ على أنه : " يجب أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع وإلا كان باطلاً ".

بينما نجد أن المشرع المصري قد فرق بين حالتين؛ الحالة الأولى : إذا كان اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، ففي هذه الحالة اشترط المشرع المصري أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من قانون التحكيم، فإذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠ من القانون سالف الذكر فيجب على هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، والحالة الثانية : إذا كان اتفاق التحكيم لاحقاً على قيام النزاع ففي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً، وهذا ما أخذ به المشرع العماني في قانون التحكيم الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧/٤٧.

أما النسبة لبقية تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي، فإنها أوجبت أيضاً على الأطراف تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة أو نظر الدعوى وإلا ترتب البطلان على عدم تحقق ذلك.

انظر : المادة ٣/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ٣/٢٣٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ٣/١٩٠ من قانون المرافعات القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠، والمادة ٤/١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ سنة ١٩٨٠، والمادة الخامسة من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية والصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٣/١٢ هجري ١٩٨٣/٤/٢٥ ميلادياً، وأيضاً المادة (٦) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٠/٢١/٧م بتاريخ ١٤٠٥/٩/٨ هـ الموافق مايو ١٩٨٥.

٦ - ضرورة صدور أمراً بتنفيذ حكم التحكيم في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، إذ إنه بالرغم من تمتع الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بحجية الأمر المقضي به، إلا أن هذا الحكم لا يمكن تنفيذه إلا بعد استصدار أمراً من السلطة المختصة في الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها^(٢).

المطلب الثاني

لمحة تاريخية عن التحكيم عند العرب وفي فرنسا

يعد التحكيم من أقدم الوسائل التي لجأ إليها الأفراد لحسم المنازعات التي تنشأ بينهم مفضلين إياها عن اللجوء إلى القضاء؛ لأنهم رأوا في المحكم أنه أكثر إنصافاً من القاضي. فقديمًا قال الفيلسوف أرسطو: "يفضل الأفراد تفويض أمرهم للتحكيم أكثر من قضاء المحاكم؛ لأن المحكم يرى الإنصاف ويعطي القوة للعدالة، بينما لا يعتد القاضي إلا بالقانون"^(١).

وقد عرف العرب نظام التحكيم في مرحلة ما قبل الإسلام وكانت الوسيلة السائدة لإنهاء النزاعات بينهم في ظل افتقار مجتمعات العرب في هذه المرحلة من التاريخ إلى السلطات المركزية وعلى وجه الخصوص السلطة القضائية. فلم يكن عند العرب في الجاهلية قضاء منظم يتولى الفصل في المنازعات التي تثور بينهم، بل كان الذي يتولى الفصل فيها شخص عادي يتمتع بقدر كبير من الخبرة والحكمة يختاره الأطراف المتنازعة بمحض إرادتهم.

(٢) انظر المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الثاني من هذه الدراسة.

(١) ولقد وردت عبارات تلك المقولة كالتالي :

" Être équitable (...) c'est (...) préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux ; car l'arbitre voit l'équité ; le juge ne voit que la loi ; l'arbitre n'a, d'ailleurs, été inventé que pour donner force à l'équité".

مشار إليها عند :

T. Clay, L'arbitre, Dalloz 2001., p.6.

F. Terré, L'arbitrage, essence du juridique, in Mélanges offerts à C. Reymond, Litec 2004., p.309., spéc, p.311.

ومع بزوغ نور الإسلام على يد نبينا محمد صلى الله عليه وسلم أصبح للعرب قضاء منظم يلجئون إليه لفض ما يثار بينهم من خصومات، إلا أن ذلك لم يمنعهم من الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة بجانب القضاء للفصل فيما شجر بينهم.

ولم يختلف الحال في فرنسا عنه عند العرب، فقد ساد التحكيم هناك سواء قبل الثورة الفرنسية أو بعدها وتواتر الأفراد على اللجوء إليه مفضلين إياه عن القضاء لسرعته في الفصل في المنازعات، وقلة تكاليفه بالمقارنة بتكاليف اللجوء إلى القضاء.

أولاً : لمحة تاريخية عن التحكيم عند العرب

١ - مرحلة ما قبل الإسلام

تختلف بلاد العرب من حيث طبيعتها باختلاف أجزائها، فالقسم الأكبر منها بادية تتخللها واحات وأغوار تتجمع فيها مياه الأمطار أو تتسرب في الأرض، أما الوديان فقليلة وتقع في أطراف شبه الجزيرة. وقد كان ذلك الاختلاف الواضح في طبيعة بلاد العرب الجغرافية سبباً في وجود نوعين من السكان؛ البدو والحضر^(١).

وكان يمثل البدو غالبية سكان شبه الجزيرة العربية، وكانوا يعيشون في قبائل مختلفة كثيرة التنقل والترحال بحثاً عن الرزق، وكانت لكل قبيلة عاداتها وتقاليدها التي تسير عليها، وكان يوجد على رأس كل قبيلة رجل يسمى شيخ القبيلة يعمل على تسير شئونها الداخلية والخارجية^(٢). أما الحضر فهم الذين استقروا حول الينابيع ومساقط المياه وأقاموا فيها المدن مثل مكة والطائف ويثرب^(٣).

ولم يكن القضاء عند العرب بالمعنى المتعارف عليه في الوقت الراهن بل كان بمنزلة التحكيم عندنا الآن. ففي الوقت الحاضر يعتبر القضاء إحدى السلطات العامة في الدولة وفيه يكون القاضي موظفاً عاماً

(١) د. السيد عبد العزيز سالم : تاريخ العرب قبل الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٠.

(٢) د. إسماعيل أحمد محمد الأسطل : التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة عام ١٩٨٦، تحت إشراف أ.د / يوسف محمود قاسم، ص ٢٨.

(٣) د. محمود محمد هاشم : النظام القضائي الإسلامي، دار الفكر العربي ١٩٨٤، ص ٥٢.

ملزماً بالفصل في الخصومات التي يرفعها إليه الخصوم^(٤). أما في المجتمعات القبلية لم يكن للعرب حكومة منظمة ولا قضاء منظم، بل كان الذي يتولى الفصل في الخصومات فرد عادي اشتهر بسداد الرأي والخبرة يختاره الأطراف، وكان لا يتمتع بأي قدر من السلطة العامة^(٥).

وقد كان العرب في الجاهلية يطلقون على الشخص الذي يتولى النظر في الخصومات اسم الحكم (بفتح الحاء)، وكان يتم اختياره عن طريق مبادرة من أحد الطرفين إلى الآخر مقترحاً عليه اسم الحكم الذي سيتولى الفصل فيما شجر بينهم. وهنا نكون أمام فرضيين؛ إما أن يوافق الطرف الآخر على الحكم المقترح من قبل خصمه، وهنا يبدأ الحكم المختار من قبل الطرفين في مباشرة مهامه التي حددها له الطرفان، وإما أن يعترض الطرف الآخر على هذا الحكم، فيبدأ التشاور من جديد بين الطرفين لاختيار حكم آخر يتولى نظر النزاع.

وقد كان يلزم توافر بعض الشروط في المحكم الذي يتولى الفصل في النزاعات التي تنشب بين الأطراف، وهذه الشروط تتعلق بضرورة توافر خصائص معينة وقدرات خاصة لديه تجعل الأفراد يركنون إليه في فض خصوماتهم. وقد كانت هذه الشروط تتعلق إما بشخصه مثل الإنصاف والأمانة والشرف والصدق والذكاء، وإما بعلمه وخبرته كالإلمام بأعراف العرب وتقاليدهم^(١).

وقد تميز التحكيم الذي كان سائداً عند العرب في مرحلة ما قبل الإسلام ببعض الملامح الرئيسية، نوجزها على النحو التالي :

(٤) د. عبد الكريم نصير : التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد " دراسة في الأعراف والتقاليد القبلية العربية والشرعية الإسلامية "، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص ٤١.

(٥) وبالإضافة إلى الاحتكام إلى من اشتهر بجودة الرأي وسداده فقد كان العرب يتحاكمون أحياناً إلى شيخ القبيلة وإلى الكهان والعرافين وكان التجاؤم للاحتكام إلى الكهان والعرافين ينجم عن اعتقادهم بعلم هؤلاء بمواطن الأمور عن طريق أعوانهم من الجن أو عن طريق الفراسة والقرائن بملاحظة نبرات صوت المتكلم وحركاته وملامحه.

راجع : د. محمود سلام زناتي : التحكيم عند العرب، بحث مقدم إلى مؤتمر العريش حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي في الفترة من ٢٠ إلى ٢٥ من سبتمبر ١٩٨٧، ص ١٨.

(١) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن الشروط التي يجب توافرها في المحكم :

د. محمود سلام زناتي : نظم العرب القبلية المعاصرة، ج ٢، دون ذكر الناشر ١٩٩٤، ص ٢١٧ وما بعدها، د. محمد علي الصافوري : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دون ذكر الناشر ١٩٩٧، ص ٢٠٩ وما بعدها.

- لم يضع العرب قبل الإسلام القواعد التي من شأنها تحديد المدة التي ينبغي في خلالها أن يصدر المحكم حكمه، بل ظل هذا الأمر - دائماً - متروكاً للمحكم يقدره حسبما يشاء حتى يكون عقيدته ويطمئن قلبه فيما يصدره من أحكام^(٢).

- إن النطاق الموضوعي لاختصاص المحكم؛ أي المسائل التي يجوز فيها التحكيم كان نطاقاً عاماً شاملاً، فلم يكن هناك قواعد معينة تحدد المسائل التي تجوز فيها التحكيم والمسائل التي لا تجوز فيها التحكيم، بل كان للأفراد الحرية المطلقة في الاستعانة بالمحكم في أي نزاع أياً كان موضوعه، فلمهم الاستعانة به لفض نزاع يتعلق بإحدى الجرائم كالقتل أو الزنا أو السرقة، والنزاعات التي تثور حول قسمة الميراث^(١).

- إن الالتزام بقرار المحكم كان اختيارياً فلم تكن هناك أي سلطة عامة تجبر الأفراد على تنفيذ قرار المحكم، بل ظل هذا الأمر يتوقف دائماً على إرادة الأطراف المحتكمة، فلمهم أن يقبلوا الحكم الصادر عن المحكم أو رفضه^(٢)؛ أي أن الالتزام بقرار المحكم كان أخلاقياً لا إجبارياً، إلا أن المطلع على أحوال العرب في هذه الفترة من الزمن يجد أن الوفاء بالعهد

(٢) د. عبد الكريم نصير : المرجع السابق، ص ٥٧ - ٥٨.

(١) ومن أمثلة التحكيم التي تمت في المسائل الجنائية، المنازعة التي ثارت بين عتبة بن ربيعة والفاكه بن المغيرة بسبب اتهام الأخير لزوجته هند بنت عتبة في شرفها، فتحاكما إلى أحد الكهان في اليمن، وخرج عتبة في نفر من بني عبد مناف ومعهم هند وجمع من النسوة، ولما قدموا إلى الكاهن وقد أخفى له عتبة أمراً فنجح فيه فقال له : انظر في أمر هؤلاء النسوة فجعل يدنو من احدهن فيضرب بيده على كتفها ويقول لها انهضي حتى دنا من هند فقال لها انهضي غير رسخاء ولا زانية.

د. عبد الكريم نصير : المرجع السابق، ص ٦١.

ومن أمثلة التحكيم التي تمت في المسائل المتعلقة بالميراث حكم عامر بن الظرب عندما احتكم إليه في ميراث خنثى ف قضى ليلته ساهراً يقلب أمره وينظر في شأنه وبعد أن أعياه التفكير سأل جاريته (سخيلة) عسى أن تأتيه بالفرج قائلاً : ويحك اختصم إلي في ميراث خنثى أأجعله رجلاً أو امرأه فوالله ما أدري ما أصنع فقالت له : اتبع القضاء المبال، أقعده، فإن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل، وإن بال من حيث تبول المرأة، فهي امرأة. فخرج على الناس حين أصبح وقضى بالذي أشارت عليه.

ابن هشام : السيرة النبوية، دار الفجر للتراث ٢٠٠٤، ج ١، ص ٨٤.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن العرب قبل الإسلام قد عرفوا نظام الكفيل، والكفيل هو الشخص الذي يحل محل المحكوم ضده في تنفيذ التزاماته المترتبة على الحكم الصادر عن المحكم. فإذا صدر - مثلاً - حكم ضد شخص ما بالإلزامه بدفع عدد من الإبل على سبيل الدية، وامتنع عن دفع هذه الدية يقوم الكفيل بدفعها لمن صدر الحكم لصالحه ثم يقوم بعد ذلك باستيفائها من المحكوم ضده ولو بالقوة إذا اقتضى الأمر.

انظر : د. محمود سلام زناتي : نظم العرب القبلية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٢٣.

كانت من الصفات اللصيقة بهم^(٣)، وأن من يخنث عهده كان يتعرض للعار والهوان من مجتمعه^(٤).

- كما كانت تعرض على المحكم نزاعات فردية وهي المنازعات التي تدخل تحت إطار القانون الخاص بمفهومه الحالي، كانت تعرض عليه أيضاً نزاعات عامة وهي المنازعات التي تدخل تحت إطار القانون العام بصورته الحالية، وذلك عندما تلجأ إليه قبيلتان أو أكثر ليفصل في النزاع المثار بينهما^(١).

- يقترب نظام التحكيم الذي كان سائداً في هذه الفترة من التحكيم القضائي منه للصلح خاصة أن العرب في هذه الحقبة من الزمن لم يعرفوا إلا التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تثور بينهم.

هذا وقد ذهب رأي في الفقه إلى عكس ذلك مقررًا أن التحكيم عند العرب قبل الإسلام هو أقرب للصلح منه للتحكيم القضائي الذي يفهمه أساتذة التحكيم الحديث، ويستند هذا الرأي إلى أن قرارات المحكمين العرب قبل الإسلام كانت تهدف دائماً إلى حفظ الود بين أطراف النزاع وتجنب ثوران الحروب، فكانت القرارات تأتي توفيقية أكثر منها فضاء للنزاع، فالمحكم غالباً كان يعطي حلاً توفيقياً، فيه ينزل كل طرف عن بعض حقه

(٣) وفي هذا الصدد يقول د. أحمد جلال التدمري : " إن أمة العرب أحفظ الأمم للعهد، وأوفاهم بالوعد، والعرب يرون أن الغدر من أكبر الخصال السيئة والمذمومة، والغدر عندهم ليس من شيم النفوس العزيزة، والإخلاف بالوعد من أقبح العيوب التي يتلامون عليها، وتزري بمن يتعلق به، ولا جرم أن التاريخ يسجل أخباراً كثيرة عن وفاء بعض العرب وعن الذين عُرفوا بالوفاء الصادق ".
د. أحمد جلال التدمري : الأخلاق عند العرب قبل الإسلام وبعده، مؤسسة التعاون للعلاقات العامة، الإمارات، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص ٣٢.

(٤) وفي هذا الصدد يذكر الشاعر الحارث بن حلزة وهو من شعراء العصر الجاهلي :
واذكروا حلف ذي المجاز وما قدم
فحذر الجور والتعدي وهل ينقض
فيه العهود والكفلاء
ما في المهارق الأهواء
فقد كانت هناك منازعة بين قبيلتين (بكر وتغلب) فاجتمع بها عمرو بن هند في (ذي المجاز) وأصلح بينهما وأخذ منهما العهود بمنع الجور والتعدي من إحدى القبيلتين على الأخرى. وبذلك أكد الشاعر على أهمية الوفاء بالعهود عند العرب في العصر الجاهلي وأن من يخنث عهده كمن اتبع هواءه الضال.
شرح المعلقات السبع للزوزني ، معلقة الحرث بن حلزة، ديوان العرب، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٦٦.

(١) ومن أمثلة ذلك المنازعة الشهيرة التي وقعت بين قبائل قريش حول من يكون له شرف وضع الحجر الأسود في مكانه في الكعبة بعد إعادة بنائها، وقد كان هذا الخلاف أن يوقع بينهم حرباً، فقالوا نحكم بيننا رجل يخرج من هذه السكة، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من خرج عليهم فاستبشروا خيراً لما عرف عنه عليه الصلاة والسلام بالصدق والشرف والأمانة، فلما علم النبي صلى الله عليه وسلم ما بينهم من خلاف قال ليأخذ رجل من كل قبيلة بطرف الرداء ففعلوا ثم وضع الحجر الأسود في الرداء وأمرهم أن يرفعوا الرداء إلى الركن ففعلوا حتى أخذ الحجر بيده الشريفة ووضعه في موضعه.
الطرزي : السيرة النبوية، دار الدعوة للطبع والنشر، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٢٨.

مقابل الإبقاء على البعض الآخر، وهذا عكس التحكيم القضائي الذي يصدر المحكم فيه حكمه بغض النظر عما سيترتب على ذلك من إثارة الأحقاد وربما التأثيرات في الطرف المحكوم ضده^(٢).

في الواقع إن هذا الرأي محل نظر؛ ذلك أن التحكيم الذي كان سائداً في هذه الحقبة من الزمن لا يمكن أن يقربه من الصلح، بل كان أغلبه تحكيمياً قضائياً وفقاً للمفهوم الحديث لهذا المعنى بغض النظر عما إذا كانت القوانين الحديثة لا تجيز اللجوء إلى التحكيم بخصوص بعض المسائل التي كانت جائزة في تلك الفترة^(١)، ولكن المعتبر أن النظام الذي كان سائداً لم يمنع الأفراد من اللجوء إليها.

فمن ناحية : لم تكن قرارات المحكمين توفيقية في كثير من الأحيان، بل كان المحكم يصدر قراره بغض النظر عما سيرتبه هذا القرار من أضرار بالنسبة للطرف الآخر. ويمكن التذليل على ذلك بالنزاع الذي نشب بين مالك بن العجلان من الخزرج وبني عمرو بن عوف من الأوس بسبب مقتل حليف مالك (خداش)، فقد طلب مالك من بني عمرو دية كاملة في مقتل حليفه (دية الصريح) فأبى بنو عمرو أن تعطيه إلا نصف دية (دية الحليف) فلبثوا إلى عمرو بن أمريء القيس ليحكم بينهما فقضى بأن ليس لمالك في حليفه إلا دية الحليف فغضب مالك ورفض هذا الحكم وما كان من ذلك إلا أن اشتعل القتال بين الأوس والخزرج فدام عشرين سنة^(٢).

وهنا نجد في هذه المنازعة الشهيرة أن كلا من الطرفين تمسك بادعاءاته وأن المحكم أصدر حكمه بمقتضى العرف الذي كان سائداً في هذا الوقت ولم يضع في اعتباره ما سيترتب على هذا القرار من نتائج في إثارة الحروب بين الأوس والخزرج مع علمه التام بمدى الحساسية التي كانت سائدة بينهما.

ومن ناحية ثانية : لا يمكن أن نتصور في التحكيم التي جرت في المسائل الجنائية أن تم فيها صلح؛ أي أن يتنازل كل فرد عن جزء من حقه مقابل الإبقاء على البعض الآخر، فإما أن الواقعة قد حدثت بالفعل فيتم

(٢) د. محمد محسوب عبد المجيد : الجذور التاريخية للتحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة نصف سنوية محكمة، تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد الحادي عشر، السنة السادسة، إبريل ١٩٩٧، ص ١٩٢.

(١) وهذه المسائل هي المتعلقة بالنظام العام.

(٢) د. عبد الكريم نصير : المرجع السابق، ص ٧٥.

صدور حكم بشأنها على الذي اتهم فيها، وإما أنها لم تتم فيبرئ الذي اتهم فيها^(٣).

ومن ناحية أخيرة : إذا لم يكن عند العرب قبل الإسلام قواعد قانونية مدونة يلتزم المحكم بإعمالها، إلا أن العرب قد عرفوا بعض القواعد التي كان ينبغي على المحكم الالتزام بتطبيقها على المنازعات التي تعرض عليه. فالمحكم كان لا يفصل في النزاع وفقاً لهواه، وإنما طبقاً لقواعد العرف والسوابق القضائية^(١).

ومما يؤكد أن التحكيم الذي كان سائداً عند العرب في العصر الجاهلي يقترب من الشكل القضائي ما قاله جرير في ديوانه :

" فرعا قريش إذا ما حكموا عدلوا فصل القضاء وكانوا أهل تحكيم " ^(٢)

فهذا البيت يدل على أن العرب في الجاهلية إذا ما حكموا في مسألة معينة حكموا فيها بحكم بات ينهي الخصومة القائمة مثلهم في ذلك مثل القضاء في الوقت الراهن.

صفوة القول أن العرب قبل الإسلام قد تواتروا على اللجوء إلى التحكيم نتيجة عدم وجود تنظيم قضائي على النحو المتعارف عليه الآن، سواء تعلق الأمر بمنازعة تدخل تحت إطار القانون الخاص أو القانون العام بمفهومهما الحالي. وإذا كان هذا حال العرب قبل الإسلام، فهل اختلف الأمر بعد ظهور الإسلام ؟ خاصة أن الإسلام قد وضع الأسس الكاملة التي تقوم عليها الدولة الحديثة، ومنها التنظيم القضائي.

٢ - التحكيم عند العرب بعد الإسلام

^(٣) ومن العقوبات التي طبقها العرب قبل الإسلام وجاء الإسلام وأقرها عقوبة رجم الزاني، وعقوبة قطع يد السارق. فقد روى أن أول من رجم في الجاهلية هو ربيع بن حذان، و أول من قطع يده في جريمة سرقة هو ديك المخزومي .

راجع : د. عبد الكريم نصير : الإشارة المتقدمة، ص ٦١ - ٦٢ .

^(١) فقد كان المحكم ملتزماً عند الفصل في النزاع المعروض عليه بتطبيق القواعد التي جرى عليها العرف، وكان خروج المحكم على مقتضياتها يعد خروجاً سافراً يشكل انحرافاً عن مهمته ويثير ثائرة الرأي العام القبلي وينال من سمعته، وإن لم يجد المحكم عرفاً ينطبق على الحالة المعروضة عليه بحث في السوابق القضائية؛ أي يبحث في الأحكام التي أصدرها محكمون سابقون في منازعات مماثلة للمنازعة المعروضة عليه، فيحكم بمثل ما حكموا حتى يكون حكمه صائباً ومقبولاً من المتخاصمين.

انظر : د . محمود سلام زناتي : نظم العرب القبلية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٢٣٢ .

^(٢) ديوان جرير، الجزء الأول، دار المعارف، سلسلة ذخائر العرب رقم ٤٣، الطبعة الثالثة، تحقيق د : نعمان محمد أمين طه، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٩٥ .

لم يكن للعرب قبل الإسلام – كما أوضحنا – نظام قضائي منظم يلجئون إليه لفض المنازعات المثارة بينهم، وظل الحال هكذا إلى أن بعث الله بنبيه محمد صلى الله عليه وسلم برسالة الإسلام إلى الناس كافة ليخرجهم من الظلمات إلى النور ويقيم القسط والميزان العادل بينهم.

وشريعة الإسلام التي بُعث بها نبينا محمد صلى الله عليه وسلم لم تنظم المعتقدات والعبادات فحسب، بل نظمت علاقات الناس والجماعات بقواعد سامية، ووضعت الأسس الكاملة التي تقوم عليها الدولة. فالإسلام دين ودولة، عقيدة وشريعة. ومنذ ذلك الحين أحلت الدولة محل القبيلة فكان بذلك إيذاناً بقيام نظام قضائي منظم له قواعده وأحكامه ويختص بالفصل في الخصومات بين الناس وإقامة العدل بينهم.

وقد تولى الرسول صلى الله عليه وسلم القضاء بنفسه، كما ولاه لغيره في عهده^(١). ولما التحق النبي صلى الله عليه وسلم بالرفيق الأعلى سار الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم ومن جاء بعدهم على ذات النهج^(٢).

(١) إبراهيم نجيب محمد عوض : القضاء في الإسلام تاريخه ونطاقه، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٧٥، ص ٣٦.

(٢) فلما ولي أبو بكر رضي الله عنه الخلافة كان يفصل في الخصومات بين الناس بنفسه تارة، أو يعهد بالقضاء لغيره تارة أخرى، فاسند إلى عمر قضاء المدينة فظل سنتين لا يأتيه متخاصمين لما عرف عنه من الشدة والحزم .

ولما ولي الخلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ظل الحال في أمر القضاء على ما كان عليه في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، وأبو بكر رضي الله عنه إلى أن اتسعت الدولة الإسلامية وكثرت مصالح الدولة وتشعبت أعمال الولاية في الأمصار وصار الخليفة من المشاغل العامة ما يحول بينه وبين أن يتفرغ للقضاء، فبدأ عمر رضي الله عنه في وسط خلافته بفصل أنواع الولايات بعضها عن بعض وتخصيص كل ولاية بمن يتولى شئونها وخصص القضاء بقضاة يتولونه " فاستعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً ورزق شريحاً في كل شهر مائة درهم وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهما شاة نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان (...). وكتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالاً من صالحى قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقهم واكفوهم من مال الله " .

واستمر نظام القضاء على ذات الوتيرة في عهد الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه والإمام على كرم الله وجهه. ولم يختلف القضاء كثيراً في صدر الدولة الأموية عنه في عهد الخلفاء الراشدين، فكان الخليفة يعين قضاة عاصمة الخلافة وأما قضاة الأمصار فكان يعينهم ولائها، وقد كان القضاة جميعاً يتبعون الخليفة ونوابه. وقد تميز هذا العهد عن سابقه بأنه أول عهد تسجل وتدون فيه الأحكام وأول من دونها هو القاضي سليم بن عتر قاضي مصر من قبل معاوية عندما اختصم إليه بعض الورثة في ميراث لهم فقضى بينهم ولكنهم تنكروا ورجعوا إليه فقضى بينهم وكتب كتاباً بقضائه وأشهد فيه شيوخ الجند فكان بذلك أول قاض يسجل أحكامه.

وفي عهد الدولة العباسية استحدثت وظيفة قاضي القضاة، ويختص من يتولاها بتعيين القضاة وتفقد أحوالهم والإشراف عليهم وعزلهم، واتسعت سلطة القاضي فبعد أن كان اختصاصهم محصوراً في نظر الخصومات المدنية والجنائية امتد إلى نظر أمور أخرى كالأوقاف وتنصيب الأوصياء.

وإلى جانب القضاء فقد أقرت الشريعة الإسلامية نظام التحكيم الذي كان سائداً عند العرب في الجاهلية كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، إلا أنها نظمتها وفقاً لقواعد الشريعة الغراء. ولن يتسع المقام هنا للحديث عن التحكيم في الشريعة الإسلامية بتفصيلاته المختلفة وإنما سوف نقتصر على الحديث - بإيجاز - عن تعريفه في الفقه الإسلامي ومشروعيته ونطاقه.

أ- تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي

أورد الفقهاء تعريفات عديدة للتحكيم في الاصطلاح الشرعي، فقد قيل إن : " التحكيم هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما " ^(١).

وقيل إن : " التحكيم هو اتفاق طرفي الخصومة على تولية رجل أو أكثر أهلاً ليفصل فيما تنازعا به بحكم الشرع دون القاضي المولي " ^(٢).

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في المادة ١٧٩٠ بأنه : " اتخاذ الخصمين برضاها حاكماً يفصل في خصومتها ودعواها " .

ب - مشروعية التحكيم

لقد اعترف الإسلام بشرعية التحكيم في الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة، وعمل الصحابة رضوان الله عليهم، وذلك كما يلي :

١/ب - الكتاب :

- قال الله تعالى : (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) ^(٣).

راجع في تفاصيل ذلك : موفق الدين ابن قدامي وشمس الدين ابن قدامي المقدسي : المغنى ويلييه الشرح الكبير، دار الكتب العربي، ج١، دون ذكر تاريخ النشر، ص٣٧٦، د. إسماعيل إبراهيم البدوي : نظام القضاء الإسلامي، دون ذكر الناشر ١٩٨٩، ص ١٦٧ وما بعدها، د. حامد محمد أبو طالب : التنظيم القضائي الإسلامي، دون ذكر الناشر، الطبعة الأولى ١٩٨٢، ص٣٥، إبراهيم نجيب محمد عوض : الإشارة المتقدمة، ص٥٥.

^(١) ابن نجيم المصري الحنفي : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج٧، دون ذكر تاريخ النشر، ص٤١.

^(٢) د. إسماعيل أحمد محمد الأسطل : الرسالة السابقة، ص١٩.

^(٣) سورة النساء الآية رقم ٦٥.

ففي هذه الآية يقسم الله سبحانه وتعالى بنفسه الكريمة المقدسة على أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور، والحكم (بفتح الحاء) عند أهل اللغة هو من يختار للفصل بين المتنازعين وهذا هو التحكيم، فلا ولاية للحكم برضا خصم دون الآخر، بل لابد من رضا كلا الخصمين بشخص الحكم.

- قال الله تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)^(١).

ففي هذه الآية الكريمة نجد أن الله سبحانه وتعالى يأمر ببعث حكمين أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما، فكان ذلك نصاً من الله سبحانه وتعالى على جواز التحكيم في حق الزوجين^(٢).

وقيل في سبب نزول هذه الآية أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للمحق على المبطل فقال المقضي عليه لا أرضى، فقال صاحبه فما تريد، قال : أن نذهب إلى أبي بكر الصديق فذهبا إليه فقال الذي قضى له قد اختصمنا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى لي، فقال أبو بكر : أنتما على ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى صاحبه أن يرضى، فقال : نأتي عمر بن الخطاب، فقال المقضي له : قد اختصمنا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى لي عليه فأبى أن يرضى، فسأله عمر بن الخطاب فقال : كذلك، فدخل عمر منزله وخرج والسيف في يده قد سلّه فضرب به رأس الذي أبى أن يرضا فقتله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما كنت أظن أن يجترئ عمر على قتل مؤمن فأنزل الله تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك".

انظر : ابن كثير : تفسير القرآن العظيم، دار مصر للطباعة، ج ١، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٥٢١.

(١) سورة النساء الآية رقم ٣٥ .

(٢) ويقول السرخسي : " إن الأصل في جواز التحكيم قوله تعالى << فابعثوا حكماً >> " ويقول الخصاف : هذه الآية " أصل في جواز التحكيم بين الخصمين ".

شمس الدين السرخسي : كتاب المبسوط، مطبعة السعادة، دون ذكر تاريخ النشر، ج ٢١، ص ٦٢، أدب القاضي للخصاف شرح الجصاص، تحقيق فرحات زاده، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص ٥٨٤ بند ٦٧٣.

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز بعث الحكمين إذا ما وقع الشقاق بين الزوجين، ولكن ثار الخلاف بينهما حول تنفيذ أمر يلزم الزوجين بدون إذنهما، مثل " الطلاق " وهذه المسألة هي جوهر نظام التحكيم؛ لأن هدف التحكيم هو الفصل في النزاع بما يترتب على ذلك من تأييد ادعاء طرف ورفض ادعاء الطرف الآخر وهو ما يميزه عن الصلح، وقد انقسم الفقه في هذه المسألة إلى فريقين؛ الأول: يرى أن الحكمين ليس لهما ذلك؛ لأن الله تعالى لما ذكر الحكمين لم يصف إليهما إلا الإصلاح ولم يذكر التفريق، وهذا يقتضي أن يكون غير مفوض إليهما، ولم يملكا ذلك.

أما الفريق الثاني : يذهب إلى أن للحكمين إما أن يصلحا بينهما أو يفرقا إن عسر الإصلاح؛ لأن من شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه. وحجة هذا الرأي بما رواه الدارقطني من حديث محمد بن سيرين عن عبيده في هذه الآية قال : جاء رجل وامرأة إلى الإمام علي مع كل واحد منهما فقام من الناس (جمع من الناس) فأمرهم فبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها وقال للحكمين : هل تدريان ما عليكما أن

- قال الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَهَارُ طَعَامٍ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ) (١)

فالله سبحانه وتعالى يأمر في هذه الآية أن يحكم بالجزاء الذي هو مثل المقتول من الصيد من النعم عدلان منكم؛ أي فقيهان عالمان؛ أي محكمان. فقد روى أنه جاء أعرابي إلى أبي بكر رضي الله عنه فقال : قتلْتُ صيداً وأنا محرم فما ترى علي من الجزاء، فسأل أبو بكر رضي الله عنه أبي بن كعب فقال الأعرابي : أتيتك وأنت خليفة رسول الله (ص) أسألك فإذا أنت تسأل غيرك، فقال أبو بكر : وما تنكر ؟ يقول الله تعالى : (يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) فشاورت صاحبي حتى إذا اتفقنا على أمر أمرناك به (٢).

٢/ب - السنة النبوية الشريفة :

قد أجازت كذلك السنة النبوية الشريفة التحكيم، ومن ذلك ما روي أن أبا شريح لما وفد مع قومه إلى النبي (ص) فسمعهم وهم يكونونه بأبي الحكم فدعاهم النبي (ص) فقال : إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنيت بأبي الحكم ؟ فقال : لا ولكن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، قال صلى الله عليه وسلم : ما أحسن هذا ثم قال : ما

رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، قال الزوج : أما الفرقة فلا، فقال الإمام علي : كذبت والله لا تبرح حتى تقر بمثل الذي أقرت به. ويستشهدون أيضاً بما رواه الشعبي : أن امرأة نشرت على زوجها فاختصموا إلى شريح، فقال : ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها فنظر الحكمان في أمرهما فرأيا أن يفرقا بينهما، فكره ذلك الرجل فقال شريح : فقيم كان اليوم ؟ وأجاز قولهما. راجع في تفاصيل ذلك : الإمام فخر الدين الرازي : التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، المجلد الخامس (٩- ١٠) دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٧٥، ابن جرير الطبري : جامع البيان عن تأويل أي القرآن، دار الفكر للطباعة والنشر، المجلد الرابع، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٠٠ وما بعدها، أبي الحسن على الماوردي : النكت والعيون، تفسير الماوردي، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٤٨٤، الخطيب الشربيني : السراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكم الخبير، الجزء الأول، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص ٢٨٧ وما بعدها، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ص ٤٩٣، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن، دار الحديث القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر، ج ٥، ص ١٨١.

(١) سورة المائدة الآية ٩٥.

(٢) ابن كثير : تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠١.

لك من الولد ؟ قال : لي شريح وعبد الله ومسلم، قال صلى الله عليه وسلم : فمن أكبرهم، قال : شريح، قال صلى الله عليه وسلم فأنت أبو شريح ودعا له وولده (٣).

ومن ذلك أيضاً ما روي عن نزول أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ. فبعد أن نقض بنو قريظة العهد الذي كان بينهم وبين النبي صلى الله عليه وسلم وانضموا إلى الأحزاب في غزوة الخندق ضد المسلمين، حاصرهم النبي صلى الله عليه وسلم عقب غزوة الخندق خمسا وعشرين ليلة حتى جهدهم الحصار، وقذف الله تعالى في قلوبهم الرعب، ثم طلبوا الجلاء من المدينة فرفض النبي صلى الله عليه وسلم إلا الاستسلام، فقالت الأوس : يا رسول الله، إنهم موالينا دون الخزرج، وقد فعلت في موالي إخواننا بالأمس ما قد علمت (قد كان النبي صلى الله عليه وسلم قبل بني قريظة قد حاصر بني قينقاع - حلفاء الخزرج - ونزلوا على حكمه) فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : ألا ترضون يا معشر الأوس أن يحكم فيهم رجلٌ منكم ؟ قالوا : بلى، قال النبي صلى الله عليه وسلم : فذاك، إلى سعد بن معاذ (سيد الأوس وحليف بني قريظة)، فأرسل صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتاه على حمار فلما دنا قريبا من المسجد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قوموا إلى سيدكم أو خيركم فقاموا إليه، فقالوا : يا أبا عمرو إن الرسول صلى الله عليه وسلم قد ولاك أمر مواليك لتحكم فيه، فقال سعد بن معاذ : عليكم بذلك عهد الله وميثاقه، أن الحكم فيهم لما حكمت ؟ قالوا : نعم، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : نعم، قال سعد : فإني أحكم فيهم أن تقتل الرجال، وتقسم الأموال، وتسبي الذراري والنساء، فقال صلى الله عليه وسلم : لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة (١).

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه الواقعة تدل على جواز التحكيم والعمل به وأن ما قام به سعد فهو تحكيم وليس قضاءً على سبيل التولية من الرسول صلى الله عليه وسلم، والدليل على ذلك أنه لو كان صحيحاً أن سعداً عندما حكم فيهم بناء على أنه قاض مولى من قبل السلطان لما كان في حاجة للاستيثاق من رضا كلا الفريقين (٢).

(٣) سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين الأسيوطي وحاشية الإمام السندي، المجلد الرابع، ج ٨، دار الحديث القاهرة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، ص ٢٢٦.

(١) ابن هشام : المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٤٤ وما بعدها.

(٢) راجع : د. إسماعيل أحمد محمد الأسطل : الرسالة السابقة، ص ٥٠.

٣/ ب - عمل الصحابة :

التحكيم كما هو ثابت بالكتاب، والسنة النبوية الشريفة، فإن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا مجمعين على جوازه والعمل به، ومن أمثلة ذلك :-

- ما رواه الشعبي رحمه الله أنه قال : كان بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب (رضي الله عنهما) خصومة بينهما في شيء فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه فأتياه، فخرج زيد بن ثابت إليهما وقال لعمر ألا تبعث إلي فأتيك يا أمير المؤمنين، فقال له عمر في بيتك يؤتي الحكم، فأذن لهما فدخلوا وألقى لعمر وسادة، فقال له عمر: هذا أول جورك، وكانت اليمين على عمر، فقال زيد لأبي بن كعب : لو عفيت أمير المؤمنين من اليمين، فقال عمر : يمين لزممتي فقال أبي بن كعب : بل يعفى أمير المؤمنين^(١). ويذكر ابن نجيم أن زيدا كان معروفاً بالفقه وأن في هذه الواقعة جواز التحكيم^(٢).

- ما رواه جرير عن الشيباني عن الشعبي قال : اشترى عمر فرساً من رجل على أن ينظر إليه فأخذ الفرس فسار به فعطب، فقال لصاحب الفرس : خذ فرسك، فقال : لا، قال : فاجعل بيني وبينك حكماً، قال الرجل : نعم، نأتي شريحاً، قال عمر: شريح ومن شريح ؟ قال الرجل : شريح العراقي، فانطلقا إليه فقضا عليه القصة، فقال يا أمير المؤمنين رد كما أخذت أوخذ بما ابتعته، فقال عمر : وهل القضاء إلا هذا ؟ سر إلى الكوفة فقد وليتك قضاؤها^(٣).

(١) شمس الدين السرخسي : مرجع سابق، ج ٢١، ص ٦٢.

(٢) راجع : ابن نجيم المصري الحنفي : المرجع السابق، ص ٤٢ .

(٣) ابن كثير : البداية والنهاية، دار الفكر العربي، ج ٩، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٢٨.

ومن أمثلة عمل الصحابة أيضاً ما روى البخاري عن عمر بن ميمون أنه لما حضرت عمر رضي الله عنه الوفاة وكان بجواره جمع من الصحابة، فقالوا : أوصل يا أمير المؤمنين؛ أي استخلف، فقال : ما أجد أحداً أحق بهذا الأمر من هؤلاء النفر أو الرهط الذين توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عنهم راض، فسمي علياً وعثمان والزبير وطلحة وسعداً وعبد الرحمن بن عوف، فلما فرغ من دفنه اجتمع هؤلاء الرهط، فقال عبد الرحمن : اجعلوا أمركم إلى ثلاثة منكم، فقال الزبير : قد جعلت أمري إلى علي، فقال طلحة : قد جعلت أمري إلى عثمان، وقال سعد : قد جعلت أمري إلى عبد الرحمن بن عوف، فقال عبد الرحمن : أيكما تبرأ من هذا الأمر فنجعل له إليه والله عليه والإسلام، ولينظرن أفضلهم في نفسه؟ فأسكت الشيخان، فقال عبد الرحمن : أتجعلونه إليّ والله على أن لا ألوعن أفضلكم؟ قالوا : نعم، فأخذ بيد أحدهما، فقال : لك قرابة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والقدم في الإسلام ما قد علمت فالله عليك لأن أمرتك لتعدلن ولئن أمرت عثمان لتسمعن ولتطيعن، ثم خلا بالآخر، فقال مثل ذلك، فلما أخذ الميثاق قال : ارفع يدك يا عثمان فبايعه، فبايع له علي وولج أهل الدار فبايعوه.

راجع : أحمد بن علي العسقلاني : فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، ج ٧، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٧٦.

ج - النطاق الموضوعي للتحكيم

يقصد بالنطاق الموضوعي للتحكيم المسائل التي يمكن أن تكون محلاً للتحكيم والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، وللفقه رأيان في هذه المسألة :

الرأي الأول : يذهب إلى جواز التحكيم في كل الموضوعات سواء تعلقت بحق من حقوق العباد كالموضوعات المتعلقة بالأموال والبيوع والإجارة وغيرهما، أو بحق من حقوق الله تعالى كالحدود واللعان وغيرهما.

فذهب قول إلى أن : " قضاء الحكم في الطلاق والعنق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأرشي الجنايات وقطع يد عمداً ببينة عادلة جائز إذا وافق رأي القاضي " ^(١).

الرأي الثاني : وهو يمثل رأي جمهور الفقه، إذ يقصر التحكيم على بعض المنازعات دون الأخرى.

فذهب رأي إلى أنه : " لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان إباحته ولأن الحدود والقصاص يسقطان بالشبه ونقصان ولاية المحكم شبهه في المنع منه كشهادة النساء مع الرجال " ^(٢).

وذهب رأي إلى أنه : " ينفذ حكم من حكماء في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء : النكاح واللعان والقذف والقصاص لأن لهذه الأحكام مزية على غيرهما فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه " ^(٣).

وذهب رأي آخر إلى أن : " القاضي أعلى مرتبة من المحكم وأن للقاضي الحبس والترسيم واستيفاء ما يحكم به من العقوبات وحد القذف والمحكم ليس له من ذلك؛ لأنه حينئذ يكون مضاهياً للقاضي وهو ممنوع

(١) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي : شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى ١٣١٦هـ، ج ٥، ص ٥٠١.

(٢) مختصر القدوري في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان : الشرح المسمى بالجوهرة المنيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ، ص ٢٤٥.

(٣) موفق الدين ابن قدامي وشمس الدين ابن قدامي المقدسي : المرجع السابق، ج ١١، ص ٤٨٤.

من مضاهاته وأيضاً فلا يجوز أن يحكم في حدود الله سبحانه وتعالى وتعازيره " (٤).

وذهب رأي آخر إلى أنه : " لا يجوز التحكيم في القتل واللعان والولاء والنسب والطلاق والعق؛ لأنها تتعلق بها حق لغير الخصمين إما لله تعالى وإما لأدمي. ففي اللعان حق للولد لقطع النسب وكذلك النسب والولاء في الطلاق، والعق حق لله تعالى إذ لا يجوز بقاء المطلقة البائنة في العصمة ولا رد العبد في الرق " (٥).

ثانياً : لحة تاريخية عن التحكيم في فرنسا

١- فترة ما قبل الثورة الفرنسية (١)

لقد كان التحكيم في هذه الفترة يترجم رغبة الأفراد في تسوية منازعاتهم بطريقة سلمية بعيداً عن تعقيدات القضاء العادي، وتأخره المستمر في الفصل في القضايا، ويمكنهم من الحصول بطريقة سريعة وبأقل تكلفة ممكنة على حكم يضع نهاية للنزاع القائم بينهم، لما يتميز به من بساطة في الإجراءات وسرعة الفصل في المنازعات، وقلة تكاليفه بالمقارنة بتكاليف اللجوء إلى القضاء في هذه الفترة.

وقد تميز التحكيم في هذه الفترة بالطبيعة القضائية، علاوة على جوازه في كافة المنازعات سواء كانت خاضعة للقانون الخاص أم للقانون العام بمفهومهما الحالي.

وهذا ما عبر عنه الفقيه Hilaire بقوله : " (...) يقترب نظام التحكيم من شكل النظام القضائي، إذ إنه منذ وسط القرن ١٤ فإن الممارسة القضائية التي كانت واقعة تحت تأثير البرلمان قد مالت إلى إرساء دعائم رقابة الدولة بواسطة الاندماج التام للتحكيم مع الإجراءات المتبعة أمام القضاء، ومن ناحية أخرى فإن هذه الممارسة كانت تتمتع بحرية واسعة

(٤) شهاب الدين ابن حجر الملكي : الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٤، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٢٨٥.

(٥) الخرشي : (على مختصر سيدي خليل) وبهامشه حاشية الشيخ على العدوي، ج ٤، دار صادر، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٤٥، الدسوقي (شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المجلد الرابع، دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٣٦.

(١) ومن الجدير بالذكر أن أول تحكيم ظهر في فرنسا كان في القرن ١٣ وكان يتم في المعارض les Foires، إلا أن التحكيم في هذه الفترة كان يتسم بعدم الدوام؛ ذلك أنه كان يتم في المنازعات التي تثور بين التجار في وقت إقامة المعارض فقط.

حتى إنها استوعبت كل مجالات الحياة القانونية وبخاصة المنازعات المثارة بين السادة والتبع والمتعلقة بالقانون العام، وكذلك المنازعات الخاصة بالجماعات العامة " (٢).

ووفقاً للتنظيم القانوني الذي كان سائداً في هذه الحقبة من الزمن، فإن اتفاق التحكيم كان عبارة عن اتفاق مكتوب بين طرفين في نزاع ما على اختيار شخص أو أكثر يسمى محكماً لوضع حدٍ للخلافات المثارة بينهما (١).

وقد كان اتفاق التحكيم يتم بموافقة رضائية accord consensuel بين الأطراف على اختيار شخص أو أكثر ذوي خبرة ليودعوا حلولهم المناسبة للنزاع القائم أمامهم بموجب السلطة الممنوحة لهم les pouvoirs conférés في خلال الفترة الزمنية المحددة لهم (٢).

وكان يترتب على هذا الاتفاق أثراً سلبياً يتمثل في عدم جواز اللجوء إلى المحاكم البرلمانية في المنازعات المتفق على حلها بطريق التحكيم، فقد

(٢) وفي هذا الصدد يذكر :

" (...) l'arbitrage se rapprochait de cette manière du système juridictionnel; plus encore, dès le milieu du XIV^e siècle la pratique judiciaire sous l'influence du Parlement tendait à y asseoir le contrôle étatique par une identification croissante de l'arbitrage avec la procédure suivie devant les juridictions. Mais d'un autre côté, cette pratique était très libérale puisqu'elle atteignait tous les domaines de la vie juridique notamment entre seigneurs et sujets dans des litiges de droit public ou mettant en cause des collectivités publiques ".

J. Hilaire, L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e -XVIII^e siècle), Rev.arb. 2000., p.187., spéc, p.189.

(١) انظر في تفاصيل ذلك :

Y. Jeanclos, La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle (éléments d'analyse), Rev.arb. 1999., p.417., spéc, p.420.

(٢) وإذا كان نظام التحكيم في العصور الوسطى في فرنسا يجد أساسه في إرادة الأطراف؛ أي كان يملك الأطراف الحرية الكاملة في اختيار اللجوء إلى القضاء أو اللجوء إلى التحكيم، إلا أن بعض المراسيم قد جعلت اللجوء إلى التحكيم إجبارياً في بعض المسائل، ومن أمثله ذلك مراسيم ١٥١٩، ١٥٣٥، ١٥٦٠ التي جعلت التحكيم إجبارياً لفض بعض المنازعات العائلية، ومرسوم فرانسوا الصادر في أغسطس ١٥٦٠ الذي جعل التحكيم إجبارياً في المنازعات التجارية التي تثور بين التجار وطلبات تقسيم التركة، وكذلك المرسوم الصادر في مارس ١٦٧٣ والذي نظم التحكيم الإجباري من المادة ٩ إلى المادة ١٤ بخصوص المنازعات التي تثور بين الشركاء. انظر في تفاصيل ذلك :

- J. Robert, Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, op.cit., pp.9 et s.

- M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., p.20.

نصت المادة الثانية من الأمر الملكي الصادر عام ١٣٦٣ والمتعلق بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم البرلمانية على أنه : " إذا لجأ أحد الأطراف إلى محكم فلا يجوز له بعد ذلك اختيار اللجوء إلى المحاكم البرلمانية " (٣).

ويشير الفقيه Jeanclos إلى أنه خلال القرن ١٢ كانت ٦٠٪ من المنازعات القائمة بين رجال الكنيسة les ecclésiastiques قد تم حلها بطريق التحكيم، ثم أصبحت خلال القرن ١٣ أقل من ٥٠٪ وأخذت هذه النسبة تقل تدريجياً إلى أن أصبحت لا تتجاوز ٣,٥٪ خلال القرن ١٤. أما بالنسبة لغير رجال الكنيسة وهم ما كانوا يطلق عليهم العلمانيون les laïcs فقد بلغت نسبة هذه الاتفاقات خلال القرن الرابع عشر ٦٧٪ وارتفعت إلى ٧٣,٣٪ في القرن الخامس عشر.

ويلاحظ على هذه النسب أن عدد اتفاقات التحكيم التي عقدت بين رجال الكنيسة كانت في هبوط مستمر مقابل ارتفاعها فيما بين العلمانيين، ويعلل الفقيه Jeanclos ذلك بأنه يرجع إلى استخفاف رجال الكنيسة بالتحكيم وتفضيلهم لقضائهم الخاص بهم، علاوة على خضوعهم للسلطة الكنسية l'autorité ecclésiastique، وبالعكس فإن تزايد نسبة العلمانيين في الالتجاء للتحكيم يرجع إلى رغبتهم في تجنب بطء الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي وتكاليفه الباهظة (١).

وقد كان النظام القانوني السائد في هذه الفترة يشترط تمتع الأطراف بالأهلية القانونية la capacité juridique اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم، فكل شخص بالغ سن الرشد وليس لديه عارض من عوارض الأهلية كان يملك الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم، فهو يستطيع أن يتصرف بنفسه، أو بواسطة نائب عنه représentant، أو وكيل mandataire، أما القاصر فقد كان لا يملك الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم؛ فالواقع العملي في هذه الحقبة من الزمن يؤكد أن القاصر لم يظهر مطلقاً بمفرده في أي اتفاق تحكيم، فغالباً ما كان يظهر إما بجانب أبيه (الولي الشرعي)، وإما

(٣) انظر :

S. Dauchy, Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique (aux origines des articles 1481-1491 NCPC), Rev.arb. 1999., p.731., spéc, p.781.

(١) راجع :

Y. Jeanclos, art.préc., p.426.

بجانب الوصي، وإما بجانب أمه في المنازعات التي تخص أمواله التي آلت إليه عن طريق الميراث من أبيه.

وأما بالنسبة لتابعي الإقطاعيين le vassal، فكان لا يمكن أن يكونوا أطرافاً في اتفاق تحكيم بدون موافقة الرئيس الإداري الأعلى لهم le responsable politique. وينطبق هذا أيضاً على القرويين les villageois، حيث كان لا يسمح لهم بإبرام أي اتفاق تحكيم في المسائل الخاصة بهم، وهي المتعلقة بحق المرور droit de parcours، أو بحق المرعى droit de vaine pâture، أو القرارات التي قد تحمل اعتداءً أو أضراراً على حقوق السيد بدون الحصول على موافقة سيدهم^(٢).

وقد كان يتم التحقق من أهلية الأطراف الراغبين في إبرام اتفاق التحكيم بواسطة موثق العقود le notaire الذي كان يتم تحرير هذا الاتفاق أمامه^(١).

وإذا توافرت الأهلية القانونية اللازمة لدى الشخص الراغب في إبرام اتفاق التحكيم كان له الحق في إبرامه، والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد : ما هي الشروط الجوهرية التي كان غالباً ما يتضمنها اتفاق التحكيم ؟

رداً على هذا التساؤل يشير بعض الفقهاء إلى بعض الشروط الجوهرية التي كان لا يخلو أي اتفاق تحكيم منها، وهذه الشروط تتعلق باختيار الشخص الذي يلي مهمة التحكيم، والمسائل التي سيتم الفصل فيها، والمدة التي سيستغرقها المحكم في نظره للنزاع، وأخيراً شرط ضمان تنفيذ حكم التحكيم. وهذا ما سنبينه بإيجاز فيما يلي :

أ - تعيين المحكمين

كان يتم تعيين المحكم بمقتضى اتفاق بين الأطراف المتنازعة، وقد كان يتم اختياره إما مباشرة أو من خلال قوائم معدة سلفاً لهذا الغرض^(٢).

(٢) راجع :

Y. Jeanclos, *Ibidem.*, pp.422 et s.

(١) راجع :

J. Hilaire, art.préc., p.206.

(٢) ويشير الفقيه Jeanclos إلى أنه كان هناك قوائم معدة سلفاً بأسماء المحكمين في بعض المدن لدى موثق العقود يتم من خلالها اختيار المحكم، مثل مدينة برجونيا Bourguignons، ويشير أيضاً إلى أشهر المحكمين في القرن ١٤ والذين كانوا يتم اختيارهم باستمرار إما لخبرتهم أو لمعرفتهم القانونية،

والمحكم كان على نوعين؛ إما أن يكون محكماً بالقانون (التحكيم بالقانون) وفيه يكون المحكم ملتزماً باتباع القواعد القانونية التي كانت سائدة في هذه الفترة، بحيث يلزم أن يصدر حكمه مطابقاً لهذه القواعد، وإما أن يكون محكماً طليقاً (التحكيم بالصلح)، وفيه لا يلتزم المحكم بأية قواعد قانونية يطبقها على النزاع.

وإذا حدث أثناء نظر النزاع وفاة أو مرض المحكم أو أحد المحكمين مما يؤثر على سلامة عملية التحكيم، ففي مثل هذه الحالات كان يجب على الأطراف تعيين محكم آخر بديلاً عنه.

ب - النطاق الموضوعي للتحكيم

ويقصد به المسائل التي يجوز أن تكون محلاً للتحكيم. فقد كانت حرية الأطراف في هذا الشأن ليست مطلقة، حيث كانت هناك العديد من المسائل – كالمسائل الجنائية – لا يمكن أن تكون محلاً للتحكيم وإنما كانت تترك للقضاء ليفصل فيها، فجرائم الدم *les crimes de sang*، وجريمة خطف المرأة *le repat de femme* كان ينעד الاختصاص بشأنها للقضاء الجنائي. ويرى الفقيه Jeanclos أن من أسباب عدم خضوع المسائل الجنائية للتحكيم يكمن في أن هذه الجرائم كانت تشكل تهديداً للأمن والنظام العام، وحتى لا يفلت مرتكب الواقعة من قسوة وصرامة القانون العقابي، علاوة على عدم حرمان السيد من المقابل المادي أو العقاري نتيجة الحكم الصادر بالإدانة على تابعه^(١).

ج - النطاق الزمني للتحكيم

نذكر منهم Richart Bouhot الذي اختاره الأفراد ٣٦ مرة خلال ٣٥ عاماً، Dreve Felise الذي اختير ٣٥ مرة خلال ٢٥ عاماً، Jean d'Eopaigney الذي اختير ٢٠ مرة خلال ٣١ عاماً. راجع في تفاصيل ذلك :

Y. Jeanclos, art.préc., p. 444.

(١) ويذكر الفقيه Jeanclos بأنه على الرغم من عدم خضوع المسائل الجنائية للتحكيم إلا أن الأفراد لم يترددوا خلال القرن ١٣ على اللجوء إلى التحكيم لتسوية الخلافات المتعلقة بالقتل، والمشاجرات، وجرائم الخطف، والحريق، والسرققات الهامة.

Y. Jeanclos, art.préc., p.436.

ويلاحظ هنا تشابه النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم الذي كان سائداً في هذه الحقبة من الزمن في فرنسا مع النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم الذي كان سائداً عند العرب في العصر الجاهلي في أنه كان نطاقاً عاماً شاملاً لجميع المنازعات.

كان يجب على الأطراف أن يحددا في اتفاق التحكيم المدة اللازمة التي ينبغي على المحكم إصدار حكمه في خلالها، بحيث عند انتهاء هذه المدة تغل يد المحكم عن نظر النزاع، وإلا كان حكمه الصادر في هذا الشأن باطلاً. ويذكر الفقيه Hilaire أن تعيين هذه المدة لم يكن ذا أهمية لصحة اتفاق التحكيم، بل كانت توضع لكي لا يمنح للمحكم سلطة غير محددة pouvoir indéfini كتلك الممنوحة للقاضي^(٢).

وقد كان يتم تحديد هذه المدة باتفاق الأطراف، ويشير الفقيه Jeanclos إلى أن بعض اتفاقات التحكيم قد حددت ببضعة أيام (٨ أو ١٢ أو ١٥ يوماً)، أو بمدة لا تقل عن شهرين ولا تزيد عن أربعة أشهر، والبعض الآخر قد تم تحديدها بمدة شهرين، حيث كان يرى الأطراف في هذه المدة الأخيرة أنها مناسبة وكافية لتحليل النزاع قبل إصدار الحكم^(٣). وإذا انقضت المدة المتفق عليها دون إصدار حكم التحكيم، كان للأطراف الحرية الكاملة في تعيين مدة جديدة تعطي الحياة لاتفاق تحكيم لم يعد معمولاً به.

د - الشرط الخاص لضمان تنفيذ حكم التحكيم

كان اتفاق التحكيم غالباً ما ينص على شرط جزائي لضمان تنفيذ حكم التحكيم، بحيث يمثل هذا الشرط طابع الإلزام ويضفي على عملية التحكيم الفاعلية اللازمة، ويكون بمثابة وسيلة ضد كل إرادة سيئة لأحد الأطراف حال امتناعه عن تنفيذ الحكم الصادر ضده، خاصة أن حكم التحكيم كان لا ينفذ بواسطة القضاء وإنما كان يتوقف تنفيذه على إرادة الأطراف في قبولهم لهذا الحكم.

وقد كان هذا الشرط بمثابة التزام تبادلي بين الطرفين يتعهد بمقتضاه كل طرف باحترام حكم التحكيم وتنفيذه، وأنه في حالة إخلال أي منهما بهذا الالتزام يلتزم بدفع قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه^(١).

(2) J. Hilaire, art.préc., p.213.

(3) Y. Jeanclos, *Ibidem.*, p.440.

(١) بالإضافة إلى هذا الشرط فقد عرف النظام الفرنسي في هذه الفترة أيضاً نظام الكفيل 'fidéjusseur' وهو الذي يحل محل من صدر الحكم ضده في الوفاء بالتزاماته المترتبة على حكم التحكيم. انظر :

Y. Jeanclos, art.préc., p.431.

٢- فترة ما بعد الثورة

منذ قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وصدور إعلان حقوق الإنسان في نفس العام تقرر إعلاء مبدأ سيادة القانون، وذلك من منطلق أن السلطة التشريعية هي المعبرة عن إرادة الشعب صاحب السيادة ومصدرها.

وقد كان رجال الثورة ينظرون إلى القضاء الذي كان سائداً في العصر البائد نظرة ريبة وحذر، لما كان يتسم به من سمعة سيئة، وتعسفه ضد المواطنين، وتعقيداته وتأخره المستمر في الفصل في المنازعات، علاوة على أنه كان ناطقاً بلسان حال كل من الملكية والكنيسة و النبلاء^(٢). وكرد فعال حيال تعقد وارتباك السلطة القضائية في العهد البائد بوجه عام، وميل رجال الثورة للتحكيم كشكل من أشكال الفصل في الخصومات بوجه خاص، علا شأن التحكيم لدرجة وصفه بالطريقة المثلى لفض المنازعات بين المواطنين.

ويتضح ذلك جلياً من خلال نص المادة الأولى من قانون ٢٦ - ٢٤ أغسطس ١٧٨٩ والتي جرى نصها كالتالي : " التحكيم هو الوسيلة الأكثر تعقلاً لإنهاء المنازعات بين المواطنين، ولا يمكن للمشرع اتخاذ أي إجراء من شأنه تقليل قيمة أو فعالية اتفاق التحكيم " ^(١).

كما نصت المادة الثانية من ذات القانون على أنه : " يجوز اللجوء إلي التحكيم في كل المسائل وفي كل المجالات المتعلقة بالمصلحة الخاصة للأطراف " ^(٢).

(٢) انظر :

M. Huybrechts, I. Verougstraete, Relation avec les juges, La relation entre le juge et l'arbitre: une << relation LAT >> ?, in actes du coll. du CEPANI du 28 mars 2003, Bruylant 2003., p311., spéc, p.313.

(١) ولقد جاء نصها كالتالي :

" L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendraient à diminuer soit la faveur soit l'efficacité du compromis " .

(٢) ولقد جاء نصها كالتالي :

" L'arbitrage pouvait intervenir dans tous les cas et dans les matières concernant l'intérêt privé des parties " .

وبالإضافة إلى ذلك فقد ابتكر المشرع الفرنسي في عام ١٧٨٩ قضاء الصلح (justices de paix)، وكان يختص بنظر كافة المنازعات المدنية الخاصة بالمنقولات حتى ١٠٠ جنيه، وقد اعتبر قاضي الصلح في هذه المنازعات بمثابة محكم، أب أكثر منه قاضياً، بحيث كان يجب عليه تكريس مجده الحقيقي بقدرته على التوفيق بين الأطراف.

وقد تدخل المشرع الفرنسي بعد ذلك بعدد من القوانين لتنظيم عملية التحكيم؛ فأصدر مرسوم ٢٠ من سبتمبر ١٧٩٢ والصادر تطبيقاً لدستور ١٧٩١ والذي نظم التحكيم في المسائل المتعلقة بالطلاق *la divorce*، وحضانة الأطفال *le garde des enfants* ^(٣).

وأصدر كذلك قانون ١٠ من يونيو ١٧٩٣ والخاص بتقسيم الأموال التجارية الشائعة *les biens communaux*، وقد وسع المشرع في هذا القانون من حقل التحكيم فارضاً كل الصعوبات التي من الممكن أن يحدثها هذا التقسيم ^(١).

ونظم المشرع أيضاً في القانون المدني القديم التحكيم في ثلاث مواد تحت عنوان اتفاق التحكيم بعد تنظيمه للصالح *la transaction*.

أما قانون المرافعات المدنية والتجارية (القديم) الصادر في ٢٤ من ابريل ١٨٠٦ فقد نظم المشرع التحكيم في المواد من (١٠٠٣ إلى ١٠٢٨) تحت عنوان التحكيم.

ثم توالى بعد ذلك القوانين المنظمة للتحكيم في فرنسا – باستثناء تلك المتعلقة بموضوع الدراسة والتي سوف نتناولها بالتفصيل – نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

- قانون ٣١ من ديسمبر ١٩٢٥ الذي أضاف فقرة أخيرة إلى المادة ٦٣١ من القانون التجاري وأجاز بمقتضاها إبرام شرط تحكيم في منازعات

وفي هذا الصدد يذكر الفقيه M. de Boissésou :

" Le législateur de 1789 a imaginé d'instaurer des justices de paix, compétentes pour tous les problèmes civils en matière mobilière jusqu'à 100 Livre; Le juge de paix, (...) est un Arbitre, un Père plutôt qu'un juge; il doit placer sa véritable gloire moins à prononcer entre ses enfants qu'à les concilier "

M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., p.20.

^(٣) راجع :

Ch. Carabiber, L'arbitrage international de droit privé, L.G.D.J. 1960., p.8.

^(١) J. Robert, Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, op.cit., p.10.

التجارة الدولية على أثر توقيع فرنسا بروتوكول جنيف في ٢٤ من سبتمبر ١٩٢٣^(٢).

- القانون الصادر بتاريخ ٣٠ من يونيو ١٩٢٦ والخاص بالملكية التجارية *la propriété commerciale* والذي عدل بمقتضى قانون ١٨ من ابريل ١٩٤٦ الذي أحل بدوره الخبرة *l'expertise* محل التحكيم^(٣).

- القانون الصادر في ١٣ من نوفمبر ١٩٣٣ الخاص بتسوية الخلافات الناشئة بين الطوائف المساهمة بالنسبة لرد أو تبديل السهم الممتاز أو متعدد الأصوات *l'action à vote plural ou privilège* في الشركات المساهمة *les sociétés anonymes*^(٤).

- قانون العمل الصادر في ٢٩ من مارس ١٩٣٦ والذي نص في مادته ٢٩ على التحكيم الإجباري بالنسبة للمنازعات المنبثقة عن عقود العمل^(١).

- قانون ٢٨ من يونيو ١٩٣٨ والخاص بالملكية المشتركة للعقارات *la co-propriété des immeubles* والذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في المادة ٨ منه لحل المنازعات الناشئة عن هذه الملكية^(٢).

- وأخيراً نظم المشرع الفرنسي عملية التحكيم في قانون الإجراءات المدنية الحالي بمقتضى مرسوم ١٤ من مايو عام ١٩٨٠ الخاص بالتحكيم الداخلي (*arbitrage interne*)، ومرسوم ١٢ من مايو عام ١٩٨١ الخاص بالتحكيم الدولي (*arbitrage international*).

وبانتهاء عرض تاريخ التحكيم في فرنسا بداية من العصور الوسطى وصولاً إلى صورته الحالية في العصر الحديث، ينتهي تناول المبحث

(2) M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., pp.23 et s.

(3) M. de Boissésou, *Ibidem.*, p.24.

(4) D. Cohen, Arbitrage et Société, préface de B. Oppetit, L.G.D.J. 1993., p.10.
(١) راجع :

M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., p.24.

(٢) راجع :

M. de Boissésou, *Ibidem.*

الأول والمخصص لتعريف التحكيم وبيان جذوره التاريخية عند العرب وفي فرنسا. وننتقل الآن إلى بحث مسألة الطبيعة القانونية للتحكيم؛ الأمر الذي نخصص له المبحث التالي.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

إذا كان كل من الفقه والقضاء قد اتفقا على أن التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الأفراد، إلا أنه احتدم الخلاف بينهما حول تحديد طبيعته القانونية. فذهب اتجاه إلى أن أساس التحكيم يكمن في إرادة الأطراف في الالتجاء إليه، واختيار أفراد عاديين ليست لهم في الأصل أية سلطة قضائية لحل النزاع القائم بينهم، والخضوع والامتثال لما يصدر عنه من قرارات ليست لها طبيعة قضائية. وذهب اتجاه آخر إلى إضفاء الطابع القضائي على التحكيم، استناداً إلى ممارسة المحكم لوظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي، وهي الفصل في المنازعات المثارة بين الأطراف المحتكمة بواسطة حكم له طبيعة الأحكام القضائية. ورأى اتجاه ثالث ضرورة الجمع بين هذين الاتجاهين معاً، قائلين بالطبيعة المختلطة للتحكيم، بينما رفض الاتجاه الأخير هذه الاتجاهات جميعاً آخذاً بالطبيعة المستقلة للتحكيم.

ومن هنا، فإننا سوف نعرض مختلف النظريات التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في أربعة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم.
المطلب الثاني : نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.
المطلب الثالث : نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم.
المطلب الرابع : نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم.

المطلب الأول

نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم

أولاً : الأسانيد

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس التحكيم يكمن في إرادة الأطراف في الالتجاء إليه، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع والخضوع لما يصدر عنه من أحكام^(١).

فالمحكمون في نظر أنصار هذا الاتجاه ليسوا بقضاة وليست لهم في الأصل ولاية الحكم، وأحكامهم تنتفي فيها الطبيعة القضائية؛ لأنها تستمد آثارها من إرادة الخصوم الذين اتفقوا سلفاً على الخضوع للتحكيم^(٢).

ولا يغير من الطبيعة العقدية للتحكيم – من وجهة نظر البعض – صدور أمراً من القضاء لتنفيذ الحكم الصادر عن المحكمين؛ ذلك أن هذا

(١) د. محمود مختار أحمد بريري : التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤، ص ٨.

(٢) د. محمد حامد فهمي : تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، الطبعة الأولى ١٩٣٧، ص ٦٢.

الأمر لا يعدو أن يكون عملاً مشابهاً كالذي يتم في عقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء، والتي لم ينزع أحد في طبيعتها العقدية في مثل هذه الحالات ^(٣).

ويستند القائلين بنظرية إرادية التحكيم لتأييد موقفهم هذا إلى ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ حين قررت صراحة بأن " حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً " ^(٤).

وبذلك فإن ما له أهمية بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم وفقاً لرأي أصحاب نظرية الطبيعة العقدية هو رغبة الأفراد في حل النزاع المثار بينهم بطريقة ودية من خلال إحلال تقدير شخص ثالث (المحكم) محل تقديرهم، وقبولهم للتقدير الصادر منه، ومن ثم تكون غاية التحكيم هي حماية المصالح الخاصة للأطراف، بخلاف غاية القضاء التي ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة ^(١).

وقد بدأت هذه النظرية في الانتشار خاصة بعد حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٥ من يوليو عام ١٨١٢ والتي أخذت فيه بالرأي الذي انتهت إليه مذكرة النيابة العامة التي أعدها الأستاذ Merlin ^(٢)، حيث اعتبرت صراحة أن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم يستند في أساسه إلى الاتفاق المبرم بين الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم، ويكتسب بذلك (الحكم) الطبيعة العقدية مثله في ذلك مثل اتفاق التحكيم ^(٣).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الاتجاه في حكم Roses الصادر بتاريخ ٢٧ من يوليو عام ١٩٣٧، حيث اعتبرت أن حكم المحكمين الصادر بناء على مشاركة تحكيم يمثلان وحدة واحدة ويشتركان بذلك في الصفة العقدية ^(٤).

(٣) د. محمود مختار أحمد بريري : المرجع السابق، ص ٨.

(٤) د. أحمد مليجي : تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٧٩، تحت إشراف أ/د : عبد الباسط جميعي، ص ٢٠٤.

(١) راجع في عرض ذلك : د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) راجع :

M. Henry, Le devoir d'indépendance de l'arbitre, préface de P. Mayer, L.G.D.J. 2001., p.11.

(3) C. Cass., 15 juillet 1812, cité par J. R.- Devichi, L'arbitrage, Nature juridique, Droit interne et Droit international Privé, préface de J. Vincent, L.G.D.J. 1965., p.12.

(4) C. Cass., 27 juillet 1937, cité par J. R.- Devichi, *Ibidem.*, p.13.

وقد لاقت هذه النظرية تأييداً في الأحكام الصادرة عن القضاء الإيطالي، إذ اعتبرت محكمة النقض الإيطالية في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٨ من ابريل عام ٢٠٠٣ أن حكم المحكمين لا يتماثل مع أحكام القضاء، فهو ذو طبيعة عقدية، يصدر عن أشخاص (محكمين) يستمدون سلطتهم من اتفاق الأطراف^(٥).

ثانياً : النقد

لقد وجهت سهام النقد إلى هذا الاتجاه لمبالغته في الاعتماد على العنصر الإرادي كأساس لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم وتجاهله لإرادة المشرع. فمن المستقر عليه أن إرادة الأطراف لا تكفي بمفردها لإقامة نظام التحكيم، بل يلزم الأمر تدخل المشرع لإقرار تلك الإرادة، وبذلك لا تعدو إرادة الأطراف أن تكون مصدراً ظاهرياً لسلطة هيئة التحكيم في حسم النزاع ويكون القانون هو المصدر الأصلي لها^(١).

كما أن " الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم – كما هو الحال بالنسبة للشخص الثالث الذي يحدد ثمن المبيع – وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعينة. فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع مطبقاً إرادة القانون لا يلقي بالاً إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه " ^(٢).

كما وجه النقد إلى هذه النظرية لاعتمادها بشكل أساسي على المعيار الشكلي لتمييز العمل القضائي بالرغم من عدم نجاحه بمفرده

^(٥) ولقد وردت عبارات التحكيم كالتالي :

" La sentence arbitrale est un acte de nature contractuelle accompli par des personnes [les arbitres] dont le pouvoir trouve sa source dans la volonté des parties et non dans les *ius imperii*. Pour cette raison, la sentence arbitrale ne peut être assimilée à une décision judiciaire "

Corte di cassazione, (sezione civile unite), 18 avril 2003, Primary Industries Ltd c/ Franchini Lamiere SpA, Rev.arb. 2004., p.121.

^(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، الطبعة الأولى، ص ٤٦.

^(٢) انظر : د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٠ - ٤١.

كمعيار لتمييز العمل القضائي، متجاهلة بذلك طبيعة العمل الصادر عن هيئة التحكيم والدور الذي يلعبه في حماية الحقوق والمراكز القانونية^(٣).

كما وجهت الاعتراضات إلى القول الذي يضيف على حكم التحكيم الطابع العقدي واعتباره عقداً كسائر العقود التي يتم الالتزام بها، وتنفيذه كما يتم تنفيذ العقود، على اعتبار أن هذا القول يجافي الواقع ونصوص القانون. فطرق الطعن المقررة لأحكام المحكمين لا تكون إلا للأعمال القضائية^(٤) ولا ينتقص من الطبيعة القضائية لحكم المحكمين جواز رفع دعوى أصلية مبتدأة بطلانها؛ ذلك أن هناك من الأحكام القضائية ما يجوز رفع دعوى مبتدأة بطلانها^(٥).

كما أن الاستناد إلى ما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات من أن حكم المحكمين لا يعد حكماً قضائياً يصعب التسليم به؛ ذلك أن ما تتضمنه تلك المذكرة ليس ملزماً، ولا يمكن أن يستخلص منها تحيزاً من المشرع المصري للطبيعة التعاقدية للتحكيم، ولا أدل على ذلك من تقريره في المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات سريان قواعد تنفيذ أحكام القضاء الأجنبية على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي^(١).

ولقد وجهت الاعتراضات إلى الرأي القائل بأن غاية القضاء ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة، بخلاف غاية التحكيم التي تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة؛ ذلك أن هذا الهدف هو في الواقع هدف عقد التحكيم، أما حكم التحكيم فهو يرمي - كحكم القضاء - إلى تطبيق القانون^(٢).

كما تعرضت هذه النظرية للنقد نظراً لاختلاف أنصارها حول تحديد طبيعة العقد أساس نظريتهم، هل هو عقد من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام، أم من العقود الإجرائية؟ وحتى الذين اتفقوا على أنه من عقود القانون الخاص لم يتمكنوا من الاتفاق على تحديده، فتارة يرون فيه عقد مقولة، أو أنه عقد عمل أو وكالة، أو عقد من نوع خاص^(٣).

(٣) د. محمود السيد عمر التحيوي : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٣، ص ١٩٩ وما بعدها.

(٤) د. على سالم إبراهيم : ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٩١.

(٥) د. محمود السيد عمر التحيوي : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص ٣١.

(٢) د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٣) د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ٣٣ - ٣٤.

وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى أنصار النظرية العقدية للتحكيم، ظهر اتجاه في الفقه – يؤيده في ذلك القضاء – يضيف على وظيفة المحكم، وعلى العمل الصادر عنه الطابع القضائي. وهذا ما سوف نلقي عليه الضوء في المطلب التالي.

المطلب الثاني

نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

أولاً : الأسانيد

بخلاف الاتجاه السابق الذي أدخل التحكيم في منطقة العقد، ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى إضفاء الطابع القضائي على التحكيم، استناداً إلى تطابق وظيفة المحكم مع وظيفة القاضي، مما يؤدي إلى تماثل الأعمال الصادر عنهما.

١ - تطابق وظيفة المحكم مع وظيفة القاضي

نقطة الانطلاق عند أنصار هذا الاتجاه تبدأ من طبيعة عمل المحكم؛ فالمحكم – من وجهة نظر أصحاب هذا الرأي – يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي^(١)، تكون مهمته تطبيق إرادة القانون^(٢)، والفصل في المنازعات المثارة بين الأفراد^(٣).

(١) انظر :

R. David, Arbitrage et droit comparé, RIDC 1959., p.1., spéc, p.7.

(٢) د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضائي المدني، المرجع السابق، ص ٤١.

(٣) راجع :

فقد ذهب رأي إلى أن القضاء ذو طبيعة تسمح باستيعاب كل الطرق التي توصل إليه، وأخصها طريق التحكيم^(٤)، فالوظيفتان متطابقتان لا اختلاف بينهما إلا من حيث المصدر^(٥)، باعتبار أن المحكم يختاره الأطراف أما القاضي فيتم تعيينه من قبل الدولة^(٦).

فمهمة المحكم لا تختلف جوهرياً عن مهمة القاضي، كما تعتبر هيئة التحكيم بمثابة قضاء تمارس وظيفة قضائية، على الرغم من أن المحكم لا ينتسب إلى التنظيم القضائي الداخلي ولا يخضع تحت رئاسة القاضي العام في الدولة التي يباشر فيها اختصاصه^(١).

وبالرغم من تسليم أنصار هذا الاتجاه من أن التحكيم يبدأ بعمل إرادي *acte volontaire*، إلا أن هذا العمل لا يعدو أن يكون من وجهة نظرهم مجرد << فتيل >> لوضع الحركة في نظام التحكيم الذي تهيمن عليه الطبيعة القضائية، كما أن هذا العمل الإرادي موجود أيضاً عند اللجوء إلى القضاء^(٢).

ويذهب أنصار هذا الاتجاه لتأكيد الطبيعة القضائية للتحكيم إلى أن ثمة عناصر ثلاثة يجب توافرها في العمل القضائي وهي: الادعاء *prétention*، والمنازعة *constatation*، والعضو *organe* الذي يملك صلاحية حسم المنازعة، وإذا طبقت هذه المعايير الثلاثة على التحكيم يتلاحظ توافرها جميعاً^(٣).

F.-X. Train, Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international, étude de jurisprudence arbitrale, préface de I. Fadlallah, L.G.D.J. 2003., p.2.

(٤) انظر :

B. Oppetit, Justice étatique et justice arbitrale, in Etudes offertes à P. Bellet, Litec 1991., p.415., spéc, pp. 415 et s.

(٥) انظر :

V. E. Krings, L. Matray, Le juge et l'arbitre, RDIDC 1982., p.227., spéc, p.241.

(٦) محمد الحبيب الشريف : القاضي والمحكم، مقال مقدم إلى ملتقى وطني بالمعهد الأعلى للقضاء حول التحكيم في ظل العولمة، تونس ، ٢٤ ابريل ١٩٩٨، ص ٣٧.

(1) M. Huybrechts et I. Verougstraete, Relation avec les juges, La relation entre le juge et l'arbitre: une << relation LAT >> ?, in actes du coll. du CEPANI du 28 mars 2003, Bruylant 2003., p.311., spéc, p.314.

(٢) انظر : د . أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ٢٧.

(3) H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, préface de B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz 1974., pp.6-7.

فالمحكم شخص يخول له القانون سلطة حسم الادعاء والقول ما إذا كان هذا الادعاء يتطابق أو لا يتطابق مع قاعدة القانون، وبهذه المثابة فإن المحكم يباشر ذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي وهي حسم المنازعات بين الأفراد، وأن تحديد هذه الطبيعة تكون بالنظر إليها من خلال طبيعة المهمة الموكولة للمحكم والدور الذي يقوم به التحكيم كنظام يسمح به القانون الوضعي لحل المنازعات^(٤).

وعلى هذا الأساس، فإن المحك الرئيسي عند هذا الاتجاه في التعرف على طبيعة التحكيم يكون من خلال النظر إلى المعايير الموضوعية أو المادية التي قيلت بشأن تمييز الأعمال القضائية؛ أي " بتغليب المهمة التي توكل إلى المحكم والغرض من هذا النظام، وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية أو عضوية منبتها الحقيقي ادعاء احتكار الدولة لإقامة العدل بين الأفراد عن طريق أعوان لها يسمون بالقضاة، وعلى ذلك فإن فكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضياً يختاره الأطراف ليقول الحق أو حكم القانون بينهم"^(١).

ويرتب أنصار هذا الاتجاه على فكرة تطابق وظيفة المحكم مع وظيفة القاضي أثرين هامين؛ الأول : ضرورة تمتع المحكم بالاستقلال والحيدة كتلك التي يتمتع بهما القاضي الوطني. والثاني : يتعلق بخضوع المحكم لذات القواعد التي يخضع لها القاضي، فتعيينهم يتطلب توافر نفس الشروط التي يجب توافرها في القاضي، كما يمكن ردهم لذات الأسباب التي يرد بها القضاة على أساسها^(٢).

وينتهي هذا الاتجاه إلى أنه إذا كان المحكم يؤدي نفس وظيفة القاضي إلا أنه قاض خاص يقابل قاضي الدولة سماه الخصوم بأنفسهم، وأن النظام القانوني للدولة هو الذي أجاز له ممارسة وظيفة قضائية هي في الأصل محفوظة للدولة^(٣).

(٤) د. عزمي عبد الفتاح عطية : قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠، الطبعة الأولى، ص ٢٣.

(١) د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) د. محمد عبد الخالق عمر : النظام القضائي المدني، ج ١ المبادئ العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٧٦، ص ١٠٨.

(٣) H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.14.

وقد لاقت هذه الحجة رواجاً لدى القضاء الفرنسي، إذ قررت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ من مايو و ٢٣ من يونيو عام ١٩٨٧ أن المحكم يعتبر قاضياً وليس وكيلاً عن الأطراف، يستمد سلطاته القضائية من الإرادة العامة للأطراف^(٤). كما قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ من مايو عام ١٩٩٢ بأن المحكم يتمتع بنفس الحقوق والواجبات التي يتمتع بها القاضي^(٥).

٢ - تماثل حكم التحكيم مع الحكم القضائي

ومن جهة أخرى، فقد استند أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم إلى حجة رئيسية أخرى تتمثل في أن أحكام المحكمين تتماثل مع الأحكام الصادرة عن القضاء، وتعد بهذه المثابة عملاً قضائياً^(١). فحكم المحكمين يرتب ذات الآثار التي يرتبها الحكم القضائي، هي تمتعه بحجية الأمر المقضي به، فهذه الحجية لا تمنح إلا للأعمال القضائية^(٢).

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كان حكم التحكيم يحتاج إلى صدور أمر بتنفيذه من القضاء، إلا أن ذلك لا يغير من الطبيعة القضائية للتحكيم؛ ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون مظهراً من مظاهر التعاون بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم^(٣)، أو مجرد عملية لاستكمال الحكم^(٤).

(4) TGI Paris (jug.réfé) 22 mai et 23 juin 1987, Transportacion Maritima Mexicana S.A. c/ sté Alsthom, Rev.arb. 1988., p.699 (2^e esp.), note Ph. Fouchard.

وفي نفس المعنى :

- TGI Paris 1^{re} ch. 1^{re} Sect. 28 mars 1984, Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias c/ CCI, Rev.arb. 1985., p.141 (1^{er} esp.), obs. Ph. Fouchard.

- TGI Paris (ord.réf) 13 janvier 1986, (S.E.T.E.C.) c/ (S.I.C.C.A) et x, Rev.arb. 1987., p. 63., note P. Bellet.

(5) Paris 1^{re} ch.c, 29 mai 1992, Epoux Rouny c/ sté Holding RC, Rev.arb. 1996., p.408., note Ph. Fouchard p.235., spéc, n° 16.

(١) د. عزمي عبد الفتاح : سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم " دراسة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي "، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة الثامنة / العدد الرابع - ديسمبر ١٩٨٤، الطبعة الثانية ١٩٩٤، ص ١٠٢.

(2) Ph. de Bournonville, Droit judiciaire. L'arbitrage, Larcier 2000., p.58.

(٣) د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ٣٠.

(4) M. Huys, G. Keutgen, L'arbitrage en droit belge et international, préface de E. Krings, Bruylant 1981., pp.34 et s.

وقد لاقت هذه الحجة تأييداً في حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٧ من مارس عام ١٩٩٦، حيث قضت بأن : " أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طالما بقي قائماً ومن ثم لا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذها التحقق من عدالتها أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد " (٥).

كما قضت محكمة التمييز الكويتية بأن : " من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن حكم المحكمين وإن كان قضاء يفصل في خصومه وله حجيته المانعة من إعادة طرح النزاع الذي حسمه على جهة القضاء مرة أخرى، إلا أنه عمل قضائي ذو طبيعة خاصة " (٦).

ثانياً : النقد

لقد تعرضت هذه النظرية هي الأخرى لبعض الانتقادات من جانب الفقه المنكر لها، وذلك من عدة نواحي :

فمن ناحية : وجه النقد إلى الاتجاه القائل بأن وظيفة المحكم تتطابق مع وظيفة القاضي على اعتبار أن وظيفة القاضي تعتبر وظيفة قانونية بحتة تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده. فالقضاء قد يباشر وظيفته ويصدر أحكاماً في قضايا دون وجود نزاع بين الطرفين " كحالة إقرار المدعي بالدين المطلوب، أو الأحكام الاتفاقية "، بينما تعتبر وظيفة المحكم اجتماعية واقتصادية تتمثل في حل النزاع المطروح عليه بالقانون أو بغير القانون على نحو يضمن استمرار العلاقات والود بين الأطراف في المستقبل (١).

وعلى هذا الأساس، فإن الغاية التي يستهدفها عمل المحكم تختلف عن تلك التي يستهدفها عمل القاضي. فالمحكم يستهدف تحقيق غاية خاصة

(٥) الطعن رقم ٢٢٦٠ لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧، مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية، السنة السابعة والأربعون، الجزء الأول، من يناير إلى مايو ١٩٩٦، ص ٥٨٨.

(٦) الطعن رقم ٨٧/٣٩ مدني، جلسة ١٩٨٨/٢/٢٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ٨٦/١/١ حتى ١٩٩١/١٢/٣١، القسم الثاني، المجلد الثاني، يونيو ١٩٩٦، ص ٨١، بند ٧.

(١) راجع : د. وجدي راغب فهمي : هل التحكيم نوع من القضاء؟ " دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم "، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، السنة السابعة عشر، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو ١٩٩٣، ص ١٣٩ وما بعدها.

تتمثل في حل المسألة المطروحة عليه فقط ولا تتعدى غايته غير ذلك، بينما القاضي يستهدف تحقيق غاية عامة^(٢)؛ تلك الغاية التي تتمثل في حل النزاعات بين الأفراد وتحقيق القانون.

ومن ناحية ثانية : وجهت اعتراضات إلى الاتجاه الذي يخضع المحكم لذات القواعد التي يخضع لها القاضي، على أساس أن هذا القول تكذبه قواعد القانون الوضعي التي تخضع المحكم لقواعد مغايرة عن تلك التي يخضع لها القاضي^(٣).

فأحكام القانون في مختلف الدول تشترط فيمن يولى القضاء ضرورة توافر شروط معينة، وهذه الشروط تتعلق بالسن والجنس والجنسية والمؤهّل، وتعتبر هذه الشروط جوهرية فيمن يعين في هذا المنصب، هذا بخلاف الأمر بالنسبة للمحكم الذي يجوز أن يكون من جنسية أجنبية كما يجوز أن يكون امرأة، ولا يشترط فيه أن يكون من المشتغلين بالقانون أو بأية مهنة معينة، بل لا يشترط معرفته بالقراءة والكتابة^(١).

وبالإضافة إلى ذلك، فإن القانون قد يلزم القاضي بأن يحلف يمينا قبل مباشرته لعمله، أما المحكم لا يلتزم بأداء اليمين وإنما يلزم قبوله للتحكيم، كما أن المحكم لا يخضع بالضرورة لذات أسباب رد القضاة.

كما أن المحكم لا يتمتع بسلطة الأمر والجبر كتلك التي يتمتع بها القاضي. فهو لا يملك سلطة توقيع غرامات على الأطراف أو الشهود أو إدخال الغير في الخصومة وإلزامه بتقديم مستند تحت يده وإنما يلجأ إلى القضاء لاستصدار مثل هذه الأوامر^(٢).

علاوة على أن المحكم لا يتمتع بالصفات المطمئنة التي توجد في القاضي عند إصدار أحكامه^(٣)، فضلاً عن عدم تمتعه أيضاً بما يتمتع به

(2) M. Huybrechts et I. Verougstraete, art.préc., p.315.

(3) د. وجدي راغب فهمي : الإشارة المتقدمة، ص ١٤١.

(1) د. يحيى الجمل : اختيار المحكمين، بحث مقدم في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري ١٩٩٧، ص ١٨.

(2) د. أحمد مليجي : تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، الرسالة السابقة، ص ٢٠٤.

(3) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ من يوليو عام ١٨٤٣ بأن :

" on ne trouve pas chez les arbitres les qualités qu'on est assuré de trouver chez les magistrates: la probité, l'impartialité, la compétence, la délicatesse de sentiments nécessaires pour rendre des jugements ".

القاضي من حصانة ودوام واستقرار، فقد يختير لحل نزاع ولا يختار لحل نزاع آخر حتى لو كان يؤدي عمله في إطار هيئة تحكيم دائمة^(٤).

ومن ناحية ثالثة : وجه النقد إلى الاتجاه القائل بأن حكم المحكمين يتمثل مع أحكام القضاء، إذ إنه بالرغم من أن أحكام المحكمين تتشابه بدرجة كبيرة مع أحكام القضاء إلا أنه يظل هناك فرقان أساسيان بينهما :

الأول : تختلف طرق الطعن في حكم المحكمين عن تلك المقررة للحكم القضائي. فالقاعدة أن الحكم الصادر عن القضاء لا يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلانه اللهم إلا في حالة انعدامه؛ أي إذا شابه عيب جسيم انعدمت معه صفته كعمل قضائي كحكم صادر عن شخص لم يكن قاضياً أو عدم إمضاء القاضي على الحكم على سبيل المثال^(٥)، بينما القاعدة في حكم التحكيم أنه لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات، وإنما يرفع بشأنه دعوى مبتدأة ببطلانه لأي سبب من الأسباب التي قررها القانون^(١).

الثاني : إن حكم التحكيم على خلاف الحكم القضائي لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد صدور أمراً من القضاء العام في الدولة بتنفيذه^(٢).

ومن ناحية أخيرة : وجه النقد إلى الاتجاه القائل بأن حكم المحكمين يرتب ذات الآثار القانونية التي يربتها الحكم القضائي، هي تمتعه بحجية الأمر المقضي به. فهذه الحجية تختلف في الحكم القضائي عنها في حكم المحكمين، وذلك من ناحيتين :

الأولى : إن حجية حكم المحكمين لا تتعلق بالنظام العام، إذ إنه يمكن أن يتفق الطرفان بعد صدور الحكم على إعادة التحكيم مرة أخرى أمام ذات المحكم أو أمام هيئة تحكيم أخرى، هذا خلافاً لحجية الحكم القضائي التي تتعلق بالنظام العام حتى لو كان موضوع الحكم حقوق يملك الأفراد حرية التصرف فيها^(٣).

C. Cass., 10 juillet 1843, cité par J. R.- Devichi, op.cit., p.20.

(٤) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص ٣٥ .

(٥) انظر: د. فتحي والي : نظرية البطلان في قانون المرافعات، دون ذكر الناشر ١٩٩٧، ص ٥١٣ .

(١) د. أحمد مليجي : تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، الرسالة السابقة، ص ٢٠٤ .

(٢) انظر :

H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.16.

(٣) راجع : د. وجدي راغب : هل التحكيم نوع من القضاء؟، البحث السابق، ص ١٤٤ .

الثانية : إن مصدر حجية حكم التحكيم تستند إلى القوة الملزمة للاتفاق على التحكيم أكثر مما تستند إلى طبيعة عمل هيئة التحكيم. فإذا اتفق الأطراف على ألا يكون للحكم الصادر عن هيئة التحكيم حجية إلا بعد موافقتها عليه أو بعد موافقة جهة أخرى، فإنه لا يكون له حجية قبل هذه الموافقة^(٤).

وإذا كان هناك اتجاه في الفقه قد أخذ بالنظرية العقدية لتحديد طبيعة التحكيم، في مقابل اتجاه آخر أخذ بالنظرية القضائية، إلا أن هناك رأياً آخرأ يرى أن التحكيم ليس ذو طبيعة عقدية فقط، ولا ذو طبيعة قضائية فقط، وإنما هو مزج بين العقد والقضاء؛ الأمر الذي نخصص له المطلب التالي.

المطلب الثالث

نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم

أولاً : الأسانيد

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى أنصار النظريتين السابق بيانهما، ظهر اتجاه ثالث في الفقه يضيف على التحكيم طبيعة مركبة *complexe*، أو مختلطة *mixte*، أو هجينة *hybride*. ذلك أن القول إن التحكيم ذو طبيعة عقدية فقط أو ذو طبيعة قضائية فقط يثير كثيراً من المصاعب؛ لأن عملية التحكيم لا تسير على وتيرة واحدة، فهي تتسم بالتراخي في مرحلة الانعقاد وبالإلزام في مرحلة التنفيذ. لذا من الأجدر الجمع بين الصفة الاتفاقية والوظيفة القضائية واعتبار نظام التحكيم ذو طبيعة عقدية وقضائية معاً، بحيث يستفيد من مزايا العقد ومزايا الحكم في ذات الوقت^(١).

فالفكرة الأساسية عند أنصار هذا الاتجاه تبدأ من أن التحكيم إذا كان قضاء إلا أن مصدره يكمن في إرادة الأطراف في إعطاء الغير سلطة الفصل في النزاع القائم بينهم^(٢).

(٤) راجع : د. وجدي راغب : الإشارة المتقدمة، ص ١٤٣ - ١٤٤.

(١) د. أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص ٥٢.

(2) A. Kassis, Problèmes de base de l'arbitrage, op.cit., p.27.

وعلى هذا الأساس، فإن الصفة العقدية والصفة القضائية للتحكيم صاحبان لا يفترقان في كل مراحل عملية التحكيم^(٣)، وتظهر الصفة العقدية في الجانب الإرادي الذي يتمتع به الأطراف والمتمثل في اتفاقهم على حل النزاع القائم بينهم عن طريق التحكيم، بينما تتمثل الصفة القضائية في الطابع القضائي لوظيفة المحكم والحكم الصادر عنه.

وإذا كان أنصار نظرية الطبيعية المختلطة يرون أن التحكيم عبارة عن بناء مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية، إلا أنهم قد انقسموا على أنفسهم في تحديد الوقت الذي ينتهي فيه الجانب العقدي ويبدأ فيه الجانب القضائي.

فقد ذهب رأي إلى أن الصفة العقدية للتحكيم تبدأ بمجرد الاتفاق على الالتجاء إليه ثم تنتهي في مرحلته الأخيرة إلى قضاء وهو قرار التحكيم^(٤). بينما يذهب رأي آخر إلى أن التحكيم يظل محتفظاً بصفته العقدية حتى صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة، فيصبح عمل المحكمين حكماً بعد أن كان قراراً^(١).

ثانياً : النقد

لقد وجه النقد إلى هذا الاتجاه على أساس أنه اختار أسهل الحلول وأبسطها، فضلاً عن اتصاف موقفه بالعجز ومحاولة التهرب من جوهر المشكلة ذاتها^(٢). كما أن هذه النظرية لا تضيف جديداً في تحديد طبيعة التحكيم؛ ذلك أنها اعتمدت على ما استند إليه أنصار النظرية العقدية والنظرية القضائية للتحكيم^(٣).

علاوة على أن هذه النظرية قد جانبها الصواب في اعتبار اتفاق التحكيم عقداً في حين أنه يترتب على هذا العقد نتائج تتجاوز في أهميتها وخطورتها أي عقد آخر. فإذا كان الاتفاق على التحكيم يتشابه مع العقد في نواحي إلا أنه يتميز عن غيره من سائر العقود من نواحي أخرى^(٤).

(٣) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص ٤٨.

(٤) د. محسن شفيق : التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٢٠.

(١) محمد الحبيب الشريف : المقال السابق، ص ٣٧.

(٢) د. سامية راشد : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٨٤، ص ٧١.

(٣) د. على سالم إبراهيم : المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها، هامش (١).

(٤) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص ٣٩.

كما وجهت الاعتراضات إلى الاتجاه القائل بأن حكم التحكيم لا يعد عملاً قضائياً، وبالتالي لا يحوز حجية الأمر المقضي به إلا بعد صدور أمراً بتنفيذه من القضاء العام في الدولة؛ لأن هذا القول يهدر كل قيمة لنظام التحكيم ويتنافى مع مقصد المشرع. فالمشرع قد قصد من أمر التنفيذ مجرد مراقبة عمل هيئة التحكيم على أساس أن عملها يستمد من الاتفاق عليه. لذا فقد أوجب قبل تنفيذ الحكم أن يخضع لإشراف السلطة العامة في الدولة والمتمثلة في السلطة القضائية للتحقق من أنه قد صدر بالفعل بناء على اتفاق تحكيم، وأن هيئة التحكيم قد راعت الشكل الذي يتطلبه القانون^(٥).

وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة بيانها، ظهر اتجاه في الفقه يرى أن التحكيم ليس ذو طبيعة عقدية، ولا ذو طبيعة قضائية ولا حتى ذو طبيعة مختلطة يجمع في طياته الجانب العقدي والجانب القضائي، وإنما هو ذو طبيعة مستقلة، كما سيتضح من خلال المطلب التالي.

المطلب الرابع

نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم

أولاً : الأسانيد

يرى أنصار هذا الاتجاه^(١) أنه من غير المقبول قولبة التحكيم بإضفاء صبغة دون أخرى عليه؛ فالتحكيم له طبيعة خاصة مرجعها كونه وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيداً عن الالتجاء إلى طريق القضاء العام في الدولة بإجراءاته وتعقيده التي لا تتناسب ومتطلبات التجارة الدولية^(٢).

فالعقد ليس هو جوهر التحكيم، بدليل وجود تحكيم إجباري^(٣)، كما أن اتفاق الأطراف على التحكيم وإن تحركت به عملية التحكيم، إلا إنه

(٥) د. محمود السيد عمر التحيوي : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

(١) انظر :

M. El Gohary, L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme, thèse, Renne 1982., p.208.

(٢) د. أحمد السيد صاوي : التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٢، ص ١١.

(٣) د. وجدي راغب فهمي : هل التحكيم نوع من القضاء؟، البحث السابق، ص ١٣٥.

يحجمه ضرورة مراعاة قواعد القانون التي تحكم سلامة تلك العملية وسلامة الحكم ومراعاة النظام العام.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الأطراف هم الذين يختارون قضاتهم ويدفعون أتعابهم، وهم الذين يحددون مكان وإجراءات التحكيم، وكذلك القانون واجب التطبيق عليه، وكل ذلك يتعارض مع الصبغة القضائية المحضة على عملية التحكيم^(٤).

فالتحكيم يختلف اختلافاً تاماً عن القضاء؛ فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضي وتكون غايته حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد والجماعات داخل الدولة، بينما التحكيم يرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية هي التعايش السلمي بين الأفراد، فضلاً عن العدل. كما أن المحكمين لا يعينون دائماً باتفاق الأطراف فقط وإنما يتم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة أحياناً أو بواسطة مركز من مراكز التحكيم أحياناً أخرى^(٥).

فالتحكيم وفقاً لرؤية أنصار هذا الاتجاه شيء والقضاء شيئاً آخر، ذلك أن التحكيم سابق في نشأته عن القضاء مما ينفي خضوعه لقواعده، وهذا المنطق التاريخي يحتم اعتبار قواعد قانون المرافعات قواعد خاصة بشأن قضاء المحاكم داخل الدولة، ومن ثم فهي لا تحكم نظام التحكيم، وهذا يعني وجود نظامين مستقلين عن الآخر، سواء من جانب القضاء أو من جانب التحكيم^(١).

وبالتالي فإن التحكيم عند أنصار هذا الاتجاه لا ينبثق من القضاء ولا يختلط معه، وإنما هو نظام يسير معه بصفه متوازنة بمعنى أنه يوجد قضاءان يسيران بصفة متوازنة؛ قضاء الدولة وقضاء التحكيم^(٢).

ويترتب على الأخذ بمنطق الطبيعة الاستقلالية للتحكيم انتفاء الوحدة بين مهام المحكم ومهام القاضي^(٣)، فالمحكم لا يعتبر قاضياً ولا يشغل

(٤) د. أحمد السيد صاوي : الإشارة المتقدمة.

(٥) د. وجدي راغب فهمي : الإشارة المتقدمة.

(١) د. أحمد محمد حشيش : طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٢٢٣.

(٢) انظر : د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ٢٨.

(٣) د. أحمد محمد حشيش : الإشارة المتقدمة، ص ٢٢٥.

وظيفة عامة، ولا يملك السلطات التي يتمتع بها القاضي الوطني، كما يفترض حكمه إلى الخصائص التي تتميز بها الأحكام القضائية^(٤).

وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى أن الطبيعة المستقلة للتحكيم هي التي تتناسب مع متطلبات التجارة الدولية وتعطي القدرة على تطور قواعده وأحكامه^(٥).

ثانياً : النقد

لم تسلم هذه النظرية كغيرها من النظريات التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم من انتقادات الفقه، حيث وجهت إليها سهام النقد من عدة نواحي:

فمن ناحية : لقد وجه النقد إلى الاتجاه القائل بأن وظيفة المحكم هي وظيفة اجتماعية واقتصادية غايتها تحقيق التعايش السلمي بين الأفراد، تأسيساً على أن هذا القول لا ينطبق عندما يكون المحكم ملتزماً بتطبيق قواعد القانون الموضوعي، وهو في هذه الحالة يقوم بنفس دور القاضي، وبالتالي قد يصدر حكماً لا يرضي أحد الخصوم أو كلاهما معاً^(١).

ومن ناحية ثانية : فإن هذه النظرية قد ربطت بطريقة خاطئة بين القضاء العام في الدولة وبين تطبيق القانون من جهة، وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو العدالة من جهة أخرى. فنصوص القانون ليست سوى مصدراً من مصادر القانون ويوجد بجانبها مصادر أخرى مثل العرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويستطيع القاضي العام في الدولة عند عدم وجود نص يحكم الحالة المعروضة عليه أن يستند لأي من هذه المصادر. وهذا الدور تلعبه هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع المطروح أمامها، بل إنها تستطيع في حالة تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمة أن تطبق القواعد القانونية تطبيقاً حرفياً إذا رأت أن ذلك

(٤) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق، ص ٣٦.

(٥) وفي هذا الصدد تقول الفقيه Jacqueline Devichi :

" Pour permettre à l'arbitrage de connaître le développement qu'il mérite, tout en le maintenant dans de justes limites, il faut admettre, croyons-nous, que sa nature n'est ni contractuelle, ni juridictionnelle, ni hybride, mais autonome ".

J. R.- Devichi, op.cit., p.365.

(١) د. على سالم إبراهيم : المرجع السابق، ص ١٠٤.

يحقق العدالة^(٢)، ومن ثم يكون استناد أنصار النظرية المستقلة للتحكيم لهذه الحجة في غير محلها؛ لأن ذلك لا يؤكد استقلال التحكيم وإنما يؤكد خصوصيته^(٣).

ومن ناحية ثالثة : فإن هذه النظرية تقوم على خطأ منهجي، إذ إنها لا تقوم على التأصيل المنطقي السليم للأعمال القانونية؛ فالاستقلال لا ينبئ بطبيعة العمل، وإنما طبيعة العمل هي التي تجعله مستقلاً أو غير مستقل. فالأعمال القضائية وكذلك التصرفات القانونية تعتبر أعمالاً مستقلة إذا كان لها أصل ينتميان إليه ووظيفة تؤيدها في الحياة القانونية^(٤).

تحليل وترجيح

بعد عرض مختلف النظريات التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، يتبين أن كل منها قد حملت بين طياتها مجهوداً خلاقاً سواء من جانب الفقه أو من جانب القضاء.

وإذا نظرنا إلى هذا الموضوع من الناحية العملية، يتبين أن الأخذ بإحدى هذه النظريات يترتب عليه بعض النتائج الهامة نوجزها في الآتي :

١ - إذا سلمنا بمنطق النظرية العقدية، فإن نظام التحكيم في ذاته يكون عقداً مسمى تسري عليه الأحكام الخاصة للنظرية العامة للعقود، مما يؤدي إلى سيادة قواعد العقد على نظام التحكيم برمته، ويغري باعتماد أحكام بطلان التصرفات القانونية في القانون المدني لتحديد أحكام البطلان التي يمكن أن تشوب إجراءات التحكيم وحكم التحكيم، كما يؤدي كذلك إلى اعتبار حكم التحكيم مجرد تطبيق لأحكام عقد التحكيم يلتزم به طرفاه دون أن يكون هناك مجال للمنازعة في التزامهم به من خلال طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية^(١).

(٢) انظر الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الثاني.

(٣) د. محمود السيد عمر التحيوى : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٤) د. على سالم إبراهيم : الإشارة المتقدمة، ص ١٠٥.

(١) د. مصطفى محمد جمال، د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص ٣٧.

علاوة على أن هذه النظرية تؤدي إلى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر برمته في يد الأطراف من أول البدء في عملية التحكيم حتى نهايتها^(٢).

٢- وإذا سلمنا بمنطق النظرية القضائية للتحكيم، فإن ذلك يؤدي إلى التضييق من مبدأ سلطان الإرادة، وسيادة تطبيق القواعد العامة للقضاء على مسائل التحكيم في حالة عدم وجود قاعدة خاصة في نظام التحكيم تحكم المسألة المعروضة^(٣)، واعتماد أحكام بطلان الإجراءات في قانون المرافعات^(٤)، واعتبار قرار المحكمين حكماً يقترب تماماً من الحكم القضائي.

٣- وإذا أخذنا بمنطق نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم، نكون بذلك أمام نظام يعطي الحرية للأطراف، ولكنها تكون حرية غير مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات؛ بمعنى أن هذه الحرية تتعاضد في بداية التحكيم، ثم تتناقض تدريجياً بعد ذلك ليحل محلها المظهر القضائي.

٤- وإذا اتبعنا منطق الطبيعة المستقلة للتحكيم، فإن ذلك يعني أن التحكيم سوف لا يجد مرجعيته في فكرة القضاء العام في الدولة. وبالتالي فإن عملية تطبيق القواعد العامة للقضاء على التحكيم تكون بطريق القياس متى توافرت علتها، أو حكمتها.

ومن جانبنا لا نملك إلا أن نؤيد ما ذهب إليه أنصار الطبيعة المختلطة للتحكيم، بحيث يعد التحكيم قضاءً اتفاقياً^(١)؛ أي نظام مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية، وتتمثل العناصر العقدية في اتفاق التحكيم الذي يعتبر مظهراً لإرادة الأطراف، ويخضع لما تخضع له العقود من أحكام من حيث إجراءاته وبطلانه، وتتمثل العناصر القضائية في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وما يصدر عنه من أحكام، وذلك للأسباب الآتية :

(٢) د. محمود مختار أحمد بريري : المرجع السابق، ص ٨.

(٣) د. وجدي راغب : هل التحكيم نوع من القضاء؟، البحث السابق الإشارة إليه، ص ١٥٠.

(٤) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال : الإشارة المتقدمة.

(١) فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم المصري رقم ٩٤/٢٧ أن : " استقلال محكمة التحكيم، وهو بدوره من المبادئ الأصولية التي تقوم عليها الأنظمة المتقدمة في التحكيم. ويتمثل هذا الاستقلال في النظر إليها بوصفها قضاءً اتفاقياً يختاره الطرفان خصيصاً للفصل في النزاع القائم بينهما ".

راجع : ملحق مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الحادية والخمسين (٢٠ من فبراير عام ١٩٩٤)، ص ٥٨.

أولاً : إذا نظرنا إلى عملية التحكيم، يتبين أن العنصر الإرادي هو المحرك الرئيسي لها، ولولاه ما وجد نظام التحكيم من الأساس. وبالتالي لا يمكن بأي حال إنكار الجانب الإرادي للتحكيم.

غير أن تلك الإرادة ليست كافية في حد ذاتها لخلق نظام التحكيم، فبجانب هذه الإرادة يجب أن يتدخل المشرع بالنص على جواز اللجوء إليه. فالتحكيم يستند في أساسه إلى دعامتين أساسيتين : هما إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة^(٣)؛ ذلك أن التحكيم باعتباره قضاء يوازي القضاء العام في الدولة^(٢)، فإنه يلزم تدخل المشرع لوضع القواعد المنظمة له.

ومما يؤكد ذلك، أن كافة تشريعات الدول محل الدراسة قد قيدت إرادة الأطراف في تحديد المسائل التي تكون محلاً للتحكيم كالمسائل الجنائية، وإن جاز اللجوء إليه بخصوص الحقوق المالية المترتبة عليها، كما أن هناك من التشريعات لا تجيز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا على سبيل الاستثناء كما سنرى.

ثانياً : لا يمكن التسليم بما ذهب إليه أنصار نظرية الطبيعة العقدية ونظرية الطبيعة المستقلة من إنكار كل طبيعة قضائية لعمل المحكم، حيث إن طبيعة عمل المحكم هي ذاتها طبيعة عمل القاضي، وهي الفصل في المنازعات المطروحة عليه طبقاً لقواعد القانون. ولا يمكن الاحتجاج على ذلك بأن المحكم لا تتوافر فيه صفة الموظف العام كتلك المتوافرة في القاضي، كما أنه لا يخضع لنفس القواعد التي يخضع لها القاضي من ناحية تعيينه ورده وعدم صلاحيته وسلطته، فهذا القول مردود عليه بالآتي :

(٣) وفي هذا الصدد قضت هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان في حكمها الصادر بتاريخ ١١ من يناير عام ١٩٩٤ بأن : " ويرتكز نظام التحكيم على أساسين هما إرادة الخصوم فتمثله في الاتفاق على التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة بإجازته اللجوء إلى التحكيم إذ بدون هذه الإجازة لا يتسنى الالتجاء إلى التحكيم لأن فرض العدالة حق للدولة ولا يملك أحد المساس بهذا الحق باعتبار القضاء مظهراً من مظاهر السيادة، والمحتكم باتفاقه على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظره، والتحكيم يبدأ بعقد وينتهي بحكم " .

الدعوى رقم ٩٣/٦٢٧، جلسة ١١/١/١٩٩٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي العاشر، ١٩٩٣-١٩٩٤، ص ٢٩٠ .

(٢) وفي هذا الصدد يذكر بعض الفقهاء أن : " التحكيم قضاء مصاحب لقضاء الدولة، ويشكل طريقاً عادياً من طرق الفصل في المنازعات " .

انظر :

B. Audit, L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles, in L'internationalisation du droit, Mélanges offerts à Y. Loussouarn, Dalloz 1994., p.15., spéc, p.27.

١ - إن القول بأن المحكم لا تتوافر فيه صفة الموظف العام كذلك المتوافرة في القاضي يؤخذ عليه أنه غير صحيح على إطلاقه؛ ففي القانون الجنائي المصري يوجد ما يعرف بفكرة الموظف العام حكماً، ويقصد به : "كل من يلزمه القانون بالقيام بإحدى الخدمات العامة أو بمباشرة مهمة تتعلق بالنظام العام بغض النظر عن كونه لا يشغل مركزاً وظيفياً في الدولة" ^(١)، ومما لا شك فيه أن المحكم يعتبر مكلفاً بأداء مهمة تدخل في نطاق الخدمة العامة وتتعلق بالنظام العام، وهي الفصل في الخصومات المثارة بين الأفراد طبقاً لقواعد القانون. وهذا ما أخذت به المادة ٣/١١١ من قانون العقوبات المصري صراحة فيما تنص عليه من اعتبار المحكم في حكم الموظفين العموميين بصدد تطبيق أحكام جريمة الرشوة ^(٢).

٢ - أما القول إن المحكم لا يخضع لنفس القواعد التي يخضع لها القاضي من ناحية رده وصلاحيته، فهذا القول تكذبه قواعد القانون الوضعي في مختلف الدول والتي تخضع المحكم لذات قواعد الرد وعدم الصلاحية التي يخضع لها القاضي ^(١).

٣ - كما أن القول بأن المحكم لا يشترط فيه ذات الشروط التي يجب توافرها في القاضي، فهذا القول على ما يبدو لا يستند إلى الطبيعة الموكولة للمحكم وهي الفصل في النزاع المطروح عليه. فاللجوء إلى التحكيم يعني إسناد المهمة القضائية للمحكم؛ تلك المهمة التي كانت في الأصل يضطلع بها القضاء العام في الدولة. علاوة على اعتراف الأنظمة القانونية المختلفة لبعض موظفيها العاديين بممارسة الوظيفة القضائية في بعض أصناف من

(١) انظر : د. أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دون ذكر الناشر، ١٩٩١، ص ١٢٧.

(٢) فقد نصت هذه المادة على أنه : " يعد في حكم الموظفين في تطبيق نصوص هذا الفصل. (...) ٣- المحكمون أو الخبراء ووكلاء الديانة والمصفون والحراس القضائيون " ويعلق الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور على هذه المادة قائلاً : " لا شك أن هؤلاء يعتبرون مكلفين بمهمة تدخل في نطاق الخدمة العامة ونظراً إلى خطورة الأعمال التي يؤديها هؤلاء فقد نبه المشرع صراحة إلى خضوعهم لأحكام رشوة الموظفين، فالمحكم أشبه بالقاضي في مهمته (...) ".
الإشارة المتقدمة، ص ١٢٨.

(١) هذا الاتجاه أخذت به معظم تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي. فتنص المادة ٤/٢٠٧ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والمادة ٤/١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على الآتي : " ولا يجوز رده عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيين شخصه ويطلب الرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم ". كما تنص المادة ١٢ من نظام التحكيم السعودي على أنه : " يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ". كما تنص الفقرة المادة ٢/١٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري على أنه : " (...) ويطلب الرد بالإجراءات ولذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم ".

المنازعات دون أن تتطلب ضرورة توافر نفس الشروط التي يجب توافرها في القاضي، ومن أمثلة ذلك : اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر، وهيئات حسم المنازعات التجارية واللجان المالية بوزارة المالية ولجان الأوراق التجارية في المملكة العربية السعودية.

ثالثاً : كما لا يمكن نفي الطبيعة القضائية لعمل المحكم، فإنه لا يمكن كذلك إنكار الطبيعة القضائية للحكم الصادر عنه، فهذا العمل يعتبر عملاً قضائياً^(٢)؛ لأنه يحمل في طياته أمراً مفروضاً على الأطراف لا حلاً مقترحه.

١ - فالقول إن حكم التحكيم لا يعتبر عملاً قضائياً استناداً إلى أنه يستمد حجبه من القوة الملزمة لعقد التحكيم أكثر مما تستند إلى طبيعة عمل المحكم؛ بمعنى أنه إذا اتفق الأطراف على ألا يكون لحكم هيئة التحكيم حجية إلا بعد موافقتهم عليه، أو موافقة جهة أخرى عليه نفذ اتفاقهم، كما أن هذه الحجية لا تتعلق بالنظام العام. فهذا القول محل نظر من ناحيتين :

الناحية الأولى : إن أساس عمل المحكم هو الإلزام؛ بمعنى أن يكون حكمه ملزماً للجانبين دون حاجة لموافقة جديدة منهما، وإن حدث واتفق الأطراف على ذلك فإن هذا الاتفاق - كما يذهب بعض الفقهاء - " لا ينفذ وإلا خرجنا من إطار النظام القانوني لحكم التحكيم، ولما استحق العمل الصادر عن المحكم - إن استحق هذه التسمية - أن يوصف بأنه حكم " ^(١). يضاف إلى ذلك أن هذا الفرض فرضاً نظرياً نادراً الحدوث في الواقع العملي .

ومن ناحية ثانية : فإن القول بأن حجية حكم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام خلافاً للحكم القضائي، فهذا القول لا ينفي حجية أحكام المحكمين^(٢)،

(٢) انظر لاحقاً ص ٤٦٥ .

(١) د. عيد محمد القصاص : حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص ٨٧.

(٢) وقد أكدت مختلف التشريعات الوضعية على تمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به؛ فالمادة ٥٥ من قانوني التحكيم المصري والعماني تنص على أنه : " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ". كما تنص المادة ١٤٧٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على أنه : " يتمتع حكم التحكيم منذ صدوره بحجية الأمر المقضي به بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه " .

" La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche " .

ولا طبيعته القضائية، ولا أدل على ذلك من أن حجية الأحكام القضائية في ظل قانون المرافعات المصري السابق كانت لا تتعلق بالنظام العام^(٣).

٢ - أما القول إن طرق الطعن في حكم المحكمين تختلف عن تلك المقررة للأحكام القضائية استناداً إلى أن الحكم الصادر عن القضاء لا يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطالانه إلا على سبيل الاستثناء، بينما القاعدة في حكم التحكيم أنه لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة للأحكام. فهذا القول محل نظر؛ ذلك أن رفع دعوى مبتدأة ببطالان الحكم القضائي لا تنفي الصفة عنه كحكم قضائي. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فهناك من التشريعات ما نصت صراحة على خضوع حكم المحكمين لنفس طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية^(٤).

هذه هي الأسباب التي دعتنا إلى الأخذ بمنطق نظرية الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم؛ فالعنصر الإرادي والعنصر القضائي يشكلان كلاً واحداً لا يتجزأ بصدد تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. فالتحكيم وإن كان قضاء إلا أن مصدره يكمن في إرادة الأطراف في إعطاء الغير سلطة الفصل في النزاع القائم بينهم.

وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من مارس عام ٢٠٠٢ بقولها: " إن الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة هي وحدها التي تملك حق منح المحكم سلطته القضائية " ^(١).

وتنص المادة التاسعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الكويتي على أنه: " تحوز الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم قوة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ طبقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بعد وضع الصيغة التنفيذية على الحكم بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف ".

^(٣) فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الحالي تعليقاً على المادة ١٦٦ أن: لم يكن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها قبل صدور قانون المرافعات الحالي (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) متعلقاً بالنظام العام. فلما صدر قانون المرافعات الحالي استحدث حكماً جديداً مغايراً لما كانت تنص عليه المادة ٢/٤٠٥ من القانون المدني والتي ألغى حكمها بموجب نصوص قانون المرافعات والذي نص في المادة ١١٦ منه على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها. وبهذا جعل المشرع حجية الأحكام من النظام العام.

مشار إليها عند: د. عيد محمد القصاص: الإشارة المتقدمة، ص ٨٧، هامش (٥٦).

^(٤) انظر لاحقاً ص ٤٨٩ وما بعدها.

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

" Seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 19 mars 2002, sté The Levant shipping Company c/ sté Romania Air Transport Tarom, JDI 2003., p.139., note E. Loquin.

**ولكن في النهاية يتعين أن نحدد الوقت الذي تنتهي فيه مرحلة
العنصر الإرادي وتبدأ فيه مرحلة ظهور العنصر القضائي.**

في الواقع إن العنصر الإرادي للتحكيم ينتهي منذ لحظة البدء في مرحلة إجراءات التحكيم وليس منذ صدور حكم التحكيم أو تنفيذه كما ذهب جانب من أنصار الطبيعة المختلطة للتحكيم؛ ذلك أن هذه المرحلة تظهر فيها بوضوح سيطرة الجانب القضائي على التحكيم نتيجة التشابه الشديد بين إجراءات التحكيم والإجراءات المتبعة أمام محاكم الدولة.

وفي هذا الإطار يذكر بعض الفقهاء : " إن السلطة القضائية لا تعد حكراً على الوظيفة القضائية، كما أن فكرة الفصل في المنازعة ليس مقصوراً عليها وحدها (...).؛ فمحكمة التحكيم يجب أن تتكون من شخص أو عدد من المحكمين، وإذا تعدد المحكمين وجب أن يكون عددهم وتراً، كما يرد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي، كما أن الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم متشابهة بدرجة كبيرة مع تلك المتبعة أمام القضاء. ومن أمثلة ذلك : المناقشات الشفوية والمرافعات الحضورية، وحق الخصوم في الحضور بأنفسهم أو تمثيلهم بواسطة محامي، وسلطة محكمة التحكيم في الفصل في المسائل أو الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، وإمكانية الأمر بالتحقيق، والاستعانة بالخبراء، والانتقال للمعينة، وتوجيه اليمين ^(٢). أضف إلى ذلك أن المحكم ملزم باحترام بعض القواعد الإجرائية التي تعتبر من مجالات الإجراءات القضائية، والناتجة عن الإحالة الصريحة إلى القانون الإجرائي الداخلي والتي تبنتها بعض نصوص القوانين التي نظمت عملية التحكيم في جانب من الدول محل الدراسة ^(١).

وهذا الرأي الذي انتهيت إليه يجد أساسه في أحكام القضاء، حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ من ديسمبر عام ١٩٩٤ إلى القول إنه : " يتعين التمييز – في نطاق التحكيم – بين مراحل ثلاث تتصل حلاقتها وتتكامل، بما مؤداه تضامهما فيما بينها، وعدم جواز فصلها عن بعضها البعض، وإلا كان التحكيم مجاوزاً لإرادة الطرفين المتخاصمين متكباً مقاصدهما. ذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه، وهي مدار وجوده، وبدونها لا ينشأ أصلاً، ولا

(٢) انظر :

M. Huys, G. Keutgen, op.cit., p.34.

(١) انظر لاحقاً ص ٤٣٥.

يتصور أن يتم مع تخلفها (....) فاتفق التحكيم إذن هو الأصل فيه، والقاعدة التي يركز عليها. بيد أن هذا الاتفاق وان أحاط بالتحكيم في مرحلته الأولى وكان مهيمناً عليها، إلا أن دور الإرادة يتضاءل ويرتد متراجعا في مرحلته الوسطي، وهي مرحلة التداعي التي يدخل بها التحكيم في عداد الأعمال القضائية (....) " (٢).

وبذلك ينتهي تناول الفصل الأول والذي خصص للتعريف بالتحكيم وبيان طبيعته القانونية، ولتوضيح فكرة التحكيم أكثر فأكثر فإنه يلزم أن نميز بينه وبين غيره من الأنظمة التي قد تتشابه معه، وكذلك أهم أنواعه. وهذا ما سوف نتناوله من خلال الفصل التالي.

الفصل الثاني

تمييز التحكيم وأنواعه

إذا كان التحكيم – كما سبق القول – يعد وسيلة ودية للفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد عن غير طريق القضاء العام في الدولة، فإنه بذلك قد يتشابه مع غيره من الأنظمة الودية الأخرى. لذا لزم التمييز بينه وبين هذه الأنظمة لإبراز ذاتيته واستقلاله عنهم. ثم ننتقل من ذلك لعرض أهم أنواعه التي يتخذها في الواقع العملي.

ومن هنا، تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول : تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له.

(٢) القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ق " دستورية "، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥، الجزء السادس، ص ٤٠٨.

المبحث الثاني : أنواع التحكيم.

المبحث الأول

تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له

قد يتشابه التحكيم مع غيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات بين الأشخاص سواء الخاصة أو العامة كالصلح la transaction، والتوفيق la conciliation، والخبرة l'expertise. وبالتالي يستلزم التمييز بينه وبين هذه الأنظمة لإبراز ذاتيته واستقلاله عنهم.

المطلب الأول

التحكيم والصلح

إذا كان كل من التحكيم والصلح يرتكزان على إرادة الأطراف، ويترجمان رغبتهم في حل النزاع المثار بينهم بعيداً عن ساحات القضاء، إلا أن ذلك لا يعني التطابق التام بينهما، إذ إن هناك فروق جوهرية تجعل كل منهما يتباعد عن الآخر. ولتوضيح ما سبق فإن الأمر يستلزم بدءاً أن نبين ماهية الصلح، ثم نعرض بعد ذلك لأوجه الشبه والاختلاف بينه وبين التحكيم.

أولاً : تعريف الصلح

عرف المشرع المصري الصلح في المادة ٥٤٩ من القانون المدني بأنه : " عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ".

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة ٢٠٤٤ من القانون المدني بأنه : " عقد يحسم به الأطراف نزاعاً قائماً أو يتداركوا به نزاعاً محتملاً ".

وعرفه المشرع الكويتي في المادة ٥٥٢ من القانون المدني بأنه : " عقد يحسم به عاقداه نزاعاً قائماً بينهما، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما - على وجه التقابل - عن جانب من ادعائه ".

ويستفاد من ذلك أن للصلح عنصران أساسيان لا قيام له دون اجتماعهما، وهما : ١ - وجود نزاع قائم أو محتمل، ٢ - النزول المتبادل من كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته^(١).

والصلح كما هو جائز في المنازعات التي تدخل تحت إطار القانون الخاص، فإنه جائز كذلك في المنازعات الإدارية؛ ففي فرنسا لم يأت المشرع هناك بأي نص تشريعي يمنع الدولة وسائر تجمعات القانون العام من اللجوء إلى الصلح^(٢)، كما أن المادة ٣/٢٠٤٥ من التقنين المدني

(١) د. اكثم الخولي : العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة) مطبعة نهضة مصر، الطبعة الأولى ١٩٥٧، ص٧ وما بعدها.

ويضيف جانب من الفقه إلى هذين العنصرين عنصراً ثالثاً يتعلق باتجاه النية إلى حسم هذا النزاع . د. محمود جمال الدين ذكي : العقود المسماة، دار الكتب العربي، دون ذكر تاريخ النشر، ص١٧.

(٢) راجع :

F. Ducarouge, Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français, RFDA 1996., p.86., spéc, p.87.

الفرنسي قد أجازت للبلديات وللمؤسسات العامة إجراء الصلح بشرط الحصول على تصريح من الوزير الأول^(٣).

هذا وقد أصدر الوزير الأول الفرنسي منشوراً بتاريخ ٨ من ابريل عام ١٩٩٥ بعد الدراسة التي أجراها مجلس الدولة عام ١٩٩٣ حول الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية (الصلح، والتحكيم، والتوفيق)، وذلك لحث الوزارات المختلفة على إجراء الصلح في مجال دعاوى المسؤولية، حيث خاطب وزرائه قائلاً : " يبدو بوضوح أن الدولة التي أحدثت الضرر يجب أن تعوض المضرور عنه، وأتمنى أن الأقسام التابعة لكم أن تسعى جاهدة إلى اللجوء إلى الصلح لحل الخلافات في جميع المسائل حسب ظروف الواقعة والقانون " ^(٤).

أما في مصر، فإن التصالح في المنازعات الإدارية جائز بشرط ألا يتعلق الأمر بمسائل متعلقة بالنظام العام، وألا يكون حق الإدارة فيها ثابتاً لا نزاع فيه^(١)، ومن ثم " إذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ بشأن قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة، أما إذا كان الحق ذاته محلاً للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر النزاع فلا تثريب عليها إذا لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح " ^(٢)، مع مراعاة القيد الذي نصت عليه المادة ٣/٥٨ من قانون مجلس الدولة بعدم جواز إجراء الصلح في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة.

(٣) انظر نص المادة باللغة الفرنسية وهي كالآتي :

" Les communes et établissements public ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi (du premier ministre) ".

(٤) ولقد ورد النص الأصلي للخطاب كالتالي :

" Je souhaite donc que vos services s'efforcent de recourir à la transaction pour résoudre les conflits dans tous les cas où, compte tenu des circonstances de fait et de droit, il apparaît clairement que l'Etat a causé un préjudice et doit l'indemniser " .

مشار إليه عند :

Ch. Jarrosson, Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative, Rev.arb. 1995., p.435., spéc, p.436.

(١) د. ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤، ص ١٩٨.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٠/٢/١٩٦٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة عشرة، العدد الأول من أول أكتوبر سنة ١٩٦٧ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٨، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٦٨، ص ٤٧٦.

ثانياً : أوجه الشبه بين الصلح والتحكيم

قد يتشابه الصلح مع التحكيم في بعض الأوجه، منها :

١ - يعتبر كل من الصلح والتحكيم وسيلتان لحسم المنازعات بدلاً من طريق القضاء العام في الدولة، محققان بذلك غاية يحرص عليها المشرعون جميعاً وهي عودة الوئام والود بين الأطراف المتنازعة والبعد عن اللدد في الخصومة^(٣).

٢ - إن كل من الصلح والتحكيم يرتكزان على توافق إرادة الأطراف، فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا تحكيم ولا صلح، فضلاً عن أن اتفاق التحكيم كاتفاق الصلح قد يكون سابقاً على نشوب النزاع أو لاحقاً عليه، علاوة على أن كل من اتفاق الصلح واتفاق التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة^(٤).

٣ - تطابق النطاق الموضوعي لكل من التحكيم والصلح، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو الناشئة عن ارتكاب إحدى الجرائم مع أجازتهما في الحقوق المالية المترتبة عليهما.

٤ - إن وجود كل من التحكيم والصلح يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء والدفع بحجية الشيء المقضي به، فما فصل فيه بالتحكيم أو اتفق عليه صلحاً يصلح لإثارة الدفع بحجية الشيء المحكوم به عند إثارة ذات النزاع أمام القضاء.

ثالثاً : أوجه الاختلاف بين الصلح والتحكيم

إذا كان كل من التحكيم والصلح يعبران عن رغبة الأفراد في حل النزاع بعيداً عن ساحات القضاء، إلا أن كل منهما يتميز عن الآخر من عدة نواحي نوجزها على النحو التالي :

(٣) د. اكثم الخولي : المرجع السابق، ص٣.

(٤) راجع :

١- إن تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم بتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن كل أو بعض ما يتمسكون به، وقد يقتضي التنازل عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الآخر، أما التحكيم فهو وسيلة فحسب لحل النزاع دون أن يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع، حيث يقتصر دور الأطراف على اختيار محكم يتولى حسم النزاع بحكم ملزم وقد يقضي بكل الحق لخصم واحد دون الآخر^(١).

٢- إن محل العقد في التحكيم هو الالتزام بعدم طرح النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم على القضاء، حيث يترك أمر الفصل فيه للمحكم المختار، أما محل العقد في الصلح هو تسوية مباشرة للنزاع عن طريق تنازل كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه مقابل الإبقاء على البعض الآخر^(٢).

٣- ما دام الصلح - كما سبق أن أوضحنا - يقتضي التنازل عن كل أو بعض ما يتمسك به طرفا عقد الصلح فهذا يستتبع معرفة كل خصم مقدماً ما سوف يتنازل عنه، بينما في التحكيم فإن كل خصم يجهل الحل الذي سينتهي إليه النزاع؛ لأن ذلك يرجع إلى تقدير المحكم^(١).

٤- يقبل حكم التحكيم الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، بينما عقد الصلح لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام، وإنما يكون قابلاً للبطلان أو الفسخ بحسب قواعد القانون المدني، ويكون غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا إذا ورد في عقد رسمي أقر به الخصوم أمام المحكمة واثبت ذلك الإقرار في محضر الجلسة^(٢).

(١) د. أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق ص٧٤، د. سيد أحمد محمود : مفهوم التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص٣٤ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص٢٤.

(١) د. خالد عبد الله الياقوت، د. طارق عبد الرؤوف صالح : التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص٤٤.

(٢) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق ص٣١، د. محمود محمد هاشم : النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي ١٩٩٠، ج١، ص٢٨.

المطلب الثاني

التحكيم والتوفيق

يعرف بعض الفقهاء التوفيق بأنه النظام الذي يقوم على : " تدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما، وتسوية النزاع الذي ثار فيما بينهما، وذلك عن طريق حل يستند إلى إرادة الطرفين، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق إلا باتفاق الطرفين " ^(١) .

(١) د. يسري محمد العصار : التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية ٢٠٠١، ص ٤٤١.

ويعتبر التوفيق والوساطة ^(٢) بجانب التحكيم من أهم الوسائل الودية لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية، وحتى عند اللجوء إلى التحكيم نجد أن الأطراف يتفقوا – غالباً – على اللجوء إلى التوفيق أو الوساطة كإجراء تمهيدي سابق قبل عرض النزاع على التحكيم.

ونظام التوفيق ليس بالجديد، فقد عرفته الثورة الفرنسية منذ قيامها، بل اعتبرته إجبارياً في بعض المنازعات، حيث نصت المادة ٦ من الفصل الخامس من الباب الثالث من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩١ على أنه : " لا يمكن للقضاء العادي أن يقبل أية قضية مدنية دون أن يتأكد من أن الأطراف احضروا أو أن المدعي كلف خصمه بالحضور أمام وسيط من أجل التوفيق بينهما " ^(٣).

هذا وقد استحدث المشرع المصري ^(١) بمقتضى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ نظام التوفيق لتسوية المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها بدون اللجوء إلى القضاء.

^(٢) ومن نافلة القول إن معظم الفقهاء في فرنسا لا يفرقون بين التوفيق والوساطة médiation بحسبان أنهما وسيلتان متطابقتان لتسوية المنازعات بطريقة ودية، ومما يؤكد ذلك معالجة هؤلاء الفقهاء للتوفيق والوساطة معاً، وبخاصة عند التعرض لمسألة التمييز بينهما وبين التحكيم. راجع على سبيل المثال :

- B. Oppetit, Arbitrage, médiation et conciliation, Rev.arb. 1984., pp.307-324.
- M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., pp.191-196.
- Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, op.cit., pp.176-197.
- Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996., pp.16 et s.
- Ch. Gavalda et C. Lucas de Leyssac, L'arbitrage, Dalloz 1993., pp.16-17.

^(٣) مشار إليها عند :

Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.178., note (10) .

^(١) انظر بشأن نظام التوفيق في المنازعات الإدارية في فرنسا :

F. Munoz, Les modes alternatifs de règlement des litiges. Pour une logique de la conciliation, AJDA 1997., pp.41-47.

وفي ألمانيا :

H. Kitschenberg, La conciliation dans les litiges de droit administratif, in Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage, actes, Conférence multilatérale, Lisbonne (Portugal), 31 mai-2 juin 1999, éditions du Conseil de l'Europe, pp.77-86.

وفي إيطاليا :

V. Ragonesi, La conciliation dans le cadre des litiges entre l'administration et les personnes privées, in Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités

فتنص المادة الأولى من القانون سالف الذكر على أنه : " تنشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة " .

وتشكل هذه اللجان وفقاً للمادة الثانية من القانون سالف الذكر بقرار من وزير العدل برئاسة أحد رجال القضاء أو أحد أعضاء الهيئات القضائية السابقين من درجة مستشار على الأقل، ممن لا يشغلون وظيفة أو يمارسون مهنة ومن ممثل للجهة الإدارية بدرجة مدير عام على الأقل أو ما يعادلها تختاره السلطة المختصة وينضم إلى عضوية اللجنة الطرف الآخر في النزاع أو من ينوب عنه، وإذا تعدد أشخاص هذا الطرف وجب عليهم اختيار نائب واحد عنهم، وإذا تعارضت مصالحهم كان لكل منهم ممثل في اللجنة.

وتختص لجان التوفيق وفقاً للمادة الرابعة من القانون سالف الذكر اختصاص وجوبياً بنظر جميع أنواع المنازعات التي تكون جهات الإدارة طرفاً فيها عدا المنازعات التي تكون طرفها وزارة الدفاع أو أي من أجهزتها، والمنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، والمنازعات التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة، أو يتفق على فضها عن طريق التحكيم. وتنتظر اللجنة طلب التوفيق طبقاً للمادة ٢/٧ دون التقيد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي.

وتصدر هذه اللجنة توصيتها طبقاً للمادة الثامنة بأغلبية آراء أعضائها، وتلتزم بتسبيب هذه التوصية تسبيحاً موجزاً في محضرها وذلك في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق وتعرض هذه التوصية خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها على السلطة المختصة وعلى الطرف الآخر في النزاع فإذا قبلها الطرفان كتابةً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض، قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين، وتكون له قوة السند التنفيذي^(١)، وإذا لم يقبل أحد طرفي

administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage, *Ibidem.*, pp.135-138.

(١) المادة (٩).

النزاع توصية اللجنة، أو انقضت مدة الخمسة عشر يوماً دون أن يبدي الطرفان أو أحدهما رأيه بالقبول أو الرفض أو لم تصدر اللجنة توصيتها خلال الستين يوماً المحددة لها، يكون لكل طرف من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة^(٢).

والمعيار المعتبر للفرقة بين التحكيم والتوفيق هو القوة الملزمة لقرار الغير (المحكم أو الموفق)؛ ففي التوفيق فإن ما ينتهي إليه الموفق لا يعدو أن يكون مجرد اقتراح غير ملزم للأطراف، فلهم الحرية في الأخذ به من عدمه. أما في التحكيم فإن المحكم يصدر قراراً يفرض على الأطراف فلا يكون لهم الحق في مناقشته أو تعديله^(٣).

وبالإضافة إلى هذا المعيار توجد بعض الفروق الجوهرية بين التحكيم والتوفيق نوجزها فيما يلي :

١- يترتب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع موضوع التحكيم على القضاء الوطني، أما في التوفيق فيحق لأي من طرفي الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامهما اتفاق يوجب عرض النزاع على موفق^(٤).

٢ - يحوز حكم التحكيم بمجرد صدوره على حجية الشيء المقضي به، فهو عمل قضائي، بينما ما ينتهي إليه الموفق لا يحوز هذه الحجية. وهذا المعنى عبرت عنه بوضوح المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ من ديسمبر عام ١٩٩٤ بقولها : " (....) كما يخرج التحكيم كذلك عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها البعض، إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي، بل يكون معلقاً إنفاذها على قبول أطرافها، فلا تنقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية إليها " ^(١).

(٢) المادة (١٠).

(٣) انظر في هذا الرأي :

R. David, L'arbitrage dans le commerce international, op.cit., pp.11 et s.

(٤) انظر :

Ch. Jarroson, Les frontières de l'arbitrage, Rev.arb. 2001., p.5., spéc, p.29.

(١) القضية رقم ١٣ للسنة القضائية ١٥ " دستورية "، سبقت الإشارة إليها ص ١٠١.

٣ - إن مدة التحكيم تحدد عادة بواسطة الأطراف، وينبغي في هذه الحالة أن تتضمن وثيقة التحكيم هذا الميعاد، بينما في التوفيق وعلى الأخص التوفيق القضائي فإن هذه المدة تتحدد بواسطة القاضي^(٢).

٤ - المحكم يعتبر قاضياً يفصل في نزاع بمقتضى حكم يفرض على الأطراف، بينما الموفق لا يعدو أن يكون مجرد وسيط يلجأ إليه عند الضرورة^(٣).

٥ - إن النطاق الموضوعي للتوفيق (الإجباري) أوسع من النطاق الموضوعي للتحكيم، حيث إن نطاق التوفيق الصادر بمقتضى قانون ٢٠٠٠/٧ يتسع ليشمل كافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها حتى لو كانت خاصة بمسائل تتعلق بالنظام العام، عدا الحالات التي استثنائها المشرع بنص صريح من مجال التوفيق. أما في التحكيم فلا يجوز اللجوء إليه إلا بالنسبة للمسائل التي يجوز فيها الصلح وهي تلك التي لا تتعلق بالنظام العام.

المطلب الثالث

التحكيم والخبرة

لقد عرف البعض الخبرة بأنها : " الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي بهذا الرأي"^(١).

(٢) راجع :

G. Pluyette, Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires, Rev.arb. 1997., p.505., spéc, p.506.

(٣) انظر :

Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.187.

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية : قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها.

ويلاحظ في الوقت الحالي تواتر المحاكم على الاستعانة بالخبراء بشكل متزايد بسبب تشعب وتطور المسائل ذات الطابع الفني، مما ترتب على ذلك أن أصبح القضاة عاجزين على الفصل في كثير من المنازعات دون اللجوء إلى شخص ذو خبرة في المسائل المطروحة عليهم^(٢).

فالخبير إذن هو شخص يملك دراية فنية حول موضوع معين ويكلف بإبداء رأيه الاستشاري بصدد مسألة فنية معينة مطروحة على المحكمة ويصعب عليها الإلمام بها فنياً^(٣).

والخبرة على نوعين^(٤)؛ خبرة قضائية *l'expertise judiciaire* وخبرة اتفاقية أو ودية *l'expertise conventionnelle ou amiable*. فالخبرة القضائية هي استعانة القاضي بشخص متخصص في مسألة من المسائل الفنية تستلزم معرفة متخصصة لإبداء رأيه فيها، حتى يتسنى له الفصل في النزاع المعروض أمامه^(٥)، أما الخبرة الودية فهي اتفاق الأطراف على الاستعانة بشخص أو أكثر من الغير لإبداء رأي مقدم في شكل تقرير في مسائل فنية يصعب على الأطراف الإلمام بها^(٦).

وقد تتشابه الخبرة مع التحكيم في الاستعانة بشخص من الغير ليست له صلة بالنزاع، ويشتركان كذلك في ضرورة توافر الحيادة والاستقلال وانتفاء الموانع القانونية في كل من المحكم والخبير، وضرورة مراعاة كل من المحكم والخبير لمبدأ المواجهة بين الخصوم، وأخيراً يجوز رد الخبير

(٢) والواقع إن استعانة القاضي بالخبراء له ما يبرره؛ فالقاضي على دراية تامة بالقانون فهو إذن خبير في المسائل القانونية ولكن هناك مسائل فنية أخرى تتعلق بوقائع النزاع المطروح عليه تحتاج إلى معرفة متخصصة من أشخاص أخرى لإبداء الرأي فيها. انظر في هذا المعنى :

Ch. Jarroson, *L'expertise juridique, in Mélanges offerts à C. Reymond, Litec* 2004., p.127., spéc, pp.130 et s.

(٣) د . سيد أحمد محمود : مفهوم التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٤) وتعد الخبرة من قواعد الإثبات التي حرصت أغلب التشريعات على الأخذ بها لما لها من فضل في مساعدة القاضي على التغلب على المسائل الفنية أو العلمية التي قد يواجهها أثناء نظره للنزاع. وقد نظم المشرع المصري نظام الخبرة في المواد المدنية والتجارية في المواد من ١٣٥ إلى ١٦٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، ونظمها المشرع الفرنسي من المواد ٢٣٢ إلى ٢٨٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٥) انظر :

A. Héraud, A. Maurin, op.cit., p.121.

(٦) انظر :

- Ch. Jarroson, *La notion d'arbitrage, op.cit., pp.114 et s.*

- Ph. de Bournonville, op.cit., p.62.

كما يجوز رد المحكم. وبالرغم من هذا التشابه بين الخبرة والتحكيم إلا أن هناك فروق جوهرية تجعل كل منهما يتباعد عن الآخر، نوجزها فيما يلي :

١ - يتمتع الأطراف في ظل نظام التحكيم بحرية اختيار المحكم الذي يلي مهمة الفصل في النزاع المثار بينهم دون تدخل من القضاء اللهم إلا في حالة عدم اتفاقهم على اختيار المحكم أو على كيفية اختياره، بينما يتم تعيين الخبير بواسطة القاضي العام في الدولة ^(٢)، وحتى في حالة اتفاق الخصوم على اختيار خبير بعينه، فإنه يلزم أن تقر المحكمة اتفاقهم هذا ^(٣).

٢ - يلتزم الخبير بأن يحلف اليمين قبل مباشرة مهمته التي حددها الحكم الصادر بنده ^(٤)، أما المحكم المكلف بالفصل في النزاع فلا يلتزم بأداء اليمين؛ ذلك أن اختياره يتوقف على إرادة الأطراف المحكمة.

٣ - لا يجوز التحكيم في المسائل الجنائية وإن كان يجوز اللجوء إليه بالنسبة للحقوق المالية المترتبة عليها، بينما يجوز انتداب خبير في المسائل الجنائية والمدنية والتجارية والإدارية على السواء ^(١).

٤ - يقتصر عمل الخبير على مجرد إبداء رأي استشاري فيما يطرح عليه من مسائل فنية دون القانونية ^(٢) والتي تفترض عدم علم القاضي بها،

^(٢) بل يشبهه الفقيه Guinchard اختيار القاضي للخبير مثل اختيار المدير لموظفيه، إذ يذكر :

" L'expert est choisi librement, non pas, comme autrefois par les parties, mais par le juge, comme le patron choisit son employé ".

S. Guinchard, L'expertise judiciaire civile : L'expert, Le juge et les parties, in thèmes et commentaires sur l'expertise, Dalloz 1995, p.69., spéc, p.73.

^(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٦ من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه :
" إذا اتفق الخصوم على اختيار خبير أو ثلاثة خبراء أقرت المحكمة اتفاقهم ".

^(٤) راجع :

R. Daniault, Y. Thomas, Contentieux de l'entreprise, expertise et arbitrage, Aengde 1992., 3^e éd, p.222.

وتنص المادة ١٣٩ من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه : " إذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول وجب أن يحلف أمام قاضي الأمور الوقفية - وبغير ضرورة لحضور الخصوم - يميناً أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً ".

^(١) انظر :

A. Lorieux, L'expertise et le jugement, in thèmes et commentaires sur l'expertise, op.cit., p.123., spéc, p.126.

^(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه : " (...) لما كان ندب خبير في الدعوى هو مجرد وسيلة إثبات يقصد بها التحقق من واقع معين يحتاج الكشف عنه إلى معلومات فنية خاصة ولا شأن له بالفصل في نزاع قانوني أو الموازنة بين الآراء الفقهية لاختيار أحدها فهذا من صميم واجب القاضي لا يجوز له التخلي عنه لغيره ".

ولا يكون لرأيه الصادر في هذه المسائل أية قوة إلزامية سواء للقاضي أو للخصوم^(٣)، في حين أن سلطة المحكم تمتد إلى كافة المسائل فنية كانت أم قانونية^(٤). كما أن قرار المحكم الصادر في النزاع يتسم بطابع الإلزام، فالمحكم يعتبر بمثابة قاض يفصل في النزاع المطروح عليه وفقاً لأحكام القانون بحكم له طبيعة الأحكام القضائية.

٥ - لا يجوز الطعن في قرار الخبير بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً، بينما يجوز الطعن في قرار المحكم لأنه يصدر حكماً. كما أن الحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الشيء المقضي به ويكون قابلاً للتنفيذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، بينما قرار الخبير لا يتمتع بهذه الحجية بل يحتاج إلى حكم يصدر من القضاء لتعزيزه^(٥).

وبانتهاء عرض الفروق الجوهرية بين التحكيم والخبرة، نكون قد فرغنا من بحث موضوع تمييز التحكيم من غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له، ويتبقى لنا تناول أنواع التحكيم حتى يكتمل الفصل الثاني والمتعلق بتمييز التحكيم وأنواعه؛ الأمر الذي نخصص له المبحث التالي.

الطعن رقم ١٣٩٦ لسنة ٥٢ القضائية، جلسة ١٢/٥/١٩٨٣، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية، السنة ٣٤، الجزء الثاني من مايو ١٩٨٣ حتى ديسمبر ١٩٨٣، طبعة المكتب الفني ١٩٨٧ / ١٩٨٨، ص ١١٦٥.

(٣) تنص المادة ١٥٦ من قانون الإثبات المصري على أنه: " رأي الخبير لا يقيد المحكمة ". وتنص المادة ٢٤٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه: " لا يرغم القضاة على اتباع ما ينتهي إليه الخبير ".

(٤) وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٧ من ديسمبر ١٩٩٤ بأن :
" Dans le droit de l'arbitrage international (.....) l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige ".
Paris 1^{re} ch.D, 7 décembre 1994, sté V 2000 c/ sté Projet XJ 220 ITD et autre, Rev.arb. 1996., n° 2, p.67., note Ch. Jarroson.

(٥) انظر :

Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.134.

المبحث الثاني

أنواع التحكيم

لا يتخذ التحكيم في الواقع العملي صورة واحدة، وإنما ينقسم إلى صور وأشكال متعددة بحسب الزاوية التي يمكن النظر إليه من خلالها. فهو ينقسم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى التحكيم الطليق والتحكيم بالقانون، ومن حيث تنظيمه وإدارته إلى تحكيم الحالات الخاصة *ad hoc* والتحكيم المؤسسي *institutionnel*^(١).

(١) تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر هو " تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها سواء من حيث هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث الإجراءات والقواعد التي تطبق عليه ".
راجع : د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص ١٢٧.

على أن أهم تقسيمات التحكيم ذلك الذي يميز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، وبين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.

ومن هنا، تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.
المطلب الثاني : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.

المطلب الأول

التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

إن عملية التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ليست محض أهمية نظرية، بل هي كذلك عملية، وذلك من عدة أوجه نوجزها فيما يلي :

- إن نطاق مبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمة في تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية واجبة التطبيق على التحكيم يتسع في التحكيم الدولي عنه في التحكيم الوطني.

أما التحكيم المؤسسي ففيه " تلجأ الأطراف إلى مراكز أو مؤسسات دائمة للتحكيم، للاستفادة مما تقدمه هذه الهيئات من تسهيلات وخدمات لإجراء التحكيم تحت رعايتها، وذلك بما لها من أمانة دائمة ولوائح وقوائم بأسماء المحكمين المؤهلين " .

راجع : د. حسين الماحي : التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٣، ص ٢٢.

- تبيح بعض التشريعات لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم بخصوص المنازعات الناتجة عن علاقاتها الدولية، بينما تحظر عليها اللجوء إلى التحكيم - كقاعدة عامة - في العلاقات الوطنية البحتة^(١).

- إن فكرة النظام العام تتسع في التحكيم الدولي عنها في التحكيم الوطني، إذ يختلف مدى مساس موضوع واحد بالنظام العام تبعاً لتعلق الأمر بالتحكيم الوطني أم الدولي.

- تختلف معاملة الحكم الصادر في التحكيم الدولي عنه في التحكيم الوطني، فعلى سبيل المثال : فإن عدم تسبيب الحكم في التحكيم الداخلي قد يبطله، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم الدولي طالما لا يخفي خلو الحكم من الأسباب اعتداءً على حق الدفاع^(٢).

- يختلف اختصاص القضاء الوطني بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون إليه عما إذا كان التحكيم دولياً أم وطنياً، فعلى سبيل المثال : فإن المادة ٩ من قانون التحكيم المصري قد عقدت الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا كان التحكيم وطنياً، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى، وبذلك تختلف جهة القضاء المختصة بنظر المسائل المتعلقة بالتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية تبعاً لتعلق الأمر بالتحكيم الوطني أم الدولي.

ونظراً لهذه النتائج الخطيرة التي أشرت إليها، فإن كل من المشرع والفقه والقضاء قد حاول من جانبه وضع معيار عام يمكن الاستناد إليه للوقوف على دولية التحكيم، فوجد جانب منهم ضالته في المعيار الاقتصادي الذي يركز على موضوع النزاع ومدى ارتباطه بالتجارة الدولية، ومنهم من أخذ بالمعيار القانوني الذي يقوم على مدى اتصال عناصر التحكيم بالنظم القانونية المختلفة.

(١) فعلى سبيل المثال : ينص الفصل ٥/٧ من مجلة التحكيم التونسية على أنه : " لا يجوز التحكيم (...) في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقة دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة ".

(٢) راجع لاحقاً ص ٤٨٣.

أولاً : المعيار الاقتصادي le critère économique

يتحصل المعيار الاقتصادي – كما سبق القول – في التركيز على موضوع النزاع، بحيث إذا تعلق بالتجارة الدولية؛ أي بعملية انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، فإن هذه العملية تكفي في حد ذاتها بوصف التحكيم بالطابع الدولي دون حاجة إلى النظر بعد ذلك إلى جنسية الأطراف أو محل إقامتهم أو القانون واجب التطبيق أو مكان إجراء التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن هذا المعيار قضائي النشأة فقد ابتدعه القضاء الفرنسي وكرسه مشرعه، وقد ظهر في البداية في صورة معيار المد والجزر، ثم انتهى إلى معيار مصالح التجارة الدولية.

١ - معيار المد والجزر

وفقاً لمعيار المد والجزر le critère de flux et reflux يعتبر العقد دولياً إذا استتبع حركة مد وجزر للأموال عبر الحدود؛ أي حركة ذهاب وإياب للقيم الاقتصادية مثل النقود والبضائع، فكل عقد لا يستتبع حركة تبادل بين الدول ولا يتجاوز إطاره حدود الاقتصاد الداخلي لا يعد عقداً دولياً^(١).

ويرجع الفضل في بلورة هذا المعيار إلى النائب العام (Matter)، حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٧ من مايو ١٩٢٧ في قضية Pélissier du Besset بالمعيار الذي وضعه في تقريره المقدم بشأنها، وذلك من أجل تقرير صحة الشرط النقدي le clause monétaire (الدفع بالذهب أو بالعملة الأجنبية) إذا ورد في عقد دولي بالرغم من أن هذا الشرط يعد باطلاً إذا ورد في عقد داخلي^(١).

(١) انظر :

A. Mezghani, Droit international privé, éd Cérés 1991., p.109.

(١) فقد ذهب Matter إلى القول إن :

" il faut que le contrat produise, comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre. Seront, par exemple, l'objet d'un règlement international, le contrat de vente commerciale qui fait passer des marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le montant du prix du second dans le premier " .

مشار إليه عند :

A. Kassis, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J. 1993., pp. 54 et s.

ثم عملت محكمة النقض على توسيع هذا المعيار في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ من فبراير ١٩٣٤ حيث أضفت الطابع الدولي على المدفوعات الداخلية المرتبطة بعمليات دولية، فقررت شرعية شرط الذهب clause-or sociétés emprunteuses في العقود الداخلية للشركات المقترضة بخصوص قروضها التي تتم بمناسبة عملياتها الخارجية^(٢).

٢- معيار مصالح التجارة الدولية^(٣)

يعتبر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في قضية Mardelé بتاريخ ١٩ من فبراير ١٩٣٠ من أولى الأحكام التي وضعت معالم فكرة معيار مصالح التجارة الدولية كأساس لدولية التحكيم.

وتتعلق وقائع هذا النزاع بعقد بيع أبرم في فرنسا بين Mardelé وإحدى الشركات الفرنسية يتضمن نقل كمية من القمح من تشيلي إلى هافر وكان يتضمن هذا العقد بين بنوده بند يتضمن الإحالة للشروط النموذجية لجمعية لندن لتجارة الحبوب والتي تتضمن شرط تحكيم في لندن.

ونظراً للخلافات التي نشبت بصدد تنفيذ هذا العقد عرض الأمر على القضاء الفرنسي بالرغم من وجود شرط تحكيم في لندن، وقد قضت محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف بأن هذا العقد يعتبر عقداً داخلياً على أساس أنه أبرم في فرنسا بين أطراف فرنسيين، علاوة على وقوع مكان تنفيذه في فرنسا.

ومن أجل تقرير شرعية شرط التحكيم الوارد في عقد البيع، إذ إن القانون الفرنسي المعمول به في تلك اللحظة كان يبطله، رفضت محكمة النقض الفرنسية ما انتهت إليه محكمة الاستئناف، واعتبرت أن الصفقة تحمل تجارة من مصدر أجنبي، حيث إن البضاعة مستوردة من الخارج والتمن مدفوع بموجب شيك مسحوب على بنك مقره في لندن، بالإضافة إلى أن الشركة الفرنسية تابعة لشركة هولندية توجد مقرها في لاهاي، ومن

(٢) راجع في هذا الشأن :

A. Kassis, *Ibidem.*, p.56.

(٣) le critère des intérêts du commerce international.

ثم انتهت إلى أن هذا النزاع يتعلق بمصالح التجارة الدولية مما يرتب شرعية شرط التحكيم الوارد في عقد البيع ^(١).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الاتجاه بموجب حكمها الصادر في قضية Dambricourt بتاريخ ٢٧ من يناير عام ١٩٣١ والتي تتشابه وقائعها وظروفها مع القضية السابقة، حيث كانت تتعلق بعقد نقل كمية من القمح من Amérique إلى Saint-Nazaire وكان هذا العقد يتضمن أيضاً بين بنوده بند يحيل إلى الشروط النموذجية لجمعية لندن لتجارة الحبوب، وقد انتهت محكمة النقض إلى ما انتهت إليه في الحكم السابق من إضفاء الطابع الدولي على هذا العقد لتعلقه بمصالح التجارة الدولية ^(٢).

ومنذ ذلك الحين والقضاء الفرنسي مستقر على الأخذ بهذا المعيار لتحديد دولية التحكيم؛ ففي الفترة السابقة مباشرة على صدور قانون الإجراءات المدنية الحالي عام ١٩٨١ أكدت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢١ من فبراير عام ١٩٨٠ على أن : " التحكيم المبرم بين شركة ليبية وشركة سويدية للفصل في المنازعة الناشئة بمناسبة تنفيذ العقود المتعلقة بتشديد وتسليم السفن البترولية في السويد يتسم بالطابع الدولي لتعلقه بمصالح التجارة الدولية " ^(٣).

وعندما صدر قانون الإجراءات المدنية الحالي قنن المشرع الفرنسي ما استقر عليه القضاء، حيث نص في المادة ١٤٩٢ من هذا القانون على أنه : " يعتبر دولياً، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية " ^(١).

(١) راجع :

C. Cass. ch.c, 19 février 1930, Mardelé, Rev.crit. DIP 1931., p.514.

(٢) راجع :

C. Cass. ch.c, 27 janvier 1931, Dambricourt, Rev.crit. DIP 1931., p.516.

(٣) راجع :

Paris 1^{re} ch.c, 21 février 1980, General National Maritime Transport Company c/ sté Gotaverken Arendal A.B., Rev.arb. 1980., p.524., note F.Ch. Jeantet

(١) ومن الجدير بالذكر أن محكمة استئناف باريس قد ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ٩ من ديسمبر عام ٢٠٠٣ إلى صلاحية تطبيق هذا المعيار حتى لو لم يتوافر في الأطراف صفة التاجر.

Paris 7^e ch.A, 9 décembre 2003, AGRR Prévoyance c/ ACE Insurance SA NV et autres, Rev.arb. 2004., p.641., note D. Bureau.

وقد حرص القضاء في فرنسا على التأكيد على هذا المعيار في العديد من أحكامه الصادرة بعد صدور قانون الإجراءات المدنية الحالي، إذ ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ من نوفمبر ١٩٩٦ إلى أنه : " تنتج دولية التحكيم من موضوع النزاع، وبأكثر دقة من العمليات الاقتصادية الناشئة بمناسبة، فيكفي أن ترتبط العملية الاقتصادية بانتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود.

وقد اعتمدت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ ١٩٦١/٤/٢١ هذا المعيار حين نصت في المادة ١/١ منها على أنه : " تطبق هذه الاتفاقية على اتفاقات التحكيم المعقودة بهدف تسوية المنازعات الناشئة نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الذين لهم محل إقامة معتاد أو مركز أعمال في دولة مختلفة عن الدول أطراف الاتفاقية " .

وكذلك فإن نظام التحكيم لاتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (CIRDI) محصور في

وبالمقابل، فإن جنسية الأطراف، أو القانون المطبق على العقد أو على التحكيم، أو مكان إجراء التحكيم، غير ذات أهمية في تحديد هذه الدولية " . وفي ذلك تقول :

" que l'internationalité de l'arbitrage résulte de l'objet du litige et plus précisément du processus économique qui en est l'occasion ; que pour qu'un arbitrage puisse être qualifié comme tel, il faut et il suffit que l'opération économique à laquelle il se rapporte, réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières, la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage ainsi que le lieu de l'arbitrage étant en revanche indifférents " .

Paris, 1^{re} ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.380., note E. Loquin.

وانظر في ذات المعنى على سبيل المثال لا الحصر الأحكام التالية حسب الترتيب الزمني لصدورها :

- Paris 1^{re} ch. suppl, 24 janvier 1991, Salice c/ Haas, Rev.arb. 1992., p.158., obs. D. Cohen.

- Paris 1^{re} ch.c, 23 mars 1993, sté des Ets Marcel Sebin et autres c/ sté Irridelco International Corp. et autres, Rev.arb. 1998., p.541., note Ph. Fouchard.

- Paris 1^{re} ch.c, 1^{er} juillet 1997, Agence Transcongolaise des Communications-Chemins de fer Congo Océan (ATC-CFCC) c/ Compagnie minière de l'Ogooué (Comilog), Rev.arb. 1998., p.131., note D. Hascher.

- TGI de Paris (ord.réf), 13 juillet 1999, sté Pangee c/ sté Francefert, Rev.arb. 1999., p.625., obs. D.B.

- Paris 1^{re} ch.D, 10 septembre 1999, sté Chambon c/ sté Thomson CSF, Rev.arb. 1999., p.121., obs. D. B.

- Paris 1^{re} ch.c, 14 juin 2001, SA Compagnie commerciale André c /SA Tradigrain France, Rev.arb. 2001., p.773., note Ch. Seraglini.

- Paris 1^{re} ch.c, 14 juin 2001, sté Cargill France c /SA Tradigrain France, Rev.arb. 2001., p.806 (4^e esp), obs. Y. Derains.

- Paris 1^{re} ch.c, 16 octobre 2003, SA Marion c/ SRL Molino peila, Rev.arb. 2004., p.859 (3^e esp), note L. Jaeger.

- Paris 1^{re} ch.c, 15 janvier 2004, sté Centrale Fotovista c/ Vanoverbeke et autres, Rev.arb. 2004., p.907 (2^e esp), note J.- G. Betto.

- Paris 1^{re} ch.c, 18 janvier 2007, sté éditions Glenat c/ sté France Animation, Rev.arb. 2007., p.134.

المنازعات الخاصة بالاستثمارات الدولية؛ أي تلك التي تنشأ بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى. وهذا ما أفصحت عنه المادة ٢٥ من الاتفاقية المذكورة فيما نصت عليه من امتداد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا المعيار أخذ به أيضا القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI)، فدياجة هذا القانون تحدثت عن المنازعات التي تتولد عن علاقات التجارة الدولية^(١).

٢ - المعيار القانوني le critère juridique

يرتكز المعيار القانوني على مدى اتصال التحكيم بأكثر من نظام قانوني واحد. فإذا كانت كل هذه العناصر: مكان إجراء التحكيم، جنسية الأطراف أو جنسية المحكمين، القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع، تتصل بدولة معينة كان تحكيمياً وطنياً، أما إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة كان تحكيمياً دولياً^(٢).

والسؤال الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد : هل مجرد تطرق إحدى هذه العناصر إلى التحكيم يكفي بذاته لدمج التحكيم بالصفة الدولية ؟

بالنسبة لعنصر مكان إجراء التحكيم، يذهب رأي في الفقه إلى أن هذا الضابط ليس كافياً بمفرده لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم؛ ذلك أنه يعد عنصراً مصطنعاً artificiel لا يرتبط بأي حال بالنزاع المطروح على التحكيم، بل يرتبط - على حد تعبيره - بالحالة المزاجية للأطراف أو المحكمين باختيارهم مكاناً مرفهاً يقيمون فيه ويستمتعون به طوال فترة عملية التحكيم^(١).

(١) انظر :

J. Béguin, L'arbitrage commercial international, Montréal 1987., p.82.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد : الطعن بالبطان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٤٤ - ٤٥.

(١) راجع :

J. Béguin, L'arbitrage commercial international, op.cit., p.70.

وفي ذات الاتجاه :

Y. Loussouarn, J.-D. Bredin, Droit du commerce international, préface de H. Batiffol, Sirey 1969., p.84.

وبالنسبة لجنسية الأطراف أو جنسية المحكمين، فإنها تعد كذلك من العناصر غير المؤثرة في تحديد دولية التحكيم. فإذا كانت المنازعة المطروحة على التحكيم مرتبطة بين شخصين ينتميان إلى جنسية واحدة بصدد معاملة داخلية ويطبق فيها أحكام القانون الوطني لا يمكن اعتبار هذا التحكيم دولياً لمجرد أن المحكم من جنسية أجنبية^(٢).

فالتحكيم – كما يذهب بعض الفقهاء – لا يستمد دوليته من جنسية الأطراف أو من جنسية المحكمين بل يستمدّها من طبيعة النزاع، فتكييف التحكيم بالدولية لمجرد أن الأطراف أو المحكمين من جنسية مختلفة لا يأخذ بعين الاعتبار الطبيعة المميزة للتحكيم^(٣)، ويعد مصادرة على المطلوب، ويقدم المسبب على السبب، فالتحكيم ما وجد إلا لتسوية موضوع النزاع ومن غير النزاع لا يوجد تحكيم^(٤).

ولقد أتيحت الفرصة لمحكمة استئناف Rouen التعرض لهذا العنصر في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ من نوفمبر عام ١٩٨٦ في قضية تتعلق وقائع نزاعها بعقد نقل ١٤٧٠ طن ذرة من ميناء Rouen الفرنسي إلى ميناء Pointe des Galets الفرنسي، حيث انتهت في هذه القضية إلى أن اختلاف جنسية الأطراف لا يضيف على التحكيم المتفق عليه الطابع الدولي^(١).

وانظر من قال بهذا الرأي في الفقه العربي : د. سامية راشد، إذ تذهب إلى القول إنه : " إذا كان التحكيم لا يعتبر دولياً بمجرد أن إجراءاته قد تمت في دولة أجنبية فإن مجرد الاتفاق على التحكيم في الخارج لا يؤدي من باب أولى إلى تدويل هذا الاتفاق ما دامت العلاقة محل النزاع وطنية العناصر من كافة الوجوه".

راجع مؤلفها في التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ١٧٩.

وانظر في عكس هذا الاتجاه ما نصت عليه الفقرة ب من المادة الثالثة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي اعتبرت التحكيم دولياً إذا كان لكل من طرفي التحكيم مقر عمل في ذات الدولة وأن يكون مقر التحكيم المحدد في اتفاق التحكيم أو وفقاً له واقعاً في دولة أخرى غير الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين.

^(٢) د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ٦٠.

^(٣) راجع في هذا المعنى :

B. Goldman, Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international, Rev.arb. 1980., p.323., spéc, p.324 et s.

^(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ٩٣.

^(١) C.A. de Rouen, 2^e ch.c, 27 novembre 1986, sté Mediterranean Shipping Co S.A c/ C.R.A.M.A. de la Reunion et U.R.C.O.O.P.A. (Union réunionnaise des coopératives agricoles), Rev.arb. 1987., p.344., note E. Mezger.

وبالنسبة لضابط القانون واجب التطبيق، فيرى بعض الفقهاء أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق قد يلعب دوراً بارزاً في إضفاء الطابع الدولي على التحكيم، إذ بالإطلاع على واقع التجارة الدولية يظهر بجلاء أن الأطراف يتجهون أكثر فأكثر إلى قانون محايد Droit neutre ليحكم ما قد ينشب بينهم من منازعات بغية إقامة نوع من التوازن في علاقاتهم ولاستبعاد الشكوك المتبادلة في قوانينهم الوطنية، وهذا القانون المحايد إما أن يكون قانون دولة غير تلك التي ينتمي إليها أي من العاقدين، وإما أن يكون قانون محل التحكيم الذي يجري على إقليم دولة محايدة، وإما أن يكون قانون يختاره مركز التحكيم الدائم الذي يلجأ إليه الأطراف^(٢).

ولا يخفى ما ينطوي عليه هذا الاتجاه من مصادرة على المطلوب؛ ذلك أن دولية التحكيم هي التي تعطي الحرية للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، وليس اختيار هذا القانون هو الذي يضيف على التحكيم الطابع الدولي. هذا بالإضافة إلى ما يشكله هذا الاتجاه من إهدار كل قيمة للتفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، بما يخوله لطرفي التحكيم من حرية إضفاء الطابع الدولي عليه بمجرد اتفاقهم على القانون واجب التطبيق. وبالتالي فإن هذا العنصر – كسابقه – لا يصلح في حد ذاته لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم^(٣).

وعلى هذا النحو فإن المعيار الاقتصادي هو الذي يتعين أن يعول عليه لإضفاء الطابع الدولي على التحكيم، بحيث تكون طبيعة المنازعة ومدى اتصالها بالتجارة الدولية هي المحك الرئيسي لتحديد دولية التحكيم. فهذا المعيار هو الذي يتمشى مع واقع المعاملات الدولية، ذلك أن التحكيم ما وجد إلا ليقدم حلولاً تتواءم مع معطيات وازدهار التجارة الدولية بين الأشخاص عبر الحدود.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن كل من المشرع المصري والعُماني قد اعتمدا المعيار المزدوج كأساس لتدويل التحكيم، ذلك المعيار الذي يقوم

(٢) د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ٦٣.

(٣) انظر في هذا المعنى د. حفيظة الحداد، إذ ترى أن : " اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة لا يصلح في حد ذاته عاملاً حاسماً في إضفاء الدولية على التحكيم، بل يتعين أن يقترن هذا الاختيار بعناصر أخرى مؤثرة وفعالة في إضفاء هذا الوصف على التحكيم، وفي هذا الفرض الأخير، يكون اختيار القانون الواجب التطبيق بمثابة عامل مؤكد للتدويل "

راجع مؤلفها بعنوان : الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٨.

على الجمع بين كل من المعيار الاقتصادي والقانوني، بحيث لا يكفي أحدهما دون الآخر للقول بهذه الدولية^(١).

وبذلك ينتهي تناول هذا المطلب والمخصص للتمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، ولاكتمال بيان أنواع التحكيم، فإنه يلزم أن نتعرض لمفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا *volontaire* يتم اللجوء إليه بمحض إرادة الأطراف، لكن المشرع قد يفرضه قسراً على الأفراد فيكون إجبارياً *forcé*، وذلك على النحو التالي :

(١) تنص المادة ٣ من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه : " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية :
أولاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.
ثانياً : إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية [سلطنة عمان] أو خارجها.
ثالثاً : إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.
رابعاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة :
(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.
(ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.
(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع " .

أولاً : التحكيم الاختياري

الوضع الغالب في مجال المعاملات التجارية، وبالأخص في مجال التجارة الدولية أن يكون التحكيم اختيارياً يستند في المقام الأول إلى إرادة الأطراف في الاتفاق عليه وتنظيم إجراءاته، بحيث يكون للأطراف حرية الاختيار بين اللجوء إليه كوسيلة لحل النزاع القائم بينهم، أو اللجوء إلى القضاء، أو اللجوء إلى أية وسيلة أخرى من وسائل فض المنازعات^(١).

ويرتب بعض الفقهاء على الطابع الاختياري للتحكيم نتيجتين هامتين :

الأولى : لا يتقيد اللجوء إلى التحكيم بميعاد معين، فيمكن للأطراف اللجوء إليه حتى لو كان النزاع القائم بينهم معروض على القضاء.

الثانية : يملك الأطراف في أية لحظة ترك التحكيم واللجوء إلى القضاء لحل النزاع القائم بينهم^(٢).

وتعتبر المواد الخاصة بالتحكيم والواردة في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بمثابة قانون للتحكيم الاختياري^(٣)؛ فقد نصت المادة ١٤٤٢ منه على أنه : " اتفاق التحكيم هو اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد ما بإخضاع المنازعات التي قد تنشأ بينهم إلى التحكيم "^(٤). كما تنص المادة ١٤٤٧ من ذات القانون على أنه : " مشاركة التحكيم هي اتفاق الأطراف على إخضاع المنازعات الناشئة بينهم إلى تحكيم شخص أو أكثر "^(١).

(١) راجع :

J. Robert, Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, op.cit., p.14.

(٢) راجع :

M. Huys, G. Keutgen, op.cit., pp.9 et s.

(٣) راجع :

J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz 1996., 24^e éd, p.988.

(٤) انظر النص الفرنسي للمادة ١٤٤٢ وهي كالآتي :

" La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ".

(١) انظر النص الفرنسي للمادة ١٤٤٧ وهي كالآتي :

" Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes ".

وكذلك الأمر بالنسبة للنصوص القانونية التي نظمت عملية التحكيم في كل من مصر^(٢) ودول مجلس التعاون الخليجي^(٣)، إذ حرصت هذه النصوص على إبراز الطابع الاختياري للتحكيم.

وقد أكد القضاء في مصر وعلى رأسه المحكمة الدستورية العليا على الطابع الاختياري للتحكيم، إذ قضت في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ من ديسمبر ١٩٩٤ بأنه : " ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق (....) " ^(١).

(٢) فقد نصت المادة ١/٤ من قانون التحكيم على أنه : " ينصرف لفظ (التحكيم) في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك ".

(٣) فالقاعدة العامة في النظام السعودي هو أن يكون للخصوم مطلق الحرية في اللجوء إلى التحكيم، ويتضح ذلك جلياً من نص المادة الأولى من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٢/١٣/١٤٠٣ هجري الموافق ١٩٨٣/٤/٢٥ ميلادي، حيث تنص على أنه : " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين ".

وفي ذات الاتجاه سار المشرع الكويتي؛ فقد نصت المادة ١/١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ على أنه : " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ".

كما أكد المشرع الكويتي على الطابع الاختياري للتحكيم في قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ حين نص في المادة ١/٢ منه على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المدنية أو التجارية التي يتفق ذي الشأن على عرضها عليها.

كما أكدت بقية تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي على الطابع الاختياري للتحكيم، فقد نصت المادة ١/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ لدولة الإمارات العربية المتحدة على أنه : " يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة ".

وتنص المادة ١/٢٣٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أنه : " يجوز للمتعاقدین أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ".

وتنص المادة ١/١٩٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠ على أنه : " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ".

وتنص المادة ١/٤ من قانون التحكيم لسلطنة عمان على أنه : " ينصرف لفظ (التحكيم) في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أو لم تكن كذلك ".

(١) الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية " دستورية "، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، سبقت الإشارة إليها، ص ١٠١.

وذاات الاتجاه نلمس أثره في فقه قضاء دول مجلس التعاون الخليجي، فقد ذهبت محكمة التمييز الكويتية في حكمها الصادر بتاريخ ٧ من يناير ١٩٨٨ إلى أنه : " من المقرر أن رضا طرفي الخصومة هو أساس التحكيم بما تضمنه من تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء أن يفضوا فيما شجر بينهما من نزاع ومن ثم فإن ذلك مقصور على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضة على هيئة التحكيم " (٢).

ويتضح ذلك أيضاً من خلال الفتوى الصادرة عن وزارة الشؤون القانونية لسلطنة عمان بتاريخ ٢ من ابريل عام ٢٠٠٠ حين اعتبرت أن المادة ٦٢ من قانون سوق المال الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨/٨٠ ليس من شأنها أن تجعل التحكيم طريقاً إلزامياً لحل المنازعات بين المتعاملين في الأوراق المالية - أساس ذلك - أن التحكيم مصدره الاتفاق فلا يكون إجبارياً - أثر ذلك - بقاء الاختصاص للمحكمة التجارية بنظر هذه المنازعات حال عدم اتفاق الأطراف على التحكيم (٣).

الخلاصة أن رضا الأطراف هو أساس التحكيم؛ فالتحكيم الاختياري نوع من العدالة الخصوصية المسموح بها قانوناً دون اللجوء إلى العدالة العامة التي يحققها القضاء باعتباره ممثلاً للسلطة العامة.

وإذا كان التحكيم يركز في أساسه على إرادة الأفراد، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، بيد أن المشرع قد يفرضه قسراً ويصبح بالتالي طريقاً إجبارياً يحتم على الأفراد اللجوء إليه بدلاً من طريق القضاء العام في الدولة. وهذا ما سنتناوله في الموضع التالي.

ثانياً : التحكيم الإجباري

(٢) الطعن رقم ٨٦/٨٥ تجاري، جلسة ١٩٨٨/١/٧، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، مرجع سابق، ص ٨٠، بند ٦.

(٣) منشورة في المبادئ القانونية في فتاوى الشؤون القانونية، الكتاب الثالث، المديرية العامة للجريدة الرسمية بوزارة الشؤون القانونية، طبعة ٢٠٠٠، ص ٦٩.

الأصل – كما سبق أن بينا – هو أن يكون التحكيم اختيارياً، ولكن لاعتبارات معينة قد يفرض المشرع على الأطراف اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات، فيصبح في هذه الحالة طريقاً إجبارياً بديلاً للقضاء^(١).

والتحكيم الإجباري على نوعين؛ الأول : وفيه يكتفي المشرع بفرضه ويترك الحرية للخصوم في تعيين إجراءاته، والنوع الثاني : ففيه يتدخل المشرع واضعاً تنظيمًا إلزامياً لإجراءات التحكيم، فلا يترك للأطراف أية حرية في هذا المجال.

هذا وقد تدخل المشرع المصري بعدد من القوانين لفرض التحكيم الإجباري في بعض أصناف من المنازعات، ومن أمثلة ذلك : ما نص عليه قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧٦ وبالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٠، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ الخاص بإنشاء بنك فيصل الإسلامي، والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بشأن الضريبة العامة على المبيعات، والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال.

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية هذه الصور الأربع للتحكيم الإجباري، تأسيساً على مخالفتها لنص المادة ٦٨ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ والتي تنص على أنه : " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا (....) " ^(٢).

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذات الاتجاه في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١١ من مايو عام ٢٠٠٣، حيث قضت بعدم دستورية

(١) ويرى بعض الفقهاء أن التحكيم الإجباري لا يعد تحكيمياً بالمعنى الفني لهذا المصطلح، وإنما هو بمثابة قضاء استثنائي.

Ch. Jarroson, Les frontières de l'arbitrage, art.préc., p.20.

(٢) راجع الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا بخصوص هذه القوانين كالتالي :
الحكم الصادر بتاريخ ١٧ من ديسمبر عام ١٩٩٤ في القضية رقم ١٣ للسنة القضائية ١٥ " دستورية " بعدم دستورية التحكيم الإجباري في قانون بنك فيصل الإسلامي، والحكم الصادر بتاريخ ٣ من يوليو عام ١٩٩٩ في القضية رقم ١٠٤ للسنة القضائية ٢٠ " دستورية " بعدم دستورية التحكيم الإجباري في قانون الجمارك، والحكم الصادر بتاريخ ٦ من يناير عام ٢٠٠١ في القضية رقم ٦٥ للسنة القضائية ١٨ " دستورية " بعدم دستورية التحكيم الإجباري في قانون الضريبة العامة على المبيعات، والحكم الصادر بتاريخ ١٣ من يناير عام ٢٠٠٢ في القضية رقم ٥٥ للسنة القضائية ٢٣ " دستورية " بعدم دستورية التحكيم الإجباري في قانون رأس المال.

المادتين (١٣) فقرة (٤) و(١٧) من قواعد إعداد النظام الداخلي للجمعية التعاونية للإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٦٩٣ لسنة ١٩٨١، والمادة (١٠) من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ فيما تضمنته تلك النصوص من فرض نظام التحكيم الإلزامي على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها^(١).

وقد عرف النظام السعودي كذلك التحكيم الإلزامي في بعض المسائل التي تجد المحاكم غضاضة من النظر فيها مثل المنازعات المتعلقة بالتأمين والدخان وآلات الطرب والاسطوانات وما يأخذ حكمها، حيث أوجب المشرع على الأفراد سلوك طريق التحكيم للفصل في هذه المنازعات، وأسند الأشراف إليه لوزارة التجارة^(٢).

وتدخل أيضاً المشرع الكويتي بعدد من القوانين لتنظيم التحكيم الإلزامي في بعض أنواع من المنازعات، منها : نص قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣ في شأن اللائحة الداخلية لسوق الأوراق المالية بالكويت على قيام لجنة تحكيم تشكل بقرار من لجنة السوق يرأسها أحد رجال القضاء وعضوين من لجنة السوق، وتختص هذه اللجنة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات. وقرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ٢ لسنة ١٩٨٤ بتشكيل لجنة التحكيم والقواعد والإجراءات المتبعة أمامها وتختص هذه اللجنة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم، وتكون قرارات هذه اللجنة نهائية وملزمة لطرفي النزاع.

(١) القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٢ ق " دستورية "، جلسة ٢٠٠٣/٥/١١، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعون، يناير - مارس ٢٠٠٤، ص ١٦٠.

(٢) ويشير د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد إلى أنه قد صدر الأمر الملكي رقم (١٦٤٨) بتاريخ ١٣٨٦/٧/١٥ هـ بالموافقة على اقتراح صاحب السمو الملكي وزير الداخلية بإحالة مثل هذه القضايا إلى وزارة التجارة للفصل فيها. وتأكيداً لهذا الإسناد فقد أصدر صاحب السمو الملكي النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء خطابه رقم (١٣٣/م) بتاريخ ١٤١٥/١/٢١ هـ الموجه إلى معالي وزير التجارة بخصوص قضية من هذا النوع اعتذر ديوان المظالم عن النظر فيها.

د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية ١٩٩٩، ص ٥١، هامش (٢).

وبالإضافة إلى تلك الصور من التحكيم الإجباري والتي تتعلق بالمنازعات التي يكون طرفها الأشخاص الخاصة، قد يفرض المشرع طريق التحكيم بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين الوزارات، أو بين وحدات القطاع العام أو بينها وبين الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.

ومن أمثلة ذلك : قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥^(١) والذي فرض التحكيم الإجباري بالنسبة للمنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات^(٢).

وفي مصر نظم المشرع التحكيم الإجباري في منازعات المشروعات العامة، وأعطى له الدور الأساسي في حسم هذه المنازعات دون اللجوء إلى القضاء العام في الدولة^(٣).

(١) انظر حول نظام التحكيم الإجباري وفقاً لقانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ : د. سيد أحمد محمود : نظام التحكيم " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري "، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٥٩ وما بعدها، د. عزيزة حامد الشريف : تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد خاص لتأبين المرحوم الدكتور داود سليمان عيسى، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨، ص ٢٤ وما بعدها.

(٢) وقد انتقد جانب من الفقه الكويتي مسلك مشرعه بأخذه بنظام التحكيم الإجباري في شأن المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل على أساس " أنه قد قيد الجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية بل وحتى الشركات الحكومية تقييداً شديداً في عدم إمكانياتها اللجوء إلى سبيل آخر لحل منازعاتها إلا أمام هذه الهيئة دون تمييز مبني على طبيعة ونوع النشاط الذي تباشره تلك الجهات أو الهيئات من جهة، أو نوع وطبيعة بل وكيفية تملك الدولة لهذه الشركات من جهة أخرى، بما لا يقتضي دائماً وبالضرورة إخضاعها لاختصاص هيئة التحكيم القضائي، خصوصاً إذا كان من مصلحتها عدم الالتزام بذلك وفقاً لطبيعة أنشطتها، أو المنازعة القائمة بينها ".

انظر : د. محمد عبد المحسن المقاطع : بعض إشكاليات التحكيم القضائي وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وسبل التغلب عليها، بحث مقدم في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري ١٩٩٧، ص ٥٤٩-٥٥٠.

(٣) نظم المشرع المصري التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام، ثم في القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والذي حل محل القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦، ثم ألغيت المؤسسات العامة بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ دون مساس بنظام التحكيم. وأبقى المشرع على نظام التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام حينما أصدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن قانون هيئات القطاع العام وشركاته، وبصدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام أجاز المشرع لهذه الشركات اللجوء إلى التحكيم العادي الذي ينظمه قانون المرافعات المدنية = والتجارية والذي ألغيت فيه النصوص المتعلقة بالتحكيم ليحل محلها القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية. انظر في تفاصيل ذلك :

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد : هل القوانين المنظمة للتحكيم الإجباري في منازعات المشروعات العامة تتعارض مع نصوص الدستور كما هو شأن القوانين التي فرضت التحكيم الإجباري في بعض أنواع من المنازعات والتي قضي بعدم دستوريته كما سبق أن أشرنا ؟

رداً على هذا التساؤل أجابت المحكمة الدستورية العليا في مصر بالنفي، تأسيساً على أن هذه النزاعات لا تقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح كما هو الشأن في مجال القطاع الخاص بل تنتهي جمعياً في نتیجتها إلى جهة واحدة وهي الدولة.

