

التحكيم في العقود الإدارية بين الرفض والقبول دراسة تحليلية مقارنة في مصر والكويت

أ.د/ جورجى شفيق سارى

أستاذ القانون العام الزائر بكلية الحقوق - جامعة الكويت

تمهيد وتقسيم:

أثار - وما زال يثير - موضوع التحكيم في العقود الإدارية جدلاً كبيراً حول مدى جواز اللجوء إليه في منازعات هذا النوع من عقود الإدارة. واختلف الوضع في كثير من الدول - سواء من حيث مواقف التشريعات وأحكام القضاء وآراء الفقه فيها - ما بين الرفض والقبول أو بين المعارضة والتأييد، واستند كل موقف منها إلى العديد من الأسانيد والحجج، ومن بين هذه الدول مصر والكويت.

وفي هذا البحث نتناول بالدراسة التحليلية المقارنة بين الوضع في مصر والكويت، فنعرض لكل من الاتجاه الرافض للتحكيم في العقود الإدارية، والاتجاه المؤيد له وحجج وأسانيد كل منهما، في كل من البلدين سواء على مستوى التشريع أو القضاء أو الفقه، مستخلصين من هذه الدراسة النتيجة النهائية وهي مدى إمكانية اعتبار واعتماد التحكيم كطريقة لحل المنازعات والخلافات التي تنشأ عن عقود القانون العام - وعلى وجه الخصوص العقود الإدارية - مثل غيرها من عقود القانون الخاص، دون اللجوء للطريق المعتاد وهو قضاء الدولة المختص بنظر كافة المنازعات والقضايا والدعاوى التي تثور في المجتمع، أيا كانت طبيعة أطرافها أو صفة الخصوم فيها.

ودراسة موضوع التحكيم في العقود الإدارية يحتاج منا التعرض أولاً لفكرة التحكيم بصفة عامة، من حيث التعريف والأنواع والطبيعة القانونية والتمييز، ومبررات اللجوء إليه.

وعلى ذلك فسوف نبحث موضوع دراستنا من خلال الخطة التالية:

الفصل الأول: التحكيم بصفة عامة

الفصل الثاني: الاتجاه الرافض للتحكيم في العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت.

الفصل الثالث: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت.

الفصل الأول

التحكيم بصفة عامة

(التعريف - الطبيعة - التبرير)

أصبح التحكيم يحتل مكانة ملحوظة وهامة في مجال القانون وفي نطاق المنازعات القانونية.

ويثور التساؤل حول ماهيته وطبيعته، وحول تبريرات اللجوء إليه وشروط ذلك. وفي هذا الفصل نعرض هذه النقاط وذلك في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم وأنواعه

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه

المبحث الثالث: مبررات اللجوء إلى التحكيم

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم وأنواعه

نعرض في هذا المبحث تعريف التحكيم ثم أنواعه.

أولاً: التعريف بالتحكيم:

نتناول في هذا العرض التعريف اللغوي ثم التعريف الفني.

(أ) المعنى اللغوي للفظ التحكيم:

كلمة تحكيم arbitrage في اللغة الفرنسية وهي من فعل حَكَمَ وهي من الأصل اللاتيني من كلمة arbitrer وتعني التدخل والحكم بصفة حكم، والتحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه. فالتحكيم في اللغة الفرنسية يعني تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر الذي أو الذين قرر الأطراف - باتفاق مشترك بينهم - أن يخضعوا أو ينصاعوا له أو يتقبلوه⁽¹⁾.

(1) Dictionnaire Le Petit ROBERT 1, Paris 1978, p. 93. "Règlement d'un différend ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personnes, auxquelles les parties ont décidé, d'un accord commun, de s'en remettre".

Lexique des termes juridiques, Dalloz 2010. Laurence Kiffer, L'arbitre: L'avocat et le juge, Dalloz2009, p.184. Roger Parrot, Institutions judiciaires, 10e éd. Montchrestien 2002, p.57. Jean-Baptiste, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1999, p.2. Charles Jarosson, La notion de l'arbitre, LGDJ Paris 1987, p.101.

وفي اللغة العربية فإن أصل الكلمة من مصدر الفعل وهو حَكَمَ وهي من الحكمة، والحكمة عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم. ومنها الحكم بمعنى العلم والفقه، ومنها الحكم والحاكم والحكومة. ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكمًا، لأنه يمنع الظالم من الظلم وقال الأصمعي: أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم. وحكمت وأحكمت وحكمت بمعنى منعت ورددت. والحكم مصدر قولك حكم بينهم يحكم أي قضي، وحكم له وحكم عليه. الأزهري: الحكم القضاء بالعدل. وحكموه بينهم: أمره أن يحكم. ويقال: حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا. وحكمه في الأمر فاحتكم: جاز فيه حكمه.

والمحكم بفتح الكاف هو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة، والحكمة هي العدل، ورجل حكيم: عدل حكيم. وأحكم الأمر أتقنه⁽¹⁾.

(ب) المعنى الفني أو الاصطلاحي للتحكيم:

تعددت تعريفات التحكيم وتنوعت تحديدها في فروع القانون المختلفة حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم، وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد له وتعبير عنه.

فقد عرفه البعض 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 يُخولوا أو يُمنحوا أو يقلدوا- في هذه الحالة- مهمة القضاء والفصل فيها.

On entend par l'arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de Droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger⁽²⁾.

(1) راجع لسان العرب، المحيط: للعلامة ابن منظور، إعداد وتصنيف يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، المجلد الأول، من الألف إلى الزاء، ص ٦٨٨-٦٩٠.

Jean ROBERT, L'Arbitrage, Droit interne, Droit international privé, Dalloz, Paris, 6e édition 1993, p. 3.

ويقترَب من هذا التعريف تعريف H.MOTULSKY، بأنه عبارة عن قضاء أو عدالة خاصة ذات أصل عادة اتفاقي. "Justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle". Henri MOTULSKY, Ecrits, Tome II., Etudes et Notes sur l'arbitrage, DALLOZ, Paris, 1974. p. 6.

وقد عرفه البعض 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.

"L'arbitrage constitue une procédure par laquelle les parties en litige conviennent de soumettre leurs différends à un arbitre et s'engagent à accepter la sentence arbitrale et à la considérer comme obligatoire"⁽¹⁾

وعرفه البعض بأنه عبارة عن نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع

بين طرفين أو أكثر، وذلك بممارسة المهمة القضائية التي عهدوا بها إليه.

"L'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci"⁽²⁾

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي

يُعترف بها لطرف ثالث، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم.

"L'arbitrage se caractérise par le pouvoir de décision reconnu au tiers"⁽³⁾, et il reconnaît un caractère juridictionnel à la décision de l'arbitre."⁽⁴⁾

وعرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه عبارة عن: "عرض نزاع

معين بين طرفين على محكم من الأعيان، يعين باختيارهم أو بتفويض منهما، أو في ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"⁽⁵⁾.

