

القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقد الإداري

المستشار الدكتور / مال الله جعفر الحمادي

مدير إدارة التشريع والجريدة الرسمية

هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين

فصل تمهيدي

مفهوم التحكيم وطبيعته وتمييزه عما قد يتشابهه معه وأنواعه

لا شك أن التحكيم في مجال العقود الإدارية يعتبر وسيلة فاعلة ومهمة جداً لحسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة ، وذلك عن طريق استبعاد القضاء الوطني في الدولة نظراً لما يسببه هذا القضاء من تعطيل لمصالح الأطراف نتيجة طول أمد التقاضي ، كما يساهم اللجوء إلى التحكيم في التقليل مما يثار من منازعات أمام القضاء ، إضافة إلى ذلك فإن له دوراً كبيراً ومؤثراً في جذب رؤوس الأموال الأجنبية والمساهمة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية بالذات في الدول النامية .

ونظراً لتلك الأهمية المتزايدة للتحكيم ، فإن الأمر يتطلب منا بيان مفهوم التحكيم وتعريفه وطبيعته القانونية وتمييزه عن غيره من النظم المشابهة وأخيراً نستعرض أنواع التحكيم ، وذلك من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : مفهوم التحكيم .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم .

المبحث الثالث : تمييز التحكيم عما قد يتشابهه معه .

المبحث الرابع : أنواع التحكيم .

المبحث الأول

مفهوم التحكيم

سنتناول في هذا العرض المعنى اللغوي والمعنى الفني للتحكيم .

أ - المعنى اللغوي للفظ التحكيم :

« التحكيم في اللغة إطلاق اليد في الشيء ، أو تفويض الأمر للغير ، ولذلك يقال حكم الخصمان

فلاناً ، أي جعلاً له النظر في منازعتهما» ١ .

« وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم ، ويقال حكمتنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا »
ويأتي التحكيم في اللغة من مصدر حكّم بتشديد الكاف مع الفتح وهو بمعنى التمييز في الحكم ويعرفه ابن
خلدون في مقدمته بأنه (اتخاذ الخصمين حكماً برضاؤهما للفصل في خصومتها ودعواهما) .
وفي القرآن الكريم « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك له فيما شجر بينهم» ٢ .

ب - المعنى الفني والاصطلاحي للتحكيم :

وفي الفقه للتحكيم عدة تعريفات ، منها ما ذهب إليه البعض من أن التحكيم « هو النظام الذي بموجبه
يسوي طرف من الغير خلافاً قائماً بين طرفين أو عدة أطراف ممارساً لمهمة قضائية عهدت إليه من قبل
هؤلاء الأطراف» ٣ .

وقد عرفه البعض بأنه « نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو
عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها» ٤ .

ومنهم من عرفه بأنه « نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة من اختصاص القضاء العادي
ويعهد لها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها» ، وهو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص
معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به» ٥ .

وعرفه البعض الآخر بأنه « عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه
المنازعات من جهات القضاء المعتادة لتحل أو لتحسم ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يخولون أو
يمنحون أو يقلدون - في هذه الحالة - مهمة القضاء والفصل فيها» ٦ .

كما ذهب بعض الفقه إلى أن التحكيم هو « ذلك النظام الذي يسمح لشخص آخر غير طرفي أو أطراف
النزاع ممارسة اختصاص قضائي في نطاق ما هو مقرر له بواسطة هؤلاء» ٧ .

ويرى جانب من الفقه بأن التحكيم « عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض
خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات
التقاضي ، أو على ضوء قواعد العدالة ، وفقاً لما ينص عليه الاتفاق ، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم

-
- ١ . أنظر في ذلك : القاموس المحيط للفيروز أبادي ، المجلد الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ٩٨ .
 - لسان العرب ، الجزء (١٢) ص ٤٢ ، لإبن منظور ، دار صادر للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٠ .
 - ٢ . سورة النساء ، الآية رقم (٦٤) .
 - ٣ . علاء محيي الدين مصطفى : التحكيم في العقود الدراسة ذات الطابع الدولي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص ١٠ .
 - ٤ . د . أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢ وما بعدها .
 - ٥ . د . عاطف شهاب : اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي ، ٢٠٠٢ ، ص ٦ .
 - ٦ . د . جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨ .
 - ٧ . د . عصمت عبدالله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠ .

الذي يصدر عن المحكمين ، والذي يحوز حجية الأمر المقضي ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها ١ .

والبعض الآخر عرّف التحكيم بأنه « عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً » ٢ .

وعرفه بعض آخر من الفقه بأنه « اتفاقاً بين الخضوع على اللجوء إلى شخص يسمى محكم للفصل في النزاع الذي ينشأ بينهم فيصدر حكماً ملزماً لهم ، بعيداً عن القضاء العادي» ٣ .

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد ذهب إلى أن التحكيم « يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث ، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم » .

«L'arbitrage se caractérise par le pouvoir de decision reconnu au tires . et il reconnait un caractère juridictionnel á la décision de l'arbitre 4 .

أما المشرع المصري فقد عرّف التحكيم في المادة العاشرة من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم بأن « اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية» .

كما أن الجمعية العمومية للفتوى والتشريع عرفت التحكيم بأنه « الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصل فيه بدلاً من المحكمة المختصة به ، وذلك بحكم ملزم للخصوم» ٥ .

كما عرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه « عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأختيار يعين باختيارهما ، أو بتفويض منهما ، 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

١ . رأى الدكتور/ يسري محمد العصار ، مشار إليه في د . عبدالعزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦ ، ص ١٢ .

٢ . جورجى شفيق ساري : الإشارة السابقة ، ص ١٦ .

٣ . د . أحمد محمد عبد البديع : المرجع السابق ، ص ١٢ .

4. C.E.19Mai.1893.Villed' Aix-Les-Bains.Rec.Leb.p.442.C.E.22.janv.1904.Ducatain. Rec. Leb. p.45.

مشار إليه في د . جورجى شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لنقض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، (الرجع 20 (السابق، ص

C.E.21 Avril 1943. ateliers de construction du Nord de la FRANCE.Res.Leb. p.107.C.E.Ass.4 Janv. 1957.Lamborot. A.J.D.A.1957.p.108.Concel.CHARDEAU.

"L'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines categories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juges en vertu d'une convention darbitrage" .

٥ . فتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١ ، جلسة ١٩٨٩/٥/١٧ ، ص ١٢٨ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لتسوية الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً ، من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥ .

الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية»^١ . أما المحكمة الإدارية العليا فذهبت بشأن التحكيم إلى أنه « اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»^٢ .

ونحن نرى أن الإتجاه الذي عرّف التحكيم بأنه « إتفاق طرفي عقد من العقود على عدم الإلتجاء إلى قضاء الدولة عند حدوث منازعات خاصة بالعقد المبرم بينهما واللجوء بدلاً من ذلك إلى محكمين يتم الاتفاق على اختيارهم مقدماً سواء في صلب العقد نفسه أو في عقد لاحق خاص بالتحكيم فقط ، على أن يحترم الطرفان ما ينتهي إليه رأي المحكمين»^٣ . هو من أفضل التعريفات التي وضعت للتحكيم .

ومما لا شك فيه أن الفكرة الرئيسية أو الجوهر القانوني للعملية التحكيمية تتمثل أساساً في أن إرادة أطراف النزاع هي التي تختار القضاء لكي يفصل في النزاعات المثارة بين الأطراف .

وعلى الرغم من أن إرادة الأطراف هي التي تنشأ إتفاق التحكيم وتحدد القانون الواجب التطبيق في أغلب الأحوال وتحدد أيضاً القواعد التي تحكم ذلك التحكيم - بما يستشف منه غل يد القضاء الوطني عن ممارسة اختصاصاته الأصلية بالفصل في النزاع - إلا أن تلك الإرادة ليست مطلقة تماماً وبدون قيود ، حيث يرد على تلك الإرادة عدة قيود منها ، أن يكون حق اللجوء إلى التحكيم منصوص عليه قانوناً ، أي وجود تشريع قانوني يبيح حق اللجوء إلى التحكيم ، كما أن القيد الثاني يتمثل في تحديد المشرع لبعض من الحالات مما لا يجوز التحكيم فيها مثل نزاعات الحالة الشخصية أو ما يتعلق منها بالنظام العام أو الجنايات وحقوق المواطنين في الانتخاب أو في الترشيح .

وفي هذا الخصوص نصت المادة (١١) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري على أنه « لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها» .

ويتضح لنا من هذا النص بأنه حدد الشخص الذي يجوز له إبرام عقد أو اتفاق التحكيم كما أخرج من الخضوع لإتفاق التحكيم المسائل التي لا يجوز تسويتها بالصلح .

ومما تقدم نرى أن هناك فروقاً بين التحكيم والقضاء من عدة وجوه ، منها أن اللجوء إلى القضاء في العادة يتم دون إتفاق مسبق مع الطرف الآخر وهذا بحد ذاته قد يشكل ضرراً بالعلاقة فيما بين أطراف النزاع بخلاف التحكيم الذي يبقى على العلاقة الودية بين الأطراف كما هي دون أي تغيير .

إضافة إلى ذلك فإن القاضي عندما يتم عرض النزاع عليه ، فإنه يبحث في القانون الذي ينظم هذا النزاع ويطبق النص المعني عليه كما هو ، دون محاولة للوصول إلى حلول توفيقية أو عمل صلح بين الأطراف ، أما في التحكيم فهناك دائماً إمكانية حل النزاع الذي قد ينشأ بين الأطراف بالوسائل الودية المستقر عليها فقهاً وقضاءً .

١ . الدعوى الدستورية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤ (مشار إليها في : د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص (٢١) .

٢ . حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٨ يناير ١٩٩٤ في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق .

٣ . د . عبدالله حنفي : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٥ ، ص ١٢١ وما بعدها .

ويتميز التحكيم عن القضاء بميزة أخرى وهي السرية ، حيث إن السرية في عملية التحكيم تكون مصادرة بصورة أكبر منها في القضاء ، وعامل المحافظة على السرية من العوامل المهمة جداً خصوصاً في منازعات شركات الاستثمار الكبيرة وعقود التقنية ونقل التكنولوجيا التي تقدر بالملايين ١ .
وبالإضافة إلى ما سبق فإن التحكيم يتميز ببساطة إجراءاته وسرعتها مقارنة ببطء إجراءات التقاضي حيث إن القضاء عادة ما تكتنفه إجراءات معقدة وطويلة على عكس التحكيم الذي عادة ما يحدد الخصوم إجراءاته ومكانه وميعاد صدور القرار فيه .

وعلى الرغم من ذلك فقد واجه التحكيم بعض الاعتراضات منها أن التحكيم ساعد وحدات النظام الرأسمالي العالمي وهي الشركات العابرة للقارات من الإفلات من التقاضي أمام القاضي الوطني ، حيث تستغل هذه الشركات ضعف وحاجة الدول النامية للمشروعات والاستثمارات وبالتالي تفرض عليها شروط التحكيم في العقود التي تبرمها معها لكي تنهرب من الخضوع لنصوص القوانين المحلية التي بلا شك تنظر إليها بأنها ستحمي تجارها أو هيئاتها المحلية على حساب تلك الشركات الأجنبية .

كما يرى المعارضون لفكرة التحكيم أيضاً أن التحكيم عملية مكلفة جداً من الناحية الاقتصادية ، لأن أتعاب ومصاريف المحكمين مرتفعة جداً ، وقد تكون مرهقة للخصوم .

وقد ذهب رأي - وبحق - على أنه أياً كان الرأي من التحكيم ، إلا أنه بات الآن نظاماً قضائياً عالمياً وأصبح النص عليه في العقود التجارية سواء أكانت دولية أم محلية وسواء أكانت مدنية أم إدارية يكاد يكون أمراً مسلماً . ومن ثم فإن معارضة نظام التحكيم على أسس أيديولوجية لم تعد تجدي كثيراً في هذا الأمر ٢ .
ونحن نرى بأن التطورات المتلاحقة في شتى المجالات وخاصة المجالات التجارية والاقتصادية العالمية ، وما نشأ في هذا الصدد من اتفاقيات ومعاهدات دولية بشأن التجارة الدولية تحتم على مختلف الدول أن تساير هذا الركب ولا تتخلف عنه ، وبالتالي أصبح موضوع قبول أو رفض مبدأ التحكيم خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية خصوصاً في دول العالم الثالث .

والتحكيم اصطلاح عام تقترب به مسميات فرعية تختلف بحسب نوع المنازعة التي يراد حسمها ، ولذلك فيسمى التحكيم التجاري إذا كانت المنازعة تجارية ، ويسمى التحكيم المدني إذا كانت المنازعة مدنية ، ويسمى التحكيم إدارياً إذا كانت المنازعة إدارية .

المبحث الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، فذهب إجماع إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، بينما ذهب الاتجاه الآخر إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية ، وهناك اتجاه إتخذ الوسيطية وذهب إلى أن التحكيم يشتمل على الصفة التعاقدية والصفة القضائية في ذات الوقت ، بينما يرى آخر بأن التحكيم هو

١ . د . أحمد محمد عبدالبديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

٢ . د . جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٤ .

قضاء خاص .

وسوف نستعرض مبررات كل إتجاه فيما ذهب إليه :

أ التحكيم ذو طبيعة تعاقدية :

وأصحاب هذا الرأي استندوا الى المبررات التالية :

١ - إن رغبة أطراف النزاع في وجود محكم للفصل في النزاع القائم بينهم ومن ثم الإنصياع لقراره هي الأساس في تحديد طبيعة التحكيم ، حيث إرادة الأطراف وإتفاقهم على اختيار المحكم وامثالهم لقراره هو العنصر المهم في تحديد طبيعة التحكيم ١ ، بالإضافة إلى تحديد ولايته وحدود هذه الولاية والوقت الذي يجب أن ينتهي فيه من مهمته ، كما يحدد الأطراف القواعد التي يجب على المحكم إتباعها عند أداء مهمته ٢ .

واستناداً إلى هذا المعيار فإن المحكمين ليسوا قضاة بل أفراداً يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ، وباتفاق الأطراف على التحكيم فإنهم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية الإجرائية التي ينظمها النظام القضائي ، ومن حيث إن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف فإن له طابعاً تعاقدياً ٣ .

٢ - لما كان التحكيم ذا طبيعة اتفاقية تعاقدية ، فإنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد ، أما القضاء فيهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وهي إقامة العدل .

٣ - إن الصفة التعاقدية للتحكيم تأتي من خلال اعتبار التحكيم أداة من أدوات المعاملات الدولية ، حيث يلبي ما يتعلق بهذه المعاملات بصورة أسرع مما لو عرضت على القضاء .

٤ - أن التحكيم يقوم على اتفاق ضمني على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية ، كما أن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف وإتفاقهم ، وبالتالي سلطة المحكم هنا مقيدة ومحصورة فقط بالنزاع ، على عكس القاضي الذي له سلطة عامة .

ونحن نرى أن الإتفاق على التحكيم لا يعد تنازلاً ضمناً عن الحق في التقاضي ، بل هو تنازل صريح إعمالاً لنص المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات البحريني التي تنص على أنه « يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع .

وإذا ثار نزاع بصدد تنفيذ عقد اشتمل على شرط التحكيم ، ورفع أحد طرفيه دعوى أمام المحكمة المختصة ، جاز للطرف الآخر أن يتمسك بالشروط في صورة دفع بعدم سماع الدعوى والاعتداد بشرط التحكيم طبقاً للاتفاق» .

٥ - وحيث إن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، فيمكن أن يكون المحكم وطنياً أو أجنبياً طالما تم الاتفاق عليه من جانب الخصوم ، وعلى العكس من ذلك ، فإن القضاء الرسمي للدولة لا يمارسه إلا قضاة وطنيون .

١ . د . جورجى شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها .

٢ . د . أسامة أحمد شوقي المليجي : هيئة التحكيم الاختياري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥١ .

٣ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٧ .

٦ - من حيث إن التحكيم ليس ذا طبيعة قضائية ، فإن امتناع المحكم عن الفصل في النزاع المعروض عليه لا يعتبر منكراً للعدالة ولا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة ، ولذات السبب فإن المحكم إذا أخطأ في حكمه أو قراره فلا يخضع لقواعد مخاصمة القضاة .

٧ - لأن التحكيم ليس قضاء فإنه يمكن رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم الصادر فيه على خلاف حكم القضاء .

٨ - أن حكم المحكمين كما هو معلوم لا يتمتع بالقوة التنفيذية التي يتمتع بها أحكام القضاء ، بل يلزم الأمر بتنفيذه من قبل قضاء الدولة موطن التنفيذ ، بالإضافة إلى أن بطلان حكم التحكيم يكون بدعوى بطلان أصلية وذلك بعكس أحكام القضاء التي تتعدد بشأنها درجات التقاضي ، ولهذا أعتبر التحكيم نظاماً من أنظمة القانون يستمد قوته وينتج آثاره من اتفاق التحكيم ١ .

ولكن قوة هذا الحكم تستمد من اتفاق الأطراف الذين يلتزمون بالخضوع لما يقرره المحكم ٢ . وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم وانسحاب هذه الطبيعة إلى كل من اتفاق التحكيم وحكم التحكيم ٣ .

وأبقى القضاء الفرنسي لحكم التحكيم بالطابع التعاقدية سواء أكان هذا الحكم قد صدر في فرنسا أم في دولة أجنبية ، وحتى لو كانت السلطة القضائية لبلد الأصل قد أسبغت على حكم التحكيم الأجنبي القوة التنفيذية ، فلا يترتب على ذلك أن يصبح حكم التحكيم بمثابة الحكم القضائي ٤ .

كما أن محكمة النقض المصرية قد سارت في هذا الاتجاه إذ ترى هذه المحكمة أن التحكيم وهو طريق استثنائي استنه المشرع لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية ، وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إليه إرادة الأطراف على عرضه على هيئة التحكيم ٥ .

كما أن هناك عدداً ليس بقليل من الشراح قد أيد الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، وقد اعتمدوا في حججهم على أن أساس التحكيم هو إرادة الخصوم ، وهو أساس نابع من رغبتهم في حل نزاعاتهم بطريقة ودية ، فضلاً عن أن التحكيم يختلف عن القضاء ، فالقضاء يرمي إلى مصلحة عامة أما التحكيم فيرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكم ، كما أن المحكمين ليسوا ممن لهم ولاية القضاء ، مثال ذلك ، عدم تولي المرأة للقضاء وهو أمر لا يثير أدنى مشكلة بالنسبة للتحكيم ، هذا بجانب أن المحكمين لا يعينون من قبل الدولة ولا تطبق عليهم القواعد التي تسري على القضاة ٦ .

ب التحكيم ذو طبيعة قضائية :

أصحاب هذا الرأي يستندون في مبرراتهم في ذلك على الأسباب التالية :

- ١ . د . أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .
- ٢ . د . أسامة أحمد شوقي : هيئة التحكيم الاختياري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٨ .
- ٣ . وذلك في قضية : " Aff Roses C/Moller -Roses " et Cie.Cass.Raq.27 juillet 1937. D.P.1938.1.25.n.Castes " (مشار إليه في : د . إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٢٢) .
- ٤ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : الإشارة السابقة ، ص ٢٨ .
- ٥ . الطعن رقم ٤١٧٢ لسنة ٦١ ق في ١٩٩٧/٦/٢١ والطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ ق الصادر في ١٩٩٧/١٢/٢٧ الدائرة المدنية .
- ٦ . د . أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٢٢ وما بعدها .

١. أن التحكيم يتشابه والقضاء في أن مهمة كل منهما هي الفصل فيما يعرض عليه من نزاع .
 ٢. إن القضاء مظهر من مظاهر السيادة للدولة ، ومن ثم فلا يتصور بالتالي أن يقوم به غير الدولة ، إلا أن « الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في نطاق معين» ١ .
 ٣. وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم .
 ٤. إن القرار الصادر في التحكيم الفاصل في النزاع ، يحوز حجية الأمر المقضي به ، ومن المعروف أن هذه الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية .
 ٥. فضلاً عن ذلك ، يرى جانب من الفقه التحكيم بأنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه ، وأن التملص منه لا يجدي فإنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها «ومفاد ما سبق ، هو أن التحكيم يمكن أن يتسم بالطابع القضائي شأنه في ذلك العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ٢ ، وترتيباً على ذلك فإذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم ، والحكم عمل قضائي محض لا دخل لإرادة الأطراف فيه ، فضلاً عن أن فكرة المنازعة وكيفية حلها وإجراءات العدالة التي تحيط بإجراءاتها هي التي تؤصل الطبيعة القضائية في العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضياً ، يختاره الخصوم ليقول كلمة الحق أو ليحكم القانون بينهم .
 ٦. إذا كان التحكيم ينشأ إرادياً ، إلا أنه لا يتحرك إلا من خلال عمل ذي طبيعة قضائية ، فإنه مثل العمل الإرادي الذي يقوم به الأفراد عند اللجوء إلى قضاء الدول ٣ .
- وهناك رأي يؤكد بأنه ورغم قيام التحكيم على إرادة الأطراف ، فإن هذا الرأي يؤكد أنه عمل من أعمال القضاء فهو في حقيقته نظام قضائي وإنكار طابعه القضائي لا يغير من حقيقة جوهرية ٤ .
- وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن التحكيم يعتبر قضاءً ، وحكم المحكمين يعتبر عملاً قضائياً ، على أنه يلاحظ أننا إذا اعتبرنا حكم المحكمين عملاً قضائياً فإن هذا العمل القضائي لا تنطبق عليه قواعد قضاء الدولة ، وبعبارة أخرى ، إذا كان حكم المحكمين حكماً فهو ليس كغيره من الأحكام ، ذلك أنه لا يمكن عزله عن اتفاق التحكيم الذي كان سبباً له ، وهذا الاتفاق هو عقد من عقود القانون الخاص ٥ .
- وقد بدأت هذه النظرية في الانتشار خاصة بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٧ مارس لسنة ١٨٩٣ في قضية سكك حديد الشمال ، وذلك بأن اعتبر التحكيم لاسيما الحكم الذي يصدر فيه عملاً قضائياً.