ويتضح ذلك من خلال قولها : " وحيث إنه وإن كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ قد نظم صوراً بذاتها كان التحكيم فيها إجبارياً، هي تلك التي تقوم بين الدولة - بتنظيماتها المختلفة - وبين وحداتها الاقتصادية، إلا أن النزاع بين هذه الجهات لا يثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها أو تتعارض توجهاتها، إذ تعمل جميعها باعتبار أن ثمار نشاطها عائدة - في منتهاها - إلى المرافق العامة التي تقوم الدولة على تسييرها، وتكفل انتظامها وتطويرها لضمان وفائها بالأغراض التي ترمي إلى إشباعها، ولا كذلك الأمر إذا كان أحد الأشخاص الطبيعيين طرفاً في ذلك النزاع، إذ لا يجوز أن يدخل في هذا النوع من التحكيم - وعلى ما كان ينص عليه هذا القانون ذاته - إلا بقبوله " (١) .

الخلاصة أن التحكيم الاختياري هو الصورة الأساسية للتحكيم، إلا أنه نظراً لرغبة المشرع في توفير الوقت والجهد والنفقات والتخفيف عن كاهل المحاكم من نظر بعض أنواع من المنازعات، وبخاصة المنازعات التي تثار بين الجهات الإدارية بعضها البعض على اعتبار أنها ليست

د. عزيزة الشريف : التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية ١٩٩٢-١٩٩٣، ص ٥٢ وما بعدها، د. شمس مرغني على : التحكيم في منازعات المشروعات العام، عالم الكتب ١٩٧٤، ص ٤٧٢ وما بعدها، د. خميس السيد إسماعيل : المؤسسات العامة الاقتصادية في الدول العربية، عالم الكتب ١٩٧٨، ص ١٨٥ وما بعدها، د. إبراهيم على حسن : التحكيم في منازعات شركات القطاع العام ما بين الواقع التشريعي والتطور، بحث مقدم إلى المؤتمر الذي عقد في العريش خلال الفترة من ٢٠ إلى ٢٥ من سبتمبر ١٩٨٧ حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، ص ٢٤١ وما بعدها، د. محمود سمير الشرقاوي : دستورية التحكيم في شركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام، مقال منشور في مجلة الدستورية، العدد الخامس، السنة الثانية، أبريل ٢٠٠٤، ص ٨ .

(١) الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية " دستورية "، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، سبقت الإشارة إليه، ص ١٠١ .

خصومات حقيقية تتعارض فيها المصالح للأطراف المتنازعة لأن نتيجتها تؤول في النهاية إلى شخص واحد وهو الدولة، قد يفرض عليهم تحكيمياً إجبارياً، بحيث يعد الوسيلة الوحيدة التي يمكن اللجوء إليها لفض المنازعات الناشئة بينهم.

وبذلك، يكتمل الباب الأول والمتعلق بدراسة ماهية التحكيم. وننتقل الآن إلى الباب الثاني والمخصص لبحث مسألة مدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية للتحكيم في كل من فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون الخليجي .

الباب الثاني

مدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية للتحكيم

إن قابلية حسم منازعة ما عن طريق التحكيم l'arbitrabilité^(١)، إما أن تكون ذاتية أو شخصية، وإما أن تكون موضوعية. فالقابلية الذاتية *ratione personae* هي التي تكون متعلقة بصفة الأطراف؛ أي بالنظر إلى الأشخاص الذين يجوز أو لا يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم دون وضع طبيعة المنازعة في الاعتبار. أما القابلية الموضوعية *ratione materiae* فهي التي تكون متعلقة بموضوع النزاع ومدى قابليته للخضوع للتحكيم على ضوء أحكام القانون الوطني^(٢).

وقد شيد المشرع الفرنسي - كما سنرى - قاعدة حظر التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على مدى القابلية الذاتية، حيث حظر على الدولة وسائر أشخاصها العامة اللجوء إلى التحكيم دون أن يفرق بين المنازعات التي تدخل تحت إطار القانون الخاص، وتلك التي تحكمها قواعد القانون العام.

وعلى العكس، فقد تبنى المشرع المصري مدى القابلية الموضوعية، حيث أجاز صراحة في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٩٤/٢٧ المعدل بالقانون رقم ٩٧/٩ لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في كافة منازعاتهم الناشئة عن العقود الإدارية.

وقد أثارت مسألة مدى قابلية حسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بطريق التحكيم الداخلي الكثير من الجدل في الفقه، كما أحدثت الخلاف في القضاء، ومرجع ذلك أن الطبيعة الموضوعية للعقد الإداري تتأبى على التحكيم وتتنافر معه، وأن محاكم القضاء الإداري هي الجهة الوحيدة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عنه.

(١) انظر :

P. Level, L'arbitrabilité, Rev.arb. 1992., pp.213-240.

(٢) انظر في هذا المعنى :

B. Hanotiau, L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen, JDI 1994., p.899., spéc, pp.902 et s.

وتتنامي هذه المسألة وتصبح أكثر تعقداً إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي، ويرجع السبب في ذلك إلى التطورات التي طرأت على التحكيم الدولي في النصف الثاني من القرن العشرين والمناداة بضرورة استقلال قواعده عن أحكام القانون الداخلي، وإعطاء الغلبة لهذه القواعد في التطبيق عند تعارضها مع القواعد الآمرة في القانون الداخلي. وقد نتج عن هذه التطورات أن أضحت مسألة قابلية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم الدولي بمعزل عن قواعد القانون الداخلي، وأخضعت للاتجاهات السائدة في مجال التحكيم الدولي، وهو الاتجاه الذي وضعه القضاء العادي ورفضه القضاء الإداري.

هذا وسوف نتناول في هذا الباب – بالتفصيل المناسب – اتجاهات القانون الوضعي للدول محل الدراسة بشأن إشكالية خضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي، ووضع هذه المسألة بالنسبة للتحكيم الدولي، وذلك في فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي.

الفصل الثاني : مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي.

الفصل الأول

مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية

لمجال التحكيم الداخلي

إن الوظيفة الأساسية لجهة الإدارة هي العمل على إشباع الحاجات العامة للمواطنين، وتعد الرابطة العقدية إحدى الوسائل الهامة التي تستخدمها الإدارة لتحقيق هذا الغرض، لذلك كان من الطبيعي أن يمنحها المشرع بعض الامتيازات والسلطات غير المألوفة في القانون الخاص في مواجهة المتعاقد معها حتى تتمكن من أداء المهام المنوط بها على أتم وجه.

وإذا كان نظام التحكيم قد تزايد في الآونة الأخيرة في العلاقات الخاصة التي تقوم بين الأفراد العاديين كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم، فإن مدى جوازه بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية الداخلية قد أثار الجدل في الفقه والخلاف في القضاء، نظراً لكون التحكيم يمثل اعتداءً على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصلي بنظر هذه المنازعات طبقاً لنصوص قانونية صريحة، فضلاً عن تعارضه مع خصوصية العقود الإدارية التي تحكمها قواعد مغايرة عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص.

هذا وقد تباينت في ذلك اتجاهات الدول – محل الدراسة – ما بين مؤيد ومعارض، فهناك من أخذ بالاتجاه الذي يضيق الطريق على التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، وهناك من أخذ بالاتجاه الذي يوسع الطريق أمامه، مع مراعاة بعض الشروط في هذا الصدد.

ونحاول في هذا الفصل أن نلقي الضوء على تلك الاتجاهات، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : وضع المسألة في فرنسا.

المبحث الثاني : وضع المسألة في مصر.

المبحث الثالث : وضع المسألة في دول مجلس التعاون الخليجي.

المبحث الأول

وضع المسألة في فرنسا

تعتبر فرنسا مهد التقليد الخاص الذي يحظر التحكيم الداخلي في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. فقد تبنى مشرعها مبدأً عاماً قوامه عدم مشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في كافة منازعاتهم سواء المدنية أو التجارية أو الإدارية.

وقد استند مبدأ الحظر إلى نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم والتي أحلت محلها الآن المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني. وقد اعتبر القضاء الإداري وبعض الفقهاء هذا المبدأ من المبادئ العامة للقانون التي يطبقها القضاء دون حاجة لوجود نص تشريعي يقره.

وقد نتج عن التطبيق الجامد لهذا المبدأ أن تدخل المشرع فيما بعد وأصدر تشريعات أجاز بموجبها حسم بعض صور من منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم.

ومن هنا، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

- المطلب الأول : الأساس القانوني لمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم.
- المطلب الثاني : تأييد القضاء لمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم.
- المطلب الثالث : التخفيف من مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم.

المطلب الأول

الأساس القانوني لبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم

تمثل النصوص التشريعية، والمبادئ العامة للقانون، الأساس القانوني لقاعدة منع لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، وذلك كما يلي :

أولاً : النصوص التشريعية المانعة للتحكيم في العقود الإدارية

لقد اتخذ المشرع الفرنسي موقفاً متشدداً إزاء لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم، متبنياً في ذلك معياراً عضوياً *organique* يتعلق بأطراف النزاع، ويستفاد ذلك من خلال نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر عام ١٨٠٦ والتي أحلت محلها المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي رقم ٧٢ - ٦٢٦ الصادر بتاريخ ٥ من يوليو عام ١٩٧٢ .

١ - المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم

لقد ظلت المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم لفترة طويلة من الزمن الوجهة التشريعية *la façade législative* ^(١) المانعة للجوء إلى التحكيم بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها. فقد حظرت المادة ١٠٠٤ التحكيم في المنازعات الواجب إبلاغها إلى النيابة العامة ^(٢)، وتكفلت المادة ٨٣ بتحديد المنازعات التي يجب أن تبلغ النيابة العامة بشأنها في المنازعات التي تتعلق بالنظام العام، وبالدولة، وبالدوميين، وبالبلديات، وبالمؤسسات العامة ^(٣).

^(١) انظر في هذا المعنى :

F. Gazier, concl. sous C.E., 13 décembre 1957, sté nationale de vente de surplus., D. 1958., p. 517., spéc, p.518.

^(٢) انظر نص المادة ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم وهي كالتالي :

" On ne peut compromettre sur (....) aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public ".

^(٣) انظر نص المادة ٨٣ من قانون الإجراءات المدنية القديم وهي كالتالي :

" Les causes (....) qui concernent l'ordre public, l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics ".

ويرد على هاتين المادتين ملاحظتين :

الأولى : لقد تبنت هاتان المادتان معيارين؛ أحدهما : عضوي، والآخر : إجرائي. فالمعيار العضوي يتجسد في أطراف النزاع؛ بمعنى أنه إذا كانت الدولة أو أحد أشخاصها العامة المحددين في نص المادة ٨٣ طرفاً في نزاع ما، فهذا من شأنه كافياً للقضاء بعدم مشروعية لجوئهم إلى التحكيم بغض النظر عن طبيعة المنازعة ذاتها ^(١). أما المعيار الإجرائي فيتمثل في الإجراءات الخاصة الواجب اتباعها في الدعاوى التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها، فهذه الدعاوى يجب أن تبلغ النيابة العامة بشأنها ^(٢).

الثانية : لقد تبنى المشرع الفرنسي في هاتين المادتين فكرة الحماية الخاصة *la protection spéciale* ^(٣) للدولة وأشخاصها العامة؛ بمعنى أن الدعاوى المتعلقة بالدولة أو أحد أشخاصها العامة المحددين في نص المادة ٨٣ ينبغي إبلاغ النيابة العامة بشأنها لكي تتمكن من إبداء الطلبات *prendre les << réquisitions >> ou << conclusions >>* التي تبين فيها وجه المصلحة العامة ^(٤).

ولقد انتقد بعض الفقهاء نص المادة ٨٣ المذكورة تأسيساً على أنها قد حددت الأشخاص المعنوية العامة التي يحظر عليهم اللجوء إلى التحكيم على سبيل الحصر، ولم تستند في ذلك إلى أنواع قانونية معينة أو تقسيم قانوني معين ^(٥)، مما ترتب على ذلك تجاهلها لبعض الأنواع التي لم تكن

(١) انظر :

Y. Gaudemet, L'arbitrage; Aspect de droit public. État de la question., Rev.arb. 1992., p.241., spéc, p.245.

(٢) انظر :

H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., pp.55 et s.

(٣) راجع :

J. Rivero, Personnes morales de droit public et arbitrage, Rev.arb. 1973., p.263., spéc, p.268.

(٤) راجع :

H. Motulsky, *Ibidem*.

(٥) راجع :

A. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J. 1997., p.38.

تتمتع بالشخصية المعنوية وقت وضع قانون الإجراءات المدنية عام ١٨٠٦ مثل المقاطعات^(١).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنها عجزت عن ملاحقة التطورات الهامة التي لحقت بالمؤسسات العامة، خاصة في الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية، تلك الفترة التي أفرزت إلى جوار المؤسسات العامة التقليدية والتي يطلق عليها المؤسسات الإدارية، مؤسسات من نوع جديد هي المؤسسات العامة الصناعية والتجارية^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أنه قد نتج عن هذا التطور في مفهوم المؤسسات العامة، حدوث انقسام في الرأي بين الفقه والقضاء حول مدى امتداد الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم على هذا النوع الجديد من المؤسسات العامة.

ومما زاد من صعوبة هذه الإشكالية أن قوانين التأمين في فرنسا التي صدرت أعقاب الحرب العالمية الثانية قد أخذت موقفاً متبايناً يدعو إلى الاستغراب والدهشة بخصوص خضوع هذا النوع الجديد من المؤسسات

(١) ومن نافذة القول إن المقاطعات قد اكتسبت الشخصية المعنوية بمقتضى الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة بتاريخ ٧ من أغسطس ١٨٣٤ .
راجع :

D. Pouyaud, La nullité des contrats administratifs, préface de P. Weil, L.G.D.J. 1991., p.188., note (25).

ويلاحظ في هذا الصدد أيضاً أنه بالرغم من أن المقاطعات لم تكن مذكورة ضمن الأشخاص العامة المحظور عليهم اللجوء إلى التحكيم في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم، إلا أن مجلس الدولة قرر في حكمه الصادر في قضية Clouzard بتاريخ ١٧ من يوليو عام ١٨٩٦ سريان هذا الحظر عليها تأسيساً على عدم إمكانية مخالفة قواعد الاختصاص المحددة بواسطة القانون.

" Cons., D'un part, qu'il n'appartient pas aux départements de déroger aux règles de compétence établies par la loi .

C.E., 17 juillet 1896, Clouzard c/ département de l'Yonne, Rec., p.584.

(٢) حيث إنه في أعقاب الحرب العالمية الثانية وصدور قوانين التأمين في فرنسا، حدثت تطورات جذرية في الحياة الاقتصادية والقانونية، أدت إلى ظهور أنواع جديدة من المؤسسات العامة أحدثت تغيرات في المفهوم التقليدي لها. وقد أدت تلك التطورات إلى وجود نوعين من المؤسسات العامة؛ مؤسسات عامة إدارية (E.P.A.)، ومؤسسات عامة صناعية وتجارية (E.P.I.C.). فالمؤسسات العامة الإدارية تدار عن طريق منظمة عامة agent public، وتخضع لقواعد الحسابات العامة compatibilité publique، بينما تدار المؤسسات العامة الصناعية والتجارية عن طريق منظمة خاصة agent privé وفقاً لقانون العمل، وتخضع لقواعد الحسابات التجارية compatibilité commerciale، ولذات القواعد الضريبية للمشروعات الخاصة.

راجع في ذلك :

G. Braibant, B. Stirn, Le droit administratif français, presses de sciences PO et Dalloz 1999., 5 éd, p.118.

العامة إلى التحكيم. فمن ناحية، قد حظرت هذه القوانين على المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم، ومن ناحية أخرى فرضت عليها تحكيمياً إجبارياً. ويسوق الفقه الفرنسي المثال النموذجي لذلك والمتعلق بمرفقي الغاز (G.D.F) والكهرباء (E.D.F)، فقد كان يحظر على هذين المرفقين إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع عملائهما، هذا من جانب ومن جانب آخر، فإن المادة ١٨ من القانون رقم ٤٦ - ٦٢٨ الصادر بتاريخ ٨ من ابريل عام ١٩٤٦ والخاص بتأميم هاتين الشركتين قد فرضت تحكيمياً إجبارياً بالنسبة للمنازعات الناتجة عن عملية التأميم، علاوة على أن المادة ٤٥ من ذات القانون قد نصت على خضوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ فيما بعد بين المؤسسات التي أنشئت وفقاً لأحكام هذا القانون إلى التحكيم^(١).

وبالرغم من التباين في النظام القانوني بين المؤسسات العامة الإدارية والمؤسسات العامة الصناعية والتجارية والتي تقترب في طبيعتها إلى المشروعات الخاصة أكثر من اقترابها من المؤسسات العامة^(٢)، مما قد ينتج عنه إمكانية لجوءها إلى التحكيم، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر في حكمه الصادر عام ١٩٥٧ أن الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية ينطبق حكمه على كافة المؤسسات العامة ومنها المؤسسات العامة الصناعية والتجارية^(٣).

وقد رفض جمهور الفقه في فرنسا اتجاه مجلس الدولة هذا على اعتبار أنه قد مد الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية القديم على هذا النوع الجديد من المؤسسات العامة بالرغم من عدم وجودها وقت وضع هذا القانون. كما أن تلك المؤسسات تتسم بنظام خاص^(٤)، يغير في طبيعته ذلك الذي تتمتع به غيرها من المؤسسات العامة (المؤسسات العامة الإدارية)،

(١) راجع :

A. Mestre, Les établissements publics industriels et commerciaux et recours à l'arbitrage (L'apport de l'art. 7 de la loi 75-596 du 9 juillet 1975), Rev.arb. 1976., p.3., spéc, p.10.

(٢) انظر :

P. Durand, Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends de droit privé intéressant les établissements publics de caractère industriel ou commercial., Dr. soc. 1949., p.325., spéc, p.326.

(٣) انظر لاحقاً ص ٢٠٧ وما بعدها.

(٤) انظر :

H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.109.

وبهذه الصفة تخرج من نطاق الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم^(١)، وتطبق بشأنها الأحكام الواردة في نص المادة ٦٣١ من القانون التجاري الصادر بتاريخ ٣١ من ديسمبر عام ١٩٢٥^(٢).

وفي هذا الإطار يشير الفقيهان Mazeaud et Vedel إلى أن الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم لا ينطبق حكمه على المؤسسات العامة الصناعية والتجارية، ليس فقط بسبب عدم وجود هذا النوع من المؤسسات العامة وقت وضع قانون الإجراءات المدنية القديم، ولكن بسبب وجود المادة ٦٣١ من القانون التجاري والتي تعترف بقدرة هذه المؤسسات على اللجوء إلى التحكيم لأنها تمارس أعمالاً تجارية^(٣).

٢- المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني

لقد ألغيت المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية بموجب نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي والتي جرى نصها كالتالي : " لا يجوز الاتفاق على التحكيم بالنسبة (....) أو بشأن المسائل المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة، وبوجه عام في كل المسائل ذات الصلة بالنظام العام ".

(١) راجع :

A. de Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J. 1956., T.III, p.285.

وفي ذات الاتجاه :

- J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, L.G.D.J. 1975., 2^e éd, t.I, p.32.

- P. Durand, art.préc., pp.325-327.

(٢) ومن الجدير الإشارة إليه في هذا المقام أن المادة ٦٣١ من القانون التجاري قد ألغيت بموجب المادة ٣ من قانون ١٧ من ديسمبر عام ١٩٩١، ثم جاءت المادة ٤/٤١١ من قانون تنظيم السلطة القضائية الصادرة بموجب المادة ١٢٧ من القانون رقم ٢٠٠١-٤٢٠ بتاريخ ١٥ من مايو عام ٢٠٠١ واسترجعت الأحكام التي كانت واردة في نص المادة ٦٣١. راجع للمزيد من التفاصيل :

Ph. Fouchard, La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001, Rev.arb. 2001., p.397., spéc, p.399.

(٣) راجع :

L. Mazeaud, G. Vedel, Électricité de France et Gaz de France ont-ils capacité de compromettre ?, CJEG 1950., pp.224-241.

ويستفاد من نص المادة ٢٠٦٠ – سالفه الذكر – أن المشرع الفرنسي قد استرجع نفس الحظر الذي سبق وأورده في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ دون أن يحدث أي تغيير أو تعديل في موقفه الرامي إلى حظر التحكيم بالنسبة للمنازعات التي تكون أحد الأشخاص العامة طرفاً فيها.

وفي هذا الإطار يشير الفقيه Patrikios إلى أن : " المشرع حين وضع نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي كان لا يرغب في إحداث أي نوع من التغيير أو التعديل فيما نصت عليه المادتان ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم، وإنما مجرد استرجاع ذات الحظر الذي كان وارداً في نص هاتين المادتين. ولا أدل على ذلك من أن رئيس لجنة القوانين السيد Foyer قد ذكر أن نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ قد نسخت إلى نص المادتين ٢٠٥٩ ، ٢٠٦٠ من القانون المدني، وأن هاتين المادتين الأخيرتين لم يحصل بشأنهما أية مناقشات أثناء وضعهما، سواء أمام الجمعية الوطنية، أو أمام مجلس الشيوخ " (١).

وإذا أجرينا مقارنة بسيطة بين نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم، ونص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي نلاحظ الآتي :

١- إن المنع الذي كان وارداً في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم كان مرتبطاً بأطراف النزاع، والإجراءات الخاصة الواجب اتباعها في الدعاوى التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها (إبلاغ النيابة العامة)، أما المنع الوارد في نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني فيرتبط فقط بأطراف النزاع، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد تخطى نهائياً عن فكرة الحماية الخاصة التي تبناها في قانون الإجراءات المدنية القديم، حيث لم يشر إليها في المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني، وبذلك أصبحت الدعاوى التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها ترفع مباشرة دون إبلاغ النيابة العامة (٢).

(١) راجع :

A. Patrikios, op.cit., pp.37 et s.

وانظر أيضاً في نفس المعنى :

- M. Storme, L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev.arb. 1978., p.113., spéc, p.125.

- Y. Gaudemet, L'arbitrage; Aspect de droit public. État de la question, art.préc., pp.244 et s.

(٢) Ch. Jarrosson, L'arbitrage en droit public, AJDA 1997., p.16., spéc, p.16.

٢- تعتبر صياغة نص المادة ٢٠٦٠ مدني أكثر انضباطاً من صياغة نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم؛ ذلك أن هاتين المادتين – كما سبق أن بينا – قد حددت الأشخاص المحظور عليهم اللجوء إلى التحكيم دون أن تستند في ذلك إلى تقسيم قانوني معين، هذا خلافاً لنص المادة ٢٠٦٠ والتي اقتربت كثيراً من هذه الفكرة^(١).

٣- بالرغم من القول إن صياغة نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني تعتبر أكثر انضباطاً من صياغة نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم، إلا أنها قد جاءت معيبة من ناحية عدم ذكرها للدولة صراحة ضمن الأشخاص المعنوية العامة المحظور عليهم اللجوء إلى التحكيم^(٢)، مما قد يفتح المجال أمام التشكيك في مدى سريان الحظر الوارد فيها على الدولة. فالمشرع الفرنسي قد ذكر الجماعات العامة والمؤسسات العامة كأشخاص يحظر عليهم اللجوء إلى التحكيم بخصوص المنازعات الخاصة بهم، ولم يذكر الدولة ضمنهم والتي لا تدخل، لا ضمن مفهوم الجماعات العامة، ولا ضمن مفهوم المؤسسات العامة، بل تصنف في مجموعة واحدة بذاتها ولا تشمل سواها، وتكون على رأس كل الأشخاص المعنوية العامة الأخرى^(٣). غير أنه يكاد ينعقد إجماع الرأي في الفقه الفرنسي على أن الحظر الوارد في نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني يسري أيضاً على الدولة تأسيساً على روح المنع الوارد بها^(٤). كما أن مبدأ الحظر لا يجد أساسه فقط في النصوص التشريعية، وإنما أيضاً في المبادئ العامة للقانون كما سيتضح من خلال الموضع التالي.

(١) انظر :

J. Rivero, Personnes morales de droit public et arbitrage, art.préc., p.266.

(٢) راجع :

Ch. Debbasch, J.-C. Ricci, Contentieux administratif, Dalloz 1994., 6^e éd, p.232.

(٣) انظر :

G. Braibant, B. Stirn, op.cit., pp.53 et s.

(٤) انظر على سبيل المثال :

-D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, Rev.arb. 1990., p.3., spéc, p.14.

-M. de Boissésou, Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi 19 août 1986, Rev.arb. 1987., p.3., spéc, p.5.

-L. Bouony, Les personnes morales de droit public et l'arbitrage, in Les Entreprises Tunisiennes et l'arbitrage commercial international, C.E.R.P. coll. 2,3,4 novembre 1981, p.247., spéc, pp.251 et s.

-P. Level, L'arbitrabilité, art.préc., p.239.

-A. Patrikios, op.cit., p.38.

ثانياً : المبادئ العامة للقانون كأساس لمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم

لا تعد المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني – كما سبق القول – الأساس الوحيد لمبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، وإنما يجد هذا المبدأ أساسه كذلك في المبادئ العامة للقانون.

فقد ذهب مفوض الحكومة Gazier في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة بشأن قضية S.N.V.S. إلى القول بأن : " من المؤكد أن المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية [القديم] لا يمثلان الأساس الحقيقي لمبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم، وإنما يعدان فقط بمثابة واجهة تشريعية للمبادئ العامة للقانون التي لم يكن من العادة – قديماً – الاستناد إليها دون ربطها بنصوص تشريعية صريحة، ومن ثم لا ينبغي أن نخدعنا هاتين المادتين بحيث تقودنا إلى القول إنها تشكل الدعامة الحقيقية لمبدأ الحظر. فهذا المبدأ ثابت اليوم بأحكام القضاء ويكون بمعزل عن كل تأكيد تشريعي، ويشمل مداه كافة منازعات الأشخاص العامة سواء المدنية أو الإدارية أو التجارية " (١).

ويعتبر ما ورد في تقرير مفوض الحكومة Gazier تجسيداً لحالة القانون الوضعي الفرنسي في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية وما بعدها، إذ إنه في الفترة السابقة على قيام الحرب العالمية الثانية كان لا يمكن للقاضي الإداري اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون دون ربطها بنصوص قانونية صريحة، ومن ذلك : مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي أكد عليه قانون ١٧-٣ من مارس عام ١٧٩١ (٢)، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية non-rétroactivité des actes administratifs الناتج عن المادة الثانية من القانون المدني (٣)، ومبدأ حجية الشيء المقضي به المستخلص من المادة ١٣٥١ من القانون المدني (٤).

ومع انتهاء الحرب العالمية الثانية، وتحديداً في ٢٦ من أكتوبر عام ١٩٤٥ بموجب حكم Aramu بدأ القاضي الإداري في تطبيق المبادئ

(١) راجع :

F. Gazier, concl.préc., pp.518 et s.

(٢) C.E., 5 mars 1915, Syndicat des bouchers et charcutiers de l'arrondissement de Vire, Rec., p.56.

(٣) C.E., 10 août 1918, Sieur Arnaud, Rec., p.837.

(٤) C.E., 8 novembre 1932, Sieur La Fay, Rec., p.920.

العامة للقانون حتى لو لم ترد صراحة في نصوص قانونية^(١). ومنذ ذلك الحين لم تعد المبادئ العامة للقانون في حاجة إلى التأكيد عليها صراحة بنصوص قانونية، وإنما أضحت هي في حد ذاتها تكفي لأن يستند إليها القاضي الإداري دون ربطها بأي نص قانوني.

ولقد لاقت فكرة المبادئ العامة للقانون كأساس لقاعدة حظر اللجوء إلى التحكيم رواجاً لدى الفقه^(٢)، وفي قضاء مجلس الدولة^(٣)، على اعتبار أنها مصدراً من مصادر المشروعية التي يتعين على الإدارة احترامها والالتزام بها وعدم الخروج على أحكامها بطريق الاتفاق. ومن هذه المبادئ، مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، وفكرة النظام العام.

١ - حظر التحكيم استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية

من المتعارف عليه أن القانون الوضعي الفرنسي يميز بين نوعين من العلاقات؛ الأولى : علاقات خاصة تقوم بين الأفراد العاديين، وهذه العلاقات تحكمها قواعد القانون الخاص بفروعه المختلفة، وتخضع المنازعات الناشئة عنها لاختصاص القضاء العادي. أما النوع الثاني : علاقات يكون أحد أطرافها شخص عام بوصفه سلطة عامة، وهذا النوع يخضع لقواعد القانون العام، ولاختصاص القضاء الإداري.

وقد نتج هذا المفهوم عن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، هذا المبدأ الذي وضعه رجال الثورة الفرنسية بمقتضى المادة ١٣ من الباب الثاني من قانون ١٦ - ٢٤ أغسطس عام ١٧٩٠، والذي تم

(١) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة :

" (...) ainsi d'ailleurs que des principes généraux du droit applicable même en l'absence de texte (...). "

C.E., 26 octobre 1945, Sieur Aramu, Rec., p.213.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- B. Pacteau, Arbitrage en droit administratif, J.-Cl. pr.civ. fasc. 1048, spéc, n° 23.

- J. Ribs, Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, JCP 1990., 3465., spéc, n° 19.

- P. Level, Une première retouche au droit de l'arbitrage (loi n° 72-626 du 5 juillet 1972), JCP 1972., I.2494., spéc, n° 9.

- Y. Gaudemet, l'arbitrage; Aspect de droit public. État de la question, art.préc., p.245.

(٣) انظر لاحقاً ص ٢٠٨.

التأكيد عليه في مادة وحيدة في مرسوم ١٦ فريكتيدور للسنة الثالثة، والذي يقوم على ضرورة التمييز والفصل بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية، ومنع تدخل القضاء العادي في أعمال الإدارة. وقد ترتب على تطبيق هذا المبدأ ضرورة وجود قضاء يختص بنظر المسائل التي تكون الإدارة طرفاً فيها، فتم إنشاء مجلس الدولة الفرنسي بموجب المادة ٥٢ من دستور ٢٢ فريمر للسنة الثانية. صحيح أن مجلس الدولة الفرنسي كان في بادئ الأمر بمثابة مجلس استشاري للإدارة، إلا أنه تحول بعد ذلك إلى القاضي العام للمنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية^(١).

(١) ففي بادئ الأمر كان اختصاص مجلس الدولة الفرنسي وفقاً لنص المادة ٥٢ من دستور فريمر للسنة الثانية الصادر بتاريخ ١٣ من ديسمبر عام ١٧٩٩ محصوراً في إعداد مشروعات القوانين واللوائح الإدارية، واقتراح الحلول على الإدارة لحل المنازعات الإدارية، بحيث يكون القرار النهائي بيدها. وقد أطلق الفقه الفرنسي على هذه المرحلة، مرحلة القضاء المحجوز la justice retenue. ثم صدر بعد ذلك مرسوم ٢٣ من أغسطس لسنة ١٨١٥ بشأن إعادة تنظيم مجلس الدولة ولكنه لم يحمل بين طياته أي تغيير يذكر في هذا الشأن. وفي خلال أعوام ١٨٣٥، ١٨٣٦، و ١٨٣٧ قدمت عدة مشروعات قوانين إلى مجلس النواب بهدف إعطاء مجلس الدولة الفرنسي سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية وتحويله من مرحلة القضاء المحجوز إلى مرحلة القضاء المفوض، ولكن مجلس النواب تبنى بأغلبية ضعيفة نظام القضاء المحجوز. وفي عام ١٨٤٩ صدر قانون ١٣ من مارس لسنة ١٨٤٩ متبنياً نظام القضاء المفوض لمجلس الدولة، وأصبح بذلك يصدر أحكاماً نافذة باسم الشعب الفرنسي، واستمر الحال هكذا حتى جاء عام ١٨٥٢ والذي استرجع فيه نابليون الثالث الدور الاستشاري لمجلس الدولة مرتداً بذلك إلى مرحلة القضاء المحجوز.

وفي عهد الجمهورية الثالثة صدر قانون ٢٤ من مايو عام ١٨٧٢ وأعطى لمجلس الدولة سلطة الفصل في المنازعات الإدارية، وانتقل بذلك مرة ثانية من مرحلة القضاء المحجوز إلى مرحلة القضاء المفوض.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه بالرغم من أن اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في هذه المرحلة كان مقيداً بما يعرف بنظرية "الوزير القاضي" والتي كان بمقتضاها لا ينعقد الاختصاص لمجلس الدولة إلا بعد لجوء صاحب الشأن أولاً إلى الوزير المختص وذلك في الحالات التي حددها القانون، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر في حكمه الصادر في قضية Cadot بتاريخ ١٣ من ديسمبر عام ١٨٨٩ إمكانية رفع الدعاوى الإدارية مباشرة إلى مجلس الدولة دون اشتراط أخذ موافقة أو إذن الوزير المختص، ومنذ ذلك الحين اختفت نظرية الوزير القاضي.

وفي عام ١٩٤٥ صدر مرسوم ٣١ من يوليو لسنة ١٩٤٥ وأسبغ على مجلس الدولة صفة القاضي العام في المنازعات الإدارية، ويتضح ذلك جلياً من نص المادة ٣٢ والتي جرى نصها كالتالي :

" Le conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge du droit commun en matière administrative ".

ومنذ ذلك الحين ومجلس الدولة الفرنسي هو صاحب الاختصاص الأصيل بنظر كافة المنازعات الإدارية، ومنها ذات الطبيعة التعاقدية.

انظر في تفاصيل ذلك :

V. Wright, Le conseil d'État sous le second empire, Armand Colin 1972., pp.19 et s ; L. Trotaulas, Manuel de droit public et administratif, L.G.D.J. 1984., pp.163 et s ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, Armand Colin 1998., 6^e éd, pp.30 et s ; M.- ch. Kessler, Le conseil d'État, Armand Colin 1968., pp.27 et s.

وقد استند غالبية فقه القانون العام في فرنسا إلى ذلك المبدأ لتقرير مبدأ حظر لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم على اعتبار أن القواعد التي تنظم توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تعد من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام^(١) والتي لا يجوز للإدارة الاتفاق على ما يخالفها^(٢). كما أنه إذا كانت الإدارة ترفض من حيث المبدأ أن تخضع لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي، فإنه من باب أولى أن ترفض الخضوع لقضاء التحكيم والذي لا يدخل في التنظيم القضائي للدولة^(٣).

فيذهب العلامة الفرنسي Laferrière إلى القول : إن التحكيم لا يجد مكاناً له بين العقود التي تبرمها الدولة، ذلك أنه ومن حيث المبدأ لا يمكن للدولة أن تخضع الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تبرمها للمحكّمين وما قد يسفر عنهم من نتائج احتمالية؛ فاعتبارات النظام العام تقتضي بالألا تخضع الدولة إلا للقضاء المنظم بواسطة القوانين، علاوة على أن القواعد التي تنظم توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تعد من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها^(٤).

(١) انظر في هذا المعنى ما ورد في تقرير مفوض الحكومة Lindon المقدم إلى محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ١٦ من يناير عام ١٩٦٧، إذ يذكر :

" que l'attitude des parties est sans influence sur la détermination des compétences respectives des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif laquelle relève de l'ordre public ".

R. Lindon, concl. sous T.C., 16 janvier 1967, Soc. du Vélodrome du Parc des Princes c/ Ville de Paris, D. 1967 p.416., spéc, p.420.

(٢) وفي هذا المعنى قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٦ من نوفمبر عام ١٩٧٨ بأن :

" Cons. qu'une telle convention ne peut modifier la répartition des compétences entre les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif ".

T.C., 6 novembre 1978, Préfet des Alpes-Maritimes, RDP 1979., p.942.

وانظر كذلك الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩ من يونيو عام ١٩١٨، إذ قضى :

" L'art. 14 prévoit que toutes les contestations seront jugées administrativement et que, **si cette dernière clause ne pouvait être par elle-même attributive de compétence**, elle n'en a pas moins pour effet d'indiquer la commune intention des parties en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles ".

C.E., 19 juin 1918, sté des voiliers français, Rec., p.597.

(٣) J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, L.G.D.J. 1999., p.203.

(٤) E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris 1888., t.2, pp.145-146., cité par A. Patrikios, op.cit., p.28.

ويؤيد الفقيه Laubadère ما ذهب إليه العلامة Laferrière، إذ يرى أن قواعد توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام، وهذه القواعد تعطي قيمة إجبارية لاختصاص القضاء الإداري، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. وبالتالي إذا كان من غير الجائز – في الأساس – أن يتفق الأطراف على خضوع المنازعات التي يختص بها القاضي الإداري إلى القاضي العادي، فإنه من باب أولى لا يجوز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بخصوص المنازعات التي يختص بها القاضي الإداري⁽¹⁾.

وذا اتجه سار عليه أيضاً الفقيه Rivero، حيث يرى أن قبول التحكيم في المنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية من شأنه المساس بطريقة غير مباشرة بالقواعد المتعلقة بتوزيع الاختصاصات القضائية، ويتحقق ذلك حال ممارسة الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم أو على أعمال المحكمين. ذلك أن من شأن اللجوء إلى التحكيم قد ينتج عنه تخويل القاضي العادي ممارسة الرقابة القضائية على الأعمال الصادرة عن المحكمين، وقد تكون هذه الأعمال صادرة بخصوص منازعة من طبيعة إدارية يختص بها القاضي الإداري، مما يؤدي إلى إخراج النزاع من اختصاص قاضيه الطبيعي وعرضه على القاضي العادي⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن لجوء الإدارة إلى التحكيم – وفقاً لما انتهى إليه غالبية فقه القانون العام الفرنسي – يشكل اعتداءً على اختصاص القاضي الإداري، وبالتالي على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، ويحمل في باطنه نتائج ضارة تتمثل في ضعف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة؛ لأن المحكم لا يستطيع ممارسة رقابة فعالة على أعمال الإدارة كتلك التي يمارسها القاضي الإداري. وهذا ما عبر عنه الفقيه Collavet بقوله: إن القضاء الإداري يمارس رقابة أكثر دقة من المحكمين على أعمال الإدارة وقبول التحكيم في هذه المنازعات سيكون له نتائج سلبية على مبدأ فصل السلطات⁽³⁾.

(1) A. de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J. 1953., p.279.

(2) J. Rivero, Personnes morales de droit public et arbitrage, art.préc., p.270.

(3) F. Collavet, De l'arbitrage dans les procès où sont parties les personnes publiques., (Article 69 de la loi du 17 avril 1906), RDP 1906., p.472., spéc, p.477.

وترتيباً على ما تقدم، فإن الأساس الحقيقي لمبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية، واحتلال التحكيم لمكانة متواضعة في القانون العام الفرنسي، يكمن في اختصاص القاضي الإداري بنظر هذه المنازعات، وعدم قدرة الأشخاص العامة على تبديل قواعد توزيع الاختصاص بطريق الاتفاق لتعلق الأمر بالنظام العام الداخلي^(١).

وفي هذا الإطار يذكر الأستاذ Ducarouge : " يحتل التحكيم مكانة متواضعة جداً في القانون العام الفرنسي نظراً لارتباط الأمر بمسألة أساسية تتعلق بتوزيع الاختصاصات القضائية. فالقاضي الإداري المختص أصلاً بنظر النزاع يجد نفسه مستبدلاً بمحكم يختاره الأطراف، مما يمثل اعتداءً على اختصاصه الأصلي وهذا ما لا يمكن قبوله، حتى لو كانت إجراءات التحكيم من طبيعة قضائية أو كان الحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي " ^(٢).

٢ - فكرة النظام العام كأساس لمنع التحكيم

تعد فكرة النظام العام من الأفكار المحورية التي استند إليها الاتجاه المناهض لتطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها^(٣). فإذا كانت قواعد توزيع الاختصاص القضائي – كما سبق أن أوضحنا – تعد من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام، فإن القواعد التي تحكم الروابط القانونية التي تكون الدولة وسائر أشخاصها العامة طرفاً فيها، ومن بينها العقود الإدارية، تتعلق هي الأخرى بالنظام العام، ومن ثم فلا يجوز الالتجاء إلى التحكيم بشأن المنازعات المتولدة عن تلك الروابط .

^(١) وفي هذا الإطار يذكر مفوض الحكومة روميو في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة عام ١٨٩٣ أن :
" Les ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse, parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies " .

J. Romieu, concl. sous C.E., 17 mars 1893, Chemins de fer du Nord, S. 1894. 3. p.119.

^(٢) وفي هذا الصدد يذكر :

" La place très modeste de l'arbitrage dans le droit public français tient à des raisons de principe: le juge normalement compétent se trouve remplacé par un arbitre choisi par les parties puisqu'une instance arbitrale est une juridiction (...); la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée " .

F. Ducarouge, art.préc., p.88.

^(٣) انظر :

Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op.cit., p.333.

وتوضيح ذلك؛ إذا كان النظام العام – وفقاً لما انتهى إليه غالبية الفقهاء الفرنسيين – هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(١)، وإذا كانت الغاية الأساسية التي يرمي إليها العقد الإداري هي تحقيق الصالح العام من خلال إشباع الحاجات العامة للمواطنين، مما ينبني على ذلك أن القواعد الخاصة بهذه العقود تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام^(٢). وبالتالي لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم بشأن المنازعات التي تتولد عنها؛ نظراً لأن التحكيم غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

وعلى هذا الأساس، فإن التعارض المنهجي بين التحكيم والدعوى الإدارية – كما يصوره الفقيه Pacteau – يتجسد في فكرة حماية المصلحة العامة^(٣)، والتي من متطلباتها – وفقاً لرأي الفقيه Motulsky – حظر لجوء الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام إلى قضاء آخر غير القضاء الوطني^(٤)، حتى نتحاشى إهمال هؤلاء في الدفاع عن المصلحة العامة المكلفة بها على حد تعبير مفوض الحكومة Gazier^(٥).

(١) ومن الجدير الإشارة إليه أن الفقه قد حاول من جانبه وضع تعريف محدد للنظام العام، بيد أن محاولته قد باءت بالفشل نظراً لانسجام هذه الفكرة بالمرونة والتغيير تبعاً لتغير الزمان والمكان، فما يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في دولة ما لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، وما يعتبر من النظام العام في دولة ما لا يعتبر كذلك في وقت آخر. غير أن جمهور الفقه الفرنسي قد انتهوا في تعريفهم له بأنه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. راجع بالتفصيل حول هذا الموضوع :

J.-B. Racine, op.cit., pp.7 et s.

(٢) انظر :

S. Pautot, Le recours à l'arbitrage dans les marchés de bâtiments et de travaux publics, Moniteur des travaux publics, 15 août 1977, p.11., spéc, p.12.

(٣) وفي هذا الصدد يذكر :

" l'idée d'une incompatibilité systématique entre l'arbitrage et l'action administrative, à raison des impératifs de protection des intérêts publics ".

B. Pacteau, Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la loi du 19 août 1986, LPA. 8 octobre 1986, n° 121, p.12., spéc, p.12.

(٤) وفي هذا الصدد يذكر :

" Il est possible que l'intérêt social s'oppose à ce que le litige soit abordé par des juges autres que ceux << institués par la loi >> ".

H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.65.

(٥) وفي هذا الصدد يذكر :

" (...) d'éviter que les collectivités publiques (...) négligent dans la défense des intérêts publics qu'elles ont en charge les garanties que seule cette justice [la justice d'Etat] (...) ".

F. Gazier, concl.préc., p.517.

وبذلك، إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية يعد المصدر الأساسي لمنع لجوء الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام إلى التحكيم، فإن هذا المنع يرجع كذلك إلى فكرة النظام العام والتي تجسدها فكرة المصلحة العامة.

وفي هذا الإطار يشير الفقيه Foussard^(١) إلى أن : " مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم يمكن تحليله – على ما يبدو لنا – بأنه قاعدة الهدف منها إخراج فئة من الأشخاص، وهم الدولة والجماعات العامة من الشريعة العامة للتحكيم (....) على اعتبار أنهم مكلفين بالعمل على تحقيق المصلحة العامة، مما يلزم إبعادهم عن مواجهة الأخطار الناجمة عن لجوئهم إلى التحكيم ".

٣- القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون المانعة من اللجوء إلى التحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى أن النصوص التشريعية لا تعد الأساس الوحيد لمبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، فهذا المبدأ يجد أساسه كذلك في المبادئ العامة للقانون. وبالتالي يثار التساؤل عن القيمة القانونية لهذه المبادئ، وما إذا كانت لها قوة دستورية، ومن ثم لا يجوز الخروج عنها إلا بتغيير الدستور نفسه، أم لها قوة القانون، وبالتالي يمكن مخالفتها بموجب نص تشريعي صريح يقر التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟

في المرحلة السابقة على صدور دستور ١٩٥٨ استقر الرأي في فرنسا^(٢) على أن المبادئ العامة للقانون لها قيمة أعلى من القرارات الإدارية، وأقل من قيمة الدستور، ومن ثم فهي تقع في منطقة القانون؛ أي يكون لها نفس مرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية. ويترتب على

(١) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Foussard :

" en l'état du droit positif, l'interdiction de compromettre s'analyse, nous semble-t-il, comme une règle visant à soustraire une catégorie de personnes – l'Etat et les collectivités publiques – au droit commun de l'arbitrage, (...), du fait des intérêts publics dont elles ont la charge et ce sont eux qui, mis en regard avec les risques de l'arbitrage, sont à l'origine de la prohibition ".

D. Foussard, l'arbitrage en droit administratif, art.préc., pp.14 et s.

(٢) انظر :

A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, op.cit., p.590.

ذلك نتيجة منطقية مفادها عدم جواز مخالفة الإدارة لمبدأ من المبادئ العامة للقانون، وإمكانية الخروج عن هذه المبادئ بموجب نص تشريعي. وبتطبيق هذه النتيجة على الإشكالية محل البحث يستخلص أنه لا يجوز للإدارة الاتفاق على التحكيم إلا إذا وجد نص قانوني صريح يجيز ذلك.

وبصدور دستور ١٩٥٨ وإنشاء المجلس الدستوري في الباب السابع منه بدأ هذا الاتجاه السابق يأخذ منحى آخر، نتيجة صدور بعض القرارات من المجلس الدستوري أضفى فيها على بعض المبادئ العامة للقانون قيمة دستورية، كمبدأ حرية إنشاء الجمعيات *la liberté d'association*^(١)، ومبدأ حرية التعليم *la liberté de l'enseignement*^(٢)، ومبدأ استقلال أساتذة التعليم العالي^(٣)، ومبدأ استقلال القضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بحماية الملكية العقارية^(٤).

وترتب على هذا الاتجاه الجديد الذي وضعه المجلس الدستوري والذي يقوم على التمايز بين نوعين من المبادئ العامة؛ مبادئ عامة ذات قيمة دستورية وأخرى ذات قيمة تشريعية، ضرورة البحث عن القيمة القانونية التي يحتلها اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية بوجه عام، وأثر ذلك على مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم بصدد منازعات العقود الإدارية بوجه خاص.

أ- القيمة القانونية لاختصاصات القضاء الإداري

لقد خلع المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية على اختصاص القضاء الإداري بنظر بعض أنواع من المنازعات الإدارية. وقد كانت إرهاصات هذا الاتجاه في قراره الصادر بتاريخ ٢٣ من يوليو عام ١٩٨٠ والذي وضع فيه مبدأ استقلال القضاء الإداري، ويستفاد ذلك من خلال قوله: " ينتج عن المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية والمتعلقة بالقضاء الإداري - منذ صدور قانون ٢٤ من مايو

(1) C.C., N° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec., p.29.

(2) C.C., N° 77-87 DC du 23 novembre 1977, Rec., p.42.

(3) C.C., N° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Rec., p.39.

(4) C.C., N° 89-256 DC du 25 juillet 1989, Rec., p.53.

عام ١٨٧٢ – ضمان استقلاله. كما أن الطابع الخاص لوظيفته يمنع
المشرع والحكومة من التعدي عليه " (١).

ولعل أول قرار يعترف فيه المجلس الدستوري صراحة بالقيمة
الدستورية لاختصاص القضاء الإداري، ذلك الصادر بتاريخ ٢٣ من يناير
عام ١٩٨٧، حيث قرر المجلس إضفاء الطابع الدستوري على اختصاص
القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية التي تصدر
عن السلطة الإدارية أثناء ممارستها لامتيازات السلطة العامة.

فقد قرر الآتي : وفقاً للمفهوم الفرنسي لمبدأ فصل السلطات الوارد
في العديد من المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية، فإنه
باستثناء المسائل التي تكون بطبيعتها من اختصاص القضاء العادي، فإن
إلغاء أو تعديل القرارات التي تصدر عن السلطة الإدارية أثناء ممارستها
لامتيازات السلطة العامة يختص بنظرها فقط القضاء الإداري (٢).

وعلى ضوء هذا القرار، فإن القيمة الدستورية لاختصاص القضاء
الإداري بنظر بعض صور من المنازعات الإدارية تحظر على المشرع
العادي إخراجها من ولايته، وعقد الاختصاص بشأنها لجهة قضائية أخرى.

والتساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد : هل تدخل المنازعات
المتعلقة بالعقود الإدارية ضمن المجالات المحفوظة دستورياً للقضاء
الإداري، أم أنها لا تعد كذلك، وبالتالي يجوز للمشرع العادي عقد
الاختصاص بنظرها لجهة أخرى، ومنها هيئات التحكيم ؟

ب - القيمة القانونية لاختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية

وفقاً لاتجاه المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٢٣ من
يناير عام ١٩٨٧ – السابق بيانه – فإن الطابع الدستوري لاختصاص

(١) ولقد وردت عبارات القرار كالتالي :

" il résulte (...) et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législatif ni le Gouvernement ".

C.C., N° 80-119 DC du 22 juillet 1980, RDP 1980., p.1658., spéc, p.1663., note L. Favoreu.

(٢) C.C., N° 86-224 DC du 23 janvier 1987, in GAJA, op.cit., p.704.

القضاء الإداري يقتصر فقط على نظر المنازعات المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة أثناء ممارستها لامتيازات السلطة العامة^(١)، ولا يمتد إلى المنازعات التي تدخل في ولاية القضاء الكامل كالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وبالمسؤولية الإدارية، وهذا ما انتهى إليه الرأي في الفقه الفرنسي^(٢).

وبالتالي فإن اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يعد من قيمة تشريعية، ومن ثم يملك المشرع العادي سلطة عقد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود إلى جهة قضائية أخرى.

ويترتب على ذلك أنه لا توجد ثمة عقبات دستورية تحول دون إمكانية قيام المشرع العادي بسلب اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وعقد الاختصاص بشأنها إلى هيئات التحكيم. فمبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم له قيمة تشريعية لا دستورية. وبالتالي يجوز للمشرع العادي الخروج عن أحكامه بموجب نص تشريعي^(٣).

وهذا ما عبر عنه الفقيه الفرنسي Gaudemet بقوله : " لا يوجد أي مانع دستوري يحول دون إمكانية إقرار التحكيم بواسطة نص قانوني في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية " ^(٤).

وبذلك، ينتهي تناول المطلب الأول والذي خصص لبيان الأساس القانوني لمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم، ذلك المبدأ الذي تم التأكيد عليه بموجب العديد من الأحكام الصادرة عن جهتي القضاء الإداري والعادي، وهذا ما سوف نستعرضه من خلال المطلب التالي.

(١) راجع في هذا الرأي :

L. Favoreu, L. Philip, Les grands décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz 1997., 9^e éd, p.710.

(٢) انظر لاحقاً ص ٤٥٢.

(٣) انظر في تأييد القضاء لهذا الرأي، ما سيرد ذكره عند التعرض للاستثناء المتعلق بعقود الشراكة.

(٤) وفي هذا الصدد يذكر :

" Il n' y a donc aucun obstacle constitutionnel, dans le domaine principalement des contrats (...), à ouvrir les mécanismes d'arbitrage par la loi ".

Y. Gaudemet, L'arbitrage; Aspect de droit public. État de la question, art.préc., p.250.

المطلب الثاني

تأييد القضاء لمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم

لقد اتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفاً صلباً إزاء لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الداخلي لحسم منازعاتهم المتعلقة بالعقود الإدارية، وهو الموقف الذي شايعه فيه القضاء العادي.

أولاً : عرض موقف مجلس الدولة

باستقراء الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن نلمس بوضوح عدم استقرار هذا القضاء على معيار واحد وتقلبه بين المعايير المختلفة لتبرير مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم. فتارة كان يستند المجلس إلى المعيار العضوي الذي أورده المشرع في النصوص التشريعية المانعة للتحكيم، وتارة ثانية كان يستند إلى المبادئ العامة للقانون العام، وتارة ثالثة كان يستند إلى معيار موضوعي يتعلق بطبيعة النزاع.

١ - المعيار العضوي في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي

لقد استند مجلس الدولة منذ بكرة أحكامه إلى المعيار العضوي الذي أورده المشرع في المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم (حالياً المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني)، وذلك بهدف تقرير حظر اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

ففي الفتوى الصادرة عنه بتاريخ ١٤ من أغسطس عام ١٨٢٣، قرر المجلس أنه لا يمكن الاتفاق على التحكيم بصدد المنازعات الواجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها، وأن غالبية هذه المنازعات تكون الدولة أحد أطرافها. وبالتالي ووفقاً للأحكام الصريحة الواردة في قانون الإجراءات المدنية القديم، فإنه لا يمكن للوزراء إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أحد أطرافها إلى التحكيم^(١).

وفي حكمه الصادر في قضية Ouvrard بتاريخ ١٧ من نوفمبر عام ١٨٢٤، أشار المجلس صراحة إلى المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون

(1) C.E. Avis., 14 août 1823, cité par l'arrêt Ouvrard, Rec., 1824, p.633.

الإجراءات المدنية القديم لتقرير حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها^(١).

وقد أخذ مجلس الدولة بهذا المعيار بعد ذلك في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن^(٢)، نذكر منها : حكمه الصادر بتاريخ ١٠ من يوليو عام ١٩٣٦ في قضية Ville de Boulogne sur mer، إذ قضى بأن : " هذه المدينة لا تملك الصفة في أن توقع بالموافقة على مشاركة التحكيم في أحكام نظمها المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية " ^(٣).

على أن أشهر أحكامه الصادرة في هذا الشأن والذي تناوله غالبية الفقهاء الفرنسيين بالنقد والتحليل، ذلك الصادر في قضية S.N.V.S. بتاريخ ١٣ من ديسمبر عام ١٩٥٧^(٤). فهذا الحكم يظهر بوضوح مدى

(١) C.E., 17 novembre 1824, Ouvrard c/ Ministre de la guerre, Rec., p.631.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C.E., 27 novembre 1948, Hospices de Montpellier, Rec., p.497.

- C.E., 8 juillet 1959, Secrétaire d'Etat aux Forces armées c/ Sieur Houseaux, Rec., p.438.

(٣) C.E., 10 juillet 1936, Ville de Boulogne-sur-Mer, Rec., p.754.

(٤) تتلخص وقائع هذه القضية، أنه في عام ١٩٤٧ باعت الشركة الوطنية لبيع المخلفات S.N.V.S. لوط من الأنابيب إلى الشركة العامة للعبور والنقل C.G.T.T.، ولكن على أثر الصعوبات التي واجهت تنفيذ هذا العقد، قامت الشركة الوطنية لبيع المخلفات - بدون إجراءات سابقة - ببيع نفس كمية الأنابيب إلى إحدى الشركات الأمريكية بسعر أعلى من السعر الذي سبق أن اتفقت عليه مع الشركة العامة للعبور والنقل.

وعلى أثر الشكاوى المتكررة من الشركة الأمريكية نتيجة نجاح الشركة العامة للعبور والنقل في تجميد البضاعة المباعة لها في ميناء Anvers، تم الاتفاق بين الشركة الوطنية لبيع المخلفات والشركة العامة للعبور والنقل على الالتجاء إلى التحكيم لحل النزاع القائم بينهما تطبيقاً لنص المادة ١٠ من مرسوم ١٥ من أكتوبر عام ١٩٤٦ والذي سمح لمجلس إدارة الشركة الوطنية لبيع المخلفات بأن يعطي لرئيس مجلس الإدارة السلطة في إبرام اتفاق تحكيم باسم الشركة. وبالفعل تم عرض النزاع على هيئة التحكيم بموجب نص المادة سالف الذكر، وقد انتهت الهيئة إلى إلزام الشركة الوطنية لبيع المخلفات بأن تدفع إلى الشركة العامة للعبور والنقل تعويضاً وقدره ٦٥٠.٠٠٠ دولار.

وأثناء تقديم طلب تنفيذ هذا الحكم أمام محكمة السين المدنية، دفعت الشركة الوطنية لبيع المخلفات بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم تأسيساً على عدم أهلية المؤسسات العامة في إبرام اتفاقات تحكيم تطبيقاً لنص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم، وهو الدفع الذي رفضته الشركة العامة للعبور والنقل على اعتبار أن المادة العاشرة من المرسوم - سالف الذكر - قد منحت للشركة الوطنية لبيع المخلفات الحق في اللجوء إلى التحكيم.

وقد انتهت محكمة السين المدنية إلى قبول الدفع المبدي من الشركة الوطنية لبيع المخلفات، وقضت ببطالان اتفاق التحكيم. ولما طعن في هذا الحكم بطريق الاستئناف، ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٤ من فبراير عام ١٩٥٢ إلى أن شرعية اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لهذه الشركة مشروط بشرعية المادة ١٠ من المرسوم سالف الذكر. ولما كان النظر في شرعية هذا المرسوم من المسائل التي تخرج عن ولاية القضاء العادي وتدخل في صميم اختصاص القضاء الإداري، فقد أحيل النزاع إلى مجلس الدولة للفصل في هذه المسألة.

صلابة القضاء الإداري وموقفه المتشدد إزاء لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم.

فقد استند مجلس الدولة في هذه القضية إلى المعيار العضوي لتقرير عدم مشروعية لجوء المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى التحكيم بالرغم من أن هذا النوع الجديد من المؤسسات العامة لم يرد ذكره ضمن الأشخاص المعنوية العامة المحظور عليهم اللجوء إلى التحكيم بمقتضى نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم.

فقد قضى بأن : " (....) وحيث إن الشركة الوطنية لبيع المخلفات قد أنشئت بموجب المادة الأولى من قانون ٢٤ من أغسطس عام ١٩٤٦ تحت شكل المؤسسات العامة. وحيث إنه وفقاً لنص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية، فإنه لا يمكن للمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم إلا بمقتضى نص قانوني يبيح لها ذلك. وحيث إنه لا القانون السابق ولا أي أحكام أخرى قد أعطت الحق للشركة الوطنية لبيع المخلفات بأن تلجأ إلى التحكيم. وإذا كانت هذه الشركة تأخذ شكل المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري، إلا أن ذلك لا يعني إنها تخرج من شكل المؤسسات العامة. وبالتالي يسري عليها ذات الحظر المقرر بالنسبة لهذه المؤسسات " (١).

٢ - المبادئ العامة للقانون العام في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي

لم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بالأخذ بالمعيار العضوي، وإنما استند كذلك في بعض أحكامه إلى المبادئ العامة للقانون لتقرير عدم مشروعية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم.

وقد تجلّى هذا الاتجاه في حكمه الصادر في قضية Ouvrard بتاريخ ١٧ من نوفمبر عام ١٨٢٤، إذ بعد أن أشار المجلس إلى المعيار العضوي الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم، قرر أن : " لا يملك وزير الحرب تبديل القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، ومن ثم فإن الشرط الذي قد ينص على إخضاع المنازعات إلى قضاء التحكيم ينبغي اعتباره كأنه شرط غير مكتوب " (٢).

(1) C.E., 13 décembre, sté Nationale de Vente des Surplus, Rec., 677; D. 1958., p.517., concl. F. Gazier; publié in H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.103.

(2) C.E., 17 novembre 1824, Ouvrard c/ Ministre de la guerre, Rec., p.631.

وأكد مجلس الدولة على هذا الاتجاه في حكمه الصادر في قضية Evêque de Moulins بتاريخ ٢٣ من ديسمبر عام ١٨٨٧، حيث قضى بأن: " لا يملك الوزراء حق تفويض سلطاتهم إلى المحكمين وإخضاع غاية قراراتهم إلى قضاء آخر غير ذلك المنظم بواسطة القانون، وينبغي على ذلك أن، لا مشاركة التحكيم (...)، ولا حكم التحكيم (...)، يمكن اعتباره مشروعاً أو ملزماً للدولة " ^(١).

ولقد ظهر هذا الاتجاه واضحاً أيضاً في الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة بتاريخ ٦ من مارس عام ١٩٨٦، بناءً على خطاب وزير الدولة المكلف برسم وتخطيط الأقاليم والذي طلب فيه إبداء الرأي حول مدى إمكانية إدراج شرط تحكيم في العقد المزمع إبرامه ما بين الدولة وإقليم Ile-de-France ومقاطعة Val-de-Marne وإحدى المؤسسات العامة من جانب، وشركة والت ديزني الأمريكية من جانب آخر والخاص بعملية إنشاء مدينة ملاهي في مدينة Marne-la-Vallée واستغلال المنطقة المحيطة بها.

ففي هذه الفتوى أوضح المجلس بداءة أن هذا العقد لا يتعلق باحتياجات التجارة الدولية، وإنما يعد من قبيل عقود النظام القانوني الداخلي، ثم ذهب بعد ذلك إلى أن أساس عدم مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم يكمن في المبادئ العامة للقانون التي أكدت عليها نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني؛ تلك المبادئ التي تقضي بأنه لا يمكن أن يتصل الشخص المعنوي العام من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني عن طريق إحالة المنازعات التي تتصل بالنظام العام الداخلي إلى محكم ليتخذ قرار بشأنها، ذلك أن من شأن ذلك المساس بعلاقات ترتبط بالنظام القانوني الداخلي، ومن ثم فإن كل مشاركة أو اتفاق تحكيم يتجاهل تلك القواعد يمس النظام العام ^(٢).

(1) C.E., 23 décembre 1887, De Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Rec., p.842.

وانظر أيضاً من الأحكام التي أستند فيها مجلس الدولة الفرنسي إلى المبادئ العامة للقانون :

- C.E., 1 mai 1883, Aix-les-Bains, cité par J. Ribs, Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, art préc., n° 2.

- C.E., 17 juillet 1896, Clouzard c/ département de l'Yonne, Rec., p.584.

- C.E., 22 janvier 1904, Sieur Ducastaing, Rec., p.45.

(2) C.E. Avis, 6 mars 1986, section des Travaux publics, n° 339710, Rev.arb 1992., p.397.

٣- المعيار الموضوعي في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي

تعد قضية A.R.E.A. من أهم القضايا، من حيث تحليل وبحث صلاية مجلس الدولة الفرنسي وإرادته الرافضة لمبدأ التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية. فقد تخلى المجلس في هذا الحكم عن كل من المعيار العضوي والمبادئ العامة للقانون متبنياً في ذلك معياراً موضوعياً يتعلق بطبيعة النزاع، حتى يتسنى له المضي قدماً في موقفه الرامي إلى حظر التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية حتى لو كانت المنازعة مثارة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص^(١).

فقد انتهى مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ ٣ من مارس عام ١٩٨٩ إلى أن العقد المبرم بين شركة A.R.E.A. ومجموعة مؤسسات I.S.A. يعتبر من العقود الإدارية الداخلية التي يختص بنظرها القضاء الإداري. وبما أن المادة ٢٠٦١ من القانون المدني تنص على أنه: " شرط التحكيم يكون باطلاً إذا أبرم على خلاف أحكام القانون ". وبما أنه لا يوجد نص تشريعي يبيح اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة، فإن شرط التحكيم الوارد في نص المادة ١٧ من كراسة الشروط الإدارية يكون مستنداً في ذلك إلى قاعدة غير شرعية^(٢).

ومن الجدير بالملاحظة على هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسي قد ارتأى له أنه في حالة ما إذا استند إلى المعيار العضوي الذي اتبعه في

(١) تتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ ٥ من أبريل عام ١٩٧١ منحت الدولة الفرنسية إلى شركة الطرق السريعة لإقليم Rhône - Alpes (A.R.E.A.) حق إنشاء واستغلال ثلاثة طرق سريعة؛ الأول : الطريق السريع A41 (Grenoble-Scientrier)، والثاني : الطريق السريع A43 (Lyon-Chambéry et Montmélian-pont-Royal)، أما الثالث : فهو الطريق السريع A48 (Bourgoin-Grenoble).

وبتاريخ ٣١ من مارس عام ١٩٧٧، ومن أجل تنفيذ أعمال الإنشاءات في الطريق السريع A41، أبرمت شركة A.R.E.A. عقداً مع مجموعة مؤسسات I.S.A.، وقد نصت المادة ١٧ من كراسة الشروط الإدارية الخاصة بالمشروع على أن تحل المنازعات الناشئة عن هذا العقد بطريق التحكيم. ولما ثار النزاع حول تنفيذ هذا العقد، تم إبرام بروتوكول بين شركة A.R.E.A. ومجموعة مؤسسات I.S.A. بتاريخ ٢٤ من أكتوبر عام ١٩٨٥ - والذي يعتبر بمثابة مشاركة تحكيم - لحل النزاع الذي نشب بينهما عن طريق التحكيم. وبالفعل تم عرض النزاع على هيئة تحكيم والتي انتهت في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ من أبريل عام ١٩٨٦ إلى إدانة شركة A.R.E.A. وإذ لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى شركة A.R.E.A.، فطعن فيه أمام مجلس الدولة بتاريخ ١٨ من يوليو عام ١٩٨٦ ابتغاء القضاء لها بإلغاء الحكم الصادر عن هيئة التحكيم.

(2) C.E., 3 mars 1989, sté des Autoroutes de la Région Rhône-Alpes c/ G.I.E. I.S.A., Rev.arb. 1989., p.215., note D. Foussard, p.167; Rec., p.69., concl. E. Guillaume.

أحكامه السابق بيانها والمستخلص من نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني فإن من شأن ذلك القضاء بشرعية التحكيم الذي تم بين شركة A.R.E.A. ومجموعة مؤسسات I.S.A. على اعتبار أن هاتين الشركتين لا يدخلان ضمن تعداد الأشخاص المحظور عليهم اللجوء إلى التحكيم بمقتضى نص هذه المادة. ولكن لرغبة المجلس في الاستمرار في سياسته القضائية الرامية إلى حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد تبنى معياراً جديداً يقوم على أساس النظر إلى طبيعة المنازعة محل التحكيم.

وفي هذا الإطار يذهب الفقيه Gaudemet إلى القول بأن : " إذا كان المعيار العضوي الذي يقوم على أساس النظر إلى أطراف النزاع هو القاعدة العامة التي يستند إليها القضاء الإداري لمنع التحكيم (....)، بيد أنه تبنى قاعدة مادية ثانية في حكم حديث له (....) مفادها حظر التحكيم في كافة العقود التي تكون من اختصاص القضاء الإداري حتى لو كانت تلك العقود مبرمة بين أشخاص خاصة " (١).

ولقد نعت الفقه هذا الحكم بالحكم بالمؤسف regrettable (٢) وأوردوا عليه ثلاث ملاحظات هامة نوجزها على النحو التالي :

الملاحظة الأولى : تتعلق بطبيعة العقد المبرم بين شركة A.R.E.A. ومجموعة مؤسسات I.S.A. فقد قرر مجلس الدولة في هذا الحكم إضفاء الطابع الإداري على هذا العقد مستهدياً في ذلك بحكم محكمة التنازع الصادر في قضية Peyrot بتاريخ ٨ من يوليو عام ١٩٦٣ والتي انتهت فيه إلى إضفاء الصفة الإدارية على عقود الأشغال العامة المتعلقة ببناء الطرق والتي تبرمها شركات اقتصاد مختلط ملتزمة بمرافق عامة أو بأشغال عامة مع أشخاص خاصة لحساب شخص معنوي عام (٣). في حين أن الأمر هنا مختلف جد الاختلاف؛ ذلك أن شركة A.R.E.A. لم تكن في وقت صدور حكم التحكيم من شركات الاقتصاد المختلط (٤). ولهذا السبب انتقد بعض

(١) راجع :

Y. Gaudemet, L'arbitrage; Aspect de droit public. État de la question, art.préc., pp.245 et s.

(٢) انظر :

A. Patrikios, op.cit., p.79.

(٣) راجع سابقاً ص ٢٧.

(٤) راجع بخصوص تطور الشكل القانوني لشركة A.R.E.A. :

الفقهاء اتجاه مجلس الدولة إزاء تقرير الطابع الإداري لهذا العقد بهدف عقد الاختصاص لنفسه والقضاء بعدم شرعية التحكيم في هذه المنازعة^(١).

الملاحظة الثانية : تتعلق باتجاه مجلس الدولة نحو تطبيق نص قانوني خاص بطريقة مباشرة على منازعة إدارية، ذلك أن مبدأ استقلال القانون الإداري يقتضي عدم تطبيق قواعد القانون الخاص، وبالأخص نصوص القانون المدني بشكل مباشر على المنازعات الإدارية^(٢). هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد انتقد بعض الفقهاء موقف مجلس الدولة هذا، لا على أساس أنه قد طبق نص قانوني خاص فحسب، ولكن على أساس أنه إذا ما أراد تطبيق أحد نصوص القانون الخاص على هذه المنازعة، فإنه يتعين تطبيق نص المادة ٦٣١ من القانون التجاري والتي تجيز إبرام شرط تحكيم في المسائل التجارية على اعتبار أن شركة A.R.E.A. ومجموعة مؤسسات I.S.A. من التجار^(٣).

الملاحظة الثالثة : تتعلق بالخطأ في تطبيق القانون، إذ إنه بالرغم من أن المادة ٢٠٦١ من القانون المدني قد تحدثت عن شرط التحكيم وليس عن مشاركة التحكيم، وأن حكم التحكيم قد صدر بناء على بروتوكول وقعه الأطراف في عام ١٩٨٥ والذي يمكن اعتباره بمثابة مشاركة تحكيم أبرمت وفقاً للشكل الذي يتطلبه القانون، إلا أن مجلس الدولة قد أخذ بالتفسير الذي انتهى إليه مفوض الحكومة Guillaume في تقريره والذي اعتبر فيه أن هذا البروتوكول لا يعدو أن يكون إجراء تطبيقي لشرط التحكيم الوارد في نص المادة ١٧ من كراسة الشروط سאלفة الذكر^(٤).

D. Foussard, Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A. du 3 mars 1989), Rev.arb. 1989., p.167., spéc, p.173., note (18).

(١) انظر :

D. Foussard, Le juge administratif et l'arbitrage, art.préc., p.169.

(٢) انظر :

Y. Gaudemet, Intervention, relative à l'arrêt A.R.E.A. du Conseil d'Etat (3 mars 1989) au cours du rapport de M. Jarroson, Rev.arb. 1992., p.279., spéc, p.281.

(٣) انظر :

Ch. Jarroson, La clause compromissoire, (art. 2061 C. civ.), Rev.arb. 1992., p.259., spéc, p.270.

(٤) انظر :

Y. Gaudemet, *Ibidem*, p.282.

وعلى ضوء ما سبق، يتضح مدى تشدد وصلاية مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقه لمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية. فقد رأينا كيف مد مجلس الدولة قضاء محكمة التنازع في قضية Peyrot إلى عقود الأشغال العامة المتعلقة بإنشاء الطرق والتي تبرمها الشركات الخاصة بهدف إخراج المنازعة من نطاق اختصاص القضاء العادي وإدخالها في نطاق اختصاصه القضائي، والقضاء - على أثر ذلك - بعدم مشروعية التحكيم بصدد هذه العقود، حتى لو استند في ذلك إلى نص قانوني وارد في القانون الخاص طالما أن هذا النص يحقق ما كان يسعى إليه من حظر اللجوء إلى التحكيم بصدد منازعات العقود الإدارية. وهذا ما عبر عنه الفقيه Foussard بقوله : " إن القاضي الإداري يستند إلى النص الذي يعطيه في الحال الإجابة التي يحتاجها " ⁽¹⁾.

ويخلص من العرض المتقدم أن مجلس الدولة الفرنسي قد شيد قاعدة عامة قوامها عدم مشروعية التحكيم الداخلي في كافة منازعات العقود الإدارية حتى لو كانت المنازعة مثارة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، وأن السبيل الوحيد في ذلك هو وجود نص قانوني صريح يبيح لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، وبدون وجود هذا النص لا يسمح لهؤلاء بأن يخرجوا منازعاتهم من اختصاصه القضائي ويتجهون بها إلى طريق التحكيم.

ولقد لاقى هذا الاتجاه رواجاً لدى القضاء العادي، حيث تواترت أحكامه على ترديد مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم الداخلي. وهذا ما سوف يتضح من خلال الموضع التالي.

ثانياً: تأييد أحكام القضاء العادي لمبدأ حظر التحكيم الداخلي

على غرار مجلس الدولة، الذي وقف موقفاً صلباً إزاء لجوء الدولة والأشخاص القانونية العامة للتحكيم الداخلي، فإن القضاء العادي لم يتردد هو الآخر في تأييد مبدأ حظر الذي فرضته النصوص القانونية، ويتضح

(1) انظر :

D. Foussard, Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A. du 3 mars 1989), art préc., p.170.

ذلك من خلال الأحكام الصادرة عنه، نذكر منها : حكم San Carlo ^(٢)، وحكم Bec Frères ^(٣)، وحكم Icori ^(٤).

ففي قضية San Carlo انتهت محكمة Aix-en-provence إلى أن حظر لجوء الدولة والأشخاص القانونيين العامة إلى التحكيم يطبق بدون أي جدل أو نقاش على العقود المتعلقة بالنظام العام الداخلي. وهو الاتجاه الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية.

وفي قضية Bec Frères، وقضية Icori انتهت محكمة استئناف باريس إلى أن مبدأ حظر لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم يقتصر فقط على عقود النظام القانوني الداخلي ^(١).

وإذا كان كل من المشرع والفقه والقضاء قد رفض فكرة اللجوء إلى التحكيم الداخلي لحسم منازعات العقود الإدارية، إلا أن الضرورات العملية والرغبة في إيجاد وسيلة سريعة وفعالة لحل المنازعات الناشئة عن تلك العقود، دفعت بالمشرع الفرنسي إلى إصدار بعض التشريعات التي أجاز بموجبها اللجوء إلى التحكيم لحسم بعض صور من منازعات العقود الإدارية. وهذا ما سوف نلقي عليه الضوء من خلال المطلب التالي.

(٢) انظر بالتفصيل حول هذه القضية لاحقاً ص ٣٣٣.

(٣) انظر لاحقاً ص ٣٤٠.

(٤) انظر لاحقاً ص ٣٤٢.

(١) وفي هذا الصدد تقول محكمة استئناف باريس :

" la prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne (...)" .

المطلب الثالث

التخفيف من مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم

ذكرت فيما سبق أن المشرع الفرنسي قد أخذ موقفاً متشدداً حيال لجوء الدولة والأشخاص القانونية العامة للتحكيم. غير أنه اتجه فيما بعد إلى التخفيف من هذا الحظر رويداً رويداً، عن طريق تقرير بعض الاستثناءات التشريعية التي تعطي للأشخاص المعنوية العامة حق اللجوء إلى التحكيم بخصوص بعض أنواع من منازعات العقود الإدارية، وذلك كما يلي :

أولاً : الاستثناء المتعلق بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات

تعتبر عقود الأشغال العامة والتوريدات من أوائل الاستثناءات التي ترد على مبدأ حظر لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وكان ذلك في عام ١٩٠٦ بموجب المادة ٦٩ من القانون الصادر بتاريخ ١٧ من أبريل عام ١٩٠٦^(١).

(١) في عام ١٩٠٥ وأثناء مناقشة مشروع ميزانية الدولة أمام مجلس النواب، تقدم السيد Morlot عضو مجلس النواب بطلب تعديل في مشروع الميزانية طالباً فيه السماح للدولة والمقاطعات والبلديات باللجوء إلى التحكيم من أجل حل المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات، وذلك وفقاً لأحكام الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية القديم، وقد ورد نص هذا الاقتراح كالتالي :

" Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'Etat, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du code de procédure civile "

وقد أحيل هذا الاقتراح إلى لجنة الميزانية بمجلس النواب، ثم إلى مجلس الدولة لإبداء رأيه حول هذا الاقتراح والذي انتهى فيه إلى رفضه. وبتاريخ ٢٣ من مارس عام ١٩٠٦ تقدم السيد Morlot بهذا الاقتراح مرة ثانية إلى مجلس النواب أثناء مناقشة الميزانية شارحاً وجهة نظره حول هذا الموضوع قائلاً : " إن متوسط المدة التي يتم فيها الفصل في القضايا عن طريق التحكيم في المحاكم التجارية لا تتعدى ٥٣ يوماً، في حين أن القضايا التي رفعتها الدولة أمام القضاء الإداري استغرقت مدة الفصل فيها عشرة سنوات ونصف ". وبهذه الجلسة وأثناء مناقشة هذا الاقتراح أبدى وزير المالية بعض الملاحظات طالباً فيها ضرورة النص على موافقة مدير البلدية على اللجوء إلى التحكيم، وتم الموافقة على هذا الاقتراح بعد إدخال التعديل، وأحيل المشروع إلى مجلس الشيوخ للتصويت عليه. وقد ورد نصه كالتالي :

" Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'Etat, les département et les communes, *celle-ci avec l'autorisation du préfet*,

وقد صدر هذا القانون نتيجة مطالبة المقاولين بإدخال التحكيم لحل الخلافات الفنية المعقدة والمتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات التي أبرمت بمناسبة المعرض العالمي l'exposition universelle الذي أقيم في باريس عام ١٩٠٠^(١).

فقد نصت المادة ٦٩ من هذا القانون على جواز التحكيم وفقاً لأحكام الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية (حالياً الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الحالي) لإنهاء المنازعات الخاصة بتصفية النفقات العامة المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة والمقاطعات والبلديات.

ويستخلص من نص المادة سالفة الذكر، ومن أحكام القضاء الإداري الصادرة في هذا الشأن ضرورة توافر بعض الشروط – سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية – لصحة اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات.

ففيما يتعلق بالناحية الشكلية :

١- لا ينطبق هذا القانون إلا على عقود الدولة والمقاطعات والبلديات، فهؤلاء الأشخاص قد ورد ذكرهم على سبيل الحصر. وبالتالي لا يجوز التوسع في تفسير هذا القانون بحيث يشمل أشخاص عامة أخرى لم يرد ذكرهم في هذا القانون. وينبغي على ذلك عدم سريان نطاق تطبيق هذا القانون على عقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالأشخاص العامة الأخرى مثل المؤسسات العامة، وهذا ما صرح به مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ ٢٨ من إبريل عام ١٩٤٨^(٢).

pourront recourir à l'arbitrage te qu'il est réglé par le livre III du code de procédure civile ".

وبتاريخ ٣٠ من مارس عام ١٩٠٦ قدم السيد Milliès-Lacroix – مقرر اللجنة المالية – تقريره حول نص المادة المقترحة موضحاً فيه ضرورة وضع بعض الضمانات ليس فقط للبلديات ولكن أيضاً للدولة والمقاطعات، وتم الموافقة على هذه المادة بعد إدخال بعض التعديلات عليها وخرجت بالصورة الموضحة بالمتن.

راجع في تفاصيل ذلك :

F. Collavet, art.préc., pp.474 et s.

(١) انظر :

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., p.8., note (23).

(٢) وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" en vertu des dispositions combinées des articles 83 et 1004 du code de procédure civile auxquelles l'article 69 de la loi 1906 a permis seulement à

٢- طبقاً لنص المادة ٦٩ من القانون سالف الذكر فإنه يلزم ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على التحكيم مصدقاً عليه من وزير المالية والوزير المختص على حسب الأحوال، وذلك إذا ما تعلق الأمر بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة^(١). أما بالنسبة للمقاطعات فيتم اللجوء إلى التحكيم بعد مشاوررة المجلس العام وموافقة وزير الداخلية^(٢). أما بالنسبة للبلديات فيجب مشاوررة المجلس البلدي، وأن يصدق على قراره مدير البلدية^(٣).

٣- بالرغم من أن المادة ٦٩ لم تحدد ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم يتم بواسطة شرط أم مشاركة التحكيم، إلا أن مجلس الدولة قد استلزم لشرعية التحكيم في هذه المنازعات أن يتم بموجب مشاركة تحكيم تتعلق بمنازرة قائمة، بحيث لا يجوز إدراج شرط التحكيم مقدماً في العقد^(٤).

l'État, au département, à la commune, de déroger sous certaines conditions, il est interdit aux établissements publics de recourir à la procédure d'arbitrage".
C.E., 28 avril 1948, Office public d'habitations à bon marché du département de Seine et Oise, Rec., p.180.

(١) وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٩ من قانون ١٩٠٧ :

" En ce qui concerne l'État, il ne pourra être procédé à l'arbitrage qu'en vertu d'un décret rendu en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et le ministre des Finances ".

(٢) وفي ذلك تنص الفقرة الثالثة من المادة ٦٩ من قانون ١٩٠٧ :

" En ce qui concerne les départements, le recours à l'arbitrage devra faire l'objet d'une délibération du conseil général, approuvée par le ministre de l'intérieur ".

(٣) وفي ذلك تنص الفقرة الرابعة من المادة ٦٩ من قانون ١٩٠٧ :

" En ce qui concerne les communes, la délibération du conseil municipal décidant l'arbitrage devra être approuvée par le préfet ".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه بالنسبة للقيد الوارد على المقاطعات والبلديات والمتعلق بضرورة الحصول على موافقة وزير الداخلية أو مدير البلدية، فإن هذا القيد قد ألغي بمقتضى قانون ٢ من مارس عام ١٩٨٢ والذي بموجبه ألغي تطلب موافقة السلطة الوصائية *l'autorité de tutelle*. ولكن بالرغم من ذلك – كما يشير الفقيه Roquette – فإن الواقع العملي يكشف عن أن قرار المجلس البلدي بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم كان يتم عرضه دائماً على مدير البلدية، وكان المجلس يعتبر ذلك إجراءً ضرورياً.

R. Rouquette, *Marchés des collectivités locales, comment régler le contentieux ?*, Moniteur des travaux publics du Bâtiment, 31 mars 1989, p.63., spéc, p.64.

(٤) وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" (...) que l'art. 12 de la Convention du 24 nov. 1928 (...) ait eu pour objet de soumettre obligatoirement à une procédure d'arbitrage les litiges qui pourraient naître de l'application de ladite convention, cette clause est illicite ".

C.E., 22 janvier 1937, Sieur Debachy, Rec., p.93.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن هذه الإجراءات يتعين احترامها وإلا تعرض اتفاق التحكيم للبطلان^(٥).
وفيما يتعلق بالناحية الموضوعية :

يجب أن تكون المنازعة متعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات^(١)، ومن ثم لا يمتد نطاق تطبيق هذا القانون إلى المنازعات الأخرى التي قد تنشأ عن هذه العقود، وكذلك لا يمتد نطاق تطبيقه على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الأخرى حتى لو كانت المنازعة تتصل بتصفية النفقات المتعلقة بها تطبيقاً لقاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره^(٢).

وفي نفس المعنى :

- C.E., 5 juillet 1950, sté (S.O.F.C.A.) et autre, Rec., p.416.

- C.E., 13 juillet 1961, Commune de Thuir, Rec., p.483.

^(٥) C.E., 8 février 1935, Ville de Saint-Servan-Sur-Mer, Rec., p.173.

C.E., 2 juillet 1943, sté des Etablissements Leprieur et C^{ie}, Rec., p.171.

^(١) انظر :

H. Berthelemy, Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1910., 6^e éd, p.509., note (3).

^(٢) والجدير الإشارة إليه في هذا المقام أن المشرع الفرنسي من أجل العمل على تسهيل تطبيق هذا القانون أنشأ بمقتضى مرسوم ٢٤ من ديسمبر عام ١٩٠٧، اللجان الاستشارية للتسوية الودية (C.C.R.A) بهدف الوصول إلى تسوية ودية للمنازعات الناشئة عن المشروعات المبرمة باسم الدولة. وقد أنشئت هذه اللجان في بادئ الأمر لكي تكون بجوار وزارة الأشغال العامة، ثم ما لبثت أن أصبحت بجوار الكثير من الوزارات. وتتكون هذه اللجان برئاسة قاضي من مجلس الدولة أو قاضي من المحكمة العليا للمحاسبة، وعضوية اثنين من كبار الموظفين من المصلحة المعنية، وعضو من الفنيين المتخصصين في موضوع النزاع يعين بعد استشارة النقابة المهنية، ويشترط لصحة انعقاد هذه اللجان ألا يقل العدد عن ثلاثة، بحيث تتكون من الرئيس وعضوية أحد من كبار الموظفين والعضو الفني.

راجع :

M.-A. Flamme, L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et personnes de droit privé., Rev.arb. 1966., p.85., spéc, p.105.

وتنظر هذه اللجان المنازعات بعد موافقة الوزير المختص، وتكون قراراتها في هذا الشأن مجرد رأي غير ملزم، بحيث يكون القرار النهائي بيد الوزير المختص. وهذا ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٧ من ديسمبر عام ١٩٣٤ حيث قضى بأن مهمة هذه اللجان تنحصر في الوصول إلى تسوية ودية وعادلة للحسابات المتعلقة بالمشروعات، ويكون ذلك بواسطة رأي لا يقيد الوزير بأي الأحوال. وفي ذلك يقول مجلس الدولة :

" que ce comité a pour mission d'éclairer le ministre, en ce qui concerne les bases susceptibles d'être équitablement adoptées pour la liquidation amiable des comptes des entreprises, par de simples avis qui ne sauraient en aucun cas lier le ministre ".

C.E., 7 décembre 1934, sté Varoise d'entreprises générales, Rec., p.1164.

ولقد وسع المرسوم رقم ٦٠ - ٧٢٤ الصادر بتاريخ ٢٥ من يوليو عام ١٩٦٠ من حقل تطبيق قانون ١٧ من أبريل عام ١٩٠٦، وذلك من ناحيتين :

الأولى : تتعلق بالجانب الشكلي، حيث أدخل المشرع بعض الأشخاص المعنوية الأخرى في عداد الأشخاص العامة المسموح لهم باللجوء إلى التحكيم بخصوص تصفية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات. وهذه الأشخاص العامة الجدد هم : النقابات المشتركة، والنقابات المختلطة، والمراكز الحضرية، وقطاعات البلديات، والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية^(١).

الثانية : تتعلق بالجانب الموضوعي، حيث أضاف المشرع بجانب المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات، المنازعات الخاصة بتصفية النفقات المتعلقة بأعمال البناء. ويتضح ذلك من نص المادة ٥٢ من المرسوم المذكور والتي أجازت لجوء الجماعات والمؤسسات المنصوص عليهم في المادة الأولى من المرسوم إلى التحكيم، وذلك وفقاً للكتاب الثالث من القسم الثاني من قانون الإجراءات المدنية القديم لتسوية المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والمباني والتوريدات، ولكن مع مراعاة أمرين؛ أولهما : عدم وجود نص قانوني مخالف لذلك، أما الأمر الثاني : فيتعلق بخضوع هذه الأشخاص العامة الجدد لنفس شروط وضوابط نص المادة ٦٩ من قانون ١٧ من أبريل عام ١٩٠٦^(٢).

وقد أعيد تنظيم هذه اللجان بعد ذلك بمقتضى عدة مراسيم صادرة في هذا الشأن مثل مرسوم ١١ من مايو عام ١٩٥٣، ومرسوم ٤ من ديسمبر عام ١٩٨٠، ومرسوم ١٨ من مارس عام ١٩٨١.

انظر في تفاصيل ذلك :

Ch. Brechon-Moulenes, La réforme des comités consultatifs de règlement amiable des marchés, AJDA 1981., pp.304-306.

(١) راجع :

- Ch. Debbasch, J-C. Ricci, op.cit., p.297.

- D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art.préc., p.19.

(٢) وفي ذلك تنص المادة ٥٢ من المرسوم رقم ٦٠ - ٧٢٤ الصادر بتاريخ ١٥ من مايو عام ١٩٦٠ :

" Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et *de bâtiment* et de fournitures, **les collectivités et établissements énumérés à l'art 1^{re} du présent décret peuvent, en l'absence de disposition contraires**, recourir à l'arbitrage, tel qu'il est réglé par le livre III de la deuxième partie, du code de procédure civile, la délibération au décision portant recours à l'arbitrage **doit être approuvée par l'autorité de tutelle** ".

وقد انتقد بعض الفقهاء – وبحق – هذا المرسوم، على اعتبار أنه قد وسع من حقل التحكيم بواسطة مرسوم وليس بمقتضى قانون، وأن في ذلك مخالفة لنص المادة ٣٤ من دستور ١٩٥٨ التي أعطت للمشرع وحده الاختصاص بإنشاء نظام قضائي جديد، وأن النص على التحكيم بالنسبة للمنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء لا بد وأن يكون بمقتضى قانون وألا عد ذلك انتهاكاً للدستور^(٣).

وقد استرجع المشرع الفرنسي هذه الأحكام بمقتضى نص المادتين ٢٤٧ ، ٣٦١ من قانون الأشغال العامة القديم مضافاً في ذلك الجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة^(١)، وهو ما أسترده بعد ذلك في نص المادة ١٣٢ من قانون الأشغال العامة الصادر بمقتضى مرسوم ٧ من مارس عام ٢٠٠١^(٢) والتي أحلت محلها المادة ١٢٨ من قانون الأشغال العامة الحالي الصادر بموجب المرسوم رقم ٩٧٥ بتاريخ ١ من أغسطس عام ٢٠٠٦، إذ نصت هذه المادة الأخيرة على إمكانية لجوء الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة المحلية إلى التحكيم، وذلك وفقاً لأحكام الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الحالي لتسوية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات، واستلزمت بالنسبة للدولة صدور مرسوم بناء على تقرير من الوزير المختص والوزير المكلف بالاقتصاد^(٣).

ثانياً : الاستثناء المتعلق بالمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري

منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية شهدت فرنسا تطورات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، نتج عنه تغير في المفهوم التقليدي للقانون الإداري الذي كان يقصر الأشخاص العامة على الأشخاص الإقليمية والأشخاص المصلحية، وقد وصف بعض الفقهاء هذه الفترة، بفترة ميلاد القانون الإداري الاقتصادي^(٤). فأصدر المشرع الفرنسي خلال هذه الفترة

(3) A. Patrikios, op.cit., pp.138 et s.

(١) راجع :

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art.préc., p.19.

(٢) راجع :

Y. Gaudemet, L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français, in les collectivités Locales, mélange en l'honneur de J. Moreau, Economica 2003., p.165., spéc, p.168.

(3) Décret n° 2006-975, 1^{er} août 2006, J.O., 4 août 2006., p.11672.

(٤) انظر :

العديد من قوانين التأمين، مثل القانون رقم ٤٦ - ٦٢٨ الصادر بتاريخ ٨ من ابريل عام ١٩٤٦ والخاص بتأمين شركتي الكهرباء والغاز، مما أدى إلى ظهور نوع جديد من المؤسسات هي المؤسسات العامة الصناعية والتجارية.

ولرغبة المشرع الفرنسي في تمكين الشركات التي لحقها قوانين التأمين بأداء دورها في الحياة الاقتصادية على أجمل وجه، رخص لها الالتجاء إلى التحكيم بخصوص بعض أنواع من المنازعات التي تكون طرفاً فيها؛ فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون ٨ من ابريل عام ١٩٤٦ - سالف الذكر - على أنه : " المنازعات الخاصة بتطبيق هذا القانون بين الدولة والمرافق القومية (الكهرباء والغاز) من جهة والشركات التي لحقها التأمين من جهة أخرى يفصل فيها بطريق التحكيم طبقاً للشروط التي ستحددها اللائحة الإدارية العامة " ^(١).

ويرد على نص هذه المادة ملاحظتان :

الأولى : إن المشرع الفرنسي قد قيد حق لجوء هذه المؤسسات إلى التحكيم في المنازعات التي تقوم بين الدولة ومرفقي الكهرباء والغاز من جهة، والشركات التي لحقها التأمين من جهة أخرى. وبالتالي فلا يجوز لهذه المؤسسات أن تلجأ إلى التحكيم بخصوص المنازعات التي لم يرد النص عليها في هذه المادة كالمنازعات التي تنشأ بينها وبين عملاءها.

الثانية : تتعلق بنطاق تطبيق هذا القانون من الناحية الشكلية؛ فيسري هذا القانون على مؤسستي الكهرباء والغاز فحسب، ومن ثم فإن المؤسسات العامة الصناعية والتجارية الأخرى والتي لم تنشأ وفقاً لأحكام هذا القانون يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، ويسري عليها الحظر الوارد في نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني، تطبيقاً لحكم مجلس الدولة الصادر في

A. Patrikios, op.cit., p.46.

^(١) ومن الجدير بالإشارة إليه أن بعض الفقهاء يميز بين نص هذه المادة ونص المادتين ٣٧، ٤٥ من ذات القانون. فالمادة ٣٧ أعطت الحق للمجلس الأعلى للكهرباء والغاز في الفصل في المنازعات المتعلقة بحالات إعادة النظر عند انتهاء الامتياز أو في حالات استرداد الأعمال الممنوحة للجماعات المحلية وذلك وفقاً لقائمة الشروط، أما المادة ٤٥ فقد نصت على قيام المجلس الأعلى للكهرباء والغاز بالتحكيم كآخر درجة في المنازعات التي تنشأ بين أنواع المؤسسات المنشأة في المادة الأولى وبين السلطة مانحه الالتزام.

راجع :

A. Patrikios, op.cit., p.133., note (2).

قضية S.N.V.S. والذي مد الحظر الوارد على المؤسسات العامة الإدارية إلى المؤسسات العامة الصناعية والتجارية^(٢).

وكان على أثر جمود فكر مجلس الدولة الفرنسي القائم على وحدة النظام القانوني بين المؤسسات العامة الإدارية والمؤسسات العامة الصناعية والتجارية، وبالتالي عدم السماح لهذا النوع الأخير من المؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم إلا إذا أجاز المشرع ذلك صراحة، أن أدى ذلك إلى قيام المشرع الفرنسي بإدخال فقرة ثانية إلى نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي بمقتضى القانون رقم ٧٥ - ٥٩٦ الصادر بتاريخ ٩ من يوليو عام ١٩٧٥ مجيزاً التحكيم في المنازعات التي تكون المؤسسات العامة الصناعية والتجارية طرفاً فيها. فقد نصت المادة ٢٠٦٠/٢ من القانون سالف الذكر على أنه : " يرخص للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم، على أن يكون ذلك بمقتضى مرسوم " ^(١).

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وقف أمام صلاية القاضي الإداري منحازاً إلى جانب أنصار المذهب العملي pragmatisme^(٢) الذين يروا أن الطابع العملي لهذه المؤسسات لابد وأن يسمح لها باللجوء إلى التحكيم للاستفادة من المزايا التي يقدمها هذا النظام، كما أن منع هذه المؤسسات من اللجوء إلى التحكيم يصيبها بأضرار بالغة هي في غنى عنها^(٣).

ويلاحظ على نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الآتي :

الملاحظة الأولى : إن نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني لا ينطبق حكمها على كافة المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وإنما على تلك التي يصدر بتحديد مرسوم، كما لا ينطبق حكمها أيضاً على المؤسسات العامة الإدارية.

^(٢) انظر سابقاً ص ٢٠٧.

^(١) ترجمة النص الأصلي التالي :

" Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ".

^(٢) انظر في هذا المعنى :

A. Patrikios, op.cit., p.148.

^(٣) راجع :

A. Mestre, art.préc., p.9.

الملاحظة الثانية : لقد ظلت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني في موضع السكون منذ صدورهما في عام ١٩٧٥ وحتى عام ٢٠٠٢، حيث لم يصدر خلال هذه الفترة أي مرسوم يحدد المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري التي يحق لها اللجوء إلى التحكيم. وظل الحال هكذا إلى أن صدر المرسوم رقم ٢٠٠٢ - ٥٦ الصادر بتاريخ ٨ من يناير عام ٢٠٠٢ والذي سمح بمقتضاه لبعض أنواع من المؤسسات العامة الصناعية والتجارية باللجوء إلى التحكيم^(١).

الملاحظة الثالثة : وفقاً لاتجاهات الفقه^(٢)، والقضاء^(٣) بالنسبة للتفسير الضيق للنصوص التي تبيح لبعض أشخاص القانون العام إبرام اتفاق التحكيم، فإن لجوء المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى التحكيم لا بد وأن يكون عبر مشاركة التحكيم وليس بموجب شرط التحكيم.

وبالإضافة إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني، فقد تدخل المشرع الفرنسي بمقتضى قوانين خاصة مجيزاً

(١) وفي ذلك تنص المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٠٠٢ - ٥٦ الصادر بتاريخ ٨ من يناير عام ٢٠٠٢ على أنه : " من أجل تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني، فإن المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري المذكورة في المادة ١٤٦ من القانون الخاص بالمناجم، والفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون ٨ من ابريل عام ١٩٤٦ والخاص بتأمين مرفقي الغاز والكهرباء، يسمح لهم باللجوء إلى التحكيم ".

D. n° 2002-56, 8 janvier 2002, JCP 2002., éd G, n° 20024; Rev.arb. 2002, p.249., obs. A. Hory.

غير أنه من الملاحظ أن الحكم الخاص بمرفقي الغاز والكهرباء قد فقد الآن كل قيمة له نتيجة تحويل هذين المرفقين إلى شكل الشركات المساهمة (تملك الدولة من رأس مال شركة الكهرباء ٧٠ %، وأكثر من الثلث بالنسبة لشركة الغاز) بموجب المادة ٢٤ من القانون رقم ٢٠٠٤ - ٨٠٣ الصادر بتاريخ ٩ من أغسطس عام ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ٢٠٠٦ - ١٥٣٧ الصادر بتاريخ ٧ من ديسمبر عام ٢٠٠٦.

(٢) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Gaudemet :

" On s'accorde en revanche à interpréter l'article 2060 alinéa 2 du code civil comme ne visant que le compromis spécial d'arbitrage et pas la clause compromissoire ".

Y. Gaudemet, L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français, art.préc., p.168.

(٣) وفي ذلك يقول مجلس الدولة :

" Il résulte du rapprochement des dispositions du second alinéa de l'article 2060 du Code civil et de celles de l'article 2061 que l'autorisation prévue par l'article 2060 ne s'applique qu'au compromis relatif à un litige né et ne confère pas à la faculté d'insérer dans un contrat une clause compromissoire ".

C.E. Avis., 6 mars 1986, préc.

لبعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ومن أمثلة ذلك :

١- القانون رقم ٨٢ - ١١٥٣ الصادر بتاريخ ٣٠ من ديسمبر عام ١٩٨٢ والخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية S.N.C.F. فقد أجازت المادة ٢٥ من هذا القانون لتلك المؤسسات بأن تلجأ إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها مع الغير ^(١).

٢- الفقرة الثانية من المادة ٤٣١ من قانون التأمينات، فقد رخصت هذه الفقرة للصندوق المركزي للتأمينات اللجوء إلى التحكيم ^(٢).

٣- القانون رقم ٩٠ - ٥٦٨ الصادر بتاريخ ٢ من يوليو عام ١٩٩٠ والخاص بمؤسسة البريد والاتصالات، فقد أعطت المادة ٢٨ من هذا القانون لهذه المؤسسة الحق في اللجوء إلى التحكيم ^(٣).

(١) ومن الجدير بالذكر أن الشركة الوطنية للسكك الحديدية كانت قد أنشئت في عام ١٩٣٧ تحت شكل الشركات التجارية. لذا كان من الطبيعي ألا يسري عليها الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم أو نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي. وفي عام ١٩٨٢ تم تحويلها من شكل الشركات التجارية إلى شكل المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بمقتضى القانون - المذكور في المتن - والذي احتفظ لها بمقتضى نص المادة ٢٥ بحق اللجوء إلى التحكيم سواء في المجال الداخلي أو في المجال الدولي.

Ph. Fouchard, La faculté de compromettre de la S.N.C.F., Rev.arb. 1983, pp.365-366.

(٢) وقد تم تحويل الصندوق المركزي للتأمينات من شكل المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى شكل الشركات المساهمة بمقتضى القانون رقم ٩٢ - ٦٦٥ الصادر بتاريخ ١٦ من يوليو عام ١٩٩٢.

(٣) والجدير بالذكر أن المادة ٢٨ من هذا القانون كانت تنص على أنه : " العلاقات بين البريد والاتصالات مع المنتفعين بخدماتها ومورديها والغير تخضع لقواعد الشريعة العامة - القانون الخاص - ويكون القضاء العادي هو المختص بنظرها، باستثناء المنازعات التي تكون بطبيعتها من اختصاص القضاء الإداري ". وقد كانت هذه المادة كفيلاً في حد ذاتها بأن تسمح لمؤسسة البريد والاتصالات بأن تلجأ إلى التحكيم بخصوص المنازعات التي تنشأ مع المنتفعين بخدماتها أو مورديها أو مع الغير. ولكن نص هذه المادة - كما يلاحظ بعض الفقهاء - قد وضعت في وقت كان اتجاه القضاء الإداري الفرنسي يزيد من تشدده إزاء لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم. لذا ارتأى للمشرع الفرنسي أن ينص صراحة على حق مؤسسة البريد والاتصالات في اللجوء إلى التحكيم حتى لا يترك الأمر عرضة للإلغاء من جانب مجلس الدولة.

راجع :

A. Patrikios, op.cit., p.146.

والجدير الإشارة إليه في هذا المقام أن مؤسسة الاتصالات قد تحولت من شكل المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى شكل الشركات المساهمة التي تمتلك الدولة أغلبية رأس مالها وذلك بالقانون رقم ٩٦ - ٩٦٠ الصادر بتاريخ ٢٦ من يوليو عام ١٩٩٦، ثم تحولت أغلبية رأس مالها إلى القطاع الخاص بالقانون رقم ٢٠٠٣ - ١٣٦٥ الصادر بتاريخ ٣١ من ديسمبر عام ٢٠٠٣.

راجع :

٤- القانون رقم ٩٧ - ١٣٥ الصادر بتاريخ ١٣ من فبراير عام ١٩٩٧، حيث أجازت المادة ٣ منه لشبكة السكك الحديدية لفرنسا Réseau Ferré de France بالالتجاء إلى التحكيم.

٥ - المادة ٥٢٣ - ١٠ من قانون الذمة المالية والتي أجازت اللجوء إلى التحكيم في مجال التنقيب عن الآثار، والمواد من ٤٧ إلى ٥٢ من مرسوم تطبيقه رقم ٢٠٠٤-٤٩٠ الصادر بتاريخ ٣ من يونيو عام ٢٠٠٤ والخاص بإجراءات التحكيم في مجال حماية الآثار.

ثالثاً : الاستثناء المتعلق بعقد الشراكة PPP^(١)

يعد هذا الاستثناء من أهم وأوسع الاستثناءات التي قررها المشرع الفرنسي على قاعدة عدم مشروعية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، كما أنه يعتبر بمثابة نقطة البدء في التحول من نظرة الشك والريبة التي ينظرها القانون الإداري الفرنسي إلى التحكيم.

فعقد الشراكة يعد من طائفة العقود الإدارية بنص القانون^(٢)، وقد تم تنظيمه بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠٤ - ٥٥٩ الصادر بتاريخ ١٧ من يونيو

L. Rapp, France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid, AJDA 2004., pp.579-590.

(1) **Partenariats Public-Privé.**

(٢) فقد نصت المادة الأولى من مرسوم ١٧ من يونيو عام ٢٠٠٤ على أنه :

" Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs (...). "

راجع للمزيد من التفاصيل بشأن النظام القانوني لهذا النوع من العقود :

- B. Martor et S. Thouvenot, Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française, RDAI 2004., pp.111-149.

- J.-F. Auby, Le cas des contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ?, RFDA 2004., pp.1095-1102.

- P. Delvolvé, De nouveaux contrats publics. 1. Les contrats globaux, RFDA., pp.1979-1091.

- Droit administratif des bien, Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, Aperçu rapide, JCP 2004., éd N et I, pp1237-1239.

- S. Braconnier, L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique, JCP 2004., éd G, pp.2134-2142.

- F. Lichère, Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ?, RDP 2004., pp.1547-1568.

- H. Groud, Réflexions sur les contrats de partenariat deux ans après, LPA. 2007., n°34, pp.4-13.

عام ٢٠٠٤ والذي تم المصادقة عليه بواسطة المادة ٧٨ من القانون رقم ٢٠٠٤ - ١٣٤٣ الصادر بتاريخ ٩ من ديسمبر عام ٢٠٠٤.

ويقوم هذا العقد على فكرة أساسية مؤداها أن يعهد أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص خلال مدة محددة القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار الخاص بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإداراتها واستغلالها وصيانتها، وإذا اقتضى الأمر، تأدية الخدمات للمرفق والمساهمة في أداء وظيفته التي يكلف بها في الأصل الشخص العام، وذلك لقاء مكافأة rémunération تدفعها الإدارة للمتعاقد بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية.

وقد نصت المادة ١٢/١١ من المرسوم سالف الذكر على أن هذا العقد يجب أن يتضمن بالضرورة شرط يتعلق بطرق تفادي وحل النزاعات والشروط التي يمكن بها اللجوء إلى التحكيم - إذا اقتضت الضرورة ذلك - مع تطبيق أحكام القانون الفرنسي^(١).

وقد نتج هذا الاستثناء من نصين؛ الأول : المادة ١١ من المرسوم المتعلق بالدولة ومؤسساتها العامة. أما الثاني : فيستخلص من المادة ١٤ من نفس المرسوم والتي تمت إضافتها في صلب المادة ١٤ - ١٢ من القانون العام للجماعات الإقليمية، وهذا النص يتعلق بالجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة.

وإذا كان هذا الاستثناء قد صدر بمقتضى مرسوم، وأن للمرسوم قيمة نص اللائحة مادام لم يقع المصادقة عليه من البرلمان. وبالتالي يجوز الطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة أمام مجلس الدولة، كما يمكن أيضاً أن يحال قانون المصادقة عليه إلى المجلس الدستوري - كأى قانون آخر - لبيان مدى تطابقه مع نصوص الدستور. وهذا ما حدث بالفعل، فقد تم رفع دعوى تجاوز السلطة ضد هذا المرسوم أمام مجلس الدولة، كما أحيل قانون المصادقة عليه إلى المجلس الدستوري للتحقق من مدى تطابق هذا الاستثناء مع نصوص الدستور، وذلك على النحو التالي :

(١) ولقد ورد النص الأصلي لهذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...)
l) aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française ".

١ - حكم مجلس الدولة الصادر في قضية Sueur بتاريخ ٢٩ من أكتوبر عام ٢٠٠٤ (٢)

لقد سنحت الفرصة أمام مجلس الدولة الفرنسي للتعرض لمدى شرعية هذا الاستثناء الجديد، وكان ذلك بمناسبة الطعن على تلك المرسوم بدعوى تجاوز السلطة *l'excès de pouvoir*.

فقد ذهب مفوض الحكومة Casas ^(١) في تقريره المقدم في هذه القضية إلى القول بأن : " إذا كان مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم يستند في أساسه إلى المبادئ العامة للقانون كما صرحت بذلك الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة بتاريخ ٦ من مارس عام ١٩٨٦، إلا أن ذات الفتوى قد أشارت إلى إمكانية الخروج عن هذه المبادئ بموجب نص تشريعي، أو بمقتضى معاهدة دولية مدرجة في النظام القانوني الداخلي. وبالتالي فإن الخروج عن مبدأ حظر التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن ينتج إلا عن قانون، وفي الواقعة الماثلة فإن قانون التفويض قد أعطى للحكومة سلطة إحداث أشكال جديدة من العقود تتضمن طرق تفادي وحل المنازعات المتعلقة بها، ومن ثم فإن ما ورد في هذا المرسوم من إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة لم يخالف مبدأ الحظر، وذلك أنه قد صدر بناء على قانون التفويض ".

ويستطرد قائلاً : " إن النظام القانوني الذي يقوم عليه عقد الشراكة ينقسم إلى ثلاثة محاور؛ المحور الأول : يتعلق باقتصادات الاتفاقات *économie de la convention* (عقود طويلة المدى – شكل التعهدات المالية). أما المحور الثاني : فيتعلق بمدة التنفيذ، فهذه العقود يستغرق تنفيذها مدة طويلة نسبياً، مما قد ينتج عنه العديد من الصعوبات التي تحتاج إلى تسوية ضرورية *ajustements nécessaires*. أما المحور الثالث : فيتعلق بطرق حل وتفادي المنازعات، فيجب أن يفتح المجال أمام الأطراف في هذه العقود لكي يتمكنوا من اللجوء إلى وسائل منتظمة أكثر مرونة

(2) C.E., 29 octobre 2004, Sueur et autres, RFDA 2004., p.1114; Rev.arb. 2005., p.134., note D. Foussard

(١) راجع :

D. Casas, L'ordonnance sur les contrats de partenariat était-elle légale?, concl. sous C.E., 29 octobre 2004, Sueur et autre, RFDA 2004., p.1103., spéc, pp.1113- 1114.

souplesse من تلك الموجودة في القضاء، فهدف هذه العقود هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد".

وقد شايح مجلس الدولة رأي مفوض الحكومة Casas، إذ بعد أن استعرض المجلس الأحكام المنظمة لعقود الشراكة، ذهب إلى أن المادة ١١ من المرسوم المطعون فيه استلزمت أن يتضمن عقد الشراكة بند يتعلق بطرق حماية وتنظيم المنازعات والشروط التي بموجبها يمكن الالتجاء إلى التحكيم إن اقتضت الضرورة ذلك مع تطبيق أحكام القانون الفرنسي.

ثم قرر أن : " حيث إنه وانطلاقاً من أحكام مشابهة مدرجة في المادة ١٤١٢ - ١٢ من القانون العام للجماعات الإقليمية والتي اقتبست مقتضياتها من المرسوم المطعون فيه، والذي خول للحكومة إحداث أشكال جديدة من العقود تبرم بواسطة أشخاص قانون عام أو أشخاص قانون خاص يعهد إليهم بموجبها القيام بخدمة عامة، وذلك في الحدود المدرجة في المادة السادسة من قانون ٢ من يوليو عام ٢٠٠٣، والتي يجب النظر إليها بأنها تسمح لواضعي المرسوم المطعون فيه بتعريف وتحديد النظام القانوني لتلك الأصناف الجديدة من العقود والتي تتضمن الشروط وطرق تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذها. وحيث إنه يجب الأخذ بعين الاعتبار مدى تشابك وصعوبة مقتضيات تلك العقود والمرتبطة أساساً بالطابع الإجمالي أو الكلي بالمهمة المنوط بها المتعاقد مع الإدارة، وبالمدة الزمنية للالتزام المذكور، وكذلك بالآليات المالية المتوفرة لمباشرتها " (١).

وبعد أن وضع مجلس الدولة نصب عينيه الاعتبار السابق بيانها، ذهب إلى أن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يعد من

(١) وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) que des dispositions similaires figurent au 1) de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée ; qu'en habilitant le Gouvernement à créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public dans les limites qu'il définit, l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 doit être regardé comme ayant entendu permettre aux auteurs de l'ordonnance attaquée de définir dans son ensemble le régime juridique de ces nouveaux contrats, y compris les conditions de prévention et de règlement des litiges susceptibles de naître à l'occasion de leur exécution ; que, compte tenu de la complexité des contrats en cause, liée notamment au caractère global de la mission confiée au cocontractant de l'administration, à la durée des engagements souscrits et aux mécanismes de financement à mettre en œuvre (...). "

المبادئ العامة للقانون التي يتعين احترامها وعدم الخروج على مقتضياتها؛ تلك المبادئ التي تقضي بأنه لا يمكن للأشخاص المعنوية العامة أن تتصل من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني عن طريق إحالة منازعاتهم التي تتصل بالنظام القانوني الداخلي إلى محكم ليتخذ قرار بشأنها، وأن لهذا المبدأ قيمة تشريعية وليس دستورية، ومن ثم يمكن الخروج عنه بموجب نص تشريعي. واعتبر المجلس أن القرارات التي تصدرها الحكومة بمقتضى قانون التفويض لا يمكن أن تمس القواعد المتعلقة بالقوانين إلا في الحدود التي فوضت فيها. وبالتالي فإن الخروج عن مبدأ حظر التجاء أشخاص المعنوية العامة للتحكيم لا يمكن أن ينتج إلا عن قانون. وانتهى المجلس إلى أن المرسوم المطعون فيه لم يجاوز ما ورد في المادة ٦ من قانون التفويض الصادر في ٢ من يوليو عام ٢٠٠٣^(١).

وقد ذهب الفقيه Foussard وهو بصدد تعليقه على هذا الحكم إلى أن الأسباب التي ساقها مجلس الدولة الفرنسي للتأكيد على شرعية هذا الاستثناء معتدلة sobre؛ ذلك أنه وضع نصب عينيه الطبيعية الإجمالية أو الكلية للمهمة المعهودة بها إلى شريك الإدارة، والمدة التي يستغرقها تنفيذ الالتزام، وكذلك أهمية الآليات المالية التي تطبق على العمليات. ومما لاشك أن طبيعة هذه العمليات تتسم بالتشابك والتعقيد، مما يكون من الملائم خضوعها لنظام أكثر مرونة من القضاء، وهو نظام التحكيم^(٢).

٢- قرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ ٢ من ديسمبر عام ٢٠٠٤^(٣)

(١) وفي هذا الصدد قضي مجلس الدولة :

" (....) les auteurs de l'ordonnance attaquée ont pu, sans méconnaître la portée de cette habilitation et sans qu'y fasse obstacle aucune règle ou aucun principe de valeur constitutionnelle, déroger, par les dispositions précitées, au principe général du droit en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne (....) que ces dispositions (....), n'excèdent pas le champs de l'habilitation conférée au gouvernement par l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ".

(٢) انظر :

D. Foussard, note sous C.E., 29 octobre 2004, C.C., 2 décembre 2004, Rev.arb. 2005., p.135., spéc, p.140.

(٣) C.C., N° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, RFDA 2004, p.1120; Rev.arb. 2005., p.135., note D. Foussard.

بعد أن فشلت محاولة النيل من المرسوم رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ الصادر بتاريخ ١٧ من يونيو عام ٢٠٠٤ أمام مجلس الدولة، أحيل قانون المصادقة عليه إلى المجلس الدستوري لبيان مدى تطابقه مع نصوص الدستور.

ففي البداية استعرض المجلس الدستوري نص المادة ٣٨ من الدستور والتي تنص على أنه : " تستطيع الحكومة من أجل تنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان السماح لها بأن تتخذ بواسطة أوامر، خلال مدة محددة، إجراءات تدخل عادة في نطاق القانون. وتصدر هذه الأوامر من مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة في هذا الشأن. ويعمل بها من تاريخ نشرها، إلا أنها تصبح باطلة إذا لم يودع مشروع قانون بالتصديق عليها لدى البرلمان قبل نهاية المدة المحددة في قانون التفويض ".

ثم ذهب بعد ذلك إلى أن مضمون هذه المادة يقضي بأنه لا يجوز أن تكون من بين الموضوعات التي تطلب الحكومة من البرلمان الإذن لها بمعالجتها بواسطة قرارات المسائل المتعلقة بالقوانين الأساسية، والقوانين المالية، وقوانين التمويل المتعلقة بالضمان الاجتماعي.

وانتهى المجلس الدستوري إلى أن : " أحكام قوانين التفويض سواء من حيث موضوعها أو شكلها لا تعفي الحكومة وهي بصدد ممارستها لهذا الحق من احترام القواعد الأساسية ذات القيمة الدستورية (....). وحيث إن المادة ١١ من المرسوم تتشابه مع نص المادة ١٤ - ١٢ التي أدخلت في القانون العام للجماعات الإقليمية عن طريق المادة ١٤ من المرسوم سالف الذكر (....). وحيث إنه في المقام الأول يُعدّ مبدأ منع الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم والذي تم إثارته من قبل الطالبين له قيمة تشريعية وليس دستورية، فإنه لا يمكن تقديم الطعن المتعلق بتجاهل هذا المبدأ أمام المجلس الدستوري. وحيث إنه في المقام الثاني وخلافاً لما يركز عليه الطالبين، فإن القواعد المذكورة لا تحمل أي اعتداء على مقتضيات حسن التصرف في النقود العامة التي تستخلص من المادة ١٤ من إعلان ١٧٨٩ " (١).

(١) وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle (....). Considérant que l'article 11 de l'ordonnance, comme l'article L. 1414-12 inséré dans le code général des collectivités territoriales par l'article 14 de la même ordonnance, disposent qu'

بعض الملاحظات على هذا الاستثناء :

١- إذا كان المشرع الفرنسي قد شيد قاعدة حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم على المعيار العضوي الوارد في نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني، فإنه قد تبنى في هذا الاستثناء الجديد لمشروعية التحكيم كل من المعيار العضوي والموضوعي معاً :

ويتحقق المعيار العضوي في الأشخاص المعنوية العامة التي لها حق اللجوء إلى التحكيم وفقاً لهذا القانون، وهم : الدولة ومؤسساتها العامة الوطنية، والجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة التي تنشئها. وبذلك يشمل هذا الاستثناء كافة الأشخاص المعنوية العامة موسعاً بذلك من دائرة أشخاص القانون العام التي يسمح لها باللجوء إلى التحكيم.

ويتحقق المعيار الموضوعي في طبيعة النزاع، فعقد الشراكة وفقاً لنص القانون من طبيعة إدارية. وبالتالي فإن هذا الاستثناء يعد خروجاً على القاعدة المستقر عليها في القضاء الإداري والتي مؤداها عدم مشروعية شرط التحكيم الوارد في العقود التي يختص بنظرها القاضي الإداري^(١).

٢- إن المشرع قد نص صراحة في هذا الاستثناء على ضرورة تطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع، وهذا الموقف يدفعنا إلى طرح التساؤل عن الحكمة التي يتوخاها المشرع من وضعه لهذا الشرط ؟

رداً على هذا التساؤل يجيب الفقيه Audit بأن هذا القانون يتعلق بعقد شراكة بين الأشخاص العامة فيما بينهم أو بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة. وبالتالي ومن المحتمل أن يكون الشخص الآخر

(....). Considérant que, en premier lieu, que << le principe de l'interdiction du recours à l'arbitrage par les personnes publiques >>, invoqué par les requérants, a valeur législative et non constitutionnelle; que, dès lors, les grief tiré de sa méconnaissance est inopérant devant le Conseil constitutionnel. Considérant que, en second lieu, que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les dispositions précitées ne portent pas atteinte à l'exigence de bon usage des deniers publics qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789 ".

(١) راجع :

M. Audit, Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, Rev.arb. 2004., p.541., spéc, pp.547 et s.

الطرف في العقد من جنسية أجنبية، أو أن يكون مكان تنفيذ جانب من الالتزامات الناشئة عن هذا العقد يتعلق بدولة أجنبية، أو أن يتعلق هذا العقد بعملية انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، مما يؤدي إلى خلع الصفة الدولية عليه، ويفتح المجال أمام الأطراف، أو أمام المحكمين باختيار قانون آخر غير القانون الوطني الفرنسي. ومن أجل هذه الاحتمالات اشترط المشرع تطبيق القانون الوطني لكي يضمن دوران هذا العقد في فلك هذا القانون ونفي خضوعه لأي قانون أجنبي^(٢).

٣- إن نظرة الشك والريبة التي ينظرها القانون الإداري الفرنسي إلى التحكيم في سبيلها إلى الانحدار، وآية ذلك أن المشرع لم يقر فقط تطبيق أسلوب التحكيم على عقود الشراكة، وإنما نص على ضرورة تضمين هذه العقود شرط التحكيم. وبالتالي فإن السلطات العامة سوف تمارس ضغوطات على الأطراف لإجبارهم على إدراج بند في صلب اتفاقاتهم يتعلق بحل النزاعات الناشئة عن هذه العقود بطريق التحكيم^(١).

ومما يؤكد تغير هذه النظرة ما ورد في تقرير مجموعة العمل الصادر بتاريخ ٢٧ من مارس عام ٢٠٠٧ بشأن وضع التصور النهائي لمشروع القانون المزمع إصداره بشأن التحكيم في المواد الإدارية.

إذ إنه بتاريخ ٧ من إبريل عام ٢٠٠٦ طلب وزير العدل garde des Sceaux من نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي تشكيل مجموعة عمل تكون مهمتها وضع التصور النهائي لمشروع القانون المزمع إصداره بشأن التحكيم في مجال المنازعات الإدارية باستثناء تلك المتعلقة بالقرارات الإدارية المنفردة actes administratifs unilatéraux^(٢).

(٢) M. Audit, *Ibidem.*, p.551 et s.

(١) راجع :

D. Foussard, note sous C.E., 29 octobre 2004, C.C., 2 décembre 2004, préc., p.136.

(٢) وقد احتوى هذا المشروع على ١٤ مادة، وتقدمت الحكومة إلى البرلمان في ١٣ من يوليو عام ٢٠٠٦ بمشروع قانون بتفويضها في إصدار هذا القانون بموجب مرسوم. غير أن مشروع قانون التفويض لم يناقش حتى الآن في أروقة مجلس الشيوخ Sénat.

راجع :

A. Courrèges, C. Verot, L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux, RFDA 2007., p.489., spéc, p.493.

وضمت هذه المجموعة في تشكيلها نخبة من أساتذة القانون والمحامين وقضاة المحاكم العادية والإدارية وممثل عن وزارة العدل، وقد ترأس هذه المجموعة السيد Daniel Labetoulle الرئيس الأسبق لدائرة المنازعات بمجلس الدولة الفرنسي.

وعند تعرض مجموعة العمل لنطاق التحكيم الإداري ارتأت ضرورة إفساح مجال التحكيم أمام كافة الأشخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم التعاقدية، حتى لو كانت مثارة فيما بينهم، باستثناء المنازعات المتعلقة بعقود إيجار الخدمات Louage de services^(١).

وإذا كانت المادة الأولى^(٢) من مشروع القانون المزمع إصداره قد أجازت اللجوء إلى التحكيم في كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية باستثناء عقود إيجار الخدمات محدثة بذلك تطور هام بشأن تطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، فإن ذات المادة قد أحدثت تطوراً آخر بنصها على إمكانية اللجوء إلى التحكيم عبر شرط التحكيم وليس فقط بموجب مشاركة التحكيم مخالفة بذلك اتجاه مجلس الدولة الفرنسي الذي كان يشترط - دائماً - أن يكون اللجوء إلى التحكيم عبر مشاركة التحكيم.

(١) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن هذا التقرير :

- L'arbitrage en droit public. Étude rédigée par : Groupe de travail sur l'arbitrage, préside par D. Labetoulle, JCP 2007., éd A, pp.36-43.
- Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, Rev.arb. 2007., pp.651-672.
- Personnes morales de droit public et recours à l'arbitrage, JCP 2007., éd G, pp.3-7.

(٢) ولقد وردت عبارات هذه المادة المقترحة كالتالي :

" définit le champ de l'arbitrage qui serait désormais ouvert aux personnes morales de droit public, sans préjudice des dispositions qui le prévoient déjà. L'ouverture suggérée concerne toutes les personnes morales de droit public et n'opère ainsi aucune distinction entre celles-ci. **Le recours à l'arbitrage est rendu possible pour tous leurs litiges contractuels, à l'exception de ceux nés de contrats de louage de service.** La rédaction retenue couvre également l'hypothèse du litige né du contrat nul.

Enfin, cet article permet aux personnes morales de droit public de soumettre un litige à arbitrage non seulement par voie de compromis mais aussi en recourant à une clause compromissoire ".

ونتصور أنه في حالة إقرار مشروع هذا القانون، فإن المشرع الفرنسي يكون بذلك قد أحدث تطوراً هاماً في فكره القانوني نحو إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ويمثل – على حد تعبير البعض – ثورة حقيقية *une véritable révolution* ^(٣) على القاعدة الراسخة في القانون العام الفرنسي التي تقوم في أساسها على عدم مشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وإلى أن يتم إقرار هذا القانون، فإنه يمكن القول بأن المبدأ السائد في فرنسا حتى الآن قوامه عدم جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وذلك باستثناء الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح يجيز ذلك. وإذا كان هذا حال القانون الوضعي الفرنسي، فإن نظيره المصري قد أخذ – بالعكس – بمبدأ عام قوامه إجازة التحكيم في كافة صور العقود الإدارية. وهذا ما سوف نلقي عليه الضوء في المبحث التالي .

(٣) انظر :

J.-L. Delvolvé, **Une véritable révolution....** Inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative), Rev.arb. 2007., pp.373-406.

المبحث الثاني

وضع المسألة في مصر

تعتبر مصر – كما سبق أن ألمحنا – من الدول التي أخذ نظامها القانوني بالاتجاه الذي يوسع الطريق أمام تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية. غير أنها لم تصل إلى هذا التطور طفرة واحدة، وإنما مرت بعدة مراحل تباينت فيها آراء الفقه والقضاء حول هذه المسألة.

وتبدأ أولى هذه المراحل، بالمرحلة السابقة على صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فقد تميزت هذه المرحلة بصمت المشرع عن تقرير جواز أو عدم جواز التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مما أدى إلى انقسام الرأي في الفقه والقضاء.

ولما صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية استمر هذا الخلاف بالرغم من وجود نص قانوني يمكن تفسيره بما يؤدي إلى جواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم.

وظل الحال هكذا إلى أن صدرت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٨ من ديسمبر عام ١٩٩٦ والتي انتهت فيها إلى عدم جواز تطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مما اضطر المشرع إلى التدخل بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ مضيفاً فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ونص صراحة على جواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم.

وسوف نتناول كل مرحلة من هذه المراحل في مطلب مستقل على النحو التالي :

المطلب الأول : المرحلة السابقة على صدور القانون رقم ٩٤/٢٧ .
المطلب الثاني : مرحلة صدور القانون رقم ٩٤/٢٧ .
المطلب الثالث : مرحلة صدور القانون رقم ٩٧/٩ وحسم الخلاف حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المطلب الأول

المرحلة السابقة على صدور القانون رقم ٩٤/٢٧

لقد تميزت هذه المرحلة – كما سبق القول – بصمت المشرع عن تقرير جواز أو عدم جواز حسم المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية عن طريق التحكيم، حيث لم يتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بين طياته نصاً صريحاً يجيز أو يمنع التحكيم في هذه المنازعات. وإزاء هذا الوضع، فقد اختلف الفقه وتباين موقف القضاء حول مدى تضمين العقود الإدارية شرط التحكيم.

أولاً : تباين موقف الفقه

مع غياب النص التشريعي، انقسمت آراء الفقه بشأن مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية الداخلية بطريق التحكيم إلى رأيين؛ أولهما : يرفض تطبيق أسلوب التحكيم لحسم هذه المنازعات. وثانيهما : يجيز ذلك. وكان لكل منهما حجه وأسانيده في هذا الشأن.

١ - الفقه المعارض

لقد استند الفقه القائل بعدم مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم إلى بعض الحجج لتدعيم وجهة نظره، تتمثل في الآتي:

أ - اعتداء التحكيم على الاختصاص المقرر للقضاء الإداري

يذهب رأي في الفقه المعارض لمبدأ التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية إلى أن الاتفاق على التحكيم يرتب أثرين هامين، أحدهما :

سلبي؛ ويتمثل في حرمان الأطراف من الالتجاء إلى القضاء لحل المنازعات التي اتفقوا بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، والآخر : إيجابي؛ ويتمثل في فض النزاع عن طريق التحكيم، والالتزام بالحكم الصادر فيه، واعتباره كأنه صادر عن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع^(١).

وينبني على ذلك، أن الاتفاق على التحكيم بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يمثل - بلا شك - اعتداءً على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصلي بنظر هذه المنازعات المعقود له بموجب نص المادة ١٧٢ من الدستور الصادر عام ١٩٧١، والمادة ١١/١٠ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

ولم يلق هذه الرأي قبولاً لدى بعض الفقهاء ووجهوا إليه بعض الانتقادات، وذلك من ناحيتين :

الناحية الأولى : إن المادة ١٧٢ من الدستور تهدف في المقام الأول إلى تقرير ضمان استقلال مجلس الدولة في مواجهة القضاء العادي، بحيث لا ينال من هذا الاستقلال بمقتضى نص قانوني، كما أن هذا النص لا يعني غل يد المشرع عن تقرير إسناد بعض المنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية إلى جهة أخرى استثناءً من الأصل المقرر في نص المادة ١٧٢ من الدستور؛ ذلك أن المادة ١٦٧ من الدستور قد أعطت المشرع سلطة تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وطرق تشكيلها. وبالتالي فإن الولاية العامة لمجلس الدولة لا تعني الاستئثار المطلق بالمنازعات الإدارية، بحيث لا يجوز للمشرع أن يسند لهيئات التحكيم الاختصاص بنظر بعض المنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية^(١).

الناحية الثانية : إن ما ورد في نص المادة ١١/١٠ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة لم يقصد به إلا بيان الحد الفاصل بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي ولم يقصد به منع حسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية عن طريق التحكيم^(٢)؛ ذلك أن القول

(١) د. محمد كمال منير : مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية (تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠) مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة والثلاثون ، العدد الأول ، يونيو ١٩٩١، ص ٣٣١ وما بعدها.

(١) د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٢) ويشير بعض الفقهاء إلى أن : " التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لم يكن له صدى في وعي المشرع حين إصدار قوانين مجلس الدولة ومنها القرار بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ".
د. جابر جاد نصار : الإشارة المتقدمة، ص ٦٣.

بغير ذلك يعني التجاوز في تفسير مقصد المشرع، فلو أراد المشرع تقرير هذا الحظر لنص عليه صراحة^(٣).

ب - تعارض التحكيم مع النظام العام

لقد ذهب بعض من الفقه المناهض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى القول بأن القواعد المتعلقة باختصاص النوعي للقضاء تتعلق بالنظام العام، ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون، وكل تعديل بأداة أقل منه يصبح غير مشروع^(١).

وعلى ذلك، فإذا ما أريد تعديل قواعد اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنص على اختصاص هيئات التحكيم بنظر منازعات العقود الإدارية، فإن ذلك لا يتم إلا بأداة قانونية معادلة في القوة والمرتبة للأداة التي نظمت اختصاصات تلك المحاكم؛ أي بمقتضى قانون يرخص للإدارة جواز الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص المتعلقة بمحاكم مجلس الدولة، وليس بمقتضى أداة أقل من ذلك كالمرسوم أو عقد من باب أولى^(٢).

في الواقع إن الاستناد إلى هذه الحجة لتقرير عدم مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم في الفترة السابقة على صدور القانون رقم ٩٤/٢٧ لها ما يبررها^(٣)؛ ذلك أن إرادة الخصوم ليست كافية بمفردها لخلق نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بل يتطلب الأمر تدخل المشرع بالنص صراحة على جوازه في هذه المنازعات. ولا أدل على ذلك من أن المشرع حين أراد تطبيق أسلوب التحكيم على بعض منازعات العقود الإدارية أصدر عدة قوانين تبيح ذلك صراحة، منها :

- المادة ٧٩٢ من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية أمام المحاكم المختلطة المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩١٢ الصادر بتاريخ ٢٨ من سبتمبر عام ١٩١٢، فقد أجازت الفقرة الثانية منها للحكومة ومصالحها

(٣) د. زكي محمد النجار : الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص ٣٤٤ - ٣٤٥.

(١) انظر في عرض هذا الرأي : د. يسري محمد العصار : المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) د. محمد كمال منير : التعليق السابق، ص ٣٣٢.

(٣) في هذا المعنى : د. نجلاء حسن سيد : التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص ٦٨.

أن تلجأ إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الخاصة بالأشغال العمومية وبالتوريدات وبالامتيازات التي تعطيها على وجه العموم.

- القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ والمتعلق بالمناجم والمحاجر، حيث نصت المادة ٤٥ منه على أنه: "تشكل للفصل في حالات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون لجنة تؤلف من ثلاثة أعضاء تختار وزارة التجارة والصناعة أحدهم ويختار المستغل العضو الثاني وتختار الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الإداري العضو الثالث من بين أعضائها وتُسند إليه رئاسة اللجنة".

- القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن التحكيم في المنازعات بين الدولة والغير^(١)، فقد نص هذا القانون على أنه مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨١٩ من قانون المرافعات يجوز فض المنازعات القائمة بين الدولة والغير عن طريق التحكيم، ويكون الاتفاق عليه بمشارطة كتابية خاصة يحدد فيها موضوع النزاع وأسماء المحكمين وأجل الحكم ولا تصبح المشارطة ملزمة إلا بعد التصديق عليها من مجلس الوزراء، ويكون الحكم الصادر وفقاً لأحكام القانون المتقدم نهائياً واجب النفاذ، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية كما لا يجوز طلب بطلانه، وتتبع في هذا التحكيم أحكام الباب الرابع من قانون المرافعات الخاص بالتحكيم والتي لا تتعارض مع أحكام هذا القانون^(٢).

٢ - الفقه المؤيد

(١) ومن الجدير الإشارة إليه أن القانون المذكور في المتن قد حدد في المادة ٦ منه فترة العمل بمدة ستة أشهر، امتدت بعد ذلك لمدة ستة أشهر أخرى تبدأ من ١٦ من فبراير عام ١٩٥٤ وذلك بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن مد العمل بأحكام القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٢، ولم يصدر قانون آخر يمد العمل بأحكام القانون السابق.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد ذهبت في فتاها الصادرة بتاريخ ١٠ من فبراير عام ١٩٥٤ إلى عدم سريان أحكام هذا القانون إلا على الجهات الإدارية التي يملك مجلس الوزراء التصرف في أموالها، إذ تقول: " (....) ذلك أن أحكام هذا القانون - أخذاً بنص المادة الثانية منه - لا تنظم سوى التحكيم في المنازعات التي يكون أحد أطرافها جهة إدارية يملك مجلس الوزراء التصرف في أموالها، والحال - فيما يتعلق بالمجالس البلدية - أن مجلس الوزراء ليس له أية ولاية بصدد التصرف في أموالها، لأن المادة الرابعة عشر (سادساً) من القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالمجالس البلدية والقروية قد جعلت التصرف بمقابل في أموال المجالس البلدية من اختصاص هذه المجالس، بشرط الحصول مقدماً على موافقة وزير الشؤون البلدية إذا كان هذا التصرف في عقار أو منقول تزيد قيمته على مائة جنيه (....) ".

فتوى رقم ٥٦ في ١٠ من فبراير ١٩٥٤، مجموعة فتاوى، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها قسم الرأي، المكتب الفني، السنة الثامنة والنصف الأول من السنة التاسعة، من أول أكتوبر سنة ١٩٥٣ إلى آخر مارس سنة ١٩٥٥، مطبعة مخيمر، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٤.

على عكس الاتجاه السابق، ظهر اتجاه في الفقه يؤيد تطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، مستنداً في ذلك إلى حجتين رئيسيتين :

تتمثل الحجة الأولى : في أن أحكام قانون المرافعات والتي أجاز قانون مجلس الدولة بمقتضى نص المادة الثالثة من مواد إصداره تطبيقها على المنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية – وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص – تجيز الاتفاق على التحكيم، فقد نصت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات على أنه : " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين (....) " .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى عمومية نص المادة ٥٠١ المذكورة، فهم يرون أن هذه المادة قد جاءت بصيغة عامة غير محددة، وبالتالي تسري نطاق تطبيقها على كافة العقود سواء كانت مدنية أم إدارية، وذلك انطلاقاً من الأصل العام الذي يقضي بأن العام يؤخذ على عمومه ما لم يخصص؛ الأمر الذي يتعين معه جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم^(١).

وتتمثل الحجة الثانية : في أن أحكام قانون مجلس الدولة لم يتضمن بين طياته نصاً يقضي بحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأن ما تضمنته المادة العاشرة من هذا القانون من تحديد لاختصاص محاكم مجلس الدولة قد قصد بها بيان الحد الفاصل بين اختصاص القضاء الإداري من القضاء العادي، ومن ثم فلا يجوز تعدي هذا الغرض للقول بعدم جواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم، فضلاً عن أن المادة ٥٨ من ذات القانون قد قطعت صراحة بجواز التجاء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك عندما اشترطت على الإدارة ألا تبرم أو تقبل أو تجيز اتفاق تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة^(٢).

ولقد وجه إلى هذا الاتجاه عدة انتقادات تتلخص في الآتي :

(١) انظر في عرض هذه الحجة : د. مجدي عبد الحميد شعيب : التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية، مجلة سنوية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، العدد العاشر ١٩٩٨، ص ١١٥.

(٢) د. عزيزة الشريف : التحكيم الإداري في القانون المصري، مرجع سابق، ص ١١٠ وما بعدها.

- إن الاستناد إلى نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٦٨/١٣ للقول بجواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم أمر يتجاوز حدود هذا النص؛ فالتحكيم في حقيقته طريقاً استثنائياً بديلاً عن نظام القضاء تسلب بمقتضاه المنازعات من جهة القضاء وتعرض على التحكيم، مما يشكل اعتداءً على اختصاص القضاء الإداري، ومن ثم فإن إقراره لابد وأن يكون بموجب نص تشريعي صريح يبيح ذلك^(٣)، وبدون هذا النص لا يمكن الاعتماد على استنتاج نابع من عمومية نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات لتقرير مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم^(١).

- كما وجهت اعتراضات إلى الاتجاه القائل بجواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لعدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يحظر التحكيم في هذه المنازعات، وذلك من منطلق أن استثنائية نظام التحكيم تقتضي النص صراحة على جوازه؛ بمعنى أن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية لابد وأن يكون من خلال إرادة صريحة للمشرع وقاطعة لا تترك مجالاً لاستنتاج والاستنباط، وبدون هذه الإرادة لا يمكن القول بجواز ذلك^(٢).

- ووجه النقد إلى الاتجاه الذي استند إلى المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة، على اعتبار أن هذا النص لم يرد به ما يقطع صراحة بجواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم. كما أن مشروعية الاتفاق على التحكيم تعد مسألة منفصلة ومستقلة عن ما تطلبته المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة من إلزام الجهات الإدارية بعدم الاتفاق على التحكيم بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة^(٣).

وترتيباً على ما تقدم، يتبين مدى الاختلاف والتردد الذي ساد آراء الفقه بشأن مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم في المرحلة السابقة على صدور قانون ٩٤/٢٧، الأمر الذي انعكس بدوره على أحكام محاكم مجلس الدولة كما سيتضح من خلال الموضع التالي.

(٣) د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٨ وما بعدها.

(١) د. مجدي عبد الحميد شعيب : البحث السابق الإشارة إليه، ص ١٢٠.

(٢) د. نجلاء حسن سيد : المرجع السابق، ص ٧٠.

(٣) د. محمد كمال منير : التعليق السابق، ص ٣٤١.

ثانياً : عرض موقف مجلس الدولة

لقد سنحت الفرصة أمام مجلس الدولة لإبداء رأيه حول مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم في الفترة التي سبقت صدور قانون ٩٤/٢٧. غير أن من يتتبع موقفه في هذا الشأن، سواء قضاءً أم إفتاءً، يلمس بوضوح عدم استقراره على رأي واحد، فتارة كان يذهب إلى جواز حسم المنازعات الإدارية العقدية بطريق التحكيم، وتارة أخرى كان يرفض ذلك. وهذا ما سوف نلاحظه من خلال عرض موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وأحكام القضاء الإداري من هذا الأمر.

١ - موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

لقد أقرت الجمعية العمومية في فتاها الصادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٧ من مايو عام ١٩٨٩ بمشروعية حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم^(١)، وذلك بقولها : " وقد أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية الاتفاق على التحكيم بالمفهوم السالف إيضاحه مبيناً شروطه وإجراءاته وكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها في المواد من ٥٠١ وما يليها. كما أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية (إدارية أو مدنية)، حينما نص بالفقرة الثالثة من المادة المذكورة على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بالألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. فلو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة ما كان المشرع ألزمها أصلاً بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ قرار (حكم) المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة. بيد أنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها سواء المدنية أو الإدارية، فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع طبيعته الروابط الإدارية ولا وجه القول إن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية دون غيرها - طبقاً للمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة - وبالتالي فإن الاتفاق على حسم تلك المنازعات

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١، جلسة ١٩٨٩/٥/١٧، سبقت الإشارة إليها ص ١٠٢.

بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الإداري في هذا الشأن، ذلك لأن المقصود من نص المادة ١٠ هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي ولا يجوز أن نتجاوز في تفسير هذا النص قصد المشرع والقول بحظر الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية".

ولقد عادت الجمعية العمومية وأكدت على ذات المبادئ التي قررتها في الفتوى السابقة، وذلك في فتاها الصادرة بجلسة ٢٧ من فبراير عام ١٩٩٣، على أن الجديد في هذه الفتوى أنها قد اشترطت لجواز التحكيم ألا يتم استبعاد - عند نظر المنازعة - القواعد الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية^(١).

٢- موقف القضاء الإداري

بالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن جهة القضاء الإداري، نلمس بوضوح عدم استقرار هذا القضاء وتقلبه بين إجازة ومنع اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في الفترة السابقة على صدور القانون رقم ٩٤/٢٧.

ففي الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠ من فبراير عام ١٩٩٠ قررت أن : " (....) ومن حيث إن اتفاق ١٤ من ابريل سنة ١٩٥٥ الملحق بعقد استغلال منطقة قصر المنتزه واستصلاح وتعمير منطقة جبل المقطم المبرم في ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٤ صدر في ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن مجلس الدولة والساري اعتباراً من ١٩٥٥/٣/٢٩ وقد نصت المادة العاشرة منه على أنه : (....)، ومن ثم فإنه يتعين تفسير نص البند الخامس من الاتفاق المشار إليه بما لا يتعارض مع أحكام المادة (١٠) سالفه الذكر(....) ومن حيث إن القاعدة أن المشرع منزه عن السهو والخطأ فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار إليه [الوارد به شرط التحكيم] بما لا يهدم خصائص العقد الإداري ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد، إذ إن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة بينما أن منح التزام المرافق العامة فهو من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة

(١) الفتوى رقم ٢١١ في ١١/٣/١٩٩٣، جلسة ٢٧/٢/١٩٩٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١٤١.

التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع، وإن كانت تأخذ شكل القانون لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن إرادتها في شكل قانون، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون، وإن كانت السلطة التي تصدرها واحدة، إذ من القواعد المقررة في القانون العام أن السلطة التي تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى (...).^(١)

وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا قد غلبت في الحكم المتقدم الاتجاه القائل بعدم مشروعية التحكيم استناداً إلى الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة العقود الإدارية، إلا أنها انحلت منحني آخر في حكمها الصادر بتاريخ ١٨ من يناير عام ١٩٩٤، حيث أجازت اللجوء إلى التحكيم بشأن هذه المنازعات، ويتضح ذلك جلياً من خلال حيثيات حكمها المذكور، إذ تقول: "ومن حيث إنه يبين مما تقدم أن الخلاف بين الطرفين يتبلور في تفسير نصوص عقد الاتفاق المبرم بينهما (...). أي أن المنازعة محل الطعن المائل لا تجاوز في حقيقتها نطاق تفسير العقد الإداري ولا تخرج عن دائرته ومن ثم تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ولا يرد عليها وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات الإدارية ومن ثم يجوز فيها شرط التحكيم طبقاً لنص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات خاصة وأن هذا الشرط قد تضمنه الاتفاق المعقود في أغسطس سنة ١٩٤٥ قبل إنشاء مجلس الدولة ومن ثم يتعين العمل بمقتضاه وطبقاً للمادة (٢١) من عقد الاتفاق والسالف ذكرها"^(٢).

ويتضح من جماع ما سبق مدى الاختلاف والتباين الذي ساد في الفقه والقضاء بشأن تطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في الفترة السابقة على صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ومرجع ذلك غياب النص التشريعي الذي يحسم هذه المسألة، وهو ما حاول المشرع العمل على تلافيه بإصداره القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فهل حسم هذا القانون ذلك الاختلاف

(١) الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٢) الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٩٩٤/١/١٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، الإشارة المتقدمة، ص ١٤٨.

أم أن الأمر استمر على ذات المنوال ؟ هذا ما سوف نوضحه من خلال
المطلب التالي.

المطلب الثاني

مرحلة صدور القانون رقم ٩٤/٢٧

على أثر الخلاف الذي احتدم بين الفقه والقضاء حول مشروعية حسم
منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم في ظل قانون المرافعات رقم ١٣
لسنة ١٩٦٨. وعلى أثر المطالبة بوضع قانون يتضمن تنظيمًا شاملاً لنظام
التحكيم في مصر من أجل ركب الاتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم
التجاري الدولي، صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في
المواد المدنية والتجارية بتاريخ ١٨ من إبريل عام ١٩٩٤، وقد نصت
المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه : " تلغي المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣
من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية
والتجارية، كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون ".

كما نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه : " مع عدم الإخلال
بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري
أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو
القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع
إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً يجري في
الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ".

فهل حسم هذا القانون الجدل الفقهي والقضائي المثار حول مشروعية
التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟

في الواقع لقد اشتد الخلاف في الفقه والقضاء حول هذه المسألة،
حيث ذهب فريق أيده في ذلك محكمة استئناف القاهرة إلى جواز تطبيق
أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية، بينما ذهب الفريق الآخر
الذي دعمته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى رفضه.

أولاً : الرأي المميز للتحكيم في العقود الإدارية

تتلخص الحجج التي استند إليها أصحاب الرأي المناصر للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في الآتي :

١- إذا كانت القاعدة الأصولية تقضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص، فإن عموم نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي أورد في إطار سريانه النص على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية^(١)، على اعتبار أن هذه المنازعات من المسائل التي تقبل الصلح والتصرف فيها^(٢).

٢- إن المجلس التشريعي قد حرص على التأكيد على خضوع العقود الإدارية للتحكيم، ويتضح ذلك من خلال تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية عن مشروع قانون التحكيم الحالي^(٣). بالإضافة إلى أن المناقشات التي دارت حول هذا التقرير، ورد وزير العدل على مناقشات السادة أعضاء مجلس الشعب عند عرض مشروع القانون عليهم يفيد بأن التحكيم جائز في العقود الإدارية، كما أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد سبق أن انتهت إلى إجازة حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم^(٤).

٣- إن الهدف الأساسي من إصدار قانون التحكيم الحالي هو ما طرأ على السياسة الاقتصادية من تغيير جوهري في مطلع الثمانينيات والرغبة في تهيئة مناخ اقتصادي جيد يعطي الطمأنينة والثقة للمستثمرين، وجذب

(١) د. ناريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد الدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية ١٩٩٦، الطبعة الأولى، ص ٤٨ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا المعنى : د. محمود سمير الشرقاوي : مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة والاستثمار التي عقدت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٤ إلى ٦ من ديسمبر عام ٢٠٠٤، ص ٢.

(٣) ولقد ورد في هذا التقرير ما يلي : " وعدلت اللجنة المادة الأولى على نحو وسع من نطاق تطبيق أحكام المشروع فبعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر نظمت سريان أحكام المشروع على حكم تحكيم يجري في مصر سواء أكان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأياً كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا القانون على العقود الإدارية كي يصبح حكمها تقيناً لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة في هذا الشأن ".

راجع : ملحق مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الحادية والخمسين (٢٠ من فبراير عام ١٩٩٤)، ص ٢٧.

(٤) انظر في عرض هذه الحجة : د. أنور أحمد رسلان : التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير ١٩٩٨، ص ٢٣٥.

رؤوس الأموال العربية والأجنبية للنهوض والمشاركة في مشروعات التنمية بالبلاد، وأن ذلك لا يتحقق فقط بوضع تشريعات اقتصادية تشجع ذلك، بل أيضاً بالتزام قبول مبدأ التحكيم فيما يثار من منازعات حتى لو كان العقد إدارياً^(٥).

وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً في حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ١٩ من مارس عام ١٩٩٧، حيث قضت بأن: "وحيث إنه عن السبب الثاني وهو الادعاء ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل النزاع هو عقد إداري لا يجوز التحكيم فيه، فإنه غير سديد. فقد جرت المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ١٩٩٤/٢٧ على أن (....) والقاعدة أنه لا اجتهد مع وضوح النص. ودلالة عبارة هذا النص واضحة وقاطعة في إجازة المشرع للاتفاق على التحكيم حتى ولو كان أحد أطرافه من أشخاص القانون العام وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع - وقد رددت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور نفس المعنى (....) وقد جاء تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية بمجلس الشعب عن مشروع قانون التحكيم أشد وضوحاً وأكثر حسماً في الإفصاح عن قصد المشرع من عبارات المادة الأولى من القانون المذكور (....) " ^(١).

ثانياً: الرأي الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

تتلخص الحجج التي استند إليها أصحاب هذا الرأي في الآتي :

١- تشير المناقشات البرلمانية التي صاحبت الموافقة على المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إلى أن العقود الإدارية لم ترد صراحة ضمن هذه المادة، وأن نص المادة الثانية بتعدادها أمثلة للعقود الخاضعة لأحكام هذا القانون كانت تستهدف تفادي النص صراحة على العقود الإدارية^(٢).

(٥) انظر في عرض هذه الحجة : د. أنور أحمد رسلان : الإشارة المتقدمة.

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة (الدائرة ٦٣ تجاري) في الاستئناف المقيد بالجدول العمومي تحت رقم ٢٤ لسنة ١١٣ قضائية في دعوى بطلان حكم التحكيم رقم ١٩٩٥/٦٦، الصادر بجلسة ١٩/٣/١٩٩٧، منشور في كتاب التحكيم والقانون، المجلد الخامس، دون ذكر الناشر أو تاريخ النشر، ص ١٧١، ومنشور أيضاً باللغة الفرنسية في مجلة التحكيم، العدد الثاني ١٩٩٧، ص ٢٨٣، تعليق فيليب لوبونجييه .

(٢) انظر في هذا المعنى : د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية : مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

٢- إن الإطلاق الوارد بالمادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ هو عموم منقوص؛ فأشخاص القانون العام – بالإضافة إلى علاقتها التي تخضع للقانون العام – تبرم من التصرفات القانونية التي تكون خاضعة للقانون الخاص. لذا فإن لفظ أشخاص القانون العام الوارد بنص المادة الأولى من القانون المذكور لا يكون له من إطلاق بحيث يسرى على كافة ما تبرمه الأشخاص العامة من عقود^(١). وبالتالي فإن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا بد وأن يكون بموجب نص تشريعي صريح يبيح ذلك.

٣- إن ما ورد على لسان مقرة مشروع القانون أثناء عرضها لهذا المشروع على مجلس الشعب بأن نظام التحكيم يتميز بتبسيط الإجراءات وسرعة الفصل في النزاع، واحترام القضاء المصري، واحترام سيادة الدولة، يقود بدون أدنى شك إلى عدم جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، خاصة إذا اخذ البندين الثاني والثالث بمفهومهما الدستوري والقانوني^(٢).

٤- أما من ناحية القول بأن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد انتهت قبل صدور قانون التحكيم الحالي إلى إجازة حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم، فهذا القول غير صحيح ويقوم على معلومات خاطئة. فإذا كانت الجمعية العمومية قد ذهبت إلى جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في فتاها الأولى الصادرة بتاريخ ١٧ من مايو عام ١٩٨٩، فإنها في فتاها الثانية قد قيدت ذلك بعدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الإدارية، فضلاً عن أن المحكمة الإدارية العليا قد رفضت في بعض أحكامها تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية. لذا فإنه من غير المنطقي الزعم بأن مجلس الدولة قد اتخذ موقفاً من التحكيم في العقود الإدارية^(٣).

(١) راجع في عرض هذا الرأي : المستشار / إبراهيم على حسن : تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة الحادية والأربعون، إبريل – يونيو ١٩٩٧، ص ٢٤.

(٢) راجع في عرض هذا الرأي : المستشار / إبراهيم على حسن : الإشارة المتقدمة، ص ٢٥.

(٣) انظر : د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٩ وما بعدها.

وقد أيدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع هذا الاتجاه في فتواها الصادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٨ من ديسمبر عام ١٩٩٦^(٤)، مستندة في ذلك إلى حجتين رئيسيتين، هما : عدم وجود نص تشريعي صريح يبيح اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية^(١)، وتعارض التحكيم مع طبيعة العقد الإداري^(٢).

(٤) انظر : الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦، ملف ١٦٠/٣٣٩/١/٥٤ في ١٦٠/٢/٢٢، المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاماً، طبعة مجلس الدولة، ص ٧٨٩.

(١) وفي ذلك تقول : " (....) وإن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجؤها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها. وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي. وإذا كان القضاء مستقراً - في الأنزعة الخاصة وبين أشخاص القانون الخاص - على أنه لا يصح اتفاق التحكيم من وصي على قاصر إلا أن يكون مأذوناً له بذلك من محكمة الأحوال الشخصية، ولا يصح من وكيل إلا أن يكون مأذوناً له بإجراء اتفاق التحكيم، ولا يصح إلا ممن يملك التصرف بذاته أو بقوامه عليه، وإذا كان ذلك كذلك فلا يصح إجازة التحكيم من جهة عامة بشأن عقد إداري بغير أن يكون موافقاً على ذلك بعمل تشريعي(....) وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فإن هذا القانون في أي من مراحل إصداره وحتى صدر لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون، وعندما قدم أحد الأعضاء اقتراحاً بأن يتضمن القانون عبارة صريحة بهذا المعنى، عرض اقتراحه بنصه على المجلس للتصويت فرفض الاقتراح، وتبين من المناقشات أن صاحب الاقتراح ذكر إن كان ثمة حرص على تفادي النص صراحة على العقود الإدارية عند إعداد المشروع ولذلك تضمن المشروع أمثلة لعقود هي مما يغلب على العقود الإدارية أن تكون من بينها. كما أن رئيس مجلس الشعب أوضح في المناقشات ما يخشاه من أن النص على العقود الإدارية في القانون يشجع المتعاقدين مع الدولة على طلب إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة معهم، وأن قانون الاستثمار استبعد النص على التحكيم تفادياً لهذا الأمر(....) ".

(٢) وفي ذلك تقرر الجمعية العمومية أنه : " والحال أيضاً أن العقد الإداري يتضمن بطبيعته شروطاً استثنائية، تقيم لجهة الإدارة المتعاقدة وجه سطوة ونفوذ في العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الآخر وبما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتسيير المرافق العامة، وأنه مما يتعارض مع هذه الطبيعة أن يرد شرط التحكيم في المنازعات التي تقوم بين أطراف هذه العقود، وما تقتضيه من مشاركة طرفي العقد في تشكيل هيئة التحكيم تشكيلاً اتفاقياً. وإذا كان المشرع لم يشأ أن يخضع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لاختصاص جهات القضاء المدني، وحصر منازعاتها بالقضاء الإداري بحسبانه اختصاصاً حاجزاً لمنازعات هذا النوع من العقود، لما يتميز به من أوضاع تتعلق بسلطات الهيئات العامة وبشؤون المرافق العامة وتسييرها، إذا كان هذا هكذا فإن منازعات العقود الإدارية تكون أكثر نأياً عن طبيعة نظام التحكيم وهيئته. ويعتبر شرط التحكيم متناقضاً مع إدارية العقد (....) ومن حيث أنه بالنسبة لنص المادة (١) من قانون التحكيم (....) وقد وقفت الجمعية عند هذه العبارة تستجلي معناها وتتفحص مفادها، وما إذا كانت وردت مقصود بها سريان أحكام هذا القانون على العقود الإدارية. ومن الجلي في مناهج التفسير أن اللفظ العام يعتبر ظني الدلالة في عومه، بينما اللفظ الخاص يعتبر قطعي الدلالة في خصوصه، لأنه ما من عام إلا وخصص على ما يقول علماء الأصول في الفقه. ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والتنافي بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم، وذلك من حيث صلاحية أية جهة عامة في عقد اتفاق التحكيم ومدى ما تنتسح إليه ولايتها في إبرامه (....) ".

وإزاء هذا الوضع، والرغبة في الحد من الخلاف الذي ساد في الفقه والقضاء لاستقرار الأوضاع القانونية وتشجيع الاستثمار، أصدر المشرع قانون ٩٧/٩ بتعديل أحكام المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٩٤/٢٧ ونص صراحة على خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم وأخضعه لبعض الضوابط والشروط. وهذا ما سوف نتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثالث

مرحلة صدور القانون رقم ٩٧/٩

وحسم الخلاف حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية

كان لازماً على المشرع بعد أن ازدادت حدة الخلاف في الفقه والقضاء بشأن مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم أن يتدخل بموجب نص تشريعي صريح ليحسم هذا الخلاف، فأصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ونص في مادته الأولى على أنه : " تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية، نصها الآتي : وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك ". كما نصت المادة ١/٢ من ذات القانون على أنه : " ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره ".

وبهذا التعديل يكون المشرع المصري قد حسم كلياً الخلاف الذي كان دائراً في الفقه والقضاء، منحازاً – بذلك – إلى جانب الاتجاه المؤيد لتطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

ومن الجدير بالملاحظة على هذا التعديل أنه قد حدد نطاق تطبيقه سواء من الناحية الموضوعية أو الزمنية، كما حدد أيضاً السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم وأخضعها لبعض الضوابط.

أولاً : نطاق تطبيق القانون رقم ٩٧/٩

سوف نتناول في هذا الموضع النطاق الموضوعي الذي يمتد إليه تطبيق القانون رقم ٩٧/٩، وكذلك النطاق الزمني له.

١ - النطاق الموضوعي

لقد نصت المادة الأولى من قانون ٩٧/٩ على أنه : " وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم (....) ". ويستفاد من نص هذه المادة أن القانون المذكور قد شمل جميع صور العقود الإدارية، حيث إنه لم يخصص عقوداً معينة وخصها بجواز التحكيم فيها، كما أنه لم يستبعد من نطاق تطبيقه أي عقد إداري آخر^(١)، وبذلك يشمل نطاق تطبيق هذا القانون من الناحية الموضوعية :

١ - كافة العقود الإدارية الوطنية منها أم الدولية، وذلك لعمومية نص المادة الأولى منه والتي لم تخص نوعاً معيناً منها يتم تسويته بطريق التحكيم.

٢ - كافة صور المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية سواء كانت في مرحلة الإبرام أو التنفيذ أو ما يترتب على تنفيذها من آثار.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام : هل يسري نطاق تطبيق هذا القانون على منازعات العقود الإدارية المثارة بين الأشخاص العامة المنصوص عليهم في المادة ٦٦ / د من قانون مجلس الدولة ؟^(٢)

رداً على هذا التساؤل أجابت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالرفض، وذلك في فتاها الصادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ٥

(١) انظر : د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٢) والجدير بالذكر أن هذه المسألة قد أثارت في المناقشات البرلمانية التي صاحبت إعداد قانون التحكيم الصادر برقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث إنه أثناء عرض المادة الأولى منه أبدى أحد النواب ملاحظته حول هذه المادة، قائلاً : " هدف التعديل سيادة الرئيس، أنه عندما يكون هناك نزاع بين طرفين من أشخاص القانون العام الحكومة وغيرها، المعروف أن الفصيل في هذا الخلاف تكون الجمعية العمومية لمجلس الدولة، إنني أعدل على اعتبار أن الخلاف يكون بين أشخاص قانون عام وقانون خاص ممكن، ولكن عام مع عام، تطبق المادة (٦٦) من القانون رقم ٤٧ الخاصة بالجمعية العمومية لمجلس الدولة وهي التي تحكم الخلاف الذي يقع بين أشخاص القانون العام ". وهنا تدخل السيد وزير العدل قائلاً : " السيد العضو (....) يتحدث عن أشخاص الجمعية العمومية لمجلس الدولة في فض المنازعات ونحن نتكلم هنا في شأن اتفاق على تحكيم وهذا أمر يتم بالاتفاق والأمر الذي يتم بالاتفاق جائز أن يكون بين شخصين من أشخاص القانون العام يتفقان على تحكيم معين، هذا لا ينزع أية سلطة من سلطات مجلس الدولة ولا يتعرض لها (....) الأمر الآخر سيادتك تذكر عندما يكون شخص عام مع شخص عام يختلفان لابد أن يذهبا إلى الجمعية العمومية لمجلس الدولة هل هناك ما يمنع أن يتفقا على أن يحكما، هل هذا الذي ينص عليه مجلس الدولة إلزامي بحيث إنه يلزمها وما عداها لا يجوز لها أن تختص بالتحكيم ؟ ليست هناك نصوص بهذا المعنى الذي تفسر به سيادتك (....) والتحكيم جائز بين أشخاص القانون العام بالاتفاق بينهم (....) " .

راجع : مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الثامنة والخمسين، ٦ من مارس عام ١٩٩٤، ص ١١.

من ابريل عام ٢٠٠٦^(٣)، بمناسبة النزاع الذي نشب بين هيئة قناة السويس والهيئة القومية لمياه الشرب والصرف الصحي^(٤). فقد انتهت الجمعية العمومية إلى عدم سريان نطاق تطبيق قانون التحكيم الحالي على الجهات الإدارية المنصوص عليها في المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة والتي تختص الجمعية العمومية وحدها بإبداء الرأي مسبباً في الأنزعة التي تنشأ بين بعضها البعض^(١)، وقصرت نطاق تطبيقه على منازعات الأشخاص

(٣) الفتوى رقم ٦٩٠ بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٤، ملف رقم ٣٦٤٤/٢/٣٢، جلسة ٢٠٠٦/٤/٥، غير منشورة.

(٤) تتلخص وقائع هذا النزاع في أنه بموجب عقود موقعة في أعوام ٩٥، ٩٦، ١٩٩٧ تم إسناد أعمال إدارة وتشغيل وصيانة محطات معالجة الصرف الصحي بمدن القناة الثلاث إلى هيئة قناة السويس وذلك لحساب الهيئة القومية لمياه الشرب والصرف الصحي وتضمنت العقود المذكورة نصاً يفيد اللجوء للتحكيم طبقاً للقانون رقم ٩٤/٢٧ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وذلك لحل أية خلافات = بينهما. وبالفعل ثار نزاع بين الهيئتين حول الطرف الملزم بسداد الضريبة العامة على المبيعات عن تلك العقود، وبعرض النزاع على هيئة التحكيم المشكلة لهذا الغرض، فقد أصدرت حكمها بتاريخ ٣٠ من أكتوبر عام ٢٠٠١ بإلزام كل من الهيئة المحكّمة (هيئة قناة السويس) والهيئة المحكّمة ضدها (الهيئة القومية لمياه الشرب والصرف الصحي)، بسداد الضريبة العامة على المبيعات طوال فترة تنفيذ العقود الثلاثة مناصفة سواء بالنسبة لما سددته الهيئة المحكّمة أو ما يسدد مستقبلاً لحساب هذه الضريبة. وقد تصدق على حكم التحكيم من محكمة جنوب الجيزة الابتدائية برقم ٢٠٠١/٣٥ تحكيم الجيزة، ونفاذاً له قامت هيئة قناة السويس بسداد مبلغ وقدره ٤٤٨٧٤١ جنيهات عن الفترة من ١٩٩٨/٧/١ وحتى ١٩٩٩/٦/٣٠، ومبلغ وقدره ٨٣، ٩٣٠١٣٣ جنيهات عن الفترة من ١٩٩٩/٧/١ وحتى ٢٠٠١/٧/١. وبمطالبة الهيئة القومية لمياه الشرب والصرف الصحي بسداد نصف قيمة المبالغ المشار إليها طبقاً لما جاء بحكم التحكيم، امتنعت عن السداد بدعوى أن تلك المبالغ لم تكن ضمن مطالبة هيئة قناة السويس والصادر بشأنها حكم التحكيم، ومن ثم تكون تلك المبالغ غير مستحقة الأداء. الأمر الذي حدا بهيئة قناة السويس إلى استصدار فتوى من إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والتخطيط والتنمية المحلية والاستثمار، والتي أفتت بشمول حكم التحكيم المذكور لمبالغ الضريبة على المبيعات المستحقة عن الفترة من ١٩٩٨/٧/١ وحتى ١٩٩٩/٦/٣٠.

وعلى أثر صدور هذه الفتوى، طالبت هيئة قناة السويس من الهيئة القومية لمياه الشرب والصرف الصحي بالوفاء بتلك المبالغ ودياً فامتنعت الأخيرة، مما حدا بهيئة قناة السويس إلى طلب عرض النزاع على الجمعية العمومية لتصدر فيه رأياً ملزماً طبقاً لنص المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة.

(١) إن اختصاص الجمعية العمومية بنظر المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص العامة بعضها البعض قد مر بعدة تطورات خلال قوانين مجلس الدولة المتعاقبة، فعندما صدر قانون إنشاء مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ نص في مادته الثالثة على أن تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات عدا وزارة الأوقاف أو بين المصالح المختلفة أو بين هذه الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية.

ولما صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ استبعد اختصاص محكمة القضاء الإداري الذي كان وارداً بالمادة الثالثة من قانون ١٩٤٦ ونص في المادة ٣٣ منه على أنه: "بيدي قسم الرأي مجتمعاً رأيه في المسائل الآتية (....) [سادساً] المنازعات التي تنشأ بين الوزارات وبين المصالح المختلفة أو بين هذه الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية أو بين هذه الهيئات".

وفي عام ١٩٥٥ الغي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ وحل محله القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والذي سار على ذات نهج قانون ١٩٤٩، حيث نقل حكم الفقرة (سادساً) من المادة ٣٣ من قانون ١٩٤٩ إلى الفقرة (ج) من المادة ٤٤ منه. وهو ما استرجعه القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في الفقرة (ج) من المادة ٤٧ منه.

الاعتبارية العامة الأخرى التي لا تختص الجمعية بنظر منازعاتها كالنقابات والبطاريكات، وقد استندت الجمعية في ذلك إلى ثلاثة أسباب رئيسية، تتحصل في : الاختصاص الحصري للجمعية العمومية المنصوص عليه في المادة ٦٦ د من قانون مجلس الدولة^(١)، وانتفاء مفهوم المنازعة والتعارض في المصالح بين الجهات الإدارية^(٢)، وعدم ملائمة نصوص قانون التحكيم الحالي مع طبيعة النزاعات التي تقوم بين الجهات الإدارية المنصوص عليها في المادة ٦٦ د^(٣).

ولما صدر القرار بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ نص في المادة ٦٦ منه على أنه : " تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي مسبباً في المسائل والموضوعات الآتية (...) [د] المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزماً للجانبين (...) " .

(١) وفي ذلك تقول الجمعية العمومية : " كما استظهرت الجمعية العمومية، أن المشرع انشأ الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بموجب قوانين مجلس الدولة المتعاقبة – وآخرها القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ – فقد وسد لها مهمة الإفتاء القانوني في المسائل التي تعرض عليها واختصها بإبداء الرأي مسبباً في الأنزعة التي تنشأ بين الجهات الإدارية بعضها البعض وهي الوزارات والمصالح العامة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والهيئات المحلية أو بين هذه الجهات بعضها البعض؛ وذلك بديلاً عن استعمال الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات، وأضفى على رأيها صفة الإلزام للجانبين حسماً لأوجه النزاع وقطعاً لدابره (...) . وخلصت الجمعية العمومية في هذا الخصوص أن اختصاصها الحصري ذاك إنما هو اختصاص متعلق بالنظام العام غير جائز الاتفاق على مخالفته، فإن وقع هذا الاتفاق يقع باطلاً فلا تصححه إجازة ولا يرد عليه قبول. ومن ثم فإذا كان الاختصاص القضائي ممتنعاً ابتداءً في شأن الخلافات التي تنشأ بين الجهات الإدارية المنصوص عليها بالمادة (٦٦ د)، فمن ثم يكون ولاية التحكيم بين هذه الجهات ممتنعة لصالح الاختصاص الولائي الأصلي المقرر للجمعية العمومية، نزولاً على اعتبارات حاصلها، أنه من غير المتصور أن يقاضي الشخص القانوني نفسه من خلال فرعين له، فلا يتصور أن يجري ذات الشخص تحكيمياً مع نفسه من خلال فرعين له " .

(٢) وفي ذلك تقول : " ولما كان ذلك، وكان التحكيم في جوهره اتفاق أطراف على تسوية نزاع ثار بينهم تتعارض فيه مصالحهم سالكين به طريقاً بديلاً عن طريق التقاضي عبر المحاكم، فإن في انتفاء هذا التعارض بين الطرفين ما ينتفي معه أساس لجوئهم للتحكيم، وإذا كانت الجهات الإدارية المنصوص عليها في المادة (٦٦ د) من قانون مجلس الدولة فروع لشخص معنوي واحد هو الدولة؛ تجمعها موازنتها العامة، فإنه من غير المتصور قيام نزاع حقيقي تتعارض فيه المصالح فيما بينها بحسبانها قائمة على هدف واحد وهو تحقيق الصالح العام وتسيير المرافق العامة، فوحدة كيان الدولة ووحدة شخصيتها المعنوية وإن تعددت فروعها أصل أكدته الجمعية العمومية واستقر في مبادئها " .

(٣) لقد تراءى للجمعية العمومية أن : " التحكيم على ما جاء به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لا يتناسب وطبيعة الأنزعة التي تقوم بين الجهات الإدارية المنصوص عليها في المادة (٦٦ د) من قانون مجلس الدولة، وهو ما نطقت به نصوص قانون التحكيم ذاته، إذ البين من مطالعة نصوص القانون المشار إليه أن المشرع تبنى فيه فلسفة قوامها تدخل المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع – بناء على طلب أحد أطراف التحكيم – لإزالة العوائق التي تحول دون بلوغ التحكيم لهدفه، والمشرع في ذلك كله يفترض أن ثمة محكمة ما مختصة أصلاً بنظر النزاع المزمع إجراء تحكيم فيه، فناط بها التدخل لإزالة ذلك العائق (...) وجلي من تلك الأحوال؛ جميعها؛ أنها وضعت لتضبط التحكيم الذي يجري بين جهات يكون للقضاء اختصاص بنظر أنزعتها، فإذا ما انحسرت ولاية القضاء عن أنزعة بعينها (كما هو الحال بالأنزعة التي تختص بنظرها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع) أصبح من المتعذر تطبيق أحكام قانون التحكيم المشار إليه، وهو ما بدا جلياً من وقائع المسالة المعروضة؛ إذ يقضي قانون التحكيم

٢- النطاق الزمني

تنص المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على أنه: "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره (....)".

ويستفاد من نص المادة المذكورة أنها قد حددت نطاق سريان أحكام هذا القانون من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية. وبالتالي فهو ينطبق بأثر فوري وليس بأثر رجعي^(١).

أن يتم إيداع أصل حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، في حين أودع حكم التحكيم المشار إليه قلم كتاب محكمة جنوب الجيزة الابتدائية برقم (٢٠٠١/٣٥) تحكيم الجيزة)، رغم أن محكمة جنوب الجيزة الابتدائية غير مختصة بأصل النزاع القائم بين الهيئتين المشار إليهما حتى يودع حكم التحكيم قلم كتابها؛ وفي ذات الوقت فإن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لا تستوي محكمة في مفهوم قانون التحكيم مما يثير التساؤل حول كيفية تطبيق الآليات المنصوص عليها في ذلك القانون في شأن الجهة التي تقرر بطلان حكم التحكيم، إذ من شأن تطبيق تلك الآليات على وقائع النزاع المعروف ألا تكون هناك جهة مختصة بتقرير بطلان حكم التحكيم وهو - بيقين - أمر مستبعد؛ ومن ثم تكون الأحوال المشار إليها في قانون التحكيم بشأن اختصاص محكمة أصل النزاع قاطعة الدلالة على أن المشرع استبعد المنازعات التي تنور بين الجهات الإدارية العامة من تطبيق أحكامه، دون أن يحاج = في ذلك بمقولة أن في عدم إجازة التحكيم بين الجهات الإدارية إهدار لنص المادة (١) من قانون التحكيم والتي أجازت صراحة التحكيم بين أشخاص القانون العام، إذ إن من أصول التفسير وجوب التوفيق بين النصوص القائمة لإزالة ما قد يبدو من تعارض بين ألفاظها، وذلك بصرف كل نص إلى غايته التي رعى المشرع إلى تحقيقها، فيحمل العام على عموميه ويُسْتَبْعَد من نطاقه ما خصه المشرع بحكم خاص، وبناء على ذلك ولما كان المشرع قد اختص الجمعية العمومية بالفصل في الأنزعة التي تنار بين الجهات المحددة بالمادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة، فإن مجال أعمال المادة (١) من قانون التحكيم يكون بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تختص الجمعية العمومية بنظر منازعاتها كالنقابات والبطاريكات "

(١) ومن الجدير بالذكر أنه أثناء مناقشة مشروع قانون التحكيم بمجلس الشعب أثيرت مسألة سريان أحكام هذا القانون بأثر رجعي على اعتبار أن مسألة حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم كان أمراً مقررأ من قبل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٩٤/٢٧، وما هذا التعديل إلا لتحديد السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم.

ففي المناقشات التي دارت في مجلس الشعب حول نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٧/٩ تساءل أحد الأعضاء قائلاً: " (....) هل هذا تعديل أم تفسير؟ فقد قلنا هنا يسري بمجرد نشره فهل هذا تعديل أم تفسير حتى يسري بأثر رجعي من تاريخ بدء القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، أم يحل التنفيذ من وقت نشره؟ فأجابته المقرر بأنه تعديلاً وليس تفسيراً. وهنا تتدخل رئيس مجلس الشعب قائلاً: " هذا التعديل يعتبر منظوياً على أمرين، الأمر الأول تأكيد للمبدأ الذي قرره التشريع السابق من أن التحكيم جائز في جميع العقود أيا كانت طبيعتها وهو ما يسري على العقود الإدارية، لأن النص جاء مطلقاً ولا تخصيص بغير مخصص ويعتبر تعديلاً لأنه حدد الجهة المختصة التي تجري الموافقة على العقود الإدارية وواضح من أسلوب المذكرة الإيضاحية المرفقة بمشروع القانون الوارد من الحكومة أن هذا التعديل جاء لحسم خلاف ثار حول التفسير ويتحقق حسم الخلاف في تأكيد المبدأ أما التعديل فوارد في تحديد السلطة المختصة. وبالتالي فإن مشروع القانون ذو صفة مختاطة هو قانون تفسيري إذ يؤكد مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية وهو تعديل في نفس الوقت إذ يحدد السلطة المختصة (....) ". راجع : مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الستين بتاريخ ٢٤ من ابريل عام ١٩٩٧، ص ١٨.

هذا وقد ذهب رأي في الفقه ^(٢) إلى عكس ذلك مقررًا أن القانون رقم ٩٧/٩ ليس سوى قانون تفسيري للقانون رقم ٩٤/٢٧. وبالتالي فإن سريانه يرتد إلى تاريخ بدء تطبيق هذا القانون الأخير.

ويستند هذا الرأي إلى العبارة التي استخدمها المشرع في هذا القانون: << وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية (...)>>، حيث يذهب إلى أنه إذا كان المشرع يقصد تقرير حكم جديد وليس مجرد تفسير نص المادة الأولى من قانون ٩٤/٢٧ لكان استخدم عبارة أخرى تدل على ذلك مثل << ويجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية >>، مما يتبين معه أن المشرع اعتبر أن جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية كان أمراً مقررًا من قبل في ظل القانون رقم ٩٤/٢٧.

في الواقع إن هذا الرأي الذي يعتبر القانون رقم ٩٧/٩ قانوناً تفسيرياً، وبالتالي يمكن تطبيقه بأثر رجعي من وقت تطبيق القانون رقم ٩٤/٢٧ هو رأي لا يمكن قبوله، وذلك لسببين :

السبب الأول : إن القاعدة العامة تقضي بأن القانون ليس له أثر رجعي، إذ تسري أحكامه على ما يقع من تاريخ العمل به. وهو مبدأ دستوري تحرص غالبية الدساتير على التأكيد عليه ^(١)، ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناءين؛ الأول : أن ينص المشرع صراحة في صلب القانون على تطبيقه بأثر رجعي. أما الثاني : فيتعلق بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم، حيث يتعلق الأمر هنا بضمانة أساسية للحريات العامة. ومن الجلي أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لا يمكن أن يندرج تحت أي من هذين الاستثناءين، فهو من ناحية لم ينص على سريان أحكامه بأثر رجعي، بل كان صريحاً حين حدد ميعاد سريانه من اليوم التالي لنشره، ومن ناحية أخرى لم يتعلق بقانون جنائي أصلح للمتهم ^(٢).

أما السبب الثاني : يتعلق بأن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ قد جاء بالنص صراحة على أنه قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد

(٢) د. يسري محمد العصار : المرجع السابق، ص ١٤٢ وما بعدها.

(١) تنص المادة ١٨٧ من دستور ١٩٧١ على أنه : " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ".

(٢) في هذا المعنى : د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧/٩٤، ومن ثم فإن سريان أحكامه لا يمتد إلى تاريخ بدء تطبيق القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤^(٣).

وإذ انتهت إلى أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لا ينطبق عليه وصف القانون التفسيري سواء في جزء منه أو في مجمله، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد : ما هي مصير اتفاقات التحكيم التي أبرمت قبل صدور هذا القانون ؟

رداً على هذا التساؤل أجابت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ من مايو عام ٢٠٠٥ بعدم مشروعية اتفاقات التحكيم المبرمة قبل صدور القانون رقم ٩٤/٢٧^(١).

فقد قضت بأن : " ولا ينال مما تقدم القول بأن العقد محل المنازعة والذي تضمن شرط التحكيم قد أبرم في ١٩٩٣/٦/٢٠ أي قبل صدور

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين : العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(١) تخلص وقائع هذا النزاع في أنه بتاريخ ٢٠ من يونيو عام ١٩٩٣ أبرمت شركة إنبريجيت عقد مقولة رقم ٢٧/٢٠ مشروع الهرم - مناطق العزب مع الجهاز التنفيذي لمشروع الصرف الصحي بالقاهرة. وعلى أثر الخلاف الذي ثار بينهما حول بعض المستحقات المالية، ورفض الجهاز التنفيذي تسوية هذا النزاع بطريق التحكيم المنصوص عليه في العقد، لجأت شركة إنبريجيت إلى محكمة شمال القاهرة الابتدائية لتعيين محكم عن الجهاز وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وبالفعل أصدرت محكمة شمال القاهرة الابتدائية قرارها بتاريخ ٥ من مايو عام ١٩٩٩ بتعيين أحد المحكمين عن الجهاز التنفيذي لمشروع الصرف الصحي للقاهرة الكبرى في هيئة التحكيم. وقامت الشركة بإعلان قرار التعيين إلى الجهاز، بيد أن الجهاز التنفيذي لمشروع الصرف الصحي للقاهرة الكبرى أفاد ببطالان الإجراءات طبقاً للتعديل الذي أدخل على نص المادة الأولى من قانون التحكيم والتي اشترطت أن يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة. وعلى أثر هذا الرد تقدمت الشركة بطلب إلى وزير الإسكان والمرافق بتاريخ ١٩ من سبتمبر عام ١٩٩٩ لتعيين محكم عن الجهاز طبقاً للتعديل الجديد في قانون التحكيم، بيد أن هذا الطلب أحيل إلى رئيس الجهاز الذي أشر عليه بالرفض بتاريخ ٢١ من أكتوبر عام ١٩٩٩. وعلى أثر هذا الرفض أقامت شركة إنبريجيت الدعوى رقم ١٥٩٩ لسنة ٥٤ ق أمام محكمة القضاء الإداري بغية الحكم لها بصفة مستعجلة بتعيين محكم عن الجهاز التنفيذي لمشروعات الصرف الصحي للقاهرة الكبرى من قائمة المحكمين الصادر بها قرار وزير العدل. وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من مارس عام ٢٠٠٠ إلى رفض هذه الدعوى، إذ قضت بأن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قد اشترط للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية موافقة الوزير المختص أو من يتولى سلطاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، وقد خلت الأوراق مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية على اللجوء إلى التحكيم في النزاع الناشئ عن العقد محل الدعوى مما يتعين معه رفض طلب الشركة بتعيين محكم عن الجهاز (مشار إليه في حكم المحكمة الإدارية المذكور في المتن).

وإذ لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى شركة إنبريجيت، فطعننت فيه أمام المحكمة الإدارية العليا تأسيساً على أن الحكم المطعون فيه قد صادر حق التقاضي لجميع المواطنين. وبالتالي فإن رفض الوزير المختص تعيين محكم يكون أيضاً مصادرة لحق دستوري هو اللجوء إلى القاضي الطبيعي.

القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فهذا القول مردود بأن قضاء هذه المحكمة جرى قبل تعديل المادة الأولى سالفه الذكر على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى أن الاختصاص القضائي لمجلس الدولة المبين بالمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بقصر الفصل في منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة. وترتيباً على ما تقدم وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون جاء متفقاً وحكم القانون ويكون الطعن عليه غير قائم على سند من القانون جديراً بالرفض" (١).

ويستفاد من الحكم المتقدم الآتي :

١- إن المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية قبل تعديلها بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لم تقر مبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث إن هذا المبدأ قد تقرر بمقتضى التعديل الذي أدخله المشرع عام ١٩٩٧.

وهذا ما عبرت عنه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى الصادرة عنها بجلسة ١٠ من ديسمبر عام ١٩٩٧ بقولها : " (....) وأنه إذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته أو بتعيين وصياً من المحكمة فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في إجراءاته ولا تكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن به في أية حالة مخصوصة - لاحظت الجمعية العمومية أنه على أثر صدور هذا الإفتاء قام المشرع بإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية بإضافة فقرة جديدة إلى المادة (١) منه تنص على أنه (....) وهو ما يؤكد أن التحكيم لم يكن جائزاً في منازعات العقود الإدارية حتى تدخل المشرع بالنص على إجازته بموجب التعديل المشار إليه - (....) " (٢).

(١) الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٤٦ ق.ع الصادر بجلسة ٢٠٠٥/٥/٣١، حكم غير منشور.

(٢) الفتوى رقم ٢٨ بتاريخ ١١/١/١٩٩٨، جلسة ١٠/١٢/١٩٩٧، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، إبريل - يونيه ٢٠٠٠، ص ١٩٢.

٢- إن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الخاص بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ليس قانوناً تفسيرياً كما ذهب بعض الفقهاء. وبالتالي فإن نطاق تطبيقه يسري بأثر فوري وليس بأثر رجعي كما سبق أن أوضحنا.

٣- ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، إذ تعتبر هذه الموافقة إجراءً جوهرياً لصحة اتفاق التحكيم، بحيث يترتب على عدم وجودها بطلان اتفاق التحكيم. وهذا ما سوف نوضحه في الموضع التالي.

ثانياً : السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم والقيود الواردة عليها

إذا كان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ قد أباح اللجوء إلى التحكيم في كافة منازعات العقود الإدارية، إلا أنه قد قيد ذلك بقيد إجرائي يتمثل في ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، وعدم إجازة التفويض في ذلك.

١ - السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم والأثر المترتب على عدم وجودها

لقد حددت المادة الأولى من القانون المذكور السلطة المختصة بالموافقة على اتفاق التحكيم في : الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة. ومؤدى ذلك أن صاحب الأهلية والاختصاص الذي يجب أن يصدر منه الرضا بشرط التحكيم في العقود الإدارية هو الوزير الذي يدخل النزاع ضمن اختصاصات وزارته، أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا الشرط بقولها : " لهذا رأى إدخال تعديل بالإضافة على المادة (١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالف الذكر يقر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق واعتماده، ضبطاً لاستعمالها وضماناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام، وبحيث يكون المرد في هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الأشخاص الاعتبارية العامة، وبحيث لا يجوز لأي منهما التفويض في هذا الخصوص " .

وإذا كان هذا الشرط الذي أتت به المادة الأولى من القانون المذكور بمثابة تحديد قانوني لمن تتوافر فيه صفة التصرف بتوقيع اتفاق التحكيم في هذا النوع من العقود، فهل تخلفها يرتب بطلان هذا الاتفاق ؟

تذهب الأحكام الصادرة عن القضاء إلى اعتبار موافقة السلطة المختصة على اللجوء إلى التحكيم من المتطلبات الجوهرية لوجود اتفاق التحكيم وشروط صحته، بحيث يترتب على تخلفها بطلان هذا الاتفاق، وهذا ما أعلنه صراحة مجلس الدولة. أما بالنسبة لموقف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فإنه لم يستقر على رأي واحد في هذا الصدد، فتارة يذهب إلى تأييد الاتجاه الذي يرتب البطلان كجزء على تخلف الصفة في الموافقة على اتفاق التحكيم، وتارة أخرى يرفض ذلك.

أ - موقف القضاء

لقد أكدت الأحكام الصادرة عن القضاء، وبخاصة تلك الصادرة عن القضاء الإداري على ضرورة الحصول على الموافقة الأولية من جانب السلطة المختصة على اللجوء إلى التحكيم، وإلا تترتب البطلان على عدم تحقق ذلك، لتخلف أحد الأشكال الجوهرية التي تطلبها القانون.

ففي الحكم الصادر في قضية ماليكوروب ليمتد بتاريخ ١٩ من فبراير عام ٢٠٠٦^(١) قضت محكمة القضاء الإداري بأن : " (....) كما تدخل

(١) تتلخص وقائع هذا النزاع في أنه من أجل تفعيل قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٢ / ٢٠٠٠ الخاص بتخصيص الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة بمدينة رأس سدر والبالغ مساحتها (٤٢) كيلو متراً مربعاً، قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالإعلان عن مناقصة عالمية لإنشاء وإدارة واستغلال مطار بمدينة رأس سدر وفقاً لنظام B.O.T لفترة معينة يتم بعدها إعادة المطار للدولة. وتقدمت شركة ماليكوروب ليمتد بعطائها والمتضمن أن رأس مالها يبلغ مقداره ١٠٠ مليون جنية إسترليني بما حمل الهيئة على تزكية هذا العطاء. وبتاريخ ٤ من نوفمبر عام ٢٠٠٠ تم توقيع عقد الامتياز لإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر وفقاً لنظام B.O.T بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة ماليكوروب ليمتد، وقد نص البند ٢١-٣-٣ من العقد المبرم بينهما على أنه : " أي نزاع يتعذر حله ودياً (....) يتم تسويته عن طريق التحكيم التجاري الدولي بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي طبقاً للقواعد السارية في تاريخ عقد الامتياز هذا، وذلك لإصدار قرار نهائي وملزم. ويجري ذلك التحكيم في القاهرة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وقانون التحكيم هو القانون المصري (....) ". وبتاريخ ١٧ من يناير عام ٢٠٠١ تقدمت شركة ماليكوروب ليمتد بطلب تأسيس شركة مساهمة مصرية لإنشاء وتشغيل وإدارة المطار تنفيذاً لأحكام البند ٢٣-١-٦ من العقد المذكور. ونظراً لكون طالب التأسيس من غير المصريين فقد تم إخطار جهات الأمن المختصة والتي أفادت بعدم الموافقة على تأسيس الشركة. وقد تكشف لوزير الطيران المدني والذي حل محل الهيئة المصرية العامة للطيران المدني أن شركة ماليكوروب ليمتد قد أدخلت على الهيئة المذكورة الغش والتمثل في القدرة المالية للشركة والتي كانت وقت التعاقد لا تتعدى جنيهاً إسترليني، فضلاً عما شاب عملية التعاقد من أخطاء جسيمة من جانب القائمين على إسنادها، مما حدا به إلى

المشرع المصري بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ مضافاً إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة خاصة أجاز بمقتضاها التحكيم في العقود الإدارية إلا أن هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية دون جواز التفويض في ممارسة هذا الاختصاص بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم في هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التي شرطها النص بمن يوافق عليه. ومفاد عدم انعقاد الاتفاق أن يكون باطلاً ولم ينشأ دون حاجه إلى تصريح بذلك يرد في ألفاظ النص. وقد نصت المادة (١١) من القانون المشار إليه (....) ولا مريية في أن اشتراط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، هو تحديد قانوني لمن تتوافر فيه صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم في الحالة المخصوصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود. وأن جزاء عدم توافر الصفة القانونية المشروطة هو عدم جواز الاتفاق ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يعدو باطلاً لا أثر له إن تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدم أحد أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب أو إذا تخلف أحد الشروط التي اعتبرها المشرع لأي من هذه الأركان الثلاثة ومن ذلك ما أورده الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم متعلقاً بوجوب موافقة الوزير المختص^(١).

مصادرة التأمين الابتدائي واتخاذ إجراءات فسخ العقد المذكور. وعلى أثر ذلك قامت الشركة بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ضد الحكومة المصرية قيدت برقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤ طالبة فيها إلزام الحكومة المصرية بتعويض مقداره ٥٠٨ مليون دولار عن الأضرار التي أصابها من جراء فسخ العقد المبرم معها. وأثناء تداول هذه الدعوى التحكيمية أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أقام وزير الطيران المدني بصفته هذه الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري طالباً فيها الحكم بصفة مستعجلة بوقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطلب الموضوعي المتمثل ببطالان شرط التحكيم الوارد في العقد المذكور تأسيساً على عدم موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم.

(١) الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٢٠٠٦/٢/١٩، حكم غير منشور.

وانظر في هذا المعنى : الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٤٦ ق. ع بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٣١ والسابق الإشارة إليه، إذ تقول :

" ومن حيث إن المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدلة بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ تنص على أن (....) ومن حيث إن أوراق الطعن ومستنداته قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية الجديدة على اللجوء إلى التحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثاني بشأن تنفيذ العقد رقم ٢٧ ز ٢ المبرم بينهما في ١٩٩٣/٦/٢٠، ومن ثم يكون الطلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون ".

كما اعتبرت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ ٨ من مايو عام ٢٠٠٢ أن موافقة السلطة المختصة على اللجوء إلى التحكيم من الإجراءات الجوهرية التي يتعين وجودها لصحة اتفاق التحكيم.

فقد قضت : " وحيث إنه عن الموضوع والدعوى فالمقرر قانوناً طبقاً لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون ٩٤/٢٧ المعدل بالقانون رقم ٩٧/٩ (....) بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك. ولما كان ما تقدم وحيث إن الثابت من مطالعة الأوراق أن حكم التحكيم محل التداعي يتعلق بعقد من العقود الإدارية ومن ثم يتعين إعمالاً لنص المادة ٢/١ من القانون سالف البيان. وقد خلت الأوراق توافر ما اشترطته هذه المادة مما حدا بهيئة التحكيم إلى القضاء بعدم ولايتها لهذا السبب، ولما كان ذلك ولما كان التحكيم قد انتهى ما يتفق وصحيح القانون مما لا يتوافر أي سبب من أسباب البطلان التي نصت عليها المادة ٥٣ من القانون ٩٤/٢٧ بشأن التحكيم ومن ثم تنتهي المحكمة بعدم قبول الدعوى " (١).

وإذ انتهت الأحكام الصادرة عن جهتي القضاء العادي والإداري إلى ضرورة الحصول على الموافقة الأولية من جانب السلطة المختصة على اللجوء إلى التحكيم لصحة الاتفاق عليه، فإنه يتعين في هذا الإطار أن نشير إلى ثمة ملاحظتين أساسيتين، هما:

الأولى : إذا كان القضاء قد اعتبر أن موافقة السلطة المختصة على اللجوء إلى التحكيم من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على عدم توافرها بطلان شرط التحكيم، إلا أن هذا البطلان لا يؤدي إلى بطلان الشروط الأخرى الواردة في العقد طالما وقعت صحيحة، حيث تنص المادة ٢٣ من قانون التحكيم رقم ٩٤/٢٧ على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته "

ويعد هذا النص تطبيقاً للقواعد العامة في نظرية البطلان على النحو المقرر بالمادة ١٤٣ من القانون المدني – نظرية الانتقاص – والتي جرى

(١) انظر الحكم الصادر عن محكمة استئناف القاهرة، د (٦٢) تجاري، في دعوى التحكيم المقيدة بالجدول التجاري تحت رقم ١٧٧/٧٦ ق، جلسة ٢٠٠٢/٥/٨، غير منشور.

نصها على النحو التالي : " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله " .

الثانية : إذا كانت القاعدة المستقر عليها في القضاء هي ضرورة الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم في العقود الإدارية وبين موافقة السلطة المختصة، إلا أن هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها في المجال الدولي، حيث استقرت الأحكام الصادرة عن كل من القضاء العادي وقضاء التحكيم على أن جهة الإدارة لا يمكن لها أن تتذرع بمخالفة قوانينها الوطنية للتوصل من التزامها حيال اتفاق تحكيم سبق وأن أبرمته لمخالفة ذلك لفكرة النظام العام الدولي^(٢) .

ومن أمثلة ذلك : الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في قضية ماليكورب بتاريخ ٧ من مارس عام ٢٠٠٦، فقد استبعدت هيئة التحكيم تطبيق الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم فيما تضمنته من ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، مستندة في ذلك إلى فكرة النظام العام عبر الدولي^(١)، والذي من أحد مبادئه عدم جواز امتناع الهيئات العامة التابعة لدولة ما عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية بادعاء امتيازات السلطة العامة أو بالقيود الواردة على سلطاتها والموجودة في القانون الداخلي.

فقد قضت : " وتشير هيئة التحكيم أخيراً إلى أن الفقرة الثانية من المادة الأولى تعد بوضوح جزءاً من القانون الداخلي المصري والتحكيم، وهذا واضح ولكن وضعها في تحكيم تجاري دولي مع مستثمر أجنبي أقل وضوحاً (....) وتشير هيئة التحكيم أيضاً إلى المبدأ الراسخ في القانون الدولي العام الذي يقضي بأن الدولة ملتزمة بتصرفات المسئول المخول بسلطة حكومية ما دام هذا الشخص تصرف بصفته الرسمية، حتى لو جاوز حدود هذه السلطة أو خالف التعليمات (....) ومبدأ النظام العام عبر الدولي الذي يقضي بأن الدولة الطرف أو الكيان العام لا ينبغي أن يتذرع بعدم أهليتها وفقاً للقانون الداخلي بعد توقيع التزام التحكيم " ^(٢) .

(٢) انظر بالتفصيل ص ٣٣١ وما بعدها .

(١) انظر لاحقاً بشأن هذه الفكرة ص ٦٥٧ .

(٢) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤، ماليكورب ليمتد ضد حكومة مصر العربية والشركة المصرية القابضة للطيران وشركة المطارات المصرية،

ب - موقف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

يبدو من استعراض الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أنه رتب في بعض أحكامه البطلان كجزء على تخلف الصفة في الموافقة على اتفاق التحكيم، وقرر في بعض أحكامه الأخرى صحة اتفاقات التحكيم التي تبرم دون موافقة الوزير المختص أو من يباشر اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

ففي الحكم الصادر بتاريخ ٢٩ من مايو عام ٢٠٠٣ انتهى مركز القاهرة إلى أن عدم موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة يرتب بطلان اتفاق التحكيم، ومن ثم تنحصر ولاية هيئة التحكيم عن نظر هذا النزاع ولا تكون مختصة بالفصل فيه^(١).

وطبق المركز ذات الاتجاه في حكمه الصادر بتاريخ ١٢ من مارس عام ٢٠٠٥، إذ قرر أن مؤدي نص المادة ٢/١ من قانون التحكيم الحالي تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وتلك الموافقة تعد شرطاً لوجود هذا الاتفاق وصحته، فإن عدم صدورها من الوزير المختص يؤدي إلى عدم استجماع اتفاق التحكيم لشرائط صحته، ومن ثم يغدو هذا الاتفاق باطلاً ولا يجوز الارتكان عليه لطرح منازعات العقد الذي يتضمنه على التحكيم^(٢).

غير أنه سرعان ما عدل المركز عن هذا الاتجاه في أحكامه الصادرة بعد ذلك على اعتبار أن المشرع لم ينص على البطلان كجزء على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على شرط التحكيم، ذلك أن الأصل في البطلان أنه لا يكون إلا بنص، كما أن من شأن ترتيب البطلان تمكين الطرف المخطئ من الاستفادة من خطئه على حساب الطرف الآخر وهذا

٢٠٠٦/٣/٣٩، ص ٣٨ - ٣٩، حكم صادر باللغة الإنجليزية ومترجم باللغة العربية بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، غير منشور.

(١) انظر حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادر بجلسة ٢٩ من مايو عام ٢٠٠٣، القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢، حكم مشار إليه في نشرة أنباء التي يصدرها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الفضي للمركز، يناير ٢٠٠٤، ص ٧.

(٢) انظر الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم ٣٩٠ لسنة ٢٠٠٤ بتاريخ ١٢ من مارس عام ٢٠٠٥، غير منشور.

ما يتعارض مع أبسط مبادئ العدالة، وأن كل ما يترتب على عدم الحصول على موافقة السلطة المختصة هي أعمال قواعد المسؤولية الإدارية (التأديبية) في شأن من يثبت مسؤوليته عن عدم استيفاء ذلك الإجراء من العاملين بالجهة الإدارية، وذلك قياساً على ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا بالنسبة للمخالفات التي تشوب إجراءات التعاقد التي تقوم عليها الجهة الإدارية أو عدم تدبير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ العقود الإدارية باعتبار أن هذه الإجراءات شأن داخلي بالجهة الإدارية ولا شأن للمتعاقد معها.

ولقد تجلّى هذا الاتجاه في حكمه الصادر بتاريخ ٢ من يوليو عام ٢٠٠٦، حيث قرر المركز أن : ما نص عليه المشرع في المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من ضرورة موافقة الوزير على شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية هو إجراء يقع استيفائه على عاتق الجهة الإدارية وحدها، إذ لا يتصور أن يكون للمتعاقد دوراً في ذلك لاسيما إذا ما ورد شرط التحكيم في العقد الإداري ذاته أو أحد مرفقاته. فالخطاب في هذا الشأن موجه إلى جهة الإدارة وليس للمتعاقد معها باعتبار أنها المهيمنة على إجراءات التعاقد والقائمة على التحقق من صحة تلك الإجراءات التي تتم بمنأى عن إرادة المتعاقد معها، ولا يمكن والحالة هذه ترتيب البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير على شرط التحكيم وإلا كان في مكنة الطرف المخطئ الاستفادة من خطئه على حساب الطرف الآخر وهو أمر لا يمكن القول به ويتنافى مع أبسط مبادئ العدالة، هذا فضلاً عن أن الأصل في البطلان أنه لا يكون إلا بنص ولم يرتب المشرع في المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير على شرط التحكيم وأن جل ما يمكن ترتيبه في هذه الحالة هي أعمال قواعد المسؤولية الإدارية (التأديبية) في شأن من يثبت مسؤوليته عن عدم استيفاء ذلك الإجراء من العاملين بالجهة الإدارية (الهيئة المحتكمة ضدها) وهذا هو ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا سواء بالنسبة للمخالفات التي تشوب إجراءات التعاقد التي تقوم عليها الجهة الإدارية أو عدم تدبير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ العقود الإدارية باعتبار أن هذه الإجراءات شأن داخلي بالجهة الإدارية ولا شأن للمتعاقد معها^(١).

(١) الحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم ٤٦٤ لسنة ٢٠٠٦، *Ad-Hoc*، جلسة ٢٠٠٦/٧/٢، مجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، سبتمبر عام ٢٠٠٧، ص ٣٤٨.

وأكد المركز على ذات الاتجاه في حكمه الصادر بتاريخ ١٧ من مايو عام ٢٠٠٧، إذ قرر أن : ومن حيث إنه وبناء على ما تقدم فإن استيفاء الإجراءات بما في ذلك موافقة الوزير المختص إنما هو إجراء يقع على عاتق الجهة الإدارية وحدها وليس للمتعاقد معها أي دور فيه، فاشتراط موافقة الوزير المختص يخاطب الجهة الإدارية فقط لكونها المهيمنة على إجراءات التعاقد والقائمة على التحقق من صحتها ومن ثم يتعذر تصور ترتيب البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم^(٢).

على ضوء ما سبق يتبين مدى الاختلاف بين فقه القضاء الوطني وقضاء التحكيم بشأن الجزاء المترتب على عدم تحقق الإجراء الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم. ونتصور لإزالة هذا التعارض ضرورة التمييز بين نوعين من العقود الإدارية؛ الأولى : العقود الإدارية المبرمة مع طرف خاص وطني، وفي هذه العقود يكون شرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة واجب التطبيق في مواجهة المتعاقد الخاص على أساس أن هذا المتعاقد يفترض علمه بالقانون المنشور الذي قضى بضرورة وجود هذه الموافقة، فلا يعذر أحد بجهله بالقانون المنشور تطبيقاً لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. أما النوع الثاني : فهي العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، حيث نتفق مع ما قررته أحكام مراكز التحكيم المختلفة، ومنها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي من أن الإجراءات التي يتعين اتباعها لصحة شرط التحكيم، ومنها موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة تعتبر شأن داخلي لا يلزم الطرف الخاص الأجنبي.

٢- القيد الوارد على السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم

لقد وضع القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ قيداً على السلطة المختصة بالموافقة على اتفاق التحكيم، ويتمثل هذا القيد في عدم قيام الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة بالتفويض في

(٢) الحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٢٠٠٧/٥/١٧، مجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، سبتمبر عام ٢٠٠٧، ص ٣٤٩.

ممارسة هذا الاختصاص^(١). ويبرر بعض الفقهاء مسلك المشرع هذا بأمرين^(٢) :

الأمر الأول : خطورة اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية بما يستتبعه من استبعاد تطبيق القانون الوطني والالتجاء إلى هيئة التحكيم عوضاً عن اللجوء إلى قضاء الدولة المختص. لذا تراءى للمشرع المصري أن منع الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة من تفويض اختصاصهم بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم ضماناً هامة لعدم إساءة استعمال ذلك الاختصاص.

الأمر الثاني : إن عدم التفويض في هذا الصدد يعني تحديد المسؤولية لاسيما المسؤولية السياسية عند حدوث إساءة ممارسة هذا الاختصاص بصورة تمس المصالح العليا للبلاد.

وبالإضافة إلى هذا القيد، فإنه يجب مراعاة ما نصت عليه المادة ٥٨ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة من ضرورة أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة عند إبرام عقد إداري يتضمن شرطاً أو مشاركة تحكيم. غير أن هذا الرأي الذي تفتي به إدارة الفتوى غير ملزم لجهة الإدارة.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد عاد وأكد على مبدأ جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، حيث نصت المادة ٤٢ منه على أنه : " يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد ".

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من ذات القانون على أنه : " وفي حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية

(١) راجع : د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٢) راجع : د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٩.

والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧."

وباكتمال هذا المطلب نكون قد انتهينا من عرض إشكالية خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم الداخلي من خلال منظور القانون الوضعي المصري. وبذلك يتبقى لنا للانتهاء من هذا الفصل أن نستعرض موقف القانون الوضعي لدول مجلس التعاون الخليجي؛ الأمر الذي نخصص له المبحث التالي.

المبحث الثالث

وضع المسألة في دول مجلس التعاون الخليجي

تعرف الأنظمة القانونية في دول مجلس التعاون الخليجي – على غرار النظام الفرنسي والمصري – نوعين من العقود تبرمها الإدارة؛ الأولى : عقود الإدارة الخاصة؛ وهي التي تظهر فيها الإدارة شأنها شأن الأفراد متجردة من امتيازات السلطة العامة، وتخضع هذه العقود لأحكام القانون الخاص، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها. أما النوع الثاني : العقود الإدارية؛ وهي التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطان مستعينة بامتيازات السلطة العامة بقصد تسيير المرافق العامة أو تنظيمها، ويخضع هذا النوع من العقود لأحكام ومبادئ القانون العام، ولاختصاص القضاء الإداري.

ولقد تباينت اتجاهات دول مجلس التعاون الخليجي واختلفت مذاهبهم بشأن خضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية للتحكيم الداخلي. ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين ثلاثة اتجاهات؛ الأول : دول صمت قانونها الوضعي عن تقرير جواز أو عدم جواز حسم هذه المنازعات عن طريق التحكيم، ويتمثل هذا الاتجاه في مملكة البحرين، ودولة الإمارات العربية المتحدة، حيث لم يأت المشرع في هاتين الدولتين بنص قانوني يجيز أو يمنع الالتجاء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية. وإذ

أشرت مسبقاً إلى أن اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات يتطلب صدور قانون يجيز ذلك، وما دام هذا القانون لم يصدر بعد، فإن هذا يقودنا إلى القول بعدم مشروعية تطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في هاتين الدولتين.

والاتجاه الثاني : دول ساد فيها الاختلاف والتردد بشأن مشروعية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالرغم من وجود نص قانوني يمكن تفسيره بما يسمح بجواز الالتجاء إلى التحكيم لحسم هذه المنازعات، ويمثل هذا الاتجاه دولة الكويت وسلطنة عمان.

والاتجاه الثالث : دول أعلن فيها المشرع صراحة مشروعية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ويجسد هذا الاتجاه المملكة العربية السعودية ودولة قطر.

وسوف نتناول في هذا المبحث – بالتفصيل المناسب – الاتجاهين الآخرين من اتجاهات دول مجلس التعاون الخليجي، وذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : الخلاف والتردد حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية في دولة الكويت وسلطنة عمان.
المطلب الثاني : الاتجاه المؤيد للمملكة العربية السعودية ودولة قطر لمشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

المطلب الأول

الخلاف والتردد حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية

في دولة الكويت وسلطنة عمان

لقد احتدم الخلاف وتباينت الآراء حول مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم في دولة الكويت وسلطنة عمان بالرغم من وجود نص تشريعي في هاتين الدولتين يمكن تفسيره بما يسمح معه بجواز اللجوء إلى التحكيم لحسم هذه المنازعات، وذلك كما يلي :

أولاً : عرض موقف القانون الوضعي لدولة الكويت

يعرف القانون الكويتي نوعين من التحكيم؛ الأول : التحكيم العادي الذي ينظمه قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ والمعدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ وبالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢، وذلك في مواده من ١٧٣ إلى ١٨٨^(١). وقد نظم المشرع الكويتي التحكيم في هذه النصوص باعتباره وسيلة رضائية لحسم المنازعات التي يتفق ذوي الشأن على عرضها عليه.

(١) مع ملاحظة إلغاء المادة ١٧٧ بمقتضى المادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥.

أما النوع الثاني : فهو التحكيم القضائي^(٢) الذي جاء به القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، وفيه يكون طريق التحكيم إما اختياريًا بحتاً بالنسبة للمنازعات التي يتفق ذوي الشأن على عرضها عليه، وإما إجبارياً بحتاً لحسم المنازعات التي تثور بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات، وإما اختياريًا - إجبارياً بالنسبة لطلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة (اختياريًا بالنسبة لهذه الأشخاص) ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة (إجبارياً بالنسبة لهذه الجهات).

هذا وقد ثار الخلاف حول خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم الداخلي، وبخاصة في النوع الثاني (التحكيم القضائي) والذي أعطى للأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة حق اللجوء إلى هيئات التحكيم القضائي بالنسبة لطلبات المقدمة منهم ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وذلك في المنازعات التي تقوم بينهم دون أن يكون لهذه الجهات الأخيرة أية إرادة في قبول هذا التحكيم.

١- مدى جواز خضوع العقود الإدارية للتحكيم العادي

تنص المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه : "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين (...)"، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع (...)." .

وفي شأن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، فقد حددتها المادة ٥٥٤ من القانون المدني بأنها المسائل المتعلقة بالنظام العام مع إجازته بالنسبة للحقوق المالية المترتبة عليها .

(٢) التحكيم القضائي هو التحكيم الذي تقوم به هيئة تتكون من عنصر قضائي " ثلاثة من رجال القضاء " وعنصر غير قضائي " اثنان من الأشخاص العاديين " .

واستناداً إلى هذين النصين يقرر جانب من الفقه أنه إذا كان من الجائز أن يكون موضوع التحكيم متعلقاً بنزاع مدني أو تجاري، فإنه غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومنها المنازعات الإدارية^(١).

ويضاف إلى ذلك أن قواعد توزيع الاختصاصات القضائية تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز مخالفتها أو تعديلها بموجب اتفاق بين الأطراف، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون، وكل تعديل بأداة أقل منه يصبح غير مشروع، ويمثل اعتداءً على اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية صاحبة الاختصاص الأصل بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية المعقود لها بمقتضى نص المادة ١٦٩ من الدستور الكويتي، والمادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية^(٢).

وعلى هذا الأساس، فإن المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية بنصها على جواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين لا تعني من قريب أو بعيد العقود الإدارية، فهذه العقود تختص بنظرها الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية. وبالتالي فإن إقرار التحكيم العادي في المنازعات الناشئة عنها لا بد وأن يكون بمقتضى نص تشريعي صريح يبيح ذلك.

٢- مدى جواز خضوع العقود الإدارية للتحكيم القضائي

لقد ساد الخلاف حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم القضائي لحسم منازعات العقود الإدارية، فذهب اتجاه تنزعها محكمة التمييز إلى رفض ذلك، أما الاتجاه الآخر فيرى جوازه.

أ- الاتجاه المعارض

(١) د. سيد أحمد محمود : نظام التحكيم " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري "، مرجع سابق، ص ١٠١ - ١٠٢.

(٢) تنص المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ على أنه : " تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر، وتكون لها ولاية القضاء الكامل ".

لقد استند هذا الاتجاه إلى بعض الحجج والأسانيد لتدعيم وجهة نظره،
تتلخص في الآتي :

١/أ - الاختصاص الاحتكاري للدائرة الإدارية بالفصل في منازعات العقود الإدارية

يبدأ أنصار الاتجاه الرافض لامتداد اختصاص هيئات التحكيم القضائي إلى منازعات العقود الإدارية عرض وجهة نظرهم بالقول إن اختصاص الدائرة الإدارية بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية إنما يجد أساسه في نص المادة ١٦٩ من الدستور والتي جرى نصها كالتالي :
" ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون " .

وتطبيقاً لهذا النص أنشأ المشرع الكويتي بموجب القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ دائرة إدارية بالمحكمة الكلية تشكل من ثلاثة قضاة، وتختص دون غيرها بالفصل في منازعات الموظفين المدنيين في الحكومة والطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية أو التعويض عنها، فضلاً عن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

وعلى هذا الأساس، فإن أية منازعة إدارية ينبغي على المشرع إعمالاً لحكم الدستور أن يلحقها باختصاص الدائرة الإدارية، ويعد كل عمل مخالف لذلك انتهاكاً لنصوص الدستور؛ ذلك أن اختصاص هذه الدائرة بنظر المنازعات الإدارية، ومنها ذات الطبيعة التعاقدية يجد أساسه في نص المادة ١٦٩ من الدستور، ومادام الدستور لم يفوض المشرع العادي في وضع نصوص تحد أو تنتقص شيئاً من الولاية الكاملة للدائرة الإدارية بنظر هذه المنازعات على إطلاقها دون تقييد أو استثناء، وإنما جعل مهمته مقصوراً على إنشاء هذه الدائرة، وكيفية ممارستها للقضاء الإداري، فإنه لا يجوز للمشرع أن يتعدى حدوده التي رسمها له الدستور بإخراج بعض المنازعات من اختصاص الدائرة الإدارية ويعهد بها إلى جهة أخرى^(١)، كهيئات التحكيم القضائي.

(١) انظر : د. عثمان عبد الملك الصالح : ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين، " دراسة تحليلية " من خلال الفقه المقارن وأحكام القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٦، ص ٢٨، د. عزيزة حامد الشريف : تطور الاختصاص

وقد استند هذا الاتجاه لتدعيم موقفه الرامي إلى حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى ما استقر عليه القضاء وعلى رأسه محكمة التمييز، وما ذهبت إليه هيئات التحكيم القضائي، وإدارة الفتوى والتشريع، من إجازة التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية وحظره بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية على اعتبار أن ولاية الفصل في هذه المنازعات ينعقد للدائرة الإدارية وحدها.

ففي الحكم الصادر عن محكمة التمييز بتاريخ ٨ من ديسمبر عام ١٩٩٧ قضت بأن : " (....) الفقرة الثالثة من المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ الخاص بالتحكيم قد جاءت عامة ودون تخصيص وهي خاصة بالتحكيم الاتفاقي وهي تنقل المنازعة من القضاء صاحب الولاية العامة إلى هيئة من هيئات التحكيم بإرادة الخصوم وتقتصر على المنازعات المدنية والتجارية ومن ثم فإن المنازعات الإدارية تخرج عن نطاق تطبيق القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ حتى لو اتفق الخصوم على ذلك (....). وكان البين من الأوراق أن العقد موضوع الدعوى هو عقد وديعة (....)، ولم يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام وهو ما يفقده ركناً جوهرياً من أركانه كعقد إداري ويخرجه وبالتالي من دائرة العقود الإدارية التي تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعة الناشئة عنه، ويضحي هذا العقد من العقود غير الإدارية وتختص هيئة التحكيم بنظر المنازعة الناشئة عنه وفقاً لحكم الفقرة الثالثة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ " (١).

وفي الحكم الصادر عن هيئة التحكيم القضائي في طلب التحكيم رقم ٩٩/٢٣ بتاريخ ١٧ من ابريل عام ٢٠٠٠ قررت أن : " العقد محل النزاع هو عقد إداري بطبيعته لتوافر شرائط العقد الإداري فيه وهي أن تكون

القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، بحث سابق الإشارة إليه، ص ٢٧.

(١) الطعن رقم ٤٣ لسنة ٩٧ تجاري، جلسة ١٢/٨/١٩٩٧، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً (من ١٩٨٢ حتى عام ١٩٩٩)، الكتاب الثالث، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص ١٣.

وفي ذات الاتجاه :

الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٩٦ تجاري، جلسة ٤/٧/١٩٩٧، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً (من ١٩٨٢ حتى عام ١٩٩٩)، الكتاب الأول - الدعوى الإدارية - الجزء الأول، الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ٢٨٩.

الطعن رقم ٤٤٤، ٤٥٠ لسنة ٩٨ تجاري، جلسة ١٤/٣/١٩٩٩، الإشارة المتقدمة، ص ٢٩٧.

الإدارة طرفاً في العقد واتصاله بمرفق عام واستعمال الإدارة لوسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص (....) مما تخرج المنازعة من اختصاص هيئة التحكيم القضائي وتختص بولاية الفصل فيها الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية " (٢).

وفي الفتوى رقم ٩٦/١٩٢/٢ - ٢٢١٥ الصادرة بتاريخ ١٩ من أغسطس عام ١٩٩٦ قررت إدارة الفتوى والتشريع أن : " من حيث إن المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ المشار إليه تنص على أنه (....) وتنص المادة الخامسة من ذات القانون على أن تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعة والتي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري (....) ومن حيث إنه يستفاد مما تقدم أن القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ المشار إليه قد جاء مقصوراً على المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء المدني والتجاري فقط وبالتالي تخرج المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من نطاق تطبيق أحكامه ويؤكد ما تقدم أن المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية تنص على أنه (....) " (١).

٢/أ - عدم تلاؤم التحكيم مع طبيعة منازعات العقود الإدارية لتعلقها بالنظام العام

يذهب رأي في الفقه إلى القول إن : " محل التحكيم يجب أن تكون مسألة يجوز فيها الصلح ولا تتعلق بالنظام العام أي أن تكون مسألة تمثل مصلحة خاصة أو حق خاص وعلى ذلك فلا توجد ضرورة إلى استبعاد

(٢) مشار إليه عند : د. خالد عبد الله الياقوت ، د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص ٢٣١ المبدأ رقم ٧٢.

وفي ذات الاتجاه : الحكم الصادر عن ذات الهيئة في طلب التحكيم رقم ٩٨/٤ بتاريخ ٢٣ / ٣ / ١٩٩٨ ، وفي طلب التحكيم رقم ٩٦/٣ بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٩٩ ، وفي طلب التحكيم رقم ٩٨/٢٣ بتاريخ ١٩ / ٥ / ١٩٩٩ ، وفي طلب التحكيم رقم ٩٩/٢٢ بتاريخ ١٢ / ٤ / ٢٠٠٠ ، وفي طلب التحكيم رقم ٢٠٠٠/١٨ بتاريخ ١٣ / ١١ / ٢٠٠٠ . وهذه الأحكام مشار إليها في الإشارة المتقدمة، ص ٢٣٥ بند ٧٣ ، ص ٢٤٥ بند ٧٨ ، ص ٢٤٨ بند ٨٠ ، ص ٢٤١ بند ٧٥ ، ص ٢٣٩ بند ٧٣ .

(١) وانظر كذلك بشأن الفتاوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع والتي رفضت فيها تطبيق أسلوب التحكيم القضائي على منازعات العقود الإدارية، د. خالد فلاح عواد العنزي : التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٧ ، تحت إشراف أ.د/ أنور أحمد رسلان ، ص ٢٩١ - ٢٩٥ ، علي مرضي عياش العنزي : التحكيم في العقود الإدارية ومدي جوازه في القانون الكويتي، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية ٢٠٠٥ ، تحت إشراف أ.د/ يحيى الجمل، ص ١٢٧ - ١٣٢ .

المنازعات الإدارية بنص أو في المذكرة الإيضاحية لأنها بطبيعتها متعلقة بالنظام العام وأن محل التحكيم يجب أن يكون دائماً حقاً خاصاً وليس متعلقاً بالنظام العام " (٢).

ويستند هذا الاتجاه إلى المزج بين ما قرره المادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وبين ما قرره المادة ٥٥٤ من القانون المدني من عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام مع إجازته بالنسبة للحقوق المالية المترتبة عليها.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كان من الجائز أن تكون المنازعة الخاضعة للتحكيم من طبيعة مدنية أو تجارية، فإنه من غير الجائز اللجوء إليه في المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي منها المنازعات الإدارية (٣)، ذلك أن " طبيعة المنازعة الإدارية وما تمثله من ظهور الدولة أو الشخص العام فيها بمظهر السلطة العامة يمنع من إمكانية التنازل أو التصالح بشأن المصلحة العامة التي تمثلها هذه الأشخاص، فالمصلحة العامة ليست محلاً للتصالح أو التنازل، ومن ثم لا تصح أن تكون موضوعاً للتحكيم وفقاً لقواعد قانون التحكيم ذاته الذي لا يسمح بالتحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح وهو أمر يسري حتى بالنسبة للمصلحة المالية للدولة، بل إن المصلحة المالية قد تشكل خطراً بالغاً إذا ما تعلق الأمر بأموال عامة يحميها المشرع بمقتضى قواعد التجريم الجنائي وهي بطبيعتها تخرج عن نطاق التفاوض أو التحكيم والصلح، فهي وإن كانت ذات طبيعة مالية إلا أنها ليست ذات طبيعة مدنية " (١).

ب - الاتجاه المؤيد

على عكس الاتجاه السابق، ظهر اتجاه في الفقه تؤيده العديد من أحكام هيئات التحكيم القضائي، وبعض الفتاوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع، يرى مشروعية حسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية

(٢) انظر : د. سيد أحمد محمود : خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٤٣ - ١٤٤.

(٣) د. سيد أحمد محمود : نظام التحكيم " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري "، مرجع سابق، ص ١٠١ - ١٠٢.

(١) انظر : د. عزيزة حامد الشريف : تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، بحث سابق الإشارة إليه، ص ٢٨.

بطريق التحكيم القضائي. وقد استند هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج والأسانيد في سبيل تدعيم وجهة نظره، أهمها :

١/ب - عدم تعارض التحكيم مع الاختصاص المقرر للدائرة الإدارية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن ما ورد في نص المادة الثانية من قانون إنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ من عقد الاختصاص لهذه الدائرة وحدها دون غيرها بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية قد قصد به بيان الحد الفاصل بين اختصاص الدائرة الإدارية وغيرها من الدوائر الأخرى للمحكمة، وليس استبعاد اختصاص هيئات التحكيم القضائي بنظر هذه المنازعات^(٢)، ولا أدل على ذلك من أن هذا القانون لم يتضمن بين طياته نصاً صريحاً يقضي بعدم جواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم. وبالتالي لا يجوز تعدي هذا الغرض إلى القول إن نص المادة الثانية المذكورة تحظر على الجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم، " وإلا حملنا النص أكثر مما يحتمل وأكثر مما حدده المشرع ولو أراد هذا الحظر لنص عليه صراحة " ^(٣).

ويدلل أصحاب هذا الاتجاه على رأيهم السابق بما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء الدائرة الإدارية من أن : " أفردت المادة (٢) من المشروع للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لاختلاف ولاية القضاء الإداري في مسائل العقود عنها في قضايا الإلغاء إذ إن المحاكم العادية تختص حالياً بنظر منازعات العقود الإدارية وتطبق بشأنها قواعد القانون الإداري ونقل الاختصاص إلى الدائرة المنشأة بموجب هذا المشروع لن يترتب عليه أي أثر جديد بالنسبة لاختصاص المحاكم بهذه العقود على هذه الدائرة وحدها لتخصصها " .

وكذلك بما ورد صراحة في المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي من أن هيئة التحكيم تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون، وتتضمن حل هذه المنازعات عن طريق التحكيم، وهذا النص قد جاء بصيغة عامة غير محددة. وبالتالي يسري على

(٢) د. يسري محمد العصار : المرجع السابق، ص ١٦٤ .

(٣) انظر : د. محمد ماجد محمود : مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، " دراسة مقارنة بين النظام الكويتي وبعض النظم الأخرى "، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول للتحكيم التجاري الدولي الذي عقد في دولة الكويت في الفترة من ٢٧ - ٢٩ ابريل ١٩٩٧، إصدارات إدارة التحكيم القضائي ١٩٩٧، ص ٣٤٨ .

كافة العقود المدنية والإدارية، وذلك انطلاقاً من الأصل العام الذي يقضي بأن العام يجري على إطلاقه ما لم يخصص؛ الأمر الذي يتعين معه القول بجواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه إلى ذلك حجة أخرى تتمثل في أن المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية قد جاء بنصوص عامة تخول الاختصاص بمسائل حددها على سبيل الحصر للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، أما قانون التحكيم القضائي يعتبر قانوناً خاصاً يقيد النصوص العامة التي جاء بها قانون إنشاء الدائرة الإدارية، والقاعدة الأصولية تقضي بأن الخاص يقيد العام.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قانون التحكيم القضائي لاحق على قانون إنشاء الدائرة الإدارية، والقاعدة الأصولية تقضي بأن القانون اللاحق ينسخ القانون السابق عند تعارضهما في تنظيم موضوع معين، أو على الأقل يعمل بالقانون اللاحق في الجزئية محل الخلاف.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الكويتي قد اتجهت نيته إلى إجازة حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم، ومما يؤكد ذلك ما عممته وزارة العدل على الوزارات المختلفة بمناسبة صدور قانون التحكيم القضائي وصدور القرار الوزاري رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء إدارة التحكيم القضائي بمحكمة الاستئناف، من لفت انتباه الوزارات بأن المادة الثانية من القانون المذكور تلزم الوزارات والجهات الحكومية والمؤسسات التي تعود ملكيتها للدولة بعرض كل ما يثار بينهم من نزاعات على هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون. وكذلك كل ما يثار من نزاعات بين هذه الوزارات والجهات المذكورة، وبين الأفراد والمؤسسات الخاصة في حالة ما إذا طلبوا التحكيم أمام الهيئات المذكورة، مما يتطلب معه تضمين العقود المبرمة بين الوزارات والأفراد والمؤسسات الخاصة شرط التحكيم أمام تلك الهيئات^(١).

ويستند هذا الرأي السابق إلى بعض الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم القضائي، وكذلك من جانب إدارة الفتوى والتشريع.

ففي الحكمين الصادرين بتاريخ ٢ من مارس عام ١٩٩٧، وبتاريخ ١ من يونيو عام ١٩٩٨ ذهبت هيئة التحكيم القضائي إلى القول إن: " الحظر

(١) انظر: د. محمد ماجد محمود: البحث السابق الإشارة إليه، ص ٣٤٨ - ٣٤٩.

الوارد في عجز المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ١٩٨١/٢٠ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية إنما ينصرف إلى ما دون تلك المحكمة الإدارية من المحاكم العادية لا إلى التحكيم القضائي باعتباره طريقاً استثنائياً وموازياً لفض المنازعات ارتآه المشرع قصراً في الوقت والجهد (....) ولا يغير من ذلك أن عنوان القانون الذي نظم التحكيم القضائي قد جاء على أنه في المواد المدنية والتجارية إذ إن العنوان ليس نصاً من نصوص القانون فلا تكون له القوة الملزمة لصلب القانون ذاته بما احتواه من مواد " (٢).

وفي الفتوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع بتاريخ ٢٩ من يوليو عام ١٩٩٥ قررت أنه : " وكان الثابت من الأوراق أن ثمة نزاع قد نشأ بين الطرفين متعلق بمستحققات الشركة عن العقد المذكور وطلبت الشركة من المؤسسة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحل النزاع عن طريق التحكيم، إعمالاً للمادة ٦٧ المشار إليها، ومن ثم يكون هذا الطلب في محله؛ لأنه لا يجوز الالتجاء إلى المحاكم لتسوية هذا النزاع مع وجود تلك المادة كشرط من شروط العقد، ولا يغير من هذه النتيجة كون العقد الذي يربط المؤسسة بالشركة عقداً إدارياً تختص بنظر المنازعات عنه الدائرة الإدارية وحدها والصادر بإنشائها المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، ذلك أن مسألة اختصاص محكمة دون غيرها بنوع معين من المنازعات لا علاقة له بجواز التحكيم أو عدم جوازه، فالمشرع عندما يحدد الاختصاص الأمر لا يعني سوى أن محكمة من محاكم الدولة أكثر ملاءمة من غيرها لحل النزاع، أما عندما يلجأ الخصوم إلى المحكمين فإنهم لا يفضلون محكمة من محاكم الدولة على غيرها ولكنهم يودون حل النزاع بعيداً عن كل هذه المحاكم، وبالتالي لا يعد ذلك منهم استبعاداً اتفاقياً للاختصاص، ولقد ورد بالملحظة الإيضاحية للمرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ (....) وبالتالي لا تأثير لصدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ على ما ورد بالمادة ٦٧ من الشروط العامة السابق ذكرها " (١).

(٢) الحكم الصادر في طلب التحكيم رقم ٩٦/٢٦ في ١٩٩٧/٣/٢، والحكم الصادر في طلب التحكيم رقم ٩٧/١٣ في ١٩٩٨/٦/١ مشار إليهما عند: د. خالد عبد الله الياقوت، د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص ٢٢٨ المبدأ رقم ٧١.

(١) فتوى رقم ٩٥/١٥٠/٢ - ١٨٠٠ صادرة في ٢٩ من يوليو عام ١٩٩٥ منشورة في : د. خالد فلاح عواد العنزي : الرسالة السابقة، ص ٢٦٣، علي مرضي عياش العنزي : الرسالة السابقة، ص ١٤١.

٢/ب - توافر المعيار العام للمسائل التي تقبل التحكيم في الحقوق المالية الناجمة عن العقود الإدارية

يرى أنصار الاتجاه المؤيد للتحكيم القضائي في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية أنه إذا كان من الصحيح أن القاعدة في التحكيم هي عدم جوازه في المسائل المتعلقة بالنظام العام لأنه لا يجوز فيه الصلح، وإذا كان من الصحيح كذلك عدم جواز التحكيم فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وما يمنحه للجهة الإدارية من امتيازات لا يتمتع بمثلها من يتعاقد معها إيثاراً للمصالح العام على الصالح الخاص، إلا أن ما يترتب على العقد الإداري من حقوق مالية لا يوجد ما يحول دون خضوعها للتحكيم على اعتبار أنها من المسائل التي تقبل الصلح والتصرف والتي يجوز خضوعها للتحكيم وفقاً لحكم المادة ١٧٣ مرافعات، والمادة ٥٥٤ مدني^(٢).

وعلى هذا الأساس، فإن ما له أهمية بالنسبة لتحديد المسائل التي تكون محلاً للتحكيم وفقاً لرأي أصحاب هذا الاتجاه هو التفرقة بين أمرين؛ الأول : المنازعات التي تنشأ بشأن طبيعة العقد الإداري وشروطه وما انطوى عليه من امتيازات، وهذه المنازعات لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها لتعلق الأمر بالنظام العام. أما الأمر الثاني : المنازعات التي تتعلق بما يتمخض عن العقد الإداري من حقوق مالية تقبل الصلح والتصرف، وهذه المنازعات يجوز الالتجاء إلى التحكيم بشأنها لتوافر المعيار العام للمسائل التي تقبل التحكيم فيها.

ويتلاقى هذا الرأي مع ما سبق أن قررته العديد من الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم القضائي من عدم مشروعية التحكيم فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وإباحته بالنسبة لما يتمخض عنه من حقوق مالية تقبل الصلح والتصرف، ومن ذلك الحكم الصادر في طلب التحكيم رقم ٩٥/٣ بتاريخ ٣٠ من ديسمبر عام ١٩٩٦، فقد قررت هيئة التحكيم أن : " وحيث إنه بالنسبة للوجه الآخر من الدفع المتعلق بعدم خضوع العقود الإدارية للتحكيم، فإنه ولئن كان صحيحاً أن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تخضع للصلح، وبالتالي لا تخضع للتحكيم. ذلك أن المادة ٥٥٤ من القانون

(٢) ومن أنصار هذا الاتجاه : د. سيد أحمد محمود : خصومة التحكيم القضائي، مرجع سابق، ص ١٤٤ وما بعدها، د. يسري محمد العصار : المرجع السابق، ص ١٦٣ وما بعدها، د. خالد عبد العزيز العصيمي : ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٥، تحت إشراف أ.د/ أنور أحمد رسلان، ص ٦٤١، د. خالد فلاح عواد العنزي : الرسالة السابقة، ص ٢٦٠، وأيضاً ص ٢٨٨ - ٢٨٩.

المدني تنص على أنه (....) ومؤدي ذلك أنه ولئن كان غير جائز التحكيم فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وبما ينطوي عليه من امتيازات خولها للسلطة الإدارية إيثاراً من المشرع للصالح العام على الصالح الخاص، فإن ما يتمخض عن العقد الإداري من حقوق مالية محضة لا يتأبى على التحكيم القضائي بل إنه الوسط الطبيعي الذي يمكن أن يتعايش مع جوهر هذا النظام ذلك أن المحذور هو ما يمس حق الإدارة في المزايا التي يخوله العقد الإداري. أما المصالح المالية التي تنشأ عن العقد، فإنه ليس ثمة ما يحول دون خضوعه للتحكيم، لإجازة التصالح بشأنها أساساً. وحيث إنه وأخذاً بما سلف فإن طلب التحكيم – بصورته الماثلة – يكون مقبولاً بعد أن خلا من أي مخالفة للنظام العام أو تعارض مع جوهر العقد الإداري، فيما يولده من حقوق مالية، قصر طالب التحكيم طلباته عليها " (١).

ويتضح من العرض المتقدم مدى اختلاف الآراء وتباين وجهات النظر بشأن تطبيق أسلوب التحكيم القضائي على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. وإذا كانت بعض أحكام هيئات التحكيم القضائي، وكذلك بعض الفتاوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع، قد ترنحت بين قبول أو رفض اللجوء إلى التحكيم القضائي لحسم هذه المنازعات، إلا أن القضاء وعلى رأسه محكمة التمييز قد حسم هذه المسألة بالرفض القاطع. وإذا كانت القاعدة العامة في القانون الوضعي الكويتي على النحو المتقدم قوامها عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إلا أن ذلك لا يعني تجاهل هذا القانون لأسلوب التحكيم، حيث أجاز المشرع بموجب نصوص قانونية صريحة اللجوء إليه لفض بعض أنواع من المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الوطنية منها أم الدولية، ومن هذه القوانين :

- القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ الخاص بالمناطق الحرة، فقد نصت المادة ١/١٤ منه على أنه : " يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها وبين الجهة التي تتولى إدارة تلك المناطق أو غيرها من السلطات والأجهزة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بالمناطق بطريق التحكيم ".

(١) مشار إليه عند : د. خالد عبد الله اليافوت ، د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص ٢٣١ المبدأ رقم ٧١.

وفي ذات الاتجاه على سبيل المثال : الحكم الصادر في طلب التحكيم رقم ٩٦/٨ بتاريخ ١٢/٢١/١٩٩٦، وفي طلب التحكيم رقم ٩٦/٢٦ بتاريخ ٣/٢/١٩٩٧، وطلب التحكيم رقم ٩٧/١٣ بتاريخ ١/٦/١٩٩٨. وهذه الأحكام منشورة في الإشارة المتقدمة، ص ٢٤٧ المبدأ ٧٩، ص ٢٢٨ بند ٧١.

- القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، حيث نصت المادة ١٦ منه على أنه : " تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أياً كان. ويجوز الاتفاق على اللجوء في هذا النزاع إلى التحكيم ."

- القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة، فقد نصت المادة ١٥ منه على أنه : " تخضع المشروعات وعقودها لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ولأحكام القوانين السارية في دولة الكويت فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون. وينظم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه. ويجوز الاتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم ."

ثانياً : عرض موقف القانون الوضعي لسلطنة عُمان

في أولى خطوات المشرع العُماني نحو الاعتراف بنظام التحكيم بمقتضى نصوص قانونية محددة، أنشأ هيئة المنازعات التجارية بموجب المرسوم السلطاني رقم ٨٤/٣٢ الصادر في ١٢ من ابريل عام ١٩٨٤، وأفرد فيه فصلاً كاملاً للتحكيم من المادة ٥٩ إلى المادة ٦٨، وعهد إليها بمهمة الفصل فيما يحال إليها من طلبات التحكيم في الأمور التجارية. فقد نصت المادة ٥٩ منه على أن تنتظر هيئة حسم المنازعات التجارية طلبات التحكيم التي تكون الحكومة أو وحداتها الإدارية طرفاً فيها، إذا قبلت الحكومة أو وحداتها ذلك بعد وقوع النزاع ^(١).

وقد استقر الرأي في هذه الفترة على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لحسم منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية؛ ففي الفتوى الصادرة عن وزارة الشؤون القانونية رقم وش ق/م و/١٧/٣/ب/١٢٢٠/٩٤ بتاريخ ٢٢ من نوفمبر عام ١٩٩٤ ذهبت إلى القول بأن : " تنص المادة ٦٧ من شروط العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية على أنه (....). وإذا إن مفاد حكم هذه المادة – بصريح عبارتها – أن أية مطالبات للمقاول

^(١) راجع في تفاصيل ذلك : د. عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص ٤٨٥ وما بعدها.

تحال إلى المهندس ليصدر قراره بشأنها، بأحقية المقاول أو بعدم أحقيته فيها، وعلى المهندس إخطار الطرفين بقراره خلال تسعين يوماً من تاريخ إحالة المطالبات إليه، ويكون هذا القرار نهائياً وملزماً لهما، وعليهما العمل به. وإذا لم يقبل منهما هذا القرار، يحق له خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ تسلمه القرار، أن يطلب إحالة الأمر إلى التحكيم بموجب الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (٦٧) المذكورة ومقتضى ذلك ولازمه أنه إذا مضت مدة التسعين يوماً المذكورة دون أن تطلب الوزارة أو المقاول إحالة الأمر إلى التحكيم طبقاً للإجراءات المنوّه عنها، فإن قرار المهندس يضحى نهائياً وملزماً للطرفين " (٢).

ثم عاد المشرع في عام ١٩٩٧ وأصدر قانوناً مستقلاً للتحكيم في المواد المدنية والتجارية بموجب المرسوم السلطاني رقم ٩٧/٤٧ المعدل بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣، مستلهماً أحكامه حرفياً - على وجه التقريب - من قانون التحكيم المصري المأخوذ بدوره عن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة (اليونسترال).

وقد نص المشرع العماني في المادة الأولى من قانون التحكيم على أنه : " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في السلطنة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في السلطنة، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ".

وكان من الممكن ألا تفتح نص هذه المادة الجدل والخلاف حول مدى انطباقها على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لولا صدور قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري في عام ١٩٩٩ والذي اعتبرته الدائرة الابتدائية لهذه المحكمة ناسخاً لأحكام قانون التحكيم فيما يتعلق بمسألة الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية، وهو الاتجاه الذي رفضته الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري. وسوف نعرض في هذا المقام الأحكام الصادرة عن كل من الدائرة الابتدائية والدائرة الاستئنافية فيما

(٢) مجموعة الفتاوى القانونية في عشر سنوات (١٩٩٠ - ١٩٩٩)، الجزء الثاني في مسائل العقود، إصدارات وزارة الشؤون القانونية، المديرية العامة للجريدة الرسمية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ٩٢. وأيضاً : الفتوى رقم وش ق/م و/٢٨٢/٢/٧٦ بتاريخ ١٦/٣/١٩٩٦، الإشارة المتقدمة، ص ١٢٩.

يتعلق بمشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك وفقاً للترتيب الزمني لصدورها.

١ - حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر في قضية وزارة النفط والغاز بتاريخ ٢٥ من يونيو عام ٢٠٠٦ ورفض أسلوب التحكيم^(١)

تتعلق هذه القضية بعقد تشييد مرافق تخزين إضافية بمستودع الوقود بريسوت/صلالة مبرم بين وزارة النفط والغاز وشركة ايلكو للصناعة والتجارة، وقد تضمن هذا العقد في البند ٦٧ منه شرطاً يقضي بإحالة المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد إلى التحكيم.

وعلى أثر نشوب نزاع حول تنفيذ هذا العقد نتيجة قيام وزارة النفط والغاز بوقف العمل بالموقع حتى إشعار آخر معللة ذلك بظروف يتعذر تفاديها، أن قامت شركة ايلكو برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري ابتغاء الحكم لها بعدم صحة قرار وزارة النفط والغاز بإنهاء العقد، فضلاً عن التعويضات اللازمة.

وقد نازعت الوزارة في اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذا النزاع تأسيساً على أن العقد موضوع النزاع ليس عقداً إدارياً مما يدخل في اختصاص هذه المحكمة، وأن آلية حل ما ينشأ عنه من منازعات هو التحكيم وفقاً للبند ٦٧ منه، وما نص عليه المرسوم السلطاني رقم ٩٧/٤٧. وبعد أن فصلت الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري في هذين الدفعين مقررّة أن العقد محل النزاع يعد من قبيل عقود القانون العام والذي يدخل في الاختصاص الولائي المقرر لها^(١)، اتجهت إلى وضع مبدأ عاماً

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الثالثة)، الدعوى رقم ٨١ للسنة ٦ قضائية، جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٥، غير منشور.

(١) وفي هذا الصدد قضت الدائرة الابتدائية: "العقد موضوع هذه المنازعة هو القيام بإنشاء خزانات وقود إضافية في منطقة بريسوت بمحافظة ظفار، وقد وقع العقد بين المدعية وجهة الإدارة وفقاً لنموذج <<وثائق العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية>> وبالتالي يعد من عقود الأشغال العامة (عقد مقاولات الأعمال) الذي ينصب التراضي فيه على عنصرين: العمل المطلوب والتمن الذي يلزم به صاحب العمل، ويظهر من العقد موضوع الدعوى في الأقسام الخاصة بالتزامات المقاول، وبوقت مباشرة الأعمال والإجراءات والتأخير، وكذلك فيما يتعلق بالتغييرات والإضافات والحذف، أنه قد تكاملت فيه العناصر الثلاثة الواجب توافرها لاعتبار العقد إدارياً، من حيث كون جهة الإدارة طرفاً فيه، واتصاله بمرفق عام وتضمينه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، وأخرى تنبئ في جملتها عن انصراف نية الإدارة إلى اتباع أسلوب القانون العام والأخذ بأحكامه ووسائله في شأنه، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة، معتمدة في تعاقدها على فكرة السلطة العامة

مفاده عدم مشروعية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، مستندة في ذلك إلى قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري الصادر عام ١٩٩٩ والذي اعتبرته الدائرة الابتدائية ناسخاً لقانون التحكيم الصادر عام ١٩٩٧، وأن ذلك القانون قد جعل منها القاضي العام لمنازعات العقود الإدارية.

فقد قضت بأن : " وفيما يتعلق بتمسك جهة الإدارة بالآلية التي نص عليها العقد في البند (٦٧) منه وما نص عليه المرسوم السلطاني رقم (٩٧/٤٧)، لحل النزاعات التي تنتج عن العقد موضوع الدعوى، فإن ذلك مردود عليه أيضاً أن اختصاص محكمة القضاء الإداري في المادة (٦) من قانون إنشائها الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) قد نص في البند (٧) على اختصاص المحكمة بـ << الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية >> وهذا الاختصاص كما هو واضح منه قد جاء عاماً ومطلقاً، مما يعني أن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في جميع العقود الإدارية دون استثناء – هذا من جانب – ومن جانب آخر فإن قانون التحكيم رقم (٩٧/٤٧) قد صدر قبل قانون محكمة القضاء الإداري، وقد ألغي الآخر في المادة (٤) من مواد الإصدار كل ما يخالف هذا القانون أو يتعارض مع أحكامه، لو كان المشرع أراد الإبقاء على خضوع العقود الإدارية للتحكيم وفقاً للتحكيم سالف الذكر لما أعوزه النص ."

٢ - حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر في قضية وزارة الإسكان والكهرباء والمياه بتاريخ ١٩ من يونيو عام ٢٠٠٧ والتأكيد على رفض أسلوب التحكيم^(١)

تتعلق هذه القضية بعقد مقاوله (عقد أشغال عامة) مؤرخ في ٢٠٠٢/٩/١٦ التزمت بموجبه مؤسسة العيد للتجارة والمقاولات ببناء عدد (٤٢) وحدة سكنية بولاية هيما مركز ولاية المنطقة الوسطى لصالح وزارة الإسكان والكهرباء والمياه.

وعلى تمتعها بفسط من سيادة الدولة وسلطانها، الأمر الذي يخضع هذه الرابطة التي تتوافر فيها مميزات العقد الإداري وخصائصه لأحكام القانون الإداري، وبالتالي للاختصاص الولائي لمحكمة القضاء وفقاً للبند (٧) من المادة (٦) من قانونها الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) ."

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الثالثة)، الدعوى رقم ١٧٧ للسنة ٦ قضائية، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٩، غير منشور.

ونظراً لعدم قيام مؤسسة العيد للتجارة والمقاولات بتنفيذ التزاماتها المتفق عليها في العقد، قررت وزارة الإسكان والكهرباء والمياه سحب المشروع وإنهاء العقد بموجب قرار إداري مؤرخ في ٢٠٠٦/٣/١٦.

وكان على أثر ذلك، أن قامت مؤسسة العيد للتجارة والمقاولات برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري، وطلبت في ختامها وبصفة مستعجلة وقف قرار جهة الإدارة المدعى عليها بسحب المشروع مع ما يترتب على ذلك من آثار، وفي الموضوع بعدم صحة القرار المطعون فيه.

وقد نازعت جهة الإدارة - كما حدث في القضية السابقة - في اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذا النزاع تأسيساً على أن العقد موضوع النزاع ليس عقداً إدارياً مما يدخل في اختصاص هذه المحكمة، وأن آلية حل ما ينشأ عنه من منازعات هو التحكيم وفقاً للبند ٦٧ منه، وما نص عليه المرسوم السلطاني رقم ٩٧/٤٧.

وبعد أن قررت الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري توافر الصفة الإدارية في العقد محل النزاع^(٢)، تصدت للدفع المتعلق بعدم اختصاصها الولائي بنظر هذا النزاع لوجود شرط التحكيم، وانتهت إلى رفضه، تأسيساً على ولايتها الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية المعقودة لها بموجب نصوص القانون، وأنه لا يجوز سلب هذا الاختصاص الولائي بمقتضى نص عقدي.

فقد قضت : " وحيث إنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى - وبعدم الاختصاص الولائي للمحكمة - بسبب وجود شرط التحكيم، فمردود عليه بأن اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذا النزاع يستند إلى المادة السابعة من قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١)، ولذلك لا يجوز أن يسلب هذا الاختصاص بموجب نص يتضمنه

(٢) وفي هذا الصدد قضت : " وحيث إنه عن هذا الدفع، فإن المادة (٦) من قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) تنص على أنه (....) . وحيث إن مقتضى البند (٧) من المادة (٦) سالف البين هو أن اختصاص المحكمة بالفصل في منازعات العقود الإدارية هو اختصاص شامل لأصل المنازعة وما يتفرع عنها. وحيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو (....). وحيث إنه يبين من الإطلاع على العقد المبرم بتاريخ ٢٠٠٢/٩/١٦ بين وزارة الإسكان والكهرباء والمياه (المدعى عليها) والمؤسسة المدعية - وهو عقد مقولة (عقد أشغال عامة) (....) . وحيث إن عقد المقولة هذا هو من العقود الإدارية المعينة (عقد أشغال عامة) وهذه العقود تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وأخذ بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية، فضلاً عن أن جهة الإدارة طرفاً في العقد " .

العقد الإداري الذي تبرمه جهة الإدارة بإسناد هذا الاختصاص إلى هيئة تحكيم، إذ يتعين الالتفات عن هذا النص العقدي وإعمال أحكام القانون التي أناطت الاختصاص بذلك إلى محكمة القضاء الإداري دون غيره".

٣- حكم الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٢١ من ابريل عام ٢٠٠٨ وإباحة اللجوء إلى التحكيم^(١)

كان على أثر صدور الحكم النهائي من الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري في قضية وزارة النفط والغاز بتاريخ ١٩ من يونيو عام ٢٠٠٧ والتي انتهت فيه إلى تأييد ذات وجهة النظر التي تبنتها في حكمها التمهيدي الصادر بتاريخ ٢٥ من يونيو عام ٢٠٠٦ - السابق بيانه - والتي مؤداها عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية^(٢)، أن قامت وزارة النفط والغاز بالطعن في ذلك الحكم بطريق الاستئناف أمام الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري.

فبعد أن استهلّت الدائرة الاستئنافية قضائها بالإشارة إلى نص المادة ١٠٥ من قانون محكمة القضاء الإداري والتي جرى نصها كالتالي : " فيما لم يرد به نص في هذا القانون، وإلى أن يبدأ العمل بقانون الإجراءات المدنية والتجارية، تطبق أحكام نظام نظر الدعاوي وطلبات التحكيم أمام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٤/٢٢) وذلك كله فيما لا يتعارض مع طبيعة الخصومة الإدارية".

ذهبت إلى القول بأن : " وحيث لئن اختار المشرع العماني - سيراً على نهج عديد النظم المقارنة - فصل قواعد التحكيم عن باقي القواعد الإجرائية التي كانت تنظم نظر الدعاوي أمام هيئة حسم المنازعات التجارية سابقاً وأصدر بشأن التحكيم قانوناً خاصاً بموجب المرسوم السلطاني رقم (٩٧/٤٧) قبل أن يصدر قانوناً بتنظيم قواعد الإجراءات المدنية والتجارية بمقتضى المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٢/٢٩) إلا أنه في

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الاستئنافية، في الاستئناف رقم ١٢٤ لسنة ٧ ق.س، جلسة ٢٠٠٨/٤/٢١، حكم غير منشور.

(٢) وفي هذا الصدد قضت الدائرة الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من يونيو عام ٢٠٠٧ بأنه : " وحيث إنه عن الدفع الذي أبدته جهة الإدارة بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الدعوى، وتمسكت به بعد الحكم التمهيدي، فقد سبق أن تصدت المحكمة لبحثه، ومن ثم لا مجال لمعاودة ذلك البحث الذي انتهى إلى القضاء باختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى ".
حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الثالثة)، الدعوى رقم ٨١ لسنة ٦ قضائية، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٩، حكم غير منشور.

ظل غياب إحالة نصية لتطبيق قانون التحكيم من قبل محكمة القضاء الإداري على نحو الإحالة الواردة بنص المادة (١٠٥) سالف الذكر ليس ثمة ما يحول دون إعمال المحكمة لاجتهادها في تطبيق قانون التحكيم بمراعاة طبيعة الخصومة الإدارية ذلك أن القواعد الواردة بهذا القانون إنما تعد جزءاً من كتلة القواعد الإجرائية المنظمة لكيفية البت في النزاعات المدنية والتجارية التي يجوز للقاضي الإداري الاستئناس بها عند نظر الخصومات الإدارية المعروضة عليه .

وبعد أن أقرت الدائرة الاستئنافية بإمكانية تطبيق قانون التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بما لا يتعارض وطبيعة الخصومة الإدارية باعتبار أن نصوصه تشكل جزءاً من كيان هيكل القواعد الإجرائية التي تنظم الفصل في الخصومات المدنية والتجارية والتي يجوز للقاضي الإداري الاهتداء بها، اتجهت إلى استعراض نص المادة الأولى من قانون التحكيم – السابق بيانها – وانتهت إلى أن نص هذه المادة قد ورد بها بما يقطع بجواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم.

فقد قضت بأن : " وحيث لئن صح أن قانون التحكيم سابق في صدوره على قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) وأن كلا النصين أجداً من أحكام صريحة تؤكد انطباق نظام التحكيم على منازعات العقود الإدارية إلا أن البين من نص المادة الأولى من قانون التحكيم سالف الذكر ومن بقية المواد الواردة به أنها لا تتضمن ما من شأنه أن يحول دون تطبيقه على العقود المذكورة ومن ثم فلا وجه للقول بأن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية. وحيث لا وجه للقول كذلك بأن الاتفاق على حسم النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة لمحكمة القضاء الإداري – دون غيرها – بنظر هذه الطائفة من الخصومات الإدارية ذلك أن المقصود من عبارة – دون غيرها – الواردة بنص الفقرة الأولى من المادة (٦) من قانون المحكمة هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص الولائي المقرر لمحكمة القضاء الإداري ومحاكم القضاء العادي ولا يقصد به حظر الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما مؤداه أن المحكمة مع التأكيد على اختصاصها بنظر كافة النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلا أنه متى ما دفع أمامها بوجود شرط التحكيم وفق الإجراءات المقررة قانوناً فإنها تُغلب الالتزام بإرادة المتعاقدين وتقتصر على القضاء بعدم قبول الدعوى دون أن يكون لذلك أي أثر على اختصاصها .

٤ - حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر في قضية وزارة الإسكان ضد شركة الإنجاز للبناء بتاريخ ٢٩ من يونيو عام ٢٠٠٨ والتصميم على مبدأ عدم مشروعية التحكيم^(١)

كان من الطبيعي على أثر صدور حكم الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري والتي تبنت فيه الاتجاه المناصر لخضوع العقود الإدارية للتحكيم، أن تغير الدائرة الابتدائية من نظرتها العدائية تجاه نظام التحكيم، إلا أنها قد ظلت على ذات الموقف، ورافضة كل ما قضت به الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري.

فقد استهلّت الدائرة الابتدائية قضائها بالقول : " وحيث إن الدائرة الاستئنافية بهذه المحكمة أصدرت بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢١ من إبريل عام ٢٠٠٨ م حكماً في الاستئناف رقم (١٢٤) لسنة (٧) ق.س، قضت فيه بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم (....). وحيث إنه ولئن كان من الواجب احترام المبادئ التي تقرها المحاكم الأعلى درجة، إلا أن ذلك ليس على سبيل الإلزام، استناداً إلى أصل عام استقر عليه الفقه الإسلامي والفقه والقضاء الحديث مفاده أن القاضي يقضي بقناعته لا بقناعة غيره ويجتهد برأيه في قضائه ولا يلزمه أن يقلد في النوازل والأحكام من اعتزى مذهب بذاته، بمراعاة أن يسند القاضي رأيه وقناعته من وقائع منتجة في الدعوى وأن يطبق بشأنها النصوص القانونية الصحيحة ويراعي في تفسير النص القواعد المعتمدة والتي أجمع عليها الفقه والقضاء " .

ثم اتجهت بعد ذلك إلى القول بأن : " وحيث إن النظام العام في الدولة هو : مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيائها المعنوي وترسم صور الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً، غالباً في صورة قواعد قانونية أمرت بحكم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية،

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الأولى)، الدعوى رقم ٧٥ للسنة ٨ قضائية، جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٩، غير منشور.

وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الآخر، من ناحية أخرى. وحيث إنه ولئن كان من الجائز للمشرع أن يسلب اختصاص سبق أن اسند إلى جهة ما بما فيها هيئات القضاء في الدولة كحالة تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع تختص به أصلاً المحاكم، إلا أن ذلك رهين ومشروط بأن يرتكن أساساً إلى حكم القانون."

وبعد أن قررت الدائرة الابتدائية بأن إرادة الخصوم ليست كافية بمفردها لخلق نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وإنما يتطلب الأمر تدخل المشرع - بداءة - بالنص صراحة على ذلك، ذهبت إلى أن المادة الأولى من قانون التحكيم لم ترد فيها ما يقطع صراحة بجواز حسم تلك المنازعات بطريق التحكيم. كما أن الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ينعقد لمحكمة القضاء الإداري وحدها ولا تشاركه فيها أية جهة أخرى، وذلك وفقاً لقانون إنشائها.

فقد قضت بأن : " وحيث إنه في مسألة العقود الإدارية التي تبرمها أشخاص القانون بوصفهم سلطة عامة، فإنه بتتبع سياق التشريع العماني في هذا الخصوص، فإن المادة الأولى من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٧/٤٧) تنص على أنه (....). ومفاد أحكام هذه المادة يتنازع اتجاهين، الأول : أن المشرع جعل نطاق تطبيق قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على >> كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع بما في ذلك العقود الإدارية <<. الثاني : ويستند إلى أحكام استقر عليها القضاء الإداري المقارن بمناسبة تطبيق نص مطابق تماماً لنص المادة أعلاه، مقتضاه أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وهي قواعد القانون الإداري، وهي في معظمها قضائية من خلق القضاء الإداري يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق نص المادة سالفة البيان الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه. وهذه المحكمة تؤيد الاتجاه الثاني خصوصاً أنها تجد في نص المادة (٩) من ذات القانون ما يعزز وجهة النظر تلك، فقد أناط المشرع بحكم هذه المادة الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون (قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية) إلى القضاء العماني للمحكمة التجارية، ولتلك المحكمة بموجب أحكام المادة (١٤) من القانون المشار إليه أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل

البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، مما يعني أن المقصود بالعقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مقصود بها العقود المدنية (.....)، أما ما كان من تلك العقود عقداً إدارياً تظهر الإدارة فيها بوصفها سلطة عامة فإنه لا يجوز التحكيم فيها، ولذلك عقد اختصاص نظرها لمحكمة القضاء الإداري - دون غيرها - وكان ذلك قد تم بقانون محكمة القضاء الإداري، وهو قانون صدر لاحقاً على قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية المشار إليه .

وانتهت الدائرة الابتدائية في قضائها الرفض لتطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالقول إن : " ولا ينال من ذلك القول بخلاف ما تقدم، إذ إن القاعدة أن المشرع منزه عن السهو والخطأ، فلوا كان قد قصد الإبقاء على سريان قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على ما ينشأ من منازعات تكون أحد طرفيها أشخاص القانون العام في مجال العقود الإدارية؛ فما أعوزه النص، ولذلك ينبغي تفسير حكم المادة (٤) من المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) المشار إليها بإلغاء كل ما يخالف أحكام القانون المرافق أو يتعارض مع أحكامه بما يؤكد إرادة المشرع في منح اختصاص نظر منازعات العقود الإدارية لمحكمة القضاء الإداري، و لا بما يزيل اختصاص هذه المحكمة عن نظرها، إذ إن اختصاص المحكمة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة، بينما العقد ذاته الذي يوقع بين طرفيه عمل إرادي، بما ينتقي عنها صفة كونها من القوانين من حيث الموضوع، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإرادي أحكام القانون الذي هو شريعة الدولة ومن نظامها العام الواجب العمل وفق مقتضاه من الكافة " .

تعقيب :

يرد على موقف جهة الإدارة في سلطنة عمان، وكذلك اتجاه الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري في كلا الحكمين عدة ملاحظات هامة تتلخص في الآتي :

بالنسبة لموقف جهة الإدارة : فقد جرى العمل على أن الإدارة عندما توافق على تضمين عقودها الإدارية شرط التحكيم تلجأ إلى القضاء مستتجة به - عند حدوث أي نزاع - زاعمة بأن التحكيم لا يجوز في

المنازعات الناشئة عن هذه العقود، في حين ينازع متعاقدتها الخاص في اختصاص هذا القضاء ويتمسك بشرط التحكيم. غير أن الذي حدث فهو العكس، حيث إن جهة الإدارة هي التي نازعت في اختصاص القضاء وتمسكت بحق لجوئها إلى التحكيم، وهو موقف في حقيقة الأمر يدعو إلى التساؤل عن الأسباب التي دعائها إلى ذلك، وما إذا كانت أسباب تتعلق بنظام التحكيم ذاته من حيث المزايا التي يقدمها والتي لا تتوافر في القضاء، أم أنها أسباب تتعلق بتغير نظرة جهة الإدارة إزاء قاضيتها الطبيعي؟

في الواقع إنه إذا كان من الصعب إعطاء إجابة محددة على هذا التساؤل، إلا أنه يمكن القول بأن التحكيم قد أضحى اليوم ينال ثقة جهة الإدارة في سلطنة عمان كوسيلة لحسم منازعاتها العقدية. وبالتالي من المتوقع أن يكتسب أرضاً جديدة له كل يوم بالرغم من وقوف القضاء الإداري أمامه موقفاً صلباً، ذوداً عن حياض اختصاصه.

أما بالنسبة لموقف الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري : فإن ما استندت إليه لتقرير عدم مشروعية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية هو استناد في غير محله، وذلك من ناحيتين :

فمن ناحية أولى : لقد اعتبرت الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري أن اختصاصها بنظر منازعات العقود الإدارية بمثابة اختصاص احتكاري لها لا تشاركها فيه أية جهة أخرى، مستندة في ذلك إلى قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١). غير أن هذا القول مردود عليه بأن الولاية العامة لمحكمة القضاء الإداري لا تعني الاستئثار المطلق بمنازعات العقود الإدارية، حيث إنه يجوز للمشرع أن يسند لهيئات التحكيم الاختصاص بنظر هذه المنازعات، ولا تحول دون ذلك المادة ٦٧ من المرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ بإصدار النظام الأساسي للدولة والتي نصت على أنه : " ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة دائرة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري "، وذلك أن هذا النص قد وضع لحماية اختصاص جهة القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية في مواجهة جهة القضاء العادي، لا في مواجهة نظام التحكيم الذي لا يدخل في التنظيم القضائي للدولة. كما أن التحكيم مصدره الاتفاق، وفي غيبة مثل هذا الاتفاق، لا ينحجب الاختصاص المقرر لمحكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية؛ أي أن اختصاص محكمة القضاء الإداري فيما يخص نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لا

يستتھز إلا حال خلو العقد من شرط التحكيم، بحيث يعود العقد إلى قاضيه الطبيعي.

ومن ناحية ثانية : لقد سلمت الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري ضمناً بأن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٩٧/٤٧ قد أجازت الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك حين اعتبرت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ من يونيو عام ٢٠٠٦، وفي حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ من يونيو عام ٢٠٠٨ أن قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١ قد جعل اختصاصها بنظر منازعات العقود الإدارية اختصاصاً عاماً ومطلقاً، وأن قانون التحكيم قد صدر قبل قانون محكمة القضاء الإداري، وقد ألغي الآخر في المادة (٤) من مواد الإصدار كل ما يخالف هذا القانون أو يتعارض مع أحكامه^(١)، لو كان المشرع أراد الإبقاء على خضوع العقود الإدارية للتحكيم وفقاً لقانون التحكيم سالف الذكر لما أعوزه النص.

ويتضح من هذه العبارة الأخيرة أن الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري قد أقرت بأن المشرع قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية بموجب قانون التحكيم، إلا أنه نظراً لكون هذا القانون سابق على صدور قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري الذي جعل منها القاضي العام لمنازعات العقود الإدارية، فهو بذلك ناسخ لأحكام قانون التحكيم، مما يؤدي إلى عدم مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

في الواقع إن زعم المحكمة على نحو ما تقدم يخالف القواعد الأصولية المستقر عليها في إلغاء القواعد القانونية. فمن المعروف أن إلغاء

(١) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري قد استندت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ من يونيو عام ٢٠٠٨ إلى نص المادتين ١٠٩ و ١٠٨ من قانون التفسيرات والنصوص العامة رقم ٧٣/٣ لتبرير وجهة نظرها القائلة بأن قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١ قد ألغيت نصوصه قانون التحكيم الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧/٤٧. وبالتالي يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية اختصاصاً عاماً لا تشاركه فيه أية جهة أخرى.

فقد نصت المادة ٩ على أنه : "عندما يلغي قانوناً قانوناً آخر أو أي حكم من أحكامه، فإن إلغاء القانون الأخير اللاغي لا يترتب عليه أحياء أحكام القانون الأول الملغاة ما لم يجدد تلك الأحكام الملغية صراحة بموجب أي قانون". وتنص المادة ١٠ على أنه : "١- عندما يلغي قانوناً قانوناً آخر أو أي حكم من أحكامه ويعيد تشريعه من جديد بتعديل أو بدون تعديل، فإن الإشارة في أي قانون آخر للقانون الملغى أو الحكم الملغى تعني الإشارة إلى القانون الجديد ما لم يتضح قصد مغاير لذلك. ٢- عندما يلغي قانوناً قانوناً آخر أو أي حكم من أحكامه، فإن أيّاً من الأمور التالية لا تترتب على هذا الإلغاء ما لم يتضح قصد مغاير لذلك (....)".

القاعدة القانونية إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمنياً^(١)، ويتحقق الإلغاء الصريح بصدور قاعدة قانونية جديدة تفصح عن نسخ قاعدة قانونية قديمة، وهذا يعني ضرورة ورود الحكم اللاحق صريحاً مباشراً في أثره نحو إلغاء الحكم السابق، مما يستوجب أن يرد إبطال التحكيم في العقود الإدارية صريحاً في نصوص قانون المحكمة وهذا لم يحدث.

أما الإلغاء الضمني فيقصد به الإلغاء الذي لا يوجد تصريح به، وإنما يستخلص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة، وهو ما يتحقق في صورتين : إما بصدور قانون جديد ينظم ذات الموضوع الذي سبق أن قرره القانون السابق، وإما بوجود تعارض بين حكم قديم وحكم جديد ويكون تطبيقهما معاً مستحيل. غير أنه يشترط في هذه الصورة من صور الإلغاء الضمني أن يكون الحكمان المتنافران معاً من طبيعة واحدة من حيث العموم والخصوص، فإذا كان الحكم السابق يضع قاعدة عامة والحكم اللاحق يأتي بحكم خاص، فحينئذ يعتبر الحكم الخاص الجديد قد نسخ ضمناً الحكم القديم العام في شأن ما جاء بتخصيصه فقط^(٢)، أما إذا حدث العكس – كما في الحالة الماثلة – بأن كان التعارض قائماً بين حكم سابق خاصاً وحكم لاحق عاماً، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن الخاص يقيد العام ولو كان سابقاً عليه، ويظل الحكم القديم الخاص قائماً وسارياً باعتباره استثناء على الحكم الجديد العام، فالعام إذن لا يلغي الخاص، بل يسريان معاً على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه^(١).

وبالتالي، ولما كانت نصوص قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري نصوصاً عامة في مجملها تختص بالفصل في كافة المنازعات الإدارية، وكان اختصاص هيئات التحكيم بحسم منازعات العقود الإدارية هو نص خاص، فإنه لا يمكن أن يرد إلغاء اختصاص هذه الهيئات إلا بنص خاص مثله يكون لاحقاً عليه ويتناول صراحة تعديل أو إلغاء هذا الاختصاص.

(١) راجع للمزيد من التفاصيل : د. حسن كيره : المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٣١ وما بعدها.

(٢) د. حسن كيره : الإشارة المتقدمة، ص ٣٣٣.

(١) د. حسن كيره : المرجع السابق، ص ٣٣٤.

وبالتالي لا يمكن القول إن قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري وهو حكم عام قد نسخ المادة الأولى من قانون التحكيم وهي نص خاص.

ومن جماع ما سبق يتضح أن الحجج التي استندت إليها الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري لمنع التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في غير محلها ولا تثبت الاختصاص الاحتكاري لمحكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود. ونتصور لكي يمكن إزالة هذا الخلاف في الرأي بين الدائرة الابتدائية والدائرة الاستئنافية ضرورة تدخل المشرع العماني بموجب نص تشريعي صريح يعرض التحكيم في منازعات العقود الإدارية ويحدد السلطة المختصة بالموافقة على اتفاق التحكيم كما حدث في مصر، وذلك حتى لا يضع مصير اتفاقات التحكيم وتقدير شرعيتها متوقف على اتجاهات القضاء، ويحقق بذلك الاستقرار اللازم للاقتصاد القومي. وياحبذا لو انتهزها المشرع فرصة وأصدر تشريعاً مستقلاً ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود.

وإذا كان هناك جانب من دول مجلس التعاون الخليجي قد رفض قضائها تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية، فإن هناك جانب آخر من هذه الدول قد اتخذ مشرعها موقفاً مناصراً لهذا الأسلوب من أساليب حسم المنازعات بعيداً عن الطريق العام للقضاء في الدولة. وهذا ما سوف نلقي عليه الضوء في المطلب التالي.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لمشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية

في المملكة العربية السعودية وفي دولة قطر

لقد اتخذ كل من المشرع السعودي والقطري موقفاً مناصراً لتطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وذلك كما يلي:

أولاً: المملكة العربية السعودية

لقد اعترفت المملكة العربية السعودية منذ قيامها بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات بعيداً عن الطريق العام للقضاء في الدولة، وذلك انطلاقاً من مشروعيته في الإسلام، ومن الفوائد والمزايا العديدة التي يقدمها هذا النظام. فقد نص أقدم نظام تجاري سعودي وهو نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر العالي رقم ٣٢ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥ هـ على التحكيم، وأفرد له المواد من ٤٩٣ إلى ٤٩٧. وقد حلت هيئة المنازعات التجارية محل المحكمة التجارية، ثم تم نقل الاختصاص المقرر لهذه الهيئة إلى ديوان المظالم^(١).

وبعد صدور نظام المحكمة التجارية بأكثر من ثلاثين عاماً جاء نظام العمل والعمال بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ وتاريخ ١٣٨٩/٩/٦ هـ الذي أقرت المادة ١٨٣ منه التحكيم في المنازعات العمالية فيما نصت عليه من أنه : " يحق في جميع الأحوال للفريقين المتنازعين أن يعينا بالتراضي محكماً واحداً عن الفريقين أو محكماً واحداً أو أكثر عن كل فريق، ليفصل المحكم أو المحكمون في الخلاف، وذلك عوضاً عن اللجان المنصوص عليها في هذا الفصل ".

ثم صدر بعد ذلك المرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٤٠٠/٤/٣٠ هـ بشأن نظام الغرف التجارية الصناعية، وكذلك لائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير التجارة رقم ١٨٧١ وتاريخ ١٤٠١/٥/٢٢ هـ، وأخذ في المادة الخامسة منه بأسلوب التحكيم لفض المنازعات التجارية والصناعية^(١).

وأخيراً، وعلى ذات منوال تطوره أصدر المشرع السعودي نظام التحكيم بموجب المرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢ هـ متضمناً (٢٥) مادة، وكذلك لائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٢٠/٢١/٧ م وتاريخ ١٤٠٥/٩/٨ متضمنة (٤٨) مادة تفصل ما جاء من أحكام في نظام التحكيم.

(١) ويشير بعض الفقهاء السعوديين أن اللجوء إلى التحكيم في ظل نظام المحكمة التجارية كان مقصوراً فقط على المعاملات التجارية دون المدنية والعمالية أو الإدارية.

راجع : د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : المرجع السابق، ص ٩.

(١) تنص المادة ٥ من نظام الغرف التجارية الصناعية على أنه : " تختص الغرف التجارية والصناعية بالأمور التالية : (أ) (....) . (ح) فض المنازعات التجارية والصناعية بطريق التحكيم إذا اتفق أطراف النزاع على إحالتها إليها.

ويعتبر النظام السعودي من ضمن الأنظمة الخليجية التي أقرت صراحة بجواز الالتجاء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية والتي يختص بنظرها ديوان المظالم^(٢). غير أنه لم يصل لهذا التطور دفعة واحدة، وإنما مر بمرحلتين أساسيتين؛ الأولى : صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧ هـ ، أما الثانية : مرحلة صدور نظام التحكيم الحالي بموجب المرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢ هـ ، وكذلك لائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٢٠/٢١/٧ م وتاريخ ١٤٠٥/٩/٨ .

١ - مرحلة صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧ هـ

لقد كان لقرار التحكيم الصادر في قضية ارامكو ضد المملكة العربية السعودية بتاريخ ٢٣ من أغسطس عام ١٩٥٨^(٣) أثر هائل على نظام التحكيم ذاته في المملكة بوجه عام، وعلى منازعات العقود الإدارية بوجه خاص، حيث ترتب على خسارة المملكة العربية السعودية لهذه القضية أن أصدر مجلس الوزراء قراراً يحظر على الحكومة وعلى أية وزارة أو إدارة أو وكالة تابعة لها اللجوء إلى التحكيم لفض خلافاتها مع الأشخاص الطبيعية أو الشركات أو المؤسسات الخاصة.

وقد ثار جدل حين صدور هذا القرار بشأن نطاق تطبيقه، وما إذا كان مقصوراً على التحكيم الداخلي، أم أنه يشمل إلى جواره التحكيم الدولي ؟

يرى غالبية الفقهاء أن نطاق الحظر الوارد في هذا القرار يمتد ليشمل التحكيم الوطني والدولي على السواء، وذلك أنه قد جاء بصيغة عامة ومجملية^(١)، كما أنه تعلق بمبدأ التحكيم ذاته، وشمل كل المصالح الحكومية^(٢).

وإذا كان القرار ٥٨ قد وضع قاعدة عامة مفادها عدم جواز لجوء الدوائر الحكومية إلى التحكيم كوسيلة لحل منازعاتها العقدية، سواء تعلق

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن اختصاص ديوان المظالم بنظر منازعات العقود الإدارية : د. عبد الرازق علي خليل الفحل : ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية والقضاء الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، تحت إشراف أ.د/ رمزي طه الشاعر، ص ٤٢٠ وما بعدها.

(٣) انظر في بعض المقتطفات لهذا الحكم الباب الأول من القسم الثاني.

(١) د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) د. عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

الأمر بتحكيم وطني أم دولي، إلا أنه مع ذلك أورد استثناء على هذه القاعدة يتمثل في عقود الامتياز التي تتضمن مصالح حيوية للبلاد^(٣).

فقد نص هذا القرار على أنه : " لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة. ويستثنى من ذلك الحالات التي تمنح فيها الدولة امتيازاً هاماً وتظهر لها مصلحة قصوى في منح الامتياز متضمناً شرط تحكيم "

ويرد على هذا الاستثناء ملاحظتين :

- لم يحدد هذا النص نوع معين من الامتيازات، مما يعني شموله لجميع أنواع عقود الامتياز التي تبرمها الدولة دون استثناء ما دامت تتضمن مصلحة حيوية للبلاد^(٤).

- ضرورة الحصول على إذن مسبق من الدولة قبل إدراج شرط التحكيم في عقود الامتياز لأنها هي وحدها التي لها الحق في تحديد مصالحها الحيوية^(١).

وبذلك، فإن القاعدة التي تبناها القرار ٥٨ هي عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ولم يستثن من ذلك سوى عقود الامتياز^(٢) التي تتضمن مصلحة حيوية للبلاد. وبصدور نظام التحكيم الحالي أضحي الحظر هو الاستثناء وقاعدة التحكيم هي الإجازة.

(٣) ويضيف بعض الفقهاء استثناء آخر يتعلق بالخلافات الفنية الناتجة عن العقود، وأعطى لديوان المظالم بصفته المحكمة الإدارية في المملكة صلاحية تعيين المحكم الثالث إذا لم يتفق الطرفان عليه، وكذلك صلاحية استئناف قرار التحكيم الصادر في هذا النوع من المنازعات أمامه، وإعادة النظر فيه شكلاً ومضموناً.

راجع : د. عبد الحميد الأحذب : الإشارة المتقدمة، ص ٣٢٥.
في الواقع إن هذا الرأي - كما ذهب البعض الآخر من الفقهاء - غير صحيح ومخالف لواقع الحظر الذي تضمنه القرار ٥٨، حيث إنه لم يستثن الخلافات الفنية من قاعدة الحظر، ولم يشر إلى هذا الاستثناء صراحة أو ضمناً.

راجع : د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : الإشارة المتقدمة، ص ٧٦.
(٤) د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : الإشارة المتقدمة، ص ٧٥.

(١) د. عبد الإله بن عبد الله العريني : نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، أطروحة للإحراز على شهادة الدكتوراه في القانون مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تونس المنار ٢٠٠٥، تحت إشراف أ.د/ نور الدين الغزواني، ص ١٢٢.

(٢) ويشير بعض الفقهاء إلى أن المملكة العربية السعودية وإن كانت في الماضي تتبنى فكرة الامتياز كإطار قانوني مناسب لإدارة مرافقها العامة، إلا أن هذا الاتجاه قد انحصر بشكل كبير في الوقت الحاضر، وترجع عليه ثلاث صيغ أخرى، هي : " ١ - إما الشركة ذات الرأسمال المختلط التي يشارك فيها القطاع العام مع القطاع الخاص. ٢ - أو المؤسسة العامة الصناعية والتجارية ذات الاستقلال المالي

٢ - مرحلة صدور نظام التحكيم الحالي ولائحته التنفيذية

لقد أزال نظام التحكيم الحالي بشكل حاسم ونهائي الحظر المفروض على الدوائر الحكومية باللجوء إلى التحكيم، كما حددت لائحته التنفيذية الإجراءات الواجب اتباعها في هذا الشأن.

فقد نصت المادة الثالثة من نظام التحكيم على أنه : " لا يجوز للجهات الحكومية باللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم ".

ويتضح من نص هذه المادة إنها لم تشمل عقوداً معينة وخصتها بجواز اللجوء إلى التحكيم بشأنها، كما أنها لم تستبعد من نطاق تطبيقها عقوداً معينة. وبالتالي يشمل نطاق تطبيق المادة الثالثة من نظام التحكيم من الناحية الموضوعية - نظراً لعمومية نص هذه المادة - كافة العقود الإدارية الوطنية منها أم الدولية، كما يشمل كافة صور منازعات العقود الإدارية سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ أو ما يترتب على تنفيذها من آثار. كما يجوز الالتجاء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده.

وإذا كانت المادة الثالثة من نظام التحكيم قد أباحت اللجوء إلى التحكيم في كافة منازعات العقود الإدارية، إلا أنها قيدت ذلك بقيد إجرائي يتمثل في ضرورة الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء.

ويعطل بعض الفقهاء السعوديين وجوب أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء على لجوء الدوائر الحكومية للتحكيم للتأكد " من أن طبيعة النزاع المراد عرضها على التحكيم لا تتعارض مع ما تمليه اعتبارات المصلحة العامة أو النظام العام في الدولة " ^(١).

ومن ناحية أخرى، فقد حددت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الإجراءات التي يتعين اتخاذها من قبل الدوائر الحكومية عند طلبها

والتي لا تخضع لقواعد القانون الإداري الصارمة وهي تتمتع بشخصية معنوية ذاتية، وهي تساير الأحكام التجارية والصناعية وتعمل تحت وصاية المصالح الحكومية. ٣- أو << شركة الدولة >> وهي الشركة التي تملك الدولة أسهمها، ولكنها تبقى خاضعة لنظام الشركات، وغير خاضعة للنظام الإداري ". انظر : د. عبد الحميد الأحمد : موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

(١) انظر : د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : المرجع السابق، ص ٧٧.

الموافقة على الالتجاء إلى التحكيم لحل نزاع معين. وتتمثل هذه الإجراءات في أن تعد الجهة الحكومية مذكرة تطلب فيها الموافقة على اللجوء إلى التحكيم على أن تبين فيها موضوع النزاع وطبيعته، والمبررات التي تستند إليها اللجوء إلى التحكيم، علاوة على ضرورة تضمينها لأسماء الخصوم. وبعد الانتهاء من هذه المذكرة تقوم الجهة الحكومية برفعها إلى رئيس مجلس الوزراء للبت فيها. كما نصت هذه المادة على ضرورة إبلاغ مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر في مثل هذه الحالات^(٢).

وبذلك، يكون نظام التحكيم السعودي قد انحاز إلى جانب الأنظمة المقارنة والتي أجازت للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم بحرية تامة وبدون أية تحفظات مثلها في ذلك مثل الأشخاص الخاصة مع وضع قيد إجرائي في هذا الصدد يتمثل في ضرورة الحصول على إذن من جهة معينة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم للتأكد من عدم الأضرار بالمصلحة العامة أو بالمصالح العليا للبلاد. وهو الاتجاه الذي تأثر به المشرع القطري مع الاختلاف في بعض التفاصيل كما سيتضح من خلال الموضوع التالي.

ثانياً : دولة قطر

لقد اعترفت دولة قطر كغيرها من دول مجلس التعاون الخليجي بنظام التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء الوطني لحل المنازعات التي تثور بين الأشخاص الخاصة. فأفرد له المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ الصادر بتاريخ ١٧ من يونيو عام ١٩٩٠ المواد من ١٩٠ إلى ٢١٠ باعتباره وسيلة رضائية لحسم المنازعات التي يتفق ذوي الشأن على حلها بطريق التحكيم^(١).

ولم يرد بين طيات هذا القانون أو غيره من القوانين الأخرى ما يفيد صراحة بجواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

(٢) تنص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على أنه : " في المنازعات التي تكون جهة حكومية طرفاً فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع مبيناً فيها موضوعه ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم. ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها " .

(١) ومن النصوص القانونية الحديثة التي أقرت بنظام التحكيم كوسيلة ودية لحل المنازعات : المادة ٩ من قانون مركز قطر للمال رقم ٧ / ٢٠٠٥ ، والمادة ١٣٠ من قانون الأسرة رقم ٢٢ / ٢٠٠٦ ، والمواد ٦٩٨ ، ٧٦٩ ، ٨١٨ من قانون التجارة رقم ٢٧ / ٢٠٠٦ .

وحين اشتدت الحاجة إلى نص يجيز التحكيم في هذه المنازعات، أصدر المشرع قانون المناقصات والمزايدات رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٥ ونص في المادة العاشرة منه على أنه : " يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف بينهما ناشئ عن العقد، الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بعد موافقة وزير المالية، مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد " .

ويستفاد من النص المتقدم الآتي :

- لقد أجاز المشرع القطري بمقتضى هذا النص التحكيم في كافة صور العقود الإدارية وبالنسبة لجميع المنازعات الناشئة عنها، حيث إنه لم ينص على عقود معينة وخصها بجواز اللجوء إلى التحكيم بشأنها، كما أنه لم يستبعد من نطاق تطبيقها عقوداً معينة.

- إن صاحب الأهلية والاختصاص الذي يجب أن يصدر منه الرضا بقبول التحكيم في العقود الإدارية هو وزير المالية، ومن ثم يغدو اتفاق التحكيم باطلاً إذا لم يتم الحصول على هذه الموافقة مع ملاحظة أن هذا الرأي يتعطل مجال أعماله في المجال الدولي طبقاً للقاعدة المستقرة عليها دولياً والتي مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم استقلالاً عن أحكام القوانين الوطنية.

- إن ما أورده المشرع القطري في نص المادة سالفة الذكر من إلزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد عند إحالة النزاع القائم بينهما إلى التحكيم قد قصد به دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ويعد تطبيقاً للقاعدة العامة التي استقر عليها القضاء الإداري المقارن، ونقصد من ذلك القضاء الإداري المصري، والتي مفادها عدم جواز امتناع المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض إن كان له محل^(١).

(١) انظر على سبيل المثال : حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ٥ من يوليو عام ١٩٦٩، في الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق.ع، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥-١٩٨٠، ج ٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٣، ص ١٨٧٥، بند ٥٨.

وبانتهاء عرض الاتجاه المناصر الذي تبناه كل من المشرع السعودي والقطري لتطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، يكتمل تناول الفصل الأول والمخصص لبحث مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي، ويتبقى لنا تناول وضع هذه المسألة بالنسبة للتحكيم الدولي؛ الأمر الذي نخصص له الفصل التالي.

الفصل الثاني

مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية

لمجال التحكيم الدولي

لقد شهدت دول العالم في القرن العشرين، وبخاصة في الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية، عدداً من الأحداث السياسية والاقتصادية المتسارعة نتج عنها لجوء الدول إلى رؤوس الأموال الأجنبية لسد النقص الذي تعاني منه في شتى المجالات ولتنفيذ طموحاتها الاقتصادية. وكان ذلك إيذاناً بنشأة عقود دولية يكون طرفها أشخاص القانون العام الوطنية من جهة، وأشخاص القانون الخاص الأجنبية من جهة أخرى.

وكان من الطبيعي أن يصاحب التحكيم هذا النوع الجديد من العقود باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات الناشئة عنها، ومرجع ذلك أن الطرف الخاص الأجنبي يجد نفسه يتعامل مع دولة ذات سيادة، وخوفاً من المخاطر الناجمة عن هذه السيادة والمتمثلة في إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية، لم يجد هذا الطرف الأجنبي غير التحكيم بديلاً ليحتمي خلفه.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الدول ذاتها تعمل على تضمين عقودها أو قوانينها الوطنية نصوصاً صريحة تقضي بقبول التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين المستثمرين الأجانب؛ لأنها ترى في ذلك تشجيعاً وجذباً للاستثمار الأجنبي على أراضيها.

وكما واجه التحكيم الداخلي في العقود الإدارية موقفاً صلباً من القضاء الإداري الفرنسي وعدم تسامحه تجاه نزاع اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عنها، فإن ذات الموقف اتبعه كذلك في التحكيم الدولي. هذا على خلاف الأمر بالنسبة للقضاء العادي الذي بالرغم من مساهمته للقضاء الإداري في موقفه المتشدد تجاه التحكيم الداخلي في العقود الإدارية – كما سبق أن بينا – إلا أنه تخلف عنه بالمقابل بالنسبة للتحكيم الدولي. ومرجع هذا الاختلاف – كما سنرى – يكمن في اختلاف المنهج المتبع من كليهما عندما يعرض عليهما منازعة من طبيعة دولية، فبينما يميل القضاء العادي إلى الأخذ بمنهج التفرقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي، نجد أن القضاء الإداري يرفض الأخذ بهذا المنهج مفضلاً عنه التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام.

وقبل الولوج في بحث هذه المسألة، والتعرض لمختلف الاتجاهات الرافضة والمؤيدة لتطبيق أسلوب التحكيم الدولي على المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة وسائر أشخاصها العامة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، وكذلك أسانيدهم وحججهم في ذلك، يلزم بداءة التعرض لإشكالية أخرى تتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، وما إذا كانت تعد – دائماً – من عقود القانون الخاص وفقاً لما انتهى إليه الفقه التقليدي أم يمكن إضفاء الطابع الإداري عليها.

وتمشياً مع التمهيد السابق، تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : التكييف القانوني لعقود الدولة.
المبحث الثاني : العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وقاعدة الحظر الواردة في القانون الوضعي الداخلي.
المبحث الثالث : تأييد التحكيم الدولي في العقود الإدارية بموجب نصوص القانون الداخلي والمعاهدات الدولية.

المبحث الأول

التكييف القانوني لعقود الدولة

منذ وقت ليس بقصير كان نشاط الدول يقتصر في المجال الخارجي على العلاقات الدبلوماسية التي تحكمها قواعد القانون الدولي العام، وكان لا يتصور في ذلك الحين أن يتجاوز نشاط الدولة أكثر من هذا الحد، بحيث يشمل على علاقات اقتصادية أو تجارية مع الأشخاص الخاصة الأجنبية.

غير أن هذا الوضع بدأ يأخذ منحى آخر في القرن العشرين، وبخاصة في أعقاب الحرب العالمية الثانية، حيث زادت الدولة من تدخلها في الأنشطة الاقتصادية والتجارية، وبدأت في الاستعانة برؤوس الأموال الأجنبية لسد النقص الذي تعاني منه في شتى المجالات ولتنفيذ طموحاتها

الاقتصادية. ومنذ ذلك الحين برزت فكرة العقود الدولية التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية.

وقد أطلق الفقه الفرنسي على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية مصطلح *contrat d'Etat*^(١)، والمعروف في الفقه الإنجليزي بمصطلح *State contracts*^(٢)، والذي يترجم إلى العربية بمصطلح عقود الدولة.

وقد برزت صور مختلفة لهذه العقود، منها : عقود استغلال المصادر الطبيعية كعقود البترول، وعقود التعاون الصناعي كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الهندسة والمساعدة الفنية وعقود تسليم المفتاح، وعقود المقاولات والأشغال العامة الدولية، وعقود الاستثمار.

ويثار التساؤل – دائماً – عن التكييف القانوني للعقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي، وما إذا كانت تعد من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام ؟

رداً على هذا التساؤل، يذهب جانب من الفقه التقليدي إلى القول بأن العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي لا يمكن إضفاء الطابع الإداري عليها؛ ذلك أنه إذا كانت المهمة الأساسية التي تضطلع بها الأشخاص المعنوية العامة هي العمل على تحقيق الصالح العام، لذا منحها القانون العام بعض الامتيازات والسلطات التي تعينها على ذلك، إلا أن هذه الامتيازات والسلطات لا يمكن أن تمارس إلا على الإقليم الوطني، أما خارج حدود هذا الإقليم، فلا تستطيع تلك الأشخاص ممارسة الامتيازات الممنوحة لها^(١).

(١)، (٢) راجع في استعراض هذان المصطلحان :

M. Kamto, La notion de contrat d'Etat: une contribution au débat, in Les Etats dans le contentieux économique international: question d'actualité, coll. international organisé par le Comité français de l'arbitrage, 24 janvier 2003., pp.1 et s.

(١) انظر في هذا المعنى :

L. Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, mise à jour par L. Troabas, L.G.D.J. 1924., t.II, 2^e éd, p.346.

وفي القرب منه :

A. Pillet, Des personnes morales en droit international privé, Sirey 1914., p.300.

هذا الاتجاه المنكر لإضفاء الطبيعة الإدارية على عقود الدولة قد رفضه غالبية الفقهاء المعاصرين الذين يرون أن عقود الدولة ليست عقوداً خاصة على إطلاقها، وإنما يمكن خلع الصفة الإدارية عليها حال اشتغالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية^(٢).

وفي الواقع إنه لا يمكن البحث في إشكالية وجود أو عدم وجود فكرة العقد الإداري الدولي دون التعرض لإشكالية أخرى غاية في الأهمية تتعلق بتطبيق منهج تنازع القوانين على مجالات القانون العام. ففكرة دولية العقد الإداري ترتبط بصفة أساسية بوجود منهج تنازع القوانين في القانون العام، بحيث إذا أمكن خضوع العقد الإداري لهذا المنهج (مطلب أول)، فإن ذلك يقودنا – بلا شك – إلى الاعتراف بوجود فكرة العقد الإداري الدولي، والبحث – على أثر ذلك – عن المعيار المميز له (مطلب ثان).

المطلب الأول

مدى إمكانية تطبيق منهج تنازع القوانين على العقود الإدارية

لقد ظل القانون الدولي الخاص لفترة طويلة من الزمن بمنأى عن التطبيق بواسطة القاضي الإداري^(١)، وذلك من منطلق العقيدة الراسخة في القانون العام التي قامت أساسها على مبدأي إقليمية القوانين والربط بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.

(٢) انظر في استعراض هذه الآراء :

S. Lemaire, Les contrats internationaux de l'administration, préface de P. Mayer, L.G.D.J. 2005., pp.82 et s.

(١) وفي هذا الإطار يشير جانب من الفقه إلى أنه : " منهج تنازع القوانين لا يجد مجالاً للتطبيق إلا في فرع القانون الخاص. إذ يجب أن ندرك أن العلاقات التي تخص القانون العام تعد من المسائل الخارجة عن الخضوع للقانون الأجنبي ".
راجع :

D. Holleaux, J. Foyer, G. de La Pradelle, Droit international privé, Masson 1987., p.177.

ثم ما لبث الأمر أن اتخذ بعض التطورات، وذلك في نهاية الحرب العالمية الثانية أو قبل ذلك بقليل، حيث بدأ القاضي الإداري – لاسيما القاضي الإداري الفرنسي – بشكل غير محسوس في استعمال منهج تنازع القوانين بشأن منازعات العقود الإدارية المشتملة على عنصر أجنبي، نتيجة تدخل الدولة وسائر أشخاصها العامة في علاقات قانونية على المستوى الدولي، وظهور العنصر الأجنبي كطرف في المنازعات المتولدة عنها.

أولاً : النظرة التقليدية للقانون العام لمنهج تنازع القوانين

في القانون الخاص، إذا اشتملت العلاقة على عنصر أجنبي، فإن منهج تنازع القوانين يسمح بأن يحدد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العلاقة. فالقاضي العادي عندما يطرح عليه مثلاً نزاع يتعلق بأهلية أحد الأشخاص، فإنه يقوم بالبحث داخل نظامه القانوني عن قاعدة الإسناد الخاصة بتلك المسألة والتي قد تؤدي إما إلى تطبيق القانون الوطني إذا كان الأمر متعلقاً بأهلية أحد الوطنيين، وإما إلى تطبيق قانون أجنبي إذا كان الأمر يتعلق بأهلية أحد الأجانب^(٢). وهكذا، يستطيع القاضي العادي أن يستعمل منهج التنازع أو ما يعرف بالمنهج الثنائي bilatérale من أجل الفصل في النزاع المطروح عليه والمشتمل على عنصر أجنبي^(١).

بينما على العكس يضع القانون العام تقليد مختلف عن ذلك المتبع في القانون الخاص؛ فالقاضي الإداري يلتزم دائماً بتطبيق أحكام قانونه الوطني، أي أنه يلتزم بمنهج أحادي unilatérale في أعمال القانون واجب التطبيق. حيث إنه إذا ثار نزاع أمام القاضي الإداري يشتمل على عنصر أجنبي، فإنه لا يقوم بتحديد القانون المطبق على هذا النزاع وفقاً لمنهج تنازع القوانين، وإنما يكتفي بالبحث عما إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق من عدمه، فإذا ما انتهى إلى نتيجة سلبية يمتنع عن نظر النزاع، معلناً عدم اختصاصه، وذلك تأسيساً على مبدأي الإقليمية وارتباط الاختصاص بالموضوع.

(٢) ومن الدول الآخذة بهذا الاتجاه، جمهورية مصر العربية، حيث تنص المادة ١١ من القانون المدني على أنه : " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم (...). "

(١) انظر :

١ - مبدأ الإقليمية القوانين

تعرف الدولة تقليدياً بأنها جماعة من الناس تسكن إقليماً محدداً وتخضع لنظام سياسي معين ^(٢). وبناء على هذا التعريف يشترط لوجود الدولة ثلاثة عناصر أساسية ^(٣)، منها عنصر الإقليم ^(٤)؛ فالإقليم يعد عنصراً جوهرياً لوجود الدولة، وهو الذي يتحدد على أساسه الإطار المكاني الذي تمارس عليه سلطاتها الأمر *imperium*. وهذا ما يعرف بمبدأ الإقليمية *le principe de territorialité*، الناتج عن مبدأ سيادة الدولة ^(٥).

إذ إنه داخل الإقليم الوطني تملك الدولة صاحبة السيادة حق ممارسة السلطة العامة عليه، وتفقد الدولة هذه السلطة إذا تعلق الأمر بتصرفات تخص إقليم آخر خاضع لسيادة دولة أخرى. وبالتالي فإن القانون العام الأجنبي لا يمكن أن يجد مجالاً للتطبيق داخل حدود الإقليم الوطني ^(١)، على اعتبار أن قواعد القانون العام الوطني لا يمكن أن تدخل في تنازع مع قواعد القانون الأجنبي نظراً للارتباط الوثيق للقواعد الأولى مع المؤسسات الوطنية التي أنشأتها الدولة صاحبة السيادة.

وفي هذا الإطار يذكر الفقيه Bischoff : " إن تشريعات القانون العام بطبيعتها تقتصر نطاق تطبيقها داخل الإقليم الوطني للدولة التي أصدرتها، ولا يمكن أن تأخذ في اعتبارها أو أن تتضمن في حقل تطبيقها سوى الحقوق والمصالح المتمركزة على الإقليم الوطني " ^(٢).

^(٢) راجع في هذا التعريف :

J. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien 1987., 9^e éd, p.60.

^(٣) وهذه العناصر هي : عنصر شخصي (السكان)، وعنصر مادي (الإقليم)، وعنصر شكلي (السلطة السياسية).

راجع :

H. Kelsen, Théorie pure du droit, Traduit Ch. Eisenmann, Dalloz 1962., p.380.

^(٤) راجع للمزيد من التفاصيل :

M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Sirey 1929., 2^e éd, pp.555 et s.

^(٥) انظر :

P. Mayer, L'État et le droit international privé, Droit n° 16, 1992, p.33., spéc, p.39.

^(١) انظر :

P. Mayer, L'État et le droit international privé, art.préc., pp.40 et s.

^(٢) راجع :

ويذهب الفقيه Zweigert إلى القول بأن : " يوجد ما بين تنازع القوانين ومبدأ الإقليمية ذات العلاقة الكائنة بين الماء والنار : فإما أن تخمد ماء الإقليمية النار التي يحويها تنازع القوانين، وإما أن تتبخر ماء الإقليمية تحت تأثير نار منهج التنازع " ^(٣).

وقد لاقى هذا المبدأ رواجاً لدى القضاء الفرنسي في النصف الأول من القرن العشرين ^(٤)؛ ففي حكمها الصادر بتاريخ ٣ من يوليو عام ١٩٢٨ قضت المحكمة النقض بأن : " التشريعات الضريبية تشريعات إقليمية محضة، ومن ثم لا يجوز للإدارة الفرنسية إقامة الدعاوى أمام المحاكم الأجنبية لاستيفاء الرسوم واجبة الأداء على الأراضي الفرنسية، ولا يمكن للإدارة الأجنبية إقامة الدعاوى أمام المحاكم الفرنسية لتحصيل الضرائب المستحقة على إقليم هذه الإدارة الأجنبية " ^(١).

٢ - مبدأ ارتباط الاختصاص بالموضوع

عندما يتعلق الأمر بنزاع يشتمل على عنصر أجنبي، يبدأ القاضي العادي في البحث عن مدى اختصاصه بنظر هذا النزاع، فإذا ما انتهى إلى نتيجة ايجابية، يقوم بالبحث عن كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع على ضوء منهج التنازع، فكل نزاع يتضمن عنصراً أجنبياً يفترض وجود تنازع قضائي *conflit de juridiction* وتنازع تشريعي *conflit de loi*، والقاعدة في القانون الدولي الخاص أن التنازع القضائي يسبق دائماً التنازع التشريعي ^(٢).

J.-M. Bischoff, La <<territorialité>> des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontière, in Aspects juridiques de la pollution transfrontière; Paris: OCDE 1977, p.132., spéc, p.134.

^(٣) راجع :

K. Zweigert, Droit international privé et droit public, Rev.crit. DIP 1965., p.645., spéc, p.653.

^(٤) انظر على سبيل المثال :

- C.A. de Paris, 30 juin 1933, Bronstein c/ Banque Russo-Asiatique, JDI 1933., p.963.

- Trib.civ. de Seine 1^{re} ch, 31 mai 1933, Boncompagne et consorte c / Crédit foncier égyptien, JDI 1934., p.368.

^(١) C. Cass. ch.c, 3 juillet 1928, Héritiers Vogt c/ Feltin , JDI 1929., p.385., note J.P.

^(٢) راجع :

بيد أن القانون العام يعتمد على مفاهيم أخرى تخالف مفاهيم القانون الخاص، إذ إنه يربط بين تطبيق القانون الإداري على النزاع واختصاص القاضي الإداري به. فالقاعدة السائدة في القانون العام هي أن اختصاص القاضي الإداري يرتبط دائماً بموضوع النزاع^(٣)، وهذا ما يعرف في كتابات الفقه وأحكام القضاء الفرنسيين بمبدأ الاختصاص يتبع الموضوع *la compétence suit le fond*، أو بمبدأ ارتباط الاختصاص بالموضوع *la liaison de la compétence et du fond*^(٤).

ولقد أكدت محكمة التنازع الفرنسية على هذا المبدأ في حكمها الشهير الصادر في قضية Blanco بتاريخ ٨ من فبراير عام ١٨٧٣، حيث قضت بأن: "مسئولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأشخاص الخاصة من جراء عمل مستخدميها في المرافق العامة لا يمكن الفصل فيها بواسطة المبادئ الواردة في القانون المدني والمتعلقة بعلاقات الفرد بالفرد (.....). وإنه بحكم القوانين المشار إليها بعاليه [قانون ١٦-٢٤ أغسطس عام ١٧٩٠ وقانون ١٦ فريكتيدور للسنة الثالثة]، فإن السلطة الإدارية هي وحدها المختصة بنظر ذلك"^(١).

وهذا ما أكدت عليه بعد ذلك في حكمها الصادر في قضية Moritz بتاريخ ٢٦ من مايو عام ١٩٥٤، إذ قضت بأن: "النزاع القائم بين السيد Moritz والدولة لا يمكن أن يجد حوله إلاً وفقاً لمبادئ القانون العام، وأن القضاء الإداري هو الوحيد المختص بنظره"^(٢).

ويتضح مما تقدم أن اختصاص القاضي الإداري يرتبط دائماً بالقانون المطبق على الموضوع نظراً لكون النزاع الإداري يجب أن يفصل فيه وفقاً لقواعد خاصة *règles spéciales*^(٣)؛ تلك القواعد التي يختص بتطبيقها

Y. Loussouarn, P. Bourel, Droit international privé, Dalloz 1980, 2^e éd, p.554.
(٣) انظر في هذا المعنى :

T.C., 20 octobre 1997, Préfet du Finistère c/ M. Sévilla, Rec., p.538.

(٤) راجع للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع :

J.-F. Lachaume, La liaison entre la compétence et du fond en droit administratif, in L'exorbitance du droit administratif en question [s], Etudes réunies par F. Melleray, L.G.D.J. 2004., pp.71-84.

(1) T.C., 8 février 1873, Blanco, in GAJA, op.cit., p.1.

(2) T.C., 26 mai 1954, Moritz, Rec., p.708.

(٣) انظر في هذا المعنى :

القاضي الإداري وحده. وهذا المعنى عبر عنه بوضوح الفقيه Amselek بقوله : " إن القاضي الإداري هو الوحيد الذي يطبق، ولا يستطيع أن يطبق سوى القواعد الخاصة التي تحكم نشاط الإدارة " (٤).

وعلى هذا الأساس فإن القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع هي التي يتحدد على أساسها جهة القضاء المختصة بتطبيقها، أو كما يذهب الفقيه Rivero إلى أن : " الحقيقة الوحيدة التي سوف تظل قائمة هي أن توزيع الاختصاصات القضائية يرتبط بطبيعة القواعد القانونية المطبقة على أصل النزاع " (٥).

وهكذا فإنه وفقاً لمبدأ ارتباط الاختصاص بالموضوع، لا يمكن للقاضي الإداري أن يطبق سوى القانون الإداري على المنازعات الخاضعة لهذا القانون والداخلية في اختصاصه القضائي. ويترتب على تطبيق هذا المبدأ على المنازعات المشتعلة على عنصر أجنبي نتيجتان :

الأولى : لا يستطيع القاضي الإداري أن يطبق إلا القانون الوطني على المنازعات المطروحة أمامه. وتستند هذه النتيجة إلى حجة منطقية مفادها أنه إذا كان القاضي الإداري لا يستطيع أن يطبق إلا القانون الإداري، فإنه لا يستطيع من باب أولى *a fortiori* أن يطبق سوى القانون الوطني. وهذا ما أشار إليه مفوض الحكومة Barbet (١) في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٥٢ في قضية حبيب بشار، إذ ذهب إلى القول إنه لا يوجد أمام القاضي إلا قانون واحد هو القانون النافذ في البلد التي يمارس فيها اختصاصه القضائي؛ فالقاضي الإداري عندما يقضي باختصاصه بنظر منازعة نشأت خارج إقليم الدولة، فإنه ملزم بأن يطبق بطريقة آلية القانون الفرنسي (٢).

A. Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, préface D. Truchet, L.G.D.J. 1996., p.271.

(٤) راجع :

P. Amselek, Le service public et la puissance publique, AJDA 1968., I, p.492., spéc, p.493.

(٥) راجع :

J. Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953., p.279., spéc, p.295.

(١) مشار إليه عند :

B. Dolez, art.préc., p.1036.

(٢) انظر - على سبيل المثال - بشأن الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي طبق فيها القانون الإداري الوطني على الرغم من نشوب المنازعة خارج الإقليم الوطني :

أما النتيجة الثانية : إن القاضي الإداري غير مختص بنظر المنازعات غير الخاضعة للقانون الوطني، وهذا يعني أن المنازعات التي لا تخضع للقانون الإداري لا يمكن أن يختص بها القاضي الإداري^(٣).

ويستخلص من هاتين النتيجةين التحليل الآتي^(٤) :

- 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 غير مختص بنظر المنازعات الخاضعة للقانون الأجنبي.

وعلى ضوء ما سبق، يتبين أن مبدأي إقليمية القوانين وارتباط الاختصاص بالموضوع يشكلان دعامة الحاجز المانع لتطبيق منهج تنازع القوانين على مجالات القانون العام. غير أن هذا الحاجز لم يصمد طويلاً أمام نمو وتشابك العلاقات القانونية على المستوى الدولي، وظهور العنصر الأجنبي كطرف في العلاقة التعاقدية مع الدولة وسائر أشخاصها العامة الوطنية. لذا أصبح من المتعين أن يصاحب هذه التطورات تغير في النظرة التقليدية التي ينظرها القانون العام لمنهج تنازع القوانين حتى يتمكن القاضي الإداري من إيجاد حل للمنازعات الإدارية المشتملة على عنصر أجنبي، ومواكبة التطورات الحاصلة على الصعيد الدولي.

ثانياً: تطور النظرة التقليدية للقانون العام لمنهج تنازع القوانين

لقد اعتمد تطور منهج التنازع في مجال القانون العام على أمرين؛ أولهما : التخلي عن مبدأ إقليمية القوانين، والثاني : الفصل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي.

١ - التخلي عن مبدأ إقليمية القوانين

-
- C.E., 17 novembre 1965, sté Neptun Transport und Schiffarth, Rec., p.614.
 - C.E., 2 décembre 1966, sté France-Reconstruction-Plan, Rec., p.635.
 - C.E., 3 juillet 1968, Lavigne et le Mée et Lavigne, Rec., t, p.1184.
 - C.E., 5 janvier 1972, sté Unitchadienne., Rec., p.4.

(٣) انظر :

B. Dolez, art.préc., pp.1035 et s.

(٤) انظر :

B. Dolez, *Ibidem.*, p.1036.

نعت القانون بأنه إقليمي محض يعنى أنه غير قابل للتطبيق بواسطة أية سلطات سوى سلطات الدولة التي أصدرته، خاصة السلطة القضائية^(١).

هذا المفهوم الذي ساد لفترة طويلة من الزمن والذي كان يحيل على نظام إقليمية القوانين الذي كان سائداً في بداية العصور الوسطى^(٢) لم يلق تأييداً لدى غالبية الفقه، لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه، فضلاً عن غياب الأسباب التي تبرره.

ففي عام ١٩٢٩ ذهب الفقيه الإيطالي Fedozzi^(٣) إلى القول إن : " الفقه لديه اقتناع شديد بأن تشريعات القانون العام تكون وفقاً لمفهومها تشريعات إقليمية ولا يقدم بشكل عام أية مبررات لمبدأ ما يرى أنه يفرض نفسه بشكل واضح. وبالتالي فإن هذا المبدأ يظهر كمبدأ يستحيل إثباته " .

وهذا ما أكد عليه مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في Wiesbaden عام ١٩٧٥، إذ قرر أن : " الطابع المزعوم لمبدأ عدم قابلية تطبيق القانون العام الأجنبي طابع إقليمي مطلق (.....) لا يؤسس على أي سبب نظري أو عملي صحيح " ^(١).

(١) انظر :

J.-M. Jacquet, La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, JDI 1985., p.327., spéc, p.332.

(٢) إذ يذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ إقليمية القوانين يجد أساسه في نظام إقليمية القوانين الذي كان سائداً في بداية العصور الوسطى. ففي هذه الحقبة من الزمن كان القانون المحلي هو فقط الجاري العمل به في كل مقاطعة، وقد كان ذلك يعني فصل كامل للأنظمة القانونية الوطنية التي تؤدي - بلا شك - إلى رفض فكرة المؤسسة الدولية وتطور العلاقات على الصعيد الدولي.
راجع :

J.-M. Bischoff, art.préc., p.139.

(٣) راجع :

P. Fedozzi, De l'Efficacité extra-territoriale des lois et des actes de droit public, RCADI 1929., II, vol.27, p.141., spéc, p.149.

(١) ترجمة النص الأصلي التالي :

" Le prétendu principe de l'inapplicabilité *a priori* du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, (...) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable " .

Institut de droit international, Session de Wiesbaden, août 1975, Rev.crit. DIP 1976., p.423., spéc, p.424. art A/II.

كما قرر المجمع في المادة الأولى في ذات دورة انعقاده أن : " الطابع العام لأحد أحكام القانون الأجنبي التي عينته قاعدة تنازع القوانين لا يضع عقبة أمام تطبيق هذه الأحكام، مع التحفظ بشأن النظام العام " ^(٢).

وقد وصف بعض الفقهاء الفرنسيين ^(٣) هذا الحل الذي أتى به مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في Wiesbaden بأنه يمثل طعنة estocade لمبدأ إقليمية القوانين الذي لم يعد هناك أي مدافع عنه ^(٤). وبالتالي لم تعد هناك أية عقبات تحول بين قيام القاضي بتطبيق القانون العام الأجنبي، وبخاصة أن الأحكام القضائية التي أقرت بمبدأ الإقليمية لا يوجد من بينها أي تأكيد على الطابع المطلق له.

وفي هذا الإطار يشير الفقيه Mayer إلى أن القضاة أنفسهم ليس لديهم أي اقتناع بهذا المبدأ؛ ذلك أنه إذا كان مبدأ إقليمية تشريعات القانون العام قد تم التأكيد عليها بواسطة بعض الأحكام القضائية السابقة على فترة الحرب العالمية الثانية، وبصفة خاصة في مواد الرقابة على الصرف contrôle des changes، وفي القانون الضريبي، فإنه لا يوجد من بين هذه الأحكام أي تأكيد على مبدأ عام أو مطلق لإقليمية القانون العام ^(١).

^(٢) ترجمة النص الأصلي التالي :

" Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public ".

Ibidem. art A/I

^(٣) انظر :

M. Audit, Les conventions transnationales entre personnes publiques, Préface de P. Mayer, L.G.D.J. 2002., p.273.

^(٤) ومن الجدير بالذكر أن محكمة الاستئناف لمدينة Aix-en-provence قد ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ من ابريل عام ١٩٨٨ إلى تبني موقف مخالف لموقف مجمع القانون الدولي؛ إذ قضت بأن : " المحاكم الفرنسية غير مختصة بنظر المنازعات الدولية، وذلك في الحالات التي يؤسس فيها المدعي الأجنبي طلباته على القانون العام لدولته ".

C.A. d'Aix-en-provence, 25 avril 1988, Etat Haïtien et autres c/ J.cl. Duvalier et autres, JDI 1988., p.799., note A. Huet.

ولقد كان هذا الحكم عرضة للنقد من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين نظراً لتبني المحكمة التفسير المطلق لمبدأ الإقليمية، علاوة على الضعف الشديد excessive frilosité للحجج التي ساقتها. راجع :

A. Huet, note sous Aix-en-provence, 25 avril 1988, *Ibidem.*, spéc, p.786.

^(١) راجع :

P. Mayer, Le rôle du droit public en droit international privé, RIDC 1986., p.467., spéc, p.470.

وعلى ذلك لا يوجد في الأساس سبباً لتكدر العلاقة بين القانون العام ومنهج تنازع القوانين؛ فالاعتقاد الذي ظل سائداً لفترة طويلة من الزمن من أن كل ما يخص القانون العام ينحصر داخل الإقليم الوطني هو اعتقاد عار تماماً من الصحة، ويزيل كل مستقبل متوقع للقانون العام. وهذا ما يمكن استخلاصه من خلال آراء الفقه الفرنسي.

ففي عام ١٩٣٠ ذهب الفقيه Niboyet إلى القول بأن : " نحن اعتقدنا منذ زمن طويل - ربما بسبب الاسم الخاطئ الذي يحمله - أن منهج تنازع القوانين ينحصر في القانون الدولي الخاص، فهذه الفكرة كاذبة تماماً. فالقانون الدولي الخاص لم يوضع فقط لحل التنازع في مجال القانون الخاص، وإنما لحل التنازع بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بالقانون العام أو الخاص " (٢).

ويذكر الفقيه Van Hecke في بحثه المنشور عام ١٩٨٣ - ١٩٨٤ بعنوان << القانون العام وتنازع القوانين >> أن : " الفقهاء الذين عالجوا القانون الدولي الخاص قد أزالوا كل الآفاق المتوقعة للقانون العام " (٣). كما يقرر الفقيه Auby في مقاله المنشور في عام ٢٠٠٣ بعنوان << دولية قانون عقود القانون العام >> أن : " نحن اعتبارنا من وجهة النظر التقليدية أنه لا يوجد منهج التنازع في القانون العام، فهذه النظرة قد تم التخلي عنها الآن، وأصبح القانون الإداري يعترف بهذا المنهج " (١).

وعلى هذا الأساس، فإن فكرة تطبيق القانون العام الأجنبي والتي اعتبرت لفترة من الزمن فكرة مرفوضة لمجرد أن هذا القانون صادر عن دولة ذات سيادة، ولا يجوز على أثر ذلك أن يشترك قاضي دولة أخرى في

(٢) انظر :

J.-P. Niboyet, Les doubles impositions au point de vue juridique, RCDAl 1930., I, vol.31, p.5., spéc, p.49.

وفي ذات المعنى :

P. G. Vallindas, Droit international privé *lato sensu ou stricto sensu*, in Mélanges offerts à J. Maury; t.1, Dalloz & Sirey 1960., p.509., spéc, p.510.

(٣) انظر :

G. Van Hecke, Droit public et conflit de lois, T.C.F.D.I.P.1983-1984., p.225., spéc, p.226.

(١) راجع :

J.-B. Auby, L'internationalisation du droit des contrats publics, DA, août-septembre 2003., p.5., spéc, p.8., note (39).

تطبيقه^(٢)، أصبحت فكرة تحظى الآن بقبول الغالبية، وتفرض نفسها بشكل واضح. وبالتالي تكون أولى العقوبات التي كانت تعوق تطبيق القانون العام الأجنبي قد زالت، ولا يبقى للقاضي الوطني سوى مراعاته عندما يقوم بتطبيق أحكام هذا القانون بألا يكون مخالفاً للنظام العام في دولته.

وفى هذا الإطار يشير الفقيه Niboyet إلى أنه : " سواء شئنا أم أبينا، فإننا مجبرون على إيجاد مكان لتشريعات القانون العام الأجنبي داخل القانون الدولي الخاص " ^(٣).

ويذكر مفوض الحكومة Gand في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة في قضية Dame veuve Langlois عام ١٩٥٨ أن : " القانون الأجنبي المختار سوف يتم تطبيقه، مع التحفظ بألا يكون مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام في القانون الداخلي الفرنسي " ^(٤).

٢- الفصل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي

يذهب بعض الفقهاء إلى أن مبدأ ارتباط القواعد القانونية المطبقة على الموضوع بالاختصاص القضائي لا يشكل مبدأ عاماً مطلقاً، وإنما يعد مجرد قاعدة فنية règle technique ^(١) وضعت من أجل إيجاد حل للمشاكل المتعلقة بتوزيع الاختصاصات القضائية.

ويستند هذا الاتجاه إلى الأحكام الصادرة عن القضاء العادي والذي استعان فيها بقواعد القانون الإداري من أجل الفصل في موضوع النزاع المعروف أمامه، ومن ذلك : حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في قضية Giry بتاريخ ٢٣ من نوفمبر عام ١٩٥٦ والذي استندت فيه صراحة

(٢) انظر :

P. Mayer, Le rôle du droit public en droit international privé, art.préc., p.467.

(٣) انظر :

J.-P. Niboyet, Les doubles impositions au point de vue juridique, cours.préc., p.49 .

(٤) انظر :

Gand, concl. sous C.E., 28 novembre 1958, Dame veuve Langlois et Sieur Rolland de Chamboaudouin d'Erceville, Rec., p.590., spéc, p.595.

(١) انظر :

A. Van Lang, op.cit., p.275.

إلى أحكام القانون الإداري للفصل في النزاع المطروح عليها والمتعلق بمسؤولية السلطة العامة^(٢).

وكذلك حكم محكمة استئناف ليون الصادر في قضية Bard بتاريخ ٢٨ من نوفمبر عام ١٩٦٢ والذي لجأت فيه إلى قواعد القانون الإداري المتعلقة بالتمييز بين الخطأ الشخصي *faute personnelle* والخطأ المرفقي *faute de service*، وذلك لتقدير مسؤولية الدولة عن أعمال تابيعها في هذا النزاع^(٣).

كما يستند هذا الاتجاه أيضاً إلى الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري والتي لم يتردد فيها لحظة في اللجوء إلى قواعد القانون الخاص لإيجاد حل للمنازعات التي تدخل في اختصاصه القضائي، ومن أمثلة ذلك : تطبيق مجلس الدولة الفرنسي للمادة ١١٥٣ وما بعدها من القانون المدني الحالي بشأن فوائد التأخير *intérêts moratoires*، وللمادة ١٢٥٦ مدني الخاصة باستنزال المدفوع *l'imputation des paiements*، وللمادة ٢٠٦١ مدني والمتعلقة ببطلان شرط التحكيم، والمادة ٢٢٦٢ مدني والخاصة بالتقادم بمضي ثلاثين سنة *la prescription trentenaire*^(١).

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية :

" La juridiction de l'ordre judiciaire, régulièrement saisie en vertu des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, était appelée à se prononcer, au fond, sur un litige mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, dont l'exercice du pouvoir judiciaire constitue, au premier chef, une manifestation (.....); **qu'elle avait, en revanche, le pouvoir et le devoir de se référer, en l'espèce, aux règles du droit public** ".

C. Cass. ch.c, 23 novembre 1956, Trésor public c/ Giry, RDP 1958., p.298., note J. Waline.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف ليون :

" Les règles admises par les tribunaux administratifs doivent être appliquées par les tribunaux judiciaires lorsque le préjudice a été causé à l'occasion du fonctionnement du service de la justice ".

C.A. de Lyon, 28 novembre 1962, Trésor public c/ cons. Baud et Ferez, Gaz.Pal. 1963., 2, p.195.

(١) راجع :

A. Van Lang, op.cit., p.276.

وانظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع :

M. Dreifuss, L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs, AJDA 2002., pp.1373-1377.

انظر أيضاً – على سبيل المثال – بشأن الأحكام و الفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري والتي استند فيها إلى القواعد الواردة في القانون المدني :

- تطبيق المادة ٢/١٤٧ الخاصة بنظرية الظروف الطارئة، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٦٦٩ لسنة ٤١ ق.ع، جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٠٥، إعداد : د. مجدي محمود محب حافظ، دار محمود للنشر والتوزيع ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ٢٢٩٩، بند ٣١١٣.
- تطبيق المادة ١٤٨ فيما تضمنته من وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١١ من ابريل عام ١٩٧٠. موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٠٥، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص ٢٢٩٧، بند ٣١١٠.
- تطبيق المادة ١٢٣ الخاصة بأحكام الغلط، وذلك في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥٢١ في ١٩٦٤/٦/٩، جلسة ١٩٦٤/٦/٣، ملف ٣٣٠/١٢١/١٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١٨٠.
- تطبيق المادة ٦٨٣ من اعتبار إعانة غلاء المعيشية وغيرها من المرتبات الواردة في هذه المادة جزء لا يتجزأ من الأجر، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٢ ق.ع، جلسة ١٩٥٨/١/٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشرة سنوات، نوفمبر ١٩٥٥ - نوفمبر ١٩٦٥، ج ٢، الدار القومية للطباعة والنشر، دون ذكر تاريخ النشر، إعداد المستشار / أحمد سمير أبو شادي، ص ١٤٣٨، بند ١٣٨٢.
- تطبيق المادة ١٢٠ وما بعدها والمتعلقة بأحكام الغلط، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق.ع، جلسة ١٩٦٨/٣/٢، مبادئ القضاء المصري، (القضاء الدستوري - القضاء الإداري - القضاء العادي)، إعداد : د. مجدي المتولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٦، ص ٨١٢.
- تطبيق المادة ١٢٥ الخاصة بإبطال العقد للتدليس، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق.ع، جلسة ١٩٨٤/١/٢١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١٨٥.
- تطبيق المادة ١٢٧ المتعلقة بجواز إبطال العقد للإكراه، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق.ع، جلسة ١٩٨٤/١/٢١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ١٨٦.
- تطبيق المادة ٦٥١ وما بعدها الخاصة بأحكام الضمان المدنية، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٠٢ لسنة ٦ ق.ع، جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، مرجع سابق، ص ١٤٢٥، بند ١٣٦٧ =
- = - تطبيق المادة ٢٧٩ الخاصة بالتضامن بين الدائنين والمدنيين، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٩ ق.ع، جلسة ١٩٦٧/١١/١٨، مبادئ القضاء المصري، مرجع سابق، ص ٨١٧-٨١٨.
- تطبيق المادة ٤٢٠ الخاصة بالبيع بالعينة، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٩ ق.ع، جلسة ١٩٦٧/٥/٢٧، مبادئ القضاء المصري، مرجع سابق، ص ٨٢٩-٨٣٠.
- تطبيق المادة ٩٦٨ الخاصة بالتقادم المكسب، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٣١ لسنة ٢٨ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/٣/٥، مبادئ القضاء المصري، مرجع سابق، ص ٨٥٠.
- تطبيق المادة ٢٢٦ المتعلقة بفوائد التأخير، وذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٤ ق.ع، جلسة ١٩٥٨/٥/١٧، ورقم ٢٠١٤ لسنة ٦ ق.ع، جلسة ١٩٦٢/١١/١٧، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، مرجع سابق، ص ١٤١٩، بند ١٣٥٩.

ويتضح مما سبق، أن القاضي العادي قد يلجأ إلى قواعد القانون الإداري من أجل إيجاد حل للمنازعة المطروحة عليه، كما أن القاضي الإداري قد يستعين بقواعد القانون الخاص التي تعطيه في الحال الإجابة التي يحتاجها^(١). مما ينبني على ذلك – كما يقرر الفقيه Waline – أن القانون المطبق على الموضوع لا يرتبط – بأية حال – بمسألة الاختصاص القضائي، بل يعتبر مسألة منفصلة ومستقلة عنه^(٢).

وإذا كان القاضي الإداري يستطيع أن يطبق قانوناً آخر غير القانون الإداري على موضوع النزاع المطروح أمامه، فلماذا إذن – كما يتساءل الفقيه Dolez^(٣) – لا يستطيع أن يطبق القانون الأجنبي ؟

في الواقع إن فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وكذلك اتجاهات مفوضي الحكومة تنم عن التخلي عن المنهج الأحادي المطلق، وتبني المنهج الثنائي.

ففي عام ١٩٦٨، طبق مجلس الدولة في قضية Époux Fourny القانون الغيني على عقد العمل المبرم بين قنصلية فرنسا في Conakry والزوجان Fourny، وذلك لاحتساب قيمة التعويض المستحق لهما نتيجة صدور قرار بفصلهما، مستنداً في ذلك إلى القرار الوزاري الصادر بتاريخ ١٠ من مارس ١٩٤٩ الخاص بالمستخدمين المعاونيين للوظائف

(١) ونرى أن استعانة القاضي الإداري بقواعد القانون المدني لا يؤثر بأي حال على مبدأ استقلالية القانون الإداري، ومرجع ذلك أن القاضي الإداري يتمتع بكامل الحرية في الاستعانة بتلك القواعد دون أن يجبر على ذلك، بحيث يظل هو صاحب الكلمة العليا في استعارة تلك القواعد وتقدير صلاحيتها لحكم علاقة الفرد بالإدارة.

(٢) وفي هذا الصدد يذكر :

" la compétence juridictionnelle et le droit applicable sont indépendants l'un de l'autre " (.....).

M. Waline, A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent, RDP 1961., p.8., spéc, p.8.

وفي القرب من هذا المعنى الفقيه Groshens ، حيث يذهب إلى القول إنه :

" لا ينبغي أن ننسى أن مسألة الاختصاص القضائي شيء والقانون المطبق شيئاً آخر (.....)؛ فالكل يعرف أن اختصاص القضاء العادي لا يعني بالضرورة القانون الخاص حتى لو كان اختصاص القضاء الإداري يعني بوجه عام القانون العام ".

J.-Cl. Groshens, Réflexions sur la dualité des juridictions, AJDA 1963., p.536., spéc, p.536.

(٣) راجع :

B. Dolez, art.préc., p.1040.

الدبلوماسية والقنصلية والذي يقضي صراحة بتطبيق القانون المحلي لمكان العمل^(١).

وفي نفس العام وتحديداً في ٣ من يوليو عام ١٩٦٨ ذهب مفوض الحكومة Braibant في تقريره المقدم في قضية Lavigne et Le Mée إلى القول بأن : " يميز بعض الكتاب بين الصفقة الخاضعة للقانون الفرنسي وتلك الخاضعة للقانون الأجنبي، وفي الفرض الأخير تخرج عن اختصاص القاضي الفرنسي بالرغم من غياب التأكيد على أن هذا الربط بين الاختصاص والقانون المطبق له قيمة مطلقة " ^(٢).

وفي قضية Mme Johnston ^(٣) والتي تعتبر من أولى الأحكام التي تشهد على تطور القاضي الإداري ^(٤) واقتراجه من منهج القاضي العادي ^(٥)، ابتعد مجلس الدولة الفرنسي عن الإحالة إلى الإرادة الأحادية للإدارة ^(٦) وكرس عنصراً جديداً ، هو النية المشتركة للأطراف واخضع بمقتضاها العقد محل النزاع للقانون البريطاني. وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد تبني المنهج الشخصي في قضية Mme Johnston واخضع العقد لقانون إرادة الأطراف، إلا أنه قد تبني

(1) C.E., 8 mai 1968, Époux Fourny, Rec., p.289.

(٢) راجع :

G. Braibant, concl. sous C.E., 3 juillet 1968, Laving et Le Mée, AJDA 1969., p.253., spéc, p.254.

وفي ذات الاتجاه :

B. Genevois, concl. sous C.E., 25 mai 1979, Mme Rabut, Rec., p.231., spéc, p.233.

(3) C.E., 28 janvier 1983, Mme Johnstan, Rev.crit. DIP 1985., p.316., concl. M. Franc, note P. Rodière.

(٤) انظر :

S. Lemaire, Les contrats internationaux de l'administration, op.cit., p.297.

(٥) انظر :

J. Foyer, Le conseil d'Etat et le conflit des lois, in Mélanges dédiés à D. Holleaux, Litec 1990., p. 103., spéc, p.115.

(٦) يشير بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان مجلس الدولة الفرنسي في قضية Époux Fourny قد اخضع العقد للقانون الغيني استناداً إلى القرار الوزاري – السابق الإشارة إليه – فإن هذا لا يعني سوى تفسير لإرادة الضمنية للإدارة التي اتجهت إلى إخضاع هذا النزاع للقانون الأجنبي.

S. Lemaire, *Ibidem*.

المنهج الموضوعي في قضية Mme Félicien^(١)، وقضية Mme de Waele^(٢)، واخضع العقد لقانون محل التنفيذ.

ففي قضية Mme Félicien بعد أن خلع مجلس الدولة الفرنسي على عقد العمل محل النزاع الطابع الإداري، لاحظ أن هذا العقد يتم تنفيذه في المكسيك، ويتعلق بالتشريعات الاجتماعية وقوانين العمل النافذة في المكسيك، ومن ثم انتهى إلى إخضاعه لقانون محل التنفيذ؛ أي لقانون العمل المكسيكي. وقد أكد المجلس على هذا الاتجاه بعد ذلك في قضية Mme de Waele^(٣).

ومن الجدير بالذكر أن رئيس وزراء فرنسا حينئذ (جاك شيراك) قد تبنى اتجاه مجلس الدولة الفرنسي في قضية Mme Félicien في منشوره الصادر بتاريخ ٣ من مايو عام ١٩٨٨ الخاص بالمشروعات العامة للدولة الفرنسية التي تجرى بالخارج، إذ نص هذا المنشور على ضرورة تطبيق القانون الفرنسي وبصفة خاصة القواعد الواردة في قانون الأشغال العامة حال إبرام العقد في فرنسا وتنفيذه في الخارج على أن يضع القاضي الإداري في اعتباره القواعد المتصلة بالنظام العام في البلد التي يجري فيها تنفيذ تلك المشروعات. وبالمقابل إذا كان العقد قد أبرم وينفذ في الخارج، فإن قانون الأشغال العامة لا ينطبق إلا إذا أحالت الإدارة صراحة إلى أحكامه^(٤).

ويتضح من جماع ما سبق، أن مجلس الدولة الفرنسي قد تخطى عن مبدأي إقليمية تشريعات القانون العام، وارتباط الاختصاص بالموضوع، وعمل على تطبيق منهج تنازع القوانين بالرغم من توافر الصفة الإدارية

(١) C.E, 7 janvier 1987, M^{me} Félicien, Rev.crit. DIP 1988., p.687., note P. Rodière.

(٢) C.E, 10 mars 1997, Madame de Waele, Rev.crit. DIP 1997., p.695., note Ph. Coursier.

(٣) ومن الجدير بالذكر أن الموقف الذي اتخذه مجلس الدولة الفرنسي بشأن إخضاع العقد الإداري لقانون محل التنفيذ يقترب مع قضاء محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٦ من يوليو عام ١٩٥٩ في قضية Fourrures Renel والتي أخضعت فيه العقود الدولية لقانون محل التنفيذ. راجع :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 6 juillet 1959, sté des Fourrures Renel c/ Allouche, Rev.crit. DIP 1959., p.708., note H. Batiffol.

(٤) راجع :

Circulaire du 3 mai 1988 relative à la passation des marchés publics à l'étranger, Rev.crit. DIP. 1988., p.622., spéc, p.623.

في العقود محل القضايا السابق بيانها. وهذا ما يؤدي إلى تقبل فكرة إدخال العقود الإدارية في النظام القانوني لعقود الدولة.

ونود في هذا الإطار أن نشير إلى ثمة ملاحظات أساسية على فكرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وإعمال منهج تنازع القوانين في مجال العقود الإدارية.

الملاحظة الأولى : إن اختلاف الأنظمة القانونية بين الدول سوف يشكل عائقاً أمام تطور فكرة العقود الإدارية على المستوى الدولي؛ ذلك أن الدول التي تنتمي إلى النظام الانجلوسكسوني تجهل التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الدول التي تنتمي إلى النظام اللاتيني والتي تقر بهذه التفرقة قد اختلفت فيما بينها بشأن المعيار الموضوعي في تمييز العقد الإداري – كما سبق أن بينا – وهذا ما سوف ينعكس بطبيعة الحال على تحديد المعيار المميز للعقد الإداري ذو الطابع الدولي.

الملاحظة الثانية : إن الأحكام – السابق بيانها – التي استعمل فيها مجلس الدولة الفرنسي منهج تنازع القوانين قد صدرت بمناسبة عقد إداري معين، وهو عقد العمل. وبالتالي يثار التساؤل عن مدى إمكانية امتداد هذا التطور إلى العقود الإدارية الأخرى ؟

رداً على هذا التساؤل يجيب الفقيه Foyer⁽¹⁾ بالنفي، إذ يذهب إلى أنه إذا كان القضاء الإداري قد قام بتطوير قضاءه بشأن مسألة تطبيق منهج تنازع القوانين على المسائل التعاقدية، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا التطور سوف يمتد إلى كافة العقود وإنما سيقصر أثره فقط على عقود العمل.

بينما يذهب الفقيه Dolez⁽²⁾ إلى عكس ذلك مقررأ أن : القاضي الإداري لا يطبق منهج التنازع إلا على المسائل التعاقدية؛ فالعقد الإداري يمثل الأرض أو الميدان التجريبي le terrain d'expérimentation للمنهج الثنائي في القانون العام، وذلك دون أن يحدد عقد إداري بعينه. ويستند في ذلك إلى ثلاثة أسباب، نعرضها على النحو التالي :

(1) راجع :

J. Foyer, Le conseil d'Etat et le conflit des lois, art.préc., p.118.

(2) راجع :

B. Dolez, art.préc., p.1048.

السبب الأول : إن القاضي الإداري يجد تشجيعاً من القاضي الدولي في تطبيق هذا المنهج على المسائل التعاقدية. فإذا كان القاضي أو المحكم الدولي يستطيع أن يطبق قانوناً أجنبياً على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية، فلماذا إذن لا يتعاشق القاضي الإداري أيضاً مع هذا المنهج ويقوم بتطبيقه ؟

صحيح أن القاضي الدولي والقاضي الإداري لا يتوصلان إلى نفس النتائج عندما يطرح عليهما نفس النزاع إلا أن الفكرة في أساسها واحدة، إذ إن القاضي أو المحكم الدولي يستطيع أن يخضع العقود التي لا تنتمي إلى نظام قانوني داخلي للنظام القانوني الدولي حسبما جاء في قضية القروض الصربية^(١). فالقانون الدولي العام يعترف لكل دولة بالقدرة على إبرام عقود دولية مع أشخاص خاصة أجنبية، وفي هذا الاتجاه يستطيع أن يخرج النزاع من مجال القانون الوطني ويخضعه مباشرة للقانون الدولي. غير أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يخضع العقد للقانون الدولي العام، وإنما ينبغي أن يخضعه إما لنظام قانوني وطني، وإما لنظام قانوني أجنبي. وينبغي على ذلك، أن القاضي الإداري يستطيع إعمال المنهج الثنائي بنفس الفكرة المستمدة من إعمال القاضي أو المحكم الدولي لنظام قانوني وطني أو لنظام القانون الدولي العام^(٢).

أما السبب الثاني : أن الدولة نفسها لا تتردد في إخضاع بعض عقودها لقانون أجنبي إذا ما رأت في هذا القانون تحقيقاً لمصالحها؛ ففي قضية Dame veuve Langlois^(٣) والمتعلقة بعقد قرض يتضمن شرط الدفع بالذهب أصدرته فرنسا في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٢١، طالب وزير المالية الفرنسي بتطبيق القانون الأمريكي على هذا العقد نظراً لأنه يبطل شرط الدفع بالذهب، مؤسساً طلبه على الأحكام الصادرة عن القضاء العادي والتي أخضعت العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة لقانون الإرادة. ويضيف قائلاً : ومادام هذا المبدأ يعد من المبادئ المستقرة في العلاقات الخاصة، فإن الدولة ذات السيادة تمتع بمزايا أكثر من تلك التي

(١) ولقد جرى نص هذا الحكم كالتالي : " كل عقد ليس بين دول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويتم تحديد هذا القانون عن طريق القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين ".
CPJI, 12 juillet 1929, Emprunts serbes, Série A, n° 20, Arrêt 14, p.42.

(٢) B. Dolez, art.préc., pp.1042 et s.

(٣) C.E., 28 novembre 1958, Dame veuve Langlois et Sieur Rolland de Chamb-
-oudouin d'Erceville, Rec., p.590., concl. Gand.

يتمتع بها الشخص العادي، فهي تستطيع أن تلزم نفسها بالتزامات تعاقدية في إطار قانون آخر غير قانونها الوطني^(١).

وهذا ما أكد عليه مفوض الحكومة Gand في تقريره المقدم في تلك القضية، حيث ذهب إلى القول بأن : " لا نستطيع أن نرفض من باب أولى إمكانية قيام الدولة بإخضاع قرضها الدولي تحت سلطة قانون أجنبي " ^(٢).

أما السبب الأخير الذي يراه الفقيه Dolez مناصراً لتطبيق المنهج الثنائي على المسائل التعاقدية ذات الطبيعة الإدارية، فإنه يتعلق بتطور العلاقات على المستوى الدولي وإبرام العديد من اتفاقات التعاون اللامركزي coopération décentralisée بين التجمعات الإقليمية، خاصة في قارة أوروبا ^(٣). وتفعيلاً لتلك الاتفاقيات أصدر المشرع الفرنسي قانون ٦ من فبراير عام ١٩٩٢ ونص في المادة ١/١٣١ منه على إمكانية إبرام اتفاقات مع تجمعات إقليمية أجنبية تكون خاضعة إما للقانون الفرنسي، وإما لقانون أجنبي تبعاً لما تحدده قاعدة التنازع ^(٤).

الملاحظة الثالثة : إن الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي تشير إلى تخليه عن المنهج الثنائي الذي استعمله في أحكامه السابق بيانها، مرتداً إلى تطبيق المنهج الأحادي في أعمال القانون واجب التطبيق، ويمكن أن نلمس هذا الاتجاه من ناحيتين :

الأولى : عدول المجلس عن اتجاهه نحو عقد اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن عقود العمل الخاضعة للقانون الأجنبي، وذلك في

(١) راجع :

B. Dolez, *Ibidem*, p.1043.

(٢) راجع :

Gand, concl.préc., p.595.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن مجلس الدولة الفرنسي بعد أن قام بإجراء تحليل دقيق للعقد قرر إخضاعه للقانون الفرنسي مستنداً في ذلك إلى قرينة خضوع عقد القرض لقانون الدولة المقترضة تطبيقاً لحكم محكمة العدل الدولية الصادر في قضية القروض الصربية كما سنرى لاحقاً عند الحديث عن خضوع العقود الإدارية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

(٣) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن الاتفاقات المبرمة بين الأشخاص المعنوية العامة على المستوى الدولي:

M. Audit, Les conventions transnationales entre personnes publiques, op.cit., pp. 131-164.

(٤) انظر :

B. Dolez, art.préc., p.1044.

حكمه الصادر في قضية Tegos بتاريخ ١٩ من نوفمبر عام ١٩٩٩^(١)، وهو الاتجاه الذي لاقى تأييداً من جانب محكمة التنازع في حكمها الصادر في قضية Mme Issa بتاريخ ٢٢ من أكتوبر عام ٢٠٠١، حيث قررت أن عقود العمل التي تبرمها الإدارة الفرنسية في الخارج وتجرى تنفيذها خارج الإقليم الوطني والتي تكون خاضعة - على أثر ذلك - لقانون محل التنفيذ (القانون الأجنبي) نظراً لغياب إرادة الأطراف وعدم وجود النص التشريعي أو اللائحي الذي يحدد القانون واجب التطبيق، لا يختص بنظرها القاضي الإداري؛ ذلك أنه غير منوط باستعمال منهج تنازع القوانين على خلاف القاضي العادي^(٢).

الثانية : إعلان المجلس صراحة في حكمه الصادر بتاريخ ٣٠ من مارس عام ٢٠٠٥ بأنه غير مختص بنظر أية منازعة تتعلق بعقد غير خاضع بأي شكل من الأشكال للقانون الوطني، نظراً لاختلاف القواعد التي تحدد اختصاصه القضائي مع تلك التي تحدد اختصاص القاضي العادي.

فقد قضى المجلس بأن : " إذا كان القاضي العادي يستطيع أن يفصل في نزاع متعلق بعقد خاضع لقانون أجنبي، وفقاً لقواعد تنازع القوانين وقواعد اختصاص القضائي، فإن القاضي الإداري الفرنسي، المعروض عليه مسألة تتعلق بعقد دولي، لا يكون مختص بنظر تقدير شرعية عقد لا يخضع بأي الأحوال للقانون الفرنسي " ^(٣).

تعقيب :

(1) C.E., 19 novembre 1999, Tegos, JDI 2000., p.742., note J.-F. Flauss; Rev.crit. DIP 2000., p.409., note S. Lemaire .

(2) T.C., 22 octobre 2001, Mme Issa et Mme Le Gouy c/ Lycée Jean Mermoz à Dakar et Agence pour l'enseignement du français à l'étranger, Rec., p.751.

(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Considérant que, si le juge judiciaire peut avoir à connaître, en vertu des règles de conflits de lois et de compétence juridictionnelle, d'un litige relatif à un contrat soumis à une loi étrangère, le juge administratif français, juge d'attribution en matière de contrat international, n'est pas compétent pour apprécier la validité d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français ".

C.E., 30 mars 2005, SCP de médecins Reichheld et Sturtzer, AJDA 2005., p.1844., note M. Audit.

في الواقع إن ربط القاضي الإداري اختصاصه القضائي بتطبيق قواعد القانون الوطني قد يرتب نتائج غير مقبولة في الواقع العملي. ولتوضيح ذلك نضرب المثال الآتي : إذا فرضنا مثلاً أن هناك عقد إداري طرفه الإدارة الوطنية قد اتفق بشأنه على خضوعه لقانون أجنبي، وثار نزاع حول تنفيذ هذا العقد، فمن الطبيعي أن يلجأ الأطراف إلى القاضي الإداري باعتباره القاضي الطبيعي للمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إلا أن الأطراف يجدوا أن الطريق مغلق أمامهم نتيجة رفض هذا القاضي عقد اختصاصه بشأن العقود الخاضعة للقانون الأجنبي. فلا يجد الأطراف بديلاً غير جهة القضاء العادي بالرغم من أن المنازعة من طبيعة إدارية، وهنا نكون أمام أحد الأمرين؛ إما أن ينتهي القاضي العادي إلى عقد اختصاصه بنظر النزاع وفي ذلك مخالفة للمفهوم الفرنسي لمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، وإما أن يقضي بعدم اختصاصه مما يؤدي إلى عدم وجود جهة قضائية تفصل في النزاع وفي ذلك إنكار للعدالة.

وعلى هذا الأساس، فإن اتجاه كل من مجلس الدولة ومحكمة التنازع نحو استبعاد أعمال المنهج الثنائي على منازعات العقود الإدارية لا يتفق والتطورات الحاصلة على الصعيد الدولي والتي تحتاج إلى تغيير نظرة القانون العام التقليدية لمنهج تنازع القوانين بما لا يتعارض مع النظام العام وطبيعة الروابط الإدارية. ولا نرى في تبني القاضي الإداري لمنهج تنازع القوانين أية خطورة على قواعد القانون الإداري، إذ إنه عندما يستعمل هذا المنهج فإنه ملزم بمراعاة أحكام النظام العام في دولته^(١)، ومما لا شك فيه أن معظم قواعد القانون الإداري ترتبط بالنظام العام. وبالتالي فإن القاضي الإداري يستطيع أن يستبعد القانون الأجنبي إذا بدا متعارضاً مع قواعد القانون الإداري وثيقة الصلة بالنظام العام^(٢).

كما أن اتجاه محكمة التنازع ومجلس الدولة نحو رفض تطبيق منهج تنازع القوانين على منازعات العقود الإدارية لا يعدو كونه اتجاهاً قضائياً

(١) وفي هذا الصدد يذكر بعض الفقهاء :

" L'application du droit public étranger serait écartée dans le seul cas où il serait contraire à l'ordre public du for. Hors de cette hypothèse, le droit public étranger s'applique comme s'il s'agissait de droit privé ".

A. M. El Hawary, Le droit international privé et la constitution, Réflexions sur leur relation, thèse, Nice 1988., p.178.

(٢) انظر في هذا المعنى :

J.-F. Flauss, note sous C.E., 19 novembre 1999, Tegos, préc., spéc, p.749.

يمكن العدول عنه في أي وقت، وبخاصة أن مجلس الدولة قد سبق أن تبنى موقفاً إيجابياً بشأن أعمال المنهج الثنائي على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية كما سبق أن بينا. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهناك اتفاقيات دولية أدرجت في النظام القانوني الداخلي تشير إلى إمكانية تطبيق هذا المنهج على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، كاتفاقية روما الموقعة بتاريخ ١٩ من يونيو عام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تسري أحكامها على عقود القانون الخاص والعام على السواء^(١)، واتفاقيات التعاون اللامركزي التي أبرمتها التجمعات الإقليمية في فرنسا مع التجمعات الإقليمية لبعض الدول الأوروبية^(٢)، وهذا ما يؤدي إلى تقبل وجود فكرة العقد الإداري الدولي.

وعلى أية حال فإن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ما زالت مجرد فكرة ولم تصل إلى حد النظرية كما هو الشأن بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية، ومن ثم فإن أمر تشييد نظرية لتلك العقود سوف يتوقف بطبيعة الحال على اتجاهات القضاء الإداري الذي يمكن له أن يستعمل المعايير التقليدية لتمييز العقود الإدارية الداخلية وتطبيقها على تلك التي تدخل فيها عناصر أجنبية كما سيتضح من خلال المطلب التالي.

المطلب الثاني

(١) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن خضوع عقود الإدارة المدنية والإدارية لاتفاقية روما :
S. Lemaire, Les contrats internationaux de l'administration, op.cit., pp.309 et s.

(٢) راجع سابقاً ص ٣٢٢.

تطبيق المعايير التقليدية لتمييز العقود الإدارية على عقود الدولة

لقد سبق أن أوضحنا في المطلب السابق أن من شأن الاعتراف بمنهج تنازع القوانين في القانون العام أن ينتج عنه تقبل فكرة وجود العقد الإداري الدولي، وسوف نوضح في هذا المطلب اتجاهات القضاء الإداري الفرنسي نحو تطبيق معايير تمييز العقود الإدارية الوطنية على العقود الإدارية المشتمة على عنصر أجنبي.

أولاً : المعيار العضوي

ينصرف هذا المعيار – كما سبق القول – إلى ضرورة أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً، بحيث يخرج من إطاره – كقاعدة عامة – العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة^(١).

وإذا كان هذا المعيار لا يثير الكثير من المشاكل القانونية بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي؛ ذلك أن العقود الأولى يكون طرفها – دائماً – الإدارة الوطنية، هذا خلافاً للعقود الثانية التي يكون أحد طرفها إدارة أجنبية، ومن ثم يثار التساؤل عن الدور الذي تلعبه جنسية الإدارة في تحديد اختصاص القضاء الإداري؛ أو بعبارة أخرى هل يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي يكون طرفها شخص عام من جنسية أجنبية؟

بالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، نلمس بوضوح اتجاهها نحو رفض عقد اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي يبرمها شخص معنوي عام من جنسية أجنبية.

ففي حكمه الصادر في قضية Desdames بتاريخ ٤ من مارس عام ١٩٧٠ قرر المجلس عدم اختصاصه بنظر طلب التعويض المقدم من السيد Desdame عن الفسخ التعسفي résiliation abusive لعقد إنشاء مدرسة

(١) راجع سابقاً ص ١٥.

في مدنية Laos كان قد أبرمه مع دولة ليتوانيا على اعتبار أن هذا العقد لم يبرم لصالح الدولة الفرنسية ولكن صالح دولة أجنبية^(١).

وفي حكمه الصادر في قضية Boulard والتي تتلخص وقائعها في أن السيد Boulard قد أقام دعوى تعويض أمام مجلس الدولة الفرنسي ضد أحد المقاولين الفرنسيين بسبب إصابته في حادث مروري وقع على إحدى الطرق السريعة في كوت ديفوار نتيجة لانعدام الإشارات المرورية على هذا الطريق والذي قام بتشبيده ذلك المقاول لحساب حكومة كوت ديفوار. ففي هذه القضية ذهب مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ ٢٧ من إبريل عام ١٩٨٧ إلى أن القاضي الإداري غير مختص بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة التي تنفذ لحساب الإدارة الأجنبية^(٢).

ويذهب الفقيه Auby وهو بصدد تعليقه على حكم Boulard إلى أنه إذا كان العقد يتعلق بأعمال تجري تنفيذها لحساب الإدارة الأجنبية، فإن هذه الواقعة تكفي في حد ذاتها لاستبعاد اختصاص المحاكم الفرنسية^(٣).

وترتيباً على ما تقدم، فإن العقد الإداري الدولي الذي يكون أحد طرفيه شخص عام أجنبي لا يختص بنظره القاضي الإداري. وذات الأمر بالنسبة للعقود التي تجري تنفيذها لحساب الشخص العام الأجنبي، فهذه العقود لا يختص كذلك القضاء الإداري الوطني بنظرها لغياب المصلحة العامة الوطنية في هذه العقود^(٤).

(١) C.E., 4 mars 1970, Sieur Desdame, Rec., p.152.

(٢) C.E., 27 avril 1987, Boulard, AJDA 1987., p.776., obs. J.-M. Auby.

(٣) راجع :

J.-M. Auby, obs. sous C.E., 27 avril 1987, Boulard, *Ibidem*.

(٤) انظر على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بباريس بتاريخ ١٠ من يوليو عام ١٩٧٩ ، إذ قررت :

" (...) que par suite les travaux, dont il s'agit, qui ne sont exécutés ni pour le compte d'une collectivité publique française, ni pour assurer le fonctionnement d'un service public français, n'ont pas le caractère de travaux publics ; qu'en outre les marchés passés à cet effet, dès lors que l'administration française n'intervient pas pour son propos compte et bien qu'ils se réfèrent à des clauses exorbitantes du droit commun, ne peuvent être regardés comme des contrats administratifs ; que dès lors la juridiction administrative est incompétente à l'égard de toutes les parties en cause ".

Trib. Adm. de Paris, 2 juillet 1979, Banque populaire de l'Ouest, Rec., p.523.

وفي ذات الاتجاه :

Trib. Adm. de Paris, 15 avril 1975, Sieur Trolliet, Rec., p.705.

ثانياً : المعيار الموضوعي

لقد أسلفنا القول بأن توافر المعيار العضوي وإن كان ضرورياً، فإنه لا يكفي في حد ذاته للقول بوجود عقد إداري، إذ إنه يلزم أن يصاحبه معيار موضوعي يقوم على عنصرين ^(١)؛ الأول : اتصال العقد بالمرفق العام، والثاني : احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وذلك وفقاً لما استقر عليه الرأي في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي. ولا يشترط القضاء في فرنسا وجود هذين العنصرين معاً، بل يكفي بوجود أحدهما فقط دون الآخر.

١ - اتصال العقد بالمرفق العام

إن غالبية عقود الدولة – بلا شك – تنصب على أنشطة تتعلق بمرفق عام، كعقود إنشاء المطارات والطرق العامة، وعقود استغلال المصادر الطبيعية.

وقد استند مجلس الدولة الفرنسي صراحة إلى هذا العنصر لتقرير الطابع الإداري على عقود الإدارة الدولية، وذلك في حكميه الصادرين في قضية Mme Johnston ^(٢)، وقضية Mme Félicien ^(٣)، إذ قرر أن : " هذا العقد يتضمن المساهمة المباشرة لموظف في وظيفة مرفق عام " ^(٤).

ومن الجدير بالذكر أنه يشترط لاختصاص القضاء الإداري في هذه الحالة أن يكون العقد متعلق بنشاطات مرفق عام وطني، بحيث يخرج من اختصاصه العقود المتعلقة بنشاطات المرافق العامة الأجنبية ^(٥).

(١) راجع سابقاً ص ٣٢.

(٢) C.E., 28 janvier 1983, Mme Johnstan, préc.

(٣) C.E., 7 janvier 1987, M^{me} Félicien, préc.

(٤) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" que ce contrat, qui avait pour objet de faire participer directement l'agent au fonctionnement du service public, avait le caractère d'un contrat administratif ".

(٥) انظر في هذا المعنى مفوض الحكومة Franc، حيث يذكر :

" Il ressort désormais d'une jurisprudence assez bien établie que les litiges auxquels donne naissance l'activité, au-delà des frontières françaises, de services publics français sont de la compétence des juridictions françaises ".

M. Franc, concl. sous C.E., 28 janvier 1983, Mme Johnstan, préc, spéc, p.317.

٢- اتباع أساليب القانون العام

وهي ما يعبر عنها بفكرة الشروط غير المألوفة في القانون الخاص. ومن الأحكام التي أخذت بهذه الفكرة في مجال العقود الدولية، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Dame veuve Langlois بخصوص عقد قرض يتضمن شرط الدفع بالذهب أصدرته فرنسا في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٢١^(١)، فقد ذهب مفوض الحكومة Gand من أجل عقد الاختصاص للقضاء الإداري بنظر هذا النزاع إلى القول بأن: " اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بعقود القرض لا جدال فيه سواء استند إلى أحكام قانون ١٧ من يوليو عام ١٧٩٠، أو إلى أحكام قانون ٢٦ من سبتمبر عام ١٧٩٣، أو سواء استند إلى الشروط الاستثنائية غير المألوفة للقانون الخاص والتي غالباً ما تتضمنها هذه العقود " ^(٢).

كما يذهب الفقيه Toubiana إلى أن عقود الدولة لا يحكمها القانون الدولي الخاص أو القانون الدولي العام بسبب احتوائها - دائماً - على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص التي تنبئ عن انصراف نية الدولة إلى التعاقد بوصفها سلطة عامة. ويضرب أمثلة لهذه العقود: بعقود التوريد، عقود الأشغال العامة، عقود استغلال الثروات الطبيعية كعقود استغلال المناجم والبترول ^(٣).

وبذلك، ينتهي تناول المبحث الأول والمخصص لدراسة التكييف القانوني لعقود الدولة المبرمة في المجال الدولي، والذي انتهت فيه إلى أنها على نوعين؛ إما عقود خاصة، وإما عقود إدارية. وبالتالي يثار التساؤل عن مدى خضوع العقود الأخيرة لقاعدة الحظر التي تبناها القانون الوضعي الداخلي لبعض الدول محل الدراسة؟ والإجابة على هذا التساؤل ستكون من خلال المبحث التالي .

(1) C.E., 28 novembre 1958, Dame veuve Langlois et Sieur Rolland de Chamboaudouin d'Erceville, préc.

(٢) انظر :

Gand, concl.préc., p.594.

(٣) انظر :

A.-M. Toubiana, Le contrat administratif, Répertoire de droit international, cité par A. Patrikios, op.cit., p.90.

المبحث الثاني

العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

وقاعدة الحظر الواردة في القانون الوضعي الداخلي

يذهب الفقيه Gaudemet إلى القول إن : " التحكيم الدولي لم يعد يتعلق بالقانون العام أو بالقانون الخاص. فنحن أمام مجال عام لقانون التحكيم له مشاكله ومنطقه الخاص به (...).؛ فهو آلية مستقلة عن علاقات النظام القانوني الداخلي، ومن ثم لا ينطبق عليه الحظر الوارد في القانون العام الفرنسي (...). " ^(١).

كما يقرر الفقيه Kassiss أن : " قاعدة منع لجوء الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم وإن كانت تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام الداخلي، إلا أن هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها في العقود الاقتصادية الدولية. وبالتالي لا يوجد ما يمنع تلك الأشخاص من اللجوء إلى التحكيم في مجال عقودها الدولية لأن الأمر هنا يتعلق بالنظام العام الدولي لا بالنظام العام الداخلي " ^(٢).

هذا الاتجاه المدافع عن عدم الخضوع الكامل والمطلق للعقد الإداري ذو الطابع الدولي لقاعدة الحظر الواردة في القانون الداخلي قد أقرته العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء العادي (مطلب أول)، وهيئات التحكيم الدولية (مطلب ثان)، ورفضه القضاء الإداري (مطلب ثالث).

^(١) وفي هذا الصدد يذكر :

" A cet égard, on fera observer que l'arbitrage international n'est plus ni de droit public, ni de droit privé. On est dans le domaine général du droit de l'arbitrage, qui a ses problématiques et ses logiques propres (...) il s'agit de mécanismes autonomes par rapport aux ordres juridiques internes, il n'y a pas de raison d'y appliquer, ni un principe tiré du droit public français (...). "

Y. Gaudemet, L'arbitrage; Aspect de droit public. État de la question, art.préc., p.255.

^(٢) وفي هذا الصدد يذكر :

" (...) interdisent à l'Etat ou à une autre collectivité publique de compromettre, il est admis que cette interdiction est sans portée pour les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre interne (...). "

A. Kassiss, Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J. 1984., p.493.

المطلب الأول

اتجاه القضاء العادي الفرنسي

نحو إقرار التحكيم الدولي في منازعات العقود الإدارية

على خلاف القاعدة التشريعية الواردة في القانون الداخلي الفرنسي والتي تقضي بحظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم، فإن القضاء العادي قد اعترف لهذه الأشخاص بالقدرة على إبرام اتفاقات التحكيم في منازعاتهم المتعلقة بالتجارة الدولية، وهو ما يثير التساؤل عن مدى نطاق تطبيق هذا الاتجاه، وهل يسري فقط على المنازعات التي تتعلق بعقود القانون الخاص، أم يشمل بالإضافة إلى ذلك تلك المتعلقة بالقانون العام؟

أولاً : مبدأ مشروعية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الدولي

لقد أكد القضاء العادي الفرنسي في العديد من الأحكام الصادرة عنه على قدرة الدولة وسائر أشخاصها العامة الوطنية على اللجوء إلى التحكيم في المجال الدولي، ووضعا قاعدة مادية مفادها صحة اتفاقات التحكيم المبرمة بواسطة الأشخاص المعنوية العامة في معاملاتها الدولية. وهو الاتجاه الذي عمل على امتداده بعد ذلك إلى المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخصاً معنوياً عاماً من جنسية أجنبية.

١ - مبدأ مشروعية لجوء الأشخاص العامة الوطنية إلى التحكيم الدولي

يعد حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٠ من إبريل عام ١٩٥٧ في قضية Myrtoon Steam Ship ^(١) بمثابة المرجع الأساسي لأحكام القضاء العادي الأخرى التي عملت على الخروج عن القاعدة التشريعية الواردة في القانون الداخلي الفرنسي والتي تقضي بحظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ ٢٩ من فبراير عام ١٩٤٠ أبرمت إدارة النقل البحري التابعة لوزارة التجارة البحرية عقد إيجار إحدى السفن مع شركة Myrtoon Steam Ship، وقد تتضمن هذا

(١) Paris, 10 avril 1957, sté Myrtoon Steam Ship c/Agent indiciaire du Trésor, publié in, H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.355.

العقد من بين بنوده شرط تحكيم يتم بمقتضاه إحالة المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد إلى محكمين في لندن.

ومن أجل حل النزاع الذي ثار حول دفع قيمة تكاليف النقل، فقد أحالت الشركة المذكورة هذا النزاع إلى التحكيم وقامت بتعيين محكم عنها. ونظراً لامتناع إدارة النقل البحري عن تعيين محكمها، قام المحكم الذي عينته هذه الشركة بإصدار حكمه بتاريخ ٢٦ من يناير عام ١٩٥١ بإلزام وزير التجارة البحرية بأن يدفع قيمة تكاليف النقل عن المدة من ٢١ من سبتمبر عام ١٩٤٠ حتى ٣١ من مارس عام ١٩٤١.

وأثناء اتخاذ إجراءات تنفيذ هذا الحكم أمام محكمة السين المدنية دفع وزير التجارة البحرية ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقد، تأسيساً على عدم أهلية لجوء الدولة إلى التحكيم مستنداً في ذلك إلى المعيار العضوي الوارد في قانون الإجراءات المدنية القديم، كما دفع أيضاً بعدم اختصاص المحاكم المدنية بتقدير شرعية شرط التحكيم؛ لأنها من المسائل التي تدخل في الاختصاص المقرر للقضاء الإداري.

وقد فصلت محكمة السين المدنية في هذين الدفيعين، مقررة في حكمها الصادر بتاريخ ٧ من يوليو عام ١٩٥٥ بأنه لا يمكن للدولة الفرنسية اللجوء إلى التحكيم في غير الحالات الاستثنائية المقررة بواسطة القوانين، كما أن النظر في تقدير شرعية اتفاق التحكيم المبرم بواسطة السلطة الإدارية يعد من المسائل الأولية التي ينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء الإداري.

ولما عرض الأمر على محكمة استئناف باريس استهلكت قضائها بالإشارة إلى أن الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية يقتصر نطاق تطبيقه فقط على العقود التي تتعلق بالنظام القانوني الداخلي دون أن يمتد إلى الاتفاقات التي تأخذ شكل الطابع الدولي. كما قررت أن منع لجوء الدولة إلى التحكيم وإن كان يؤسس على الحماية التي قررتها المادة ٨٣ من قانون الإجراءات المدنية من ضرورة إبلاغ النيابة العامة في الدعاوى التي تكون طرفاً فيها، إلا أنه يمكن للدولة التنازل عن هذه الحماية عن طريق موافقتها على اختصاص القضاء الأجنبي.

ثم اتجهت بعد ذلك إلى اعتبار هذا العقد من عقود القانون الخاص مستندة في ذلك إلى عدم تعلق موضوعه بمهمة تنفيذ مرفق عام، علاوة على عدم احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وبعد أن أضفت محكمة استئناف باريس الطابع الخاص على العقد محل النزاع أكدت على عدة نقاط، أهمها : إن هذا العقد يعتبر من العقود الدولية لتعلقه بمصالح التجارة الدولية، وأن القانون واجب التطبيق عليه هو القانون الإنجليزي مستندة في ذلك إلى أن هذا العقد قد أبرم في لندن وأن عملة الدفع هي الجنيه الإسترليني، كما أن وجود الدولة الفرنسية في عقد ما ليس من شأنه بالضرورة تطبيق أحكام القانون الفرنسي.

وانتهت محكمة استئناف باريس إلى أن شرط التحكيم الوارد في هذا العقد يعتبر صحيحاً مادام أن القانون واجب التطبيق عليه هو القانون الإنجليزي الذي لا تتضمن نصوصه مثل هذا الحظر^(١).

ولقد تأيد هذا الاتجاه في أحكام أخرى، ومن ذلك حكم محكمة النقض الصادر في قضية San Carlo بتاريخ ١٤ من ابريل عام ١٩٦٤^(٢).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ ٢٠ من ابريل عام ١٩٥٢ أبرمت إحدى المؤسسات العامة الفرنسية O.N.I.C. عقداً مع قبطان السفينة الإيطالية San Carlo، وقد تتضمن البند ٢١ منه نصاً يقضي بأن تحال المنازعات الناشئة عنه إلى ثلاثة محكمين مقيمين في جنوه مع تطبيق أحكام القانون الملاحي الإيطالي.

وبالمخالفة لأحكام هذا البند، أقامت مؤسسة O.N.I.C. دعوى أمام محكمة مارسيليا المدنية ابتغاء الحكم لها بالتعويضات اللازمة عن أضرار لحقت ببضاعتها كان ينقلها قبطان السفينة من إثيوبيا إلى مارسيليا. وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة مارسيليا المدنية، دفع قبطان السفينة الإيطالية بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع لوجود شرط تحكيم في العقد، إلا أن محكمة مارسيليا رفضت هذا الدفع وقضت باختصاصها بنظر المنازعة

(١) ومن الجدير بالذكر أنه لما عرضت هذه القضية على محكمة التنازع ذهبت إلى أن تقدير شرعية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية يعد من المسائل التي تدخل في الاختصاص المقرر للقضاء الإداري، وانتهت إلى عقد الاختصاص بنظر هذه القضية للقضاء العادي، تأسيساً على تخلف الصفة الإدارية عن هذا العقد، وذلك دون أن تتعرض من قريب أو من بعيد لإشكالية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم.

راجع :

T.C., 19 mai 1958, sté Myrtoon Steam Ship and C° c/ ministre de la Marine marchande, Rec., p.793.

(٢) C. Cass. 1^{re} ch.c, 14 avril 1964, San Carlo c/ Office national Interprofessionnel des Céréales, JDI 1965., p.645., note B. Goldman .

مستندة في ذلك إلى بطلان هذا الشرط لمخالفته لأحكام قانون الإجراءات المدنية الذي يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم.

ولما لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى قبطان السفينة الإيطالية، فطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة Aix-en-provence، والتي قررت في حكمها الصادر بتاريخ ٥ من مايو عام ١٩٥٩ بأن حظر لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم ينطبق بدون أي جدل أو نقاش على العقود المتعلقة بالنظام العام الداخلي، ولكن إذا تعلق الأمر بالنظام العام الدولي فإن هذا الحظر لا يجد مجالاً لتطبيقه^(١).

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية اتجاه محكمة الاستئناف في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ من إبريل عام ١٩٦٤^(٢)، إذ قررت أن الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية لا يثير مسألة الأهلية بالمعنى الوارد في نص المادة ٣/٣ من القانون المدني، وأن الحظر المفروض في قانون الإجراءات المدنية يعتبر من النظام العام الداخلي لا من النظام العام الدولي. وانتهت محكمة النقض إلى تقرير شرعية اتفاق التحكيم، تأسيساً على أن القانون واجب التطبيق على العقد هو القانون الإيطالي الذي لا يتضمن مثل هذا الحظر.

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كانت الأحكام الصادرة عن القضاء العادي والسابقة على هذا الحكم الأخير قد عملت على تطبيق قانون العقد على أهلية الدولة وسائر أشخاصها العامة بشأن تحديد مشروعية الاتفاق على التحكيم، فإن محكمة النقض قد قررت صراحة في هذا الحكم الأخير بأن الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية لا يعد من مسائل الأهلية بالمعنى الوارد في القانون المدني وإنما يعد من المسائل التعاقدية التي تخضع للقانون واجب التطبيق على العقد.

وقد كان هذا المسلك عرضة للنقد من جانب الفقه، وذلك من منطلق أن مسألة جواز أو عدم جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم

(1) C.A. de Aix-en-Provence, 5 mai 1959, San Carlo c/ Office national des Céréales, Rev.arb. 1960., p.28.

(2) C. Cass. 1^{re} ch.c, 14 avril 1964, O.N.I.C. c/ Capitaine du S.S. San Carlo, D. 1964., p.637., note B. Goldman.

تعد من مسائل الأهلية، ومن ثم تخضع للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة، وليست من المسائل التعاقدية التي تخضع لقانون العقد^(١).

علاوة على أن هذا الاتجاه يؤدي إلى الاصطدام مع مبدأ سيادة الدولة؛ ذلك أنه من غير المتصور عقلاً أن توافق الدولة صاحبة السيادة على أن تحدد أهليتها بواسطة قانون أجنبي^(٢).

وتلافياً لهذا النقد، فقد عدلت محكمة النقض الفرنسية – بمناسبة حكمها الصادر في قضية Galakis^(٣) – عن مسارها الذي اتخذته في أحكامها السابقة والمتعلق بإسناد أهلية الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى القانون واجب التطبيق على العقد، وتبنت قاعدة مادية جديدة مفادها صحة اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الأشخاص المعنوية العامة في معاملاتها الدولية الخاصة من أجل حاجات التجارة البحرية وفي الشروط المطابقة لعاداتها وأعرافها استقلالاً عن القواعد الآمرة الواردة في القانون الداخلي.

فقد قضت بأن : " المنع المستمد من نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية لا يتعلق بمسألة الأهلية بالمعنى الوارد في نص المادة الثالثة من القانون المدني، وأن محكمة الاستئناف قد فصلت وهي على وشك أن تعرف ما إذا كانت قاعدة المنع الموضوعية من أجل العقود

(١) H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.355.

(٢) انظر :

M. Huys et G. Keutgen, op.cit., p.479.

(٣) ويتعلق هذا النزاع بعقد إيجار السفينة اليونانية Galakis أبرمته إدارة النقل البحري التابعة لوزارة التجارة البحرية مع مجهزها. وقد نص في هذا العقد على إحالة المنازعات التي قد تنشأ عنه إلى محكمين في لندن. وكالمعتاد لم تقم وزارة التجارة البحرية بتعيين محكمها، مما اضطر معه قيام المحكم الذي عينه مجهز السفينة اليونانية بإصدار حكم لصالحه بتاريخ ١٢ من أكتوبر عام ١٩٥٣. وأثناء اتخاذ إجراءات تنفيذ هذا الحكم أمام محكمة السين المدنية، دفعت وزارة التجارة البحرية – كالمعتاد – بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم. وقد أجابت محكمة السين المدنية لطلبات وزارة التجارة البحرية، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ من يونيو عام ١٩٥٩، تأسيساً على نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية دون أن تميز بين العقود الداخلية والعقود الدولية. ولما طعن في هذا الحكم بطريق الاستئناف، قررت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ من فبراير عام ١٩٦١ بأن الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية يتعلق بالنظام العام الداخلي دون النظام العام الدولي. وانتهت إلى تقرير شرعية التحكيم مستندة في ذلك إلى أن القانون واجب التطبيق على هذا العقد هو القانون الإنجليزي الذي لا يتضمن مثل هذا الحظر.

Paris 1^{re} ch.c, 21 février 1961, Galakis c/ Agent judiciaire du Trésor public, Rev.arb. 1961., p.18.

ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية رأت التخلي عن منهج تنازع القوانين الذي اتبعته في أحكامها السابقة، مقررته شرعية اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الأشخاص المعنوية العامة تحت اسم القاعدة المادية لقانون التحكيم التجاري الدولي كما هو واضح بالمتن.

الداخلية يجب أن تطبق أيضاً على العقود الدولية المبرمة من أجل حاجات وفي الشروط المطابقة لأعراف التجارة البحرية، وأن الحكم المطعون فيه قرر أن المنع لا يطبق على كافة العقود، وأعلن صحة شرط التحكيم الموقع بواسطة شخص عام، فإن محكمة الاستئناف – بصرف النظر عن كل الأسباب التي يمكن النظر إليها على إنها زائدة – تكون بذلك قد بررت شرعية قرارها " ^(١).

٢ - امتداد مبدأ مشروعية التحكيم الدولي إلى الأشخاص العامة الأجنبية

لكي يتسنى للقضاء العادي المضي قدماً نحو تكريس مبدأه الذي يقضي بصحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي، فقد عمل على امتداد اتجاهه إلى الأشخاص العامة الأجنبية.