(1) انظر:

J.M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, LGDJ. Paris 1975, Tome I, P. 28, No 14., J.M Auby, l'Arbitrage en matière administrative, AJDA. 1955, I. Doctrine, p. 81.

(2) انظر: Charles, JARROSSON, La Notion de l'arbitrage, op.cit.

(3) انظر على سبيل المثال: CE.19 Mai 1893, Ville d'Aix-Les-Bains, Rec. Leb. p. 442, CE 22 Janv. 1904, Ducataing, Rec. Leb. p. 45.

(4) انظر على سبيل المثال أيضاً:

CE 21 Avril 1943, Sté des ateliers de construction du Nord de la FRANCE, Rec.Leb. p.107, CE. Ass. 4 Janv, 1957, Lamborot, AJDA. 1957, p. 108, Concl. CHARDEAU.

(5) راجع حكمها بتاريخ ١٢/١٧/١٩٩٤، قضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق وكذلك حكمها بتاريخ ١/١١/٢٠٠١، قضية رقم ٦٥ لسنة ٢١.

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"^(١). وقد تعرضت بعض النصوص التشريعية لتعريف التحكيم.

من ذلك مثلاً التشريع الفرنسي، حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ بشأن التحكيم، على أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم.

"L'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage"^(٢).

وبعض النصوص تتعرض في أحكامها لبيان فحوى اتفاق التحكيم من ذلك مثلاً المادة العاشرة من القانون الصادر في ١٨ ابريل سنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية في مصر، حيث تنص في فقرة (١) على أن: اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"^(٣).

وكذلك المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم^(٤)، حيث تنص في الفقرة (١) منها على أنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في ضرورة شرط التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

(١) راجع حكمها بتاريخ ١٨/١١/١٩٩٤، طعن رقم ٨٨٦، لسنة ٣٠ ق. وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١/٧/١٩٨٩، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ حتى آخر ديسمبر ١٩٩٥، ص ١٢٨، ص ١٤٣. راجع:

Loi No 93-42 du 26 Avril 1993, portant promulgation du Code de l'arbitrage. Revue de l'Arbitrage, 1993, 4, Document, p. 721.

وذاذ المفهوم في قانون المرافعات المدنية الصادر عام ١٩٧٥، في المادة ١٤٤٢ منه المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١. (١١) القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

(١٢) وثيقة الأمم المتحدة ٤٠/١٧، أ، المرفق الأول، القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ حزيران/يونيو ١٩٨٥.

وجدير بالذكر أن القانون الكويتي لم يتضمن تعريفاً للتحكيم، سواء في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، أو في القانون المدني الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، أو حتى في قانون التحكيم القضائي ذاته رقم ١١ لسنة ١٩٩٥.

وتدور تعريفات الفقه المصري في جميع فروع القانون المختلفة حول معنى التحكيم السابق بيانه.

فيعرفه البعض بأنه نوع من العدالة الخاصة والذي يتم وفقاً له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها^(١). ويعرفه البعض بأنه يُمثل أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة. فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة^(٢).

ويعرفه البعض الآخر بأنه حق يقرره القانون أو مكنة يقررها القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة نزاع ينشأ بينهم بالفعل إلى واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص^(٣). ورغم تعدد وتنوع هذه التعريفات، وسواء تم تعريف التحكيم بأنه إجراء أو نظام أو اتفاق أو وسيلة أو حق أو مكنة قانونية. فإن الجميع هذه التعريفات تدور

(١٣) راجع د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣/١٩٧٤، ص ٤ بند رقم ٨. د. ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥، ص ١٠٢، بند رقم ٤٩. د. عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٨٨، ص ٥٩، بند رقم ٣٣. د. عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٠، ص ١١، بند رقم ١. د. عاشور مبروك: النظام القانوني لمساعدة غير القادرين على دفع المصروفات القضائية، دراسة تأصيلية مقارنة، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٨٩، بند رقم ١٢ وما بعده، ولذات المؤلف، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ١، بند رقم ١، وانظر الجريدة التي أشار إليها في تعريف التحكيم في هامش رقم (١) في ذات الصفحة.

(١٤) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٧، بند رقم ١٩.
(١٥) انظر: د. عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، ص ٩١٨، بند رقم ١٣٦٤. د. أحمد زغول، أصول التنفيذ لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٢٥، بند رقم ١٢٥.

حول جوهر واحد وتعبّر عن مضمون ومعنى واحد، وهو أن التحكيم عبارة عن طريقة خاصة وأسلوب خاص لتسوية النزاعات دون الحاجة إلى اللجوء إلى السلطة الرسمية المختصة أصلاً لتسوية وفض النزاعات، أي دون الحاجة إلى اللجوء إلى السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتنوع محاكمها وتعدد درجاتها وتباين اختصاصاتها.

ثانياً: أنواع التحكيم:

يمكن تقسيم التحكيم عدة تقسيمات حسب المعيار الذي يؤخذ كأساس للتقسيم، أو حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم. فمن زاوية طبيعة الأطراف يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم محلي وتحكيم دولي. وإذا أخذنا نطاق التحكيم كمعيار للتقسيم يمكننا التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي.

أما إذا نظرنا إلى موضوع التحكيم ذاته، فإننا نستطيع الحديث عن التحكيم التجاري والتحكيم المصرفي والتحكيم المدني^(١)، والتحكيم الضريبي والجمركي، والتحكيم العمالي والتحكيم في مسائل الأحوال الشخصية والتحكيم الإداري... الخ. وإذا أخذنا في الاعتبار وقت الاتفاق على التحكيم ومدى ارتباطه بالاتفاق الأصلي، فيمكن التمييز بين التحكيم السابق أو المسبق والتحكيم اللاحق، وبين التحكيم الملحق أو المرتبط والتحكيم المستقل أو المنفصل، ولكن في جميع هذه الأحوال يكون الاتفاق على التحكيم سابق على نشوء الخلاف أو النزاع، ولذلك يسمى بشرط التحكيم Clause Compromissoire. وقد يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء الخلاف أو النزاع وليس قبله، ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم Compromis^(٢).

(١) راجع د. عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.

(٢) راجع:

André DE LAUBADERE, Traité théorique et pratique des contrats administratifs. Tome III, LGDJ. Paris, 1956, p. 283, No 1206.

على أن أهم تقسيمات التحكيم هو التقسيم الذي يميز بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي.

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي: Arbitrage Facultatif et Arbitrage Forcé

معيار التمييز بين هذين النوعين من التحكيم هو مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم لتسوية خلافاتهم أو مدى إلزامية اللجوء إليه.