١. د. جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

٢. د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

٣. د. أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٢٣ وما بعدها .

٤. د. إبراهيم أحمد إبراهيم : الإشارة السابقة ، ص ٤١ .

٥. د. جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤١ وما بعدها .

Conseil d'état 17/3/1893 serie 1894 p3-109 voir au contraire de cett decision proff Houin –archives)

. (de la philosophie du droit 1954 page 39

مشار إليه في :

د. أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

Cour de cassation comerial 22/10/1949 serie 1949 – 1 – 73. Cass com 18/6/1958 magazine de Larbitrage p 91

مشار إليه في : أحمد محمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٢٤ .

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية ذات المعنى في أكثر من حكم لها ، إذ اعتبرت التحكيم قضاءً استثنائياً يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم .
وبرغم أن المحكمة الدستورية العليا كانت قد ذهبت إلى أسباغ الطبيعة القضائية على التحكيم ، إلا أنها اعتبرت أن الركيزة الأساسية للتحكيم « اتفاق خاص يستمد المحكمين منه سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة » وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء ، فلا يجتمعان^١ .
وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من حكم لها الطبيعة القضائية للتحكيم وخاصة حكم التحكيم وذلك بقولها « أن المشرع أجاز للخصوم خروجاً على هذا الأصل أن يتفقوا على إحالة ما بينهم من نزاع على محكمين يختارونهم ليفصلوا فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم ٢ وأن اتفاق التحكيم يجب أن تتوافر فيه مقوماته وصحته قانوناً»^٣ .

وجانب من الفقه يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم من الناحية العملية وخاصة في التجارة الدولية ، فمن خلال رصد عمليات التجارة الدولية من حين لآخر نجد أن قبول الأطراف للتحكيم، واستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بمناسبة المنازعات التي تطرح على التحكيم ، وتمتعه بقانون مستقل بالإجراءات ، فقد أصبحت قراراته مصدراً لقضاء المحكمين ، فضلاً عن حجيتها فيما تقضي به^٤ .
وبهذا يتضح لأنصار هذه النظرية ، أن التحكيم يتمتع بتلك الطبيعة القضائية بفضل المهمة الموكولة إلى المحكم ، ووظيفته التي يباشرها وقراره الذي يعد بمثابة الحكم القضائي الذي يلزم كل من خضع له .

ج الطبيعة المختلطة للتحكيم :

هناك رأي ثالث بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم يذهب أنصاره إلى أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة أو مختلطة وأنه يجمع بين الصفة التعاقدية والصفة القضائية .
فهو - من ناحية - ذو طبيعة تعاقدية لأنه يتم بموجب اتفاق بين طرفيه ، ومن ناحية أخرى ذو طبيعة قضائية لأنه يفصل في نزاع كالتقضاء تماماً^٥ .

فوظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها ولكن يبقى مصدر تلك الوظيفة نابعاً من اتفاق الأطراف على التحكيم ، هذا فضلاً عن كون القرار الذي يصدره المحكم يعطي قوة إلزامية تختلف عن القوة

- ١ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٤١ (حكمها الصادر في ١١/٦/١٩٩٩ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٦ في ١٨/١١/١٩٩٩ ص ٢٨٤٢) .
- ٢ . الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ٥٧ ق والصادر في ٢٣/١/١٩٨٥ ، الدائرة المدنية - حكم غير منشور (مشار إليه في د . أحمد محمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٢٥) .
- ٣ . الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق والصادر في ٢٧/٣/١٩٩٦ ، الدائرة المدنية - حكم غير منشور (مشار إليه في د . أحمد محمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٢٥) .
- ٤ . د . أحمد محمد عبد البديع : المرجع السابق ، ص ٢٦ ، الفقرة الثانية .
- ٥ . د . جورجي شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٤ .

الإلزامية للعقد ١ .

ويؤيد رأي هذا الاتجاه كون أن الاتفاق على التحكيم سواء ورد كشرط في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل، فإن هذا الإتفاق على مبدأ التحكيم لتسوية النزاع بين الأطراف هو عقد بالمعنى الصحيح والدقيق .
أما عمل المحكم أو المحكمين من حيث نظرهم للنزاع والفصل فيه، فإن هذا العمل في جوهره هو عمل قضائي .

فعمل التحكيم هو من الناحية الموضوعية وفي جوهره ومضمونه وفحواه ومؤداه عمل قضائي ، حتى ولو كان من الناحية الشكلية غير ذلك ٢ .

وسيراً مع هذا الاتجاه، فالبعض يؤكد أن التحكيم يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم. فالتحكيم ليس اتفاقاً محضاً ، ولا قضاءً محضاً ، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق وفي أوسطه إجراء وفي آخره حكم . ويرى البعض أيضاً أن من مصلحة التجارة الخارجية ، حرية الاتفاق على التحكيم في بدايته ثم تحويله في مرحلته الأخيرة إلى قضاء ، ليكتسب القرار الذي يصدر فيه حجية بذاته فلا يحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضي عليه هذه الحجية ٣ .

كما يعتبر البعض أن « التحكيم في أساسه وجوهره هو تصرف إرادي ، على أنه في إنطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي ، فالظاهر المستمدة من أصله وهي إرادة الأطراف ترجح طابعه التعاقدية ، بينما هو قضائي من حيث إنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد قوة العقد» ٤ .

وينتقد البعض أنصار هذا الرأي حيث إنهم اختاروا الحل الأسهل ولم يتصدوا إلى جوهر المشكلة ذاتها وأن ربطهم بين حجية الأحكام وبين قوتها التنفيذية غير دقيق ، ولا علاقة له بحياسة حكم التحكيم لحجتيته أم لا ، وأن من شأن هذا الربط أن يهدر كل قيمة لنظام التحكيم ٥ .

د - التحكيم قضاء خاص :

يرى أنصار هذا الرأي أنه من الصعب النظر إلى التحكيم كعقد ، فالعقد يجد ذاته لا يحل النزاع ، لذلك يجب عدم الخلط بين العقد وبين التحكيم ككل ، ثم أن العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الإجباري .

وحتى لو اعتبرنا التحكيم بأنه يتصف بالصيغة التعاقدية فلا يمكن مد هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر لحل النزاع . ومن طرف آخر فإن النظرية القضائية لا تتماشى مع طبيعة التحكيم أيضاً ، لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام،

- ١ . د . أحمد محمد عبدالبديع : الإشارة السابقة ، ص ٢٧ .
- ٢ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٥ .
- ٣ . د . أحمد محمد عبدالبديع : المرجع السابق ، ص ٢٧ .
- ٤ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : دار المرجع السابق ، ص ٤٤ .
- ٥ . د . أحمد محمد عبدالبديع : الإشارة السابقة ، ص ٢٨ .

والمحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار ، فلا يملك توقيع غرامات على الأطراف أو الشهود ، وهو لا يتقيد دائماً بالقانون ، كما هو في التحكيم بالصلح ، على عكس القاضي الذي يلتزم دائماً بتطبيق القانون ، ثم أن المحكم قد لا يكون رجل قانون أصلاً .

ومن ناحية حجية حكم المحكم وقوته التنفيذية فإنها تختلف عن حجية الحكم القضائي وقوته التنفيذية ، فالحجية تحول دون رفع دعوى بطلان أصلية للحكم القضائي ، بينما يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، كما أن القوة التنفيذية لا تقرر لحكم التحكيم إلا بعد الانتجاع للقضاء لكي يصدر أمراً بالتنفيذ .

وأخيراً فإن الحكم القضائي متعلق بالنظام العام ، بينما يمكن لأطراف التحكيم الاتفاق على إعادة التحكيم أمام هيئة التحكيم بعد الفصل فيه ، بينما تحول حجية الحكم القضائي دون ذلك ١ .

ولا يمكن كذلك إسباغ الطبيعة القضائية على جميع مراحل العملية التحكيمية ، إذ إنه لا يمكن إغفال الدور التعاقدية الذي يمر به اتفاق التحكيم في بدايته .

ولذلك فلا يمكن التسليم أيضاً بالطبيعة المزدوجة للتحكيم ، إذ أن من المسلم به إنه من طبيعة الشيء أنه جزء لا يتجزأ من كل الشيء ٢ .

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أنه لا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم القول بأنه يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضاء ، فبالإضافة إلى أن هذا الاتجاه يعتبر هروباً من مواجهة المشكلة فقد جانبه الصواب من ناحيتين :

الأولى : أنه قد اعتبر التحكيم عقداً ، مع أنه تترتب عليه نتائج تجاوز في أهميتها وخطورتها أي عقد آخر ، فهو وإن تشابه مع العقد في بعض الأمور ، إلا أنه يختلف عنه في أمور أخرى .

أي أن العقد الذي يبدأ به الأطراف نظام التحكيم ليس مجرد عقد يستوي مع غيره من العقود .

الثانية : أنه اعتبر حكم التحكيم بمثابة حكم قضائي برغم من وجود اختلافات رئيسية بين الحكمين .

فمجرد تشابه مع العقد والقضاء لا يكفي لوصفه بأنه اتفاق وقضاء متى اشتمل على ما يميزه عنها . ويرى أنصار هذا الرأي أن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما . ولذلك فإنهم يرون التحكيم له طبيعة خاصة به ، وذاتية المستقلة التي تختلف من العقود ، كما تفرق عن أحكام القضاء .

وإن التحكيم نظام لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب ، بل في غيرها من موثيق دولية من معاهدات وقرارات لمنظمات دولية وفي أنظمة لوائح هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم .

ويضاف لذلك النقاط التالية :

١ . من الناحية التاريخية فإن السلطة كانت تتجمع في يد شيخ القبيلة ، وكان من الشائع أن يلجأ الأفراد

والقبائل في نزاعاتهم إلى التحكيم ، فيتفقوا على موضوع النزاع ، ويختاروا محكماً يحكم بينهم ،

فيصدر هذا الأخير حكماً ملزماً للطرفين . إضافة إلى أن حضور طرفي النزاع إجراءات التحكيم

شرط أساسي لصحة التحكيم ، ومن هنا يتضح أن فكرة التحكيم نشأت أساساً لكي تقضي بين

١ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٤٥ وما بعدها .

٢ . د . أحمد محمد عبد البديع : المرجع السابق ، ص ٢٠ .

الأطراف بالحق ، فهو إذاً قضاء سابق وقديم ، يختلف في أسانيدہ القانونية وإجراءاته ونظام تعيين المحكمين فيه عن فكرة القضاء الحالي بمنظومته المعروفة ، كذلك من الخطأ أن نضفي على التحكيم ثوب القضاء الحالي وأن نحاول التقريب بين ما هو قديم وما هو حديث ، كما فعلت النظرية القضائية ، إذ أن كليهما قضاء ، ولكنهما يختلفان فقط في أسلوب مباشرتهما لعملية العدالة لفض النزاع الناشئ بين الأطراف ١ ، ولذلك يرى أنصار هذا الرأي أن اللجوء إلى التحكيم هو نوع من العودة إلى الماضي وبالتالي الرجوع إلى القضاء الأصيل الخالي من أية منظومة ابتدعها الأفراد عبر الزمان .

٢. من الناحية النظرية يرى هذا الفقه بأنه ، إذا نظرنا للتحكيم ككل فإننا نجد أن العنصر الإرادي هو العنصر الغالب في المرحلة الأولى للتحكيم ، ولكن سرعان ما يتغلب العنصر القضائي على عملية التحكيم عند ممارسة المحكمين له ، ويكاد يكون أسلوبهم متماثلاً مع أسلوب القاضي ، وحكمهم شبيهاً بأحكام القضاء .

٣. أما من الناحية العملية ، فإن هذا الفقه يرى أن تقييم الطبيعة القانونية للتحكيم تكاد تكون ظاهرة بوضوح في أحكام المحاكم وخاصة في أحكام محكمة النقض المصرية ، إذ قررت في أكثر من حكم لها أن « التحكيم هو طريق استثنائي سنه المشرع لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية» ٢.

ومن هذا القول يرى جانب من الفقه وبمفهوم المخالفة أن محكمة النقض المصرية قد أسبغت على التحكيم صفة القضاء ، غير أنه يعد طريقاً من طرق التقاضي غير العادية - وفقاً لطريقة عمل المنظومة الحالية للقضاء - وهو أيضاً ما أكدته في وصفها لأسلوب المحكم وطريقة معالجته لعملية التحكيم ، حيث قررت في حكم لها وهي بصدد تصديدها لمخالفة المحكم للقانون واجب التطبيق على النزاع وفق اتفاق الأطراف « وكان الثابت من حكم التحكيم أنه لم يطبق في قضاائه في النزاع قواعد العدالة والأنصاف» ٣ ، ولهذا أعطت للمحكم صفة القاضي التي يتمتع بها جديلاً عند مباشرته للعملية التحكيمية ، هذا فضلاً عن وصفها لحكم التحكيم « بأن شأنه شأن أحكام القضاء» ٤ . ويضيف أنصار هذا الرأي ٥ ما يؤيد وجهة نظرهم بأن التحكيم هو قضاء خاص ، في حالة ما إذا ذكر في عقد من العقود على أنه « في حالة نشوء أي نزاع بين الأطراف بشأن بند من بنود العقد فإن محكمة جنوب القاهرة هي المختصة وهي التي ترفع أمامها الدعاوى المتعلقة بتنفيذ هذا العقد دون غيرها» ، ففي هذا المثال هل يكون الاتفاق على رفع الدعوى أمام محكمة معينة للفصل في النزاع هو اتفاق ذو طبيعة تعاقدية بحتة أم قضائية بحتة أم الاثنين معاً ، بالتأكيد لا نستطيع القول بأي منها ، ولكننا نستطيع أن نقرر أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع نزاعاتهم على المحكمة بما تحمله هذه المحكمة من أسلوب

١. د. أحمد عبد البديع، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.

٢. لطنع رقم ٤١٧٢ لسنة ٦١ ق ، والصادر بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢١ ، الدائرة المدنية ، حكم غير منشور .

٣. لطنع رقم ٥٥٢٩ لسنة ٦٦ ق ، والصادر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١١ ، الدائرة المدنية ، حكم غير منشور .

٤. لطنع رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق ، والصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/١ ، الدائرة المدنية ، حكم غير منشور .

٥. مشار إليها في: د. أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٣٢ .

٥. د. أحمد محمد عبد البديع : الإشارة السابقة ، ص ٢٢ .

خاص - وفقاً لمنظومة القضاء المعروفة - للوصول إلى حكم لحل النزاع ، فذلك الحال أيضاً في التحكيم ، فإنه إذا ما اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم عند حدوث أي نزاع ينشأ بينهم ، هنا يجب أن نقف موقفاً مشابهاً ، إذ إن التحكيم والمحكمة كلاهما جهة قضاء بالمعنى الواسع ، ولكن كيفية اختيار القضاة أو المحكمين ، وكيفية معالجة المشكلة محل النزاع تختلف في كلا النظامين . ولهذا أعتبر التحكيم قضاءً خاصاً ، فهو قضاء لأن المحكم يهدف من عمله عند مباشرة الخصومة التحكيمية تحقيق العدالة ، وهو يتبع ذلك الأسلوب الذي يراه ملائماً في ذلك ، وهو أيضاً خاص لأنه يعطي للأفراد حرية اختياره كأسلوب لحل المنازعات بالطرق الودية بعيداً عن مرفق القضاء العادي ١ . وفي ضوء استعراضنا للأراء السابقة ، فلا شك أن لكل رأي منها وجهته وحججه التي تبرر ما يرى . وإن كان لنا أن ندلي برأي في هذا المجال ، فإننا نرى أن التحكيم هو طريق استثنائي أي طريق بديل عن اللجوء إلى الطريق العادي ونقصد التقاضي ، فإذا اختار الأطراف المعنية بالعقد محل التحكيم اللجوء إلى التحكيم فإن هذا يترتب عليه سقوط حقهم في اللجوء للقضاء ويحق لأي ذي مصلحة أن يتمسك في هذه الحالة بعدم قبول الدعوى أمام القضاء بسبب وجود شرط التحكيم وهو ما استقر عليه العمل بقوانين المرافعات المدنية والتجارية وما استقر عليه أيضاً القضاء في هذا الشأن .

المبحث الثالث

تمييز التحكيم عما قد يتشابه معه

تحسم المنازعات بغض النظر عن نوعها إما قضاءً وإما صلحاً ، أو توفيقاً ، ويتمتع التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية المنازعات بذاتية خاصة تميزه عن الأساليب السابقة رغم تشابهها معه ، وعلى ذلك سوف نقوم باستعراض أساس تمييز التحكيم عما قد يتشابه معه من نظم خلال العرض القادم .

أ - التحكيم والقضاء :

أساس اللجوء للتحكيم هو إرادة طرفي النزاع سواء وردت في شرط تحكيمي أو في مشاركة التحكيم ٢ وعلى العكس من ذلك فإن اللجوء إلى القضاء لا يحتاج إلى اتفاق أطراف النزاع على ذلك . وبالتالي فإن الالتجاء إلى القضاء هو بمثابة حق عام للخصم له أن يستعمله تلقائياً دون حاجة لحصول على موافقة الخصم الآخر ، أو الإستناد إلى نص خاص .

كما أن اللجوء للتحكيم لا يعد بمثابة تنازل عن حق اللجوء للقضاء لتعلق هذا الحق بالنظام العام ، ولو تم

١ . د . أحمد محمد عبدالبيدع : المرجع السابق ، ص ٢٢ ، ٢٣ .

٢ . شرط التحكيم : هو اتفاق يرد ضمن نصوص عقد معين ، يقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المستقبلية التي قد تثور حول العقد وتنفيذه .
مشاركة التحكيم : هو اتفاق يبرمه الأطراف ، منفصلاً عن العقد الأصلي ، بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلاً بصدد هذا العقد .

د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٢٥ وما بعدها .

مثل هذا التنازل فإنه يعد تنازلاً باطلاً لا يرتب أثراً قانونياً .

وعلى الرغم من ذلك فإن اتفاق طريقي النزاع على إحالته للتحكيم ، يؤدي إلى عدم جواز رفع دعوى بشأنه أمام القضاء ، حيث يقضي القاضي بعدم قبول تلك الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك ، لوجود اتفاق على حل النزاع بواسطة التحكيم .

هذا من ناحية أما من ناحية أخرى ، فإن نطاق اختصاص القضاء أوسع بالمقارنة بنطاق اختصاص هيئة التحكيم وذلك لما يتمتع به القضاء من ولاية عامة تمكنه من الفصل في جميع المنازعات ، بينما نطاق التحكيم يقتصر على المنازعة المتعلقة بحقوق مالية ، من الجائز التصالح والتنازل فيها .

ومن ثم فلا يمتد نطاق اختصاص التحكيم إلى الفصل في المنازعات المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء مثلاً .

أما من حيث الأثر ، فالأصل العام في الأحكام القضائية هو تمتعها بحجية نسبية ، حيث تقتصر آثار الحكم على أطراف الدعوى دون أن تمتد لسواهم ، ويستثنى من هذا الأصل العام الأحكام الصادرة في الدعوى ذات الطبيعة العينية كدعوى الإلغاء ، حيث تتمتع الأحكام الصادرة فيها بحجية مطلقة ، تسري في مواجهة الكافة ١ .

وأخيراً فإن الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه ما لم يكن قد قضي بوقف تنفيذه ، أما أحكام المحكمين فلا بد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية .

ب - التحكيم واتفاق التسوية :

يتشابه التحكيم واتفاق التسوية في أن كلا منهما يوجد لحل خلاف أو نزاع أو خصومة بين الأطراف ، وسواء كان هذا الخلاف أو النزاع أو الخصومة قد نشأت بالفعل أو يمكن أن تنشأ ، كما أن كلا منهما يتمتع بصفة الشيء المقضي بنص القانون في فرنسا ٢ .

وبالرغم من ذلك فإن هناك بعض مظاهر الفرق بين التحكيم واتفاق التسوية نوجزها فيما يلي :

١ - من حيث من يقوم بنظر النزاع :

في التحكيم يقوم بنظر النزاع والفصل فيه عنصر ثالث وهو المحكم سواء أكان فرداً أو عدة أفراد يكونون هيئة التحكيم ، بينما في اتفاق التسوية فالذي يقوم بنظر النزاع وتسويته هم أطراف النزاع أنفسهم ، وعادة يتم تحديد من يقوم بتسوية النزاع في الاتفاق الأصلي ذاته ، سواء عن طريق تحكيم أو عن طريق اتفاق تسوية .

٢ - من حيث مضمون الفصل في النزاع :

في التحكيم يمكن أن يتم الفصل في النزاع عن طريق التسليم بكل ادعاءات أو طلبات أحد الطرفين دون

١ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ١٧ .

٢ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٧ .

الآخر ، أما في اتفاق التسوية ، يتم عن طريق تخلي كل طرف عن جزء من طلباته ، أي عن طريق التنازلات المتبادلة ، فلا نكون بصدد اتفاق على التسوية إذا أصر كل طرف على موقفه وتمسك بطلباته دون تنازل .

٣ - من حيث أداة إنهاء النزاع :

في التحكيم ينتهي النزاع بقرار تحكيمي أو بحكم تحكيمي ، أما في اتفاق التسوية فإن النزاع ينتهي باتفاق بين الطرفين أي عن طريق عقد يتم بينهما .

٤ - من حيث القوة التنفيذية :

القرار أو الحكم التحكيمي يصدر مشمولاً بأمر التنفيذ ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة ، أما اتفاق التسوية فهو غير قابل للتنفيذ في حد ذاته وإنما يحتاج إلى صدور حكم يقره ويأمر بتنفيذه ١ .