ففي الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٧ من ديسمبر عام ١٩٩١، بمناسبة النظر في الطعن المقدم من شركة Gatoil البنمية ضد قرارين؛ أحدهما : جزئي، والآخر : نهائي، صادرين لصالح الشركة الإيرانية للبترول ^(٢)، قضت بأن : " وحيث إنه في مادة التحكيم الدولي، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم ذو تطبيق عام ويعد قاعدة مادية دولية تقرر شرعية اتفاق التحكيم بعيداً عن كل مرجعية لنظام تنازع القوانين، وأن تقرير صحة اتفاق التحكيم ينبغي أن يكون بالنظر فقط إلى

^(١) وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Mais attendu que la prohibition dérivant des articles 83 et 1004 du code de procédure civile ne soulève pas une question de capacité au sens de l'article 3 du Code civil; que la cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime; que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition susvisée n'est pas applicable à un tel contrat et que par suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite ainsi par une personne morale de droit public, la cour d'appel, abstraction faite de tous autres motifs qui peuvent être regardés comme surabondants, a légalement justifié sa décision ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 2 mai 1966, Trésor public c/ Galakis, in Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 2^e éd 1992., p.357.

^(٢) وقد استندت شركة Gatoil في طعنها المقدم إلى محكمة استئناف باريس إلى أن الشركة الوطنية الإيرانية للبترول قد لجأت إلى التحكيم بالمخالفة لنص المادة ١٣٩ من الدستور الإيراني والتي تشترط الحصول على موافقة مجلس الوزراء وإخطار البرلمان قبل اللجوء إلى التحكيم.

مقتضيات النظام العام الدولي. وحيث إنه في الدعوى الماثلة والتي تتعلق بعقود دولية مبرمة من أجل حاجات وفي الشروط المطابقة لأعراف التجارة الدولية، فإن اتفاق التحكيم يكون مطابقاً للنظام العام الدولي، والذي يمنع الشركة الوطنية الإيرانية للبترول من التمسك بالنصوص المقيدة الواردة بقانونها الداخلي من أجل التنصل من التحكيم المتفق عليه بين الطرفين، وبالمثل، فإن شركة Gatoil لا يمكن لها أن تستند إلى الأحكام الواردة في القانون الإيراني لكي تنازع في أهلية وسلطات الشركة الوطنية الإيرانية للبترول بينما النظام العام الدولي غير معني بالشروط المقيدة في النظام الداخلي" ^(١).

وقد أكدت محكمة استئناف باريس على هذا الاتجاه بعد ذلك في العديد من الأحكام الصادرة عنها، نذكر منها : الحكم الصادر في قضية وزارة التجهيزات التونسية ضد شركة Bec Frères بتاريخ ٢٤ من فبراير عام ١٩٩٤ ^(٢)، والحكم الصادر في قضية Icori بتاريخ ١٣ من يونيو عام ١٩٩٦ ^(٣). وسوف نتعرض لهذين الحكمين بالتفصيل في موضع لاحق.

^(١) وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Considérant, cependant, qu'en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de loi, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international; Considérant qu'en l'espèce, s'agissant de contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international, la convention d'arbitrage est conforme à l'ordre public international – qui, au contraire, interdirait à NIOC de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire *a posteriori* à l'arbitrage convenu entre les parties; que, de même, Gatoil ne peut pas davantage fonder sa contestation de la capacité et des pouvoirs de NIOC sur les dispositions du droit iranien alors que l'ordre public international n'est pas intéressé par les conditions fixées en ce domaine dans l'ordre interne, telles qu'elles sont visées au moyen ".

Paris 1^{re} ch.suppl., 17 décembre 1991, sté Gatoil c/ National Iranian Oil Company, Rev.arb. 1993., p.283., note H. Synvet.

⁽²⁾ Paris 1^{re} ch.c, 24 février 1994, Ministère tunisien de l'Équipement c/ sté Bec Frères, Rev.arb. 1995., p.275., note Y. Gaudemet.

⁽³⁾ Paris 1^{re} ch.c, 13 juin 1996, sté KFTCIC c/ sté Icori Estero et autre, Rev.arb. 1997., p.251., note E. Gaillard.

وعلى ذلك يمكن القول إن القضاء العادي قد حصن اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الأشخاص المعنوية العامة من كل محاولة للنيل منه عن طريق التمسك بأحكام القوانين الوطنية التي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، احتراماً للتعاقبات والاتفاقات المبرمة في مجال التجارة الدولية^(١)، وذلك بتبنيه قاعدة مادية دولية مفادها صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها، واستقلال هذا الاتفاق عن حكم أي قانون داخلي^(٢). وهو الاتجاه الذي تأثر به المشروع الذي أعدته الجمعية الفرنسية للتحكيم بشأن تعديل النصوص اللائحية المدرجة في قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة بالتحكيم الداخلي والدولي، حيث استحدث هذا المشروع مادة جديدة (المادة ١٤٩٥) والتي بموجبها يحظر على أي شخص معنوي عام التذرع بقواعد قانونه الداخلي للتوصل من اتفاق التحكيم الذي سبق أن أبرمه^(٣).

والسؤال الذي يمكن أن يثار في هذا المقام يتعلق بنطاق تطبيق القاعدة المادية التي ابتدعها القضاء العادي الفرنسي، فهل يقتصر مداها

(١) وقد قضت محكمة استئناف باريس في هذا الشأن :

" Qu'il serait contraire aux intérêts de l'État de défendre à ses représentants d'accepter un mode de règlement de ses différends conforme aux usages du commerce international, alors que son refus entraînerait souvent la rupture des pourparlers engagés ".

Paris, 10 avril 1957, sté Myrtoon Steam Ship c/ Agent indiciaire du Trésor, préc; Paris 1^{re} ch.c, 21 février 1961, Trésor public c/ Galakis, préc.

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن :

" en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage (...) existence et efficacité [de la clause compromissoire] s'apprécie, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 20 décembre 1993, Dalico, JDI 1994., p.432., note E. Gaillard et p.690., note E. Loquin.

(٣) انظر النصوص الخاصة بهذا المشروع :

Texte proposé par le Comité française de l'arbitrage pour une réforme du Livre IV NCPC, Rev.arb. 2006., p.499.

ومن التشريعات المقارنة التي أخذت بهذا الاتجاه، القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص، حيث حظرت المادة ٢/١٧٧ منه على أي دولة أو شركة مملوكة للدولة أو مؤسسة تخضع لرقابة الدولة التمسك بأحكام قانونها الداخلي للتوصل من اتفاق تحكيم الذي ارتضته.

على المنازعات المتولدة عن علاقات القانون الخاص، أم يشمل فضلاً عن ذلك المنازعات الناشئة عن عقود القانون العام؟

ثانياً : مدى امتداد اتجاه القضاء العادي إلى منازعات العقود الإدارية

لقد عمل القضاء العادي في البداية على الخروج عن قاعدة الحظر الواردة في القانون الداخلي بالنسبة للمنازعات الناشئة عن عقود القانون الخاص، ثم ما لبث أن مد هذا الاتجاه إلى عقود القانون العام.

١ - خضوع عقود الإدارة الخاصة لمجال التحكيم الدولي

في أولى الأحكام الصادرة عن القضاء العادي بشأن مشروعية التجاء الأشخاص العامة إلى التحكيم قررت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في قضية Myrtoon Steam Ship جواز ذلك في المنازعات المتولدة عن العلاقات الخاصة، حيث انتهت إلى تكييف العقد محل المنازعة على أنه من عقود القانون الخاص^(١)، وهو ما أيدته محكمة التنازع بحكمها الصادر بتاريخ ١٩ من مايو عام ١٩٥٨^(٢).

وفي حكمها الصادر في قضية Galakis اعتبرت محكمة استئناف باريس أن : منع لجوء الدولة إلى التحكيم وإن كان يؤسس على الحماية التي قررتها المادة ٨٣ من قانون الإجراءات المدنية من ضرورة إبلاغ النيابة العامة في الدعاوى التي تكون طرفاً فيها، إلا أنه لا يمكن للدولة الاستفادة من هذه الحماية خارج الأراضي الفرنسية، وبخاصة عندما تبرم عقداً دولياً يتخذ ذات شكل وشروط العقود المبرمة بين الأفراد العاديين^(٣).

ويتضح مما سبق، أن المبدأ الذي وضعه القضاء العادي يقتصر فقط على عقود القانون الخاص التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة في

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف :

" *le contrat de transport maritime est un contrat de droit privé* lorsque l'armateur, se bornant à mettre à la disposition de l'Etat son navire et son équipage, ne participe pas directement à l'exécution du service public assuré par l'Etat agissant comme affréteur, et que la charte-partie ne contient aucune clause spécifique de droit public (...)." .

Paris, 10 avril 1957, sté Myrtoon Steam Ship c/ Agent indiciaire du Trésor, préc.

(٢) انظر سابقاً ص ٣٣٣ هامش (١).

(٣) Paris 1^{re} ch.c, 21 février 1961, Trésor public c/ Galakis, préc.

المجال الدولي، بحيث يخرج من نطاقه العقود التي تتخذ شكل الطابع الإداري. غير أن هذا القضاء قد عمل بعد ذلك على تطوير قضائه، حيث ادخل العقود الإدارية التي تتعلق بعمليات التجارة الدولية في نطاق القاعدة المادية التي ابتدعها.

٢ - خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي

يعتبر حكم محكمة استئناف باريس الصادر في قضية *Bec Frères* بتاريخ ٢٤ من فبراير عام ١٩٩٤ من أولى الأحكام التي تقرر مشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم الدولي لحسم منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية^(١).

وقد كان هذا النزاع يتعلق بعقدين أشغال عامة أبرما بين وزارة التجهيزات التونسية من جهة، ومجموعة مشروعات كانت تديرها الشركة الفرنسية *Bec Frères* من جهة أخرى، وذلك من أجل إنشاء مجموعتين من الطرق البرية *lots de route* في تونس، وقد تضمنت المادة A-66.2 من كراسة الشروط الإدارية الخاصة بالمشروع شرطاً يقضي بإحالة المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا المشروع إلى التحكيم.

وعلى أثر الصعوبات التي صاحبت تنفيذ هذين العقدتين، قامت وزارة التجهيزات التونسية بإخطار المجموعة بالتوقف عن تنفيذ أعمال المشروع بموجب الأمر الإداري *ordre de service* المؤرخ في ٢١ من فبراير عام ١٩٨٤، وتبعه الأمر الإداري الصادر في ١٣ من ديسمبر عام ١٩٨٤ بإبلاغ المجموعة بإنهاء هذين العقدتين، مما حدا بالمجموعة إلى اللجوء إلى التحكيم لتعويضها عن الأضرار التي أصابتها من جراء هذا العمل.

وبالفعل تحصلت المجموعة على قراراتين تحكيمين صادرين لصالحها؛ الأول : أساسي، والآخر : تصحيحي، ولكن محكمة تونس الابتدائية رفضت تنفيذهما بموجب حكمها الصادر في ١٧ من مايو عام ١٩٨٩^(٢).

(1) Paris 1^{re} ch.c, 24 février 1994, Ministère tunisien de l'Équipement c/ sté Bec Frères, préc.

(2) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن وزارة التجهيزات التونسية قد تمسكت ببطلان شرط التحكيم أمام جميع المحاكم التي عرضت عليها القضية في تونس لمخالفته أحكام القانون الوطني الداخلي، وقد أصدرت جميع جهات القضاء أحكامها ببطلان شرط التحكيم، ومن ذلك حكم محكمة تونس الابتدائية الصادر بتاريخ ١٧ من مايو عام ١٩٨٩، والذي تأيد بموجب حكم محكمة استئناف تونس الصادر بتاريخ

وكان على أثر ذلك أن لجأت المجموعة إلى محكمة باريس الابتدائية لتنفيذ الحكمين الصادرين لصالحها في فرنسا، وبالفعل نجحت في الحصول على أمر بتنفيذ هذين الحكمين بموجب الحكم الصادر بتاريخ ١٥ من ابريل عام ١٩٩١.

ولما عرض الأمر على محكمة استئناف باريس، بمناسبة قيام وزارة التجهيزات التونسية بالاعتراض على الأمر الصادر بتنفيذ حكمي التحكيم، ذهبت الوزارة إلى أن العقدين محل المنازعة من طبيعة إدارية ويتعلقان بالنظام القانوني الداخلي مما لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنهما تطبيقاً لنص المادتين ٢٦٠ ، ٢٥١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسي الصادر بتاريخ ٥ من أكتوبر عام ١٩٥٩^(١)، وأن الطبيعة الإدارية لهذين العقدين تحتم عقد الاختصاص بشأنهما للقضاء الوطني لنظر المنازعات الناشئة عن تنفيذهما. علاوة على أن القضاء الوطني التونسي قد قضى ببطلان شرط التحكيم، وأن هذه الأحكام حائزة على حجية الشيء المقضي به ويجب احترامها في فرنسا تطبيقاً للاتفاقية المبرمة بين تونس وفرنسا في ٢٨ من يونيو عام ١٩٧٢.

بينما ذهب الاتحاد المكون من كل من الشركة الفرنسية Bec Frères والشركة التونسية الإفريقية للأشغال الكبرى إلى أن العقدين محل المنازعة يعدان من قبيل العقود الدولية التي لا تخضع للحظر الوارد في القانون الداخلي، وأن قواعد القانون الدولي، وبخاصة تلك التي تقرر استقلال شرط التحكيم تحتم تطبيقها دون الادعاء بمخالفة قواعد النظام العام الداخلي والتي لا يمكن الاعتماد عليها في هذا المقام للاعتراض على أمر تنفيذ حكم تحكيم أجنبي، مما يتعين على القاضي الفرنسي وهو بصدد الفصل في المنازعة أن يضع في اعتباره القواعد التي تحكم التحكيم الدولي دون النظر إلى الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني التونسي والتي لا تجدي في هذا المقام.

٣ من ابريل عام ١٩٩١، والذي تأيد بدوره من جانب محكمة النقض التونسية بموجب حكمها الصادر بتاريخ ١٧ من أكتوبر عام ١٩٩٣. كما أن محكمة تونس الإدارية قضت هي الأخرى ببطلان شرط التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ ١ من فبراير عام ١٩٩٣.

(١) ومن الجدير بالذكر أن المادة ٢٦٠ قد ألغيت بموجب القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ المؤرخ في ٢٦ من ابريل عام ١٩٩٣ والمتعلق بإصدار مجلة التحكيم، حيث نصت المادة ٣ منه على أنه : " تلغى أحكام الفصول من ٢٥٨ إلى ٢٨٤ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية (....). كما نصت المادة ٧ من مجلة التحكيم على أنه : " لا يجوز التحكيم : أولاً (....) خامساً : في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة ".

وبعد أن وضعت محكمة استئناف باريس تعريفاً للتحكيم الدولي بقولها : ذلك الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية، اتجهت إلى القول إن : " تحديد دولية التحكيم لا يعتمد على القانون واجب التطبيق سواء على الإجراءات أو على الموضوع، ولا على إرادة الأطراف، وإنما يعتمد في الأساس على طبيعة العملية الاقتصادية مصدر النزاع ".

ثم ذهبت بعد ذلك إلى أن : " وحيث إنه في المجال الدولي، فإن المحكم يملك سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه كتلك المتعلقة بمدى قابلية خضوع منازعة ما إلى التحكيم، وذلك على ضوء قواعد ومبادئ النظام العام الدولي ".

وبعد أن وضعت محكمة الاستئناف هذا المبدأ اتجهت إلى القول : " وحيث إنه في مادة التحكيم الدولي، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم ذو تطبيق عام ويعد قاعدة مادية دولية تقرر شرعية اتفاق التحكيم بعيداً عن كل مرجعية لنظام تتازع القوانين، وأن تقرير صحة اتفاق التحكيم ينبغي أن يكون بالنظر فقط إلى مقتضيات النظام العام الدولي ".

ثم قررت بعد ذلك أن : " مبدأ حظر لجوء الدولة إلى التحكيم يقتصر على عقود القانون الداخلي، ولا يتعلق بالنظام العام الدولي، وأنه من أجل تقرير صحة شرط تحكيم مدرج في عقد ما، فيكفي إثبات وجود عقد دولي مبرم من أجل حاجات وفي الشروط المطابقة لعادات التجارة الدولية ".

وانتهت إلى أن : " العقدين المبرمين بواسطة وزارة التجهيزات التونسية يعدان من قبيل العقود الدولية، وأنه لا يجوز لهذه الوزارة – على أثر ذلك – التمسك بمبدأ الحظر الوارد في قانونها الداخلي، ولا بالأحكام الصادرة عن قضائها الوطني للتعصل من شرط التحكيم الذي سبق أن وافقت بنفسها على إدارجه في صلب هذين العقدين. وحيث إن وزارة التجهيزات التونسية قد ارتضت سلفاً الخضوع لقضاء التحكيم عن طريق موافقتها على شرط التحكيم، فإنه ينتج عن ذلك قبولها بأن يكتسب حكم التحكيم الصيغة التنفيذية، ويفيد تنازلها عن الحصانة القضائية ".

وقد أكدت ذات المحكمة بعد ذلك على نفس الاتجاه بموجب حكمها الصادر في قضية Icori بتاريخ ١٣ من يونيو عام ١٩٩٦^(١) والذي فصل

(1) Paris 1^{re} ch.c, 13 juin 1996, sté K.F.T.C.I.C. c/ sté Icori Estero et autre, préc.

في النزاع المتعلق بعقد أشغال عامة محله بناء مقر سفارة الكويت في دولة الجزائر مبرم بين شركة الكويت للتجارة والاستثمار الأجنبي (وهي شركة عامة مملوكة لدولة الكويت) والشركة الإيطالية Icori Estero.

فقد رفضت محكمة استئناف باريس في هذه القضية الاستجابة لطلب الشركة الكويتية والمتعلق ببطلان حكم التحكيم لأنه صدر بناء على شرط تحكيم تم بالمخالفة للمادة ٤٤٢ من قانون الإجراءات المدنية الجزائري – واجب التطبيق على العقد – والذي يحظر على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم.

ففي البداية أوضحت محكمة الاستئناف أن : " في مجال التحكيم الدولي، فإن مفهوم التجارية لا يختلط بفكرة العمل التجاري بالمعنى الدقيق والفني في القوانين الداخلية، وأنه ينبغي أن يعتبر تجارياً كل تحكيم دولي متعلق بنزاع نشب بمناسبة عملية اقتصادية دولية وتتعلق – على هذا النحو – بمصالح التجارة الدولية " ^(١).

ثم ذهبت إلى أن : " هذا الشكل التجاري لا يعتمد على صفة الأطراف، ولا على موضوع العقد، ولا على القانون واجب التطبيق، وأنه يكفي لكي كيف التحكيم في آن واحد بأنه تجارياً ودولياً أن يتعلق بعملية اقتصادية يترتب عليها حركة أموال وخدمات أو مدفوعات عبر الحدود، ولا يهم – وفقاً لهذا التكييف – أن يكون النزاع مثار بين دولة أو إحدى وحداتها وبين شركة خاصة أجنبية بمناسبة تنفيذ أشغال معدة أن تصبح فيما بعد عامة " ^(٢).

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Mais considérant qu'en matière d'arbitrage international, la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'acte de commerce au sens étroit et technique des droits internes; que doit être considéré comme commercial, tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale, et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international ".

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Considérant que ce caractère commercial ainsi considéré, ne dépend ni de la qualité des parties, ni de l'objet du contrat ni du droit applicable; qu'il suffit, pour qu'un arbitrage puisse être qualifié tout à la fois de commercial et d'international qu'il intéresse une opération économique impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières et qu'il importe peu, au regard de cette qualification qu'il oppose un Etat ou une des ses

ثم أضافت بعد ذلك : " وحيث إنه في مادة التحكيم الدولي، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم ذو تطبيق عام ويعد قاعدة مادية دولية تقرر شرعية اتفاق التحكيم خارج كل مرجعية على نظام تنازع القوانين، وأن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يكون بالنظر فقط إلى مقتضيات النظام العام الدولي، وبغض النظر عن القانون الوطني الذي يحكم العقد من الناحية الشكلية أو الموضوعية " ^(١).

وانتهت إلى أن : " مهما يكن أساس حظر لجوء الدولة إلى التحكيم، فإنه يقتصر على عقود القانون الداخلي ولا يتعلق بالنظام العام الدولي والذي يمنع – بالعكس – الشخص العام من أن يتذرع بأحكام قانونه الداخلي أو قانون العقد لكي يتصل من التحكيم المتفق عليه " ^(٢).

وترتيباً على ما تقدم فإنه يمكن القول بأن محكمة استئناف باريس قد وسعت من دائرة تطبيق القاعدة المادية التي ابتدعتها محكمة النقض الفرنسية في حكم Galakis، حيث أدخلت في نطاقها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على سند تكييف عقود الدولة بأنها من قبيل عقود القانون الخاص ذي الصبغة الدولية ^(٣). وبالتالي وعلى ضوء هذا الاتجاه، لم يعد من وسع الشخص المعنوي العام التنصل من اتفاق التحكيم الذي سبق

émations à une entreprise privée étrangère à l'occasion de l'exécution d'un ouvrage destiné à terme à devenir public ".

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) considérant qu'en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de loi, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international, abstraction faite de toute loi étatique fût-elle celle régissant la forme ou le contrat qui la contient ".

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Considérant encore que quel qu'en soit le fondement la prohibition par un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et n'est pas d'ordre public international lequel interdirait au contraire à un opérateur public de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national ou de la loi du contrat pour se soustraire *a posteriori* à l'arbitrage convenu ".

^(٣) انظر في هذا المعنى :

L. Chedaly, Accès de l'Etat à l'arbitrage international, in Revue Tunisienne de Droit 2005, Centre de Publication Universitaire, p.125., spéc, p.132.

وأبرمه سواء استناداً إلى وجود نصوص في قانونه الداخلي تحظر إبرام مثل هذا الاتفاق، أو سواء استناداً إلى المبادئ العامة للقانون العام.

وقد لاقى هذا الاتجاه رواجاً لدى هيئات التحكيم، حيث تواترت أحكامه في التأكيد على مبدأ عدم جواز تذرع الشخص المعنوي العام بأحكام قانونه الداخلي للتوصل من اتفاق التحكيم الذي سبق ووافق عليه. وهذا ما سوف نلقي عليه الضوء من خلال المطلب التالي.

المطلب الثاني

تأييد أحكام التحكيم لموقف القضاء العادي

تكشف دراسة أحكام غرفة التجارة الدولية بباريس عن اعتمادها على فكرة النظام العام الدولي ومبدأ حسن النية ^(١) لتقرير مبدأ عدم جواز تمسك الأشخاص المعنوية العامة بأي حظر وارد في قانونها الداخلي يمنعها من الالتجاء إلى التحكيم.

ويعد الحكم الصادر عام ١٩٧١ في القضية التحكيمية رقم ١٩٣٩ ^(٢) بمثابة المرجع الأساسي لأحكام التحكيم الأخرى التي أخذت بهذا المبدأ.

(١) ومن الجدير بالذكر أن محكمة استئناف القاهرة قد استندت إلى هذا المبدأ لتقرير صحة إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، وذلك في المرحلة السابقة على صدور القانون رقم ٩٧/٩، فقد قضت: "وحيث إنه من نافلة القول إن الثابت من عبارات العقد المؤرخ ١٩٩٣/١١/١٠ محل النزاع والذي تضمن شرط التحكيم، أنه قد روجع باللجنة الثانية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٩٣/١٠/٢٠ وأن هذه اللجنة وافقت عليه بالتبليغ رقم ٥٦٠ في ١٩٩٣/١٠/٢٥ وأنه بعد قيام النزاع بين الطرفين أبرما مشارطة التحكيم المؤرخة ١٩٩٦/٣/٢٤ وإذ نظر الموضوع أمام هيئة التحكيم المنصوص عليها في تلك المشارطة ترافع الطرفان دون أن يبدي أحدهما دعواً يمس شرط التحكيم بينما تربص المجلس الأعلى حتى أصدرت هيئة التحكيم المذكورة قضاءها لغير صالحة فبادر إلى إقامة الدعوى الماثلة على قول ببطلان شرط التحكيم لأن المنازعة تتعلق بعقد إداري - ولا شك أن مثل هذا الادعاء - فضلاً عن انعدام سنده في القانون كما سبق - يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية وهو مبدأ عام لا يميز بين عقود مدنية وإدارية كما أنه يتناقض مع المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تنصل الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم - الذي أدرجته في عقودها - استناداً إلى أية قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية، كذلك فإن فتح الباب أمام الأشخاص العامة للتحلل من شرط التحكيم الذي أدرجته في العقد المبرم مع طرف أجنبي - قولاً منها بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية - من شأن أن يهز ثقة المتعاملين مع تلك الجهات في مصداقيتها ويجلب أوخم الضرر بغرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية".

سبقت الإشارة إليه .
(٢) مشار إليه عند :

- Y. Derains, Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev.arb. 1973., p.122., spéc, p.145.

ففي هذا الحكم أوضحت محكمة التحكيم بداءة أنه : إذا كانت بعض التشريعات التي استوحت أحكامها من التشريع الفرنسي قد حظرت على الدولة أو أحد أشخاصها العامة اللجوء إلى التحكيم، فإن هذا المنع لا يمتد إلى العقود الدولية.

ثم ذهبت بعد ذلك إلى القول : في الواقع إنه إذا كان المراد هنا قاعدة من قواعد النظام العام، فإن هذا المنع لا يمكن أن يوضع إلا في النظام العام الداخلي؛ ذلك أن النظام العام الدولي يعارض بشدة أن يقبل الشخص المعنوي العام بكامل إرادته شرط التحكيم عند إبرام العقد مع الشخص الأجنبي لكي ينال ثقته، ثم يأتي بعد ذلك وأثناء سير إجراءات التحكيم أو عند اتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم، وينقض ما سبق ووافق عليه.

ومن ذلك أيضاً، الحكم الصادر عام ١٩٧٥ في القضية التحكيمية رقم ٢٥٢١^(١)، حيث ذهبت محكمة التحكيم إلى القول بأن : على فرض أن المؤسسة العامة لم تكن تملك الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم، فإنه لا يمكن التذرع بذلك للتوصل من اتفاق التحكيم الذي سبق وأن ارتضته لمخالفة ذلك للنظام العام الدولي؛ هذا النظام الذي لا يمكن استبعاده بواسطة أحكام القانون الداخلي (قانون دولة المؤسسة العامة). كما أن هذا الادعاء – من جهة أخرى – يتنافى مع مبدأ حسن النية المستمد من المبادئ العامة للقانون والذي تم التأكيد عليه في القانون الداخلي لدولة المؤسسة العامة.

وكذلك، الحكم الصادر عام ١٩٨٦ في القضية التحكيمية رقم ٤٣٨١^(٢) والمتعلقة بالنزاع الذي نشب بين إحدى الشركات الأجنبية وأحد الأشخاص المعنوية العامة الإيرانية، فقد رفضت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية الدفع المبدي من الشركة الأجنبية ببطلان شرط التحكيم لمخالفته لنص المادة ١٣٩ من الدستور الإيراني والتي تشترط الحصول على موافقة مجلس الوزراء وإخطار البرلمان قبل اللجوء إلى التحكيم، حيث رأت أن هذا الدفع في غير محله؛ لأنه يتعارض مع مبدأ حسن النية، وكذلك مع النظام العام الدولي الذي لا يمكن استبعاده بواسطة القانون الداخلي الإيراني.

- B. Hanotiau, art.préc., pp.907 et s.

(1) Sentence CCI n° 2521, 1975, JDI 1976., p.997., obs. Y. Derains.

(2) Sentence CCI n° 4381, 1986, JDI 1986., p.1102., obs. Y. Derains.

وفي الحكم الصادر عام ١٩٨٨ في القضية التحكيمية رقم ٥١٠٣ (٣) استندت محكمة التحكيم فقط إلى مبدأ حسن النية دون أن تشير في حكمها إلى فكرة النظام العام الدولي، وذلك لتقرير صحة شرط التحكيم الذي نازعت إحدى الشركات العامة التونسية في صحته على زعم أنه مخالف لنص المادتين ٢٥١ ، ٢٦٠ من قانون الإجراءات المدنية التونسي.

ومن الجدير بالذكر أن هذا الاتجاه السابق لم يقتصر فقط على الأحكام الصادرة عن التحكيم المؤسسي، وإنما نجد صدى له كذلك في الأحكام الصادرة عن التحكيم الفردي *ad hoc*.

ففي الحكم الصادر في قضية Framatome ضد المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية بتاريخ ٣٠ من إبريل عام ١٩٨٢ استندت محكمة التحكيم إلى مبدأ حسن النية لرفض الدفع الذي تمسك به الطرف الإيراني ببطلان اتفاق التحكيم لمخالفته للإجراءات التي نص عليها الدستور الإيراني (١).

وإذا كان فقه كل من القضاء العادي وهيئات التحكيم قد جرى على التفرقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي لإقرار مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، فإن هذا الاتجاه يصعب تصور اتباعه من جانب القضاء الإداري نظراً لرفض هذا القضاء الأخذ بهذه التفرقة، وتفضيله عنها التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص (٢)، كما سيتضح من خلال المطلب التالي.

(3) Sentence CCI n° 5103, 1988, JDI 1988., p.1207., obs. G. A. Alvarez.

(1) Sentence arbitrale *ad hoc*, 30 avril 1980, Framatome et AL. c/ A.E.O.I., JDI 1984., p.58.

وانظر بشأن التعليق على هذا الحكم :

B. Oppetit, Arbitrage et Contrat d'Etat, L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran, JDI 1984., pp.37-57.

(٢) انظر في هذا المعنى :

G. Teboul, Arbitrage international et personnes morales de droit public, AJDA 1997., p.25., spéc, p.28.

المطلب الثالث

موقف مجلس الدولة الفرنسي الراض

لخضوع العقود الإدارية لجال التحكيم الدولي

يذهب الفقيه الفرنسي Fouchard في معرض المناقشات التي دارت بشأن توسيع مجال التحكيم (أبعاد تطور قانون التحكيم الفرنسي) إلى القول إن : " المشكلة الأساسية مع مجلس الدولة أن قضاءه يجري على التفرقة بين القانون الخاص والقانون الإداري قبل التفرقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي. مما يترتب على ذلك، أنه يعتبر إدارياً ذلك الذي لا يعد دولياً، وأن ما يخص المرفق العام أو امتيازات السلطة العامة في فرنسا لا يمكن اعتباره دولياً (....) " ⁽¹⁾.

هذه العبارة السابقة تفسر بوضوح أساس الاختلاف القائم بين جهتي القضاء العادي والإداري بشأن إشكالية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي. فقد رأينا في المطلب الأول أن القضاء العادي قد أجاز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم الدولي تحت اسم القاعدة المادية التي ابتدعها في حكمه الصادر في قضية Galakis دون أن يفرق بين عقود القانون الخاص من ناحية وعقود القانون العام من ناحية أخرى، وكل ما اشترطه في هذا الصدد أن يتعلق العقد محل التحكيم بعلاقة اقتصادية تتجاوز في حدودها إطار الدولة الواحدة، وهذا المنهج لا يمكن تصور اتباعه من قبل القضاء الإداري نظراً لموقفه الراض لارتباط العقد الإداري بعملية اقتصادية يترتب عليها حركة أموال وخدمات أو مدفوعات

⁽¹⁾ وفي هذا الصدد يذكر :

" Le problème avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, c'est qu'elle fait passer la distinction << droit administratif – droit privé >> avant la distinction << droit interne – droit international >> . Donc, ce qui est administratif ne peut pas être international, et ce qui concerne le service public ou les prérogatives de puissance publique en France ne peut pas être international (....) " .

Ph. Fouchard, *in* Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage, journée du Comité français de l'arbitrage, Débats, Rev.arb. 1992., p.295.

عبر الحدود. مما يترتب على ذلك، أن يظل العقد الإداري – وفقاً لاتجاهات مجلس الدولة الفرنسي – بمنأى عن الخضوع للتحكيم التجاري الدولي دون وجود نص قانوني صريح يبيح ذلك.

وهذا ما عبر عنه الفقيه الفرنسي Delvolvé^(١) بقوله : إذا كان العقد من قبيل عقود القانون الخاص ويتعلق بالتجارة الدولية، فإنه يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنه وفقاً لاتجاهات القضاء العادي [على اعتبار أنه يدخل في الاختصاص المقرر لهذا القضاء]، أما إذا كان العقد من طبيعة إدارية، فلا تكون هناك حاجة لمعرفة ما إذا كان هذا العقد متعلقاً بعمليات التجارة الدولية أو أنه يخص الاستثمار، إذ يظل عقداً إدارياً مما لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنه وفقاً لاتجاهات القضاء الإداري.

وعلى ذلك، فإن صعوبة خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي تكمن أساساً – كما يصورها الفقيه Gaudemet – في محتوى هذا التحكيم وتعلقه بفكرة التجارة الدولية والتي يرفض مجلس الدولة ارتباط العقود الإدارية بها^(٢).

وتأكيداً لهذا الرأي، يشير مفوض الدولة Ribs في بحثه المنشور عام ١٩٩٠ بعنوان "ظلال وتردد بشأن خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم" إلى ضعف الحلول المستخلصة من القضاء العادي في قضية Galakis، ويشكك في إمكانية امتدادها إلى منازعات العقود الإدارية، ويستند في ذلك إلى بعض الحجج يمكن تلخيصها في الآتي^(٣) :

الحجة الأولى : إن مجلس الدولة الفرنسي قد تبني في حكمه الصادر في قضية S.N.V.S.^(٤) المنع المطلق للتحكيم معتمداً في ذلك على المعيار العضوي الوارد في نصوص قانون الإجراءات المدنية القديم (حالياً المادة ٢٠٦٠ مدني) حتى لو كان النزاع من طبيعة تجارية أو دولية.

(١) راجع :

P. Delvolvé, Communication au coll. de l'AFA, op.cit., pp.26 et s.

(٢) راجع :

Y. Gaudemet, in Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage, journée du Comité français de l'arbitrage, Débats, Rev.arb. 1992., p.295.

(٣) راجع :

J. Ribs, Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, art.préc., n° 15 et s.

(٤) راجع سابقاً ص ٢٠٧.

الحجة الثانية : تتعلق بضعف الأساس الذي شيد عليه القضاء العادي اتجاهه نحو جواز التجاء أشخاص القانون العام إلى التحكيم؛ ذلك أن جدار المنع الذي أحدث فيه القضاء العادي ثغرة ينفذ منها الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الدولي مقام على نصوص تشريعية صريحة وواضحة تمنع هذه الأشخاص من الالتجاء إلى التحكيم. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن جدار المنع هذا يجد أساسه في المبادئ العامة للقانون التي أشار إليها مجلس الدولة صراحة في العديد من الأحكام الصادرة عنه.

الحجة الثالثة : إن المشرع لم يقنن الاتجاه التحرري للقضاء العادي في المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي، حيث إنه استرجع نفس الحظر الذي سبق وأورده في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم دون أن يحدث أي تغيير أو تعديل في موقفه الرامي إلى حظر التحكيم بالنسبة للمنازعات التي تكون أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها. مما يفيد تبنيه لقاعدة الحظر المطلقة، حيث لم يستثن منها المنازعات الدولية كما ذهب القضاء العادي^(١).

كما أن المشرع قد أضاف للمادة ٦ من القانون المدني – عند وضعه للمادة ٢٠٦٠ من ذات القانون – فقرة تحظر على الأطراف الخروج عن نصوص القانون المتعلقة بقواعد النظام العام بموجب اتفاق خاص يبرم بينهم، ومن هذه القواعد اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية.

وترتيباً على ما تقدم، فإن المنازعات الناشئة عن العقود التي يبرمها الأشخاص المعنوية العامة من أجل احتياجات التجارة الدولية لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم بشأنها إلا إذا كانت هذه العقود من طبيعة خاصة يختص بنظرها القاضي العادي، وهذا ما اعتمدته مجلس الدولة الفرنسي – ضمناً – في فتواه الصادرة عام ١٩٨٦ Eurodisneyland كما يشير

(١) ومن نافلة القول إنه إذا كان مشروع تعديل بعض نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنظم عملية التحكيم قد تبنى اتجاه القضاء العادي – كما سبق وأن المحنا – إلا أن هذا التعديل سوف يتم بموجب مرسوم والذي لا يجوز له أن يعدل المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني والتي تحظر على أشخاص القانون العام الالتجاء إلى التحكيم؛ لأن تعديل هذه المادة يتطلب أن يكون بمقتضى قانون وفقاً للمادة ٣٤ من الدستور التي أعطت المشرع وحده الاختصاص بإنشاء نظام قضائي جديد. وقد جرى نص هذه المادة كالتالي :

" La loi est votée par le Parlement. La loi fixe les règles concernant : (....) la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ".

إلى ذلك الفقيه الفرنسي Foussard^(٢)، حيث ذهب المجلس إلى أن العقد المبرم مع شركة والت ديزني الأمريكية لا يتعلق بالمبادئ المطبقة في مجال التجارة الدولية وإنما يتعلق بالنظام القانوني الداخلي، وهذا النظام لا يجيز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم إلا بمقتضى نص قانوني صريح يبيح ذلك^(١).

وبالتالي فإن قاعدة الحظر الواردة في القانون الداخلي الفرنسي وفقاً لاتجاهات مجلس الدولة تسري على منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي نظراً لرفض المجلس أن تتعلق هذه العقود بعمليات التجارة الدولية، ومن ثم فإن أمر خضوع العقود الإدارية للتحكيم الدولي يظل بيد المشرع الذي يجوز له أن يخرج عن قاعدة الحظر الواردة في نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني ويقرر عكسها. وهو ما عمل عليه، حيث تدخل بموجب نصوص تشريعية صريحة واستثنى بعض أنواع من العقود الإدارية من الخضوع لقاعدة الحظر التي تبناها في القانون الداخلي. كما أن الدولة الفرنسية قد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي زادت من فرص خضوع المنازعات الناشئة عن تلك العقود لمجال التحكيم الدولي. وهذا ما سنبينه من خلال المبحث التالي.

(٢) انظر في هذا الرأي :

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art.préc., p.22.

(١) ولقد وردت عبارات الفتوى كالتالي :

" Le contrat envisagé entre (...), relève de l'ordre juridique interne français et n'entre dans le champ d'application d'aucune disposition législative autorisant exceptionnellement le recours à la clause compromissoire. D'une part, ce contrat ne relève pas des principes applicables en matière de commerce international ".

C.E. Avis., 6 mars 1986, préc.

المبحث الثالث

تأييد التحكيم الدولي في العقود الإدارية

بموجب نصوص القانون الداخلي والمعاهدات الدولية

يعد التحكيم في الوقت الراهن أداة هامة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية لسد النقص في الكوادر الفنية، والتعرف على أساليب الصناعة الحديثة، والتقنيات المتطورة، التي تعين الدول على تنفيذ طموحاتها الاقتصادية وتحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد.

ونتيجة لهذه الأهمية العملية كان لزاماً على المشرع الفرنسي أن يقلل من حدة قاعدة الحظر التي وضعها في المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني حتى يعطي للمستثمر والهيئات الأجنبية حلولاً أخرى تغني عن اللجوء إلى القضاء بتعقيده وتأخره المستمر في الفصل في القضايا.

فأصدر العديد من التشريعات التي أجاز بواسطتها لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض بعض صور من المنازعات التي تكون طرفاً فيها (مطلب أول).

كما أن الدولة الفرنسية قد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أجازت بموجبها تطبيق أسلوب التحكيم الدولي على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية (مطلب ثان).

المطلب الأول

نصوص القانون الداخلي المؤيدة للتحكيم الدولي

كان على أثر رفض مجلس الدولة الفرنسي في فتواه الصادرة بتاريخ ٦ من مارس عام ١٩٨٦ إدراج شرط التحكيم في العقد المزمع إبرامه مع شركة والت ديزني الأمريكية والمتعلق بعملية إنشاء مدينة ملاهي في مدينة Marne-la-Vallée، أن أصدر المشرع الفرنسي قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦ مجيزاً في المادة ٩ منه لبعض أشخاص القانون العام إدراج شرط تحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الخاصة الأجنبية من أجل تحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة القومية.

أولاً : فتوى مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في ٦ من مارس عام ١٩٨٦ ^(١)

لقد أتاحت الفرصة لمجلس الدولة للتعرض لمسألة التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وذلك بمناسبة إبداء رأيه في مشروع إدراج شرط التحكيم في العقد المزمع إبرامه بين الدولة وإقليم Ile-de-France ومقاطعة Val-de-Marne والمؤسسة العامة المكلفة بتخطيط المدينة الجديدة المزمع إنشائها وتدعى Marne-la-Vallée من جانب، وشركة والت ديزني الأمريكية من جانب آخر، والخاص بعملية إنشاء مدينة ملاهي في مدينة Marne-la-Vallée واستغلال المنطقة المحيطة بها.

ففي هذه الفتوى أوضح مجلس الدولة بداءة أن أساس عدم مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم يكمن في المبادئ العامة للقانون التي أكدت عليها نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحالي، وأنه لا يجوز مخالفة ذلك إلا بموجب نص قانوني صريح، أو عند الاقتضاء، بموجب نصوص واردة في معاهدات دولية مدرجة في النظام القانوني الداخلي. وبالتالي فإنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة مخالفة القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني عن طريق إحالة

(1) C.E. Avis., 6 mars 1986, préc.

منازعاتهم التي تتصل بالنظام العام الداخلي إلى محكم ليتخذ قرار بشأنها؛ لأن من شأن ذلك المساس بعلاقات ترتبط بالنظام القانوني الداخلي. مما ينبني على ذلك، أن كل مشاركة أو اتفاق تحكيم يتجاهل تلك القواعد يمس النظام العام.

ثم استعرض المجلس بعد ذلك نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني والتي تجيز للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم بموجب مرسوم يصدر عن مجلس الوزراء. واستخلص المجلس من هذه الجزئية أن نص هذه المادة وإن كانت تجيز اللجوء إلى التحكيم، إلا أن ذلك لا يكون إلا عبر مشاركة تحكيم تتعلق بنزاع قائم بالفعل، بحيث لا يجوز إدراج شرط التحكيم مقدماً في العقد.

ثم انتقل المجلس بعد ذلك إلى التعرض للطبيعة القانونية للعقد وقرر أنه لا يتعلق باحتياجات التجارة الدولية، وإنما يعد من قبيل عقود النظام القانوني الداخلي، كما نوه المجلس إلى أن اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لا تؤثر على قدرة الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم. وانتهى المجلس في هذه الفتوى إلى عدم مشروعية إدراج شرط التحكيم في العقد المزمع إبرامه لعدم وجود نص قانوني صريح يجيز ذلك^(١).

ونظراً لتمسك شركة والت ديزني الأمريكية بنظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقد المزمع إبرامه، أن تقدمت الحكومة الفرنسية بمشروع قانون إلى البرلمان يجيز لبعض أشخاص القانون العام إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية من أجل تحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة الوطنية.

ثانياً : تدخل المشرع الفرنسي بقانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦

كان على أثر صدور فتوى مجلس الدولة والتي انتهت فيها إلى عدم جواز تطبيق أسلوب التحكيم دون وجود نص قانوني صريح يجيز ذلك، أن تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٨٦ - ٩٧٢ الصادر بتاريخ ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦ ونص في المادة ٩ منه على أنه : " بالمخالفة لأحكام

(١) انظر بشأن الانتقادات التي وجهت إلى هذه الفتوى :

المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني، يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة، في العقود المبرمة بالاشتراك فيما بينهم مع الشركات الأجنبية من أجل تحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة القومية، بأن تدرج شرط تحكيم – إذا اقتضت الضرورة ذلك – لتسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود " (١).

ويلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد اشترط لتطبيقها ضرورة توافر شرطان أساسيان، هما :

١ - أن يكون موضوع العقد متعلق بتحقيق مصلحة قومية

لقد اشترط المشرع أن يكون موضوع العقد متعلق بتحقيق مصلحة قومية للبلاد، بيد أنه لم يضع – على الجانب الآخر – تعريفاً أو تحديداً لهذا المفهوم (٢)؛ الأمر الذي قد يفتح المجال أمام القضاء لاسيما القضاء الإداري – إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بمدى مشروعية شرط التحكيم المدرج في هذا العقد – بأن يقضي ببطلانه تأسيساً على عدم تعلق العقد بمصلحة قومية للبلاد.

هذا وقد اختلف الفقه حول وضع مفهوم معين لعمليات المصلحة القومية التي يمتد على أساسها نطاق تطبيق قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦، فذهب جانب منهم إلى تبني مفهوماً ضيقاً، بينما ذهب الجانب الآخر إلى الأخذ بمفهوم متسع لهذا المصطلح.

فقد ذهب الفقيه Boissésion (٣) إلى أن عمليات المصلحة القومية ينبغي تعريفها من خلال قانون ٧ من يناير عام ١٩٨٣ الخاص بتوزيع

(١) ولقد ورد نص هذه المادة كالتالي :

" Par dérogation à l'article 2060 du Code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères, pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats ".

(٢) انظر :

G. Robin, Arbitrage international et personnes morales de droit public, RDAI 2002., p.871., spéc, p.873.

(٣) انظر :

M. de Boissésion, Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi 19 août 1986, art.préc., p.19.

الاختصاصات بين البلديات والمقاطعات والأقاليم والدولة، وهي تعني العمليات التي تحل فيها الدولة - عادة - محل التجمعات المختصة، وهذه العمليات لا يمكن أن تخص سوى أربعة أماكن؛ الأول : الضواحي أو التكتلات الجديدة (كالموقع المقترح لإنشاء مدينة Marne-la-Vallée)، والثاني : تخطيط حي La Défense بباريس، والثالث : المناطق الصناعية أو المتعلقة بميناء Antifer، والرابع : تخطيط منطقة Fos-sur-Mer. وفي غير هذه الأماكن لا يمكن تطبيق قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦.

ويرفض الفقيه Foussard^(١) هذا الرأي السابق، حيث يرى أن عمليات المصلحة القومية ينبغي أن يتسع مفهومها بحيث تشمل كافة العمليات التي تكون، بسبب أهميتها أو موضوعها، لها صدى وطني . retentissement national .

فقد ذهب إلى القول إن الإحالة على التعداد الوارد في قانون تنظيم المدن لا تجدي في هذا المقام، ولا يمكن اعتبارها سوى مجرد أمثلة يمكن الاستعانة بها أو القياس عليها لتحديد العمليات التي تدخل في مفهوم المصلحة القومية، وذلك دون الإجبار على الالتزام بها. ويدل على وجهة نظره بالقول إن المادة ٩ من قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦ لم تُحل على أية أحكام واردة في قانون تنظيم المدن. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن قانون تنظيم المدن قد منح للسلطة اللائحية حق تعريف عمليات المصلحة القومية، بينما لم تتضمن المادة ٩ مثل هذا الحكم. علاوة على ذلك، فإن الشكل العام لمفهوم عمليات المصلحة القومية الوارد في نص المادة ٩ لا يمكن أن يُعرف إلا من خلال اعتبارات الوظيفة المقررة له. وهكذا، فإنه لا يوجد أية صلة بين المهام المنوط بها قانون تنظيم المدن وبين تلك الواردة في قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦.

٢ - الشرط الخاص بأطراف العقد

لقد اشترط المشرع في قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦ أن يكون العقد المراد إدراج شرط التحكيم به أطرافه : الدولة، وأحد الجماعات الإقليمية، وأحد المؤسسات العامة معاً. وهذا ما يستفاد من استخدامه للفظ conjointement (بالاشتراك). وبالتالي لا يجوز لأحد الأطراف

(١) انظر :

المحددin في نص هذه المادة القيام بمفردهم بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية^(٢).

وهذا التفسير انتهى إليه مقرر لجنة القوانين بالجمعية الوطنية السيد Perben أثناء المناقشات التي صاحبت إصدار هذا القانون، حيث ذهب إلى أن الشروط الواردة في المادة ٩ تحد كثيراً من مجال تطبيقها، فهي خاصة فقط بالعقود المبرمة بالاشتراك بين الدولة وأحد الجماعات الإقليمية وأحد المؤسسات العامة، بحيث لا يجوز لأي منهم القيام على انفراد بإبرام عقد يتضمن شرط التحكيم تطبيقاً للمادة ٩ سالفه الذكر^(١).

بالإضافة إلى ذلك، فقد اشترطت هذه المادة أن يكون الطرف الآخر في العقد شركة أجنبية. وبالتالي فإن العقود المبرمة مع طرف وطني لا يمكن أن تكون محلاً للتحكيم حتى لو تعلقت بمصالح التجارة الدولية.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن المعيار المعتبر في القانون الوضعي الفرنسي بشأن تحديد جنسية الشركات هو معيار مركز إدارة الشركة الرئيسي *le critère du siège social*، ويستفاد ذلك من نص المادة ١٨٣٧ من القانون المدني^(٢)، وأيضاً من نص المادة ٣ من القانون رقم ٦٦ - ٥٣٧ الصادر بتاريخ ٢٤ من يوليو لعام ١٩٦٦ الخاص بالشركات التجارية^(٣)، وكذلك من قول محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ من مارس عام ١٩٧١ بأن : " من حيث المبدأ، فإن جنسية الشركة تتحدد بواسطة مركز إدارتها الرئيسي " ^(٤).

(٢) انظر :

G. Robin, art.préc., p.873.

(١) راجع :

- M. de Boissésou, Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi 19 août 1986, art.préc., pp.18-19.

- B. Pacteau, Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la loi du 19 août 1986, art.préc., p.13.

(٢) فقد جاءت نص هذه المادة كالتالي :

" Toute société dont le siège sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française ".

(٣) فقد جاءت نص هذه المادة كالتالي :

" les société dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à dispositions de la loi française ".

(٤) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية :

" en principe le nationalité d'une société se déterminé par la situation de son siège social ".

وعلى ضوء هذا المعيار، فإن الشركات التي تتخذ من الأراضي الفرنسية مقراً لها لا ينطبق عليها الاستثناء الوارد في المادة ٩.

وترتيباً على ما تقدم، فإن نطاق تطبيق المادة ٩ من قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦ – كما يقرر الفقيه Gaudemet ^(١) – محدود للغاية، فهو لا يكاد يشمل غير الحالة التي صدر بمناسبة القانون، وهي إنشاء مدينة ملاهي على غرار مدينة والت ديزني الأمريكية.

وهذا ما عبر عنه أيضاً الفقيهان Pacteau ^(٢) و Boissésou ^(٣) بقولهما إن : المادة ٩ من قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦ غير مجدية؛ فهي صدرت في ظروف خاصة لمواجهة حالة فردية، وهي ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقد المزمع إبرامه مع شركة والت ديزني الأمريكية.

وبالرغم من التقليل من قيمة المادة ٩ من قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦ في إزالة حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم على النحو سالف الذكر، إلا أن أهميتها تكمن في أنها أول مادة توضع في النظام القانوني الفرنسي تقر بإمكانية اللجوء إلى التحكيم عبر شرط التحكيم وليس بموجب مشاركة التحكيم، علاوة على إشارتها إلى إمكانية تعلق العقد الإداري بعمليات التجارة الدولية، نظراً لاشتراطها أن تكون الشركة الطرف في العلاقة التعاقدية من جنسية أجنبية، وبناءً على معيار تحديد جنسية الشركات والذي اعتمده القانون الوضعي الفرنسي وهو ضرورة أن يكون مركز إدارة الشركة الرئيسي في الخارج، فإنه ينتج عن ذلك، تحقق عملية تبادل الأموال والخدمات عبر الحدود في العقود الإدارية المبرمة مع الأشخاص الاعتبارية الأجنبية.

C. Cass. 1^{re} ch.c, 30 mars 1971, Caisse centrale de réassurance des mutuelles agricoles c/ Mutuelle centrale d'assurance et de réassurance des mutuelles agricoles et sté Générale, JDI 1972., p.834., note Y. Loussouarn.

(١) انظر :

Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, L.G.D.J. 2001., 16^e éd, t.I, p.312.

(٢) راجع :

B. Pacteau, Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la loi du 19 août 1986, art.préc., p.14.

(٣) راجع :

M. de Boissésou, Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi 19 août 1986, art.préc., p.21.

وبالإضافة إلى قانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦، فقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب نصوص قانونية خاصة مجيزاً التحكيم في بعض صور من العقود المبرمة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة الأجنبية، ومن ذلك :

- القانون رقم ٨٢ - ٦١٠ الصادر بتاريخ ١٥ من يوليو عام ١٩٨٢ والخاص بالمؤسسات العامة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، فقد نصت المادة ١٩ منه على السماح لهذه المؤسسات باللجوء إلى التحكيم بخصوص المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود الأبحاث المبرمة مع الهيئات الأجنبية^(١)، وهذا ما استردته بعد ذلك المادة ٤/٣٢١ من قانون البحث الصادر بتاريخ ١٦ من يونيو عام ٢٠٠٤.

- القانون رقم ٩٠ - ٥٦٨ الصادر بتاريخ ٢ من يوليو عام ١٩٩٠ والخاص بمؤسسة البريد والاتصالات، فقد أعطى هذا القانون لمرفق الاتصالات حق اللجوء إلى التحكيم في المجال الدولي^(٢).

- المرسوم رقم ٢٠٠٠ - ٧٦٤ الصادر بتاريخ ١ من أغسطس عام ٢٠٠٠ الذي أباح للمؤسسات العامة المكلفة بمهام التعليم العالي اللجوء إلى التحكيم بخصوص المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقودها المبرمة مع الهيئات الأجنبية^(٣).

(١) راجع :

Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, op.cit., p.312.

(٢) راجع :

Ph. Fouchard, Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public: la faculté de compromettre de la Poste et France Télécom, Rev.arb. 1990., pp.945-947.

راجع بشأن التطور الشكل القانوني لمرفق الاتصالات ما سبق ص ٢٢٤ هامش (٣).

(٣) راجع :

D. Foussard, Le décret n° 2000-764 du 1^{er} août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage, Rev.arb. 2000., pp.665-667.

المطلب الثاني

الاتفاقيات الدولية

لقد صادقت الدول محل الدراسة على عدد من الاتفاقيات الدولية التي زادت من فرص لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في المجال الدولي. وهو ما يثير تساؤلاً عن الدور الذي تلعبه هذه الاتفاقيات في إزالة الحظر الوارد في القانون الداخلي .

أولاً : الاتفاقيات الدولية المؤيدة لخضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي

تمنح الاتفاقيات الدولية عادة سواء الثنائية منها bilatéral أو متعددة الأطراف multilatéral القدرة على إبرام اتفاقات التحكيم في المجال الدولي.

ومن بين الاتفاقيات الثنائية التي يمكن أن نشير إليها في هذا المقام، الاتفاقية المبرمة بين فرنسا وإيطاليا في ١٤ من مارس عام ١٩٥٣ المتعلقة بنفق Mont-Blanc (المادتين ١٦، ١٧) ^(١). وكذلك اتفاقية Gantorbéry المبرمة بين فرنسا والمملكة المتحدة (بريطانيا وإيرلندا الشمالية) بتاريخ ١٢ من فبراير عام ١٩٨٦ بهدف إنشاء واستغلال نفق تحت بحر المانش، فقد نصت المادة ١٩ منها على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الدولتين بصدد تفسير أو تطبيق الاتفاقية، أو بين الدولة وصاحب حق الالتزام، أو بين الملتزمين فيما بينهم ^(٢). ومنهم أيضاً الاتفاقية المبرمة بين فرنسا وإسبانيا بتاريخ ١٠ من أكتوبر عام ١٩٩٥ المتعلقة بإنشاء واستغلال الخط الدولي للقطار فائق السرعة TGV (المادة ١٠) ^(٣).

(١) وقد صادقت فرنسا على هذه الاتفاقية بموجب قانون ١٧ من إبريل عام ١٩٥٧ وأدخلت في النظام القانوني الداخلي بمقتضى المرسوم رقم ٦٠ - ٢٠٣ الصادر بتاريخ ٢٠ من فبراير عام ١٩٦٠.

(٢) وقد صادقت فرنسا على هذه الاتفاقية بموجب قانون ١٥ من يونيو عام ١٩٨٧ وأدخلت في النظام القانوني الداخلي بمقتضى المرسوم رقم ٨٧ - ٧٥٧ الصادر بتاريخ ٩ من سبتمبر عام ١٩٨٧.

(٣) وقد صادقت فرنسا على هذه الاتفاقية بموجب قانون ٢١ من أكتوبر عام ١٩٩٧ وأدخلت في النظام القانوني الداخلي بمقتضى المرسوم رقم ٩٨ - ٩٨ الصادر بتاريخ ١٦ من فبراير عام ١٩٩٨.

وفيما يتعلق بالاتفاقيات متعددة الأطراف، فيمكن أن نشير بداءة إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة بتاريخ ١٠ من يونيو عام ١٩٥٨. صحيح أن هذه الاتفاقية تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إلا أنها تمس بطريقة غير مباشرة قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم الدولي^(١).

فقد حددت المادة ١/١ من الاتفاقية نطاق سريان القواعد التي تضمنتها على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير الدولة التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، كما يسرى نطاقها كذلك على الأحكام التي لا تعتبر وطنية في الدولة التي يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها.

ثم جاءت بعد ذلك الفقرة الثالثة من ذات المادة وأوردت تحفظاً يجيز لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أن تصرح أنها ستقصر الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لمفهوم قانونها الوطني.

ويستفاد من نص المادة ٣/١ سالف الذكر أن اتفاقية نيويورك قد تبنت موقفاً سلبياً بشأن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث إنها أعطت للدول المتعاقدة الحق في أن تعلن أنها ستقصر نطاق تطبيق الاتفاقية فقط على المسائل التي تعتبر تجارية طبقاً لمفهوم قانونها الوطني.

وبالفعل استخدمت فرنسا هذا الحق وقصرت نطاق تطبيق الاتفاقية على المسائل التجارية^(٢)، إلا أنها عادت وتنازلت عن هذا التحفظ بموجب الخطاب الذي أرسلته الحكومة الفرنسية إلى الأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ ١٧ من نوفمبر عام ١٩٨٩^(٣).

(١) فقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية على أنه : " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية والمتعلقة بمسألة قابلة لتسويتها بطريق التحكيم ".
(٢) انظر :

L. Boy, L'arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales de droit public en droit français, (Contribution de droit économique), RIDE 1992., p.99., spéc, p.115.

(٣) راجع :

Ph. Fouchard, La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la convention de New York, Rev.arb. 1990., pp.571-583.

وبالتالي، يثار التساؤل عن النطاق الموضوعي لتطبيق اتفاقية نيويورك بعد أن تنازلت فرنسا عن التحفظ الذي سبق أن أبدته، فهل يشمل بجانب المنازعات التي تدخل تحت إطار القانون الخاص المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية؟

وفقاً لاتجاهات القضاء العادي المستخلص من حكمين *Bec Frères* و *Icori* ^(١) فإنه يجوز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية طالما كانت هذه العقود مرتبطة بعمليات اقتصادية يترتب عليها حركة أموال وخدمات أو مدفوعات عبر الحدود.

غير أن هذا الاتجاه يصعب تصور اتباعه من قبل مجلس الدولة الذي يرفض أن يتعلق العقد الإداري بعمليات التجارة الدولية. وبالتالي إذا ما عرض على القاضي الإداري أمر بتنفيذ حكم تحكيم صادر بشأن منازعة ناشئة عن عقد إداري، فإنه يستطيع أن يرفض الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم لصدوره في منازعة لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم بشأنها تطبيقاً لنص المادة ٥/٢ أ من اتفاقية واشنطن ^(٢).

وبجانب اتفاقية نيويورك، فإنه توجد بعض الاتفاقيات متعددة الأطراف التي زادت من فرص لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم، أهمها : اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ ٢١ من إبريل عام ١٩٦١، واتفاقية واشنطن المبرمة بتاريخ ١٨ من مارس عام ١٩٦٥.

١ - اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ ٢١ من إبريل عام ١٩٦١

انطلاقاً من هدف تعزيز التحكيم في مجال التجارة الدولية، وإيماناً بأهمية الدور الذي يؤديه في تنمية التجارة بين الدول، تم وضع الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في عام ١٩٦١ بعد ست سنوات من العمل الدائم للجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة، وذلك على أثر الاجتماع الذي انعقد في جنيف بين ممثلي ٢٢ دولة ^(٣).

(١) راجع سابقاً ص ٣٤٠ وما بعدها.

(٢) تنص المادة ٥/٢ أ على أنه : " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن قانون هذا البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم " .

(٣) راجع للمزيد من التفاصيل :

وقد نصت المادة ١/١/أ من هذه الاتفاقية على سريان أحكامها على اتفاقات التحكيم المبرمة من أجل تسوية النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية، لهم – في لحظة إبرام الاتفاقية – محل إقامة معتاد أو مركز أعمال في دول متعاقدة أخرى.

ونصت المادة الثانية على أنه : " ١ – في الحالات المحددة في الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه الاتفاقية فإن الأشخاص المعنوية التي تعد وفقاً للقانون المطبق عليها من الأشخاص المعنوية العامة، لهم القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة. ٢ – في لحظة التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية، يمكن لكل دولة أن تصرح بتحديد هذه القدرة [قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم] ضمن الشروط المحددة في التصريح."

ويستفاد من نص المادة الثانية سאלفة الذكر الآتي :

أولاً : لقد وضعت الفقرة الثانية في اعتبارها أحكام التشريعات الوطنية لبعض الدول – كفرنسا – والتي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، حيث إنها أعطت الحق لكل دولة – عند توقيعها أو تصديقها على الاتفاقية – في أن تحد من قدرة هذه الأشخاص على اللجوء إلى التحكيم^(١).

ثانياً : لقد حددت الفقرة الأولى نطاق سريان أحكام الاتفاقية في المنازعات ذات الطبيعة الدولية. وبالتالي فإن أحكامها لا تسري على المعاملات الداخلية.

ثالثاً : إن اللجوء إلى التحكيم يتعين أن يكون في إطار الشروط الواردة في المادة الأولى، وهي أن تكون المنازعة متعلقة بعمليات التجارة

L. Kopelmanas, La place de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage, AFDI 1961., pp.331-354.

F.-E. Klein, La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Rev.crit. DIP. 1962., pp.621-640.

^(١) ويشير الفقيه Patrikios إلى أن فرنسا لم يصدر عنها أي تحفظ بالنسبة لقدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم .

A. Patrikios, op.cit., p.121., note (86).

الدولية^(٢)، ويستوي أن تجري هذه العمليات بين أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية، ولكن ينبغي أن يكون لهم – في لحظة إبرام الاتفاقية – محل إقامة معتاد أو مركز أعمال في دول متعاقدة أخرى.

وإذا كان نطاق تطبيق اتفاقية جنيف – على ضوء ما سبق – محدود الأثر من حيث طبيعة المنازعة، حيث إنه لا يمتد مجال أعمالها إلا على المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية^(١)، فإن نطاقها محدود أيضاً من الناحية الجغرافية؛ ذلك أن الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية قليلة العدد بالمقارنة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية الأخرى^(٢)، كاتفاقية واشنطن مثلاً.

٢- اتفاقية واشنطن المبرمة بتاريخ ١٨ من مارس عام ١٩٦٥

من أجل العمل على تحقيق التنمية الاقتصادية بين الدول من خلال التشجيع على تدفق الاستثمارات الأجنبية. ونظراً إلى إمكانية نشوب منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة من جانب وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة من جانب آخر، فقد عمل البنك الدولي للإنشاء والتعمير B.I.R.D.^(٣) على إيجاد أداه فعالة لتسوية هذه المنازعات بعيداً عن الإجراءات القانونية الوطنية.

(٢) انظر :

- C.A. de Lyon 1^{re} ch, 4 juillet 1991, sté France-Embryon c/ Sieur Renato Argonauta, JDI 1991., p.1000., note Ph. Kahn.

- Sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Lousanne, 18 novembre 1983, Benteler et autres c/ Etat belge, Rev.arb. 1989., p.339., note D. Hascher.

(١) وهذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى التشكيك في قدرة هذه الاتفاقية على إزالة الحظر الوارد في القانون الداخلي؛ لأنها تعطي للقاضي الإداري سبباً لعدم تطبيقها، وذلك في حالة ما إذا كانت المنازعة متعلقة بعقد إداري والذي يرفض مجلس الدولة الفرنسي أن يتعلق بعملية اقتصادية دولية.

A. Patrikios, op.cit., p.121.

(٢) ويشير الفقيه Ribs إلى الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية، وهم : النمسا، بلغاريا، كوبا، فرنسا، بوركينافاسو، المجر، بولونيا، جمهورية ألمانيا الاتحادية، بلوروسيا، أوكرانيا، الاتحاد السوفيتي، رومانيا، تشيكوسلوفاكيا، يوغسلافيا.

راجع :

J. Ribs, Les personnes morales de droit public et l'arbitrage en droit français, in Le rôle de l'État dans le développement de l'économie, Approches nationales, Bruylant 1997., p.654., spéc, p.660.

(٣) اختصاراً لاسم البنك بالفرنسية :

la Banque Internationale pour la Reconstruction et Développement.

فتم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى C.I.R.D.I.^(٤) بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة في ١٨ من مارس عام ١٩٦٥، وحدد اختصاصاته بمقتضى نص المادة ٢٥ من هذه الاتفاقية في المنازعات الناشئة عن مباشرة أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة.

وقد لاقت هذه الاتفاقية نجاحاً كبيراً وإقبالاً واسعاً من مختلف الدول للانضمام إليها؛ ففي عام ١٩٩٢ بلغ عدد الدول المنضمة إليها ١١٠ دولة؛ ٩٨ دولة صادقت عليها، و ١٢ دولة وقعت عليها فقط^(١)، وفي نهاية عام ١٩٩٧ أصبح عدد الدول ١٤٣ دولة منهم ١٤ دولة موقعة فقط^(٢)، وفي عام ٢٠٠٠ بلغ عدد الدول ١٤٧ دولة منهم ١٦ دولة موقعة فقط^(٣).

ولقد نصت المادة ١/٢٥ من هذه الاتفاقية على أنه : " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات القانونية التي تنشأ عن مباشرة أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو أحد الجماعات العامة أو أحد الهيئات التي تعينها الدولة) وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويلزم أن يوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز. وعندما يعطي الطرفان موافقتهم، لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة ".

(٤) اختصاراً لاسم المركز بالفرنسية :

le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.

(١) راجع :

Rev.arb. 1992., p.506.

(٢) راجع :

E. Gaillard, Chronique des sentences arbitrales CIRDI, JDI 1998., p.241., spéc, p.243.

(٣) وفيما يتعلق بالدول محل الدراسة، فقد وقعت عليها فرنسا في ٢٢ من ديسمبر عام ١٩٦٥، وصادقت عليها في ٢١ من أغسطس عام ١٩٦٧، ودخلت حيز التنفيذ في ٢٠ من سبتمبر عام ١٩٦٧. ووقعت عليها مصر في ١١ من فبراير عام ١٩٧٢، وصادقت عليها في ٣ من مايو عام ١٩٧٢، ودخلت حيز التنفيذ في ٢ من يونيو عام ١٩٧٢. ووقعت عليها دولة الكويت في ٩ من فبراير عام ١٩٧٨، وصادقت عليها في ٢ من فبراير عام ١٩٧٩، ودخلت حيز التنفيذ في ٤ من مارس عام ١٩٧٩. ووقعت عليها المملكة العربية السعودية في ٢٨ من سبتمبر عام ١٩٧٩، وصادقت عليها في ٨ من مايو عام ١٩٨٠، ودخلت حيز التنفيذ في ٧ من يونيو عام ١٩٨٠. ووقعت عليها دولة الإمارات العربية المتحدة في ٢٣ من ديسمبر عام ١٩٨١، وصادقت عليها في ذات التاريخ، ودخلت حيز التنفيذ في ٢٢ من يناير عام ١٩٨٢. ووقعت عليها سلطنة عمان في ٥ من مايو عام ١٩٩٥، وصادقت عليها في ٢٤ من يوليو عام ١٩٩٥، ودخلت حيز التنفيذ في ٢٣ من أغسطس عام ١٩٩٥. ووقعت عليها البحرين في ٢٢ من سبتمبر عام ١٩٩٥، وصادقت عليها في ١٤ من فبراير عام ١٩٩٦، ودخلت حيز التنفيذ في ١٥ من مارس عام ١٩٩٦.

Rev.arb. 2000., pp.167-171.

ووفقاً لنص هذه المادة، فإنه يلزم توافر عدة شروط لجعل الاختصاص معقوداً للمركز الدولي لتسوية المنازعات، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى نوعين؛ ذاتية، وموضوعية :

أ - الشروط الذاتية

وتتمثل هذه الشروط في : وجود شخص معنوي عام كطرف في النزاع ومستثمر من مواطني دولة أخرى متعاقدة، واختلاف جنسية الأطراف، ووجود قاعدة الرضا.

١/أ - أن يكون طرفا النزاع شخصاً معنوياً عاماً ومستثمر من مواطني دولة أخرى متعاقدة

يلزم لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن يكون طرفا النزاع دولة ما أو أحد الجماعات العامة أو أحد الهيئات التي تعينها هذه الدولة من جهة ومستثمر من مواطني دولة أخرى متعاقدة من جهة أخرى. وبالتالي لا يختص المركز بالمنازعات التي تثور بين الدول، أو بين الأفراد الخاصة حتى لو تعلق النزاع القائم بينهم بمباشرة أحد الاستثمارات^(١).

ومن الجدير بالذكر أن المشروع التمهيدي لاتفاقية واشنطن كان يتجه إلى قصر اختصاص المركز على المنازعات التي تكون طرفها الدولة دون غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى. غير أنه أثناء الاجتماع التحضيري الذي عقد في أديس أبابا في الفترة من ١٦ إلى ٢٠ من ديسمبر عام ١٩٦٣ تلاحظ أن هناك العديد من الحالات تباشر فيها الاستثمارات ليس عن طريق الدولة نفسها، وإنما بواسطة أشخاص عامة أخرى، كالمؤسسات العامة أو أحد الهيئات التي تنشئها الدولة خصيصاً لمباشرة عمليات الاستثمار، مما قد يؤدي إلى استبعاد حالات عديدة من اختصاص المركز^(٢).

(١) انظر :

R. Kovar, La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, in Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, éd A. Pedone 1969., p.25., spéc, p.39.

(٢) راجع :

وقد خولت اتفاقية واشنطن للدول الأعضاء تحديد الكيانات القانونية التابعة لها والتي يرخص لها باللجوء إلى التحكيم أمام المركز، وهذا ما يستفاد من نص المادة ١/٢٥ السابق بيانها، وأيضاً من نص المادة ٣/٢٥ والتي جرى نصها على النحو التالي : " إن رضا أحد الجماعات العامة أو أحد الهيئات التابعة للدولة باختصاص المركز يقتضي إقرار الدولة المتعاقدة، إلا إذا أخطرت هذه الدولة المركز بأنه لا حاجة لمثل هذا الإقرار " .

أ/٢ - اختلاف جنسية الأطراف

يلزم لانعقاد اختصاص المركز أن يحمل المستثمر (في حالة كونه شخصاً طبيعياً) جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع، وذلك في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على إحالة النزاع القائم بينهما إلى التحكيم، وكذلك أيضاً في التاريخ الذي سجل فيه طلب التحكيم، وفي حالة كون المستثمر من مزدوجي الجنسية؛ أي أنه يحمل – في ذات الوقت – جنسية الدولة الطرف في النزاع وجنسية دولة أجنبية أخرى متعاقدة، فلا ينعقد اختصاص المركز في هذه الحالة^(١).

أما إذا كان المستثمر شخصاً معنوياً، فيشترط أيضاً أن يكون له جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع على التحكيم، وفي حالة أن كانت له جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، فيجوز أن ينعقد اختصاص المركز شريطة أن يتفق الطرفان على أن يعامل هذا الشخص المعنوي لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت له جنسية دولة متعاقدة أخرى^(٢).

أ/٣ - وجود قاعدة الرضا^(٣)

J.-D. Roulet, La convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Annuaire Suisse de droit international 1965, p.121, spéc, p.138.

(١) المادة ٢/٢٥ من الاتفاقية.

(٢) المادة ٢/٢٥ ب من الاتفاقية.

(٣) راجع للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع :

N. Gara, Le consentement de l'Etat à l'arbitrage relatif à l'investissement privé international (Contribution à l'étude des grandes tendances dégagées de la jurisprudence du CIRDI), thèse, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis 2000-2001.

يستند اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات إلى قاعدة الرضا، وهذا يعني ضرورة توافر رضا الدولة – شأنها في ذلك شأن المستثمر – بنظام هذا المركز واختصاصه؛ فتصديق دولة ما على هذه الاتفاقية لا يعني قبولها – بطريقة تلقائية – لاختصاص المركز في كافة منازعاتها المتعلقة بالاستثمار، بل يلزم أن تعطي موافقتها بصدد كل حالة على حدة.

وقد استلزمت المادة ١/٢٥ من الاتفاقية أن يفرغ هذا الرضا في شكل كتابي، ولا يشترط أن يرد في ذات الوثيقة القانونية المحررة بين الدولة والمستثمر (عقد الاستثمار)، بل يمكن أن يستفاد من نصوص القانون الداخلي لهذه الدولة، وكذلك أيضاً من اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها مع غيرها من الدول.

فالممارسات العملية تكشف عن أن رضا الدولة بقبول التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد يأخذ شكل شرط تحكيم مدرج في عقد الاستثمار، أو أن يرد في نص قانوني داخلي؛ بمعنى أن تشير الدولة في نصوص قانونها الداخلي إلى اعتماد تحكيم المركز لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار وهي في ذلك تقوم بدور الموجب (إيجاب مفتوح)، ويقوم المستثمر بدور القابل ويعبر عن قبوله هذا كتابة^(١)، أو أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار الثنائية منها أو متعددة الأطراف نصوصاً تتعلق بحسم المنازعات التي قد تنشأ بين دولة عضو في الاتفاقية ومستثمر من رعايا دولة أخرى طرف في الاتفاقية أمام مركز تسوية المنازعات^(٢).

ويجب أن يقع الرضا قبل عقد الاختصاص للمركز، وهذا ما يستفاد من نص المادة ٢/٣٦ من الاتفاقية والتي جرى نصها كالتالي : " يجب أن يشتمل طلب التحكيم على معلومات عن موضوع النزاع، وعلى تعريف بهوية الأطراف، وعلى رضاهم بقبول التحكيم (....) ".

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه إذا لم يكن الطرف الممثل للدولة في عقد الاستثمار هو الحكومة ذاتها، وإنما أحد الأشخاص المعنوية العامة،

(١) انظر في هذا المعنى : د. عصام الدين القسبي : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص ٦٩.

(٢) انظر :

فإنه يلزم بجانب توافر رضا هذا الشخص المعنوي بنظام المركز واختصاصه، أن تقر الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي هذا الرضا ما لم تخطر هذه الدولة المركز بأنه لا حاجة لمثل هذا الإقرار^(٣).

وتكتسب قاعدة الرضا بمجرد تحققها حصانة مطلقة^(١)، فلا يجوز لأحد من الطرفين أن يسحب رضائه بقبول التحكيم أمام المركز بغير إذن الطرف الآخر^(٢).

ويترتب على وجود قاعدة الرضا بعض الآثار القانونية الهامة نوجزها على النحو التالي :

- إن اتفاق الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم وفقاً لأحكام اتفاقية واشنطن يأخذ شكل التعهدات أو الالتزامات الدولية نتيجة ارتباط ذلك بمعاهدة دولية مبرمة بين الدول^(٣).

- يترتب على موافقة الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار استبعاد سائر سبل حل المنازعات الأخرى، إلا إذا نص على غير ذلك^(٤).

- يترتب على رضا المستثمر بقبول التحكيم أمام المركز عدم جواز قيام الدولة التي يحمل جنسيتها بمنحه الحماية الدبلوماسية أو ما يعرف بشرط كالفو^(٥)، أو أن تقوم هذه الدولة بمطالبة دولية بالنسبة للنزاع الذي اتفق هذا المستثمر على طرحه على التحكيم، إلا إذا لم تحترم الدولة الأخرى المتعاقدة حكم المحكمين الصادر في النزاع أو لم تنفذه^(٦).

ب - الشرط الموضوعي

(٣) المادة ٣/٢٥ من الاتفاقية.

(١) راجع للمزيد من التفاصيل :

N. Gara, op.cit., pp.22 et s.

(٢) المادة ١/٢٥ من الاتفاقية.

(٣) انظر :

R. Kovar, art.préc., p.49.

(٤) المادة ٢٦ من الاتفاقية.

(٥) راجع لاحقاً ص ٥٤٠ هامش (٣).

(٦) المادة ١/٢٧ من الاتفاقية.

وفقاً للمادة ١/٢٥ من الاتفاقية فإن اختصاص مركز تسوية المنازعات لا يستتبع إلا حال نشوب منازعة قانونية تتعلق بمباشرة أحد الاستثمارات، ومن ثم لا يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات الأخرى التي لا تتوافر فيها صفة الاستثمار.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا المقام أنه إذا كانت اتفاقية واشنطن قد حددت نطاق تطبيقها في المنازعات المتعلقة بالاستثمار، إلا أنها لم تعط – على الجانب الآخر – تعريفاً محدداً لهذا المصطلح^(١). وبالتالي يثار التساؤل عن الطرق التي يمكن من خلالها تكييف العملية بأنها من قبيل العمليات المتعلقة بالاستثمار ؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل يشير بعض الفقهاء^(٢) إلى طريقتين يمكن من خلالهما التعرف على ما إذا كانت العملية تتوافر فيها صفة الاستثمار من عدمه.

الطريقة الأولى : التكييف المباشر بواسطة الأطراف، وهو يأخذ إما شكل التكييف الصريح *qualification expresse*، ويتحقق في حالة ما إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً يشير إلى أنه من قبيل عقود الاستثمار، وإما أن يأخذ شكل التكييف الضمني *qualification implicite*، ويتحقق في حال تضمن العقد شرطاً يقضي بإحالة المنازعات الناشئة عنه إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار C.I.R.D.I.

الطريقة الثانية : الاستناد إلى التكييف الوارد في اتفاقيات الاستثمار الثنائية أو متعددة الأطراف، حيث يمكن التعرف من خلال هذه الاتفاقيات على بعض الأعمال التي تتوافر فيها صفة الاستثمار، ومن ذلك اتفاقية تونس – بريطانيا والتي اتبعت أسلوب التحديد البياني لمجموعة من الأموال المتجانسة وأضفت عليها صفة الاستثمار، واتفاقية تونس – رومانيا والتي أضفت صفة الاستثمار على الأعمال التي تأخذ المظهر الاقتصادي.

(١) ومن الجدير الإشارة إليه أن بعض الفقهاء قد تشكك في قدرة هذه الاتفاقية على اختراق مبدأ الحظر الوارد في القانون الوضعي الفرنسي، على اعتبار أن هذه الاتفاقية قد حددت نطاق سريانها على المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، ولم تعط تعريفاً محدداً لهذا المصطلح، وبالتالي يستطيع القاضي الإداري تجنب إضفاء صفة الاستثمار على العقد المطروح أمامه لكي يبطل شرط التحكيم الوارد فيه.

A. Patrikios, op.cit., pp.121 et s.

(٢) انظر للمزيد من التفاصيل حول هاتين الطريقتين، وكذلك الانتقادات الموجهة إليهما :

N. Gara, op.cit., pp.377-383.

وإذا كانت الاتفاقيات السابق بيانها قد أدت دوراً هاماً في منح الأشخاص المعنوية العامة حق اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فهل يمكن لهذه الاتفاقيات – وتبعاً لذلك – أن تلعب دوراً بارزاً في إزالة الحظر الوارد في القانون الوضعي الداخلي؟ والإجابة على هذا التساؤل ستكون من خلال الموضوع التالي.

ثانياً : قدرة الاتفاقيات الدولية على اختراق قاعدة الحظر الواردة في القانون الوضعي الداخلي

لقد سبق أن طرحنا تساؤلاً عن الدور الذي يمكن أن تلعبه الاتفاقيات الدولية في إزالة المنع الذي فرضه القانون الوضعي الداخلي على الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وقبل وضع إجابة محددة على هذا التساؤل، فإنه ينبغي أولاً وقبل كل شيء أن نتعرض للعلاقة القائمة بين القانون الاتفاقي والقانون الداخلي من حيث من يكون له أولوية التطبيق عند تعارض أحكام كل منهما، ثم نبين بعد ذلك الدور الذي يمكن أن تلعبه الاتفاقيات الدولية في إزالة الحظر الوارد في القانون الداخلي.

١ - المرتبة التي تحتلها الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي

لقد منحت المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨^(١) للاتفاقيات الدولية قيمة قانونية أعلى من تلك التي تتمتع بها القوانين العادية. وهو الحكم الذي سبق أن قرره دستور ١٩٤٦ في المادتين ٢٦ و ٢٨^(٢).

وبالرغم من أخذ المادة ٥٥ سالف الذكر بمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على أحكام القانون الداخلي، إلا أن فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي ظل مخلصاً لفترة طويلة من الزمن لاتجاهه الذي يقوم على الأخذ بالتفسير

(١) وفي ذلك تنص المادة ٥٥ على أنه :

" les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ".

(٢) انظر :

الضيق لنص هذه المادة، حيث قصر نطاق تطبيق مبدأ سمو على الحالات التي يكون فيها التشريع سابقاً على صدور الاتفاقية الدولية^(٣).

أما في الحالات التي يكون فيها التشريع لاحقاً على صدور الاتفاقية الدولية، ووجد تعارض في أحكام كل منهما، فقد رفض مجلس الدولة تطبيق مبدأ سمو على هذه الحالات واعتبارها من المسائل التي تدخل في نطاق رقابة الدستورية، ولا تدخل في اختصاصه القضائي، وذلك من منطلق أن القاضي الإداري غير مختص بتقدير مدى مطابقة القانون الجديد مع أحكام الاتفاقيات الدولية^(١).

غير أنه ونتيجة لتطور قرارات المجلس الدستوري بشأن مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية، والتي يمكن أن ننتبها على النحو التالي :

ففي البداية رفض المجلس الدستوري وضع الاتفاقيات الدولية ضمن المصادر التي يعتمد عليها لإجراء الرقابة على دستورية القوانين، حيث أعلن صراحة في قراره الصادر بتاريخ ١٥ من يناير عام ١٩٧٥ بأنه لا ينظر ما إذا كانت القوانين تحترم الاتفاقيات أم لا، ووضع مبدأ قوامه أن القانون الجديد المخالف لأحدى الاتفاقيات الدولية لا يعني بالضرورة أنه مخالف للدستور^(٢).

وفي قراره الصادر بتاريخ ٣ من سبتمبر عام ١٩٨٦ أكد المجلس الدستوري على ضرورة احترام مبدأ سمو المعاهدة على التشريع والمنصوص عليه في المادة ٥٥ من الدستور، وقرر أن هذا المبدأ يفرض نفسه حتى في حالة سكوت القانون le silence de la loi، ووجه نظر

(٣) انظر على سبيل المثال :

- C.E., 15 mars 1972, Dame veuve Sadok Ali née Mécheri Zoulihha bent Mohamed, Rec., p.213.

- C.E., 30 janvier 1981, Jacquesson, Rec., p.39.

(١) انظر على سبيل المثال :

- C.E., 1^{er} mars 1968, Syndicat général des Fabricants de semoules de France, Rec., p.149.

- C.E., 22 octobre 1979, Union Démocratique du Travail, Rec., p.384; RDP 1981., p.531., concl. M.-D. Hagelsteen.

(٢) راجع :

C.C., N° 74-54 DC du 15 janvier 1975, RDP 1975., p.185., comm. L. Favoreu et L. Philip; JDI 1975., p.249., note D. Ruzié.

مختلف قطاعات الدولة إلى ضرورة الاعتناء بتطبيق المعاهدات الدولية في الإطار الذي يمتد إليه نطاق تطبيقها^(٣).

وعلى ذات منوال تطوره، طبق المجلس الدستوري كقاضي انتخابات juge électoral ، مبدأ سمو المعاهدات الدولية في قراره الصادر بتاريخ ٢١ من أكتوبر عام ١٩٨٨ ، حيث استبعد تطبيق أحكام قانون مخالف لإحدى نصوص معاهدة دولية^(١).

وعلاوة على استقرار القضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض على الأخذ بهذا المبدأ حتى لو كان القانون لاحقاً على الاتفاقية، ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ من مايو عام ١٩٧٥ والذي أقرت فيه بصفة مطلقة المبدأ المنصوص عليه في المادة ٥٥ من الدستور، حيث رفضت تطبيق نص قانوني داخلي لاحق على صدور اتفاقية روما لعام ١٩٧٥ يتعارض أحكامه مع نص هذه الاتفاقية^(٢).

فقد عدل مجلس الدولة في حكمه الصادر في قضية Nicolo بتاريخ ٢٠ من أكتوبر عام ١٩٨٩ عن اتجاهه الذي يقوم على طرح مبدأ سمو الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي، وذلك في حالة ما إذا كان هذا القانون لاحقاً على صدور الاتفاقية، وهذا ما يستفاد بقوله : إن القانون الصادر بتاريخ ٧ من يوليو عام ١٩٧٧ بشأن انتخاب ممثلي فرنسا في البرلمان الأوروبي لا يتعارض أحكامه مع معاهدة روما المبرمة بتاريخ ٢٥ من مارس عام ١٩٧٥^(٣).

(٣) راجع :

C.C., N° 86-216 DC du 3 septembre 1986, JDI 1987., p.289., note R. Pinto; RDP 1989., p.399., comm. L. Favoreu.

(١) راجع :

C.C., N° 88-1082/1117 DC du 21 octobre 1988, Assemblée nationale Val d'Oise, 5^e circonscription, RFDA 1988., p.908., note B. Genevois; AJDA 1989., p.128., note P. Wachsmann.

(٢) راجع :

C. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, sté des café Jacques Vabre, JDI 1975., p.802., note D. Ruzié; Rev.crit. DIP 1976., p.347., note J. Foyer et D. Holleaux.

(٣) راجع :

C.E., 20 octobre 1989, Nicolo, in GAJA, op.cit., p.732; Rec., p.190., concl. P. Frydman; RDP 1990., p.801., note J.-F. Touchard; JDI 1990., p.5., chron. J. Dehaussy; Rev.crit. DIP 1990., p.139., note P. Lagarde.

وبذلك، ينضم مجلس الدولة إلى اتجاه كل من المجلس الدستوري ومحكمة النقض بشأن الأخذ بالتفسير الواسع لنص المادة ٥٥ من الدستور، مقرأً بمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية بصفة مطلقة، ومعترفاً للاتفاقية الدولية بقيمة قانونية أعلى من قيمة القوانين العادية حتى لو كانت هذه القوانين لاحقة عليها. وبالتالي إذا ما صدر قانون جديد يتعارض أحكامه مع اتفاقية دولية، فتكون لهذه الاتفاقية الغلبة في التطبيق.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الذي أخذ به الدستور الفرنسي قد تبنته دساتير جانب من دول مجلس التعاون الخليجي التي أخذ قانونها الوضعي بعدم مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، حيث أعطت هذه الدساتير للاتفاقيات الدولية قيمة قانونية أعلى من القيمة التي تتمتع بها القوانين العادية^(١).

فقد نصت المادة ١٧٧ من دستور الكويت الصادر عام ١٩٦٢ على أنه : " لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به الكويت مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقات ".

وتنص المادة ١٤٧ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٧١ على أنه : " لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به الإمارات الأعضاء في الاتحاد مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات أو اتفاقيات، ما لم يجر تعديلها أو إلغاؤها بالاتفاق بين الأطراف المعنية ".

٢ - قدرة الاتفاقيات الدولية على إزالة الحظر الوارد في القانون الداخلي

لقد كانت هذه المسألة محل بحث من جانب مجلس الدولة الفرنسي، وذلك بمناسبة تعرضه لمدى مشروعية إدراج شرط التحكيم في العقد المزمع إبرامه مع شركة والت ديزني الأمريكية تطبيقاً لاتفاقية واشنطن المبرمة بتاريخ ١٨ من مارس عام ١٩٦٥.

إذ إنه بالرغم من أن العقد المذكور كانت له صفة عقود الاستثمار^(٢)، علاوة على وجود الشخص المعنوي العام التابع للدولة المتعاقدة (فرنسا)

(١) ومن الدول التي أخذت بالاتجاه المصري الذي يقوم على منح الاتفاقيات الدولية ذات مرتبة القوانين العادية، سلطنة عمان حيث تنص المادة ٧٦ من المرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ بإصدار النظام السياسي للدولة على أنه : " لا تكون للمعاهدات والاتفاقيات قوة القانون إلا بعد التصديق عليها (...) " .

(٢) راجع بشأن هذا التكييف :

كطرف في العقد من ناحية، ووجود الشركة الأمريكية وهي من رعايا دول أجنبية أخرى متعاقدة من ناحية أخرى، وبالرغم من انضمام كل من فرنسا والولايات المتحدة لهذه الاتفاقية، فإنه تمشياً مع أحكام اتفاقية واشنطن لا يوجد ما يمنع من إدراج شرط التحكيم في هذا العقد، خاصة أن الدستور الفرنسي - كما سبق الذكر - يضع الاتفاقيات الدولية في مرتبة أعلى من مرتبة القوانين الداخلية، إلا أن مجلس الدولة قرر في فتواه - السابق الإشارة إليها - أن هذه الاتفاقية لا تؤثر بأية حال على عدم قدرة الأشخاص العامة الفرنسية في اللجوء إلى التحكيم؛ ذلك أن هذه الاتفاقية تقتصر فقط على تنظيم طرق تسوية المنازعات التي يقرر الأطراف إخضاعها لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى^(١).

ويؤيد مفوض الدولة Ribs^(٢) هذا الاتجاه، حيث يذكر أن اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمختص بنظر المنازعات القانونية التي تنشأ عن مباشرة أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو أحد الجماعات العامة أو أحد الهيئات التي تعينها الدولة) وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة لا تحمل أية نتائج بالنسبة لمبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم؛ ذلك أن اختصاص هذا المركز ليس إجبارياً، فديباجة اتفاقية واشنطن لم تلق على عاتق الدولة الموقعة أي التزام بعرض منازعاتها على المركز بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية، بل استلزمت رضائها بصدد كل حالة على حدة.

ويستفاد مما سبق أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعط للاتفاقيات الدولية دوراً فعالاً في خرق قاعدة الحظر التي وضعتها المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني بالرغم من تمتع الاتفاقيات الدولية بقيمة أعلى من القوانين الداخلية،

(١) ولقد وردت عبارات الفتوى كالتالي :

" D'autre part, la Convention de Washington (.....) se borne à organiser les modalités de règlement de litiges que les parties à un différend ont décidé de soumettre au << centre international pour règlement des différends relatifs aux investissements >>, n'emporte aucune conséquence quant à la possibilité de compromettre d'une personne publique française ".

C.E. Avis., 6 mars 1986, préc.

(٢) راجع :

J. Ribs, Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, art.préc., n° 19/D.

وأن المعول عليه في إزالة الحظر المفروض على الأشخاص العامة هو القانون الوطني.

وهذا ما عبر عنه مفوض الدولة Ribs بقوله : " حتى لو اعتبرنا أن اتفاقية واشنطن تتمتع بقيمة قانونية أعلى من القوانين الوطنية، فإن مداها لا يؤثر على مبدأ حظر لجوء الجماعات العامة الفرنسية إلى التحكيم في غير المنازعات التي ينص عليها صراحة القانون الفرنسي " ^(١).

في الواقع إنه إذا كان من الصحيح أن المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني قد تبنت - وهي في سبيلها لوضع قاعدة حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم - معياراً عضوياً يتعلق بأطراف النزاع، إلى جانب أنها وضعت هذه القاعدة دون التفريق بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، إلا أن المادة ٢/١ من اتفاقية واشنطن قد أجازت لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم ^(٢)، وهو ما أكدته المادة ١/٢٥ من الاتفاقية المذكورة والسابق بيانها. وبالتالي وتمشياً مع قضاء مجلس الدولة الصادر في قضية Nicolo، فإنه لا يوجد ما يمنع من استبعاد قاعدة الحظر التي تبنتها المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني لصالح أعمال اتفاقية واشنطن على اعتبار أنها تتمتع بقيمة قانونية أعلى من القوانين الداخلية. وهذه النتيجة قد انتهت إليها بالفعل فتوى مجلس الدولة المذكورة، حيث قررت إمكانية استبعاد قاعدة الحظر الواردة في القانون الداخلي بموجب اتفاقية دولية مدرجة في النظام القانوني الداخلي ^(٣). غير أن الفتوى قد حادت عن هذه

^(١) وفي هذا الصدد يذكر :

" Dès lors, même si cette convention peut être considérée comme d'une valeur juridique supérieure à la loi nationale, sa portée est telle qu'elle est sans effet sur cette interdiction qui a pour effet de mettre obstacle à ce que les collectivités publiques françaises soumettent à l'arbitrage, même organisé dans le cadre international résultant de la convention de Washington, d'autres différends que ceux que la loi française a expressément prévus ".

Ibidem.

^(٢) تنص المادة ٢/١ من اتفاقية واشنطن على أنه : " يكون الغرض من المركز تقديم الوسائل اللازمة لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة، عن طريق التوفيق والتحكيم وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية ".

^(٣) وفي ذلك يذهب مجلس الدولة إلى القول إن :

" (...) confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresse ou, **le cas échéant, des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne**, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent

النتيجة، ومرجع ذلك أن هذه الفتوى قد صدرت في الوقت الذي كان فيه قضاء مجلس الدولة الفرنسي – كما سبق أن بينا – يقصر نطاق تطبيق مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على الحالات التي يكون فيها التشريع سابقاً عليها، وفي حالة فتوى والت ديزني كانت المادة ٢٠٦٠ الصادرة في عام ١٩٧٢ لاحقة على اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥. وبالتالي كان من الطبيعي أن يرفض المجلس تطبيق اتفاقية واشنطن. غير أن هذا الوضع قد تغير الآن منذ صدور حكم Nicolo والذي اعترف فيه مجلس الدولة بمبدأ سمو الاتفاقية الدولية على التشريع الداخلي حتى لو كان التشريع لاحقاً عليها.

ويمكن أن نستخلص هذا الاتجاه من خلال الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣ حول الطرق البديلة لحل المنازعات في المواد الإدارية، إذ ذهبت مجموعة العمل في الباب المتعلق بالتحكيم إلى القول : " باستثناء (.....) وأيضاً اتفاقية واشنطن المبرمة في ١٨ من مارس عام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى المتعاقدة، فإن القضاء الإداري لم يقل مطلقاً بأنه يسمح للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم في المجال الإداري " (١).

وذاً الاتجاه يمكن تطبيقه على اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ ٢١ من ابريل عام ١٩٦١، حيث إنها أجازت للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في منازعاتهم المتعلقة بالتجارة الدولية. غير أن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي الرافض لتعلق العقد الإداري بعملية اقتصادية دولية قد يضع عقبة أمام تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وبذلك، تكون فرنسا وغيرها من الدول محل الدراسة والتي أخذت بمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية قد أقرروا بمبدأ التحكيم الدولي في بعض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية والتي تبرم تحت مظلة اتفاقية دولية.

la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges (.....) ".

C.E. Avis., 6 mars 1986, préc.

(١) راجع :

Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, la Documentation française 1993., p.87.

أما بالنسبة لبقية الدول محل الدراسة والتي أعطت للاتفاقيات الدولية قيمة مساوية لقيمة القوانين الوطنية – كسلطنة عمان ^(٢) – فإن الاتفاقيات التي تبرمها في المجال الدولي تكون له قوة القانون بعد التصديق عليها، ومن ثم تصبح جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني الداخلي، وتسمح بالتالي لأشخاص القانون العام بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع ينشأ عن العقود الإدارية التي تبرمها مع الغير والتي تخضع لأحكام الاتفاقية الدولية المنضمة إليها الدولة ^(١).

وباكتمال تناول المطلب الثاني والمخصص لبحث الدور الذي لعبته الاتفاقيات الدولية في منح الأشخاص المعنوية العامة حق اللجوء إلى التحكيم الدولي، ننهي من الباب الثاني – إجمالاً – والمخصص لبحث مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الوطني والدولي. وبالتالي نختم القسم الأول. وننتقل الآن إلى القسم الثاني من الدراسة والمخصص للبحث عن تنظيم قانوني للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ومحاولة التوفيق بين الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم من جهة وبين خصوصية منازعات العقود الإدارية من جهة أخرى.

(٢) انظر سابقاً ص ٣٧٤، هامش (١).

(١) بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن، فقد انضمت بعض دول مجلس التعاون الخليجي إلى بعض اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الدول العربية، ومن ذلك : اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى الموقعة بتاريخ ١٠ من يونيو عام ١٩٧٤ والتي أقرت في المادة الثالثة منها بنظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن مباشرة أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة أو مؤسساتها العامة وبين مواطني الدول العربية الأخرى، وذلك بعض استنفاد طريق التوفيق. ومن الدول المنضمة إليها الكويت. والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتاريخ ٢٧ من نوفمبر عام ١٩٨٠ والتي نصت في المادة ٢٥ منها على أنه : " تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية ". ومن الدول المنضمة إليها دولة الإمارات العربية المتحدة، والبحرين، وسلطنة عمان، وقطر، والكويت.

القسم الثاني

التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم :

لقد تبين من خلال القسم الأول أن التحكيم لم يعد مقصوراً على فض المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص العادية، ولا على منازعات القانون الخاص التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها، وإنما أصبح من المألوف اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

فإذا كان من الصعب حتى وقت قريب تصور وقوع العقود الإدارية في شباك التحكيم، إلا أن ذلك يبدو لنا اليوم شيئاً عادياً ومألوفاً. فالعقود الإدارية أضحت اليوم غنيمة هامة بالنسبة للتحكيم، وبخاصة التحكيم الدولي، وأصبح أمر اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود " خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية في دول العالم الثالث. فلم يعد في مقدور هذه الأنظمة أن ترفض تنظيم التحكيم التجاري الدولي، وإلا أصبحت في معزل عن التطورات الاقتصادية العالمية " (١).

غير أنه من الملاحظ أن الدول محل الدراسة عندما نظمت التحكيم في تشريعاتها الداخلية لم تراع خصوصية منازعات العقود الإدارية، واختلافها عن منازعات القانون الخاص، حيث لم تفرد لتلك المنازعات قانون خاص بها ينظم الجانب الإجرائي والموضوعي لها، وإنما أخضعتها لذات القواعد التي تحكم علاقات الفرد بالفرد.

وبالتالي تهدف الدراسة في هذا القسم إلى عرض وتحليل أهم الجوانب الإجرائية والموضوعية التي أتت بها الشريعة العامة للتحكيم لبيان مدى ملائمة أحكامها مع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

ومن هنا، تنقسم الدراسة في هذا القسم إلى بابين نلقى فيهما الضوء على التنظيم الإجرائي والموضوعي لعملية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك على النحو التالي :

الباب الأول : التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.
الباب الثاني : التنظيم الموضوعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

(١) انظر : د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٢.

الباب الأول

التنظيم الإجرائي

للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

نظراً لغياب التنظيم القانوني المستقل الذي ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وعدم وجود القانون الإجرائي المستقل الذي ينظم إجراءات الدعوى الإدارية في غالبية الدول محل الدراسة، علاوة على ارتباط نظام التحكيم – بصفة أساسية – بالقانون الخاص، فإن كل ذلك ترتب عليه، سيطرة قواعد هذا القانون على التنظيم الإجرائي للتحكيم الإداري، منذ لحظة البدء في إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم.

وهنا تكمن المشكلة والتي ينبغي أن يواجهها كل من الفقه والمشرع والقضاء، وذلك لتعلق الأمر بالمنازعات الإدارية التي تحكمها – إلى حد كبير – قواعد إجرائية تغاير في طبيعتها تلك التي تحكم منازعات القانون الخاص. كما أنه لا يمكن تصور إخضاع منازعات العقود الإدارية التي تستهدف في الأساس تحقيق المصلحة العامة وتتجلى فيها مظاهر السلطة العامة لذات القواعد الإجرائية التي تحكم منازعات عقود القانون الخاص التي تسيطر عليها فكرة المصلحة الخاصة.

وبالتالي تكمن الغاية الأساسية من هذا الباب في محاولة البحث عن تنظيم إجرائي متفرد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية – تكون قاعدته الشريعة العامة للتحكيم – وذلك عن طريق استخلاص بعض المبادئ الإجرائية الواردة في شريعة التحكيم والتي تتلاءم طبيعتها مع طبيعة منازعات العقود الإدارية، واستبعاد غير ذلك من المبادئ التي تتعارض مع طبيعتها.

ومن أجل ذلك، فقد رأيت تقسيم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : إجراءات التحكيم.

الفصل الثاني : حكم التحكيم.

الفصل الأول

إجراءات التحكيم

تبدأ إجراءات التحكيم باتخاذ أحد أطراف النزاع الإجراء الذي وضعه القانون لتحريك سلطة المحكم في الفصل في النزاع^(١)، وهو تحرير صحيفة تتضمن بيانات محددة نص عليها المشرع، أو اتفاق عليها الأطراف^(٢).

ولا شك أن تحريك إجراءات التحكيم يستدعي أولاً تشكيل هيئة التحكيم التي يعهد إليها بمهمة الفصل في النزاع.

وعلى ذلك، تنقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : تشكيل هيئة التحكيم.
المبحث الثاني : إجراءات سير خصومة التحكيم.

(١) لقد حددت المادة ٢٧ من قانوني التحكيم المصري والعُماني ميعاد بدء إجراءات التحكيم في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر. وفي الواقع أن مسلك المشرعين المصري والعُماني منتقد بشدة، حيث إن هذه المادة - كما لاحظ بعض الفقهاء وبحق - قد يترتب عليها بعض المشاكل خاصة إذا كانت هيئة التحكيم لم تكن قد شكلت بعد. ففي هذه الحالة فإنه سوف يتعين على المدعى أن يعلن طلب التحكيم ويطلب معه من المعلن إليه تعيين محكمه، وقد لا يستجيب هذا الأخير، مما يتعين معه اللجوء إلى قضاء الدولة المختص لتعيين محكم، وقد تستغرق الإجراءات وقتاً طويلاً ويحسب كل هذا الوقت من مهلة التحكيم، فلا يبقى أمام المحكمين وقتاً كافياً للحكم في النزاع. لذا فإنه من المتعين أن تبدأ إجراءات التحكيم من تاريخ أول جلسة من جلسات التحكيم بعد التشكيل الكامل لهيئة التحكيم وإخطار الخصوم بموعدها، ومنذ انعقاد أول جلسة تبدأ إجراءات التحكيم.

راجع في هذا المعنى : د. عزمي عبد الفتاح عطية : إجراءات خصومة التحكيم، بحث منشور في الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة من ٦/٣٠ إلى ٢٠٠١/٧/٥، ص ٢١٥.

(٢) وفقاً للمادة ٣٠ من قانون التحكيم المصري، فإنه ينبغي على الطرف الذي يادر في تحريك إجراءات التحكيم أن يرسل إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين خلال الميعاد المتفق عليه بين الأطراف، أو الميعاد الذي تعينه هيئة التحكيم، بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل موضوع النزاع وطلباته وكافة البيانات التي نص اتفاق الأطراف على ذكرها.

ويقوم المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم بإعداد مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى ويوجهها إلى المدعى وإلى جميع أعضاء هيئة التحكيم، ويجوز أن يضمّن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع. ولا يسقط حقه إذا قدم رده خلواً من ذلك، فله إبداء هذه الطلبات في وقت لاحق إذا قدرت هيئة التحكيم وجود ظروف تبرر التأخير. ويجوز للمدعى والمدعى عليه أن يرفقا ما يشاءان من صور الوثائق والمستندات أو يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات التي يعتزمان تقديمها لهيئة التحكيم. ويظل للهيئة الحق في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من طرفي الدعوى.

المبحث الأول

تشكيل هيئة التحكيم

إن أولى المراحل التي تبدأ بها إجراءات التحكيم، مرحلة اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، وتعد هذه المرحلة من أهم مراحل عملية التحكيم؛ ذلك أن حسن سير إجراءات التحكيم وصحتها، ثم صدور حكم التحكيم وعدالته يتوقف على كفاءة وحسن اختيار الشخص القائم عليهما. ومن هنا، فقد قيل – وبحق – إن : " التحكيم تحكمه قاعدة ذهبية مفادها أنه بمقدار قيمة المحكم تكون قيمة التحكيم " ^(١).

وقد أعطت كافة التشريعات – بصفة عامة – الأطراف حرية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، فلمهم أن يحددوا وقت وكيفية هذا الاختيار، كما أن لهم الحق في اشتراط مواصفات خاصة فيهم، وذلك كله مع مراعاة سلسلة من القواعد الآمرة في هذا الصدد.

ولما كان التحكيم – كالقضاء – يقوم على تعارض المصالح بين الخصوم، فإن اتفاق هؤلاء على تشكيل هيئة التحكيم قد يكون أمراً صعب المنال في كثير من الأحيان ^(٢). لذا فقد حرصت كافة التشريعات على إزالة ما يعترض تشكيل هيئة التحكيم من عقبات عن طريق إعطاء القضاء الوطني سلطة التدخل في هذا الشأن بناءً على طلب أحد الأطراف.

ولإيضاح ما سبق، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

- المطلب الأول : تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف.
- المطلب الثاني : تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم.

^(١) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Clay :

" L'arbitrage est gouverné par une règle d'or : << Tant vaut l'arbitre, Tant vaut l'arbitrage >> ".

Th. Clay, op.cit., p.10.

^(٢) راجع : د. رضا السيد عبد الحميد : مسائل في التحكيم، الكتاب الأول " تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة "، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٤ .

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف

لقد اتجهت تشريعات الدول الحديثة إلى إعطاء الحرية الكاملة للأطراف في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم^(١)، وهذا الاتجاه هو نتيجة طبيعية للفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في ترك الحرية لأطرافه في تنظيم إجراءاته، ومنها حريرتهم في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم التي تتولى مهمة الفصل فيما نشب بينهم من نزاعات.

والجدير بالذكر في هذا المقام أن أطراف خصومة التحكيم يقفون على قدم المساواة وهم بصدد ممارستهم لهذا الحق، فلا يجوز لأحد منهم أن ينفرد دون الآخر بتعيين المحكمين. وهذا ما يستفاد من قول محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٧ من يناير عام ١٩٩٢ بأن قاعدة المساواة بين الأطراف في تعيين المحكمين تعتبر من قواعد النظام العام^(٢)، وقول محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ من نوفمبر عام ١٩٩٩ بأن قاعدة المساواة بين الأطراف في تعيين المحكمين تعتبر من القواعد التي يجب أن تحترم سواء في التحكيم الوطني أو الدولي^(٣).

وقد يتفق الأطراف على ضرورة أن يتمتع فمّن يتولى مهمة التحكيم بمواصفات معينة، ويمثل هذا الاتفاق طابع الإلزام سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للقضاء الوطني عندما يقوم بدوره المساعد في تعيين المحكمين؛ فالتحكيم نظام رضائي يعتمد في أساسه على ثقة الأطراف في شخص وعدالة المحكم، وهذا المفهوم الشخصي يصعب تحديده – كما يقرر بعض الفقهاء – " وفقاً لمعايير موضوعية، ومن هذا المنطلق يترك المشرع للأطراف الحرية في اشتراط مواصفات معينة في المحكم " ^(٤).

(١) راجع :

A. Hory, note sous C. Cass. 2^e ch.c, 19 mai 1999, S. Bourey et M. Poincheval ès qual c/ sté scintelle et autre, Rev.arb. 1999., p.593., spéc, p.594.

(2) C. Cass. 1^{re} ch.c, 7 janvier 1992, sté BKMI et Siemens c/ sté Dutco, Rev.arb. 1992., p.470., note P. Bellet.

(3) Paris 1^{re} ch.c, 16 novembre 1999, sté Electricité Nord-Ouest c/ sté Olin Lanctuit, Rev.arb. 2000., p.313. note E. Loquin p.125.

(٤) انظر: د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، د. أحمد قسمت الجداوي : المحكمون، دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دراسة خاصة لطلبة الدراسات العليا بدبلوم التحكيم الذي ينظمه مركز تحكيم حقوق عين شمس، دون ذكر تاريخ النشر، ص٣٠-٣١.

غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل مقيدة بعدة اعتبارات تتعلق إما بشخص المحكم، وإما بطبيعة الوظيفة التي يؤديها. ومن هنا، فقد يتدخل المشرع بنصوص قانونية أمره، ملزماً الأطراف عند قيامهم باختيار وتشكيل هيئة التحكيم بضرورة مراعاة بعض الشروط في هذا الصدد.

أولاً : الشروط الملزمة بحكم القانون

لقد فرضت مختلف التشريعات على الأطراف وهم بصدد اختيار وتشكيل هيئة التحكيم بعض القواعد الآمرة التي يتعين عليهم الالتزام بها، وعدم الخروج على مقتضياتها، وتتمحور هذه القواعد حول :

١ - الأهلية المدنية

لقد أجمعت التشريعات المقارنة على اشتراط أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً^(١)، كامل الأهلية المدنية^(٢)، ويعتبر هذا الشرط من الشروط المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وإن حدث واتفق الأطراف على ما يخالف هذا الشرط فإن اتفاقهم هذا يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام^(٣)، ومن ثم تستطيع المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم أو تنفيذه أن تثير هذا الشرط من تلقاء نفسها^(٤).

(١) إذا كانت أحكام نصوص التشريع المصري، وكذلك نصوص تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي لم تتعرض لهذه المسألة بنص صريح، إلا أن النصوص القانونية الأخرى الواردة فيها توضح بجلاء أن المحكم لابد وأن يكون شخصاً طبيعياً؛ فهذه التشريعات قد تحدثت عن عدم جواز تعيين القاصر أو المحجور عليه أو المحروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو المفلس ما لم يرد إليه اعتباره كمحكم، ومما لا شك فيه أن كل هذه الصفات لا ترد إلا على الشخص الطبيعي دون المعنوي. وهو ما حرص المشرع الفرنسي على التأكيد عليه عندما نص في المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية على أن مهمة التحكيم لا تثبت إلا للشخص الطبيعي كامل الأهلية، وإذا عين اتفاق التحكيم شخصاً معنوياً، فإن هذا الأخير لا يتمتع إلا بسلطة تنظيم عملية التحكيم.

(٢) انظر : المادة ١/١٦ من قانوني التحكيم المصري والعُماني، والمادة ٢٠٦ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ١٧٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ١/١٩٣ من قانون المرافعات القطري، والمادة ٢٣٤ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ٤ من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية ونص المادة ٢ من اللائحة التنفيذية، والمادة ١/١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والفصل ١٠ / ١ من قانون التحكيم التونسي، ونص المادة ٧٤١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، والمادة ٦ / ٢ من قانون التحكيم اليمني.

(٣) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٤) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، د. أحمد قسنت الجداوي : المرجع السابق، ص ٢١-٢٢.

وقد حددت عناصر الأهلية المدنية للمحكم في ضرورة أن يكون بالغاً سن الرشد ^(١)، وألا يكون محجوراً عليه ^(٢)، وألا يكون محروماً من حقوقه المدنية ^(٣).

٢ - الاستقلال والحيادة

إن تحقيق العدالة ليس حكراً على قضاء الدولة ^(٤)، فهناك من الطرق التي تؤدي إلى تحقيقها، وأخص هذه الطرق طريق التحكيم. لذا فلكي نضمن تحقيق العدالة المرجوة بواسطة هذا الطريق ينبغي أن يكون القائم عليها شخص تتوافر فيه بعض الصفات التي تجعل الأفراد يطمئنون إليه وإلى عدالته، وأخص هذه الصفات؛ صفتي الاستقلال والحيادة ^(٥).

^(١) ويرى الفقيه Clay أنه لا يصح أن يختار أحد الأطراف شخصاً قاصراً ليكون محكماً حتى لو كان مأذوناً له بإدارة أمواله.

Th. Clay, op.cit., p.383.

بينما يذهب الفقيهان Vincent et Guinchard إلى عكس ذلك، مقرران أن القاصر المأذون له بإدارة أمواله يجوز له أن يلي مهمة التحكيم. وفي هذا الصدد يذكران :

" Pour être arbitre, il faut avoir le plein exercice des ses droits civils (.....). Un mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut être arbitre (....) ".

J. Vincent, S. Guinchard, op.cit., p.999.

وفي نفس المعنى :

M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., p.154.

^(٢) راجع : د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن : دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار الكتب القانونية ٢٠٠٤، ص ٩٣.

^(٣) فقد حظرت أحكام تشريعات مختلف الدول تعيين شخص محكماً حكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف، أو أشهر إفلاسه، وكل هذا ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

^(٤) انظر في هذا المعنى :

S. Lazareff, L'arbitre est-il un juge ?, in Mélanges offerts à C. Reymond, Litec 2004., p.173., spéc, p.174.

^(٥) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن صفتي الاستقلال والحيادة :

- P.-Y. Tschanz, Indépendance des arbitres en droit Suisse, Rev.arb. 2000., pp.523-535.

- F. Eisemann, Indépendance de l'arbitre, note introductive, in Qualification de l'arbitre international, Symposium du Comité français de l'arbitrage, Paris, 20 novembre 1970, Rev.arb. 1970., p.217-238.

- M. Henry, Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente, Rev.arb. 1999., pp.193-224.

- Ph. Sarraillhé, L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre devant les juges anglais, Rev.arb. 2001., pp.211-227.

- D. Matray et A.-J. Van den berg, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, in Actes du coll. du C.E.P.A.N.I. du 28 mars 2003, Bruylant 2003., pp.86-119.

فالمحكم الذي يلي مهمة نظر منازعة تتعلق بعقد إداري قد يكون متأثراً بعدة عوامل قد تؤثر في حيده واستقلاله^(١)، وترجع هذه العوامل – كما يقرر بعض الفقهاء – إما إلى البيئة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي ينتمي إليها المحكم، وإما إلى هوية الخصوم وموضوع النزاع^(٢). لذا فقد أحسنت التشريعات المنظمة لعملية التحكيم صنفاً حين نصت على إلزامية توافر صفتي الحيادة والاستقلال فيمن يتولى مهمة التحكيم واعتبارهما من أحد الأسباب التي يمكن رد المحكم بمقتضاها.

وإذا كانت حيادة المحكم واستقلاله عن طرفي النزاع تعتبر واحدة من المتطلبات الهامة لنجاح عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، كما تعد ضماناً هاماً لعدم انحراف المحكم وميله إلى طرف على حساب طرف آخر كما صرحت بذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٦ من فبراير عام ١٩٩٩^(٣)، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد : ما هي الوسائل التي نضمن بها تحقيق استقلال المحكم وحيده، وبالتالي ضمان نجاح عملية التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟

(١) ومن الجدير بالذكر أن البعض يميل إلى عدم استخدام الاستقلال والحيادة كمترادين، حيث يرون أن الاستقلال يعتبر ذو مفهوم موضوعي notion objective فهو ينصب على فعل، في حين أن الحيادية تعتبر ذو مفهوم شخصي notion subjective فهي تتعلق بالذهن أو العقل. فالاستقلال ينصب على وقائع مادية ملموسة تتعلق بعلاقة المحكم بالأطراف، فهو يتكون في الأساس من موقف عدم الخضوع أو التبعية لأحد أطراف خصومة التحكيم طوال فترة إجراءات التحكيم، بينما تنصب الحيادية على علاقة المحكم بموضوع النزاع، فيلزم بأن لا يكون متحيزاً لطرف على حساب الطرف الآخر، وألا يتأثر أثناء نظره للنزاع بأراء موضوعة سلفاً، وألا يستسلم لرغباته ونزواته.

راجع :

Ch. Jarroson, Compte rendu de " La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres " 6^e coll. C.C.I.-C.I.R.D.I.-A.A.A, Rev.arb. 1988., p.748., spéc, p.749.

(٢) راجع :

M. Henry, Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente, art.préc., p.195., note (10).

(٣) فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن : " وحيث إن استقلال هيئة التحكيم فيما يصدر عنها من أعمال قضائية ليس استقلالاً دائراً في فراغ، بل يتحدد مضمونه – في نطاق الطعن الراهن – بمفهوم استقلال السلطة القضائية باعتبارها المنوط بها أصلاً مهمة القضاء، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن استقلال السلطة القضائية وحيدها ضمانتان تنصبان معاً على إدارة العدالة بما يكفل فعاليتها، وهما بذلك متلازمان. وإذا جاز القول – وهو صحيح – بأن الخصومة القضائية لا يستقيم الفصل فيها حقاً وعدلاً إذا خالطتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر بشأنها، فقد صار أمراً مقضياً أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيدها في مجال اتصالها بالفصل في الحقوق انتصافاً لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها، فلا تلو إحداها على الأخرى أو تجبها بل تتضامان تكاملاً وتتكافآن قدرأً "

القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية، جلسة ٦ من نوفمبر ١٩٩٩، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١، الجزء التاسع، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٨٥.

رداً على هذا التساؤل، يمكن تقسيم تلك الوسائل إلى نوعين؛ الأول: وسائل وقائية، والثاني : وسائل علاجية^(١).

أ - الوسائل الوقائية

تتمثل الوسائل الوقائية في ضرورة قيام المحكم بالإفصاح عن كل الظروف التي قد تثير الشكوك حول حيده أو استقلاله، وإمكانية قيام الإدارة برفض تعيين المحكم الذي لا يتمتع بصفتي الاستقلال والحيده.

أ/١ - الالتزام بالإفصاح

يعتبر التزام المحكم بالإفصاح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده من أولى الوسائل الوقائية التي نضمن بها نجاح عملية التحكيم في المنازعات الإدارية؛ فالمحكم الذي يتولى نظر منازعة تتعلق بعقد إداري لا بد وأن يعلن بمنتهى الشفافية والصدق عن أية علاقة ارتبط بها أو قد يرتبط بها مع أحد الأطراف أو بموضوع النزاع.

والالتزام المحكم بالإفصاح عبارة عن : " عمل أو فعل يصدر عن المحكمين بقصد إعلام أطراف خصومة التحكيم بكل الروابط التي سبق وارتبطوا بها مع أحد منهم " ^(٢).

ولقد أخذت معظم التشريعات المنظمة لعملية التحكيم^(٣)، وكذلك قواعد مراكز التحكيم المختلفة^(٤)، وأيضاً الأحكام الصادرة عن القضاء

(١) راجع في هذا الصدد :

Th. Clay, op.cit., p.316.

(٢) انظر :

Th. Clay, *Ibidem*, p.319.

(٣) انظر : المادة ٢/١٤٥٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ١٦ / ٣ من قانوني التحكيم المصري والعُماني، والفصل ١/٢٢ والفصل ٥٧ من قانون التحكيم التونسي، والمادة ٢٣ من قانون التحكيم اليمني، والمادة ١/١٢ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI، والمادة ٩ من القانون التحكيم السويدي، والمادة ١٠٣٦ / ١ من قانون الإجراءات المدنية الألماني، والمادة ١٤ / ١ من قانون التحكيم البرازيلي، والمادة ١٧ / ٢ من قانون التحكيم الأسباني، والمادة ١/١٢ من قانون التحكيم التجاري الدولي اليوناني.

(٤) انظر : المادة ٢/ ٧ من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، والمادة ٢/٦ من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات CIRD، والمادة ١٩ من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية AAA، والمادة ٢٢/ ب من قواعد المنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI، والمادة ٧ من قواعد جمعية التحكيم الفرنسية AFA، والمادة ١١ من قواعد مركز الوساطة والتحكيم بباريس CMPA، والمادة ١٠ من جمعية التحكيم الإيطالية AIA، والمادة ٧ من غرفة التحكيم البحري بباريس CAMP، والمادة ٩ من قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

الفرنسي^(١) بهذا المبدأ، باعتباره إحدى المطالب الهامة لضمان حسن سير عدالة التحكيم؛ فالشخص الذي يقع عليه الاختيار ليكون محكماً يجب أن يفصح كتابة عن كل الوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حول حيده أو استقلاله^(٢).

وثمة تساؤل يطرح نفسه في هذا المقام : هل التزام المحكم بالإفصاح يعتبر شرط من شروط تعيينه فحسب، أم أنه يعتبر بالإضافة إلى ذلك التزاماً مصاحباً له طوال فترة عملية التحكيم ؟

بادئ ذي بدء نود أن نشير إلى أن غالبية تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي لم تتضمن بين طياتها نصاً صريحاً يلزم المحكم بأن يفصح عن كل الظروف والملابسات التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيده أو استقلاله، ويستثنى من ذلك التشريع البحريني فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، وكذلك العماني الذي سار على ذات منوال نظيره المصري.

فقد نصت المادة ٣/١٦ من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه : " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده " .

(١) انظر على سبيل المثال الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي والتي أكدت على ضرورة توافر صفتي الاستقلال والحيده في المحكم واعتبارهما من المتطلبات الهامة في الوظيفة القضائية :

- Paris 1^{re} ch.c, 9 avril 1992, sté Annahold BV et D. Frydman c/ L'Oréal et autre, Rev.arb. 1996., p.483 (2^e esp.), note Ph. Fouchard p.325.

- Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1996, Gouvernement de l'Etat du Qatar c/ Creighton Ltd, Rev.arb. 1996., p.428 (2^e esp.), note Ph. Fouchard p.325..

- Paris 1^{re} ch.c, 20 novembre 1997, sté 3R c/ sté Phénix Richelieu, Rev.arb. 1999., p.329., note M. Henry p.193.

- C.A. de Rouen 1^{re} ch., 28 octobre 1998, sté Jean Lion c/ sté Etablissements Gortzounian, Rev.arb. 1999., p.368., note M. Henry p.193.

- Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1999, sté Milan Presse c/ sté Média sud communication, Rev.arb. 1999., p.381., note M. Henry p.193.

- C. Cass. 1^{re} ch.c, 16 mars 1999, Etat du Qatar c/ sté Creighton Ltd, Rev.arb. 1999., p.308., note M. Henry p.193.

- Paris 1^{re} ch.c, 28 octobre 1999, SA Fretal c/ SA ITM Entreprises, Rev.arb. 2000., p.299 (1^{er} esp.), note Ph. Grandjean.

(٢) ويرى بعض الفقهاء أن التزام المحكم بالإفصاح لا يشترط فقط بالنسبة للعلاقات التي ارتبط بها مع الأطراف، ولكن أيضاً بالنسبة للعلاقات التي تربطه بأعضاء هيئة التحكيم الآخرين.

راجع :

M.-C. Rivier, note sous C.Cass. 2^e ch.c, M. c/ sté Groupe Capitales (Perinvest), Rev.arb. 2004., p.359., spéc, p.365.

ويلاحظ على هذا النص أنه قد ألزم الشخص الذي يفتح بقصد تعيينه محكماً بأن يصرح بكل الظروف والملازمات التي تثير الشكوك في حيده واستقلاله، مما قد يفهم معه أن هذا الالتزام سيقصر فقط على مرحلة التعيين، ومن ثم لا يكون المحكم ملزماً بالإفصاح عن أية ظروف قد تستجد أثناء نظره للنزاع من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده.

في الواقع إن هذا القول السابق لا يمكن قبوله؛ ذلك أن الاستقلال أو الحيدة لا يمكن اعتبارهما شرط تعيين فحسب بل يعتبران بالإضافة إلى ذلك صفتان هامتان يلزم توافرها في المحكم منذ بدء إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم. صحيح أن المادة ١٨ من قانوني التحكيم المصري والعماني قد جعلت من مجرد قيام ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدة المحكم أو استقلاله سبباً من أسباب رده، إلا أن ذلك لا يعني إعفاء المحكم من الالتزام بالإفصاح عن أية ظروف قد تستجد أثناء نظره للنزاع من شأنها المساس باستقلاله أو حيده؛ لأن الحكمة من هذا الالتزام هو إعلام أطراف خصومة التحكيم بالظروف التي يجهلونّها والتي يمكن أن تثير الشكوك حول حيدة المحكم واستقلاله، بينما من المفترض في الرد أن يكون الأطراف على علم بهذه الظروف. لذا فإنه من الأفضل أن يعدل كل من المشرع الفرنسي والمصري والعماني هذا النص، بحيث يلزم المحكم بأن يفصح عن كل الظروف التي من شأنها إثارة الشكوك حول حيده أو استقلاله طوال فترة إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم كما فعل المشرع البحريني فيما يتعلق بالتحكيم الدولي^(١)، وأن تأخذ باقي تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي بهذا النص بعد تعديله؛ لأنه يمثل ضماناً هاماً بالنسبة للأفراد بوجه عام، وللإدارة في منازعاتها الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية بوجه خاص^(٢).

(١) المادة ١٢ من قانون التحكيم التجاري الدولي.

(٢) انظر من سبق وقال بهذا الرأي في الفقه :

- Ph. Fouchard, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev.arb. 1996., p.325., spéc, p.340.

- M. Henry, Le devoir d'indépendance de l'arbitre, préface de P. Mayer, avant-propos de J.-D. Berdin, L.G.D.J. 2001 ., p.243.

- Th. Clay, op.cit., p.343.

وبالنسبة لأحكام القضاء المؤيدة لهذا الرأي :

- Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1996, Gouvernement de l'Etat du Qatar c/ Creighton Ltd, Rev.arb. 1996., p.428 (2^e esp.), note Ph. Fouchard p.325.

- Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1999, sté Milan Presse c/ sté Média sud communication, Rev.arb. 1999., p.381., note M. Henry p.193.

٢/أ - رفض تعيين المحكم

قد يترأى للإدارة أن المحكم الذي عينه الطرف الآخر يرتبط معه بعلاقات قد تؤثر في حيده أو استقلاله، أو أنه قد سبق له إبداء رأي في نزاع مماثل للنزاع الذي سوف يعرض أمامه يتعارض مع مصلحتها، ففي هذه الحالة تستطيع الإدارة اتخاذ إجراءات رفض تعيين هذا المحكم لكي تحافظ على مصلحتها في النزاع^(١).

وثمة فرض يطرح نفسه في هذا المقام : إذا قام القضاء بإصدار حكم بتعيين أحد المحكمين، ثم اتضح بعد ذلك أن هذا المحكم يرتبط بعلاقات مع الطرف الآخر أو بموضوع النزاع، فهل يجوز للإدارة في هذه الحالة رفض تعيين هذا المحكم، خاصة أن معظم التشريعات قد حصنت القرار الصادر من القضاء من الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن كما سنرى ؟

في الواقع إن الإدارة لا تستطيع بخصوص هذا الفرض أن ترفض تعيين المحكم المعين، وإنما وسيلتها الوحيدة في ذلك هي اتخاذ إجراءات الرد باعتبار أن عدم استقلال المحكم أو حيده من الأسباب التي يمكن اتخاذ إجراءات الرد بشأنها.

ب - الوسائل العلاجية

وتتمحور هذه الوسائل في رد المحكم، وإلغاء الحكم أو رفض تنفيذه، وذلك كما يلي :

١/ب - رد المحكم

رد المحكم هو عبارة عن إجراء بمقتضاه يتم استبعاد المحكم الذي لا تتوافر فيه الشروط الضرورية التي تسمح له بممارسة وظيفة التحكيم، وأخص هذه الشروط شرطاً الاستقلال والحيادة^(٢).

ولقد أخذت مختلف التشريعات بهذه الوسيلة باعتبارها من أفضل الوسائل العلاجية التي يمكن من خلالها إقصاء المحكم الذي يتبين بعد تعيينه

(١) ولقد أحسن المشرع الفرنسي صنفاً حين نص في المادة ١٤٥٢ من قانون الإجراءات المدنية على أنه في حالة إعلان المحكم عن الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حيده، فإنه لا يمكن قبول مهمته في هذه الحالة إلا بعد موافقة الطرف الآخر.

(٢) في هذا المعنى :

عدم استقلاله أو حيده إزاء النزاع المعروض عليه^(١). فالمحكم الذي يعرض عليه منازعة متعلقة بعقد إداري إذا وقع منه أمر يخل بشرطي الاستقلال أو الحيده، فإنه من وسع الإدارة أن تتخذ إجراءات رده لإبعاده عن نظر المنازعة خوفاً من تحيزه وعدم استقلاله. وبذلك يكون رد المحكم بمثابة الحائط الأول الذي تحتمي به الإدارة من المحكم الذي يتضح بعد تعيينه عدم استقلاله أو حيده.

٢/ب - إلغاء حكم المحكم أو رفض تنفيذه

يعتبر إلغاء حكم التحكيم أو عدم تنفيذه ثاني الخطوط الدفاعية التي يمكن بمقتضاها تجنب الحكم الصادر من محكم لا تتوافر فيه صفتي الاستقلال والحيده.

ولقد جرى القضاء العادي في فرنسا على التأكيد على هذه الوسيلة باعتبارها ضماناً هاماً في مواجهة كل شخص يتولى مهمة التحكيم ولم يفصح عن جميع الظروف والملابسات التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيده أو استقلاله.

فعلى سبيل المثال اعتبرت محكمه استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ من نوفمبر عام ١٩٩٩ أن المحكم الذي لم يخبر أحد الأطراف عن جميع العلاقات المهنية أو الاقتصادية التي سبق وارتبط بها مع الطرف الآخر من شأنه أن يثير شكوكاً حول استقلاله ويرتب بطلان حكم التحكيم^(٢).

(١) انظر : المادة ١/١٨ من قانوني التحكيم المصري والعُماني، والمادة ١٤٦٣ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ١٢ من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني، والمادة ٤/١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ٢/١٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة ٤/٢٠٧ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ١٢ من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" L'arbitre n'ayant pas informé une partie des liens professionnels et économiques qu'il entretenait avec l'autre partie, sa situation étant de ce fait de nature à faire légitimement douter de son indépendance et à constituer, en raison d'un risque certain de prévention, une cause de récusation, la sentence doit être annulée ".

Paris 1^{re} ch.c, 30 novembre 1999, Marteau c/ CIGP, Rev.arb. 2000., p.299 (2^e esp), note. Ph. Grandjean.

كما أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ من مارس عام ١٩٩٨ الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٤ من يونيو ١٩٩٤ والتي قضت فيه – الأخيرة – برفض تنفيذ حكم تحكيم صدر في روما من محكم لم تتوافر فيه صفة الحيادة أثناء نظره للنزاع. واعتبرت محكمة النقض أن غياب حياد المحكم من شأنه المساس بالنظام العام الدولي^(١).

٣- وترية العدد

لم يلزم المشرع الأطراف باختيار عدد معين من المحكمين، فلهم في ذلك اختيار محكم واحد أو أكثر، والقيد الوحيد في هذا الصدد يتعلق بوترية العدد؛ بمعنى أنه إذا اتفق الأطراف على أن تشكل هيئة التحكيم بأكثر من محكم فإنه يلزم – في هذه الحالة – أن يكون العدد فردياً^(٢).

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Attendu que la société italienne Excelsior Film TV fait grief à l'arrêt attaqué (...) d'avoir refusé l'exequatur à une sentence arbitrale rendue à Rome dans le litige l'opposant à la société française UGC-PH, en retenant **la contrariété à l'ordre public international résultant du manque d'impartialité d'un arbitre** ". C. Cass. 1^{re} ch.c, 24 mars 1998, sté Excelsior Film c/ sté UGC-PH, Rev.arb. 1999, p.255., note Ph. Fouchard.

انظر أيضاً الأحكام التالية – على سبيل المثال – التي قرر فيها القضاء الفرنسي بطلان حكم التحكيم الصادر من محكم لم يتوافر بشأنه صفة الاستقلال أو الحيادة :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 13 mars 1981, sté Etablissements Cornet et Fils c/ U.N.C.A.C, Rev.arb. 1983, p.83., note B. Moreau.

- Paris 1^{re} ch.c, 9 avril 1992, sté Annahold BV et D. Frydman c/ L'Oréal et autre, Rev.arb. 1996., p.483 (2^e esp.), note Ph. Fouchard p.325.

- Paris 1^{re} ch.c, 2 juillet 1992, sté Raoul Duval c/ sté Merkuria Sucden, Rev.arb. 1996, p.411 (1^{er} esp.), note Ph. Fouchard p.325.

- Paris 1^{re} ch.B, 20 octobre 1994, E. Richy c/ Warlaumont et Union des Assurance de Paris, Rev.arb. 1996, p.442., note Ph. Fouchard p. 325.

- Paris 1^{re} ch.c, 23 mars 1995, sté Maec et a. c/ P. Mumbach, Rev.arb. 1996, p.446., note Ph. Fouchard p.325.

- Paris 1^{re} ch.c, 20 novembre 1997, sté 3R c/ sté Phenix Richelieu, Rev.arb. 1999., p.329., note M. Henry p.193.

- Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1999, sté Milan Presse c/ sté Media Sud communication, Rev.arb. 1999., p.381., note M. Henry p.193.

(٢) انظر : المادة ١٤٥٣ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ١/١٥ من قانون التحكيم المصري والعُماني، والمادة ١٧٤ / ٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ٢٠٦ / ٢ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ٢٣٤ / ١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ٤ من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادة ١٩٣ / ٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

وإذا كان تشكيل هيئة التحكيم – المنوط بها حسم منازعة تتعلق بعقد إداري – من محكم واحد قد ينظر إليه على أنه يحقق السرعة في حسم النزاع ويؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات، إلا أن المساوئ الناتجة عن هذا التشكيل تفوق بكثير مزاياه، حيث إن تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد يؤدي إلى انفراد هذا المحكم الوحيد بالسلطة وقد يسئ استخدام هذه السلطة ويميل إلى طرف على حساب طرف آخر، هذا خلافاً للتشكيل الجماعي؛ فتشكيل هيئة التحكيم بأكثر من محكم يكون أكثر فهماً للنزاع عن التشكيل الفردي، ويؤدي إلى الإحاطة بجوانب النزاع من خلال منظور كلي لا جزئي^(١). كما أن التشكيل الجماعي يعتبر ضماناً هاماً لتحقيق العدالة، إذ إن تبادل الآراء وكثرة المناقشات يؤدي إلى نضوج الرأي وصوابه وتدارك الوقوع في الخطأ أو السهو. فضلاً عن ذلك، فإنه يشعر كل محكم برقابة زملائه له مما يجعله لا يقصر ولا يغفل في قيامه بواجبه قياماً حسناً. كما أن هذا التشكيل يؤكد على حيادية المحكم إذ من الصعب التأثير على هيئة التحكيم بأكملها^(٢).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التشكيل الفردي لهيئة التحكيم يصطدم بأحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري، حيث إن القاعدة الراسخة في القضاء الإداري هو تشكيل المحاكم الإدارية بأكثر من قاض، وذلك عكس الحال بالنسبة لتشكيل المحاكم العادية، إذ تشكل هذه المحاكم إما بتشكيل فردي، وإما بتشكيل جماعي بحسب قيمة المنازعة (كما هو الحال في مصر على سبيل المثال)^(٣)، أو بحسب درجات التقاضي (كما هو الحال في القانون الأنجلو أمريكي)^(٤). وبالتالي فإن

(١) انظر في هذا المعنى :

J. Béguin, L'arbitrage commercial international, op.cit., p.174.

(٢) في هذا المعنى : د. أحمد صدقي محمود : قواعد المرافعات في دولة الإمارات، ط ١، ١٩٩٩، دون ذكر الناشر، ص ١٤٤.

(٣) تنص المادة ١٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ على أنه : " لوزير العدل أن ينشئ بقرار منه بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة الابتدائية محاكم جزئية ويخصصها بنظر نوع معين من القضايا ويبين في القرار مقر كل محكمة ودائرة اختصاصها ". وتنص المادة ١٤ من ذات القانون على أنه : " تصدر الأحكام في المحاكم الجزئية من مستشار واحد ". ووفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدلة بالمادة الأولى من القانون رقم ٢٠٠٧/٧٦، فإن محكمة المواد الجزئية تختص بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه.

(٤) فالنظام الأنجلو أمريكي يعتمد نظام القاضي الفرد باعتباره النظام الأساسي في تشكيل محاكم أول درجة، ونظام تعدد القضاة في محاكم ثاني درجة أو في محاكم الرقابة. راجع : د. وجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول : الوجيز في المرافعات، دون ذكر الناشر أو تاريخ النشر، ص ٢٦٦.

التشكيل الجماعي لهيئة التحكيم المنوطة بحسم منازعة تتعلق بعقد إداري يعتبر أكثر اتفاقاً مع روح القانون الإداري.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أنه بالإضافة إلى الشروط التي فرضتها مختلف التشريعات على الأطراف وهم بصدد قيامهم باختيار محكميهم، فإن القانون قد يشترط موافقة جهة معينة في حالة اختيار شخص منها ليكون محكماً.

فالقاضي - على سبيل المثال - لا يجوز له في الأصل أن يتولى مهمة التحكيم وإن كان ذلك بدون أجر، وإن تعلق النزاع بالحكومة أو إحدى الهيئات العامة، وذلك بغير موافقة الجهات المنوط بها إعطاء هذه الموافقة (كالمجلس الأعلى للهيئات القضائية في مصر ^(١) أو رئيس المحكمة في فرنسا ^(٢))، وذلك حتى يبعد نفسه عن الشبهات ويصون مظهر الحيطة الذي يجب أن يتحلى بها وفي هذا صيانة للسلطة القضائية برمتها ^(٣).

وإذا كانت غالبية تشريعات الدول المعاصرة قد حددت شروطاً معينة لصلاحيية المحكم للقيام بمهمته، بحيث لا يجوز الخروج عنها، إلا أنها لم تغفل في ذات الوقت إرادة الأطراف في هذا الشأن، حيث اتجهت إلى التسليم بحرية أطراف خصومة التحكيم في تحديد بعض الشروط والمواصفات التي يتعين توافرها في الشخص الذي يلي مهمة التحكيم. وهذا ما سنبينه من خلال الموضوع التالي.

ثانياً : الشروط المتروكة لحرية الأطراف

تتمثل المواصفات والشروط التي ترك القانون للأفراد حرية تحديدها في : الجنسية، والجنس، والخبرة، والديانة، وإجادة لغة معينة. ولعل أهم ما يهمننا فيما يتعلق بموضوع الدراسة، صفتان، هما : الجنسية، والخبرة.

(١) تنص المادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية المصري على أنه : " لا يجوز للمستشار، بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى، أن يكون محكماً ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية. كما لا يجوز بغير موافقة المجلس المذكور ندب المستشار ليكون محكماً عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كانت طرفاً في نزاع يراد فضله بطريق التحكيم، وفي هذه الحالة يتولى هذا المجلس وحده تحديد المكافأة التي يستحقها المستشار ".

(٢) راجع :

Th. Clay, op.cit., p.409.

(٣) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ١٥٧.

١ - الجنسية

لم تتضمن النصوص القانونية التي نظمت عملية التحكيم سواء في فرنسا^(١)، أو في مصر^(٢)، أو في دول مجلس التعاون الخليجي^(٣) بين طياتها نصاً معيناً يلزم الأطراف باختيار محكم من جنسية معينة، وإنما تركت الأمر لمطلق تقدير الخصوم، فلم أن يختارونه من جنسية وطنية أو من جنسية أجنبية^(٤).

وإذا كان الأطراف يملكون الحرية الكاملة في تحديد جنسية المحكمين في منازعتهم التي تدخل تحت إطار القانون الخاص، فإنه يجب النظر إلى هذه المسألة من منظور مختلف وذلك عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية، خاصة في ظل غياب تنظيم قانوني مستقل ينظم التحكيم في هذه المنازعات. لذا فإنه يجب - على الأرجح - التفرقة بين حالتين :

(١) لم تتضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بين طياتها نصاً صريحاً يلزم الأطراف باختيار محكم من جنسية معينة، وهذا الاتجاه هو تقنين للوضع السابق على صدوره، حيث كان النظام القانوني السائد في المرحلة السابقة على صدور قانون الإجراءات المدنية الحالي يجيز تعيين الأجانب كمحكمين وذلك إذا ما تعلق الأمر بتحكيم اختياري بينما يحظر ذلك في حالة التحكيم الإلزامي. ويعتبر حكم محكمه استئناف باريس الصادر بتاريخ ٣ من مارس عام ١٨٢٨ أول حكم يقرر هذا المبدأ، حيث قررت هذه المحكمة حظر تعيين الأجانب كمحكمين في حالات التحكيم الإلزامي وأباحت ذلك في حالات التحكيم الاختياري.

فقد قضت :

" Quoiqu'en arbitrage volontaire, un étranger puisse remplir les fonctions d'arbitre, il est incapable d'être en matière d'arbitrage forcé ".

Paris 3 mars 1828, cité par Th. Clay, op.cit., p.442., note (1).

(٢) تنص المادة ٢/١٦ من قانون التحكيم المصري على أنه : " لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك ".

(٣) ويلاحظ في هذا الصدد أنه إذا كانت تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي قد أجازت تولى الأجانب مهمة التحكيم دون وضع أي قيد أو شرط، إلا أن المشرع السعودي قد وضع قيداً في هذا المضار يتعلق بالديانة، حيث نصت المادة ٣ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على أنه : " يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين (....) ".

(٤) وإذا كان الاتجاه السائد في التشريعات المعاصرة هو عدم اشتراط جنسية معينة في المحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، إلا أن جانباً من الفقه ينظر إلى هذه المسألة من خلال منظور نفسي يتمثل في عقدة الولاء والانتماء التي تربط الإنسان بوطنه، فهم يرون أن الجنسية تعتبر من المسائل التي تؤثر في حياد واستقلال المحكم إزاء الأطراف الذين يحملون نفس جنسيته.

راجع :

F. Terré, L'internationalité du juge dans l'arbitrage, in l'internationalité dans les institutions et le droit., Convergences et défis, in Mélanges offerts à A. Plantey 1995., p.219., spéc, p.223 ; N. Pearson, Nationalité et attaches de l'arbitre, Rev.arb 1970., p.239., spéc, p.239.

الحالة الأولى : إذا كانت المنازعة متعلقة بعقد إداري أطرافه وطنية، ففي هذه الحالة يجب استبعاد المحكمين الأجانب^(١)، لعدم وجود أية حكمة أو داع إلى الاستعانة بهؤلاء لنظر هذه المنازعات. كما أنه لا يتأتى منطقاً إخضاع المنازعات التي تنشب بين الدولة صاحبة السيادة وبين مواطنيها لقضاة أجانب.

الحالة الثانية : إذا تعلق الأمر بعقد إداري ذو طابع دولي، فإنه من غير المتصور عملاً في هذه العقود أن يقبل الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة أن تشكل هيئة التحكيم جميعاً من جنسية الدولة التي تنتمي إليها الإدارة بجنسيتها، وإذا فرض واشترط القانون أو اشترطت الإدارة مثل هذا الشرط فإن ذلك يؤدي بلا جدال إلى إحجام الشركات الأجنبية الكبرى عن التعاقد مع الدولة، مما يعيق عملية التنمية على الصعيد الوطني. لذا فليس هناك ما يمنع في هذه الحالة من تشكيل هيئة التحكيم من عناصر أجنبية ولكن مع مراعاة أمرين في هذا الصدد؛ الأول : أن يكون المحكمين من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف إمعاناً في تحقيق الاستقلال والحيادة فيهم، وقد أخذ بهذا الاتجاه التشريع الألماني^(٢). أو على أقل تقدير أن يكون رئيس هيئة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف وجنسية المحكمين الآخرين، ومن الاتجاهات التي أخذت بذلك، قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد نصت المادة ٥/٩ منها على أنه : " يجب أن يكون المحكم الوحيد أو رئيس محكمه التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف ". وكذلك المادة ٦/١٥ من قانون التحكيم الإسباني الصادر عام ٢٠٠٣، إذ نصت على ضرورة أن يضع المحكمان المعينان في اعتبارهما وهما بصدد اختيار المحكم الثالث أن يكون من جنسية مختلفة عن الأطراف، وعند الضرورة أن يكون من جنسية مختلفة عنهما.

الأمر الثاني : أن تراعي الإدارة وهي بصدد اختيار محكمها، أو أثناء تحديد المواصفات التي يتعين توافرها في المحكم الثالث، أن يكون من بين

(١) ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه التشريع الكولومبي، حيث نصت المادة ٨ من المرسوم رقم ٢٢٧٩ الصادر بتاريخ ٧ من أكتوبر عام ١٩٨٩ على أنه : " مع عدم الإخلال بالمعاهدات المعمول بها في التحكيم الدولي يجب أن يكون المحكم من المواطنين الكولومبيين ". راجع هذا الصدد :

F. Mantillia-Serrano, La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, Rev.arb. 1992., p.41., spéc, p.49.

(٢) فقد نصت المادة ٥/١٠٣٥ من قانون الإجراءات المدنية الصادر بتاريخ ٢٢ من ديسمبر عام ١٩٩٧ على أنه يفضل تعيين محكم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف.

الذين ينتمون إلى المدرسة اللاتينية، تلك المدرسة التي تقرر وتعترف بالعقود الإدارية، ويفضل أن يكون من المتخصصين في مجال القانون الإداري وعلى دراية بقواعد التحكيم الدولي، كما يتعين أن يكون ملماً بالقواعد العامة للقانون الدولي الخاص حتى يتمكن بسهولة من تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع أو على الإجراءات عند غياب إرادة الأطراف. وياحبذا لو تم وضع قائمة في مراكز التحكيم المختلفة تتضمن بياناً بأسماء المحكمين المتخصصين في مجال العقود الإدارية.

٢ - الخبرة

بالإضافة إلى عدم اشتراط التشريعات - محل الدراسة - بأن يكون المحكم من جنسية معينة، لم تشترط كذلك أن يكون المحكم حاصلاً على مؤهل معين، أو أن يكون من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المطروحة على التحكيم^(١)؛ فالأمر هنا متروك لمطلق تقدير أطراف التحكيم فلمهم أن يختارون محكماً من ذوي الخبرة الفنية أو الخبرة القانونية.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد : هل يتعين أن يكون المحكم الذي يتولى نظر منازعة متعلقة بعقد ادارى من رجال القانون ؟

في الواقع إنه من الصعب تصور وضع نص قانوني يلزم بأن يكون جميع المحكمين من رجال القانون حتى لا يفقد التحكيم خصوصيته من حيث طابعه الاتفاقي ويصبح نسخة مكررة من قضاء الدولة^(٢)، علاوة على أن هناك عقود إدارية تنسم منازعتها بالتشابه والتعقيد مثل منازعات عقود الأشغال العامة. وبالتالي لا يمكن تجاهل ضرورة وجود عناصر فنية في هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعات العقود الإدارية.

وبالمقابل، لا يمكن تجاهل العنصر القانوني، إذا إن النزاع حتى وإن تعلق بأمور فنية، فإن حسمه يجب أن يكون مطابقاً للقانون الذي يحكمه، وأن تسير المحاكمة طبقاً لإجراءات قانونية صحيحة، وأن يصدر الحكم في

(١) ومن الدول التي اشترطت توافر شرط الخبرة المملكة العربية السعودية، حيث نصت المادة ٤ من نظام التحكيم السعودي على أنه : " يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السير والسلوك (...). " كما تنص المادة ٣ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم على أنه : " (...). وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة " .

(٢) د. رضا السيد عبد الحميد : قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في الميزان، نظرات انتقادية لبعض الجوانب الإجرائية مدعمة بأحدث أحكام النقض، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ١٤٨.

الشكل الذي يتطلبه القانون، ولا شك في أن هذه المسائل تعد من المسائل الفنية المتخصصة التي لا يقدر على الإحاطة بجوانبها إلا رجل قانون.

ومن أجل التوفيق بين هذين الاعتبارين، يفضل أن يكون تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعات العقود الإدارية مزاج من عناصر فنية وعناصر قانونية، بحيث يلزم أن يكون من بين المحكمين – على الأقل – رجل قانون تتعقد له رئاسة هيئة التحكيم لكي نضمن أن يصدر الحكم طبقاً لإجراءات قانونية صحيحة، ومطابقاً لأحكام القانون الذي يحكمه^(١).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه إذا اتفق الأطراف على أشخاص معينة كمحكمين، وتوافرت فيهم كافة الشروط التي تطلبها القانون، فإن ذلك لا يعني تمام عملية تشكيل هيئة التحكيم، حيث يلزم علاوة على ذلك أن يوافق هؤلاء على قبول مهمتهم كتابةً^(٢)؛ ذلك أن ما ورد في اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف أو في اتفاق لاحق بينهم على تحديد أشخاص معينة ليس سوى مجرد ترشيح ولا يصبح التعيين نهائياً إلا بقبول المحكم لمهمته. وهذا ما صرحت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٦ من فبراير عام ٢٠٠٧^(٣).

أما إذا ما لم يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم، أو أن أحد المحكمين الذي تم اختياره من قبل الأطراف لم يوافق على قبول مهمته، فهنا يظهر دور القضاء كجهة مساعدة في تمام عملية التشكيل؛ الأمر الذي نخصص له المطلب التالي.

(١) ومن تشريعات الدول التي ألزمت الأطراف بتعيين محكمين من رجال القانون، القانون الأسباني الصادر بتاريخ ٢٣ من ديسمبر عام ٢٠٠٣، فقد نصت المادة ١/١٥ منه على ضرورة تعيين قانونيين؛ محامين متمرسين في كل تحكيم وطني لا يفصل فيه على مقتضى قواعد العدل والإنصاف، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك.

(٢) المادة ١/١٤٥٢ إجراءات مدنية فرنسية، والمادة ٣/١٦ تحكيم مصري وعماني، والمادة ٢/٢٣٤ مرافعات بحريني، والمادة ١/١٧٨ مرافعات كويتي، والمادة ١/١٩٤ مرافعات قطري، والمادة ١/٢٠٧ إجراءات مدنية إماراتي، والمادة ٥ تحكيم سعودي.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية :

" L'instance arbitrale n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, **c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leurs mission** ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 6 février 2007, sté Prodim et autre c/ Painchaud et autre, Rev.arb. 2007., p.138.

وفي ذات الاتجاه :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 25 avril 2006, sté CSF c/ sté Chays frères et autres, Rev.arb. 2007., p.79., note J. Al Ahdab.

المطلب الثاني

تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم

الأصل – كما سبق أن بينا – هو خضوع تشكيل هيئة التحكيم لإرادة الأطراف، فلهم أن يتفقوا على العدد الذي تشكل منه هذه الهيئة (بشرط أن يكون وتراً)، كما لهم أن يتفقوا على وقت وكيفية هذا التشكيل.

ولكن قد يعترض تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها إتمام عملية التحكيم ولا يستطيع الأطراف التغلب عليها، فمن هنا يصبح من الضروري البحث عن جهة توكل إليها مهمة مساعدة الأطراف في إزالة هذه العقبات، حتى يحقق التحكيم فاعليته ويؤدي دوره المنشود كطريق أكثر سرعة من القضاء لفض المنازعات.

وبالنظر الاستقرائية لنصوص القانون لمختلف الدول محل الدراسة تبين أنها أعطت هذا الدور المساعد للقضاء الوطني، ليس فقط من أجل تحقيق الفاعلية المطلوبة لنظام التحكيم، ولكن أيضاً – كما يقرر بعض الفقهاء وبحق – من أجل أن يستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية. فالدولة عندما تصدر تشريعاً تعترف فيه بجواز اللجوء إلى التحكيم وتقر بمشروعيته، فإنها بذلك تفوضه جانب من اختصاصاتها السيادية المتمثلة في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والذي يضطلع به القضاء كأصل عام في الدولة^(١).

ويثير بحث نظام تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة متعلقة بعقد إداري عدة تساؤلات من حيث شروطه، وضوابطه، والمحكمة المختصة بذلك.

الإجابة على كل تساؤل من التساؤلات السابقة سيكون محل دراسة في الصفحات التالية.

(١) د. رضا السيد عبد الحميد : مسائل في التحكيم، مرجع السابق، ص ٥.

أولاً : شروط تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم

يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم شرطان أساسيان؛ هما : وجود نزاع، ووجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم، وذلك على النحو التالي :

١- وجود نزاع

هذا الشرط نص عليه المشرع الفرنسي صراحةً، كما حرص قضائه على التأكيد عليه. فقد نصت المادة ١٤٤٤/١ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " إذا حصلت بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو في تنفيذ طرق تعيينهم، عين رئيس المحكمة الكلية المحكم أو المحكمين "

واعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٩ من يوليو عام ١٩٨١ أن الطلب المقدم من أحد الأطراف والذي يلتمس فيه تعيين محكم قبل وجود النزاع يعد طلباً مجرداً من كل مصلحة^(١).

وذات الاتجاه سار عليه مشروعو دول مجلس التعاون الخليجي، حيث اشترط هؤلاء لتدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن يكون هناك نزاع قائم بالفعل بين طرفي التحكيم^(٢).

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان كل من المشرع المصري والعُماني لم ينص صراحة على هذا الشرط، إلا أن ذلك لا يعني جواز اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين قبل نشوب النزاع؛ ذلك أن تشكيل هيئة التحكيم لا

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La demande en nullité de la clause compromissoire qui constitue, en l'espèce, un incident occasionné par la demande d'arbitrage, est dénuée d'intérêt, puisque le litige que les parties entendent soumettre aux arbitres ne peut pas se concevoir, et doit en conséquence être déclarée irrecevable "

Paris 1^{re} ch. Suppl, 9 juillet 1981, Consorts Ury c/ Galeries Lafayette, Rev.arb. 1983., p.509., obs. Th. Bernard.

(٢) المادة ٢٠٤/١ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ١٧٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ٢٣٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ١٩٥/١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري. ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان المشرع السعودي لم يورد صراحة لفظ " إذا وقع النزاع " كما فعلت التشريعات السابقة، إلا أن المادة ١٠ من نظام التحكيم السعودي قد نصت على أنه : " إذا لم يعين الخصوم المحكمين (....) ". والمستفاد من لفظ <<الخصوم>> الوارد في نص هذه المادة أن هناك خصومة بالفعل قائمة بين طرفي التحكيم.

يتم غالباً إلا بعد نشوب نزاع بالفعل، فمن غير المتصور عقلاً أن يجهد الأطراف أنفسهم في الدخول في مفاوضات أو في اللجوء إلى القضاء من أجل استكمال تشكيل هيئة التحكيم دون وجود نزاع حقيقي قائم بينهم.

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فقد اشترطت المادة ٣/١٧ من قانوني التحكيم المصري والعُماني بأن تصدر المحكمة المختصة >> قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة <<. وهذه العبارة تدل بلا جدال على وجود نزاع قائم بالفعل بين الأطراف يراد حسمه عن طريق التحكيم، وأن العقبة الوحيدة في ذلك هو عدم اكتمال تشكيل هيئة التحكيم.

ومن ناحية ثالثة، فإن هذا الشرط يعد تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه حيث لا يوجد مصلحة فلا دعوى؛ تلك القاعدة التي حرصت غالبية التشريعات على الأخذ بها ^(١). وبالتالي إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع، فإن الأثر المترتب على ذلك هو عدم قبول دعوى تعيين المحكم لانتفاء شرط المصلحة فيها.

ولقد حرصت محكمة استئناف القاهرة على التأكيد على هذا الشرط في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ من فبراير عام ٢٠٠٣ بقولها: "وتجدر الإشارة كذلك إلى أن إصدار قرار من المحكمة بتعيين محكم للفصل في نزاع اتفق على حسمه بطريق التحكيم يقتضي بالضرورة أن تتحقق المحكمة أولاً من أن نزاعاً قد نشأ فعلاً بين الطرفين (....)، بحيث إنه إذا تبين للمحكمة أن النزاع لم ينشأ بعد بين الخصوم (....)، فإنه يمتنع عليها في مثل هذه الحالات إجابة طلب تعيين محكم" ^(٢).

(١) ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١/١٢ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي جرى نصها كالتالي: "لا تقبل الطلبات الآتية: (أ) الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية". وقد وردت هذه القاعدة أيضاً في المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري التي يجري نصها كالتالي: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون". ومن التطبيقات القضائية لعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة فيها، ما قضت به محكمة القضاء الإداري لسلطنة عمان في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢/٣/٢٠٠٤، حيث قررت أنه: "وحيث إن المقرر إنه لا دعوى بغير مصلحة، وأنه يجب أن يتوافر شرط المصلحة من وقت رفع الدعوى وحتى صدور الحكم فيها، فإن هي رفعت مفتقرة إلى المصلحة كانت في الأصل غير مقبولة، وإذا انتفت المصلحة بعد رفع الدعوى تعين الحكم بعدم قبولها لانتفاء شرط المصلحة".

الدعوى الابتدائية رقم ٣٥ لسنة ٣، جلسة ٢٢/٣/٢٠٠٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في العامين القضائيين الثالث والرابع، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٢) محكمة استئناف القاهرة، د (٩١) تجاري، دعوى التحكيم المقيدة بالجدول العمومي تحت رقم ٨٢ لسنة ١٩٩١، جلسة ٢٦/٢/٢٠٠٣، حكم غير منشور.

وانظر في ذات الاتجاه: الحكم الصادر من ذات المحكمة والدائرة بتاريخ ٢٩/١١/٢٠٠٤ في القضية المقيدة بالجدول العمومي تحت رقم ٧٣ لسنة ١٢٠٠ ق تحكيم، حكم غير منشور.

٢- وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم

يشترط لإجازة تدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن تعترض عملية تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها القيام بالمهام المحددة لها في اتفاق التحكيم^(١).

وهذا الشرط بديهي؛ ذلك أن تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر ذو طبيعة احتياطية Subsidaire^(٢)، لا يتم إعماله إلا في حالة وجود صعوبات تعترض عملية التشكيل. وبالتالي إذا ما تم تشكيل هيئة التحكيم دون وجود صعوبة تذكر في هذا الشأن، فلا يجوز للقضاء التدخل في هذه الحالة لرقابة مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم احتراماً لإرادة الأطراف وحسن نواياهم^(٣).

ويمكن رد العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم إلى الحالات الآتية :

الحالة الأولى : عدم الاتفاق على اختيار المحكم أو المحكمين. إذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكم أو المحكمين أو على وقت وكيفية هذا الاختيار تعين على القضاء أن يقوم بهذا الاختيار بناء على طلب أحد الأطراف^(٤).

(١) راجع :

Ph. Fouchard, La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage, Rev.arb. 1985., p.5., spéc, pp. 26 et s.

(٢) انظر في هذا المعنى :

Ph. Fouchard, obs. sous C. Cass. 2^e ch.c, 3 novembre 1993, Consorts Bollache c/ Epoux Coquard, Rev.arb. 1994., p.533., spéc, p.534.

(٣) انظر في هذا المعنى الحكم الصادر من محكمة باريس الابتدائية بتاريخ ٢٩ من أكتوبر عام ١٩٩٧، إذ تقول :

" Il résulte des articles 1466 et 1493 NCPC que le Président du Tribunal de grande instance n'est compétent que pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral et non pour se prononcer sur la validité ou les limites de l'investiture des arbitres ".

TGI de Paris (ord.réf.), 29 octobre 1997, sté Spéfin c/ Preatoni et autres, Rev.arb. 1998., p.363 (2^e esp.), note J.-L. Delvolvé.

(٤) راجع :

B. Leurent, L'intervention du juge, Rev.arb. 1992., p.303., spéc, p.303.

ومن الجدير الإشارة إليه أن القضاء ملزم في هذا الشأن بالعدد الذي تم الاتفاق عليه بين طرفي التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين كان العدد ثلاثة، وإذا اتفقا على اختيار محكم واحد ولم يتفقا على تعيينه أو لم يحددوا كيفية التعيين، تولى القضاء اختيار هذا المحكم الوحيد بناء على طلب أحد الأطراف^(١).

الحالة الثانية : امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو عدم اتفاق المحكمين المعيّنين على اختيار المحكم الثالث. فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين وامتنع أحد أطراف خصومة التحكيم عن تعيين محكمه جاز للطرف الآخر من الخصوم اللجوء إلى القضاء طالباً بتعيين المحكم الذي امتنع الطرف الآخر عن تعيينه.

والجدير بالذكر في هذا المقام أن قانون التحكيم المصري قد استلزم مراعاة بعض الشروط قبل اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة، فأولاً : يجب أن يقوم أحد الطرفين بتعيين محكمه، وثانياً : أن يقوم هذا الطرف بإخطار الطرف الآخر بضرورة تعيين محكم عنه، وثالثاً : يجب أن يمر مدة ثلاثين يوماً من تسلم هذا الأخير بالإخطار دون أن يعين محكمه^(٢).

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ من مايو عام ٢٠٠٣ برفض دعوى تعيين محكم بحالتها لرفعها من خصم لم يقدم إلى المدعي عليه طلباً لإجراء التحكيم، ولم يرق هو بتعيين محكمه، ولم يكلف خصمه باختيار محكم عنه.

فقد قضت : " (....) لما كان ذلك، وكانت الأوراق قد خلت من أي دليل على أن الشركة المدعى عليها قد تسلمت طلباً لإجراء التحكيم من

(١) وفي ذلك تنص المادة ١٧/١ أ من قانون التحكيم المصري على أنه : " لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية وقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي : إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ".

والجدير الإشارة إليه في هذا المقام أن المشرع المصري والعُماني قد عالجا فرض عدم تحديد الأطراف لعدد المحكمين، حيث نصا في المادة ١٥/١ من قانوني التحكيم الخاص بهما على أنه : " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة ".

(٢) في هذا الصدد تنص المادة ١٧/١ ب من قانون التحكيم على أنه : " فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين (....) ".

الشركة المدعية، وأن هذه الأخيرة قد عينت محكمها ثم طلبت من الشركة الأولى تعيين محكماً من قبلها وأنها قعدت عن ذلك رغم مضي الثلاثين يوماً المقررة قانوناً لذلك، فإن طلب المدعية تعيين محكم قبل استيفاء الشروط المقررة لذلك يكون واجب الرفض بحالته وهو ما تقضي به المحكمة " ^(١).

بالإضافة إلى ذلك، فقد يتفق طرفي التحكيم على تخويل المحكمين المعيّنين من قبلهما بمهمة اختيار المحكم الثالث، فإذا اتفقا على ذلك امتنع على القضاء التدخل في هذه الحالة. أما إذا لم يتفقا فإنه يجوز للقضاء التدخل بناء على طلب أحد الأطراف لتعيين المحكم الثالث.

والسؤال الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد : هل يوجد هناك أي التزام ملقى على عاتق المحكمين المعيّنين من قبل الأطراف بأخذ موافقتهم على تعيين المحكم الثالث ؟

رداً على هذا التساؤل أجابت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ ٤ من ابريل عام ٢٠٠٣ بالنفي، إذ قضت بأنه : " إذا جرت العادة في إجراءات التحكيم أن يأخذ المحكمان المعيّنان من قبل الأطراف الموافقة منهم على تعيين المحكم الثالث، إلا أنه لا يوجد أي التزام ملقى على عاتقهما في هذا الشأن؛ فاستقلال المحكمين عن طرفي النزاع يقتضي القيام بذلك دون الاعتماد على رأي الأطراف " ^(٢).

الحالة الثالثة : مخالفة أحد الأطراف لإجراءات وشروط اختيار المحكم. الفرض هنا أن الأطراف قد اتفقوا على إجراءات معينة ينبغي اتباعها في شأن اختيار المحكم، مثل تحديد مدة معينة يلزم في خلالها اختيار المحكم، أو اشتراط مواصفات معينة فيه مثل الجنس أو الجنسية أو إجادة لغة معينة أو أن يكون من المشتغلين بالقانون، أو غير ذلك من الإجراءات والشروط التي قد يتفق عليها، وخالف أحد الأطراف هذه

^(١) محكمة استئناف القاهرة، د (٩١) تجاري، في القضية المقيمة بالجدول العمومي تحت رقم ١٣ لسنة ١٢٠٠ تحكيم، جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٨، حكم غير منشور.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" S'il peut être d'usage, dans une procédure arbitrale, que les arbitres prennent l'accord des parties qui les ont désignées pour faire choix du troisième arbitre, il n'y a là aucune obligation, bien au contraire; en effet, l'indépendance des arbitres à l'égard des parties doit les conduire, en cas de difficulté, à s'accorder entre eux sans avoir à tenir systématiquement compte de l'avis des parties ".

TGI Paris, 4 avril 2003, SA Loris Azzaro c/ sté Clarins et autre, Rev.arb. 2005., p.162., note L. Jaeger.

الإجراءات أو الشروط، فإن من وسع الطرف الثاني في هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء طالباً تعيين محكماً وفقاً للإجراءات والشروط المتفق عليها.

الحالة الرابعة : تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في شأن اختيار المحكمين. إذا عهد طرفي التحكيم إلى شخص من الغير ^(١) بمهمة اختيار المحكمين، فلا يجوز لأحد منهما أن يلجأ إلى القضاء بعد ذلك طالباً تعيين المحكمين اللهم إلا في حالة تخلف هذا الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن.

فقد نصت المادة ٢/١٧ من قانون التحكيم المصري على أنه :
" (....) إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل ".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٣ من نوفمبر عام ١٩٩٣ بأن تعيين المحكمين وبالأخص المحكم الثالث بواسطة نقيب محامين ليون ما هو إلا تأكيداً لطريقة التعيين المتفق عليها في اتفاق التحكيم، وإذا انتهت محكمة الاستئناف إلى أن الطلب المقدم من أحد الأطراف لتعيين المحكم الثالث لا يعتبر من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية، فإن حكمها في هذا الشأن يكون قد صادف صحيح القانون ^(٢).

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن دور القضاء الوطني في تعيين المحكمين في حالة التحكيم المؤسسي أقل فعالية من حالات التحكيم الفردي *ad hoc*؛ ذلك أنه في حالات التحكيم المؤسسي فإن الأطراف غالباً ما يعهدون إلى أحد مراكز التحكيم بمهمة تنظيم إجراءات التحكيم، وتعيين المحكم الثالث. كما أن هذه المراكز يكون لديها دائماً قوائم بأسماء المحكمين

^(١) يقصد بالغير في هذا الشأن كل شخص عينه الأطراف للقيام بمهمة اختيار المحكمين، وهذا الشخص قد يكون شخصاً عادياً أو مركزاً للتحكيم يوجد مقره داخل الدولة أو خارجها. فننص المادة ٥ من قانون التحكيم المصري على أنه : " في الأحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الإلتباع في مسألة معينة تضمن ذلك حقهما في الترخيص للغير في اختيار هذا الإجراء، ويعتبر من الغير في هذا الشأن كل منظمة أو مركز للتحكيم في جمهورية مصر العربية أو في خارجها ".

^(٢) C. Cass. 2^e ch.c, 3 novembre 1993, Consorts Bollache c/ Epoux Coquard, Rev.arb. 1994., p.533., obs. Ph. Fouchard.

المختصين في مختلف أنواع المنازعات مما يسهل على الأطراف اختيار المحكمين من خلالها دون اللجوء إلى القضاء في هذا الشأن.

الحالة الخامسة : شغل مكان أحد المحكمين. فإذا طرأ أثناء سير إجراءات التحكيم وقبل صدور حكم التحكيم ما يحول دون قيام أحد أعضاء هيئة التحكيم بمباشرة أعماله لأي سبب كان، كالحكم برده أو عزله أو وفاته أو قام به مانع يحول دون مباشرته لمهمته ولم يتفق الأطراف على ما يتبع في هذا الشأن تولى القضاء تعيين من يلزم من المحكمين بناء على طلب أحد الأطراف.

ولقد أخذت معظم تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي بهذه الحالة فيما نصت عليه من أنه في حالة امتناع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله أو قام به مانع من مباشرته له أو عزل منه ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب من أحد الخصوم.

والجدير بالملاحظة أن تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي قد عالجت هذه المسألة بطريقة أفضل مما عالجها المشرع الفرنسي، حيث نص هذا الأخير في المادة ١٤٦٤ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " تنتهي إجراءات التحكيم في الحالات الآتية ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف: ١- بعزل المحكم أو وفاته أو قيام مانع يحول دون ممارسته لمهمته أو بفقدانه لحقوقه المدنية. ٢- بامتناع المحكم عن ممارسة مهمته أو برده. ٣- بانتهاء مدة التحكيم " (١).

ويستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد جعل من قيام إحدى الحالات المحددة في نص المادة ١٤٦٤ من قانون الإجراءات المدنية - والتي بمقتضاها يتعذر إتمام مهمة هيئة التحكيم - سبباً من أسباب انتهاء إجراءات التحكيم ما لم يوجد اتفاق خاص بين الأطراف في هذا الشأن، هذا خلافاً لتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي التي لم تجعل من مجرد قيام إحدى هذه الحالات سبباً من أسباب انتهاء إجراءات التحكيم وإنما جعلت

(١) ترجمة للنص الأصلي لهذه المادة والوارد كالتالي :

" L'instance arbitrale prend fin, sous réserve des conventions particulières des parties: 1° Par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre ainsi que par la perte du plein exercice de ses droits civils; 2° Par l'abstention ou la récusation d'un arbitre; 3° Par l'expiration du délai d'arbitrage ".

سلطة التعيين في هذا الشأن للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ما لم يوجد اتفاق خاص بين الأطراف في هذا الصدد. وبذلك، تكون هذه التشريعات قد وضعت في اعتبارها أنه على الرغم من وجود مانع يحول دون ممارسة هيئة التحكيم لمهمتها، فإن الأطراف يظلوا رغم ذلك مرتبطين بشرطهم التحكيمي الذي يلزم بإعادة تشكيل هيئة تحكيم جديدة أو اختيار المحكم الذي طرأ له مانع يحول دون مباشرته لمهمته.

ثانياً : تحديد المحكمة المختصة باختيار الحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى أنه في حالة وجود عقبات يستحيل معها تشكيل هيئة التحكيم ولم يستطع الأطراف التغلب عليها، ففي هذه الحالة يجوز لمن يهيمه الأمر من الخصوم اللجوء إلى جهة القضاء المختصة لإزالة هذه العقبات، ومن ثم تمام عملية التحكيم.

ويثير هذا الموضوع التساؤل عن جهة القضاء المختصة التي أوكلها المشرع بمهمة إزالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري ؟

لقد اختلفت اتجاهات التشريعات، وتباين موقف الفقه حول الإجابة على هذا التساؤل المنصرم، فمنهم من جعل الاختصاص معقوداً في هذا الشأن للقضاء العادي، ومنهم من منح هذا الاختصاص للقضاء الإداري، وذلك كما يلي :

١ - موقف المشرع

باستقراء نصوص القانون التي نظمت عملية التحكيم في الدول محل الدراسة تبين أنها لم تتفق على إجابة واحدة حول التساؤل الذي سبق طرحه، ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : وسار عليه المشرع الفرنسي، حيث اتجهت نيته إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة.

فقد نصت الفقرة الأولى والثانية من المادة ١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه : " إذا حصل بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم (....) يعين رئيس المحكمة الكلية المحكم

أو المحكمين. غير أن هذا التعيين يمكن أن يحصل بواسطة رئيس المحكمة التجارية إذا نص الاتفاق على ذلك صراحة".

كما تنص المادة ٢/١٤٩٣ من ذات القانون على أنه: "إذا حدث في تحكيم يجرى في فرنسا أو في تحكيم اختار فيه الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم، جاز للطرف الأكثر عجلة - ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك - أن يطلب مساعدة رئيس المحكمة الكلية بباريس وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ١٤٥٧".

ويستفاد من نص هاتين المادتين أنهما قد حددتا الاختصاص باختیار المحكم - كقاعدة عامة - لرئيس المحكمة الكلية، أو لرئيس المحكمة التجارية حال اتفاق الأطراف على ذلك صراحة، وذلك إذا ما تعلق الأمر بتحكيم داخلي.

أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فيكون الاختصاص لرئيس المحكمة الكلية بباريس^(١)، مع ملاحظة أنه لا يستطيع التدخل بدوره المساعد إلا في حالتين؛ الأولى: إذا كان التحكيم يجرى في فرنسا، أما الحالة الثانية: إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي.

الاتجاه الثاني: وأخذت به معظم تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي حيث اتجهت هذه التشريعات إلى عقد الاختصاص بصفة مطلقة لجهة القضاء الإداري بنظر المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم باعتبارها الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع^(٢).

الاتجاه الثالث: واتبعه كل من المشرع المصري والبحريني والعماني، حيث قرر الأول إسناد الاختصاص في حالة التحكيم الداخلي إما

(١) وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ من فبراير عام ٢٠٠٧ عندما قضت بأنه:

" En matière d'arbitrage international se déroulant en France, les difficultés de constitution du tribunal arbitral relèvent du Président du Tribunal de grande instance de Paris ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 20 février 2007, sté UOP NV c/ sté France et autres, Rev.arb. 2007., p.139.

(٢) راجع: المادة ٢٠٤ / ١ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ١٧٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ١٠ من نظام التحكيم للمملكة العربية السعودية، والمادة ١ / ١٩٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

للمحكمة الإدارية أو لمحكمة القضاء الإداري باعتبارهما المحكمتان المختصتان أصلاً بنظر منازعات العقود الإدارية تبعاً لقيمة النزاع. أما إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر^(١).

وبالنسبة للمشرع البحريني، فقد قرر في المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الخاص بالتحكيم الداخلي إسناد أمر تعيين المحكم للمحكمة التي يكون من اختصاصها أصلاً نظر النزاع، أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فتنطبق حكم المادة ٦ من قانون التحكيم التجاري الدولي والتي قررت عقد الاختصاص بنظر مسائل المساعدة والإشراف في مجال التحكيم، ومنها تعيين المحكم، لمحكمة الاستئناف العليا المدنية.

أما بالنسبة للمشرع العماني، فإنه إلى وقت ما قبل صدور المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣ بتاريخ ٢١ من يناير عام ٢٠٠٧ بشأن تعديل بعض أحكام قانون التحكيم كانت المحكمة التجارية هي الجهة المختصة بتعيين المحكم المنوط به حسم منازعة متعلقة بعقد إداري، على أن ينعقد الاختصاص للدائرة الاستئنافية بتلك المحكمة إذا ما تعلق الأمر بتحكيم دولي^(٢). واستمر الحال هكذا إلى أن صدر مرسوم ٢٠٠٧/٣ والذي سار فيه المشرع العماني على ذات نهج نظيره المصري والبحريني، إذ اتجهت نيته إلى عقد الاختصاص باختيار المحكم للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وذلك إذا ما تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي، أما إذا كان التحكيم دولياً فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف بمسقط^(٣).

(١) تنص المادة ٩ من قانون التحكيم المصري على أنه : " (١) يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر. (٢) وتظل للمحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم ".

(٢) فقد كانت المادة ٩ من قانون التحكيم العماني رقم ٩٧/٤٧ – قبل تعديلها – تنص على أنه : " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء العماني للمحكمة التجارية، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في عمان أو في الخارج، فيكون الاختصاص للدائرة الاستئنافية بتلك المحكمة ".

(٣) ولقد جاء نص هذا التعديل كالتالي : " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء العماني للمحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لقانون السلطة القضائية، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في عمان أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف بمسقط ".

٢- موقف الفقه

يشير بعض الفقهاء إلى أن تدخل القضاء الرسمي في الدولة لتعيين المحكمين أو المحكم المرجح لا يعد ذو طابع رقابي، وإنما من قبيل الدور المساعد أو التعاوني^(١)، والغرض منه تحريك عملية التحكيم وضمان نجاحها، واحترام الالتزامات التعاقدية دون أن يتعرض القاضي لموضوع النزاع والقواعد المطبقة عليه.

هذا الطابع التعاوني التي تقوم عليه قاعدة تدخل القضاء الوطني في عملية تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعات العقود الإدارية هي التي دعت جانب من الفقه إلى المناداة بضرورة استبعاد اختصاص القضاء الإداري وعقد الاختصاص في هذا الشأن للقضاء العادي^(٢)، ويستند هذا الرأي إلى أمرين^(٣) :

الأمر الأول : طبيعة نشاط التحكيم وتطوره خارج كل مرجعية على مفهوم المرفق العام وفكرة السلطة العامة، وهما أساس اختصاص القضاء الإداري.

أما الأمر الثاني : يرجع إلى أن النصوص الواردة في الشريعة العامة للتحكيم والتي نظمت تدخل القاضي الوطني لتقديم دوره المساعد في تشكيل هيئة التحكيم قد سنت بالنظر على أنها قانون أساسي يحكم إجراءات التحكيم في كافة مراحلها وترتبط به، وهذا يتطلب عدم فصل إجراءات التحكيم عن قواعد القانون الخاص التي تحكمها.

وبالرغم من وجاهة هذا الرأي، وقوة الحجج التي يستند إليها، إلا أنه لا يمكن التسليم به لعدة اعتبارات :

(١) انظر :

Ph. Fouchard, La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage, art.préc.

(٢) انظر :

- E. Bruce, La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question, Rev.arb. 2006., p.65., spéc, pp.74-77.

- M. Audit, Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, art.préc., p.557.

- D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art.préc., pp.34-35.

(٣) راجع :

D. Foussard, *Ibidem*.

الاعتبار الأول : إذا كان من الصحيح أن إجراءات التحكيم ترتبط بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص^(١)، إلا أن ذلك لا يبرر استبعاد اختصاص القاضي الإداري من نظر أمر تعيين المحكم المنوط به حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري؛ فحضور الشخص المعنوي العام كطرف في النزاع، وارتباط الأمر بمنازعة إدارية يتطلب أن تكون جهة القضاء المختصة هي جهة القضاء الإداري.

الاعتبار الثاني : إن القول بأن الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم وارتباط إجراءاته بقواعد القانون الخاص ارتباطاً لا يقبل التجزئة هي التي تبرر عقد الاختصاص للقاضي العادي بنظر المسائل المتعلقة بإجراءات التحكيم ومنها تشكيل هيئة التحكيم، يؤدي - بلا شك - إلى امتداد هذا القول إلى كافة المسائل التي تثار أثناء سير إجراءات التحكيم والتي تدخل في المجال المحفوظ دستورياً لاختصاص القضاء الإداري، كتلك المتعلقة بنظر مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد^(٢)، وهذا لا يمكن قبوله.

الاعتبار الثالث : لا يقتصر عمل القضاء الوطني في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم على مجرد تقديم المساعدة إلى الأطراف، بل إنه يمارس في بعض الأحيان دوراً رقابياً على أداء المحكمين لمهامهم يصل إلى حد توقيع جزاء العزل^(٣)، وذلك حال تخلف أحد المحكمين عن أداء وظيفته. كما أنه في حالة طلب رد المحكم^(٤)، فإن القاضي يمارس كذلك دوراً رقابياً على مدى توافر الأسباب المبررة لهذا الطلب، وأخصها عدم توافر شرطي الاستقلال والحيدة.

(١) انظر لاحقاً ص ٤٢٢ وما بعدها.

(٢) انظر لاحقاً ص ٤٥٢.

(٣) وفي هذا الإطار تنص المادة ٢٠ من قانون التحكيم المصري على أنه : " إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم ينتج ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين ".

(٤) وفي هذا الإطار تنص المادة ١/١٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٩٤/٢٧ المعدلة بموجب القانون رقم ٢٠٠٠/٨ على أنه : " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن ".

الاعتبار الرابع : إن المطالبة بوجود تنظيم قانوني مستقل ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يقتضي استبعاد تدخل القاضي العادي في كافة المسائل التي تثار بمناسبة هذه التحكيمات ^(١).

ولعل هذه الاعتبارات هي التي دعت مجموعة العمل إلى المناداة – في الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣ حول الطرق البديلة لحل المنازعات في المواد الإدارية – بضرورة استبعاد ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية من عقد الاختصاص لرئيس المحكمة الكلية بنظر المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم، وإسناد هذا الاختصاص لرئيس المحكمة الإدارية ^(٢).

وترتيباً على ما تقدم، فإن اتجاه مشرعي دول مجلس التعاون الخليجي، وكذلك المشرع المصري (فيما يتعلق بالعقود الداخلية) قد أحسنوا صنعاً حين جعلوا الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم لجهة القضاء الإداري، في حين أن مسلك المشرع الفرنسي، بالإضافة إلى نظيره المصري والبحريني والعماني (فيما يتعلق بالعقود الدولية) هو في الواقع مسلك يدعو إلى الاستغراب والدهشة.

الاستغراب من أن يسمح هؤلاء المشرعون لشخص خاص بأن يلي مهمة التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية شأنه في ذلك شأن القاضي الإداري ويرفضون في ذات الوقت بأن يكون تعيينه بواسطة هذا القاضي.

والدهشة من اتجاههم نحو عقد الاختصاص للقاضي العادي في حين أن القاضي الإداري هو الأجدر على اختيار محكم يتمتع بالمواصفات التي تؤهله لفهم الطبيعة المميزة للعقد الإداري.

وإذ انتهيت إلى ضرورة عقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري بالمساعدة والإشراف على عملية تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري، فإنه ينبغي أن نشير في النهاية إلى المحكمة المختصة بذلك، وعلى وجه الخصوص في النظام المصري.

(١) انظر في هذا المعنى :

A. Patrikios, op.cit., p.194.

(٢) راجع :

Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.96-97.

يبدو أنه من الأفضل أن ينعقد الاختصاص في هذا الشأن للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وذلك إذا ما تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي. أما في مادة التحكيم الدولي فيكون الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري نظراً للأهمية الخاصة للعقود الخاضعة لهذا النوع من التحكيم واتصالها بالمصالح العليا للدولة، ولما يتوافر في أعضاء هذه المحكمة من الخبرات التي تؤهلهم إلى حسن اختيار المحكم الذي يتولى نظر هذا النوع من المنازعات، وعلى أن يتم حظر الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم بأي طريق من طرق الطعن كما هو منصوص عليه في قانون التحكيم.

وبذلك، ينتهي تناولنا لبحث موضوع المحكمة المختصة باختيار المحكمين المنوط بهم حسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وننتقل من ذلك إلى بحث الضوابط التي يتعين على هذه المحكمة مراعاتها.

ثالثاً : ضوابط تدخل المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم

إن تدخل القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم ليس مطلقاً وإنما تحكمه عدة ضوابط وإجراءات يجب اتباعها في هذا الشأن، وهي :

١ - احترام الشروط التي حددها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف

يجب على القضاء وهو بصدد ممارسة دوره المنوط به في تشكيل هيئة التحكيم أن يتأكد من أن المحكم الذي يعينه تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف^(١).

فضلاً عن ذلك، ينبغي على القضاء أن يقوم فعلاً بتعيين شخص يعهد إليه بممارسة وظيفة قضائية، فليس من سلطة القضاء – مثلاً – أن يقوم بتعيين خبير أو موفق احتراماً لإرادة الأطراف في هذا الشأن^(٢).

ولكن يلاحظ في هذا الشأن أن الأطراف قد يستخدمون ألفاظاً غامضة لا يفهم منها طبيعة المهمة الممنوحة للمحكم، ففي هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يتأكد أولاً بأنه أمام اتفاق تحكيم حقيقي، ثم يقوم بعد ذلك بتعيين

(١) تنص المادة ٣/١٧ من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه : " وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان (....) " .

(٢) في هذا المعنى :

Ph. Fouchard, La coopération du président du tribunal de grand instance à l'arbitrage, art.préc., pp 12 et s.

المحكم تاركاً لهيئة التحكيم سلطة الفصل في شرعية وحدود مهمتها تحت رقابة لاحقة من القضاء، وذلك احتراماً لما قررته مختلف القوانين من إعطاء السلطة لهيئة التحكيم في تقدير مدى صلاحيتها في نظر النزاع من عدمه.