فإذا كانت إرادة الطرفين حرة في اختيار اللجوء إلى هذا الطريق من عدمه^(١) - بمعنى أنهم غير ملزمين أو غير مضطرين أو غير مجبرين للجوء إلى التحكيم، أي غير مفروض عليهم بنص أو وفق نظام معين في حالة خلافاتهم - كان التحكيم اختيارياً. وهذا هو الأصل في التحكيم وهو الغالب، فعندما عرف الإنسان القديم التحكيم كان الالتجاء إليه اختيارياً، بل وقد كان تنفيذ حكم التحكيم الصادر متروك أمره للمتنازعين^(٢).

وعلى النقيض من ذلك إذا لم يكن للأطراف حرية في اللجوء إليه، وكانوا ملزمين باللجوء إليه في حالة نشوء خلاف بينهم، بناء على نص يفرض عليهم هذا الطريق، ففي هذه الحالة يكون التحكيم إجبارياً. فتعين على الأطراف سلوك طريق التحكيم في حالة وجود خلاف بينهم، فلا يكون لهم ولا لإرادتهم اختيار في ذلك،

ويعرف قانون الإجراءات المدنية في فرنسا المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ففي الكتاب الرابع من هذا القانون بعنوان التحكيم L'ARBITRAGE، في الباب الأول منه في المادة ٤٤٢ ينص على أن شرط التحكيم هو عبارة عن اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين بلخضاع المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد للتحكيم.

"La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat".

وفي الباب الثاني من ذات القسم والكتاب بعنوان مشاركة التحكيم Le compromis تنص المادة ١٤٤٧ على أن مشاركة التحكيم هي عبارة عن اتفاق يخضع بمقتضاه الأطراف في نزاع معين نشأ بالفعل للتحكيم شخص أو عدة أشخاص.

"Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou de plusieurs personnes".

أما قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في مصر، فيعرف اتفاق التحكيم في الباب الثاني منه في المادة العاشرة منه في فقراتها الثلاث. ففي الفقرة (١) تتعرض لبيان ماهية اتفاق التحكيم بصفة عامة. وفي الفقرة (٢) تنص على جواز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان الاتفاق مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين. كما يجوز أن يتم الاتفاق بعد قيام النزاع. وفي الفقرة (٣) من هذه المادة ينص المشرع على اعتبار اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وذلك إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

(١) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٣٨.

(٢) د. صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٧٩.

فاللجوء إلى التحكيم تفرضه قاعدة تشريعية، ولا يستند إلى إرادة الأطراف ولا يرجع إلى عقد أو اتفاق من أي نوع^(١).

وفي كثير من الأحيان يدق التمييز والتفرقة بين هذا النوع من التحكيم والقضاء الرسمي خاصة بالنسبة للقضاء الاستثنائي. وإن كان من الصعب وجود معيار واضح للتمييز والتفرقة، إلا أنه يمكن تقرير الفروق التالية^(٢):

- إن القضاء الرسمي للدولة يختص بالنظر في جميع المنازعات أيًا كانت طبيعة المسائل المتعلقة بها، إلا ما استثنى من ذلك، مثل طائفة الأعمال المسماة بأعمال السيادة. في حين أن هناك بعض المسائل التي لا يجوز اللجوء إلى التحكيم فيها، ومثال ذلك المسائل التي تتعلق بالنظام العام، أو بالحالة المدنية أو الشخصية للفرد.

- إن القضاء الرسمي سواء العادي أو الاستثنائي يتكون من أشخاص دائمين، في حين أن هيئات التحكيم تشكل بمناسبة نشوء المنازعات.

- إن أعضاء القضاء الرسمي لا يختارون بواسطة أطراف الخصومات أو النزاعات أو الدعاوى أو القضايا التي تعرض عليهم، ولا يملكون عزلهم أو تنحيهم عن نظر النزاع اللهم إلا عن طريق نظام رد القضاة أو مخاصمة القضاة، في حين أن أعضاء هيئات التحكيم يختارون أو يحددون أو يختار ويحدد بعضهم على الأقل من قبل الأطراف. كما يملكون عزلهم أو تنحيهم عن نظر نزاعهم^(٣).

- إن أحكام القضاء الرسمي قد يكون لها حجية مطلقة أو عامة يحتج بها أمام الكافة، أما قرارات المحكمين فلا تتعدى قوتها الإلزامية أطراف النزاع.

(١) انظر: د. عادل فخري: التحكيم بين العقد والاختصاص القضائي، مجلة المحاماة السنة ٥١، العدد الأول، ص ٥١ وما بعدها، وانظر أيضا: د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الرابعة ١٩٨٣، ص ٥١ وما بعدها، ولنفس المؤلف أيضا: التحكيم الاختياري، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العددان الأول والثاني، صفحة ١ هامش رقم

(٢) راجع في ذلك: د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٣٨، د: زكي محمد النجار: الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٧٣، ٢٧٧.

(٣) وعلى ذلك يمكن القول بأن القاضي صاحب ولاية مستمدة من ولي الأمر، أما المحكم فولايته خاصة مستمدة من اتفاق المحكمين". د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

- إن قرارات أو أحكام القضاء الرسمي سواء العادي أو الاستثنائي تحوز بذاتها القوة التنفيذية، في حين أن قرارات هيئات التحكيم يكون الأصل فيها أنها لا تحوز القوة التنفيذية إلا إذا كانت شاملة أمر التنفيذ.
 - إن أحكام القضاء الرسمي تصح حتى ولو لم يرض بها أو يقبلها الأطراف، أما قرارات التحكيم فيشترط لصحتها رضاه وقبول الأطراف.
- والتحكيم يكون إجبارياً إذا كانت تفرضه قاعدة تشريعية كما قلنا حالاً، وصفة الإلزام أو الإلزام باللجوء إلى التحكيم الذي تفرضه القاعدة التشريعية تتخذ صورة من صورتين أو شكل من شكلين:

- إما أن يحدد المشرع حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى القضاء بصفة مطلقة (١). فلا يكون أمام الأطراف في حالة نشوء نزاع أو خلاف بينهم إلا اللجوء إلى التحكيم. لأنه لا يكون أمامهم في هذه الحالات سوى سلوك هذا الطريق.

وقد تكون هذه الصورة من المنع أو التحريم المطلق للالتجاء إلى القضاء قليلة أو نادرة، لما قد تتطوي عليه من مصادرة لحق التقاضي وللجوء إلى القاضي الطبيعي، وهو أحد الحقوق الأساسية للإنسان المنصوص عليها في إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية والديساتير (٢).

- وإما أن يقرر المشرع في حالات معينة عدم جواز الالتجاء إلى القضاء إلا بعد مراعاة وجوب طرح النزاع على هيئة تحكيم.
- واللجوء إلى التحكيم في مثل هذه الحالات يعتبر شرط لازم من شروط قبول الدعوى أمام القضاء المختص (٣). فعدم اللجوء إلى التحكيم أو لا في هذه الحالات يؤدي إلى عدم قبول الدعوى لتخلف شرط لازم أو إجراء وجوبي لذلك.