ج - التحكيم والصلح :

يتشابه التحكيم والصلح في أن كلا منهما يوجد طرفاً ثالثاً أو طرفاً آخر يقوم بعملية التحكيم أو بعملية الصلح ويسمى في التحكيم بالمحكم ويسمى في الصلح بالمصلح أو المصالح ، ومن هنا وجد الفرق بين اتفاق التسوية والصلح ، حيث إن هذا الأخير يتم عن طريق ثالث ، بينما اتفاق التسوية يتم بين طرفي النزاع أنفسهم .

كما يتشابه التحكيم والصلح في أن أساس كل منهما اتجاه إرادة طرفي المنازعة إلى تسويتها بعيداً عن القضاء ، سواء كانت تلك المنازعة قد وقعت بالفعل أو ستقع مستقبلاً ٢ .

والتشابه بينهما يوجد أيضاً من حيث إن كلاهما يتطلب وجود منازعة ، كما أنه لا بد من وجود عقد محل النزاع بأي من الطرفين ٣ .

وعلى الرغم من أوجه الشبه المشار إليه ، إلا أن هناك اختلافات واضحة بين كل من التحكيم والصلح تتمثل في الآتي :

١ . في التحكيم يقوم الطرف الثالث أو المحكم بإعمال القواعد القانونية على النزاع المعروض أمامه ، فيمنح الحق لصاحبه وفقاً لهذه القواعد . أما في الصلح فإن دور الطرف الثالث وهو المصلح أو المصالح ، تقتصر على تهدئة الأمر بين الطرفين ، ومحاولة تقريب وجهات النظر وإزالة أسباب النزاع وتخفيف حدة التوتر .

٢ . في التحكيم يتمتع المحكم بسلطات كبيرة نسبياً في مواجهة الطرفين ، أما في الصلح فإن الطرف الثالث ليست له أية سلطات في مواجهة الطرفين ، وإنما هي مساع من جانبه ومحاولات لمساعدة طرفي

١ . د . جورجي شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٩ وما بعدها .

٢ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ١٨ وما بعدها .

٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٥ .

- النزاع على الوصول إلى اتفاق صلح أو مصالحة أو تصالح بينهما .
- ٢ . في التحكيم يصل المحكم إلى قرار أو حكم تحكيمي يكون ملزماً للطرفين ، ويتمتع بحجية في مواجهتهما .
أما في الصلح فإن أقصى ما يصل إليه الطرف الثالث هو عقد اتفاق مصالحة بين الطرفين ، وينتهي دوره عند هذا الحد١ .
- ٤ . ينطوي الصلح على تنازل كل من طرفي النزاع عن كل أو بعض ما يتمسك به في مواجهة الآخر ، في حين تتجه إرادة طرفي التحكيم إلى الاتفاق على إحالة النزاع للتحكيم ، مع اختيارهم للمحكم الذي سيعهدون إليه بحسم النزاع بحكم يلزمهم دون أن ينطوي ذلك على تنازلات متبادلة بين طرفي النزاع .
- ٥ . أن الصلح نظام إتفاقي صرف من بداية إجراءاته إلى نهايتها ، أما التحكيم فهو رضائي فقط في أساسه أي من حيث حرية اللجوء أو عدم اللجوء إليه ٢ .
- ولكن يثور هنا التساؤل التالي وهو كيف تتم التفرقة بين الصلح والتحكيم إذا ما عهد الطرفان إلى شخص ثالث للصلح بينهما؟
- أن العبرة هنا هي بحقيقة المهمة التي عهد بها الطرفان إلى الشخص الثالث ، فإذا قصد بها حسم النزاع بحكم ملزم كان الأمر تحكيمياً ، أما إذا اقتصرَت مهمة الشخص الثالث على مجرد التوسط بين الطرفين وصولاً لحل معقول بينهما كان الأمر متعلقاً بصلح ٣ .

د - التحكيم والوساطة ٤ :

- يتشابه التحكيم والوساطة - ومعهما الصلح أيضاً - في وجود طرف ثالث ، ويسمى الوسيط .
ومع ذلك فهناك فروق بين التحكيم والوساطة تتمثل في الآتي:
- ١ . في التحكيم ينظر المحكم إلى النزاع من الناحية القانونية والموضوعية ، ويقوم بإعمال حكم القواعد القانونية عليه ، أما في الوساطة فإن الوسيط يقوم بمعاونة الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق بينهم .
- ٢ . في التحكيم يتمتع المحكم بسلطات كبيرة في مواجهة أطراف النزاع ، أما في الوساطة فهو لا يملك سوى مساعدتهم واستخدام الوسائل التي تؤدي إلى توقيع الأطراف لاتفاق معين .
- ٣ . في التحكيم يصل المحكم إلى حل لموضوع نزاع نشأ بين الأطراف بالفعل في الماضي ، فيقوم بفض هذا النزاع ، أما في الوساطة ، فالوسيط يساعد الأطراف للوصول إلى توقيع اتفاق يحدد تصرفات الأطراف في المستقبل .
- ٤ . في التحكيم يتم حل النزاع بحكم ملزم يصدر من المحكم ، أما في الوساطة فيكون حل النزاع بالوصول إلى توقيع اتفاق بين الأطراف ولا يملك الوسيط سلطة القرار في ذلك .
- ومن هذا العرض يبدو أن هناك أوجه شبه بين الوساطة والصلح ، ويظهر ذلك من حيث وجود طرف ثالث ودوره وسلطته وأداة حل النزاع .

١ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٥٢ وما بعدها .
٢ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ١٨ .
٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٦ .
٤ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٥٦ وما بعدها .

أما الفارق بينهما فيتعلق أساساً في الزمن الذي يحمل عليه حل النزاع ، فبينما ينصرف الحل في الوساطة إلى تحديد سلوك الأطراف في المستقبل ، نجد أن الحل في الصلح ينصرف إلى فض نزاع ومعالجة آثار ونتائج حدثت بالفعل.

والفارق الآخر يتمثل في حدود ودور كل من الوسيط والمصلح ، فبينما يستطيع الوسيط اقتراح بحل النزاع على الأطراف وعدم الاقتصار على مجرد التوفيق بينهم ، نجد أن المصلح ينحصر دوره في تقريب وجهات نظر أطراف النزاع دون أن يصل إلى حد إقتراح حل عليهم ، فإن فعل ذلك تحول إلى وسيط .

هـ - التحكيم والخبرة :

الخبرة هي استعاضة المحكم أو الخصوم بأشخاص متخصصين في مسائل يفترض عدم إمام المحكمين بها للتغلب على صعوبات تعوق الوصول إلى الحكم الصحيح في الدعوى .

ومن هذا التعريف يتضح بأن الخبير المنتدب في الدعوى تكون مهمته القيام بأعمال فنية أو علمية لا تصل إليها خبرة المحكم ١ .

والمقصود هنا بالطبع الاستعانة بالخبرة أو الخبراء كإجراء ودي وليس كإجراء رسمي قضائي ، والفارق بين الخبرة الودية والخبرة القضائية واضح ، فالخبرة الودية يتفق عليها الأطراف ويختارون من يقوم بها ، أما الخبرة القضائية فهي إجراء قانوني يلجأ إليه القاضي ويقرره ٢ .

وتشترك الخبرة مع التحكيم « في أن كلا منهما يستعين بشخص من الغير ليست له صلة بالمنازعة ويتطلب من كل من الخبير والمحكم الحياد والاستقلال والعمل بالعدل وانتفاء الموانع القانونية لديه ، ويجوز رد الخبير كما يجوز رد المحكم ، كما يجوز للخصوم اختيار الخبير كمحكم نظراً لخبرته الفنية في مجال الدعوى المراد التحكيم فيها» ٣ .

أما أوجه الاختلاف بين التحكيم والخبرة فتوجزها في الآتي :

- ١ . المحكم يقوم بوظيفة القضاء ، ويحسم النزاع بين الخصوم ، وحكمه يفرض عليهم ، بينما الخبير لا يكلف إلا بمجرد إبداء الرأي فيما يطرح عليه من مسائل ، وهذا الرأي استشاري غير ملزم للقاضي من ناحية ، ولا للخصوم من ناحية أخرى ٤ .
- ٢ . المحكم يفصل في المسائل الفنية والقانونية ، فهو يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القاضي ، بينما الخبير يتعرض للمسائل الفنية فقط ، فلا يجوز له أن يتعرض للمسائل القانونية.
- ٣ . يجوز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم ، بينما لا يجوز الطعن بالطرق المقررة قانوناً في تقرير الخبير.
- ٤ . لا يجوز تعيين محكم في مسألة جنائية أي الأمور التي لا يجوز الصلح فيها وإنما يجوز إنتداب خبير

١ . د . حسان عبد السميع هاشم : الخبرة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٩ وما بعدها .
٢ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٥٩ .
٣ . د . حسان عبد السميع هاشم : الإشارة السابقة ، ص ١٢ .
٤ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .

- في مسألة جنائية ١ .
- ٥ . يراعى عند اختيار الخبير درايته الفنية ولا يراعى ذلك بالنسبة للمحكم لأنه بإمكانه الاستعانة بخبير ٢ .

و - التحكيم والوكالة :

- « الوكالة هي عقد يعطي بمقتضاه الموكل لشخص آخر هو الوكيل سلطة تمثيله في إجراء بعض الأعمال القانونية لحساب الموكل وباسمه بحيث تتصرف آثار هذه الأعمال إلى الموكل كما لو أجزاها بنفسه» ٢ .
- وتتمثل تبعاً لذلك الاختلافات بين التحكيم والوكالة في النقاط التالية :
- ١ . أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل مع إلزامه بحدود وكالته وإلا تنصّل منه الموكل ، بينما المحكم يكون مستقلاً تمام الاستقلال عن الخصوم بمجرد الاتفاق على اختياره للتحكيم ، بل أن حكمه يتسم بطابع الإلزام بالنسبة لطرفي النزاع ؛ .
 - ٢ . لا يجوز للوكيل أن يمثل مصالح متعارضة ، عكس المحكم الذي تفرض عليه طبيعة اتفاق التحكيم الفصل في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم ، بالإضافة إلى أن المحكم يملك إلزام أحد الخصوم بأن يؤدي شيئاً لصالح الآخر ، وهو ما لا يملكه الوكيل ٥ .

المبحث الرابع أنواع التحكيم

نظراً للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على كلا الصعيدين الدولي والداخلي ، وتأكيداً لرغبة الأفراد في انتشار هذا النظام باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية ، وكذلك رغبة الدول في تشجيع الأفراد باتخاذ هذا النظام بديلاً لحل المنازعات وتشجيعاً للاستثمار ، ومع التطور السريع وتعدد الأنظمة واختلاف العلاقات ، فقد ظهرت الحاجة لوجود عدة صور لنظام التحكيم لتحقيق كافة الرغبات التي تستطيع أن تواكب كافة المعاملات المختلفة بين الأفراد والهيئات ، ولكي تنمي روح التطور في حل المنازعات بين الأفراد .

وهناك عدة أنواع للتحكيم ، منها :

- ١ . د . حسان عبدالسميع هاشم : المرجع السابق ، الفقرة (٦) .
- ٢ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، ص ٤١ .
- ٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٧ الفقرة (٢) .
- ٤ . د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٢٥ .
- ٥ . د . علاء محيي الدين مصطفى : الإشارة السابقة ، ص ١٧ الفقرة (٤) .

أ - التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي :

« التحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقاً لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحدده بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام»^١.

كما ذهب رأي آخر إلى أن التحكيم الحر هو « ذلك التحكيم الذي يختار المتنازعون المحكمين ونظام عمل التحكيم في كل حالة ، دون التقيد بنظام دائم ، فهو يجري في حالات فردية ، ولا يختار فيه الأطراف هيئة تحكيم دائمة ، وإنما يلجأون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم ، ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروض وفقاً لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقاً للقواعد العامة للتحكيم»^٢.

ويرى جانب من الفقه بأن التحكيم الحر هو « ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع ، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين ، ويحددون القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلتزم بها المحكمون ، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع»^٣.

وقد ظهر التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي ، وفيه تعطى حرية كبيرة للأفراد ، وكذا تعيين المحكمين الذين يختارونهم ويضعون فيهم ثقتهم اعتماداً على خبرتهم في حل النزاع ، كما يتميز هذا النوع من التحكيم بدرجة كبيرة من السرية ، كما أنه أقل تكلفة وأكثر سرعة ، كما يتميز بمعرفة المحكمين بالمحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياديته وأمانته.

أما التحكيم المؤسسي : فإنه ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دولية أو وطنية ، وفقاً لقواعد وإجراءات موضوعية سلفاً تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها .

وقد اتفق أغلب الفقه على هذا التعريف، وقد شاع انتشار مراكز التحكيم ، ونظمت أهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية .

ومن مميزات التحكيم المؤسسي أن هيئات ومنظمات التحكيم لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات مما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب ، بالإضافة إلى كفاءة تحكيم المنظمات الدائمة في مواجهة الطرف المراوغ، ولديها لوائح معدة سلفاً بالإجراءات التي ينبغي أن يتم التحكيم على أساسها، وهي عادة إجراءات سريعة وبسيطة وبعيدة عن التعقيد .

ويعتبر تحكيم المؤسسات هو الوسيلة الأكفأ لإدارة المنازعات ذات القيمة الكبيرة والمنازعات المعقدة ، كما أن هذا التحكيم هو الأكثر تلبية لتوقعات الأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم تحت رعاية المنظمة ؛ . وقد يؤخذ على هذا النوع من التحكيم المؤسسي بأن تكلفته باهظة ، فضلاً عن عدم وجود السرية الكافية التي يتمتع بها التحكيم الحر ، وكذا عدم وجود العامل الشخصي في اختيار المحكمين كما هو الحال في نظام

١ . د . أحمد محمد عبدالبديع : المرجع السابق ، ص ٥٥ وما بعدها .

٢ . د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٣١ .

٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤٢ وما بعدها .

٤ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤٤ .

التحكيم الحر ١ .

ومن مراكز التحكيم المؤسسي : غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، أما المراكز الوطنية فهي مثل محكمة التحكيم بالغرفة التجارية بمانشيستر ، وغرفة البحرين لتسوية المنازعات ، وهيئة التحكيم بالمحكمة الكلية بالكويت .

٢ - التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح :

التحكيم بالقانون يكون عندما يتفق أطراف النزاع على حل خلافاتهم وفقاً لأحكام القانون، وبالتالي يمارس المحكم سلطة القاضي ، فيلزم بتطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، فيبحث في ادعاءات كل من الطرفين ثم ينزل حكم القانون عليها بغض النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها ٢ . ويرى آخرون بأن التحكيم بالقانون أو التحكيم البسيط أو التحكيم بالقضاء ، كما يطلق عليه البعض ، هو التحكيم العادي الذي يعطي سلطة للمحكم بالحكم في النزاع مع التقيد بالقواعد الموضوعية والإجرائية للقانون واجب التطبيق ، بما في ذلك القواعد المكتوبة وغير المكتوبة كالعرف ، ولذلك فإن سلطة المحكم هنا مقيدة بهذه القواعد ، لا يجوز له الخروج عليها وهو في سبيل الوصول إلى الحكم النهائي ٣ . أما التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف كما يطلق عليه البعض ، فهو الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي ، ويعتبر استثناء على التحكيم بالقانون أو التحكيم البسيط ، حيث يتم بموجبه تخويل المحكم من قبل طرفي النزاع سلطة الفصل في موضوع النزاع طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بقانون ما ، وهنا نجد أن المحكم يتمتع بحرية أكبر وهو بصدده الفصل في النزاع وذلك وفقاً لما يراه ملائماً وعادلاً لمصلحة طرفي التحكيم ، بغض النظر عما إذا كان حكمه موافقاً لقواعد القانون الموضوعي من عدمه ، لكن ذلك لا يعني أبداً عدم تقيد المحكم بالمبادئ الأساسية للتقاضي مثل احترام حقوق الدفاع وتمكين الأطراف من إبداء الدفوع والمساواة بين الأطراف . كما يجب على المحكم وهو يتبع أسلوب التحكيم مع التفويض بالصلح أن لا يخالف النظام العام أو القواعد الآمرة أثناء قيامه بنظر النزاع ، كما يظل متقيداً بموضوع النزاع المعروض عليه ولا يخرج عنه ، إضافة إلى مراعاته لقواعد العدالة والإنصاف بما يحقق قبول الأطراف لحكمه بالرحب والسعة ٤ . والسؤال الذي يطرح نفسه هو أنه إذا كان التحكيم بالصلح يعني إعفاء المحكم من تطبيق القانون وترك الحرية له ليطبق العدالة والإنصاف فهل الاعفاء من تطبيق القانون يلزم بعدم تطبيقه ؟ يرى البعض أن الأطراف قد اختاروا التحكيم بالصلح تمبرداً على القانون ، لأن نصوص القانون الوضعية لا تصلح لحل بعض المشاكل التي قد تثور بين الطرفين ، كما أن الأطراف في بعض الأحيان لا يرغبون في

١ . د . علاء محيي الدين مصطفى : الإشارة السابقة ، ص ٢٤ .

٢ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٣٥ .

٣ . د . أحمد محمد عبداليديع : المرجع السابق ، ص ٦٣ .

٤ . د . أحمد محمد عبداليديع : الإشارة السابقة ، ص ٦٤ .

تطبيق قواعد قانون دولة أحدهم ، ولذلك إذا قام المحكم بالصلح بتطبيق قواعد القانون الوطني فيكون قد خالف إرادة المتعاقدين ١ .

بينما يرى آخرون أن المحكم بالصلح يمكنه تطبيق قواعد العدالة ، كما يمكنه تطبيق قواعد القانون فالعدالة والأنصاف ليست نقيضاً للقانون ولا غريبة عنه ٢ .

أما التحكيم بالصلح فهو الذي لا يقيده فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي ، وإنما يلجأ لقواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين ، حتى ولو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم النزاع.

ج - التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري :

من المعروف أن الأصل في التحكيم هو أن يكون اختيارياً ، وذلك إعمالاً لسلطان الإرادة ، حيث عادة ما تصرف إرادة الأطراف إلى عقد اتفاق يتم من خلاله إختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على النزاع وإجراءات التحكيم ، وهذه هي الصورة الشائعة في مختلف التشريعات .

وفي هذا الشأن نلاحظ أن المادة الرابعة (الفقرة الأولى) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية تنص على أن « ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفاً للنزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم ، بمقتضى اتفاق الطرفين ، منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك » .

ومن هذا النص يتضح بأن المشرع المصري بموجب القانون المشار إليه قد نظم التحكيم الاختياري الذي ينعقد بموجب إرادة الطرفين ووفق إختيارهما .

كما أن القانون النموذجي Uncitral Model Law والقواعد الموحدة للجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة Uncitral Rules قد اشتملا على قواعد موحدة للتحكيم تفني عن عدم ملاءمة القوانين المحلية لنظم وإجراءات التحكيم في التجارة الدولية ، وتركت الحرية للأطراف في الأخذ بهذه القواعد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ٣ .

أما التحكيم الإجباري ، فهو التحكيم الذي يفرضه المشرع على الخصوم ويضع له القواعد المنظمة لأحكامه ، أي في هذا النوع من التحكيم لا يكون هناك ثمة خيار للخصوم في اللجوء إليه ، أي إنهم وبمجرد حدوث نزاع ما بينهم بشأن عقد من العقود فإنهم ملزمون باللجوء إلى التحكيم ومن ثم لا يجوز لهم اللجوء إلى القضاء ، أو إلى أي أسلوب آخر لحل النزاع ٥ .

وفي هذا النوع من التحكيم يكون هذا الأخير مفروضاً على الأطراف ، لا إرادة لهم فيه سواء من حيث

١ . أنظر في عرض الآراء : د . عبد الحميد الأحديب : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي والقوانين الأوروبية ، محاضرة ألقيت في مؤتمر تجمع تحكيم الشرق الأوسط ، القاهرة ، يناير ١٩٨٩ (مشار إليه في د . أحمد محمد عبد البديع ، المرجع السابق ، ص (٢٦) .

٢ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٣٦ .

٣ . د . أحمد محمد عبد البديع : المرجع السابق ، ص ٥٨ .

٤ . د . عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٢٩ .

٥ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٣٩ .

اللجوء إليه أو باختيار الجهة المختصة التي تباشره ١ .

وقد يضع المشرع تنظيمًا كاملاً لإجراءات التحكيم ومن ثم لا يكون هنا أي دور لإرادة الخصوم في هذا الشأن، بينما من ناحية أخرى قد لا يضع المشرع التنظيم الإجرائي للتحكيم ويقرر فقط فرض التحكيم ومن ثم يترك لأطراف النزاع الحرية في اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم ٢ .

في هذه الحالة الأخيرة نرى أن التحكيم لا يختلف سواء كان إجبارياً أو اختيارياً ما دام أن الأفراد هم الذين سيتولون تحديد المحكم وما يجب عليهم إتباعه من إجراءات كل ما في الأمر أن إرادتهم في البداية قد تكون غير حرة عندما يكون التحكيم إجبارياً ولكنه يظل دون أي تغيير فيما يتعلق بمضمونه وآثاره.

وتاريخياً ، فقد عرفت مصر التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام عام ١٩٦٦ ٣ .

وقد تغير الحال في ظل القانون رقم (٢٠٢) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، حيث بموجبه بدأت الحكومة تتجه نحو بيع شركات القطاع العام والتي سميت بموجب هذا القانون شركات قطاع الأعمال وعدلت عن التحكيم الإجباري إلى التحكيم الاختياري ، وذلك بموجب المادة (٤٠٢) من هذا القانون ، حيث أضحت شركات قطاع الأعمال ، شأنها شأن الأفراد في اللجوء إلى التحكيم الاختياري الذي ينظمه قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ٤ .

« وقد ذهب رأي إلى عدم دستورية التحكيم الإجباري، لأن أطراف التحكيم يخضعون لهذا التحكيم تنفيذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها وهو ما يتعارض مع نص المادة (٦٨) من الدستور التي تكفل حق التقاضي لكل مواطن يصل إلى قاضيه الطبيعي ، كما أنه لا يتفق أيضاً مع نص المادة (١٦٧) من الدستور التي فوضت المشرع تحديد الجهات والهيئات القضائية وتحديد اختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها ٥ .