٢- صدور قرار المحكمة دون تأخير

إمعاناً لتحقيق الأهداف المرجوة من نظام التحكيم وأهمها تحقيق السرعة في إنهاء الإجراءات وعدم عرقلتها أو تعطيلها، ألزم كل من المشرع المصري والعماني المحكمة المختصة أن تصدر قرارها بتعيين المحكم دون تأخير وعلى وجه السرعة.

فقد نصت المادة ٣/١٧ من قانوني التحكيم الخاص بهما على أنه :
" (....) وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ".

ومن الملاحظ على نص هذه المادة أنها قد أوردت عبارة عامة غير محددة <<على وجه السرعة>> مما قد يفتح المجال للخلاف حول المدة التي يتعين على المحكمة أن تختار المحكم في خلالها، لذا يرى بعض الفقهاء ضرورة أن يحدد المشرع مدة معينة، بحيث تكون المحكمة ملزمة بأن تصدر قرارها المذكور في خلالها^(١).

٣- عدم قابلية الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم

يكتسب القرار الصادر عن القضاء بتعيين المحكم حصانة مطلقة، فلا يجوز الطعن فيه بالطريق العادي أو غير العادي^(٢). وهذا ما قرره صراحة كافة تشريعات الدول محل الدراسة^(٣).

(١) انظر : د. رضا السيد : مسائل في التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٤ - ٤٥.

(٢) C. Cass. 2^e ch.c, 14 décembre 2006, sté Gardin c/ sté Prodim, Rev.arb. 2007., p.132.

(٣) المادة ٣/١٧ من قانون التحكيم المصري والعماني، والمادة ١/١٤٥٧ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ٢/٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ٢٣٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ١٠ من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادة ٢/١٩٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة ١٧٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة ١٩٩ من وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي التي تمت الموافقة عليها بواسطة وزراء العدل بدول المجلس في اجتماعهم الثالث عشر الذي عقد في مملكة البحرين ٧ - ٨ من شعبان ١٤٢٢ هـ الموافق ٢٣-٢٤ من أكتوبر ٢٠٠١ م. واعتمدها المجلس الأعلى في دورته ٢٢ التي عقدت في مسقط بتاريخ ١٥-١٦ من شوال ١٤٢٢ هـ الموافق ٣٠-٣١ من ديسمبر ٢٠٠١ م كقانون استرشادي لمدة أربع سنوات.

غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء هام وضعه القضاء العادي الفرنسي مؤداه جواز الطعن في القرار الصادر بتعيين محكم الذي لم يراع فيه إرادة الأطراف، أو نصوص القانون المنظمة لعملية التعيين^(١).

وإذا كان القرار الصادر عن المحكمة المختصة بتعيين المحكم لا يقبل الطعن فيه – كقاعدة عامة – بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، فهل يسري ذات الحكم على القرار الصادر برفض تعيين المحكم؟

رداً على هذا التساؤل أجاب المشرع الفرنسي بالنفي^(٢)، حيث نص في المادة ٢/١٤٥٧ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " غير أن هذا القرار يجوز الطعن فيه بالاستئناف عندما يعلن الرئيس أن لا محل للتعيين لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ٣/١٤٤٤ (....) " ^(٣).

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية:

" Attendu que l'arbitre investi en méconnaissance de la volonté des parties ou des textes susvisés est irrégulièrement désigné et que la décision du juge qui procède a cette désignation sans y être habilité, est susceptible d'appel ".
C. Cass. 1^{re} ch.c, 10 mai 1995, Laiguède c/ sté Ashen Inox, Rev.arb. 1995., p.605 (2^e esp)., note A. Hory.

وفي نفس المعنى :

C. Cass. 2^e ch.c, 16 mars 2000, Sechet et a. c/ sté ITM Entreprises, Rev.arb. 2002., p.675., note D. Foussard p.579.

(٢) ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، حيث تنص المادة ٢/١٩٥ منه على أنه: " وتنتظر المحكمة الطلب بحضور الخصوم الآخرين، أو في غيبتهم بعد تكليفهم بالحضور، ولا يجوز الطعن في حكمها بتعيين المحكمين بالاستئناف. أما حكمها برفض تعيين المحكمين، فيكون قابلاً للاستئناف طبقاً للقواعد المبينة في المادة (٢٠٥) ".
(٣) ولقد حددت المادة ٣/١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حالتين يمكن للقاضي من خلالهما أن يعلن بأنه لا مجال لتعيين المحكمين؛ أولهما: إذا كان شرط التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً، وثانيهما: إذا كان شرط التحكيم غير كاف لكي يتيح تشكيل هيئة التحكيم. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الحالتين المنصوص عليها في نص المادة ٣/١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية قد وردا على سبيل المثال لا الحصر، وهذا ما يستفاد من حكمها الصادر بتاريخ ١٦ من مايو عام ١٩٩٤، إذ قررت أن المادتين ١٤٤٤، ١٤٥٧ من قانون الإجراءات المدنية لا يمنعان القاضي بأن يعلن بألا وجه لتعيين المحكمين وفقاً لأسباب أخرى غير المنصوص عليها في المادة ٣/١٤٤٤.

راجع :

C. Cass. 2^e ch.c, 16 mai 1994, sté Perma c/ sté entreprise Maxime, Rev.arb. 1994., p.715 (2^e esp)., note A. Hory.

وفي نفس المعنى :

C. Cass. 1^{re} ch.suppl, 16 avril 1992, sté Perma c/ Sarl Maxime, Rev.arb. 1993., p.431 (2^e esp)., note A. Hory.

ومن الجدير بالملاحظة على هذا الاتجاه أنه إذا كان لا يوجد ما يمنع من الأخذ به في التشريعات الأخرى، إلا أن ذلك ليس بالأمر اليسير، خاصة في الدول التي جعلت الاختصاص بمسألة تعيين المحكم لمحكمة الاستئناف في حالة ما إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي مثل مصر وسلطنة عمان.

وإذ كنا قد انتهينا مسبقاً إلى تفضيل عقد الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري بنظر المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة متعلقة بعقد إداري ذات طابع دولي، فإنه لا يوجد ما يمنع من الطعن في الحكم الصادر عنها برفض تعيين المحكم أمام المحكمة الإدارية العليا. أما القرار الصادر بتعيين المحكم، فيفضل حظر الطعن فيه ابتغاء تحقيق السرعة المطلوبة في إنهاء إجراءات التحكيم، فضلاً عن أن هذا القرار لا يكتسب إلا حصانة مؤقتة، حيث يجوز للمحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم من إعادة النظر في سلامة القرار الصادر بتعيين المحكم والتحقق من مطابقته للشروط التي تطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف^(١).

٤- أن يكون الطلب في صورة دعوى

لم ينص قانون التحكيم المصري صراحة على الطريق الذي يتحقق من خلاله إجراء تعيين المحكم، هل هو أمر على عريضة أم في صورة دعوى؟

غير أنه باستقراء النصوص القانونية الأخرى الواردة فيه تبين بجلاء أن اللجوء إلى القضاء في هذا الشأن لا بد وأن يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى؛ فهذه النصوص قد تحدثت عن وجوب إصدار القرار على وجه السرعة، وعدم جواز الطعن فيه، ومما لا شك فيه أن هذه الأحكام لا يصدق أيهما على الأوامر على العرائض، بل ينصرف كل منهما إلى أحكام القضاء. فضلاً عن ذلك، فإن إجراءات تعيين المحكم عن طريق الدعوى هو الذي يتفق والطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم إذ تضمن تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم والتحقق من الشروط التي اتفقوا عليها في المحكم، وأن هناك نزاع قد ينشأ بينهم فعلاً، وأن أحدهما قد تقاعس عن اختيار محكمه حقيقة. وعلاوة على ذلك، فإن المناقشات التي دارت في

(١) تنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري على أنه: " (١) لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: (....) (هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين".

مجلس الشعب حول نص المادة ١٧ من قانون التحكيم توضح بجلاء أن الطلب المقدم من أحد الأطراف إلى المحكمة لا بد وأن يكون في صورة دعوى وليس بموجب أمر على عريضة^(١). وهذا ما انتهت إليه محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ من نوفمبر عام ٢٠٠٤^(٢).

وبانتهاء عرض ضوابط تدخل المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم، يكتمل تناول المبحث الأول والذي خصص لمبحث تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري، وننتقل الآن إلى مرحلة سير إجراءات التحكيم؛ الأمر الذي نخصص له المبحث التالي.

(١) حيث إنه أثناء مناقشة نص المادة ١٧ من قانون التحكيم في مجلس الشعب تساءل أحد الأعضاء عن الطريق الذي سيتحقق به إجراء تعيين المحكم، هل هو أمر على عريضة أم في صورة دعوى، وأجابه على ذلك السيد وزير العدل بقوله: " أولاً، الطلب يكون في صورة دعوى، وهو الوضع الطبيعي، ويكون للمحكمة وهو الوضع الطبيعي لأنه لو أراد لرئيس المحكمة لثم النص على ذلك، مثل كل النصوص، فعندما يقول النص << محكمة كذا >> فيكون الاختصاص للمحكمة وليس لرئيس المحكمة، ويكون ذلك بالصورة الطبيعية وهي الدعوى (.....)".

راجع : مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الحادية والستين (٧ مارس ١٩٩٤)، ص ٢٤١ - ٢٤٢.

(٢) فقد قضت محكمة الاستئناف بالآتي: " وحيث إنه عن النعي ببطلان الحكم الطعين لتعيين أحد المحكمين وهو (....) على وجه مخالف للقانون فإنه سديد؛ ذلك أن مفاد نص المادة (١٧) من قانون التحكيم أنه في حالة قعود أحد طرفي التحكيم عن اختيار محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الثاني، تتولى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين - و المقصود هنا بالمحكمة - طبقاً لعبارة النص والأعمال التحضيرية لقانون التحكيم - هو المحكمة بكامل هيئتها التي تنتظر طلب تعيين المحكم الذي يقدم لها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فتصدر حكماً في هذا الطلب. ذلك أنه إذا أعطى النص الاختصاص لمحكمة - وليس لرئيس المحكمة - فإن معنى ذلك اختصاص هيئة المحكمة وليس رئيسها وأن يكون نظرها للطلب بالصورة المعتادة وهي الدعوى (....) ومن ناحية أخرى، فقد نصت المادة (١٧) سائلة الإشارة على أن تصدر المحكمة قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة وأن هذا القرار لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن - وإصدار القرار على وجه السرعة وعدم القابلية للطعن لا يصدق أيهما على الأوامر على العرائض بل ينصرف كل منهما إلى أحكام القضاء. كذلك فإن واجب المحكمة أن تراعي في المحكم الذي تختاره الشروط التي اتفق عليها الطرفان طبقاً للفقرة الثالثة من المادة (١٧) يفترض المواجهة بين الطرفين للتحقق من الشروط التي اتفقا عليها في المحكم وهو الأمر الذي لا يتصور وقوعه إلا في إجراءات الدعوى وليس الأمر على العريضة الذي يقدم وينظر في غيبة المعارض ضده - وفضلاً عن ذلك فإن إجراءات تعيين المحكم عن طريق الدعوى هو الذي يتفق والطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم إذ تضمن تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم والتحقق من الشروط التي اتفقوا عليها في المحكم، وأن هناك نزاع قد ينشأ بينهم فعلاً، وأن أحدهما قد تقاعس عن اختيار محكمه حقيقة، وأن هناك اتفاق تحكيم ليس ظاهر البطلان ولذلك فقد جرى قضاء هذه المحكمة على بطلان تعيين المحكم بموجب الأمر على العريضة لمخالفته الوجه الذي رسمه القانون لذلك".

محكمة استئناف القاهرة، د (٩١) تجاري، في القضية المقيدة بالجدول العمومي تحت رقم ٧٣ لسنة ١٢٠٠ ق تحكيم، جلسة ٢٩/١١/٢٠٠٤، حكم غير منشور.

وانظر في ذات الاتجاه قضاء ذات المحكمة والدائرة في قضايا التحكيم التجاري الدولي أرقام : ١٨/١٩/١٩ ق، جلسة ٣٠/٤/٢٠٠٢، و ٢٠/١٩/٢٠ ق، جلسة ٢٦/٦/٢٠٠٢، و ١٩/٨٢/١٩ ق، جلسة ٢٦/٢/٢٠٠٣، و ٨٧/١١/٢٠٠٣، جلسة ٢٩/٤/٢٠٠٣، و ٧٦/١٢/٢٠٠٣، جلسة ٨٤/٨٥/١٢٠٠ ق، جلسة ٢٦/٥/٢٠٠٤. أحكام غير منشورة.

المبحث الثاني

إجراءات سير خصومة التحكيم

إن موافقة المحكم على قبول مهمته كتابةً تعتبر بمثابة الإذن في افتتاح إجراءات التحكيم؛ تلك الإجراءات التي سوف تستمر إلى حين صدور حكم التحكيم.

وتتميز القواعد الإجرائية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم بكونها قواعد أكثر مرونة من تلك المتبعة أمام القضاء، وهذا الاتجاه يعد نتيجة طبيعية للفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في سرعة الفصل في المنازعات^(١).

وترتكز إجراءات التحكيم على قاعدة حرية الأطراف؛ فالشريعة العامة للتحكيم في مختلف الدول قد أعطت الدور الرئيسي في تحديد إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف، ولا يحد من هذه الحرية سوى القواعد الآمرة؛ تلك القواعد التي تشكل دائماً حدوداً على حرية الأطراف في مجال التحكيم. وهذه الحدود تكون لها أهمية قصوى في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، حيث إن حضور الإدارة كطرف في إجراءات التحكيم يتطلب شكل كبير في الإجراءات التي تحكم سير المنازعة محل التحكيم.

وإذا كانت خصومة التحكيم كخصومة القضاء تقوم على مصالح متعارضة لطرفيها، مما يتعذر معه الوصول إلى اتفاق معين من أجل تحديد إجراءات التحكيم، فقد اتجهت معظم التشريعات إلى إعطاء المحكم سلطة تحديد الإجراءات التي تسير عليها خصومة التحكيم، وذلك مع وضع بعض القيود التي تحد من حريته في هذا الصدد.

ولما كان التحكيم يرتبط في أساسه بقواعد القانون الخاص، وتقوم إجراءاته على اتفاق الأطراف، فإن ذلك يفترض موافقة جهة الإدارة على قبول هذه القواعد الإجرائية التي تعتبر إلى حد كبير غريبة عن المفهوم

(١) والجدير بالذكر في هذا المقام أن نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية يعتبر النظام الوحيد في الدول محل الدراسة الذي خلع على إجراءات التحكيم العديد من القواعد التي تتشابه مع القواعد المتبعة أمام القضاء، مما نتج عنه أن أصبح نظام التحكيم هناك نسخة مكررة من قضاء الدولة.

الشكلي للإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري^(١)، وينبغي على ذلك أن إجراءات التحكيم حتى في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية تظل في العموم تحت سيطرة القانون الخاص. غير أن هذه السيطرة ليست مطلقة بل نجد في الكثير من الحالات تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم، مما يؤدي إلى أن يصبح أمام نظام إجرائي خليط من قواعد القانون الخاص والقانون الإداري.

ولإيضاح ما سبق، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : ارتباط إجراءات خصومة التحكيم بالقانون الخاص.
المطلب الثاني : تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم.

(١) ومن أمثلة الشكليات المتبعة أمام القضاء الإداري المصري والتي تختلف عن تلك المتبعة أمام قضاء التحكيم ، خاصية الكتابة، ضرورة وجود محامي لتقديم عريضة الدعوى، وجود هيئة مفوضي الدولة. فخاصية الكتابة تعد من الخصائص الذاتية والمميزة لإجراءات القضاء الإداري التي تستقل بها عن غيرها من الفروع الإجرائية الأخرى. فمذكرات الخصوم لا يمكن تقديمها إلا في صورة كتابية حيث تكون الكتابة ملزمة لذوي الشأن، كما أن القاضي لا يعتد إلا بالمذكرات في صورة كتابية؛ فهي التي يستند إليها عند إصدار الحكم في الدعوى دون غيرها من أية أمور شفوية تكون قد تمت في الجلسة. ومن ناحية ثانية : فإنه يلزم أن يقدم عريضة الدعوى محام، حيث يشترط لقبول عريضة الدعوى أمام المحاكم الإدارية أن تكون موقعة من محام مقبول لديها. ومن ناحية ثالثة : فإن إجراءات القضاء الإداري تتميز بوجود هيئة مفوضي الدولة التي تتولى تحضير الدعوى وتهيئتها للفصل فيها. راجع للمزيد من التفاصيل :

د. مصطفى محمود كامل الشربيني : بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة أسيوط عام ٢٠٠٣، تحت إشراف أ.د/ السيد خليل هيكمل، ص ٨١ وما بعدها.

ومما لا شك فيه أن هذه الشكليات لا يلزم توافرها في إجراءات التحكيم؛ فخاصية الكتابة وإن كانت متطلبية في إجراءات التحكيم إلا أنها ليست شرطاً ضرورياً للفصل في النزاع المعروض على هيئة التحكيم، فبجانب المرافعات المكتوبة توجد أيضاً المرافعات الشفهية. وفي ذلك تنص المادة ١/٢٩ من قانون التحكيم المصري على أنه : " يجري التحكيم باللغة العربية ما لم (....). ويسرى حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية (....) ". ومن ناحية أخرى فإن دعوى التحكيم لا يشترط توقيعها من محام ولا يشترط أيضاً وجوده في إجراءات التحكيم. كما أنه لا يوجد في نظام التحكيم هيئة على غرار هيئة مفوضي الدولة تختص بتحضير دعوى التحكيم وتهيئتها للفصل فيها.

المطلب الأول

ارتباط إجراءات خصومة التحكيم بالقانون الخاص

يرتبط نظام التحكيم في أساسه بقواعد القانون الخاص، وهذا الارتباط مرجعه إلى عاملين؛ الأول : طبيعة هذا النظام؛ فنظام التحكيم يعتبر منظمة عدالة خاصة أنشئ في الأساس تحت مظلة القانون الخاص^(١)، ولا تلعب طبيعة المنازعة أي دور في هذا الشأن، فسواء كانت المنازعة من طبيعة خاصة أو من طبيعة إدارية يظل نظام التحكيم مرتبط بقواعد القانون الخاص. صحيح أن المشرع في الدول محل الدراسة قد اتجه إلى إباحة التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، إلا أن ذلك لا يؤثر على طبيعة نظام التحكيم القائم عليه شخص خاص؛ فالحديث هنا مقصور على طبيعة نظام التحكيم وليس على طبيعة المنازعة المطروحة عليه.

أما العامل الثاني : فيتعلق بأساس سلطة المحكم؛ فالمحكم لا يمارس سلطاته بموجب تفويض من السلطة العامة، وإنما يمارسها بناء على إرادة الأطراف^(٢)؛ فالسلطة العامة لا تفوض جانب من اختصاصاتها للمحكم وإنما تقوم بتعيينه شأنها في ذلك شأن سائر الأشخاص الخاصة الأخرى عندما يقومون بتعيين محكمهم^(٣).

(١) انظر في هذا المعنى :

S. Jarvin, Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? Rev.arb. 1998., p.611., spéc, p.614.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية :

" Mais attendu que les arbitres, qui tiennent leurs pouvoirs de la volonté des parties et non de la puissance publique (....) ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 18 novembre 1986, sté Atlantic Triton c/ République populaire révolutionnaire de Guinée et sté guiné et sté (Soguipêche)., JDI 1987., p.125.

(٣) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الفقيه Foussard يضيف سبباً آخرأ لربط إجراءات التحكيم بالقانون الخاص، إذ يذهب إلى أن هذا الربط ناتج أيضاً عن مبدأ الإحالة إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الحالي الذي تبنته بعض نصوص القانون التي أباحت اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات الإدارية، ويستشهد – لتأكيد وجهة نظره – بالمادتين ٢٤٧ و ٣٦١ من قانون الأشغال العامة (القديم) التي أحالتا بشأن إجراءات التحكيم في المنازعات الخاصة بتصفية نفقات الأشغال العامة إلى قواعد القانون الخاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

راجع :

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art.préc., p.33.

ويرفض الفقيه Patrikios هذا الرأي على اعتبار أنه غير صحيح على إطلاقه؛ ذلك أنه إذا كانت المادتين ٢٤٧ و ٣٦١ من قانون الأشغال العامة القديم قد أحالتا بشأن إجراءات التحكيم بخصوص =

وينبني على ما تقدم، أن القواعد الإجرائية الواردة في النصوص القانونية التي نظمت عملية التحكيم في الدول محل الدراسة هي التي تحكم سير إجراءات التحكيم. وبالرجوع إلى هذه القواعد يتبين أنها قد أضفت على إجراءات التحكيم الطابع الاستقلالي، حيث إنها أجازت لطرفي التحكيم تحديد النظام الإجرائي الذي يحكم سير المنازعة محل التحكيم. وفي حالة غياب تلك الإرادة تتولى هيئة التحكيم هذه المهمة، وذلك كله مع مراعاة سلسلة من القواعد الآمرة التي تعتبر من مجالات الإجراءات القضائية.

أولاً : النشأة الاتفاقية لإجراءات التحكيم

وهو ما يعبر عنه بمبدأ سمو سلطان الإرادة في إجراءات التحكيم؛ فالقاعدة الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم مفادها منح الأطراف حرية الاتفاق على تنظيم إجراءات التحكيم. فقد يتفق الأطراف على وضع إجراءات معينة أو على الأقل جانب منها، وقد يتفقون على اتباع القواعد المعمول بها أمام المحاكم لتسري على خصومة التحكيم، وقد يختارون قواعد أكثر مرونة من تلك المتبعة أمام المحاكم؛ كالاتفاق على تطبيق لائحة إحدى مراكز التحكيم على الإجراءات.

فقد نصت المادة ٢٥ من قانوني التحكيم المصري والعماني على أن لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية (سلطنة عمان) أو خارجها.

وذات المسلك اتبعه المشرع البحريني، إذ نص في المادة ١/١٩ من مرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم الدولي على أنه : " مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم " .

ولقد قنن المشرع الفرنسي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وذلك إذا ما تعلق الأمر بالتحكيم

= المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات الأشغال العامة إلى قانون الإجراءات المدنية، إلا أن النصوص القانونية الأخرى التي أباحت التحكيم في بعض منازعات العقود الإدارية لم تتضمن بين طياتها أي نص ينظم إجراءات التحكيم، أو الإحالة إلى قانون الإجراءات المدنية.

راجع :

الدولي، إذ نص في المادة ١٤٩٤ من قانون الإجراءات المدنية على أنه :
" يجوز أن يحدد مباشرة في اتفاق التحكيم أو بالإحالة إلى لائحة تحكيم
القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها في دعوى التحكيم، ويجوز أيضاً أن
تخضع هذه الدعوى إلى قانون إجراءات معين يحدده اتفاق التحكيم. وفي
حالة عدم الاتفاق، ينظم المحكم الإجراءات، بالقدر الذي يحتاجه، سواء
مباشرة أو بالإحالة إلى قانون معين أو لائحة تحكيم " (١).

ويستفاد من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد اعترف للأطراف
وللمحكّمين بالحرية الكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق على
الإجراءات دون أن يلزمهم بمراعاة الأحكام الإجرائية الأمرة مثلما فعل في
النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم الداخلي.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري، فإن قانون التحكيم الحالي لم
ينص صراحةً على إعطاء الحرية لطرفي التحكيم في الاتفاق على اختيار
قانون وطني معين ليسري على إجراءات التحكيم، وإن كان يمكن
استخلاص إمكانية ذلك من خلال النصوص الأخرى الواردة فيه؛ فالمادة
الأولى من قانون التحكيم تقضي بسريان أحكامه : " على كل تحكيم (....)
أيما كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا
التحكيم يجري في مصر"، والمادة ٢٥ من ذات القانون قررت صراحةً حق
طرفي التحكيم في إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد النافذة في أي منظمة
أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها دون أن تشير
صراحةً إلى حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في قانون
وطني معين، ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن المادة ٢٨ من ذات القانون
قد نصت على أنه : " لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر

(١) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الفقيه Level قد ذهب وهو بصدد تعليقه على نص المادة
١٤٩٤ من قانون الإجراءات المدنية إلى أن الحرية الممنوحة للأطراف في الاتفاق على القانون واجب
التطبيق على إجراءات التحكيم وفقاً لنص المادة ١٤٩٤ تتجاوز هذا المفهوم لتصل إلى حد عدم إخضاع
إجراءات التحكيم لأي قانون داخلي والوصول إلى فكرة " التحكيم بدون قانون ".
وفي هذا الصدد يذكر :

" Cette lecture de l'article 1494 appelle, on s'en doute, quelques observations.
L'article 1494 permet, par-delà le détachement territorial déjà évoqué,
d'imaginer une instance arbitrale détachée de toute loi, au sens matériel du
terme, dans la mesure où l'effet obligatoire des normes qui y sont empruntées
procède de la volonté des parties ou de l'office de l'arbitre. On parlera ici
d'arbitrage sans loi, comme on invoquait ailleurs le contrat sans loi ".

P. Level, La procédure arbitrale, in droit et pratique de l'arbitrage international
en France, feduci 1984., p.51., spéc, p.57.

أو خارجها (....) ". فحرية طرفي التحكيم في اختيار المكان الذي يجري فيه التحكيم على هذا النحو هو إقرار بحقهم بطريقة غير مباشرة في اختيار القانون الذي يسري على إجراءات التحكيم^(١).

وإذا كان المشرع في مختلف الدول قد أعطى الحرية للأطراف في الاتفاق على القواعد الإجرائية التي تحكم سير خصومة التحكيم، إلا أنه قد وضع في ذهنه إمكانية عدم اتفاق الأطراف أو اختلافهم حول هذه القواعد، لذا فقد اتجه إلى الاعتراف للمحكم بسلطة وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم حال غيبة إرادة الأطراف.

ثانياً : سلطة المحكمين في وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى أنه من المتصور أن لا يتفق الأطراف على وضع التنظيم الإجرائي الذي يحكم سير إجراءات التحكيم، ولمواجهة هذه الحالة فقد أوكل المشرع في مختلف الدول لهيئة التحكيم مهمة وضع النظام الإجرائي الذي يحكم سير المنازعة محل التحكيم، مع وضع بعض القيود في هذا الصدد.

١ - المبدأ القانوني

إذا كانت معظم التشريعات الحديثة قد اتجهت إلى الاعتراف بحرية الأطراف في الاتفاق على وضع التنظيم الإجرائي الذي تسير عليه خصومة التحكيم – كما سبق أن بينا – إلا أنه من الملاحظ في هذا الشأن أن هذا الاتفاق ليس بالأمر اليسير في أعم الحالات؛ فخصومة التحكيم كخصومة القضاء تقوم على مصالح متعارضة لطرفيها تؤثر في مناخ الثقة والود الذي كان سائداً فيما بينهما في مرحلة الاتفاق على التحكيم مما يتعذر معه الوصول إلى اتفاق معين من أجل اختيار الإجراءات التي تحكم سير خصومة التحكيم. ومن أجل ذلك، فقد اتجهت مختلف التشريعات إلى إعطاء المحكم سلطة تحديد الإجراءات التي تحكم سير المنازعة محل التحكيم^(٢).

(١) راجع في هذا المعنى : د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها.

(٢) المادتين ١٤٦٠ ، ٢/١٤٩٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ٢٥ من قانوني التحكيم المصري والعُماني، والمادة ٢/١٩ من قانون التحكيم الدولي البحريني.

ويرد على هذا المبدأ الملاحظات الآتية :

- إن منح المحكم سلطة وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم حال غياب إرادة الأطراف لا يعني الاستئثار المطلق بهذا الحق؛ فالطابع الودي الذي يغلب على نظام التحكيم يفرض على المحكمين الاجتماع مع الأطراف لوضع الخطة الإجرائية لخصومة التحكيم، كتحديد مكان التحكيم واللغة المستخدمة وغيرها من الإجراءات اللازمة لتسيير الخصومة^(١).

- إذا كان المحكم لا يتمتع بالسلطات اللازمة التي تخول له حق وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم إلا حال غياب إرادة الأطراف، فإنه ينبغي في المقابل أن يتمتع بالسلطات اللازمة التي تخول له الحق في تسيير خصومة التحكيم دون انتظار أخذ موافقة الأطراف على ذلك، وإلا أضحي المحكم مجرد أداة في يد الأطراف لا يستطيع التحرك إلا وفقاً لمشيتهم، وقد يسيئ أحد الأطراف استخدام هذه السلطة مما ينجم عنه شل فاعلية التحكيم وبتر سلطات المحكم في تسيير خصومة التحكيم، ويؤدي إلى إفراغ التحكيم من مضمونه الأساسي المتمثل في سرعة الفصل في المنازعات.

- إن القاعدة العامة بخصوص القرارات الإجرائية التي يتخذها المحكم أنها لا تخضع لرقابة القضاء؛ ذلك أن الهدف الذي يسعى التحكيم إلى تحقيقه هو الحصول على حكم عادل للنزاع محل التحكيم بواسطة محكمة محايدة، ودون تأخير *sans délais*، ودون إنفاق مصاريف لا فائدة منها *dépenses inutiles*. وتشكل إرادة الأطراف في ظل هذا النظام الكلمة العليا في إجراءاته؛ فالتحكيم يعتبر نظام خاص لحل المنازعات يرتكز في أساسه على إرادة طرفيه، ومن ثم فإن اللجوء إلى القضاء الوطني للطعن في القرارات الإجرائية التي تصدرها هيئة التحكيم يجب ألا يكون مسموحاً به إلا إذا قرر الأطراف عكس ذلك.

وعلاوة على ذلك، فإن السرية التي تعتبر من السمات العامة في نظام التحكيم تفترض أن يكون تدخل القضاء الوطني في أضيق الحدود. كما أن خبرة وكفاءة المحكمين بالإضافة إلى قواعد مراكز التحكيم الحديثة تكفيان في حد ذاتهما لكي لا نكون بحاجة إلى اللجوء إلى القضاء الوطني للطعن في القرارات الإجرائية التي يتخذها المحكمون^(٢).

(١) في القرب من هذا المعنى : د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٢) انظر :

فضلاً عن ذلك، فإن القرارات الإجرائية التي تصدرها هيئة التحكيم ليست بالضرورة قرارات نهائية، حيث إنها تخضع لإمكانية تعديلها أو تغييرها - حسب الظروف - أثناء سير إجراءات التحكيم؛ فالمحكم لا يتقيد بها، كما أنها لا تحوز على حجية الشيء المقضي به، ومن ثم فإن اللجوء إلى القضاء الوطني لا ينبغي أن يكون إلا بالنسبة للقرارات النهائية التي تفصل في خصومة وتحوز على حجية الشيء المقضي به^(١).

- إن سلطة المحكم في وضع وتنظيم وتسيير خصومة التحكيم ليست سلطة تحكمية بل تخضع لبعض القيود والضوابط. فإذا كانت الحكمة في اللجوء إلى التحكيم تكمن في التخفيف من الإجراءات المتبعة أمام القضاء والبحث عن إجراءات ناجزة وأكثر سرعة^(٢)، فإن المشرع قد أعفى المحكم من اتباع الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم^(٣)، ومنحه حق وضع الخطة الإجرائية التي تسيّر عليها خصومة التحكيم، إلا أنه من ناحية أخرى، ومن باب الحذر من إساءة استخدام المحكم لسلطته في هذا الشأن، فضلاً عن الطابع القضائي الذي يسيطر على خصومة التحكيم، فقد ألزم المشرع المحكم بضرورة مراعاة بعض القواعد أثناء ممارسته لسلطته في خصومة التحكيم. وهذا ما سوف نوضحه في الموضوع التالي.

٢ - القيود التي ترد على سلطة المحكم

لقد وضع المشرع في مختلف الدول بعض القواعد التي تحد من حرية المحكم في وضع وتنظيم إجراءات التحكيم، وتتمحور هذه القواعد في الآتي :

(١) انظر :

S. Jarvin, art.préc., p.615.

والجدير بالذكر أنه إذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز الطعن في القرارات الإجرائية التي تصدرها هيئة التحكيم أمام القضاء، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل يرد عليها بعض الاستثناءات أوردها قانون التحكيم الإنجليزي والقضاء السويدي، منها : القرارات المتعلقة بمد ميعاد التحكيم، والإجراءات التحفظية، والقرارات المتعلقة بإعلان انتهاء ميعاد التحكيم دون صدور الحكم المنهي للخصومة.

S. Jarvin, *Ibidem*, pp. 629 et s.

(٢) انظر في هذا المعنى :

R. Perrot, L'application à l'arbitrage des règles du nouveau code procédure civile, in " la réforme du droit de l'arbitrage. Décret du 14 mai 1980 ". Travaux de la confédération syndicale des avocats et du Comité français de l'arbitrage,. Paris 25 septembre 1980, Rev.arb. 1980., p.642., spéc, p.644.

(٣) راجع على سبيل المثال : المادة ١/٤٦٠ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ١/١٨٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ١/١٩٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة ١/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

أ- ضرورة الالتزام باتفاق الخصوم

إن أول قيد يرد على حرية المحكم في وضع وتنظيم إجراءات التحكيم هي إرادة الأطراف^(١)، وهذا القيد لا يجد أساسه فقط في النصوص القانونية التي ألزمت المحكم باحترام اتفاق الأطراف على اختيار إجراءات معينة تحكم سير المنازعة محل التحكيم، ولكنه أيضاً أثراً طبيعياً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر دعامة نظام التحكيم برمته^(٢).

فطرفي التحكيم – كما سبق القول – يملكان الحرية الكاملة في وضع الخطة الإجرائية التي تسير عليها خصومة التحكيم ولا يحد من هذه الحرية سوى التزامهما بالنصوص القانونية الأمرة الواردة في القانون الإجرائي الداخلي^(٣). ويمثل هذا الاتفاق طابع الإلزام على المحكم عند قيامه بوضع وتنظيم القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة محل التحكيم، ومن ثم فإنه إذا اتفق الأطراف – مثلاً – على إجراء التحكيم بلغة معينة، التزم المحكم بهذه اللغة^(٤)، وإذا اتفقوا على سماعهم شخصياً، لا يملك المحكم الاكتفاء بتقديم المذكرات والفصل في النزاع دون سماعهم^(٥).

(١) انظر :

G. Bolard, Les principes directeurs du procès arbitral, Rev.arb. 2004., p.511., spéc, p.530.

(٢) راجع :

P. Mayer, Le pouvoir des arbitres de régler la procédure; une analyse comparative des systèmes de *civil law* et de *common law*, Rev.arb. 1995., p. 163., spéc, p.167.

(٣) راجع في القرب من هذا المعنى :

X. Lagarde, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev.arb. 2001., p. 423., spéc, p.423.

(٤) ومن الجدير الإشارة إليه أن محكمة استئناف باريس قد اعتبرت في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ من يونيو عام ١٩٩٠ أن تقديم مستندات باللغة الأسبانية في تحكيم متفق على إجرائه باللغة الإنجليزية لا يشكل أي اعتداء على مبدأ المساواة بين الأطراف طالما ترجمت هذه المستندات إلى لغة إجراءات التحكيم. وفي هذا الصدد تقول :

" Considérant qu'il n'est pas allégué que les mémoires communiqués en langue espagnole aient eu un contenu différent de ceux produits dans la langue de l'arbitrage et que, dans ces conditions, l'incident a trouvé sa solution dans la décision prise par le tribunal arbitral (...), après avoir constaté que les productions avaient été régulièrement faites en langue anglais, la stricte égalité des parties étant ainsi assurée ".

Paris 1^{re} ch.suppl, 21 juin 1990, Compagnie Honeywell Bull S.A. c/ Computacion Bull de Venezuela C.A., Rev.arb. 1991, p.96., note J.-L. Delvolvé.

(٥) في هذا المعنى : د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص ٢١٣.

ب - احترام المبادئ الأساسية في التقاضي

لا تعد المبادئ الأساسية في التقاضي مجرد إطار يحيط بالوظيفة القضائية فحسب؛ ولكن تعتبر جوهرها وأحد أركانها الأساسية التي تركز عليها^(١)، ومن ثم يتعين على من يمارس مثل هذه الوظيفة أن يحترم هذه المبادئ لضمان حسن سير العدالة في المجتمع.

وإذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي، فإنه يتعين عليه أن يلتزم ببعض المبادئ الأساسية التي تحكم سير الدعوى أمام القضاء^(٢)، حتى ولو كان محكماً طليقاً^(٣)، وعلى رأس هذه المبادئ مبدأ حق الدفاع والمواجهة.

١/ب - ضرورة احترام حق الدفاع^(٤)

لا يمكن تحقيق العدالة المبتغاة من وراء نظام التحكيم إلا من خلال تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية، ولا تتحقق هذه المساواة إلا من خلال إتاحة الفرصة كاملة لكلا الخصمين في المثول أمام هيئة التحكيم لشرح ادعاءاته وتفنيد مزاعم خصمه، وتمكينه من كل ما شأنه إثبات أوجه دفاعه^(٥)، فإذا اخل المحكم بذلك كان إخلالاً منه بحق الدفاع ويرتب بطلان إجراءات التحكيم.

ويقصد بحق الدفاع : " مجموعة المكنات الإجرائية التي تتيح للخصم أن يقدم وجهة نظره في الخصومة وأن يناقش ما قدم فيها من عناصر " ^(٦).

(١) انظر :

Th. Clay, op.cit., p.157.

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن المبادئ الموجهة في الدعاوى الإدارية :

O. Gohin, Les principes directeurs du procès administratif en droit français, RDP 2005., pp.172-181.

(٣) Paris 1^{re} ch.c, 7 novembre 1996, Petitdidier et autre c/ Lumbroso et autre, Rev.arb. 1997 (8^e esp.), p.240., note S. Guinchard p.185.

(٤) المقصود هنا هو حق الدفاع كحق إجرائي لمن هو طرف في خصومة قضائية وليس حرية الدفاع كواحدة من الحريات العامة التي ينظمها القانون الدستوري والتي تعني ما يتاح للفرد من مكنات وسلطات تخوله حماية حقوقه بصفة عامة بما فيها حرية اللجوء إلى القضاء.

راجع في هذا المعنى : د. عيد محمد عبد الله القصاص : التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة : " دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي " رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الزقازيق عام ١٩٩٢ تحت إشراف أ.د/ محمد محمود إبراهيم ، ص ٤٨.

(٥) د. أحمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ١٣ وما بعدها.

(٦) د. عيد محمد عبد الله القصاص : الإشارة المتقدمة، ص ٥٠.

ويجد حق الدفاع أساسه القانوني من خلال مبدئين؛ الأول : مبدأ المساواة المنصوص عليه في مختلف الدساتير، والثاني : مبدأ حسن سير العدالة، إذ لا يمكن أن تتحقق العدالة إلا بمراعاة مبدأ حق الدفاع^(١).

ويحرص المشرعان المصري والعماني على النص صراحة على ضرورة احترام هذا المبدأ فيما نصا عليه في المادة ٢٦ من قانوني التحكيم الخاص بهما من أنه : " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه ".

ولقد أتيت الفرصة للمجلس الدستوري الفرنسي لإبراز قيمة هذا المبدأ في عدة قرارات مهمة أصدرها في هذا الشأن؛ ففي قراره الصادر عام ١٩٧٦ قرر أن احترام مبدأ حق الدفاع يكون ناتجاً عن المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية، وفي عام ١٩٨١ أكد المجلس على أن هذا المبدأ لا يسمح باستبعاد المحامين من قاعة المحكمة اللهم إلا في حالة إخلالهم بواجباتهم الأخلاقية، وفي عام ١٩٨٧ ذهب المجلس إلى أن هذا المبدأ يعتبر من المبادئ الأساسية المعترف بها ضمن قوانين الدولة، ولا يسمح باستبعاد كل إمكانية لوقف التنفيذ ضد قرارات مجلس المنافسة conseil de la concurrence، وفي عام ١٩٨٩ أصدر المجلس قرارين هامين؛ الأول : التأكيد على أهمية هذا المبدأ في المنازعات التي تثور أمام لجنة عمليات البورصة، والثاني : يتعلق بوجود التفرقة بين هذا المبدأ ومبدأ المواجهة. وأخيراً – وعلى نفس منوال تطوره – قرر المجلس الدستوري في عام ١٩٩٣ أن مبدأ حق الدفاع لا يعتبر فقط من المبادئ التي يجب احترامها، ولكنه حقاً أساسياً ذو طبيعة دستورية^(٢).

وترتيباً على ما تقدم، يتبين أن مبدأ حق الدفاع يعتبر من المبادئ ذات القيمة الدستورية وليس مجرد مبدأ نص عليه القانون وأوجب احترامه، وبالتالي لا يجوز للمشرع أن يخرج عنه ويقرر عكسه، ومن باب أولى المحكم أو الأطراف.

(١) د. سعيد خالد على الشرعي : حق الدفاع أمام القضاء المدني : " دراسة فقهية مقارنة في القانونين المصري واليميني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٩٦، تحت إشراف أ.د/ أحمد ماهر زغلول، أ.د/ عبد المجيد محمود مطلوب، ص٢٢ وما بعدها.

(٢) راجع بشأن هذا التطور :

٢/ب - ضرورة احترام مبدأ المواجهة

لا يعتبر هذا المبدأ أحد مبادئ النظام العام الدولي فقط ^(١)، أو مجرد حق طبيعي ومفترض ضروري لإقامة العدالة ^(٢)، بل يعتبر – بالإضافة إلى ذلك – أحد المبادئ الدستورية ^(٣) التي ينبغي على المحكم سواء كان محكماً بالقانون ^(٤) أو محكماً طليقاً ^(٥) الالتزام به لصحة إجراءات التحكيم.

(1) Paris 1^{re} ch.c, 9 septembre 1997, Heilmann c / sté Graziano Trasmissioni, Rev.arb. 1998., p.712., note. Y.D.

(2) H. Motulsky, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle; le respect des droits de la défense en procédure civile, in Mélanges P. Roubier, Dalloz, t.2, 1961, p.175.

(3) J. Vincent et S. Guinchard, op.cit., p.432.

(٤) انظر على سبيل المثال :

- Paris 1^{re} ch.c, 6 novembre 1997, Desmedt c/ Rohr, Rev.arb. 1998., p.706., obs. Y.D.

- Paris 1^{re} ch.c, 25 novembre 1997, sté VRV c/ Pharmachim, Rev.arb. 1998, p.684., note G. Bolard.

- C. Cass. 2^e ch.c, 10 novembre 1998, sté Duarib c/ sté des Etablissements Jallais, Rev.arb. 1998., p.680., note J.-G. Betto.

- Paris 1^{re} ch.c, 19 janvier 1999, sté CIC International Ltd c/Ministre de la défense de la République d'Allemagne, Rev.arb. 1999., p.601 (3^e esp)., note Ch. Jarroson.

- Paris 1^{re} ch.c, 1 juillet 1999, sté Braspetro Oil Services (Brasoil) c/ GMRA, Rev.arb. 1999., p.834., note Ch. Jarroson.

- C. Cass. 2^e ch.c, 3 octobre 2002, Chaillon et autres c/ sté civile Fontés et autre, Rev.arb. 2004., p.585., note G. Bolard p.511., spéc n° 17.

وانظر أيضاً بصدد تحليل الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي بشأن ضرورة الالتزام بمبدأ المواجهة : S. Guinchard, L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) Rev.arb. 1997., pp.185-198.

(٥) انظر على سبيل المثال :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 2 février 1988, Marascalchi c/ Donyo, Rev.arb. 1989., p.62 (2^e esp)., note G. Couchez.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 11 juillet 1991, sté Saline d'Einville c/ Cie des Salins du Midi et Saline de l'Est, Rev.arb. 1991., p.671., note E. Loquin.

- Paris 1^{re} ch.c, 28 mars 1996, X c/ Y et autres, Rev.arb. 1997., p.239 (5^e esp)., note S. Guinchard p.185.

- Paris 1^{re} ch.c, 7 novembre 1996, Petitdidier et autre c/ Lumbroso et autre, Rev.arb. 1997 (8^e esp)., p.240., note S. Guinchard p.185.

- Paris 1^{re} ch.c, 4 novembre 1997, sté Taurus Films c/ SARL les Films du jeudi, Rev.arb. 1998., p.704., obs. Y. D.

- Paris 1^{re} ch.c, 13 novembre 1997, Lemeur c/ SARL les Cités invisibles, Rev.arb. 1998., p.709., obs. Y.D.

ويقصد بمبدأ المواجهة حق كل خصم في تمكينه من العلم بادعاءات وأوجه دفاع وحجج الخصم الآخر، والإطلاع على كافة ما يقدمه خصمه من مستندات، وما يضاف إلى ملف الدعوى عن غير طريق الخصوم كأعمال وتقارير الخبراء، وكافة العناصر الواقعية والقانونية، حتى يتمكن من إعداد دفاعه بقصد إقناع المحكم بأنه الأجدر بالحماية المطلوبة^(١).

ولقد حرصت نصوص كل من القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية التي نظمت عملية التحكيم على التأكيد على هذا المبدأ لأهميته القصوى في تحقيق صحة وعدالة إجراءات التحكيم.

فبالنسبة للنصوص القانونية الداخلية، فإن خير مثال على ذلك القانون الفرنسي، حيث أخذ صراحة بهذا المبدأ سواء في النصوص التي نظمت عملية التحكيم الوطني أو في النصوص المنظمة للتحكيم الدولي.

ففيما يتعلق بالتحكيم الوطني، يتجلى هذا المبدأ من خلال مادتين؛ الأولى : المادة ١٤٦٠ من قانون الإجراءات المدنية التي جرى نصها كالتالي : " ينظم المحكمون الإجراءات التحكيمية (.....) إلا أن المبادئ الموجهة للدعوى المنصوص عليها في المواد من ٤ إلى ١٠، و ١١ (الفقرة الأولى) و ١٣ إلى ٢١ تطبق على دعوى التحكيم (.....) ". وباستقراء هذه المواد الواردة في نص المادة سالف الذكر، تبين أن مبدأ المواجهة قد نُظم في المواد من ١٤ إلى ١٧ من ذات القانون؛ فقد نصت المادة ١٤ على أنه لا يمكن الحكم على شخص إلا بعد الاستماع إليه واستدعائه، وأعطت المادة ١٥ الحق لأطراف الخصومة في الإطلاع على الادعاءات ودليل الإثبات وأوجه الحق المتمسك به من قبل كل طرف حتى يتمكن كل منهما من إعداد دفاعه، كما ألزمت الفقرة الأولى من المادة ١٦ القاضي بأن يراعي في كل الأحوال مبدأ المواجهة.

أما الثانية : المادة ٤٨٤/٤ من ذات القانون والتي جعلت من عدم احترام مبدأ المواجهة في إجراءات التحكيم سبباً من أسباب الطعن في حكم التحكيم.

(١) في القرب من هذا المعنى : د. عزمي عبد الفتاح عطية : إجراءات خصومة التحكيم، البحث السابق الإشارة إليه، ص ٢١٤، د. عيد محمد عبد الله القصاص : التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، الرسالة السابقة، ص ١٨.

وفيما يخص التحكيم الدولي، فإنه يتلاحظ أيضاً نفس البناء المزدوج المتبع في التحكيم الوطني وذلك في حالة غياب اتفاق الأطراف على استبعاد تطبيق المبادئ الموجهة للدعوى من إجراءات التحكيم؛ بمعنى أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على استبعاد هذه المبادئ، فإن أحكام المادة ١٤٦٠ السابق الإشارة إليها تنطبق في هذه الحالة بشرطين؛ أولهما : أن يكون التحكيم خاضعاً لأحكام القانون الفرنسي وفقاً لنص المادة ١٤٩٥ من قانون الإجراءات المدنية، وثانيهما : ألا تستعمل هيئة التحكيم الحق المخول لها بمقتضى نص المادة ١٤٩٤ السابق الإشارة إليها وتخضع إجراءات التحكيم لقانون أجنبي^(١). ومن ناحية أخرى فإن المادة ١٥٠٢ قد نصت على أنه : " لا يجوز استئناف القرار الذي يعترف بحكم التحكيم أو يمنحه الصيغة التنفيذية إلا في الحالات الآتية : ١- (....)، ٤- إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة ".

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية، فخير مثالين على ذلك هما اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الصادرة بتاريخ ١٠ من يونيو عام ١٩٥٨، واتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الصادرة بتاريخ ١٤ من أكتوبر عام ١٩٦٦.

فبالنسبة للاتفاقية الأولى، فقد نصت المادة ١/٥ ب على أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أنه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

أما بالنسبة للاتفاقية الثانية، فقد نصت المادة ١/٥٢ د على أنه يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إبطال الحكم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام إذا وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات^(٢).

(١) انظر سابقاً ص ٤٢٤.

(٢) راجع بالتفصيل بشأن القوانين والمعاهدات الدولية التي أخذت بهذا المبدأ :

C. Kessedjian, Principe de la contradiction et arbitrage, Rev.arb. 1995., p.381., spéc, pp.384 et s.

وبعد عرض المبادئ الأساسية في التقاضي كأحد القيود المفروضة على حرية المحكمين في خصومة التحكيم، يتبين أن هذه المبادئ مستمدة من الشريعة العامة للإجراءات في القانون الخاص، وإذا كانت هذه المبادئ تعتبر ضماناً هامة بالنسبة للأطراف في خصومة التحكيم، فإنه من الأفضل الأخذ بها في إجراءات التحكيم المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية، وبخاصة مبدئي حق الدفاع والمواجهة باعتبارهما من المبادئ الهامة في الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري^(١)، فضلاً عن ما لهما من قيمة دستورية على التفصيل السابق بيانه.

ج - ضرورة احترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام

يلتزم المحكم دائماً سواء كان محكماً طليقاً أو بالقانون بعدم مخالفة القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام الداخلي لدولة المقر أو للبلد المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيه^(٢).

فعلى سبيل المثال : إذا كان من الجائز اتفاق طرفي التحكيم على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، فإنه يجب مراعاة ألا يكون من شأن هذه التدابير الإخلال بالمصلحة العامة؛ كالإذن بتوقيع الحجز على الأموال العامة^(٣).

ومن القواعد الإجرائية أيضاً المتعلقة بالنظام العام : قاعدة احترام حجية الشيء المحكوم فيه، وعدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم، وعدم القضاء بالعلم الشخصي^(٤).

(١) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها : " والثابت أن المحكمة لم ترد على ما ورد بحافظة المستندات المقدمة من الطاعن ولم تشر إليها ولم ترد على دفاع الطاعن بطريق مباشر أو غير مباشر ومن ثم فإن هذا يشكل إخلالاً بحق الدفاع وهو من الحقوق الجوهرية التي يترتب على الإخلال بها التأثير في الحكم بما يؤدي إلى بطلانه " .

الطعن رقم ٢٦٤٧ لسنة ٣٢ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/١/٣٠، الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة إعداد المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، منشأة المعارف ١٩٩٧، ط ١، ص ٢٠٩، المبدأ رقم ١٧٣ .

(٢) انظر :

M. Huys et G. Keutgen, op.cit., p.603.

(٣) د. أحمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها.

(٤) د. عزمي عبد الفتاح عطية : إجراءات خصومة التحكيم، البحث السابق الإشارة إليه، ص ٢١٤ .

د - احترام بعض القواعد الإجرائية المتبعة أمام القضاء

إذا كانت النصوص القانونية التي نظمت عملية التحكيم في مختلف الدول قد أعفت المحكم من اتباع القواعد المعمول بها أمام المحاكم، إلا أنها ألزمتها من جهة أخرى باحترام بعض القواعد الإجرائية التي تعتبر من مجالات الإجراءات القضائية. وينتج هذا الإلزام عن الإحالة الصريحة إلى القانون الإجرائي الداخلي والتي أوردتها نصوص القوانين التي نظمت عملية التحكيم. وهذا اللباس المصنوع *vêtement de confection* – على حد تعبير أحد الفقهاء ^(١) – نجده في الآتي : انقطاع الخصومة ^(٢)، وتحقيق الخطوط والطعن بالتزوير ^(٣)، وتفسير الأحكام أو تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء أو السهو الذي وقعت فيه وإكماله في حالة إغفال النظر في أحد الطلبات الموضوعية ^(٤)، والأمر بالتنفيذ المعجل لحكم التحكيم ^(٥).

وبذلك، ينتهي تناول المطلب الأول والذي خصص لبيان ارتباط إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بقواعد القانون الخاص، وننتقل الآن إلى عرض أوجه تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم؛ الأمر الذي نخصص له المطلب التالي.

(١) انظر :

R. Perrot, art.préc., p.645.

(٢) المادة ١٤٦٥ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ١/٢٠٩ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ١/١٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ١٩٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة ٣٨ من قانوني التحكيم المصري والعُماني.

(٣) المادة ١٤٦٧ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(٤) المادة ١٤٧٥ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ١٨٣ مكرر من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والمعدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢.

(٥) المادة ١٤٧٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ٣/١٨٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

المطلب الثاني

تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم

على الرغم من القول إن إجراءات التحكيم الإداري ترتبط بقواعد القانون الخاص – على التفصيل السابق بيانه – إلا أن ذلك لا يعنى تجاهل هذه الإجراءات لإجراءات الخصومة الإدارية؛ فالعلاقة بين القانون الخاص والقانون الإداري في إجراءات التحكيم الإداري هي علاقة تعايش معاً^(١).

ويمكن أن نلمس هذا التداخل من خلال تدخل القاضي الإداري في العديد من المسائل التي تعرض عليه، سواء في المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم أو في المرحلة اللاحقة عليه؛ ففي المرحلة الأولى : يظهر تدخل القاضي الإداري – على سبيل المثال – من خلال قيامه بدوره المساعد في تشكيل هيئة التحكيم – كما سبق أن بينا – بل إن دوره لا يقتصر فقط على مجرد تقديم هذه المساعدة وإنما يمارس دوراً رقابياً عندما يتدخل للرد أو العزل أو الأمر بإنهاء مهمة المحكم. كما يظهر تدخله أيضاً من خلال لجوء طرفي التحكيم إليه لكي يصدر أمراً بتجديد ميعاد التحكيم في حالة انقضائه دون أن تصدر هيئة التحكيم الحكم المنهي للخصومة^(٢)، أو أن يأمر من طالبته هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية ورفض أن ينفذ أمر هذه الهيئة^(٣).

أما بخصوص المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم، فإنه يتلاحظ تدخل القاضي الإداري من خلال حوله محل هيئة التحكيم في حالة

(١) انظر في هذا المعنى :

A. Patrikios, op.cit., p.201.

(٢) وفي ذلك تنص المادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم المصري على أنه : " وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم. ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها ". وفي ذات الاتجاه المشرع الإماراتي، إذ نص في المادة ٢/٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " وللخصوم الاتفاق – صراحةً أو ضمناً – على مد الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً ولهم تفويض المحكم في مده إلى أجل معين ويجوز للمحكمة بناءً على طلب المحكم أو أحد الخصوم مد الأجل المحدد بالفقرة السابقة للمدة التي تراها مناسبة للفصل في النزاع ".

(٣) وفي ذلك تنص المادة ٢/٢٤ من قانون التحكيم المصري على الآتي : " وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناءً على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك من دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ ".

وجود صعوبة في اجتماعها بعد صدور حكم التحكيم لتفسيره أو لتصحيح الأخطاء أو السهو الذي وقعت فيه وإكمالها في حالة إغفال النظر بأحد الطلبات^(١).

ولعل أهم مرحلة في إجراءات التحكيم والتي يتجلى فيها تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم هي مرحلة سير خصومة التحكيم، حيث إنه في هذه المرحلة نصادف الكثير من الدفعات التي يبديها طرفا التحكيم والتي يُعد الفصل فيها شرطاً ضرورياً وهاماً لتمام عملية التحكيم.

ومن بين هذه الدفعات التي تثير العديد من المشاكل فيما يتعلق بموضوع الدراسة، الدفعات المتعلقة بالمنازعة حول ولاية أو اختصاص هيئة التحكيم بنظر مشروعية اتفاق التحكيم، والدفعات المتعلقة بالمنازعة حول سلطتها بفحص مشروعية الأعمال التي تتخذها الإدارة أثناء سير إجراءات التحكيم والتي من شأنها إفراغ المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم من مضمونها^(٢).

ولأهمية هذا الموضوع، فإنه من الضروري أن نلقي الضوء عليه بالتفصيل المناسب لبيان مدى تمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في الدفعات المتعلقة باختصاصها أو ولايتها، وذلك عندما يتعلق الأمر بفحص مشروعية الأعمال الإدارية التي يكون الفصل فيها إجراءً ضرورياً وهاماً لإنهاء النزاع المعروض عليها، وكذلك سلطتها في فحص مشروعية اتفاق التحكيم، والاختصاص المشترك بينها وبين القضاء الوطني في هذا الشأن.

(١) وفي ذلك تنص المادة ١٤٧٥ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه :

" La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche. L'arbitre a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence, de réparer les erreurs et omission matérielles qui l'affectent et de la compléter (...). **Si le tribunal ne peut être à nouveau réuni, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage** ".

(٢) حيث إن الإدارة تملك بما لها من سلطة عامة أن تتدخل بعد تشكيل هيئة التحكيم وتصدر بعض القرارات التي من شأنها إفراغ المنازعة المطروحة على هيئة التحكيم من مضمونها. فالإدارة – مثلاً – تملك الحق في إنهاء العقد الإداري (موضوع التحكيم) بقرار من جانبها وحدها دون اللجوء إلى القضاء، كما أن الإدارة حين تكون دائنة تستطيع أن تنشئ سند الدين بقرار من جانبها وأن تنفذه على أموال مدينها. ومما يزيد الأمور تعقيداً أن الإدارة لا تستطيع أن تتنازل مقدماً عن هذه الامتيازات الممنوحة لها بواسطة القوانين واللوائح؛ لأن من شأن هذا التنازل الاصطدام بالنظام العام، وينبغي على ذلك أن مشروعية هذه الأعمال ومدى اختصاص هيئة التحكيم بها – بلا شك – ستكون محل منازعة أمام هيئة التحكيم.

أولاً : سلطة المحكم في الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه وولايته

من مظاهر التقارب بين المحكم والقاضي أن كل منهما يختص بالفصل في الدفوع المبنية على عدم اختصاصه وولايته. ويعتبر هذا المبدأ نتيجة طبيعية للسلطة القضائية الممنوحة للمحكم؛ فالمحكم ككل قاضي هو قاض اختصاصه^(١).

ويميز الفقيه الفرنسي Clay بين مصطلح الاختصاص بالاختصاص ومصطلح الاختصاص بالولاية، إذ يرى أن مصطلح الاختصاص بالاختصاص compétence de la compétence يعني إعطاء السلطة اللازمة للمحكم لكي يفصل في كل الدفوع التي تثور حول حدود ونطاق اختصاصه دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم وطرح تلك المشكلات على القضاء الوطني، فهذا المبدأ يتعلق بطبيعة النزاع؛ أي الفصل في شرعية اتفاق التحكيم ومدى امتداد نطاق تطبيقه. بينما يعني مصطلح الاختصاص بالولاية compétence - investiture منح المحكم السلطة اللازمة التي تخول له حق الفصل في كل الدفوع المبنية على عدم ولايته. فهذا المبدأ يرتبط بالمحكم ذاته؛ أي بمدى توافر الشروط المتطلبية لكي يولى مهمة قضائية تخول له سلطة الفصل في النزاع المعروض عليه^(٢).

ويشير جانب من الفقه الفرنسي^(٣) إلى أنه إذا كان مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه في مبدأ آخر ساهم القضاء الفرنسي في إرساء قواعده وأحكامه وهو مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلا أن ذلك لا يعني أن أساس ذلك المبدأ هو اتفاق التحكيم ذاته. فهذان المبدآن لا يلتقيان إلا بشكل جزئي مما يدعو إلى ضرورة الفصل بينهما بعناية شديدة.

ويترتب على الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين :

الأول : أثر ايجابي يتمثل في منح المحكم السلطة اللازمة التي تخول له الحق في فحص صحة ونطاق اختصاصه؛ أي التصدي لكافة

(١) انظر :

G. Cornu, Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme, Rev.arb. 1980., p.583., spéc, p.586.

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع :

Th. Clay, op.cit., pp.105-156.

(٣) راجع :

Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op.cit., p.413.

الاعتراضات المثارة بمناسبة التحكيم القائم أمامه، كالدفع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم، أو تلك المتعلقة بموضوع النزاع وتنظيم الإجراءات، وهذا الأثر الآن محل قبول التشريعات الحديثة المنظمة للتحكيم الدولي^(١)، وكذلك قواعد مراكز التحكيم المختلفة^(٢)، وأيضاً في أحكام القضاء الوطني^(٣).

أما الثاني : أثر سلبي يتمثل في السماح للمحكم ليس فقط بأن يفصل في مسألة اختصاصه، وإنما يفصل فيها أولاً وقبل أية جهة أخرى، وهذا

(١) انظر على سبيل المثال : المادة ١/٢٢ من قانوني التحكيم المصري والعماني، والمادة ١٤٦٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ٥ من قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية لدولة الكويت، والمادة ٣٠ من قانون التحكيم الانجليزي، والمادة ١/١٠٤٠ من قانون الإجراءات المدنية الألماني، والمادة ٢ من القانون التحكيم السعودي، والمادة ٢٠ من قانون التحكيم البرازيلي، والمادة ٢٢ من قانون التحكيم الأسباني الصادر عام ٢٠٠٣، والمادة ١٦ من قانون التحكيم التجاري الدولي اليوناني، والمادتين ٨١٨ ، ٥٤/٨١٩ من قانون الإجراءات المدنية السنغالي.

(٢) انظر على سبيل المثال : المادة ٤/٦ من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، والمادة ٤١ من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI، والمادة ١٥ من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية AAA، والمادة ١١ من اتفاقية OHADA، والمادة ١٢ من قواعد AFA، والمادة ٢١ من قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

(٣) انظر على سبيل المثال :

- C. Cass. com. 22 février 1949, Caulliez-Tiberghien. c/ Caulliez-Hannart et autres, publié in H. Motulsky, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, op.cit., p.222.
- C. Cass. 1^{re} ch.c, 21 mai 1997, Renault c/sté V2000 (Jaguar France), Rev.arb. 1997, p.538., note E. Gaillard.
- C. Cass. 2^e ch.c, 26 novembre 1997, sté Brigif c/ sté ITM-Entreprises et autre, Rev.arb. 1997., p.544., note D. Cohen., p.471.
- Paris 1^{re} ch.c, 6 juillet 1995, sté Pigadis c/ sté Prodin, Rev.arb. 1997., p.85., obs. Y. Derains.
- Paris 1^{re} ch.D, 10 septembre 1997, sté Chambon c/ sté Thomson CSF, Rev.arb. 1999., p.121., obs. D. Bureau.
- TGI Paris (ord.réf.), 29 octobre 1997, sté Spéfin c/ Preatoni et autre, Rev.arb. 1998., p.383 (2^e esp), note J.-L. Delvolvé.
- TGI Paris (ord.réf), 26 novembre 1998, République de Tanzanie c/ sté DTT, Rev.arb. 1999., p.131., obs. A. Hory.
- C. Cass. 1^{re} ch.c, 5 janvier 1999, M. Zanzi c/ J. de Coninck et autre, Rev.arb. 1999., p.260., note Ph. Fouchard.
- C. Cass. 1^{re} ch.c, 1^{er} décembre 1999, sté Méto System France et autre c/ sté Sulzer Infra, Rev.arb. 2000 (1^{er} esp) ., p.96., note Ph. Fouchard.
- C. Cass. 1^{re} ch.c, 1^{er} décembre 1999, sté Exportles c/ sté Rusbois, Rev.arb. 2000 (2^e esp) ., p.96., note Ph. Fouchard.
- Paris 1^{re} ch.D, 28 avril 2004, Mattei et autres c/ SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner& Smith SAF, Rev.arb. 2005., p.115(4^e esp), note X. Boucobza.

الأثر يشكل قيداً على القضاء الوطني يتمثل في عدم مقدرة على الفصل في المنازعات التي تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح لهذا الأخير الفرصة كاملة في أن يفصل فيها.

ولقد اعترفت أحكام قانوني التحكيم المصري والعماني بهذا المبدأ، حيث نصت المادة ١/٢٢ منهما على أنه : " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع " .

ولقد ساير المشرع البحريني ذات الاتجاه في النصوص القانونية التي نظمت عملية التحكيم في المجال الدولي، حيث نصت المادة ١/١٦ من مرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي على أنه : " يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو بصحته (....) " .

أما فيما يتعلق بوضع هذه المسألة في فرنسا، فإن الأمر قد مر بعدة تطورات في هذا الشأن، ففي المرحلة السابقة على صدور قانون الإجراءات المدنية الحالي كان القضاء الفرنسي مستقر على منح المحكم سلطة الفصل في كافة الدفوع المتعلقة باختصاصه إذا ما تعلق الأمر بتحكيم دولي ^(١) . أما فيما يخص التحكيم الوطني، فكان للقضاء الفرنسي اتجاهين في هذا الصدد؛ الأول : اتجاه محكمة النقض التي اتجهت إلى عدم الاعتراف للمحكم بهذه السلطة ^(٢) ، أما الاتجاه الثاني : فهو اتجاه محكمة استئناف باريس التي أيدت منح المحكم سلطة الفصل في كافة الدفوع المتعلقة باختصاصه ^(٣) .

ولما صدر قانون الإجراءات المدنية الحالي، حسمت المادة ١٤٦٦ منه هذه المسألة بتأييدها لما ذهب إليه محكمة استئناف باريس، وقد جرى نص هذه المادة كالتالي : " إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس أو في نطاق سلطته القضائية، فيعود إلى هذا الأخير سلطة الفصل في صحة أو حدود ولايته " .

(1) C. Cass. 1^{re} ch.c, 7 mai 1963, Etablissement Raymond Gosset c/ sté Carapelli, JCP 1963. II. 13405., obs. B. Goldman.

(2) C. Cass. 6 octobre 1953, cité par H. Motulsky, *Écrits. Études et note sur l'arbitrage* ., op.cit., p.190.

(3) Paris, 28 mai 1952, cité par H. Motulsky, *Ibidem.*, p.190., note (6).

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أنه بالرغم من كون المحكم يملك دون غيره حق التصدي لكافة الاعتراضات التي تثار أمامه أثناء سير إجراءات التحكيم دون حاجة إلى عرض تلك المسائل على القضاء الوطني المختص^(١)، إلا أن قراره الصادر في هذا الشأن لا يكتسب حصانة مطلقة، وإنما يخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء، وقد يتعرض حكم التحكيم برمته للإلغاء إذا تجاوز المحكم حدود اختصاصه^(٢).

وإذا كانت الرقابة التي يمارسها المحكم حول حدود اختصاصه لا تثير الكثير من المشاكل القانونية في العلاقات الخاصة، فإن الأمر يبدو على العكس بالنسبة للروابط الإدارية؛ لأن الأمر هنا يتعلق بمسائل يكون أمر التحكيم فيها محل شك، وأخص هذه المسائل، مسألة الأعمال التي تتخذها الإدارة أثناء سير إجراءات التحكيم والتي تكون مشروعيتها محل منازعة أمام هيئة التحكيم. فهل يملك المحكم سلطة فحص مشروعية هذه الأعمال؟ الإجابة على هذا التساؤل ستكون من خلال الموضع التالي.

ثانياً : سلطة المحكم في فحص مشروعية القرارات الإدارية

تعد مسألة تعرض المحكم لفحص مشروعية الأعمال الإدارية من أكثر المسائل تعقيداً في النظام القانوني للتحكيم في المنازعات الإدارية بصفة عامة والعقدية منها بصفة خاصة. فمن المعروف أن من أهم خصائص العقود الإدارية التي تتميز بها عن عقود القانون الخاص تكمن في تمتع الإدارة بسلطات وحقوق استثنائية لا مثيل لها في نطاق علاقات أشخاص القانون الخاص. فإذا كانت القاعدة العامة في العقود الخاصة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، فإن

(١) ومن الجدير بالملاحظة أن المحكم يملك في هذا الصدد أن يسلك أحد طريقين؛ إما طريق الأحكام النهائية، وإما طريق الأحكام التمهيدية. فالمحكم يستطيع أن يلحق هذه المسألة العارضة بموضوع النزاع ويفصل فيهما بحكم واحد، وإما أن يفصل في هذه المسألة العارضة على حده قبل أن يصدر الحكم النهائي للخصومة، وهذا ما أخذت به المادة ٣/٢٢ من قانوني التحكيم المصري والعماني والتي نصت على أن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً. فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم النهائي للخصومة كلها وفقاً للمادة (٥٣) من هذا القانون.

(٢) انظر في هذا الرأي :

- Ch. Seraglini, Les conventions d'arbitrage, " L'appréciation par l'arbitre de sa compétence : prioritaire mais pas souveraine, JCP 2004., éd G, p.502., spéc, p.503.

- D. Foussard, Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ?, Rev.arb. 2004., p.803., spéc, pp. 807 et s.

هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها في مجال العقود الإدارية متى اقتضت ذلك المصلحة العامة^(١).

ولما كانت العقود الإدارية تتكون من عدة عمليات مركبة، بعضها يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة ويأخذ شكل القرارات الإدارية والبعض الآخر يصدر بالمشاركة مع إرادة المتعاقد معها، فإنه من المتصور أن تثار مسألة مشروعية هذه القرارات أمام هيئة التحكيم، فهل يجوز لهذه الأخيرة التعرض لها؟

للإجابة على هذا التساؤل يلزم أولاً التعرض لفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد والمتصلة به، ثم ننقل من ذلك إلى الحديث عن سلطة المحكم في فحص مشروعية هذه القرارات.

١ - فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد

تعد فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، وتلقفها عنه مجلس الدولة المصري، كما أقرها القضاء الإداري في سلطنة عمان.

ومؤدى هذه الفكرة أن العقد الإداري إذا كان يتكون من سلسلة من العمليات المركبة، إلا أن بعضاً منها فقط له طبيعة ثنائية، نتيجة التقاء إرادتين، وباقي العمليات تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة. فإذا كانت هذه العمليات - الأخيرة - تصدر عن إرادة جهة الإدارة وحدها، وقابلة

(١) وفي هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٢ من مارس عام ١٩٨٦ : " إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه الحق، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر " .

الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق.ع، جلسة ١٩٨٦/٣/٢ . مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥-١٩٨٠، مرجع سابق، ص ١٨٦٨ .

للانفصال عن العقد الإداري المتصلة به، فإنه لا يوجد ما يمنع من الطعن فيها بتجاوز السلطة^(١).

ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي لم يصل إلى هذه الفكرة طفرة واحدة، بل تطور قضاؤه في هذا الشأن. ففي بداية الأمر اعتنق مجلس الدولة الفرنسي نظرية عامة مفادها أن العقد الإداري عبارة عن وحدة قانونية واحدة غير قابلة للتجزئة، وأن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة وتتعلق بالعقد تندمج فيه ولا تقبل الانفصال عنه. وبما أن الطعن بتجاوز السلطة يوجه ضد القرارات التي تعبر عن الإرادة المنفردة لجهة الإدارة، وطالما أن العقد الإداري هو نتيجة التقاء إرادتين؛ إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، فإنه يترتب على ذلك رفض قبول الطعون الموجهة إلى هذه القرارات عن طريق دعوى الإلغاء. وقد استند هذا القضاء إلى حجتين رئيسيتين تتعلق أولهما بنظرية الطعن الموازي^(٢)، أما الثانية فتتعلق بضرورة احترام الحقوق المكتسبة الناتجة عن إبرام العقد.

ثم بدأ مجلس الدولة الفرنسي التخلي عن مبدأه السابق تدريجياً؛ ففي عام ١٩٠٣ أدخل لأول مرة هذه الفكرة في مجال العقود الخاضعة للقانون الخاص، وكان ذلك بمناسبة حكمه الصادر بتاريخ ١١ من ديسمبر عام ١٩٠٣ في قضية Commune de Gorre^(٣).

وفي عام ١٩٠٥ أدخل مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة في مجال العقود الإدارية، وكان ذلك بمناسبة حكمه الشهير الصادر في قضية Martin بتاريخ ٤ من أغسطس عام ١٩٠٥، حيث قبل المجلس الطعن

(١) د. عادل الطبطائي : الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، " دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي "، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدد الثالث، محرم ١٤٠٩ - سبتمبر ١٩٨٧، ص ٢٣.

(٢) تقوم نظرية الطعن الموازي recours parallèle على أساس أن المتعاقد مع الإدارة يملك الحق في إحالة نزاعه إلى قاضي العقد وبذلك يملك طعنًا موازيًا يغنيه عن الطعن بتجاوز السلطة، أما الغير فهو أجنبي عن العلاقات المتولدة عن العقد، ومن ثم لا ينبغي الاعتراف له بأية حقوق تجاه العقد أو الآثار الناتجة عنه.

راجع : د. عادل الطبطائي : الإشارة السابقة، ص ٢٢.

(3) C.E., 11 décembre 1903, Commune de Gorre, S. 1906, 3, p.49, note M. Hauriou.

وانظر أيضاً بشأن قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الصادرة بخصوص عقود القانون الخاص: C.E., 26 novembre 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, Rec., p.620.

بالإلغاء في القرارات الناتجة عن مناقشات المجلس العام بشأن السماح بإبرام عقد امتياز لخطوط الحافلات الكهربائية Tramways^(١).

ومنذ ذلك الحين ومجلس الدولة الفرنسي مستقر على الأخذ بهذه الفكرة في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن. ومن أمثلة ذلك : حكمه الصادر بتاريخ ١٨ من نوفمبر عام ١٩٩١، حيث أجاز الطعن في القرارات المتعلقة بإبرام العقد إذا صدرت من سلطة غير مختصة أو كانت غير شرعية^(٢). كما أن المحكمة الإدارية الاستئنافية لمدينة نانت أجازت الطعن في القرارات التي تحمل انتهاكاً للحقوق المكتسبة^(٣).

ومن ناحية أخرى، فقد عمل مجلس الدولة على تطبيق نظرية رقابة الخطأ البين في التقدير L'erreur manifeste d'appréciation على القرارات المتعلقة باختيار المتعاقد، وذلك إذا تعلق الأمر بعقود الأشغال العامة^(٤). أما في مجال عقود الامتياز، فقد رفض المجلس تطبيق رقابة الملاءمة على تقدير جهة الإدارة في اختيار المتعاقد معها^(٥)، وإن كان قد طبقها من ناحية أخرى على القرارات المتعلقة بمدة عقد الامتياز^(٦).

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال على القرارات الصادرة بخصوص العقود الإدارية غير المشروعة، ومن ذلك حكمه الصادر في قضية Martin بتاريخ ٢٣ من

(1) C.E., 4 août 1905, Martin, RDP 1906., p.249., note G. Jèze.

(2) C.E., 18 novembre 1991, Le Chaton, Rec., t, p.1040.

وانظر أيضاً بشأن قبول الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بإبرام العقود :

- C.E., 9 novembre 1934, Chambre de Commerce, d'industrie et d'agriculture de Tamatave, Rec., p.1034.

- C.E., 7 février 1936, Département de la Creuse, Rec., p.171.

- C.E., 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, Rec., p.22.

(3) C.A.A. de Nantes, 7 mai 1991, Commune de Mauves-sur-Loire c/ S.A. Gauthier, Rec.,t, p.1041.

(4) C.E., 14 septembre 1979, Commune d'Agde, Rec., p.356.

(٥) وفي هذا الصدد قضى المجلس :

" il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier l'opportunité du choix du concessionnaire fait par le gouvernement " .

C.E., 17 décembre 1986, Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers, RFDA 1987., p.25., concl. M. Fornacciari p.19.

(6) C.E., 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, Rec., p.225.

مارس عام ١٩٩٢، حيث قرر أنه إذا شاب رضا الأطراف أحد العيوب، فإنه يترتب على ذلك عدم مشروعية العقد وما يستتبعه من عدم مشروعية القرارات الصادرة بشأنه^(١).

وقد سائر كل من القضاء الإداري المصري^(٢) والعُماني^(٣) ذات الفكرة، حيث استقر قضاؤهما على جواز الطعن بالإلغاء في الأعمال التي تصدر عن إرادة جهة الإدارة وحدها، وقابلة للانفصال عن العقد الإداري.

وعلى ضوء ما تقدم، بات من المقرر جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد. ولكن هل تنطبق هذه الفكرة على كافة مراحل العقد أم يقتصر نطاق تطبيقها على مرحلة معينة؟

القاعدة العامة هي قصر نطاق تطبيق هذه الفكرة فقط على مرحلة تكوين العقد^(٤). غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء هام وضعه مجلس الدولة الفرنسي^(٥)، وأقره نظيره المصري^(٦)، واتبعهما في ذلك القضاء

(١) C.E., 23 mars 1992, Martin et autres, AJDA 1992., p.376 (2^e esp).

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل : د. محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى ٢٠٠٤، دراسة تحليلية لأراء الفقه وأحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الأول، إبرام العقد، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص ١٣٥ وما بعدها.

(٣) الدعوى الابتدائية رقم ٣٧ لسنة ٣٠ق، مجموعة المبادئ القانونية، المرجع السابق، ص ٨١٨.

(٤) راجع - على سبيل المثال - بشأن الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي رفض فيها قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد :

- C.E., 29 juin 1966, sté pour le traitement industriel des bois et l'équipement de la montagne, Rec., p.423.

- C.E., 6 novembre 1970, sté anonyme touristique de la vallée du Lautaret "Sathaval", Rec., p.654.

- C.E., 2 février 1987, sté France 5, Rec., p.28.

(٥) انظر - على سبيل المثال - بشأن الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي أجازت قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد أو إنهائه، بالنسبة للمتعاقد :

- C.E., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec., p.246.

- C.E., 25 mai 1979, Mme Rabut, Rec., p.231., concl. Genevois.

- C.E., 29 juin 1979, Mme Bourgeois, Rec., p.292.

وبالنسبة للغير :

- C.E., 24 avril 1964, sté anonyme de Livraisons Industrielles et Commerciales, Rec., p.239..

- C.E., 9 décembre 1983, Ville de Paris et autres, Rec., p.499., concl. Genevois.

- C.E., 2 février 1987, sté T.V. 6, Rec., p.28.

(٦) راجع في عرض الآراء والأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في هذا الشأن : د. عمر حلمي فهمي : طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص ٢٨٥ وما بعدها.

الإداري في سلطنة عمان ^(١)، مؤداه جواز الطعن في القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء تنفيذ العقد أو إنهائه باعتبارها سلطة عامة ^(٢).

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن مجلس الدولة الفرنسي قد عمل على توسيع طريق الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية بتقريره جواز اللجوء إلى قاضي المشروعية للطعن في شروط العقد ذات الطابع اللائحي ^(٣)؛ كذلك المتعلقة بتنظيم المرفق العام ^(٤)، أو في الشروط التي لا تعد من طبيعة لائحية وإنما قد تضع المتعاقد مع الإدارة في مركز لائحي كما هو الشأن في عقود العمل ^(٥).

ويخلص من ذلك، أن القرارات التي تتخذها الإدارة أثناء مرحلة تكوين العقد الإداري، بالإضافة إلى القرارات التي تتخذها أثناء تنفيذه أو إنهائه بوصفها سلطة عامة تعد مجالاً خصباً لأعمال فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد والتي تكون محلاً للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء أمام قاضي المشروعية، وذلك بخلاف القرارات التي تتخذها استناداً لنصوص العقد أو تنفيذاً له والتي تكون محلها قضاء الحقوق، ويكون مناط اختصاص القضاء الإداري هنا على أساس ولايته العامة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية المقررة له بنصوص القانون.

(١) فلقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان في حكمها الصادر من دائرتها الاستئنافية بتاريخ ٢٩ مايو عام ٢٠٠٤ أن القرارات التي تصدرها الإدارة تطبيقاً لنصوص القوانين واللوائح من قبيل القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد والتي تدخل في نطاق قضاء المشروعية. راجع :

حكم محكمة القضاء الإداري لسلطنة عمان في الاستئناف رقم (٦) لسنة (٤) ق. س، جلسة ٢٩/٥/٢٠٠٤، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٢) ومن نافلة القول إن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر في حكم حديث له صادر بتاريخ ١٠ من ديسمبر عام ٢٠٠٣ أن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد لا يستتبع بالضرورة إلغاء العقد. فقد قضى :

" Cons. que, l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat " .

C.E., 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, Rec., p.501.

(٣) C.E., 10 juillet 1996, Gayzele, AJDA 1996., p.732., chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; Rec., p.274.

(٤) C.E., 14 janvier 1998, Syndicat département Interco 35 CFDT, AJDA 1999., p.164., note J. Petit.

(٥) C.E., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, AJDA 1998., p.1014.

٢ - سلطة المحكم إزاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد

إذا كان قضاء التحكيم – كما سبق القول – قد أنشئ في الأساس تحت مظلة القانون الخاص من أجل الفصل في المنازعات الخاصة التي تنثور بين الأفراد العاديين. وهذه الطبيعة الخاصة للتحكيم تقربه من نظام القضاء العادي، مما يشكل قضاءً استثنائياً يرد على تنظيم هذا القضاء. إلا أنه من ناحية أخرى قد أصبح قضاء التحكيم يمارس اليوم جانباً من الاختصاصات التي كانت في الأصل محفوظة للقضاء الإداري، وأصبح المحكم يحل محل القاضي الإداري في ممارسة جانب من اختصاصاته، مما قد يشكل أيضاً قضاءً استثنائياً يرد على تنظيم هذا القضاء ^(١).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى هناك مبدأ سائد في القضاء الإداري الفرنسي يعرف بمبدأ القضاء التام أو الكامل *le principe de la plénitude de la juridiction*، ويقوم هذا المبدأ على أساس عدم وجود ما يعرف بفكرة المسائل الأولية بين التنظيم القضائي الإداري؛ بمعنى أنه إذا ثارت أمام إحدى المحاكم الإدارية أثناء نظرها لنزاع ما مسألة عارضة تتعلق بشرعية إحدى المراسيم، فإنها تستطيع أن تتصدى لكافة أوجه النزاع بما فيه شرعية هذا المرسوم الذي يدخل في نطاق الاختصاص المقرر لمجلس الدولة ^(٢).

ويعتبر هذا المبدأ ترجمة للقاعدة التي مفادها أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع *le juge de l'action est le juge de l'exception*؛ تلك القاعدة التي تهدف إلى توسيع اختصاص القاضي المختص أصلاً بنظر

^(١) وفي هذا الصدد يقول الفقيه Odent :

" Les arbitres constituent une juridiction administrative lorsqu'ils interviennent dans un litige qui, par nature, relève de cette juridiction (...). "

R. Odent, Contentieux administratif, les Cours de droit 1977., p.755.

وذاوات الاتجاه سار عليه الفقيه Patrikios، حيث يذهب إلى القول بأن :

" D'autre part nous pourrions soutenir, et nous l'avons déjà fait parfois, que l'arbitre dans le cadre du droit administratif constitue une juridiction d'exception qui s'incorpore dans l'ordre administratif (...). "

A. Patrikios, op.cit., p.214.

^(٢) راجع :

- R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien 1991., 3^e éd, pp.168 et s.

- L. Cadet, Droit judiciaire privé, Litec 1992., p.294.

النزاع بفحص الطلبات العارضة التي تثار أمامه طالما أنها لا تدخل في الاختصاص المقرر لجهة قضائية أخرى^(١).

ومن النصوص التشريعية في فرنسا التي أكدت على هذا المبدأ، المادة ٤٨ من قانون المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية، فقد أعطت هذه المادة للمحاكم الإدارية الإقليمية حق نظر الطعون والدفع التي تثار أمامها والتي تدخل في الاختصاص المقرر لمحكمة إدارية أخرى^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك، وإذا كان المحكم يملك سلطة الفصل في كل الدفع التي تثار حول حدود ونطاق اختصاصاته دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم وطرح تلك المشكلات على القضاء الوطني، فهل معنى ذلك أن المحكم يملك الحق في أن يتصدى لمشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد ويقضي بإلغائها؟ فإذا كانت الإجابة بلا، فهل يجوز له أن يفحص مشروعية هذه القرارات دون إلغائها حتى يتمكن من الفصل في النزاع المطروح عليه؟

أ - المحكم وإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد

نستطيع أن نقرر بدون أدنى شك أن المحكم لا يستطيع أن يعلن عدم مشروعية هذه القرارات، كما أنها لا يمكن أن تكون محلاً للمنازعة أمام هيئة التحكيم، ويرجع ذلك إلى أمرين؛ الأول : عدم توافر معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم في هذا النوع من المنازعات، والثاني : يتعلق بالقيمة الدستورية لاختصاص القضاء الإداري بنظر تلك المنازعات.

(١) انظر :

- H. Bonnard et J.-P. Dubois, Droit du contentieux, Masson 1987., p.39.
- J. Vincent, G. Montagnier, A. Varimard, La justice et ses institutions, Dalloz 1996., 4^e éd, p.151

(٢) ولقد جاء نص هذه المادة كالتالي :

" Le tribunal administratif territorialement compétent pour connaître d'une demande principale l'est également pour connaître de toute demande accessoire, incidente ou reconventionnelle ressortissant à la compétence des tribunaux administratifs; il est également compétent pour connaître des exceptions relevant de la compétence d'une juridiction administrative ".

وانظر أيضاً بشأن الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي التي أكدت على هذا المبدأ والمشار إليها عند :

Ch. Debbasch et J.-C. Ricci, Contentieux administratif, Dalloz 1990, 4^e éd, pp.134 et s.

أ/١ - عدم توافر معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد

يقصد بالمنازعة الإدارية كما عرفتھا المحكمة الإدارية العليا في مصر : " إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه ويتبدى فيها واضحاً وجه السلطة العامة ومظهرها ويكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة " (١).

ولا تتخذ المنازعة الإدارية شكلاً واحداً، بل تتعدد صورها وأشكالها. ويمكن تقسيمها إلى نوعين أساسيين؛ هما : المنازعات الإدارية التي تدخل في نطاق المشروعية، والمنازعات الإدارية التي تدخل في نطاق قضاء الحقوق (٢).

وباستقراء نصوص القانون على ضوء ما قرره كل من المشرع الفرنسي (٣) والمصري (٤)، يتبين أن المعيار العام لقابلية خضوع المنازعة الإدارية للتحكيم يتمحور حول تعلق المنازعة بحق مالي يقبل الصلح والتصرف فيه والذي يكون محله قضاء الحقوق.

وبتطبيق هذا المعيار العام على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، يتضح أن الذي يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنه يقتصر فقط على ما يتمخض عن العقد الإداري من حقوق مالية تقبل الصلح والتصرف دون

(١) الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/١١/٢٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٣٨، من عام ١٩٨٥ حتى عام ١٩٩٣، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣١٤٢ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٩٩١/٧/٢٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٣٣، من عام ١٩٨٥ إلى ١٩٩٣، مرجع سابق، ص ٧٦٢.

(٣) وفي هذا الشأن تنص المادة ٢٠٥٩ من القانون المدني الفرنسي على جواز الاتفاق على التحكيم في جميع الحقوق التي يتمتع الأفراد بحرية التصرف فيها. وتنص المادة ٢٠٦٠ من ذات القانون على عدم جواز الاتفاق على التحكيم بالنسبة للمسائل الخاصة بحالة الشخص وأهليته والطلاق والانفصال الجسماني أو بشأن المسائل المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وبوجه عام في كل المسائل ذات الصلة بالنظام العام.

(٤) فالمشرع المصري بعد أن حدد في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نطاق سريان أحكامه على كل تحكيم يجري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيأ كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، والتي قد يفهم منها عدم اقتصار القابلية للتحكيم على المنازعات التي يكون محلها حقوقاً مالية، وامتدادها إلى الحقوق المالية وغير المالية على السواء، قرر صراحة في المادة ١١ من ذات القانون عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. وفيما يتعلق بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح، فقد حددتها المادة ٥٥١ من القانون المدني بأنها المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية وبالنظام العام.

أن يشمل فحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد؛ ذلك أن الطبيعة القانونية للمنازعات المتعلقة بهذه القرارات والتي تنتمي إلى قضاء المشروعية تتأبى على الخضوع للتحكيم وتتأفر معه، وتعتبر دعوى الإلغاء هي الوسيلة الوحيدة لفحص مشروعية هذه القرارات.

فدعوى الإلغاء^(١) ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الشرعية؛ فهي إحدى الوسائل التي نظمها الدستور والقانون لتحقيق سيادة القانون وإعلاء مبدأ المشروعية في الدولة من خلال إحكام الرقابة على قرارات الإدارة وتصرفاتها بواسطة محاكم القضاء الإداري التي يقيمها المواطنون ذوو المصلحة وأصحاب الشأن طعناً بالإلغاء في القرارات الإدارية.

وتعتبر الخصومة في دعوى الإلغاء، خصومة عينية مناطها اختصام القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته^(٢)؛ فسلطة القاضي الإداري فيها لا تتعدى أكثر من إلغاء القرار غير المشروع، ومن ثم لا يستطيع أن يقوم بتحديد نطاق المركز القانوني للطاعن أو أن يقوم بسحب قرار الإدارة أو تعديله أو أن يصدر قراراً آخرأ محل القرار المعيب الذي أصدرته الإدارة^(٣).

كما أن حق التقاضي بدعوى الإلغاء يعد من الحقوق المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز التنازل بشأنها. وإن حدث وتم مثل هذا التنازل فإنه يغدو باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلق ذلك بالنظام العام، ويجوز لمن صدر عنه الرجوع فيه، كما يكون للمحكمة المختصة أن تقضي ببطلان هذا التنازل من تلقاء نفسها.

وتأسيساً على ما تقدم، فإنه إذا كان المعيار العام لقابلية خضوع المنازعات الإدارية للتحكيم هو أن تكون هذه المنازعات متعلقة بحق من

(١) يقصد بدعوى الإلغاء: "دعوى مشروعية تهدف إلى بحث مشروعية القرار الإداري المطعون فيه أمام القضاء؛ ومن ثم فهي خصومة قضائية يرفعها كل ذي مصلحة وبطالِب بإلغاء قرار إداري غير مشروع".

د. فؤاد العطار: القضاء الإداري، "دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة وعمالها ومدى تطبيقاتها في القانون الوضعي"، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٦٩.

(٢) انظر في هذا المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٠٧ لسنة ٤٤ ق.ع، جلسة ٢٠٠١/٣/٣١، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، السنة القضائية من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠ حتى آخر سبتمبر سنة ٢٠٠١، السنة ٤٧ القضائية عليا، الجزء الأول، من أكتوبر سنة ٢٠٠٠ حتى آخر مارس ٢٠٠١، ص ٦٩٧.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب: أصول القضاء الإداري، "قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - إجراءات القضاء الإداري"، ١٩٩٣، دون ذكر الناشر، ص ١١.

الحقوق المالية التي تجوز أن تكون محلاً للصالح سواء نشأت من رابطة عقدية أو غير عقدية.

وبما أن المنازعات المتعلقة بفحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد تنتمي إلى قضاء المشروعية والتي يجب أن ترفع دعوى موضوعية بشأنها لفحص مشروعيتها بغض النظر عن الحقوق الشخصية لرافعها.

فإن ذلك يؤدي إلى القول إن التحكيم باعتباره أسلوباً رضائياً لحسم المنازعات الإدارية يتناقض مع طبيعة دعوى الإلغاء باعتبارها وسيلة قضائية نظمها المشرع لحماية مبدأ المشروعية. فالتحكيم وإن كان يعتبر نوعاً من القضاء الخاص إلا أنه يقوم دائماً على التراضي بين طرفي المنازعة بهدف حماية حق مالي يقبل الصلح والتصرف فيه، وذلك بخلاف قضاء المشروعية الذي يقوم في المقام الأول على حماية مركز قانوني مس به القرار المطعون فيه.

ومن جماع ما سبق يمكن القول مع ما انتهى إليه جمهور فقهاء القانون العام في فرنسا⁽¹⁾ إنه لا يجوز للمحكم التعرض لفحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد من أجل القضاء بإلغائها. فالتحكيم وإن كان وسيلة بديلة عن القضاء الإداري لحسم المنازعات الإدارية، إلا أن نطاقه يظل دائماً محصوراً على المسائل التعاقدية، أما مسائل المشروعية، فهي تدخل في الاختصاص المحفوظ دستورياً للقضاء الإداري كما سيتضح من خلال الموضع التالي.

(1) انظر على سبيل المثال :

- P. Delvolvé, " Rapport général ", in Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage, actes, Conférence multilatérale, Lisbonne (Portugal), 31 mai-2 juin 1999, éditions du Conseil de l'Europe, p.13., spéc, p.25.

- Y. Gaudemet, L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français, art.préc., p.174.

- J. Caupers, L'arbitrage dans les litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, in Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, *Ibidem.*, p.99., spéc, p.107.

- D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., p.40.

أ/٢ - القيمة الدستورية لاختصاص القضاء الإداري بنظر مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد

إذا كان اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية - كما سبق القول - ذو قيمة تشريعية^(١)، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمنازعات المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية؛ فهذه المنازعات الأخيرة يحظر على المشرع العادي إخراجها من ولاية القضاء الإداري وعقد الاختصاص بشأنها إلى جهة أخرى، وذلك أن اختصاصه بنظرها اختصاصاً ذو قيمة دستورية.

ولعل أول حكم يقرر القيمة الدستورية لاختصاص القضاء الإداري - دون غيره - بنظر المنازعات المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية في فرنسا، قرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ ٢٣ من يناير عام ١٩٨٧، فقد قرر المجلس إضفاء الطابع الدستوري على اختصاص القضاء الإداري بنظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية التي تصدر عن السلطة الإدارية أثناء ممارستها لامتيازات السلطة العامة^(٢).

وقد أيد الفقيه Vedel هذا المسلك بقوله: " إذا كانت المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وبالمسئولية الإدارية لا تعتبر ذات قيمة دستورية فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية وتعديلها، فهذه المنازعات لا يمكن للمشرع العادي إخراجها من اختصاص القضاء الإداري وعقد الاختصاص بشأنها للقاضي العادي " ^(٣).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ من أكتوبر عام ٢٠٠٠ بأن: " قاضي المشروعية هو القاضي الطبيعي للفصل في كافة المنازعات وشئونها، ولا يجوز حجبها دستورياً

(١) راجع سابقاً ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٢) راجع سابقاً ص ٢٠٤.

(٣) وفي هذا الصدد يذكر:

" L'on s'aperçoit alors que, sans doute, en matière contractuelle, en matière de responsabilité, en matière de plein contentieux, pour tout dire, les dérogations au principe de séparation ont été nombreuses et que, dans ces matières, le principe n'a certainement pas de valeur constitutionnelle. En revanche, le législateur (.....) n'a jamais donné au juge judiciaire la possibilité d'annuler une décision exécutoire ou de la réformer ".

G. Vedel, Doctrine et jurisprudence constitutionnelles, RDP 1989., p.11., spéc, p.16.

عن نظرها، كما لا يكون مقبولا ترتيب عوائق عن نظره إياها إلا في الحدود المقررة لتنظيم حق التقاضي، وبما لا يخل بأي من الاختصاص الدستوري المقرر لقاضي المشروعية وبالحق في أن يلجأ المتقاضي إلى قاضيه الطبيعي فلا يحول دون ذلك حائل أو مانع يمثل انتقاصاً وعدواناً على أي من الحقين الدستوريين الذين يتكاملان فلا ينفصلان، ويتعاضدان فلا يتنافران ^(١).

ب - المحكم وفحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد دون إلغائها

القاعدة العامة – كما سبق القول – هي عدم جواز انفصال القرارات التي تصدر عن جهة الإدارة في مرحلة تنفيذ أو إنهاء العقد، ومن ثم فإن المنازعات المتعلقة بهذه القرارات تدخل في اختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء. وإذا كان الأمر كذلك، فهل يجوز للمحكم في هذه الحالة التعرض لفحص مشروعية هذه القرارات دون إلغائها؟

لا يمكن الإجابة على هذا التساؤل بطريقة مجملية، ولكن يتعين التفرقة بين أمرين :

الأول : يتعلق بالقرارات التي تتخذها الإدارة بوصفها متعاقدة؛ ففي هذا النوع من القرارات يجوز للمحكم نظر مشروعية القرارات التي تتخذها الإدارة تنفيذاً لبنود العقد المبرم واستناداً لنصوصه طالما أن المنازعة لا تتعلق بالنظام العام، تأسيساً على أن هذه المنازعات تدخل في منطقة العقد، ومن ثم فهي لا تندرج تحت ولاية قضاء الإلغاء.

(١) الطعن رقم ٨٣٦ لسنة ٤٧ ق.ع، جلسة ٢٦/١٠/٢٠٠٠، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، مرجع سابق، ص ٤٠.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد أقرت للمشرع العادي سلطة إخراج بعض أنواع من دعاوى الإلغاء من اختصاص القضاء الإداري وإخضاعها لولاية محكمة أخرى. فقد قضت في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ من يونيو عام ١٩٨٤ بدستورية الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢، الذي عهد لمحكمة أمن الدولة العليا (طوارئ) وحدها دون غيرها الاختصاص بنظر التظلم من أوامر وقرارات القبض أو الاعتقال الصادرة بالاستناد إلى قانون الطوارئ، وأسست المحكمة قضاءها على أن المشرع لم يستبعد هذه الأوامر من رقابة القضاء عموماً، وإنما اقتصر على استبعادها من نطاق الاختصاص المقرر للقضاء الإداري وعهد بها إلى جهة قضائية أخرى هي محكمة أمن الدولة العليا (طوارئ)، وبذلك يكون النص المطعون فيه لا ينطوي على أية مخالفة لنص المادة ١٧٢ من الدستور التي تنص على الاختصاص الشامل لمجلس الدولة بالمنازعات الإدارية، ولا لنص المادة ٦٨ منه التي تكفل لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي.

القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ ق " دستورية "، جلسة ١٦/٦/١٩٨٤، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من يناير ١٩٨٤ حتى ديسمبر ١٩٨٦، الجزء الثالث، ص ٨٠.

الأمر الثاني : يتعلق بالقرارات التي تتخذها الإدارة أثناء تنفيذ العقد بوصفها سلطة عامة؛ ففي هذا النوع من القرارات لا يجوز للمحكم التعرض لفحص مشروعيتها حتى دون إلغائها⁽¹⁾؛ ومرد ذلك تعلق تلك النوعية من القرارات بأوضاع إدارية تحكمها القوانين واللوائح وعدم خضوعها لإرادة الأطراف أو اتفاقاتهم. كما أن تلك القرارات يمكن فصلها عن العقد، الأمر الذي يترتب عليه – غالباً – عدم إمكانية الفصل في طلبات التعويض المقدمة عنها بغير التصدي لمسألة مشروعية تلك القرارات وفحصها وتقديرها، وهو ما ينطوي ضمناً على التصدي لدعوى الإلغاء التي يحظر – بحسب الأصل – نظرها من جانب المحكم.

وتطبيقاً لما سبق بيانه، قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١ من فبراير عام ١٩٤٦ بأن المنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد والمتصلة به لا يختص بنظرها المحكم وإنما ينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء الإداري⁽²⁾. كما قضى في حكمه الصادر بتاريخ ١١ من يوليو عام ١٩٨٦ بأن القرارات المتعلقة بإنشاء السند التنفيذي للدين الناتج عن علاقة تعاقدية لا يمكن أن تكون محلاً للمنازعة أمام المحكم وإنما تندرج تحت الاختصاص المقرر للقضاء الإداري⁽³⁾.

(1) انظر في عكس هذا الرأي الفقيه Patrikios حيث يذهب إلى جواز فحص المحكم لمشروعية القرارات الإدارية دون إلغائها، طالما أن هذا التقدير سيخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء الإداري، وبشرط عدم تنازل الأطراف عن حق الطعن بالاستئناف. وفي هذا الشأن يذكر :

" Nous pensons qu'en aucun cas il n'est possible de reconnaître à des arbitres le pouvoir d'annuler des actes administratifs (.....). D'autre part, nous croyons qu'il est possible de leur reconnaître un certain pouvoir d'appréciation de la légalité des actes administratifs dans la mesure où ils agissent en tant que juges administratifs, au moins pour les cas où les parties n'ont pas renoncé à l'appel et par conséquent le jugement des arbitres, sur les actes administratifs qui surviennent au cours de l'instance arbitrale, sera soumis au contrôle de la juridiction administrative officielle ultérieurement ".

A. Patrikios, op.cit., p.219-220.

(2) C.E, 1^{er} février 1946, Office public d'habitation à bon marché de la ville de Marseille, Rec., p.35.

(3) C.E, 11 juillet 1986, Commune de Beausoleil, Rec., t, p.460.

صفوة القول أن القرارات التي تتخذها جهة الإدارة في مرحلة تكوين العقد، بالإضافة إلى القرارات التي تتخذها أثناء تنفيذه أو إنهائه بوصفها سلطة عامة لا يمكن أن تكون محلاً للمنازعة أمام هيئة التحكيم^(١)، وإن حدث وعرض على هيئة التحكيم مسألة عارضة تتعلق بمشروعية هذه القرارات، فإنه ينبغي في هذه الحالة إيقاف سير إجراءات التحكيم لحين الفصل في هذه المسألة الأولية بواسطة القضاء الإداري^(٢).

ومن الجدير الإشارة إليه أن التقرير الصادر عام ٢٠٠٧ بشأن قانون التحكيم في المواد الإدارية المزمع إصداره في فرنسا قد اتخذ موقفاً مناصراً لخضوع القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد لتقدير هيئات التحكيم، حيث انتهت مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص هذا القانون ووضع التصور النهائي له إلى منح المحكم سلطة تفسير وتقدير شرعية القرارات الإدارية الناتجة عن علاقة تعاقدية، وذلك من أجل – على حد تعبير مجموعة العمل – تجنب لجوء المحكم إلى فكرة المسائل الأولية، وأن

(١) وفي هذا الشأن يذكر الفقيه Foussard :

" Mais son intervention (le juge administratif) est en outre indispensable – et l'observation est propre au droit administratif – **chaque fois que la procédure arbitrale se heurte à un acte de la puissance publique susceptible d'affecter l'issue du litige, sans que l'arbitre puisse en apprécier la légalité** ".

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art.préc., p.40.

(٢) المسائل الأولية Les questions préjudicielles، هي تلك المسائل التي يجب الفصل فيها ابتداءً قبل التعرض لأصل الموضوع ولا تدخل في اختصاص القاضي المعروض عليه النزاع الأصلي، ويمكن أن تتحقق المسائل الأولية إما داخل ذات التنظيم القضائي، وإما بين جهتين قضائيتين مختلفتين (القضاء العادي والإداري).

Ch. Debbasch et J.-C. Ricci, contentieux administratif, op.cit., 4^e éd, p.132.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن رقابة القضاء العادي (دون الجنائي) في فرنسا للقرارات الإدارية يشكل نظام خليط من المسائل التمهيدية والمسائل الأولية. فبادئ ذي بدء يجب التفرقة بين تفسير القرارات الإدارية وبين تقدير شرعيتها؛ فالقاعدة العامة هي جواز تفسير القرارات الإدارية التنظيمية بواسطة القضاء العادي دون الفردية. ولعل أول حكم يقرر ذلك هو حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في قضية Septfonds بتاريخ ١٦ من يونيو عام ١٩٢٣، فقد أجازت محكمة التنازع للقضاء العادي تفسير القرارات الإدارية التنظيمية، تأسيساً على تشابه اللوائح مع القوانين من الناحية الموضوعية. أما بالنسبة لرقابة المشروعية، فقد قررت محكمة التنازع في حكمها الصادر في قضية Barinstein بتاريخ ٣٠ من أكتوبر عام ١٩٤٧ عدم جواز قيام القضاء العادي بإجراء الرقابة على القرارات الإدارية التنظيمية في غير الحالات الاستثنائية التي تحمل اعتداءً على حرمة المسكن الخاص والتي تشكل على أثرها انتهاك للحريات الفردية وعدم الاحترام الواجب للقوانين الملكية. أما بالنسبة للقرارات الفردية، فإن القاضي العادي ممنوع عليه – بحسب الأصل – إجراء مثل هذه الرقابة. راجع للمزيد من التفاصيل :

Ch. Debbasch et J.-C. Ricci, *Ibidem.*, pp.137 et s.

ذلك لا يترتب عليه أية مخاطر تذكر طالما أمكن للأطراف اللجوء بعد ذلك إلى طرق الطعن المقررة قانوناً^(١).

في الواقع إن هذا الاتجاه الذي سلكته مجموعة العمل في تقريرها الذي أعدته يصطدم مع اعتبارات دستورية ويرتب نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، وأية ذلك أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد والتي تصدر عن السلطة الإدارية أثناء ممارستها لامتيازات السلطة العامة تدخل في المجال المحفوظ دستورياً للقضاء الإداري وفقاً لما انتهى إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر عام ١٩٨٧. وبالتالي لا يجوز حجب الاختصاص المقرر للقضاء الإداري بنظر مشروعية القرارات الإدارية بمقتضى نص قانوني عادي.

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن من شأن عقد الاختصاص لهيئات التحكيم بتقدير شرعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد أن ينتج عنه وجود جهتين تتمتع كل منهما بالحق في تقدير شرعية هذه القرارات، وقد يحدث أن يصدر حكم من هيئة التحكيم يقضي بمشروعية إحدى القرارات يخالف حكم صادر عن القضاء الإداري بإلغاء هذا القرار، مما يؤدي إلى وجود حكمين متعارضين يحوز كل منهما على حجية الشيء المقضي به، وفي ذلك إهدار كل قيمة لأحكام التحكيم؛ لأنه لا يمكن تنفيذ هذه الأحكام إذا كانت متعارضة مع أحكام صادرة عن القضاء الإداري الوطني، لمساس ذلك بالنظام العام؛ الوطني والدولي على السواء^(٢).

ومن ناحية ثالثة، فإن من شأن قبول اختصاص هيئات التحكيم بفحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد وتقدير

(١) ولقد وردت عبارات التقرير كالتالي :

" Les arbitres se verraient donc reconnaître le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité d'actes administratifs unilatéraux, lorsque cette interprétation ou appréciation de légalité sera nécessaires à l'issue du litige. Le groupe de travail a souhaité ainsi éviter tout délai lié aux questions préjudicielles et a estimé que les risques d'une telle solution étaient limités, dès lors que les parties pourront exercer des voies de recours ".

Le Rapport, n° 2.3.1.

(٢) وفي هذا الإطار تشير الفقيه Lemaire إلى أن أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي والتي تتعارض مع الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري الوطني تصطدم بالنظام العام الدولي في فرنسا.

S. Lemaire, La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif. Approche critique du projet de réforme du 31 mars 2007, Rev.arb. 2007., p.407., spéc, p.441.

صحتها أن ينتج عنه إمكانية تعرض هيئة التحكيم لفحص مشروعية الأحكام اللائحية التي تنظم العقد ومدى توافقها مع أحكام القانون. وهذا ما لا يمكن قبوله.

ومن جماع ما سبق، لا يمكن – مهما قيل من تبريرات – أن نخضع القرارات الإدارية التي تكون محلها قضاء المشروعية للرقابة من جانب شخص خاص. فالتحكيم وإن احتل اليوم مكانة هامة في القانون الإداري إلا أنه يظل رغم ذلك مقصوراً على المسائل التي تدخل في نطاق قضاء الحقوق دون تلك التي تدخل في نطاق قضاء المشروعية^(١). وهذا ما انتهت إليه مجموعة العمل – على وجه التقريب – في تقريرها الصادر عام ٢٠٠٧ حين استبعدت اختصاص هيئات التحكيم بنظر الطعون التي توجه مباشرة ضد القرارات الإدارية^(٢).

وإذ انتهيت إلى عدم جواز نظر المحكم لمشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة بوصفها سلطة عامة، بحيث لا يتبقى له سوى القرارات التي تتخذها بوصفها متعاقدة، على اعتبار أن القرارات الأولى تدخل في مفهوم المسائل الأولية التي ينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء الإداري^(٣)، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمسائل التي تثار بشأن اتفاق التحكيم ومدى مشروعيته؛ الأمر الذي نخصص له الموضع التالي.

(١) ومن التشريعات المقارنة التي أخذت بهذا الاتجاه، قانون أصول المحاكمات اللبناني، فقد نصت صراحة المادة ٣/٧٩٥ من القانون رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢ على جواز خضوع المسائل التعاقدية ذات الطبيعة الإدارية للتحكيم وحظرت ذلك بالنسبة لنظر مشروعية القرارات الإدارية.

(٢) ولقد وردت عبارات التقرير كالتالي :

" Le périmètre de la mission impartie au groupe de travail exclut que l'arbitrage puisse concerner le contentieux de légalité des actes administratifs unilatéraux (...). "

Le Rapport, n° 1.3.

(٣) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن الأحكام الحديثة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي انتهى فيها إلى أن تقدير مشروعية القرارات الإدارية والتي تثار أمام محاكم القضاء العادي تعد من المسائل الأولية التي ينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء الإداري :

D. Dero-Bugny, La compétence du juge administratif saisi d'un recours en appréciation de validité d'un acte administratif encadrée par le renvoi préjudiciel du juge judiciaire, " Etude comparée des arrêts C.E., 24 novembre 2004, Ville de Nice, C.E., 24 mars 2004, Mme Marie-Françoise X et C.E., Section, 17 octobre 2003, Syndicat des copropriétaires de la résidence Atlantis et autres, RFDA 2006., pp.73-79.

ثالثاً : فحص مشروعية اتفاق التحكيم بين اختصاص المحكم واختصاص القاضي الإداري

قد يحدث أثناء سير إجراءات التحكيم وقبل الفصل في موضوع النزاع أن ينازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم سواء استناداً إلى عدم أهلية الشخص المعنوي العام في إبرامه، أو سواء استناداً إلى عدم اكتمال أحد أركانه القانونية كالرضا والمحل والسبب، ومن ثم يثار التساؤل عن الجهة التي ينبغي لها الاختصاص في هذا الشأن ؟

وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص – السابق بيانه – فإن محكمة التحكيم تملك دون غيرها سلطة الفصل في كافة الدفوع المبنية على عدم اختصاصها بنظر النزاع، أهمها الدفوع المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم^(١)، بحيث لا يجوز لأحد من الأطراف اللجوء إلى القضاء طالباً بإبطال اتفاق التحكيم قبل أن تفصل محكمة التحكيم في ذلك الأمر.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما أورد عليها المشرع الفرنسي استثناءً هاماً مؤداه جواز تعرض القضاء الوطني لفحص مشروعية اتفاق التحكيم قبل أن تفصل محكمة التحكيم في هذه المسألة وذلك في الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان.

فقد نصت المادة ١٤٥٨ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " إذا رفع نزاعاً أمام محكمة قضائية سبق رفعه أمام محكمة تحكيم بموجب اتفاق تحكيم، فعلى تلك المحكمة إعلان عدم اختصاصها. وإذا لم يسبق لمحكمة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فيلزم أيضاً على المحكمة القضائية إعلان عدم اختصاصها إلا إذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان " ^(٢).

(١) انظر في هذا المعنى :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 21 mai 1997, Renault c/ sté V 2000 (Jaguar France), Rev.arb. 1997., p.537., note E. Gaillard.

(٢) انظر النص الأصلي للمادة ١٤٥٨ والذي ورد كالتالي :

" Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente **à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle** (...). "

وقد جرى القضاء العادي الفرنسي على التأكيد على الحق الأولي للمحكم في الفصل في الدفوع المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم باستثناء الحالات التي يكون فيها هذا الاتفاق واضح البطلان، ومن ذلك حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ٢٠ من فبراير عام ٢٠٠٧، إذ قررت الآتي : " يملك المحكم سلطة الفصل أولاً وقبل أية جهة أخرى فيما يتعلق بمسألة اختصاصه عدا حالات البطلان أو عدم التطبيق الظاهر لاتفاق التحكيم" ^(١).

كما عملت محكمة النقض الفرنسية على توسيع مجال الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم بتقريرها جواز عقد الاختصاص للقضاء الوطني بنظر مشروعية اتفاق التحكيم حتى لو فصلت محكمة التحكيم في هذه المسألة ^(٢).

وإذا كان المشرع المصري قد سائر نظيره الفرنسي في منح المحكم سلطة الفصل قبل أية جهة أخرى في الدفوع المبنية على بطلان اتفاق التحكيم، إلا أنه تخلف عنه بالمقابل في النص صراحة على حق القضاء الوطني في التعرض لمشروعية اتفاق التحكيم ظاهر البطلان.

فقد نصت المادة ١٣ من قانون التحكيم على أنه : " (١) يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. (٢) ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم ".

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propos compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 20 février 2007, sté UOP NV c/ sté France et autres, Rev.arb. 2007., p.139.

وفي ذات الاتجاه :

- C. Cass. 1^{re} ch.c, 11 juillet 2006, Banque populaire Loire et lyonnais c/ sté Sangar, Rev.arb. 2006., p.969., note Ch. Larroumet.

- C. Cass. 1^{re} ch.c, 11 juillet 2006, sté National Broadcasting Co c/ Bernadaux et autres, Rev.arb. 2006., p.981., note O. Cachard p.893.

(٢) انظر في هذا المعنى :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 6 janvier 1987, Southern Pacific Properties Limited et Southern Pacific (Middle East) Limited c/ République Arabe d'Egypte, JDI 1987., p.638., note B. Goldman.

وتدفعنا نص هذه المادة لطرح التساؤل عن موقف القضاء الوطني الذي يدفع أمامه بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم إذا تبين له بطلان هذا الاتفاق لتخلف أحد أركانه أو شروط صحته ؟

رداً على هذا التساؤل، فقد وضعت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في قضية ماليكوب بتاريخ ١٩ من فبراير عام ٢٠٠٦^(١) بعض المبادئ القانونية الهامة أرست من خلالها مبدأ اختصاص القضاء الوطني بنظر مشروعية اتفاق التحكيم إذا تبين له بطلانه.

ففي البداية أوضحت محكمة القضاء الإداري أن : " مناط الحكم بعدم قبول الدعوى [وفقاً للمادة ١٣ من قانون التحكيم] هو وجود اتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد الوجود المادي لمحرر يتضمن مثل هذا الاتفاق، ذلك أن القاضي بحكم ولايته العامة بالفصل في المنازعات المقررة له بحكم الدستور والقانون لا ينبغي له التخلي عن حقه في التصدي لموضوع نزاع مطروح عليه إلا إذا تبين أن اتفاق التحكيم الذي يتمسك به أحد الأطراف هو اتفاق صحيح منتج لآثاره وصالح لانعقاد هيئة تحكيم بنظر النزاع أما إذا تبين أنه أمام اتفاق باطل تعين عليه رفض الدفع بعدم القبول والتصدي لنظر الموضوع، ومما يؤكد صحة هذا التفسير ما كشفت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المشار إليه ومناقشات أعضاء مجلس الشعب لدي إقرار هذا التشريع من أن المحكمة لن تحكم بعدم القبول استناداً إلى هذا النص جزافاً إنما ستنتظر أولاً في إرادة المتعاقدين وفي سلامة الإرادة وفي سلامة إرادة من اتفق على التحكيم فإذا وجدت المحكمة أن الإرادة معيبة فلن تلتزم بهذا النص إطلاقاً. وبالتالي فإن هذا النص بصورته النهائية لا يغل بأي حال سلطة المحكمة في التصدي للنزاع إذا ما ظهر لها أنها أمام اتفاق تحكيم شابه البطلان ومما يؤكد ذلك أن مشروع القانون كان يضمن المادة (١٣) فقرة ثالثة تنص على أن >> إذا قضت المحكمة نهائياً ببطلان اتفاق التحكيم أو بسقوطه أو بعدم نفاذه قبل صدور حكم التحكيم وجب على هيئة التحكيم إنهاء ما تم من إجراءات << ومعنى ذلك أن حكم القضاء بالبطلان الذي يصدر قبل صدور حكم من هيئة التحكيم من شأنه إنهاء إجراءات التحكيم إلا أن هذه الفقرة حذفت عند الإقرار النهائي للقانون وذلك على اعتبار أن حكم هذه الفقرة تكفله القواعد العامة دون حاجة إلى النص عليه بحكم خاص "

(١) سبقت الإشارة إليه ص ٢٦٠ هامش (١).

ثم اتجهت بعد ذلك إلى تقرير أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يمكن له أن يسلب اختصاص القاضي بالفصل في الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه إذا طرحت عليه بمناسبة تمسك أحد الأطراف باتفاق التحكيم ودفع الطرف الآخر ببطلان هذا الاتفاق.

فقد قضت بالآتي : " كما أنه لا حاجة في ذلك بنص المادة (٢٢) من القانون المشار إليه التي ترسي مبدأ الاختصاص بالاختصاص أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدعوى المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه، ذلك أن هذا النص وأن خول هيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع بيد أنه لا يسلب ولا يستطيع وما ينبغي له أن يسلب سلطة القاضي بالفصل في هذه الدفوع إذا طرحت عليه بمناسبة تمسك طرف باتفاق التحكيم ودفع الطرف الآخر ببطلان هذا الاتفاق، فقاضي الدعوى هو قاضي الدفع وأنه مما يقوض أركان الدولة القانونية مجرد تصور إلزام القاضي بالحكم بعدم قبول الدعوى استناداً إلى تمسك أحد الأطراف باتفاق تحكيم اكتشف القاضي بطلانه والقول بغير ذلك يمثل عدواناً وتعدياً وغصباً على السلطة القضائية والحق في الالتجاء إليها والذي أفرد لها الدستور فصلاً مستقلاً محدداً ولايتها واختصاصها في إقامة العدالة والفصل في المنازعات العادية والإدارية أو غيرها وأداء دورها الأساسي في إقرار سيادة الدستور والقانون وكفالة السلام الاجتماعي ولو أراد المشرع قصر الاختصاص على هيئات التحكيم لما أعوزه النص على ذلك صراحة بإضافة عبارة << دون غيرها >> " .

وبذلك، تكون محكمة القضاء الإداري قد وضعت مبدأ الاختصاص المشترك بين المحكم والقاضي الإداري بنظر الدفوع المبنية على عدم مشروعية اتفاق التحكيم، فإذا كان الأصل هو تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع، فإن ذلك لا يسلب اختصاص القاضي الإداري بالفصل في هذه الدفوع إذا طرحت أمامه.

وبانتهاء عرض موضوع الاختصاص المشترك بين المحكم والقاضي الإداري بنظر الدفوع المبنية على عدم مشروعية اتفاق التحكيم، يكتمل تناول الفصل الثاني والمتعلق بإجراءات التحكيم، ويتبقى لنا حتى يتم تناول الباب الأول من القسم الثاني والمتعلق بالتنظيم الإجرائي للتحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، أن نتصدى لمسألة أخرى غاية في الأهمية، هي حكم التحكيم؛ الأمر الذي نخصص له الفصل التالي.

الفصل الثاني

حكم التحكيم

حكم التحكيم هو ذروة كل إجراءات التحكيم والغاية الأساسية التي يسعى أطراف النزاع إلى تحقيقها من خلال لجوءهم إلى نظام التحكيم.

وقد ألزمت تشريعات الدول محل الدراسة هيئة التحكيم أن تصدر حكمها في الميعاد المحدد لإصداره^(١)، بحيث إذا انقضى هذا الميعاد دون حسم لموضوع النزاع، فإن التحكيم ينقضي ويعتبر كأن لم يكن، ويكون للخصوم بالتالي طرح النزاع من جديد أمام القضاء الوطني المختص ما لم يتفق الأطراف من جديد على فضه بطريق التحكيم.

والأصل أن حكم التحكيم يخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء الوطني؛ فالرقابة التي يمارسها القضاء على حكم التحكيم هي التي تقلل – بلا شك – من درجة الخوف الكائن بسبب لجوء الإدارة إلى التحكيم. غير أنه من الملاحظ أن تشريعات الدول محل الدراسة قد اختلفت فيما بينهم حول مدى الدور الذي يلعبه القاضي الوطني بشأن إجراء الرقابة على حكم

(١) تنص المادة ١/٤٥ من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه : " على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم (....) ". وتنص المادة ١٤٥٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه : " إذا لم يحدد اتفاق التحكيم مدة التحكيم، فإن مهمة المحكمين تنتهي في خلال ستة أشهر على الأكثر من قبول آخر محكم لمهمته ". وتنص المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه : " إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلاً للحكم كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ جلسة التحكيم الأولى وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة أو المضي فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل ". وتنص المادة ١/٢٣٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أنه : " إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلاً للحكم، كان على المحكمين أن يحكموا في ظرف ثلاثة شهور من تاريخ قبولهم للتحكيم (.....) ". وتنص المادة ٩ من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على أنه : " يجب الحكم في النزاع في الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم ما لم يتفق على تمديده وإذا لم يحدد الخصوم في وثيقة التحكيم أجلاً للحكم وجب على المحكمين أن يصدروا حكمهم خلال تسعين يوماً من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم (....) ". وتنص المادة ١٩٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري على أنه : " على المحكمين أن يحكموا في الميعاد المشروط في وثيقة التحكيم، ما لم يرتض الخصوم امتداده. وإذا لم يشترط الخصوم في وثيقة التحكيم أجلاً للحكم، وجب على المحكمين أن يحكموا خلال ثلاثة أشهر من قبولهم للتحكيم (....) ". وتنص المادة ١٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه : " إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلاً للحكم، كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم (....) ". ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن قانون التحكيم القضائي الكويتي قد أعفى هيئة التحكيم من التقيد بمدة معينة لإصدار أحكامها، إذ تنص المادة ١/٧ منه على أنه : " يصدر حكم هيئة التحكيم دون تقيد بمدة معينة وذلك استثناءً من حكم المادة (١٨١) من قانون المرافعات المدنية " .

التحكيم، حيث اتجه جانب منهم إلى إعطاء دور متسع للقاضي الوطني عن طريق تقرير نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم، بينما اتجه الجانب الآخر إلى التضييق من هذا الدور عن طريق وضع حالات معينة – على سبيل الحصر – يمكن من خلالها فقط الطعن في هذه الأحكام.

ولا يقتصر دور القضاء الوطني على رقابة حكم التحكيم فحسب، بل يتعاطم دوره في مرحلة تنفيذه، إذا إنه بالرغم من تمتع حكم التحكيم بالطابع القضائي، إلا أنه لا يمكن تنفيذ هذا الحكم إلا بعد الحصول على الصيغة التنفيذية من القضاء المختص؛ فهذه الصيغة هي التي تعطي لحكم التحكيم القوة التنفيذية وتسمح بالتالي بتنفيذه جبراً حال امتناع المحكوم ضده عن تنفيذه طواعية أو اختيارياً.

وإذا كان التنفيذ الجبري لحكم التحكيم لا يثير الكثير من المشاكل في الحالات التي يكون فيها الحكم صادراً لصالح الإدارة، فإن جوانب هذه المشكلة قد تتنامى وتصبح أكثر تعقداً إذا كان ذلك الحكم صادراً ضدها، وامتنتعت عن تنفيذه. ففي هذه الحالة الأخيرة، هل يمكن إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها ؟

وقبل إلقاء الضوء على الرقابة التي يمارسها القضاء على حكم التحكيم، وكذلك النظام القانوني لتنفيذ هذه الأحكام والصعوبات التي قد تعترض تنفيذها إذا كانت صادرة ضد الإدارة وحدود هذه الصعوبات، قد يكون من المناسب أن نسبق ذلك كله بمبحث نتناول فيه مفهوم حكم التحكيم وكيفية تكوينه.

وعلى ذلك، تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

- المبحث الأول : مفهوم حكم التحكيم.
- المبحث الثاني : الرقابة القضائية على حكم التحكيم.
- المبحث الثالث : تنفيذ حكم التحكيم.

المبحث الأول

مفهوم حكم التحكيم

لقد عرف البعض حكم التحكيم بأنه : " القرار الصادر عن هيئة التحكيم في الخصومة المنعقدة أمامها، سواء كان صادراً في موضوع هذه الخصومة كله أو في جزء منه أو في مسألة من المسائل الإجرائية " ^(١).

وعرفه البعض الآخر بأنه : " جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم سواء كانت أحكاماً كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أم أحكاماً جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة " ^(٢).

ولما كانت الدراسة في هذا الفصل تنصب على حكم التحكيم الصادر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فإنه من المتعين تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحكم على ضوء نظريات القانون الإداري والتي قيلت بشأن تحديد الأعمال القضائية وتمييزها عن الأعمال الإدارية. لذا قد يكون من المناسب التعرض بإيجاز لتلك النظريات لإبراز الطبيعة القضائية لحكم التحكيم من خلال وجهة نظر القانون الإداري (مطلب أول).

وإذا انتهيت إلى إضفاء الطابع القضائي على حكم التحكيم على ضوء نظريات القانون الإداري، فإنه من المتعين أن نتعرض لشكل ومحتوى العمل الصادر عن المحكم على ضوء ما ورد في الشريعة العامة للتحكيم لبيان مدى توافقه مع الشكل المتطلب لإصدار الأحكام القضائية الإدارية. صحيح أن المحكم – بخلاف القاضي – لا يلتزم باتباع القواعد المقررة بالنسبة للمحاكم، وبالتالي لا يلتزم بإصدار حكمه وفقاً للشكل الذي يتطلبه القانون، إلا أن هناك بعض الأشكال التي تعد عنصراً أساسياً من عناصر ممارسة الوظيفة القضائية، ومن ثم يتعين توافرها في جميع الأعمال القضائية، ومنها أحكام التحكيم (مطلب ثان).

(١) انظر : د. عيد محمد القصاص : حكم التحكيم، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٢) انظر : د. حفيظة السيد الحداد : الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٤-٢٥.

المطلب الأول

العمل القضائي وحكم التحكيم

على ضوء نظريات القانون الإداري

إن البحث عن الطبيعة القانونية لحكم التحكيم على ضوء نظريات القانون الإداري يعد أمراً دقيقاً ومعقداً. ويرجع ذلك إلى تعقد وتشعب النظريات التي قيلت بشأن تحديد الأعمال القضائية وتمييزها عن الأعمال الإدارية. إذ كان من الأهمية وضع معيار حاسم ودقيق لتمييز العمل القضائي عن العمل الإداري، نظراً لاختلاف الخصوصيات المتعلقة بالشكل والإجراءات المقررة للأحكام القضائية عن تلك المقررة للأعمال الإدارية.

فالعمل القضائي يحوز على حجية الشيء المقضي به، بينما يحوز العمل الإداري على حجية الأمر المقرر *chose décidée*. كما أن طرق الطعن المقررة للأحكام تختلف عن تلك المقررة بالنسبة للأعمال الإدارية. فالاستئناف، والاعتراض، واعتراض الخارج عن الخصومة، والطعن بالنقض تكون مقررة للأحكام القضائية، بينما الطعن لتجاوز السلطة يكون بالنسبة للأعمال الإدارية. فضلاً عن ذلك، فإن العمل القضائي يلزم أن يكون دائماً مسبباً *motivé*، في حين أن التسبب لا يعتبر من حالات العمل الإداري بالرغم من الاستثناءات الواردة في فرنسا بمقتضى قانون ١١ من يوليو عام ١٩٧٩ بشأن تسبب القرارات الإدارية^(١)، والحالات التي فرضها المشرع المصري، مثل المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢^(٢)، والمادة ٤ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأسلحة والذخائر^(٣).

(١) راجع حول هذا القانون :

J.-M. Auby et R. Drago, Traité des recours en matière administrative, Litec 1992., p.311.

(٢) تنص المادة ٢/٢٤ من قانون مجلس الدولة المصري على أنه : " وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية، ويجب أن يبت في التظلم قبل مضي ستين يوماً من تاريخ تقديمه وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً (....) " .

(٣) تنص المادة ٤ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر معدلاً بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٤ وبالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ على أنه : " لوزير الداخلية أو من ينييه رفض الترخيص، أو تقصير مدته، أو قصره على أنواع معينة من الأسلحة أو تقييده بأي شرط يراه، وله سحب التراخيص مؤقتاً أو إلغاؤه، ويكون قرار الوزير برفض منح الترخيص أو سحبه أو إلغاؤه مسبباً " .

وتعد مسألة تحديد مفهوم العمل القضائي من إحدى المجالات المميزة للبحث في مجال القانون الإداري^(١)، حيث احتل هذا الموضوع مكاناً متميزاً في كتابات فقه القانون العام لا سيما في فرنسا منذ أوائل العقود الأولى من القرن العشرين، وأولوه عناية خاصة تفوق بكثير الجهود التي بذلت في مجال القانون الخاص. غير أنه من الملاحظ أن هؤلاء الفقهاء ومن اتبعهم لم يتفقوا على معيار واحد في هذا الصدد، فمنهم من أخذ بمعيار شكلي، ومنهم من أخذ بمعيار موضوعي، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : المعايير الشكلية

إن الفقهاء الذين ارتبطت أسمائهم بهذه المعايير لم يجمعوا على رأي واحد بشأن تحديد المعيار الشكلي الواجب الاتباع لتمييز العمل القضائي، وإن كانوا قد اتفقوا على تحديده من خلال مظاهر خارجية.

ويعتبر المعيار العضوي من أوائل المعايير الشكلية التي قيلت في هذا الشأن، ويقوم هذا المعيار على أساس النظر إلى الجهة التي صدر عنها العمل، بحيث يعتبر العمل قضائياً إذا كان صادراً عن هيئة خاصة تسمى القضاء^(٢) دون الحاجة إلى النظر بعد ذلك إلى موضوع العمل في ذاته أو مضمونه.

ويعتبر الفقيه الفرنسي Carré de Malberg من أقوى المدافعين عن هذا المعيار، إذ يذهب إلى القول إنه : " ليس هناك اختلاف مطلق أو ثابت من الناحية المادية بين الإدارة والقضاء، فلا يوجد بالمعنى المادي وظيفة قضائية متميزة، بل يوجد فقط أشكال قضائية؛ أي طريق قضائي متميز من الناحية الشكلية عن الطريق الإداري " ^(٣).

(١) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Lampué :

" il n'est pas de question où règne plus de confusion et où apparaissent plus de divergences que celle de la définition de l'acte juridictionnel ".

P. Lampué, La notion d'acte juridictionnel, RDP 1946., p.5., spéc, p.5.

(٢) انظر في هذا المفهوم :

H. Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, traduit par Ch. Eisenmann, RDP 1926., p.561., spéc, pp. 624 et s.

(٣) انظر :

R. Carré de Malberg, Contribution à la Théorie générale de l'État, Paris, Sirey 1920., t.I, pp.764 et s.

ويضيف الفقيه Malberg أن الوظيفة القضائية لا تتميز من الناحية المادية عن الوظيفة التشريعية، وذلك عندما يقوم القاضي بإنشاء قاعدة قانونية، ولا عن الوظيفة الإدارية عندما تقوم الإدارة بإنزال أحكام القانون على الواقعة المعروضة أمامها. فالوظيفة القضائية لا تتحدد فقط بتطبيق القانون على الحالة المعروضة، وذلك أن القاضي ملزم بأن يفصل في النزاع حتى لو لم يجد نصاً قانونياً يحكم المنازعة لكي لا يكون منكرًا للعدالة، مما ينبني على ذلك أن القاضي يحتفظ بمساحة من الحرية التي تسمح له بالمشاركة في إنشاء قواعد قانونية ويشترك بطريقة غير مباشرة في ممارسة الوظيفة القضائية^(١).

وعلى ذلك، فإن القاعدة الأساسية عند الفقيه Malberg هي أن كل الأعمال القضائية يجب أن تكون صادرة عن هيئة قضائية؛ أي أنه ينقل المسألة من مفهوم العمل القضائي إلى مفهوم القضاء. وهذا النقل لا ينبغي النظر إليه – كما يذهب بعض الفقهاء وبحق^(٢) – على أنه غير نافع أو مفيد؛ ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن القضاء يصدر عنه أعمال لا تعد من قبيل الأعمال القضائية، ولكن غالبية الأعمال الأخرى تعد من هذه الطبيعة. مما ينبني على ذلك، أن الأعمال الصادرة عن القضاء تعد كقاعدة عامة أعمالاً قضائية عدا الأعمال الأخرى التي ليست لها هذه الصفة كالأعمال الولائية، والفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة، والقرارات المتخذة بواسطة القضاء والمتعلقة بإدارة شؤونه.

وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار على اعتبار أنه يسمح بدخول بعض الأعمال غير القضائية في تعداد الأعمال القضائية^(٣)، قام الفقيه Malberg بإكمال معياره العضوي بمعيار آخر يختلف عنه ولكنه يعتبر من فصيلة المعايير الشكلية، أطلق عليه المعيار الإجرائي.

فقد ذهب الفقيه Malberg إلى أن العمل القضائي يتميز من حيث مصدره والإجراءات المتبعة بشأنه. فمن حيث مصدره فإن العمل القضائي هو الذي يصدر عن سلطة منظمة بطريقة معينة من أجل ممارسة الوظيفة

(١) انظر :

R. Carré de Malberg, op.cit., pp.750 et s.

(٢) انظر :

Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.33.

(٣) راجع للمزيد من التفاصيل بشأن الانتقادات الموجهة إلى هذا المعيار :

P. Lampué, art.préc., pp.38 et s.

القضائية، ومن حيث إجراءاته فإن العمل القضائي هو الذي لا يتم إلا وفقاً لقواعد خاصة وإجراءات محددة تحكم نشاطه^(١).

ومن الجدير بالملاحظة على هذا المعيار الإجرائي الذي قال به الفقيه Malberg أنه يزيد الأمر تعقيداً في هذا الشأن، حيث أصبح من المتعين البحث عن الإجابة على التساؤل الآتي : هل تعتبر الأشكال الإجرائية نتيجة أم سبب للشكل القضائي للعمل، وبعبارة أخرى : هل لأن العمل يصدر وفقاً لإجراءات معينة فإنه يعتبر عملاً قضائياً، أم لأنه قضائي فيجب أن يتبع بشأنه إجراءات معينة ؟ في الواقع إن الإجراءات لا تعدو أن تكون نتيجة لكون العمل قضائياً^(٢)، فطبيعة العمل هل التي تحدد إجراءاته وليس العكس^(٣).

فضلاً عن ذلك، فإن هذا المعيار لم ينجح فيما كان يصبو إليه من منع دخول بعض الأعمال غير القضائية في تعداد الأعمال القضائية، وأصبح مثل سابقه يسمح بدخول بعض الأعمال التي لا تعتبر قضائية في دائرة الأعمال القضائية لمجرد أنها تصدر وفقاً لإجراءات معينة^(٤).

ونتيجة لذلك، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول إنه إذا كان من شأن اتباع بعض الإجراءات بخصوص عمل معين يفترض انصراف نية

(١) راجع في تفاصيل هذا المعيار :

R. Carré de Malberg, op.cit., pp.768 et s.

(٢) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Jarroson :

" Est-ce parce que l'acte est passé selon une certaine procédure qu'il est juridictionnel, ou parce qu'il est juridictionnel qu'il suit ladite procédure? En réalité, il semble bien que la procédure n'est qu'une conséquence de l'affirmation du caractère juridictionnel de l'acte ".

Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.33.

وفي نفس المعنى :

P. Lampué, art.préc., p.43.

(٣) راجع للمزيد من التفاصيل : د. محمد رمزي الشاعر : مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مطبعة جامعة عين شمس ١٩٩٧، ص٢٧، د. وجدي راغب فهمي : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٦٧، تحت إشراف أ.د/ رمزي سيف، ص ٩.

(٤) ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد استند في بداية الأمر إلى المعيار الإجرائي واعتبر أن القرارات التي يصدرها مجلس نقابة المحامين فيما يتعلق بطلبات قبول المحامين من طبيعة قضائية مستنداً في ذلك إلى أن هذه القرارات تصدر وفقاً لإجراءات معينة، خاصة تلك المتعلقة بمبدأ المواجهة في الإجراءات. غير أنه عدل عن هذا الاتجاه بعد ذلك في قضية de Bayo، متبنياً في ذلك معياراً مادياً. راجع :

C.E., 12 décembre 1953, de Bayo, Rec., p.544.

المشرع إلى تأكيد الطابع القضائي له، إلا أنه من ناحية أخرى لا يمكن لهذا الفعل أن يكون معياراً قاطعاً أو حاسماً لتمييز العمل القضائي^(١).

وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى كل من المعيارين العضوي والإجرائي، اتجه جانب من الفقه إلى تبني معيار آخر يدخل ضمن المعايير الشكلية، أطلق عليه معيار الأثر القانوني المترتب على العمل، ويقوم هذا المعيار على الربط بين العمل القضائي وقوة الشيء المقضي به.

فوفقاً لهذا المعيار، فإن العمل القضائي هو الذي يحوز على قوة الشيء المقضي به باعتباره ذلك عنصراً شكلياً لازماً له، في حين أن هذه الخاصية لا تتوافر في العمل الإداري؛ فالإدارة وهي بصدد السعي إلى تحقيق الصالح العام يجب أن تتمتع ببعض الحرية في إلغاء القرارات التي سبق أن أصدرتها إذا اتضح لها ضرورة ذلك. في حين أن الهدف من العمل القضائي هو وضع حد للنزاع القائم، مما يلزم عدم إعادة النظر في الأحكام النهائية مهما كان مضمونها ونوع العلاقة التي فصلت فيها^(٢).

ويعتبر الفقيه Jèze أول من قال بهذا المعيار، حيث ذهب إلى أن جوهر العمل القضائي إنما ينحصر في التقرير المنصب على حالة قانونية أو واقعية وتكون له قوة الحقيقة القانونية. وكل عمل لا يحوز على هذه الحجية لا يمكن اعتباره عملاً قضائياً، ولكن ليس كل تقرير يقوم به القاضي يعتبر عملاً قضائياً، بل فقط التقرير الذي يقرر له المشرع بأنه يحوز على هذه الخاصية؛ بمعنى أن المشرع وحده هو الذي يقرر أن هذا التقرير يحوز على قوة الحقيقة القانونية من عدمه^(٣).

(١) راجع :

Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.34.

(٢) راجع في عرض ذلك : د. محمد رمزي الشاعر : المرجع السابق، ص ٣٣.

(٣) وفي هذا الصدد يذكر :

" c'est la loi seule qui peut donner à une certaine constatation la nature du jugement proprement dit, en formulant la règle que la constatation faite par tels ou tels agents dans telles ou telles formes sera tenue pour la vérité légale, ou, comme l'on dit, aura l'autorité de chose jugée. Dès lors, il faut dire que l'acte de juridiction au sens technique du mot est toute constatation officielle à laquelle la loi a attaché la *force de vérité légale* ".

G. Jèze, L'acte juridictionnel et la classification de recours contentieux, RDP 1909., p.667., spéc, p.670.

ولقد وجه النقد إلى هذا الاتجاه تأسيساً على قيامه على خطأ منهجي *erreur méthodologique* ^(١)؛ إذ يجعل أثر العمل القضائي هو الذي يحدد طبيعته، في حين أن المنطق يقتضي العكس، وذلك بأن تحدد طبيعة العمل آثاره، فيكون للعمل حجية الشيء المقضي به لأنه قضائي ^(٢).

ثانياً : المعايير المادية

تشكل المعايير المادية الفصيطة الثانية من المعايير التي قيلت بشأن تحديد الأعمال القضائية وتميزها عن الأعمال الإدارية. وتقوم هذه المعايير على أساس النظر إلى جوهر العمل ذاته أو مضمونه دون النظر إلى الجهة التي أصدرته أو الإجراءات التي اتبعت في شأنه. ويمكن تقسيم هذه المعايير إلى ثلاثة اتجاهات على النحو التالي :

١ - الاتجاه الأول : تحديد العمل القضائي استناداً إلى بنائه الداخلي

يقوم هذا المعيار على أساس تحديد العمل القضائي استناداً إلى بناء تركيبه الداخلي، بحيث يعتبر العمل قضائياً إذا كان موضوعه قرار يفصل في مسألة قانونية كانت موضوع ادعاء أمام سلطة عامة.

فيذهب الفقيه Duguít إلى القول إن القاضي – من وجهة النظر الخارجية – لا يقوم بعمل مختلف عن ذلك الذي يقوم به رجل الإدارة، فكلاهما يصدر عنهما قرارات. وأن الذي يميز بينهما هو البناء الداخلي لهذه القرارات؛ فقرار القاضي يختلف في بنائه الداخلي عن قرار رجل الإدارة.

(١) انظر :

A. Patrikios, op.cit., p.239.

(٢) د. وجدي راغب فهمي : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، الرسالة السابقة، ص ١٦.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الفقيه جيز كان قد ادخل هذا المعيار ضمن المعايير الموضوعية في تمييز العمل القضائي استناداً إلى أن قوة الشيء المقضي به تعتبر من خصائص العمل القضائي وليس عنصراً خارجاً عنه ألحقه المشرع به، على الرغم من أن قوة الشيء المقضي به – كما يذهب بعض الفقهاء وبحق – لا تنبع من ذات مضمون العمل القضائي، وإنما تأتي من الخارج بواسطة المشرع ثم تنصب على التقرير فيصبح عندئذ عملاً قضائياً. ونتيجة لذلك، فإن هذا المعيار يدخل ضمن المعايير الشكلية في تمييز العمل القضائي باعتبار أن ما يكتسبه القرار من قوة الأمر المقضي به يكون نتيجة لصدور هذا العمل من جهة قضائية وبإجراءات خاصة، أو نتيجة لأن المشرع هو الذي يقرر تلك القوة مما يعتبر عنصراً خارجاً عن العمل ذاته ويدخل بذلك ضمن المعايير الشكلية.

راجع : د. محمد رمزي الشاعر : المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

فالقاضي – وفقاً لرأيه – لا يتدخل إلا لحل مسألة قانونية تعرض عليه، وهذا يتطلب أن يتحقق أولاً من أن ثمة ادعاء لا يشكل مخالفة للقانون أو اعتداء على مركز قانوني، ثم يعقب هذا بقرار يحل به المسألة القانونية المعروضة عليه، بحيث يكون هذا القرار نتيجة منطقية *conséquence logique* للتقرير الذي قام به.

ويضيف الفقيه Duguit أن الحلول التي يعطيها القاضي للمسألة القانونية المعروضة أمامه يجب أن تكون غاية وليست مجرد وسيلة؛ بمعنى أنه إذا كانت الحلول التي يعطيها القاضي لهذه المسألة لا تضع نهاية لمهمته، فإنه يترتب على ذلك عدم اعتبار العمل الصادر عنه عملاً قضائياً.

وعلى ذلك، فإن العمل القضائي – وفقاً لرأي الفقيه Duguit – يتكون من ثلاثة عناصر رئيسية : وجود ادعاء بمخالفة القانون أو الاعتداء على مركز قانوني معين، ثم يعقب هذا الادعاء تقرير يتحقق فيه القاضي بشأن الادعاء المعروض أمامه من مخالفة القانون أو عدم مخالفته، ويهدف هذا التقرير إلى صدور قرار يحل به القاضي المسألة القانونية المعروضة عليه ويكون له قوة الحقيقة القانونية ^(١).

وإذا كان الفقيه Jèze – كما سبق أن أشرنا – قد اعتمد معيار الأثر القانوني المترتب على العمل والذي يدخل ضمن المعايير الشكلية، إلا أنه أكمل نظريته بمعيار مادي يقوم على أساس أن الإجراءات لا تمثل عنصراً جوهرياً في العمل القضائي وإنما جوهر هذا العمل هو التقرير المنصب على حالة واقعية أو قانونية وتكون له قوة الحقيقة القانونية. فالفقيه Jèze يميز إذن – عكس الفقيه Duguit – بين التقرير والقرار، بحيث يعد هذا الأخير عنصراً خارجاً عن العمل القضائي، وذلك بخلاف التقرير الذي يعد عنصراً من عناصر هذا العمل ^(٢).

ولقد وجهت بعض الاعتراضات إلى هذا الاتجاه تتمثل في طرحه جانب الشكل والإجراءات، والتركيز على الناحية الموضوعية وحدها بالرغم من تزايد أهمية الشكل وارتباطه ارتباطاً وثيقاً بالعمل القضائي

^(١) راجع بالتفصيل :

L. Duguit, L'acte administratif et l'acte juridictionnel, RDP 1906., p.413., spéc, pp. 446 et s.

^(٢) راجع :

G. Jèze, art.préc., p677.

بصورة تجعله جزء لا ينفصل عنه، مما أدى إلى عجز هذا الاتجاه عن تفسير كثير من الحالات التي تعرض في العمل^(١).

فضلاً عن ذلك، فإن هذا الاتجاه يقود إلى الاعتراف بالطبيعة القضائية لبعض الأعمال التي لم يعترف لها القانون الوضعي بهذه الصفة، ومن ذلك القرارات الصادرة عن جهة الإدارة في ردها على التظلمات الإدارية Les recours hiérarchiques^(٢).

يضاف إلى ذلك أن تركيب العمل القضائي بالصورة التي سار عليها الفقيه Duguit يعتبر غير صحيح، حيث إنه إذا سلمنا بأن التقرير يعد عنصراً في العمل القضائي، فإن الادعاء لا يعتبر من عناصره، كما أن التقرير لا يقترن بالقرار في جميع الأحوال.

فعنصر الادعاء وإن كان يعد شرطاً ضرورياً وهاماً لتدخل القاضي، إلا أنه يظل رغم ذلك عنصراً خارجاً عنه، فالادعاء يعد واقعة سابقة دائماً على تدخل القاضي، ويقتصر دوره على مجرد تحريك النشاط القضائي^(٣). ومن جهة أخرى، فإن القرار لا يعتبر عنصراً لاحقاً بالضرورة للتقرير، حيث إن هناك حالات يقتصر فيها القاضي على التقرير دون اتخاذ قرار، ومن ذلك المسائل الأولية المتعلقة بشرعية إحدى القرارات الإدارية والتي أثّرت بمناسبة نزاع مطروح على المحكمة المدنية؛ فدور القاضي الإداري هنا يقتصر على مجرد تقرير شرعية أو عدم شرعية القرار الإداري المطلوب فحصه، ويترك للمحكمة المدنية اتخاذ القرار على ضوء ما ورد في التقرير^(٤).

٢- الاتجاه الثاني : فكرة المنازعة

يرتكز هذا المعيار على عنصر الخصومة^(٥)، بحيث يعتبر العمل قضائياً إذا كان موضوعه وجود نزاع قانوني حول حق شخصي أو ذاتي، مع وجود تقرير يقيم حداً للنزاع، وقرار يفصل في هذا النزاع بشكل نهائي.

(١) راجع : د. محمد رمزي الشاعر : المرجع السابق، ص ٥٠ - ٥١.

(٢) Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.37.

(٣) راجع : د. محمد رمزي الشاعر : الإشارة المتقدمة، ص ٥٠.

(٤) J. Vincent et S. Guinchard, op.cit., p.149.

(٥) راجع : د. محمد سعيد حسين أمين : مبادئ القانون الإداري، دراسة في أساليب التنظيم الإداري، أساليب العمل الإداري، دار الثقافة الجامعية ١٩٩٧، ص ٣٨٢.

فيذهب الفقيه Bonnard إلى أن العمل القضائي هو عمل قانوني مركب من عنصرين هما : التقرير المنصب على منازعة، وقرار يفصل بشكل نهائي في هذا النزاع^(١).

ولقد أخذ الفقه على هذا المعيار أنه لا يصدق على جميع الأحكام القضائية، إذ من بينها أحكاماً لا تصدر بصدد منازعة حول حق شخصي، ومن ذلك الأحكام الصادرة في دعاوى الإلغاء. ففي هذه الدعاوى ليس هناك خصماً معيناً بل يختصم القرار نفسه؛ ففضاء الإلغاء قضاء عيني أو موضوعي يهدف إلى الفصل في شرعية القرارات الإدارية^(٢).

ومن ناحية أخرى، فإن عنصر النزاع قد يوجد في أعمال ليست لها الصفة القضائية، ومن ذلك التظلم الرئاسي من قرار إداري رأي المتظلم أنه معيب بعدم المشروعية^(٣).

٣- الاتجاه الثالث : معيار غائية العمل

يقوم هذا المعيار على أساس النظر إلى الهدف الذي يرمي إليه عمل كل من القاضي ورجل الإدارة، فهذا الأخير يهدف من وراء تدخله إلى إشباع الحاجات العامة للجمهور، ومن ثم فإن قراره الصادر في هذا الشأن يجب أن يتصف بالمرونة، بحيث يجوز تعديله أو العدول عنه حسب متطلبات الظروف. في حين أن القاضي يهدف من وراء عمله إلى ضمان حماية القانون^(٤) والنظام العام، وبالتالي فإن القرار الذي يتخذه في هذا

(١) راجع :

R. Bonnard, Précis de droit public, Paris 1940., p.70.

ويقترّب الفقيه Japiot من الفكرة التي قال بها Bonnard، إذ يذهب الأول إلى أن القضاء هو السلطة المعترف بها قانوناً لبعض الأشخاص للفصل في المنازعات بواسطة قرارات تحوز على حجية الشيء المقضي به.

راجع :

R. Japiot, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, Paris 1935., Librairie Arthur Rousseau., p.121.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن جانباً من الفقه قد أيد هذا الاتجاه على الرغم من اعتقاده بعدم كفايته وحده لتمييز العمل القضائي عن العمل الإداري، وذلك استناداً إلى أن دعوى الإلغاء تعتبر منازعة أو خصومة بصرف النظر عن أطرافها فهي تختصم القرار في ذاته.

راجع في عرض ذلك : د. محمد سعيد حسين أمين : مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

(٣) انظر : د. محمد رمزي الشاعر : المرجع السابق، ص ٥٢.

(٤) انظر :

Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, op.cit., p.36.

الشأن يجب أن يكون محصناً؛ ذلك أنه يدافع عن وضع مستقر وثابت، ويجب أن تنعكس هذه السمة على قرار القاضي. وترتيباً على اختلاف الغرض الذي تستهدفه السلطة الإدارية والسلطة القضائية على هذا النحو، فإن القرار القضائي وحده هو الذي يتمتع بحجية الشيء المقضي به^(١).

ولقد وجهت الانتقادات إلى هذا الاتجاه تأسيساً على أن القضاء " لا يستهدف مصلحة الخصوم وحدهم وإنما يتعدى ذلك إلى تحقيق غاية عامة تتمثل في حل النزاع بين الأفراد وتحقيق القانون " ^(٢).

وبجانب هذه المعايير السابق بيانها^(٣)، يوجد معيار آخر استخلصه الفقه من خلال الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري، أطلق عليه معيار إرادة المشرع *La volonté du législateur*^(٤). ويقوم هذا المعيار على أساس النظر إلى إرادة المشرع وهو بصدد إنشائه للهيئة المراد معرفة طبيعة عملها، بحيث إذا انصرفت إرادته إلى إضفاء الطابع القضائي على عمل تلك الهيئة سواء بشكل مباشر عن طريق استخدامه لمصطلح القضاء أو مصطلح معادل له، أو بشكل غير مباشر بواسطة عناصر عضوية صريحة مثل استخدامه لمصطلح أول درجة، فإن إرادته في هذا الشأن هي الفيصل في تحديد طبيعة عمل هذه الهيئة.

وبعد عرض مختلف المعايير التي قيلت بشأن تحديد الأعمال القضائية، يتبين أن حكم التحكيم يعتبر عملاً قضائياً سواء من وجهة نظر المعايير الشكلية، أو من وجهة نظر المعايير المادية، أو استناداً إلى معيار إرادة المشرع.

(١) راجع في عرض ذلك : د. شمس مرغني على : المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(٢) انظر : د. محمد رمزي الشاعر : المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) ومن الجدير بالذكر أن جانباً من الفقه قد ذهب إلى الجمع بين المعايير الشكلية والمعايير الموضوعية، قائلاً بالمعيار المختلط كأساس لتحديد الأعمال القضائية. فقد ذهب البعض إلى القول بأن العمل القضائي : " تصرف ذو بناء مركب من عناصر شكلية وأخرى موضوعية. وتتمثل العناصر الشكلية في تكوين العضو صاحب النشاط وتمتعه بالاستقلال، وكذلك الإجراءات المتبعة أمامه، ونظام الطعن في الأعمال الصادرة منه. أما العناصر الموضوعية فتظهر في فكرة الادعاء التي تطرح أمام القاضي، ويعقب ذلك تقرير من جانب القاضي يعمل فيه على المواءمة بين الوقائع المثارة في الدعوى والقاعدة القانونية التي يجب أن تحكم الادعاء، ثم يعقب ذلك قرار يتخذه القاضي مؤسس على التقرير ويكون نتيجة له، ويهدف القاضي من هذا القرار إلى تحقيق احترام القانون ".

د. محمد رمزي الشاعر : الإشارة المتقدمة، ص ٦٥.

(٤) راجع بالتفصيل حول هذا المعيار :

فبالنسبة للمعايير الشكلية : يعتبر حكم التحكيم عملاً قضائياً، خاصة منذ اللحظة التي يبدأ فيها المحكم باتباع إجراءات التحكيم، تلك الإجراءات التي تسيطر عليها الطبيعة القضائية كما سبق أن أوضحنا.

أما بالنسبة للمعايير المادية : فحكم التحكيم مثل الأحكام القضائية موضوعه الفصل في نزاع كان موضع ادعاء أمام قضاء التحكيم. فحكم التحكيم يجد أساسه في فكرة الادعاء التي تطرح على قضاء التحكيم، ويعقب ذلك تقرير من جانب المحكم يعمل فيه على المواءمة بين الوقائع المثارة في دعوى التحكيم والقاعدة القانونية التي ينبغي أن تحكم الادعاء، ثم يعقب ذلك قرار يتخذه المحكم مؤسس على التقرير ويكون نتيجة منطقية له.

أما بالنسبة لمعيار إرادة المشرع : فإن الحالة التشريعية الحالية في مختلف الدول تؤكد على أن حكم التحكيم يعتبر عملاً قضائياً، ومن ذلك استخدام المشرعين للفظ محكمة التحكيم^(١)، ومنح المحكم ذات السلطات التي يتمتع بها القاضي والمتعلقة بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه أو ولايته، وكذلك ضرورة تمتع المحكم بصفتي الاستقلال والحيدة التي يجب أن يتمتع بهما القاضي، وأيضاً ضرورة احترام بعض القواعد الإجرائية المتبعة أمام القضاء، وتسبب حكم التحكيم، ونظام الطعن في الأعمال الصادرة عن المحكمين، وإلزام القضاء بإعلان عدم اختصاصه أو الحكم بعدم قبول الدعوى في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، إلى جانب تمتع حكم التحكيم بحجية الشيء المقضي به.

بل أكثر من ذلك، فإن المادة ٥٢ من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠٤-٤٩٠ الصادر بتاريخ ٣ من يونيو عام ٢٠٠٤ بشأن الإجراءات الإدارية والمالية في مجال حماية أو وقاية الآثار قد نصت على أن قرارات المحكم لها ذات قيمة الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية^(٢).

(١) انظر على سبيل المثال المواد ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٥٢، ١٤٥٣ إجراءات مدنية فرنسية.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب في حكمه الصادر بتاريخ ٢٨ من ديسمبر عام ٢٠٠٥ إلى رفض ما جاء بهذه المادة من تماثل قرارات المحكمين مع أحكام المحاكم الإدارية.

C.E., 28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, Rev.arb. 2006., p.645., note D. Foussard.

ويعلق الفقيه Foussard على اتجاه مجلس الدولة هذا بالقول : إن هذا الحكم لا قيمة له إلا فيما يتعلق بتحديد القضاء المختص بنظر الطعون التي توجه ضد أحكام التحكيم في تنظيم المحاكم الإدارية؛ فمجلس الدولة قد اعتمد هذا الاتجاه لأجل عقد الاختصاص لنفسه بنظر طعون الاستئناف التي ترفع ضد أحكام المحكمين، ويستبعد بذلك اختصاص المحاكم الإدارية بالاستئناف.

D. Foussard, *Ibidem.*, p.652.

المطلب الثاني

شكل حكم التحكيم ومحتواه

إذا كانت القاعدة العامة – كما سبق القول – هي عدم التزام هيئة التحكيم باتباع القواعد المقررة بالنسبة للمحاكم، فإنه يترتب على ذلك نتيجة منطقية مفادها عدم التزام هيئة التحكيم بإصدار حكمها في الشكل المقرر للأحكام القضائية. ولكن ذلك لا يعني أن تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقاً للشكل الذي تحدده، بل يلزم عليها اتباع بعض الأشكال التي ينص عليها القانون^(١).

ومن بين هذه الأشكال المثيرة للانتباه، تلك المتعلقة بتسبيب حكم التحكيم، إذ إنه بالرغم من أن تسبيب الأحكام – بصفة عامة – يعتبر عنصراً أساسياً من عناصر ممارسة الوظيفة القضائية، وخصيصة أساسية من خصائص العمل القضائي، إلا أن تشريعات بعض الدول قد أعطت الحرية لطرفي التحكيم في الاتفاق على إعفاء المحكم من تسبيب حكمه، كما

(١) عندما يتم قفل باب المرافعة والمداولة في دعوى التحكيم يتم إصدار الحكم وفقاً لقواعد معينة نصت عليها تشريعات الدول محل الدراسة. وتتمثل هذه القواعد فيما يلي :
كتابة حكم التحكيم : تعتبر الكتابة شرطاً أساسياً وجوهرياً في حكم التحكيم، شأنه في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة، حتى يتمكن الخصوم من الإطلاع عليه، وتمكين القاضي الوطني من التأكد من صحته قبل أن يصدر أمراً بتنفيذه. والقاعدة العامة هي أن يحرر حكم التحكيم باللغة العربية – في الدول العربية – إلا إذا اتفق الخصوم على كتابته بلغة أخرى، ويتعين في هذه الحالة الأخيرة على من صدر الحكم لصالحه إيداع ترجمة رسمية له في قلم كتاب المحكمة المختصة، وذلك حتى تتمكن هذه الأخيرة من مراقبة الحكم قبل إصدار أمراً بتنفيذه.

بيانات حكم التحكيم : تنقسم البيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم إلى نوعين؛ بيانات شكلية وأخرى موضوعية. ففيما يتعلق بالبيانات الشكلية يجب أن يحتوي حكم التحكيم على الديباجة، وتاريخ صدور حكم التحكيم، وذكر أسماء الخصوم وأسماء المحكمين وعنوانهم (ويضيف القانون الفرنسي في ذلك أنه إذا اقتضى الأمر، يجب أن يذكر اسم المحامي أو الشخص الذي مثل الأطراف أو ساعدهم)، وتوقيع المحكمين، وصورة من اتفاق التحكيم. أما فيما يتعلق بالبيانات الموضوعية : يجب أن يشتمل حكم التحكيم على ملخص لأقوال الخصوم، ومستنداتهم، وذكر أسباب الحكم، ومنطوقه.

راجع في ذلك : المواد من ١٤٧١ إلى ١٤٧٣ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة ٤٣ من قانوني التحكيم المصري والعُماني، والمادة ٥/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ٢٣٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني وكذلك المادة ٣١ من قانون التحكيم الدولي البحريني، والمادة ١٧ من نظام التحكيم السعودي وكذلك المادة (٤١) من لائحته التنفيذية، والمادة ٢٠٢ من قانون الإجراءات المدنية القطري، والمادة ١٨٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ والمعدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢، وكذلك المادة ٢/٧ من قانون التحكيم القضائي.

وانظر للمزيد من التفاصيل بشأن البيانات التي يتعين توافرها في حكم التحكيم :

د. محمد محمد بدران : مذكرات في حكم التحكيم (صياغته، بطلانه، حججه وتنفيذه)، دار النهضة العربية ١٩٩٩، ص ٧٨-٩٣.

أن هناك من التشريعات ما جعلت من عدم تسببب حكم التحكيم الأجنبي أمراً لا يتعلق بالنظام العام الدولي، بالرغم من أن تسببب حكم التحكيم يعتبر أمراً متطلباً بقوة سواء تعلق الأمر بمنازعة تدخل تحت إطار القانون الخاص أو القانون العام، أو كانت المنازعة ذات طبيعة وطنية أو دولية.

ونعرض في هذا المطلب للأسس العامة لتسببب الأحكام على ضوء ما ورد في الشريعة العامة للتحكيم، ثم نبين مدى تلاؤمها مع أحكام التحكيم الإداري.

أولاً : تسببب الأحكام على ضوء ما ورد في الشريعة العامة للتحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى أن الالتزام بالتسببب يعد خصيصة أساسية من خصائص العمل القضائي، ويلتزم به كل من يمارس تلك الوظيفة. وبالتالي ينبغي على المحكم، سواء كان محكماً طليقاً^(١)، أو بالقانون^(٢)، أن يذكر الأسباب التي دفعته إلى إصدار حكمه حتى يكون مقنعاً، ويثبت من خلاله

(١) راجع للمزيد من التفاصيل :

E. Loquin, L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev.arb. 1976., p.223-232.

وانظر – على سبيل المثال – الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي بشأن التزام المحكم الطليق بتسببب حكمه :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 19 mars 1981, Daniel Barre c/ sté Les Solidaires, Rev.arb. 1982., p.84., note J. Viatte.

- Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1995, sté Ardi et autres c/ sté Scapnor et autre, Rev.arb. 1996., p.72., note M.L. Cadiet p.3 et obs. J. Pellerin p.129.

- C. Cass. 2^e ch.c, 25 octobre 1995, GIE commerçants réunis indépendants c/ sté Multimob, Rev.arb. 1996., p.127., obs. J. Pellerin.

- Paris 1^{re} ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.38., note E. Loquin.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- Paris 1^{re} ch.c, 25 mars 1993, sté Cacharel c/sté Vestra groupe, Rev.arb. 1995., p.468 (1^{er} esp), obs. C. Kessedjian p.381.

- Paris 1^{re} ch.c, 7 avril 1994, Lechevalier c/ sté Croisière Loisir et Communication internationale, Rev.arb. 1996., p.57 (2^e esp), note M.L. Cadiet p.3 et obs. J. Pellerin p.129.

- Paris 1^{re} ch.c, 19 octobre 1995, Boisson et autres c/ sté Totem Holding et autres, Rev.arb. 1996., p.79 (2^e esp), note M.L. Cadiet p.3 et obs. J. Pellerin p.129.

- C. Cass. 2^e ch.c, 7 janvier 1999, sté Syseca c/sté Secta Autosur, Rev.arb. 1999., p.272., note D. Foussard.

أنه قام بفحص ادعاءات الأطراف، ويعطيهم الإجابة على تساؤلهم لماذا كسبوا أو لماذا خسروا دعواهم^(١).

ونظراً للأهمية الخاصة لتسبيب الأحكام^(٢)، فقد فرض قانون الإجراءات المدنية القديم في فرنسا في مادته ١٠٠٩ على المحكمين أن

(١) انظر :

T. Sauvel, Histoire du jugement motivé, RDP 1955., p.5., spéc, p.5.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن مبدأ تسبيب الأحكام لم يكن ملزماً للقضاة في فرنسا – كقاعدة عامة – قبل قيام الثورة، إذ إنه في هذه الفترة لم يصدر أي تشريع يلزم القاضي بأن يسبب حكمه، وظل القضاة يملكون الحرية الكاملة في تسبيب أو عدم تسبيب الأحكام الصادرة عنهم إلى أن قامت الثورة الفرنسية وأصدرت بعض النصوص القانونية التي ألزمت فيها القضاة أن يعطوا الأسباب التي ارتكبوها عليها لإصدار أحكامهم.

فمن يراجع التطور التاريخي في فرنسا بخصوص تلك المسألة يلاحظ أن قاعدة تسبيب الأحكام قد مرت بعدة تطورات في هذا الشأن؛ ففي الفترة السابقة على قيام الثورة لم يكن هناك أي نص قانوني يلزم القضاة بتسبيب أحكامهم. ولكن على الرغم من ذلك ظهرت بعض الأحكام اشتملت على أسبابها ثم اختفت هذه الظاهرة، ثم ظهر من ينادي بتطبيقها، ثم جاءت الثورة وتبنت تلك القاعدة.

إذ إنه في بداية النصف الثاني من القرن ١٢ بدأ القضاء – خاصة القضاء الخاص لغير رجال الدين Les juridictions laïques – بشكل غير محسوس peu à peu في اتباع بعض الإجراءات المكتوبة، منها كتابة محاضر الجلسات التي كانت تشير إلى أن الأحكام في هذه الفترة كانت تصدر بصورة شفوية. وفي بداية القرن ١٣، وتحديداً في الفترة ما بين عامي ١٢٠٧ و ١٢٠٨ ظهرت بعض الأحكام مشتملة على أسبابها، ولكن سرعان ما اختفت هذه الظاهرة وكان ذلك تحديداً في عام ١٢٠٩. وفي عام ١٢٥٤ بدأ القضاء مرة أخرى بتسبيب أحكامه : ٨ أحكام من أصل ٢٠ حكم في عام ١٢٥٤، و ١٠ أحكام في عام ١٢٥٧، و ٧ أحكام في عام ١٢٥٩.

وفي القرن ١٤ صدر مرسوم Charles V بتاريخ ١٤ من أغسطس عام ١٣٧٤ الذي يراه بعض الفقهاء أنه كان لا يلزم وكلاء الأمراء الإقطاعيين Sénéchaux بأن يسببوا أحكامهم التمهيدية Les arrêts interlocutoires.

وفي أثناء اندلاع الحروب الدينية les guerres de religion في عام ١٥٦٠ اجتمع كبار رجال الدولة في مدينة Orléans مطالبين وقف صدور الأحكام غير المسببة، وقد كان السبب في ذلك يرجع – كما يصوره جانب من الفقه – إلى نظرة الغيرة التي كان ينظرها النبلاء إلى القضاة والمحامين Les gens de robe، بالإضافة إلى إدراكهم لأهمية تسبيب الأحكام. إذ ورد في اللائحة التي تم إعدادها بواسطة كبار رجال الدولة أنه ينبغي على القضاة أن يتوقفوا عن صدور الأحكام الخالية من أي معنى أو مدلول. ولكن هذا الاقتراح تم رفضه من جانب المجلس الملكي الذي أعطى الحرية الكاملة للقضاة بأن يصدروا أحكامهم في الشكل الذي يرونه. وفي عام ١٦١٤ تجددت الفكرة مرة ثانية ولكن ليس بواسطة النبلاء في هذه المرة بل كانت بناء على مطلب شعبي (الطبقة العامة) Tiers Etat. ولكنها رفضت مثل سابقتها. واستمر الحال على ذات المنوال وشيدت قاعدة أن : " كل قضاء حر في اختيار الشكل الذي يراه مناسباً لإصدار أحكامه "

ولما قامت الثورة الفرنسية تبنت الاتجاه الذي ينادي بتسبيب الأحكام، إذ نصت المادة ١٥ من قانون ١٦ - ٢٤ أغسطس عام ١٧٩٠ بشأن تنظيم القضاء على ضرورة تسبيب الأحكام القضائية، وهو ما أكد عليه دستور ٥ فريمبر للسنة الثالثة، ثم بمقتضى المادة ٧ من قانون ٢٠ من إبريل عام ١٨١٠ الخاص بتنظيم القضاء وحسن سير العدالة، ثم بموجب المادتين ١٤١، ٤٣٣ من قانون الإجراءات المدنية، ثم بمقتضى المادة ١٩٥ من قانون التحقيقات الجنائية l'instruction criminelle. راجع للمزيد من التفاصيل :

T. Sauvel, Ibidem., pp.10 à 53.

يصدروا أحكامهم في الشكل المقرر بالنسبة للأحكام القضائية^(١)، ومن هذه الشكليات، ضرورة تسبيب حكم التحكيم.

ولما صدر قانون الإجراءات المدنية الحالي نصت المادة ١٤٦٠ منه على إعفاء المحكم من اتباع القواعد المعمول بها أمام المحاكم، مما ترتب على ذلك عدم التزام المحكم بإصدار حكمه في الشكل المقرر بالنسبة للأحكام القضائية. ولكن من ناحية أخرى فرضت المواد من ١٤٧١ إلى ١٤٧٣ من ذات القانون على المحكم أن يصدر حكمه وفقاً لأشكال معينة، ومن بين هذه الشكليات، ضرورة تسبيب حكم التحكيم؛ فقد نصت المادة ١٤٧١/٢ على أنه: " يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً ". علاوة على ذلك رتب المادة ١٤٨٠ من ذات القانون البطلان على عدم تسبيب حكم التحكيم؛ فقد نصت على أنه: " أحكام المواد ١٤٧١ (الفقرة الثانية)، (.....) منصوص عليها تحت طائلة البطلان ".

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري، فإنه إلى وقت ما قبل صدور قانون التحكيم المصري الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لم يكن التشريع المصري يسمح بإصدار حكم التحكيم دون أن يشتمل على بيان أسبابه (المادة ٥٠٧ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨)، واستمر الحال هكذا إلى أن صدر قانون التحكيم الحالي والذي تخلف فيه المشرع المصري عن نظيره الفرنسي، حيث اتجهت نيته إلى عدم اعتبار مسألة تسبيب حكم التحكيم من النظام العام، إذ إنه أجاز لطرفي التحكيم الاتفاق على عدم تسبيب حكم التحكيم، كما أعطى لهيئة التحكيم إمكانية إصدار أحكام غير مسببة^(٢).

ولأهمية مبدأ تسبيب أحكام التحكيم، فقد عمل القضاء العادي الفرنسي على إجراء رقابة صارمة على وجود أسباب حكم التحكيم، ولم يقتصر فقط

(١) وقد جاءت نص هذه المادة كالتالي :

" Les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux (....) ".

(٢) ويستفاد ذلك من نص المادة ٢/٤٣ من قانون التحكيم الحالي التي جرى نصها كالتالي : " يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم ". ومن الجلي على نص هذه المادة أنه إذا كان المشرع المصري قد جعل القاعدة العامة أن أحكام التحكيم يجب أن تكون مسببة، إلا أنه من جهة أخرى خول لطرفي التحكيم الاتفاق على عدم تسبيب حكم التحكيم، كما أعطى لهيئة التحكيم – بطريقة غير مباشرة – رخصة إصدار أحكام غير مسببة، وذلك عن طريق اختيار قانون معين أو لائحة مركز تحكيم لتسري على الإجراءات – في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف – لا تتطلب ذكر أسباب حكم التحكيم.

على ذلك، بل عمل على امتداد رقابته أيضاً في حالة ما إذا تضمن حكم التحكيم أسباباً متناقضة مع بعضها البعض^(١).

وقد كان اتجاه القضاء الفرنسي بشأن إجراء الرقابة على تناقض الأسباب عرضة للنقد من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين الذين رأوا

(١) انظر - على سبيل المثال - بشأن التحكيم الوطني في حالة التحكيم بالقانون :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 19 octobre 1990, sté Groupe SOGEI c/ SA LEP International, Rev.arb. 1991., p.364., obs. B. Moreau.
- Paris 1^{re} ch.c, 19 octobre 1995, Boisson et autres c/ sté Totem Holding et autres, Rev.arb. 1996., p.79 (2^e esp.), note M.L. Cadiet p.3 et obs. J. Pellerin p.129.
- C. Cass. 2^e ch.c, 7 janvier 1999, sté Syseca c/sté Secta Autosur, Rev.arb. 1999., p.272., note D. Foussard.

وفي حالة التحكيم الطليق :

- Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1995, sté Ardi et autres c/ sté Scapnor et autre, Rev.arb. 1996., p.72., note M.L. Cadiet p.3 et obs. J. Pellerin p.129.
- C. Cass. 2^e ch.c, 25 octobre 1995, GIE commerçants réunis indépendants c/ sté Multimob, Rev.arb. 1996., p.127., obs. J. Pellerin.

وفيما يتعلق بالتحكيم الدولي في حالة كون المحكم ملزماً بتسبيب حكمه (في حالة التحكيم بالقانون) :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 21 juin 1990, Compagnie Honeywell Bull SA c/ Computacion Bull de Venezuela CA, Rev.arb. 1991., note J.-L. Delvolvé.
- Paris 1^{re} ch.suppl, 28 février 1992, sté Freyssinet international c/ Renardet et autres, Rev.arb. 1992., note D. Bureau.
- Paris 1^{re} ch.suppl, 28 mai 1993, sté Générale pour l'Industrie c / Ewbank and Partners, Rev.arb. 1993., p.644., note D. Bureau..
- C. Cass. 1^{re} ch.c, 28 février 1995, sté générale pour l'industrie c / Ewbank, Rev.arb. 1995., p.597., note D. Bureau.
- Paris 1^{re} ch.c, 20 juin 1996, sté PARIS c/ sté Razel, Rev.arb. 1996., p.657., obs. D. Bureau.
- Paris 1^{re} ch.c, 14 janvier 1997, République arabe d'Egypte c/ sté Chromalloy Aero Services, Rev.arb. 1997., p.395., note Ph. Fouchard.
- Paris 1^{re} ch.c, 15 mai 1997, sté Sermi et Maître Hennion, ès.q. c/ sté Ortec, Rev.arb. 1998., p.558., note Ph. Fouchard et obs. p.471.
- Paris 1^{re} ch.c, 5 mars 1998, sté Forasol c/sté mixte Franco-Kazakh CISTM, Rev.arb. 1999., p.86., note E. Gaillard.
- Paris 1^{re} ch.c, 2 avril 1998, sté Technip c/ sté Asmidal, Rev.arb. 1999., p.821., note B. Leurent.

وفي حالة التحكيم الطليق :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 6 mai 1988, sté Unijet S.A c/ S.A.R.L International Business Relations Ltd (I.B.R), Rev.arb. 1989., p.83., note E. Loquin.

وانظر أيضاً :

D. Bureau, Principe de la contradiction, " contrôle de la motivation et arbitrage international ", note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 28 février 1995, Rev.arb. 1995., p.597., spéc p.602.

ضرورة اقتصار الرقابة القضائية فقط على وجود الأسباب دون امتدادها إلى بحث تناقضها مع بعضها البعض^(١). ونتيجة لهذا المطلب الفقهي، تخلى القضاء الفرنسي عن اتجاه السابق بشأن إجراء الرقابة على تناقض الأسباب واقتصر فقط على بحث وجودها.

وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١١ من مايو عام ١٩٩٩ قبول الطعن الموجه ضد الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس، والذي رفضت فيه – الأخيرة – إجراء الرقابة على حكم تحكيم أشتمل على أسباب متناقضة^(٢).

ولقد استقبل جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه الراض لإجراء الرقابة على أسباب الحكم المتناقضة بترحاب شديد، مستنداً في ذلك إلى المنطق والاستدلال القانوني الذي يقوم به المحكم. فيكفي – وفقاً لرأي هذا الاتجاه – أن تكون أسباب الحكم موجودة، وفي هذه الحالة لا تمثل الرقابة القضائية أي تعدي على مهمة المحكم، بينما في حالة الرقابة على تناقض الأسباب، فإن ذلك يشكل اعتداءً على مهمة المحكم وانتهاكاً للمنطق والاستدلال القانوني الذي قام به^(٣).

غير أنه على الجانب الآخر، رفض البعض من الفقهاء هذا الاتجاه السابق، ووجهوا إليه بعض الاعتراضات. فنجد الفقيه Delvolvé يتساءل عن الفائدة التي يمكن أن يحققها ذكر أسباب حكم التحكيم طالما بقيت هذه الأسباب بعيدة تماماً عن رقابة القضاء، فمما لا شك فيه أن هذه الحالة

(١) راجع :

E. Gaillard, Pour la suppression du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales, note sous Paris 1^{re} ch.c, 5 mars 1998, Rev.arb. 1999., p.86.

(2) C. Cass. 1^{re} ch.c, 11 mai 1999, sté Rivers c/ Fabre, Rev.arb. 1999., p.811 (1^{er} esp), note E. Gaillard.

وفي ذات الاتجاه :

Paris 1^{re} ch.c, 26 octobre 1999, J. Patou Parfumeur c/ sté Edipar, Rev.arb. 1999., p.811(2^e esp), note E. Gaillard.

(3) انظر :

- E. Gaillard, Un revirement de jurisprudence bienvenu: l'abandon du contrôle des motifs des sentences arbitrales, note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 11 mai 1999 et Paris 1^{re} ch.c, 26 octobre 1999, Rev.arb. 1999., p.811; Pour une suppression du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales, *Ibidem*.

- I. Fadlallah, Nouveau recul de la révision au fond: motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales, Gaz.Pal. 1^{er}-2 décembre 2000., p.5.

– وفقاً لرأيه – تعد الوحيدة التي تمثل نوع من السادية القانونية *Sadisme juridique* التي تجبر المحكم أن يبذل قصارى جهده ليعبر عن الأسباب التي دفعته إلى إصدار حكمه، وبعد كل ذلك نسخر منهم ونتساءل لأية أسباب كانت أحكامهم. فضلاً عن ذلك، فإن عدم إجراء مثل هذه الرقابة يمثل نوعاً من الإغواء للمحكم بأن يضل في الأحكام الصادرة عنه، وتشكل نوعاً من المجاملة المستعارة من القضاء الإنجليزي الذي كان يعبر عنه بقضاء محكمة منصة الملك *Court of King's Bench* ^(١).

وفي الواقع إن هذا الرأي الأخير – على ما يبدو – هو الأولى بالاتباع؛ ذلك أنه إذا كان الهدف من تسبيب حكم التحكيم – على الأقل – هو إعلام الخصوم لماذا كسبوا أو لماذا خسروا دعواهم، فإنه يجب أن يبين فيه بالتفصيل الملائم المنطق والاستدلال القانوني الذي قاد المحكم إلى إصدار حكمه ^(٢)، وإلا كنا بصدد حكم متهاثر في أسبابه، متخاذل في مجمله لا

^(١) انظر الفقيه Delvolvé حيث يذكر:

" Mais alors, à quoi sert de motiver les sentences si leurs motifs échappent à tout contrôle sur ce qui en fait l'essentiel ? Ce serait un cas bien singulier de sadisme juridique que de forcer les arbitres à un effort de macération intellectuelle pour leur signifier ensuite, qu'après tout on se moque bien du pourquoi de leurs décisions. Quel encouragement pour ceux que séduirait ce propos complaisamment prêté à un célèbre magistrat anglais s'adressant aux juges de la *Court of King's Bench* ! ".

J.-L. Delvolvé, Essai sur la motivation des sentences arbitrales, Rev.arb. 1989., p.149., spéc, p152.

^(٢) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ من مايو عام ٢٠٠١ بأن: " من المبادئ العامة الأساسية للنظام العام القضائي ضرورة صدور الأحكام القضائية مسببة على نحو يرتبط معه منطوق الحكم بالأسباب المحددة الواضحة التي تحمل هذا المنطوق وتبرره من ناحية الواقع والقانون بحيث يتمكن أطراف الخصومة من معرفة السند الواقعي والأساس القانوني الذي أقام عليه القاضي حكمه وفصله في النزاع على الوجه الذي أورده بمنطوق حكمه. وبالتالي يكون لكل منهم مباشرة حقه في الطعن على الحكم وإبداء دفاعه بشأن ما أورده من منطوق وما قام عليه من أسباب أمام محكمة الطعن على نحو تتمكن معه من مباشرة ولايتها القضائية في مراجعة الأحكام المطعون فيها أمامها ووزنها بميزان الحق والعدل بما هو ثابت فيها من منطوق وأسباب محددة وواضحة ويكون استخلاص محكمة الطعن لفهم القضاء الوارد بالحكم المطعون فيه بالرجوع إلى منطوق الحكم لأن القاضي في المنطوق يعبر عما حكم به بألفاظ صريحة واضحة. أما أسباب الحكم بالمقصود منها في الأصل بيان الحجج التي أقنعت القاضي بما قضى به وجعلته يسلك في فهم الدعوى السبيل الذي ارتاح إليه فهي تشمل الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بني عليها الحكم – يتعين ارتباط الأسباب بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً إذا وقع الحكم في تناقض ظاهر وجسيم بين الحثيات والمنطوق فإنه يغدو مخالفاً للقانون مما يعيبه قانوناً ويوجب القضاء بإلغائه ".

الطعن رقم ٤٢٢٢ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٦/٥/٢٠٠١، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٠٥، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص ١٦٢٧، بند ٢٢٧١.

يفصح عن هوية هيئة التحكيم في إصدار حكمها، ويصبح هو والعدم سواء، ويرتب بطلان حكم التحكيم^(١).

فضلاً عن ذلك، فإن المنطق القانوني يقود إلى إلزامية وجود علاقة منطقية بين حكم التحكيم والأسباب التي اشتمل عليها. فكيف يمكن تصور وجود حكم تحكيم تكون فيه الأسباب التي بني عليها مختلفة تماماً عن النتيجة التي انتهت إليها هيئة التحكيم، فهل نكون في هذه الحالة أمام حكم – إن استحق هذه التسمية – يبعث في صدور الأفراد الثقة والطمأنينة من عدالة قضاء التحكيم؟!

وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت القاعدة في فرنسا قوامها أن أحكام التحكيم يجب أن تكون مسببة، وإلا ترتب البطلان على عدم مراعاة ذلك، لتعلق الأمر بالنظام العام الداخلي، فإن هذه القاعدة يتعطل إعمالها في مجال التحكيم الدولي، حيث إنه من المستقر عليه في القضاء الفرنسي أن عدم تسبيب حكم التحكيم لا يعتبر متعارضاً مع النظام العام الدولي^(٢) طالما لا يخفي خلو الحكم من الأسباب اعتداءً على حق الدفاع^(٣).

(١) في القرب من هذا المعنى الفقيه Ortscheidt حيث يذكر أن :

" Il peut sûrement exister un lien logique entre cette motivation et l'objet du litige dans le for intérieur de l'arbitre. Toutefois, celui-ci n'a pas su ou voulu l'exprimer et le juge de l'annulation ne devrait pas procéder à une recherche divinatoire pour tenter de << sauver >> la sentence. Celle-ci devrait purement et simplement être annulée ".

J. Ortscheidt, note sous Paris 1^{re} ch.c, 25 mars 2004, Rev.arb. 2004., p.671., spéc, p.676.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C. Cass. 1^{re} ch.c, 14 juin 1960, Veuve H. Broutchoux et ses fils c/ sté A. Elmassian, publié in H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op.cit., p.419.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 25 mars 1983, sté Soriva c/ Weinstein International Disc Corp, Rev.arb. 1984., p.363., note J. Robert.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 22 janvier 1988, sté C.F.I.D. c /sté Etablissements A. Arnaud, Rev.arb. 1989., p.251(1^{er} esp), note Y. Derains.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 29 novembre 1990, Payart c/ sté Morgan Crucible Company, Rev.arb. 1991., p.659., obs. J. Pellerin.

- Paris 1^{re} ch.c, 10 mai 1994, Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz c/ sté Al Tayar, Rev.arb. 1996., p.66., note Ch. Jarroson.

(٣) راجع :

S. Bollée, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préface P. Mayer, Economica 2004., p.59.

وبعد عرض اتجاهات كل من المشرع والقضاء العادي بشأن مسألة تسبب حكم التحكيم، فإن التساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد : هل الأحكام الواردة في الشريعة العامة للتحكيم والمتعلقة بتسبب حكم التحكيم تتلاءم مع أحكام التحكيم الإداري ؟

ثانياً : مدى ملائمة تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالتسبب على أحكام التحكيم الإداري

بادئ ذي بدء نود أن نشير إلى أن تسبب الأحكام القضائية في مجال القانون العام تعد من المسائل الأساسية التي أكد عليها القاضي الإداري الفرنسي منذ القدم على الرغم من عدم وجود نص قانوني يلزمه بأن يسبب أحكامه.