(١) انظر: د. عاشور مبروك: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، سابق الإشارة إليه، ص ٥، بقية هامش (٣).
(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة (٦٨) من الدستور المصري الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٧١ على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا.....".
(٣) انظر: د. شمس مرغني: التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٣ ص ١٠.

ومن أمثلة النصوص التي تفرض التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء في مصر، التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية والذي تنص عليه وتنظمه المواد من ٦ إلى ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠^(١)، والتحكيم في منازعات العمل، والذي تحكمه المواد من ٩٣ إلى ١٠٦ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١^(٢). والتحكيم المنصوص عليه في قانون الضريبة العامة على المبيعات، وهو القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١. والتحكيم الجمركي في القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٩٤ الخاص بإنشاء بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان.

ورغم وجود مثل هذه النصوص التي تفرض التحكيم بشكل إجباري في بعض الحالات، إلا أن التجربة أثبتت في بعض الأنظمة القانونية فشل أو على الأقل عدم ملائمة فرض اللجوء إلى التحكيم بشكل إلزامي إجباري، بنص تشريعي^(٣). ولذلك نجد أن بعض القوانين قد ألغت النصوص التي كانت تتضمن فرض اللجوء إلى التحكيم، أي التي كانت تنص على التحكيم الإجباري.

من ذلك، نذكر على سبيل المثال لا الحصر في مصر، القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ والخاص بقطاع الأعمال العام، والذي حل محل القطاع العام سابقا، والذي ألغى التحكيم الإجباري في منازعات قطاع الأعمال، وأصبح اللجوء إليه اختياريا^(٤).

ويشجع بعض الفقه اتجاه المشرع إلى إلغاء هذا النوع من التحكيم نظرا لسلبياته وما ينطوي عليه من مثالب كثيرة تفوق إيجابياته أو حسناته المحدودة المعدودة^(٥).

(١) انظر: د. إسماعيل الأسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بالقاهرة، ص ٢٢٥ وما بعدها. د. عبد الحميد عثمان: التحكيم عند شافق الزوجين، مجلة الحق، العددان الرابع والخامس، ١٩٩١، ص ٣٧. د. عبد الفتاح مراد: شرح قوانين التحكيم، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ٣٣.

(٢) انظر: د. محمد عزمي البكري: مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد، المكتبة القانونية بالقاهرة، الجزء الثاني، ١٩٨٦، ص ٦٣٩ وما بعدها. وانظر: د. عبد القادر الطورة: قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٦٢ وما بعدها.

(٣) راجع: د. صلاح الدين الناهي: مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٤) راجع: د. عزيزة الشريف: التحكيم الإداري في القانون المصري، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢/١٩٩٣، ص ١٠٥. د. محمد عبد الخالق عمر: نظام التحكيم في منازعات القطاع العام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٨، العدد الثاني، ص ٢٠١ وما بعدها.

(٥) انظر: د. فتحي والي: منازعات التنفيذ، بعض المشكلات العملية في قانون المرافعات، مركز السنهوري للدراسات القانونية، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ١١٦ وما بعدها.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه

يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وحول تمييزه عما قد يختلط أو يتشابه معه من أفكار أو وسائل قانونية أخرى.

ونعرض في هذه الفصل الطبيعة القانونية للتحكيم ثم تمييزه عن غيره، وذلك

في مطلبين:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقه - الذي تناول التحكيم بالدراسة والبحث - حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

ويمكننا التمييز بين اتجاهين للفقه في هذا الصدد. اتجاه ذهب إلى أن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية، واتجاه ثان ذهب إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية. وقد ساق كل اتجاه بعض الحجج والأسانيد يدعم بها وجهة نظره ورأيه^(١).

الاتجاه الأول: الطبيعة الاتفاقية التعاقدية للتحكيم: **Caractère contractuel de l'Arbitrage**

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التحكيم له طبيعة اتفاقية تعاقدية^(٢). وقد استند هذا الرأي إلى الحجج والأسانيد التالية:

١. أن الأساس في تحديد هذه الطبيعة هو رغبة الطرفين في وجود محكم يفصل في النزاع القائم بينهما ورغبتهما في الامتثال لقراره. فإرادة الطرفين واتفاقهما على اختيار المحكم وامتثالهما لقراره هي العنصر الهام في تحديد

^(١) راجع في هذا الخلاف: Jean ROBERT: L'ARBITRAGE, Droit interne Droit international privé, DALLOZ, 5 éd. No 201, Note 2

^(٢) انظر: Ibrahim NAGUIB SAAD: La sentence arbitrale, Thèse Paris, 1969, p. 503 et ss. وراجع كذلك د. وجدي راغب: النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات، القاهرة، طبعة ١٩٧١، ص ١٢٠، هامش رقم (٢). ولنفس المؤلف: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، القاهرة، طبعة ١٩٧٢، ص ٣٨٢.

طبيعة التحكيم. في حين أن القضاء يفترض عدم إرادة أحد الطرفين - وهو بالطبع الظالم أو المعتدي وفي الغالب يكون هو المدعي عليه - الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي الطرف الآخر في مواجهته. وهو المظلوم أو المعتدى على حقه، وفي غالب الأحيان يكون هو المدعي أو المطالب بالحق.

٢. التحكيم لأنه ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية فإنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد، أما القضاء فيهدف إلى تحقيق مصلحة عامة هي إقامة العدل.

٣. إن التحكيم يقوم على اتفاق ضمني على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية. كما أن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف واتفاقهم، وبالتالي فـلمحکم سلطة خاصة بالنزاع المحال إليه من الأطراف وتقتصر عليه وتتحصر فيه. وهو بذلك لا يعتبر قضاء، لأن القضاء له سلطة عامة.

٤. إن التحكيم لأنه ذو طبيعة اتفاقية، فيمكن أن يكون المحكم مواطناً أو أجنبياً طالما اتفق عليه الأطراف، في حين أنه من المعروف أن القضاء الرسمي للدولة لا يمارسه إلا قضاة مواطنون.

٥. لأن التحكيم ليس من طبيعة قضائية، فإن امتناع المحكم عن الفصل في النزاع المعروف عليه لا يعتبر منكراً للعدالة ولا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة *Déni de Justice*. ولذات السبب فإن المحكم إذا أخطأ في حكمه أو قراره فلا يخضع لقواعد مخاصمة القضاة.

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

٧. إن المذكرة الإيضاحية لمجموعة المرافعات المصرية قد أشارت صراحة إلى أن "حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً".

الاتجاه الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم: **Caractère juridictionnel de l'arbitrage**

على خلاف الاتجاه السابق، ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول بأن التحكيم من طبيعة قضائية وليست اتفاقية أو تعاقدية^(١).

وقد رد أنصار هذا الاتجاه على بعض الحجج والأسانيد التي ساقها أنصار الاتجاه الأول، ثم قدموا الحجج والأسانيد التي تدعم وتؤيد وجهة نظرهم.