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن التحكيم الإجباري خاصة بين هيئات القطاع العام لا يتعارض مع

- ١ . د . أحمد محمد عبد البديع: الإشارة السابقة ، ص ٥٩ .
- ٢ . د . عبدالعزيز عبد المنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٢٨ .
- ٣ . عندما صدر قرار مجلس الوزراء في شأن إنهاء المنازعات التي تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام بطريق التحكيم الإجباري ، وكان تبرير ذلك الإجبار في اللجوء إلى التحكيم ، بأن المنازعات الخاضعة للتحكيم الإجباري ليست خصومات حقيقية تتعارض فيها المصالح للأطراف المتنازعة ، لأن نتيجة هذه الخصومات تؤول في النهاية إلى شخص واحد هو الدولة.
- وفيما يتعلق بذات الموضوع نجد أن المادة (٥٦) من القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته قد نصت على أنه " تختص هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى " .
- (مشار إليه في د . جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٩) .
- وجاء في المادة (٥٢) من القانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال " بأن التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين بالأوراق المالية " .
- ٤ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤١ الفقرة (٥) .
- ٥ . المستشار فتحي عبدالصبور رئيس المحكمة الدستورية العليا في البحث المقدم منه في الدورة العامة لأعداد المحكمين في ٢٩/١٢/٢٠٠١ مستنداً لحكم المحكمة الدستورية في ١٦/٥/١٩٨٢ ، ص ٥٠ (مشار إليه في د . أحمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٥٨) .

نصوص الدستور ، إذ إن السلطة المخولة للمشرع في تحديد الجهات وتنظيم طريقة تشكيلها هو ذاته ما فعله المشرع من تنظيم التحكيم الإلزامي من حيث الإجراءات وتشكيل هيئات التحكيم وكيفية نفاذ الأحكام ، كما أن هيئات التحكيم وأسلوب حسمها للنزاع محل التحكيم تتوافر فيها الطبيعة القضائية التي يبتغيها المشرع وإن ما تصدره من أحكام تعتبر من قبيل الأحكام»^١.

أما المشرع الفرنسي فقد أخذ في البداية بالتحكيم الإلزامي في منازعات العمل الجماعية، إلا أنه عدل عن هذا النوع من التحكيم في هذه المنازعات ولجأ إلى التحكيم الاختياري^٢.

كما يأخذ المشرع الجزائري بالتحكيم الإلزامي الذي نظمته بالأمر الدستوري الصادر في ١٧/٦/١٩٧٥ ، وذلك بشأن المنازعات بين المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثرية رأسمالها .

كما يعترف القانون السوري بالتحكيم الإلزامي إلى جانب التحكيم الاختياري .

والتحكيم الإلزامي على النطاق الدولي نادر الحدوث ، حيث يكون إذا أوجبه اتفاقية دولية^٣.

د - التحكيم الداخلي (الوطني) والتحكيم الخارجي (الدولي) :

لا تبدو ثمة مشكلة بالنسبة لتحديد التفرقة بين التحكيم الوطني والدولي إذا ما كان هذا التحكيم يتم وفقاً لإتفاقية دولية ، حيث عادة ما توضح هذه الاتفاقية ، المقصود بالدولية ونطاقها ، والحال ذاتها أيضاً عندما يتم تحديد حدود الدولية في القانون الوطني .

بينما الصعوبة تكمن عندما لا تكون هناك ثمة نصوص توضح وتحدد نطاق تلك الدولية .

ويرى بعض الفقه أن عملية تحديد دولية التحكيم مرتبطة بعدة عناصر منها : جنسية المحكم أو جنسية الخصوم ، فيكون التحكيم دولياً إذا كان المحكم من جنسية تختلف عن جنسية الخصوم أو كان الخصوم من جنسيات مختلفة، ومنها المكان الذي يوجد به المركز الرئيسي للمنظمة التي تتولى التحكيم، ومنها المكان الذي توجد به المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لولا وجود اتفاق التحكيم.

أما جانب آخر من الفقه فيذهب إلى أن معيار وتحديد دولية التحكيم يتمثل في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

بينما يرى الفقه الحديث بأن معيار تحديد دولية التحكيم هو المعيار الجغرافي وليس القانوني ، ويتحقق ذلك من خلال وجود عنصر واحد أجنبي في العقد كي يخرج من النطاق الوطني ، مثل اختلاف جنسية الخصوم أو المحكمين أو اختلاف مراكز أعمال الخوض ، أو كون القانون الواجب التطبيق أجنبياً^٤.

والمشرع المصري يعتمد في تحديده لدولية التحكيم على معيارين جغرافيين واقتصاديين ، وذلك من خلال ما جاء في المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أن «التحكيم يكون دولياً إذا توافرت فيه إحدى الحالات الآتية :

١ . إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد ، فإذا

١ . د . أحمد محمد عبدالبديع : المرجع السابق ، ص ٦٠ وما بعدها .

٢ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤١ الفقرة (١) .

٣ . د . عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٢٩ وما بعدها .

٤ . د . عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٣٢ وما بعدها .

كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم ، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد .

٢. إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة ، أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل أو خارج مصر .

٣. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة .

٤. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة ذاتها وقت إبرام اتفاق التحكيم ، وكان أحد الأماكن الآتية واقعاً خارج الدولة :

أ - مكان وإجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم ، أو أشار إلى كيفية تعيينه .

ب - مكان تنفيذ جانبي جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.»

ومن ثم يكون التحكيم داخلياً (وطنيّاً) ويخضع لأحكام قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ متى صدر حكم التحكيم في مصر ، وعلى عكس ذلك يكون التحكيم خارجياً (دولياً) إذا صدر حكم التحكيم خارج مصر ١.

الفصل الأول

التحكيم كوسيلة لحل منازعات العقود الإدارية

في السابق واجه التحكيم جمود القضاء الإداري وعدم تسامحه تجاه نزع اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية ، ففي فرنسا لم يسلم مجلس الدولة الفرنسي بذلك إلا في حالة وجود نص تشريعي يجيز اللجوء إلى التحكيم وأن يكون ذلك في حدود النص ونطاقه دون توسع في نطاق تطبيقه بالقياس عليه أو تفسيره باعتباره استثناء لا يجوز معه ذلك .

وإذا كانت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر قد سلمت أكثر من مرة بجواز

التحكيم في العقود الإدارية ، بينما المحكمة الإدارية العليا قد وقفت في الاتجاه الآخر رافضة في أحكامها جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وهو الأمر الذي يترجم حقيقة صعوبة التحكيم في العقود الإدارية ٢ .

أما في عصرنا الحاضر فإن التحكيم يلعب دوراً مهماً في حسم منازعات العقود الإدارية ، وذلك

نظراً لأن الدول حالياً وخصوصاً النامية تدخل في إبرام عقود للتنمية الاقتصادية والإشراف عليها ، وفي مثل هذه العقود المهمة والكبيرة قد تنشأ منازعات بشأنها ، وحينها يعتبر التحكيم هو الوسيلة المثالية لحسم مثل هذه المنازعات . فالدولة وأشخاص القانون العام الأخرى يصعب قبول خضوعها لقضاء دولة أجنبية ، لما فيه من مساس بالسيادة ، وذلك على عكس التحكيم حيث تشارك الدولة في اختيار المحكمين واختيار

١ . د . عبدالعزيز عبد المنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٢٩ وما بعدها .

٢ . د . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٣٩ .

القانون الواجب التطبيق .

وإذا كان المبدأ العام في التشريع الفرنسي هو حظر إلتجاء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتشريع المصري ، فالأصل إجازة التحكيم في العقود الإدارية ١ .

ونظراً لأهمية الموضوع سوف نقسم هذا المبحث إلى مبحثين وعلى النحو التالي :

المبحث الأول : المعيار المميز للعقد الإداري .

المبحث الثاني : غياب النص التشريعي سبب اختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الأول المعيار المميز للعقد الإداري

إن جهة الإدارة وهي بصدد إجراء أي تعاقداً ، قد تختار بين أسلوب القانون العام أو القانون الخاص ، الأمر الذي ينبغي معه تقسيم العقود إلى نوعين ، يتمثل الأول في العقود التي تبرمها جهة الإدارة بهدف تنظيم مرفق عام وتسييره بوصفها سلطة عامة ، ويطلق على هذا النوع من العقود الإدارية أو عقود القانون العام . أما النوع الثاني ، فيتمثل في العقود التي تبرمها جهة الإدارة وفقاً لقواعد القانون الخاص، ولا تبرم جهة الإدارة هذه العقود بوصفها سلطة عامة ، وبالتالي تخضع مثل كل الأفراد لقواعد هذا القانون الأخير، وتسمى هذه العقود، عقود الإدارة الخاصة أو عقود الإدارة المدنية ٢ .

والعقود الإدارية إما أن تكون محددة تشريعياً أي بنص قانوني ، وهذه لا خلاف بشأنها ، حيث يتضح بسهولة الفرق بينها وبين غيرها من العقود لأن المشرع أضفى عليها الصفة الإدارية مما يسهل تمييزها ، وأما يتدخل القضاء - وهو الغالب - في وضع خصائص وعناصر العقود الإدارية مما يميزها عن غيرها من العقود سواء كانت عقوداً بين أفراد أو بين الإدارة وأفراد تخضع للقانون الخاص .

المعيار القانوني المميز للعقود الإدارية

العقد الإداري بتحديد القانون في فرنسا :

قرر المشرع الفرنسي الطبيعة الإدارية لبعض العقود الإدارية بطريقة غير مباشرة ، وذلك بأن نص في القوانين المختلفة على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات هذه العقود ، وعلى ذلك فإن قواعد القانون العام هي التي تطبق على منازعات هذه العقود ، وحيث إنها تكتسب الصفة الإدارية لمجرد إبرام الدولة لها

١ . د . نجلاء حسن سيد : المرجع السابق ، ص ٥١ .

٢ . د . منصور محمد أحمد : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م ، ص ٤٦ .

طلما أن القضاء الإداري هو المختص بها ١ .

وفي المقابل فقد حدد القانون الفرنسي الطبيعة المدنية لبعض العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها وبالتالي تخرج هذه العقود من مجال القانون العام ويختص بها القضاء العادي ، ويطبق على منازعاتها القانون الخاص مهما تضمنت من عناصر ٢ .

إن مجلس الدولة الفرنسي عندما حدد تلك العقود الإدارية بنص القانون ، فإنه أراد بذلك أن يدخل في اختصاصه المنازعات المتعلقة بالكثير من العقود الإدارية ذات الصلة بتلك العقود المحددة .

وقد يكون ذلك المسلك مفيداً فيما مضى عندما كان القانون الإداري يقوم على معيار السلطة العامة الذي يستبعد العقود الإدارية من نطاق القانون الإداري باعتبارها مجرد تصرفات عادية لا تحتوي بطبيعتها على عنصر السلطة . ولكن ذلك المسلك أصبح الآن محل نظر بعد أن تم هجر المعيار السابق ، ونظراً لكونه لا يتماشى مع الأفكار التي يقوم عليها القانون الإداري الحديث .

هل هناك عقود بتحديد القانون في مصر؟

من المعروف أن القضاء الإداري لم يكن معروفاً في مصر قبل عام ١٩٤٦ تاريخ إنشاء مجلس الدولة « وقبل هذا التاريخ فإن القضاء المدني كان يقبل الطعن على جميع العقود بما فيها العقود التي تبرمها الإدارة مستهدياً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ٣ .

ومن ثم كان لا يعترف بحق الإدارة في تعديل العقد ولا الاحتجاج بفكرة الظروف الطارئة ليتحلل من التزاماته التعاقدية . ولكن من الناحية العملية بدأت الإدارة تضمن بعض عقودها شروطاً استثنائية مفادها إمكان لجوء الإدارة إلى إدخال بعض التعديلات على العلاقة التعاقدية بما يحقق المصلحة العامة كتضمن الإدارة عقود التزام المرافق العامة - على سبيل المثال - نصوصاً تتيح لها إجراء ما تراه من تعديلات في الشروط الخاصة بتنظيم المرفق أو في القواعد التي تحكم سيره .

وكذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة نجد اقتباساً لذات الشروط المعمول بها في فرنسا في شأن هذه العقود بما في ذلك منح الإدارة سلطة الرقابة على التنفيذ وسلطتها في إلزام المتعاقد معها بإدخال تعديلات

١ . مشار إليها في د . عبد الله حنفي : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٢١ وما بعدها .

ومن هذه العقود :

١ - عقود الأشغال العامة .

٢ - عقود بيع عقارات الدولة .

٣ - عقود التوريدات .

٤ - العقود التي تتضمن شغلاً للدومين العام .

٥ - عقود القرض العام .

٢ . ومن هذه العقود:

١ - عقود المزارعة ذات الرسوم القروية .

٢ - العقود الخاصة بمرفق ضرورة الجلود .

٣ - الإيجارات الريفية للوحدات العامة .

٤ - عقود هيئة البريد وشركة التليفونات الفرنسية العامة مع عملائها .

(مشار إليها في د . سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩١ ، ص ٥٤) .

٢ . د . عبد الله حنفي : المرجع السابق ، ص ٢٦ .

لم تكن موجودة في العقد الأصلي .
ودرج القضاء المدني آنذاك على احترام مثل هذه الشروط والاعتراف بها مما جعل الفقه المصري يقرر أن المحاكم المدنية - قبل إنشاء مجلس الدولة - اعترفت بتميز المنازعات الإدارية - ومنها منازعات العقود الإدارية - بقواعد خاصة .

الوضع بعد إنشاء مجلس الدولة :
لم يتغير الوضع بعد إنشاء مجلس الدولة ١: وتواصل استبعاد فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون من نطاق القانون المصري ، وحسناً فعل المشرع المصري لأن اختصاص القضاء الإداري يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام ، أما تطبيق قواعد القانون الخاص ، فالمحاكم القضائية أدرى به وبمقتضياته من القضاء الإداري ٢ .

المعيار القضائي المميز للعقود الإدارية

نتيجة للانتقادات التي وجهت المعيار القانوني لتحديد العقود الإدارية ، ونتيجة لسعي القضاء نحو توسيع اختصاصاته ليشمل عقوداً أخرى لسد ما في التشريع من نقص ، تكفل القضاء بالبحث في طبيعة العقد وفق معايير محددة سلفاً ، وفي حالة توافرها يكون العقد إدارياً أما إذا لم تتوافر فيكون العقد ضمن دائرة القانون الخاص .

وهذه المعايير التي اتفق عليها الفقه والقضاء الإداريان ، بشأن تمييز العقود الإدارية هي:

١ . أن تكون الإدارة طرفاً في العقد .

٢ . أن يتصل العقد بالمرفق العام .

٣ . اتباع أسلوب القانون العام .

وقد اجتمعت تلك المعايير في التعريف التالي الذي نادى به أغلب الفقه والقضاء ، حيث عرف العقد الإداري بأنه « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر

١ . تطور الوضع بعد إنشاء مجلس الدولة حسب التفصيل التالي :

١ - أن قانون مجلس الدولة الأول رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يتضمن أية إشارة إلى عقود الإدارة .

٢ - ورد في المادة الخامسة من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ أن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريدات الإدارية .

وقد يوحي نص المادة المذكورة بأن العقود الثلاثة الواردة بها هي عقود إدارية بتحديد القانون ، ولكن عند تمحيص النص عن قرب يؤدي عكس ذلك ، فمن المسلم به فقهاً وقضياً أن عقود الالتزام والأشغال العامة وبين عقود إدارية دائماً وفقاً لخصائصها الذاتية ولصلتها الوثيقة بمبادئ القانون العام .

أما عقد التوريد فهو قد يكون إدارياً أو غير إداري حسب إرادة الجهة الإدارية .

٣ - وحسب نص المادة (١٠) من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٩٥ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فإن " يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر " .

كما نصت الفقرة (١١) من المادة (١٠) من القانون الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢ على أن " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر " .

(مشار إليه في د . عبد الله حنفي : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٨)

٢ . د . سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٧ .

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 . وهذا الرأي هو الذي أخذت به محكمة القضاء الإداري ، وقسم الرأي ، واعتمده المحكمة الإدارية العليا ، ثم أقرته أيضاً المحكمة الدستورية العليا .

أما بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري ، فقد إعتقت هذا الرأي بشأن تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى في أكثر من موقع نذكر منها :

١ . أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام وإن كفتي المتعاقدين فيها متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد^٢ .

٢ . أن قضاء هذه المحكمة قد إستقر على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وذلك بتضمنين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^٣ .

٣ . أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، إذ هي في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي تحكم العلاقات الناشئة عن العقد الإداري ، ويترتب عليها أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد ، وأن لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة (أن العقد شريعة المتعاقدين) بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد الأصلي كلية وإلا جاز للطرف الآخر فسخه وبشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا اختلفت الموازين في الشروط المالية ، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه ، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجيز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر^٤ .

٤ . « إلا أنه من الجائز إبرام عقود بين هيئة إدارية وغيرها من الهيئات والأفراد دون أن يعتبر العقد إدارياً

١ . سليمان الطماوي : المرجع السابق ، ص ٥٩ .

٢ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٦٢٥ ، ع ق (١٩٥٢/١٢/٢) ، ٧/٦١/٧ .

٣ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٣٤٨٠ ، ٩ ق (١٩٥٧/٦/٢) ، ١١/٣١٦/٤٩٣ .

٤ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٢١٢ لسنة ٤ ق ، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٦ .

، لأن مجرد إبرام العقد بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً، والمعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من العقود الأخرى ليس هو صفة المتعاقد بل هو من جهة الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة وكذلك من ناحية موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ١ .

٥ . إن تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة إلى أحد الأفراد لإقامة مصنع عليها لا يعتبر عقداً إدارياً ، إذ أن إبرام العقد بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً بل يتعين لاعتباره كذلك أن يبرم العقود شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته في هذا العقد في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد ذاته متى اتصل بالمرفق العام وتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص ٢ .

وتطبيقاً لذلك ، استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على الآتي :

- ١ . أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص ٣ .
- ٢ . من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية ، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة ، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصالحها ، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري ٤ .
- ٣ . عقد الإيجار المبرم بين هيئة الأوقاف المصرية باعتبارها هيئة عامة وبين أحد الأفراد وإن كان ينطوي على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقد الإيجار، إلا أنه لا يعتبر عقداً إدارياً ذلك أنه لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره وتنظيمه وعليه فيخضع هذا العقد لأحكام القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن .
- ٤ . ذلك 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

١ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٥٦٧ ، ١٣ ق (١٩٦٠/١٠/٢٣) ١٥/١٥/٧٣ .

٢ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١٢٣٥ ، ١٣ ق (١٩٦٠/٣/٢٢) ١٤/١٥٥/٢٢٦ .

٣ . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٥٧٦ ، ١١ ق (١٩٦٧/١٢/٣٠) ١٣/٤٨/٣٥٩ .

٤ . الطعن رقم ١٥٨٨ لسنة ٧ ق ، جلسة ١٩٦٤/٣/٧ ، السنة ٩ ص (٧٦٢) .

- نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني ، وقد أبرم العقد بشروط ليس فيها أدنى خروج على أسلوب القانون الخاص ولا توجي بإتجاه نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام ١ .
- ٥ . ومن حيث إنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة ومن ثم فإنه بمراعاة أن العقد مثار المنازعة لا يتعلق بإدارة مرفق عام أو بقصد تسييره لتعلقه ببيع إحدى الوحدات السكنية التي تقيمها الإدارة للأفراد ، وبالتالي فإن هذا العقد يخضع لأحكام القانون الخاص وإن تضمن هذا العقد بعض الشروط الاستثنائية ذلك لأن هذا العقد يقيناً لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ٢ .
- ٦ . خضوع العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها لأحكام القانون الخاص ، ذلك أن العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص ، إذ فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التي تسيير عليها ، فإنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص . ومن حيث إن نشاط شركة المعمورة للإسكان والتعمير في قيامها إلى مرفق التعمير والإنشاءات السياحية بالمعمورة لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة ، ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين لهذا المرفق ممن خولتهم حق شغل الكبائن المقامة على شاطئ البحر تحكمها روابط تعاقدية نشأت بينها وبينهم وهي روابط القانون الخاص وتخضع لأحكامه ، كما أن الشركة في تعاقدها مع هؤلاء المنتفعين لا تعتبر نائبة عن الدولة بل تقوم بذلك لحسابها وعلى مسؤوليتها ٣ .
- ٧ . طبيعة العلاقات القائمة بين الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية والشخص المتعاقد معها على تركيب كابينة تلغراف وتلفون أهلي - علاقة عقدية مصدرها القانون العام : اتصال العقد بنشاط مرفق عام ، كما يعتبر الشخص المتعاقد مع الهيئة مساهماً في تسيير مرفق عام - احتواء العقد على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص واتصاله بتسيير مرفق عام يجعله من العقود الإدارية ، أثر ذلك : اختصاص مجلس الدولة دون غيره بالمنازعات التي تنشأ عن هذا العقد ٤ .
- ٨ . اختصاص محاكم مجلس الدولة بمنازعات عقود البيع المبرمة بين المحافظة والغير بشأن الأراضي المملوكة للمحافظة ملكية خاصة ، أساس ذلك : طبيعة العقد بوصفه من العقود الإدارية . وحكمت المحكمة باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات الناشئة عن عقود البيع المبرمة بين محافظة البحر الأحمر والغير بشأن الأراضي المملوكة لها ملكية خاصة ، وذلك في ضوء ما تضمنته هذه العقود من شروط استثنائية غير مألوفة ، واتصالها بمرفق السياحة ٥ .

١ . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٦٨/٢/٢٤ ، س ١٣ ص ٥٥٧ .

٢ . الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق ، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ .

٣ . المحكمة العليا، الدعوى رقم ٤/١٠ ق عليا ، جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ ، المجموعة ص ١١١ .

٤ . الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٨/٥/١٤ .