فقد كان القانون الإداري الفرنسي لا يشترط على القاضي أن يعطي الأسباب التي ارتكن عليها لإصدار حكمه، وذلك في المرحلة السابقة على صدور مرسوم ٣٠ من ديسمبر عام ١٩٦٢، وقانون ٢١ من يونيو عام ١٩٦٥^(١)، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد منذ القرن التاسع عشر، وتحديدًا في عام ١٨١٨ من خلال حكمه الصادر في قضية Fouquet على ضرورة تسبب الأحكام القضائية، حيث قرر أن القرارات الصادرة عن مجلس الولايات Conseil de Préfecture تتماثل مع الأحكام الصادرة عن القضاء مما يلزم بأن تكون مسببة لتعلق ذلك بالنظام العام. وهذا ما أكد عليه بعد ذلك من خلال حكمه الصادر في قضية Delucenay بتاريخ ٢٨ من يوليو عام ١٨٣٤، حيث قرر أن مجلس الولاية الذي لا يسبب قراره يكون قد ارتكب مخالفة للأشكال الأساسية التي تحيط بالقرارات الصادرة في منازعة^(٢).

فالقاعدة العامة في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي – كما يتضح من خلال استقراء أحكامه الصادرة في هذا الشأن – هي ضرورة تسبب الأحكام القضائية الصادرة في منازعة إدارية^(٣)، وتعد هذه القاعدة من

(١) راجع :

Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif, op.cit., p.82.

(٢) انظر بشأن هذين الحكمين :

Y. Gaudemet, *Ibidem*.

(٣) وفي هذا الإطار تنص المادة ٩ من قانون تنظيم القضاء الإداري الحالي على أنه : " يلزم بأن تكون الأحكام مسببة " .

القواعد الإجرائية العامة التي تفرض نفسها على جميع الأعمال القضائية دون حاجة إلى وجود نص قانوني يستلزمها^(١)، وأن المشرع هو الوحيد الذي يجوز له الخروج عن هذه القاعدة ويقرر عكسها بموجب نص قانوني صريح^(٢).

ويبرر الفقيه Gaudemet اتجاه مجلس الدولة هذا بالقول : " إن تسبب الأحكام يتعلق بضرورة اجتماعية؛ إذ إن وقت العدالة المعلنة لم تعد اليوم من أجل الشعور العام بالموافقة من المترافعين على معرفة حقوقهم فحسب، بل من أجل فهم القرار الذي حدد هذه الحقوق أو أوضحها " ^(٣).

وإذا كان حكم التحكيم – كما سبق أن بينا – يعتبر عملاً قضائياً بالمعنى الفني الدقيق لهذا المفهوم، فإنه يترتب على ذلك خضوعه لبعض القواعد الأساسية التي تخضع لها الأحكام القضائية، منها ضرورة اشتماله على الأسباب التي بني عليها، وإلا ترتب البطلان على تخلف ذلك.

وفي هذا الإطار يشير الفقيه Gaudemet إلى أن : " في القانون الفرنسي الحالي، يلزم أن تكون كافة الأعمال القضائية مسببة، بحيث إذا أشتمل الحكم على أسباب غير كافية أو غير واضحة فإن الجزاء المترتب على ذلك هو بطلان الحكم " ^(٤).

(١) انظر في هذا المعنى على سبيل المثال :

- C.E., 1^{er} mars 1935, Sieur Platon, Rec., p.270.
- C.E., 23 novembre 1979, Landsmann, Rec., p.430.
- C.E., 8 juin 1994, Lecomte, RFDA 1994., p.850.

(٢) انظر في هذا المعنى على سبيل المثال :

- C.E., 5 décembre 1924, Sieurs Légillon, Rec., p.985.
- C.E., 8 juillet 1970, Sieur Doré, Rec., p.471.
- C.E., 9 janvier 1981, Buhannic, Rec., p.12.

(٣) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Gaudemet :

" Au demeurant au-delà des textes, il semble raisonnable d'admettre que la motivation des décisions corresponde à une nécessité sociologique. Le temps de la justice révélée n'est plus: aujourd'hui, le sentiment général accorde au plaideur non seulement la connaissance de ses droits, mais la compréhension de la décision qui les détermine ou les précise ".

Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif, op.cit., p.82.

(٤) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Gaudemet :

" En droit français actuel, toute décision juridictionnelle doit être motivée; l'insuffisance ou l'imprécision des motifs est une cause d'annulation ".

Y. Gaudemet, *Ibidem.*, p.81.

وترتيباً على ما تقدم، فإن مسلك المشرع الفرنسي بشأن ضرورة تسبب حكم التحكيم الوطني وترتيب البطلان على تخلف ذلك لتعلق الأمر بالنظام العام الداخلي هو مسلك محموداً له خلافاً لما قرره بالنسبة للتحكيم الدولي. أما فيما قرره كل من المشرع البحريني^(١) – فيما يتعلق بالتحكيم الدولي – والمصري، والعماني^(٢) من جعل تسبب أحكام التحكيم خاضعة لإرادة الأطراف واتفاقاتهم فهو أمر في الواقع محل نظر؛ ذلك أن إرادة الأطراف – في الأصل – لا يعتد بها في مقام كيفية صدور الأحكام وشروط صحتها^(٣)، كما أن القاعدة المستقر عليها في فقه القضاء الإداري المقارن (الفرنسي) – كما ذكرنا – قوامها عدم جواز اتفاق الأطراف على ما يخالف مبدأ تسبب الأحكام القضائية، ذلك أن هذا المبدأ لا يمكن استبعاده إلا بموجب نص تشريعي يقضي صراحة بعدم التسبب. علاوة على ذلك، فإن حكم التحكيم غير المسبب – كما يقرر البعض وبحق – يشكل عملاً تعسفياً أو استبدادياً arbitraire ويمس النظام العام سواء الوطني أم الدولي^(٤).

وهكذا، فإن تسبب حكم التحكيم يجب أن يكون متطلباً بقوة في إطار التحكيم الإداري ويسري على كل أنواع الأحكام سواء أكانت منهيّة للخصومة كلها أو بعضها^(٥) أو صادرة في شق من الطلبات أو كانت

(١) تنص المادة ٢/٣١ من المرسوم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي على أنه : " يبين في قرار التحكيم الأسباب التي بُني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب (.....) " .

(٢) تنص المادة ٢/٤٣ من قانون التحكيم العماني على أنه : " يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم " .

(٣) د. عبد الحميد الأحمد : موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٧٦١.

(٤) انظر :

J.-L. Delvolvé, Essai sur la motivation des sentences arbitrales, art.préc., p.165.

(٥) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الأحكام غير القطعية الصادرة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا يلزم تسببها. وهذا ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من نوفمبر عام ١٩٦٦، حيث قررت أن لا شك في أن القرار الصادر بنبذ الخبير لا يخرج عن كونه حكماً توافرت له مقومات الأحكام إذ أصدرته محكمة القضاء الإداري بما لها من سلطة قضائية في خصومة مطروحة عليها متضمناً اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات ولئن كان هذا الحكم قد صدر غير مسبب إلا أن ذلك ليس من شأنه أن ينزع صفة الحكم أو يشوبه بالبطلان إذ من المسلم أن الأحكام غير القطعية الصادرة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا يلزم تسببها لأن النطق بما يفصح بذاته عن سبب إصدارها.

الطعن رقم ٦٢٠ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٩/١١/١٩٦٦، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٠٥، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص ١٦٢٨، بند ٢٢٧٤.

مستعجلة، لما يشكل ذلك من ضمانة هامة بالنسبة للإدارة في مواجهة كل تعسف أو استبداد قد يصدر عن المحكمين ضدها.

كما أن التسبب الكامل ^(١) لحكم التحكيم يتيح الفرصة الكاملة للقضاء الإداري بأن يمارس رقابة فعالة عليه ^(٢)، بالإضافة إلى أنه يقلل من الحظر والتخوف – سواء الحقيقي أو المزعوم – من لجوء الإدارة إلى التحكيم، وعلى الأخص في مجال التحكيم الدولي.

وهذا ما تنبّهت إليه اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى حين أخذت بمبدأ التسبب الكامل لحكم التحكيم ورتبت البطلان على عدم تحقق ذلك. فقد نصت المادة ٣/٤٨ من هذه الاتفاقية على أنه : " يجب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة وأن يبين الأسباب التي بني عليها ". كما نصت المادة ١/٥٢ من ذات الاتفاقية على أنه : " يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إبطال الحكم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام وينبني على واحد أو أكثر من الأسباب الآتية : (أ) (هـ) عدم ذكر أسباب حكم التحكيم ".

وبذلك، يكتمل تناول المبحث الأول والمخصص لدراسة مفهوم حكم التحكيم، وننتقل الآن إلى المبحث الثاني والمخصص لبيان الرقابة التي يمارسها القضاء على حكم التحكيم، من حيث طرق الطعن المتاحة، وتحديد جهة القضاء المنوط بها إجراء تلك الرقابة.

(١) ومن الجدير بالذكر أنه ليس المقصود بالتسبب الكامل هنا أن تتعقب هيئة التحكيم جميع حجج الخصوم في جميع مناحي أقوالهم استقلالاً ثم تفندها تفصيلاً الواحدة تلو الأخرى، بل يكفي أن تورد هيئة التحكيم الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استند إليها الخصوم .
انظر في هذا المعنى : حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١٣٣٢ لسنة ١٨ ق.ع، جلسة ١٩٧٨/٣/١١، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٠٥، الجزء الثالث، بند ٢٢٧٥.

(٢) ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ من يوليو عام ١٩٩٦ على أنه من شأن تسبب الأحكام القضائية تسهيل مهمة الرقابة القضائية، فقد قضت بأن : الحكمة التي اقتضت تسبب الأحكام واضحة وهي حمل القاضي على العناية بحكمه لتوخي العدالة في قضائه كما أنها تحمل إقناع الخصوم بعدالة الأحكام حتى تنزل من النفوس منزلة الاحترام وفوق كل هذا لازمة لتمكين محكمة الطعن من إجراء الرقابة على الحكم .

الطعن رقم ٢٤٣١ لسنة ٤١ ق.ع، جلسة ١٩٩٦/٧/٢٧، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٠٥، الإشارة المتقدمة، ص ١٦٣١، بند ٢٢٧٩.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على حكم التحكيم

يعبر اتفاق الأطراف على التحكيم – بلا شك – عن اتجاه إرادتهم إلى استبعاد كل أشكال تدخل القضاء الوطني بصدد النزاع المثار بينهم والمتفق على حله بطريق التحكيم. غير أن ذلك لا يعني التخلي عن حقهم في الرجوع إلى قضاء الدولة من أجل إصلاح ما شاب حكم التحكيم من أخطاء. فحسن سير العدالة في المجتمع يتطلب دائماً أن تتاح الفرصة كاملة أمام المحكوم عليه في اللجوء إلى قضاء الدولة لتدارك ما وقع فيه حكم التحكيم من أخطاء. لذا فقد عنى المشرعون في مختلف الدول بتنظيم طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم أمام القضاء الوطني.

ولما كان موضوع الدراسة في هذا الفصل ينصب على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، فإنه من الأهمية التعرض لطرق الطعن التي قررتتها الشريعة العامة للتحكيم في الدول محل الدراسة لبيان مدى توافقها مع طبيعة تلك المنازعات من جهة، ومع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة في أساسها إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى؛ أو بعبارة أخرى تكمن الغاية الأساسية من هذا المبحث في إجراء تعادل أو توازن بين خصوصية المنازعات الإدارية من ناحية، وذاتية نظام التحكيم من ناحية أخرى، بحيث لا تطغى إحداها على الأخرى (مطلب أول).

ولا تقتصر الغاية فقط على ذلك، وإنما تمتد أيضاً إلى تحديد جهة القضاء الوطني التي ينبغي عقد الاختصاص لها بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إذ إنه بالرغم من تمتع النزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم بالطابع الإداري، إلا أن جانباً من الدول محل الدراسة قد اتجهت إلى عقد الاختصاص بشأن إجراء تلك الرقابة للقضاء العادي؛ الأمر الذي يشكل اعتداءً على مبدأ ازدواجية القضاء La dualité des juridictions، ذلك المبدأ الذي يقوم على وجود جهتين قضائيتين؛ إحداها : جهة القضاء العادي، وتختص بنظر المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم البعض، والأخرى : جهة القضاء الإداري، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد ويكون لها الطابع الإداري (مطلب ثان).

المطلب الأول

طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم

إن الطعن – بصفة عامة – هو وسيلة قانونية تسمح لمن صدر الحكم ضده بأن يطالب بإعادة النظر فيما قضى به عليه بغرض استصدار حكم جديد في صالحه سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضده أو إلغائه كلياً أو جزئياً^(١).

وبما أن حكم التحكيم كغيره من الأحكام القضائية يصدر عن بشر، فإنه من المتصور حدوث خطأ فيه، سواء تعلق هذا الخطأ بالإجراءات التي بني عليها الحكم أو بالأوضاع التي لا بدت صدور، أو تعلق بالحكم ذاته عن طريق الخطأ في تطبيق القانون على ما ثبت من الوقائع أو في تقديرها واستخلاص النتائج منها. ومن أجل ذلك، عنى المشرعون بتنظيم طرق الطعن في أحكام المحكمين حتى تتاح الفرصة أمام المحكوم عليه لإصلاح هذا الخطأ^(٢).

ولا تختلف طرق الطعن المقررة بالنسبة لأحكام التحكيم عن تلك المقررة للأحكام القضائية، وإن كانت هناك بعض الطرق يفضل استبعادها من نظام التحكيم بسبب ذاتية هذا النظام. لذا فإنه من المتعين التعرض لمختلف الطرق التي قررتة الشريعة العامة للتحكيم في الدول محل الدراسة حتى نتمكن من تحديد الطرق المثلى للطعن في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية.

أولاً : الاستئناف L'appel

الاستئناف – بصفة عامة – هو الطريق العادي ordinaire للطعن في أحكام محكمة أول درجة أمام محكمة أعلى منها (محكمة الدرجة الثانية) بغرض مراجعة الحكم وإبطاله. ويعتبر هذا النظام تطبيق لمبدأ التقاضي على درجتين يهدف إلى تدارك أخطاء القضاء وإتاحة الفرصة للخصوم لاستدراك ما فاتهم تقديمه من دفوع وأدلة أمام محكمة أول درجة^(٣).

(١) في هذا المعنى : د. عيد محمد القصاص : حكم التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٢) في القرب من هذا المعنى : د. احمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٣) راجع : د. وجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول : المرجع السابق، ص ١١٦٣.

ولقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام الاستئناف^(١) كأحدى الوسائل التي يمكن من خلالها الطعن في أحكام التحكيم الوطنية بشرط عدم تنازل طرفي التحكيم عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم، أو أن يكون التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف^(٢). وتختص بنظره محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها حكم التحكيم، على أن يقدم خلال مدة الشهر الذي يلي إعلان حكم التحكيم المزيل بالصيغة التنفيذية^(٣).

ووفقاً للمادة ١٤٨٣ من قانون الإجراءات المدنية، فإنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على التنازل عن حق الاستئناف، أو إذا احتفظوا بهذا الحق صراحة في حالة التحكيم الطليق، فإن طريق الاستئناف يعد الطريق الوحيد الذي يمكن من خلاله الطعن في أحكام التحكيم الوطنية، بحيث لا يستطيع الأطراف سلوك طريق آخر من طرق الطعن المقررة بالنسبة لأحكام التحكيم (كالطعن بالبطلان).

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ من مارس عام ٢٠٠٦ بالآتي: " في مادة التحكيم الداخلي، فإن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف ويعد الطريق الوحيد المتاح لتعديل أو لإلغاء حكم التحكيم إذا لم يتفق الأطراف في اتفاق التحكيم على التنازل عن هذا الطريق " ^(٤).

(١) ومن الجدير بالذكر أن المشروع التمهيدي لقانون الإجراءات المدنية الذي أعد في عام ١٩٨٠ كان ينص على أن الحكم الصادر عن المحكمين يعتبر نهائياً إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك، ولكن عدل هذا الاتجاه في المشروع النهائي الذي أخذ - في الأساس - بطريق الاستئناف مع جواز التنازل عنه. E. Loquin, Perspectives pour une réforme des voies de recours, Rev.arb. 1992., p.321., spéc, p.325.

(٢) فقد نصت المادة ١٤٨٢ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " حكم التحكيم يقبل الاستئناف ما لم يكن الأطراف قد تنازلوا عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم. غير أن حكم التحكيم الصادر عن المحكم الطليق لا يكون قابلاً للاستئناف ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا صراحة على الاحتفاظ بحق الاستئناف في اتفاق التحكيم ".

(٣) تنص المادة ١٤٨٦ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " الاستئناف والطعن بالبطلان يرفعان أمام محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها حكم التحكيم، ولا يقبل الاستئناف أو دعوى البطلان إلا إذا قدما خلال الشهر الذي يلي إعلان حكم التحكيم المزيل بالصيغة التنفيذية ".

(٤) C. Cass. 1^{re} ch.c, 14 mars 2006, Worm c/sté Laboratoires Theramex, Rev.arb. 2007., p.71., note J.-Y. Garaud, Ch.-H. De Taffin.

وفي ذات الاتجاه :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 26 mai 1987, Baraudon c/ G.A.N.-Vie, Rev.arb. 1987., p.509., note Ch. Jarroson.

- C. Cass. 2^e ch.c, 27 mai 2004, sté Sablières Pires c/ SCI Ferme de la Malmaison, Rev.arb. 2004., p.611., note M.-C. Rivier.

أما بالنسبة لموقف تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي، فإنها اختلفت فيما بينهم بشأن الأخذ بهذا الطريق من طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم، ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين اتجاهين :

الاتجاه الأول : هو الاتجاه المتبع من قبل المشرع القطري^(١)، حيث اتبع - نسبياً - ذات مسلك نظيره الفرنسي؛ إذ جعل القاعدة العامة هي أن حكم التحكيم يكون قابلاً للاستئناف إلا في ثلاث حالات : أ - إذا كان التحكيم بالصلح، ب - إذا تنازل الأطراف صراحةً عن حق الاستئناف، ج - إذا كان التحكيم يجري على قضية في استئناف.

الاتجاه الثاني : هو اتجاه غالبية تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي، إذ اتفقت هذه التشريعات على القاعدة العامة المقررة في التشريعات الحديثة والتي تقضى بعدم جواز استئناف أحكام المحكمين وإن اختلفوا فيما بينهم على تقرير اتفاق الأطراف على خلاف ذلك.

فبالنسبة للمشرع الكويتي فقد أجاز في المادة ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الطعن بالاستئناف في حكم المحكمين على سبيل الاستثناء وفقاً للشروط التالية :

- أن يتفق الخصوم على إمكانية الطعن بالاستئناف في حكم المحكمين.
- أن يتم هذا الاتفاق قبل صدور حكم المحكمين.
- أن يتم إقامة الاستئناف خلال ٣٠ يوماً تبدأ من تاريخ إيداع أصل الحكم إدارة الكتاب، و ١٥ يوماً بالنسبة للمواد المستعجلة.
- أن يتم رفع هذا الاستئناف أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية.

وتأكيداً لهذا الطابع الاستثنائي المقرر للطعن في أحكام المحكمين بالاستئناف، فقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ أربع حالات لا يجوز فيها استئناف حكم المحكمين حتى لو اتفق الخصوم على خلاف ذلك^(٢). وتتمثل هذه الحالات في : ١ - إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح، وفي هذه الحالة لا يجوز الاستئناف حتى لو اتفق الخصوم قبل صدور الحكم على الاستئناف. وعلة ذلك أن طبيعة التحكيم مع التفويض بالصلح تتعارض مع

(١) وطبقاً للمادة ٢٠٥ من قانون المرافعات القطري، فإن استئناف حكم التحكيم يخضع لذات القواعد والأحكام المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة عن القضاء، ويجب أن يقدم خلال ١٥ يوماً من تاريخ إيداع أصل الحكم قلم كتاب المحكمة، ويرفع أمام محكمة الاستئناف المختصة.

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل : د. عزمي عبد الفتاح عطية : قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٥ وما بعدها، د. أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٣٩ وما بعدها، د. خالد عبد الله الياقوت، د. طارق عبد الرؤوف صالح : المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها.

طبيعة وإجراءات الاستئناف ونظمه المطبقة، حيث يصعب تعايش النظامين معاً؛ لأن محكمة الاستئناف ملزمة بالفصل طبقاً للقانون بينما محكمة التحكيم في هذه الحالة غير مقيدة بالقانون.

٢- الحكم الصادر عن محكم في الاستئناف، وفي هذه الحالة لا يجوز الاتفاق على الاستئناف؛ لأن التحكيم هنا يتناول دعوى مطروحة على محكمة الاستئناف، وقد سبق الفصل فيها بواسطة محاكم أول درجة بمحاكم الدولة.

٣- الحكم الصادر في منازعة لا تتجاوز قيمتها ألف دينار؛ لأن قيمة الدعوى في هذه الحالة أقل من نصاب الاستئناف، ويمثل النصاب النهائي للمحكمة الجزئية.

٤- الحكم الصادر عن هيئة التحكيم القضائي المنصوص عليها في المادة ١٧٧ من قانون المرافعات.

أما بالنسبة للمشرع العماني^(١) والسعودي^(٢) فقد اتبعا ذات مسلك نظيرهما المصري الرامي إلى حظر الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية.

وإذا كان تقرير الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم يشكل ضماناً هامة لحسن سير عدالة قضاء التحكيم، وأن من شأن استبعاده - على حد تعبير بعض الفقهاء - يجعل من التزام المحكمين بتطبيق قواعد القانون الموضوعي مجرد التزام نظري^(٣)، فإن التساؤل الذي يمكن أن يثار في

(١) فقد نصت المادة ٥٢ من قانوني التحكيم المصري والعماني على عدم قابلية خضوع أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذين القانونين للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٢) تنص المادة ٢/١٨ من نظام التحكيم السعودي على أنه: " ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية ".

ويفسر جانب من الفقه السعودي هذه المادة بما لا يسمح معه جواز الاستئناف، فقد أورد هذا الرأي الآتي: " وقد أقرت هذه المادة مبدأ قانونياً اعتمدته أغلب التشريعات العالمية نظراً لما يحققه ذلك من فوائد تنعكس على سرعة الفصل في النزاع عن طريق التحكيم. هذا المبدأ هو عدم جواز استئناف الأحكام التحكيمية أمام الجهات التي تُستأنف أمامها أحكام الجهة المختصة بالفصل في النزاع موضوع هذه الأحكام. وبناء عليه لا يجب بأي حال من الأحوال استئناف الأحكام التحكيمية حتى لو اتفق الخصوم على ذلك لتعارض هذا الاستئناف مع النظام العام، وذلك لأن نظام التحكيم منع ذلك صراحة بموجب الفقرة الثانية من المادة ١٨ ".

راجع: د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد: المرجع السابق، ص ٢٣٦-٢٣٧.

(٣) انظر: د. على سالم إبراهيم: المرجع السابق، ص ٣٤٥.

هذا الصدد : هل يحتل نظام الطعن بالاستئناف دوراً بارزاً في المنازعات الإدارية، أو بمعنى آخر هل يعتبر نظام التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية التي أولاها القانون الإداري عناية خاصة، وبالتالي لا يجوز استبعاده من طرق الطعن المتاحة بالنسبة لأحكام التحكيم الإداري ؟ أم أن الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم تستلزم استبعاد هذا الطريق كلياً ؟

١ - مدى إمكانية استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري

بادئ ذي بدء نود الإشارة إلى أن نصوص القانون في فرنسا التي أجازت لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لم تتضمن بين طياتها نصاً يبين النظام القانوني المطبق عليها، ولعل الاستثناء الوحيد في هذا المضمار، ذلك المتعلق بقانون ١٧ من ابريل عام ١٩٠٦ وتعديلاته والذي أحال - صراحة - بشأن تنظيم إجراءات التحكيم الخاصة بالمنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية.

وترتب على ذلك وجود نوعين من التحكيم الإداري؛ الأول : التحكيم الإداري الذي يجد مرجعيته بشأن تنظيم إجراءاته في نصوص قانون الإجراءات المدنية. والنوع الثاني : التحكيم الإداري الذي أنشئ دون وجود مرجعية في أية نصوص قانونية، مما ترتب على ذلك، عدم وضوح النظام القانوني المطبق على هذا النوع الأخير من التحكيم^(١).

وإذا كانت المنازعة المطروحة على التحكيم من طبيعة خاصة يختص بها - في الأساس - القاضي العادي، فإن مسألة تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بالطعن في أحكام التحكيم لا تكون محل شك. وبالتالي فإن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بالاستئناف مع جواز اتفاق الأطراف على استبعاده.

غير أنه إذا تعلق الأمر بعقد إداري والذي يدخل في الاختصاص المقرر للقاضي الإداري، فإن استبعاد طريق الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الصادر بشأنه يبدو أمراً دقيقاً ومعقداً للغاية، سواء تعلق الأمر بتحكيم يجد مرجعيته في نصوص قانون الإجراءات المدنية، أو بتحكيم لا يجد مرجعية في أية نصوص قانونية.

(١) انظر :

فالاتجاه الذي اتبعته المادة ١٤٨٢ من قانون الإجراءات المدنية بشأن جواز الاتفاق على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم قد رفضه مجلس الدولة. فالقاعدة العامة في فقه قضاء هذا المجلس قوامها أن الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم أمام القاضي الوطني يعتبر أمراً متاحاً دائماً حتى لو لم يوجد نص قانوني يقر ذلك^(١)، أو وجد نص قانوني يجيز للأطراف الاتفاق على التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن.

ويمكن أن نلمس هذا الاتجاه من خلال حكمه الصادر في قضية Lamborot بتاريخ ٤ من يناير عام ١٩٥٧. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد Lamborot كان يملك حصة كبيرة من أسهم شركة Mines d'Aniche والتي تم تأميمها بموجب قانون ١٧ من مايو عام ١٩٤٦ الذي أكمل بقانون ٢٣ من أغسطس عام ١٩٤٨، وأنشأ بمقتضاه لجنة تحكيم تختص بنظر النزاعات المتعلقة بتعويض الأشخاص الذين تم تأميم أموالهم. ثم صدر بعد ذلك مرسوم ٢٧ من ديسمبر عام ١٩٤٨ والذي عدل بعض أحكام مرسوم ٢٧ من يونيو عام ١٩٤٧ ونص في المادة الثالثة منه على أن الأحكام التي تصدرها لجنة التحكيم تعتبر أحكاماً نهائية.

وبالرغم من نص هذه المادة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر عقد اختصاصه بنظر الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الصادر عن لجنة التحكيم المذكورة متبعاً في ذلك رأي مفوض الحكومة Chardeau الذي ذهب في تقريره المقدم في هذه القضية إلى أن مرسوم ٢٧ من ديسمبر عام ١٩٤٨ والذي استبعد نظام الطعن بالاستئناف يكون قد تعدى على المجال المحفوظ للمشرع؛ ذلك أن القانون وحده هو الذي يستطيع إنشاء الهيئات القضائية ويخالف قواعد توزيع الاختصاص^(٢).

(١) بل أكثر من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر جواز الطعن في أحكام التحكيم حتى لو نص القانون على أن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم يعتبر بمثابة حكم صادر عن محكمة أول وآخر درجة. فعلى سبيل المثال : فإن المادة ٤٥ من قانون ٨ من إبريل عام ١٩٤٦ – السابق بينها – قد أعطت للمجلس الأعلى للكهرباء والغاز حق الفصل في المنازعات التي تعرض عليه بحكم يعتبر صادراً عن محكمة أول وآخر درجة، وعلى الرغم من نص المادة السابقة، فإن مجلس الدولة قد تبني حلاً مخالفاً، إذ أجاز للأطراف اللجوء إلى القضاء للطعن بالاستئناف في هذه الأحكام. راجع في تفاصيل ذلك :

J.-M. Auby, L'arbitrage en matière administrative, art.préc., p.88.

(٢) راجع :

J. Chardeau, concl. sur C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957, p.108., spéc, p.109.

فقد قضى المجلس بأن : " المنازعات [الخاضعة للجنة التحكيم] لا يمكن عقد الاختصاص بشأنها لمجلس الدولة إلا بمناسبة الطعن فيها بطريق الاستئناف، دون أن تحول ذلك المادة ٣ من مرسوم ٢٧ من ديسمبر عام ١٩٤٨، وذلك بسبب غياب النص التشريعي الصريح الذي يستبعد هذا الطريق من طرق الطعن " ^(١).

ويستفاد من الحكم السابق أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر أن مبدأ التقاضي على درجتين من إحدى المبادئ العامة في الإجراءات ولا يمكن اغفاله، ويشكل بهذه المثابة ضماناً أساسية لمصلحة المتقاضين ولمصلحة سير العدالة ^(٢)، وأن القواعد التي تعارض ذلك دون وجود نص تشريعي صريح تشكل اعتداءً على ذلك المبدأ ^(٣).

وهذا ما حرص المجلس على التأكيد عليه في فتوى والت ديزني الصادرة عام ١٩٨٦، حيث قرر أن الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Que les litiges ne peuvent plus être portés devant le Conseil d'Etat que par le moyen d'un appel formé contre la décision arbitrale éventuellement intervenue, sans que puissent faire obstacle à un tel appel les dispositions de l'article 3 du décret du 27 décembre 1948, lesquelles en l'absence de toute disposition législative expresse, ne sauraient légalement exclure cette voie de recours ". C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957., p.108., concl. J. Chardeau.

وانظر أيضاً الحكم الصادر عن مجلس الدولة في قضية Le Secteur Electrique de Reuilly بتاريخ ٢ من مارس عام ١٩٥٦ والذي رفض فيه المجلس الفصل في النزاع قبل لجوء الأطراف إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة ١٨ من قانون ٨ من ابريل عام ١٩٤٦.

C.E., 2 mars 1956, Le Secteur Electrique de Reuilly, Rec., p.102.

(٢) وفي هذا الشأن يذكر مفوض الحكومة Chenot :

" D'autre part, la règle du double juridiction est un principe général de procédure qui consacre une garantie essentielle aux intérêt des plaideurs et a l'intérêt supérieur de la justice ".

B. Chenot, concl. sur C.E., 4 février 1944, Vernon, RDP 1944., p.176., spéc, p.179..

(٣) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Puisoye :

" Les règles de contentieux administratif s'opposent à la mise en oeuvre d'une prescription qui porterait atteinte au principe du double degré de juridiction ".

J. Puisoye, Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, AJDA 1969., p.277., spéc, p.283.

وفي نفس المعنى :

E. Guillaume, concl. sur C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A, Rec., p.69., spéc, pp.76-77.

الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يعد من الآثار المترتبة بقوة القانون، ولا يمكن استبعاده إلا بموجب نص تشريعي صريح^(١).

وهكذا، فإن التنازل عن حق الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية سوف يظل من الأمور الإشكالية – في فرنسا – على الأقل في الوقت الراهن، وذلك بسبب مسلك مجلس الدولة الفرنسي الراض لمرأأ جواز الاتفاق على استبعاد الطعن بالاستئناف^(٢)، وتطلبه ضرورة وجود نص تشريعي صريح يستبعد هذا الطريق من طرق الطعن^(٣).

فقد ذهب الفقيه Auby إلى أنه إذا كان يمكن استبعاد نظام الطعن بالاستئناف من نظام التحكيم، وذلك في الحالات التي يكون فيها القاضي العادي مختصاً بنظره، فإن هذا الأمر يكون محل شك بالنسبة للحالات التي ينعقد الاختصاص بشأنها لمجلس الدولة، وذلك بسبب اتجاهه نحو رفض جواز التنازل عن حق الاستئناف^(٤).

وهذا ما عبر عنه أيضاً الفقيه Foussard، إذ إنه بالرغم من تفضيله لاستبعاد نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الخاضعة لأحكام قانون الإجراءات المدنية، إلا أنه يتردد – في ذات الوقت – في إجازة ذلك في الوقت الراهن.

(١) ولقد وردت عبارات الفتوى كما يلي :

" Cette nullité subsisterait alors même qu'il serait expressément stipulé que la sentence arbitrale serait susceptible d'appel; *l'appel à l'encontre d'une sentence arbitrale est en effet ouvert de plein droit et ne peut être écarté que par une disposition législative expresse* ".

C.E Avis, 6 mars 1986, préc.

(٢) انظر :

V. Haïm, Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs, AJDA 1992., p.315., spéc, p.317.

(٣) ولعل الاستثناء الوحيد الذي قررته المشرع الفرنسي بشأن استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، تلك الذي قررته قانون ١٩ من أغسطس عام ١٩٨٦ الخاص بالمنازعات الناشئة عن بعض العمليات المبرمة مع الشركات الأجنبية، إذ نص هذا القانون صراحة على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة وفقاً له.

راجع :

A. Patrikios, op.cit., p.285.

(٤) راجع :

J.-M. Auby, L'arbitrage en matière administrative, art.préc., p.88.

فقد ذهب إلى القول إنه : " على الرغم من أن المادة ١٤٨٢ من قانون الإجراءات المدنية قد أعطت الحرية للأطراف في استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم، فإن هذا الحل يعتبر أمراً مشكوكاً فيه في ظل الوضع الحالي للقانون الوضعي، تأسيساً على القاعدة التي وضعها مجلس الدولة، بقوة القانون، فالاستئناف أمر مقرر بقوة القانون " (١).

وعلى هذا الأساس يمكن القول على ضوء الوضع المقرر في فقه القضاء الإداري الفرنسي إنه طالما لا يوجد نص تشريعي صريح ينص على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري، فإن هذا الطريق من طرق الطعن يعد - دائماً - متاحاً للأطراف حتى لو اتفقوا على خلاف ذلك تطبيقاً للقاعدة التي وضعها مجلس الدولة والتي مفادها أن الطعن بالاستئناف أمر مقرر بقوة القانون، وأن المشرع هو الوحيد الذي يملك الخروج عن هذه القاعدة بموجب نص قانوني صريح. وإذا كان الأمر كذلك، فإن هذا يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية وملاءمة استبعاد تطبيق نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري ؟

في الواقع إنه بالرغم من أن الطعن بالاستئناف يمثل ضماناً هامة للمتقاضين، ويتيح للقضاء إجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم، إلا أنه ينبغي استبعاده بالرغم من ذلك - كقاعدة عامة - من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري سواء تعلق الأمر بتحكيم وطني أم دولي، وذلك للأسباب التالية ذكرها.

٢ - أسباب استبعاد نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري

١- إن الدور الذي يلعبه الطعن بالاستئناف في المنازعات الإدارية، ومنها ذات الطبيعة التعاقدية - وفقاً لرأي البعض - يبدو ضئيلاً ويحتل مكانة متواضعة (٢)؛ فليس هناك مبدأ أو قاعدة عامة في القانون الإداري يكرس مبدأ التقاضي على درجتين ويعطيه عناية خاصة، فالاستئناف لا يشكل سوى وسيلة فنية للطعن في الأحكام القضائية (٣).

(١) انظر :

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., p.45.

(٢) انظر :

M. Deguerge, Le double degré de juridiction, AJDA 2006., p.1308., spéc, p.1309.

(٣) راجع :

A. Patrikios, op.cit., p.281.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية ^(١) وليس دستورية ^(٢)، وبالتالي لا توجد عقبات تحول بين سلطة المشرع العادي في استبعاده من بعض المنازعات، والاعتراف لبعض الأشكال من القضاء الخاص بسلطة الفصل في النزاع القائم أمامه كمحكمة أول وآخر درجة ^(٣).

وهذا ما أفصح عنه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية Faveret بتاريخ ٦ من يونيو عام ١٩٤٩، حيث قرر أن من شأن غياب القواعد التي تنص على قابلية الطعن في الأحكام القضائية بطريق الاستئناف أن يؤدي ذلك إلى اعتبار هذه الأحكام كأنها صادرة عن محكمة آخر درجة، ولا يمكن – على أثر ذلك – أن تكون محلاً للطعن فيها إلا عن طريق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة ^(٤).

٢- إذا كان مبدأ التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية وليس دستورية، فإنه لا يعد من ناحية أخرى من الأمور المتعلقة بالنظام العام، بل يعتبر إحدى الضمانات المقررة لأطراف الخصومة والتي يمكن التنازل عنها بموجب اتفاق صريح يصدر عنهم ^(٥).

٣- إن استئناف أحكام التحكيم الإداري تنطوي على سلبيات تنعكس بشكل مباشر على الهدف الرئيسي الذي يسعى التحكيم إلى تحقيقه وهو

(١) انظر في هذا المعنى :

C.E., 4 février 1944, Vernon, RDP 1944., p.180., concl. B. Chenot p.176., note G. Jèze p.175.

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل :

M. Deguerque, art.préc., pp.1310 et s.

(٣) انظر :

B. Pacteau, Contentieux administratif, op.cit., p.291.

(٤) ولقد جاءت عبارات الحكم كالتالي :

" Qu'en l'absence de toute disposition prévoyant que les décisions desdits conseils statuant sur les contestations dont s'agit sont susceptibles d'appel, ces décisions, rendues en dernier ressort, ne peuvent faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat ".

C.E., 6 juin 1949, Faveret, Rec., p.288.

(٥) ومن الجدير بالذكر أن التنازل عن حق الاستئناف بالنسبة للأحكام القضائية هو أمر قرره المادة ٤١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، إذ أجازت هذه المادة لأطراف الخصومة الاتفاق على التنازل عن حق الاستئناف بشرط أن يتم هذا التنازل بعد نشوب النزاع وقبل إصدار الحكم. بينما أجازت المادة ٢/٢١٩ قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري هذا التنازل حتى لو قبل بدء الخصومة أمام محكمة أول درجة، إذ نصت هذه المادة على أنه : " ويجوز الاتفاق ولو قبل الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً ".

سرعة الفصل في المنازعات. كما أن من شأن تطبيق هذا الطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة في ظل التحكيم الإداري أن يؤدي -بلا شك- إلى نقل الإجراءات مرة أخرى إلى درجات المحاكم المختلفة، وهذا يتعارض مع إرادة الأطراف المتمثلة في استبعاد القضاء الرسمي للدولة من نظر المنازعات المثارة بينهم.

٤- إن فكرة استئناف أحكام التحكيم الوطنية - التي تجد مهادها في القانون الفرنسي - وما ينتج عنها من إمكانية تعديل هذه الأحكام بواسطة القضاء قد لاقت معارضة شديدة من بعض الفقهاء ^(١)، مما حدا بجانب منهم إلى التساؤل عن مدى احتياج نظام التحكيم لهذا الطريق من طرق الطعن.

فقد ذهب الفقيه Loquin ^(٢) إلى أن المناقشات المتعلقة بتأييد أو بإلغاء الطعن بالاستئناف بقصد تعديل الحكم L'appel-réformation تدور حول معرفة الإجابة عن التساولين الآتيين : هل يحتاج نظام التحكيم أو الأطراف لنظام التقاضي على درجتين ؟ وهل يعتبر نظام التقاضي على درجتين ضماناً هامة للمتقاضين لا يمكن إغفاله أو إهماله ؟

يرى Loquin أن نظام التقاضي على درجتين يجب أن يتلشى عند الحديث عن التحكيم؛ ذلك أن الطعن بالاستئناف يتعارض مع روح نظام التحكيم المتمثلة في سرعة الفصل في المنازعات، والسرية، وحرية الأطراف في اختيار قضااتهم. لذا فإنه من الأفضل - وفقاً لرأيه - اقتصار نظام الطعن بالاستئناف على المنازعات المدنية دون التجارية حتى يحقق التحكيم الأهداف المرجوة منه ^(٣).

وإذا طبقنا هذا الرأي على أحكام التحكيم الإداري يتبين أنه إذا كان صحيحاً أن نشاط الدولة يهدف في الأساس إلى إشباع الحاجات العامة للمواطنين، إلا أنها تمارس في ذات الوقت نشاطاً يتشابه إلى حد كبير مع النشاط التجاري ^(٤)، مما ينبني على ذلك أن الإدارة - نفسها - سوف تحتاج

(١) J. Loussouarn, Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980, Rev.arb. 1980., p.671., spéc, pp.683 et s.

(٢) E. Loquin, Perspectives pour une réforme des voies de recours, art.préc., p326.

(٣) E. Loquin, *Ibidem.*, p.327.

(٤) انظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع :

J.-M. Jaquet, L'État, opérateur du commerce international, JDI 1989., pp.621-690.

إلى عنصر السرعة في الفصل في بعض الأنواع من المنازعات، مما يكون من الملائم معه استبعاد الطعن بالاستئناف من التحكيم الإداري.

٥- إذا نظرنا - من جهة أخرى - إلى الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم، يتبين أن الأصل فيه هو إرادة الأطراف، ومادام الأطراف قد اتفقوا على استبعاد قضاء الدولة، فإنهم بذلك يريدون أيضاً استبعاد إصلاح حكم التحكيم عن طريق ذلك القضاء إلا إذا احتفظوا أو تحفظوا لأنفسهم بهذا الحق، ويجب أن تتاح لهم الفرصة كاملة بأن يتمكنوا من ذلك كأثر للأصل الإرادي لنظام التحكيم^(١).

لذا فإنه من الأفضل - على ما يبدو - أن يكون الأصل هو عدم استئناف أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية^(٢) مع إعطاء الأطراف حق الاتفاق على استخدام هذه الوسيلة كأثر طبيعي لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك المبدأ الذي يقوم عليه نظام التحكيم برمته.

وقريب من هذا المعنى ما عبرت عنه الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣ حول الطرق البديلة لحل المنازعات في المواد الإدارية، إذ انتهت مجموعة العمل إلى تفضيل الحلول المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة بإعطاء الحرية للأطراف في التنازل عن حق الاستئناف لسلوك طريق الطعن بالبطلان لتوافق ذلك مع روح التحكيم^(٣).

(١) في هذا المعنى : د. عزمي عبد الفتاح عطية : قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٥٤.

(٢) وهذا الاتجاه يؤيده أمران؛ الأول : إن غالبية التشريعات المقارنة التي نظمت عملية التحكيم لم تتضمن بين طياتها نصاً يسمح من خلاله الطعن في أحكام التحكيم بالاستئناف، ومن هذه التشريعات على سبيل المثال : القانون الأسباني الصادر بتاريخ ٢٣ من ديسمبر عام ٢٠٠٣، والقانون اليوناني الصادر بتاريخ ١٨ من أغسطس عام ١٩٩٩، والقانون السويدي الصادر بتاريخ ٤ من مارس عام ١٩٩٩، والقانون الإيطالي الصادر بتاريخ ١ من ديسمبر عام ١٩٨٦، والقانون الألماني المعدل في عام ١٩٩٧.

أما الأمر الثاني : فإن الممارسات العلمية في فرنسا تكشف عن تفضيل أطراف خصومة التحكيم - دائماً - استخدام طريق الطعن بالبطلان عن طريق الطعن بالاستئناف، إذ يشير الفقيه Crépin إلى أنه من بين الطعون التي قدمت إلى محكمة استئناف باريس والمحاكم الاستئنافية الأخرى والتي بلغت ٥٣٧ طعناً كان نصيب نظام الاستئناف منهم ١٥١ طعناً فقط بالمقابل لـ ٣٨٦ طعناً عن طريق دعوى البطلان.

راجع :

S. Crépin, Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981, préface de Ph. Fouchard, L.G.D.J. 1995., p.137.

(٣) راجع :

Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.99.

ثانياً : الطعن بالبطلان Le recours en annulation

١- **الوضع المقرر في فرنسا :** إذا تنازل الأطراف صراحةً عن حق الطعن بالاستئناف، أو إذا لم يتفقوا في حالة التحكيم الطليق على الاحتفاظ بهذا الحق في اتفاق التحكيم، ينغلق أمامهم طريق الاستئناف ويبقى لهم فقط طريق الطعن بالبطلان وفقاً للحالات التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة ١٤٨٤ من قانون الإجراءات المدنية^(١).

وتعد القواعد الإجرائية التي تحكم الطعن بالبطلان، وكذلك المدة التي يتعين تقديمه في خلالها هي ذاتها المقررة للطعن بطريق الاستئناف، كما أن الطعن بالبطلان والاستئناف يخضعان لذات الإجراءات المتبعة أمام محكمة الاستئناف^(٢).

فضلاً عن ذلك، فإن الآثار المترتبة على الطعن بالبطلان هي ذاتها نفس الآثار المترتبة على الطعن بطريق الاستئناف، إذ تنص المادة ١٤٨٨ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " لا يقبل القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية أي طعن فيه، غير أن استئناف حكم التحكيم أو الطعن ببطلانه يترتب عليه بقوة القانون، في حدود اختصاص المحكمة، طعناً ضد قرار قاضي التنفيذ أو رفعاً ليد هذا القاضي ".

(١) وهذه الحالات هي :

- إذا فصل المحكم في النزاع دون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل أو انتهت مهمته.
- إذا شكلت محكمة التحكيم بصورة غير شرعية، أو إذا تم تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون.
- إذا فصل المحكم في النزاع دون التقيد بحدود المهمة التي عهد بها إليه.
- إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة.
- في جميع حالات البطلان المنصوص عليها في المادة ١٤٨٠ (وهذه الحالات تتعلق ببيانات حكم التحكيم وتسببه).

- إذا خالف المحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام ".

انظر في شرح هذه الحالات بالتفصيل والأحكام القضائية الصادرة في شأنها :

M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage, op.cit., pp.367 à 384.

(٢) وفي هذا الصدد تنص المادة ١٤٨٧/١ من قانون الإجراءات المدنية على أنه :

" L'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la cour d'appel ".
ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن المادة ١٤٨٧/٢ من قانون الإجراءات المدنية كانت تعطي لمحكمة الاستئناف الحق في تعديل أو تحديد الوصف الذي أعطاه الأطراف لطريق الطعن في حكم التحكيم لدى تقديمه وحتى نظر القضية، إلى أن جاء المرسوم رقم ١٤٢٠ - ٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٢٣ من ديسمبر عام ٢٠٠٤ وألغى هذه الفقرة.

راجع في تفاصيل ذلك :

L. Degos, L'abrogation de l'article 1487 alinéa 2 NCPC par le décret du 23 décembre 2004, Rev.arb. 2005., pp. 226-227.

غير أنه من الملاحظ من جهة أخرى أن المادة ١٤٨٥ من ذات القانون قد رتبت أثراً هاماً على قبول الطعن بالبطلان لم ترتبه بالنسبة للاستئناف، ويتمثل هذا الأثر في إمكانية قيام القاضي الوطني – في حالة قضاءه ببطلان حكم التحكيم – بالفصل في موضوع النزاع، شريطة أن يكون ذلك في حدود المهمة التي كانت ممنوحة للمحكم وعدم وجود اتفاق بين الأطراف يخالف ذلك.

ولقد أخذ المشرع الفرنسي أيضاً بطريق الطعن بالبطلان – دون سواه – بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة في ظل التحكيم الدولي شريطة أن يكون حكم التحكيم قد صدر في فرنسا. فقد نصت المادة ١٥٠٤ من قانون الإجراءات المدنية على أن حكم التحكيم الصادر في فرنسا في إطار تحكيم دولي يمكن أن يكون محلاً للطعن فيه بطريق الإبطال وفقاً للحالات المنصوص عليها في المادة ١٥٠٢.

ولقد نصت المادة ١٥٠٢ على خمس حالات، تعد الأربع حالات الأولى منها صورة طبق الأصل من الأربع حالات الأولى المنصوص عليها في المادة ١٤٨٤ الخاصة بالتحكيم الوطني والسابق بيانها. أما الحالة الخامسة فتتعلق بجواز الطعن في حكم التحكيم بطريق الإبطال إذا كان من شأن الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه يشكل اعتداءً على النظام العام الدولي .

٢- الوضع المقرر في دول مجلس التعاون الخليجي : لقد أخذت كافة تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي بهذا الطريق من طرق الطعن المقررة لمراجعة حكم التحكيم. فالمشرع القطري وإن جعل القاعدة العامة هي استئناف أحكام التحكيم، إلا أنه أخذ من جهة أخرى بطريق الطعن بالبطلان كأحدى الطرق المتاحة لمراجعة حكم التحكيم^(١)، وذلك إذا ما تضمن اتفاق التحكيم شرطاً صريحاً يقضي بتنازل الأطراف عن حقهم في الاستئناف، أو ضمناً عن طريق تفويض المحكم بالصلح، أو كان التحكيم يجري على قضية في استئناف.

(١) ولقد حددت المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات المدنية التجارية القطري أسباب بطلان حكم التحكيم في الأحوال الآتية : (أ) إذا صدر الحكم بغير وثيقة تحكيم، أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الوثيقة، أو خالف قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب. (ب) إذا لم يحدد في وثيقة التحكيم موضوع النزاع أو أثناء المرافعة، سواء في تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح، إذا صدر الحكم في مسائل لا يجوز فيها الصلح، إذا كان أحد طرفي التحكيم لا يملك أهلية التصرف في حقوقه. (ج) إذا صدر الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون، أو صدر من بعضهم دون أن يكونا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين. (د) إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم.

وترفع دعوى البطلان بالأوضاع المعتادة إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ولا يمنع من قبول هذا الطلب تنازل الخصم عن حقه قبل صدور حكم التحكيم. ويترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ما لم تقض المحكمة بالاستمرار في التنفيذ^(١).

ولقد أجازت المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات للمحكمة التي ترفع أمامها دعوى بطلان حكم التحكيم أن تؤيد هذا الحكم أو أن تحكم ببطلانه كله أو بعضه، كما أجازت لها أيضاً في حالة الحكم ببطلان حكم التحكيم كله أو بعضه أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب حكمهم، أو أن تفصل في موضوع النزاع بنفسها إذا وجدت أنه صالح للفصل فيه.

ويتفق القانون القطري - نسبياً - مع القانون الفرنسي بشأن الأثر المترتب على قبول دعوى البطلان، وإن اختلف معه في بعض الأمور. فالمشرع الفرنسي - كما سبق أن بينا - قد أعطى الحق للمحكمة التي تقضي ببطلان حكم التحكيم بأن تفصل في موضوع النزاع إذا كان صالحاً للفصل فيه بشرط عدم وجود اتفاق بين الأطراف يخالف ذلك، وأن تلتزم المحكمة بحدود المهمة التي كانت ممنوحة للمحكم. في حين أن المشرع القطري قد خير المحكمة التي تقضي ببطلان حكم التحكيم بين أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب حكمهم، أو أن تفصل في موضوع النزاع بنفسها إذا وجدت أنه صالح للفصل فيه دون النص صراحة على ضرورة تقييد المحكمة بالمهمة التي كانت ممنوحة للمحكم^(٢).

ولقد أخذ أيضاً المشرع الكويتي بهذا الطريق من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم في المادة ٣/١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي جرى نصها كالتالي: " ويجوز لكل ذي شأن أن يطعن بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك: (أ) إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم. (ب) إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر. (ج) - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

(١) المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري قد نصت على أن الحكم الصادر من المحكمة التي يرفع إليها دعوى البطلان لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة. ولكن يجوز استئنافه طبقاً للأوضاع المقررة في القانون.

ولقد نظمت المادة ١٨٧ من ذات القانون إجراءات رفع دعوى بطلان حكم المحكمين، حيث ألزمت برفعها أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بموجب صحيفة تشتمل على أسباب الطعن التي حددها القانون وإيداعها إدارة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، مصحوبة بكفالة قدرها عشرون ديناراً^(١)، ويجب أن ترفع خلال ثلاثين يوماً من إعلان الحكم، وإذا كان الطعن بالبطلان لسبب من أسباب التماس إعادة النظر، فإن الميعاد يحسب وفقاً لأحكام المادة ١٤٩ من قانون المرافعات.

ويتفق القانون الكويتي مع القانون القطري - نسبياً - بشأن الأثر المترتب على قبول دعوى البطلان، إذ نصت المادة ٥/١٨٧ على أنه :
" وإذا حكمت المحكمة ببطلان حكم المحكمين تعرضت لموضوع النزاع وقضت فيه " .

وإذا كانت القاعدة في القانون الكويتي هي أن رفع دعوى البطلان لا يترتب عليها وقف تنفيذ الحكم، إلا أن المشرع الكويتي قد أجاز للمحكمة التي تنتظر الدعوى أن تأمر بناء على طلب المدعي بوقف تنفيذ الحكم إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب البطلان مما يرجح معها القضاء ببطلان الحكم. وفي حالة ما إذا أمرت المحكمة بوقف التنفيذ فإن لها أن توجب تقديم كفالة أو أن تقضي بما تراه كفيلاً بصيانة حق المدعي عليه^(٢).

ولقد أخذ أيضاً بهذا الطريق من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم كل من المشرع العماني^(٣)، والبحريني^(٤)، وكذلك المشرع السعودي، وإن

(١) ولقد رتب هذه المادة على عدم إيداع الكفالة ألا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الدعوى، كما أعفت هذه المادة الحكومة من إيداع هذه الكفالة، وأعفت منها أيضاً كل من يعفون من إيداع الرسوم القضائية. فضلاً عن ذلك اكتفت هذه المادة بإيداع كفالة واحدة في حالة تعدد المدعين إذا قاموا دعواهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب البطلان، وإذا حكم بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز رفعها أو بسقوطها أو ببطلانها أو برفضها تصادر الكفالة بقوة القانون.

(٢) انظر نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

(٣) ومن الجدير بالذكر أن النصوص القانونية التي نظمت دعوى البطلان في سلطنة عمان هي ذاتها التي نص عليها قانون التحكيم المصري. لذا سنحيل بشأن النظام القانوني لدعوى البطلان في سلطنة عمان إلى ما سيرد ذكره في النظام المصري.

(٤) إذا كان المشرع البحريني - فيما يتعلق بالتحكيم الدولي - قد حظر في المادة ١/٣٤ من قانون التحكيم الدولي الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، إلا أنه - من ناحية أخرى - أجاز في الفقرة الثانية من ذات المادة إلغاء حكم التحكيم وفقاً للحالات التالية :

١ - إذا قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت : (أ) أن أحد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة "٨" مصاب بأحد عوارض الأهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع =

كان الأخير لم يحدد الحالات التي يمكن من خلالها طلب إبطال حكم المحكمين خلافاً لما نصت عليه كافة تشريعات الدول محل الدراسة، حيث إنه ترك المجال مفتوحاً لتطبيق القواعد العامة لإبطال العقود والاتفاقات والقواعد العامة التي تطبق بخصوص مخالفة القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي نص عليها نظام التحكيم ولائحته التنفيذية^(١).

٣ - الوضع المقرر في مصر : في الفترة ما قبل صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ كان المشرع المصري يسير على ذات نهج نظيره الفرنسي، فقد كانت المادة ٨٤٧ من مجموعة المرافعات سنة ١٩٤٩ تجيز الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم بجانب الطعن بالتماس إعادة النظر (م ٨٤٨)، بالإضافة إلى إجازة رفع دعوى أصلية ببطالان الحكم (م ٨٤٩).

ولما صدرت مجموعة المرافعات الحالية ١٩٦٨، نصت المادة ٥١٠ منها على عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف، وأبقت على طريق الطعن بالتماس إعادة النظر (م ٥١١).

ولما صدر قانون التحكيم الحالي، حظرت الفقرة الأولى من المادة ٥٢ منه الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سواء كان من الطرق العادية كالاستئناف، أو من الطرق غير العادية كالتماس إعادة النظر أو النقض أو حتى الاعتراض الخارج عن الخصومة.

وإذا كان المشرع المصري قد حظر الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، إلا أنه أجاز من ناحية أخرى

= الطرفان الاتفاق له، أو بموجب قانون دولة البحرين في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلاً ذلك. (ب) أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته. (ج) أن قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشملته اتفاق العرض على التحكيم أو أنه يشتمل على قرارات في مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق، على أنه إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم على القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم. (د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفاً لاتفاق الطرفين، ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها، أو يكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق مخالفاً لهذا القانون.

٢- وإذا وجدت المحكمة : (أ) أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون دولة البحرين. (ب) أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لدولة البحرين.

(١) انظر في هذا الرأي : د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

مراجعة الحكم من خلال رفع دعوى بطلان أصلية ترفع خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، إما أمام محكمة الدرجة الثانية (محكمة القضاء الإداري إذا كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز ٥٠٠ جنيه أو المحكمة الإدارية العليا إذا تجاوزت قيمة النزاع حدود هذا النصاب) وذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم وطني، وإما أمام محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الطرفان وذلك في حالة التحكيم الدولي.

وترفع دعوى البطلان بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ولا تقبل إلا ممن كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها حكم التحكيم، وتقبل هذه الدعوى حتى لو نزل المدعى عن حقه في الطعن بالبطلان^(١).

ويجب أن توجه دعوى البطلان – كقاعدة عامة – إلى أحكام التحكيم المنهية للخصومة، فلا يجوز رفع دعوى البطلان ضد القرارات التي يصدرها المحكمون والمتعلقة بإجراءات الإثبات أو بسير الخصومة، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات^(٢) باعتبار أن نصوص هذا القانون تعد نصوصاً إجرائية عامة تنطبق على كافة الدعاوي إلا ما استثني بنص خاص. واستثناءً من هذه القاعدة، يجوز رفع دعوى البطلان ضد الأحكام الوقفية والجزئية التي تصدرها هيئة التحكيم، إذ نصت المادة ٤٢ من قانون التحكيم على أنه: "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقفية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها".

وتتميز دعوى البطلان – كما ذهب بعض الفقهاء – بأنها: "تتوجه إلى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير. ولهذا فإن العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان يجب أن تكون عيوباً إجرائية، إذ هذه وحدها هي التي تؤدي إلى بطلان الحكم. أما الخطأ في التقدير، أي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان الحكم، وبالتالي لا يجيز رفع دعوى ببطلانه"^(٣).

(١) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من قانون التحكيم على أنه: "(.....) ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم".

(٢) تنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات على أنه: "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها (.....)".

(٣) د. فتحي والي: دعوى بطلان حكم التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة والاستثمار التي عقدت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٤ إلى ٦ من ديسمبر عام ٢٠٠٤.

وتمشياً مع هذا الرأي، قضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ ٧ من فبراير عام ٢٠٠٦ بالآتي : " وحيث إنه عن النعي بالسبب السادس بالقصور في التسبيب ومخالفته للقانون بمقولة انتفاء توافر شرائط المسؤولية التقصيرية لكون أرض النزاع مملوكة للدولة وتعد أموالاً عامة لا يجوز تملكها بالتقادم، فإن هذا النعي بمسايرة ما ذهب إليه الطاعنان على منطقتها إن صح أن يكون سبباً للطعن على الحكم إن كان يجوز الطعن عليه بغير دعوى البطلان، ذلك أن الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ليسا من أسباب البطلان التي وردت في المادة ٥٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على سبيل الحصر، وينصرف ذلك إلى النعي بشأن صفة محافظ القاهرة أيضاً " (١).

في الواقع إن هذا الرأي السابق مردود عليه بأنه غير صحيح على إطلاقه، حيث إنه إذا كان من الصحيح أن الخطأ في تطبيق القانون، أو في تفسيره، أو في تأويل نصوصه لا يعد من أسباب دعوى البطلان الواردة على سبيل الحصر في نص المادة ٥٣ من قانون التحكيم، إلا أنه ينبغي ملاحظة أن المسخ أو إهمال المحكم في تطبيق القانون أو تشويهه لنصوصه يعادل استبعاد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويعد في هذه الحالة من الأسباب التي يمكن الارتكان عليها لطلب بطلان حكم التحكيم. وهذا ما انتهى إليه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية عندما قررت أنه : " كما استحدثت اللجنة البند (د) لتضيف إلى حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم حالة استبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع ويدخل في مفهوم نطاق استبعاد القانون الواجب التطبيق الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه " (٢).

ولأن دعوى البطلان – كما يذهب بعض الفقهاء – " ليست طريقاً من طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية، لذلك فإنها لا تشكل جزءاً من هيكل خصومة التحكيم أو مرحلة من مراحلها، ومن ثم فهي طريق استثنائي يجب قصره على أسباب وشروط محددة " (٣)، لذا فقد حصر

(١) محكمة استئناف القاهرة، د (٧) تجارى، في الدعوى المقيمة بجدول التحكيم تحت رقم ١ لسنة ١٢٢ ق، جلسة ٢٠٠٦/٢/٧، حكم غير منشور.

(٢) راجع : تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٥١٣.

(٣) انظر : د. محمد محمد بدران : المرجع السابق، ص ١٤١.

المشرع أحوالها في ثلاث حالات؛ الأولى : حالات البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم. والثانية : حالات البطلان المتعلقة بخصومة التحكيم. والثالثة : إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في مصر، وفي هذه الحالة الأخيرة تستطيع المحكمة أن تقتضى بالبطلان من تلقاء نفسها^(١).

وفي ذلك تنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم على أنه : " ١ - لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاؤه مدته.

(ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

(ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجهٍ مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

(و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

(ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

(١) انظر بالتفصيل في شرح حالات بطلان حكم التحكيم وفقاً لأحكام القانون المصري :

د. محمد محمد بدران : المرجع السابق، ص ١٤٢ وما بعدها، د. حفيظة السيد حداد : الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها، د. علي بركات : الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص ٤٧ وما بعدها، د. سيد أحمد محمود : نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٧٨ وما بعدها، د. عيد محمد القصاص : حكم التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٤٤ وما بعدها، د. فتحي والي : دعوى بطلان حكم التحكيم، البحث السابق الإشارة إليه، ص ١١ وما بعدها، د. محمود مختار أحمد بربري : المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها، د. محمد أحمد عبد النعيم : حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص ١٩٤ وما بعدها، د. محمد أبو العنين : دور القضاء في القضايا التحكيمية، بحث مقدم إلى الملتقى العربي الثالث الذي عقد بجامعة الدول العربية، ١٩ من يناير ٢٠٠٤، ص ١١ وما بعدها.

٢- وتقضي المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

ويترتب على بطلان حكم التحكيم زوال هذا الحكم وما يترتب عليه من آثار، دون أن تتعرض المحكمة لموضوع النزاع لكي تفصل فيه، وذلك لغياب النص القانوني الذي يقر هذه السلطة للمحكمة، إذ لا يمكن تقرير هذه السلطة إلا إذا وجد نص قانوني صريح يعطي للمحكمة التي تقضي ببطلان حكم التحكيم مكنة التعرض لموضوع النزاع والفصل فيه كما هو الشأن في فرنسا وبعض دول مجلس التعاون الخليجي^(١).

وإذا كانت غالبية تشريعات الدول محل الدراسة قد جعلت من الطعن بالبطلان القاعدة العامة لمراجعة حكم التحكيم، فإنه لا يوجد ما يمنع من نقل هذا الطريق من طرق الطعن إلى التحكيم الإداري، خاصة أن القضاء الرسمي للدولة سوف يمارس رقابة فعالة على حكم التحكيم، سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية.

فمن الناحية الشكلية : فإن القضاء سوف يتحقق أولاً من أن حكم التحكيم قد صدر طبقاً لاتفاق صحيح، وأن هيئة التحكيم قد تم تشكيلها على وجه غير مخالف للقانون، وأنها راعت القواعد الإجرائية الآمرة التي ينص عليها القانون والتزمت بمراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي لاسيما مبدئي حق الدفاع والمواجهة.

أما من الناحية الموضوعية : فإن القضاء سوف يتأكد من احترام المحكم لحدود مهمته وأنه لم يفصل في مسائل لا يجوز فيها التحكيم، أو في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، وأنه (أي المحكم) قد طبق القواعد الموضوعية للقانون الإداري على المنازعة ذات الطبيعة الوطنية محل التحكيم. حيث إن الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري قد نصت على أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام، ومما لا شك فيه أن معظم قواعد القانون الإداري واجبة التطبيق على المنازعة محل التحكيم تعد من القواعد الآمرة التي تتعلق بالنظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وبالتالي فإن

(١) ونتفق مع ما قرره بعض الفقهاء من ضرورة تدخل المشرع بنص قانوني يعطي للخصوم حق الاتفاق على منح القاضي المختص بنظر دعوى البطلان حق الفصل في موضوع النزاع إذا قضى ببطلان حكم التحكيم توفيقاً لما تم إنفاقه من مصروفات وما تم استهلاكه من وقت وجهد طوال فترة عملية التحكيم.

راجع في هذا الرأي : د. محمد محمد بدران : المرجع السابق، ص ١٦٦.

هيئة التحكيم سوف تكون ملزمة بتطبيق هذه القواعد على النزاع القائم أمامها، وإذا لم تقم بذلك فإن الحكم الصادر عنها سوف يقع في دائرة البطلان. وبالتالي لا يجوز صدور أمراً بتنفيذه^(١).

صفوة القول أن الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الإداري يعتبر أكثر الطرق اتفاقاً مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم. ويتبقى لنا في هذا المضممار أن نشير إلى المدة التي يتعين في خلالها رفع دعوى البطلان. فقد أوجب المشرع المصري في المادة ١/٥٤ من قانون التحكيم رفع تلك الدعوى خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ومما لا شك فيه أن هذه المدة تعتبر طويلة نسبياً، إذ إنه من الممكن أن ينتظر المحكوم عليه حتى آخر يوم من ميعاد رفع دعوى البطلان ثم يقوم بعد ذلك برفعها، وهذا ما يتعارض مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في سرعة إنهاء المنازعات. لذا فإنه من الاوفق أن يتم تقصير تلك المدة إلى أقل من ذلك، ولتكن ستين يوماً، وخاصة أن هذه المدة الأخيرة ليست بغريبة عن المنازعات الإدارية، حيث إنها تعد المدة المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر.

وبالإضافة إلى ذلك، ومن أجل أن تكون النصوص القانونية أكثر اتفاقاً مع المنطق القانوني، فإنه من الأفضل أن يفرق المشرع المصري بين حكم التحكيم الحضورى والغيابي، بحيث يرتبط ميعاد رفع دعوى البطلان بتاريخ صدور حكم التحكيم إذا كان حضورياً، وقصر ربط سريانه بالإعلان على حالة صدور الحكم في غيبة المحكوم ضده^(٢).

ثالثاً : اعتراض الغير La tierce opposition

يعد هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية extraordinaires المقررة لمراجعة أحكام التحكيم الإداري. وهو عبارة عن وسيلة بمقتضاها يجوز أن يقدم كل شخص لم يكن طرفاً في الخصومة أو ممثلاً فيها اعتراضاً على الحكم الصادر فيها والذي يكبده أو يعرضه للضرر^(٣).

(١) انظر في هذا المعنى : د. يسرى محمد العصار : المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٢) انظر في هذا الرأي : د. محمود مختار أحمد بريري : المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٣) راجع :

ولقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه الوسيلة كأحدى الطرق المتاحة لمراجعة حكم التحكيم، فقد نصت المادة ١٤٨١/٢ من قانون الإجراءات المدنية على أنه يجوز الطعن في أحكام التحكيم عن طريق اعتراض الغير أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في غياب الاتفاق على التحكيم، مع مراعاة أحكام المادة ١/٥٨٨ من ذات القانون^(١).

ووفقاً للمادة ٥٨٣ من قانون الإجراءات المدنية فإن اعتراض الخارج عن الخصومة يجب أن تتوافر في شأنه ثلاثة شروط^(٢) :

- أن يتعرض لضرر أو أن يهدد بحدوث ضرر.
- ألا يكون طرفاً في الخصومة.
- ألا يكون مثل في الخصومة عدا حالات الغش.

والملاحظ أن قانون التحكيم المصري لم يأخذ بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، خلافاً للقانون الفرنسي. وهذا الاتجاه لم يلق قبولاً لدى بعض الفقهاء الذي رأى ضرورة أن يتدخل المشرع وينص على إمكانية الطعن في أحكام التحكيم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، وذلك " لمواجهة الحالات العملية، التي تضع الغير ذا المصلحة بين شقي الرحي، فلا هو طرف يملك ما يملكه الأطراف من حق الحضور وأداء أوجه دفاعه، ولا هو أجنبي من الغير، الذين لا تمتد إليهم آثار حكم التحكيم، وفقاً لما تتجه إليه بعض الآراء " ^(٣).

في الواقع إن هذا الرأي محل نظر، ولا نرى مجالاً لتطبيقه على كافة أنواع المنازعات المدنية منها أو الإدارية، ومرجع ذلك أن ذاتية نظام التحكيم لا تتطلب تنوع طرق الطعن في الأحكام الصادرة في ظلّه بطريقة تشل بكثير من فاعليته. كما أن من شأن السماح للغير بالطعن في أحكام التحكيم سيعود بالخصوم إلى طبقات المحاكم المختلفة، وبالتالي يتعارض

(١) انظر النص الفرنسي للمادة ١/٥٨٨ والوارد كالتالي :

" La tierce opposition incidente à une contestation dont est saisie une juridiction est tranchée [*compétence*] par cette dernière si elle est de degré supérieur à celle qui a rendu le jugement ou si, étant d'égal degré, aucune règle de compétence d'ordre public n'y fait obstacle. La tierce opposition est alors formée de la même manière que les demandes incidentes ".

(٢) راجع :

S. Crépin, op.cit., p.142.

(٣) انظر : د. خالد أحمد حسن : بطلان حكم التحكيم، " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٦، تحت إشراف أ.د/ وجدي راغب فهمي، ص ٦٤١.

مع إرادة الأطراف المتمثلة في استبعاد القضاء الوطني من نظر النزاع الذي اتفقوا على حله بطريق التحكيم. فضلاً عن ذلك، فإن نسبية الأثر الذي يترتب على اتفاق التحكيم^(١)، وكذلك نسبية الأثر الذي يترتب على حجية الأمر المقضي به كفيلاً بحماية الغير من التأثير الضار للأحكام التي تصدر عن المحكمين، وهذا المعنى الأخير عبرت عنه بوضوح محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ من يناير عام ٢٠٠٧ بقولها : " إذا كان قرار التحكيم لا يتمتع بحجية الشيء المقضي به إلا بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه، فإنه لا يمكن الاحتجاج به على الغير " ^(٢).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاعدة المقررة في الشريعة العامة للإجراءات في القانون الوضعي المصري قوامها أنه يشترط فيمن يطعن في الحكم أن يكون طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه ^(٣)، أما من لم يكن طرفاً في الخصومة فلا يقبل منه الطعن في الحكم الصادر فيها وإنما حسبه أن ينكر حجية الحكم الذي يحتج به عليه أو أريد تنفيذه عليه بدعوى عدم الاعتداد بحكم التحكيم.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه إذا كان الطعن في أحكام التحكيم عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة يقوم في أساسه على اعتبارات العدالة وحسن توزيعها رفعاً للضرر الذي يصيب من لم يكن طرفاً في الخصومة، فإن هذه الاعتبارات قد تتحقق أيضاً إذا فتح المشرع المصري باب التماس إعادة النظر على الوجه المنصوص عليه في قانون المرافعات أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفي الحدود الجائز فيها قانوناً، وخاصة أن فقه القضاء الإداري المصري مستقر على أنه لا يجوز للخارج عن الخصومة أن يطعن في الحكم الذي تعدى أثره إليه، وإنما عليه أن يسلك طريق التماس إعادة النظر أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم.

(١) انظر في دراسة متخصصة لهذا الموضوع : د. على سيد قاسم : نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

(٢) ولقد جاءت عبارات الحكم كالتالي :

" Si une sentence arbitrale n'a autorité de chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers ".

C. Cass. ch.com, 23 janvier 2007, sté Prodim et CSF c/ sté Distribution Casino France, Rev.arb. 2007., p.135.

(٣) تنص المادة ٢١١ من قانون المرافعات على أنه : " لا يجوز الطعن في الأحكام إلا من المحكوم عليه ولا يجوز ممن قبل الحكم أو ممن قضى له بكل طلباته ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

ففي الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٢ من ابريل عام ١٩٨٧ ذهبت إلى أنه : " والحالة هذه الأخذ بالاتجاه القضائي الأخير للمحكمة الإدارية العليا والذي مقتضاه أن الخارج عن الخصومة لا يجوز له الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الحكم الذي تعدى إليه أثره وإنما عليه أن يسلك طريق التماس إعادة النظر أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الملتمس إعادة النظر فيه. وكذلك فإن طعن الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر في المنازعات الإدارية بكافة أنواعها ومنها دعوى الإلغاء، وأياً كان الحكم الصادر سواء بالإلغاء أو بغير ذلك في دعوى الإلغاء وغيرها من أنواع المنازعات الإدارية وكذلك المنازعات التأديبية إلى محكمة الطعن يكون غير جائز قانوناً سواء كان الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فيما يطعن فيه أمامها من أحكام أو أمام محكمة القضاء الإداري فيما يطعن فيه أمامها من أحكام طبقاً للقانون " (١).

رابعاً : التماس إعادة النظر Le recours en révision

وفقاً للمادة ١٤٩١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فإن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر طبقاً للحالات والشروط المعمول بها بالنسبة للأحكام القضائية، ويقدم هذا الطعن إلى محكمة الاستئناف التي صدر حكم التحكيم في دائرتها.

ويستفاد من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد أجاز الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام التحكيم حال توافر إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ٥٩٥ من قانون الإجراءات المدنية (٢)، على أن يتم تقديم هذا الالتماس خلال شهرين من تاريخ علم الملتمس بأسباب التماسه، وذلك بنفس الإجراءات والأوضاع المقررة لالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني.

وباستقراء نصوص قانون التحكيم المصري يتبين عدم أخذه بطريق التماس إعادة النظر مثلما فعل القانون الفرنسي، على الرغم من أن هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام يمثل ضماناً هامة ضد

(١) الطعن رقم ٣٣٨٧ لسنة ٢٩ قضائية عليا، جلسة ١٢/٤/١٩٨٧، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٠٥، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص ٢١٢٠، بند ٢٩٣٢.

(٢) راجع بشأن الحالات المنصوص عليها في المادة ٥٩٥ من قانون الإجراءات المدنية :

S. Crépin, op.cit., p.142.

كل حكم يصدر بناء على غش أو تزوير. ويأحبذا لو أعاد المشرع المصري النظر في موقفه هذا وأخذ بهذا الطريق، على أن يقصره على ما إذا كان حكم التحكيم مبنياً على غش، أو أدلة إثبات ثبت تزويرها، أو لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد ادخل في الخصومة، واستبعاد ما عدا ذلك من حالات الالتماس المقررة في المادة ٢٤١ من قانون المرافعات لأنها تعد من حالات دعوى البطلان. وعلى أن يرفع الالتماس إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بذات الإجراءات والأوضاع المقررة لالتماس إعادة النظر في أحكام المحاكم الوطنية كما كان مقرراً من قبل في المادة ٥١١ من قانون المرافعات (الملغاة) ^(١)، وذلك لصعوبة اجتماع هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم الملتمس فيه – بعد صدوره – في أعم الحالات.

خامساً : مدى جواز الطعن بطريق النقض في أحكام التحكيم

يعد طريق الطعن بالنقض le recours en cassation من أوجه طرق الطعن غير العادية المقررة بالنسبة للأحكام القضائية الانتهائية، إذ لا يمكن أن يوجه هذا الطعن إلى الأحكام التي تكون قابلة للطعن فيها بالاستئناف أو بأي طريق آخر من طرق الطعن. وبالتالي فإن الطعن بالنقض لا يمكن أن يوجه مباشرة إلى أحكام التحكيم باعتبارها أحكاماً تقبل الطعن فيها بطرق أخرى.

فضلاً عن ذلك، فإن دور المحاكم العليا في الدولة، كمحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا في مصر، هو توحيد المبادئ القانونية التي تطبقها المحاكم على اختلاف أنواعها منعاً من الاختلاف حول تطبيق أو تفسير النص القانوني الواحد، وهذا الاعتبار لا ينطبق على الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم؛ لأنها لا تعتبر من محاكم الدولة ولا درجة من درجات التقاضي ^(٢). كما أن التحكيم يعتبر قضاء خاص يحكم حالات متباينة، تحكمها أيضاً قواعد وقوانين متباينة، ومن ثم فلا محل لوحدة تطبيق القانون بشأنها كما هو الحال بالنسبة للقانون الداخلي ^(٣).

(١) فقد كانت المادة ٥١١ من قانون المرافعات التي ألغيت بمقتضى قانون التحكيم الحالي تنص على أنه: " فيما عدا الحالة الخامسة من المادة ٢٤١ يجوز الطعن في أحكام المحكمين بالتماس إعادة النظر طبقاً للقواعد المقررة لذلك فيما يتعلق بأحكام المحاكم. ويرفع الالتماس إلى المحكمة التي كان من اختصاصها أصلاً نظر الدعوى ".

(٢) د. علي بركات : المرجع السابق، ص ١٧.

(٣) د. أحمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ٢١٧.

ولعل هذه الاعتبارات هي التي دفعت بالمشروع الفرنسي إلى أن يحظر صراحة الطعن بالنقض في أحكام التحكيم في المادة ١٤٨١/١ من قانون الإجراءات المدنية، خلافاً للمشروع الكويتي الذي أخذ بهذا الطريق دون غيره للطعن في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم القضائي^(١).

وإذا كانت القاعدة هي عدم جواز الطعن بطريق النقض في أحكام المحكمين، فإن ذلك لا ينفي إمكانية الطعن بهذا الطريق في حكم نهائي صادر عن محكمة قضائية في طعن بالاستئناف أو ببطلان حكم التحكيم، وبخاصة في ظل غياب النص التشريعي الذي يحظر الطعن بطريق النقض في هذه الأحكام الأخيرة، مما يتعين معه الرجوع إلى قانون المرافعات – كما تقول محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١ من أغسطس عام ٢٠٠٥ – " باعتباره القانون الإجرائي العام الذي تعد نصوصه في شأن الطعن في الأحكام نصوصاً إجرائية عامة لانطباقها على كافة الدعاوى إلا ما استثني بنص خاص " ^(٢). وبالتالي فإن الطعن بطريق النقض يكون جائزاً في الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف أو البطلان. وهذا ما يؤدي إلى خضوع حكم التحكيم لرقابة غير مباشرة من خلال الطعن في الأحكام الصادرة عن محكمة البطلان باعتبارها صادرة عن محكمة آخر درجة أمام المحكمة الإدارية العليا باعتبار أن الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة – الأخيرة – تقاس بالأحكام الصادرة عن محكمة النقض، وهذا ما يستفاد من خلال قول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٤ من إبريل عام ١٩٧٠ ^(٣) : إذا جاز أن يقاس الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على طريق من طرق الطعن التي أوردها قانون المرافعات المدنية والتجارية – في هذا الشأن – فإنه يقاس على الطعن بطريق النقض، إذ إن أوجه الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وهي حالات مخالفة القانون

(١) تنص المادة ١٠ من قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ على أنه : " يجوز الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم بالتمييز في الأحوال الآتية : (أ) مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله. (ب) إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم. (ج) إذا قضت هيئة التحكيم على خلاف حكم سبق صدوره بين ذات الخصوم حاز على حجية الأمر المقضي، سواء صدر من المحاكم العادية أو من إحدى هيئات التحكيم. (د) إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر. ولا يجوز الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم بأي طريق آخر من طرق الطعن " .

(٢) انظر : حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٨/١، الطعن رقم ٦٦١ ، ٦٦٢ لسنة ٧٢ ق " تجاري "، مجلة المحاماة، العدد الرابع، ص ٥٠٤ - ٥٠٥.

(٣) الطعن رقم ٦٣١ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١٩٧٠/٤/٤، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في واحد وستين عاماً، ج ٥، مرجع سابق، ص ٢٥٩٧، بند ٣٥١٣.

أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، وبطلان الحكم وصدوره خلافاً لحكم حاز حجية الشيء المحكوم فيه، هي بذاتها أوجه الطعن بالنقض.

ولا يمكن الاحتجاج على ذلك بأن مختلف التشريعات قد حظرت الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً؛ ذلك أن المقصود بهذا الحظر هو عدم جواز الطعن المباشر في أحكام التحكيم بطريق النقض، وهذا أمر طبيعي لأن الطعن بطريق النقض لا يمكن أن يوجه إلا إلى الأحكام الانتهائية.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القاعدة العامة في القانون الإداري الفرنسي قوامها أن كل الأحكام الصادرة عن القضاء باعتبارها محكمة آخر درجة تكون دائماً – بقوة القانون – محلاً للطعن فيها بطريق النقض، وأن المشرع هو الوحيد الذي يملك الخروج عن هذه القاعدة ويقرر عكسها بموجب نص قانوني صريح، وهذا ما أعلنه مجلس الدولة الفرنسي صراحة في حكمه الصادر في قضية d'Aillières بتاريخ ٧ من فبراير عام ١٩٤٧^(١).

غير أن الوضع الحالي لقانون التحكيم المصري قد يضع عقبة في هذا المضمار، ومرجع ذلك أن المادة ٢/٥٤ منه قد عقدت الاختصاص بنظر دعوى البطلان – في غير التحكيم الدولي – لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. وبالتالي إذا فرض – وهو الفرض الغالب – أن المحكمة الإدارية العليا هي المختصة بنظر دعوى البطلان باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع والتي يفترض أنها محكمة القضاء الإداري، فهل يجوز في هذه الحالة الطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا؟! والإجابة بالنفي؛ ذلك أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية تعد بمثابة أحكاماً صادرة عن محكمة النقض فيما يتعلق بمنازعات القانون الخاص. لذا فإن الأمر يحتاج إلى مراجعة تشريعية بشأن تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان. وهذا ما سوف نلقي عليه الضوء في المطلب التالي.

(١) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" (...) que l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État ".
C.E., 7 février 1947, d'Aillières, in GAJA, op.cit., p.397.

المطلب الثاني

تحديد القضاء المختص بإجراء الرقابة على حكم التحكيم

" توجد قواعد يأبى العقل الإذعان لها، إلا إذا أجبرته قوة البراهين على ذلك. وهناك على العكس قواعد أخرى سهلة الإدراك، وتفرض نفسها. اختصاص القاضي الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية تندرج تحت إطار النوع الثاني من تلك القواعد ".

هذه العبارة البليغة التي قالها الفقيه Foussard ^(١) تعبر بطريقة واضحة عن أن جهة القضاء الإداري هي الجهة المنوطة بها أعمال الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية باعتبارها الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم. فاستناداً لمعيار طبيعة المنازعة الذي يشكل المعيار العام في توزيع الاختصاصات القضائية، يعد القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي لنظر الطعون التي توجه ضد أحكام التحكيم الإداري.

فقد ذكرت الفقيه Bruce بأنه إذا كانت طبيعة المنازعة في ظل الشريعة العامة تشكل المعيار العام الذي يتحدد على أساسه اختصاصات جهات القضاء المختلفة، فإن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم ينبغي أن تكون أيضاً المعيار الذي يستند إليه لتحديد جهة القضاء المختصة عندما يتطلب منها التدخل لإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها ^(٢).

^(١) وفي هذا الصدد يذكر :

" Il est des règles auxquelles l'esprit répugne à adhérer, à moins d'y être contraint par une rigoureuse démonstration. D'autre au contraire, immédiatement intelligibles, s'imposent d'elles-mêmes. La compétence du juge administratif pour connaître du contentieux des sentences arbitrales rendues en matière administrative pourrait bien relever de cette seconde catégorie ".

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., p.41.

^(٢) وفي هذا الصدد تذكر :

" Or si c'est bien la nature du litige qui détermine la compétence de la juridiction administrative dans le droit commun, c'est, de même, la nature du litige soumis à l'arbitre qui doit déterminer la compétence de la juridiction administrative, lorsque celle-ci est appelée à intervenir en matière arbitrale. La compétence du juge étatique en matière arbitrale sera donc liée au *fond* du litige ".

E. Bruce, art.préc., p.71.

وقد أخذ بهذا المعيار غالبية مشرعو دول مجلس التعاون الخليجي، حيث اتجهت إرادتهم إلى عقد الاختصاص بشأن إجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم لجهة القضاء المختصة أصلاً بنظر النزاع في حالة غياب الاتفاق على التحكيم^(١). وهذه أيضاً حالة المشرع المصري فيما يتعلق بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الداخلي^(٢).

وعلى الرغم من سهولة هذا المعيار ووضوحه، فضلاً عن قوة منطقته القانوني، إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي قد اتجه إلى المناداة بضرورة عقد الاختصاص بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الإدارية لجهة القضاء العادي^(٣)، ويستند في ذلك إلى حجة رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص^(٤).

فقد ذهب الفقيه الفرنسي Level إلى القول إنه : " في مادة التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم، ذا الطبيعة الخاصة، ينبغي أن تخضع المنازعات المتعلقة به لاختصاص جهة القضاء العادي " ^(٥).

ولعل وجهة النظر هذه هي التي دفعت كل من المشرع المصري^(٦)، والبحريني^(٧)، والعماني^(٨) إلى عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي

(١) انظر : المادة ١٩ من نظام التحكيم السعودي، والمادة ٢٠٨ من قانون المرافعات القطري، والمادة ١٨٧ من قانون المرافعات الكويتي، المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم العماني (بالنسبة للتحكيم الوطني).

(٢) تنص المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم على أنه : " تختص بدعوى البطلان (...). وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ".
(٣) انظر :

P. Stillmunkes, L'arbitrage en droit administratif, thèse, Paris, 1960, cité par J.-D. Dreyfus, op.cit., p.469.

(٤) راجع بالتفصيل حول موضوع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص :

A. Patrikios, op.cit., pp.166-169.

(٥) راجع :

P. Level, note sous C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A, JCP 1989., II, n° 21323.

(٦) تنص المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم المصري على أنه : " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون ". وبالرجوع إلى نص المادة ٩ تبين أن هذه المحكمة هي محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان.

(٧) فالمادة ٦ من مرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي قد جعلت الاختصاص بإجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم معقوداً لمحكمة الاستئناف العليا المدنية.

(٨) فالمادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم العماني المعدل بالمرسوم رقم ٢٠٠٧/٣ قد قررت عقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي للمحكمة الاستئناف المختصة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون ". وبالرجوع إلى نص المادة ٩ تبين أن هذه المحكمة هي محكمة الاستئناف بمسقط.

لإجراء الرقابة على أحكام المحكمين الصادرة في إطار التحكيم الدولي دون الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة أو الإدارية للنزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم.

في الواقع إن هذا الرأي الذي اتجه إلى عقد الاختصاص للقضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي يمكن التسليم به – سريعاً – ولكن في حالة ما إذا كانت الإدارة الطرف في العقد الإداري الخاضع للتحكيم من جنسية أجنبية، على اعتبار أن جهة القضاء العادي هي المختصة أصلاً بنظر تلك المنازعات في حالة غياب الاتفاق على التحكيم^(١). أما إذا كانت الإدارة الوطنية هي الطرف الآخر في النزاع، فإن هذا الاتجاه يصعب التسليم به؛ ذلك من منطلق أن القضاء الإداري هو القاضي الطبيعي للعقود الإدارية حال غياب اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها.

وعلى ذلك فإن مسلك المشرع المصري – ومن اتبعه – بشأن عقد الاختصاص في مادة التحكيم الدولي لجهة القضاء العادي لإجراء الرقابة على أعمال المحكمين عموماً، وعلى الأحكام الصادرة عنهم خصوصاً – في الواقع – يعد مسلكاً عشوائياً ولا يستند إلى أي أساس أو معيار يدعمه، ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، أهمها عقد الاختصاص للقاضي العادي للفصل في المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة ٤٦ من قانون التحكيم^(٢)، وقد تكون هذه المسائل متعلقة بمشروعية القرارات الإدارية التي تدخل في المجال المحفوظ دستورياً للقاضي الإداري.

ولا يمكن أن نفسر هذا المسلك إلا من خلال القول إن المشرع المصري كان يقصد من وراء نصه في المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم على اختصاص محكمة الاستئناف بنظر دعوى بطلان أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي هو اقتصرها فقط على حالة ما إذا كانت المنازعة الإدارية محل التحكيم طرفها دولة أجنبية، على اعتبار أن القاضي العادي في هذه الحالة هو المختص بنظر ذلك النزاع حال غياب الاتفاق على

(١) راجع سابقاً ص ٣٢٦ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (٤٦) من قانون التحكيم على أنه: "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم (...)، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة (...) ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم".

التحكيم، أما إذا كان مقصده غير ذلك، فإنه من الاوفق أن يتدخل ويعيد النظر مرة أخرى في هذا الأمر، بحيث ينص على اختصاص القضاء الإداري بنظر كافة المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية التي يكون طرفها الإدارة الوطنية، حتى تكون النصوص القانونية أكثر اتفاقاً وتناسقاً مع النظام القانوني السائد حالياً في الدولة والذي يقوم على مبدأ ازدواجية القضاء.

وقد كنا نأمل من المحكمة الدستورية العليا في مصر، باعتبارها محكمة تنازع، أن تفصل في مسألة تحديد جهة القضاء المختصة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بصدد المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية تحت مظلة التحكيم الدولي، وذلك بمناسبة الدعوى المقامة من شركة ماليكورب ليمتد ضد وزير الطيران المدني وآخرين والتي طلبت في ختامها بتعيين جهة القضاء المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ ٧ من مارس عام ٢٠٠٦، وذلك في الدعويين المتداولتين؛ الأولى : برقم ١٧٤٦٤ لسنة ٥٢ ق.ع أمام المحكمة الإدارية العليا المقامة من وزير الطيران المدني وآخر بطلب الحكم بوقف تنفيذ حكم التحكيم وفي الموضوع ببطلانه، والثانية : برقم ٤٨ لسنة ١٢٣ أمام محكمة استئناف القاهرة المقامة أيضاً من وزير الطيران المدني وآخر بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ حكم التحكيم المشار إليه وفي الموضوع ببطلانه.

وبالرغم من أن دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا قد أصدرت حكماً بجلسة ٣٠ من مايو عام ٢٠٠٦ بوقف تنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه وإحالة الطعن إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيره وإعداد تقرير بالرأي القانوني. ومن جهة أخرى قامت محكمة استئناف القاهرة بتأجيل الدعوى المقامة أمامها من جلسة ٢٠٠٦/٨/٥ إلى جلسة ٢٠٠٦/١٢/٧، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد رأت في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ من يونيو عام ٢٠٠٧ أن هذا الإجراء وحده الذي اتخذته محكمة الاستئناف لا يكشف عن تمسكها بنظر دعوى البطلان، وانتهت إلى عدم قبول الدعوى لعدم وجود ثمة تنازع ايجابي على الاختصاص مما يستتبع ولاية المحكمة الدستورية للفصل فيه طبقاً للمادة ٢/٢٥ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩^(١).

(١) راجع : الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٤ لسنة ٢٨ ق " تنازع "، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٠، غير منشور.

وعلى أية حال فإن تحديد جهة القضاء المختصة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم ينبغي أن يكون بالنظر إلى الجهة التي كان من المفترض عقد الاختصاص لها بنظر النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، بحيث إذا كانت المنازعة ذات طبيعة خاصة، أو إدارية وطرفها إدارة أجنبية، فإن القاضي المختص بإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها سيكون - بلا شك - القاضي العادي على اعتبار أنه المختص أصلاً بنظر النزاع في حالة غياب الاتفاق على التحكيم. أما إذا كانت المنازعة المطروحة على التحكيم من طبيعة إدارية وطرفها الإدارة الوطنية، فإن القاضي الإداري - بلا منازعة - هو القاضي الطبيعي لنظر المنازعات المتعلقة بحكم التحكيم الصادر بشأنها. وهذا ما انتهى إليه رأي جمهور الفقه الفرنسي^(١)، وكذلك الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي^(٢)، وأكدت عليه الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣^(٣)، وأيضاً تقرير مجموعة العمل الصادر بتاريخ ٢٧ من مارس عام ٢٠٠٧ بشأن وضع التصور النهائي لمشروع القانون المزمع إصداره بشأن التحكيم في المواد الإدارية^(٤).

(١) انظر على سبيل المثال :

- G.M.-Dawance, L'arbitrage en droit public, Gaz.Pal. 1^{er} sem. 1987., doct. p.470., spéc, p.471.
- J.-M. Auby, L'arbitrage en matière administrative, art.préc., p.88.
- D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., pp.41et s; note sous C.E., 28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, préc, pp.648 et s.
- J. Puisoye, Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, art.préc., p.283.
- E. Guillaume, concl.préc., p.76.

(٢) انظر على سبيل المثال

- C.E., 2 mars 1956, Le Secteur Electrique de Reuilly, Rec., p.102.
- C.E., 13 février 1959, Compagnie des chemins de fer du Midi, Rec., p.113.
- C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957., p.108; Rec., p.12.
- C.E., 5 novembre 1986, Rajaonarison, Rec., p.439.
- C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A., Rec., p.69.
- C.E., 28 octobre 2005, Caisse centrale de réassurance, Rec., t. p.1074.
- T.C., 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance, RFDA 2007., p.290.

(٣) راجع :

Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.95.

(٤) راجع :

وإذا انتهيت إلى ضرورة عقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري بشأن إجراء الرقابة على أحكام التحكيم الإداري، فإنه يتبقى لنا في هذا المضمار تحديد المحكمة المختصة التي يجب أن ينعقد لها الاختصاص في هذا الشأن، وبخاصة في النظام المصري.

يبدو أنه من الأفضل أن تكون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع – بحسب قيمة المنازعة – هي الجهة المنوط بها أعمال الرقابة على أحكام التحكيم، بحيث ترفع الطعون أمام المحكمة المختصة التي يقع ضمن نطاقها مكان صدور حكم التحكيم، وذلك إذا ما تعلق الأمر بتحكيم وطني. أما إذا كان التحكيم دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم المصري، فيكون الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة قضاء إداري أخرى في مصر. وبذلك تتاح الفرصة أمام طرفي التحكيم في الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر – في حالة فتح المشرع المصري هذا الطريق من طرق الطعن – أمام محكمة القضاء الإداري^(١)، وفي الطعن على الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري في دعوى البطلان أمام المحكمة الإدارية العليا.

وبذلك، يكتمل تناول المبحث الثاني والمخصص لدراسة الرقابة القضائية على حكم التحكيم، ويتبقى لكي يكتمل الفصل الثاني والمخصص لدراسة حكم التحكيم، أن نتناول النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم وإشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة والطلول التي وضعها القانون الوضعي لاسيما الفرنسي للقضاء على هذه الإشكالية؛ الأمر الذي نخصص له المبحث التالي.

(١) إذا كان من المستقر عليه في فقه قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر جائز في الأحكام الصادرة عن محاكم مجلس الدولة عدا الأحكام الصادرة عنها، ومن الأحكام التي عبرت عن هذا المعنى الحكم الصادر في الطعن رقم ١٩٩٣ لسنة ٤٧ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، مرجع سابق، ص ١٣٨، فإنه يستفاد من ذلك أنه لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا.

المبحث الثالث

تنفيذ حكم التحكيم

يحوز حكم التحكيم بمجرد صدوره على حجية الشيء المقضي به – كما أشرنا إلى ذلك في أكثر من موضع في هذه الدراسة – ولكن من الملاحظ أن هذه الحجية ليست كافية بمفردها لكي يمكن تنفيذ حكم التحكيم، إذ إن الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم تتطلب ضرورة تدخل القاضي الوطني لإعطاء القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عنه؛ فالمحكم وإن كان يملك إقرار الحق وتقريره، إلا أنه شخص عادي لا يملك سلطة الأمر أو الجبر التي يملكها القاضي الوطني لكي يسبغها على حكم التحكيم. فصدور الأمر بالتنفيذ هو الذي يعطي لحكم التحكيم القوة التنفيذية ويسمح بتنفيذه جبراً حال عدم امتثال المحكوم ضده لتنفيذه طواعية واختياراً.

وإذا كانت إشكالية عدم امتثال المحكوم ضده لتنفيذ حكم التحكيم قد تبدو محدودة الأبعاد إذا ما ظلت في إطار النظام القانوني الداخلي، فإن جوانبها قد تتنامى وتتعاظم إذا ما تعلق الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ومرجع ذلك أن هذه الأحكام – الأخيرة – تصدر عن أشخاص تابعين لدول أخرى وطبقت بشأنها قواعد قد تغاير وتباين تلك التي يطبقها القاضي الوطني. وهذا ما يستدعي التعرض للنظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في مطلب أول.

ولعل الطبيعة الأجنبية لحكم التحكيم لا تشكل مصدر الصعوبة الوحيد في إطار تنفيذ أحكام التحكيم، حيث إن حضور الإدارة كطرف في إجراءات التحكيم يثير أيضاً الكثير من المشاكل، خاصة فيما يتعلق بفاعلية أحكام التحكيم الصادرة ضدها والتي رفضت الانصياع لها أو احترامها. وبالتالي يثار التساؤل عن ما إذا كان نظام الأشخاص المعنوية العامة يسمح بخضوعها لقواعد التنفيذ الجبري حال امتناعها عن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها؟ وإذا كانت الإجابة بلا، فما هي إذن الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لتحقيق الفاعلية اللازمة لهذه الأحكام؟ الإجابة عن هذين التساولين ستكون من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول

النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الإداري

نعرض في هذا المطلب النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية على ضوء ما ورد في الشريعة العامة للتحكيم.

أولاً : تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية

طبقاً لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فإن حكم التحكيم الوطني لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري بمجرد صدوره، وإنما يستلزم الأمر اللجوء إلى القضاء الوطني لوضع الصيغة التنفيذية عليه. وينبغي على طالب التنفيذ أن يودع أصل حكم التحكيم مرفقاً به نسخة من اتفاق التحكيم قلم المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرتها حكم التحكيم^(١). كما يجب أن توضع الصيغة التنفيذية على أصل حكم التحكيم، وفي حالة رفض منح هذه الصيغة فينبغي على القاضي أن يعطي الأسباب المبررة لهذا الرفض^(٢).

واشترط اللجوء إلى القاضي الوطني من أجل استصدار أمراً بتنفيذ حكم التحكيم هو أمر أجمعت عليه كافة تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي^(٣)، وكذلك المشرع المصري، إذ نص الأخير في المادة ٥٦ من قانون التحكيم على أنه : " يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة

(١) تنص المادة ١٤٧٧ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " لا يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بموجب صيغة تنفيذية تصدرها المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرتها حكم التحكيم. ويأمر بالصيغة التنفيذية قاضي التنفيذ في المحكمة. ولأجل هذا يودع أحد المحكمين أو الطرف الأكثر عجلة قلم المحكمة أصل حكم التحكيم مرفقاً به نسخة من اتفاق التحكيم ".

(٢) تنص المادة ١٤٧٨ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " توضع الصيغة التنفيذية على أصل حكم التحكيم، ويجب أن يكون القرار الصادر برفض منح الصيغة التنفيذية مسبباً " .
راجع بالتفصيل بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية في فرنسا :

- J. Thieffry, L'exécution des sentences arbitrales, "Éléments de droit comparé", Rev.arb. 1983., p.423., spéc, pp.425 et s.

- Ph. Bertin, Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, Rev.arb. 1983., p.281-293.

(٣) انظر : المادة ٢١٥ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، وكذلك المادة ٩ من قانون التحكيم القضائي الكويتي، والمادة ٢٠٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة ٢٤١ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية البحريني، والمادة ٢٠ من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادة ٥٦ من قانون التحكيم العماني.

- (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضااتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي :
- ١ - أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
 - ٢ - صورة من اتفاق التحكيم.
 - ٣ - ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.
 - ٤ - صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة (٤٧) من هذا القانون ."

ووفقاً للمادة ٥٧ من قانون التحكيم المصري^(١)، لا يمكن قبول طلب التنفيذ إلا بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم (تسعون يوماً من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم له). ولا يترتب على رفع هذه الدعوى وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة المختصة – إذا طلب المدعي وقف تنفيذ الحكم في صحيفة دعوى البطلان – أن تأمر بوقف التنفيذ إذا كان طلب الوقف مبنياً على أسباب جدية، على أن يكون ذلك خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظر طلب الوقف. وإذا رأت المحكمة إيقاف تنفيذ حكم التحكيم جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي. ويجب عليها في هذه الحالة الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر.

وطبقاً لنص المادة ٢/٥٨ من ذات القانون، لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد أن يتحقق القاضي من أن حكم التحكيم لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام الداخلي، وأنه أعلن إعلاناً صحيحاً للمحكوم عليه^(٢).

ويرى جانب من الفقه أن القاضي المعروض أمامه الأمر بالتنفيذ لا يتمتع بسلطة النظر في الحكم من الناحية الموضوعية؛ أي من حيث صحته

(١) قد جرى نص هذه المادة كالتالي : " لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محدودة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي. وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر".

(٢) قد جرى نص هذه الفقرة كالتالي : " لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي : (أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع . (ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. (ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً ".

أو بطلانه، أو سلامة وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع^(١)؛ فالرقابة التي يمارسها قاضي التنفيذ على حكم التحكيم تعد رقابة محدودة تقتصر فقط على التحقق من أنه أمام حكم تحكيم بالمعنى الفني الدقيق تتوافر فيه الشروط التي تتطلبها القانون لتنفيذه^(٢).

ولقد أتاح المشرع المصري التظلم من الأمر الصادر برفض تنفيذ حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة ٩ من قانون التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، أما الأمر الصادر بالتنفيذ فلا يجوز التظلم منه، إذ نصت المادة ٣/٥٨ من قانون التحكيم على أنه: " ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم. أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ".

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٦ من يناير عام ٢٠٠١ بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة السابقة فيما نصت عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، تأسيساً على أنها تتعارض مع مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون ويخل بحق التقاضي بالمخالفة لأحكام المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور^(٣).

(١) راجع : د. أحمد محمد حشيش : القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي ٢٠٠١، ص ٩٢، د. أحمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.
(٢) انظر :

S. Crépin, op.cit., p.119.

(٣) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا : " (.....) لما كان ما تقدم، فإن النص الطعين بمنحه الطرف الذي يتقدم بطلب تنفيذ حكم المحكمين الحق في التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ ليثبت توافر طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم على الضوابط الثلاثة التي تطلبها البند (٢) من المادة ٥٨ السالف الإشارة إليه، وحرمانه الطرف الآخر في خصومة التحكيم مكنة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ لينفي في المقابل توافر طلب الأمر بالتنفيذ على الضوابط عينها؛ يكون قد مايز – في مجال ممارسة حق التقاضي – بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية تقتضيه، بما يمثل إخلالاً بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وعائقاً لحق التقاضي مخالفاً بذلك أحكام المادتين (٤٠ ، ٦٨) من الدستور مما يتعين معه القضاء بعدم دستورية النص الطعين، ولا يقلل ذلك النص من أثره التذرع بالطبيعة الخاصة لنظام التحكيم وما يهدف إليه من تيسير الإجراءات وتحقيق السرعة في حسم الأنزعة، ذلك أنه فضلاً عن أن هذا الاعتبار لا يجوز أن يهدر المبادئ الدستورية السالف الإشارة إليها (.....) ".

القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ ق دستورية، جلسة ٢٠٠١/١/٦، موسوعة النقض والدستورية العليا، إعداد : د. أحمد مليجي، ط ١، ج ١، ٢٠٠٤، ص ٥٠٩.

ثانيا : تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

لقد أحال المشرع الفرنسي بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى النصوص الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، فقد نصت المادة ١٥٠٠ من قانون الإجراءات المدنية في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه : " تنطبق أحكام المواد من ١٤٧٦ إلى ١٤٧٩ على حكم التحكيم " .

ونظراً للطبيعة الخاصة لأحكام التحكيم الأجنبية، فقد وضع المشرع الفرنسي بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة تلك الأحكام. فيجب ألا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام الدولي على نحو ظاهر حتى يمكن الاعتراف به وتنفيذه في فرنسا بواسطة قاضي التنفيذ^(١)، ويجب إثبات صدور الحكم عن طريق تقديم أصله مرفقاً به اتفاق التحكيم، أو عن طريق صورة من هذين المستنديين تتمتع بالشروط المتطلبة لاعتبارها مستندات رسمية، مع إلزامية ترجمتها من قبل مترجم مسجل في قائمة الخبراء إذا لم تكن محررة باللغة الفرنسية^(٢).

ووفقاً لنص المادة ١٥٠١ من قانون الإجراءات المدنية، فإنه يجوز استئناف القرار الصادر برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو منحه الصيغة التنفيذية أمام محكمة الاستئناف التي يقع في نطاقها القاضي الذي أصدر القرار على أن يكون ذلك خلال مهلة شهر تبدأ من تاريخ إعلان قرار القاضي^(٣)، أما القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية فلا يجوز استئنافه إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر في نص المادة ١٥٠٢ من قانون الإجراءات المدنية السابق بيانها^(٤).

أما بالنسبة لموقف التشريع المصري، فإنه يتعين التفرقة بين أحكام التحكيم الأجنبية التي تخضع في تنفيذها لأحكام قانون التحكيم وتلك التي تخضع لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية. فإذا اتفق الأطراف على سريان أحكام قانون التحكيم المصري على التحكيم الصادر بشأنه الحكم المراد تنفيذه، فإن قواعد التنفيذ الواردة في ذلك القانون هي التي تكون واجبة التطبيق في هذه الحالة دون أن يخل ذلك بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مصر، ومع مراعاة ما تنص عليه المادة السادسة من قانون

(١) المادة ١٤٩٨ من قانون الإجراءات المدنية.

(٢) المادة ١٤٩٩ من قانون الإجراءات المدنية.

(٣) المادة ١٥٠٣ من قانون الإجراءات المدنية.

(٤) راجع سابقاً ص ٥٠٢.

التحكيم من أنه إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو وثيقة أخرى، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، فالخاص يقيد العام؛ أي يتعين في هذه الحالة الالتزام بتنفيذ الحكم طبقاً للاتفاقية الدولية أو لما أحال إليه اتفاق الطرفين بشرط عدم إخلال ذلك بالنظام العام الداخلي^(١).

أما إذا لم يتفق الطرفان على إخضاع أحكام التحكيم الأجنبية لأحكام قانون التحكيم المصري، فإن تلك الأحكام سوف يتم تنفيذها طبقاً للقواعد الواردة في نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية التي لم يلغها قانون التحكيم المصري بشرط أن يكون الحكم صادراً في مسألة يجوز فيها التحكيم وفقاً للقانون المصري، وأن يراعي التقيد بالاتفاقيات الدولية التي ترتبط بها مصر كاتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية^(٢).

(١) انظر في هذا المعنى : د. أحمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٢) تنص المادة ١/١ من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة بتاريخ ١٠/٦/١٩٥٨ والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٦/٧/١٩٥٩ على سريان القواعد التي تضمنتها على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، كما تسرى أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة التي يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها.

كما نصت المادة الثالثة منها على أن تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ للشروط المنصوص عليها في المواد الواردة في هذه الاتفاقية. كما نصت هذه المادة أيضاً على عدم جواز فرض شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة كبيرة من تلك المفروضة لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية.

كما ألزمت المادة الرابعة من الاتفاقية طالب التنفيذ بأن يقدم إلى المحكمة المختصة أصل الحكم الرسمي وأصل اتفاق التحكيم أو صورة منهما تتمتع بالشروط المتطلبة لاعتبارها رسمية، وترجمة رسمية لهما إذا كانا غير محررين بلغة البلد الرسمية المطلوب تنفيذ الحكم فيها ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

ووفقاً للمادة الخامسة من الاتفاقية، لا يجوز للمحكمة رفض طلب التنفيذ إلا إذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الدليل على : (أ) عدم أهلية أطراف اتفاق التحكيم أو أحدهم طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم (قانون الجنسية وفقاً للقانون المصري)، وكذلك عدم صحة اتفاق التحكيم وفقاً للقانون الذي اتفق الأطراف على سريانه على هذا الاتفاق، فإذا لم يحدد هذا القانون، فتقدر صحة أو عدم صحة الاتفاق وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم. (ب) عدم إعلان الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه (ج) خروج المحكمين على حدود اتفاق التحكيم، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ الحكم في الحدود التي لم يحدث فيها مثل هذا التجاوز وذلك إذا كانت التجزئة ممكنة. (د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم كانت مخالفة لما اتفق عليه الطرفان أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق. (هـ) عدم اكتساب الحكم الصفة الإلزامية، أو صدور أمر بإلغائه أو إيقافه من السلطة المختصة في البلد التي صدر فيها الحكم، أو وفقاً للقانون الذي صدر الحكم بموجبه. (ز) إذا كان النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم في البلد المطلوب التنفيذ فيها، أو كان الاعتراف بالحكم وتنفيذه يخالف النظام العام في هذا البلد. وفي هذه الحالة الأخيرة تستطيع السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ من تلقاء نفسها.

وطبقاً لنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، فإنه يلزم لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية توافر عدة شروط، هي :

١- شرط المعادلة بالمثل؛ أي أن أحكام التحكيم الصادرة في بلد أجنبي يجوز تنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ أحكام وأوامر التحكيم الصادرة في مصر.

٢- التأكد من أن المحاكم المصرية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها حكم التحكيم والتحقق من اختصاص هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه.

٣- التأكد من أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

٤- أن يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه قد حاز على قوة الأمر المقضي به طبقاً لقانون البلد التي صدر فيها الحكم.

٥- عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم جمهورية مصر العربية، وعدم تضمنه ما يخالف النظام العام أو الآداب في مصر.

ويختص بنظر أمر التنفيذ المحكمة الابتدائية التي يراد تنفيذ حكم التحكيم في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى^(١).

وإذا كانت الأحكام الواردة في الشريعة العامة للتحكيم لا تتضمن ما يتعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية، فإنه لا يمنع من الأخذ بها في مجال أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على أن ينعقد الاختصاص لمحاكم القضاء الإداري بنظر أمر التنفيذ.

وبذلك، يكتمل تناول المطلب الأول والمخصص لدراسة النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية، وننتقل من ذلك إلى عرض الصعوبات التي تعترض تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة والحلول التي يمكن من خلالها التغلب على هذه الصعوبات.

(١) راجع المواد من ٢٩٦ إلى ٣٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

المطلب الثاني

صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة وحدودها

إذا كان الأمر الصادر من القضاء بتنفيذ حكم التحكيم هو الذي يسمح للطرف الصادر لصالحه الحكم بأن يلجأ إلى وسائل التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص من أجل إجبار الطرف الممتنع عن التنفيذ باحترام الحكم الصادر عن قضاء التحكيم، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد : هل يجوز اللجوء إلى تلك الوسائل من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الذي رفضت أو تراخت في تنفيذه ؟

في الواقع إن تطبيق وسائل الإجبار المنصوص عليها في القانون الخاص على الإدارة بهدف تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها هو أمرٌ لا يمكن تصوره؛ ذلك أن استخدام تلك الوسائل ضد الإدارة من شأنها الاصطدام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون العام، وبخاصة حصانة الدولة ضد التنفيذ؛ تلك الحصانة المعترف بها منذ زمن بعيد.

ومن الجدير بالذكر إن إشكالية تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة تدخل في إطار مشكلة أخرى أكثر عمومية، وهي تنفيذ الأحكام الإدارية؛ تلك المشكلة التي استحوذت على اهتمام فقه القانون العام^(١)، وعقدت بشأنها الكثير من الدراسات التي هدفت إلى إيجاد حل لها^(٢).

فمما لا شك فيه إنه في إطار الدولة القانونية تكون الإدارة ملزمة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، ولكن يلاحظ في هذا الشأن أن هذا الإجبار – في الحقيقة – إجبار أخلاقي وليس واقعي؛ بمعنى أنه لا يوجد في القانون من الوسائل الجبرية التي يمكن استخدامها ضد الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، ومرجع ذلك أن طبيعة نشاط الإدارة يأبى

(١) انظر على سبيل المثال :

- P.- L. Josse, L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public, EDCE 1953., pp.50-51.
- P. Delvolvé, L'exécution des décisions de justice contre <<L'administration >>, EDCE 1983-1984., pp.111-137.

(٢) انظر :

Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des juridictions administratives, RFDA 1990., pp. 481-514.

ويتنافر مع إمكانية استخدام وسائل التنفيذ العادية ضدها والمنصوص عليها في القانون الخاص.

وعلى هذا الأساس، فإن الصيغة التنفيذية التي توضع على حكم التحكيم الصادر في منازعة إدارية لا تنتج أثرها بالنسبة لكل الأشخاص الذين رفضوا الانصياع أو الخضوع لهذا الحكم؛ ذلك أنه إذا كانت القاعدة هي جواز لجوء الإدارة إلى قواعد التنفيذ العادية من أجل إجبار المحكوم ضده على تنفيذ حكم التحكيم الصادر لصالحها^(١)، فإن هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها إذا كان هذا الحكم صادراً ضد الإدارة ورفضت تنفيذه؛ لأن الإدارة تستطيع أن تدفع بحصانتها ضد طرق التنفيذ العادية^(٢).

وإذا كانت الإدارة تملك أن تعطل تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها عن طريق التمسك بحصانتها ضد التنفيذ، إلا أن القانون الوضعي، لاسيما القانون الفرنسي، قد نص على بعض الطرق والوسائل التي يمكن من خلالها الحد من هذه الحصانة سواء على المستوى الوطني أم الدولي، وذلك بهدف ضمان الفاعلية اللازمة لأحكام التحكيم الصادرة ضد الأشخاص المعنوية العامة.

أولاً : وسائل الإجبار المنصوص عليها في القانون الداخلي

إن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية أمر لا يتعلق فقط بالمجال الدولي، ولكن نلمس أثره كذلك في المجال الداخلي؛ فالأشخاص المعنوية العامة – كما سبق القول – تستطيع أن ترفض تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها

(١) ومن الجدير بالذكر أن الإدارة إذا لجأت إلى التنفيذ طبقاً لقواعد قانون المرافعات فيجب عليها في هذه الحالة أن تتعامل مع المحكوم ضده كما يتعامل الأفراد وأن تتبع في هذا الشأن كل القواعد المتعلقة بنوع الحجز والمبينة في قانون المرافعات. وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بالآتي : " (....) بيد أن الوزارة إذا ركنت إلى القضاء وسلكت طريق حجز ما للمدين لدى الغير بحسب قواعد قانون المرافعات فإنه ينبغي أن يخضع الحجز الذي أوقعته للشروط التي أوجبها القانون المذكور لصحة الحجز. وليس بمقبول التحلل من كل أو بعض هذه الشروط بمقولة أنه كان في مقدور الوزارة أن تستعمل رخصتها في التنفيذ المباشر. إذ هو احتجاج في غير مجاله لأنها لم تستعمل هذه الرخصة بل اختارت طريقاً آخر. فلزم أن يرد على الحكم على مسلكها فيه إلى القانون الذي نظم الطريق الذي اختارته ".
الطعن رقم ١٥٠٢ لسنة ٦ ق.ع، جلسة ١١/٢٤/١٩٦٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة، الجزء الأول : من أول أكتوبر سنة ١٩٦٢ إلى آخر يناير سنة ١٩٦٣، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٦٤، ص ٩٥.

(٢) انظر في هذا المعنى :

والحائزة على حجية الشيء المقضي به دون أن يستطيع المحكوم له استخدام طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص، كالحجوز بكافة أنواعها التحفظية والتنفيذية سواء كانت على المنقول أم على العقار.

هذا الوضع الذي وصفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه غير عادي anormale، ومؤلم choquante^(١) قد تواترت عليه جهة الإدارة بشكل ملفت للنظر^(٢) وأقرها في ذلك - منذ القدم - الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي.

فقد قضت محكمة التنازع في حكمها الصادر بتاريخ ٩ من ديسمبر عام ١٨٩٩ بأن طرق التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بتحصيل الديون التي على الأفراد لا تسري أحكامها على الأشخاص المعنوية العامة^(٣).

وهذا ما أفصح عنه أيضاً مجلس الدولة^(٤)، ومحكمة النقض، إذ قضت الأخيرة في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ من ديسمبر عام ١٩٨٧ بأن

(١) انظر :

J.-P. Costa, L'exécution des décisions de justice, AJDA 1995., numéro spécial, p.227., spéc, p.228.

(٢) ويشير الفقيه Costa إلى أن عدد الحالات التي استجابت جهة الإدارة فيها لتنفيذ الأحكام القضائية تمثل نسبة ضعيفة من مجموع الأحكام الصادرة ضدها. إذ تتراوح هذه النسبة من ١ إلى ١,٣% من مجموع الأحكام الصادرة ضدها.

J.-P. Costa, *Ibidem*.

وانظر أيضاً

M. Dreifuss, A. Bompard, Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction: la liquidation de l'astreinte, AJDA 1998., p.3., spéc, p.4.

(٣) وفي هذا الصدد تقول :

" (...) lesdites associations présentent les caractères essentiels d'établissements publics, vis-à-vis desquels ne peuvent être suivies les voies d'exécution instituées par le code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur des particuliers ".

T.C., 9 décembre 1899, Association syndicale du Canal de Gignac, in GAJA, op.cit., p.43.

(٤) فقد ذهب المجلس في فتواه الصادرة بتاريخ ٦ من فبراير عام ١٩٧٩ إلى أن طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص لا تنطبق على الأشخاص المعنوية العامة.

راجع :

C.E. Avis, 6 février 1979, Offices publics d'H.L.M. et aux offices publics d'aménagement et de construction, EDCE 1979-1980., p.216.

أموال الأشخاص المعنوية العامة غير قابلة للحجز عليها، ويستبعد بشأنها تطبيق طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص^(١).

وهذا ما أخذ به القانون المدني المصري، حيث نصت المادة ٨٧ منه على أنه : " (١) تعتبر أموالاً عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص. (٢) وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم."

وذات الاتجاه المادة ١٨ من القانون المالي لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨/٤٧، فقد نصت على أنه : " الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة، لا يجوز الحجز عليها، أو التصرف فيها بأي نوع من التصرفات".

ويترتب على ذلك، أن تنفيذ الأحكام الإدارية يعتمد في الأساس على إرادة جهة الإدارة، بحيث إذا رفضت تنفيذ الحكم الصادر ضدها، فإن المحكوم له لا يستطيع – كما سبق أن بينا – أن يتخذ ضدها إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص.

وإزاء هذا الوضع الذي يعتبر مجافياً للعدالة، ويتعارض مع أبسط قواعد الديمقراطية كما ورد في كتاب رئيس الوزراء الفرنسي الموجه إلى نائب رئيس مجلس الدولة بتاريخ ١٣ من أكتوبر عام ١٩٨٨ بمناسبة دعوته إلى اقتراح بعض الإجراءات لضمان تنفيذ الأحكام القضائية^(٢)؛ فقد تدخلت السلطة التشريعية واللائحية في فرنسا على فترات زمنية مختلفة ووضعت بعض التدابير التي من شأنها حث الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية واحترام حجية الشيء المقضي به.

ففي النصف الثاني من القرن العشرين، وتحديداً في ٣٠ من يوليو عام ١٩٦٣ صدر المرسوم رقم ٧٦٦-٦٣ ونص في مادته الثالثة على أن

(1) C. Cass. 1^{re} ch.c, 21 décembre 1987, Bureau de Recherches Géologiques et Minières, RFDA 1988., p.771., concl. L. Charbonnier, note B. Pacteau.

(٢) فقد ورد في هذا الكتاب ما نصه : " إن تنفيذ الأحكام القضائية متطلب أساسي للديمقراطية".

" La bonne exécution des décisions de justice est une exigence fondamentale de la démocratie".

Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des juridictions administratives, op.cit., p.482.

يقدم مجلس الدولة تقريراً سنوياً للحكومة حول نشاطه الإداري والقضائي، على أن يشير هذا التقرير إلى الصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام الصادرة عن جهة القضاء الإداري^(١).

وبتاريخ ٣ من يناير عام ١٩٧٣ صدر القانون رقم ٦ - ٧٣ والذي جاء بنظام وسيط الجمهورية Médiateur de la République^(٢)، وأنطاط به عدة اختصاصات، أهمها تذليل الصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام الإدارية. وأضاف له قانون ٢٤ من أغسطس عام ١٩٧٦ مكنة تحديد موعد للإدارة لكي تنفذ الأحكام القضائية الحائزة على قوة الأمر المقضي حال امتناعها عن تنفيذها^(٣).

ثم أصدر المشرع الفرنسي بعد ذلك القانون رقم ٥٣٩ - ٨٠ بتاريخ ١٦ من يوليو عام ١٩٨٠ بشأن الغرامات التهديدية في المواد الإدارية وتنفيذ الأحكام القضائية والذي تم إدخال تعديل عليه بموجب القانون رقم ٥٨٨ - ٨٧ بتاريخ ٣٠ من يوليو عام ١٩٨٧ وأجاز للقاضي الإداري بأن يقضي بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص

(١) راجع :

M. Carraud, Le rôle du président de la section du contentieux de Conseil d'Etat, RDP 1980., p.1403., spéc, p.1431.

ومن الجدير الإشارة إليه أن قانون مجلس الدولة المصري قد أخذ بهذه الفكرة في المادة ٦٩ منه والتي جرى نصها كالتالي : " يقدم رئيس مجلس الدولة كل سنة كلما رأى ضرورة لذلك تقريراً إلى رئيس مجلس الوزراء متضمناً ما أظهرته الأحكام أو البحوث من نقص في التشريع القائم أو غموض فيه أو حالات إساءة استعمال السلطة من أية جهة من جهات الإدارة أو مجاوزة تلك الجهات لسلطتها ". ومما لا شك فيه أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها يشكل نوع من أنواع إساءة استعمال السلطة. وبالتالي يكون لرئيس مجلس الدولة الحق في أن يشير في تقريره المذكور إلى حالات تجاوز السلطة المتعلقة بعدم تنفيذ الأحكام القضائية ويقترح الحلول التي يمكن من خلالها القضاء على هذه المشكلة.

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل :

P. Verrier, Le Médiateur, Loi de 3 janvier 1973, RDP 1973., pp. 941-977.

وانظر بشأن الأنظمة المشابهة لنظام وسيط الجمهورية في القانون المقارن، كنظام الامبودسمان في أسبانيا، والمفوض البرلماني في إنجلترا، ومفوض البوندستاغ في ألمانيا :

M. Guillaume-Hofnung, Les modes alternatifs de règlement des litiges. La médiation, AJDA 1997., p.30., spéc, p.35.

(٣) والجدير بالذكر أنه قبل صدور قانون ٢٤ من أغسطس عام ١٩٧٦ كانت الشكاوى التي ينظرها وسيط الجمهورية مقصورة فقط على تلك التي تقدمها الأشخاص الطبيعية دون المعنوية، واستمر الحال هكذا إلى أن جاء هذا القانون وأضاف من ضمن اختصاصات وسيط الجمهورية النظر في الشكاوى التي تقدمها الأشخاص المعنوية.

راجع :

Ph. Georges, Droit public " concours administratifs ", Sirey 1986., 6^e éd, p.262.

الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام، وذلك في حالات عدم تنفيذ الأحكام القضائية أو التأخير في تنفيذها^(١).

وأخيراً - وعلى ذات منوال تطوره - أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ١٢٥ - ٩٥ بتاريخ ٨ من فبراير عام ١٩٩٥ والذي يعتبر مكملاً لأحكام قانون ١٦ من يوليو عام ١٩٨٠، وأعطى للقاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر إلى الإدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها^(٢).

وإذا كانت القوانين السابق بيانها تخص الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد : هل تسرى هذه القوانين أيضاً على أحكام التحكيم الإداري أم أن مجال أعمالها يقتصر فقط على أحكام القضاء الإداري ؟

الإجابة على هذا التساؤل تتطلب إجراء تحليل لكل قانون على حده لبيان ما إذا كان يمكن سريان أحكامه على أحكام التحكيم الإداري من عدمه.

(١) ومن الجدير الإشارة إليه أنه وفقاً لقانون ١٦ من يوليو عام ١٩٨٠ فإن مجلس الدولة هي الجهة الوحيدة المنوط بها القضاء بغرامات تهديدية على الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها. ويستفاد ذلك من نص المادة ٢ من القانون المذكور التي جرى نصها كالتالي :

" En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution de cette décision " .
ولكن هذا الاختصاص عدل بمقتضى نص المادة ٦٢ من قانون ٨ من فبراير عام ١٩٩٥ والتي أجازت للمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية بأن تقضي هي الأخرى بغرامات تهديدية ضد الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن هذا القانون قد استكمل بموجب المرسوم رقم ٨٣١-٩٥ الصادر بتاريخ ٣ من يوليو عام ١٩٩٥ بشأن تعديل قانون المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية، والرسوم رقم ٣٨٠-٩٥ الصادر بتاريخ ٣ من يوليو عام ١٩٩٥ بشأن تعديل مرسوم ٣١ من يوليو عام ١٩٦٣ الخاص بتنظيم وإدارة مجلس الدولة الفرنسي.

راجع :

- P. Fraisseix, La réforme de la juridiction administrative par la loi 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, RDP 1995., pp.1053-1080.

- D. Chabanol, Un printemps procédural pour la juridiction administrative ?, AJDA 1995., pp. 388-396.

- E. Picard, La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative; aspects administratifs, JCP 1995.,I, 3840.

- R. Debbasch, Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou, JCP 1996.,I, 3924.

ففيما يتعلق بمرسوم ٣٠ من يوليو عام ١٩٦٣ المتعلق بتدارك عدم تنفيذ الأحكام القضائية والحث على تنفيذها، فإن اختصاص لجنة التقرير بمجلس الدولة وفقاً للمادة الثالثة منه يتعلق فقط بالأحكام الصادرة عن القضاء الإداري، وبما أن محاكم التحكيم لا تعتبر من ضمن محاكم القضاء الإداري فإن النظر في صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم – وفقاً لهذا المرسوم – لا يمكن أن تخضع للقاضي الإداري، على اعتبار أنه يختص فقط بالنظر في صعوبات تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري دون الأحكام الصادرة عن القضاء العادي أو قضاء التحكيم^(١).

وبالمقابل، فإن الطبيعة الخاصة لنظام وسيط الجمهورية في التدخل لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية تسمح بإعماله في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الإداري^(٢)، وإن كان ذلك النظام لا يشكل ضماناً فعالة في هذا الصدد، ومرجع ذلك أن تدخل وسيط الجمهورية في فرنسا لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها لا يتم بطريقة آلية، وإنما بناء على شكوى تقدم إليه.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اللجوء إلى وسيط الجمهورية لا يتم بصورة مباشرة^(٣)، إذ ينبغي على المحكوم له أن يتوجه بشكواه أولاً إلى أحد أعضاء البرلمان الذي يقوم بدوره بفحصها وتقدير مدى أهمية إحالتها إلى وسيط الجمهورية، وقد يترأى له عدم ضرورة ذلك، وبالتالي لا يتصل علم الوسيط بها. وحتى على فرض إحالة الشكوى إلى الوسيط، فإن سلطته في توجيه الأوامر للإدارة من أجل إرغامها على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها تعد سلطة محدودة؛ لأنه لا يملك حق توقيع الجزاءات عليها حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام الإدارية^(٤). مما يترتب على ذلك، أن تظل

(١) انظر في هذا المعنى :

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., p.51.

(٢) انظر :

D. Foussard, *Ibidem*.

(٣) انظر :

P. Verrier, art.préc., p.970.

(٤) انظر :

Ph. Georges, op.cit., p.262.

مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة – في العموم – معتمدة على الإرادة الصريحة للإدارة^(١).

وعلى العكس، فإن قانون ١٦ من يوليو عام ١٩٨٠ أجاز للقاضي الإداري فرض غرامة مالية على الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة على قوة الأمر المقضي به^(٢). ويرى جمهور الفقه أن هذا القانون يمكن تطبيقه على كافة الأحكام ومنها أحكام التحكيم الإداري^(٣).

وبالإضافة إلى وسائل الجبر السابق بيانها، فإن المحكوم له يستطيع أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم. فإذا أفصحت الإدارة عن إرادتها الصريحة بعدم تنفيذ حكم التحكيم أو تمثل هذا الامتناع في شكل ضمني، فإن من وسع المحكوم له أن يطعن بالإلغاء في قرار الإدارة الإيجابي أو السلبي – بحسب الأحوال – بعدم تنفيذ حكم التحكيم، ويستفيد بالتالي من أحكام قانون ٨ من فبراير عام ١٩٩٥، ويطلب من القاضي توجيه الأوامر إلى الإدارة لتنفيذ حكم التحكيم^(٤).

وهكذا، فإن وسائل الجبر السابق بيانها يمكن أن تشكل سلاحاً بيد المحكوم له يستطيع أن يستخدمها لكي يجبر الإدارة على الامتثال لحكم التحكيم الصادر ضدها واحترام حجية الشيء المقضي به. ويبدو أنه لا

(١) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الإحصائيات الصادرة بشأن انصياع الأطراف لأحكام التحكيم تؤكد على أن هذه الأحكام يتم تنفيذها طواعية، إذ يشير الفقيه Lalive إلى أن أكثر من ٩٠% من أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس تنفذ اختياريًا. وفي مجال التحكيم الداخلي، يشير الفقيه Puisoye إلى أن أحكام التحكيم – بصفة عامة – تنفذ بطريقة ودية. راجع على التوالي :

- P. Lalive, Assurer l'exécution des sentences arbitrales, in Arbitrage international, 60 ans après regard sur l'avenir CCI, 1984., p.331., spéc, p.333.
- J. Puisoye, Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, art.préc., p.282.

(٢) وفي ذلك تنص المادة الأولى من هذا القانون على أنه :

" Lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision de justice (...). "

(٣) انظر :

- P. Delvolvé, Communication au coll. de l'AFA, op.cit., pp. 33 et s.
- D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., pp.51 et s.
- A. Patrikios, op.cit., p.303.

(٤) انظر في هذا المعنى :

P. Delvolvé, *Ibidem.*, p33.

يوجد مانع، بل إنه من الأفضل أن يحذو المشرع المصري حذو نظيره الفرنسي ويقرر إمكانية تدخل القاضي الإداري لكي يكفل تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة ومنها أحكام التحكيم الإداري، وذلك للقضاء على ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها وتزايدها في الآونة الأخيرة، خاصة أن مشروعية تدخل القاضي الإداري في هذه الحالة تعد امتداداً طبيعياً لمهمته في إرساء العدالة في المجتمع، وأن ذلك لا يتسنى إلا إذا وكل للقاضي الإداري مهمة الرقابة على كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم الإداري، سواء كان تحكيمياً وطنياً أم دولياً.

ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع المصري قد أخذ بنظام المسؤولية الجنائية للموظف حال امتناعه عن تنفيذ الأحكام القضائية، بحيث يترتب على انعقادها فقدانه حريته وعزله من وظيفته، إذ نصت المادة ٧٢ من دستور ١٩٧٢ على أنه : " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة ". وهو نفس ما جاءت به المادة ١٢٣ من قانون العقوبات التي جرى نصها على النحو التالي : " يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في (.....) أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة. كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف ".

وعلى الرغم من وجود هذا الحكم في القانون الوضعي المصري، إلا أنه لا يساهم في مشكلة عدم تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة، ومرجع ذلك أن نص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات تخص فقط الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني دون الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم الذي لا يدخل في مفهوم محاكم الدولة. وبالتالي لا يمكن الاستناد إلى هذه المادة لتحريك المسؤولية الجنائية ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضد الإدارة من أجل إرغامه على تنفيذ هذا الحكم، وذلك تطبيقاً للمبدأ القائل << لا جريمة ولا عقوبة بدون نص >>.

ثانياً : تمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ في المجال الدولي وحدودها

تمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ عبارة عن إجراء تسعى الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة من خلاله إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي اتخذها أو يريد أن يتخذها لمن في يده حكم تحكيمي أو قضائي صادر ضدها وتستطيع بذلك أن تمنع السلطة القضائية من اتخاذ أية إجراءات ضدها .

ويرى فريق من الفقه بأن حصانة الدولة ضد التنفيذ تعد حصانة مطلقة *absolue* ^(١) تستطيع الدولة التمسك بها بصرف النظر عن نوع العقد الذي أبرمته؛ أي حتى لو كان من طبيعة تجارية خالصة. وقد ارجع الفقه السبب في ذلك إلى أن التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة ضد الدولة يؤدي إلى إحداث خلل جسيم في العلاقات الدولية ^(٢)، ويشكل انتهاكاً شديداً لسيادتها ^(٣).

ولقد استند هذا الاتجاه إلى الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي والتي اتجهت فيها إلى رفض الربط بين الحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ، وإضافتها على الأخيرة الطابع المطلق الذي يجب تطبيقه حتى لو تعلق الأمر بتصرفات تستند إلى القانون الخاص ^(٤).

وينتهي هذا الفقه إلى أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تتنازل عن حصانتها القضائية، أو كانت لا تستطيع التمسك بتلك الحصانة عندما تكون

(١) انظر :

I. P.- Lenuzza, Les immunités des Etats en droit international, Bruylant 1998., pp.137-145.

(٢) انظر :

M. Cosnard, La soumission des Etats aux tribunaux internes, préface de B. Stern, A. Pedone 1996., pp.61 et s.

(٣) انظر :

Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, préface de B. Goldman, Economica 1985., p.305.

(٤) راجع على سبيل المثال:

- C.A. de Rouen 1^{re} et 2^e ch. réunies, 10 février 1965, Soc. Bauer-Marchal et Cie c/ ministre des Finances de Turquie, Rev.crit. DIP 1965., p.565., note Y.L.

- C.A. de Aix-en-Provence 1^{re} ch., 14 février 1966, Statni Banka et Banque d'Etat tchécoslovaque c/ Englander, JDI 1966., p.846., note Ph. Kahn.

- Paris 7^e ch., 7 juin 1969, Clerget c/ Représentation commerciale de République démocratique du Vietnam et autres, Rev.crit. DIP 1970., p.483., note P. Bourel.

الدعوى الموجهة ضدها تتعلق بنشاطاتها الخاصة، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لحصانتها ضد التنفيذ التي تستطيع الدولة أن تتمسك بها في كافة أعمالها الإدارية والخاصة^(١).

وإذا كان المفهوم المطلق الذي تتمتع به حصانة التنفيذ على هذا النحو يشكل عقبة أمام التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم في المجال الدولي، فإن هذا يقودنا إلى طرح التساؤل عن جدوى قضاء التحكيم الدولي إذا كانت أحكامه لا تحترم، وهل يجب في هذه الحالة أن نعتبر أن كل دعاوى التحكيم الموجهة ضد الإدارة غير مجدية؟

في الواقع إنه وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام، فإن من حق الدولة التدخل دبلوماسياً لحماية شخص أو أموال رعاياها التي تقع في إقليم دولة أجنبية من الأضرار التي قد تلحق بها نتيجة إجراءات اتخذتها أو قد تتخذها حكومة الدولة الأجنبية. وبالتالي إذا رفضت حكومة الدولة الأجنبية تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها، فإن من وسع المحكوم له أن يطلب من دولته الوطنية التدخل دبلوماسياً لإجبار الدولة الأجنبية على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها.

وإذا كان مبدأ الحماية الدبلوماسية la protection diplomatique يعد من إحدى الوسائل التي يمكن استخدامها لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الأشخاص المعنوية العامة، إلا أن هذه الوسيلة غير فعالة ولا تتفق مع احتياجات التجارة الدولية، ومرجع ذلك أن إجراءات طلب الحماية الدبلوماسية تتسم بأنها إجراءات شاقة ومعقدة^(٢)، فضلاً عن إمكانية اتفاق الدول على استبعادها^(٣). وبالتالي يظل هذا المبدأ غير قادر على اختراق

(١) وهذا الاتجاه أخذت به معاهدة فيينا بشأن العلاقات الدبلوماسية الصادرة عام ١٩٦١، حيث نصت المادة ٤/٣٢ منها على أن التنازل عن الحصانة القضائية للدولة في دعوى مدنية أو إدارية لا يفيد ضمناً التنازل عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ.

(٢) يشترط لممارسة الدولة حمايتها الدبلوماسية لرعاياها وأموالهم في الخارج شرطان؛ الأول: الجنسية أي أن تكون بينها وبين الشخص الذي تحميه دبلوماسياً رابطة حقيقية وجوهرية، والثاني: وجوب استنفاد طالب الحماية الدبلوماسية طرق التقاضي الداخلي.

راجع: د. عبد الحميد الأحذب: موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص ٣١.

(٣) وهو ما يعرف بشرط كالفو clause Calvo الذي يقضى بخضوع المشروعات الأجنبية للقوانين والمحاكم الوطنية للدولة المضيفة، بالإضافة إلى تنازل هذه المشروعات الأجنبية عن حق طلب الحماية الدبلوماسية من دولتها بالنسبة لجميع الدعاوى التي ترفعها ضد الدولة المضيفة. راجع:

حصانة الدولة ضد التنفيذ، ويبقى حكم التحكيم فارغاً من أي معنى له في حالة عدم تنفيذه طوعية من جانب الدولة، مما يعوق عملية تطور نظام التحكيم على الصعيد الدولي كإحدى الوسائل الودية للفصل في المنازعات بين الدول والأشخاص الخاصة، وعدم تحقق الاستقرار اللازم للاستثمارات الأجنبية. ولذلك إذا ما أريد للتحكيم أن يتنامى على الصعيد الدولي ويصبح من الوسائل الفعالة لحسم المنازعات الدولية، فإنه ينبغي أن يصاحب ذلك تطور في القواعد التي تحكم حصانة الدولة ضد التنفيذ.

ولعل ذلك ما حدا بالقضاء الفرنسي إلى محاولة التلطيف من حدة المفهوم المطلق لحصانة الدولة ضد التنفيذ وتكييفها بما يتلاءم مع احتياجات التجارة الدولية، وذلك عن طريق التفرقة بين الأموال المخصصة للمنفعة العامة وتلك المخصصة لأغراض تجارية أو خاصة، بحيث يجوز الحجز على النوع الثاني من الأموال دون الأول.

وقد ظهرت إرهابات هذا الاتجاه في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١١ من فبراير عام ١٩٦٩، إذ إنها بالرغم من رفضها تأييد حجز ما للمدين لدى الغير *saisie-arrêt* الموقع على أموال إحدى البنوك التشيكوسلوفاكية لدى بنك شمال أوربا التجاري لأنها وجدت صعوبة في التفرقة بين الأموال العامة والخاصة في هذا النزاع، إلا أن هذا الحكم يستنتج منه أن محكمة النقض الفرنسية قد بدأت في وضع مبدأ عاماً مفاده عدم جواز الدفع بالحصانة ضد التنفيذ إذا كانت الأموال المحجوز عليها، أو المراد إجراء الحجز عليها تأخذ شكل الأموال الخاصة^(١).

ثم بدأت محكمة النقض الفرنسية في تكريس مبدأها السابق في أحكامها الصادرة في هذا الشأن، معلنة أن حصانة الدولة ضد التنفيذ ليست ذات طابع مطلق^(٢). ولعل أوضح أحكامها التي أعلنت فيها صراحة الحجز

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La discrimination entre les fonds publics et les fonds privés étant impossible à faire, la saisie risquerait de priver l'Etat étranger des ressources dont il a besoin pour assurer la bonne marche de ses services ou pour faire face à des engagements assurés en vertu de ses attributions de puissance publique ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 11 février 1969, Englander c/ Statni Banka Ceskoslovenska, JDI 1969., p.923., note Ph. Kahn.

(٢) انظر على سبيل المثال :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 2 novembre 1971, Clerget c/ Représentation commerciale de République démocratique du Viêt-Nam, JDI 1972., p.267., note R. Pinto.

على أموال الدولة المخصصة لأغراض خاصة، تلك الصادر في قضية Eurodif بتاريخ ١٤ من مارس عام ١٩٨٤^(١)، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً في إطار النزاع الذي نشب ما بين شركتي Eurodif et Sofidif وحكومة إيران.

إذ إنه على أثر حركة التغيير التي طرأت على النظام السياسي في دولة إيران عام ١٩٧٩، والتي نتج عنها فسخ الاتفاقات التي كانت مبرمة مع شركتي Eurodif et Sofidif في مجال الطاقة النووية، أن قامت الشركتان المذكورتان بتحريك إجراءات التحكيم ضد الحكومة الإيرانية وفقاً لاتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقود المبرمة بينهما، ثم أعقب ذلك قيام هاتان الشركتان بتقديم طلب إلى رئيس محكمة باريس الابتدائية لتوقيع حجز تحفظي Une saisie conservatoire على الأموال الموجودة تحت يد إدارة الطاقة الذرية (C.E.A.) بصفتها مقترضة وتحت يد الحكومة الفرنسية - على سبيل الاحتياط - بصفتها ضامنة للقرض^(٢). وبالفعل حصلت هاتان الشركتان على الأمر بتوقيع الحجز التحفظي وفاء للمبالغ المستحقة لهما.

ولما طعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف، قررت هذه المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ من إبريل عام ١٩٨٢ أن الأموال التي تدين بها الحكومة الإيرانية إدارة الطاقة الذرية والدولة الفرنسية تتعلق بأموال عامة، ومن ثم فهي تتمتع بالحصانة ضد التنفيذ.

ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية استهلت قضائها بالإشارة إلى المبادئ السائدة في القانون الدولي والمنظمة لموضوع الحصانات التي تتمتع بها الدول الأجنبية مؤكدة على أن حصانة الدولة

(١) وقد كانت هذه القضية محلاً لحكمين صادريين من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٤ من مارس عام ١٩٨٤؛ قضية شركتي Eurodif et Sofidif ضد جمهورية إيران الإسلامية، وقضية جمهورية إيران الإسلامية ضد إدارة الطاقة الذرية. راجع :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 4 mars 1984, 1^o sté E.U.R.O.D.I.F. et autre c/ République Islamique d'Iran. 2^o République Islamique d'Iran c/ Commissariat à l'énergie atomique et autre, Rev.arb. 1985., p.69., note G. Couchez; Rev.crit. DIP 1984, p.644., note J.-M. Bischoff ; JDI 1984, p.598., note B. Oppetit.

(٢) إذ إنه بتاريخ ٢٧ من يونيو عام ١٩٧٤ و ٢٣ من ديسمبر من نفس العام أقرمت الحكومة الفرنسية مع الحكومة الإيرانية معاهدتين بغرض التعاون بينهما في المجالات العلمية والفنية والصناعية، وتنفيذاً لهذا الغرض قامت الحكومة الإيرانية بتاريخ ٢٣ من فبراير عام ١٩٧٥ بإبرام عقداً مع إدارة الطاقة الذرية متضمناً إقراض الأولى للثانية مبلغاً وقدره مليار دولار وقد ضمنت الحكومة الفرنسية الوفاء به.

الأجنبية ضد إجراءات التنفيذ مقررة كمبدأ عام. ثم أعلنت صراحة أن هذه الحصانة ليست مطلقة بل يمكن استبعادها على سبيل الاستثناء إذا كانت الأموال المحجوزة عليها مخصصة لنشاطات اقتصادية أو تجارية، وانتهت إلى أن الأموال المحجوز عليها مخصصة لأغراض اقتصادية وتجارية، ومن ثم يجوز الحجز عليها^(١).

والجدير بالإشارة إليه إنه إذا كان القضاء الفرنسي قد اعتمد - من أجل التخفيف من حدة تمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ - على إجراء تفرقة ما بين الأموال العامة والأموال الخاصة^(٢)، إلا أن القضاء المصري لم يكن بمعزل عن هذا الاتجاه، بل كان اسبق منه في هذا الشأن. إذ ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ من يناير عام ١٩٣٠ إلى أنه منذ اللحظة التي تمارس فيها الدولة الأجنبية أعمالاً تخضع للقانون الخاص، فإنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها على الأشياء التي تمتلكها والتي تتمتع بذات صفة تلك الأعمال. كما أن محكمة الإسكندرية (الدائرة التجارية) قد قررت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ من مارس عام ١٩٤٣ أن أموال الدولة الأجنبية الموجودة على الأراضي المصرية والمخصصة لأغراض تجارية يجوز الحجز عليها^(٣).

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Vu les principes de droit international privé régissant les immunités des Etats étrangers; Attendu que l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger est de principe; que, toutefois, elle peut être exceptionnellement écartée, qu'il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 14 mars 1984, sté E.U.R.O.D.I.F. et autre c/ République Islamique d'Iran, préc.

(٢) والجدير بالذكر أن التطور الذي لحق بمفهوم حصانة الدولة ضد التنفيذ لم يقتصر فقط على القانون الوضعي الفرنسي، إذ إن دولاً أخرى قد أخذت بالمفهوم المقيد لهذه الحصانة، حيث أجازت هذه الدول التنفيذ على أموال الدولة وفروعها إذا كانت مخصصة لنشاطات تجارية أو صناعية. انظر بشأن تطور مفهوم الحصانة ضد التنفيذ في إنجلترا، وأمريكا، واليونان، وإيطاليا :

- J. Crawford, Les États et l'exécution des sentences arbitrales dans les droits américain et anglais, Rev.arb. 1985., pp. 689-702.

- H. Synvet, Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger, JDI 1985., pp.865-887.

- F. Joly, États-Unis: une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des États étrangers en matière d'arbitrage, Rev.arb. 1990., pp. 607-616.

- Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, op.cit., pp. 312-317.

(٣) انظر بشأن هذين الحكمين :

I. P.- Lenuzza, Les immunités des Etats en droit international, op.cit., p.153.

وترتيباً على ما تقدم فإن مفهوم حصانة الدولة ضد التنفيذ قد تحول من المفهوم المطلق إلى المفهوم النسبي، وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن^(١)، ومن ثم يمكن لمن صدر لصالحه حكم التحكيم أن ينفذه جبراً عن طريق استصدار أمر من القضاء بتوقيع حجز على أموال الدولة المخصصة لنشاطات اقتصادية أو تجارية مادامت هذه الأموال لا تتوافر فيها صفة الأموال العامة. وبالتالي لا يصطدم هذا الإجراء مع النظام العام الدولي^(٢).

ونتيجة لذلك، ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول إن: "العقبة الرئيسية والجوهرية التي كانت تعترض المحكوم له في الحجز على أموال الدولة تكون قد زالت، ولا يبقى أمامه سوى مراعاته عندما يقوم بتوقيع هذا الحجز، بألا يكون المال مخصصاً للمنفعة العامة (.....)"^(٣).

(١) ومن الأحكام الحديثة - نسبياً - والتي تبنت المفهوم النسبي للحصانة ضد التنفيذ، حكم محكمة استئناف Rouen الصادر بتاريخ ٢٠ من يونيو عام ١٩٩٦، حيث ذهبت إلى أن توقيع الدولة على شرط تحكيم يفيد في حد ذاته تنازلها عن حصانتها ضد التنفيذ.

C.A. de Rouen, 20 juin 1996, sté Bec Frères c/ office des céréales de Tunisie, Rev.arb. 1997., p.263., note E. Gaillard.

كما أن محكمة استئناف باريس قد سبق وأن تبنت في حكمها الصادر بتاريخ ٩ من يوليو عام ١٩٩٢ ذات اتجاه محكمة استئناف Rouen إذ ذهبت إلى أن لجوء الدولة إلى التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس يحمل بالضرورة تعهد بتنفيذ حكم التحكيم الصادر تطبيقاً لقواعد تلك الغرفة.

Paris 1^{re} ch.c, 9 juillet 1992, Norbert Beyrard France c/ République de Côte d'Ivoire, Rev.arb. 1994., p.133., note Ph. Théry.

ومن الجدير بالذكر أنه بالرغم من أن اتفاقية واشنطن المبرمة في ١٨ من مارس عام ١٩٦٥ قد ألزمت الدولة المتعاقدة باحترام وتنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها طبقاً لهذه الاتفاقية، إلا أنها تركت - من جهة أخرى - مسألة الحصانة ضد التنفيذ لأحكام قانون الدولة المتعاقدة. إذ نصت المادة ٥٤ منها على التزام كل دولة متعاقدة بحكم التحكيم الصادر طبقاً لهذه الاتفاقية وتنفيذ الالتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان صادراً من محاكم تلك الدولة. ومن جهة أخرى نصت المادة ٥٥ منها على أنه: "لا يجوز تفسير المادة ٥٤ على أنها تتضمن أي استثناء من أحكام القانون المعمول به في أية دولة من الدول المتعاقدة والمتعلق بحصانة تلك الدولة أو أية دولة أجنبية أخرى ضد التنفيذ".

ومن الاتفاقيات الحديثة في هذا الصدد اتفاقية ١٧ من يناير عام ٢٠٠٥ بشأن الحصانة القضائية للدولة وأموالها، حيث نصت المادتين ٢/١/١٨، ٢/١/١٩ منها على أنه لا يمكن اتخاذ إجراءات جبرية ضد أموال الدولة إلا إذا رضت بذلك صراحة في اتفاق التحكيم.

راجع للمزيد من التفاصيل:

I. P.- Lenuzza, Observations sur le convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, JDI 2005., pp.1045-1066.

(٢) انظر:

G. Flécheux, Les difficultés d'exécution en France des sentences rendues contre des États ou leurs émanations, Rev.arb. 1985., p.675., spéc, pp. 680 et s.

(٣) انظر: د. أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠١، ص٣٢٢.

في الواقع إنه يمكن التسليم – سريعاً – بهذا الرأي السابق، وذلك إذا ما اقتصر جوانب تلك المشكلة على شقها القانوني، أما إذا تعدت هذا النطاق، فإن جوانبها قد تتنامى وتصبح أكثر تعقداً؛ ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن الحصانة ضد التنفيذ لم تعد ذات مفهوم مطلق، إلا أن المسألة لن تنتهي عند هذا الحد، ومرجع ذلك أن حصانة الدولة ضد التنفيذ – كما يشير بعض الفقهاء وبحق^(١) – تعتبر مسألة سياسية أكثر منها قانونية، وتدخل في مجال حساس للغاية، وهو مجال العلاقات الدولية، إذ إن التنفيذ الجبري لحكم التحكيم وما ينتج عنه من إمكانية قيام المحكوم له باستصدار أمر من قضاء الدولة بالحجز على أموال الدولة الأجنبية يمكن أن يفسر من جانب هذه الدولة – الأخيرة – على أنه يشكل عمل عدواني صادر ضدها، وقد تقوم باتخاذ إجراءات مماثلة وتقوم بالحجز على أموال الدولة التي تم توقيع الحجز فيها، مما قد يؤثر على العلاقات الدبلوماسية القائمة بينهما.

وهذا ما حدث بالفعل في قضية Ipitrade^(٢)، وقضية Liamco^(٣) والتي تدخلت فيهما النيابة العامة على وجه السرعة بناء على أمر صادر لها من الحكومة الفرنسية من أجل رفع الحجز الموقع على أموال دولة نيجيريا ودولة ليبيا على أثر حدوث أزمة سياسية كبيرة كادت أن تعصف بالعلاقات الدبلوماسية بين فرنسا وهاتين الدولتين، والخوف من اتخاذ إجراءات مماثلة من قبلهما. ونتيجة لهذه الأحداث، اتجهت محكمة باريس الابتدائية إلى إضفاء الطابع المطلق على حصانة الدولة ضد التنفيذ دون التمييز بين

(١) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Bourel :

" On mesure une nouvelle fois dans ces conditions les difficultés qu'il y a dans le domaine des immunités, plus que dans tout autre peut-être, à donner une interprétation sûre des solutions de la jurisprudence en même temps que les dangers auxquels s'expose tout commentateur lorsqu'il entend conférer à un arrêt un sens et une portée qui, bien souvent, **en raison des données politiques propres à chaque espèce, se trouvent limités au cas litigieux dans lequel la décision a été rendue** ".

P. Bourel, note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 7 décembre 1977, Rev.crit. DIP 1978., p.534., spéc, p.538.

(٢) راجع :

TGI Paris, 12 septembre 1978, Procureur de la République c / S.A. Ipitrade International, JDI 1979., p.857(1^{er} esp.), note B. Oppetit.

(٣) راجع :

TGI Paris, 5 mars 1979, Procureur de la République et autre c/ sté LIAMCO et autre, JDI 1979., p.857(2^e esp.), note B. Oppetit.

الأموال المخصصة لنشاطات عامة وتلك المخصصة لأغراض تجارية أو اقتصادية.

وإذا كانت مسألة العلاقات الدبلوماسية بين الدول قد يشكل عائقاً أمام التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الصادر ضد الأشخاص المعنوية العامة، إلا أنه ينبغي على الدولة أن تحترم تعهداتها والتزاماتها التعاقدية، وتقبل تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها طواعية واختياراً طالما ارتضت سلفاً الخضوع لقضاء التحكيم وما يصدر عنه من أحكام، حتى تكفل الثقة في التعامل معها، ويجنبها إحجام الشركات الكبرى عن الدخول في علاقات تعاقدية معها، مما يحقق الاستقرار اللازم لاقتصادها الداخلي.

وبانتهاء عرض إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة والحلول التي وضعها القانون الوضعي للقضاء على ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، يكتمل تناول الفصل الثاني والمخصص لدراسة حكم التحكيم. وبالتالي نختتم الباب الأول. وننتقل الآن إلى الباب الثاني والمخصص للبحث عن التنظيم الموضوعي للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

الباب الثاني

التنظيم الموضوعي

للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

من المحاذير الأساسية لخضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم، وبخاصة التحكيم الدولي، استبعاد القانون الوطني للإدارة المتعاقدة وتطبيق قانون أجنبي يجهل التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية.

فالإدارة تفضل غالباً أن ترى منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية قد تم الفصل فيها وفقاً لقواعد قانونها الوطني التي لا تعني شيئاً آخر سوى القانون الإداري^(١). بينما يسعى متعاقدوها الخاص الأجنبي بأي شكل من الأشكال إلى استبعاد هذا القانون والاتفاق على تطبيق قواعد قانونية أخرى قد تنتمي إلى قانون دولة أجنبية، وقد لا ترتبط بأي نظام قانوني وطني؛ الأمر الذي قد يؤدي إلى سلخ العقد الإداري من القواعد القانونية التي تحكمه بحيث يخضع لنظام قانوني لا يعترف به.

ولا تعد إشكالية القانون واجب التطبيق على الموضوع هي الوحيدة التي يثيرها بحث الجانب الموضوعي للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، بل نجد صدى إشكالية أخرى تتعلق بتطبيق أسلوب التحكيم الطليق على هذه المنازعات، والمعروف في الفقه بمصطلح التحكيم بالصلح، والذي يعني منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون والفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف.

ومن هنا، تنقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفصل الثاني : التحكيم الطليق ومنازعات العقود الإدارية.

(١) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الحكومة المصرية قد تواترت في الآونة الأخيرة على اتباع مسلك يدعو إلى الاستغراب والدهشة، إذ درجت على تكييف عقودها الإدارية المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية بأنها عقود مدنية، وتضمينها شرطاً صريحاً ينص على خضوعها للقانون المدني؟! ومن ذلك عقد الامتياز المبرم بنظام B.O.T. مع شركة ماليكورب المتعلق بإنشاء وتشغيل ونقل ملكية مطار رأس سدر، فقد تضمن هذا العقد في البند ١/٢١ منه نصاً يقضي بأن : " القانون المطبق يعتبر عقد الامتياز عقداً مدنياً تحكمه القوانين المدنية في الجمهورية المصرية ".
مشار إليه في حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، سبقت الإشارة إليه، ص ٧.

الفصل الأول

القانون واجب التطبيق على الموضوع

ترتب على دخول الدولة وسائر أشخاصها العامة في علاقات تعاقدية مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، وإجازة اللجوء إلى التحكيم بصدد العقود الإدارية أن ظهرت على السطح مشكلة عملية تتمثل في كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود من الناحية الموضوعية، وما تثيره هذه المسألة من احتمالية خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني يجهل التفرقة بينها وبين العقود المدنية.

فالدولة ذات السيادة تنفر من إخضاع عقدها الإداري لقانون آخر غير قانونها الوطني. وبالمقابل، فإن الشركات الخاصة الأجنبية – بما تملكه من قدرات فنية وإمكانيات مالية هائلة – تسعى دائماً إلى الضغط على الدولة الطرف في العلاقة التعاقدية من أجل استبعاد أحكام قانونها الوطني، لما يحمله هذا القانون من امتيازات وسلطات للدولة المتعاقدة لا تقدر تلك الشركات على مواجهتها، ويجنبها بالتالي المساس بالتزاماتها التعاقدية (مبحث ثان).

ولم يقتصر هذا الصراع فقط على الدولة والشخص الخاص الأجنبي، بل نجد صدى له كذلك في آراء الفقه واتجاهات قضاء التحكيم الدولي. فمنهم من اتجه إلى المناداة بضرورة خضوع العقد الإداري للقانون الوطني للدولة الطرف في العلاقة التعاقدية، بينما ذهب الآخرون إلى ضرورة سلخ هذا العقد من النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة وإخضاعه لنظام قانوني آخر غير منتمى لهذه الدولة (مبحث ثالث).

وقبل إلقاء الضوء على هذه الاتجاهات، قد يكون من المناسب التعرض أولاً وقبل كل شيء لدور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على أصل النزاع لبيان مدى إمكانية امتداده إلى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (مبحث أول).

المبحث الأول

دور مبدأ سلطان الإرادة

في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع

" القانون واجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها، أو فيما يخص آثارها أو شروطها، هو ذلك الذي يتبناه الأطراف " ^(١).

هذه القاعدة التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٥ من ديسمبر عام ١٩١٠ تعبر بطريقة لا تدع مجالاً للشك عن حق الأطراف في تعيين القانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية، سواء أفصح هؤلاء عن إرادتهم في شكل صريح أو تمثلت في شكل ضمني ^(٢).

إذ إنه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، يملك الأطراف المتعاقدة الحرية التامة في تعيين القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية القائمة بينهم. غير أنه من الملاحظ أن مدى هذه الحرية كانت محلاً لخلاف فقهي بين مذهبين؛ الأول : المذهب الشخصي *subjectiviste* الذي يتجه أنصاره إلى إعطاء الحرية المطلقة لإرادة الأطراف، وعدم خضوع العقد لحكم أي قانون وطني لدولة محددة ^(٣)، بحيث تعتبر الاشتراطات التعاقدية التي يتضمنها العقد كفيلة في حد ذاتها لخلق نظام قانوني ينظم على نحو شامل ودقيق كافة العلاقات بين الأطراف المتعاقدة دون حاجة إلى الرجوع إلى أية قاعدة قانونية. والثاني : المذهب الموضوعي *objectiviste* الذي يرى أنصاره أن العقد لا ينتمي إلى القانون الذي يختاره الأطراف لحكم علاقاتهم التعاقدية، وإنما القانون في حد ذاته هو الذي يحدد مسبقاً أطر العلاقات الخاضعة له، ذلك أن نقيض قول ذلك يؤول حتماً إلى افتقار القانون لكل مقوماته الملزمة والنافذة طالما خول للأطراف حرية التنصل من أحكامه

^(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية :

" La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée (...). "

C. Cass. 1^{re} ch.c, 5 décembre 1910, American Trading Company c/ Quebec Steamship Company limited, JDI 1912., p.1156. note H. Galibourg.

^(٢) انظر :

H. Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé, L.G.D.J. 1983, 6^e éd, t.II, p.257.

^(٣) انظر :

P. Mayer, Droit international privé, Montchrestien 1994, 5^e éd., pp.456 et s.

عن طريق الاتفاق على استبعاده^(١). لذا يقترح هذا الاتجاه بداءة تحديد القانون الموضوعي المطبق على العقد، وفي إطار مساحة الحرية المعترف بها في هذا القانون، يمكن للأطراف ممارسة حق اختيار القانون الأجنبي إذا اقتضى الأمر ذلك^(٢).

ولقد أخذ القانون الوضعي الفرنسي بمفهوم ثنائي؛ شخصي وموضوعي^(٣)، بحيث يتم تحديد القانون واجب التطبيق على العقد وفقاً للاختيار الذي قام به الأطراف، وفي حالة انعدام هذا الاختيار، يتم تحديد هذا القانون من خلال عملية التركيز الموضوعي للعملية التعاقدية^(٤).

وهذا ما أخذ به قانون التحكيم في غالبية الدول محل الدراسة، إذ إنه أعطى للأطراف حرية تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (مطلب أول)، وفي غياب هذا التحديد، تتولى هيئة التحكيم في هذه الحالة مهمة تعيين القانون واجب التطبيق على الموضوع الذي تراه أكثر اتصالاً بالنزاع أو هو الذي يجب أن ينطبق عليه في هذه الحالة (مطلب ثان).

(١) انظر :

H. Batiffol, P. Lagarde, *Ibidem.*, p.260.

(٢) انظر :

B. Audit, *Droit international privé*, Economica 2000., 3^e éd, p.146.

(٣) ومن الجدير بالذكر أن اتفاقية روما الموقعة بتاريخ ١٩ من يونيو عام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت أيضاً بهذا المفهوم المزدوج؛ فالمادة ٣ منها قد أعطت الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية. ثم جاءت بعد ذلك المادة ٤ ونصت على أنه في حالة غياب كل اختيار يتم تحديد القانون واجب التطبيق بالقانون الأوثق صلة بالعقد. راجع بالتفصيل حول هذه الاتفاقية :

J. Foyer, *Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JDI 1991., pp.601-631.

(٤) فوفقاً لنظرية تركيز العقد *la localisation*، فإن دور إرادة الأطراف ينحصر في اختيار أحد الأحداث التي تؤثر في عملية التركيز، كاختيارهم لمكان انعقاد العقد، ومن خلال هذه الإرادة يتم استنباط القانون واجب التطبيق موضوعياً من خلال عملية التركيز التي قام بها الأطراف. وهكذا فإن الإرادة المصرح بها من قبل الأطراف بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على العقد يجب الأخذ بها بعين الاعتبار كعامل محدد ومؤثر في عملية التركيز، إلا أن القانون المختار من قبل الأطراف لا يحول دون إمكانية استبعاده من قبل القاضي إذا تراءى له تناقضه البين مع القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع. راجع :

B. Audit, *Ibidem.*, p.149.

ومن الأحكام القضائية التي أخذت بهذه النظرية :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 25 mars 1980, sté Mercator Press c/ Chavalle, Rev.crit. DIP 1980., p.576., note H. Batiffol.

المطلب الأول

حرية الأطراف في تحديد القانون

واجب التطبيق على الموضوع

يعد مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص. فالأطراف يملكون الحرية الكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد في لحظة إبرامه، ويتسع هذا المبدأ لكي يسمح لهم أيضاً بأن يتفقوا على القانون الذي يحكم المنازعات الناشئة عن ذلك العقد حتى لو كانت تلك المنازعات قد نشبت بينهم بالفعل^(١).

ولقد قنن المشرع الفرنسي مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع في قانون الإجراءات المدنية، فقد نصت المادة ١٤٩٦ منه على أنه : " يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف (.....) " ^(٢).

ولقد ساير المشرعان المصري والعُماني ذات المنهج، فقد نصت المادة ١/٣٩ من قانوني التحكيم الخاص بهما على أنه : " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان (....) " ^(٣).

(١) انظر :

Y. Derains, L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev.arb. 1986., p.375., spéc, p.392.

(٢) ومن الجدير بالملاحظة أن المنهج الذي اتبعه المشرع الفرنسي في المادة المذكورة في المتن يقترب كثيراً من تلك التي اتبعته المادة ٧ من اتفاقية جنيف المبرمة عام ١٩٦١ والتي جرى نصها كالتالي : " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع (.....) ". وهذا ما أكد عليه الفقيه Robert عند شرحه لنصوص قانون الإجراءات المدنية الخاصة بالتحكيم الدولي، حيث ذهب إلى القول بأن الحلول المعطاة بموجب المادة ٧ من اتفاقية جنيف تعد المصدر الرئيسي للقاعدة التي تبنتها المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية. راجع :

J. Robert, L'arbitrage en matière internationale, Commentaire du décret n° 81-500 du 21 mai 1981 (art. 1492 à 1507 nouv. c.pr.civ.), D. 1981., chron. p.209., spéc, p.213.

(٣) ويرى بعض الفقهاء أن استخدام المشرع لتعبير " القواعد " دون أن يلحقها بوصف القانونية قد قصد به التعبير عن عدم تقييد إرادة الأطراف في اختيار قواعد قانونية تنتمي لقانون وطني معين. والدليل على ذلك أن النص قد أضاف " وإذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة ". مما يفيد أن من حق الأطراف الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي لقانون دولة ما. وبالتالي فمن حقهم الاتفاق على قواعد يتم اختيارها من عدة قوانين داخلية، بالإضافة لما قد يتم اختياره من قواعد مستمدة من اتفاقيات دولية غير نافذة في الدولة أو عقود نموذجية جرى عليها العمل في المجال الذي تم التعاقد في إطاره. انظر : د. سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص٥٦٩.

وفي ذات السياق القانون البحريني الخاص بالتحكيم الدولي، إذ نصت المادة ١/٢٨ منه على أنه : " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع (....) " .

ويتضح مما سبق، أن هؤلاء المشرعون قد أخذوا بفكرة الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، حيث لم يقيّدوا إرادة الأطراف بأي قيد في هذا الخصوص. وبالتالي يجوز لهم اختيار أي قانون وطني لدولة معينة ولو لم يكن له صله بالعقد محل التحكيم^(١).

ويجد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع صدى له في معظم التشريعات المقارنة^(٢)، وكذلك في الاتفاقيات الدولية^(٣)، وأيضاً في قواعد مراكز التحكيم ذات الصبغة الدولية، ومنها قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث نصت المادة ١/١٧ منها على أنه : " للأطراف حرية اختيار قواعد القانون التي يتعين على محكمة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع " .

(١) راجع في هذا المعنى : د. سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص ٥٦٩.

(٢) ومن ذلك : التشريع الايرلندي، والتشريع السويسري، والتشريع الإنجليزي، والتشريع البلجيكي، والتشريع الألماني، والتشريع السويدي، والتشريع الأسباني، وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية. راجع :

E. Gaillard, Sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige, J.-Cl. dr. intern. fasc. 586-9-1., spéc, n° 3.

كما أخذت بهذا المبدأ المادة ١/٢٨ من القانون النموذجي الذي وضعتة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥ والتي جرى نصها كالتالي : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك " .

(٣) ومن ذلك اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، حيث تنص المادة ١/٤٢ منها على أنه : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف " . انظر للمزيد من التفاصيل :

B. Goldman, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in Investissements et étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, éd A. Pedone 1969., p.133., spéc, pp.138 et s.

كما يجد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية صدى له كذلك في العديد من القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي؛ ففي دور انعقاده في أثينا عام ١٩٧٩ أكد المجمع على أن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف^(١). وفي قراره الصادر عام ١٩٨٩ والمتعلق بالتحكيم بين الدول والمشروعات التابعة للدول أو وحداتها الوطنية والمشروعات الأجنبية، نصت المادة السادسة على أنه : " يملك الأطراف الحرية الكاملة في تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والقانون الموضوعي الذي ينبغي تطبيقه بواسطة المحكمين " ^(٢).

وهكذا، يعد مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع من المبادئ المصاحبة لكل نظام قانوني، ومبدأ مستقر عليه في مجال التحكيم الدولي، ويدخل – دون شك – في المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الأمم المتحدة^(٣).

وقد أكد قضاء التحكيم الدولي على هذا المبدأ في العديد من الأحكام الصادرة عنه في هذا الشأن؛ ففي قضية Aramco ضد حكومة المملكة العربية السعودية، ذهبت محكمة التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ من أغسطس عام ١٩٥٨ إلى أن : " وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص، فإنه يجب في المقام الأول تطبيق القانون المختار صراحة من قبل الأطراف

(١) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit choisies par les parties (...). "

Annuaire de l'IDI 1979, vol 58, t.2, p.192., article 1.

(٢) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et les principes de procédure et droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres (...). "

راجع :

Résolution adoptée par l'Institut de droit international relative à l'arbitrage entre États, entreprises d'États ou entités étatiques et entreprises étrangères, article 6, Rev.arb. 1990., p.931., spéc p.933., Commentaire Ph.Fouchard, pp.934-936.

(٣) انظر في هذا المعنى :

J.-P. Regli, Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées, Genève, librairie de l'université Georg & S.A. 1983., p.147.

على العقد ذو الطابع الدولي، وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار، يطبق في المقام الثاني القانون المفترض اختياره من قبلهم " (١).

وفي قضية Texaco/Calasiatic ضد الحكومة الليبية، أكد المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy في حكمه الصادر بتاريخ ١٩ من يناير عام ١٩٧٧ على أن مسألة حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد ليست محل شك، حيث إن كل الأنظمة القانونية – أياً كانت – تطبق مبدأ استقلال الإرادة على المسائل التعاقدية الدولية (٢).

وفي قضية Liamco ضد الحكومة الليبية، ذهبت محكمة التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من إبريل عام ١٩٧٧ إلى أن : " يجب على المحكمة المنعقدة [محكمة التحكيم] أن تسترشد بالمبادئ العامة التي تحكم تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. وطبقاً لهذه المبادئ، فإن القانون المطبق على العقد هو الذي اختاره الأطراف أو الذي يمكن بحق افتراض أنهم أرادوا إخضاع العقد له " (٣).

ولقد سايرت الأحكام الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس هذا الاتجاه؛ ففي حكمها الصادر عام ١٩٩٢ وبعد أن أكدت محكمة التحكيم على أن مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع ينطبق حكمه على عقود الدولة شأنها في ذلك شأن العقود الأخرى، ذهبت إلى القول بأن : " يجب البحث أولاً عن الإرادة الصريحة للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، وفي حالة غياب هذه

(1) Sentence arbitrale *ad hoc*, 23 août 1958, Le gouvernement de l'Arabie Saoudite et l'Arabian American Oil Company, Rev.crit. DIP 1963., p.272., spéc, p.313.

(2) Sentence arbitrale *ad hoc*, 19 janvier 1977, Gouvernement de la République arabe de Libye et les sociétés California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company, JDI 1977., p.350, spéc, p.353.

وانظر بشأن التعليق على هذه القضية :

J.-F. Lalive, Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères. (Arbitrage Texaco/Calasiatic c/ Gouvernement Libyen), JDI 1977., pp.319-349.

F. Rigaux, Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, Rev.crit. DIP 1978., pp.435-459.

(3) Sentence arbitrale *ad hoc*, 12 avril 1977, Libyan American Oil Company [LIAMCO] c / Gouvernement de la République arabe libyenne, Rev.arb. 1980., pp.132-191., spéc, p.137.

الإرادة، فإنه من المتعين البحث عن إرادتهم الضمنية الخالية من أي لبس أو غموض " (١).

صفوة القول أن مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع والذي يعد من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص (٢) ينطبق حكمه على كافة المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها (٣)، ويسمح بالتالي لهذه الأشخاص بأن تتفق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مع متعاقدتها الخاص، وقد تتفق على قانون يجهل التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية؛ الأمر الذي قد يؤدي إلى تحول العقد الإداري إلى عقد مدني، ويؤثر بالسلب على امتيازات الإدارة المقررة لها لتحقيق المصلحة العامة. وبالتالي ينبغي على الإدارة أن تسعى جاهدة وإن عانت كل المشقة وهي بصدد الاتفاق مع متعاقدتها الخاص على القانون واجب التطبيق على عقودها الإدارية بالألا تفلت تلك العقود من أحكام قانونها الوطني (٤)، أو على أقل تقدير أن تدور تلك العقود في فلك

(1) Sentence CCI n° 5030, 1992, JDI 1993., p.1004., spéc, p.1006., obs. Y. Derains.

(٢) ويرى الفقيه Pommier أن إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد تشكل ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية.

J.-Ch. Pommier, La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre, JDI 1992., p.5., spéc, p.6.

ويذهب جانب من الفقه أن حرية الأطراف في تحديد القانون المنطبق على الموضوع مقيدة باعتبارين؛ هما : عدم مخالفة النظام العام، وألا يكون هذا الاختيار من قبيل الغش أو التحايل على القانون.

راجع :

- A. Redfern, M. Hunter et A. Smith, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, L.G.D.J. 1994., 2^e éd, p.83.

- F. Nammour, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, Bruylant, Delta, L.G.D.J. 2006., 2^e éd, pp.682 et s.

(٣) انظر :

- F. Eisemann, La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre États ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, Rev.arb. 1975., p.279., spéc, p.292.

- Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, op.cit., p.200.

J.-P. Regli, op.cit., pp.146 et s.

(٤) وهذا ما أكد عليه الفقيه Vedel، إذ يرى ضرورة إخضاع الاتفاقات التعاقدية للقانون الوطني الذي لا يمكن أن يكون سوى قانون الدولة المتعاقدة.

G. Vedel, Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, (travaux du Congrès International de 1961) Rev.arb. 1961., p.116., spéc, pp.127-130.

قانون دولة تنتمي إلى النظام اللاتيني؛ ذلك النظام الذي يقر ويعترف بالفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

فضلاً عن ذلك، يجب أن تكون إرادة الإدارة بشأن تطبيق أحكام قانونها الداخلي أو أحد القوانين الأجنبية التي تقر بالفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية إرادة صريحة ومؤكدة^(١)، ولا تكفي بمجرد الإشارة الضمنية إلى أحكام هذه القوانين. والحكمة من ذلك تكمن في أن قضاء التحكيم الدولي يتجه عند غياب الإرادة الصريحة إلى إعطاء الحق لنفسه في تعيين النظام القانوني الذي يرى فيه أنه أكثر ملاءمة للنزاع.

ويمكن التدليل على ذلك بقضيتين؛ الأولى : قضية Letco ضد دولة ليبيريا^(٢)، حيث قررت محكمة تحكيم CIRDI في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ من مارس عام ١٩٨٦ استبعاد تطبيق قانون دولة ليبيريا مستندة في ذلك إلى أن اختيار هذا القانون لتطبيقه على موضوع النزاع لم يكن صريحاً.

والثانية : قضية SPP ضد جمهورية مصر العربية (قضية هضبة الأهرام)، حيث استبعدت محكمة تحكيم CIRDI القانون المصري بالرغم من وجود الإشارات والقرائن التي تدل على أن هذا القانون هو الواجب التطبيق نظراً لغياب الاتفاق الصريح على تطبيقه^(٣).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن التقرير الصادر عام ٢٠٠٧ بشأن قانون التحكيم في المواد الإدارية المزمع إصداره في فرنسا قد تبني موقفاً سلبياً بشأن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها.

(١) ومن الجدير بالذكر أن الفقيه Leboulanger يشير إلى أن غالبية العقود التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها يتم - غالباً - إدراج شرط يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, op.cit., p.200.

وانظر أيضاً :

F. Eisemann, La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre États ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, art.préc., p.291.

(2) Sentence CIRDI, 31 mars 1986, Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c/ Gouvernement de République du Libéria, JDI 1988., p.167-172., obs. E. Gaillard.

(3) انظر لاحقاً بشأن هذه القضية ص ٦١٤.

حيث تلاحظ لمجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص هذا القانون ووضع التصور النهائي له أن من شأن لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم تخويلهم حق الاتفاق على القانون واجب التطبيق، وقد يتفقون على تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني. واستخلصت من هذه الجزئية الآتي:

- إن الحرية الممنوحة لأشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم لا يترتب عليها أية آثار بالنسبة لاتساع مبدأ سلطان الإرادة في أعمال القانون واجب التطبيق على الموضوع، فهذه الأشخاص لا يمكن لهم - عن طريق اتفاق خاص - استبعاد القواعد التي تحكم نشاطاتهم.

- إذا كان من شأن اللجوء إلى التحكيم تبديل القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني، فإن ذلك لا يؤثر بأي الأحوال على طبيعة المنازعة، ولا على القواعد القانونية التي تحكمها.

وانتهت مجموعة العمل في هذا التقرير إلى التوصية بضرورة تطبيق قواعد القانون الوطني التي لا يمكن أن تكون سوى القانون الإداري الفرنسي على اعتبار أن القاضي الإداري - قاضي الرقابة - غير مختص بنظر المنازعات الخاضعة لقانون أجنبي⁽¹⁾.

وهذا ما ورد على وجه التقريب في المادة الثانية من مشروع القانون سالف الذكر - قبل إحالته إلى مجموعة العمل - والتي جرى نصها كالتالي: " يتم الفصل في المنازعات الخاضعة للتحكيم وفقاً للقواعد واجبة التطبيق التي يعينها القانون الفرنسي، مع التحفظ بشأن الحالات التي يسمح فيها للأطراف بتحديد القانون واجب التطبيق ".

أما إذا لم تتفق الإدارة مع متعاقدها الخاص على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، سواء ورد هذا الاتفاق في نصوص العقد ذاته، أو في اتفاق لاحق عليه، فهنا يظهر الدور الاحتياطي لهيئة التحكيم في تحديد ذلك القانون؛ الأمر الذي نخصص له المطلب التالي.

(1) Le Rapport, n° 2.2.

المطلب الثاني

الدور الاحتياطي للمحكم

في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع

إذا قام الأطراف باختيار قانون ما لتطبيق أحكامه الموضوعية على النزاع وذلك بعبارات واضحة وصريحة لا لبس فيها ولا غموض، فلا يملك المحكم في هذه الحالة استبعاد هذا القانون، وإلا خالف إحدى القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في إعطاء الحرية لأطرافه في تحديد القانون واجب التطبيق على أصل النزاع، ومن ثم يؤدي إلى وقوع الحكم الصادر عنه في دائرة البطلان وفقاً لما اتجهت إليه صراحة تشريعات بعض الدول.

أما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق، سواء كان ذلك راجعاً إلى إهمالهم أو تعثر المفاوضات بينهم، فهنا يظهر دور المحكم في تحديد هذا القانون⁽¹⁾. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام : ما هو المنهج الذي سوف يتبعه المحكم من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ؟

يمكن أن نميز في هذا الصدد بين اتجاهين؛ الأول : أن يحدد المحكم القانون واجب التطبيق من خلال اللجوء إلى منهج تنازع القوانين، والآخر : إعطاء المحكم حق التحديد المباشر دون الاستعانة بهذا المنهج، وذلك كما يلي :

أولاً : اللجوء إلى منهج تنازع القوانين

إذا كان المحكم يملك اللجوء إلى منهج تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، فإن هذا يثير تساؤلاً عن قواعد تنازع القوانين التي يستطيع المحكم اللجوء إليها ؟

بادئ ذي بدء نود أن نشير إلى أن وضع المحكم إزاء المنازعات الدولية يختلف عن ذلك المقرر بالنسبة للقاضي الوطني، فبينما يملك الأخير

(1) وقد يحدث أن يتفق الأطراف صراحة على تفويض محكمة التحكيم مهمة تحديد القانون المطبق على الموضوع مكتفين بإرشادهم إلى المعايير الواجب اتباعها وهي بصدد تحديد هذا القانون. كاتفاقهم على أن تأخذ محكمة التحكيم في اعتبارها طبيعة النزاع، والطابع الدولي لعلاقتهم التعاقدية، والمبادئ العامة للقانون، والممارسات المشتركة في الأمم المتحدة..... الخ.

نظام قانوني متكامل ويلتزم بتطبيقه وعدم الخروج على قواعد الإسناد الواردة فيه، حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على الموضوع، فإن المحكم على خلاف ذلك ليس لديه قانون وطني يمكنه الاستعانة به في حالة غيبة إرادة الأطراف ليحدد على أساسه القانون واجب التطبيق على الموضوع^(١).

كما أن المحكم لا يكون ملتزماً باتباع القواعد القانونية لدولة ما إلا إذا وجد نص قانوني يلزمه بذلك، كما أنه لا يحمي نظاماً داخلياً. مما ينتج عنه، تنوع الطرق التي يلجأ إليها المحكم لتحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع تبعاً للمنهج الذي سوف يتبعه^(٢).

فيمكن للمحكم أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها، أو التي يوجد بها محل إقامته على اعتبار أن هذا النظام يكون المحكم أكثر إماماً به عن غيره من الأنظمة الأخرى، كما أنه يعد النظام المختار ضمناً من قبل الأطراف، حيث إن اختيار الأطراف لمحكم ما يشكل قرينة غير مباشرة على اتجاه إرادتهم لتطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار^(٣).

ولقد تعرض هذا الاتجاه لبعض الانتقادات، وذلك من منطلق أن الحل الذي أتى به قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع. كما أن المحكم لا يتم اختياره - في معظم الأحوال - بواسطة الأطراف، وإنما بواسطة الغير أو أحد مراكز التحكيم الذي يجرى التحكيم في ظله، كما هو الحال في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم. فضلاً عن ذلك، فإن هذا الحل يصعب الأخذ به في الحالات التي تكون محكمة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، ويكون المحكمون من جنسيات مختلفة أو يقيمون في بلدان مختلفة^(٤).

وذهب البعض الآخر إلى أن المحكم يستطيع إعمال قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون الدولة التي يشترك الأطراف في جنسيتها، أو

(١) انظر: د. أشرف وفا : القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٢٠.

(٢) انظر :

P. Mayer, OHADA. Droit de l'arbitrage, Bruylant 2002., p.205.

(٣) راجع في عرض هذا الرأي : د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق، ص ٥٧٨.

(٤) انظر في عرض هذا النقد : د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ١٥٥، د. سراج حسين أبو زيد: الإشارة المتقدمة.

التي يوجد بها موطنهم المشترك. غير أن هذا الحل يتعذر الأخذ به في مجال التحكيم الدولي؛ ذلك أنه - في الغالب - لا يكون لأطراف المنازعة جنسية مشتركة أو موطناً موحداً يمكن القول معه أن بمقدور المحكم أعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة الجنسية المشتركة، أو الموطن المشترك لأطراف النزاع^(١).

وذهب جانب آخر إلى أنه في حالة غياب كل اتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف حول القانون واجب التطبيق على الموضوع، لا يملك المحكم سوى أعمال قواعد تنازع القوانين في قانون دولة مقر التحكيم^(٢)، بحيث يعد قانون الدولة التي يجرى التحكيم على أرضها بمثابة قانون القاضي *Lex fori* بالنسبة للمحكم، ليس فقط بالنسبة لإجراءات التحكيم، وإنما أيضاً بالنسبة لقواعد تنازع القوانين التي يتحدد على أساسها القانون واجب التطبيق على الموضوع.

وقد تبنى مجمع القانون الدولي هذا الحل في التوصية التي أصدرها في دور انعقاده بمدينة أمستردام عام ١٩٥٧، حيث نصت المادة ١١ منها على أنه : " قواعد الإسناد النافذة في دولة مقر التحكيم هي التي يجب اتباعها لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع " ^(٣).

غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد من جانب بعض الفقهاء لاسيما الفقيهان Huys et Keutgen^(٤)؛ إذ يذهبان إلى أن الأطراف - غالباً - ما يحددون مكان التحكيم في بلد محايد، أو أن المحكمين يحددون مكاناً معيناً يقع في بلد مناسب لهم بغض النظر عن مدى ارتباطه أو ملائمته بموضوع النزاع، أو بمدى معرفتهم بقواعد تنازع القوانين الواردة في قانون ذلك المكان.