(أ) الرد على حجج وأسانيد الاتجاه الأول:

تتمثل أهم هذه الردود فيما يلي:

١. إن القول - للتدليل على الطبيعة التعاقدية للتحكيم - بأن التحكيم يرتبط بإرادة الطرفين في اختيار المحكم والامتنال لقراره، لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم، ذلك لأنه يحدث كثيرا أن يتفق الطرفان في عقود كثيرة على تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ بينهما من نزاع حول هذا العقد، ومثال ذلك عقود البيع والإيجار.

وذات الشيء بالنسبة لرغبة الأطراف في الامتنال لقرار التحكيم، فالامتنال مفترض في جميع الأحوال، سواء الامتنال لحكم المحكمين أو لحكم القضاء، ففي جميع الأحوال يعتبر امتثال لحكم القانون. فالمحكم يطبق - هو أيضا - حكم القانون على النزاع المعروض عليه. وعلى هذا تنص المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في مصر. التي تنص على أن حكم المحكمين يكون ".... على مقتضى قواعد القانون".

٢. لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم القول بأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة

(٣٣) راجع: Jacqueline DEVICHI, Rubellin, L'arbitrage Nature juridique, Thèse, Pans, 1965, p. 15 No 11.

وراجع كذلك د. عبد المنعم الشرفاوي: المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٦٣٣ بند رقم ٤٦٤. د. محمد كامل ليلة: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ص ٥٨٤، هامش رقم (١). د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ١٩٦٥، ص ٣٧، بند رقم ١٣. د. رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام: القاهرة، ١٩٦٩، ص ٦٦، بند رقم ٤٦، ص ٩٨، بند رقم ٩٥. د. فتحي والي: سابق الإشارة إليه، ص ٤٠ وما بعدها. د. زكي محمد النجار: سابق الإشارة إليه ص ٢٨٤ وانظر: A. DE LAUBADERE, Op. Cit. T. III, p. 284 et ss., No 7 à 12. Jean ROBERT, op.cit. 6. éd, p. 170. No 201.

خاصة، فهذه الأخيرة يهدف إليها اتفاق التحكيم، أما قرار التحكيم فهو يهدف في النهاية - كحكم القضاء - إلى تطبيق القانون، ومن خلال ذلك تتحقق المصلحة الخاصة والعامة، لأن تطبيق القانون يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة أيضا وفي كل الأحوال.

٣. إن الأشخاص عندما يتفقون على التحكيم فإنهم لا يتنازلون عن الدعوى القضائية، وإنما يتنازلون في حقيقة الأمر عن اللجوء أو الالتجاء إلى القضاء الرسمي للدولة باللجوء أو الالتجاء إلى قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم، وهم المحكمون.

٤. كون أن التحكيم يمكن أن يقوم به محكم مواطن أو أجنبي على خلاف القضاء الرسمي الذي لا يتولاه إلا قضاة من المواطنين، هذا لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم، وذلك لأن القضاء الرسمي هو مظهر من مظاهر السيادة، ولهذا فلا يتولاه سوى مواطنو الدولة، أما التحكيم فهو نوع من القضاء الخاص، ولذلك لا تطبق عليه كل المبادئ ولا القواعد ولا الضوابط التي تطبق على القضاء العام أو الرسمي للدولة، ومن هذه المبادئ مبدأ إقليمية اختصاص قضاء الدولة. فكل دولة تقيم قضاها على إقليمها، أما التحكيم - خاصة التحكيم الدولي والخارجي - فيمكن أن يتعدى حدود إقليم الدولة. بالإضافة إلى أن بعض البلاد العربية تستعين في قضائها الرسمي بقضاة من بعض البلاد العربية الأخرى، مثل دول الخليج العربية.

٥. وذات الرد على الحجة الخامسة للاتجاه الأول، فعدم تطبيق قواعد إنكار العدالة على المحكم في حالة امتناعه عن نظر النزاع والفصل فيه، وكذلك عدم تطبيق قواعد مخاصمة القضاء عليه في حالة ارتكابه لأخطاء معينة، يرجع إلى أنه نوع من القضاء الخاص فلا تنطبق عليه كل المبادئ والقواعد والضوابط التي تطبق على القضاء العام أو الرسمي للدولة.

ب) حجج وأسانيد الاتجاه الثاني:

تتمثل أهم هذه الحجج والأسانيد فيما يلي:

١. إن جوهر القضاء هو الفصل في نزاع معروض وتطبيق حكم القانون عليه، وهذا ما يفعله التحكيم.

٢. إن الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء والفصل في بعض المنازعات، كما يعترف القانون الداخلي في حالات معينة وبشروط معينة بالأحكام الصادرة من القضاء الأجنبي، أو من بعض السلطات الدينية غير سلطة الدولة (كما كان في مصر بالنسبة للمجالس المليية، التي كانت تفصل في بعض قضايا الأحوال الشخصية لبعض الطوائف المسيحية). فإن كان القضاء هو مظهر من مظاهر السيادة للدولة (فلا يتعين 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. فكون أن المحكم لا يستطيع استدعاء شاهد وإلزامه بالحضور والمثول أمامه، ولا يستطيع إلزام خصم بتقديم ما يحوزه من مستندات، كما أن القرار الصادر منه في النزاع لا ينفذ جبراً، إلا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة على خلاف القضاء الرسمي للدولة، فهذا لا يعد دليلاً أو حجة أو سنداً لإنكار الصفة القضائية للتحكيم، لأن ذلك لو صح يعني أن الحكم الأجنبي أيضاً لا يعد قضاءً، لأنه ينطبق عليه ذات الشيء، وهو ما لم يقل به أحد (٢).

٤. إن القرار الصادر في التحكيم والفاصل في النزاع، يحوز حجة الأمر المقضي به *L' autorité de la chose jugée*، ومن المعروف أن هذه

(٣٤) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٤١.
(٣٥) ذات المرجع السابق.

الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية.

وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى القول:

"الخلاصة إذن أن التحكيم يعتبر قضاء، وحكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا. على أنه يلاحظ أننا إذا اعتبرنا حكم المحكمين عملا قضائيا فإن هذا العمل القضائي لا تنطبق عليه جميع قواعد قضاء الدولة. وبعبارة أخرى، إذا كان حكم المحكمين حكما فهو ليس كغيره من الأحكام، ذلك أنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم الذي كان سببا له. وهذا الاتفاق هو عقد من عقود القانون الخاص"^(١).