٥ . حكم المحكمة الإدارية العليا ، دائرة توحيد المبادئ ، في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٢٤ قضائية عليا ، جلسة ١٩٩٧/١/٢ .

كما أن المحكمة الدستورية قد أقرت تلك المعايير المميزة للعقود الإدارية وقضت بأن يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيها ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتميز بنهج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص ١ .

وسوف نتعرض للمعايير الثلاثة المميزة للعقود الإدارية بشيء من الإيجاز .

١ - أن يكون شخص معنوي عام طرفاً في التعاقد :

وهذا المعيار لا يحتاج إلى الكثير من التوضيح ، حيث العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعد عقداً إدارياً بحال من الأحوال . وفي الوقت ذاته كون الإدارة طرفاً في عقد ما لا يحوله مباشرة إلى عقد إداري إذا لم يتوافر فيه الشرطان الآخريان ، على نحو ما جاء في الأحكام التي تم استعراضها آنفاً ٢ .

ومن ناحية أخرى يجوز أن يبرم العقد الإداري بين أفراد يتصرف أحدهم باسمه ولمصلحة الإدارة ، وفي هذه الحالة يكون العقد إدارياً .

٢ - أن يتعلق إبرام العقد بتسيير مرفق عام أو تنظيمه :

والمرفق العام طبقاً لمحكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩٧٥/٦/٢ هو « كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح ، بل بقصد المساهمة في صياغة النظام ، وخدمة المصالح العامة في الدولة . 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 » ٣

ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هي التي تبرر ما يشتمل عليه النظام القانوني للعقود الإدارية من خروج على القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص .

وعلاقة العقد بالمرفق العام وحدها ليست كافية لاعتبار العقد إدارياً ، بل لا بد من توافر المعيارين الآخرين مع هذا المعيار ، وهما وجود الإدارة كطرف في العقد واحتواؤه على الشروط الاستثنائية . وأن مدى اتصال العقد بالمرفق العام ، هي مسألة موضوعية يراعيها القضاء الإداري في كل حالة على حدة .

٣ - اختيار الإدارة وسائل القانون العام :

وهذا المعيار يعتبر أهم معيار مميز للعقد الإداري ، وغالباً ما يحكم القضاء بإضفاء الصفة الإدارية على العقد لإحتوائه على شروط استثنائية لكنه لا يتعرض بالتفصيل لهذه الشروط ، ولذلك فلا توجد نظرية

١ . المحكمة الدستورية ، جلسة ١٩٧٦/٤/٢ ، القضية رقم ١٢ لسنة ٤ ق (تنازع) ، المجموع ، القسم ٣ - ٢٩ ، ص ٢١١ .

٢ . سليمان الطماوي : المرجع السابق ، ص ٦٢ .

٣ . سليمان الطماوي ، الإشارة السابقة ، ص ٧٦ .

قضائية متكاملة لتحديد الشروط الاستثنائية، وإن كان هناك بعض الأحكام التي يحاول فيها مجلس الدولة الفرنسي تحديد الشروط الاستثنائية المدرجة في العقد، ومنها حكمه الصادر في ٢٠/١٠/١٩٥٠ والذي جاء به بصدد تلك الشروط بأنها « تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري »^١.

وتعتبر الإدارة قد اختارت وسائل القانون العام وفقاً للقضاء، إذا توافر في العقد أحد الأمرين التاليين:

١ - إذا ضمنت الإدارة العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فإذا كانت الشروط التي يحتوي عليها العقد المبرم بين الإدارة وأحد الأفراد من جنس الشروط التي توجد عادة في عقود القانون الخاص، اعتبر ذلك العقد مدنياً.

أما إذا وجدت به شروطاً غير مألوفة - وغير مشروعة في علاقات الأفراد بعضهم ببعض - اعتبر ذلك قرينه على أن الإدارة قد اختارت وسائل القانون العام، وتبعاً لذلك اعتبر العقد إدارياً، ومن أمثلة هذه الشروط:

- النص على حق جهة الإدارة في توقيع غرامة تأخيرية.
- النص على حق جهة الإدارة المطلق في فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي شرط من الشروط.
- استقلال جهة الإدارة بوضع شروط العقد.
- حق الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر.
- حق الإدارة في تعديل حجم وكمية العقد.
- حق الإدارة في التوجيه والإشراف على مرحلة التنفيذ.
- حق الإدارة في مصادرة الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ عند الإخلال بالالتزام من قبل المقاول أو المورد.

٢ - شروط يتمتع بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بسلطات استثنائية في مواجهة الغير:

قد ترى الإدارة أنه من دواعي حسن تنفيذ العقد الإداري منح المتعاقد معها بعض سلطاتها العامة فمثلاً عقد التزام المرافق العامة قد يمنح الملتزم حق ممارسة بعض سلطات البوليس أو حق نزع الملكية وحق تحصيل رسوم المنتفعين بخدمات المرفق ومن المعلوم أن الرسوم لا يحصلها ولا يفرضها إلا الشخص العام بسند قانوني.

وقد يصل الأمر إلى منح المتعاقد مع الإدارة احتكاراً فعلياً لبعض المرافق مثل: مرفق توريد الغاز في المدن. وقد يمنح عقد الأشغال العامة للمقاول المتعاقد مع الإدارة حق شغل بعض العقارات المملوكة ملكية خاصة دون توقف هذا على رضا أصحابها، وقد يخوله العقد حق الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات في سبيل تنفيذ عقد مع الإدارة^٢.

وتعتبر الشروط الاستثنائية غير المألوفة وسيلة تمكن من خلالها القاضي من الكشف عن نية الإدارة في

١. د. عبد الله حنفي: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧.

٢. الإشارة السابقة، ص ٦٢.

استخدام القانون العام ، وتبدو هذه النية جلية من حيث تمتع الإدارة بحقوق أكثر من تلك التي يتمتع بها الأفراد في عقود القانون الخاص والتزامها بقيود لا يلتزم بها الأفراد عادة في إبرام لعقود القانون الخاص ١ .

المبحث الثاني غياب النص التشريعي سبب اختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية

عرف النظام القانوني لمعظم الدول التحكيم منذ زمن بعيد ، لكن دور التحكيم المهم وأهميته كوسيلة لفض المنازعات بديلاً للقضاء لم تأخذ مكانها المناسب إلا مع نهاية القرن العشرين عندما لجأت الدول إلى الاقتصاد الحر وتخصيص شركات القطاع العام ، حيث بدأ الالتجاء إلى التحكيم يتزايد . ولعل أبرز المشكلات ذات العلاقة بالتحكيم تلك التي كانت تتصل بالتحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الجهة الإدارية مع أحد الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ، حيث تسعى الدول والأشخاص الاعتبارية المتعاقدة معها إلى تضمين عقودهم شرطاً أو مشاركة تحكيم لتسوية ما قد ينشأ بينهم من نزاعات ، وفي ظل غياب النص التشريعي الذي ينظم التحكيم في مجال العقود الإدارية ، اختلف الفقه وتضاربت أحكام القضاء بشأن مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ٢ .

ونعالج في هذا المبحث موقف الفقه والقضاء المصري من مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

موقف الفقه والقضاء المصري من مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

نظراً للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية سواء بسبب إبرامها من جانب الدولة وجهاتها الإدارية أو لسبب تعلقها بمرافق عامة تبتغي تحقيق الصالح العام ، فقد أثار إمكانية إدراج شرط التحكيم داخل هذه العقود جدلاً كبيراً بين الفقهاء . والأكثر من ذلك ، هو صدور فتاوى متعددة من الجهات المعنية ولكنها متعارضة بين مؤيد لإدراج مثل ذلك الشرط أو معارض له بسبب غياب التدخل التشريعي في هذا الصدد . وتمشياً مع فكرة الدول ، واتجاه الدول نحو الانفتاح والتطور التتموي الاقتصادي فقد أجازت تشريعات بعض الدول إمكانية أن يشتمل العقد الإداري على شرط تحكيم ومن ذلك القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ والذي نص في المادة الأولى من الباب الأول على جواز التحكيم في جميع العلاقات بين أشخاص القانون العام أي كانت طبيعة العلاقات القانونية محل النزاع .

وعلى الرغم من وضوح النص أعلاه وشموله للعقود الإدارية ، فقد ثار الخلاف حول جواز إمتداد نطاق تلك المادة إلى العقود الإدارية .

١ . د . عبد الحميد الشواربي : العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء والتشريع . منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٠ .
٢ . د . جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٧ .

وصدرت أكثر من فتوى من مجلس الدولة انتهت إلى عدم صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية ، وأشارت بعض الفتاوى إلى ضرورة وجود نص صريح يجيز التحكيم في هذه العقود .

ومحاولة لإنهاء النزاع حول مشروعية التحكيم في حسم منازعات هذه العقود ، تدخل المشرع مرة أخرى بإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، وذلك بالقانون رقم ١٩٩٧/٩ حيث نص على أنه « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك » ١ .

وسوف نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة موضوعات وعلى النحو التالي :

أولاً : موقف الفقه والقضاء قبل صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

ثانياً : صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية .

ثالثاً : صدور القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ بتعديل القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

أولاً: موقف الفقه والقضاء قبل صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤

- الاتجاه المعارض لجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية :

ذهب جانب من الفقه المصري إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية واستند في ذلك إلى عدة حجج ، وهي كالتالي :

١ - الإلتجاء إلى التحكيم يتطلب إرادة المشرع والخصوم :

إن التحكيم الاختياري يقوم في حقيقته على ركنين أساسيين لا بد من اجتماعهما معاً للقول بمشروعيته أولهما هو إرادة الخصوم وثانيهما هو إرادة المشرع بإقراره لإرادة الخصوم ، بحيث إذا تخلف أحدهما أصبح الاتفاق غير مشروع ، ولما كان كل من القانون المدني وقانون المرافعات وقانون مجلس الدولة قد جاءوا خلواً من نص يجيز هذا التحكيم ، فقد إنتقد إتفاق التحكيم لأحد ركنيه وهو إقرار المشرع لإرادة الأفراد ٢ . ومن الأصول المقررة في القانون الإداري أن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف في القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوطة بها إنما هي أهلية تنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها ، وعليه فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم إلا إذا رخص لها المشرع بذلك ، فإرادة الخصوم وحدها غير كافية لخلق نظام التحكيم ، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع التحكيم ما كانت إرادة الخصوم كافية لخلقه .

وبناء على ذلك تكون هذه الحجة هي الأساس السليم والمنطقي في عدم جواز اللجوء إلى التحكيم قبل صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، فقد كان الأمر يستلزم تدخل المشرع بنص صريح على جواز التحكيم في

١ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : المرجع السابق ، ص ٦٣ .

٢ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص ١٢٨ .

هذه العقود مثلما فعل المشرع بموجب القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية .

٢ - قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام ولا تملك الإدارة تعديلها بقرارها أو اتفاقها مع الغير :

ذلك أن المادة (٥٠١) من قانون المرافعات قبل إلغائها بقانون التحكيم الحالي رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ كانت تنص على أنه « لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح » وأيضاً نص المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري والتي تنص على « عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ».

وبذلك فإن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع فكرة النظام العام. ويرى بعض الفقه أنه لا مجال للقول بأن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع فكرة النظام العام فلا علاقة بين هذه العقود والنظام العام ، فلا يمكن القول بأن عقد التوريد بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة وأحد أشخاص القانون الخاص داخلية أو أجنبية من جهة أخرى يتعلق بالنظام العام ، والدليل على ذلك أن الصلح جائز في هذه العقود والصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام استناداً لنص المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري ١.

وتطبيقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا ، ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها في الدعوى رقم ٥٤٢٩ سنة ٤٢ ق (الخاصة بنفق الشهيد أحمد حمدي) حيث دفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص القضاء المصري وذلك لوجود شرط تحكيم بالعقد ، فقد رفضت المحكمة الدفع لأنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية لكونه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .٢

قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في مجال العقود الإدارية التي تبرمها ، وقضت ببطالان الاتفاق على التحكيم في هذه العقود ، وأسست المحكمة حكمها على الحجة القائلة بأن قضاء مجلس الدولة هو المختص دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وفقاً للقانون . ووضح ذلك في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠ ، في قضية بين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية ووزير الاسكان والمرافق وآخرين .

وتتلخص القضية في أن عقد امتياز بخصوص هضبة المقطم كان قد أبرم بين الشركة والوزارة ، وكان ينص في بنده الخامس على أن أي خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الاتفاقات بينهما وشروط التنازل يفصل فيه عن طريق التحكيم ، وكان العقد قد حدد تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين ، محكم يختاره كل طرف ، ومحكم ثالث يختاره المحكمان الآخران ، ونص على أن تكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون .

ولما حدث خلاف بين الشركة والوزارة ، طالبت الشركة بإحالة الخلاف إلى هيئة التحكيم المنصوص عليها

١ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٦٧ وما بعدها .

٢ . حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١/٢٠/١٩٩١ في الدعوى رقم ٥٤٢٩ لسنة ٤٢ ق .

في العقد وأختارت محكمة من طرفها كما ينص العقد ، ولكن الوزارة امتنعت عن اختيار محكمة وعن إحالة الخلاف إلى هيئة التحكيم المتفق عليها .

فرفعت الشركة دعوى إلى محكمة القضاء الإداري مطالبة بالحكم بإلزام وزير الإسكان بصفته بتعيين محكم عن الوزارة في هيئة التحكيم المنصوص عليها في العقد .

وقضت لها بالفعل محكمة القضاء الإداري بما طلبت ، فطعنن الوزارة في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي حكمت بإلغاء الحكم .

وأستت المحكمة حكمها السابق على أساس أن قانون مجلس الدولة نص على أن « يفصل مجلس الدولة بهئية قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر. ومن ثم فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار إليه 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 ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون» ١ .

ويرى الدكتور سليمان الطماوي : أن الإتفاق على التحكيم في مجال العقود الإدارية يؤدي إلى تعديل في قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية لمجلس الدولة. وهذه القواعد وردت في القانون فلا يجوز تعديلها بأداة أقل منه ٢.

المبادئ القانونية التي استند إليها الاتجاه المعارض :

استند أصحاب الرأي المعارض لجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى عدة مبادئ قررتها الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري والمحاكم المصرية ومنها :

١ . إن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم ، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع اللجوء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها بكافية لخلقها ٢ .

٢ . أن الإدارة لا تستطيع تعديل قواعد الاختصاص القضائي عن طريق القرارات الإدارية ، وإنما يتعين أن يتم ذلك بقانون ، وكل تعديل للإختصاص بأداة أقل منه يصبح غير مشروع ٤ .

٣ . إن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوط

١ . المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ٢٠/٢/١٩٩٠ ، طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٢٢ ق ، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٣/٢/١٩٩٠ .

٢ . سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

٣ . فتوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة : ملف رقم ١٦٣/٦/٨٦ - جلسة ١/٧/١٩٧٠ .

٤ . مجلس الدولة الفرنسي : ١٩٤٩/٧/٢٠ ، قضية syndicate international de plambieres-lesbijon "المجموعة،

- بها تحقيقها ، إنما هي أهلية محددة تنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها ١ .
- ٤ . من المسلم به أن وجود شرط تحكيم عام في عقد من العقود يتضمن تنازل أطراف العقد عن الإلتجاء إلى القضاء في المنازعات المتعلقة بذلك العقد ، ومن ثم فهو ينشيء دعواً بعدم إختصاص المحكمة يجوز إبدؤه ممن رفعت عليه الدعوى أمام القضاء وهذا الدفع يجب إبدائه قبل التكلم في الموضوع أو في سائر الدفوع الشكلية ٢ .
- ٥ . أن مفاد نص المادة (٨١٨) من قانون المرافعات الفرنسي (المقابلة للمادة ١/٥٠١ من القانون الحالي) أنها تخول المتعاقدين الحق في الإلتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به أصلاً ، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع يرتكز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء وهو ما ينبئ مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين .
- وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم تجعله غير متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع ، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به ٣ .

الاتجاه المؤيد لجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وقد استندوا على الأسانيد التالية :

١ - جواز التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية :

- إن قانون المرافعات المدنية والتجارية وفي المادة (٥٠١) وما بعدها أجاز التحكيم بصفة عامة ، ولم يرد نص صريح يحظر على الجهات الإدارية ذلك ، ومن ثم فلا يجوز تقييد النص أو تخصيصه بغير موجب ؛ وأن نص المادة المذكورة وإن لم يواجه أساساً مشكلة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، إلا أنه أطلق الحكم بجواز الإلتحاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ، وهي عبارة من الاتساع بحيث تشمل فكرة العقد الإداري ٥ .
- ولما كان نص المادة (٥٠١) المشار إليها نصت على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن عقد معين ».

فقد استند أنصار هذا الرأي إلى عمومية عبارة (عقد معين) ، حيث يرون بأن هذا النص جاء عاماً وغير محدد ما إذا كان يسري على العقود الإدارية أو المدنية ، وإنطلاقاً من القاعدة الفقهية أن المطلق

- ١ . الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع : ملف رقم ١٢٢/١/٤٧ ، جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠ .
- ٢ . حكم محكمة القاهرة الابتدائية : جلسة ١٩٥٢/١/١٦ ، مجلة المحاماة ، السنة ٢ ص ١٤٦ .
- ٣ . حكم محكمة النقض : الدائرة المدنية ، الطعن رقم ٣١/١٦٧ ق ، جلسة ١٩٦٦/٢٤ ، المجموعة س ١٧ ، ١٢٢٣ ، ١٢٣٠ وحكمها الصادر بجلسته ١٩٨١/٢/٢٦ في الطعن رقم ٤٧/٦٩٨ ق .
- ٤ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ .
- ٥ . د . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٦٧ .

يجري على إطلاقه ما لم يخصص ، فإن الأمر يتعين معه إقرار التحكيم في العقود الإدارية ١ .
وفي هذا الصدد فقد خلصت محكمة النقض المصرية إلى أن نص المادة (٥٠١) من قانون
المرافعات ورد بشكل عام بحيث ينطبق على كل العقود وهو يخول المتعاقدين الحق في الإلتجاء إلى التحكيم
النظر فيما قد ينشأ من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً ، فالتحكيم يرتكن وفقاً للنص المشار إليه إلى
إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة ، وحيث إن النص المشار إليه قد ورد بشكل عام فهو ينطبق على
كافة العقود ومنها العقود الإدارية ٢ .

٢ - الاتفاقيات الدولية بصفاتها جزء من النظام القانوني المصري تجيز للدولة وأشخاص القانون العام الإلتجاء إلى التحكيم :

حيث إن انضمام مصر للعديد من الاتفاقيات الدولية التي تجيز الاتفاق على التحكيم للدولة
وأشخاص القانون العام ، تعد بمثابة موافقة كاملة من المشرع على عدم تقييد الأشخاص العامة من اللجوء
إلى اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ٢ ، ومن ذلك اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ
أحكام المحكمين الأجانب ، وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) ، وغيرها من
الاتفاقيات الأخرى التي يصدر بها تشريع يقرها فتصبح في قوة القوانين السارية ، وهو الذي يؤكد جواز
الإلتجاء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية محلياً ودولياً ٤ .

٣ - اختصاص مجلس الدولة دون غيره بنظر منازعات العقد الإداري لا يستبعد إمكانية اللجوء إلى التحكيم :

إن ما ورد في نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ من أن « يفصل
المجلس الهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد ، أو
بأي عقد إداري آخر » لم يتضمن أي عبارة صريحة بعدم جواز لجوء الجهة الإدارية إلى التحكيم الاختياري
في المنازعات الإدارية ، بل يرى أنصار هذا الرأي على عكس ذلك وهو جواز اللجوء إلى التحكيم وقبول حكم
المحكمين بشرط الحصول على فتوى من قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة وذلك فيما تزيد قيمته على
٥٠٠٠ خمسة آلاف جنيه ٥ .

فلو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة ، ما كان المشرع ألزمها أصلاً بعرض
هذا الاتفاق على أو تنفيذ قرار المحكم على مجلس الدولة للمراجعة وذلك استناداً إلى نص المادة (٥٨)
من قانون مجلس الدولة في فقرتها الثالثة من النص على إلزام الوزارة أو الهيئة العامة أو المصلحة العامة

- ١ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٧٧ .
- ٢ . د . أحمد محمد عبدالبدیع : المرجع السابق ، ص ٢٢٩ .
- ٣ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ .
- ٤ . حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢٢ ق ، الصادر بجلسته ١٩٥٨/٤/٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، السنة
٤ ، ص ٥٢٢ .
- ٥ . د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص ١٦١ وما بعدها .

من مصالح الدولة بالألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على ٥٠٠٠ خمسة آلاف جنيهه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ١.

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية في تفسيرها للفقرة الثالثة من نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٢٧) لسنة ١٩٧٢ ، قضت بأنه يتبين من عبارة المادة (٢٢) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ بإنشاء مجلس الدولة وما نصت عليه من أنه « لا يجوز لأي وزارة أو مصلحة أن تقيم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيهه بغير استفتاء إدارة الرأي المختصة » ، تبين أن الشارع إنما أراد به مجرد طلب الرأي فيما تجر به الجهة الإدارية في العقود والمشاركات المذكورة دون أن تكون ملزمة باتباعه ، وأنه لم يقرن هذا الإجراء بجزاء ما ولم يرتب البطلان على مخالفته ، وبالتالي لم يجعل منه ركناً أو شرطاً لانعقادها أو صحتها ، وعليه فقد انتهت المحكمة إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وذلك وفقاً لنصوص القوانين التي اشترطت استفتاء رأي الإدارة المختصة قبل قبول أو إجازة أي عقد أو صلح أو تحكيم ٢ .

كما تبين للجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن المقصود من نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحكمة مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي . ولا يجوز التجاوز في تفسير هذا النص لتقصد المشرع بحظر الإلتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وبالتالي انتهت الجمعية العمومية إلى جواز الاتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية ٣ .