(١) انظر في عرض هذا النقد : د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ١٥٥-١٥٦.

(٢) انظر :

Y. Derains, La sentence arbitrale, in droit et pratique de l'arbitrage international en France, feduci 1984., p.69., spéc, p.75.

(٣) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige ".

Annuaire de l'IDI 1957, vol 47, t.II, p.484.

(٤) راجع :

M. Huys et G. Keutgen, op.cit., p.584.

فضلاً عن ذلك، فإن من شأن اتباع منهج تنازع القوانين في دولة مقر التحكيم، أن ينتج عنه أعمال قواعد النظام العام للدولة التي يجرى التحكيم على أرضها على الرغم من عدم وجود أي ارتباط بين النزاع وهذه الدولة.

كما أن اتجاه المحكمين اليوم ينم عن رفضهم أعمال قواعد تنازع القوانين في قانون دولة مقر التحكيم إلا إذا وجدت مؤشرات قوية تفيد ارتباط النزاع بالدولة التي يجرى التحكيم على أرضها.

وذهب جانب آخر من الفقهاء ^(١) إلى أنه يمكن للمحكم اتباع قواعد تنازع القوانين في الدولة التي سوف يجرى فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره. ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه يعترضه العديد من الصعوبات العملية التي يتعين على المحكم حلها ابتداءً. فكيف يتسنى للمحكم أن يحدد مقدماً على وجه الدقة البلد التي سوف يتم تنفيذ حكم التحكيم فيها؟! وما العمل إذا كان حكم التحكيم سوف يتم تنفيذه في أكثر من دولة؟!

علاوة على ذلك، فإن هذا الاتجاه يخلط في الواقع بين مهمتين لشخصين مختلفين؛ الأولى : مهمة المحكم المتمثلة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع وفقاً لقواعد تنازع القوانين، والثانية : تتعلق بالمشكلات التي تخص تنفيذ حكم التحكيم والتي تثور أمام القاضي الوطني في دولة التنفيذ وقوفه في هذا الخصوص على هدى قواعد النظام العام في دولته، وما قد يؤدي ذلك إلى منح أو رفض الإذن بتنفيذ حكم التحكيم.

وذهب رأي إلى أن المحكم يستطيع أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي من المفترض أن تختص محاكمها القضائية بنظر النزاع في حالة غياب الاتفاق على التحكيم؛ أي أن يعمل المحكم قانون القاضي الذي استبعد اختصاصه بمقتضى شرط التحكيم ^(٢).

ويلاحظ على هذا الرأي أنه يتعارض مع إحدى الأهداف التي يسعى نظام التحكيم الدولي إلى تحقيقها والمتمثلة في تفادي الصعوبات المتعلقة بمشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي. وحتى على فرض الأخذ به، فإنه يجعل المحكم – على حد تعبير البعض – يدور في حلقة مفرغة Cercle vicieux ^(٣)؛ ذلك أن أعماله يقتضي من المحكم البحث مسبقاً عن

(١) راجع عرض هذا الرأي وانتقاده : د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ١٥٩-١٦٠.

(٢) راجع في عرض هذا الرأي : د. أبو زيد رضوان، الإشارة المتقدمة، ص ١٥٧-١٥٨.

(٣) انظر :

الطريقة التي يتحدد على أساسها القضاء الوطني المختص في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم، ثم يقوم بعد ذلك (أي المحكم) بتطبيق قواعد التنازع المقررة في قانون هذا القضاء الذي استبعد اختصاصه^(١).

وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى الآراء السابق عرضها، ظهر اتجاه يجيز للمحكم أن يحدد القانون واجب التطبيق على الموضوع من خلال اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين التي يراها أكثر ملاءمة للنزاع المطروح أمامه.

ولقد كرست اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ هذا الاتجاه في المادة ١/٧ منها والتي جرى نصها كالتالي : " (.....) وفي حالة إغفال الإشارة من قبل الأطراف إلى القانون واجب التطبيق، يطبق المحكم القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي يرى أنها ملاءمة في هذا الصدد ".

وهذا ما أخذت به قواعد التحكيم التي قررتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام ١٩٧٦، فقد نصت المادة ١/٣٣ منها على أنه : " تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا، تطبق القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي ترى المحكمة أنها واجبة التطبيق في هذا الصدد ".

وأيضاً المادة ٢/٢٨ من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فقد نصت على أنه : " وفي حالة غياب أي تحديد من الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق في هذا الصدد " (٢).

ووفقاً لهذا الاتجاه، فإن المحكم سوف لا يتقيد سلفاً باتباع قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون وطني معين ليحدد على ضوءها القانون واجب التطبيق على الموضوع حال غياب كل إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف بشأن تحديد قانون وطني معين لحكم موضوع النزاع^(٣). وبالتالي يملك المحكم في ظل هذا الاتجاه حرية البحث عن القانون الأنسب

(١) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق، ص٥٧٩.

(٢) انظر في ذات الاتجاه المادة ٢/٢٨ من قانون التحكيم الدولي البحريني.

(٣) انظر:

للنزاع المطروح أمامه، سواء عن طريق أسلوب التطبيق الجمعي L'application Cumulative^(١) للمبادئ المشتركة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بموضوع النزاع؛ أي " تلك التي تتراءى للمحكم وكأنها تتجاذب فيما بينها لحكم موضوع النزاع وذلك بالنظر إلى صلتها الموضوعية بالنزاع الذي يتصدى للحكم فيه " ^(٢)، أو سواء عن طريق اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص ^(٣)، أو اللجوء إلى الأسلوب المباشر voie directe الذي يسمح للمحكم بأن يحدد النظام القانوني الذي أشار إليه الأطراف عن طريق قيامهم بعملية تركيز معاملتهم فيه ^(٤).

وبالإضافة إلى الاتجاهات السابق عرضها، قد تلزم بعض الاتفاقيات الدولية المحكم بأن يتبع قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون الدولة الطرف في العلاقة التعاقدية.

فالمادة ١/٢٤ من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى قد نصت على أنه : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها (.....) " .

ويستفاد من نص المادة سالفة الذكر أن المحكم يستطيع أن يعين القانون واجب التطبيق على الموضوع من خلال المرور على قواعد التنازع الواردة في أحكام قانون الدولة المتعاقدة، وما يستتبعه ذلك من تطبيق أحكام قانون دولة أجنبية على المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها، وقد يكون النظام القانوني لتلك الدولة الأجنبية يجهل التفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية، مما يؤدي إلى خضوع

(١) انظر بالتفصيل حول هذا الموضوع :

Y. Derains, L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, Rev.arb. 1972., pp.99-121.

(٢) انظر : د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٣) انظر :

M. Huys et G. Keutgen, op.cit., p.585.

(٤) انظر في هذا المعنى :

Sentence CCI n° 1717, 1972, JDI 1974., p.890., note Y. Derains.

العقود الإدارية لنظام قانوني مغاير عن تلك التي نشأت وترعرعت فيه. فضلاً عن ذلك، فإن هذا الحل قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع لمجرد أن قاعدة الإسناد في قانون تلك الدولة قد أشارت إليه.

ولعل هذه الاعتبارات هي التي دعت المحكمون إلى عدم تطبيق هذا المنهج في الممارسات العملية، حيث تشير الأحكام الصادرة عن CIRDI إلى أن هذا المنهج لم يكن محلاً للتطبيق من جانب المحكمين، مفضلين عنه اتباع منهج تطبيق القانون الموضوعي للدولة المتعاقدة ومبادئ القانون الدولي⁽¹⁾.

وبعد عرض مختلف الاتجاهات بشأن تحديد منهج تنازع القوانين الذي يمكن للمحكم اللجوء إليه لتحديد القانون واجب التطبيق على أصل الموضوع، يتبين أن الصعوبات الناتجة عن عدم وجود منهج بعينه يمكن للمحكم اللجوء إليه يستلزم عدم اللجوء إلى هذا الطريق إلا في أضيق الحدود، بل يفضل أن تسعى الإدارة جاهدة إلى تجنب هذا الطريق كلياً، ولن يتسنى ذلك إلا عن طريق تضمين عقودها الإدارية شرطاً صريحاً يقضي بتطبيق أحكام قانونها الوطني على أصل النزاع، وفي حالة غياب هذا الاتفاق يتعين أن يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق، وهذا هو دور المشرع الذي ينبغي أن يتدخل بموجب نص تشريعي صريح يقر ذلك.

ثانياً : تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع دون المرور على منهج تنازع القوانين

لقد أشرنا فيما سبق أن العقود الدولية قد تنازعت بشأنها نظريتان؛ الأولى : النظرية الذاتية التي ينادي أنصارها بإفلات العقد من حكم القانون، والأخرى : النظرية الموضوعية التي ينادي أنصارها بضرورة خضوع العقد لحكم قانون ما. وهاتان النظريتان يمكن إعمالهما لعلاج مشكلة غياب الاتفاق بين الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع.

(1) انظر في هذا المعنى على سبيل المثال : الحكمين الصادرين عن اللجنة المختصة بنظر طلبات أبطال أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لاتفاقية واشنطن :

- Comité *ad hoc*, 3 mai 1985, Klöckner c/ République du Cameroun, JDI 1987, p.163-174., spéc, p.165-168., obs. E. Gaillard., p.185.

- Comité *ad hoc*, 16 mai 1986, Amco Asia et autres c/ République d'Indonésie, JDI 1987., pp.174-184., spéc, p.174-177., obs. E. Gaillard., p.184.

١ - النظرية الذاتية أو الشخصية

وفقاً للنظرية الشخصية، يعد العقد الدولي بالنسبة لأطرافه كالقانون الصادر من البرلمان بالنسبة للمخاطبين بأحكامه، حيث إن عملية إعداد العقد الدولي أشبه بعملية تشريعية يقوم بها البرلمان. وبالتالي فإن ما عبرت عنه إرادة الأطراف يعد بمثابة القانون بالنسبة إليهم، بحيث تشكل الشروط التعاقدية في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم كافة جوانب العقد دون حاجة إلى قانون المشرع^(١).

وعلى ذلك فإن الشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد الذي أبرمته الدولة مع الشخص الأجنبي تشكل نظاماً قانونياً ينظم على وجه شامل ودقيق كافة العلاقات بين الأطراف المتعاقدة؛ فالعقد بهذه المثابة يخلق القانون الذاتي له ويخضع لأحكامه^(٢).

ويرى أصحاب نظرية القانون الذاتي للعقد أن الأطراف يجب عليهم أن يجتهدوا في تحديد عقودهم والتطرق إلى أقصى التفاصيل المتعلقة بها وصولاً إلى وضع الحلول المناسبة لما قد يثار بينهم من خلافات، وعليهم ألا يلجئوا إلى الأفكار الغامضة غير محددة المضمون مثل المبادئ العامة للقانون أو القواعد المشتركة بين الدول المتمدنة. وبالتالي يكون ميسوراً أمام المحكم أن يستند في حكمه إلى بنود العقد وأحكامه بتحليل بسيط دون أن يجهد نفسه في الرجوع إلى قواعد قانونية أخرى لحكم النزاع^(٣).

وقد لاقت هذه النظرية صدى محدوداً لها في الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم الدولي؛ ففي الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٧٠، قررت محكمة التحكيم - بعد أن استبعدت تطبيق القانون الألماني - أن : الأطراف قد رغبوا في أن يروا النزاع قد تم تسويته دون أي رجوع إلى قانون وطني، واستناداً فقط إلى أساس الأحكام التعاقدية ووفقاً للواقع والأعراف الدولية^(٤).

(١) انظر : د. أحمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية ١٩٨٩، ص ٤٧.

(٢) انظر: د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، " تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها " دار الفكر الجامعي ٢٠٠١، ص ٧٤٣-٧٤٤.

(٣) انظر في عرض ذلك : د. محمد عبد العزيز بكر : فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، الطبعة الأولى، ص ٨٨.

(٤) حكم مشار إليه عند د. أحمد عبد الكريم سلامة : الإشارة المتقدمة، ص ٥٣.

ولقد وجهت العديد من الانتقادات إلى هذا الاتجاه، وذلك كما يلي :

١- إن المبدأ الذي تقوم عليه نظرية القانون الذاتي للعقد يعترضه القصور في أساسه، حيث إن إرادة الأطراف لا تستطيع بمفردها أن تنشئ نظاماً قانونياً جديداً، ولا يمكن أن ينتج عنها أية آثار قانونية إلا في النطاق الذي تندمج فيه داخل نظام قانوني موضوع سلفاً والذي يقرر أن هذه الإرادة يمكن أن تنشئ - وفقاً لبعض الشروط - بعض الآثار القانونية. فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك مبدأ سلطان الإرادة لا يسبحان في الفضاء، بل يحتاجان إلى أرض يرتكزان عليها، وهي القانون الذي يمنحهما القوة القانونية الملزمة^(١).

كما أن هذه النظرية تخالف القواعد العامة في القانون التي تقرر أن العقد لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني *in vacuo*، بل يجب أن يستند إلى نظام قانوني موضوع سلفاً. فإرادة الأطراف لا يمكنها أن تنشئ نظاماً قانونياً قائماً بذاته إلا إذا منحها القانون مسبقاً هذه السلطة وفقاً لشروط معينة.

وهذا ما عبر عنه حكم Aramco، حيث رفضت محكمة التحكيم الدفع الذي تمسكت به حكومة المملكة العربية السعودية بأن عقد الامتياز المبرم بينها وبين شركة ارامكو يعد بمثابة قانون الأطراف، وذهبت قائلة : " إن من المؤكد أن العقد أياً كان لا يمكن أن يوجد في فراغ، ولكن يجب أن يستند إلى قانون؛ فالعقد ليس عملية متروكة كلياً لحرية الأطراف، بل من الأهمية أن يكون مؤسساً على قانون وضعي يعطي للإفصاح المتبادل والمتطابق لإرادة المتعاقدين الآثار القانونية. وبدون وجود قانون ينشأ الاتفاق في ظله، فإن الاتفاق نفسه يعد أمراً لا يمكن تصوره، فالإرادة لا

(١) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Weil :

" On voit mal comment la volonté des parties pourrait à elle seule engendrer un nouvel ordre juridique; cette volonté ne produit elle-même des effets de droit que dans la mesure où elle s'intègre dans un ordre préexistant qui décide que l'accord des volontés peut produire, dans certaines conditions, de tels effets de droit. Le principe *pacta sunt servanda* et celui de l'autonomie de la volonté eux-mêmes ne flottent pas dans le vide, et il faut un système de droit pour leur conférer force juridique ".

P. Weil, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, RCADI 1969., III, t.128, p.95., spéc, p.181.

تستطيع أن تولد علاقات تعاقدية إلا إذا كان القانون الذي تخضع له قد منحها مسبقاً هذه السلطة " (١).

٢- إن اخطر ما يواجه نظرية القانون الذاتي للعقد أن ما يعترى هذا القانون من نقص لا يمكن تفاديه لعدم مقدرة الأطراف على تصور جميع المشاكل والعقبات التي يمكن أن تواجههم عند تطبيق وتنفيذ العقد، ووضع الحلول المناسبة له. كما أنه يخول إلى المحكمين حرية مطلقة وسلطات نهائية بلا حدود في تفسير العقد عند قيامهم بالفصل في المنازعات الناشئة عنه.

فقد ذهب الفقيه Batiffol وهو بصدد تعليقه على حكم Aramco إلى القول إن : " نظرية القانون الذاتي للعقد تتضمن خطورة ومخاطرة جمة بالنسبة للطرف الضعيف في العقد، كما أن الحلول التي أتت بها تكون محفوفة بالمفاجآت غير المتوقعة بالنسبة للغير، بل إنها توقع القضاة والمحكمين في ارتباك شديد، وتلزمهم - في الواقع - بأن يخلقوا بأنفسهم نظاماً جديداً يتضمن كافة التفاصيل التي لا يمكن أن يستغنى عنها أي نظام قانوني، إلا أن مثل هذا النظام في ظل الظروف المحيطة بتشكيله لا يعدو أن يكون مجرد نظام مصطنع " (٢).

٣- إن من شأن الأخذ بهذه النظرية في إطار العقود الإدارية أن يرتب نتائج بالغة الخطورة، فمن المعروف أن العقود - بصفة عامة - تخضع

(١) وقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister *in vacuo*, mais doit reposer sur un droit; Ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la libre volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des cocontractants. Sans un droit que préside à sa création, la convention n'est même pas concevable. La volonté ne peut engendrer un rapport conventionnel qui si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir ".

Sentence arbitrale *ad hoc* Aramco, 23 août 1958, préc, p.312.

(٢) وفي هذا الصدد يذكر :

" Une telle conception admettrait une liberté dangereuse pour les faibles, pleine de surprises pour les tiers, laissant les juges ou les arbitres dans un embarras excessif, les obligeant à forger eux-mêmes en réalité un système nouveau qui devrait comporter des précisions dont aucun système ne peut se passer, mais qu'il est artificiel de fabriquer après coup ".

H. Batiffol, La sentence Aramco et le droit international privé, Rev.crit. DIP 1964., p.647., spéc, p.655.

نظام قانوني معين يتضمن قواعد أمره لا يمكن للأطراف مخالفتها بأي حال من الأحوال، فهل يمكن وفقاً لفكرة القانون الذاتي للعقد أن يتضمن العقد شروطاً تتجاهل هذه القواعد؟!

يضاف إلى ذلك أن معظم قواعد القانون الإداري تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا تخضع لإرادة الأطراف أو اتفاقاتهم . وبالتالي إذا ما اتفق الأطراف على ما يخالف تلك القواعد، فإن من شأن هذا أن يحدث اصطداماً بالنظام العام، ومن ثم تستطيع المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان أن تقضى من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إعمالاً لنص المادة ٢/٥٣ من قانون التحكيم المصري والسابق بيانهما. فضلاً عن اصطدامه بالواقع العملي المتمثل في عدم جواز تنفيذ أحكام التحكيم إذا ما تضمنت ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية كما أشرنا إلى ذلك سابقاً.

ولعل هذه الانتقادات هي التي دعت بعض الفقهاء ^(١) إلى وصم هذه النظرية بالمرعبة أو المخيفة *frightening*، فضلاً عن كونها خادعة *leurre*، لما تمثله من خلق نوع من عدم الاستقرار والثبات في المعاملات الدولية، حيث إنها تعطي القدرة للحكومات والأفراد على خلق أنظمة قانونية مستقلة ومجتمعات لا تخضع لأية سلطة وطنية أو دولية، كما أنها تخول إلى المحكمين سلطات لا حدود لها في تفسير العقد.

٢ - النظرية الموضوعية

يجوز للمحكم أيضاً أن يلجأ إلى النظرية الموضوعية التي ترى ضرورة خضوع العقد لحكم القانون، وذلك من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع.

فوفقاً لهذه النظرية، يجب على المحكم أن يقوم بعملية تحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية لتحديد القانون الأكثر صلة بالعقد عن غيره لتطبيقه عليه.

ولقد اعتمد المشرع المصري والعُماني هذا الاتجاه، إذ نصا في المادة ٢/٣٩ من قانوني التحكيم الخاص بهما على أنه : " وإذا لم يتفق الطرفان

(١) انظر :

P. Weil, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, cours.préc., p.183.

على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

وقد أخذ بنفس الحل أيضاً التشريع الفرنسي، إذ نصت المادة ١٤٩٦/١ من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاختيار، يتم الفصل وفقاً للقواعد التي يقدر أنها ملائمة ".

ولقد أكدت بعض أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس على هذا الاتجاه؛ ففي ١٩٨٣ قررت محكمة التحكيم تطبيق القانون البلجيكي على النزاع بعد أن أتضح لها أنه أكثر ارتباطاً به، ذلك أن مقر البائع والمشتري، وكذلك مكان إبرام العقد وتنفيذه يقع في بلجيكا^(١).

وفي عام ١٩٨٩ قضت محكمة التحكيم بأن : " في حالة غياب الشرط الصريح أو الإرادة الواضحة للأطراف بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، يجب أن يتحدد هذا القانون بواسطة التركيز الموضوعي للعقد " ^(٢).

وقد كرس مجمع القانون الدولي هذا الحل في دور انعقاده في أثينا عام ١٩٧٩، حيث أكد على أن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف، وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار، تطبق قواعد القانون الأكثر صلة بالعقد^(٣).

(1) Sentence CCI n° 3880, 1983, JDI 1983., p.897., obs. Y.D. S.J.

وفي ذات الاتجاه :

Sentence CCI n° 1717, 1972, JDI 1974., p.890., obs. Y. Derains.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" En l'absence d'une clause expresse de désignation de loi applicable, ou d'une volonté clairement exprimée par les parties, cette loi doit en effet être déterminée par la localisation objective du contrat ".

Sentence CCI n° 5865, 1989, in Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1996-2000, Kluwer Law International 2003., p.493., obs. D. Hascher.

(٣) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" (.....) ou, à défaut d'un tel choix, aux règles de droit avec lesquelles le contrat comporte le rattachement le plus étroit ".

Annuaire de l'IDI 1979, vol 58, t.2, p.192., article 1.

وهكذا، فإن هذه الطريقة تتميز بأنها أكثر موضوعية عن غيرها من الطرق الأخرى التي يمكن للمحكم اللجوء إليها، علاوة على أنها تراعى التوقعات المعقولة والمشروعة للأطراف، وتجنبهم بالتالي المفاجآت غير المتوقعة والعشوائية في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع.

فضلاً عن ذلك، فإن هذه الطريقة تؤدي – غالباً – إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقد الإداري؛ ذلك أن هذا العقد دائماً ما يتم إبرامه داخل الدولة وينفذ على أراضيها.

وبذلك ينتهي تناول المبحث الأول والمتعلق بتحليل دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، وننتقل الآن إلى بحث موضوع خضوع العقود الإدارية للقانون الوطني والمحاولات الرامية إلى استبعاده؛ الأمر الذي نخصص له المبحث التالي.

المبحث الثاني

خضوع العقود الإدارية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة

لقد سبقت الإشارة في المبحث السابق إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، ينطبق حكمه على المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها، ويسمح بالتالي لهذه الأشخاص أن تتفق إما على تطبيق أحكام قانونها الوطني، وإما على تطبيق أحكام قانون آخر.

فعلى سبيل المثال غالباً ما يتم الاتفاق فيما يخص العقود المتعلقة بالاستثمار على أن يكون القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون واجب التطبيق على أصل الموضوع^(١). وبالمقابل فإن القروض التي تجريها الدولة في المجال الدولي تخضع - غالباً - للقانون الوطني للمؤسسات المالية، وعلى وجه الخصوص المؤسسات المالية الكبرى التي تتواجد في نيويورك أو لندن^(٢). وهكذا فإن العقود الإدارية قد تخضع إما للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وإما لقانون آخر غير ذلك القانون.

وإذا كان الأطراف يملكون حرية اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتطبيقه على موضوع النزاع، سواء اتخذ هذا الاختيار الشكل الصريح أو تمثل في شكل ضمني، فإن الواقع العملي يشهد على الكثير من الحالات التي تم فيها استبعاد هذا القانون بحجة عدم كفايته لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة (مطلب أول).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة يسعى جاهداً للحد من سيادتها، والامتيازات المقررة لها عن طريق تضمين العقد شرطاً يقضي بتجميد القانون الوطني على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، بحيث يمتنع على الدولة إجراء أي تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الداخلي والتي من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين متعاقدها الخاص الأجنبي (مطلب ثان).

(١) انظر :

G. R. Delaume, L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable, Rev.arb. 1994., p.39., spéc, p.42.

(٢) انظر في هذا المعنى :

J.-F. Lalive, Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents, RCADI 1983., t. 181, p.9., spéc, pp.43 et s.

المطلب الأول

قدرة الأطراف في الاتفاق على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة

وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، لا يوجد ما يمنع الأطراف من الاتفاق على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع. ولكن خصوصية عقود الدولة والتي غالباً ما تخص التنمية الاقتصادية وتتعلق بالمصلحة العامة يمكن أن تؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة دون المرور على قواعد القانون الدولي الخاص.

هذا الاتجاه المدافع عن خضوع العقد خضوعاً كاملاً ومطلقاً للقانون الوطني للدولة الطرف في العلاقة التعاقدية قد أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم ٣٢٨١ الصادر بتاريخ ١٢ من ديسمبر عام ١٩٧٤ والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، فقد نصت المادة ٢/٢ ج على أنه : " كل دولة لها الحق (....) في تأمين، أو مصادرة، أو نقل ملكية الأموال الأجنبية. ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض كامل وفقاً لأحكام قانونها واللوائح النافذة فيها وتبعاً لكل الظروف المتعلقة بالموضوع. وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة تتعلق بمسألة التعويض يتم الفصل فيها طبقاً للقانون الداخلي للدولة التي اتخذت إجراءات التأمين " ^(١).

غير أن التشريعات الحديثة، وكذلك الواقع العملي -كما سبق أن بينا- يكرس اليوم صراحة حرية الأطراف في تعيين القانون المطبق على أصل الموضوع، الذي قد يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو قانون آخر غير ذلك القانون. مع ملاحظة أنه في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف حول القانون واجب التطبيق على الموضوع، فإن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الذي يتعين إعماله في هذا الشأن حسبما جاء في نص حكم

^(١) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Chaque État a le droit : (a) (c) De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation (....) ".

راجع :

Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies : Charte des droits et des devoirs économiques des États, in P.-M. Dupuy, Les grands textes de droit international public, Dalloz 2004., 4^e éd, p.532., spéc, p.536.

محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر في قضية القروض الصربية بتاريخ ١٢ من يوليو عام ١٩٢٩^(١) وهو كالتالي : " الدولة صاحبة السيادة (....) لا يمكن افتراض أن موضوع ديونها وشرعية الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا الغرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها الوطني ."

ومن هنا، وانطلاقاً من الحكم السابق لمحكمة العدل الدولية يتبين أن عقود الدولة لا تخضع للنظام القانوني الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين، وإنما تخضع مباشرة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة تأسيساً على قرينة مستفادة من وجود الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية.

وهذا ما أكد عليه حكم Aramco، إذ قضت محكمة التحكيم بأن : " من المسلم في القانون الدولي الخاص، أن الدولة ذات السيادة يفترض - حتى يثبت العكس - أن تخضع الالتزامات التي أبرمتها للقانون الوطني الخاص بها " (٢).

غير أن هذا الاتجاه السابق الذي مفاده أن مجرد وجود الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية يؤدي إلى انجذاب وخضوع العقد لقانونها الداخلي، لم يلق تأييداً من جانب القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي، حيث تبني حلاً مخالفاً له في قراره الصادر في دور انعقاده في أثنينا عام ١٩٧٩ حين نص في المادة الأولى منه على أنه : " العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف، وفي حالة غياب كل اختيار، يخضع العقد لقواعد القانون الأكثر ارتباطاً به " (٣).

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" un Etat souverain (.....) ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité de ses engagements pris par lui à ce sujet à une autre loi que sa loi propre ".

CPJI, 12 juillet 1929, Emprunts serbes, préc.

وفى ذات الاتجاه :

CPJI, 12 juillet 1929, Emprunts brésiliens, Série A, n° 21, Arrêt 15, p.121.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" qu'il est universellement admis, en droit international privé, qu'un Etat souverain est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir soumis les engagements qu'il a conclus à sa loi propre ".

Sentence arbitrale *ad hoc* Aramco, 23 août 1958, préc, p.314.

(٣) انظر سابقاً ص ٥٥٣، ٥٦٩.

فوفقاً لهذا النص، فإن قانون الدولة المتعاقدة لا ينطبق حكمه على النزاع الذي هي طرفاً فيه إلا في حالات الاختيار الصريح له، أو في حالات الاختيار الضمني إذا كان هذا القانون يرتبط مع العقد برباط وثيق. مما ينبني على ذلك، أن حضور الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية لا يشكل أية قرينة لصالح إعمال أحكام قانونها الداخلي^(١).

وإذا كان حضور الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية لا يترتب أي قرينة يمكن إعمالها لكي تنطبق أحكام قانونها الداخلي على موضوع النزاع وفقاً لما انتهى إليه مجمع القانون الدولي، إلا أن قواعد القانون الدولي الخاص – كما يشير بعض الفقهاء وبحق^(٢) – تقود غالباً إلى تركيز العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية في النظام القانوني الداخلي لهذه الدولة باعتبارها دولة التنفيذ، مما يؤدي في النهاية إلى تطبيق قانونها الوطني على هذه العقود.

وإذا كان القانون الوطني للدولة المتعاقدة يكون – غالباً – واجب التطبيق على الموضوع إعمالاً لنظرية التركيز الموضوعي للعقد، إلا أن هذا القانون كان يتم استبعاده في بعض الأحيان، استناداً إلى عدم كفايته في إعطاء الحلول للمشاكل التي تفرضها المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن نظرة التخوف من استعمال الدولة لسيادتها في التدخل لإلغاء أو لتعديل قانونها الوطني واجب التطبيق على الموضوع إذا تبين لها أن من شأن تطبيقه فيه إضرار بمصالحها الوطنية، كانت مبرراً لاستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة وفقاً لما انتهى إليه البعض.

(١) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Lalive :

" Ma réponse est négative. La qualité étatique d'une partie contractante ne devrait jouer aucun rôle. Ceci n'est pas contredit par le fait que, en pratique, le droit de l'Etat a été assez souvent jugé applicable soit à titre de lieu d'exécution, soit en vertu du << grouping of contrats >>. etc, c'est-à-dire en vertu des principes classiques du droit international privé ".

P. Lalive, Observations, Travaux préparatoires, Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, Genève, le 12 avril 1976, in Annuaire de l'IDI 1977, vol 57, t.1, p.224., spéc, p.225.

(٢) انظر :

Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, op.cit., p.204.

أولاً : عدم كفاية وملاءمة القانون الوطني لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة

لقد سبق القول إن العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية تخضع – في أغلب الحالات – للقانون الوطني لهذه الدولة إعمالاً لنظرية التركيز الموضوعي للعقد. فعادةً ما تبرم هذه العقود داخل الإقليم الوطني للدولة المتعاقدة، ويتم تنفيذها في إقليمها، فضلاً عن ارتباطها بالمصالح الأساسية بهذه الدولة^(١).

غير أن الأحكام الصادرة عن كل من قضاء التحكيم الدولي والقضاء العادي قد خالفت هذا الاتجاه في العديد من القضايا التي عرضت عليهما، استناداً إلى عدم كفاية وملاءمة أحكام القانون الداخلي لبعض الدول لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة.

وقد تجلّى هذا الاتجاه في حكم التحكيم الصادر في قضية شيخ أبو ظبي بتاريخ ٢٨ من أغسطس عام ١٩٥١^(٢). وقد كان هذا النزاع يتعلق بعقد امتياز بترولي منحتة إمارة أبو ظبي إلى إحدى الشركات الإنجليزية، ولم يتم الاتفاق فيه صراحة على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ومن ثم بدأ المحكم الوحيد اللورد Asquith of Bishopstone بالبحث عن النظام القانوني واجب التطبيق على هذا النزاع، فاتضح له أن العقد محل المنازعة تم إبرامه في أبو ظبي، ويجب أن ينفذ بالكامل في هذا الإقليم. وبالتالي فإن قانون هذا البلد والذي يستمد قواعده من الشريعة الإسلامية يبدو لأول وهلة هو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

وعلى الرغم من النتيجة التي انتهى إليها المحكم والتي تتضمن إعمال القانون الداخلي لإمارة أبو ظبي، إلا أنه قام باستبعاد هذا القانون بحجة أنه قانون بدائي ولا يتوافق مع مجموعة المبادئ القانونية واجبة التطبيق على أدوات التجارة الحديثة، واتجه إلى تطبيق ما أسماه بالمبادئ الراسخة في

(١) راجع :

B. Goldman, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, art.préc., p.134.

(٢) Sentence ad hoc, 28 août 1951, Petroleum Développement (Trucial Coast) LTD c/ Cheikh d'Abu Dhabi, cité par A. Kassis, Théorie générale des usages du commerce, op.cit., p.522.

الفطرة السليمة bon sens، والممارسة المشتركة في الأمم المتعدنة كنوع من القانون الطبيعي الحديث.

ولقد أيد هذا الاتجاه الحكم الصادر في النزاع الذي نشب بين دولة قطر وشركة International Oil Company^(١)، إذ إنه بالرغم من انتهاء محكمة التحكيم إلى أن عناصر العقد محل النزاع تشير إلى أعمال القانون الإسلامي المطبق في دولة قطر على موضوع النزاع، إلا أنها استبعدته بحجة عدم ملاءمته لحكم الامتيازات البترولية الحديثة.

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة عن القضاء العادي، حيث أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ من أكتوبر عام ١٩٧٤ فيما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من استبعاد القانون السعودي المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية بحجة عدم ملاءمته لحكم النزاع^(٢).

ويتضح مما سبق أنه على الرغم من أن عناصر العقد في المنازعات السابقة بيانها كانت تشير إلى أن قانون الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق على الموضوع، إلا أن هذا القانون تم استبعاد تطبيقه على تلك المنازعات بحجة أنه مستوحى من الشريعة الإسلامية التي لا يمكن – من وجهة نظر الاتجاه الغربي – أن تشكل قواعد قانونية يمكن اللجوء إليها من أجل الفصل في المنازعات الدولية الحديثة.

(١) راجع في عرض هذه القضية : د. سامية راشد : دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية ١٩٩٠، ص ٥٠-٥٤.

(٢) لقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Mais attendu que, en l'absence d'un accord exprès des parties sur la détermination de la loi applicable au contrat, et en présence des lois française et saoudienne seules invoquées respectivement par elles, la cour d'appel, après avoir relevé que la loi saoudienne n'était pas appropriée à l'économie de la convention, en a déduit, répondant ainsi aux conclusions dont elle était saisie, et interprétant la commune intention des parties quant à la localisation de leur contrat, qu'il convenait d'appliquer la loi française; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision et que le premier moyen ne saurait être accueilli ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 29 octobre 1974, National Commercial Bank c/ Entreprise Jean Lefebvre, JDI 1975., p.314., note Ph. Fouchard; Rev.crit. DIP 1976., p.91., note H. Batiffol.

تقدير هذا الاتجاه :

في الواقع إن الاتجاه الذي سلكته الأحكام السابق بيانها محل نظر؛ ذلك أنه إذا كانت محكمة التحكيم قد استندت في قضية أبو ظبي وقضية قطر – لتبرير قضاءها – إلى حجة رئيسية تتمثل في عدم ملاءمة أحكام القانون الداخلي للدولة المتعاقدة لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة، إلا أنها لم تجهد نفسها في البحث بدقة داخل هذا النظام القانوني لإثبات النتائج التي توصلت إليها. إذا إنها اعتبرت أن قانون إمارة أبو ظبي، وكذلك قانون دولة قطر غير ملائمين لحكم النزاع لمجرد أنهما مستوحيان من الشريعة الإسلامية التي وضعت منذ زمن بعيد، وكان بالأحرى عليها أن تحدد ابتداءً بطريقة مادية أو واقعية هذه القواعد لكي تبرهن على أنها لا تستطيع أن تعطي الحلول للصعوبات التي يثيرها النزاع المعروض أمامها، إلا أنها قامت بإجراء تحليل وجيز ومختصر معلنة أن علاقات التجارة الدولية الحديثة لا تستطيع قواعد الشريعة الإسلامية أن تحكمها دون أن تبين أو تحدد أية القواعد الواردة في هذه الشريعة التي لا تتلاءم مع معطيات التجارة الحديثة؛ أي أنها لم تتعرض لمضمون قواعد الشريعة الإسلامية على نحو مباشر حتى يمكنها أن تفصل على نحو قاطع بملاءمتها أو عدم ملاءمتها لحكم النزاع.

وذات النقد يمكن أن يوجه إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية التي أيدت حكم محكمة الاستئناف وأعلنت الطابع غير الملزم لأحكام القانون السعودي بحجة أنه مستوحى من الشريعة الإسلامية دون أن تعطي البرهان على أن هذه الشريعة غير ملاءمة أو كافية لحل النزاع المعروض عليها. وهذا ما حدا ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى انتقاد مسلك محكمة النقض لعدم إعطائها أي دليل أو إثبات يمكن الاستناد إليه للقول بأن الشريعة الإسلامية غير ملاءمة لحكم النزاع⁽¹⁾.

وعلى أية حال، فإن الحجة التقليدية التي يستند إليها المحكمون من أجل استبعاد قانون الدولة المتعاقدة، وبخاصة في الدول العربية، والمتمثلة

(1) راجع :

Ph. Fouchard, note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 29 octobre 1974, National Commercial Bank c/ sté Entreprise Jean Lefebvre, préc, spéc, p.318.

انظر في ذات الاتجاه :

H. Batiffol, note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 29 octobre 1974, National Commercial Bank c/ sté Entreprise Jean Lefebvre, préc., spéc, p.95.

في عدم كفاية وملاءمة النظام القانوني الداخلي لهذه الدول لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة قد فقدت حالياً كل مقوماتها^(١)، حيث لم يعد هناك أي قانون داخلي في هذه الدول يمكن وصفه – على حد تعبير بعض المحكمين الأجانب – بالتخلف وعدم ملاءمته مع مفردات العصر الحديث. وبالتالي لم يعد هناك اليوم أية حجة يمكن أن يستند إليها هؤلاء المحكمون من أجل استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع^(٢).

ثانياً : استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً إلى فكرة الحيادية

يذهب بعض الفقهاء إلى أن فكرة الحيادية تستلزم استبعاد تطبيق القانون الوطني على موضوع النزاع، وذلك من منطلق أن الدولة بما لها من سيادة تستطيع أن تتدخل وتلغي أو تعدل القانون الذي سبق أن اتفقت مع متعاقدها الخاص على تطبيقه. فالقانون يرتبط أولاً وأخيراً برباط التبعية مع الدولة التي أصدرته^(٣).

في الواقع إنه إذا كان من المؤكد أن الدولة بما لها من سيادة تستطيع تعديل أو تغيير القانون الذي سبق أن اتفقت مع متعاقدها الخاص على تطبيقه على موضوع النزاع، وإذا كان من شأن هذا السلوك الإضرار بمصلحة المتعاقدين، إلا أن هذا المتعاقد قد ارتضى سلفاً بأن يخضع للنظام القانوني الداخلي لهذه الدولة، وأن يكون القانون العام هو الواجب التطبيق على أصل الموضوع. فلماذا نقدر مبدأ سلطان الإرادة إذا اتفق الأطراف على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون الدولي، وعندما يتفق على تطبيق القانون الوطني – سواء ورد هذا الاتفاق في شكل

(١) انظر :

J. Verhoeven, Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères: des règles spécifiques ?, in Les Etats et l'arbitrage international, journée du Comité français de l'arbitrage, Rev.arb. 1985., p.609., spéc, p.619.

(٢) تشير الدراسة التي أعدها جانب من الفقه على ١٥٧ قضية نظرت أمام غرفة التجارة الدولية بباريس من عام ١٩٨٦ حتى عام ١٩٩٠ إلى أن القانون الإسلامي أو بوجه عام قانون الدول العربية كان هو – غالباً – الواجب التطبيق على أصل النزاع.

راجع :

M. Bedjaoui, Le monde arabe dans l'arbitrage CCI, Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI, mai 1992, vol.3, n° 1, p.7., spéc, p.19.

(٣) انظر :

P. Mayer, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, JDI 1986., p.5., spéc, p.18.

صريح أو تمثل في شكل ضمني – نجد الأقلام والألسنة تنادي بضرورة استبعاده باسم المبادئ العامة للأمم المتحدة تارة، أو استناداً إلى فكرة الحيادية تارة أخرى؟!!

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن فكرة الحيادية تقوم على مجرد التخمين ولا تستند إلى أي أساس علمي أو قانوني سليم، علاوة على اعتمادها على فكرة الشك والريبة في تصرفات الدولة المتعاقدة. فهذه الفكرة قد افترضت أن هذه الدولة سوف تقوم بتعديل أو تغيير أحكام قانونها الوطني من أجل علاج شروطها التعاقدية غير الملائمة ولا تقدم بشكل عام أي دليل يكون بمقدوره إثبات أن الدولة المتعاقدة سوف تتصرف بسوء نية مع متعاقديها الخاص. كما أنها لم تضع في اعتبارها الدور المنوط بالدولة في الحفاظ على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة بغض النظر عن المصلحة الخاصة لبعض الأطراف والتي قد يكون من بينهم متعاقديها الخاص.

وكما واجه القانون الوطني للدولة المتعاقدة موقفاً عدائياً من جانب بعض المحكمين وبعض الأحكام القضائية، فإن الطرف الخاص الأجنبي قد حاول من جانبه الحد من قدرة هذا القانون على المساس بالعلاقة التعاقدية عن طريق تضمين العقد شرطاً يقضي بتجميد القانون الوطني على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد؛ الأمر الذي نخصص له المطلب التالي.

المطلب الثاني

الحد من القدرة القانونية للدولة

بواسطة شرط الثبات التشريعي

يقصد بشرط الثبات التشريعي تجريد *geler* القانون الوطني للدولة المتعاقدة على الحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد، بحيث يتمتع على الدولة إجراء أي تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الوطني والتي من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين متعاقدتها الخاص^(١).

ويتخذ شرط الثبات التشريعي من حيث مضمونه إما شكل الطابع العام، وذلك إذا ما تعهدت الدولة بعدم سريان كافة تشريعاتها الحديثة على العلاقة التعاقدية^(٢). وإما شكل الطابع الجزئي، وذلك إذا ما اقتصر التعهد على عدم سريان بعض القوانين الداخلية دون سواها من القوانين الأخرى كالاتفاق – مثلاً – على عدم سريان التشريعات الخاصة بالضرائب^(٣)، أو

(١) انظر للمزيد من التفاصيل :

- P. Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in *Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, La communauté internationale, Paris, A. Pedone 1974., pp.301-328.

- N. David, Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien, JDI 1986., pp.79-107.

- P.-Y. Tschanz, Contrats d'Etats et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, Rev.crit. DIP 1985., pp.47-84.

(٢) ومن أمثلة ذلك : شرط التثبيت الوارد في العقد المبرم بين دولة موريتانيا وشركة شل الموريتانية والذي نص على أن :

" le Gouvernement garantit à la société, pour la durée de la convention, la stabilité des conditions générales, juridiques économiques, financières et fiscales, dans lesquelles la société exercera son activité, telles que ces conditions résultent de la législation et de la réglementation en vigueur à la date de la signature de la convention ainsi que de ladite convention ".

S. K.- Abdel Aziz, D'un nouvel ordre économique à l'autre. Aspects du droit international économique, Thèse, Dijon 1995., p.159.

(٣) انظر نص البند ١٩ من الاتفاق المبرم بين اليونان وشركة Péchiney والتي جرى نصها كالتالي :

" Toute loi (...) postérieure (...) à la signature de la présente ayant un objet fiscal ou douanier ainsi que toute modification ou abrogation de telles lois ne seront applicables (...) que dans la mesure où elles créeront un régime plus avantageux (...). "

G. R. Delaume, Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, RBDI 1968., p.336., spéc, p.360., note (66) .

بالتعدين^(١).

ومن ناحية نطاقه، فإن شرط الثبات التشريعي قد يأخذ شكل الطابع المطلق، وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد على العلاقة التعاقدية^(٢)، وقد يأخذ شكل الطابع النسبي إذا كان التعهد يشتمل فقط على تجنب الإخلال بالتوازن الاقتصادي والإضرار بالمتعاقدين الخاص^(٣).

ومن ناحية مدته، فإن شرط الثبات يمكن أن ينطبق حكمه طوال فترة سريان العلاقة التعاقدية^(٤)، أو أن يحدد سريانه بمدة زمنية معينة^(٥)، بحيث إذا انقضت هذه المدة الأخيرة، فإن القوانين التي تصدرها الدولة بعد ذلك تسرى في مواجهة المتعاقدين معها.

(١) انظر نص البند ٤ من الاتفاق المبرم بين دولة موريتانيا وشركة Plant Oil والتي جرى نصها كالتالي :

" la législation minière stabilisée pour la durée de la présente convention fait l'objet des textes dont la liste figure en annexe à la présente convention et en fait partie intégrante ".

شرط مشار إليه عند :

G. R. Delaume, Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, art.préc., p.358., note (59).

(٢) انظر نص البند ٣/٢١ من عقد الامتياز المبرم عام ١٩٣٣ بين l'Anglo-Persian et Perse والتي جرى نصها كالتالي :

" cette concession ne sera pas annulée par le Gouvernement et les dispositions y contenues ne seront altérées ni par une législation générale ou spéciale future ni par des mesures administratives ou tous autres actes quelconques des autorités exécutives ".

شرط مشار إليه عند :

P. Weil, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, art.préc., p.230.

(٣) انظر نص البند ٢ من الاتفاق المبرم بين دولة الكاميرون وشركة السكر الكاميرونية والذي جرى نصه كالتالي :

" toutes dispositions plus favorables qui pourraient être prises dans la législation de la République fédérale du Cameroun seraient applicables à la société (.....) ".

شرط مشار إليه عند :

Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, op.cit., p.93., note (73).

(٤) وهذه هي حالة نص البند ٤ من الاتفاق المبرم بين دولة موريتانيا وشركة Plant Oil السابق ذكره.

(٥) انظر :

Ph. Kahn, Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française, JDI 1965., p.338., spéc, p.363.

ويعد شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة، خاصة تلك المتعلقة بالاستثمار^(١). فعادة ما توافق غالبية الدول على إدراج شرط في صلب اتفاقاتها تتعهد بمقتضاه بعدم إجراء أي تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الداخلي والتي من شأنها الإخلال بالتوازن التعاقدى بينها وبين الطرف المتعاقد معها^(٢).

وتكمن الغاية الأساسية التي يسعى شرط الثبات التشريعي إلى تحقيقها في حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر الناجمة عن استعمال الأخيرة لحقها في تعديل أو تغيير القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية. وبالتالي يكون القانون المطبق على العقد هو الذي سبق أن اتفق الأطراف على تطبيقه لحظة إبرام العقد دون الاعتداد بأي قانون آخر يصدر أثناء سير العلاقة التعاقدية.

وهذا ما انتهت إليه التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي في دور انعقاده في أثينا عام ١٩٧٩، فقد نصت المادة ٣ منها على أنه : " يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكام القانون الداخلي التي يحيلون عليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرامه " ^(٣).

وهكذا يضع شرط الثبات التشريعي حدوداً على سيادة الدولة، ويصبح بالتالي أي قانون جديد تصدره الدولة عديم الأثر بالنسبة لمتعاقداتها الخاص الأجنيبي. غير أن هذا لا يعني أن هذا الشرط غير قابل للتغيير خاصة إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة، وذلك كما يلي :

(١) راجع :

T. Walde, Stabilité du contrat, règlement des litiges et renégociation mécanismes en faveur d'une communauté d'intérêts dans la coopération internationale pour le développement des ressources minérales, Rev.arb. 1981., p.203., spéc, pp.210 et s.

(٢) انظر :

E. Schaeffer, Développement de l'économie et sécurité juridique des transactions, in Le rôle de l'État dans le développement de l'économie, Approches nationales, Bruylant 1997., p.30., spéc, p.37.

(٣) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Les parties peuvent convenir que des dispositions d'un droit interne auxquelles elles se réfèrent dans un contrat doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion du contrat ".

Annuaire de l'IDI 1979, vol 58, t.2, p.192., article 3.

أولاً : أساس شرعية شرط الثبات التشريعي ومدى مساهمة بسيادة الدولة

يجد شرط الثبات التشريعي أساسه القانوني في مبدأ القوة الملزمة للعقد *pacta sunt servanda*^(١)؛ هذا المبدأ السائد والمستقر عليه في القانون الدولي العام والذي يحرص المجتمع الدولي على مراعاته والحفاظ عليه^(٢).

فلقد ورد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة عام ١٩٤٥ : " نحن شعب الأمم المتحدة نقرر (.....) صياغة الشروط اللازمة التي تعمل على تحقيق العدالة واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات أو تلك الناشئة عن مصدر آخر من مصادر القانون الدولي " ^(٣).

كما نصت المادة ٢٦ من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات الموقعة بتاريخ ٢٣ من مايو عام ١٩٦٩ على أنه : " كل معاهدة معمول بها يرتبط بها الأطراف ويلزم عليهم القيام بتنفيذها بطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية " ^(٤).

ولقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على ضرورة احترام هذا المبدأ في قراره الصادر بتاريخ ٩ من ابريل عام ١٩٩٢ ، حيث قرر أن : " وفقاً للفقرة الرابعة عشر من مقدمة دستور ١٩٤٦ والتي أحال عليها مقدمة دستور ١٩٥٨ ، فإنه من المتعين على الدولة الفرنسية اتباع قواعد القانون الدولي العام ولاسيما مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يتضمن أن كل معاهدة

(١) انظر للمزيد من التفاصيل :

P. Weil, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, cours.préc., pp.216 et s.

(٢) انظر :

J. Combacau, S. Sur, Droit international public, Paris, Montchrestien 1995., 2^e éd, pp. 149 et s.

(٣) ولقد وردت عبارات الديباجة كالتالي :

" Nous, peuples de Nations Unies Résolus (.....) À créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ".

Charte de San Francisco, Date d'adoption: 26/6/1945, Date d'entrée en vigueur: 24/10/1945 , in P.-M. Dupuy, Les grands textes de droit international public, op.cit., p.1., spéc, p.3.

(٤) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

"Tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elle de bonne foi".
Convention de Vienne, 23/5/1969, in P.-M. Dupuy, *Ibidem.*, p.301., spéc, p.311.

معمول بها يرتبط بها الأطراف ويلزم عليهم القيام بتنفيذها بطريقة تتفق مع حسن النية " (١).

ومن هنا، واستناداً إلى ما يقضى به مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن الدولة المتعاقدة لا يمكنها بأي الأحوال إلغاء أو تعديل القانون الذي سبق أن اتفقت مع متعاقدتها الخاص على تطبيقه على العلاقة التعاقدية (٢)، طالما أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى الموافقة على تثبيت القانون واجب التطبيق وعدم المساس بنصوص العقد (٣). وبالتالي فإن شرط الثبات التشريعي الذي وافقت الدولة على إدراجه في صلب العقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص الأجنبي يصير شرطاً صحيحاً ومرتباً لآثاره الملزمة (٤)، ولا تستطيع الدولة – على أثر ذلك – مخالفته وإلا تحققت المسؤولية الدولية في حقها.

وهذا ما أكدت عليه الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم الدولي؛ ومن ذلك الحكم الصادر في قضية Liamco، حيث ذهب المحكم الوحيد الأستاذ صبحي محمصاني إلى إدانة دولة ليبيا بسبب قيامها باتخاذ إجراءات التأميم ووضع نهاية لعقد الامتياز البترولي الممنوح للشركة المذكورة بالمخالفة لأحكام عقد الامتياز المبرم بينهما والذي كان يتضمن في البند ١٦ منه نصاً يقضي بعدم سريان أي تعديل أو إلغاء للقوانين واللوائح التي تحكم هذا العقد والسارية في دولة ليبيا لحظة التوقيع عليه طالما تمت دون رضا الشركة.

(١) ولقد وردت عبارات هذا القرار كالتالي :

" Considérant que le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1964, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française << se conforme aux règles du droit public international >> ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de bonne foi ".
C.C., N° 92-308 DC du 9 avril 1992, traité sur l'Union européenne, RDP 1992., p.608., spéc, p.610., note F. Luchaire.

(٢) انظر :

P.-Y. Tschanz, Contrats d'Etats et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, art.préc., p.74.

(٣) يميز الفقه بين شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد؛ فالأخير يعنى تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة دون رضا الطرف الآخر. وكما هو واضح، فإن شرط الثبات التشريعي لا يختلف من الناحية العملية عن شرط عدم المساس بالعقد، فكلاهما يهدف في النهاية إلى منع الدولة من المساس بالعقد بغير رضا الطرف الآخر.

(٤) انظر في هذا المعنى :

J.-P. Regli, op.cit., p.122.

إذ قضى بأن : " شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد (....) لا تعد من الشروط المؤكد عليها بموجب القانون الوطني لدولة ليبيا فحسب (....)، وإنما تعد كذلك وفقاً للمبدأ العام لحصانة العقود المعترف بها في القانون الداخلي والدولي على السواء " ^(١).

وفي قضية Letco قضت محكمة التحكيم بأن : " كل شرط يرد في عقود التنمية طويلة المدة ويكون متعلقاً بالثبات التشريعي (....) تكون غايته تجنب الأعمال التعسفية التي قد تصدر عن الدولة المتعاقدة. فكل شرط يتم الاتفاق عليه يجب العمل على احترامه خاصة إذا كان متعلقاً بهذا العقد النموذجي، وإلا أمكن للدولة أن تنهرب بسهولة من التزاماتها التعاقدية عن طريق سن التشريعات " ^(٢).

ويتضح مما سبق أن شرط الثبات التشريعي والذي يجد أساسه في مبدأ القوة الملزمة للعقد يمثل – بلا شك – قيداً على سيادة الدولة ويسلب حقها في المساس بالعقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها حتى لو كان الغرض من هذا المساس تحقيق المصلحة العامة.

ومن أجل التوفيق بين القواعد المتعارضة التي تحكم فكرة سيادة الدولة ^(٣) وتلك التي تحكم فكرة العقد، ذهب الفقيه Weil إلى التفرقة بين فرضين؛ الأول : إذا كان العقد في موضوعه خاضعاً للقانون الدولي العام، ففي هذه الحالة لا يوجد ثمة خلاف على الطابع الإلزامي لشرط الثبات

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La clause (....) fait partie des clauses dites de << stabilisation >> et << d'intangibilité >> (....), est justifiée non seulement en vertu de la législation pétrolière libyenne (....), mais également en vertu du principe général de l'inviolabilité des contrats reconnu également en droit interne et en droit international ".

sentence arbitrale *ad hoc* Liamco, 12 avril 1977, préc, spéc, p.136.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Une telle clause, communément appelée clause de stabilisation, est courante dans les contrats de développement à long terme (....), est destinée à éviter les actions arbitraires de l'Etat contractant. Une telle clause doit être respectée, spécialement dans ce type de contrat. Si tel n'était pas le cas, l'Etat contractant pourrait aisément se soustraire à ses obligations contractuelles en légiférant ".

Sentence CIRDI, 31 mars 1986, préc, spéc, p.172.

^(٣) ومن الجدير بالملاحظة أن شرط الثبات التشريعي يصطدم اصطداماً مباشراً بمبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد، ويعد هذا المبدأ من المبادئ المسلمة في معظم الدساتير، منها، الدستور المصري م (١٨٧).

التشريعي ومدى صحته^(١)، والفرض الثاني : إذا كان العقد خاضعاً من حيث موضوعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن هذا القانون هو الذي يحدد مدى مشروعية شرط الثبات التشريعي.

وعلى ذلك يربط الفقيه Weil بين شرط الثبات التشريعي والنظام القانوني الذي يحكم العلاقة التعاقدية^(٢)، بحيث يعد تحديد هذا النظام مسألة أولية يتعين الفصل فيها ابتداءً من أجل تقدير صحة وشرعية شرط الثبات التشريعي والآثار القانونية المتولدة عنه.

ولقد لاقى هذا الرأي رواجاً لدى أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي؛ ففي قضية Texaco/Calasiatic ضد دولة ليبيا ردد المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy ما ذهب إليه الفقيه Weil بشأن دولية شرط الثبات التشريعي، حيث رفض الأول الأخذ بالأحكام التشريعية الوطنية الجديدة التي أصدرتها دولة ليبيا والتي أثرت على المركز القانوني للأطراف المتعاقدة.

ففي هذا الحكم أوضح الأستاذ Dupuy براءة أنه : " في الفرض الذي تكون فيه الدولة التي قامت بالتأمين قد أبرمت مع مشروع أجنبي عقداً يتخذ من القانون الوطني للدولة المتعاقدة مصدراً له ويخضع لأحكامه، فإن تنظيم الوضع الجديد الناشئ عن التأمين يعد من المسائل التي تختص بها النصوص التشريعية واللائحية السارية في هذه الدولة " ^(٣).

(١) انظر :

P. Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, art.préc., p.321.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن الفقيه Weil قد ذهب من أجل تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد إلى القول بأنه : ليس المقصود بهذا النظام القانوني، القانون الموضوعي واجب التطبيق على العقد، وإنما النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له والذي يستمد منه شرعيته، ويحدد أيضاً القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على العقد. وهذا النظام إما أن يكون القانون الدولي، وإما أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

راجع :

P. Weil, *Ibidem.*, pp.315 et s.

(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Dans l'hypothèse où l'Etat nationalisateur a conclu avec une entreprise étrangère un contrat prenant sa source dans le droit interne de cet Etat et entièrement régi par lui, le règlement de la situation nouvelle, créée par la nationalisation, relèvera des dispositions légales et réglementaires en vigueur ". Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, spéc, pp.367-368.

ثم ذهب بعد ذلك إلى القول : " إلا أن الأمر سيكون جد مختلف في الحالة التي تبرم فيها الدولة مع المتعاقد الأجنبي عقداً دولياً، سواء كان هذا العقد خاضعاً للقانون الوطني للدولة المضيفة على اعتبار أنه القانون واجب التطبيق، وذلك على الحالة التي يكون عليها وقت نفاذ العقد الذي تم تثبيت القانون الذي يسري عليه في هذا التاريخ بمقتضى شروط معينة، أو سواء كان هذا العقد قد تم وضعه مباشرة تحت سيادة القانون الدولي. وفي هذين الفرضين، فإن الدولة التي اتخذت مكاناً في النظام القانوني الدولي تتعهد في مواجهة متعاقدها الأجنبي بضمان بعض الأوضاع القانونية والاقتصادية خلال فترة زمنية معينة " ^(١).

وانتهى المحكم في هذه القضية إلى أن : " القرار الذي تتخذه الدولة بإجراء التأمين يعد بمثابة ممارسة لاختصاص القانون الداخلي ولكنه يتضمن نتائج دولية منذ اللحظة التي تمس فيها هذه الإجراءات علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي والتي تعد الدولة التي قامت بالتأمين طرفاً فيها " ^(٢).

تقدير هذا الاتجاه

إذا كان لا يوجد أي تحفظ يمكن إبدائه على الاتجاه السابق عندما يكون العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي يرتبط بالنظام القانوني الداخلي

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Il en sera tout différemment dans le cas où l'Etat a conclu avec un cocontractant étranger un accord internationalisé, soit que le contrat ait été soumis au droit national de l'Etat d'accueil, conçu comme un simple droit de référence, applicable à la date d'entrée en vigueur du contrat et << stabilisé >> à cette même date par des clauses spécifiques, soit qu'il ait été placé directement sous l'empire du droit international. Dans ces deux hypothèses, l'Etat s'est placé dans l'ordre juridique international pour souscrire, vis-à-vis de son concontractant étranger, l'engagement lui garantissant une certaine situation juridique et économique durant un certain temps ".

Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, spéc, p.368.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Ainsi la décision d'un Etat de procéder à des mesures de nationalisation constitue l'exercice d'une compétence de droit interne mais elle comporte des conséquences internationales dès lors que ces mesures atteignent un rapport juridique de droit international dans lequel se trouve engagé l'Etat nationalisateur ".

Ibidem.

للدولة المتعاقدة^(١)، فإن الأمر جد مختلف عندما يكون هذا العقد مرتبط بالنظام القانوني الدولي.

بادئ ذي بدء نود أن نشير إلى أن فكرة خضوع عقود الدولة للنظام القانوني الدولي هي في حد ذاتها فكرة منتقدة بشدة سواء على الصعيد الفقهي أو في الواقع العملي^(٢). وحتى على فرض التسليم بهذه الفكرة، فإن موافقة الدولة على تضمين عقودها مثل هذا الشرط لا يعنى قبولها الاستبعاد المطلق لأحكام قانونها الداخلي، إذ إن الأمر لا يعدو أن يكون استبعاد نسبي لهذه القوانين، كالتشريعات الضريبية أو الاجتماعية^(٣).

كما أن هذه الاتجاه قد افترض أن مجرد دخول الدولة في علاقات قانونية على المستوى الدولي يعنى أنها قد تنازلت عن سيادتها، في حين أن المنطق القانوني يقتضي العكس، فإبرام الدولة لعقود ذات طابع دولي يعنى ممارستها لسيادتها لا التخلي عنها^(٤).

فضلاً عن ذلك، فإن شرط الثبات التشريعي لا يكون من آثاره تجريد عقد الدولة من مضمونه، إذ إنه يظل عقداً مبرماً مع الدولة التي تحوز على امتيازات السيادة طبقاً لمتطلبات المصلحة العامة.

ومن جهة أخرى، فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد والذي يعتبر من أحد المبادئ العامة في القانون الدولي لا يعد مبدأ عاماً مطلقاً، بل يعد من قبيل المبادئ التي تخضع للتعديل أو للتغيير حسب متطلبات الظروف. فالمادة ٦٢ من اتفاقية فيينا – السابق الإشارة إليها – قد جعلت من مجرد قيام تغيير جوهري في بعض الظروف التي كانت موجودة وقت إبرام المعاهدة سبباً

(١) ففي هذه الحالة فإن العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي سوف يندرج كاملاً تحت لواء القانون الداخلي للدولة المتعاقدة على نحو يؤدي إلى أن أي تعديل تجريه الدولة على أحكام هذا القانون يسرى عليه بطريقة تلقائية، فضلاً عن أن هذا القانون هو الذي سيحدد مدى صحة شرط الثبات التشريعي من عدمه.

انظر في هذا المعنى : د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

(٢) انظر المطلب الأول من المبحث الثالث من هذا الباب.

(٣) انظر :

Ph. Leboulanger, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, op.cit., p.97.

(٤) يذهب الفقيه Walde إلى أن شرط التثبيت التشريعي لا يتضمن بالضرورة تنازل الدولة عن الحقوق السيادية، فهو لا يعدو أن يكون مجرد وعد مخصص لثبات العقود التي تمنحها الدولة المضيفة للاستثمار.

راجع :

T. Walde, art.préc., p. 214.

من أسباب انسحاب أحد الأطراف منها، أو إنهائها، أو تعطيل تطبيقها^(١). وهذا الحل – على فرض مسايرة الرأي القائل بخضوع عقود الدولة للنظام القانوني الدولي – يمكن امتداده إلى عقود الدولة.

زد على ذلك، أن كل الأنظمة القانونية على اختلاف أشكالها تسمح بانتهاك مبدأ القوة الملزمة للعقد في حالات حدوث تغير في ظروف التعاقد لم يكن في الوسع توقعها^(٢). كما أن النظام القانوني للدول التي تنتمي إلى النظام اللاتيني تعطى الحق للإدارة في إنهاء أو تعديل العقد الإداري في أي وقت طالما أن المصلحة العامة تقتضى ذلك دون الاحتجاج بقاعدة العقد سريعة المتعاقدين. علاوة على أن الدولة تملك اتخاذ الإجراءات الضرورية التي يقتضيها النظام العام بمدلولاته الثلاثة (الأمن – الصحة – السكينة العامة) وتؤثر بالتالي على التوازن التعاقدي، وكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً في علاقة تعاقدية ما لا يمكن أن يؤدي إلى سلب حقها في اتخاذ ما تراه ضرورياً للمحافظة على النظام العام وسريانها في مواجهة المتعاقد معها.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن من المستقر عليه أن دخول الأشخاص الخاصة الأجنبية في علاقات تعاقدية مع الدولة لا يعنى رفع هذه الأشخاص إلى ذات المرتبة التي تحتلها الدولة^(٣).

وعلى هذا الأساس، لا يمكن أن نضع في المقدمة مبدأ القوة الملزمة للعقد لتقرير شرعية شرط الثبات التشريعي دون أن نضع في الاعتبار خصوصية العقود الإدارية، وتعلقها بالمصالح الأساسية للدولة. فمبدأ القوة الملزمة للعقد أو مبدأ العقد سريعة المتعاقدين – وإن علا – لا يحول مطلقاً

(١) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que (...). "

P.-M. Dupuy, Les grands textes de droit international public, op.cit., p.322.

(٢) ولقد اعتد القانون المدني المصري بهذا الاتجاه، فبعد أن أكدت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ منه على أن العقد سريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب المقررة في القانون، نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه : " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. "

(٣) انظر لاحقاً ص ٦٠٨.

دون إمكانية اتخاذ الدولة ما تراه لازماً من الإجراءات التي يقتضيها النفع العام وسريانها في مواجهة المتعاقد معها، وذلك لقاء تعويضه تعويضاً عادلاً.

ثانياً : النطاق النسبي لشروط الثبات التشريعي

لقد سبق القول إن مبدأ القوة الملزمة للعقد يشكل دعامة الأساس الذي يستند إليه شرط الثبات التشريعي لتبرير صحته، إلى جانب غل يد الدولة عن إجراء أي تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الوطني والتي من شأنها التأثير على المركز القانوني للمتعاقد معها. وبالتالي هل يفهم من ذلك أن التعهدات التعاقدية التي تلتزم بها الدولة تجاه متعاقدها الخاص تنزع منها سيادتها التشريعية ؟ وهل هذا يعني أيضاً اتجاه إرادة الدولة إلى التعاقد مع الشخص الخاص الأجنبي على قدم المساواة. وبالتالي تنتفي الصفة الإدارية عن العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي أو شرط عدم المساس بالعقد، ومن ثم لا يجوز للدولة تعديل هذا العقد أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة ؟

١ - شرط الثبات التشريعي لا ينفي الطابع الإداري عن العقد

قد أثيرت مشكلة تكييف شروط الثبات التشريعي في قضية Texaco/Calasiatic، وهل تعد من قبيل الشروط الاستثنائية، ومن ثم يوصم العقد بالصفة الإدارية، أم أنها لا تعد كذلك، وبالتالي يعد العقد من قبيل عقود القانون الخاص.

ففي هذه القضية بعد أن استعرض المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy معيار تمييز العقد الإداري، ذهب إلى أن شروط الثبات الواردة في المادة ١٦ من عقد الامتياز تبدو وكأنها شروطاً غير مألوفة في الشريعة العامة من حيث إنها لا يمكن - بصفة عامة - مصادفتها في العقود المبرمة بين الأشخاص العادية على الرغم من أن هؤلاء يمكنهم - من أجل إعطاء إطار ثابت لعلاقتهم - تحديد أن يكون القانون المطبق على العقود المبرمة بينهم هو القانون الساري وقت إبرامه، وأن بعض الكتاب كالأستاذ Cohen-Jonathan يروا أن شروط الثبات أو غيرها من الشروط النظرية لها تعد شروطاً استثنائية على القواعد العادية، فهذا الأمر لا تقره المحكمة.

إذ إن المحكمة ترى هنا أن القانون الليبي كالقانون المصري يضيف على العقد المبرم بواسطة الشخص العام الطابع الإداري إذا تمتعت فيه

السلطة الإدارية بحقوق وسلطات لا يمكن مصادفتها عادة في العقود المدنية، كسلطاتها في تعديل أو فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا تطلبت ذلك المصلحة العامة.

ويستطرد الأستاذ Dupuy قائلاً : " إن العقود المبرمة بواسطة الدولة أو السلطة الإدارية يفترض فيها ثلاثة احتمالات؛ الأول : أن تتضمن شروطاً تعطى للدولة أو للسلطة الإدارية سلطات لا يتمتع بها المتعاقد الخاص، والثاني : غياب النص على هذه الشروط ؛ ففي هذه الحالة يمثل صمت الأطراف قرينة على احتفاظ الدولة بحق ممارسة الامتيازات التي تتمتع بها أصلاً، وأما الاحتمال الأخير : فهو خاص بالحالة المعروضة على نطاق البحث؛ فالدولة تعهدت صراحة بعدم استعمال السلطات الممنوحة لها دون موافقة الطرف المتعاقد معها " .

ثم اتجه بعد ذلك إلى القول بأن : " ففي الاحتمالين الأول والثاني لا يوجد ثمة صعوبة في الاعتراف بالصفة الإدارية للعقد، بينما على العكس بالنسبة للاحتمال الثالث الذي تنتفي فيه هذه الصفة نظراً لتعهد الدولة بعدم استعمال سلطاتها في تعديله أو إلغائه " .

وينتهي الأستاذ Dupuy تحليله في هذه القضية بقوله : " إن شروط الثبات الواردة في العقد المبرم بين الدولة الليبية والشركتين الأمريكيتين تنتفي معها الطبيعة الإدارية لهذا العقد؛ لأنها تعني اتجاه إرادة الدولة إلى التعاقد مع الطرف الآخر على قدم المساواة والتنازل عن استعمال امتيازاتها الممنوحة لها " ⁽¹⁾ .

في الواقع إننا نختلف مع الرأي الذي قال به الأستاذ Dupuy ونؤيد الرأي الذي انتهى إلى تكييف شروط الثبات التشريعي والثبات العقدي بأنها شروطاً استثنائية على القواعد العامة، ومن ثم فإنها تثبت الطابع الإداري للعقد لا نفيه.

فشروط الثبات التشريعي لا يمكن تصور وجودها في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة؛ ذلك أن كل منهما لا يملك أن يتعهد إزاء الآخر بعدم سريان التشريعات الجديدة على العقد المبرم بينهما. وذات الأمر بالنسبة لشروط ثبات العقد، إذ إنه من غير المتصور أن يتعهد طرف خاص

(1) Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, spéc, pp.364-366.

إزاء طرف خاص آخر بعدم قيامه بتعديل أو إنهاء العقد بإرادته المنفردة، نظراً لأن هذه السلطة لا يتمتع بها إلا الأشخاص العامة بناءً على اعتبارات المصلحة العامة.

ومن جهة أخرى، إذا كان من الصحيح أن الشروط غير المألوفة هي التي تعطي امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، إلا أن ذلك لا ينفي تصور وجودها إذا كانت هذه الامتيازات ممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة. وهذا المعنى عبر عنه بوضوح بعض الفقهاء بقوله : " فهذه الشروط [الشروط غير المألوفة] مردّها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام. فضلاً عن أنها لا تتضمن في كل الأحوال تمييزاً لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد وإنما تضمن للمتعاقد حقوقاً أكثر مما يتضمنها العقد العادي " (١).

كما أن قضايا التحكيم الأخرى، كالحكم الصادر في قضية Aminoil^(٢)، قد اعتبرت أن العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي من قبيل العقود الإدارية ولم تنجرّف إلى التيار القائل بأن تضمين العقد بمثل هذا الشرط يعد دليلاً أكيداً على الطابع الخاص له.

٢ - احتفاظ الدولة بكامل سيادتها بالرغم من اتفاقها على تثبيت القانون واجب التطبيق

إن دخول الدولة في علاقات تعاقدية مع الأشخاص الخاصة لا يعني نزع امتيازات السيادة التي تتمتع بها؛ فالدولة التي تحوز على الاختصاص التشريعي تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون الذي سبق أن اتفقت مع متعاقدتها الخاص على تثبيته لحظة إبرام العقد.

هذا المعنى أكد عليه الحكم الصادر في قضية Texaco/Calasiatic إذ ذهب المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy إلى القول بأن : " إن كل تصرف يهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد لا يشكل من حيث المبدأ انتهاكاً لسيادة الدولة الليبية، ليس فقط لأن هذه الدولة قد التزمت به بمحض إرادتها، بل أيضاً لأن هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي الخاص بالبترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس من حيث المبدأ السيادة

(١) د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T. والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢) انظر :

التشريعية واللائحية لدولة ليبيا. فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها في إصدار القوانين واللوائح في مجال البترول تجاه جميع الأشخاص، من الوطنيين أو الأجانب، الذين لم تلتزم تجاههم بتعهدات مماثلة لهذا الالتزام ^(١).

ويمكن استخلاص هذا المعنى أيضاً من خلال الحكم الصادر في قضية Aminoil، إذ قضت محكمة التحكيم بأن: " شرط الثبات التشريعي لا يقيد بأي حال حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأمين " ^(٢).

يتضح مما تقدم أن شروط الثبات التشريعي لا تؤثر بأي الأحوال على سيادة الدولة، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل اختصاصاتها التشريعية واللائحية في اتخاذ ما تراه ضرورياً لتحقيق الصالح العام.

وإذا كان مبدأ السيادة – كما يقرر البعض – لا يمنع الدولة من إدراج شرط تحكيم في عقودها ذات الطابع الدولي؛ ذلك أن إدراج مثل هذا الشرط يشكل نوعاً من أنواع ممارستها لسيادتها لا التخلي عنها، فإن نفس المنطق يمكن تطبيقه على شروط الثبات التشريعي، بحيث لا يترتب على موافقة الدولة على تضمين عقودها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية بمثل هذه الشروط أي تنازل عن اختصاصاتها التشريعية واللائحية ^(٣).

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Une telle disposition, qui a pour effet de stabiliser la situation du cocontractant, ne porte pas, dans son principe, atteinte à la souveraineté de l'Etat libyen. Non seulement celui-ci s'est engagé librement mais le fait que cette clause stabilise le régime législatif et réglementaire pétrolier à la date de la signature de l'accord n'affecte pas dans son principe la souveraineté législative et réglementaire de la Libye. Celle-ci conserve ses prérogatives d'édicter des lois et règlements en matière pétrolière à l'égard de ceux, nationaux ou étrangers, avec lesquels elle n'a pas souscrit un tel engagement ".
Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, spéc, p.371.

^(٢) Sentence *ad hoc* Aminoil, 24 mars 1982, préc, spéc, p.893.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة التحكيم في هذا النزاع قد حرصت على إبراز الطابع المؤقت لشروط الثبات التشريعي، إذ إنها أشارت إلى أن شروط الثبات التشريعي تمثل قيداً مؤقتاً من حيث الزمان على عاتق الدولة. فهذه الدول لا تمنح للشركة المتعاقدة معها الحماية المترتبة على هذه الشروط إلا في غضون فترة زمنية مقيدة نسبية. وبما أن فترة الحماية المنصوص عليها في البندين ١٧ و ١١ من هذا العقد تعد فترة طويلة ومطلقة، فإن هذه الحماية تتعارض مع حق السيادة للدولة المتعاقدة، ما يتعين عدم إعمال شرط الثبات التشريعي.

Ibidem., pp.894-895.

^(٣) انظر في هذا المعنى :

Ph. Leboulanger, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, op.cit., pp.299 et s.

وإذا كان مبدأ السيادة على هذا النحو هو الذي يمنح الدولة قدرة الاتفاق على أية شروط مع متعاقديها الخاص، ومنها شرط الثبات التشريعي، فإن ذات السيادة هي التي تمنحها أيضاً القدرة على أن تنتقص من مدى هذه الشروط إذا تطلبت ذلك المصلحة العامة؛ ذلك أن رفض كل سلطة للدولة يعني تشابه عقودها، وبخاصة الإدارية منها، مع العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة التي تسيطر عليها فكرة المصلحة الخاصة. ففي هذه الحالة، لماذا نوافق إذن على وجود فكرة العقود الإدارية طالما سلبنا من الدولة كل قدرة على تعديل أو إلغاء الشروط التي تضمنتها هذه العقود.

فخصوصية عقود الدولة ^(١) – بوجه عام – تتطلب الاعتراف بسلطة الدولة في التعديل اللاحق للعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة شريطة عدم الإخلال بالتوازن التعاقدي وإلا ترتبت المسؤولية في حقها ^(٢). وهذا ما أكد عليه حكم التحكيم الصادر في قضية Aminoil، إذ إنه ألزم الدولة عند ممارسة الامتيازات الممنوحة لها أن تحترم التوازن المالي للعقد ^(٣).

^(١) وقد عبر الفقيه الفرنسي Kahn بجلاء عن فكرة ضرورة مراعاة خصوصية وضع الدولة في التحكيم، حيث أكد على أنه لا يشك في أن مشاركة الدولة في التحكيم يمكن أن يتولد عنها نظام قانوني يغير في طبيعته عن ذلك الذي يحكم عقود الشريعة العامة *droit commun*، ذلك أنه لا يمكن تشبيه الدولة بمجرد شخص خاص يبرم عقداً. وبالتالي فإنه من الضروري إيجاد نظام متميز لتمكينها من ممارسة وظيفتها.
راجع :

Ph. Kahn, *Contrat d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale* du 24 mars 1982, JDI 1982., p.844., spéc, p.854.

^(٢) انظر في هذا الرأي الأستاذ Tschanz إذ يذهب إلى القول بأن : " أحكام التحكيم، وكذا الكتاب قد اجمعوا تقريباً على الاعتراف للدولة بسلطة التعديل والإلغاء اللاحق للعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة بشرط الحفاظ على التوازن التعاقدي، وإذا اقتضى الأمر، يكون بواسطة التعويض ".
وفي هذا الصدد يذكر :

" Les sentences et les auteurs reconnaissent toutefois presque unanimement pour certains contrats d'Etat un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale lorsque l'intérêt public l'impose objectivement, à la condition que l'équilibre financier du contrat soit maintenu, le cas échéant, par une indemnisation ".

P.-Y. Tschanz, *Contrats d'Etats et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international*, art.préc., p.84.

^(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة التحكيم :

" Le contrat de Concession a donc changé de caractère et est devenu un des ces contrats dans le cadre desquels, dans la plupart des systèmes juridiques, l'Etat, tout en étant obligé de respecter l'équilibre contractuel, jouit d'avantages propres ".

Sentence *ad hoc* Aminoil, 24 mars 1982, préc, spéc, p.895.

ويترتب على ذلك، أنه في حالة قيام الدولة بالاعتداء على شرط الثبات التشريعي، يستطيع المحكم في حالة إصابة الطرف المتعاقد مع الدولة بأضرار من جراء هذا العمل أن يقدر مسؤولية هذه الدولة، لا على أساس القانون الدولي، وإنما على أساس انتهاك الالتزامات والتعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة تجاه متعاقديها الخاص، وذلك في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة.

فكل إجراء تتخذه الدولة المتعاقدة بإرادتها المنفردة ويكون من شأنه انتهاك شرط الثبات التشريعي والشروط النظرية لها كشرط عدم المساس بالعقد^(١) يجب أن يقابله تعويض مالي مناسب يستحق للطرف المتعاقد معها حتى لو تكشف مشروعية هذا الإجراء، وحتى لو كان الباعث عليه تحقيق المصلحة العامة^(٢)، ويقوم المحكم بتقدير هذا التعويض.

وهذا ما عبر عنه حكم التحكيم الصادر في قضية Aminoil؛ فبعد أن أكدت محكمة التحكيم على أن قرار الدولة باتخاذ إجراءات التأميم يعتبر قراراً مشروعاً، قررت أن: "ولكن فيما يخص الأعمال التي يمكن أن تضع نهاية لعقد الامتياز دون أن تتصف بطابع المصادرة. فالمحكمة تؤكد على أن التأميم لا يعد من قبيل أعمال المصادرة، إذ إنه يخضع وفقاً للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع تعويض مناسب"^(٣).

(١) انظر سابقاً ص ٥٨٤، هامش (٣).

(٢) وفي هذا المعنى قضت الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري بسلطنة عمان في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ من يونيو عام ٢٠٠٦ بالآتي: "وحيث إنه من المقرر أن للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وذلك على أساس المسؤولية العقدية بلا خطأ. بيد أن هذا الحق مشروط بتوافر أمرين؛ الأول: أن تجد ظروف تستدعي هذا الإنهاء تحقيقاً للمصلحة العامة، والثاني: أن تتوافر في قرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية (...). إلا أنه جدير بالتأكيد أنه رغم مشروعية قرار إنها العقد موضوع الدعوى، إلا أن جهة الإدارة تتحمل تكاليف تحقيق المصلحة العامة التي استوجبت إنهاء العقد، وذلك بتعويض المتعاقد معها تعويضاً عادلاً عما أصابه من أضرار، ينأى عن الغبن والإثراء بلا سبب في آن واحد".

الدعوى رقم ٨١ للسنة ٦ ق، جلسة ٢٥/٦/٢٠٠٦، سبقت الإشارة إليه ص ٢٨٢ هامش (١).

(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"... mais est muet en ce qui concerne les actes qui pourraient mettre fin à la Concession sans avoir un caractère de confiscation. On pourrait soutenir que le cas de la nationalisation constitue précisément un tel acte, puisque selon le droit international, celle-ci est subordonnée entre autres, au paiement d'une indemnité adéquate".

Sentence *ad hoc* Aminoil, 24 mars 1982, préc, spéc, p.894.

وعلى ذلك يمكن القول إن شروط الثبات التشريعي لا تشكل أي قيد على سيادة الدولة التشريعية وامتيازاتها كسلطة عامة، وعلى الدولة عند ممارسة هذه الامتيازات وتلك السيادة أن تأخذ في حساباتها تعهداتها والتزاماتها التعاقدية بما في ذلك شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، بحيث إذا أخلت الدولة بهذه التعهدات والالتزامات وترتب على ذلك انهيار التوازن المالي والاقتصادي للعقد، فإن ذلك يجب أن يقابله تعويض مالي مناسب يستحق للطرف المتعاقد معها ويقوم المحكم بتقديره تبعاً لظروف كل حالة على حده، وهذا ما تؤكد عليه فكرة التوازن المالي للعقد الإداري⁽¹⁾.

وبذلك، ينتهي تناول المبحث الثاني والمخصص لدراسة خضوع العقود الإدارية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة والمحاولات الرامية إلى استبعاده، أو الحد من نطاقه. ويتبقى لنا حتى يكتمل تناول الفصل الأول من هذا الباب والذي خصصناه لمبحث مسألة القانون واجب التطبيق على الموضوع أن نتناول مسألة أخرى غاية في الأهمية، وهي مدى خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني غير منتمى إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وبصفة خاصة، خضوعها للقانون الدولي العام والقواعد عبر الدولية. وهو ما نخصص له المبحث الثالث.

(1) ومن الجدير بالذكر أن تطور العلاقات على المستوى الدولي والتي كان من آثارها إبرام الاتفاقات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمار نتج عنه أن أصبحت شروط الثبات التشريعي نادراً ما يتم إدراجها في عقود الدولة؛ فالدولة المضيفة للاستثمار تبرم غالباً اتفاقات مع دول المشروعات الأجنبية تتعهد بمقتضاها باتخاذ كل الوسائل التي تتضمن توفير الأمن والاستقرار لهذه المشروعات. راجع للمزيد من التفاصيل :

- J. Touscoz, Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I), JDI 1987., pp.901-925.
- M. Salem, Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, JDI 1986., pp.579-626.
- Ch. Camboulive, Mécanismes de règlement des différends dans les conventions bilatérales de protection des investissements, actes du symposium sur l'arbitrage et l'investissement, in Revue tunisienne de l'arbitrage 2001., n° spécial, pp.73-93.

المبحث الثالث

خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني

غير منتمي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة

لقد سبق الإشارة إلى أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة كان ينظر إليه - دائماً - على أنه قانون غير ملائم لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة، مما دعا الأمر إلى البحث عن مصادر أخرى من القانون يمكن اللجوء إليها للفصل في موضوع النزاع.

فوجد اتجاه غايته في القانون الدولي العام، غير أن أنصاره قد انقسموا على أنفسهم بصدد تحديد المعيار الذي بناءً عليه يتم إعمال قواعد هذا القانون. فبينما ذهب جانب منهم إلى تركيز العقود الإدارية في النظام القانوني الدولي على نحو يصبح معه إعمال قواعد القانون الدولي العام على هذه العقود من طبائع الأمور، فإن الجانب الآخر يرى أن هذه العقود عبارة عن اتفاقيات دولية ويجب أن تخضع على أثر ذلك للقانون الدولي العام، أما الجانب الأخير فقد ذهب إلى أن أساس خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الدولي العام في بعض الحالات مبعثه تمتع المتعاقد الخاص بالشخصية القانونية الدولية عندما يدخل في علاقات تعاقدية مع الدولة.

وذهب الاتجاه الآخر إلى أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي يتعين إخضاعها للقواعد عبر الدولية *lex mercatoria*، أو ما يعرف بالقانون التجاري على اعتبار أنها القواعد التي يجب أن تحكم العلاقات العابرة للدول.

ونظراً لاتساع هذا الموضوع لدرجة أنه قد لا يكفيها إلا تخصيص دراسة كاملة له. لذلك نقتصر في هذا المقام على تحديد الملامح الرئيسية له والتي من شأنها إعطاء الأجوبة على التساؤلات التي يطرحها موضوع مدى إمكانية خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام، أو للقواعد عبر الدولية، وذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : تطبيق القانون الدولي العام.

المطلب الثاني : تطبيق القواعد العابرة للدول.

المطلب الأول

تطبيق القانون الدولي العام

يذهب جانب من الفقهاء تؤيده في ذلك الممارسات العملية لقضاء التحكيم الدولي سواء على المستوى التحكيم المؤسسي أو الفردي إلى ضرورة خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام، وذلك كما يلي :

أولاً : آراء الفقه المؤيدة لخضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام

فكرة خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام قد أكد عليها نظرياً سواء عن طريق تركيز هذه العقود وتمركزها في النظام الدولي، أو عن طريق تكييفها بأنها اتفاقيات دولية تخضع بطبيعتها للقانون الدولي، أو عن طريق رفع المتعاقد الخاص إلى ذات المرتبة التي تحتلها الدولة.

١ - خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام استناداً إلى تمركزها في النظام القانوني الدولي

يذهب اتجاه في الفقه إلى أن العقود الإدارية المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية ينبغي أن تخضع للقانون الدولي العام، ويستند هذا الاتجاه - لتبرير وجهة نظره - إلى التفرقة بين النظام القانوني الأساسي *Grundlegung* الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة وبين القانون واجب التطبيق على هذا العقد.

ويعد الفقيه Weil من أقوى المدافعين عن هذا الاتجاه حتى أصبح اسمه علماً على هذه النظرية، إذ يذهب إلى أنه : يتعين التفرقة من ناحية بين النظام القانوني الأساسي الذي يتأصل فيه العقد ويستمد منه شرعيته وبين القانون واجب التطبيق عليه من ناحية أخرى، بحيث تعتبر مسألة تحديد القانون المطبق على عقود الدولة، سواء عن طريق الإحالة إلى الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة أو باستخدام معايير أخرى، تتوقف على الفصل في مسألة أولية وهي تحديد النظام القانوني الأساسي للعقد، وبناءً على هذا التحديد يتم تعيين القواعد الموضوعية التي تحكم العقد^(١).

(١) انظر :

P. Weil, Droit international et contrats d'Etat, in Mélanges offerts à P. Reuter, Le droit international: unité et diversité, Paris, A. Pedone 1981., pp.549-582., spéc, p.559.

وهكذا فإن الفكرة الأساسية عند الفقيه Weil هي تحديد ما هو النظام القانوني الأساسي الذي يندرج فيه العقد ويستمد منه صحته، وتتواجد فيه جذوره، بحيث تعد هذه المسألة مرحلة أولى يتعين الفصل فيها ابتداءً، ثم في مرحلة ثانية يتم تحديد القواعد الموضوعية التي تحكم العقد بناءً على إشارة من هذا النظام القانوني.

فإذا كان العقد يتمركز في النظام القانوني الوطني وتتضمن – على سبيل المثال – شرط ينص على تثبيت القانون واجب التطبيق على الموضوع، فإن هذا لا يمنع من تعطيل هذا الشرط إذا بدا مخالفاً للنظام العام على اعتبار أن هذا العقد راسخ في النظام القانوني الوطني. وبالمقابل، إذا كان العقد يتمركز في النظام القانوني الدولي، فإن هذا الشرط يكون له قوته الملزمة على اعتبار أنه يستمد شرعيته من النظام القانوني الذي تمركز فيه، وهو القانون الدولي العام^(١).

ومن الجدير بالملاحظة أن النظرية التي قال بها الفقيه Weil حول النظام القانوني الأساسي الذي يتمركز فيه العقد *Grundlegung* تعد فكرة مستوحاة من فكرة *Grundnorm*^(٢) التي قال بها الفقيه Kelsen والتي تعرف بنظرية تدرج القواعد القانونية. فقد حاول الفقيه Weil البحث عن تأصيل عقود الدولة في ترتيب قانوني على شكل هرم متدرج، في قاعدته العقد، وفي قمته النظام القانوني الأساسي الذي يشكل – وفقاً لرأيه – أساس القوة الملزمة لعقود الدولة، وبين القمة والقاع القانون المختار من قبل الأطراف.

(١) راجع :

P. Weil, Droit international et contrats d'Etat, art.préc., p.565.
وإذا كان الفقيه Weil قد ذهب إلى أن النظام القانوني الأساسي الذي يتأصل فيه عقد الدولة هو القانون الدولي العام، فإن جانباً آخر من الفقه قد ذهب إلى أن قانون العقد *lex contractus* هو الذي ينبغي أن يشكل النظام القانوني الأساسي، بحيث لا ينطبق قانون أحد الأطراف أو القانون الدولي إلا في الحدود التي تحيل إليها شروط العقد.
راجع في عرض هذا الرأي :

P. Mayer, Le mythe de l' << ordre juridique de base >> (ou *Grundlegung*), in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman, Litec 1982., pp.199-216., spéc, p.202.

(٢) راجع :

I. S.- Hohenveldern, Intervention au Colloque organisé le 15 novembre 1974 par la centre de droit international et étranger de la K.U.L. sur les Contrats entre Etats et personnes privées étrangères, RBDI 1975., p.562., spéc, p.586.

ولقد لاقت نظرية الفقيه Weil رواجاً لدى قضاء التحكيم الدولي؛ ففي قضية Texaco/Calasiatic أكد المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy على وجود قواعد في القانون الدولي العام تحكم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية، بحيث يشكل هذا القانون النظام القانوني الذي تستمد منه هذه العقود قوتها الملزمة^(١).

وفي الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في قضية ماليكوب ليمتد بتاريخ ٧ من مارس عام ٢٠٠٦، قضت محكمة التحكيم بأن: " أهمية تكليف عقد الامتياز كعقد دولي لا يندرج في إطار النظام القانوني المصري الداخلي. فطابعه الدولي يعني أن بعض جوانب العقد – وأبرزها اتفاق التحكيم – هي أيضاً جزء من العلاقات القانونية الدولية ومن ثم يمكن إخضاعه لقواعد خارج نطاق النظام القانوني المصري الداخلي. وفي الحالة الماثلة، يترتب على الطابع الدولي لعقد الامتياز ولاتفاق التحكيم نتائج بالنسبة للقواعد التي تطبق على بعض المسائل التي أثرت في التحكيم الماثل^(٢).

تقدير هذا الاتجاه :

إذا كان غياب قانون القاضي *Lex fori* بالنسبة للمحكم هو الذي يفسر اللجوء إلى قواعد القانون الدولي العام وفقاً لمفهوم النظام القانوني الأساسي الذي قال به الفقيه Weil، بحيث يعد هذا القانون بمثابة مصدر أساسي *For original* يستند إليه المحكم من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع^(٣)، إلا أن هذا الاتجاه معيب من ناحيتين :

الأولى : إذا كان من الصحيح أن القانون الدولي العام يعد بمثابة شريعة للمحكم يستند إليها لتحديد النظام القانوني المطبق على أصل الموضوع، إلا أن هذا الأمر لا يتصور وجوده إلا في العلاقات القانونية القائمة بين الدول *interétatique* أصحاب السيادة^(٤).

(1) Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, spéc, pp.353 et s.

(٢) القضية رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤، ماليكوب ليمتد ضد حكومة مصر العربية والشركة المصرية القابضة للطيران وشركة المطارات المصرية، ٧/٣/٢٠٠٦، سبقت الإشارة إليه، ص ٢٦٢.

(٣) انظر في هذا المعنى :

J. Verhoeven, Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères: des règles spécifiques?, art.préc., p.628.

(4) J. Verhoeven, *Ibidem.*, p.629.

ومن ناحية ثانية : فإن هذه النظرية قد اعتبرت أن عقود الدولة بمثابة تصرف قانوني دولي حقيقي، ويجب إخضاعها على أثر ذلك لقواعد القانون الدولي العام، ومن ثم لا يكون هناك محل للبحث في داخل هذا النظام عن قاعدة الإسناد التي تسمح بتحديد القانون المطبق على أصل الموضوع؛ أي البحث عن قاعدة تلعب نفس الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص. فقاعدة التنازع لا تتدخل إلا من أجل فض التنازع بين القوانين، وفي هذا الفرض فإن العقد ينتمي كله إلى القانون الدولي وحده^(١)، مما يؤدي إلى عزل العقد عن كل الظروف المحيطة به والتي أدت إلى إبرامه.

علاوة على ذلك، فإن بعض أعضاء اللجنة الواحدة والعشرين المخصصة لبحث مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية قد رفضوا خلال دور انعقاد مجمع القانون الدولي في Oslo عام ١٩٧٧ الأخذ بفكرة الفقيه Weil والتي تقوم على التفرقة بين النظام القانوني الأساسي الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة والقانون واجب التطبيق على الموضوع، ووصفوا هذه التفرقة بأنها مصطنعة وليس لها فائدة من الناحية العملية، علاوة على كونها فكرة مجردة من كل موضوع^(٢)، مفضلين عنها الأخذ بشكل أساسي بإرادة الأطراف في تحديد القانون المطبق على أصل الموضوع، وفي حالة غياب كل اختيار، يخضع العقد للقانون الأكثر صلة به، وهذا ما انتهت إليه التوصية الصادرة عن المجمع في دور انعقاده في أثينا عام ١٩٧٩^(٣).

كما أن العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي قد رفضت هي الأخرى الفكرة التي قالها الفقيه Weil، حيث إنها أخذت بشكل أساسي بحرية الأطراف في تحديد القانون المطبق على أصل الموضوع. وفي حالة غياب الاتفاق بين الأطراف، يملك المحكم حرية تحديد هذا القانون دون أن يرتبط بفكرة النظام القانوني الأساسي الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه صحته^(٤).

(١) راجع :

P. Mayer, Le mythe de l'ordre juridique de base (ou *Grundlegung*), art.préc., p.212.

(٢) انظر ملاحظات كل من : Mann, Monaco et Seild-Hohenvelderm والمنشورة في : Annuaire de l'IDI 1977, vol 57, t.1, pp.228 et s.

(٣) انظر سابقاً ص ٥٥٣، ص ٥٦٩.

(٤) راجع المبحث الأول من هذا الفصل.

٢- خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام استناداً إلى تكييفها كاتفاقيات دولية

يذهب بعض الفقهاء ^(١) المؤيدين لخضوع العقود الدولية المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية للقانون الدولي العام إلى القول إن هذه العقود عبارة عن اتفاقيات دولية تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام الاتفاقي بشرط توافر بعض المتطلبات، هي :

- أن يكون العقد قد أبرم أو أذن بإبرامه بواسطة الأشخاص أو الهيئات التي تمثل الدولة في حقل القانون الدولي العام.

- ألا يكون العقد من طبيعة خاصة أو تجارية خالصة، ولكن يجب أن يتضمن التزامات تقع على عاتق الطرف الوطني ويكون لها صلة بأعمال السلطة العامة، مثل : الشروط التي تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات التشريعية أو الإدارية التي من شأنها المساس بمركز المتعاقد معها.

- أن يكون الشكل المتبع في إبرام العقد متطابق أو متشابه مع الشكل المتبع في إبرام معاهدات واتفاقيات القانون الدولي العام للدولة المتعاقدة.

- أن يكون الفصل في المنازعات المتعلقة بهذه العقود عن طريق محاكم التحكيم الدولية وليس بواسطة المحاكم الوطنية.

- أن تحتوي هذه العقود على إرادة حقيقية للأطراف تفيد استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على أصل الموضوع، سواء وردت هذه الإرادة في شكل صريح، أو تمثلت في شكل ضمني.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن هذه الشروط تعطي للشريك الخاص الأجنبي الذي يتعاقد مع الدولة مزايا خاصة لا تقبل أية سلطة وطنية عادة

(١) انظر :

K.-H. Böckstiegel, Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat, in 60 ème anniversaire de la Cour d'arbitrage de la CCI, regarde sur l'avenir, Paris, CCI 1984., p.127., spéc, pp.177et s ; *Der staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Francfort-sur-le-Main, 1971(thèse d'agrégation, Université de Cologne) cité par W. Wengler, Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ?, RGDIP 1972., p.313., spéc, p.316.

أن تلتزم بها تجاه الشخص الأجنبي العادي، ك شروط الثبات التشريعي، أو شرط التحكيم. وبالتالي فإن العقود التي تتضمن مثل هذه الشروط تندرج تحت إطار الاتفاقيات المبرمة على مستوى مرتفع *niveau élevé*، ومن ثم يجب أن تخضع – على أثر ذلك – للقانون الدولي العام، وذلك خلافاً للاتفاقيات ذات المستوى الأقل والتي تظل محكومة بالقانون الداخلي.

تقدير هذا الرأي :

لقد وجهت سهام النقد إلى هذا الاتجاه من عدة نواح؛ فمن ناحية أولى: إن فكرة المستوى المرتفع التي قال بها أنصار هذا الاتجاه لا يمكن الاعتماد عليها لتحديد طبيعة أية علاقة قانونية؛ ذلك أنها لا تقوم على أسس موضوعية وإنما تقوم على التقدير الشخصي المحض للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها الشريك الخاص الأجنبي الذي يتعاقد مع الدولة.

فقد اعتبرت تلك الفكرة أن الاتفاقيات المبرمة بين الدولة والمتعاقد الخاص الأجنبي، بما في ذلك الاتفاقيات التي تهدف إلى النشاطات الاقتصادية، لا ترقى إلى مستوى القانون الدولي العام إلا إذا استفاد المتعاقد الخاص في علاقاته مع الدولة المتعاقدة بوضع احتكاري يسمح له عند التفاوض بفرض بعض الشروط التي لا يمكن أن تقبل أية سلطة وطنية عادة الارتباط بها. وبالتالي فإن فكرة المستوى المرتفع لا تتحقق إذن إلا إذا كان المتعاقد مع الدولة يحوز على قدرات وإمكانات مالية هائلة تسمح له بالتفاوض على طلب الحصول على مزايا ضريبية أو تثبيت القانون واجب التطبيق. وبالمقابل إذا كان المتعاقد مع الدولة لا يملك تلك القدرات والإمكانات، فإنه لا يستطيع أن يتعاقد مع الدولة على هذا المستوى المرتفع، وبالتالي سوف لا يخضع تعاقد له للقانون الدولي العام^(١).

ومن ناحية ثانية : فإن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية مهما كانت الشكليات الرسمية المتبعة في إبرامها لا يمكن أن ترقى إلى مستوى المعاهدات الدولية^(٢)، إذ إن من المسلم في القانون الدولي العام أن المعاهدات الدولية لا تتم إلا بين الدول ذات السيادة، ومن ثم

(١) انظر :

W. Wengler, art.préc., p.317.

(٢) انظر :

J.-M. Jacquet, op.cit., p.136.

لا يعد من قبيل المعاهدات الدولية تلك الاتفاقيات المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية^(١).

فقد عرفت المادة الثانية من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات الموقعة بتاريخ ٢٣ من مايو عام ١٩٦٩ المعاهدات الدولية بأنها : " اتفاق دولي مبرم بين دولتين أو أكثر في شكل مكتوب ويخضع للقانون الدولي سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر، وأياً كانت التسمية التي تطلق عليه " ^(٢).

وهذا ما أكد عليه حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٨١ في النزاع الذي نشب بين إحدى الدول الأفريقية وإحدى الشركات الفرنسية. فقد رفضت محكمة التحكيم في هذه القضية الانسحاق وراء زعم أن الاتفاقيات المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تعد من قبيل المعاهدات الدولية، وقررت أن : " المعاهدات الدولية لا يمكن أن تبرم إلا بين الأشخاص الخاضعين للقانون الدولي العام بقصد إحداث آثار في القانون الدولي " ^(٣).

زد على ذلك أن الدولة يمكن ان تتصرف لا باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام، وإنما باعتبارها أحد أشخاص القانون الداخلي. فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة، فهي تعد من أحد أشخاص القانون الدولي العام وتخضع تصرفاتها التي تأتيها بهذه الصفة لأحكام القانون الدولي.

(١) انظر في هذا المعنى :

Ph. Leboulanger, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, op.cit., p.210.

(٢) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" L'expression << traité >> s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ".

P.-M. Dupuy, Les grands textes de droit international public, op.cit., p.303.

(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Que le traité ne peut être conclu qu'entre sujets de droit international pour viser à produire des effets en droit international ".

Sentence CCI n° 3327, 1981, JDI 1982., pp.971-977., spéc, p.972., obs. Y. Derains.

وتعد من أحد أشخاص القانون الداخلي، وبهذه الصفة لا تخضع تصرفاتها لأحكام القانون الدولي^(١).

ومن ناحية ثالثة : فإن إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية لا يعني بالضرورة اتجاه إرادة الأطراف إلى تدويل هذا العقد. صحيح أن إدراج مثل هذا الشرط يعد بمثابة دلالة هامة على دولية العقد^(٢)، إلا أن هذه الواقعة لا تكفي بمفردها أن تشكل قرينة قاطعة على تدويل العقد^(٣)؛ ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد اختيار تقنية ملائمة *technique appropriée* لحل المنازعات^(٤).

ومن ناحية أخيرة : فإنه يمكن لأطراف العقد الدولي أن يختارون القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق على الموضوع دون أن يؤثر ذلك على طبيعة العقد. ومن أوضح الأمثلة على ذلك العقد المبرم بين دولة ليبيا وشركتي Texaco/Calasiatic والذي اتفق الأطراف في البند ٢٨ منه على أن يكون هذا العقد محكوماً ومفسراً طبقاً لمبادئ القانون الليبي المشتركة مع مبادئ القانون الدولي، وفي حالة غياب المبادئ المشتركة، يكون العقد محكوماً ومفسراً وفقاً للمبادئ العامة للقانون التي يطبقها القضاء الدولي^(٥). وعلى الرغم من وجود هذا الشرط، ذهب المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy إلى تكييف هذا العقد بأنه من عقود القانون الخاص وليس من قبيل

(١) راجع للمزيد من التفاصيل :

S. Lemaire, Les contrats internationaux de l'administration, op.cit., pp.9 et s.

(٢) فقد ذهب الأستاذ Dupuy في حكمه الصادر في قضية Texaco/Calasiatic إلى اعتبار أن مجرد الإحالة إلى تحكيم دولي تكفي في حد ذاتها لإضفاء الصفة الدولية على العقد ويدخله - على أثر ذلك - في نظام قانوني خاص، هو القانون الدولي للعقود. وفي هذا الصدد يذكر :

" Il est donc incontestable que la référence à un arbitrage international suffit à internationaliser le contrat, c'est-à-dire à le situer dans un ordre juridique spécifique, celui du droit international des contrats ".

Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, spéc, p.360.

(٣) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Regli :

" Nous pensons qu'une clause d'arbitrage international constitue un indice important, mais pas suffisant en soi, d'une volonté des parties dans le sens d'une internationalisation du régime du contrat ".

J.-P. Regli, op.cit., p.152.

(٤) انظر في هذا المعنى :

A. Patrikios, op.cit., p.92.

(٥) شرط مشار إليه في :

Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, *Ibidem.*, p.353.

الاتفاقيات التي تخضع للقانون الدولي العام، ومع ذلك قام بتطبيق أحكام القانون الدولي العام مؤكداً على أن الإحالة على مبادئ القانون الدولي بصفة أساسية والمبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية يكون أثره الانجذاب نحو تطبيق القانون الدولي على العلاقات القانونية القائمة بين الأطراف^(١).

ويستفاد من الحكم السابق، أن مجرد تطبيق القانون الدولي العام على أصل النزاع لا يعنى أن العقد قد أصبح معاهدة دولية، فقد يتفق الأطراف على تطبيق القانون الدولي على العقد المبرم بينهما دون أن يؤثر ذلك على طبيعته القانونية التي يظل محتفظاً بها بالرغم من خضوعه لأحكام هذا القانون.

ومن جماع ما سبق يتضح – كما يقرر بعض الفقهاء وبحق – أنه ليس في الشكل الذي يبرم فيه العقد، ولا في النص على استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أو في تثبيته على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، ولا في اللجوء إلى التحكيم الدولي ما يسمح بالتأكيد على أن العقد المبرم بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية يخضع للقانون الدولي العام الاتفاقي باعتباره معاهدة دولية^(٢)، فهذا التكييف يعد – دون شك – بمثابة إسراف في استعمال التعبيرات abus de langage^(٣).

٣ - تمتع الأشخاص الخاصة بالشخصية القانونية الدولية

من المستقر عليه أن الأشخاص الخاضعين للقانون الدولي العام هم الدول ذات السيادة^(٤) والمنظمات الدولية^(٥) باعتبار أنهم من الأشخاص المخاطبين بأحكام هذا القانون. غير أن الأشخاص الخاصة بالمنظمات غير الحكومية والشركات العابرة للقارات قد أصبحوا يملكون اليوم القدرة على إبرام تصرفات قانونية على المستوى الدولي. وبالتالي يثار التساؤل حول

(١) *Ibidem.*, p.358-359.

(٢) راجع : د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق، ص ٦٣٧.

(٣) انظر في هذا المعنى :

M. Kamto, art.préc., pp.14 et s.

(٤) راجع :

J. Combacau, S. Sur, Droit international public, Paris, Montchrestien 2001., 5^e éd, p. 286.

(٥) CIJ Avis, 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Recueil des décisions de la CIJ 1949., p.175.

المركز القانوني لهؤلاء الأشخاص وهل يعدون من أشخاص القانون الدولي العام أم لا ؟

رداً على هذا التساؤل يذهب بعض الفقهاء إلى القول إنه يمكن للشخص الخاص أن يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، ولكن هذه الشخصية تكون محدودة، نظراً لعدم تصور الاعتراف بها للأفراد إلا عندما يدخلون في علاقات تعاقدية مع الدولة ^(١).

فقد ذهب رأي إلى أنه لا يوجد ما يمنع الدولة ذات السيادة من رفع المتعاقد معها إلى مستوى أشخاص القانون الدولي العام من أجل احتياجات العلاقة التعاقدية ^(٢).

وذهب رأي آخر إلى أن الشخص الخاص يملك الأهلية والشخصية الدولية في العلاقات القانونية التي يجريها مع الدولة والتي يكون في احتياج لها من أجل تمكينه من إجراء تصرفات على المستوى الدولي ^(٣).

وقد لاقى هذا الرأي تأييداً له في بعض أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي؛ ففي قضية Texaco/Calasiatic أكد المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy على أن الشخص الخاص الأجنبي عندما يدخل في علاقات تعاقدية مع الدولة فإنه يتمتع بالشخصية القانونية الدولية المحدودة. إذ ذهب إلى أنه : " دولية بعض العقود المبرمة بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة لا يعنى منح هذا الشخص الخاص اختصاصاً مضاهياً كالذي تتمتع به الدولة ولكن فقط بعض القدرات التي تسمح له بإجراء تصرفات على المستوى الدولي من أجل طلب بعض المزايا الناجمة عن دولية العقد " ^(٤).

(١) انظر على سبيل المثال :

- G. Cohen-Jonathan, L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement libyen. (Sentence au fond du 19 janvier 1977), AFDI 1977., pp.453-479.

- J.-P. Jacque, Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, L.G.D.J. 1972., Préface de G. Ferrer., p.281-287.

- F.V. Garcia Amador, Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Mesures portant atteinte aux droits acquis, Document A/CN. 4/119, Annuaire de la Commission du Droit International 1959, 2, Nations Unis, New York 1960, pp.1-36.

(٢) انظر :

G. Cohen-Jonathan, *Ibidem.*, p.458.

(٣) انظر :

F.V. Garcia Amador, *Ibidem.*, p.32.

(٤) Sentence arbitrale *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, p.362.

تقدير هذا الرأي :

منح الشخصية القانونية الدولية للأشخاص الخاصة حتى لو كانت شخصية محدودة، ورفع هؤلاء الأشخاص إلى ذات المرتبة التي تحتلها الدولة، والاعتراف لهم – على أثر ذلك – بإمكانية خضوعهم لقواعد القانون الدولي العام كان محل نظر لدي جمهور الفقه ^(١).

فمن ناحية : إن هذا الرأي لا ينسجم مع مفهوم العلاقات الدولية، إذ ليس من الميسور الاعتراف للأشخاص الخاصة بإمكانية خضوعهم للقانون الدولي العام لمجرد أنهم قد ارتبطوا بعلاقة تعاقدية مع الدولة، ذلك أن إرادة الأطراف المتعاقدة لا تكفي بمفردها أن تسمح بإدخالهم في تعداد الأشخاص الخاضعين لقانون الشعوب *droit de gens*؛ فالمفهوم الصحيح للعلاقات الدولية يعارض ذلك بشدة لأن الدولة – كما يقرر بعض الفقهاء وبحق – " لا يمكن لها أن توسع من حقل الخاضعين للقانون الدولي العام بإرادتها المنفردة، بل المجتمع الدولي هو الوحيد الذي يملك هذه السلطة، حيث إن المجتمع الدولي لا يقبل – مطلقاً – بقيام دولة ما بمفردها بمنح شريكها الخاص المتعاقد معها كارت العضوية في النادي الدولي، وأن تسمح له بالتمسك فيما بعد بتقييد سيادتها " ^(٢).

ومن ناحية ثانية : فإن الاعتراف للشخص الخاص بالشخصية الدولية يصطدم مع بعض الصعوبات العملية المتمثلة في طلب الحماية الدبلوماسية، فهذه الحماية ما وجدت إلا لحماية من لا شخصية دولية له،

^(١) راجع على سبيل المثال :

- J. Verhoeven, Droit international des contrats et droit des gens. A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c/ Etat libyen, RBDI 1978-1979., I, p.209., spéc, pp.219 et s.
- D. Bettems, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Lausanne 1989., pp.122 et s.
- F. Rigaux, Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, art.préc., pp.444 et s.
- P. Mayer, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, art.préc., pp.19 et s.
- W. Wengler, art.préc., pp.319 et s.
- M. Kamto, art.préc., pp.15 et s.

^(٢) انظر :

وأن من شأن الاعتراف للأشخاص الخاصة بالشخصية الدولية المحدودة أن ينتج عنه صعوبة تحريك الحماية الدبلوماسية لصالحه من قبل الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها^(١).

صفوة القول أن مجرد دخول الأشخاص الخاصة في علاقات تعاقدية مع الدولة لا يترتب عليه رفع هؤلاء إلى ذات المرتبة التي تحتلها الدولة، والاعتراف لهم – على أثر ذلك – بالشخصية القانونية الدولية. فهناك حدود وفواصل بين الدولة ذات السيادة والأشخاص الخاصة لا يمكن بأي حال من الأحوال الانتقاص منها.

ثانياً : خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام وفقاً لاتفاقية واشنطن

تعد اتفاقية واشنطن المبرمة في ١٨ من مارس عام ١٩٦٥ والتي أنشئ بموجبها البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى هي الاتفاقية الوحيدة التي تشير إلى أعمال قواعد القانون الدولي العام.

فقد نصت المادة ٤٢ منها – كما سبق أن أوضحنا – على أنه : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، وما ينطبق من مبادئ القانون الدولي " ^(٢).

ومن الجدير بالملاحظة على نص المادة ٤٢ المذكورة أنها نصت على : << تطبيق قانون الدولة المتعاقدة >>، وذكرت أيضاً : << تطبيق

(١) انظر :

W. Wengler, art.préc., pp.321.

(٢) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الفقيه Goldman يشير إلى أن تعبير " القانون الدولي " الوارد في نص المادة المذكورة بالمتن يجب أن يفسر في إطار نص المادة ٣٨ من قانون محكمة العدل الدولية. كما أن تعبير " المبادئ " يشير إلى المصادر المتنوعة للقانون الدولي العام التي أحصتها المادة ٣٨ سالفة الذكر، وهي مصادر رئيسية : وتتمثل في الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة، والعرف الدولي المقبول الذي دل التواتر على اتباعه واحترامه، والمبادئ العامة للقانون التي أقرتها الدول المتحضرة. مصادر ثانوية : وتتمثل في أحكام المحاكم، وكذلك مذاهب وآراء كبار فقهاء القانون الدولي ومن مختلف الأمم وهذه من المصادر الاحتياطية لقواعد القانون الدولي، وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩. راجع :

B. Goldman, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, art.préc., p.150.

مبادئ القانون الدولي >>. مما يثير تساؤلاً حول مغزى نص هذه المادة فيما يتعلق بالعلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني، فهل مبادئ القانون الدولي في علاقاتها مع القانون الوطني تؤدي دوراً احتياطياً؟ أم أنه يعني ضرورة تطبيق تلك القواعد بالتزامن مع أحكام القانون الوطني؟ وهل يمكن للمحكم اللجوء إلى القانون الدولي دون المرور على أحكام القانون الوطني؟

١ - الدور المكمل والمصحح الذي يلعبه القانون الدولي

يبدو من استعراض الأحكام الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أنها أعطت في البداية للقانون الدولي دوراً مكملًا، ثم ما لبثت أن أعطته لاحقاً دوراً مصححاً وأولوية التطبيق عند تعارض أحكامه مع أحكام القانون الوطني.

ففي النزاع الذي نشب بين شركة AGIP وجمهورية الكونغو الشعبية^(١) على أثر قيام الأخيرة بتأميم أموال الشركة المذكورة، وأثناء قيام محكمة التحكيم بتحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، تلاحظ لها أن البند ٢/١٥ من العقد قد ورد على النحو التالي : تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقانون دولة الكونغو، وتتم تكملة - عند الاقتضاء - بكل مبدأ من مبادئ القانون الدولي.

وعندما قامت محكمة التحكيم بتفسير هذا الشرط، ذهبت إلى أن كلمة >> تكملة >> تعني أن اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي يكون إما لسد النقص الذي يعتري القانون الكونغولي، وإما لإحداث تكملة ضرورية في هذا القانون^(٢).

(1) Sentence CIRDI, 30 novembre 1979, AGIP s.p.a c/Gouvernement de la République populaire du Congo, Rev.crit. DIP 1982., p.92-105., note H. Batiffol.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Il suffit au tribunal de constater que l'emploi du mot >> complétée >> signifie pour le moins que le recours aux principes du droit international peut intervenir soit pour combler une lacune du droit congolais, soit pour y apporter les compléments nécessaires ".

Ibidem., pp.101-102.

وفي قضية Klöckner ضد دولة الكاميرون طبقت محكمة التحكيم – في ذات الوقت – القانون الوطني الكاميروني والذي يستمد أحكامه من كل من النظامين الفرنسي والإنجليزي، ومبادئ القانون الدولي على هذا النزاع^(١).

وفي قضية Amco Asia ضد جمهورية اندونيسيا^(٢)، وضعت محكمة التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ من نوفمبر عام ١٩٨٤ مبدأ عاماً مفاده أن عدم اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على الموضوع يليق بأن تطبق محكمة التحكيم أحكام القانون الوطني لدولة اندونيسيا وقواعد القانون الدولي التي تتلاءم مع المسائل التي يثيرها النزاع. وبعد أن وضعت هذا المبدأ اتجهت محكمة التحكيم بالفعل إلى إخضاع النزاع للقانون الوطني الاندونيسي من جهة، والقانون الدولي من جهة أخرى^(٣).

ولكن هذا التفسير الذي سلكه الحكمين الصادرين في قضية Klöckner ، وقضية Amco Asia بشأن العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي لم يلق تأييداً من جانب اللجنة المختصة بنظر طلبات إبطال أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لاتفاقية واشنطن.

ففيما يتعلق بقضية Klöckner^(٤)، قررت اللجنة المذكورة في حكمها الصادر بتاريخ ٣ من مايو عام ١٩٨٥ إلغاء حكم محكمة التحكيم، وذهبت قائلة : " تلعب مبادئ القانون الدولي في ظل المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن دورين؛ الأول : تكميلي في حالة وجود نقص في قانون الدولة

(١) راجع :

Sentence CIRDI, 21 octobre 1983, Klöckner Industrie-Anlagen Gmb H, Klöckner Belge S.A. et Klöckner Handelsmaatschappij c/ République unie du Cameroun et Sté camerounaise des engrais (SOCAME), JDI 1984., pp.409-440., avec l'opinion dissidente de M.-D. Schmidt, pp.441-454.

(٢) Sentence CIRDI, 20 novembre 1984, Amco Asia et autres c/ la République d'Indonésie, JDI 1987., pp.145-156., obs. E. Gaillard.

(٣) ولقد جاءت عبارات الحكم كالتالي :

" Sur la loi applicable, le Tribunal a jugé qu'en l'absence de choix de la loi effectué par les parties, il convenait de faire application, en vertu de l'article 42 (1) de la Convention de Washington, de la loi indonésienne et des principes du droit international appropriés aux questions en cause. Il observe que non seulement les parties ne déniaient pas l'applicabilité de ces principes mais encore s'y réfèrent constamment l'une et l'autre ".

Ibidem., p.147.

(٤) سبقت الإشارة إليه، ص ٥٦٤ هامش (١).

المتعاقدة، أما الثاني : تصحيحي في حالة عدم تطابق القانون الوطني مع مبادئ القانون الدولي " ^(١).

وهذا ما أكدت عليه اللجنة المذكورة في حكمها الصادر في قضية Amco Asia بتاريخ ١٦ من مايو عام ١٩٨٦ ^(٢)، حيث قضت بأنه : " المادة ٤٢ تسمح لمحكمة CIRDI بتطبيق مبادئ القانون الدولي فقط من أجل سد النقص الذي يعترى القانون الوطني المطبق، وحتى تقدر أولوية قواعد القانون الدولي عندما تدخل في تنازع مع أحكام القانون الوطني واجب التطبيق " ^(٣).

ولما عرض هذا النزاع الأخير مرة أخرى على محكمة التحكيم المختصة وفقاً لنص المادة ٦/٥٢ من اتفاقية واشنطن ^(٤) ذهبت إلى تبني التفسير الذي اتبعته اللجنة المذكورة للمادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن، رافضة إضفاء صفة الوظيفة التكميلية والتصحيحية للقانون الدولي وأعطت لهذا القانون الغلبة في التطبيق عند تعارض أحكامه مع أحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة ^(٥).

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) le Comité précise notamment que l'article 42 de la Convention de Washington réserve aux principes de droit international << un double rôle, soit *complémentaire*, (en cas de << lacune >> de droit de l'Etat), soit *correctif*, au cas où ce droit étatique ne serait pas en tous points conforme aux principes du droit international ".

Comité *ad hoc*, 3 mai 1985, Klöckner c/ République du Cameroun, préc, spéc, pp.166-167.

^(٢) سبقت الإشارة إليه، ص ٥٦٤ هامش (١).

^(٣) ولقد جاءت عبارات الحكم كالتالي :

" Le Comité *ad hoc* estime qu'il convient de noter que l'article 42 (1) de la Convention autorise un Tribunal C.I.R.D.I. à appliquer les principes de droit international uniquement pour combler les lacunes du droit interne applicable et afin d'établir la primauté des normes du droit international lorsque celles-ci entrent en conflit avec le droit interne applicable ".

Comité *ad hoc*, 16 mai 1986, Amco Asia et autres c/ République d'Indonésie, préc, spéc, p.176.

^(٤) تنص المادة ٦/٥٢ من اتفاقية واشنطن على أنه : " إذا أبطل الحكم يعرض النزاع، بناءً على طلب أي من الطرفين، على محكمة جديدة مكونة وفقاً للقسم (٢) من هذا الباب ".

^(٥) Sentence CIRDI, 31 mai 1990, Amco Asia et autres c/ République d'Indonésie, JDI 1991., pp.173-181., obs. E. Gaillard.

فقد قضت في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ من مايو عام ١٩٩٠ بأن :
" الإحالة الواردة في نص المادة ٤٢ بشأن تطبيق قانون الدولة المضيفة
والقانون الدولي، فإنه إذا لم يوجد أية أحكام مناسبة في القانون الوطني
للدولة المضيفة حول مسألة ما، فإنه من الملائم البحث عن الأحكام المناسبة
في القانون الدولي. وإذا وجدت أحكام قابلة للتطبيق في قانون الدولة
المضيفة، فيجب أن تكون متماشية مع القانون الدولي الذي تكون له الغلبة
في التطبيق حال تعارضه مع القانون الوطني. وهكذا، فإن وصف الدور
الذي يلعبه القانون الدولي فقط بالمكمل والمصحح تمييز لا فائدة منه،
ومن ثم فإن هذا القانون يجب أن يطبق بالكامل " ^(١).

وترتبط على ما تقدم، يتبين من خلال الممارسات العملية للمركز
الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أن
القاعدة التي تبنتها المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن تقضي بأن قانون الدولة
المتعاقدة يأتي في المقام الأول من حيث التطبيق. أما القانون الدولي، فإنه

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" l'article 42 (1) se réfère à l'application du droit de l'Etat d'accueil et du droit international. S'il n'existe aucune disposition pertinente du droit de l'Etat d'accueil sur une question, il convient de rechercher les dispositions pertinentes du droit international. S'il existe des dispositions applicables du droit de l'Etat d'accueil, elle doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. Ainsi, le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de " seulement complémentaire et correctif " est une distinction vaine ".

Sentence CIRDI, 31 mai 1990, Amco Asia et autres c/ République d'Indonésie, préc., spéc, p.174.

ومن الجدير بالذكر أن هذا الاتجاه السابق يجد سنده في آراء جانب من الفقهاء، إذ يذهب الفقيه Goldman – أثناء شرحه للمادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن – إلى القول : " لا تشكل هذه المبادئ [مبادئ القانون الدولي] في حد ذاتها القانون واجب التطبيق، وإنما يجب أن تلحق بقانون الدولة المتعاقدة من أجل سد النقص الذي يعتريه أو المساعدة على تفسير أحكامه أو في استبعاده عند الاقتضاء عندما يتبين للمحكمة [محكمة التحكيم] أن القانون الوطني لا يعترف بالقواعد الدولية التي تكون حمايتها أمراً لا غنى عنه ".

وفي هذا الصدد يذكر :

" ces <<principes>> ne formeront pas, à eux seules, le droit applicable; ils s'ajouteront seulement au droit de l'Etat contractant pour en combler les lacunes ou aider à l'interpréter, ou interviendront éventuellement pour l'écarter, lorsqu'il apparaîtra au tribunal que ce droit méconnaît ceux de ces principes dont la sauvegarde est indispensable ".

B. Goldman, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, art.préc., p.151.

يتدخل إما لسد النقص الذي يعتري القانون الوطني، وإما لتكاملته وتصحيحه، بل واستبعاده حال وجود تعارض بين قواعده وقواعد القانون الدولي. مع ملاحظة أن هذا التفسير مقصور على حالة غياب الاتفاق بين الأطراف حول القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

٢- الدور المكمل والمصحح الذي يلعبه القانون الدولي مقصور على حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق

وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن – السابق بيانها – ينبغي على محكمة التحكيم الالتزام بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف لحكم المنازعات الناشئة بينهم. وإن خالفت ذلك، يقع الحكم الصادر عنها في دائرة البطلان تطبيقاً لنص المادة ١/٥٢ ب من الاتفاقية المذكورة^(١).

غير أن الحكم الصادر عن محكمة CIRDI في قضية هضبة الأهرام بتاريخ ٢٠ من مايو عام ١٩٩٢ لم يتبع هذا المسلك، فقد اتجهت المحكمة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي بصفة أساسية وأحكام القانون المصري بصفة تكميلية على الرغم من اتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيق أحكام القانون المصري على العقد المبرم بينهم^(٢).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه على أثر سياسة الانفتاح الاقتصادي التي تبنتها مصر منذ السبعينات، أبرم وزير السياحة المصري في ٢٣ من سبتمبر عام ١٩٧٤ بصفته ممثلاً لجمهورية مصر العربية، والهيئة العامة للسياحة والفنادق (ايجوث) اتفاقاً أساسياً مع إحدى الشركات الأمريكية SPP وذلك من أجل إنشاء مركزين سياحيين؛ الأول : يقع على هضبة الأهرام، والثاني : يقع على شاطئ البحر الأحمر (مشروع رأس الحكمة).

وبتاريخ ١٢ من ديسمبر عام ١٩٧٤ أبرمت الشركة الأمريكية عقداً مع الهيئة العامة للسياحة والفنادق يتعلق بإنشاء المشروع السياحي لمنطقة

(١) تنص المادة ٥٢ من اتفاقية واشنطن على أنه : " (١) يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إبطال حكم التحكيم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام ويكون مبنياً على أي سبب من الأسباب التالية : (أ) ، (ب) إذا تجاوزت محكمة التحكيم سلطاتها بشكل ظاهر".

(٢) Sentence CIRDI, 20 mai 1992, Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c/ République Arabe d'Egypte, JDI 1994., pp.229-242., obs. E. Gaillard.

هضبة الأهرام. وقد تضمن بين بنوده نصاً يقضي بإحالة أية منازعة تنشأ عن هذا العقد إلى التحكيم وفقاً للقواعد السارية في غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، وقد قام وزير السياحة المصري بالتوقيع على الصفحة الأخيرة من هذا العقد على النحو التالي : صدق وقبل وتأييد Agreed, approved and ratified.

وما أن بدا المشروع في اتخاذ أولى خطواته حتى قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها على إقامته بسبب الضغوط الشعبية والإعلامية التي قادتها بعض الشخصيات الوطنية والتي أبدت قلقها على الأهرامات وتراث مصر الفرعوني والإنساني في هذه المنطقة الحساسة، واستندت الحكومة المصرية إلى أن هذا الموقع يعتبر من المناطق الأثرية التي يجب نزع حق الانتفاع المقرر للشركة وتخصيصه للمنفعة العامة.

وعلى أثر إلغاء هذا المشروع، قامت شركة SPP بتحريك إجراءات التحكيم ضد كل من الحكومة المصرية والهيئة العامة للسياحة والفنادق أمام غرفة التجارة الدولية بباريس والتي انتهت في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ من فبراير عام ١٩٨٣ بإلزام الحكومة المصرية بدفع مبلغ وقدره ١٢,٥٠٠,٠٠٠ دولار أمريكي على سبيل التعويض بالإضافة إلى فائدة ٥% تحسب ابتداءً من أول ديسمبر عام ١٩٧٨ حتى تاريخ الدفع^(١).

ولما لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى حكومة جمهورية مصر العربية، فطعن فيه أمام محكمة استئناف باريس طالبة إلغاؤه تأسيساً على أن الدولة المصرية لم تكن طرفاً في العقد محل التحكيم، علاوة على مخالفة هذا الحكم للنظام العام الدولي الثقافي، ولمبدأ احترام السيادة. ولقد تبنت محكمة الاستئناف وجهة نظر الحكومة المصرية وانتهت في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من يوليو عام ١٩٨٤ إلى إلغاء الحكم الصادر عن محكمة التحكيم^(٢).

(1) Sentence CCI, 16 février 1983, S.P.P (Middle East) Limited et autre c/ La République arabe d'Egypte et autre, Rev.arb. 1986., p.105., note Ph. Leboulanger p.3.

(2) Paris 1^{re} ch.suppl, 12 juillet 1984, République arabe d'Egypte c/ Southern Pacific Properties Ltd et Southern Pacific Properties (Middle East), Rev.arb. 1986., p.75., note Ph. Leboulanger p.3.

وانظر بشأن التعليق على هذا الحكم :

P. Rambaud, L'affaire << des Pyramides >>, AFDI 1985., pp.508-520.

Ph. Leboulanger, Etat, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides, Rev.arb. 1986., pp.3-28.

ولما طعن في هذا الحكم بطريق النقض، رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المقدم إليها وقضت في حكمها الصادر بتاريخ ٦ من يناير عام ١٩٨٧ بتأييد ما قضت به محكمة استئناف باريس^(١).

وكان على أثر صدور حكم محكمة النقض أن قررت الشركة الأمريكية اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI، وكان سندها في ذلك ما نصت عليه المادة ٨ من قانون الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤^(٢). وبالمقابل نازعت الحكومة المصرية في اختصاص هذا المركز نظراً لعدم وجود اتفاق تحكيم يقضي باختصاصه بنظر النزاع.

وبعد أن فصلت محكمة التحكيم في هذه المسألة، مقررة اختصاصها بنظر النزاع، شرعت في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع. وقد تمسك الجانب المصري بتطبيق أحكام القانون الوطني، وكان سنده في ذلك هو الإحالة عدة مرات من قبل الأطراف على أحكام العديد من القوانين المصرية، وبصفة خاصة، الإحالة الصريحة إلى قانون الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والذي تم في ظله إبرام الاتفاق الموقع في ٢٣ من سبتمبر عام ١٩٧٤. وبالتالي يعتبر ذلك بمثابة اختيار ضمنى من الأطراف للقانون المصري لحكم العقد المبرم بينهم.

بينما على العكس تمسكت الشركة المدعية بتطبيق كل من القانون المصري والقانون الدولي مستندة في ذلك إلى غياب الاتفاق على القانون واجب التطبيق. وبالتالي فإنه من المتعين تحديد هذا القانون وفقاً للعبارة الثانية من المادة ١/٤٢ من اتفاقية واشنطن والتي تقرر تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي.

وبعد أن قررت محكمة التحكيم أن الخلاف بين الأطراف حول القانون واجب التطبيق وفقاً لنص المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن قليل أو

(١) C. Cass. 1^{re} ch.c, 6 janvier 1987, Southern Pacific Properties Limited et Southern Pacific (Middle East) Limited c/ République Arabe d'Egypte, JDI 1987., p.638., note B. Goldman.

(٢) فقد كانت المادة ٨ من قانون استثمار رأس المال العربي والأجنبي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ تنص على أنه : " تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتفق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١ في الأحوال التي تسرى فيها (.....) ".

عديم الأهمية، اتجهت بعد ذلك إلى القول بأن : " حتى لو اتفق ضمناً على تطبيق القانون المصري، فإن ذلك لا يعني استبعاد التطبيق المباشر للقانون الدولي على بعض الأوضاع. فالقانون المصري، كغيره من الأنظمة القانونية الأخرى، لا يعد نظاماً كاملاً أو شاملاً، وبالتالي عندما يعترضه أي نقص، فإنه لا يمكن القول بوجود ثمة اتفاق على تطبيق قاعدة من قواعد القانون التي – في هذا الفرض – لا وجود لها أصلاً. وفي كل الحالات، فإنه من الملائم ملاحظة وجود << غياب الاتفاق >> وبالتالي يتعين تطبيق العبارة الثانية من المادة ٤٢ " (١).

تقدير هذا الحكم :

يمكن القول مع ما قرره البعض بأن المسلك الذي اتبعته محكمة التحكيم بشأن تحديد القانون واجب التطبيق في هذه القضية لا يتوافق مع نص المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن والبناء الهيكلي لها. فهذه المادة أوجبت على محكمة التحكيم أن تتحقق أولاً من وجود اختيار من قبل الأطراف للقانون واجب التطبيق على المنازعة المعروضة أمامها، بحيث إذا تبين لها وجود هذا الاختيار – الصريح أو الضمني – التزمت بما جاء فيه. أما إذا لم يقرم الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق، يمكن لمحكمة التحكيم – في هذه الحالة – تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ومبادئ القانون الدولي .

غير أن محكمة التحكيم في هذه القضية اتبعت مسلكاً مغايراً لما نصت عليه المادة ٤٢ من الاتفاقية المذكورة، حيث إن الاتفاق الأساسي accord-cadre الموقع بين الحكومة المصرية وشركة SPP تتضمن في ديباجته أن هذا العقد قد أبرم طبقاً للقوانين المصرية وبخاصة قانون

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) même si l'on devait accepter la position de la défenderesse selon laquelle les parties se sont implicitement accordées sur l'application du droit égyptien, un tel accord ne pourrait exclure l'applicabilité directe du droit international dans certains situations. Le droit égyptien, comme celui de tous les systèmes juridiques, n'est pas complet ou exhaustif et lorsqu'une lacune apparaît, on ne peut pas dire qu'il existe un accord sur l'application d'une règle de droit qui, par hypothèse, n'existe pas. Dans un tel cas, il convient d'observer qu'il y a << absence d'accord >> et qu'en conséquence, la seconde phrase de l'article 42 (1) entre en jeu ".

Sentence CIRDI, 20 mai 1992, Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c/ République Arabe d'Egypte, préc, spéc, p.231.

الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤، مما يفيد ضمناً أن القانون الوطني المصري هو الواجب التطبيق على هذا العقد، وذلك إعمالاً للعبارة الأولى الواردة في المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن. غير أن محكمة التحكيم اعتبرت أن العبارتين الواردتين في المادة ٤٢ من الاتفاقية المذكورة يؤديان إلى نفس النتيجة، وهي تطبيق القانون الدولي والقانون المصري، دون أن تفصل في مسألة وجود أو عدم وجود اختيار للقانون واجب التطبيق من قبل الأطراف^(١).

وقد كان هذا التفسير الذي انتهت إليه محكمة التحكيم في هذه القضية عرضة للنقد من جانب بعض الفقه الفرنسي، وذلك لعدم توافقه مع نص المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن والبناء الهيكلي الوارد فيها^(٢). فالبناء الذي اتبعته المادة ٤٢ من الاتفاقية المذكورة والمتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق من قبل محاكم التحكيم المشكلة وفقاً لقواعد CIRDI تفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : تتعلق بقيام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، سواء ورد هذا الاختيار في شكل صريح أو تمثل في شكل ضمني، ففي هذه الحالة لا تملك محكمة التحكيم إلا تطبيق هذا القانون المختار من قبل الأطراف دون أن يكون من المسموح لها اللجوء إلى قواعد القانون الدولي أو أية قواعد قانونية أخرى.

أما الحالة الثانية : تتعلق بعدم وجود اختيار من قبل الأطراف لقانون واجب التطبيق على الموضوع، ففي هذه الحالة يتم إعمال العبارة الثانية من المادة ٤٢ والتي تعطي الحق لمحكمة التحكيم في أن تفصل في المنازعة المطروحة أمامها بإعمال قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ومبادئ القانون الدولي المتصلة بالنزاع.

وهكذا فإن البناء الهيكلي لنص المادة ٤٢ من الاتفاقية والتعارض القائم بين العبارتين التي تحتويهما لا يترك – على ما يبدو – أي غموض أو لبس حول نية واضعي الاتفاقية في أن محكمة التحكيم لا يمكنها اللجوء مباشرة إلى القانون الدولي إلا في الفرض الذي لم يقم فيه الأطراف باختيار

(١) انظر في هذا المعنى :

G. R. Delaume, L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable, art.préc., p.47.

(٢) انظر :

G. R. Delaume, *Ibidem.*, pp.47 et s.

قواعد القانون واجبة التطبيق على المنازعة ^(١).

وعلى هذا الأساس، فإن مسلك محكمة التحكيم في قضية هضبة الأهرام لا يتوافق مع نص المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن التي تلزم المحكمين باحترام إرادة الأطراف في حالة اختيارهم الضمني للقانون واجب التطبيق على الموضوع، ويشكل بهذه المثابة انتهاكاً للقواعد العامة التي تقوم عليها الاتفاقية المذكورة.

وهذا ما أكدت عليه اللجنة المختصة بنظر طلبات إبطال أحكام التحكيم الصادرة في ظل اتفاقية واشنطن في حكمها الصادر في قضية MINE ضد جمهورية غينيا بتاريخ ٢٢ من ديسمبر عام ١٩٨٩، إذ قضت بأن : " المادة ٤٢ تعني أمرين؛ الأول : منح أطراف النزاع سلطة غير محددة في الاتفاق على القانون واجب التطبيق على الموضوع. أما الأمر الثاني : وجوب احترام إرادة الأطراف من قِبَل المحكمة [محكمة التحكيم] وتطبيق القواعد التي تم اختيارها بواسطتهم (....). فعدم اعتراف المحكمة بالقواعد القانونية التي تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف يشكل مخالفة للمهمة الممنوحة لها. وبالتالي يمكن الطعن في الحكم الصادر عنها. ومن أمثلة ذلك : تطبيق قواعد قانونية غير التي اتفق عليها الأطراف أو عدم الإحالة إلى أي قانون باستثناء الحالات التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق مبادئ العدالة والإنصاف " ^(٢).

(١) انظر :

E. Gaillard, obs. sous Sentence CIRDI du 20 mai 1992., préc., spéc, p.243.

وفى نفس المعنى :

L. Lankarani, Quelques remarques sur la Sentence SPP c/ La République arabe d'Egypte, RBDI 1994., p.533., spéc, pp.539 et s.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La comité estime que cette disposition [l'article 42 de la Convention de Washington] signifie deux choses. D'une part, elle donne aux parties au différend une liberté illimitée de s'accorder sur la loi applicable au fond du litige et, d'autre part, elle impose au Tribunal de respecter la volonté des parties et d'appliquer ces règles. (....), La méconnaissance par un Tribunal des règles de droit convenues par les parties constituerait une violation de la mission confiée au Tribunal. Des exemples de telles violations incluent l'application de règles de droit autres que celles que les parties ont choisies ou le fait de ne se référer à aucune loi, à moins que les parties ne soient convenus que le Tribunal statuerait *ex aequo et bono*. Si cette méconnaissance est manifeste, elle peut constituer un excès de pouvoir manifeste ".

Comité *ad hoc*, 22 décembre 1989, MINE c / République de Guinée, JDI 1991., pp.166-171., spéc, p.168., obs. E. Gaillard.

المطلب الثاني

تطبيق القواعد العابرة للدول

يرجع الفضل في إبراز فكرة مصطلح عبر الدول إلى الفقيه Jessup إذ أشار في مؤلفه الصادر عام ١٩٥٦ إلى وجود قانون عابر للدول transnational ينظم التصرفات والأعمال التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة، ويشتمل على القانون الدولي العام، والقانون الدولي الخاص، وكذلك على بعض القواعد الأخرى التي لا تدخل في هذين الفرعين من فروع القانون^(١).

ولقد استخدم بعض الفقهاء مصطلح " القانون العابر للدول " على نحو موسع، بحيث يشتمل على المبادئ العامة للقانون، وأعراف وعادات التجارة الدولية، والتشريعات الموحدة، وقانون أو لوائح المنظمات الدولية العامة، والقانون الإداري الدولي، وقضاء المحاكم الوطنية والدولية، وأحكام محاكم التحكيم^(٢).

بينما ذهب البعض الآخر^(٣) إلى استخدام هذا المصطلح على نحو ضيق، بحيث يعد بمثابة إحياء لظاهرة قديمة في العصور الوسطى كان يطلق عليها مصطلح *lex mercatoria*، والذي كان مطبقاً في مراكز التجارة الأوروبية، ويشكل بهذه المثابة القانون العرفي العابر للحدود

(١) انظر :

Ph. Jessup, Transnational law, Yale University Press 1956, pp.1-3., cité par A. Kassis, Théorie générale des usages du commerce, op.cit., p.544.

(٢) انظر :

J.-F. Lalive, Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées Développement récents, art.préc., p.31.

(٣) انظر :

B. Goldman, Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire Norsolor Rev.arb. 1983., p.397., spéc, pp.408 et s.

وفي الفقه العربي :

د. نادر محمد محمد إبراهيم ، إذ يذهب إلى القول : " يرجع تفضيلنا لاستخدام " القواعد عبر الدولية " كمرادف لمصطلح " *lex mercatoria* " الجديد إلى جملة اعتبارات أهمها : أن مصطلح القواعد عبر الدولية يشتمل على صفة " عبر الدولية " وهي الصفة المميزة للظاهرة محل الدراسة؛ وإلى أن ذلك المصطلح يتمتع بسابقة الاستخدام؛ ويتعد عن الغموض واللبس، ويتمتع بالحيادية (.....) ".
راجع مؤلفه بعنوان : مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠، الطبعة الثانية، ص ١٧٠.

droit coutumier transnational^(١)، أو النظام الاقتصادي الدولي الحديث nouvel ordre économique international^(٢) الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الناشئة بين الأشخاص الخاصة فيما بينهم، أو بين الدولة والأشخاص الخاصة.

وقبل التعرض لمدى ملاءمة تطبيق هذا النوع من القواعد على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، قد يكون من المناسب إعطاء لمحة عن تلك القواعد من حيث ماهيتها وموقف الدول محل الدراسة منها، للوقوف على مدى صلاحيتها للتطبيق على المنازعات التي تثور بصدد العقود الإدارية.

أولاً : ماهية القواعد عبر الدولية

لقد برزت في بداية القرن العشرين^(٣) فكرة مفادها أن ما جرى عليه العمل في المجال التجاري الدولي من أعراف وعادات وعقود نموذجية وتطبيقات عقدية والحلول التي كرسها فقه قضاء التحكيم، كل ذلك يشكل وحدة قانونية متكاملة ومتجانسة قادرة في حد ذاتها على تنظيم أوجه علاقات التجارة الدولية دون حاجة إلى الرجوع إلى القوانين الوطنية^(٤). وقد أطلق الفقه على هذه القواعد مصطلح *lex mercatoria*.

وفي عام ١٩٦٤ وضع الفقيه Goldman^(٥) نظرية عامة مفادها أن العلاقات الاقتصادية الدولية ينبغي أن تفلت من سيطرة القوانين الوطنية، وتخضع للقواعد المهنية، وللأعراف التجارية، وللمبادئ التي كرسها فقه

(١) انظر :

B. Goldman, La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives, JDI 1979., pp.475-505., spéc, pp.475 et s.

(٢) انظر :

P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev.arb. 1986., p.329-371., spéc, p.361.

(٣) انظر للمزيد من التفاصيل بشأن التطور التاريخي لظاهرة القواعد عبر الدولية بداية من العصور الوسطى وصولاً إلى صورتها الحالية في العصر الحديث : د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١١٣ - ١٩٩.

(٤) انظر : أحمد الورفلي : التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن، تقديم : عبد الله هلال، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس ٢٠٠٦، ص ٥٨٩.

(٥) انظر :

B. Goldman, Frontières du droit et << *lex mercatoria* >>, APD 1964, t.IX, pp.177-192.

قضاء التحكيم الدولي^(١)، بحيث تعتبر هذه المبادئ وتلك القواعد هي التي يتعين إعمالها على المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية، والتي لا تأخذ في اعتبارها مصالح الكيان الوطني *entité étatique*، بل احتياجات التجارة الدولية^(٢).

ومن هنا، يثار التساؤل عن مضمون هذه القواعد ومشروعية تطبيقها من منظور الأنظمة القانونية الداخلية؟

١- مضمون القواعد عبر الدولية

تتشكل القواعد عبر الدولية وفقاً لما انتهى إليه الفقه المناصر لها من مصدرين أساسيين : الأعراف التجارية الدولية، والمبادئ العامة للقانون.

أ- أعراف التجارة الدولية

يعرف بعض الفقهاء العرف التجاري الدولي بأنه : " منهج التعامل أو طريقة السلوك التي يتم مراعاتها في أحد مجالات الأعمال بانتظام يدل على قبول المرتبطين بذلك المجال بالزامها " ^(٣).

(١) راجع :

B. Goldman, *Frontières du droit et << lex mercatoria >>*, art.préc., p.177.

وفي نفس المعنى :

- Y. Derains, *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales*, art.préc., pp.122-149.

- E. Gaillard, *Sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige*, art.préc., n° 40 à 80.

- E. Gaillard, *Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, JDI 1995., pp.5-30.

(٢) انظر :

E. Loquin, *L'application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, CCI 1986, p.67., spéc, pp.95-96.

(٣) انظر :

C. Schmitthoff, *International Trade Usages*, 4th ed, Paris, ICC Publishing n°440/4, 1992, p.14.

مرجع شار إليه عند : د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص٢٧٤.
وانظر للمزيد من التعريفات :

A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, op.cit., pp.108-109.

و تنتج هذه الأعراف – عادة – عن طريق ممارسات تجمعات مهنية معينة على الصعيد الدولي، وتأخذ في الغالب شكل الوثيقة المكتوبة، كما هو الحال في العقود النموذجية التي تولدت عن تجارة معينة، ومن أمثلة ذلك : العقود النموذجية المتعلقة ببيع وتجارة الحبوب التي صدرت عن جمعية لندن لتجارة الحبوب London Corn Trade Association والتي تأسست عام ١٨٧٧.

ولقد كرست العديد من أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس هذا المصدر الأساسي من مصادر القواعد عبر الدولية^(١)، ومن ذلك الحكم الصادر عام ١٩٨٨، فقد اعتبرت محكمة التحكيم أن غياب الاتفاق بين الأطراف بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع يليق بأن يفصل فيه وفقاً لأعراف التجارة الدولية^(٢).

وفي عام ١٩٩٥ رأت محكمة التحكيم أنه من الأهمية في المجال الدولي أن تتوافق القواعد التي تولد نتائج معينة مع توقعات الأطراف وتأخذ في اعتبارها العادات والأعراف السائدة في السوق الدولي^(٣).

ب - المبادئ العامة للقانون

يطلق اصطلاح المبدأ العام – وفقاً للمفهوم المتعارف عليه لهذا الاصطلاح – " على القاعدة التي تتسم بالعمومية وتعبر عن مفهوم أساسي في نظام قانوني معين ولها دور خلاق في هذا النظام القانوني. والمبادئ العامة للقانون لا تنشأ وفقاً لأساليب نشأة القانون المعروفة في نظام قانوني محدد، ولكنها نظراً لكونها متضمنة في إطار هذا النظام، فإنها تعد موجودة وذلك قبل تكون القواعد القانونية الخاصة والتي تعبر عن هذه المبادئ " ^(٤).

(١) انظر على سبيل المثال :

Sentence CCI n° 4131, 1982, JDI 1983., p.899., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 5864, 1989, JDI 1997., p.1073., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 8873, 1997, JDI 1998., p.1017., obs. D. Hascher.

(2) Sentence CCI n° 5953, 1^{er} septembre 1988, Primary Coal inc. (U.S.A.) c/ compania Valenciana de Cementos Portland, Rev.arb. 1990., pp.701-712., note P. Lagarde p.666.

(3) Sentence CCI n° 8385, 1995, JDI 1997., p.1061., obs. Y. Derains.

(٤) انظر : د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، مرجع سابق، ص٦٥، هامش (١).

ويرى بعض الفقهاء أن المبادئ العامة للقانون والتي تشكل المصدر الثاني من مصادر القواعد عبر الدولية، هي تلك المتمتعة بالمفهوم المستقل، والمتصفة بالتجريد، إنها المبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم الدولي^(١)، كمبدأ حسن النية، والعقد شريعة المتعاقدين، وتعديل العقد للظروف الطارئة الخ^(٢).

ولقد لاقت المبادئ العامة للقانون رواجاً لدى قضاء التحكيم الدولي^(٣)، حيث تواتر المحكمون على الاعتماد عليها لتبرير الحلول التي تبنيها، ومن ذلك الحكم الصادر في قضية Aramco، إذ إنه بالرغم من أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى تطبيق القانون السعودي، إلا أن محكمة التحكيم اعتبرت أن هذا القانون يحتاج إلى تفسير أو تكملة بواسطة المبادئ العامة للقانون، وللعادات المتبعة في مجال صناعة البترول^(٤).

هذا وقد ثار الخلاف في الفقه حول مدى إمكانية إدخال المبادئ العامة للقانون الدولي العام تبعاً لنص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية^(٥) في تعداد المبادئ العامة للقانون بوصفها المصدر الثاني للقواعد عبر الدولية.

(١) راجع : د. نادر محمد محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٢) انظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع :

F. Osman, Les Principes généraux de la *Lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, thèse, Dijon 1991., 10-261.

(٣) انظر على سبيل المثال :

Sentence CCI n° 2291, 1975, JDI 1976., p.989., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 3267, 1979, JDI 1980., p.962., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 3344, 1981, JDI 1982., p.978., obs. Y. Derains.

(٤) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (.....) mais avec l'important correctif que ce droit doit, au besoin, être interprété ou complété par les principes généraux du droit, les usages suivis dans l'industrie du pétrole et les données de la science juridique pure ".

Sentence *ad hoc* Aramco, 23 août 1958, préc, p.316.

(٥) تنص المادة ٣٨ من قانون محكمة العدل الدولية على أنه : "١ - مهمة المحكمة هي الفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن :

(أ) الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

(ب) العرف الدولي المقبول بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

(ج) المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتحدة.

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار فقهاء القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩.

٢ - لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى قبل أطراف الدعوى ذلك ".

فقد ذهب الفقيه Goldman إلى القول بأن المبادئ العامة للقواعد عبر الدولية تدخل ضمنها المبادئ العامة للقانون الدولي العام تبعاً لنص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية، إذ إن هذه المبادئ الأخيرة – وفقاً لرأيه – تندرج في إطار القانون الاقتصادي المشترك الذي يشكل القواعد عبر الدولية^(١).

ويتلاقى هذا الرأي مع ما قرره حكم التحكيم الصادر في قضية Texaco/Calasiatic، حيث ذهب المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy إلى القول بأنه: " يتضمن كل قانون وطني المبادئ العامة للقانون كتلك المنصوص عليها في المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية (.....)؛ فتطبيق القانون الوطني لا يستبعد المبادئ العامة للقانون التي تشكل في حد ذاتها جزء من مبادئ القانون الدولي " ^(٢).

بينما يذهب الجانب الآخر إلى عكس ذلك مقررأ أن المبادئ العامة للقواعد عبر الدولية ليست تلك التي نصت عليها المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية^(٣)، فكلاهما تستقل عن الأخرى^(٤)؛ ذلك أن المبادئ التي

(١) راجع :

B. Goldman, La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives, art.préc., p.486.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) tout droit national est porteur des principes généraux de droit tel que ceux-ci sont prévus par l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice (...), l'application du droit national n'exclut pas celle des principes généraux du droit, lesquels font eux-mêmes partie des principes du droit international ".

Sentence *ad hoc* Texaco/Calasiatic, 19 janvier 1977, préc, p.363.

(٣) انظر :

P. Lagarde, Approche critique de la *lex mercatoria*, in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.125., spéc, pp.131-133.

وفى ذات الاتجاه :

- M. Virally, Un tiers droit? Réflexions théoriques, in Le droit des relations économiques internationales, *Ibidem.*, p.373., spéc, p.383.

- P. Weil, Principe généraux du droit et contrat d'État, in Le droit des relations économiques internationales, *Ibidem.*, p.387., spéc, pp.399 et s.

(٤) انظر في هذا المعنى :

J.-F. Lalive, Un récent arbitrage Suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère, obs. sous Sentence arbitrale *ad hoc* Sapphire International Petroleum Limited c/ National Iranian Oil Company. Annuaire suisse de droit international 1962., p.293., spéc, pp.297 et s.

أحصتها المادة ٣٨ سالفه الذكر لا يمكن تطبيقها على علاقات الأفراد، وإنما على العلاقات القائمة بين الدول. وهذا ما عبرت عنه محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في قضية Lotus بتاريخ ٧ من سبتمبر عام ١٩٢٧ عندما اعتبرت أن المبادئ العامة للقانون الدولي هي التي ترتبط بها فقط الدول الأطراف في المجتمع الدولي^(١).

٢- موقف القانون الوضعي للدول محل الدراسة من مشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية

لقد اتخذت تشريعات الدول محل الدراسة موقفاً مناصراً لمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية^(٢)، ويعتبر المشرع الفرنسي هو رائد هذا الاتجاه بتبنيه صياغة متحررة في قانون الإجراءات المدنية في شأن سلطة الأطراف والمحكم في تحديد القواعد القانونية المطبقة على الموضوع. فقد نصت المادة ١٤٩٦ من القانون المذكور على أنه : "١- يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاختيار، فوفقاً للقواعد التي يقدر أنها ملائمة". ٢- ويجب أن يأخذ بعين الاعتبار في جميع الأحوال الأعراف التجارية".

ويكاد ينعقد إجماع الرأي في الفقه الفرنسي^(٣) على أن المنهج الذي استخدمه المشرع في نص المادة سالفه الذكر يعد دليلاً أكيداً على اتساع مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، فهذا

(١) CPJI, 7 septembre 1927, Lotus (France c/Turquie), Série A, arrêt n° 10, p.16.

(٢) ومن الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذا الاتجاه، اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيوع الدولية للبضائع، فقد نصت المادة ٩ منها على أنه : " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما. ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمناً على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعي بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة".

(٣) راجع على سبيل المثال :

- B. Goldman, La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international, Rev.arb. 1981., p.469., spéc, p.483.
- Ph. Fouchard, L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, JDI 1982., p.374., spéc, p.396.
- P. Bellet, E. Mezger, L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile, Rev.crit. DIP 1981., p.611., spéc, p.631.
- P. Mayer, OHADA. Droit de l'arbitrage, op.cit., p.204.

الاختيار لا يتضمن فقط قانوناً وطنياً، وإنما يتسع ليشمل كذلك القواعد عبر الدولية.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد اعترف بمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية، فإن قضاءه لم يتخلف عن هذا الاتجاه، ويمكن أن نلمس هذا الموقف القضائي من خلال التعرض لثلاث قضايا مهمة، هي :

أ- قضية Fougerolle

تتعلق هذه القضية بحكم تحكيم صادر في جنيف تحت رعاية نظام غرفة التجارة الدولية لصالح بنك الشرق الأوسط اللبناني، الوكيل الذي تعهد بموجب عقد أبرمه مع شركة Fougerolle في ١ من أغسطس عام ١٩٧٥ بمساعدتها على إبرام عقد إنشاء أحد المباني مع الحكومة السورية ممثلة في وزارة الدفاع، وقد تتضمن عقد الوكالة شرطاً في البند الثاني منه يقضي بانتهائه بقوة القانون إذا لم ينجح الوكيل (بنك الشرق الأوسط) في إتمام عملية إبرام العقد لصالح الموكل حتى ٣٠ من سبتمبر عام ١٩٧٥، الميعاد الذي امتد فيما بعد - بناءً على إرادة الأطراف - إلى ٣٠ من يونيو عام ١٩٧٦.

وعلى الرغم من نجاح الوكيل اللبناني في إتمام إبرام العقد لصالح الموكل في ٢٤ من مايو عام ١٩٧٦، إلا أن الأخير قد تنصل من دفع العمولة المستحقة للأول مستنداً في ذلك إلى تأخر مجلس الشعب السوري في التصديق على العقد إلى ٢٧ من ديسمبر عام ١٩٧٦، مما حدا بالوكيل إلى اللجوء إلى التحكيم لتعويضه عن الأضرار التي أصابته.

وبالفعل حكمت هيئة التحكيم بتعويض الوكيل عن الخدمات التي أدها للموكل، وألزمت الأخير بدفع العمولة المستحقة للأول. وقد أسست هيئة التحكيم حكمها على المبادئ العامة للالتزامات المنطبقة بشكل عام في مجال التجارة الدولية، وفصلت في النزاع كمحكم طليق على الرغم من عدم وجود اتفاق بين الأطراف يخول لها هذه السلطة^(١).

(١) راجع :

Ph. Fouchard, L'arbitre et le juge, A propos de quelques récents arrêts français, in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.67., spéc, p.70.

ولما عرض الأمر على محكمة استئناف باريس، ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من يونيو عام ١٩٨٠ إلى رفض الاعتراض المقدم ضد الأمر الصادر عن محكمة باريس الابتدائية بتنفيذ حكم التحكيم، وقضت بأنه: " لقد استند المحكمون ضمناً ولكن بالضرورة إلى أحد أعراف التجارة الدولية والذي يفرض نفسه بقوة واضحة، والذي بموجبه، في الحالة التي لا يتم تنفيذ الاتفاق في ميعاده نظراً لانقضائه، فإن الأجر المستحق يقدر بنسبة الجزء المنفذ من الالتزام إلى مجمل الأداءات المتتالية التي نص عليها العقد، والتي حددت أيضاً وفقاً لقواعد القانون، ومن هنا فإن المحكمين قد فصلوا في النزاع في حدود اتفاق التحكيم " ^(١).

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء بموجب حكمها الصادر بتاريخ ٩ من ديسمبر عام ١٩٨١، إذ قضت بأن: " الإحالة على المبادئ العامة للالتزامات المنطبقة بشكل عام في التجارة الدولية، فإن المحكمين لم يقوموا إلا بالوفاء بالالتزام الذي يقع على عاتقهم بموجب البند الثامن من وثيقة تحديد مهام هيئة التحكيم بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد المبرم " ^(٢).

ب - قضية Norsolor

تتعلق هذه القضية بحكم تحكيم صادر تحت رعاية غرفة التجارة الدولية والذي فصل في نزاع متعلق بقيام الشركة الفرنسية Norsolor

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Qu'il résulte des énonciations de leur sentence qu'ils se sont implicitement mais nécessairement référé à un usage du commerce international s'imposant avec la force de l'évidence, suivant lequel, dans le cas où l'exécution d'une convention n'est pas poursuivie jusqu'à son terme par suite d'une résiliation, la rémunération due s'apprécie en fonction de la partie exécutée de l'obligation par rapport à l'ensemble des prestations successives prévues au contrat; Considérant qu'en se déterminant ainsi selon des règles de droit les arbitres ont statué dans les termes du compromis ".

Paris 1^{re} ch.suppl, 12 juin 1980, S.N.C.T. Fougerolle c/ Banque du Proche Orient S.A.I., JDI 1982., p.931 (2^e esp)., note B. Oppetit.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

"(...) qu'en se référant aux << principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international >>, les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient, en vertu de l'article 8 de l'acte de mission, de définir le droit applicable à l'accord conclu ".

C. Cass. 2^e ch.c, 9 décembre 1981, S.N.C.T. Fougerolle c/ Banque du Proche Orient S.A.I., JDI 1982., p.931 (3^e esp)., note B. Oppetit.

بفسخ عقد وكالة أبرمته مع الشركة التركية Pabalk Ticaret Limited Sirketi الوكيل.

ولم يكن الأطراف في هذا النزاع قد اتفقوا على تحديد القانون واجب التطبيق على أصل الموضوع؛ ومن ثم بدأت محكمة التحكيم في تحديد هذا القانون، وانتهت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ من أكتوبر عام ١٩٧٩ إلى تطبيق القانون التجاري الدولي *lex mercatoria international* لتحديد مسؤولية الشركة الفرنسية (الموكلة) لقيامها بفسخ عقد الوكالة، وتقدير قيمة الخسائر التي تكبدتها الشركة التركية (الوكيلة) ^(١).

وعلى أثر صدور حكم التحكيم لصالح الشركة التركية، تقدمت بطلب الحصول على الصيغة التنفيذية له، وبالفعل نجحت في الحصول عليها من محكمة باريس الابتدائية في ٥ من فبراير عام ١٩٨٠.

ولما قامت الشركة الفرنسية بالاعتراض على الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، رفضت محكمة باريس الابتدائية الاستجابة لمطلبها وذهبت إلى تبني ذات موقف محكمة النقض النمساوية ^(٢)، وقضت في حكمها الصادر بتاريخ ٤ من مارس عام ١٩٨١ بأن : " لجوء المحكم إلى المبادئ العامة لالتزامات المطبقة بشكل عام في التجارة الدولية لا يعني في الواقع ولا في القانون، أنه قد فصل في النزاع كمحكم طليق " ^(٣).

(١) راجع :

Sentence CCI n° 3131, 1979, JDI 1981., p.922., obs. Y. Derains.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن حكم التحكيم الصادر في هذه القضية قد عرض على القضاء الفرنسي والنمساوي في ذات الوقت، فقد تعرض له القضاء الفرنسي بمناسبة الحصول على الصيغة التنفيذية، كما تعرض له القضاء النمساوي بصفته قاضياً مكان إجراء التحكيم والمختص بهذه الصفة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم.

انظر بشأن الأحكام الصادرة عن القضاء النمساوي في هذه القضية :

B. Goldman, Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire Norsolor, art.préc., pp.379 et s.

(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (.....) que les arbitre ont, conformément à l'article 13 du règlement susvisé [CCI], appliqué la loi désignée par la règle de conflit qu'ils jugé appropriée, en l'espèce, les principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international (.....). Attendu, dès lors, que les arbitres n'ont, ni en fait, ni en droit, statué comme amiable compositeurs ".

TGI Paris 1^{re} ch. 4 mars 1981, sté Norsolor c/ sté Pabalk Ticaret Sirketi, JDI 1981., p.836., note P. Kahn.

ولما عرض النزاع على محكمة الاستئناف^(١) ومحكمة النقض^(٢)، لم تتعرض هاتان المحكمتان للمبدأ الذي أرسته محكمة باريس الابتدائية في شأن صحة تحديد القواعد القانونية المطبقة على أصل النزاع، وإنما تعرضتا فقط للمسائل الفنية الخاصة بتنفيذ حكم التحكيم.

ج - قضية Valenciana

تتعلق هذه القضية بحكم تحكيم جزئي صادر في منازعة نشبت بين إحدى الشركات الأمريكية وإحدى الشركات الأسبانية حول تنفيذ عقد بيع فحم. وقد اتفق الأطراف على قيام المحكم بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع بحكم جزئي ملتزماً بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

وبتاريخ ١ من سبتمبر عام ١٩٨٨، أصدر المحكم الوحيد الأستاذ De Mello حكمه الجزئي والذي انتهى فيه إلى أن المنازعة سوف تحسم فقط وفقاً لأعراف التجارة الدولية والتي يطلق عليها بشكل أو بآخر مصطلح *lex mercatoria*^(٣).

وكان على أثر صدور الحكم لصالح الشركة الأمريكية، أن طعنت فيه الشركة الأسبانية أمام محكمة استئناف باريس، تأسيساً على مخالفته للمادة ٣/١٥٠٢، والمادة ٤/١٥٠٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ولقد رفضت محكمة استئناف باريس التسليم بادعاءات الشركة الأسبانية بشأن المنازعة في صحة اللجوء إلى القواعد عبر الدولية *lex mercatoria*، إذ قضت في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ من يوليو عام ١٩٨٩ بأن: " المحكم قد قام بفحص معايير الارتباط المختلفة المتمسك بها، وقدر أنه لا يوجد من تلك الروابط المتوقعة ما يكفي لتبرير اختصاص

(١) راجع :

Paris 1^{re} ch.suppl, 19 novembre 1982, sté Norsolor c/sté Pabalk Ticaret Limited Sirketi, Rev.arb. 1983., p.465 (3^e décision), note B. Goldman p.379.

(٢) راجع :

C. Cass. 1^{re} ch.c, 9 octobre 1984, sté Pabalk Ticaret Limited Sirketi c/ Sté Norsolor, Rev.crit. DIP 1985, p.551 (2^e esp), note B. Dutoit; JDI 1985., p.679., note P. Kahn.

(٣) Sentence CCI n° 5953, 1^{er} septembre 1988, Primary Coal inc. (U.S.A.) c/ compania Valenciana de Cementos Portland, préc.

تشريعي معين، وقام بتطبيق مجموعة مبادئ وأعراف التجارة الدولية والمعروفة بـ *lex mercatoria*، وهي قواعد ذات صبغة دولية وتتمتع بسلطة التطبيق لحل نزاع ما عند غياب اختصاص تشريعي محدد، وبذلك يكون المحكم قد التزم بحدود مهمته " ^(١).

وقد أكدت محكمة النقض على الحلول التي انتهى إليها حكم محكمة استئناف باريس، إذ قضت - الأولى - في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ من أكتوبر عام ١٩٩١ بأن : " الإحالة على >> مجموعة قواعد التجارة الدولية والمستخلصة من الممارسات العملية والتي تلقت التصديق من القضاء الوطني <<، يكون المحكم قد فصل بموجب القانون، وأيضاً في الشكل المقرر في الوثيقة المحددة لمهمته " ^(٢).

ولقد تأثرت بعض تشريعات الدول محل الدراسة بهذا الاتجاه التحرري الذي جسده المشرع الفرنسي وكرسه قضاؤه؛ فقد نصت المادة ٣٩ من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه : " ١ - تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع **القواعد** التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك. ٢ - وإذا لم يتفق الطرفان على **القواعد القانونية** واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) que l'arbitre a examiné les différents critères de rattachement invoqués et qu'ayant souverainement estimé qu'aucun des liens envisageables n'était suffisant pour justifier une compétence législative précise, il a décidé d'appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommé *lex mercatoria*, dispositions de caractère international ayant vocation, à défaut de compétence législative déterminée, à s'appliquer pour la solution d'un tel litige; Considérant qu'en statuant ainsi, l'arbitre s'est conformé à la mission dont il était investi (.....) ".

Paris 1^{re} ch.suppl, 13 juillet 1989, Compania Valenciana de Cementos Portland c/ Primary Coal Inc, JDI 1990., p.430., note B. Goldman; Rev.arb. 1990., p.663., note P. Lagarde.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (...) qu'en se référant à << l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales >>, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 22 octobre 1991, sté Compania Valenciana de Cementos Portland c/ sté Primary Coal Inc, Rev.arb. 1992., p.457., note P. Lagarde; JDI 1992., p.177., note B. Goldman; Rev.crit. DIP 1992., p.113., note B. Oppetit.

التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع. ٣- يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة " (١).

و ذات الاتجاه نجد له صدى كذلك في القانون البحريني، فقد نصت المادة ٢٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي على أنه : " ١ - (....) . ٢- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق. ٣- (....) . ٤- في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة " .

وإذا كان القانون الوضعي الفرنسي قد اتخذ موقفاً مناصراً لمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية؛ هذا الموقف الذي تأثرت به العديد من تشريعات الدول محل الدراسة كما سبق أن المحنا، فإن هذا يقودنا إلى طرح التساؤل الآتي : هل يمكن تطبيق القواعد عبر الدولية على العقود الإدارية ؟ أم أن خصوصية هذه العقود وطبيعتها تتأبى وتتنافر مع إمكانية تطبيق هذه القواعد عليها ؟

ثانياً : مدى إمكانية خضوع العقود الإدارية للقواعد عبر الدولية

يذهب اتجاه في الفقه مدعم بالعديد من القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي، وكذلك أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي إلى إمكانية خضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقواعد عبر الدولية.

إذ يرى هذا الاتجاه أن القواعد عبر الدولية التي وضعت من أجل حكم العلاقات الاقتصادية الدولية تنطبق أحكامها - بصفة خاصة - على العقود المبرمة بين الدولة والمشروعات الخاصة الأجنبية. فالواقع العملي يشهد على تواتر المحكمون على القيام بالبحث عن القانون المطبق على أصل الموضوع من خلال اللجوء - من جهة - إلى قواعد التنازع في القوانين الوطنية، أو إلى القانون العابر للدول، أو إلى مجموعة المبادئ

(١) ويشير جانب من الفقه وهو بصدد شرح هذه المادة إلى أنه يجوز للأطراف الاتفاق على إعمال المبادئ العامة والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية بصفة عامة، مما يعرف باسم *lex mercatoria*.

راجع : د. مصطفى محمد الجمل، د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص ٢٦٧.

المشتركة بين القوانين الوطنية، ومن جهة أخرى إلى قواعد معينة يطلق عليها اسم قواعد التجارة الدولية^(١).

ويعد حكم التحكيم الصادر في قضية شيخ أبو ظبي بمثابة المرجع الأساسي لأحكام التحكيم الأخرى التي أخذت بفكرة خضوع عقود الدولة ذات الطابع الدولي للقواعد عبر الدولية، إذ استبعد المحكم الوحيد للورد Asquith of Bishopstone القانون الداخلي لإمارة أبو ظبي واتجه إلى تطبيق ما اسماء بالمبادئ الراسخة في الفطرة السليمة، والممارسة المشتركة في الأمم المتعدنة على عقد الامتياز البترولي محل المنازعة^(٢).

وفي قضية Aramco ضد حكومة المملكة العربية السعودية، ذهبت محكمة التحكيم بعد أن استبعدت تطبيق القانون السعودي على عقد الامتياز محل التحكيم بحجة عدم ملائمة لحكم النزاع إلى القول إنه : " يجب البحث عن المبادئ المطبقة باللجوء إلى العادات والأعراف المتبعة في مجال صناعة وتجارة البترول " ^(٣).

ولقد أكدت أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس على هذا الاتجاه^(٤)، ومن ذلك : الحكم الصادر عام ١٩٩٢، إذ بعد أن قررت محكمة التحكيم التابعة لهذه الغرفة بأنه وفقاً لما هو سائد في قضاء التحكيم الدولي، تكون عقود الدولة غالباً عقوداً مدولة internationalisés، رافضة كافة الحجج التي أثبتت أمامها والمتعلقة بوجود العقود الإدارية الدولية^(٥)، قررت أنه : " في حالة غياب تطبيق

(١) انظر :

Ph. Leboulanger, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, op.cit., pp.221 et s.

(٢) انظر سابقاً ص ٥٧٥.

(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (.....) le Contrat de Concession fait partie, de rechercher les principes applicables, en ayant recours aux coutumes et usages qui se sont établis dans le monde pour l'industrie et le commerce du pétrole ".

Sentence arbitrale *ad hoc* Aramco, 23 août 1958, préc, p.317.

(٤) انظر على سبيل المثال :

Sentence CCI n° 3380, 1980, JDI 1981., p.928., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 3327, 1981, JDI 1982., p.971., obs. Y. Derains.

(٥) Sentence CCI n° 5030, 1992, JDI 1993., p.1004., spéc, pp. 1005-1007., obs. Y. Derains.

القانون الوطني، فإن الحق الوضعي الحاكم لعقد الدولة ذات الطابع الدولي يشكل بواسطة المبادئ العامة للعقود الدولية " (١).

ولقد أخذ هذا الاتجاه أيضاً شهادة بمشروعية موقفه بمقتضى العديد من القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي، وبصفة خاصة في عامي ١٩٧٩ و ١٩٨٩.

ففي دور انعقاد المجمع في أثينا عام ١٩٧٩ حول القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والمشروعات الأجنبية، أكد المجمع على أنه : " يجوز للأطراف الاتفاق على إخضاع العلاقة التعاقدية القائمة بينهم لحكم قانون أو أكثر من القوانين الوطنية، أو للمبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو للمبادئ العامة للقانون، أو للمبادئ المنطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية، أو للقانون الدولي، أو بمزج هذه المصادر " (٢).

وفي قراره الصادر عام ١٩٨٩ والمتعلق بالتحكيم بين الدول والمشروعات التابعة للدول أو وحداتها الوطنية والمشروعات الأجنبية، نصت المادة السادسة على أنه : " يملك الأطراف الحرية الكاملة في تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والقانون الموضوعي الذي ينبغي تطبيقه بواسطة المحكمين، وبصفة خاصة : ١- يجوز اختيار مصادر مختلفة للقواعد والمبادئ المطبقة في حق كل مسألة قد تثور. ٢- يجوز استخلاص هذه القواعد والمبادئ من أنظمة قانونية وطنية مختلفة وأيضاً من مصادر غير وطنية كما هو الحال في شأن مبادئ القانون الدولي، والمبادئ العامة للقانون، وأعراف التجارة الدولية. وفي الحدود التي يترك فيها الأطراف

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" A défaut de la loi étatique applicable, le système droit objectif gouvernant un contrat d'Etat international est formé par les principes généraux du droit des contrats internationaux ".

Ibidem., spéc, p.1008.

(٢) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit ".

Annuaire de l'IDI 1979, vol 58, t.2, p.194., article 2.

هذه الأمور دون تحديد، ينبغي على محكمة التحكيم البحث عن القواعد والمبادئ الضرورية من بين المصادر المشار إليها في المادة الرابعة ^(١).

تقدير هذا الاتجاه :

من الثابت أنه ليست كل العقود التي يبرمها الشخص المعنوي العام في المجال الدولي تعد عقوداً إدارية؛ فالإدارة وهي بصدد ممارسة نشاطها قد ترى أنه من الأوفق أن تبرم عقوداً كذلك التي يبرمها الأفراد العاديين، منها عقود التجارة الدولية. وفي هذا النوع من العقود، لا يوجد ثمة عقبات تحول بين خضوعها للقواعد عبر الدولية ^(٢).

أما إذا تعلق الأمر بالعقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاصها العامة، فإن تطبيق القواعد عبر الدولية على هذه العقود سيكون أمراً محل شك؛ نظراً لتعلق هذه العقود بالمصلحة العامة، وتختلف صفة

^(١) ولقد جاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي :

" Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et les principes de procédure et droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres. En particulier, (1) les diverses questions soulevées peuvent être respectivement soumises à des règles et principes différents, et (2) ces règles et principes peuvent être empruntés à différents systèmes juridiques nationaux ainsi qu'à des sources non nationales, comme les principes du droit international, les principes généraux du droit et les usages du commerce international. Dans la mesure où les parties ont laissé la question ouverte, le tribunal recherche les règles et principes nécessaires parmi les sources indiquées à l'article 4 ".

Résolution adoptée par l'Institut de droit international relative à l'arbitrage entre États, entreprises d'États ou entités étatiques et entreprises étrangères, article 6, préc, pp.933-934.

ومن الجدير بالذكر أن المادة الرابعة المشار إليها في نص المادة السابقة تنص على أنه : " عندما يتم الاعتراض على صحة اتفاق التحكيم، تفصل محكمة التحكيم في النزاع بتطبيق واحد أو أكثر من المصادر التالية : القانون المختار من قبل الأطراف، والقانون الذي يشير إليه نظام القانون الدولي الخاص المحدد بواسطة الأطراف، والمبادئ العامة للقانون الدولي العام أو الخاص، والمبادئ العامة للتحكيم الدولي، والقانون الذي تطبقه محاكم الدولة التي اتخذت هيئة التحكيم إقليمياً كمقر لها. وعند القيام بهذه الاختيارات، فإن محكمة التحكيم سيرشدها في كل حالة مبدأ ترجيح النص الذي يرتب الصحة ". راجع :

Ibidem., p.933.

^(٢) انظر في هذا المعنى الفقيه Böckstiegel، إذ يرى أن الأطراف الوطنية في حالة ارتباطها بعقود تدخل تحت إطار التجارة الدولية، فإن أعراف هذه التجارة تنطبق على هذه العقود. راجع :

K.-H. Böckstiegel, Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat, art.préc., p.181.

العضوية عن الأشخاص المعنوية العامة – عندما تبرم عقداً إدارياً – في نادى التجارة الدولية.

فمن ناحية : لا يمكن تصور خضوع العقود الإدارية التي تستهدف في الأساس تحقيق المصلحة العامة وتتجلى فيها مظاهر وامتيازات السلطة العامة لنفس القواعد التي تخضع لها العقود التي تبرم فقط من أجل غايات تجارية وتسيطر عليها فكرة المصلحة الخاصة^(١).

علاوة على ذلك، فإن طبيعة منازعات العقود الإدارية تختلف – تماماً – عن تلك المتعلقة بعقود التجارة الدولية، فعلى سبيل المثال : فإن المنازعات المتعلقة بعقود الامتياز لا يمكن أن تتشابه مع تلك المتعلقة بعقود التجارة الدولية، فبينما تبرم الأخيرة فقط من أجل عمليات الشراء والبيع وتستغرق غالباً مدة زمنية قصيرة، نجد أن الأولى تتعلق بعمليات يستغرق تنفيذها مدة طويلة نسبياً. ولعل هذا ما حدا ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأن : " هناك فضاء شاسع بين عقود التجارة العادية والعقود التي تبرمها الدولة " ^(٢).

ومن ناحية ثانية : فإن من المستقر عليه أن القواعد عبر الدولية قد تكونت بطريقة عرفية داخل المجتمع الدولي لرجال الأعمال والتجار^(٣)؛ فعادات وأعراف التجارة الدولية هي قواعد من طبيعة تعاونية، فهي غالباً ما تكون خاصة بكل مهنة أو بكل فرع من فروع التجارة الدولية، ومن أمثلة ذلك : العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب، وتجارة الحرير والصوف، وتجارة الجلود^(٤).

وينبني على الطبيعة التعاونية لعادات وأعراف التجارة الدولية، أن العقود الخاضعة لهذه الأعراف لا بد وأن تكون قد أبرمت بمناسبة تجارة

(١) انظر في هذا المعنى الفقيه Weil ، إذ يذكر :

" il est difficile de se rallier à l'idée que le droit applicable aux contrats d'État puisse être assimilé à celui qui régit les rapports entre commerçants privés (.....) ".

P. Weil, Principes généraux du droit et contrats d'État, art.préc., p.407.

(٢) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه Weil :

" il y a un monde entre contrat commercial ordinaire et un contrat d'État " .

P. Weil, *Ibidem*.

(٣) راجع : د. أحمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٤) راجع : د. أحمد عبد الكريم سلامة : الإشارة المتقدمة، ص ٢٧٨.

معينة تنظمها أعراف معينة، ومما لا شك فيه أن العقود الإدارية لا تتعلق بمجال التجارة وإنما يكون هدفها الأساسي تحقيق المصلحة العامة. وبالتالي لا يمكن تصور إخضاع الشخص المعنوي العام الطرف في العلاقة التعاقدية لقواعد لم يشارك هو في الأساس في إرساء دعائمها.

صفوة القول أن القواعد عبر الدولية لا تتلاءم مع طبيعة العقود الإدارية، فهذه القواعد لا تصلح إلا لحكم علاقات الفرد بالفرد في مجال التجارة الدولية، ولا تصلح للتطبيق على العقود الإدارية التي تختلف طبيعتها عن طبيعة عقود التجارة الدولية.

وبانتهاء عرض موضوع مدى إمكانية خضوع العقود الإدارية للقواعد عبر الدولية، يكتمل تناول الفصل الأول من الباب الثاني والذي خصص لموضوع القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. على أن التنظيم الموضوعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية لن يكتمل إلا ببحث مسألة أخرى غاية في الأهمية، تتمثل في مدى ملائمة تطبيق أسلوب التحكيم الطليق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية؛ أو بمعنى آخر مدى إمكانية قيام الأطراف بتفويض المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون وتطبيق قواعد العدل والإنصاف على العقود الإدارية؛ الأمر الذي نخصص له الفصل التالي.

الفصل الثاني

التحكيم الطليق ومنازعات العقود الإدارية

تعرف الأنظمة القانونية الوضعية – على اختلاف مذاهبها – نمط من التحكيم يقوم في أساسه على عدم التزام المحكم بالتطبيق الحرفي لقواعد القانون واجبة التطبيق على الموضوع باحثاً عن حل عادل ومنصف يلئم موضوع النزاع، وذلك في إطار احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام، وقد أطلق على هذا النمط من التحكيم مصطلح *amiable composition* والذي يُعرف في الفكر القانوني العربي تحت مسمى التحكيم بالصلح^(١)، أو التحكيم مع التفويض بالصلح^(٢).

في الواقع إن استخدام المشرع، وكذلك غالبية الفقهاء العرب لمصطلح التحكيم بالصلح، أو التحكيم مع التفويض بالصلح للتعبير عن هذا النمط من التحكيم نراه أمراً غير موفق؛ لما يُثيره من خلط بين التحكيم والصلح رغم التباين بينهما^(٣). فالمحكم في هذا النمط من التحكيم لا يجري – في الأساس – صلحاً، فهو لا يسعى – بصفة إلزامية – إلى تسوية النزاع عن طريق إقناع كل طرف من الأطراف المتنازعة بالتنازل عن كل أو بعض ما يتمسكون به، وإنما يصدر حكماً ملزماً، وقد يقضي بكل الحق لخصم واحد دون الآخر، مستنداً في ذلك إلى اعتبارات العدالة، أو إلى

(١) انظر على سبيل المثال : د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ١٧٨، د. ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص ١٦٦، د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق، ص ٧٥٦، د. أحمد السيد صاوي : المرجع السابق، ص ١٢، د. نادر محمد محمد إبراهيم : المرجع السابق، ص ٥٨، د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : المرجع السابق، ص ٥٢، د. أشرف عبد العليم الرفاعي : اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٣، ص ١٥، د. أحمد محمد عبد البديع شتا : شرح قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ٣٢٩، د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص ٣٠١.

(٢) انظر على سبيل المثال : د. علي بركات : المرجع السابق، ص ٦٨، د. محمد نور عبد الهادي شحاته : النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٦٩، د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص ٣٠١، د. يسري محمد العصار : المرجع السابق، ص ٥١، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦، ص ٣١.

(٣) ولعل هذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى استخدام مصطلحات أخرى للتعبير على هذا النوع من التحكيم، فمنهم من أطلق عليه التحكيم المنشئ للمواءمة الودية، د. محمود مختار أحمد بريري : المرجع السابق، ص ١٣٩ هامش (٢). ومنهم من أطلق عليه التحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف، د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق، ص ١٤٨. ومنهم من أطلق عليه التحكيم الودي، د. أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص ١٧٦.

نصوص القانون إذا وجد ذلك عدلاً ومنصفاً شريطة أن يبين في حكمه توافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة كما سنرى. لذا ننضم إلى الجانب الذي استخدم مصطلح التحكيم الطليق للتعبير عن هذا النمط من التحكيم^(١)؛ ذلك أنه ينبع من فكرة أساسية تقوم على << إطلاق >> الحرية للمحكم في الفصل في النزاع دون التقيد بأية قواعد قانونية، ونتجنب بذلك اللبس أو الخلط بينه وبين فكرة الصلح.

وإذا كانت فكرة التحكيم الطليق تعني عدم التزام المحكم بتطبيق أحكام القانون الموضوعية على أصل النزاع، فهل يمكن تصور امتداد هذه الفكرة إلى منازعات العقود الإدارية، بحيث يجوز للمحكم استبعاد قواعد القانون الإداري وثيقة الصلة بهذه العقود إذا بدت متعارضة – من وجهة نظره – مع اعتبارات العدالة؟

قبل أن نتعرض للإجابة على هذا التساؤل، قد يكون من المناسب أن نعطي لمحة عامة عن فكرة التحكيم الطليق على ضوء ما قرره القانون الوضعي في الدول محل الدراسة.

وانطلاقاً من ذلك، تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : الإطار العام لفكرة التحكيم الطليق.
المبحث الثاني : مدى ملائمة نقل فكرة التحكيم الطليق إلى التحكيم الإداري.

(١) ومن الفقه الذي سبق أن أخذ بهذا المصطلح :

د. أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ٦٧، د. نبيل إسماعيل عمر : التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص ١٦.

المبحث الأول

الإطار العام لفكرة التحكيم الطليق

الأصل في التحكيم هو التحكيم بالقانون؛ أي قيام هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد القانون، وإن خالفت ذلك، تعرض حكمها للبطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة.

غير أن كافة هذه التشريعات قد أجازت للأطراف من جهة أخرى الاتفاق على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون توصلاً للحل الذي يتطلبه العدل والإنصاف، ويستثنى من هذا الإعفاء القواعد المتعلقة بالنظام العام.

و على هذا النحو، فإن فكرة التحكيم الطليق تقوم في أساسها على إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف (مطلب أول). غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة باعتبار أن النظام العام (مطلب ثان).

المطلب الأول

النشأة الاتفاقية لسلطات المحكم الطليق

أسلفنا القول في غير موضع في هذه الدراسة بأن نظام التحكيم يقوم في أساسه على إرادة الأطراف، فهذه الإرادة تعد بمثابة << فتيل >> لوضع الحركة في نظام التحكيم، ودونها لا يتصور وجود تحكيم بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح.

وإذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي، وبالتالي فإنه ملزم بأن يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون، إلا أن معظم القوانين الداخلية، وكذلك الاتفاقيات الدولية^(١)، وأيضاً لوائح مراكز التحكيم ذات الصبغة الدولية^(٢) قد أجازت له التحرر من التقيد بقواعد القانون، وأعطت له سلطة الفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف *ex aequo et bono* طالما اتفق الأطراف على تخويله هذه السلطة.