وفي ذات الاتجاه يقول **Jean ROBERT**:

أنه حتى في ظل النصوص السابقة، ووقت أن كنا نستفيض في الشرح حول الصفة القضائية أو التعاقدية أو المختلطة لقرار التحكيم، فإن الرأي كان بالفعل يميل إلى الصفة القضائية لقرار التحكيم.. هذه الصفة تتأكد بشكل أوسع في نصوص قانون الإجراءات المدنية الجديد، فمن ناحية، فهو يكون فاصلا بشكل صريح في النزاع فالمادة ١٤٧٦ من هذا القانون تنص على أن القرار منذ صدوره يحوز حجية الشيء المقضي به. ومن ناحية أخرى فإن القرار يتعين أن يتم المداولة عليه بشكل واضح وصريح (المادة ١٤٦٩) وأن يكون مسببا (المادة ١٤٧٢)، وهذه أمور تخص القرار القضائي. ثم عندما يحتفظ الأطراف بالحق في الاستئناف (المادة ١٤٨٢)، فإن هذا الأخير يمكن أن يحول مباشرة إلى محكمة الاستئناف منذ صدور القرار (وقبل أمر التنفيذ إذن) (المادة ١٤٨٦). وأخيرا فإنه تقبل معارضة الطرف الثالث في هذا القرار أمام القضاء الصادر (المادة ١٤٨١).

"Sous l'empire de la législation précédente, on a beaucoup épilogué sur le caractère juridictionnel, contractuel ou mixte de la sentence. Mais déjà l'opinion se faisait plutôt sur le caractère juridictionnel. Aujourd'hui le caractère juridictionnel de la sentence s'affirme beaucoup plus largement dans le nouveau texte. **D'une part**, tranchant franchement la querelle, l'article 1476 dispose que la

(٣٦) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٤٢. وانظر كذلك: د. احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، ١٩٧٨، ص ١١٩ وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، طبعة ١٩٥٦، ص ٦٥٠.

sentence a (dès qu'elle est rendue) l'autorité de la chose jugée. **D'autre part**, La sentence doit expressément être délibérée (art.1469), être motivée (art. 1471), ce qui est le propre d'une décision juridictionnelle. Ensuite lorsque les parties ont réservée l'appel (art.1482), celui-ci peut être porté directement devant la Cour d'appel dès le prononcé de la sentence (et donc avant exequatur) (art. 1486). Enfin, elle est susceptible de tierce opposition devant la juridiction de droit commun (art. 1481 al. 2⁽¹⁾)".

فهذا الاتفاق على مبدأ التحكيم أو على نظام التحكيم كأسلوب لتسوية النزاع بين الأطراف هو عقد بالمعنى الصحيح والدقيق.

أما عمل التحكيم ذاته، أي عمل المحكم أو المحكمين - من حيث نظرهم للنزاع والفصل فيه - فإن هذا العمل في جوهره هو عمل قضائي، تتوافر فيه كل سمات العمل القضائي، من حيث بحث موضوع النزاع ونظره وسماع أطرافه وإعمال أحكام القانون فيه وتطبيق القواعد القانونية عليه، والبت فيه بقرار يحوز حجية الشيء المقضي به، فهو عمل تتوافر فيه كل عناصر العمل القضائي ما عدا صدوره من هيئة قضاء خاصة، وليس من القضاء الرسمي للدولة.

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

ولهذا فقد قال البعض أنه لا فرق بين وظيفة القاضي ووظيفة المحكم. الفارق الوحيد هو الأصل أو المصدر. فالوظيفتان متطابقتين.

"La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine⁽²⁾".

ومن هذه الناحية فقد عرّف البعض التحكيم بأنه عبارة عن قضاء خاص اتفاقي عادة.

Une "justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle"⁽³⁾.

أو هو نظام يقوم بمقتضاه طرف ثالث بتسوية خلاف بين طرفين أو أكثر،

(1) انظر: Jean ROBERT, op. cit. 6 éd. P. 170 No 201.

(28) انظر: Charles JARROSSON, La Notion d'arbitrage, LGD.J. Paris, 1987 p.101.

(29) انظر على سبيل المثال:

CE. 21 Avril 1943, Sté des Ateliers de construction du Nord de la France, Rec. p. 107, C.E. Ass. 4 Janvier 1957, Lamborot, AJDA. 1957, p. 107. Concl. J. CHARDEAU.

ممارسا في ذلك مهمة القضاء التي عهد بها إليه من قبل هؤلاء.

"L'institution par laquelle un tiers régie le différent qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci"⁽¹⁾

ومجلس الدولة في فرنسا يعترف منذ زمن طويل بالصفة القضائية لقرار المحكم.
Il reconnaît un caractère juridictionnel à la décision de l'arbitre⁽²⁾.

المطلب الثاني

تمييز التحكيم

قد يختلط التحكيم مع أفكار قانونية أخرى، وقد يتشابه مع وسائل أخرى لتسوية النزاعات بغير الطريق القضائي.

وأهم هذه الأفكار والوسائل، اتفاقات التسوية وعقود الصلح أو المصالحات والوساطة⁽³⁾.

أولاً: التحكيم واتفاق التسوية La Transaction:

يتشابهان في أن كليهما يوجد خلاف أو نزاع أو خصومة بين الأطراف، وسواء كان هذا الخلاف أو النزاع أو الخصومة قد نشأ بالفعل أو يمكن أن ينشأ.

كما إن كل منهما يتمتع بصفة الشيء المقضي La qualité de la chose jugée بنص القانون في فرنسا، فاتفاق التسوية يتمتع بهذه الصفة وفقاً للمادة (2052c) من القانون المدني، والتحكيم يتمتع بها وفقاً للمادة (1476 NCPC).

أما الفارق بينهما فيتمثل أساساً في الطريقة التي يتم وفقاً لها حل النزاع أو تسوية الخصومة.

(٤٠) انظر: Ch. JARROSSON, op.cit. p.372.

(٤١) انظر على سبيل المثال:

CE. 21 Avril 1943, Sté des Ateliers de construction du Nord de la France, Rec.p.107, CE. Ass. 4 Janvier 1957. Lamborot, AJDA. 1957, p.107 Concl. J. CHARDEAU.

، وتمثل هذه أهم ..90,91,93,94. Conciliation, Transaction, Arbitrage en Matière administrative, La Documentation française 1993, pp. (Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits: راجع)³ وسائل حل النزاعات بغير الطريق القضائي وهناك طرق أخرى، مثل: التفاوض المباشر، والتوفيق، والمحكمة المصغرة، راجع د/ أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية (نماذج عقود الفيديك)، ٢٠٠٥ بدون ناشر، ص ٧٠.

وقد عرّفت المادة ٢٠٤٤ من التقنين المدني الفرنسي اتفاق التسوية بأنه عبارة عن عقد ينهي به الأطراف خلاف موجود أو يتداركوا به خلاف يمكن أن ينشأ.
"La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître".

ونستطيع حصر مظاهر الفارق بين التحكيم واتفاق التسوية فيما يلي:

١- من حيث من يقوم بنظر النزاع:

نجد أن من يقوم بنظر النزاع والفصل فيه في التحكيم هو عنصر ثالث هو المُحكّم، سواء كان فرداً واحداً أو عدة أفراد يكونون هيئة التحكيم.
أما في اتفاق التسوية، فالذي يقوم بنظر النزاع وتسويته هم أطراف النزاع أنفسهم. ففي التحكيم يكون تسوية النزاع من فعل الغير أما في اتفاق التسوية فهي من فعل الأطراف أنفسهم.