ثم أكدت الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع موقفها بجلستها المنعقدة في ٢٧ فبراير ١٩٩٣ ٤ .

٤ - موقف المحكمة الإدارية العليا:

أقرت المحكمة الإدارية العليا بجواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بقولها « التحكيم هو اتفاق طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ... إن الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الإلتجاء إلى القضاء ... أساس ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام ... الاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في نظر النزاع ... إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة المحكمة إليها ... من المبادئ الأساسية في العقود ومنها عقد التحكيم أنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات التي تنشأ في تفسيره أو تنفيذه على محكمين ، فإن هذا يشمل كل المنازعات التي تقع بين المتعاقدين بشأن التنفيذ أو التفسير ، سواء وقت قيام العقد أو بعد إنتهائه كما أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً» ٥ .

١ . د . عاطف شهاب : المرجع السابق ، ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

٢ . د . نجلاء حسين سيد : المرجع السابق ، ص ٨١ ، ٨٢ .

٣ . مشار إليها في د . إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص ١٤٤ ، ١٤٧ .

٤ . مشار إليه في د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، الإشارة السابقة ، ص ١٤٤ .

٥ . الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ قضائية والصادر بجلسته ١٨/١/١٩٩٤ ، المحكمة الإدارية العليا .

كما انتهت ذات المحكمة إلى أن « المنازعة في تفسير عقد إداري تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ولا يرد عليها وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات الإدارية ، يجوز الاتفاق على شرط التحكيم في هذه المنازعة طبقاً لنص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ١.

٥ - رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع :

خلصت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن المادة (٥٨) من القرار بقانون في شأن مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز إتجاه الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية (إدارية أو مدنية) ، فلو كان التحكيم أمراً محظوراً ما كان المشرع ألزمها باستفتاء مجلس الدولة . وقررت الجمعية العمومية أنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإنه يتعين في ذلك الرجوع إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع الروابط الإدارية ٢ ، أما في فتاها الأخرى الصادرة بجلسة ١٩٩٣/٢/٢٧ ، فقد تحفظت قليلاً على إطلاق التحكيم في العقود الإدارية ، وقررت ضرورة إعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية عند نظر النزاع من قبل هيئة تحكيم ٣ .

٦ - تتطلب الضرورة العملية للأفراد الاعتراف بمشروعية التحكيم كوسيلة لحل منازعات هذه العقود بالمقارنة بالمدد الطويلة التي يستغرقها القضاء بسبب تكس القضايا مما يعد مساساً بحسن سير المرافق العامة باضطراب وانتظام ويضر بمصلحة المتقاضين.

٧ - لما كان من المستقر عليه فقهاً وقضاً للأشخاص المعنوية العامة ترك الخصومة متى توافرت الشروط القانونية اللازمة ، دون تدخل من القضاء الإداري في ذلك ، وحيث إن التحكيم صورة من صور الصلح الذي يجوز للأطراف الاتفاق عليه ، فإنه (التحكيم) لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة بنظر النزاع ٤.

ثانياً: صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية

لقد اشتد الخلاف بين الفقه والقضاء حول مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، كما تضاربت واختلقت فتاوى مجلس الدولة مع أحكام القضاء ، كما تم التطرق إليه آنفاً ، وهذا ما حدا بالمشرع للتدخل

- ١ . الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ قضائية ، الصادر بجلسة ١٨/١/١٩٩٤ ، المحكمة الإدارية العليا .
- ٢ . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، الفتوى الصادر بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٩ ، ملف رقم ٢٤/١/٢٦٥).
- ٣ . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة ٢٧/٢/١٩٩٣ ، ملف رقم ٥٤/١/٢٠٧ .
- ٤ . نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٧١ ، ٧٢ .

لحسم هذا الخلاف ، فتم إصدار القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية . وقد جاء في المادة الأولى منه 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 أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً دولياً يجري في الخارج وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون» . كما نصت المادة الثالثة من مواد إصداره على أنه « تلغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون » ، وعلى رغم وضوح نصي المادتين المشار إليهما ، إلا أنه وجدت هناك أيضاً خلافات في وجهات النظر لدى الفقه والقضاء بشأن مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل وجود هذا القانون .

الاتجاه المعارض لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

يرى أنصار هذا الرأي إلى أن هذا القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم في العقود الإدارية نظراً إلى خطورة المشكلة وتشعبها وتعدد جوانبها ، حيث يصعب أخيراً التسليم بحسمها عن طريق العبارة التي وردت في المادة الأولى من القانون المشار إليه .

ذلك أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخالقة للشرعية العامة وهي قواعد القانون الإداري التي في معظمها قضائية ومن خلق القضاء الإداري ، ومن ثم يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه ١ ولذلك لا يجوز استثناء منازعات العقود الإدارية من الخضوع لإختصاص القضاء الإداري إلا بنص تشريعي صريح ، واستند هذا الرأي في رفضه اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى نص المادة (١٧٢) من الدستور الذي يجري على أنه « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي دعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى» ٢ .

كما أن الإطلاق الوارد بالمادة الأولى من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ هو عموم منقوص بالنص ، فإزاء وجود علاقات قانونية لأشخاص القانون العام تخضع للقانون الخاص ، فإن لفظ أشخاص القانون العام الوارد بنص المادة المشار إليها لا يكون له من إطلاق بحيث يسري على كافة ما تبرمه من عقود ، فلا بد من وجود نص صريح يجيز التحكيم في هذه العقود ٣ .

وعلى الرغم من إفتاء الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاها الصادرة بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٩ السابق الإشارة إليها قد إنتهى إلى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، إلا أنها عادت في فتاها الصادرة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ وانتهت إلى العدول عن رأيها السابق ورأت عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ٤ .

١ . د . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٧٨ ، ٧٩ .

٢ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٩١ .

٣ . د . نجلاء حسن سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٨٥ .

٤ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

كما أكدت إتجاهها السابق من خلال فتاها الصادرة في جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ والتي إنتهت فيها إلى « عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية لمخالفته لأحكام الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة الذي يشمل على وجه الخصوص المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري آخر.

وذهبت الجمعية إلى أن القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ لم يشتمل على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية له، وأنه ثبت من الأعمال التحضيرية والمناقشات الخاصة بالقانون أنه صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية ولا تخضع له المنازعات الناشئة عن العقد الإداري ، وانتهت أخيراً من ذلك إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ١ .

ويرى جانب من الفقه أنه من الصعب تأييد هذه الفتوى خاصة في ظل قانون التحكيم الحالي الذي اشتمل في مادته الأولى على حكم صريح يجيز التحكيم في كل نوع من أنواع العقود ولو كان أطرافها من أشخاص القانون العام ٢ .

وذلك ما قامت به محكمة استئناف القاهرة بإصدارها حكماً بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٩ خالفت فيه فتوى الجمعية العمومية المشار إليها أعلاه ، والتي انتهت فيها إلى جواز الاتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم في العقد الإداري ٣ .

الرأي المؤيد لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

يرى الجانب الآخر من الفقه أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ قد شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح النص على إمتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، إضافة إلى أن المذكرة الإيضاحية للقانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم ، إضافة إلى ما تم الوصول إليه من ردود من قبل وزير العدل أثناء مناقشة مشروع القانون المشار إليه وخاصة المادة الأولى منه حيث أفاد « إننا نتكلم في شأن إتفاق 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 وأظن أننا كنا قلنا وقالت المذكرة الإيضاحية في ذلك عن جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ... وأن العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها ، هذا أمر انتهى بإفتاء مجلس الدولة وأفتت جمعياته العمومية بهذا أكثر من مرة وأصبحت مسألة ليست محل خلاف » ٤ .

كما يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القاعدة الأصولية تقضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخص ، وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص ، ولما كان نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (٢٤) لسنة

١ . فتوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع رقم ١٦٠ ، ملف رقم ٢٣٩/١/٥٤ تاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ .

٢ . إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

٣ . حكم محكمة الاستئناف صادر بجلسة ١٩٩٧/٣/١٩ في الاستئناف رقم ٦٤ لسنة ١١٢ .

٤ . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٧٨ .

١٩٩٤ قد ورد عاماً في سريانه على التحكيم بين أشخاص القانون العام أو الخاص ، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر ، فقد انتهى أصحاب هذا الرأي إلى امتداد نطاق التحكيم إلى العقود الإدارية باعتبارها إحدى صور العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام أو الخاص ١ .

- إن الهدف الأساسي من إصدار القانون الجديد للتحكيم هو التغييرات الكبيرة التي طالت السياسة الاقتصادية في مطلع الثمانينيات والرغبة في الخروج من العزلة إلى انفتاح يهدف إلى جذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية .

- حكم محكمة استئناف القاهرة والأسانيد التي استند عليها :
لقد صدر حكم محكمة استئناف القاهرة بشأن جواز التحكيم في العقود الإدارية بعد حوالي شهر واحد من صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بعدم صحة شروط التحكيم في منازعات العقود الإدارية وقد أسست المحكمة حكمها على الأسانيد التالية:

١. أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تقضي صراحة بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع ، إضافة إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ومذكرة اللجنة المشتركة من الشئون الدستورية والتشريعية والاقتصادية ، يقطع في الدلالة على قصد المشرع جواز اشتراط التحكيم في العقود الإدارية ٢ .
٢. أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة تعترف ضمناً بشرط التحكيم والصلح في العقود الإدارية ، وأنه لا يجوز الاستناد إلى نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة للقول بغير ذلك ، لأن هذه المادة لم تقض بحظر شرط التحكيم في العقود الإدارية ، وأن المقصود منها هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي . فضلاً عن أن المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم قضت بإلغاء أي نص يخالف أحكامه .
٣. أن التشريع المصري الذي يبيح التحكيم في العقود الإدارية يختلف عن دول أخرى كفرنسا مثلاً حيث يوجد نص تشريعي في قانونها المدني يحظر التحكيم الداخلي في بعض العقود الإدارية ، بينما يقضي قانون فرنسي آخر صدر في ١٩/٨/١٩٨٦ بإجازة التحكيم إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة بشركات أجنبية بشأن مشروعات قومية .
٤. أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في أحد العقود الإدارية - فضلاً عن إنعدام سنده القانوني - يتعارض مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود مدنية وإدارية ، كما يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استناداً إلى أية قيود تشريعية حتى

١ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : المرجع السابق ، ص ٨٢ .

٢ . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ١٧٨ .

وإن كانت حقيقية .

وأخيراً ، فإن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم من طرف أجنبي بدعوى عدم جواز شرط التحكيم في العقود الإدارية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الأشخاص العامة في مصداقيتها ، ويرتب أبلغ الضرر بغرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية ١ .
وأمام هذا الحكم لمحكمة استئناف القاهرة القاضي بجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية والفتاوى الأخيرة الصادرة من الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع بعدم صحة اشتراط التحكيم في العقود الإدارية ، إضافة إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا ، كان على المشرع المصري أن يتدخل بصورة نهائية لحسم هذا الموضوع بنص صريح يجيز للجهة الإدارية الإلتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تعقدها مع الغير .

ثالثاً: حسم الخلاف بصدور قانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ بتعديل القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤

نتيجة لإستمرار الخلاف حول مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، حتى بعد صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، فقد تدخل المشرع مرة أخرى ليضع حداً لهذا الخلاف ، وذلك عندما صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الذي نص في مادته الأولى على أنه « تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها كالآتي « 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 ونرى من جانبنا بأن المشرع المصري بهذا النص قد حسم الأمر بشكل نهائي وسمح للجهة الإدارية باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ولكنه اشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الاتفاق على التحكيم ولم يجز التفويض في ذلك .
ومسلك المشرع المصري وما نهجه من باقي الدول يسمح بجذب رؤوس أموال المستثمرين لبلادهم حيث أن المستثمر لا يمكن أن يوافق على اللجوء لوسائل أخرى خلاف التحكيم أسوة بالمستقر عليه لدى الدول المتقدمة إقتصادياً .

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية

من المسلم به أن للخصوم في سبيل الفصل في نزاعاتهم الناتجة عن العقود الإدارية الحق في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، ولكن يظل هذا الموضوع من أهم المسائل التي عادة ما تثار

١ . د . جورجى شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ١٧٩ وما بعدها .

عن الحديث عن منازعات العقود الإدارية، وذلك نظراً لما يترتب على اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع أثناء اللجوء إلى التحكيم من نتائج مهمة جداً.

وفي التحكيم الداخلي لا توجد عادة مشكلة حيث يتبع في الغالب تطبيق القانون الوطني إجرائياً كان أو موضوعياً، وذلك خلافاً للتحكيم الأجنبي أو التجاري الدولي حيث يكون هناك مجال أوسع لتطبيق قانون اتفاقي أو عدة قوانين أجنبية^١.

وعادة ما تصل المفاوضات بين الخصوم عند إبرام العقد وإدراج شرط تطبيق قانون محدد على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع إلى طريق مسدود.

ولا تثار أية مشكلة عندما يتفق الطرفان على قانون محدد يطبق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع، بينما الصعوبة تكمن في حالة ما إذا لم يحدد الطرفان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى الموضوع.

ومن هنا تأتي أهمية بحث هذا الموضوع المهم للوقوف على الآراء والمبادئ المختلفة التي استقرت في هذا الشأن، خصوصاً فيما يتعلق بمدى جواز تدخل المحكم في تحديد القانون آخر التطبيق في حالة سكوت الطرفين عن ذلك.

ولذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى خمسة مباحث وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: اتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد.

المبحث الثاني: عدم اتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد.

المبحث الثالث: القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم.

المبحث الرابع: القانون الواجب التطبيق على النزاع.

المبحث الخامس: سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة.

المبحث الأول

اتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد

سنتناول هذا الموضوع من ناحيتين، الأولى عندما يختار الطرفان القانون الواجب التطبيق بصرامة وذلك من خلال النص على ذلك في شرط أو مشاركة التحكيم، والثانية عندما يكون اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق ضمناً.

ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد.

المطلب الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد.

١. د. عاشور مبروك: الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.

المطلب الأول الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد

لا شك من أن إرادة الأطراف تعتبر هي الفيصل في مجال التحكيم الدولي الخاص الذي يلجأ إليه الأطراف لحل نزاعاته الناشئة عن العقود الإدارية، وإذا ما اختار الأطراف القانون الواجب التطبيق، فلا مناص للمحكم من الالتزام بأحكامه، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يستبعد ذلك القانون ويطبق غيره ١. وتتعترف القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم بحق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، وأن هذا الموضوع قد أكده كذلك الفقه، حيث ذكر الأستاذ Niboyet أن إغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف ٢.

وطبقاً لقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فقد نصت المادة (٢٧) منه على أنه «١- تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك». ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري حرص على إعطاء الأولوية لإرادة الأطراف، ذلك على النحو الذي قامت عليه فلسفة نظام التحكيم الذي يستمد وجوده من اتفاق الأطراف على الأخذ به ٣. ولا شك من أن أساس خضوع العقد بما في ذلك التحكيم وإجراءاته والقانون الواجب التطبيق عليه لإرادة الأطراف، هو أن المحكم يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف الذي لولاه لما اختصت هيئة التحكيم بنظر النزاع ويدخل هذا النوع في اختصاص المحاكم الوطنية ٤. وقد تأكد هذا الاتجاه أيضاً من خلال المادة (٢٨) من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأونسيترال) الصادر عام ١٩٨٥ إذ تنص الفقرة الأولى من المادة المشار إليها على أنه «تصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع».

وهذا النص جاء صريحاً أيضاً في تأكيد أن ما يختاره طرفا النزاع هو تطبيق قواعد قانون معين، وليس اختيار تطبيق هذا القانون بصورة مطلقة بما يتضمنه من نصوص عند الاختيار، ونصوص معدلة أو جديدة تصدر بعد ذلك ٥.

كما أن معاهدة نيويورك في المادة (٥) الفقرة الأولى (البند ١)) قررت أن قانون الإرادة هو القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، أما في حالة عدم اختيار القانون فيتم اختيار قانون مكان صدور

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٤.
٢. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٩٩.
٣. د. أحمد مخلوف: دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٤٥١.
٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد، الإشارة السابقة، ص ٤٨٥.
٥. د. أحمد مخلوف: المرجع السابق، ص ٢٥٢ وما بعدها.

حكم التحكيم.

وقد يكون قانون الإرادة وطنياً، مثل قانون جنسية أحد الطرفين أو قانون مقر التحكيم أو قانون مكان إبرام العقد الأصلي، أو قد يكون وارداً في معاهدة دولية. وتفيد معاهدة نيويورك أنها أعتدت بالإرادة الصريحة وعند تخلف الأطراف من الاختيار يرجع على قانون مكان صدور الحكم ١ .

من جانب آخر قد يقوم الأطراف أنفسهم باختيار الاجراءات الواجب تطبيقها على التحكيم، حيث من خلال هذا النوع من التحكيم يتحرر الأطراف كلية من كل القواعد الوطنية اعتماداً على إرادة الأطراف في صياغة القواعد الإجرائية للتحكيم. ويفضل البعض أن يسميه بالتحكيم الحر ٢ ، وقانون التحكيم المصري أيضاً قرره في أكثر من مادة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فبالإضافة إلى نص المادة (٢٧) المشار إليها آنفاً، فإن المادة السادسة من ذات القانون نصت على أنه «إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بها».

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري خول الأطراف أن يضمنوا اتفاق التحكيم نصاً يقضي بخضوع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في تلك الاتفاقيات أو تلك العقود النموذجية، وكذلك نص المادة (٢٥) الذي جرى على أنه «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 أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام هذا القانون - أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة».

ومن خلال أحكام هذه المادة نرى أن المشرع المصري حدد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات من خلال البحث في ثلاث حالات، وهي الحالة الأولى: اتفاق الأطراف صراحة على القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، أو اتفاقهم على قواعد إجرائية من إنشائهم تحكم خصومة التحكيم، والحالة الثانية: هي إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد النافذة لأي منظمة أو مركز تحكيم، أما الحالة الثالثة: فهي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون أو القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم وترك الأمر كله للمحكم لاختيار القانون الذي يراه مناسباً ٣ .

كما أن القانون الفرنسي أخذ بالمبدأ ذاته، حيث جاء نص المادة (٤٩٦) من القانون الفرنسي للتحكيم على أنه «يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف...».

وقد أخذت الاتفاقيات الدولية بذات المبدأ أيضاً ومن ذلك الاتفاقية الأوربية ١٩٦١ في مادتها السابعة التي نصت على أنه «للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...» ٤ .

١. د. منير عبدالمجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ٢٠٠٥، ص ٩٩.

٢. د. جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣١ وما بعدها.

٣. د. أحمد محمد عبدالبديع: المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

٤. مشار إليه د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٠.

وأخذت العديد من أحكام محاكم التحكيم بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ففي قضية أرامكو (Aramco) ضد المملكة العربية السعودية أكدت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في أغسطس ١٩٥٨ على أن «القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو في المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف»^١

وفي قضية سافير ضد الشركة الوطنية للبترول، أكد المحكم أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد»^٢.

وفي قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية أكد المحكم أن مسألة حق الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ليست محل شك»^٣.

ويرى جانب من الفقه أن تطبيق قانون أجنبي على العقود الإدارية من شأنه أن يحرم الدولة من الامتيازات المقررة لها في هذه العقود، ويعاملها مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة، مما قد يضر بمصالح البلاد الاقتصادية والحيوية التي تعمل هذه العقود على تحقيقها.

ولذلك يرى أنصار هذا الرأي «عدم إطلاق الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع خاصة بالنسبة للعقود الإدارية، فضلاً عن ضرورة أن تحاول الإدارة جاهدة على أن تنص في صلب العقد على أن القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الإداري هي الواجبة التطبيق على أي نزاع ينشأ عن تنفيذ هذا العقد، وهذا يستلزم من البداية أما اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو اختيار قانون أجنبي آخر يعرف هذه التفرقة»^٤.

بينما يرى جانب آخر من الفقه ه أن إطلاق الحرية للخصوم في الاتفاق على التحكيم وتحديد وتنظيم إجراءاته يعد في ذاته أمراً مرغوباً فيه لصالح التجارة الدولية، ذلك أن جوهر الحكم وقوامه إرادة الأطراف ولا خوف من مخالفة الإجراءات التي يحددها الخصوم للنظام العام ذلك أنه من غير المتصور أن يجاري المحكم أو مركز التحكيم المختار الخصوم في إجراءات مخالفة للنظام العامة سواء المحلي أو الدولي.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو مدى التزام المحكم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف؟ من المتعارف عليه هو التزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف كقاعدة عامة بشرط عدم اصطدام هذا القانون بالقواعد الآمرة في النظم القانونية ذات العلاقة.

كما أن الواقع العملي أثبت أن هيئة التحكيم تلتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الخصوم في ضوء المعاهدات الدولية ونصوص القانون الوطنية.

ولكن ذلك المبدأ حدث له استثناءات في الواقع العملي فيما يتعلق بعقود الدولة كما في حالة تحكيم

١. د. علاء مجيبي الدين مصطفى: الإشارة السابق، ص ٣٠٢.

٢. د. علاء مجيبي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ٣٠٢.

٣. د. علاء مجيبي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٢.

٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٧.

٥. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٣٠.

Texaco عندما أستبعد المحكم القانون الليبي وهو قانون الإرادة الصريحة للخصوم، وقد استعمل المحكم كافة السبل لاستبعاد تطبيق القانون الليبي على العقد، وقرر عدم ارتباط العقد بالقانون الليبي وأدخله في نطاق القانون الدولي العام وذلك لتحقيق التوازن بين الطرف الخاص الأجنبي والدولة وحمائته من التغييرات التشريعية التي تجربها الدولة على قوانينها الوطنية.