فقد نصت المادة ١٤٧٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الباب المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه : " يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية، إلا إذا خول الأطراف إليه في اتفاق التحكيم مهمة الفصل فيه كمحكم طليق " ^(٣).

كما نصت المادة ١٤٩٧ من ذات القانون في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه : " يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا اتفق الأطراف على منحه هذه المهمة " ^(٤).

(١) انظر على سبيل المثال : المادة ٣/٤٢ من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، المادة ٢/٧ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١.

(٢) انظر على سبيل المثال : المادة ٣/١٧ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة ٢/٣٣ من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦، والمادة ٢/٣٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

(٣) ترجمة النص الأصلي التالي :

" L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ".

(٤) ترجمة النص الأصلي التالي :

" L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission ".

وفي ذات السياق تنص المادة ٤/٣٩ من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه : " يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ."

وقد أقرت تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي هذا الاتجاه^(١)؛ فالمشروع القطري – على سبيل المثال – قد نص في المادة ١/١٩٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه : " يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات المنصوص عليها في هذا القانون عدا ما نص عليه في هذا الباب. ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح (.....) " ^(٢).

ومن الجلي على نصوص القوانين السابقة، وبخاصة تلك التي نظمت عملية التحكيم في المجال الدولي أنها قد تبنت صياغة متحررة بشأن شرعية اللجوء إلى التحكيم الطليق، إذ إنها لم تربط بين القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع وبين حرية الأطراف في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف^(٣)، وهو الأمر

(١) تنص المادة ١٦ من نظام التحكيم السعودي على أنه : " يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع ". وتنص المادة ٢/٢٣٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أنه : " ويصدر المحكمون حكمهم على مقتضى قواعد القانون، إلا إذا كانوا مفوضين بالصلح فلا يتقيدون بهذه القواعد ". كما تنص المادة ٣/٢٨ من المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني على أنه : " لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي أو على مقتضى قواعد العدالة إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة ."

وتنص المادة ٢/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على أنه : " ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد (...) ". وتنص المادة ٢/١٨٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه : " ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد (.....) ."

(٢) ومن الجدير بالذكر أن المادة ١٩١ من ذات القانون قد اشترطت ذكر أسماء المحكمين المفوضين بالصلح في اتفاق التحكيم أو في وثيقة لاحقة وإلا كان التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلق الأمر بالنظام العام. ولقد جرى نص هذه المادة كالتالي : " لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل ". وذات الاتجاه المادة ٢٠٥ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، فقد نصت على أنه : " لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في وثيقة لاحقة ". وفي القرب من هذا الاتجاه المادة ١٧٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والتي جرى نصها كالتالي : " لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم ."

(٣) انظر في هذا المعنى :

الذي تطلبته المادة ٢/٧ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١^(١)، والمادة ٢/٣٣ من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦^(٢).

وإذا كانت إرادة طرفي التحكيم – على هذا النحو – تعد مصدراً رئيسياً لاستبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف^(٣)، وأن المحكم ملزم دائماً باحترام تلك الإرادة، فهل يفهم من ذلك أن استبعاد المحكم لقواعد القانون يعد واجباً إلزامياً مفروضاً عليه أم أنه يعد مجرد مكنة أو رخصة مخولة له؟ ومن جهة أخرى، هل يجوز للمحكم – تحت اسم قواعد العدالة – التعرض لنصوص العقد وتعديل الالتزامات التعاقدية المفروضة على أحد الأطراف؟

أولاً: استبعاد المحكم لأحكام القانون الموضوعي أمر واجب أم مجرد رخصة ممنوحة له

الأصل في التحكيم – كما سبق أن أشرنا – هو التحكيم بالقانون؛ أي الفصل في النزاع محل التحكيم على مقتضى قواعد القانون؛ فالمحكم بالقانون ملزم دائماً بتطبيق أحكام القانون الموضوعي على النزاع المطروح عليه ولا يضع في اعتباره قواعد العدالة^(٤).

(١) تنص هذه المادة على أنه: " يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا كانت تلك هي إرادة الأطراف، وإذا كان القانون الذي يسرى على التحكيم يجيزها ".

(٢) تنص هذه المادة على أنه: " لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على مقتضى مبادئ العدل والإنصاف، إلا إذ أجازها الطرفان في ذلك صراحة وكان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم ".

وفي ذات السياق المادة ٢/٣٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أنه: " لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف أو كمحكم غير مقيد بأحكام القانون إلا إذا كان الطرفان قد أجازا ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم ".

(٣) ويبرر بعض الفقهاء ضرورة تطلب موافقة الأطراف على منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف بالقول: " نظراً لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وخلفيته الثقافية العامة، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلاناً صريحاً لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هذه السلطة ".

راجع: د. محمود مختار أحمد بريري: المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٤) ونرى أنه إذا كان المحكم بالقانون، وكذلك القاضي يجب أن يضع في حسبانته اعتبارات العدالة عندما يقضي في النزاع المطروح عليه، إلا أن ذلك لا يعني أنه ملزم بالفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف.

ولقد أكدت تشريعات الدول محل الدراسة على هذا المعنى، إذ إنها اشترطت على المحكم – كقاعدة عامة – أن يقضي في النزاع محل التحكيم وفقاً لقواعد القانون^(١).

وعلى هذا الأساس، فإنه في حالة التحكيم بالقانون يقع على عاتق المحكم واجب إلزامي بتطبيق أحكام القانون الموضوعي على النزاع، وإن خالف ذلك يقع الحكم الصادر عنه في دائرة البطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة.

بيد أن تلك التشريعات قد أجازت للمحكم – بناءً على إرادة الأطراف – التحرر من قواعد القانون للفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف. وبالتالي فإن المحكم في هذا النمط من التحكيم يرتبط بتطبيق قواعد العدالة؛ الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى جواز قيام المحكم الطليق بإعمال قواعد القانون الموضوعي على الرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد العدالة؟ وبمعنى آخر هل يعد استبعاد المحكم لقواعد القانون أمر واجب، أم مجرد مكنة أو رخصة ممنوحة له إن شاء استعملها، وإن شاء تركها طالما تحققت الغاية، وهي تحقيق العدالة؟

باستقراء النصوص القانونية للدول محل الدراسة تبين أنها لم تتعرض للإجابة على هذا التساؤل سواء صراحة أم ضمناً، وإنما اكتفت فقط بمجرد الإشارة إلى إمكانية تخويل الأطراف للمحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة. غير أنه يكاد ينعقد إجماع الرأي في الفقه والقضاء الفرنسيين على أن المحكم الطليق يستطيع أن يطبق قواعد القانون الموضوعي إذا حملت نصوصه – من وجهة نظره – حلاً عادلة للنزاع.

فقد ذهب الفقيه Jarrosso إلى القول بأن: " المحكم يملك القدرة على تطبيق القانون إذا اعتبر صراحة أنه يتوافق مع الحلول العادلة للنزاع،

(١) انظر: الفقرة الأولى والثانية من المادة ٣٩ من قانوني التحكيم المصري والعماني، والمادة ٢/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ٢/١٨٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة ١٩٨ من قانون المرافعات القطري، والمادة ٢/٢٣٧ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية البحريني، وكذلك نص الفقرة الأولى والثانية من المادة ٢٨ من المرسوم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني، والمادة ٣٩ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادتين ١٤٧٤ و ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

فالمحكم – في حالة التحكيم الطليق – يكون قد أنجز مهمته بالكامل إذا تطابقت الحلول التي أعطاها للنزاع مع اعتبارات العدالة " ^(١).

ويتلاقى هذا الرأي مع الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي، ومن ذلك : حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٥ من مارس عام ١٩٨٤، إذ قضت بأن : " محكمة التحكيم تملك القدرة على الإحالة إلى هذه القواعد [قواعد القانون] في النطاق الذي يكون جديراً بإعطاء النزاع الحل الأكثر صحة " ^(٢).

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ١٨ من ديسمبر عام ١٩٩٢ حيث أكدت على أن : " غياب الإحالة الصريحة على قواعد العدالة لا تشكل في حد ذاتها إنكاراً لسلطة المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق، منذ اللحظة التي – كما في الحالة الماثلة – يكون قد أخذ في اعتباره قواعد العدالة في تقدير مختلف المعايير المحددة بواسطة القانون لتحديد القيمة الإيجارية لمحل مزاوله شركة Siona لنشاطها، علاوة على أن تطبيق هذه

^(١) وفي هذا الصدد يذكر :

" Toutefois, l'unanimité se retrouve pour dire que l'amiable compositeur a la faculté d'appliquer le droit lorsqu'il considère expressément qu'il correspond à une solution équitable; en effet, l'arbitre a alors parfaitement effectué sa mission de vérification de la conformité de sa solution à l'équité ".

Ch. Jarroson, note sous C. Cass. 2^e ch.c, 18 octobre 2001, SARL sté grenobloise d'investissement c/ sté Eurovia et autres, Rev.arb. 2002., p.359., spéc, p.364.

وفي نفس المعنى :

- Ch. Seraglini, La sentence arbitrale. Amiable compositeur : prière de ne pas oublier d'apposer la mention << équitable >>, JCP 2004., éd G, p.501., spéc, p.501.

- D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, Gualino éditeur 2004., p.245.

- E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, Rev.arb. 1985., p.199., spéc, p.222.

- M. Huys, G. Keutgen, op.cit., p.569.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (.....) le tribunal arbitral avait la faculté de se référer à ces règles dans la mesure où il les jugeait propres à donner au litige la solution la plus juste ".

Paris 1^{re} ch.suppl, 15 mars 1984, sté Soubaigne c/ sté Limmareds Skogar, Rev.arb. 1985., p.285., note E. Loquin p.199.

المعايير كان الهدف منها الوصول إلى حل يكون أكثر قرباً بقدر الإمكان إلى تحقيق العدالة " ^(١).

وهكذا يتضح مما سبق أن طبيعة المهمة الموكولة للمحكم بشأن استبعاد قواعد القانون هي رخصة أو قدرة ممنوحة له يستطيع إعمالها أو تركها طالما أعطى الأساس لتوافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة ^(٢). فالأطراف وإن منحوا للمحكم مهمة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة، فإن ذلك لا يمنعه من تطبيق قواعد القانون إذا وجد ذلك عدلاً وإنصافاً شريطة أن يبين في حكمه توافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة وإلا تعرض حكمه للبطلان. وهذا ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٥ من فبراير عام ٢٠٠١ ^(٣).

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Considérant que le défaut de référence expresse à l'équité ne peut, à lui seul, caractériser une méconnaissance de sa mission par l'arbitre investi du pouvoir d'amiable compositeur dès lors que, comme en l'espèce, celui-ci a tenu compte de l'équité dans l'appréciation des différents critères définis par la loi pour déterminer la valeur locative des locaux et en particulier de l'objet de l'association Siona, alors, au surplus, que l'application de ces critères a pour finalité d'aboutir à une solution qui soit la plus proche possible de l'équité ".

Paris 1^{re} ch.c, 18 décembre 1992, Mouvement Siona c/ J. Reinhold, Rev.arb. 2001., p.147., note Ch. Jarroson., p.5., spéc, n° 3, 43 et 47.

وفي ذات المعنى :

Paris 1^{re} ch.suppl, 20 janvier 1989, sté Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c/ sté Dépôts pétroliers de Fos (D.P.F.), Rev.arb. 1989., p.280 (2^e esp)., note L. Idot.

^(٢) انظر :

E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p.293., spéc, p.316.

^(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Attendu que, pour déclarer irrecevable le recours en annulation contre la sentence arbitrale l'arrêt retient que, si l'amiable compositeur peut s'affranchir de la règle de droit, il n'en a pas l'obligation; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les arbitres, statuant comme amiable compositeurs, s'étaient prononcés sur la demande d'annulation exclusivement par application des règles de droit, sans s'expliquer sur la conformité de celle-ci à l'équité, ce qu'exigeait la mission qui leur avait été conférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 1474 et 1484 du NCPC] ".

C. Cass. 2^e ch.c, 15 février 2001, Halbout et sté Matenec HG c/ Epoux Hanin, Rev.arb. 2001., p. 135 (1^{er} esp)., note E. Loquin.

ثانياً : سلطة المحكم الطليق إزاء نصوص العقد

أوضحنا في الموضوع السابق أن تشريعات الدول محل الدراسة قد أجازت للمحكمين الخروج على أحكام القانون، والاهتداء فقط بما يرونه محققاً للعدالة، فإن ذلك يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية امتداد هذه السلطة إلى العقد. فهل يجوز للمحكم الطليق الخروج على أحكام العقد وعدم التقيد بنصوصه حرفياً بحيث يستطيع مثلاً أن يخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين، أو أن يزيد الحقوق المعطاة للآخر طالما رأى في ذلك تحقيقاً للعدالة؟

تنص المادة ٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI على أنه : " ١ - تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون (.....). ٣ - لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة. ٤ - في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد (.....) " .

هذا الاتجاه الذي تبناه القانون النموذجي، وتأثر به كل من المشرع البحريني^(١)، والمصري والعماني^(٢)، يفرض على المحكم سواء كان محكماً بالقانون أو محكماً طليقاً احترام شروط العقد التي سبق أن اتفق عليها طرفاه.

وهذا ما أكدت عليه أيضاً بعض أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، ومن ذلك الحكم الصادر عام ١٩٨١، إذ قضت

(١) المادة ٢٨ من المرسوم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني.

(٢) المادة ٣٩ من قانوني التحكيم المصري والعماني.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة التجارية بسلطنة عمان في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من أكتوبر عام ١٩٩٨ بأن : " وحيث إنه عن موضوع دعوى البطلان فإن المادة ٥٣ من قانون التحكيم قد عدلت الأحوال التي تقبل فيها هذه الدعوى ومن بينها ما ورد في الفقرة (د) منها وهي حالة ما >> إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع << وهي الحالة التي استند إليها المدعى في طلبه الحكم ببطلان قرار المحكم المطعون فيه، ومن المعروف أن استبعاد تطبيق العقد المبرم بين الطرفين يتساوي مع استبعاد تطبيق القانون المتفق عليه باعتباره أن العقد شريعة المتعاقدين، لما كان ذلك وكان الثابت بحكم المحكم المطعون فيه أنه لم يطبق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالبطلان " .

الدعوى رقم ٩٨/٢، جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة التجارية في عامها القضائي الخامس عشر، ١٤١٩ - ١٤٢٠ هـ، ١٩٩٨ - ١٩٩٩ م، تصدرها المحكمة بمناسبة الاحتفال بالعيد الوطني التاسع والعشرين المجيد، ص ١٩٥ .

محكمة التحكيم بأن : " اللجوء إلى التحكيم الطليق لا يسمح لمحكمة التحكيم بالخروج عن إطار النزاع، أو أن تجري مراجعة للعقد " ^(١).

وإذا كانت القاعدة – على هذا النحو – قوامها عدم جواز تعرض المحكم لنصوص العقد، فإنه ينبغي التخفيف من حدة هذه القاعدة بالاعتراف له بسلطة تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية؛ ذلك أنه إذا كانت الغاية الأساسية التي تسعى فكرة التحكيم الطليق إلى تحقيقها هي الوصول إلى حلول عادلة للنزاع دون التقيد بأحكام القانون الموضوعية غير تلك المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يوجد ما يمنع من امتداد هذه السلطة إلى نصوص العقد طالما أنه وليد إرادة الأطراف شريطة عدم قلب اقتصادياته رأساً على عقب أو القضاء على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف.

فقد قررت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ من فبراير عام ١٩٩٧ بأن المحكم الطليق لا يستطيع انتهاك العقد الذي يرتبط به الأطراف، فليس له أن يعدل من طبيعته أو أن يحد من مداه ^(٢).

كما قررت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في حكمها الصادر عام ١٩٧٧ بأن : " المحكم الطليق لا يملك إجراء توازن تعاقدية جديد " ^(٣).

وبالتالي فإن المحكم – في ظل التحكيم الطليق – ينبغي أن يملك سلطة تعديل تبعات بعض شروط العقد. غير أن هذه السلطة يجب أن تقف

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Que toutefois le recours à l'amiable composition ne saurait autoriser le tribunal arbitral ni à sortir du cadre du litige (.....), ni enfin à procéder à une révision du contrat c'est-à-dire se substituer aux parties pour renégocier le contrat ".

Sentence CCI n° 3327, 1981, JDI 1982., p.971., obs. Y. Derains.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Si le tribunal arbitral, amiable compositeur a mission de statuer en équité, il ne peut cependant porter atteinte au contrat liant les parties dont il ne peut modifier ni la nature ni l'étendue ".

Paris, 27 février 1997, sté Cardif Vie et sté Valeur Pierre Epargne c/ sté France Kléber, inédit, cité par E. Loquin, obs. sous Paris 1^{re} ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.380., spéc, p.391.

^(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (.....) même en leur qualité d'amiable compositeurs (.....) il n'appartient pas aux arbitres de procéder à un nouvel équilibre contractuel (.....) ".

Sentence CCI n° 2694, 1977, JDI 1978., p.985., obs. Y. Derains.

عند حد تعديل البنيان الأساسي للعقد بحيث لا يجور قلب اقتصادياته رأساً على عقب، فليس للمحكم أن يستبدل الالتزامات التعاقدية بالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة غير مطابقة لإرادة الأطراف، أو أن يقضي على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف، ومثال ذلك : أن يقضي المحكم بفسخ عقد مقولة بدلاً من أن يلزم المفاوض بتسليم ما تبقى من أعمال يسيرة بالرغم من تمسك الطرفين بالعقد وعدم مطالبة أي منهما بفسخه.

وهذا ما اعتمده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن، نذكر منها : الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٨ من نوفمبر عام ١٩٩٦، إذ قضت : " شرط التحكيم الطليق عبارة عن تنازل اتفاقي لآثار ومميزات قاعدة قانونية؛ فالأطراف يفقدون امتياز التطبيق الضيق لهذه القاعدة، ويستقبل المحكمون - على أثر ذلك - سلطة تعديل أو تخفيف تبعات الشروط التعاقدية متى كانت العدالة أو المصلحة المشتركة للأطراف تتطلب ذلك " (١).

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige ".

Paris 1^{re} ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.380., note E. Loquin.

وفى ذات الاتجاه حسب الترتيب الزمني لصدور الأحكام :

- Paris 1^{re} ch.suppl, 14 Janvier 1974, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p.281., note J. Robert.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p.279., note E. Loquin, p.199.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres , Rev.arb. 1985., p.299., note E. Loquin, p.199.

- C. Cass. 1^{re} ch.c, 28 avril 1987, Dame Krebs (Czerefkow) c/ Milton Stern, Rev.arb. 1991., p.345., obs. J.H.M. et C.V.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 6 mai 1988, sté Unijet S.A. c/ S.A.R.L. International Business Relations Ltd (I.B.R.), Rev.arb. 1989., p.83., note E. Loquin.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 19 avril 1991, sté Parfums Stern France c/ CFFD et autre, Rev.arb. 1991., p.673., obs. E. Loquin.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 31 mai 1991, sté Scoa c/ sté Cuisine de la mer, Rev.arb. 1992., p.669., obs. J.H. Moitry.

- Paris 1^{re} ch.c, 13 février 2003, Diallo c/ Andrieu, Rev.arb. 2004., p.311 (2^e esp), note J.-B. Racine.

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ٤ من نوفمبر عام ١٩٩٧، إذ قضت : " تؤسس مهمة المحكم الطليق على تنازل يصدر عن الأطراف بشأن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي تتعلق بالعقد، وتتيح له - بصفة خاصة - سلطة تخفيف الآثار المتولدة عن العقد، بحثاً عن حل منصف وعادل، ومستبعداً احتياجات تطبيق بعض الحقوق المتولدة عن الاتفاق، مع التحفظ ألا يغير من اقتصاديات العقد بأن يقيم التزامات جديدة محل الالتزامات التعاقدية، وأن لا يستجيب للنية المشتركة للأطراف " (١).

ومن الجدير بالذكر أن سلطة المحكم الطليق في تعديل أو تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية تتشابه مع تلك الممنوحة للقاضي الوطني بمقتضى بعض النصوص القانونية الداخلية، كما هو الحال في القانون المدني المصري بالنسبة لعقود الإذعان (م ١٤٩)، وفي حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة (م ٢/١٤٧)، وفي حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي (م ٢/٢٢٤).

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن منح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف تخول له حق تفسير وتخفيف حدة بعض الشروط التعاقدية شريطة ألا يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فله أن يفسر شروط عقد البيع مثلاً ويخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين (٢)، ولكنه لا يملك أن يستبدل الالتزامات التعاقدية بالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة، كما لا يملك سلطة تكييفه والتعامل معه بوصفه عقد إيجار مثلاً (٣). علاوة على ضرورة احترامه لقواعد النظام العام كما سيتضح من خلال المطلب التالي.

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La mission d'amiable compositeur, qui a pour fondement la renonciation des parties à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat, donne à l'arbitre le pouvoir notamment de modérer les effets du contrat dans la recherche d'une solution juste et conforme à l'équité en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas en modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties ".
Paris 1^{re} ch.c, 4 novembre 1997, sté Taurus Films c/ SARL Les Films du jeudi, Rev.arb. 1998., p.704., obs. Y.D.

(٢) راجع :

E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p.293., spéc, pp.343 et s.
(٣) د. محمود مختار أحمد بريري : المرجع السابق، ص ١٤١.

المطلب الثاني

النظام العام كقيد على سلطات المحكم الطليق

منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، لا يعني مطلقاً إمكانية استبعاده للقواعد المتعلقة بالنظام العام^(١). فهذه القواعد تعبر عن قيم سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية لجماعة بشرية معينة، وهي من الأفكار المحورية التي يركز عليها أي نظام قانوني، وتؤدي وظيفة لا غني عنها، وتحتل بهذه المثابة وضعية قانونية أعلى من باقي المعايير الأخرى، وبخاصة معايير التعاقد. وبالتالي فهي غير قابلة للمساس بها من جانب المحكم، وتؤدي مخالفتها إما إلى بطلان الأحكام الصادرة عنه، وإما إلى عدم تنفيذها.

فالأحكام الصادرة عن المحكم الطليق – في حالة التحكيم الداخلي – تخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء الوطني، سواء بمناسبة الطعن فيها بالبطلان، أو سواء عند طلب الحصول على الصيغة التنفيذية. فالمحكم الطليق وإن كان يملك حرية واسعة، إلا أنها خاضعة لرقابة القضاء الوطني ليتأكد من توافق تلك الأحكام مع النظام العام الداخلي.

أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فإن المحكم – وفقاً لرأي البعض – يستطيع أن يتجاهل قواعد النظام العام الداخلي، ولا يبقى أمامه سوي ما يمس النظام العام الدولي. غير أن فكرة النظام العام الدولي بمفهومها الداخلي لا تستبعد تماماً، إذ تظل سلطة المحكم مقيدة بمراعاة النظام العام في الدولة التي يغلب تنفيذ حكم التحكيم فيها.

أولاً : المحكم الطليق والنظام العام الداخلي

الأصل المستقر عليه أن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً، كما أنه لا يحمي نظاماً قانونياً داخلياً لدولة ما^(٢)، مما يثير التساؤل بشأن مدي إمكانية

(١) وهذا ما حرصت وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي الموقعة عليها بتاريخ ٢٣-٢٤ من أكتوبر عام ٢٠٠١ على التأكيد عليه، إذ نصت المادة ٢/٢٠٧ منها على أنه : " ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام " .

(٢) انظر :

استبعاد المحكم الطليق لقواعد النظام العام لقانون العلاقة *lex causea* ^(١) إذا تبين له أن من شأن احترامها سيؤدي إلى نتائج غير عادلة للنزاع المطروح عليه.

يميز الفقه لاسيما الفقه الفرنسي بين نوعين من قواعد النظام العام الداخلي؛ الأولى : النظام العام التوجيهي *ordre public de direction*، والثانية : النظام العام الحمائي *ordre public de protection*.

١ - النظام العام التوجيهي

تعمل قواعد النظام العام التوجيهي على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية، ويدخل في نطاقها - على سبيل المثال - القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمارات والبيئة والتجارة ... الخ ^(٢).

ومن المستقر عليه أنه لا يجوز للمحكم عند الحكم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي ^(٣)، فهذه القواعد ترتبط بتنظيم الدولة، ولا يجوز المساس بها، أو الاتفاق على ما يخالفها.

ولقد أكدت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي على ضرورة احترام المحكم لقواعد النظام العام التوجيهي ^(٤)، ومن ذلك : حكم محكمة

^(١) يقصد بقانون العلاقة : القانون المختص لحكم الجانب الموضوعي في العلاقة التعاقدية. راجع : G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF 1987., p.464.

^(٢) انظر : د. أحمد عبد الكريم سلامة : مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٠٩.

^(٣) انظر :

J.-B. Racine, op.cit., p.253.

^(٤) انظر على سبيل المثال :

- Paris 1^{re} ch. suppl, 14 janvier 1977, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p.281 (2^e esp)., note J. Robert.

- Paris 1^{re} ch.c, 9 juin et 20 décembre 1977, René Salmona c/ Compagnie Française du Source et des Produits du Sol (Cosucre), Rev.arb. 1978., p.476 (2^e esp)., note M. Boitard.

- Paris 1^{re} ch.c, 2 décembre 1977, Martin et autre, és qualité et S.A. CEREX c/ Firme Mackprang (Hambourg), Rev.arb. 1979., p.246 (1^{er} esp)., note R. Funck-Brentano.

- Paris 1^{re} ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p.279., note E. Loquin p.199.

استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٢ من مارس عام ١٩٨٥، إذ قضت بأن :
" المحكم يملك القدرة، ليس فقط بشأن استبعاد التطبيق الضيق لأحكام
القانون، ولكن أيضاً بالنسبة لشروط العقد في اللحظة التي لا تنسخ فيها
قواعد النظام العام " ^(١).

وكذلك الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ١٦ من مارس عام
١٩٩٥، إذ قضت بأن : " ينبغي على المحكم – حتى وإن كان محكماً
طليقاً – أن يفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الآمرة، ومن ثم لا يستطيع
تجنب تطبيق القواعد (....) المتعلقة بالنظام العام لقانون المنافسة " ^(٢).

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة عن
غرفة التجارة الدولية بباريس ^(٣)؛ ففي الحكم الصادر عام ١٩٧٤ ذهبت
محكمة التحكيم إلى القول بأن : " اللجوء إلى التحكيم الطليق يفرض على
المحكم احترام القواعد الآمرة لهذا القانون [القانون المختار] ويترك له
حرية استبعاد القواعد المكملة (....) " ^(٤).

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Les amiable compositeurs, en s'interrogeant sur l'étendue de leurs prérogatives quand à l'application des clauses contractuelles en litige, se sont reconnus à bon droit la faculté de s'écarter de l'application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles, dès lors qu'elles ne reproduisaient pas des règles d'ordre public ".
Paris 1^{re} ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres , Rev.arb. 1985., p.299., note E. Loquin, p.199.

^(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Même lorsqu'ils statuent en qualité d'amiables compositeurs, les arbitres doivent trancher le litige conformément aux règles de droit impératives: ils ne peuvent esquiver l'application des normes, (....), d'ordre public, du droit de la concurrence ".
Paris 1^{re} ch.c, 16 mars 1995, SARL Enodis c/ sté SNC Prodim, Rev.arb. 1996., p.146., obs. Y. Derains.

^(٣) انظر على سبيل المثال :

Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p.914., obs. Y. Derains.
Sentence CCI n° 3938, 1982, JDI 1984., p.926., obs. S. Jarvin.

^(٤) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Que dès lors le recours à l'amiable composition, dans la mesure où les arbitres ne passent pas outre aux règles impératives du droit (du pays producteur) laisse la faculté d'écarter les règles dites supplétives (....) ".
Sentence CCI n° 2216, 1974, JDI 1975., p.917., obs. Y. Derains.

وفي حكمها الصادر عام ١٩٨٩ قضت محكمة التحكيم بأن : " يعفي المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق من التقيد بالقانون واجب التطبيق على أصل النزاع، مع التحفظ بشأن مراعاة القواعد غير القابلة للاستبعاد كقواعد النظام العام (....) " ^(١).

٢ - النظام العام الحمائي ^(٢)

تهدف قواعد النظام العام الحمائي إلى حماية المصالح الخاصة لفئة معينة من الأشخاص الذين لا قدرة لهم على التفاوض من دون تعريض مصالحهم للضياع، ومن ثم تعمل هذه القواعد على الحد من تسلط القوي وتمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك، بسبب ضعف مركزه الاقتصادي، الدفاع عن مصالحه عند التعاقد، كالمستهلك في عقد البيع، والمقترض في عقد القرض.

وإذا كان الأطراف يملكون في ظل التحكيم الطليق التنازل عن تطبيق القانون على النزاعات الناشئة بينهم، فإن هذا يعني تنازلهم عن قواعد النظام الحمائي المتعلقة بهذا القانون. وبالتالي يستطيع المحكم تجاهل تلك القواعد باعتبار أنه يصبح مالكا لما يملكه الأطراف شريطة أن يكون الحق قد اكتسب بالفعل ^(٣).

وهكذا فإن سلطة المحكم الطليق في استبعاد قواعد النظام العام الحمائي تنشأ منذ اللحظة التي يملك الأطراف فيها حرية التصرف في الحقوق التي تم اكتسابها، وذلك خلافاً لقواعد النظام العام التوجيهي التي

^(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" (....) l'arbitre auquel sont confiés les pouvoirs d'amiable compositeur est dispensé de l'obligation d'observer le droit applicable au fond du litige, sous réserve des règles non susceptibles d'éviction telles les règles d'ordre public (.....) ".

Sentence CCI n° 4972, 1989, JDI 1989., p.1100., obs. G.A. Alvarez.

^(٢) راجع للمزيد من التفاصيل :

X. Lagarde, office du juge et ordre public de protection, JCP 2001., éd G, pp.745-751.

^(٣) انظر :

E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, art.préc., p.229.

يتعين على المحكم احترامها دائماً، ولا يمكن أن تكون محلاً لإرادة الأطراف أو اتفاقاتهم^(١).

بيد أنه يلاحظ أن فكرة النظام العام في المجال الدولي تضيق عن فكرة النظام العام في المجال الداخلي^(٢)، فليست كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام الداخلي تعد من النظام العام الدولي^(٣)، إذ إن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر. وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من نوفمبر عام ١٩٩١ بقولها: "إن النظام العام الفرنسي المطبق على العلاقات الدولية (.....) ينبغي أن يقدر بشكل أقل شدة من النظام العام الداخلي"^(٤).

ثانياً : المحكم الطليق والنظام العام الدولي

لقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من قواعد النظام العام الدولي؛ النوع الأول : النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني، والثاني : النظام العام عبر الدولي.

١ - النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني

تحتفظ كل دولة لنفسها بمفهومها الخاص للنظام العام الدولي، فما يعد من النظام العام الدولي في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى؛ فقواعد

(١) ويشير بعض الفقهاء إلى أن هذا الحل قد أخذ به في القانون الوضعي السويسري، حيث إن الوضع السائد هناك يمنع على المحكم أن يتعرض لقواعد النظام العام التوجيهي، في حين يسمح له بمخالفة القواعد القانونية الآمرة التي تحمي المصلحة الخاصة في اللحظة التي يملك الطرف الخاضع للحماية حرية التصرف في الحقوق التي اكتسبها.

J.-B. Racine, op.cit., pp.352-353.

(٢) انظر :

P. Courteault et G. Flécheux, La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de Cassation française, Rev.arb. 1978., p.340., spéc, p.340.

(٣) انظر :

- P. Mayer, Droit international privé, op.cit., p.143.

- A. Mezghani, op.cit., pp.333 et s.

(٤) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" l'ordre public français applicable dans les relations internationales et qui doit être appréciée de manière moins rigoureuse que pour l'ordre public interne ".

C. Cass. 1^{re} ch.c, 19 novembre 1991, sté Grands Moulins de Strasbourg c/ sté Compagnie continentale France, Rev.arb. 1992., p.76., note L. Idot.

النظام العام الدولي ذات المفهوم الوطني تختلف من دولة لأخرى تبعاً لمفاهيمها واتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية.

فعلى سبيل المثال : يعتبر الاتفاق على الوفاء مقوماً بالذهب مخالفاً للنظام العام الداخلي في فرنسا على أنه لا يخالف النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي، في حين أن القاعدة السابقة تخالف النظام العام الداخلي والدولي – على السواء – بمفهومه في مصر ^(١). وعلى هذا النحو يختلف النظام العام الدولي بمفهومه المصري عن النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي ^(٢).

وإذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، فإنه يستطيع – بالمقابل – تجاهل هذه القواعد إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، بحيث لا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي ^(٣).

وهذا ما عبر عنه حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٢ من مارس عام ١٩٨٥ ^(٤) والذي ورد في حيثياته أن : " الاعتداء على النظام العام الداخلي – على فرض وجوده – لا يعد من حالات الطعن بالاستئناف في القرار الذي يقر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا،

(١) ومن الجدير بالذكر أن المرسوم الصادر في ٢ من أغسطس عام ١٩١٤ لم يكتف بتقرير قوة التدوال الإلزامي للعملة الورقية في مصر، بل قضى أيضاً ببطلان شرط الدفع بالذهب. وقد اختلفت المحاكم المصرية في تحديد نطاق هذا الشرط، فذهبت المحاكم المختلطة إلى أنه يعني البطلان في المعاملات الداخلية فقط دون الدولية مستندة في ذلك إلى ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي، مما جعل المشرع المصري يتدخل بموجب المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ مفسراً لمرسوم ٢ من أغسطس عام ١٩١٤ وقرر صراحة أن البطلان المنصوص عليه في مرسوم سنة ١٩١٤ يلحق شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

راجع : د. نادر محمد محمد إبراهيم : المرجع السابق، ص ٣٢٥-٣٢٦.

(٢) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن فرنسا تعد أول دولة تستخدم مصطلح النظام العام الدولي في نصوصها القانونية، وذلك صراحة في المادتين ١٤٩٨ و ٥/١٥٠٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وضمناً في المادة ١٥٠٤ من ذات القانون عندما أحالت على حالات البطلان الواردة في المادة ١٥٠٢ السابق بينها.

(٣) يرتب بعض الفقهاء على مبدأ التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بمفهومه الوطني بعض النتائج، هي : ١- قواعد النظام العام الوطني لا تعد بالضرورة من قواعد النظام العام الدولي. ٢- قواعد النظام العام الدولي قد تنتج عن قواعد النظام العام الوطني. ٣- القواعد التي لا تعد من النظام العام الوطني لا يمكن اعتبارها من قواعد النظام العام الدولي . راجع :

J.-B. Racine, op.cit., p.485.

(٤) سبقت الإشارة إليه، ص ٦٥٣ هامش (١).

فالمادة ٥/١٥٠٢ لا تشير إلا إلى الحالة التي يكون فيها حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي " (١).

٢- النظام العام عبر الدولي

يرصد بعض الفقهاء المعاصرين - على خلاف فكرة النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني - ظهور نظام عام دولي حقيقي *réellement international* (٢)، يستمد مصادره من الأدوات الدولية (٣)؛ فهو ينتج عن ممارسات دول أو تجمعات مهنية أو تجارية معينة على الصعيد الدولي (٤)، ويحتل بهذه المثابة مكانة أعلى من كل الأنظمة القانونية على اختلاف

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La violation de l'ordre public interne, à la supposer établie, ne constitue pas un cas d'ouverture à l'appel de la décision accordant l'exécution en France d'une sentence arbitrale étrangère, l'article 1502, 5° ne visant que le cas où la sentence serait contraire à l'ordre public international "

(٢) ومن الجدير بالذكر أن مصطلح *véritablement ou réellement international* هو الذي اعتاد القضاء على استخدامه، عكس مصطلح *transnational* الذي درج المحكمون على استعماله.

انظر بشأن الأحكام الصادرة عن القضاء والتي أحالت فيها على فكرة النظام العام الدولي الحقيقي :

- Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932, Rev.crit. DIP 1932., p.770., note J.-P. Niboyet .

- Trib.civ. de la Seine 5^e ch. 4 janvier 1956, Spitzer c/ Amunategui, Rev.crit. DIP 1956., p.679., note H.B.

- Paris 5^e ch. 9 février 1966, Favier c/ sté Anderssen, Rev.crit. DIP 1966, p.264., note P. Louis-Lucas.

- Paris 1^{re} ch.Sec A, 3 octobre 1984, Comité de défense des actionnaires de la Banque Ottomane, Audibert, Renault, Venencie et Conrieri c/ Banque Ottomane, JDI 1986., p.156., note B. Goldman.

(٣) يقسم الفقه مصادر النظام العام عبر دولي إلى مصدرين أساسيين؛ الأول : مصدر عام ويتمثل في مجموعة القواعد الأمرة المفروضة على كل دولة في النظام الدولي والمعروفة بـ *jus cogens*، والمبادئ العامة المنصوص عليها في المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية، والمعاهدات الدولية، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين غالبية الدول، ومبادئ اليونسترال. أما المصدر الثاني : فهو مصدر خاص ويتمثل في أعراف التجارة الدولية. راجع للمزيد من التفاصيل :

J.-B. Racine, op.cit., pp.367-376.

(٤) ويشير جانب من الفقه إلى أن أهم القواعد عبر الدولية والتي تشكل النظام العام عبر الدولي تتمثل في القواعد التالية : " حسن النية؛ بطلان، أو على الأقل عدم نفاذ، العقود التي تم الحصول عليها عن طريق الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي قصد منها تحقيق غرض غير مشروع؛ بطلان العقد المخالف للأداب العامة؛ عدم جواز امتناع الهيئات التابعة للدول عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية بادعاء امتيازات السلطة العامة أو بالقيود الواردة على سلطاتها والموجودة في القانون الداخلي؛ الالتزام بالتعويض عن نزع الملكية الخاصة؛ احترام المبادئ الأساسية في التقاضي؛ مبدأ سلطان الإرادة "

انظر : د. نادر محمد محمد إبراهيم : المرجع السابق، ص ٣٢٩-٣٣٠.

أشكالها^(١). وقد أطلق الفقه على هذه الظاهرة " النظام العام عبر دولي " l'ordre public transnational^(٢).

وتعود إرهابات هذه الفكرة إلى القرن التاسع عشر ميلادي، إذ أشار الفقيه Despaget في مقاله المنشور عام ١٨٨٩ إلى وجود >> نظام عام مطلق << ordre public absolu مشترك بين كل الدول المتحضرة^(٣).

وفي عام ١٩٣٢ أيد الفقيه Niboyet وجود نظام عام دولي؛ أي نظام عالمي universel، يمنع الممارسات غير المشروعة كالقرصنة pirateri، والتهرب contrebande على سبيل المثال، وبذلك يتوافق مع معناه الاصطلاحي الحقيقي الذي استخدم لسوء الحظ لتحديد النظام العام الوطني^(٤).

ويرى بعض الفقهاء أن أساس وجود فكرة النظام العام عبر الدولي يرجع إلى مبدأ استقلال التحكيم الدولي؛ فالتحكيم الدولي لا يرتبط بأي نظام قانوني. وبالتالي يصبح من المتعين البحث عن نظام قانوني آخر تكون مصادره غير وطنية، وذلك من أجل استبعاد بعض قواعد القانون واجبة التطبيق على أصل الموضوع إذا وجد المحكم ضرورة لذلك^(٥).

(١) انظر :

J.-B. Racine, op.cit., pp.426 et s.

(٢) انظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع :

P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, art.préc., pp.329-371.

(٣) فقد ذهب الفقيه Despaget إلى التفرقة بين النظام العام النسبي ordre public relative والنظام العام المطلق؛ فالأول : يعتمد على ظروف أساسية عارضة قابلة للتغيير من حيث الزمان والمكان، ومن أمثلة ذلك : حظر الزواج بين البيض والأناس الملونين gens de couleur الذي كان سائداً في Louisiane والذي ألغي في عام ١٨٦٨. أما الثاني : فهو تعبير عن مبادئ عامة للعدالة، والأخلاق، وحسن التنظيم الاجتماعي، وهذه المبادئ عامة ومشتركة بين كل الأمم المتحضرة، ومن أمثلة ذلك : منع الزواج بين الأصول ascendants والفروع descendants، وبين الأخ والأخت.

راجع :

F. Despaget, L'ordre public en droit international privé, JDI 1889., p.207, spéc, p.217.

(٤) راجع :

J.-P. Niboyet, note sous Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932 Rev.crit. DIP 1932., p.770., spéc, p.772.

(٥) انظر :

H. Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé, L.G.D.J. 1993, 8^e éd, p.588.

وهكذا – وفقاً لهذا الرأي – فإن مبدأ استقلال التحكيم الدولي هو الذي يبرر وجود فكرة النظام العام عبر الدولي؛ فهذه الفكرة تجد أساسها في غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي قانون من ناحية، وفي وجود قواعد عبر دولية *lex mercatoria* يكون النظام العام عبر الدولي أحد مكوناتها من ناحية أخرى^(١).

وقد لاقت فكرة النظام العام عبر الدولي رواجاً لدى قضاء التحكيم الدولي، إذ تواتر المحكمون على الاعتماد عليها، سواء لمحاربة الفساد corruption^(٢) المتمثل في الرشاوى في مجال الأعمال عبر الدولية، أو لوضع حدود على إرادة الأطراف^(٣)، أو لاستبعاد بعض قواعد النظام العام لقانون العلاقة إذا بدت غير ملائمة لاحتياجات التجارة الدولية^(٤)، وفي هذا المضمار يخلق المحكم قاعدة مادية – تماماً – كما يفعل القاضي الوطني عندما يستبعد – في المجال الدولي – بعض قواعد النظام العام الداخلي، ومثال ذلك : استبعاد القاضي العادي الفرنسي تطبيق بعض القواعد الآمرة في القانون الداخلي استناداً إلى قاعدة مادية ابتدعها في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلاً عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي^(٥).

بيد أن هناك اتجاهاً فقهيّاً آخر يعارض بشدة فكرة النظام العام عبر الدولي، واصفاً إياها بأنها فكرة غير مفيدة *inutile*، وغير فعالة *inefficace*، ولا وجود لها أصلاً *introuvable*.

(١) انظر :

J.-B. Racine, op.cit., p.363.

(٢) انظر على سبيل المثال :

Sentence CCI n° 3913, 1981, JDI 1984., p.920., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p.914., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 6248, 1990, YB XIX 1994., p.124.

وانظر أيضاً :

B. Oppetit, Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international, JDI 1987., p.5., spéc, pp.8 et s.

(٣) انظر :

J.-B. Racine, *Ibidem.*, p.363.

(٤) انظر على سبيل المثال :

Sentence CCI n° 3344, 1981, JDI 1982., p.978., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 5514, 1990, JDI 1992., p.1022., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 8385, 1995, JDI 1997., p.1061., obs. Y. Derains.

(٥) راجع سابقاً ص ٣٣١ وما بعدها.

فمن ناحية : تعد فكرة النظام العام عبر الدولي غير مفيدة في كل مرة يحمل فيها النظام العام الداخلي حلاً مطابقة للنزاع، ومن ثم لماذا يربك المحكم نفسه بمفهوم غير واضح ودقيق ومتنازع فيه، في اللحظة التي يستطيع فيها تأسيس قراره على قواعد وطنية موضوعة جيداً؟!

فقد ذهب الفقيه Lalive إلى القول بأن : ليس من المؤكد أن المحكم الدولي يملك جراً التعبير في نموذج مبتدع *formule novatrice* (تطبيق النظام العام عبر الدولي) في اللحظة التي يملك فيها تسبيب قراره وفقاً لتصور أكثر تقليدية ويكون قادراً على ضمان الاعتراف به وتنفيذه من قبل القضاء الوطني في مختلف الدول المعنية^(١).

ومن ناحية ثانية : فقد وجهت الاعتراضات إلى فكرة النظام العام عبر الدولي انطلاقاً من كونها فكرة غير فعالة، وتؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد الداخلي.

فقد ذهب الفقيه Goldman^(٢) إلى القول بأن : " إذا كان من الصحيح أن فكرة النظام العام المشترك تفرض نفسها، سواء أمام القضاء الدولي، أو أمام محاكم التحكيم، وقد تتلاقى في بعض الحالات مع النظام العام الدولي بمفهومه الوطني، إلا أنه من غير المتصور عملاً أن يضع القاضي الوطني في اعتباره هذه الفكرة، إذ إن الأمر هنا يتعلق إما بمبدأ النظام العام المشترك الذي يُشكل أيضاً النظام العام الدولي في دولة القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون القاضي الوطني في احتياج للجوء إلى فكرة النظام العام المشترك، وإما أن يكون مبدأ النظام العام المشترك متعارضاً مع التشريع في دولة القاضي، وفي هذه الحالة سوف لا يستطيع القاضي الوطني رفض تطبيق القانون الأجنبي أو المصدر الدولي للقانون المخالف دون أن يعتدي على قانونه المناسب *sa propre loi*. وبالتالي فإن القاضي الذي يفصل في نزاع دولي ينبغي اعتباره مكلفاً باستيعاب النظام القانوني الدولي، ونتيجة لذلك، يتحرر من مقتضيات نظامه القانوني، ومن

(١) انظر :

P. Lalive, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, art.préc., p.330.

(٢) انظر :

B. Goldman, note sous Paris 3^e ch, 19 mars 1965, Bakalian et Hadjithomas c/ Banque Ottomane, JDI 1965., p.117., spéc, p.137.

ثم يكون غير ملتزم به. ولكن هذا الازدواج الوظيفي *dédoublement fonctionnel* سيكون مخالفاً بطبيعة الحال لطبيعة وظيفته".

ومن ناحية أخرى : فقد نازع الفقيه Mayer^(١) في وجود هذه الفكرة من الأساس، مستنداً في ذلك إلى غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي شريعة *for*، ومن ثم يكون الضمير الفردي للمحكم *la conscience individuelle de l'arbitre* هو المصدر الوحيد للقاعدة الأخلاقية *règle morale*. فضلاً عن ذلك، فإن فكرة النظام العام عبر الدولي تقوم في مجموعها على ادعاء كاذب، وآية ذلك عدم وجود أية قاعدة مقررة بواسطة الأنظمة القانونية في آن واحد. علاوة على أن غياب الإجماع يعد بمثابة عقبة لقبول تلك الفكرة.

وقد شاطر الفقيه Heuzé الرأي الذي قال به الفقيه Mayer، إذ يذهب إلى أن : المحكم الذي لا يملك شريعة، لا يفصل في النزاع لحساب أي نظام قانوني وطني أو دولي أو عبر دولي؛ فهو لا يستمد سلطته إلا من الإرادة المشتركة للأطراف. وبالتالي لا يعد حارساً لأي نظام قانوني، فهو لا يمثل إلا نفسه، ومن ثم لا يستطيع – على أثر ذلك – إلا أن يستند إلى القيم الأخلاقية الخاصة به، لا على زعم النظام العام عبر الدولي^(٢).

وقد ناصرت بعض الأحكام القضائية الاتجاه المناهض لفكرة النظام العام عبر الدولي؛ ففي حكمها الصادر في قضية *Banque Ottomane* بتاريخ ١٩ من مارس ١٩٦٥ رفضت محكمة استئناف باريس إعطاء أية آثار للادعاء القائل بأن النظام العام الدولي أعلى من كل القوانين الوطنية، واعتبرت وجوده مسألة غير معترف بها بواسطة أي قانون وضعي، وبخاصة، القانون الفرنسي^(٣).

(١) انظر :

P. Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, in *Études offertes à P. Bellet*, Litec 1991., p.379., spéc, pp.393 et s.

(٢) راجع :

V. Heuzé, La morale, l'arbitre et le juge, *Rev.arb.* 1993., p.179., spéc, p.189.

(٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" L'existence de principes d'un prétendu ordre public international, supérieur à toutes les lois internes n'est reconnue par aucun droit positif, et particulièrement par le droit français ".

préc, *supra*, p.660., note (2).

وعلى أية حال – ودون الدخول في تفاصيل هذا الخلاف لخروجه عن نطاق البحث الأساسي – إذا كان المحكم الدولي لا يلتزم – وفقاً لرأي بعض الفقهاء – إلا بمراعاة النظام العام الدولي بمعناه الحقيقي، فإن النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي سوف يظل عقبة أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. وبالتالي ينبغي على المحكم لكي يضمن تحقيق الفاعلية اللازمة للأحكام الصادرة عنه أن يحرص على عدم مخالفتها للنظام العام في الدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها^(١).

وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من يناير عام ١٩٩٣، إذ قضت بالآتي : " إن محكمة التحكيم قد قدرت – وبحق – أنه بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي، فإن قبول مبدأ الفاعلية بقوة القانون للحكم الأجنبي فيما يتعلق بتعيين وكيل التفليسة يكون من شأنه المساس بالنظام العام الدولي الفرنسي " ^(٢).

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس^(٣)، ومن ذلك : الحكم الصادر عام ١٩٩٠^(٤) والذي جاء فيه أن : " المادة ٢٦ [من قواعد غرفة التجارة الدولية القديمة والتي أحلت محلها المادة ٣٥] لا تفرض على المحكم – من أجل الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – أن يتحقق فقط من خلال الاتفاق المطبق من أن الحكم لم يخالف بعض القواعد الإجرائية الآمرة في

(١) انظر في القرب من هذا المعنى :

- Y. Derains, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.67., spéc, p.70.
- B. Hanotiau, art.préc., p.917.

(٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" Un tribunal arbitral a, à bon droit, estimé qu'au regard des règles de droit international privé français, admettre l'efficacité de plein droit d'un jugement étranger en ce qu'il a désigné le Syndic de faillite serait de nature à porter atteinte à l'ordre public international français ".

Paris 1^{re} ch.c, 12 janvier 1993, République de Côte-d'Ivoire et autre c/ sté Norbert Beyrard, Rev.arb. 1994., p.685., note P. Mayer p.615.

(٣) انظر على سبيل المثال :

Sentence CCI n° 3281, 1981, JDI 1982., p.990., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 4131, 1982, JDI 1983., p.899., obs. Y. Derains.

(٤) Sentence CCI n° 6697, 26 décembre 1990, sté Casa c/ sté Cambior, Rev.arb. 1992, p.135., note P. Ancel.

دولة التنفيذ المعنية كضرورة تسبب أو إيداع حكم التحكيم، ولكن تفرض عليه أيضاً التحقق من عدم اصطدام هذا الحكم مع النظام العام الدولي في بلد التنفيذ، وبخاصة مع قوانين البوليس " (١).

صفوة القول أن سلطة المحكم الطليق لا تعد سلطة مطلقة، بل مقيدة بعدة اعتبارات، أهمها احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام للقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع، علاوة على ضرورة احترامه – كما سبق أن أشرنا – للمبادئ الأساسية في التقاضي لا سيما مبدأي حق الدفاع والمواجهة (٢)، وتسبب حكم التحكيم (٣)، واحترام الشروط الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف (٤).

وإذا كانت الشريعة العامة للتحكيم في كافة الدول محل الدراسة قد أجازت لطرفي التحكيم الاتفاق على منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف على التفصيل السابق بيانه، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد : هل من الملائم الأخذ بفكرة التحكيم الطليق بصدد المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، بحيث يجوز للمحكم تسوية هذه المنازعات بما يراه محققاً للعدالة وما يمليه عليه ضميره، مستبعداً قواعد القانون الإداري وثيقة الصلة بهذه العقود ؟ والإجابة على هذا التساؤل ستكون من خلال المبحث التالي.

(١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

" L'article 26 n'impose pas seulement à l'arbitre de s'assurer au travers de la convention applicable pour la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères que la sentence ne contreviendra pas à certaines règles de procédure impératives du lieu d'exécution concernant par exemple la nécessité de motiver ou de déposer la sentence mais aussi qu'elle ne heurtera pas l'ordre public international du pays d'exécution et en particulier les lois de police ".

Ibidem., spéc, p.141.

وانظر أيضاً بشأن الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والتي لم تحرص فيها على مراعاة قواعد النظام العام للدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها :

Sentence CCI n° 6106, 1988, Bull. CIA/CCI, novembre 1994., p.44.

Sentence CCI n° 6379, 1990, YB XVII 1992., p.212.

(٢) راجع ما سبق ص ٤٢٩ وما بعدها.

(٣) راجع ما سبق ص ٤٧٧ وما بعدها.

(٤) راجع ما سبق ص ٤٢٨.

المبحث الثاني

مدى ملائمة نقل فكرة التحكيم الطليق إلى التحكيم الإداري

أوضح السيد Bouffandeau رئيس دائرة المنازعات بمجلس الدولة الفرنسي - آنذاك - في الكلمة التي ألقاها عام ١٩٥١ بمناسبة التطورات الحديثة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي أن : " العمل الإنشائي للقضاء ينفذ من أجل أسباب تتعلق بالعدالة، وحتى نضمن الحفاظ على الحقوق الفردية للمواطنين " ^(١).

تلك المقولة تنفي تماماً ما يعتقده البعض من أن القانون الإداري لا يعرف كلمة العدالة التي تذكر دائماً في نصوص القانون المدني، وبأنها تحتل مكاناً ثانوياً في القانون العام ^(٢). ففكرة العدالة تعتبر الأساس الذي بنيت عليه أغلب نظريات القانون الإداري.

فمن المستقر والمتعارف عليه أن قواعد القانون الإداري في مجملها قواعد قضائية أرسى دعائمها قضاة أجلاء في مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر، وقد استنبط هؤلاء القضاة هذه القواعد من ضمير الجماعة وروح التشريع ومبادئ العدالة.

ولقد اعترف المشرع المصري، وكذلك قضاة الإداري ^(٣) بالدور الخلاق للقاضي الإداري في إنشاء مبادئ وقواعد القانون الإداري، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة ما نصه : " يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي

(١) انظر النص الأصلي لهذه الكلمة والوارد كالتالي :

" une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée pour des motifs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens ".

P. Bouffandeau, Allocution sur " progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'État ". prononcée à l'occasion du cent cinquantième du Conseil d'État, cité par M. Fouletier, Recherches sur l'équité en droit public français, préface de B. Pacteau, L.G.D.J. 2003., p.68.

(٢) انظر :

P. Frydman, Les considérations d'équité en droit administratif français, cité par A. Patrikios, op.cit., p.262.

(٣) انظر على سبيل المثال : حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ٢ من يونيو عام ١٩٥٦ في الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٢ ق.ع، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الأولى، العدد الثالث، من يونيو عام ١٩٥٦ إلى آخر سبتمبر ١٩٥٦، ص ٨٠٧.

كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن، وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهوداً شاقاً مضميناً في البحث والتحصيل والتأصيل ونظراً ثاقباً بصيراً باحتياجات المرافق العامة، للموائمة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة".

ويطلق على القواعد القضائية التي أنشأها القاضي الإداري مستلهماً أحكامها من مبادئ العدالة، المبادئ العامة للقانون. وقد وضعها إما لغياب النص التشريعي الذي يحكم المسألة المعروضة، وإما لسد النقص الذي يعتري بعض نصوص القانون التي تنظم موضوع معين من موضوعات القانون الإداري^(١).

ويمكن تقسيم المبادئ العامة للقانون التي وضعها القاضي الإداري مستلهماً أحكامها من مبادئ العدالة إلى نوعين^(٢) :

النوع الأول : المبادئ المتعلقة بالمساواة في الحقوق والواجبات بين الإدارة والأفراد، ومن أمثلة ذلك : نظرية الظروف الطارئة la théorie imprévision، ومبدأ المواجهة le principe du contradictoire، ونظرية الإثراء بلا سبب la théorie l'enrichissement sans cause.

النوع الثاني : قواعد المسؤولية الإدارية، ومن أمثلتها : مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تلحقها بالمواطنين بدون خطأ منها أو من موظفيها والمعروفة بالمسؤولية على أساس المخاطر، والمسؤولية الإدارية التي تبني فقط على اعتبارات المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء والتكاليف العامة.

(١) وفي هذا الإطار يذكر Braibant بأن :

" lorsque le juge administratif doit suppléer aux carences, aux insuffisances, aux lacunes de la loi, il se réfère à cette notion d'équité ".

G. Braibant, Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration, in Études en l'honneur de L. Homon, Economica 1982., p.99., spéc, p.100.

(٢) راجع للمزيد من التفاصيل :

M. Fouletier, op.cit., pp.69-78.

وبجانب القواعد القانونية التي شيدها القضاء الإداري على اعتبارات العدالة، فهناك مستوى آخر لتطبيق فكرة العدالة وصل إليه مجلس الدولة الفرنسي يتمثل في تفسير أو تأويل قواعد القانون المكتوبة بما يحقق العدالة. ومثال ذلك : حكم d'Aillières^(١)، وحكم Dame Lamotte^(٢)، والذي أجاز مجلس الدولة من خلالهما اللجوء إلى طرق الطعن المقررة قانوناً ضد بعض القرارات الصادرة عن السلطة الإدارية وبعض الأحكام الصادرة عن القضاء بالرغم من استبعاد ذلك بنصوص قانونية.

وبذلك تعد فكرة العدالة من المحاور الأساسية في القانون الإداري والأساس الذي بنيت عليه العديد من نظرياته. وبالرغم من الأحكام القليلة النادرة التي رفض فيها مجلس الدولة الفرنسي الاستناد إلى هذه الفكرة، وبخاصة في مجال رقابة المشروعية، ومن ذلك : حكمه الصادر في قضية Dame Monfort بتاريخ ٦ من يوليو عام ١٩٥٦، حيث رفض المجلس قبول الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد اللوائح التي تحمل نتائج غير عادلة للمستخدمين، وقرر أن الطلبات التي تؤسس فقط على عدم عدالة القرارات أو الأعمال الإدارية لا يمكن قبولها^(٣)، إلا أن هذه الفكرة ما زالت تؤدي حتى الآن دورها الهام في تشييد نظريات القانون الإداري.

وعلى هذا الأساس، ونتيجة لهذا المفهوم الهام لفكرة العدالة في مجال القانون الإداري، هل يجوز للمحكم المنوط به حسم منازعة متعلقة بعقد إداري أن يطرح جانباً قواعد القانون ويفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة كما يملئها عليه ضميره ؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل يرى الفقيه الفرنسي Vedel أن لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم لا يمكن أن يتولد عنه قبول

(١) مشار إليه سابقاً، ص ٥١٦ هامش (١).

(٢) راجع :

C.E., 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, in GAJA, op.cit., p.432.

(٣) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي :

" Cons. que le moyen tiré par la requérante du fait que l'exclusion, pour l'application de ladite loi, des services accomplis en qualité d'instituteur titulaire entraînerait des conséquences inéquitables pour les instituteurs remplaçants qui ont été auparavant instituteurs titulaires n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours en excès de pouvoir ".

C.E., 6 juillet 1956, Dame Monfort, Rec., p.296.

خضوعهم لفكرة التحكيم الطليق؛ وذلك لصعوبة تصور تخلي هيئات الأشخاص العامة التي تدار لحساب الجماعة عن إدارة مصالحها بطرحها جانباً قواعد القانون التي تحكم نشاطاتها^(١).

وقد لاقى هذا الرأي رواجاً لدى الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣ حول الطرق البديلة لحسم المنازعات في المواد الإدارية، إذ اقترحت مجموعة العمل في الباب المتعلق بالتحكيم ضرورة استبعاد أية إمكانية لتطبيق فكرة التحكيم الطليق المنصوص عليها في المادة ١٤٧٤ من قانون الإجراءات المدنية على منازعات العقود الإدارية لما تحمله من مخاطر لجهة الإدارة^(٢).

وعليه فإن الاتجاه السائد في فرنسا يميل إلى رفض تطبيق أسلوب التحكيم الطليق على منازعات العقود الإدارية، وذلك من منطلق صعوبة تصور تخلي الأشخاص المعنوية العامة عن قواعد القانون التي تحكم نشاطاتها. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الآثار الناجمة عن قبول تلك الفكرة تستلزم استبعادها كلية لما تحمله من مخاطر لجهة الإدارة.

وقد صور مفوض الحكومة Guillaume^(٣) تلك الحالة في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسي بشأن قضية A.R.E.A، حيث يقول مخاطباً مستشاري المجلس : " وفقاً لرأينا، يوجد اعتباران يعارضان بشدة تقبل فكرة العدالة؛ فمن ناحية أولى: إذا كان النزاع مثاراً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ويخضع بصفة استثنائية لاختصاص القاضي الإداري لتعلق الأمر بالمصلحة العامة والتي تفترض أن تحكمها مبادئ

(١) وفي هذا الإطار يذكر :

" On ne voit pas comment, sauf cas exceptionnel, on admettrait que les organes d'une personne publique qui gèrent, pour le compte d'une collectivité (.....) pourraient renoncer à ce que la gestion de ses intérêts fût soustraite à l'application du droit ".

G. Vedel, Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, art.préc., p.122.

(٢) ولقد وردت عبارات الاقتراح كالتالي :

" (...) la mission d'amiable compositeur prévue par l'article 1474 ne peut être retenue en matière administrative compte tenu des risques de << dérapage >> qu'elle comporte ".

Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.98.

(٣) راجع :

E. Guillaume, concl.préc., p.79.

القانون العام. ففي الواقعة المعروضة، قمنا بتكييف العقد المبرم بين A.R.E.A. et I.S.A. على أنه من عقود الأشغال العامة لتطبيق قانون الأشغال العامة عليه وإخراجه - على أثر ذلك - من إطار عقود المقولة التي تخضع للمادة ١٧٧٩ من القانون المدني، وبعد كل هذا الجهد نوافق على أن يفصل المحكمين وفقاً لقواعد العدالة وخارج قواعد القانون، هذا يعد بمنتهى البساطة بمثابة هدم للأسس التي قام عليها اختصاص القضاء الإداري. **ومن ناحية أخرى** : إذا أجزتم تطبيق فكرة العدالة، فإنكم بذلك تضعون أنفسكم بين شقي الرحي، فإما أن يقصر قاضي الاستئناف رقابته على قواعد النظام العام، وهذا أمر لا يستهان به، ولكنه يحد بشكل كبير من الرقابة القضائية، وإما أن توافقوا بدوركم على الفصل وفقاً لقواعد العدالة، فنحن لا نبحث عن أي مكسب في عام ١٩٨٩ لكي اقترح عليكم تكملة هذا التطور، فواجبكم تطبيق القانون، وإذا كانت روح العدالة يمكن أن توشي لكم بأحكام على غرار أحكام سليمان [عليه السلام]، إلا أنكم تركتم دائماً قواعد العدل والإنصاف " ^(١).

ويستطرد قائلاً : " إذا كانت المادة ١٤٨٣ من قانون الإجراءات المدنية قد نصت على أن القاضي يفصل في النزاع كمحكم طليق إذا منح هذه المهمة. غير أن هذه القاعدة لا يمكن عقلاً أن تنتقل إلى القانون العام، ولا يمكن الاحتجاج على ذلك بأن التحكيم سوف يفقد أهميته في القانون

^(١) وفي هذا الصدد يذكر :

" A notre avis, deux considérations s'opposent puissamment à ce que l'on accepte l'équité. 1) Si un litige entre deux personnes privées peut à titre exceptionnel êtres soumis au juge administratif comme dans le cas d'aujourd'hui, c'est parce que l'on a jugé que l'intérêt général imposait de le soumettre aux principes du droit public. En l'espèce on qualifie le contrat d'A.R.E.A. et d'I.S.A. de marché de travaux publics pour lui appliquer le droit des travaux publics et le soustraire au régime du contrat d'entreprise (ou louage d'ouvrage) de l'article 1779 code civil. Admettre, après ce bel effort, que des arbitres jugent le contentieux contractuel en équité, donc hors du droit, c'est tout bonnement saper les fondements de la compétence administrative. (...) . 2) en second lieu si vous admettez l'équité vous serez pris dans le dilemme suivant: ou le juge d'appel borne son contrôle aux règles d'ordre public, ce qui n'est pas rien mais limite sensiblement le contrôle juridictionnel, ou vous acceptez de statuer en équité à votre tour; nous ne chercherons pas à profiter de l'année 1989 pour vous suggérer d'accomplir cette révolution. Votre tâche est de dire le droit. L'esprit de justice peut vous inspirer des jugements de Salomon mais vous avez toujours laissé à d'autres l'<< ex aequo et bono >> ".
Ibidem.

الإداري، إذ إنه يمكن أن يحتفظ بمميزاته المتمثلة في سرعة وسرية الإجراءات عن طريق تخويل هذه المهمة إلى متمرسين ذوي خبرة في مجال قانون الأشغال العامة " (١).

وهكذا تفصح العبارات الواردة في تقرير مفوض الحكومة Guillaume عن رفض كل إمكانية لخضوع العقود الإدارية لفكرة التحكيم الطليق على اعتبار أن القاضي الإداري ملزم دائماً بأن يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون وليس بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف. غير أن هذا الرأي غير مطابق تماماً للواقع؛ ذلك أن فكرة العدالة – كما سبق أن بينا – لم تستبعد تماماً من القانون الإداري، بل تعتبر الأساس الذي بنيت عليه معظم نظرياته، مما يترتب على ذلك صعوبة وضع أساسي نظري يعارض تطبيق أسلوب التحكيم الطليق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، خاصة أن المحكم الطليق لا يُعفى من الالتزام بقواعد النظام العام كما سبق أن أوضحنا.

وهذا ما عبر عنه الفقيه Auby بقوله : " إن شرط التحكيم الطليق المنصوص عليه في المادة ١٠١٩ من قانون الإجراءات المدنية [حالياً المادة ١٤٧٤] والذي لا ينطبق حكمه إلا على التحكيم الإداري الذي يجد مرجعيته في نصوص هذا القانون [الاستثناء المتعلق بعقود الأشغال العامة] يمكن أن نقر بشرعيته، غير أن مداه يتحدد بقواعد النظام العام التي تتواجد بكثرة في المواد الإدارية عنها في العلاقات الخاضعة للقانون الخاص " (٢).

(١) وفي هذا الصدد يذكر :

" l'article 1483 du nouveau code de procédure civile dispose que le juge statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission. Mais cette règle ne peut raisonnablement pas être transposée en droit public. L'arbitrage ne perd pas pour autant son intérêt en droit administratif : il peut être confié à des praticiens avertis du droit des marchés publics et conserve une utilité tenant à la rapidité et à la discrétion de la procédure ".

Ibidem.

(٢) وفي هذا الصدد يذكر :

" Le compromis, dans le cas où il doit être établie, peut-il contenir une clause d'amiable composition comme le prévoit l'article 1019 du Code Procédure civile ? Cette hypothèse étant celle dans laquelle les textes administratifs se réfèrent au Code, on peut admettre la validité de cette clause. Cependant sa portée est destinée à rester limitée : on admet en effet en droit privé que l'amiable compositeur ne peut déroger aux règles d'ordre public : or, ces règles sont plus nombreuses en matière administrative que dans relations privées ".

J.-M. Auby, l'arbitrage en matière administrative, art.préc., p.87.

وعلى هذا الأساس، إذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام قواعد النظام العام، وأن القانون الإداري لا يعارض تطبيق فكرة العدالة، بل إنها تعتبر الأساس الذي بنيت عليه العديد من نظرياته. وبالتالي لا تصطدم هذه الفكرة بمبادئ القانون العام، فإنه يترتب على ذلك نتيجة منطقية مفادها انعدام أي أساس نظري يعارض تطبيق أسلوب التحكيم الطليق على منازعات العقود الإدارية، بيد أنه يتعين – من وجهة نظرنا – استبعاد تلك الفكرة كلياً من التحكيم الإداري، لا على أساس اعتبارات نظرية، وإنما على أساس اعتبارات الملاءمة، لجملة أسباب نعرضها على النحو التالي :

أولاً : إن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم الطليق تكمن في إعفاء المحكم من الالتزام بأحكام القانون، والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة كما يملئها عليه ضميره. كما يخوله سلطة تفسير نصوص العقد والتخفيف من تبعات بعض الشروط التعاقدية. وبالتالي إذا ترك للمحكم حرية تفسير نصوص العقد الإداري والقواعد القانونية التي تحكمه، فإن قراره الصادر في هذا الشأن سوف ينطوي على نوع من المباغته للإدارة، هي في غني عنها.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فهناك من العقود الإدارية كعقود امتياز المرفق العام *La concession de service public* تتضمن نوعين من الشروط؛ الأولى : شروط تعاقدية *contractuelles* وهي التي تكون متعلقة بالمزايا المادية والمالية الممنوحة للملتزم مثل مدة الالتزام، وضمان حد أدنى من الربح، وتقديم إعانات، وتخضع هذه الشروط – كقاعدة عامة – لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. والنوع الثاني : شروط لائحية *réglementaires* وهي التي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام مثل تحديد طريقة الاستغلال، وقوائم الأسعار، وشروط الانتفاع، والضمانات المقررة للمنتفعين بالمرفق. وهذه الشروط تملك الإدارة مانحة الالتزام حق تعديلها بإرادتها المنفردة تبعاً لمقتضيات الصالح العام، وذلك لقاء تعويض الملتزم تعويضاً عادلاً. وبالتالي فإذا أُجيز للمحكم – على سبيل التجاوز – تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية، فهل يمكن الاعتراف له بهذه السلطة بالنسبة للشروط اللائحية !؟

ثانياً : تتعلق أغلب المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية بمسائل قانونية بحثه تتعلق بحق الإدارة في ممارسة السلطات والامتيازات الممنوحة لها بواسطة القوانين واللوائح ابتغاء تحقيق المصلحة العامة، ومن المستقر عليه أن هذه السلطات والامتيازات لا يمكن التخلي عنها مقدماً

تتعلق الأمر بالنظام العام. لذا فإنه يكون من الأفضل حل هذه المنازعات من خلال البحث المطابق لقواعد القانون وليس استناداً إلى قواعد العدالة والإنصاف.

ثالثاً : إن نظريات القانون الإداري، وبخاصة تلك المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد، غنية بتطبيقات عملية لفكرة العدالة على العقود الإدارية. وبالتالي ليس هناك حاجة ملحة لإدخال فكرة التحكيم الطليق بصدد المنازعات التي تثيرها هذه العقود، إذ إن المحكم يستطيع – بمنتهى البساطة – أن يستند إلى أحد من هذه النظريات لحماية الطرف المتعاقد مع الإدارة من الإجراءات التي تتخذها والتي من شأنها زيادة الأعباء المالية له.

رابعاً : إن إطلاق الحرية للمحكم في الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف وما يرضي ضميره، ينتج عنه اعتباره أنه يقوم بعمل إنشائي خلاق ^(١) تماماً كما يفعل القاضي الإداري إزاء المنازعات التي تعرض أمامه، إلا أن هذه السلطة لا يمكن الاعتراف بها للمحكم، إذ إن سلطته إزاء المنازعات الإدارية – كما يقرر الفقيه Gaudemet وبحق – لا يمكن أن تتماثل مع سلطة القاضي الإداري بحيث تصل إلى حد إنشاء قواعد قانونية جديدة ^(٢).

خامساً : إن غالبية تشريعات الدول محل الدراسة قد جعلت من طريق الطعن بالبطلان الطريق الوحيد لمراجعة الأحكام الصادرة عن المحكم سواء كان محكماً بالقانون أو محكماً طليقاً. وبطبيعة الحال، فإن القضاء سوف لا يجري رقابة فعالة على الأحكام الصادرة في ظل التحكيم

(١) انظر في القرب من هذا المعنى : د. مختار بريري ، المرجع السابق، ص ١٤٠، إذ يذكر : " والقاسم المشترك بين هذه النصوص هو تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيّاً كان مصدرها ليجري نوعاً من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهماً ما يراه محققاً للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل << إنشائي >> خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه (.....) طالما أنه حقق المساواة، وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم ".

(٢) وفي هذا الصدد يذكر :

" D'autres questions encore se posent; celle par exemple de l'étendue des pouvoirs de l'arbitre statuant en matière administrative; a-t-il, comme le juge administratif qu'il remplace, la possibilité, non seulement d'appliquer le droit, mais aussi d'œuvrer à l'évolution de celui-ci. **La jurisprudence, chacun le sait, est à la base du droit administratif. Mais on peut douter que l'arbitre dispose à cet égard du même pouvoir créateur que le juge** ".

Y. Gaudemet, in A. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, op.cit., p.XIX.

الطلاق نظراً لورود أسباب الطعن بالبطلان على سبيل الحصر وليس من بينها مسخ المحكم للعقد أو الانحراف في تفسيره.

أخيراً : إذا رغبت الإدارة في حل نزاعها وفقاً لقواعد العدالة، فهناك طرق أخرى غير قضائية يمكن أن تؤدي إلى ذلك ولا تتطوي على عنصر المباغطة، مثل التوفيق أو التسوية الودية والصلح^(١).

ومما يدعم هذا الرأي الذي انتهيت إليه ما ورد في التقرير الصادر عام ٢٠٠٧ بشأن قانون التحكيم في المواد الإدارية المزمع إصداره في فرنسا. حيث انتهت مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص هذا القانون ووضع التصور النهائي له إلى رفض كل إمكانية لتطبيق أسلوب التحكيم الطلاق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وقد استندت في ذلك إلى أمرين؛ الأول : ما تتطوي عليه فكرة التحكيم الطلاق من مخاطر لجهة الإدارة، والأمر الثاني : تعلق قواعد القانون الإداري واجبة التطبيق على دعاوى أشخاص القانون العام بالنظام العام^(٢).

وبذلك ينتهي هذا الباب والذي خصص لبحث التنظيم الموضوعي للتحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية. وبالتالي نختتم هذه الدراسة، إجمالاً، راجين الله عز وجل أن تكون بمثابة لبنة في بناء عملية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(١) انظر في هذا المعنى :

A. Courrèges, C. Verot, art.préc., p.491.

(٢) ولقد وردت عبارات التقرير كالتالي :

" Le groupe de travail propose, de façon unanime, d'exclure la possibilité de l'amiable composition pour les litiges intéressant les personnes publiques. Il lui est apparu difficile de soustraire la résolution de ce type de litige, et par suite l'action des personnes morales de droit public, à l'application de la règle de droit, qui, de manière générale, est d'ordre public pour ces personnes. Au surplus, il a relevé que le recours à la clause de l'amiable composition comportait le risque de rendre, pour les parties (....) ".

Le Rapport, n° 2.3.2.

الخاتمة

تناولت تلك الدراسة التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية في كل من القانون الفرنسي والقانون المصري وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي. ولقد تناولت في سبيل ذلك العديد من الموضوعات بدأتها بالحديث عن المعيار المميز للعقود الإدارية والتعريف بأهم صور هذه العقود وذلك في باب تمهيدي.

وفي القسم الأول وعنوانه التحكيم ومدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية له تناولت فيه موضوعين؛ الأول : ماهية التحكيم من حيث تعريفه وبيان جذوره التاريخية عند العرب وفي فرنسا، وتحديد طبيعته القانونية، وأنواعه، وتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له، وذلك في باب أول.

والثاني : وخصصت له الباب الثاني وفيه تناولت الإشكالية التي ثارت بشأن خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية لمجال التحكيم الداخلي، وضع هذه الإشكالية بالنسبة للعقود الإدارية المبرمة على الصعيد الدولي.

وبعد أن استعرضت اتجاهات الدول محل الدراسة وأوضحت اختلاف مذاهبهم بشأن تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية، تبين أن القاسم المشترك بين هذه الدول هو غياب التشريع المستقل الذي ينظم الجانب الإجرائي والموضوعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بالرغم من تباين القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص.

وهذا ما دفعني في القسم الثاني من هذه الدراسة إلى محاولة البحث عن تنظيم متفرد للتحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية تكون قاعدته القواعد القانونية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم.

وفي سبيل ذلك قسمت الدراسة في هذا القسم إلى بابين، تناولت في الأول منه التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، بداية من مرحلة تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعات العقود الإدارية، ومروراً بإجراءات سير خصومة التحكيم وانتهاءً بمرحلة صدور حكم

التحكيم والإجراءات المتبعة لتنفيذه والصعوبات التي تعترض تنفيذه إذا كان صادراً ضد الإدارة والحلول التي وضعها القانون الوضعي لاسيما الفرنسي لإزالة هذه الصعوبات.

وبحثت في الباب الثاني التنظيم الموضوعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث درست في الفصل الأول القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال ثلاثة محاور؛ المحور الأول : دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع والدور الاحتياطي للمحكم في اختيار هذا القانون. والمحور الثاني : تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والمحاولات الرامية إلى استبعاده، أو الحد من نطاقه بواسطة شروط الثبات التشريعي أو شرط ثبات العقد. والمحور الثالث : خضوع العقود الإدارية لقواعد قانونية غير منتمة للنظام القانوني للدولة المتعاقدة كالقانون الدولي العام والقواعد عبر الدولية وبيننا عدم صلاحية هذه القواعد للتطبيق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وعرضت في الفصل الثاني لفكرة التحكيم الطليق، والتي يطلق عليها التحكيم بالصلح، أو التحكيم بالعدالة، والتي تعني قيام المحكم باستبعاد قواعد القانون والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدل والإنصاف، وبيننا عدم ملائمة تلك الفكرة للتطبيق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وقد أسفرت هذه الدراسة على بعض النتائج والتوصيات نعرضها على النحو التالي :

أولاً : النتائج التي تم التوصل إليها

١ - يمثل التحكيم قضاءً خاصاً بموجبه تسلب المنازعات من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص خاصة يعهد إليهم بممارسة وظيفة قضائية.

٢ - يعد التحكيم عقداً في أساسه، وقضاءً في وظيفته؛ أي نظام مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية، وتتمثل العناصر العقدية في اتفاق التحكيم الذي يعتبر مظهراً لإرادة الأطراف، ويخضع لما تخضع له العقود من أحكام من حيث إجراءاته وبطلانه، وتتمثل العناصر القضائية في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وما يصدر عنه من أحكام.

٣- يتميز التحكيم ببعض الخصائص التي تباعد بينه وبين غيره من الأنظمة القانونية الأخرى والتي قد تتشابه معه، مثل الصلح والتوفيق والخبرة. وهذا ما يؤكد استقلاله وخصوصيته.

٤- لا يتخذ التحكيم في الواقع العملي شكلاً واحداً، وإنما ينقسم إلى أنواع وأشكال مختلفة، فهو ينقسم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى التحكيم الطليق والتحكيم بالقانون، ومن حيث تنظيمه وإدارته إلى تحكيم الحالات الخاصة والتحكيم المؤسسي، على أن أهم تقسيماته تلك التي تميز بين التحكيم الوطني والدولي، وبين التحكيم الاختياري والإجباري.

٥- إن العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي ليست عقوداً خاصة على إطلاقها، وإنما يمكن خلع الصفة الإدارية عليها حال اشتغالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية، على اعتبار أن الدولة تقوم بصنفين من الأنشطة؛ أنشطة مرتبطة بممارسة السيادة *Jur imperii*، وأخرى ذات صبغة صناعية وتجارية *Jur gestionis* تتمثل في إدارة مشاريع أو أعمال تجارية.

غير أن العقبة الوحيدة التي يمكن أن تشكل عائقاً أمام تطور فكرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هي اختلاف الأنظمة القانونية بين الدول، وأية ذلك أن الدول التي تنتمي إلى النظام الانجلوسكسوني تجهل التفرقة بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الدول التي تنتمي إلى النظام اللاتيني والتي تقر بهذه التفرقة قد اختلفت فيما بينها بشأن المعيار الموضوعي في تمييز العقد الإداري. وهذا ما سوف ينعكس بطبيعة الحال على تحديد المعيار المميز للعقد الإداري ذو الطابع الدولي.

وإذا كان القضاء الإداري، وبخاصة الفرنسي قد رفض في العديد من أحكامه التسليم بوجود فكرة العقد الإداري الدولي، إلا أننا نأمل أن يطور قضاؤه بشأن هذه المسألة ويقر بوجود هذه الفكرة، حتى لا يكون بمعزل عن التطورات الحاصلة على الصعيد الدولي والتي نتج عنها دخول الأشخاص المعنوية العامة في علاقات تعاقدية مع الأشخاص الأجنبية وتداخل العناصر الأجنبية في العقود الإدارية.

٦- إن اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية له قيمة تشريعية لا دستورية، وبالتالي لا توجد ثمة عقبات دستورية تحول بين تقرير خضوع هذه المنازعات للتحكيم.

وعلى هذا الأساس فإن توسيع نطاق التحكيم الداخلي يعتمد على الإرادة الصريحة للمشرع، وبدون هذه الإرادة لا يمكن للإدارة أن تتصل من القواعد التي تحدد الاختصاص القضائي الوطني عن طريق إخضاع منازعاتها الإدارية، ومنها ذات الطبيعة التعاقدية للتحكيم، لتعلق الأمر بالنظام العام الداخلي. أما بالنسبة للتحكيم الدولي، فقد استقر القضاء العادي وقضاء التحكيم على أنه لا يجوز للإدارة أن تتذرع بمخالفة أحكام قانونها الوطني للتصل من اتفاق تحكيم سبق وأن ارتضته.

٧- لقد اختلفت مواقف الدول محل الدراسة وتباينت اتجاهاتها بشأن تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية الوطنية، حيث تبنى جانباً منها موقفاً متحرراً يقوم على السماح المطلق بالالتجاء إلى التحكيم في كافة منازعات العقود الإدارية مع وضع بعض القيود الإجرائية في هذا الشأن تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة جهة معينة قبل الاتفاق على التحكيم، وقد جسد هذا الاتجاه المشرع المصري والسعودي والقطري، وفي الطريق إلى ذلك دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث انتهت وزارة الاقتصاد الإماراتية من إعداد مشروع قانون اتحادي حول التحكيم وتنفيذ قرارات التحكيم، وقد نصت المادة الثانية منه على أنه : " وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع وزيراً ويجوز التفويض في ذلك " (١).

وبالمقابل، فقد أخذ الجانب الآخر وعلى رأسه النظام الفرنسي موقفاً متشدداً، حيث تبنى مبدأ عاماً قوامه حظر الالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات الإدارية بما فيها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وذلك باستثناء الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم لحسم بعض أصناف من منازعات العقود الإدارية.

(١) مشار إليها عند : عبد الله حمد عمران الشامسي : التحكيم في المنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٧ ، تحت إشراف أ.د/ جابر جاد نصار ، ص ٧٣ .

وقد طبق القضاء، سواء الإداري أو العادي، هذا المبدأ تطبيقاً جامداً، وهذا ما لاحظناه من خلال اتجاه مجلس الدولة الفرنسي نحو إخضاع المقاطعات لهذا المبدأ بالرغم من أنها لم تكن مذكورة ضمن الأشخاص المعنوية العامة المحظور عليهم اللجوء إلى التحكيم في نص المادتين (٨٣ ، ١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية القديم، فضلاً عن تقريره عدم مشروعية لجوء المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري للتحكيم بالرغم من عدم وجودها وقت وضع قانون الإجراءات المدنية القديم، علاوة على اختلاف نظامها القانوني الذي يتسم بالطابع الخاص مع ذلك الذي تتمتع به المؤسسات العامة الإدارية.

٨- بالرغم من أن القضاء العادي الفرنسي قد عمل من جانبه على الخروج عن قاعدة الحظر التي تبناها مشرعه في القانون الداخلي، وذلك عن طريق ابتداعه لقاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية التي تجريها الأشخاص العامة، واستقلال هذا الاتفاق عن حكم أي قانون داخلي، إلا أن إشكالية خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي سوف تظل قائمة، وذلك إذا ما عرض الأمر على القضاء الإداري، نظراً لرفض هذا القضاء لمبدأ التحكيم الداخلي والدولي على السواء في المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية طالما لا يوجد نص تشريعي صريح يجيز ذلك.

٩- إن النظرة العدائية التي ينظرها القانون الفرنسي للتحكيم في سبيلها للانحدار، وذلك نتيجة التطورات التي طرأت على الحياة القانونية هناك. وقد تمثلت هذه التطورات في إصدار المشرع العديد من القوانين التي أجاز بموجبها للأشخاص المعنوية العامة الخروج عن قاعدة حظر اللجوء إلى التحكيم، أهمها المرسوم رقم ٢٠٠٤ - ٥٥٩ الصادر بتاريخ ١٧ من يونيو عام ٢٠٠٤ الخاص بعقد الشراكة، والذي تمت المصادقة عليه بواسطة المادة ٧٨ من القانون رقم ٢٠٠٤ - ١٣٤٣ الصادر بتاريخ ٩ من ديسمبر عام ٢٠٠٤. ففي هذا القانون لم يعمل المشرع الفرنسي فقط على توسيع الطريق أمام التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة، وإنما نص على ضرورة تضمين هذا العقد شرط تحكيم. وبالتالي فإن السلطات العامة سوف تمارس ضغوطات على الأطراف الأخرى في التعاقد لإجبارهم على إدراج بند في صلب اتفاقاتهم يتعلق بحل النزاعات الناشئة عن عقد الشراكة بطريق التحكيم.

واكتملت هذه التطورات في عام ٢٠٠٧، وتحديدًا في ٢٧ من مارس عام ٢٠٠٧، حيث صدر تقرير مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص المشروع التمهيدي للقانون الخاص بالتحكيم في المجال الإداري ووضع التصور النهائي له. فقد انتهت مجموعة العمل إلى ضرورة إفساح مجال التحكيم أمام كافة الأشخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم التعاقدية، حتى لو كانت مثارة فيما بينهم، سواء كان ذلك عبر شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، وذلك باستثناء المنازعات المتعلقة بعقود إيجار الخدمات.

١٠- إن التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يفتقد إلى التشريع المستقل الذي ينظم الجانب الإجرائي والموضوعي له، وقد ترتب على ذلك أن أضحت منازعات العقود الإدارية تسيطر عليها قواعد القانون الخاص الواردة في الشريعة العامة للتحكيم والتي وضعت في الأصل لحكم علاقات الفرد بالفرد.

ثانياً : التوصيات

نرى أنه من الأهمية الآن صدور تشريع مستقل ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على أن يستلهم أحكامه من قانون التحكيم الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، ويراعى فيه الآتي :

١- الأخذ بالاتجاه الأخير الذي وضعته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها الصادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ٥ من إبريل عام ٢٠٠٦ والذي مفاده حظر الالتجاء إلى التحكيم في المنازعات التي تثور بين الأشخاص العامة المنصوص عليهم في المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة، والتي تختص الجمعية العمومية وحدها بإبداء الرأي مسبباً فيها، لعدم وجود أية حكمة أو داع للجوء إلى التحكيم بصدد هذه المنازعات، وتطبيقاً لقاعدة حسن التصرف في الأموال العامة.

٢- تقنين المبدأ الذي وضعته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في قضية ماليكورب ليمتد بتاريخ ١٩ من فبراير عام ٢٠٠٦ والذي مفاده جواز تعرض القضاء الوطني لفحص مشروعية اتفاق التحكيم في حالة ما إذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان.

٣- الإبقاء على ما تضمنه قانون التحكيم من اشتراط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، على أن يتم اقتصارها على العقود الإدارية الداخلية، وتقرير البطلان على عدم تحققها. أما بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي فيكون الاتفاق على التحكيم بموافقة مجلس الوزراء بعد أخذ رأي الوزير المختص، مع عدم جواز التفويض في ذلك، لتعلق هذه العقود - غالباً - بالمصلحة العليا للدولة وأمنها القومي^(١).

٤- استبعاد التشكيل الفردي والأخذ بالتشكيل الجماعي لهيئة التحكيم، لتوافق ذلك مع روح القانون الإداري، بحيث يلزم أن تشكل هيئة التحكيم بأكثر من محكم؛ ثلاثة على الأقل وأن يكون عددهم وتراً.

ونرى أنه لا مانع من نقل الأحكام الواردة في قانون التحكيم والمتعلقة بالشروط والمواصفات التي يتعين توافرها في المحكم، وكذلك إجراءات تعيينه، وكيفية وشروط تدخل القضاء الوطني بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، على أن يراعى الآتي :

- حظر تعيين محكمين أجانب في منازعات العقود الإدارية الداخلية، مع جواز ذلك بالنسبة للعقود ذات الطابع الدولي.

- اشتراط أن يكون من بين أعضاء هيئة التحكيم رجل قانون تنعقد له رئاسة الهيئة.

- إلزام المحكم عند قبوله لمهمته بأن يفصح كتابة عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده، مع استمرار هذا الإلزام طوال فترة إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم.

٥- حظر تعرض هيئة التحكيم لفحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد واعتبارها من المسائل الأولية التي ينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء الإداري.

(١) انظر في القرب من هذا المعنى : د. جابر جاد نصار، إذ يرى سيادته أن اشتراط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة قد تكون كافية بالنسبة لبعض العقود الإدارية، ولكنها لا تعد كذلك بالنسبة لبعض العقود الإدارية الأخرى التي تتصل بالمصالح العليا للدولة والتي تتطلب ضرورة موافقة مجلس الوزراء لدواعي الحيرة والحذر ولضبط ممارسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ويضرب أمثلة لهذه العقود، بالعقود التي تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعية وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا.

راجع : مرجعه السابق بعنوان التحكيم في العقود الإدارية، ص ١٠٨.

٦- إلزام المحكم بتسبيب كل الأحكام الصادرة عنه سواء كانت منهيّة للخصومة كلها أو بعضها أو صادرة في شق من الطلبات أو كانت مستعجلة، وتقرير البطلان على عدم تحقق ذلك.

٧- الإبقاء على حظر الطعن بالاستئناف ولكن مع منح الأطراف حق الاتفاق عليه، والأخذ بطريق الطعن بالبطلان على النحو المقرر في قانون التحكيم، مع إضافة الطعن بطريق التماس إعادة النظر على أن يتم قصره على الحالات التي يكون حكم التحكيم فيها مبنياً على غش، أو أدلة إثبات ثبت تزويرها، أو لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل في الخصومة، واستبعاد ما عدا ذلك من حالات الالتماس المقررة في المادة ٢٤١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية لأنها تعد من حالات دعوى البطلان.

٨- تقصير ميعاد رفع دعوى البطلان إلى ٦٠ يوماً تبدأ إما من تاريخ صدور الحكم إذا كان حضورياً، وإما من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه إذا كان غائباً.

٩- إعطاء الخصوم حق الاتفاق على منح القاضي المختص بنظر دعوى البطلان سلطة الفصل في موضوع النزاع إذا قضى ببطلان حكم التحكيم توكفاً لما تم إنفاقه من مصروفات وما تم استهلاكه من وقت وجهد طوال فترة عملية التحكيم.

١٠- ضرورة تعديل نص المادة ٢/٣٩ من قانون التحكيم فيما تضمنته من منح هيئة التحكيم سلطة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب إرادة الأطراف، بحيث يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الذي يتعين إعماله حال عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق.

كما يلزم إعادة النظر في المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم فيما تضمنته من إلزام هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع بضرورة مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة، وذلك لعدم صلاحية تطبيق هذه الأعراف على منازعات العقود الإدارية.

وفي هذا الإطار ينبغي أيضاً استبعاد تطبيق أسلوب التحكيم الطليق المنصوص عليه في المادة ٤/٣٩ من قانون التحكيم، وذلك لعدم ملائمة مع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

١١ - إسناد الاختصاص بنظر كافة مسائل التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لمحاكم مجلس الدولة، بحيث ينعقد الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع والتي يقع ضمن نطاقها مكان عمل هيئة التحكيم، وذلك إذا ما تعلق الأمر بالعقود الإدارية الداخلية. ومنح هذا الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة أو أية محكمة أخرى يتفق عليها الأطراف إذا تعلق الأمر بالعقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

واستكمالاً لما تقدم، ينبغي على المشرع العمل على تحقيق الفاعلية اللازمة لتنفيذ أحكام التحكيم، وذلك لا يتسنى إلا عن طريق إصدار قانون يقرر إمكانية تدخل القاضي الإداري لكي يكفل تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة ومنها أحكام التحكيم الإداري.

ونود أن نشير في النهاية إلى عدة أمور هامة يتعين على جهة الإدارة أن تضعها في اعتبارها وهي بصدد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

الأمر الأول : يتعين على جهة الإدارة الاهتمام بصياغة شرط التحكيم، وإسناد هذا الأمر إلى خبراء قانونيين وفنيين تتوافر فيهم الصفات العلمية والعملية التي تؤهلهم القيام بهذه المهمة على خير وجه.

الأمر الثاني : يجب على جهة الإدارة تطبيقاً لقاعدة حسن التصرف في الأموال العامة أن تختار محكميها من الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة والخبرة القانونية والفنية في مجال العقود الإدارية، بالإضافة إلى درايتهم بقواعد التحكيم الدولي، وإلمامهم بقواعد القانون الدولي الخاص.

الأمر الثالث : ينبغي على جهة الإدارة أن تحرص دائماً على عدم إفلات عقودها الإدارية المتفق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها من حكم القانون العام، وذلك لا يتسنى إلا عن طريق تضمين هذه العقود شرطاً صريحاً ينص على تطبيق أحكام قانونها الوطني الذي لا يعني شيئاً آخر سوى القانون الإداري.

قائمة المراجع

أولاً : المراجع العربية

١- الكتب السماوية :

القرآن الكريم : تنزيل رب العالمين خير وأظهر كتب الأرض والسماء.

٢- المراجع الشرعية :

ابن جرير الطبري :

جامع البيان عن تأويل أي القرآن، دار الفكر للطباعة والنشر، المجلد الرابع،
دون ذكر تاريخ النشر.

ابن كثير :

- تفسير القرآن العظيم، دار مصر للطباعة، ج ١، دون ذكر تاريخ النشر.
- البداية والنهاية ، دار الفكر العربي، ج ٩، دون ذكر تاريخ النشر.

ابن نجيم المصري الحنفي :

البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، دار الكتب العلمية
بيروت، لبنان، ج٧، دون ذكر تاريخ النشر.

ابن هشام :

السيرة النبوية، دار الفجر للتراث ٢٠٠٤، ج ١.

أبي الحسن علي الماوردي :

النكت والعيون، تفسير الماوردي، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت،
دون ذكر تاريخ النشر.

أحمد بن علي العسقلاني :

فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، ج٧، دون ذكر
تاريخ النشر.

الإمام فخر الدين الرازي :

التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، المجلد الخامس (٩-١٠) دار الكتب العلمية،
بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

الحافظ جلال الدين الأسيوطي :

سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين الأسيوطي وحاشية الإمام السندي،
المجلد الرابع، ج ٨، دار الحديث القاهرة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

الخصاف :

أدب القاضي للخصاف شرح الجصاص، تحقيق فرحات زاده، دون ذكر
الناشر وتاريخ النشر.

الخطيب الشربيني :

السراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكم الخبير،
الجزء الأول، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر.

الخرشي :

(على مختصر سيدي خليل) وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى، ج ٤، دار
صادر، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

الدسوقي (شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي):

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المجلد الرابع، دار الفكر العربي، دون
ذكر تاريخ النشر.

الطرزي :

السيرة النبوية، دار الدعوة للطبع والنشر، دون ذكر تاريخ النشر.

القرطبي :

الجامع لأحكام القرآن، دار الحديث القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر.

شمس الدين السرخسي :

كتاب المبسوط، مطبعة السعادة، دون ذكر تاريخ النشر، ج ٢١.

شهاب الدين ابن حجر الملكي :

الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية،
بيروت، ج ٤، دون ذكر تاريخ النشر.

كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام

الحنفي :

شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ، ج ٥.

مختصر القدوري في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان :
الشرح المسمى بالجوهر المنيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى
١٣٢٢هـ.

موفق الدين ابن قدامي وشمس الدين ابن قدامي المقدسي :
المغنى ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتب العربي، ج ١١، دون ذكر تاريخ
النشر.

٣- المراجع العامة

إبراهيم نجيب محمد عوض :
القضاء في الإسلام تاريخه ونطاقه، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
١٩٧٥.

د. أحمد جلال التدمري :
الأخلاق عند العرب قبل الإسلام وبعده، مؤسسة التعاون للعلاقات العامة،
الإمارات، الطبعة الأولى ٢٠٠٤.

د. أحمد صدقي محمود :
قواعد المرافعات في دولة الإمارات، ط ١، ١٩٩٩، دون ذكر الناشر.

د. أحمد رشاد محمود سلام :
عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية
الخاصة، دار النهضة العربية ٢٠٠٤.

د. أحمد عبد الكريم سلامة :
- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة
الدولية، دار النهضة العربية ١٩٨٩.
- مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، دون ذكر
تاريخ النشر.

د. أحمد عثمان عياد :
مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣.

د. أحمد فتحي سرور :
الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دون ذكر الناشر،
١٩٩١.

د. إسماعيل إبراهيم البدوي :
نظام القضاء الإسلامي، دون ذكر الناشر ١٩٨٩.

د. اكثم الخولي :
العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة) مطبعة نهضة مصر، الطبعة الأولى
١٩٥٧.

د. السيد عبد العزيز سالم :
تاريخ العرب قبل الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دون ذكر
تاريخ النشر.

د. توفيق شحاته :
مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، ط ١
١٩٥٤-١٩٥٥.

د. جابر جاد نصار :
- عقود البوت B.O.T. والتطور الحديث لعقد الالتزام، " دراسة نقدية
للنظرية التقليدية لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.
- العقود الإدارية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. حامد محمد أبو طالب :
التنظيم القضائي الإسلامي، دون ذكر الناشر، الطبعة الأولى ١٩٨٢.

د. حسن كيره :
المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية،
النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. حفيظة السيد الحداد :
العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، " تحديد ماهيتها
والنظام القانوني لها "، دار الفكر الجامعي ٢٠٠١.

د. خميس السيد إسماعيل :
المؤسسات العامة الاقتصادية في الدول العربية، عالم الكتب ١٩٧٨.

د. دويب حسين صابر عبد العظيم :
الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها علي عقود البناء والتشغيل
ونقل الملكية " البوت "، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. سعاد الشرقاوي :

العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ط ٢، دون ذكر تاريخ النشر.

د. سليمان محمد الطماوي :

الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي ١٩٦٥، ط ٢.

د. عصام أحمد البهجي :

عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٨.

د. عمر حلمي فهمي :

طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣.

د. فتحي والي :

- نظرية البطلان في قانون المرافعات، دون ذكر الناشر ١٩٩٧.
- الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠١ - ٢٠٠٢.

د. فؤاد العطار :

القضاء الإداري، " دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة وعمالها ومدى تطبيقاتها في القانون الوضعي "، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. ماجد راغب الحلو :

القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦.

د. محمد أنس قاسم جعفر :

- العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
- العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظام المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقاً لآخر تعديلات ٢٠٠٦ مع دراسة لعقود الـ B.O.T، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٧.
- الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، دون ذكر دار النشر، طبعة ١٩٨٤.

د. محمد حامد فهمي :

تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية، مطبعة فتح الله الياس
نوري وأولاده، الطبعة الأولى ١٩٣٧.

د. محمد رفعت عبد الوهاب :

أصول القضاء الإداري، " قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - إجراءات
القضاء الإداري "، ١٩٩٣، دون ذكر الناشر.

د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. حسين عثمان محمد عثمان :

مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١.

د. محمد رمزي الشاعر :

مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مطبعة جامعة عين شمس
١٩٩٧.

د. محمد سعيد حسين أمين :

- العقود الإدارية، ٢٠٠٣، دون ذكر الناشر.
- مبادئ القانون الإداري، دراسة في أساليب التنظيم الإداري، أساليب العمل
الإداري، دار الثقافة الجامعية ١٩٩٧.

د. محمد عبد الخالق عمر :

النظام القضائي المدني، ج ١ المبادئ العامة، دار النهضة العربية، الطبعة
الأولى ١٩٧٦.

د. محمد عبد العزيز بكر :

فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠.

د. محمد علي الصافوري :

تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دون ذكر الناشر ١٩٩٧.

د. محمد كامل ليلة :

مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول مقدمة القانون الإداري، ط ١، دار
النهضة العربية بيروت ١٩٦٨-١٩٦٩.

د. محمد ماهر أبو العينين :

- العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس
الدولة حتى ٢٠٠٤، دراسة تحليلية لأراء الفقه وأحكام وفتاوى مجلس الدولة،
الكتاب الأول، إبرام العقد، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر.

د. محمد محمد عبد اللطيف :
الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة
العربية ٢٠٠٠.

د. محمود جمال الدين ذكي :
العقود المسماة، دار الكتب العربي، دون ذكر تاريخ النشر.

د. محمود سلام زناتي :
نظم العرب القبلية المعاصرة، ج ٢، دون ذكر الناشر ١٩٩٤.

د. محمود محمد هاشم :
النظام القضائي الإسلامي، دار الفكر العربي ١٩٨٤.

د. مصطفى عبد المقصود :
دراسات في العقد الإداري، مكتبة النصر بالزقازيق ٢٠٠٠.

د. هاني صلاح سري الدين :
التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق
القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية
BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية
الأساسية، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ٢٠٠١.

د. وجدي راغب فهمي، د. أحمد ماهر زغلول :
الوجيز في المرافعات، دون ذكر الناشر أو تاريخ النشر، ص ٢٦٦.

د. يوسف عبد الهادي الأكياي :
النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، دون
ذكر دار النشر، ١٩٨٩.

٤- المراجع الخاصة

د. إبراهيم احمد إبراهيم :
التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية ٢٠٠٠.

د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، د. أحمد قسمت الجداوي :
المحكمون، دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دراسة خاصة لطلبة الدراسات
العليا بدبلوم التحكيم الذي ينظمه مركز تحكيم حقوق عين شمس، دون ذكر
تاريخ النشر.

د. أبو زيد رضوان :
الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ١٩٨١.

د. أحمد أبو الوفا :
التحكيم الاختياري والإجباري، منشأ المعارف ٢٠٠١.

د. أحمد السيد صاوي :
التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٢.

أحمد الورفلي :
التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن، تقديم : عبد الله هلال، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس ٢٠٠٦.

د. أحمد عبد الكريم سلامة :
قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية ٢٠٠٤.

د. أحمد محمد حشيش :
- طبعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٠.
- القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي ٢٠٠١.

د. أحمد مخلوف :
اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠١.

د. أحمد مليجي :
قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ط ١، ١٩٩٦.

د. أشرف وفا :
القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. جابر جاد نصار :
التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. حفيظة السيد الحداد :
الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ النشر.

د. خالد عبد الله الياقوت، د. طارق عبد الرؤوف صالح :
التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي، دون ذكر دار
النشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٤.

د. رضا السيد عبد الحميد :
- مسائل في التحكيم، الكتاب الأول " تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة
والرقابة "، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.
- قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في الميزان، نظرات انتقادية لبعض
الجوانب الإجرائية مدعمة بأحدث أحكام النقض، دار النهضة العربية ٢٠٠٤.

د. زكي محمد النجار :
الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية
١٩٩٣.

د. سامية راشد :
- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار
النهضة العربية ١٩٨٤.
- دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية ١٩٩٠.

د. سراج حسين أبو زيد :
التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ٢٠٠٤.

د. سيد أحمد محمود أحمد :
- مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٣.
- خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١
لسنة ١٩٩٥، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ النشر.
- نظام التحكيم " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
الكويتي والمصري "، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. شمس مرغني علي :
التحكيم في منازعات المشروع العام، عالم الكتب ١٩٧٤.

د. عبد الحميد الأحمد :
- موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دون ذكر الناشر
وتاريخ النشر.
- موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دون ذكر الناشر وتاريخ
النشر.

د. عبد الكريم نصير :
التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد " دراسة في
الأعراف والتقاليد القبلية العربية والشريعة الإسلامية "، دار النهضة العربية
٢٠٠٢.

د. عزمي عبد الفتاح عطية :
قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٠.

د. عزيزة الشريف :
التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية ١٩٩٢ - ١٩٩٣.

د. عصام الدين القصبي :
خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية
١٩٩٣.

د. علي بركات :
الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.

د. على سالم إبراهيم :
ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٧.

د. على سيد قاسم :
نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار
النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. عيد محمد القصاص :
حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار
النهضة العربية ٢٠٠٣.

د. فوزي محمد سامي :
التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٢.

د. ماجد راغب الحلو :
العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤.

د. محسن شفيق :
التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.

د. محمد أحمد عبد النعيم :

حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية،
" دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.

د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد :

التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية
١٩٩٩.

د. محمد محمد بدران :

مذكرات في حكم التحكيم (صياغته، بطلانه، حججه وتنفيذه)، دار النهضة
العربية ١٩٩٩.

د. محمود السيد عمر التحيوي :

- الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٣.
- أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية،
الإسكندرية ٢٠٠١.

د. محمود محمد هاشم :

النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ج١،
١٩٩٠.

د. محمود مختار أحمد بريري :

التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤.

د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال :

التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى،
دون ذكر الناشر، ١٩٩٨.

د. نادر محمد محمد إبراهيم :

مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف
بالإسكندرية، الطبعة الثانية ٢٠٠٠.

د. ناريمان عبد القادر :

اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة
١٩٩٤، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٦.

د. نبيل إسماعيل عمر :

التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة،
الطبعة الأولى ٢٠٠٤.

د. نجلاء حسن سيد :
التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.

د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن :
دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار الكتب القانونية ٢٠٠٤.

د. يسري محمد العصار :
التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية ٢٠٠١.

٥- الرسائل العلمية

د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي :
عقد امتياز المرفق العام، " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٣، تحت إشراف أ.د/ محمد سعيد حسين أمين.

د. أحمد مليجي :
تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٧٩، تحت إشراف أ.د/ عبد الباسط الجميعي.

د. إسماعيل أحمد محمد الأسطل :
التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة عام ١٩٨٦، تحت إشراف أ.د / يوسف محمود قاسم.

د. ثورية لعيوني :
معيار العقد الإداري " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٨٧، تحت إشراف أ.د/ سليمان محمد الطماوي.

د. خالد أحمد حسن :
بطلان حكم التحكيم، " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٦، تحت إشراف أ.د/ وجدي راغب فهمي.

د. خالد عبد العزيز العصيمي :

ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٥، تحت إشراف أ.د/ أنور أحمد رسلان.

د. خالد فلاح عواد الغنزي :

التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٧، تحت إشراف أ.د/ أنور أحمد رسلان.

د. سعيد خالد على الشرعبي :

حق الدفاع أمام القضاء المدني : " دراسة فقهية مقارنة في القانونين المصري واليميني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٩٦، تحت إشراف أ.د/ أحمد ماهر زغلول، أ.د/ عبد المجيد محمود مطلوب.

د. صبري أحمد محسن الذيابات :

إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٤، تحت إشراف أ.د/ إبراهيم أحمد إبراهيم.

د. عاطف سعدي محمد علي :

عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ٢٠٠٥، تحت إشراف أ.د/ محمد سعيد حسين أمين.

د. عبد الإله بن عبد الله العريني :

نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، أطروحة للإحراز علي شهادة الدكتوراه في القانون مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تونس المنار ٢٠٠٥، تحت إشراف أ.د/ نور الدين الغزواني.

د. عبد الرازق علي خليل الفحل :

ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية والقضاء الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، تحت إشراف أ.د/ رمزي الشاعر.

عبد الله حمد عمران الشامسي :

التحكيم في المنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٧، تحت إشراف أ.د/ جابر جاد نصار.

علي مرضي عياش العنزي :
التحكيم في العقود الإدارية ومدى جوازه في القانون الكويتي، رسالة ماجستير
مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية ٢٠٠٥، تحت إشراف أ.د/ يحيى
الجميل.

د. عيد محمد عبد الله القصاص :
التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة : " دراسة تحليلية مقارنة في قانون
المرافعات المصري والفرنسي " رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة
الزقازيق عام ١٩٩٢، تحت إشراف أ.د/ محمد محمود إبراهيم.

د. محمد سعيد حسين أمين :
الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري،
رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٣، تحت
إشراف أ.د/ محمد رمزي الشاعر.

د. مصطفى محمود كامل الشربيني :
بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري " دراسة مقارنة "، رسالة
دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة أسيوط عام ٢٠٠٣، تحت إشراف أ.د/
السيد خليل هيكل.

د. وجدي راغب فهمي :
النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه مقدمة
إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٦٧، تحت إشراف أ.د/ رمزي سيف.

٦- الأبحاث والمقالات والتعليقات

د. إبراهيم على حسن :
- تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، بحث منشور في
مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة الحادية والأربعون، إبريل -
يونيه ١٩٩٧.
- التحكيم في منازعات شركات القطاع العام ما بين الواقع التشريعي
والتطور، بحث مقدم إلى المؤتمر الذي عقد في العريش خلال الفترة من ٢٠
إلى ٢٥ من سبتمبر ١٩٨٧ حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي.

د. أنور أحمد رسلان :
التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون
تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير ١٩٩٨.

د. عادل الطبطائي :

الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، " دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي "، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدد الثالث، محرم ١٤٠٩ - سبتمبر ١٩٨٧.

د. عثمان عبد الملك الصالح :

ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين، " دراسة تحليلية " من خلال الفقه المقارن وأحكام القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٦.

د. عزمي عبد الفتاح :

- سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم " دراسة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي"، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة الثامنة / العدد الرابع - ديسمبر ١٩٨٤، الطبعة الثانية ١٩٩٤.
- إجراءات خصومة التحكيم، بحث منشور في الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة من ٦/٣٠ إلى ٢٠٠١/٧/٥.

د. عزيزة حامد الشريف :

تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد خاص لتأبين المرحوم الدكتور داود سليمان عيسى، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨.

د. فتحي والي :

دعوى بطلان حكم التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة والاستثمار التي عقدت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٤ إلى ٦ من ديسمبر عام ٢٠٠٤.

د. مجدي عبد الحميد شعيب :

التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية، مجلة سنوية علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، العدد العاشر ١٩٩٨.

د. محمد أبو العنين :

دور القضاء في القضايا التحكيمية، بحث مقدم إلى الملتقى العربي الثالث الذي عقد بجامعة الدول العربية، ١٩ من يناير ٢٠٠٤.

محمد الحبيب الشريف :

القاضي والمحكم، مقال مقدم إلى ملتقى وطني بالمعهد الأعلى للقضاء حول التحكيم في ظل العولمة، تونس، ٢٤ أبريل ١٩٩٨.

د. محمد عبد المحسن المقاطع :

بعض إشكاليات التحكيم القضائي وفقا للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وسبل التغلب عليها، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول للتحكيم التجاري الدولي الذي عقد في دولة الكويت في الفترة من ٢٧ - ٢٩ أبريل ١٩٩٧، إصدارات إدارة التحكيم القضائي ١٩٩٧.

د. محمد كمال منير :

مدى جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية (تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠) مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، يونيو ١٩٩١.

د. محمد ماجد محمود :

مدي جواز التحكيم في العقود الإدارية، " دراسة مقارنة بين النظام الكويتي وبعض النظم الأخرى "، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول للتحكيم التجاري الدولي الذي عقد في دولة الكويت في الفترة من ٢٧ - ٢٩ أبريل ١٩٩٧، إصدارات إدارة التحكيم القضائي ١٩٩٧.

د. محمد محسوب عبد المجيد :

الجزور التاريخية للتحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة نصف سنوية محكمة، تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد الحادي عشر، السنة السادسة، أبريل ١٩٩٧.

د. محمود سلام زناتي :

التحكيم عند العرب، بحث مقدم إلى مؤتمر العريش حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي في الفترة من ٢٠ إلى ٢٥ من سبتمبر ١٩٨٧.

د. محمود سمير الشرقاوي :

- دستورية التحكيم في شركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام، مقال منشور في مجلة الدستورية، مجلة فصلية تصدرها المحكمة الدستورية العليا كل ثلاثة أشهر، العدد الخامس، السنة الثانية، أبريل ٢٠٠٤.
- مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة والاستثمار التي عقدت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٤ إلى ٦ من ديسمبر عام ٢٠٠٤.

د . وجدي راغب فهمي :

هل التحكيم نوع من القضاء ؟ " دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية
للتحكيم "، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، السنة
السابعة عشر، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو ١٩٩٣ .

د. يحيى الجمل :

اختيار المحكمين، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول للتحكيم التجاري الدولي
الذي عقد في دولة الكويت في الفترة من ٢٧ - ٢٩ ابريل ١٩٩٧، إصدارات
إدارة التحكيم القضائي ١٩٩٧ .

٧- القواميس :

الصباح في اللغة العربية والعلوم، دار الحضانة العربية، بيروت، دون ذكر
تاريخ النشر.

المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر.

تاج العروس من جواهر القاموس، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت،
لبنان، ج ٨ .

المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم
١٩٩٠ .

II- Bibliographie en langue française

1- Ouvrages généraux

Auby (J.-M.), Drago (R.),

- Traité de contentieux administratif, L.G.D.J. 1975., 2^e éd, t.I.
- Traité des recours en matière administrative, Litec 1992.

Audit (B.),

Droit international privé, Economica 2000., 3^e éd.

Audit (M.),

Les conventions transnationales entre personnes publiques,
Préface de P. Mayer, L.G.D.J. 2002.

Batiffol (H.), Lagarde (P.),

- Traité de droit international privé, L.G.D.J. 1983, 6^e éd, t.II.
- Traité de droit international privé, L.G.D.J. 1993, 8^e éd.

Berthelemy (H.),

Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1910., 6^e éd.

Bettems (D.),

Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Lausanne 1989.

Bonnard (R.),

Précis de droit public, Paris 1940.

Bonnard (H.), Dubois (J.-P.),

Droit du contentieux, Masson 1987.

Bourjol (M.),

Droit administratif, I. L'action administrative, éd Masson et C^{ie} 1972.

Braibant (G.),

Le droit administratif français, Dalloz 1988, 2^e éd.

Braibant (G.), Stirn (B.),

Le droit administratif français, presses de sciences PO et Dalloz 1999., 5 éd.

Cadiet (L.),

Droit judiciaire privé, Litec 1992.

Carré de Malberg (R.),

Contribution à la Théorie générale de l'État, Paris, Sirey 1920.

Chapus (R.),

- Droit du contentieux administratif, Montchrestien 1991., 3^e éd.

- Droit administratif général, Montchrestien 1996., 10^e éd, t. 1.

Combacau (J.), Sur (S.),

- Droit international public, Paris, Montchrestien 1995., 2^e éd.

- Droit international public, Paris, Montchrestien 2001., 5^e éd.

Debbasch (Ch.), Ricci (J.-C.),

Contentieux administratif, Dalloz 1994., 6^e éd.

Dreyfus (J.-D.),

Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, collection <<Logiques juridiques>>, éd L'armattan 1997.

Dupuis (G.), Guédon (M.-J.), Chrétien (P.),

- Les contrats de l'Administration, Armad Colin 1998., 6^e éd.

Dupuy (P.-M.),

Les grands textes de droit international public, Dalloz
2004., 4^e éd, t.I.

Eisenmann (Ch.),

Cours de droit administratif, L.G.D.J. 1982., t. I.

Favoreu (L.), Philip (L.),

Les grands décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz
1997., 9^e éd.

Foillard (Ph.),

Manuel; Droit administratif, éd Paradigme 2005-2006.

Fouletier (M.),

Recherches sur l'équité en droit public français, préface de
B. Pacteau, L.G.D.J. 2003.

Gaudemet (Y.),

- Les méthodes du juge administratif, L.G.D.J. 1972.
- Traité de droit administratif, L.G.D.J. 2001., 16^e éd, t.I.

Georges (Ph.),

Droit public " concours administratifs ", Sirey 1986., 6^e éd.

Gicquel (J.),

Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris,
Montchrestien 1987., 9^e éd.

Hauriou (M.),

Précis de droit constitutionnel, Sirey 1929., 2^e éd.

Héraud (A.), Maurin (A.),

La justice, Sirey 1996.

Holleaux (D.), Foyer (J.), de La Pradelle (G.),

Droit international privé, Masson 1987.

Japiot (R.),

Traité élémentaire de procédure civile et commerciale,
Paris, Librairie Arthur Rousseau 1935.

Jacque (J.-P.),

Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit
international public, Préface de G. Ferrer, L.G.D.J. 1972.

Kassis (A.),

- Le nouveau droit européen des contrats internationaux,
L.G.D.J. 1993.
- Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J.
1984.

Kelsen (H.),

Théorie pure du droit, Traduit Ch. Eisenmann, Dalloz
1962.

Laubadère (A. de).

- Traité théorique et pratique des contrats administratifs,
L.G.D.J. 1956., T.III.
- Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J. 1953.

Laubadère (A. de), Venezia (J.-C.), Gaudemet, (Y.),

Traité de droit administratif, L.G.D.J. 1994, t.I, 13^e éd.

Le Mestre (R.),

Droit du service public, Gualino éditeur 2005.

Lemaire (S.),

Les contrats internationaux de l'administration, préface de
P. Mayer, L.G.D.J. 2005.

Loussouarn (Y.), Bourel (P.),

Droit international privé, Dalloz 1980, 2^e éd.

Loussouarn (Y.), Bredin (J.-D.),

Droit du commerce international, préface de H. Batiffol,
Sirey 1969.

Malaurie (Ph.), Aynès (L.),

Droit civil, Les contrats spéciaux, Cujas 1992.

Mayer (P.),

Droit international privé, Montchrestien 1994, 5^e éd.

Mestre (R. Le),

Droit du service public, Gualino éditeur 2005.

Mezghani (A.),

Droit international privé, éd Cérés 1991.

Michoud (L.),

La théorie de la personnalité morale et son application au
droit français, mise à jour par L. Trotabas, L.G.D.J. 1924.,
t.II, 2^e éd.

Odent (R.),

Contentieux administratif, les Cours de droit 1977.

Pillet (A.),

Des personnes morales en droit international privé, Sirey
1914.

Pouyaud (D.),

La nullité des contrats administratifs, préface de P. Weil,
L.G.D.J. 1991.

Quoc Dinh (N.), Daillier (P.), Pellet (A.),

Droit international public, L.G.D.J. 1980., 2^e éd.

Regli (J.-P.),

Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées, Genève, librairie de l'université Georg & S.A. 1983.

Richer (L.),

Droit des contrats administratifs, L.G.D.J. 1999., 2^e éd.

Rigaux (F.),

Droit international privé, Maison F. Larcier S.A. 1979., t.II.

Rivero (J.), Waline (J.),

Droit administratif, Dalloz 1998., 17^e éd.

Sabiani (F.),

Marchés publics de travaux et contrats voisins, Delmas 1995., 5^e éd.

Van Lang (A.),

Juge judiciaire et droit administratif, préface D. Truchet, L.G.D.J. 1996.

Vincent (J.), Guinchard (S.),

Procédure civile, Dalloz 1996., 24^e éd.

Vincent (J.), Montagnier (G.), Varimard (A.),

La justice et ses institutions, Dalloz 1996., 4^e éd.

Waline (M.),

Précis de droit administratif, Montchrestien 1969.

2- Ouvrages spéciaux et thèses

Abdel Aziz (S. K.-),

D'un nouvel ordre économique à l'autre. Aspects du droit international économique, Thèse, Dijon 1995.

Abdel Baki (S.),

Les projets internationaux de construction menés selon la formule B.O.T. (Build, Operate, Transfer) Droit égyptien – Droit français, thèse, Paris I Pantheon – Sorbonne, 2000.

Béguin (J.),

L'arbitrage commercial international, Montréal 1987.

Boillot (Ch.),

La transaction et le juge, préface de P. Cannu, L.G.D.J. 2003.

Boissésou (M. de),

Le droit français de l'arbitrage interne et international, préface de P. Bellet, G.L.N. 1990.

Bournonville (Ph. de),

Droit judiciaire. L'arbitrage, Larcier 2000.

Bollée (S.),

Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préface P. Mayer, Economica 2004.

Carabiber (Ch.),

L'arbitrage international de droit privé, L.G.D.J. 1960.

Clay (Th.),

L'arbitre, Dalloz 2001.

Cohen (D.),

Arbitrage et Société, préface de B. Oppetit, L.G.D.J. 1993.

Cosnard (M.),

La soumission des Etats aux tribunaux internes, préface de B. Stern, A. Pedone 1996.

Crépin (S.),

Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981, préface de Ph. Fouchard, L.G.D.J. 1995.

Daniault (R.), Thomas (Y.),

Contentieux de l'entreprise, expertise et arbitrage, Aengde 1992., 3^e éd.

David (R.),

L'arbitrage dans le commerce international, Economica 1982.

Devichi (J. R.-),

L'arbitrage, Nature juridique, Droit interne et Droit international Privé, préface de J. Vincent, L.G.D.J. 1965.

El Gohary (M.),

L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme, thèse, Renne 1982.

El Hawary (A. M.),

Le droit international privé et la constitution, Réflexions sur leur relation, thèse, Nice 1988.

Fouchard (Ph.), Gaillard (E.), Goldman (B.),

Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996.

Gara (N.),

Le consentement de l'Etat à l'arbitrage relatif à l'investissement privé international (Contribution à l'étude des grandes tendances dégagées de la jurisprudence du CIRDI), thèse, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis 2000-2001.

Gavalda (Ch.), Lucas de Leyssac (C.),

L'arbitrage, Dalloz 1993.

Henry (M.),

Le devoir d'indépendance de l'arbitre, préface de P. Mayer, avant-propos de J.-D. Berdin, L.G.D.J. 2001.

Huys (M.), Keutgen (G.),

L'arbitrage en droit belge et international, préface de E. Krings, Bruylant 1981.

Jarrosson (Ch.),

La notion d'arbitrage, préface de B. Oppetit, L.G.D.J. 1987.

Kassis (A.),

Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, L.G.D.J. 1987., t.I.

Leboulanger (Ph.),

Les contrats entre États et entreprises étrangères, préface de B. Goldman, Economica 1985.

Lenuzza (I. P.-),

Les immunités des Etats en droit international, Bruylant 1998.

Mayer (P.),

OHADA. Droit de l'arbitrage, Bruylant 2002.

Motulsky (H.),

Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, préface de B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz 1974.

Nammour (F.),

Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, Bruylant, Delta, L.G.D.J. 2006., 2^e éd.

Osman (F.),

Les Principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, thèse, Dijon 1991.

Patrikios (A.),

L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J. 1997.

Racine (J.-B.),

L'arbitrage commercial international et l'ordre public, L.G.D.J. 1999.

Redfern (A.), Hunter (M.), Smith (A.),

Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, L.G.D.J. 1994., 2^e éd.

Robert (J.),

Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, Sirey 1937.

Sicard (J.),

Manuel de l'expertise et de l'arbitrage, Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, nouvelle édition.

Train (F.-X.),

Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international, étude de jurisprudence arbitrale, préface de I. Fadlallah, L.G.D.J. 2003.

Vidal (D.),

Droit français de l'arbitrage commercial international, Gualino éditeur 2004.

Zahi (A.),

L'Etat et l'arbitrage, préface de J.- L. de Grandcourt, Alger, Office des publications universitaires 1979.

3- Articles, Chroniques, Notes, Conférences, Rapports, Cours, Conclusions, Observations

Amselek (P.),

Le service public et la puissance publique, AJDA 1968., I, p.492.

Auby (J.-B.),

L'internationalisation du droit des contrats publics, DA, août-septembre 2003., p.5.

Auby (J.-F.),

Le cas des contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ?, RFDA 2004., p.1095.

Auby (J.-M.),

- L'arbitrage en matière administrative, AJDA 1955., p.81.
- obs. sous C.E., 27 avril 1987, Boulard, AJDA 1987., p.776.

Audit (B.),

L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles, *in* L'internationalisation du droit, Dalloz 1994., p.15.

Audit (M.),

Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, Rev.arb. 2004., p.541.

Batiffol (H.),

- La sentence Aramco et le droit international privé, Rev.crit. DIP 1964., p.647.
- note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 29 octobre 1974, National Commercial Bank c/ sté Entreprise Jean Lefebvre, Rev.crit. DIP 1976., p.91.

Bedjaoui (M.),

Le monde arabe dans l'arbitrage CCI, Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI, mai 1992, vol.3, n° 1, p.7.

Bellet (P.), Mezger (E.),

L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile, Rev.crit. DIP 1981., p.611.

Bertin (Ph.),

Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, Rev.arb. 1983., p.281.

Bischoff (J.-M.),

La <<territorialité>> des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontière, *in* Aspects juridiques de la pollution transfrontière; Paris: OCDE 1977, p.132.

Böckstiegel (K.-H.),

Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat, *in* 60 ème anniversaire de la Cour d'arbitrage de la CCI, regarde sur l'avenir, Paris, CCI 1984., p.127.

Boissésou (M. de),

Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi 19 août 1986, Rev.arb. 1987., p.3.

Bolard (G.),

Les principes directeurs du procès arbitral, Rev.arb. 2004., p.511.

Bouony (L.),

Les personnes morales de droit public et l'arbitrage, *in* Les Entreprises Tunisiennes et l'arbitrage commercial international, C.E.R.P. coll. 2,3,4 novembre 1981, p.247.

Bourel (P.),

note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 7 décembre 1977, Rev.crit. DIP 1978., p.534.

Boy (L.),

L'arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales de droit public en droit français, (Contribution de droit économique), RIDE 1992., p.99.

Braconnier (S.),

L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique, JCP 2004., éd G, p.2134.

Braibant (G.),

- concl. sous C.E., 10 mai 1963, sté coopérative Production << La Prospérité fermière >>, RDP 1963., p.584.

- concl. sous C.E., 3 juillet 1968, Laving et Le Mée, AJDA 1969., p.253.

- concl. sous T.C., 7 janvier 1972, S.N.C.F. c/ Entreprise Solon et Barrault, RDP 1972., p.465.

- Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration, *in* Études en l'honneur de L. Homon, Economica 1982., p.99.

Brechon-Moulenes (Ch.),

La réforme des comités consultatifs de règlement amiable des marchés, AJDA 1981., p.304.

Bruce (E.),

La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question, Rev.arb. 2006., p.65.

Bruère (J.-Ch.),

Le consensualisme dans les contrats administratifs, RDP 1996., p.1715.

Bureau (D.),

Principe de la contradiction, " contrôle de la motivation et arbitrage international ", note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 28 février 1995, Rev.arb. 1995., p.597.

Camboulive (Ch.),

Mecanismes de règlement des différends dans les conventions bilatérales de protection des investissements, actes du symposium sur l'arbitrage et l'investissement, *in* Revue tunisienne de l'arbitrage 2001., n° spécial, p.73.

Carraud (M.),

Le rôle du président de la section du contentieux de Conseil d'Etat, RDP 1980., p.1403.

Casas (D.),

L'ordonnance sur les contrats de partenariat était-elle légale?, concl. sous conseil d'Etat 29 octobre 2004, Sueur et autre, RFDA 2004., p.1103.

Caupers (J.),

L'arbitrage dans les litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, *in* Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage, actes, Conférence multilatérale, Lisbonne (Portugal), 31 mai-2 juin 1999, éditions du Conseil de l'Europe, p.99.

Chabanol (D.),

Un printemps procédural pour la juridiction administrative ?, AJDA 1995., p.388.

Chapus (R.),

Le service public et la puissance publique, RDP 1968., p.235.

Chardeau (J.),

- concl. sous C.E., 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, RDP 1916., p.210.
- concl. sous C.E., 4 juin 1954, Sieur Vingtain, Rec., p.342.
- concl. sous C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957, p.108.

Chedaly (L.),

Accès de l'Etat à l'arbitrage international, *in* Revue Tunisienne de Droit 2005, Centre de Publication Universitaire, p.125.

Chenot (B.),

concl. sous C.E., 4 février 1944, Vernon, RDP 1944., p.176.

Cohen-Jonathan (G.),

L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement libyen. (Sentence au fond du 19 janvier 1977), AFDI 1977., p.453.

Collavet (F.),

De l'arbitrage dans les procès où sont parties les personnes publiques., (Article 69 de la loi du 17 avril 1906), RDP 1906., p.472.

Conseil d'Etat,

Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, la Documentation française 1993.

Cornu (G.),

Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme, Rev.arb. 1980., p.583.

Costa (J.-P.),

L'exécution des décisions de justice, AJDA 1995., numéro spécial, p.227.

Courrèges (A.), Verot (C.),

L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux, RFDA 2007., p.489.

Courteault (P.), Flécheux (G.),

La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de Cassation française, Rev.arb. 1978., p.340.

Crawford (J.),

Les États et l'exécution des sentences arbitrales dans les droits américain et anglais, Rev.arb. 1985., p.689.

Daloz (B.),

Le juge administratif et les conflits de lois, RDP 1995., p.1209.

Dauchy (S.),

Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique (aux origines des articles 1481-1491 NCPC), Rev.arb. 1999., p.731.

David (N.),

Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien, JDI 1986., p.79.

David (R.),

Arbitrage et droit comparé, RIDC 1959., p.1.

Dawance (G. M.-),

L'arbitrage en droit public, Gaz.Pal. 1^{er} sem. 1987., doct. p.470.

Debbasch (R.),

Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou, JCP 1996.,I, 3924.

Degos (L.),

L'abrogation de l'article 1487 alinéa 2 NCPC par le décret du 23 décembre 2004, Rev.arb. 2005., p.226.

Deguergue (M.),

Le double degré de juridiction, AJDA 2006., p.1308.

Delaume (G. R.),

- L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable, Rev.arb. 1994., p.39.
- Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, RBDI 1968., p.336.

Delaunay (B.),

note sur T.C., 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, RFDA 2007., p.290.

Delvolvé (J.-L.),

- Essai sur la motivation des sentences arbitrales, Rev.arb. 1989., p.149.
- Une véritable révolution.... Inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative), Rev.arb. 2007., p.373.

Delvolvé (P.),

- De nouveaux contrats publics. 1. Les contrats globaux, RFDA., p.1979.
- L'exécution des décisions de justice contre <<L'administration >>, EDCE 1983-1984., p.111.
- Communication au coll. de l'AFA, Paris le 17 septembre 1990, p.13.
- " Rapport général ", in Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: op.cit., p.13.

Derains (Y.),

- L'application Cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, Rev.arb. 1972., p.99.
- Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev.arb. 1973., p.122.

- Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, *in* Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.67.
- La sentence arbitrale, *in* droit et pratique de l'arbitrage international en France, feduci 1984., p.69..
- L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev.arb. 1986., p.375.

Dero-Bugny (D.),

La compétence du juge administratif saisi d'un recours en appréciation de validité d'un acte administratif encadrée par le renvoi préjudiciel du juge judiciaire, " Etude comparée des arrêts C.E., 24 novembre 2004, Ville de Nice, C.E., 24 mars 2004, Mme Marie-Françoise X et C.E., Section, 17 octobre 2003, Syndicat des copropriétaires de la résidence Atlantis et autres, RFDA 2006., p.73.

Despagnet (F.),

L'ordre public en droit international privé, JDI 1889., p.207.

Dreifuss (M.),

L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs, AJDA 2002., pp.1373-1377.

Dreifuss (M.), Bompard (A.),

Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction: la liquidation de l'astreinte, AJDA 1998., p.3.

Ducarouge (F.),

Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français, RFDA 1996., p.86.

Duguit (L.),

L'acte administratif et l'acte juridictionnel, RDP 1906., p.413.

Durand (P.),

Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends de droit privé intéressant les établissements publics de caractère industriel ou commercial., Dr. soc. 1949., p.325.

Eisemann (F.),

- La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre États ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, Rev.arb. 1975., p.279.

- Indépendance de l'arbitre, note introductive, *in* Qualification de l'arbitre international, Symposium du Comité français de l'arbitrage, Paris, 20 novembre 1970, Rev.arb. 1970., p.217.

Fadlallah (I.),

Nouveau recul de la révision au fond: motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales, Gaz.Pal. 1^{er} -2 décembre 2000., p.5.

Fedozzi (P.),

De l'Efficacité extra-territoriale des lois et des actes de droit public, RCADI 1929., II, vol.27, p.141.

Flamme (M.-A.),

L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et personnes de droit privé., Rev.arb. 1966., p.85.

Flécheux (G.),

Les difficultés d'exécution en France des sentences rendues contre des États ou leurs émanations, Rev.arb. 1985., p.675.

Fouchard (Ph.),

- note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 29 octobre 1974, National Commercial Bank c/ sté Entreprise Jean Lefebvre, JDI 1975., p.314.
- L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, JDI 1982., p.374.
- L'arbitre et le juge, A propos de quelques récents arrêts français, *in* Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.67.
- La faculté de compromettre de la S.N.C.F., Rev.arb. 1983, p.365.
- La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage, Rev.arb. 1985., p.5.
- Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public: la faculté de compromettre de la Poste et France Télécom, Rev.arb. 1990., p.945.
- Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public: la faculté de compromettre de la Poste et France Télécom, Rev.arb. 1990., p.945.
- La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la convention de New York, Rev.arb. 1990., p.571.
- *in* Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage, journée du Comité français de l'arbitrage, Débats, Rev.arb. 1992., p.295.
- obs. sous C. Cass. 2^e ch.c, 3 novembre 1993, Consorts Bollache c/ Epoux Coquard, Rev.arb. 1994., p.533.
- Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev.arb. 1996., p.325.

Foussard (D.),

- Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A. du 3 mars 1989), Rev.arb. 1989., p.167.
- L'arbitrage en droit administratif, Rev.arb. 1990., p.3.
- Le décret n° 2000-764 du 1^{er} août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage, Rev.arb. 2000., p.665.

- note sous C.E., 29 octobre 2004, C.C., 2 décembre 2004, Rev.arb. 2005., p.135.
- Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ?, Rev.arb. 2004., p.803.
- note sous C.E., 28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, Rev.arb. 2006., p.645.

Foyer (J.),

- Le conseil d'Etat et le conflit des lois, *in* Mélanges décidés à D. Holleaux, Litec 1990., p. 103.
- Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI 1991., p.601.

Fraisseix (P.),

La réforme de la juridiction administrative par la loi 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, RDP 1995., p.1053.

Franç (M.),

concl. sous C.E., 28 janvier 1983, Mme Johnston, Rev.crit. DIP 1985., p.316.

Gaillard (E.),

- Sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige, J-Cl. dr. intern. fasc. 586-9-1.
- Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, JDI 1995., p.5.
- obs. sous Sentence CIRDI, 20 mai 1992, Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c/ République Arabe d'Egypte, JDI 1994., p.229.
- Chronique des sentences arbitrales CIRDI, JDI 1998., p.241.

- Pour la suppression du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales, note sous Paris 1^{re} ch.c, 5 mars 1998, Rev.arb. 1999., p.86.
- Un revirement de jurisprudence bienvenu: l'abandon du contrôle des motifs des sentences arbitrales, note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 11 mai 1999 et Paris 1^{re} ch.c, 26 octobre 1999, Rev.arb. 1999., p.811.

Gand,

concl. sous C.E., 28 novembre 1958, Dame veuve Langlois et Sieur Rolland de Chamboaudouin d'Erceville, Rec., p.590.

Garcia Amador (F.V.),

Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Mesures portant atteinte aux droits acquis, Document A/CN. 4/119, Annuaire de la Commission du Droit International 1959, 2, Nations Unis, New York 1960, p.1.

Gaudemet (Y.),

- L'arbitrage; Aspect de droit public. État de la question., Rev.arb. 1992., p.241.
- Intervention, relative à l'arrêt A.R.E.A. du Conseil d'Etat (3 mars 1989) au cours du rapport de M. Jarrosson, Rev.arb. 1992., p.279.
- *in* Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage, journée du Comité français de l'arbitrage, Débats, Rev.arb. 1992., p.295.
- L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français, *in* les collectivités Locales, mélange en l'honneur de J. Moreau, Economica 2003., p.165.

Gazier (F.),

concl. sous C.E., 13 décembre 1957, sté nationale de vente de surplus., D. 1958., p. 517.

Genevois (B.),

- concl. sous T.C., 12 novembre 1984, sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines et autres, AJDA 1985., p.156.
- concl. sous C.E., 25 mai 1979, Mme Rabut, Rec., p.231.

Gohin (O.),

Les principes directeurs du procès administratif en droit français, RDP 2005., p.172.

Goldman (B.),

- Frontières du droit et << *lex mercatoria* >>, APD 1964, t.IX, p.177.
- Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, *in* Investissements et étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, éd A. Pedone 1969., p.133.
- note sous Paris 3^e ch, 19 mars 1965, Bakalian et Hadjthomas c/ Banque Ottomane, JDI 1965., p.117.
- La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives, JDI 1979., p.475.
- Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international, Rev.arb. 1980., p.323.
- La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international, Rev.arb. 1981., p.469.
- Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire Norsolor Rev.arb. 1983., p.397.

Groshens (J.-Cl.),

Réflexions sur la dualité des juridictions, AJDA 1963., p.536.

Groud (H.),

Réflexions sur les contrats de partenariat deux ans après, LPA. 2007., n°34, p.4.

Guillaume (E.),

concl. sous C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A, Rec., p.69.

Guillaume-Hofnung (M.),

Les modes alternatifs de règlement des litiges. La médiation, AJDA 1997., p.30.

Guinchard (S.),

L'expertise judiciaire civile : L'expert, Le juge et les parties, *in* thèmes et commentaires sur l'expertise, Dalloz 1995, p.69.

Haïm (V.),

Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs, AJDA 1992., p.315.

Hanotiau (B.),

L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen, JDI 1994., p.899.

Henry (M.),

Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente, Rev.arb. 1999., p.193.

Heuzé (V.),

La morale, l'arbitre et le juge, Rev.arb. 1993., p.179.

Hilaire (J.),

L'arbitrage dans la période moderne (XVI e -XVIII e siècle), Rev.arb. 2000., p.187.

Hohenveldern (I. S.-),

Intervention au Colloque organisé le 15 novembre 1974 par la centre de droit international et étranger de la K.U.L. sur les Contrats entre Etats et personnes privées étrangères, RBDI 1975., p.562.

Hory (A.),

note sous C. Cass. 2^e ch.c, 19 mai 1999, S. Bourey et M. Poincheval ès qual c/ sté scintelle et autre., Rev.arb. 1999., p.593.

Huet (A.),

note sous Aix-en-provence, 25 avril 1988, Etat Haïtien et autres c/ J.cl. Duvalier et autres, JDI 1988., p.799.

Huybrechts (M.), Verougstraete (I.),

Relation avec les juges, La relation entre le juge et l'arbitre: une << relation LAT >> ?, *in* actes du coll. du CEPANI du 28 mars 2003, Bruylant 2003., p.311.

Jacquet (J.-M.),

- La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, JDI 1985., p.327.

- L'État, opérateur du Commerce International, JDI 1989., p.621.

Jarrosson (Ch.),

- Compte rendu de " La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres " 6^e coll. C.C.I. - C.I.R.D.I. - A.A.A., Rev.arb. 1988., p.748.

- La clause compromissoire, (art. 2061 C. civ.), Rev.arb. 1992., p.259.

- Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative, Rev.arb. 1995., p.435.

- L'arbitrage en droit public, AJDA 1997., p.16.

- note sous C. Cass. 2^e ch.c, 18 octobre 2001, SARL sté grenobloise d'investissement c/ sté Eurovia et autres, Rev.arb. 2002., p.359.

- Les frontières de l'arbitrage, Rev.arb. 2001., p.5.

- L'expertise juridique, *in* Mélanges offerts à C. Reymond, Litec 2004., p.127.

Jarvin (S.),

Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? Rev.arb. 1998., p.611.

Jeanclos (Y.),

La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle (éléments d'analyse), Rev.arb. 1999., p.417.

Jèze (G.),

- L'acte juridictionnel et la classification de recours contentieux, RDP 1909., p.667.

- Note de jurisprudence : I. Caractère essentiels des principaux contrats administratifs, RDP 1925., p.445.

Joly (F.),

États-Unis: une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des États étrangers en matière d'arbitrage, Rev.arb. 1990., p.607.

Josse (P.- L.),

L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public, EDCE 1953., p.50.

Kahn (Ph.),

- Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française, JDI 1965., p.338.

- Contrat d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982, JDI 1982., p.844.

Kamto (M.),

La notion de contrat d'Etat: une contribution au débat, *in* Les Etats dans le contentieux économique international: question d'actualité, coll. international organisé par le Comité français de l'arbitrage, 24 janvier 2003., p.1.

Kelsen (H.),

Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, traduit par Ch. Eisenmann, RDP 1926., p.561.

Kessedjian (C.),

Principe de la contradiction et arbitrage, Rev.arb. 1995., p.381.

Kitschenberg (H.),

La conciliation dans les litiges de droit administratif, *in* Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: op.cit., p.77.

Klein (F.-E.),

La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Rev.crit. DIP. 1962., p.621.

Kopelmanas (L.),

La place de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage, AFDI 1961., p.331.

Kovar (R.),

La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *in* Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, éd A. Pedone 1969., p.25.

Krings (V. E.), Matray (L.),

Le juge et l'arbitre, RDIDC 1982., p.227.

L'arbitrage en droit public. Étude rédigée par : Groupe de travail sur l'arbitrage, préside par D. Labetoulle, JCP 2007., éd A, p.36.

Labetoulle (D.),

concl. sous T.C., 21 mars 1983, Union des assurances de Paris et autres c/ secrétaire d'État aux P et T, AJDA 1983., p.356.

Lachaume (J.-F.),

La liaison entre la compétence et du fond en droit administratif, *in* L'exorbitance du droit administratif en question [s], Etudes réunies par F. Melleray, L.G.D.J. 2004., p.71.

Lagarde (P.),

Approche critique de la *lex mercatoria*, *in* Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.125.

Lagarde (X.),

- Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev.arb. 2001., p. 423.
- office du juge et ordre public de protection, JCP 2001., éd G, p.745.

Lalive (J.-F.),

- Un récent arbitrage Suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère, obs. sous Sentence arbitrale *ad hoc* Sapphire International Petroleum Limited c/ National Iranian Oil Company. Annuaire suisse de droit international 1962., p.293.
- Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères. (*Arbitrage Texaco /Calasiatic c/ Gouvernement Libyen*), JDI 1977., p.319.
- Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées Développement récents, RCADI 1983., t.181, p.9.

Lalive (P.),

- Observations, Travaux préparatoires, Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, Genève, le 12 avril 1976, *in* Annuaire de l'IDI 1977, vol 57, t.1, p.224.

- Assurer l'exécution des sentences arbitrales, *in* Arbitrage international, 60 ans après regard sur l'avenir CCI, 1984., p.331.
- Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev.arb. 1986., p.329.

Lampué (P.),

La notion d'acte juridictionnel, RDP 1946., p.5.

Landais (C.), Lenica (F.),

chron. générale de jurisprudence administrative française, AJDA 2006., p.2382.

Lankarani (L.),

Quelques remarques sur la Sentence SPP c/ La République arabe d'Egypte, RBDI 1994., p.533.

Lavialle (Ch.),

Qualification du contrat passé par un sous-concessionnaire, comm. de la décision du tribunal des conflits du 16 octobre 2006, EURL Pharmacie de la gare Sait-Charles et autre c/ sté d'aménagement, de commerce et de concessions, RFDA 2007., p.298.

Lazareff (S.),

L'arbitre est-il un juge ?, *in* Mélanges offerts à C. Reymond, Litec 2004., p.173.

Leboulanger (Ph.),

Etat, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides, Rev.arb. 1986., p.3.

Lemaire (S.),

La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif. Approche critique du projet de réforme du 31 mars 2007, Rev.arb. 2007., p.407.

Lenuzza (I. P.-),

Observations sur le convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, JDI 2005., p.1045.

Leurent (B.),

L'intervention du juge, Rev.arb. 1992., p.303.

Level (P.),

- Une première retouche au droit de l'arbitrage (loi n° 72-626 du 5 juillet 1972), JCP 1972., I.2494.
- La procédure arbitrale, *in* droit et pratique de l'arbitrage international en France, feduci 1984., p.51.
- note sous C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A, JCP 1989., II, n° 21323.
- L'arbitrabilité, Rev.arb. 1992., p.213.

Lichère (F.),

Les contrats de partenariat, Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ?, RDP 2004., p.1547.

Lindon (R.),

concl. sous T.C., 16 janvier 1967, Soc. du Vélodrome du Parc des Princes c/ Ville de Paris, D. 1967., p.416.

Loquin (E.),

- L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev.arb. 1976., p.223.
- Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p.293.
- Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, Rev.arb. 1985., p.199.

- L'application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international, *in* L'apport de la jurisprudence arbitrale, Paris, CCI 1986, p.67.
- Perspectives pour une réforme des voies de recours, *Rev.arb.* 1992., p.321.
- obs. sous Paris 1^{re} ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, *Rev.arb.* 1997., p.380.

Lorieux (A.),

L'expertise et le jugement, *in* thèmes et commentaires sur l'expertise, Dalloz 1995, p.123.

Loussouarn (J.),

Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980, *Rev.arb.* 1980., p.671.

Mantillia-Serrano (F.),

La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, *Rev.arb.* 1992., p.41.

Martor (B.), Thouvenot (S.),

Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française, *RDAI* 2004., p.111.

Matray (D.), Van den berg (A.-J.),

L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, *in* Actes du coll. du C.E.P.A.N.I. du 28 mars 2003, Bruylant 2003., p.86.

Mayer (P.),

- Le mythe de l' << ordre juridique de base >> (ou *Grundlegung*), *in* Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.199.
- Le rôle du droit public en droit international privé, *RIDC* 1986., p.467.

- La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, JDI 1986., p.5.
- La règle morale dans l'arbitrage international, *in* Études offertes à P. Bellet, Litec 1991., p.379.
- L'État et le droit international privé, Droit n° 16, 1992, p.33.
- Le pouvoir des arbitres de régler la procédure; une analyse comparative des systèmes de *civil law* et de *common law*, Rev.arb. 1995., p. 163.

Mazeaud (L.), Vedel (G.),

Électricité de France et Gaz de France ont-ils capacité de compromettre ?, CJEG 1950., p.224.

Mestre (A.),

Les établissements publics industriels et commerciaux et recours à l'arbitrage (L'apport de l'art. 7 de la loi 75-596 du 9 juillet 1975), Rev.arb. 1976., p.3.

Motulsky (H.),

Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle; le respect des droits de la défense en procédure civile, *in* Mélanges P. Roubier, Dalloz, t.2, 1961, p.175.

Munoz (F.),

Les modes alternatifs de règlement des litiges. Pour une logique de la conciliation, AJDA 1997., p.41.

Niboyet (J.-P.),

- note sous Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932 Rev.crit. DIP 1932., p.770.
- Les doubles impositions au point de vue juridique, RCDAI 1930., I, vol.31, p.5.

Oppetit (B.),

- Arbitrage et Contrat d'Etat, L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran, JDI 1984., p.37.

- Arbitrage, médiation, conciliation, Rev.arb. 1984., p.307.
- Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international, JDI 1987., p.5.
- Justice étatique et justice arbitrale, *in* Etudes offertes à P. Bellet, Litec 1991., p.415.

Ortscheidt (J.),

note sous Paris 1^{re} ch.c, 25 mars 2004, Rev.arb. 2004., p.671.

Pacteau (B.),

- Arbitrage en droit administratif, J.-Cl. pr.civ. fasc. 1048.
- Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la loi du 19 août 1986, LPA. 8 octobre 1986, n° 121, p.12.

Pautot (S.),

Le recours à l'arbitrage dans les marchés de bâtiments et de travaux publics, Moniteur des travaux publics, 15 août 1977, p.11.

Pearson (N.),

Nationalité et attaches de l'arbitre, Rev.arb 1970., p.239.

Perrot (R.),

L'application à l'arbitrage des règles du nouveau code procédure civile, *in* " la réforme du droit de l'arbitrage. Décret du 14 mai 1980 ". Travaux de la confédération syndicale des avocats et du Comité français de l'arbitrage., Paris 25 septembre 1980, Rev.arb. 1980., p.642.

Personnes morales de droit public et recours à l'arbitrage, JCP 2007., éd G, pp.3-7.

Picard (E.),

La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative; aspects administratifs, JCP 1995.,I, 3840.

Pluyette (G.),

Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires, Rev.arb. 1997., p.505.

Pommier (J.-Ch.),

La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre, JDI 1992., p.5.

Prévost (J.-F.),

A la recherche du critère du contrat administratif, (la qualité des contractants), RDP 1971., p.817.

Puisoye (J.),

Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, AJDA 1969., p.277.

Ragonesi (V.),

La conciliation dans le cadre des litiges entre l'administration et les personnes privées, *in* Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: op.cit., p.135.

Rainaud (J.-M.),

Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public ?, RDP 1985., p.1183.

Rambaud (P.),

L'affaire << des Pyramides >>, AFDI 1985., p.508.

Rapp (L.),

France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid, AJDA 2004., p.579.

Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des juridictions administratives, RFDA 1990., p.481.

Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, Rev.arb. 2007., pp.651-672.

Ribs (J.),

- Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, JCP 1990., 3465.
- Les personnes morales de droit public et l'arbitrage en droit français, *in* Le rôle de l'État dans le développement de l'économie, Approches nationales, Bruylant 1997. p.654.

Rigaux (F.),

Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, Rev.crit. DIP 1978., p.435.

Rivero (J.),

- Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953., p.279.
- Personnes morales de droit public et arbitrage, Rev.arb. 1973., p.263.

Rivier (M.-C.),

note sous C. Cass. 2^e ch.c, M. c/ sté Groupe Capitales (Perinvest), Rev.arb. 2004., p.359.

Robert (J.),

L'arbitrage en matière internationale, Commentaire du décret n° 81-500 du 21 mai 1981 (art. 1492 à 1507 nouv. c.pr.civ.), D. 1981., chron. p.209.

Robin (G.),

Arbitrage international et personnes morales de droit public, RDAI 2002., p.871.

Romieu (J.),

- concl. sous C.E., 6 février 1903, Sieur Terrier, Rec., p.94.
- concl. sous C.E., 17 mars 1893, Chemins de fer du Nord, S. 1894. 3. p.119.

Roulet (J.-D.),

La convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Annuaire Suisse de droit international* 1965., p.121.

Rouquette (R.),

Marchés des collectivités locales, comment régler le contentieux?, *Moniteur des travaux publics du Bâtiment*, 31 mars 1989, p.63.

Salem (M.),

Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, *JDI* 1986., p.579.

Sarrailhé (Ph.),

L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre devant les juges anglais, *Rev.arb.* 2001., p.211.

Sauvel (T.),

Histoire du jugement motivé, *RDP* 1955., p.5.

Schaeffer (E.),

Développement de l'économie et sécurité juridique des transactions, *in* Le rôle de l'État dans le développement de l'économie, *Approches nationales*, Bruylant 1997., p.30.

Seraglini (Ch.),

- La sentence arbitrale. Amiable compositeur : prière de ne pas oublier d'apposer la mention << équitable >>, *JCP* 2004., éd G, p.501.

- Les conventions d'arbitrage, " L'appréciation par l'arbitre de sa compétence : prioritaire mais pas souveraine, *JCP* 2004., éd G, p.502.

Storme (M.),

L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé, *Rev.arb.* 1978., p.113.

Synvet (H.),

Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger, JDI 1985., p.865.

Teboul (G.),

Arbitrage international et personnes morales de droit public, AJDA 1997., p.25.

Terré (F.),

- L'internationalité du juge dans l'arbitrage, *in* l'internationalité dans les institutions et le droit., Convergences et défis, *in* Mélanges offerts à A. Plantey 1995., p.219.

- L'arbitrage, essence du juridique, *in* Mélanges offerts à C. Reymond, Litec 2004., p.309.

Thieffry (J.),

L'exécution des sentences arbitrales, "Éléments de droit comparé", Rev.arb. 1983., p.423.

Touscoz (J.),

Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I), JDI 1987., p.901.

Tschanz (P.-Y.),

- Contrats d'Etats et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, Rev.crit. DIP 1985., p.47.

- Indépendance des arbitres en droit Suisse, Rev.arb. 2000., p.523.

Vallindas (P. G.),

Droit international privé *lato sensu ou stricto sensu*, *in* Mélanges offerts à J. Maury; t.1, Dalloz & Sirey 1960., p.509.

Van Hecke (G.),

Droit public et conflit de lois, T.C.F.D.I.P. 1983-1984., p.225.

Vedel (G.),

- Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, (travaux du Congrès International de 1961) Rev.arb. 1961., p.116.
- Doctrine et jurisprudence constitutionnelles, RDP 1989., p.11.

Velissaropoulos-Karakostas (J.),

L'arbitrage dans la Grèce antique, Epoques archaïque et classique, Rev.arb. 2000., p.9.

Verhoeven (J.),

- Droit international des contrats et droit des gens. A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c/ Etat libyen, RBDI 1978-1979., I, p.209.
- Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères: des règles spécifiques ?, *in* Les Etats et l'arbitrage international, journée du Comité français de l'arbitrage, Rev.arb. 1985., p.609.

Verrier (P.),

Le Médiateur, Loi de 3 janvier 1973, RDP 1973., p. 941.

Virally (M.),

Un tiers droit? Réflexions théoriques, *in* Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.373.

Walde (T.),

Stabilité du contrat, règlement des litiges et renégociation mécanismes en faveur d'une communauté d'intérêts dans la coopération internationale pour le développement des ressources minérales, Rev.arb. 1981., p.203.

Waline (M.),

A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent, RDP 1961., p.8.

Weil (P.),

- Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, RCADI 1969., III, t.128, p.95.
- Le critère du contrat administratif en crise, *in* Mélanges offerts à M. Waline, Le juge et le droit public, L.G.D.J. 1974., t II, p.831.
- Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *in* Mélanges offerts à Ch. Rousseau, La communauté internationale, Paris, A. Pedone 1974., p.301.
- Droit international et contrats d'Etat, *in* Mélanges offerts à P. Reuter, Le droit international: unité et diversité, Paris, A. Pedone 1981., p.549.
- Principe généraux du droit et contrats d'État, *in* Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.387.

Wengler (W.),

Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ?, RGDIP 1972., p.313.

Zweigert (K.),

Droit international privé et droit public, Rev.crit. DIP 1965., p.645.

4 - Les Dictionnaires :

- Cornu (G.), Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF 1987.
- Dictionnaire Hachette, encyclopédique.
- Larousse : Dictionnaire étymologique.
- Quicherat (L.), Daveluy (A.), Dictionnaire Latin-Français, Librairie Hachette.
- Robert : Dictionnaire méthodique du Français actuel.

قائمة الاختصارات

Table des abréviations

AAA.	American Arbitration Association (États-Unis).
AFA.	Association française d'arbitrage.
AFDI.	Annuaire français de droit international.
AIA.	Association italienne d'arbitrage.
AJDA.	L'actualité juridique. Droit administratif.
APD.	Archives de philosophie du droit.
art.	article(s).
art.préc.	article précité.
Bull.CIA/CCI.	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce international.
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles.
c.	civil.
C.A.	Cour d'appel.
C.A.A.	Cour administrative d'appel.
CAMP	Chambre arbitrale maritime de Paris.
C.C.	Conseil constitutionnel.
C. Cass.	Cour de cassation.
CCI.	Chambre de commerce internationale.
C.E.	Conseil d'État.
ch.	chambre.
chron.	Chronique.
CIJ.	Cour internationale de justice.
CIRDI.	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
CJEG.	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.
CMAF.	Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris.
CNUDCI	Commission des Nation Unis pour le Droit Commerce International
coll.	colloque.
com.	commercial (e).
comm.	Commentaire (s).

concl.	conclusion(s).
D.	Recueil Dalloz (puis <i>Le Dalloz</i>).
DA.	Droit administratif.
Dr.soc.	Droit social.
éd.	édition.
EDCE.	Études et Documents Conseil D'État.
esp.	espèce.
GAJA.	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.
Gaz.Pal.	Gazette du Palais.
IDI.	Institut de Droit International.
J.-Cl.dr.	Juris-Classeur de droit international.
intern.	
J.-Cl. pr.civ.	Juris-Classeur de procédure civile.
JCP, éd A.	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique), édition administrations et collectivités territoriales .
JCP, éd G.	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique), édition générale.
JCP, éd N et I.	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique), édition notariale et immobilière.
JDI.	Journal du droit international << Clunet >> .
J.O.	Journal officiel de la République française.
LCIA	London Court of International Arbitration.
LPA.	Les Petites Affiches.
NCPC.	Nouveau Code de procédure civiles.
obs.	observation(s).
OHADA.	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
OMPI.	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.
op.cit.	opere citato.
Ord.réf.	Ordonnance de référé.
p.	page.
PUF.	Presses universitaires de France.
RBDI.	Revue belge de droit international.

<i>R.C.A.D.I.</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international.
<i>RDAl.</i>	Revue de Droit des Affaires Internationales.
<i>RDIDC.</i>	Revue de Droit international et Droit Comparé.
<i>RDP.</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.
<i>Rec.</i>	Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel.
<i>Rec.</i>	Recueil des décisions du Conseil d'Etat.
<i>Rev.arb.</i>	Revue de l'arbitrage.
<i>Rev.crit. DIP.</i>	Revue critique de droit international privé.
<i>RFDA.</i>	Revue française de droit administratif.
<i>RGDIP.</i>	Revue générale de droit international public.
<i>RIDC.</i>	Revue Internationale de Droit Comparé.
<i>RIDE.</i>	Revue Internationale de Droit Economique.
<i>S.</i>	Recueil Sirey.
<i>s.</i>	suivant (e) (s) (es).
<i>spéc.</i>	Spécialement.
<i>sté.</i>	Société.
<i>t.</i>	table.
<i>t.</i>	tome.
<i>T.</i>	Tribunal.
<i>T.C.</i>	Tribunal des conflits.
<i>T.C.F.D.I.P.</i>	Travaux du Comité français de droit international privé.
<i>TGI.</i>	Tribunal de grande instance.
<i>Trib. Adm.</i>	Tribunal administratif.
<i>Trib.civ.</i>	Tribunal civil.
<i>vol.</i>	volume.
<i>YB</i>	Yearbook Commercial Arbitration.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
مقدمة عامة	١

باب تمهيدي

نظرة عامة في معيار تمييز العقود الإدارية وأهم صورها

١١	تمهيد وتقسيم
١٣	الفصل الأول : الاتجاهات القضائية والفقهية في معيار تمييز العقود الإدارية
١٥	المبحث الأول : المعيار العضوي
١٦	المطلب الأول : إذا كان أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً وزالت عنه صفته العامة
٢٠	المطلب الثاني : إذا كان طرفا العقد أشخاصاً معنوية عامة
٢٥	المطلب الثالث : إذا كان طرفا العقد من أشخاص القانون الخاص
٣٢	المبحث الثاني : المعيار الموضوعي
٣٣	المطلب الأول : فكرة المرفق العام
٣٥	أولاً : مفهوم المرفق العام
٣٧	ثانياً : صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام
٣٧	١ - تنفيذ المرفق العام ذاته من جانب المتعاقد مع الإدارة
٤٠	٢ - إذا كان العقد يشكل طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام ذاته
٤٢	٣ - المشاركة أو المساهمة في تنفيذ مرفق عام
٤٤	ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري

٤٨	المطلب الثاني : إتباع أساليب القانون العام.....
	أولاً : تعريف الشروط الاستثنائية غير مألوفة في القانون
٤٨	الخاص.....
	ثانياً : صور الشروط غير مألوفة على ضوء آراء الفقه
٥٠	وأحكام القضاء.....
	١- الشروط المتضمنة ممارسة امتيازات السلطة العامة.....
٥١	٢- الشروط التي لا يمكن تفسيرها أو تنفيذها إلا على
٥٤	ضوء نظريات القانون الإداري.....
٥٤	٣- الإحالة إلى دفتر الشروط العامة.....
	ثالثاً : تطور الشروط الاستثنائية إلى فكرة النظام
٥٥	الاستثنائي في القانون الخاص.....
٥٩	الفصل الثاني : التعريف بأهم صور العقود الإدارية.....
	المبحث الأول : عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته الحديثة على عقود
	البوت.....
٦٠	المطلب الأول : الإطار العام لعقد الامتياز.....
٦٠	أولاً : تعريف عقد الامتياز.....
٦٠	ثانياً : عناصر عقد الامتياز.....
٦٣	ثالثاً : النظام القانوني لعقد الامتياز.....
٦٤	المطلب الثاني : عقود البوت.....
٧١	أولاً : معنى عقود البوت.....
٧٢	ثانياً : نشأة عقود البوت.....
٧٤	ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البوت.....
٧٦	المبحث الثاني : عقد الأشغال العامة.....
٨٠	أولاً : أن يكون موضوع الأشغال منصّباً على عقار.....
٨١	ثانياً : أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.....
٨١	ثالثاً : أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع
٨٢	عام.....
٨٣	رابعاً : الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد.....
٨٥	المبحث الثالث : عقد التوريد.....

القسم الأول

التحكيم ومدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية له

٩٣	تمهيد وتقسيم.....
٩٤	الباب الأول : ماهية التحكيم.....
٩٥	الفصل الأول : التعريف بالتحكيم وبيان طبيعته القانونية.....
٩٥	المبحث الأول : تعريف التحكيم ولمحة تاريخية عنه.....
٩٥	المطلب الأول : تعريف التحكيم.....
٩٥	أولاً : المعنى اللغوي للفظ التحكيم.....
٩٥	١ - في اللغة العربية.....
٩٦	٢ - الأصل التاريخي والمعنى اللغوي للفظ التحكيم في اللغة الفرنسية.....
٩٧	ثانياً : موقف المشرع من تعريف التحكيم.....
٩٨	ثالثاً : موقف الفقه من تعريف التحكيم.....
١٠١	رابعاً : موقف القضاء من تعريف التحكيم.....
١٠٢	خامساً : التعريف المقترح للتحكيم.....
١٠٥	المطلب الثاني : لمحة تاريخية عن التحكيم عند العرب وفي فرنسا.....
١٠٦	أولاً : لمحة تاريخية عن التحكيم عند العرب.....
١٠٦	١ - مرحلة ما قبل الإسلام.....
١١١	٢ - التحكيم عند العرب بعد الإسلام.....
١١٩	ثانياً : لمحة تاريخية عن التحكيم في فرنسا.....
١١٩	١ - فترة ما قبل الثورة الفرنسية.....
١٢٤	٢ - فترة ما بعد الثورة.....
١٢٨	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.....
١٢٩	المطلب الأول : نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم.....
١٣١	أولاً : الأسانيد.....
١٣٣	ثانياً : النقد.....
١٣٣	المطلب الثاني : نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.....

١٣٧	
١٤٠	 ثانياً : النقد
١٤٠	 المطلب الثالث : نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم
١٤١	 أولاً : الأسانيد
١٤٢	 ثانياً : النقد
١٤٢	 المطلب الرابع : نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم
١٤٣	 أولاً : الأسانيد
١٤٤	 ثانياً : النقد
١٥٢	 تحليل وترجيح
	 الفصل الثاني : تمييز التحكيم وأنواعه
١٥٣	المبحث الأول : تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة
١٥٣	 له
١٥٣	 المطلب الأول : التحكيم والصلح
١٥٥	 أولاً : تعريف
١٥٦	 الصلح
١٥٨	 ثانياً : أوجه الشبه بين الصلح والتحكيم
١٦٢	 ثالثاً : أوجه الاختلاف بين الصلح والتحكيم
١٦٦	 المطلب الثاني : التحكيم والتوفيق
١٦٧	 المطلب الثالث : التحكيم والخبرة
١٦٨	 المبحث الثاني : أنواع التحكيم
١٦٨	 المطلب الأول : التحكيم الوطني والتحكيم الدولي
١٦٩	 أولاً : المعيار الاقتصادي
١٧٢	 ١ - معيار المد والجزر
١٧٦	 ٢ - معيار مصالح التجارة الدولية
١٧٦	 ثانياً : المعيار القانوني
١٧٩	 المطلب الثاني : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري
	 أولاً : التحكيم الاختياري
	 ثانياً : التحكيم الإجباري
١٨٤	 الباب الثاني : مدى قابلية خضوع المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية للتحكيم
١٨٦	
١٨٧	 الفصل الأول : مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي
١٨٨	 المبحث الأول : وضع المسألة في فرنسا

المطلب الأول : الأساس القانوني لمبدأ حظر اللجوء إلى
التحكيم.....
الموضوع

- ١٨٨ أولاً : النصوص التشريعية المانعة للتحكيم في العقود
الإدارية.....
١٨٨ ١- المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية
١٩٢ القديم.....
١٩٥ ٢- المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني.....
ثانياً : المبادئ العامة للقانون كأساس لمبدأ حظر اللجوء
إلى التحكيم.....
١٩٦ ١- حظر التحكيم استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات
٢٠٠ الإدارية والقضائية.....
٢٠٢ ٢- فكرة النظام العام كأساس لمنع التحكيم.....
٣- القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون المانعة من
اللجوء إلى التحكيم.....
٢٠٦ المطلب الثاني : تأييد القضاء لمبدأ حظر اللجوء إلى
التحكيم.....
٢٠٦ أولاً : عرض موقف مجلس
الدولة.....
٢٠٨ ١- المعيار العضوي في فقه قضاء مجلس الدولة
الفرنسي.....
٢١٠ ٢- المبادئ العامة للقانون العام في فقه قضاء مجلس الدولة
الفرنسي.....
٢١٣ ٣- المعيار الموضوعي في فقه قضاء مجلس الدولة
الفرنسي.....
٢١٥ ثانياً : تأييد أحكام القضاء العادي لمبدأ الحظر التحكيم
الداخلي.....
٢١٥ المطلب الثالث : التخفيف من مبدأ حظر اللجوء إلى
التحكيم.....
٢٢٠ أولاً : الاستثناء المتعلق بتصفية نفقات عقود الأشغال
٢٢٥ العامة والتوريدات.....
ثانياً : الاستثناء المتعلق بالمؤسسات العامة ذات الطابع
الصناعي والتجاري.....
٢٢٦ ثالثاً : الاستثناء المتعلق بعقد الشراكة PPP.....
٢٢٩ أ- حكم مجلس الدولة الصادر في قضية Sueur
بتاريخ ٢٩ من أكتوبر عام ٢٠٠٤.....

ب - قرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ ٢ من
ديسمبر عام ٢٠٠٤.....

٢٣٥

الموضوع

٢٣٦

٢٣٦

٢٣٦

٢٣٩

٢٤١

٢٤٢

٢٤٣

٢٤٥

٢٤٥

٢٤٥

٢٤٧

٢٤٧

٢٥٠

٢٥٠

٢٥٠

٢٥٤

٢٥٨

٢٥٨

٢٥٨

٢٥٩

٢٦٢

٢٦٢

٢٦٥

٢٦٧

٢٦٩

٢٦٩

٢٦٩

٢٧٠

المبحث الثاني : وضع المسألة في مصر.....

المطلب الأول : المرحلة السابقة على صدور القانون رقم

٩٤/٢٧.....

أولاً : تبين موقف الفقه.....

١ - الفقه المعارض.....

٢ - الفقه المؤيد.....

ثانياً : عرض موقف مجلس الدولة.....

١ - موقف الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع.....

٢ - موقف القضاء الإداري.....

المطلب الثاني : مرحلة صدور القانون رقم ٩٤/٢٧.....

أولاً : الرأي المجيز للتحكيم في العقود

الإدارية.....

ثانياً : الرأي الرافض للتحكيم في منازعات العقود

الإدارية.....

المطلب الثالث : مرحلة صدور القانون رقم ٩٧/٩ وحسم الخلاف

حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية.....

أولاً : نطاق تطبيق القانون رقم ٩٧/٩.....

١ - النطاق الموضوعي.....

٢ - النطاق الزمني.....

ثانياً : السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم

والقيد الوارد عليها.....

١ - السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم

والأثر المترتب على عدم وجودها.....

أ - موقف القضاء.....

ب - موقف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري

الدولي.....

٢ - القيد الوارد على السلطة المختصة بالموافقة على

اللجوء إلى التحكيم.....

المبحث الثالث : وضع المسألة في دول مجلس التعاون الخليجي.....

المطلب الأول : الخلاف والتردد حول التحكيم في منازعات العقود

الإدارية في دولة الكويت وسلطنة عمان.....

أولاً : عرض موقف القانون الوضعي لدولة

الصفحة	الكويت.....	
	١- مدى جواز خضوع العقود الإدارية للتحكيم	
	العادي.....	
٢٧١		الموضوع
٢٨٠	٢- مدى جواز خضوع العقود الإدارية للتحكيم	
	القضائي.....	
	ثانياً : عرض موقف القانون الوضعي لسلطنة	
٢٨٢	عُمان.....	
	١- حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر	
	في قضية وزارة النفط والغاز بتاريخ ٢٥ من يونيو عام	
	٢٠٠٦ ورفض أسلوب التحكيم.....	
٢٨٤	٢- حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر	
	في قضية وزارة الإسكان والكهرباء والمياه بتاريخ ١٩ من	
	يونيو عام ٢٠٠٧ والتأكيد على رفض أسلوب	
٢٨٥	التحكيم.....	
	٣- حكم الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري	
	الصادر بتاريخ ٢١ من ابريل عام ٢٠٠٨ وإباحة اللجوء	
	إلى التحكيم.....	
٢٨٧	٤- حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر	
٢٩٠	في قضية وزارة الإسكان والكهرباء ضد شركة الإنجاز	
	للبناء بتاريخ ٢٩ من يونيو عام ٢٠٠٨ والتصميم على مبدأ	
	عدم مشروعية التحكيم.....	
٢٩٤	تعقيب.....	
٢٩٤	المطلب الثاني : الاتجاه المؤيد لمشروعية التحكيم في منازعات	
	العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية وفي دولة	
٢٩٥	قطر.....	
	أولاً : المملكة العربية السعودية.....	
٢٩٧	١- مرحلة صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ وتاريخ	
٢٩٩	١٣٨٣/١/١٧ هـ.....	
	٢- مرحلة صدور نظام التحكيم الحالي ولائحته	
٣٠١	التنفيذية.....	
٣٠٣	ثانياً : دولة قطر.....	
	الفصل الثاني : مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم	
٣٠٥	الدولي.....	
	المبحث الأول : التكييف القانوني لعقود الدولة.....	
٣٠٥	المطلب الأول : مدى إمكانية تطبيق منهج تنازع القوانين على	

الصفحة	الموضوع
.....	العقود الإدارية
.....	أولاً : النظرة التقليدية للقانون العام لمنهج تنازع القوانين
٣٠٦	
٣٠٨	
٣١١	١ - مبدأ إقليمية القوانين
٣١١	٢ - مبدأ ارتباط الاختصاص بالموضوع
.....	ثانياً : تطور النظرة التقليدية للقانون العام لمنهج تنازع القوانين
٣١٤	
.....	١ - التخلي عن مبدأ إقليمية القوانين
٣٢٦	٢ - الفصل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي
٣٢٦	
٣٢٨	المطلب الثاني : تطبيق المعايير التقليدية لتمييز العقود الإدارية على عقود الدولة
.....	أولاً : المعيار العضوي
٣٣٠	
.....	ثانياً : المعيار الموضوعي
٣٣١	المبحث الثاني : العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وقاعدة الحظر الواردة في القانون الوضعي الداخلي
.....	المطلب الأول : اتجاه القضاء العادي الفرنسي نحو إقرار التحكيم الدولي في منازعات العقود الإدارية
٣٣١	
٣٣١	أولاً : مبدأ مشروعية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الدولي
.....	١ - مبدأ مشروعية لجوء الأشخاص العامة الوطنية إلى التحكيم الدولي
٣٣٦	
٣٣٩	٢ - امتداد مبدأ مشروعية التحكيم الدولي إلى الأشخاص العامة الأجنبية
.....	ثانياً : مدى امتداد اتجاه القضاء العادي إلى منازعات العقود الإدارية
٣٣٩	
٣٤٠	١ - خضوع عقود الإدارة الخاصة لمجال التحكيم الدولي
.....	
٣٤٥	٢ - خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي
.....	
٣٤٨	المطلب الثاني : تأييد أحكام التحكيم لموقف القضاء العادي
.....	
٣٥٢	المطلب الثالث : موقف مجلس الدولة الفرنسي الراض لخضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي
.....	
٣٥٣	المبحث الثالث : تأييد التحكيم الدولي في العقود الإدارية بموجب

الصفحة	نصوص القانون الداخلي والمعاهدات الدولية.....
	المطلب الأول : نصوص القانون الداخلي المؤيدة للتحكيم الدولي
٣٥٣	الموضوع
٣٥٤	أولاً : فتوى مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في ٦ من مارس عام ١٩٨٦
٣٥٥	ثانياً : تدخل المشرع الفرنسي بقانون ١٩ من أغسطس لعام ١٩٨٦
٣٥٦	١- أن يكون موضوع العقد متعلق بتحقيق مصلحة قومية.....
٣٦٠	٢- الشرط الخاص بأطراف العقد.....
٣٦٠	المطلب الثاني : الاتفاقيات الدولية
٣٦٢	أولاً : الاتفاقيات الدولية المؤيدة لخضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي
٣٦٤	١- اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ ٢١ من ابريل عام ١٩٦١.....
٣٧١	٢- اتفاقية واشنطن المبرمة بتاريخ ١٨ من مارس عام ١٩٦٥.....
٣٧١	ثانياً : قدرة الاتفاقيات الدولية على اختراق قاعدة الحظر الواردة في القانون الوضعي الداخلي
٣٧٤	١- المرتبة التي تحتلها الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي.....
	٢- قدرة الاتفاقيات الدولية على إزالة الحظر الوارد في القانون الداخلي.....

القسم الثاني

٣٨١ **التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية**

٣٨٢	تمهيد وتقسيم.....
٣٨٣	الباب الأول : التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية
٣٨٤	
٣٨٥	
٣٨٦	الفصل الأول : إجراءات التحكيم
	المبحث الأول : تشكيل هيئة التحكيم

الصفحة	المطلب الأول : تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف.....
	أولاً : الشروط الملزمة بحكم القانون.....
٣٨٦	
٣٨٧	الموضوع
٣٩٤	
٣٩٦	١- الأهلية المدنية.....
٣٩٧	٢- الاستقلال والحيدة.....
٣٩٩	٣- وترية العدد.....
	ثانياً : الشروط المتروكة لحرية الأطراف.....
٤٠١	١- الجنسية.....
	٢- الخبرة.....
٤٠٢	المطلب الثاني : تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة
٤٠٢	التحكيم.....
٤٠٤	أولاً : شروط تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة
٤٠٩	التحكيم.....
٤٠٩	١- وجود نزاع.....
٤١٢	٢- وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم.....
	ثانياً : تحديد المحكمة المختصة باختيار المحكمين.....
٤١٥	١- موقف المشرع.....
	٢- موقف الفقه.....
٤١٥	ثالثاً : ضوابط تدخل المحكمة المختصة في تشكيل هيئة
٤١٦	التحكيم.....
	١- احترام الشروط التي حددها القانون وتلك التي
٤١٦	اتفق عليها الأطراف.....
٤١٨	٢- صدور قرار المحكمة دون تأخير.....
٤٢٠	٣- عدم قابلية الطعن في القرار الصادر بتعيين
	المحكم.....
٤٢٢	٤- أن يكون الطلب في صورة دعوى.....
٤٢٣	المبحث الثاني : إجراءات سير خصومة التحكيم.....
	المطلب الأول : ارتباط إجراءات خصومة التحكيم بالقانون
٤٢٥	الخاص.....
٤٢٥	أولاً : النشأة الاتفاقية لإجراءات التحكيم.....
٤٢٧	ثانياً : سلطة المحكمين في وضع التنظيم الإجرائي
٤٢٨	لخصومة التحكيم.....
٤٢٩	١- المبدأ القانوني.....
	٢- القيود التي ترد على سلطة المحكم.....
٤٣٤	أ- ضرورة الالتزام باتفاق الخصوم.....

الصفحة	ب - احترام المبادئ الأساسية في التقاضي.....	
	ج - ضرورة احترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام.....	
٤٣٥		الموضوع
٤٣٦	د - احترام بعض القواعد الإجرائية المتبعة أمام القضاء.....	
٤٣٨	المطلب الثاني : تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم.....	
٤٤١	أولاً : سلطة المحكم في الفصل في الدفع المتعلقة باختصاصه وولايته.....	
٤٤٢	ثانياً : سلطة المحكم في فحص مشروعية القرارات الإدارية.....	
٤٤٧	١ - فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد.....	
٤٤٨	٢ - سلطة المحكم إزاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد.....	
	أ - المحكم وإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد.....	
٤٥٣	ب - المحكم وفحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد.....	
٤٥٨	إلغاءها.....	
٤٦٢	ثالثاً : فحص مشروعية اتفاق التحكيم بين اختصاص المحكم واختصاص القاضي الإداري.....	
٤٦٤		الفصل الثاني : حكم التحكيم
٤٦٥		المبحث الأول : مفهوم حكم التحكيم.....
٤٦٦		المطلب الأول : العمل القضائي وحكم التحكيم على ضوء نظريات القانون الإداري.....
٤٧٠		أولاً : المعايير الشكلية.....
٤٧٦		ثانياً : المعايير المادية.....
٤٧٧		المطلب الثاني : شكل حكم التحكيم ومحتواه.....
٤٨٤		أولاً : تسبيب الأحكام على ضوء ما ورد في الشريعة العامة للتحكيم.....
٤٨٨		ثانياً : مدى ملائمة تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالتسبيب على أحكام التحكيم الإداري.....
٤٨٩		المبحث الثاني : الرقابة القضائية على حكم التحكيم.....
٤٨٩		المطلب الأول : طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم.....
٤٩٣		

٤٩٧	أولاً : الاستئناف.....	الموضوع
٥٠١	١- مدى إمكانية استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري.....	
٥٠١	٢- أسباب استبعاد نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري.....	
٥٠٢	ثانياً : الطعن بالبطلان.....	
٥٠٥	١- الوضع المقرر في فرنسا.....	
٥١٠	٢- الوضع المقرر في دول مجلس التعاون الخليجي.....	
٥١٣	٣- الوضع المقرر في مصر.....	
٥١٤	ثالثاً : اعتراض الغير.....	
٥١٧	رابعاً : التماس إعادة النظر.....	
٥٢٣	خامساً : مدى جواز الطعن بطريق النقض في أحكام التحكيم.....	
٥٢٤	المطلب الثاني : تحديد القضاء المختص بإجراء الرقابة على حكم التحكيم.....	
٥٢٤	المبحث الثالث : تنفيذ حكم التحكيم.....	
٥٢٧	المطلب الأول : النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الإداري.....	
٥٣٠	أولاً : تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.....	
٥٣١	ثانياً : تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.....	
٥٣٩	المطلب الثاني : صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة وحدودها.....	
٥٤٧	أولاً : وسائل الإلزام المنصوص عليها في القانون الداخلي.....	
٥٤٨	ثانياً : تمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ في المجال الدولي وحدودها.....	
٥٤٩	الباب الثاني : التنظيم الموضوعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.....	
٥٥١	الفصل الأول : القانون واجب التطبيق على الموضوع.....	
٥٥٨	المبحث الأول : دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع.....	
	المطلب الأول : حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق.....	

الصفحة	على الموضوع.....
	المطلب الثاني : الدور الاحتياطي للمحكم في تحديد القانون واجب
٥٥٨	التطبيق على الموضوع.....
	الموضوع
٥٦٤	
٥٦٥	أولاً : اللجوء إلى منهج تنازع القوانين.....
٥٦٨	ثانياً : تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع دون
	المرور على منهج تنازع القوانين.....
٥٧١	١- النظرية الذاتية أو الشخصية.....
	٢- النظرية الموضوعية.....
٥٧٢	المبحث الثاني : خضوع العقود الإدارية للقانون الوطني للدولة
	المتعاقدة.....
٥٧٥	المطلب الأول : قدرة الأطراف في الاتفاق على تطبيق قانون
	الدولة المتعاقدة.....
٥٧٨	أولاً : عدم كفاية وملئمة القانون الوطني لحكم العلاقات
	الاقتصادية الدولية الحديثة.....
٥٨٠	ثانياً : استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً إلى
	فكرة الحيادية.....
٥٨٣	المطلب الثاني : الحد من القدرة القانونية للدولة بواسطة شرط
٥٩٠	الثبات التشريعي.....
	أولاً : أساس شرعية شرط الثبات التشريعي ومدي مساهمة
٥٩٠	بسيادة الدولة.....
	ثانياً : النطاق النسبي لشروط الثبات التشريعي.....
٥٩٢	١- شرط الثبات التشريعي لا ينفي الطابع الإداري
	عن العقد.....
٥٩٧	٢- احتفاظ الدولة بكامل سيادتها بالرغم من اتفاقها
٥٩٨	على تثبيت القانون واجب التطبيق.....
	المبحث الثالث : خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني غير منتمي
٥٩٨	للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.....
	المطلب الأول : تطبيق القانون الدولي العام.....
٥٩٨	أولاً : آراء الفقه المؤيدة لخضوع العقود الإدارية للقانون
	الدولي العام.....
٦٠٢	١- خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام
	استناداً إلى تمركزها في النظام القانوني الدولي.....
٦٠٦	٢- خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام
	استناداً إلى تكييفها كاتفاقيات دولية.....
٦٠٩	٣- تمتع الأشخاص الخاصة بالشخصية القانونية

ثانياً : خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام وفقاً
اتفاقية واشنطن

٦١٠

الموضوع

١- الدور المكمل والمصحح الذي يلعبه القانون

٦١٤

الدولي

٦٢٠

٢- الدور المكمل والمصحح الذي يلعبه القانون

٦٢١

الدولي مقصور على حالة غياب اتفاق الأطراف على

٦٢٢

القانون واجب التطبيق

٦٢٢

المطلب الثاني : تطبيق القواعد العابرة للدول

٦٢٣

أولاً : ماهية القواعد عبر الدولية

١- مضمون القواعد عبر الدولية

٦٢٦

أ- أعراف التجارة الدولية

٦٢٧

ب - المبادئ العامة للقانون

٦٢٨

٢- موقف القانون الوضعي للدول محل الدراسة من

٦٣٠

مشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية

أ- قضية Fougerolle

٦٣٢

ب - قضية Norsolor

٦٣٨

ج - قضية Valenciana

٦٤٠

ثانياً : مدى إمكانية خضوع العقود الإدارية للقواعد عبر

٦٤١

الدولية

الفصل الثاني : التحكيم الطليق ومنازعات العقود الإدارية

٦٤٣

المبحث الأول : الإطار العام لفكرة التحكيم الطليق

٦٤٧

المطلب الأول : النشأة الاتفاقية لسلطات المحكم الطليق

٦٥١

أولاً : استبعاد المحكم لأحكام القانون الموضوعي أمر

٦٥١

واجب أم مجرد رخصة ممنوحة له

٦٥٢

ثانياً : سلطة المحكم الطليق إزاء نصوص العقد

٦٥٤

المطلب الثاني : النظام العام كقيد على سلطات المحكم الطليق

٦٥٥

أولاً : المحكم الطليق والنظام العام الداخلي

٦٥٥

١- النظام العام التوجيهي

٦٥٧

٢- النظام العام الحمائي

ثانياً : المحكم الطليق والنظام العام الدولي

٦٦٤

١- النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني

٦٧٣

٢- النظام العام عبر الدولي

٦٨٣

المبحث الثاني : مدى ملائمة نقل فكرة التحكيم الطليق إلى التحكيم

٧٤٣

الإداري

.....الخاتمة

.....قائمة المراجع

.....المحتوى