"Dans l'arbitrage, le règlement du litige est le fait d'un tiers, alors que dans la transaction il est l'oeuvre des parties elles mêmes^(١)".

وعادة يتم تحديد من يقوم بحل النزاع في الاتفاق الأصلي ذاته، سواء عن طريق التحكيم أن عن طريق اتفاقية تسوية^(٢). أي أن أطراف الاتفاق هم أنفسهم الذين يحددون من يقوم بفض نزاعهم، سواء تم اتفاقهم هذا في العقد الأصلي بينهم أو في اتفاق مستقل، وسواء كان ذلك معاصراً للعقد الأصلي أو لاحقاً له، وسواء كان ذلك قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه.

٢- من حيث مضمون الفصل في النزاع:

في التحكيم يمكن ان يتم الفصل في النزاع عن طريق التسليم بكل ادعاءات أو طلبات أحد الطرفين دون الطرف الآخر.
أما في اتفاق التسوية، فهي تتم عامة عن طريق تخلي كل طرف عن جزء

^(١) انظر : J.M. AUBY: L'Arbitrage en matière administrative, AJDA. 1955.I.Doctrine, p.81. وعن الصلح في نطاق القانون الإداري انظر:

Arnaud Lyon-CAEN, Sur la transaction en Droit Administratif A.JDA.1997, Nol, 20 Janvier Dossier, p.48.

^(٢) انظر في هذا المعنى حكم محكمة باريس الصادر في ٢٤ مايو ١٩٥٤: JCI.1954. IL 8232, et sur pourvoi Civ.18 Juin 1958 Revue de l'Arbitrage, 1958, p.91.

من طلباته، أي عن طريق التنازلات المتبادلة، فلن يكون هناك اتفاق على التسوية إذا
أصر كل طرف على موقفه وتمسك بكل طلباته دون تنازل.

"Un nouvel élément de distinction s'établit entre les deux notions, en ce qu'il est généralement admis qu'il n'y a pas transaction sans un abandon réciproque des prétentions par les parties en cause, tandis qu'à l'inverse, la sentence arbitrale peut, comme toute décision juridictionnelle, consacrer, la totalité des prétentions de l'une des parties⁽¹⁾".

٣- من حيث أداة إنهاء النزاع:

في التحكيم ينتهي النزاع بقرار تحكيمي Décision أو يحكم تحكيمي
Sentence arbitrale.

أما في اتفاق التسوية فإن النزاع ينتهي باتفاق بين الطرفين أي عن طريق
عقد يتم بينهما.

"L'essence de la distinction tient en effet à ce que, dans la transaction, la contestation est tranchée au moyen d'un contrat (art. 2044 C. Civ.), tandis que dans l'arbitrage, elle est au moyen d'un acte de nature juridictionnelle⁽²⁾".

٤- من حيث القوة التنفيذية:

القرار التحكيمي 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.

وفي ذلك يقول J. ROBERT:

"Les deux notions se distinguent enfin en ce que la transaction n'est

(٤٥) انظر: Jean ROBERT. op. cit. p.9., Charles JARROSSON: La Notion de l'arbitrage, LGDJ. Paris, 1987, No 398.

والتنازلات المتبادلة في اتفاق التسوية هي ما تميزه عن بروتوكول الصلح أو اتفاق المصالحة كما سنرى.
"La transaction doit comporter des concessions réciproque ce qui permet de la distinguer d'un protocole de conciliation". Laurent RICHER, Les modes alternatives de règlement des litiges et le Droit administratif, AJDA. 1997, No 1. 20 Janvier, p. 6. Voir également Charles JARROSSON, La Notion de l'Arbitrage, LGDJ. Paris, 1987, p.185 et les Arrêts de la Jurisprudence y cités.

(٤٦) انظر: J.ROBERT: op.cit. p. 9.

pas exécutoire en elle-même sans faire l'objet d'un jugement qui la reconnaisse et en ordonne l'exécution. A L'inverse, la sentence arbitrale revêtue de l'exequatur est directement exécutoire⁽¹⁾."

ثانيا: التحكيم والصلح أو المصالحة: La Conciliation:

ينشابه التحكيم والصلح أو المصالحة في أن في كل منهما يوجد طرف ثالث⁽²⁾ أو طرف آخر يقوم بعملية التحكيم أو بعملية الصلح ويسمى في التحكيم المحكم Arbitre، ويسمى في الصلح المُصلح أو المُصالح Conciliateur. ومن هذه الزاوية يختلف التحكيم والصلح عن اتفاق التسوية، حيث لا يوجد في هذا الأخير طرف ثالث.

ورغم ذلك فهناك فروق هامة بين عملية التحكيم وعملية المصالحة، تتمثل أساسا في دور هذا الطرف الآخر وسلطاته، والنتيجة التي يصل إليها. فالمصالحة في تعريفها هي عبارة عن إجراء غير رسمي يسعى فيه طرف ثالث إلى اقتياد الأطراف إلى اتفاق، وذلك عن طريق تخفيف حدة التوتر بينهم، وتحسين الاتصال، وإعطاء تفسيره لنقاط الخلاف المتنازع عليها، وتقديم المعاونة الفنية لهم، والبحث عن تسوية غير رسمية يتم التفاوض عليها أو من خلال وساطة لاحقة. وهذا هو التعريف الذي ورد في معجم مصطلحات المعهد القومي لحل المنازعات، في التقرير من أجل اللائحة الخاصة بحل المنازعات والسياسة العامة، أكتوبر ١٩٨٣.

La conciliation est une "Procédure informelle dans laquelle un tiers s'efforce d'amener les parties à un accord en apaisant les tensions, en améliorant la communication, en donnant son interprétation sur les points litigieux, en fournissant une assistance technique, en recherchant les voies d'un règlement négocié informel ou à travers une médiation subséquente⁽³⁾".

(١) انظر: J.ROBERT, op.cit.p.10: (٤٨) بعض الفقه يرى أنه من الممكن أن يتم الصلح بين أطراف النزاع دون تدخل طرف ثالث، وبهذا يقترب الصلح من اتفاق التسوية.

انظر: Ch. JARROSSON, op.cit. p.184. وراجع في موضوع الصلح: AJDA.1997, Frédérique MUNOZ, Pour une logique de la conciliation, No 1,20 Janvier, Dossier, p.41.

(٤٩) راجع:

وقد عرفه البعض بأنه طريقة للتسوية الودية للمنازعات، يستدعى بواسطتها الأطراف - مختارون أو مجبرون- طرفا ثالث، بقصد تقريب وجهات نظرهم، والاقتراح عليهم بالاستناد إلى القانون وأيضا إلى اعتبارات العدالة- بتسوية يكونون أحرارا في قبولها أو رفضها.