أما المشرع المصري فقد قرره في نص المادة (٥٣ الفقرة الأولى) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ أن من أسباب بطلان حكم التحكيم استبعاد هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه من الأطراف للانطباق على موضوع النزاع، وذلك يعني أن عدم احترام المحكم للقانون المختار من قبل الخصوم يجعله مشوباً بالبطلان، وهذه خطوة جيدة تحسب للمشرع المصري ونؤيدها بحق.

أما المشرع الفرنسي فلم يسير على خطى المشرع المصري في هذا الشأن، ذلك أنه لا يبطل حكم التحكيم الذي لا يلتزم فيه المحكم بالقانون المختار من قبل الخصوم، بل لا يعترف برقابة القضاء على أحكام التحكيم ١.

المطلب الثاني

الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد

عندما لا يختار الخصوم القانون الواجب التطبيق بصراحة عن الطريق النص عليه في شرط أو مشاركة التحكيم، فإنه لبيان نية الخصوم المفترضة في ذلك يلجأ الحكم إلى بعض المؤشرات الموضوعية التي يمكن إعمالها في هذا الشأن ومنها:

- قانون محل إبرام العقد.
- قانون محل تنفيذ العقد.
- محل إقامة المتعاقدين.
- موضوع العقد.
- مكان التحكيم.

وفي هذا الشأن، فإذا كان النزاع المعروض أمام المحكم ناتج عن تنفيذ عقد إدارة ذي عنصر أجنبي، ولم يحدد الخصوم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن على المحكم أن يطبق قانون الدولة المتعاقدة، أو التي يتبعها الشخص القانوني العام المتعاقد ولو كان تنفيذ هذا العقد يجري خارج الدولة، حيث يكون متصلاً بمرفق عام موجود في دولة أخرى مثل العقود التي تبرمها وزارة الخارجية مع إحدى الشركات الأجنبية لصيانة السفارات الموجودة في دول أخرى، ولكن هنا على المحكم أن يراعي وهو بصدد تطبيقه قانون الدولة المتعاقدة أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي يتم فيها التنفيذ ٢.

وفي حكم (ICC) سنة ١٩٧٦ ذهب المحكم إلى أن المؤشرات التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار في العقود

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٩ وما بعدها.

٢. د. عصمت عبدالله الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

التي تبرم بين دولة وطرف أجنبي في تحديد القانون الواجب التطبيق هي أن العقد أبرم بواسطة الحكومة ويتعلق بأعمال يتم تنفيذها على إقليم تلك الدولة التي تمارس عليه سيادتها، وكون الدولة في العقد لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إلا أنه عنصر له وزنه ١.

ومن المعلوم أن اختيار مكان التحكيم في دولة ما، لا يمكن أن يعين انصراف إرادة الخصوم نحو تطبيق قانون هذه الدولة على موضوع النزاع بشكل قاطع ذلك لأن اختيار مقر التحكيم يمكن أن يعتبر قرينه تساندها قرائن أخرى مثل لغة العقد والعملة وموضوع العقد وغير ذلك من القرائن.

وفي قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية على الرغم من عدم وجود إشارة صريحة للقانون الواجب التطبيق، إلا أن محكمة التحكيم قد استشفت ضمناً أن القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق على العقد لأنه القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد ٢.

«وخلاصة القول: أنه في حالة عدم وجود اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يجب على المحكم البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والتي عادة ما تكون قد اتجهت إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ٣.

والسؤال الذي يثور هنا، هل يجوز للمحكم استبعاد القانون الذي اختاره الخصوم؟ الأصل أنه إذا قام الخصوم باختيار القانون الذي يحكم العقد بنص صريح لا لبس فيه، فليس من المستساغ حينها أن يقوم المحكم باستبعاد هذا القانون الذي اختاره الأطراف، ولكن الواقع العملي أفرز عدة حالات عكس ذلك المبدأ، ومن هذه الحالات:

- قضية شيخ أبوظبي وشركة P.D.F. :

حيث تم إبرام عقد بين شيخ أبوظبي وشركة P.D.F. واتفقا على تطبيق القانون السائد في أبوظبي على أي نزاع يمكن أن يثور بين الطرفين وهو الشريعة الإسلامية.

وعندما ثار الخلاف بين الطرفين وتم اللجوء إلى قضاء التحكيم، قرر المحكم الإنجليزي، عدم تطبيق القانون السائد في أبوظبي وأشار إلى أن الشيخ يمارس القضاء في أبوظبي بسلطة تقديرية مستعينا بالقرآن، ومن غير المعقول في مثل هذا المكان القبلي وجود مجموعة من المبادئ القانونية تستطيع التصدي للمشكلات التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، وأضاف أنه يعتقد أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة وحسن النية، وانتهى المحكم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة فيه والتي يمثلها من وجهة نظر المحكم القانون الإنجليزي ولذلك قام بتطبيق القانون الإنجليزي على النزاع.

قضية حاكم قطر ضد شركة International marine oil :٥

١. مشار إليه د. نجلاء حسن سيد، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها.
٢. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٩.
٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٦.
٤. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٣٠٣.
٥. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٥.

أبرم حاكم قطر عقداً مع الشركة المذكورة وأتفق طرفا العقد على أن القانون القطري هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع يثور بين الطرفين إلا أن المحكم أوضح أنه على الرغم من أن هناك عوامل موضوعية وأدلة قوية تشير إلى أن القانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أن المحكم أعرب عن قناعته التامة بأن القانون الإسلامي لا يتضمن أية مبادئ قانونية تصلح لتفسير هذه النوعية من العقود وانتهى إلى طرح القانون الإسلامي جانباً وتطبيق قواعد العدالة والأنصاف على العقد.

قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fies : ١

أبرمت الحكومة السوفيتية عقداً مع الشركة الإنجليزية المذكورة ونصت المادة (٥٧) من العقد المبرم بينها على إخضاع أي نزاع يثور بين الطرفين إلى القانون الروسي وعلى الرغم من النص صراحة على أن القانون الروسي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع إلا أن محكمة التحكيم كان لها رأي آخر، فقد استبعدت تطبيق هذا القانون على الكثير من جوانب العقد وأوضحت بأن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون.

المبحث الثاني

عدم إتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد

تبدو الصعوبة كبيرة عندما لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الخصوم، وعدم وجود كذلك اية أدلة أو قرائن تشير إلى اتجاه إرادة الخصوم إلى تطبيق قانون محدد. ولا شك أن عدم اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على العقد لا يشكل عبئاً كبيراً على المحكم في اختيار القانون، وهنا يتمتع المحكم بحرية وسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دائماً بل مقيدة بتطبيق قانون مناسب وذي صلة قوية بالعقد موضوع النزاع ٢ . ولقد تباينت الآراء بالنسبة لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حالة عدم تحديده من قبل الخصوم، وسوف نعرض لهذه الآراء بشئ من الإيجاز.

مبدأ الكفاية الذاتية للعقد ٣

ويرى أنصار هذا الرأي أن الخصوم هم من يقومون بصياغة العقد المبرم بينهم بالطريقة المفصلة والدقيقة التي تحقق إرادتهم معاً وتوضح التزامات وحقوق كل منهم، وبالتالي فإن كافة التفاصيل المهمة المتعلقة بموضوع العقد تكون مصاغة في العقد ذاته، وبالتالي لا حاجة لأن يتدخل المحكم للبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد.

كما وأن إرادة الخصوم هي التي أوجدت هذا النظام القانوني المستقل، وبالتالي لا يحتاج لتدخل أي سلطة

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ٢٠٦.

٢. د. نجلاء حسن سيد أحمد: التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٩٦.

٣. د. علاء محيي الدين مصطفى: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الإداري، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.

نظامية لوجوده، إنما إرادة الأطراف وحدها هي التي تكفل لهذا التنظيم الوجود وأن هذه الإرادة كفيلا بتنظيمه دون الرجوع إلى أي قانون.

كما يضيف أنصار هذا الرأي أن قانون العقد، أو الأحكام التي ضمنها الخصوم عقدهم قد لا تحل كافة المشاكل التي قد تنشأ وكذلك لا يوجد هناك ما يمنع من الإشارة في ذات العقد إلى نظام قانوني معين لسد الثغرات الموجودة في قانون العقد.

فكرة تنازع القوانين ١ :

يرى أنصار هذا الرأي أنه في حالة عدم إتفاق الخصوم على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري خصوصاً ذي الطابع الدولي، فإن هذا القانون يتم باللجوء إلى قواعد إسناد في تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

وقد اختلف الفقه هنا حول ما هية قواعد تنازع القوانين التي يمكن للمحكم اللجوء إليها؟

فذهب رأي إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدول التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع ما لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.

وذهب رأي آخر إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها موطنهم المشترك.

أما الرأي الثالث فذهب أنصاره إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل هو جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامته، وأن الخصوم عندما اختاروا محكماً بعينه فهذا دليل ضمنى على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار.

وأخيراً فقد ذهب مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة أمستردام عام ١٩٥٧ إلى أنه « قواعد الإسناد النافذة في الدولة مقر التحكيم هي التي يجب إتباعها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع»، وقد تعرض هذا الاتجاه إلى النقد من جانب الفقه، حيث إن الدولة مقر التحكيم قد لا يكون لها أدنى صلة بموضوع النزاع، فأطراف العلاقة التعاقدية يحددون مكان التحكيم في بلد مناسب لهم بصرف النظر عن مدى ملاءمته أو اتصاله بموضوع النزاع ٢ .

أما محكمة العدل الدولية الدائمة فإنها وضعت قرينة لصالح قانون الدولة المتعاقدة في حكمها الصادر عام ١٩٢٩، حيث جاء به أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢١٤ وما بعدها.

٢. مشار إليه في د. علاء محيي الدين مصطفى، الإشارة السابقة، ص ٢١٥.

تنازع القوانين بتحديد هذا القانون. وتؤكد تلك النظرية وجهة نظرها بقولها كلما كان المفترض في عقد القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا الغرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها^١ وقد وجهت عدة انتقادات للآراء السابقة بمجمها، الأمر الذي حدا بالفقهاء إلى البحث الجاد لتحديد القانون الواجب التطبيق ومن هذه التوجهات.

- إخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون العام، ذلك أن القانون الدولي العام غني بقواعده الكفيلة بالتصدي لكافة المشاكل والمنازعات القانونية التي تثيرها العقود الإدارية الدولية^٢.

«أما الفقه والقضاء الفرنسي فقد ذهب إلى أن وجود الدولة طرف في العقد لا يكفي لكي يفترض أن الأطراف قد اتفقوا على التعاقد وفقاً لقانونها، خصوصاً عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون العام، حيث ذهب القضاء إلى أن وجود الدولة طرف في اتفاق التحكيم لا يكفي في ذاته كقرينة على تطبيق أحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فقد يكون هذا العقد من عقود القانون الخاص، وتحديد طبيعته العقد تتوقف على ما إذا كانت الدولة قد تصرفت باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص»^٣.

أما في مجال الاتفاقيات الدولية فقد تناولت هذا الموضوع عدة اتفاقيات منها اتفاقية التحكيم الأوروبية حيث تقرر في المادة السابعة حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع وفي حالة عدم وجود هذا التحديد يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع والذي يرى المحكمون مناسبتها للقضية مع مراعاة أحكام العقد وأعراف التجارة.

كما أن اتفاقية جنيف تعطي الأولوية لاستقلالية إرادة الخصوم في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، ولا يكون للمحكمين سلطة في هذا الخصوص إلا في حالة تخلف اتفاق الخصوم في هذا الشأن. حيث في هذه الحالة يكون للمحكمين سلطة تحديد قانون الموضوع بتطبيق قاعدة التنازع التي يرون ملاءمتها للحالة المعروضة عليهم^٤.

- وفي التشريع المصري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري على أنه «وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع».

وعندما يكون على هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن هذا لا يعني أن لهذه الهيئة سلطة اختيار القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، كما هو الحال عند اختيار الطرفين لهذا القانون، إذ لا تملك هيئة التحكيم سوى سلطة اسناد العلاقة لقانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها^١.

- أما المادة رقم (١٧) من قواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) السارية اعتباراً من أول يناير ١٩٩٨، تنص

١. مشار إليه في: د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٦ وما بعدها.

٢. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢١٦.

٣. د. نجلاء حسن سيد: الإشارة السابقة، ص ٤٩٧.

٤. د. نجلاء حسن سيد: الإشارة السابقة، ص ٤٩٨.

فقرتها الأولى على أنه «في حالة عدم اتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون الذي تراه مناسباً».

- بينما تنص المادة رقم (٢٨) من القانون النموذجي في فقرتها الثانية على أنه «إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق».

- أما القانون البحريني، فإنه متى تم الاتفاق على التحكيم في البحرين، كان قانونها هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الداخلي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

- تطبيق قاعدة الدولة المتعاقدة:

ذهب جانب كبير من الفقه والقضاء إلى ضرورة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في العقود الإدارية الدولية إذا جاء العقد خالياً من الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد. وقد كان سند هذا الرأي هو حكم محكمة العدل الدولية في قضيتي القروض العربية والبرازيلية، حيث ذهبت المحكمة إلى أن «كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما»^٢. كما أن محكمة استئناف باريس سارت على النهج ذاته فقد قضت في حكم لها بأن «كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة»^٣.

وفي هذا الخصوص فقد ذهبت غرفة التجارة في باريس ١٦ فبراير ١٩٨٣ في قضية هضبة الأهرام إلى تطبيق أحكام القانون المصري بعد قيامها باستعراض الآراء المختلفة لأطراف القضية، وكذلك الاتجاهات الفقهية الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم عقود الدولة، لأن العقدين المتنازع بشأنهما أبرما في مصر كما أن التنفيذ يتم بأكمله على الإقليم المصري^٤.

وعلى ذات النهج سارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، حيث نصت المادة (١/٤٢) على أنه «محكمة التحكيم تطبق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع من قبل الأفراد»^٥.

وقد استند أنصار تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إلى أن هذا القانون هو قانون الدولة التي ينفذ فيها العقد، وهذا ما أخذت به اتفاقية روما الموقعة في ١٩/٩/١٩٨٠ حيث نصت على أنه «يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بصورة وثيقة»، وتعد الدولة التي ينفذ فيها العقد هي أكثر الدول التي ترتبط بالعقد^١. كما أن هناك أحكام هيئات تحكيم سارت على ذات النهج، حيث ذهبت محكمة التحكيم في قضية (ارامكو)

١. د. أحمد مخلوف: دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٥٩٤.
٢. (الحكم منشور في مجلة (Clunet 1929.p.911 etc) مشار إليه في د. علاء محيي الدين مصطفى: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٢٢٠.
٣. الحكم منشور في مجلة (الحكم منشور في مجلة (Clunet 1929.p.911 etc) مشار إليه في د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٢٠.
٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٩.
٥. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٢٢٤.

مع المملكة العربية السعودية إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المملكة العربية السعودية ويطبق على الشروط الموضوعية للعقد، حيث أنه من المتفق عليه أن الالتزامات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة يفترض أن تخضع لقانونها الوطني ما لم يثبت العكس ٢.

لذلك وبعد استعراض أحكام الاتفاقيات الدولية والمحاكم المختلفة والفقهاء يبين بأن الفقه ومحكمة العدل الدولية وبعض المعاهدات الدولية قد ذهبت إلى وجود قرينة قانونية على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

بينما المشرع المصري والفرنسي ذهبا إلى خلاف ذلك، حيث قرر المشرع المصري اختيار القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، كما قرر المشرع الفرنسي اختيار القانون الأكثر ملاءمة - في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق - وهذا يشكل خطورة كبيرة بالنسبة للعقود الإدارية، فقد يكون القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع أو الأكثر ملاءمة لا يعرف التفرقة بين العقود المدنية والإدارية ٣.

- خضوع العقد للمبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدينة:

والمبادئ العامة للقانون هي مجموعة القواعد العامة والأساسية التي تصدر عن الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج الأخير التنفيذ في صورة التشريع والعرف، في حين أنها في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع، فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية، بينما تعد المبادئ العامة للأمم المتمدينة المبادئ التي تلوه على كل خلاف والتي تكون الأسس القانونية للدولة المتمدينة وهي تعد أحد مصادر القانون الدولي العام ٤.

- خضوع العقد للقانون العابر للدول:

والقانون العابر للدول هو القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة، ومن ثم فهو يتضمن قواعد القانون الدولي العام، والقانون الدولي الخاص وكذلك القواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانوني الدولي ٥.

ويهدف هذا القانون إلى البحث عن الملائم الذي يطبق على العلاقات الناشئة بين أشخاص القانون الدولي والأشخاص الخاصة الأجنبية، كما أنه يعبر عن الرغبة في التخلي عن قواعد تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص من أجل تنظيم العلاقات القانونية بين الأشخاص الأجنبية المتمتع بجنسيات متعددة، ويشمل هذا القانون المبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف الدولية ويشمل أيضاً التنظيم الداخلي للمؤسسات العامة التي لا تتصل بالنظام العام القانوني الوطني ولا تتصل بالنظام القانوني الدولي، ويشمل أيضاً القانون الإداري الدولي وقضاء محاكم التحكيم ١.

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: ص ٢٢٤.

٢. د. نجلاء حسن سيد: الإشارة السابقة، ص ٤٩٧.

٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٥٠١.

٤. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٢٦.

٥. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٣٢٩.

المبحث الثالث

القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم

ليس بالضرورة أن يكون القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم هو ذاته الذي يحكم النزاع، إذ ما ذهبت إرادة الطرفين إلى تطبيق قانونين أحدهما لإجراءات التحكيم والآخر للفصل في النزاع، وهذه قاعدة تقرها كافة المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم ٢.

- خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة:

كما أن خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف يعتبر قاعدة مستقرة يقرها القانون المصري والفرنسي. فالمرشع المصري في المادة (٢٥) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية قد قرر «لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها». من خلال هذا النص يتضح بأن المرشع المصري حول الأطراف إمكانية تنظيم سير عملية التحكيم ووضع القواعد الإجرائية التي تسيّر عليها هيئة التحكيم في نظر الخصومة وبذلك فيستطيع الأطراف صياغة هذه الإجراءات في نصوص من خلقهم وابتكارهم.

كما أن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية، أقرت ذات المبدأ، حيث نصت المادة (١/٥) على جواز رفض قرار التحكيم إذا ثبت أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم جاء مخالفاً لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم الاتفاق ٣. وذات المبدأ أقرته الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في ٢١/٤/١٩٦١، حيث تنص المادة (١/٤-ب) على حرية الخصوم في تحكيم الحالات الخاصة في تنظيم إجراءات التحكيم واختيارهم لمكان التحكيم.

وهكذا من خلال استعراض النصوص المختلفة للقواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم واتفاق أغلب التشريعات والمعاهدات الدولية على إعمال سلطان إرادة الخصوم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وإذا ما تم تحديد هذا القانون من قبل الخصوم فليس هناك ثمة صعوبة، إنما الصعوبة تبدو في حالة عدم الاتفاق على قواعد للإجراءات أو عدم تحديد قانون معين يطبقه المحكم في هذا الشأن وكذلك الأمر في حالة عدم كفاية قواعد الإجراءات التي إتفق عليها الأطراف.

ويرى البعض من الفقه أنه في هذه الحالة يجب الرجوع لقانون مكان التحكيم، مع مراعاة أن يكون ذلك

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٢٢٠.
٢. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٥.
٣. د. أشرف عبدالعليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العضو الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥.

لإكمال ما أتفق عليه الأطراف من قواعد ١.

كما أن هناك حكماً لهيئة التحكيم في النزاع القائم بين ليبيا وشركة B.P، حيث إنتهى المحكم أنه بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات فلا مفر من الرجوع إلى نظام قانوني داخلي، ومن الأفضل تطبيق القانون الدانماركي على إجراءات التحكيم باعتباره قانون دولة مقر التحكيم.

ويرى أنصار هذا الرأي أن وجهة نظرهم لا تبتعد بالتحكيم عن طبيعته الإدارية الاختيارية، حيث أن اختيار الأطراف لدولة معينة لتكون مكاناً للتحكيم ينطوي في ذاته على قبول تطبيق قانونها الخاص على إجراءات التحكيم، هذا بالإضافة إلى ضرورة احترام قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها في شأن ما يتخذ من إجراءات في مقابل عدم إعمال اختصاصها القضائي» ٢.

هناك اتجاه آخر أستبعد التحكيم الإقليمي عن الدول، وفصل إجراءات التحكيم من اي نظام قانوني وطني، وهو الاتجاه الذي وجد ضده لدى بعض المحكمين.

ويرى أنصار هذا الرأي تطبيق أحكام القانون الدولي في هذه الحالة على أساس أن تعلق التحكيم بالمعاملات الدولية يجب أن يخضع مباشرة للقانون الدولي، وليس معنى هذا إلغاء القوانين الوطنية، بل يتميز منها الحل الأكثر اتفاقاً مع أحكام القانون الدولي ٣.

وهناك رأي يرى أن يعطي المحكم سلطة تقديرية في اختيار وتكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة، ويستطيع بالتالي أن يحدد الإجراءات الواجب إتباعها أياً كان المصدر الذي يستمد منه هذه الإجراءات، بشرط ألا يكون في هذا الإجراء الذي اختاره المحكم اخلاً بحقوق وضمائن الدفاع بالمساواة والعدالة بين الخصوم ٤.

سلطة المحكم في اختيار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق:

إذا لم يتفق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو إذا قام الخصوم بتفويض هيئة التحكيم لاختيار هذا القانون، فإن لهيئة التحكيم ذات الحرية أو الامكانيات التي كانت متاحة للخصوم في هذا الشأن، حيث تستطيع القيام بوضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع بنفسها في كل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصادفها أثناء التحكيم، أو أن تقرر إتباع الإجراءات النافذة في قانون إجرائي لدولة معينة ٥.

لكن تلك الحرية لهيئة التحكيم ليست مطلقة بل مقيدة بقيود منها: أن لا يكون ذلك الإجراء الذي اختارته هيئة التحكيم إخلالاً بحقوق وضمائن الدفاع أو إخلالاً بالمساواة والعدالة بين الخصوم ٦. كما يجب على هيئة التحكيم مراعاة النصوص الإجرائية الأمرة في دولة مقر التحكيم وعند الخلاف يمكن رفع دعوى ببطلان الحكم، وضرورة احترام القواعد الإجرائية الأمرة في قانون الدولة المرجح تنفيذه

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

٢. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٥٠٩.

٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد: الإشارة السابقة، ص ٥١٧.

٤. د. اشرف عبد العليم الرفاعي: المرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

٥. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.

٦. د. اشرف عبد العليم الرفاعي: المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

الحكم فيها، وإلا يمكن رفض الاعتراف بالحكم ومن ثم رفض تنفيذه. إضافة إلى ذلك يتوجب على هيئة التحكيم احترام حدود السلطة المخولة لها في اتفاق التحكيم ذاته، في مسألة تنظيم إجراءات التحكيم، فلا يجوز تجاوز تلك الحدود وألا يستطيع الطرف الصادر ضده الحكم أن يطعن ببطلان التحكيم أمام السلطة المختصة في دولة التنفيذ^١. كما تستطيع هيئة التحكيم تكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة في حالة عدم شمولها على بعض الأحكام اللازمة لحسن سير المنازعة، وقد أقر هذا المبدأ في العديد من مشارطات وإجراءات هيئات التحكيم المختلفة.

وطبقاً لقانون التحكيم المصري (المادة ٥٣) الفقرة (ز) أن حكم التحكيم يكون باطلاً إذا كانت هيئة التحكيم قد اتخذت إجراءً باطلاً، وذلك من خلال اتباع قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أو إذا طبقت الهيئة إجراءً منصوصاً عليه في القانون الواجب التطبيق بطريقة خاطئة^٢.

المبحث الرابع القانون الواجب التطبيق على النزاع

مما لا شك فيه أن معظم لوائح هيئات التحكيم الدائمة والمعاهدات الدولية الحديثة ذات العلاقة بالتحكيم لا تكاد تخلو من نص على تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف في شأن موضوع النزاع الذي يحل بالتحكيم. وقد اصبح هذا النص يشكل أحد مبادئ القانون الدولي الخاص التي تحيز للأطراف اختيار القواعد التي يجدونها مناسبة لحكم علاقاتهم التعاقدية^٣.

ولذلك فلا ثمة مشكلة إذا ما اتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري حيث يتوجب على المحكم الالتزام به ولا يمكنه تجاهله ويطبق قانوناً آخر إلا في حالات محددة اسفر عنها التطبيق العملي، مثل في حالة استبعاد قانون الدولة المتعاقدة نتيجة عدم قدرته على حسم النزاع محل التحكيم أو لمخالفة القواعد المختارة وفقاً للمبادئ العامة للقانون أو النظام العام^٤ ويؤكد الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المعروض عليه كما أن مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق تؤكد العديد من أحكام التحكيم.

وقد اشرنا في معرض حديثنا عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إلى الاختيار الصريح والاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق، وبذلك نكتفي بما ورد آنفاً في هذا الصدد منعاً للتكرار. وسوف نستعرض بعض نصوص قواعد التحكيم لبعض هيئات التحكيم اللائحة وبعض نصوص المعاهدات الدولية إضافة لموقف المشرع المصري وبعض الدول الأخرى.

١. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

٢. د. أحمد محمد عبد البديع: المرجع السابق، ص ٣١٦.

٣. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ١٩٩.

٤. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: الإشارة السابقة، ص ٤٨٥.

الهيئات الدائمة للتحكيم:

تنص المادة (٢١) من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس (٢٠١٢) على أنه للطرفين مطلق الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحددها طبق المحكم القاعدة التي يراها ملائمة في هذا الخصوص. وتأخذ هيئة التحكيم في الإعتبار نصوص العقد بين الأطراف إن وجدت، والأعراف التجارية المتصلة بالنزاع.

وقضت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه «يراعى المحاكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية». أما نظام تحكيم مؤسسة التحكيم الأمريكية AAA فإن المادة (٢٩) منه تقضى بأنه تطبق هيئة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية الذي يختارها الأطراف لحكم النزاع، وعند عدم وجوده تطبيق القانون أو القوانين التي تجدها ملائمة».

وتقضي المادة (٣٢) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بأنه «تطبق هيئة التحكيم القانون الذي اختاره الطرفان على موضوع النزاع فإذا لم يحددا قانوناً تطبق القانون الذي تسند إليه قواعد التنازع واجبة التطبيق».

أما نظام مركز التحكيم التجاري الخليجي الذي مقره مملكة البحرين، فقد نصت المادة (٢٩) منه على أنه «تفصل الهيئة في النزاع طبقاً لما يلي:

١. العقد المبرم بين الطرفين وأي اتفاق لاحق بينهما.
٢. القانون الذي يختاره الطرفان.
٣. القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع وفق قواعد تنازع القوانين التي تراها مناسبة.
٤. الأعراف التجارية المحلية والدولية.

إذن من خلال هذه النصوص يتضح بأن الحل هو اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإذا كان تم ذلك فيتوجب على المحكم الالتزام به، أما إذا لم يختار الأطراف ذلك القانون فليقوم المحكم بتطبيق القانون الذي نشير إليه قواعد الإسناد واجبة التطبيق ١.

المعاهدات الدولية:

تقضي المادة (٧) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ بأنه «للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع، فإذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي قدر المحكمون ملاءمتها في النزاع، وفي الحالتين يعتد المحكمون بأحكام العقد والعادات التجارية».

أما اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ فتقضي المادة (٤٢) منها على أنه «عند عدم اتفاق الأطراف تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة وكذلك مبادئ القانون الدولي في الموضوع».

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

ومن خلال هذه النصوص يجب مراعاة أن النص على اعتبار قواعد الإسناد المقررة في الدولة الطرف في النزاع ضمن القواعد التي يطبقها المحكم تفتح المجال لتطبيق قانون أجنبي في النزاع الذي تكون الدولة طرف فيه ثم النفاذ من هذا المنطلق إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي ١ .
ولكن نموذج القانون الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة ١٩٨٥ وفي المادة (٢٨) منه تقادي الإشارة إلى قواعد الإسناد في الدولة التي يطبق قانونها:
وعليه فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعني وجوب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في هذا القانون وليس قواعد الإسناد فيه.

أما المحكم فله الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديده. وقد اقرت اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار التي ثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي أقرها البنك الدولي في ١٨ مارس ١٩٦٥ في المادة (١/٤٢) هذا المبدأ، حيث نصت على أنه «تفصل المحكمة وفق قواعد القانون التي تقرها أطراف النزاع».
وذات المبدأ أقره معهد القانون الدولي في العديد من قراراته وخاصة القرار الصادر عام ١٩٩٢، حيث نصت المادة (٨) منه على أنه «للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الخاص بهم وهم يستطيعون الاتفاق على تطبيق أي قانون وطني آخر ٢ .

التشريعات الوطنية:

نصت المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري على ثلاث حالات يستطيع المحكم استخدامها لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وهي:
١ . تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا أتفقا 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 التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.
٣ . يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية ونوع المعاملة.
٤ . يجوز لهيئة التحكيم إذا أتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون.

ومن هذه الأحكام يبين أن المشرع المصري سار على ذات نهج المعاهدات الدولية وأحكام ونصوص هيئات التحكيم الدائمة من حيث إعطاء الأولوية لإرادة أطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على

١ . د. أحمد محمد عبد البديع: شرح قانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها.

٢ . مشار إلى هذه الأحكام في: د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

موضوع النزاع، وألزم المحكم بالتقيد بالقانون المختار من قبل الأطراف. أما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن المحكم بما له من سلطة تقديرية في هذا الشأن يقوم باستظهار مؤشرات موضوعية ومعقولة لتحديد الإرادة الضمنية المفترضة للأطراف، كما أن تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، ولتحديد هذا القانون فإنه يتطلب ضرورة توافر الخبرة الكافية للمحكم وعنصري الحيطة والشفافية^١.

ومن جانب آخر فقد بالغ المشرع الكندي في إعطاء المحكمين سلطة تقديرية كبيرة في اختيار القانون للقانون الذي يقدرون ملاءمته ويحددون مقدار التعويض إذا لزم الأمر». وتتص الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه «في جميع الأحوال يقضي المحكمون طبقاً لأحكام العقد مع أخذ العادات المطبقة في الاعتبار»^٢.

ومما تقدم يتضح بأن الأولوية دائماً للقانون الذي أتفق الأطراف على تطبيقه، لأن هذه قاعدة ملزمة لأي محكم أياً كان نوع التحكيم الذي يعمل في إطاره، سواء أكان التحكيم خاصاً AD HOC أو كان تحكيمياً يتم أمام هيئة دائمة للتحكيم.

ومن القضايا التي فصلت فيها محكمة التحكيم عام ١٩٩٧ وطبقت فيها مبدأ سلطان الإرادة القضية المتعلقة بالنزاع الذي نشب بين زائير والشركة الأمريكية AMT ، حيث طبقت المحكمة الاتفاقية بين أمريكا وزائير بشأن تشجيع وحماية الاستثمار بين البلدين وكانت هذه هي الاختيار الصريح للأطراف في العقد المبرم بينهما^٣.

«ومما هو جدير بالذكر أن تطبيق قانون أجنبي على العقود الإدارية - إذا ما اختاره الأطراف - من شأنه أن يحرم الدولة من الامتيازات المقررة لها في هذه العقود، ويعاملها مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة، مما قد يضر بمصالح البلاد الاقتصادية والحيوية التي تعمل هذه العقود على تحقيقها.

وعلى الرغم من أن التحكيم أصبح ضرورة لا بد منها في سبيل إصلاح اقتصاديات الدولة وجذب رؤوس الأموال الأجنبية في ظل التزايد الكبير في حجم المبادلات الاقتصادية، إلا أن ذلك يجب ألا يكون على حساب المصالح اليومية للبلاد، أو بتطبيق قانون لا يعترف للشخص العام بسمو مركزه القانوني الذي تقرره له مبادئ القانون العام والتي تستهدف تحقيق المصالح العامة وتفضيلها على المصالح الشخصية للمتعاقد مع الإدارة.

وترى الدكتورة نجلاء حسن سيد «أنه يجب على المشرع المصري أن يعدل نص المادة (٢٩) من قانون التحكيم (المشار إليها آنفاً) بحيث تقيد حرية أطراف التحكيم وتجعلهم يختارون القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو قانوناً آخر يعرف التفرقة بين المنازعة المدينة أو المنازعة الإدارية مما يحفظ الأساس القانوني لنظريات القانون العام ويحول دون أن تعمل الدولة المتعاقدة على تضمين العقود الإدارية شروطاً تتنافى مع

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٨.

٢. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٧.

٣. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٧٤.

هذه المبادئ»^١.

مدى التزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف:

من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن المحكم يلتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف بشرط أن يكون هذا الاختيار صريحاً، سواء أكان هذا الاختيار في ذات العقد أو في وثيقة مستقلة وسواء أكان هذا الاختيار قد تم عند إبرام العقد أو في وقت لاحق على نشوب النزاع بين أطرافه. وتأسيس ذلك هو احترام مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية باعتبار أن أطراف العقد هم الأقدر على اختيار القانون المناسب لطبيعة العلاقة القائمة بينهم^٢.

ولكن ما الحكم إذا ما خالف المحكم ذلك القانون المختار من قبل الأطراف؟

إن بعض التشريعات حرصت على حماية حق أطراف العقد في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على النزاع عند لجوئهم إلى التحكيم، وأعطتهم الحق كذلك في رفع دعوى بطلان ضد حكم التحكيم في حالة ما إذا ثبت أن المحكم قد أهمل أو أستبعد تطبيق قانون الإرادة.

ومن ذلك المشرع المصري الذي قرر في المادة (٥٣) الفقرة الأولى من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم أن من أسباب بطلان حكم التحكيم استبعاد هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه من الأطراف للانطباق على موضوع النزاع.

وهذا النص يؤكد مرة أخرى على أن عدم احترام المحكم للقانون الذي يختاره أطراف النزاع يجعله مشوباً بالبطلان.

بينما المشرع الفرنسي لم ينتهج نهج المشرع المصري في ذلك الشأن، حيث إنه (المشرع الفرنسي) لا يبطل حكم التحكيم الذي لا يلتزم فيه المحكم بالقانون المختار من قبل الأطراف بل لا يعترف برقابة القضاء على أحكام التحكيم^٣ وأن القضاء المصري تبنى هذا الاتجاه في الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة في دعوى بطلان لحكم التحكيم رقم ٨ لسنة ١١٥ الصادر ضد الايطالية (المدعى عليه)، حيث إن الحكم التحكيمي قد استبعد القانون الواجب التطبيق وهو القانون الإداري المصري لكونها من أشخاص القانون العام والعقد محل الدعوى عقد إداري.

وقد قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى أن الطرفين متفقان على تطبيق القانون المصري ومن ثم تطبق الأحكام الموضوعية فيه دون أحكام تنازع القوانين، وحيث إن غرفة التجارة الدولية بباريس قد طبقت قانون آخر غير القانون المتفق عليه بين الأطراف فإن هذا من شأنه أن يبطل الحكم»^٤.

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: الإشارة السابقة، ص ٤٩١.

٢. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٧٤.

٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص ٤٨٧.

٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٠ وما بعدها.

هل يعني المحكم في التحكيم بالصلح من التعرف على القانون الواجب التطبيق على النزاع: أن التحكيم بالصلح يعتبر تخويلاً من الأطراف إلى المحكم بأن يتحرر من الالتزام بأحكام القانون، ولكن هل هذا يعني إعفاء المحكم من البحث والتعرف على القانون الواجب التطبيق على النزاع؟ مما لا شك فيه أن تخويل المحكم بالصلح يعني إطلاق يده في الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة والأصناف والتحرر من أحكام القانون. لكن الواقع أن هذا التفويض لا يعني هيئة التحكيم من التقيد بأحكام القانون الواجب التطبيق المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإن الحاجة تظل قائمة لتحديد هذا القانون. ومن ناحية ثانية، فليس هناك ما يحول بين المحكم وتطبيق قواعد القانون الواجب للعدالة والأصناف دون التقيد بالقانون ولكنه لم تفرض عليه ذلك ١ . ويرى جانب من الفقه أنه « لا مانع من أن يستند المحكم بالصلح إلى القانون ذاته متى كان ذلك يدعم حكمه ذلك أن التحكيم بالصلح وإن أفضى المحكم من تطبيق القانون، فإنه لم يمنعه من ذلك. فهمة المحكمة بالصلح لا تمنعه من تطبيق القانون وهذا هو ما قضت به محكمة استئناف باريس في ١٥ مارس سنة ١٩٨٤ من أن المحكم بالصلح يمكنه الفصل وفقاً للقانون بالمعنى الدقيق ٢ .

المبحث الخامس سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة

من خلال استقراء المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية في مجال التحكيم، يبين وجود اتجاهين في شأن سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة، الأول يلزم المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد تنازع القوانين، بينما الثاني يعطي للمحكم سلطة التحديد المباشر دون الاعتماد على قواعد التنازع.

أولاً: ضرورة المرور بقاعدة تنازع القوانين عند تحديد القانون الواجب التطبيق: يرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي وجوب الاعتماد على قاعدة تنازع القوانين لتحديد القانون الذي سيخضع له النزاع المطروح للتحكيم.

ولكن هذا الرأي منتقد من حيث صعوبة الأخذ به لتحديد أي نظام من أنظمة تنازع القوانين سوف يتبعه المحكم خصوصاً أمام تعدد الأنظمة التي قد يطبقها دون وجود معيار وحيد يطبق في هذه الحالة. ولا شك في أن القول بالاعتداد بنظام التنازع في الدولة التي يحمل المحكم جنسيتها لكونه أكثر إماماً بهذا النظام عن غيره من أنظمة التنازع الأخرى أو لكونه المختار ضمناً من جانب الأطراف من منطلق اختيار

١ . د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها.

٢ . د. منير عبدالمجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، ٢٠٠٥، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

الأطراف لهذا المحكم يعد قولاً غير سديد، فقد يكون قد تم اختيار المحكم بواسطة مركز تحكيم الذي يجري التحكيم في طله أو تم اختياره من الغير وبالتالي فلن يكون مختاراً من قبل الأطراف ١ .
ومن الصعب كذلك الأخذ بنظام التنازع في الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسيتهم باعتبار أن الأطراف في التحكيم وفي مجال المعاملات الخاصة الدولية غالباً ما ينتمون إلى جنسيات مختلفة.
كذلك فإن الرأي القائل بإتباع المحكم لنظام التنازع في دولة مقر التحكيم تم إنتقاده لأن تحديد مقر التحكيم من قبل الأطراف غالباً ما يستند إلى الحيدة ليس أكثر، وقد لا يكون لدولة هذا المقر أدنى صلة بموضوع النزاع.

كما أن القول بتطبيق قواعد التنازع في الدولة التي كان من المفترض أن تختص محاكمها بنظر النزاع لو لم يتفق الأطراف على التحكيم، يتعارض مع الهدف الذي وجد من أجله التحكيم وهو تفادي الصعوبات المرتبطة بمشكلة الاختصاص القضائي الدولي.

فضلاً عن كل ما سبق فإن اتباع نظام التنازع في الدولة التي سوف تطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، أثار صعوبة عملية تتمثل في كيفية تحديد المحكم مسبقاً وعلى وجه اليقين، الدولة المذكورة، ويزداد الأمر صعوبة إذا ما كان تنفيذ الحكم سيتم في أكثر من دولة.

وإزاء تلك الانتقادات التي وجهت إلى الأخذ بطريقة تنازع القوانين عند تحديد القانون الواجب التطبيق، سلم الفقه الغالب بترك المحكم حراً في الاختيار وتبنى قاعدة التنازع التي تبدو له أكثر ملاءمة، تبعاً لظروف القضية، والبعد عن إلزامه باتباع قواعد التنازع في دولة معينة بدلاً من تلك المعمول بها في أخرى، ولكون ذلك هو الحل الوحيد المنطقي في هذا الشأن.

ثانياً: إمكانية التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق من قبل المحكم دون الاستعانة بقواعد التنازع: الواقع العملي يثبت لنا أن الاتجاه المطبق عملياً مستقر على منح المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروف أمامه وذلك دون إلزامه بالمرور إلى نظام تنازع معين للوصول عن طريقه الى هذا القانون.

وتطبيقاً لذلك تصف تشريعات متعددة على أن للمحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون الالتزام باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بدولة معينة ٢ .
كما أخذت العديد من التشريعات العربية في مجال التحكيم كالقانون الجزائري والمصري بذات المبدأ، وقضت بإعطاء المحكم السلطة المباشرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حال عدم اتفاق الأطراف وذلك دون إلزامه باللجوء إلى قاعدة تنازع، بل لم تفرض هذه التشريعات أية قيود على المحكم في ذلك سوى أن يكون هذا القانون هو الأكثر اتصالاً بالنزاع.

١ . د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها.

٢ . د. جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، المرجع السابق، ص ٩٤.

الوسائل التي يستخدمها المحكم للبحث عن القانون الواجب التطبيق ١:

١. التطبيق التجميعي (أو الشامل) لقواعد التنازع الوطنية، وبموجبها يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين بالنسبة للقوانين المقترحة لمختلف الأنظمة القانونية المتعلقة بالنزاع، فإذا كان مضمون هذه القواعد مختلفاً، يجوز تحديد قانون وطني منفرد ليكون القانون الواجب التطبيق وهو القانون الأكثر ارتباطاً بالواقعة.
٢. اللجوء للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وبموجبها يلجأ المحكم لقاعدة تنازع القوانين المقبولة على نطاق واسع على المستوى الدولي.
٣. الوسيلة أو الطريقة المباشرة، وبموجبها يجوز للمحكم عدم التقيد بقواعد تنازع القوانين المحددة وله أن يقرر اخضاع العقد لقانون دولة معينة وذلك بمقتضى طبيعة وخصائص العقد. وعلى الرغم من اختلاف هذه الطرق الثلاث إلا أن بينها قاسماً مشتركاً هو الوصول إلى تعيين القانون الأفضل الذي يتطابق مع التوقعات المشروعة للأطراف.

خاتمة

وفي ختام هذا البحث نرى إن القانون الذي إختاره الأطراف هو واجب التطبيق على العقد الإداري حال وجود إتفاق وإختيار للأطراف على القانون الواجب التطبيق أما عند غياب إختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق فإن الآراء تتباين بالنسبة لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حالة عدم تحديده من قبل الخصوم. وتجدر الإشارة إلى ان ذات النظر ينطبق على القانون الإجرائي للتحكيم والقانون الموضوعي الذي يحكم موضوع النزاع.

قائمة المراجع

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥.
- د. أحمد محمد عبد البديع: شرح قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.
- د. أحمد مخلوف: دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د. اسامه أحمد شوقي المليجي: هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د. أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العضو الأجنبي، دار الفكر العربي، ٢٠٠٣.
- د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- د. جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

١. د. اشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العضو الأجنبي المرجع السابق، ص ٢٨٤.

- د. جورجى شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- د. حسان عبدالسميع الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
- م. حمدي ياسين عكاشه: العقود الإدارية في التطبيق العملي منشأة المعارف بالإسكندرية.
- د. سليمان الكماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.
- د. عاشور مبروك: الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦.
- د. عاطف شهاب: اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، ٢٠٠٢.
- د. عبدالحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء والتشريع، منشأة المعارف، ٢٠٠٣.
- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- د. عبدالله حنفي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د. عصمت عبدالله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، دار او المجد للطباعة، ٢٠٠٣.
- د. منصور محمد أحمد: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- د. منير عبدالمجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، ٢٠٠٥.
- د. مورييس صادق: قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود لنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
- د. نجلاء حسن سيد أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.