"Un mode de règlement amiable des litiges, par lequel les parties font appel, d'une manière facultative ou obligatoire à une tierce instance, afin de rapprocher leurs points de vue et de leur proposer, en se fondant sur le droit mais aussi éventuellement sur des considérations d'équité, un règlement qu'elles sont libres d'accepter ou non⁽¹⁾".

فالفارق الأساسي إذاً يكمن في دور ومهمة وسلطة الطرف الثالث في كل من

التحكيم والصلح.

١- من حيث دور الطرف الثالث:

في التحكيم يقوم الطرف الثالث أو المحكم بإعمال القواعد القانونية على النزاع المعروض أمامه، فيمنح الحق لصاحبه وفقا لهذه القواعد.

أما في الصلح فإن دور الطرف الثالث - وهو المصلح أو المصالح- يقتصر على تهدئة الأمور بين الطرفين، ومحاوّل تقريب وجهات النظر وإزالة أسباب النزاع وتخفيف حدة التوتر.

٢- من حيث سلطة الطرف الثالث:

في التحكيم يتمتع المحكم بسلطات كبيرة نسبيا، في مواجهة الطرفين. أما في الصلح فإن الطرف الثالث ليست له أي سلطات في مواجهة الطرفين، وإنما مجرد مساعي من جانبه ومحاوّل مساعدة طرفي النزاع على الوصول إلى اتفاق صلح أو مصالحة، أو تصالح بينهما.

National Institute for Dispute Resolution, Report of the ad hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy, October 1983.

(٥٠) انظر:

Bénédicte DELAUNAY, in "L'amélioration des rapports entre Administration et les administrés. LGDJ. Bibliothèque du Droit public, Tome 172, p.697.

٣- من حيث النتيجة النهائية:

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 الآخر هو عقد اتفاق مصالحة conciliation Protocole de بين الطرفين، وينتهي دوره عند هذا الحد. وينطبق على هذا الاتفاق ما ينطبق على كل الاتفاقات الأخرى من قواعد ومبادئ، من أهمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.

ثالثاً: التحكيم والوساطة: La Médiation

يتشابه التحكيم والوساطة - ومعهما الصلح أيضاً- في وجود طرف ثالث. ويسمى في الوساطة الوسيط Médiateur.

ومع ذلك فهناك فروق بين التحكيم والوساطة، تتمثل أساساً في دور الوسيط وطبيعة مهمته والنتيجة التي يصل إليها من خلال وساطته.

فالوساطة في تعريفها هي عبارة عن إجراء مُعد يقوم الوسيط فيه بمساعدة الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق بعد التفاوض. وهي عادة سياق إرادي يفرض إلى توقيع اتفاق يحدد ويبين التصرف المستقبلي للأطراف. ويلجأ الوسيط إلى العديد من الوسائل والأساليب المتنوعة لمساعدة الأطراف للوصول إلى اتفاق، دون أن تكون له سلطة القرار أو التقرير.

وهذا التعريف ورد أيضاً في التقرير بالمعهد القومي لحل المنازعات. فقد

جاء فيه:

La médiation est une "Procédure structure dans laquelle le médiateur assiste les parties en vue de parvenir à un accord négocié. La médiation est habituellement un processus volontaire qui débouche sur la signature d'un accord définissant le comportement futur des parties. Le médiateur recourt à une variété de moyens et techniques pour aider les parties à parvenir à un accord mais il n'a pas le pouvoir de décider⁽¹⁾".

(١) راجع تقرير المعهد القومي لحل المنازعات، سابقة الإشارة إليه.

ومن هنا تبدو الفروق بين التحكيم والوساطة فيما يلي:

١- من حيث دور الطرف الثالث:

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- من حيث سلطة الطرف الثالث:

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 اتفاق معين.

٣- من حيث زمن حل موضوع النزاع:

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- من حيث أداة حل النزاع:

في التحكيم يتم حل النزاع بقرار ملزم يصدر من المحكم.

أما في الوساطة فيكون حل النزاع بالتوصل إلى توقيع اتفاق بين الأطراف، ولا يملك الوسيط سلطة القرار في ذلك^(١).

وقد يبدو من ذلك أن هناك بعض الشبه بين الوساطة والصلح، ويظهر ذلك من حيث وجود طرف ثالث ودوره وسلطته وأداة حل النزاع.

أما في الفارق بينهما فيتعلق أساساً في الزمن الذي يُحمل 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.

(٥٢) انظر : Ch. JARROSSON, op.cit. p.186 et ss.

وثمة فارق آخر بين الوساطة والصلح يتمثل في حدود دور وسلطة كل من الوسيط والمصلح. فبينما يستطيع الوسيط تقديم اقتراح بحل للنزاع على الأطراف وعدم الإقتصار على مجرد التوفيق بينهم، نجد أن المصلح ينحصر دوره في تقريب وجهات نظر أطراف النزاع دون أن يصل إلى حد تقديم اقتراح بحل عليهم، فإن فعل ذلك تحول إلى وسيط^(١).

كما أن البعض يرى أن الصلح أو المصالحة يمكن - في بعض الأحوال - أن تتم مباشرة بين الأطراف دون تدخل طرف ثالث، على خلاف الوساطة التي تقتضي في كل الأحوال وجود الطرف الثالث^(٢).

هذه أهم الوسائل غير القضائية والتي تتشابه مع التحكيم وتختلف معه. وتجدر الإشارة إلى أن هذه ليست كل الوسائل غير القضائية لفض المنازعات، فهناك وسائل أخرى عديدة ومتنوعة وقد تختلف هي أيضا بالتحكيم. ونذكر من أهمها وبإيجاز ما يلي:

** الاستعانة بالخبرة أو بالخبراء: Le Recours à l'expertise ou aux experts

والمقصود هنا بالطبع الاستعانة بالخبرة أو الخبراء كإجراء ودي L'expertise amiable وليس كإجراء رسمي قضائي L'expertise judiciaire. 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، ويقره^(٣). وأحيانا يصف البعض خطأ اللجوء إلى الخبرة بأنه تحكيم^(٤).

C'est à tort que la mission d'expertise confiée à un expert est parfois qualifiée d'arbitrage⁽⁵⁾.

(53) انظر:

A. BAUDOIN-MAZAND, La Conciliation et la médiation: Deux Modes amiables de règlement des différends commerciaux, Petites Affiches. 6 Août 1993. p.31, No 94. Michèle GUILLAUME-HOFNUNC. La Médiation. AJDA. 1997. No 120 Janvier, p.30.

(54) انظر:

Bernard COUETTE, Régler les litiges sans le juge, le Moniteur des travaux publics et du Batiment (MTPB), No 4879, 30 Mai 1997, Marchés, p.56.

(55) لراجع: ROBERT, op.cit. p.10 et 11.

(56) انظر مثلا:

CE, 11 Juillet 1930, Sté d'éclairage et de distribution de l'eau, Rec. p.7.

(57) انظر:

J.M.AUBY, L'Arbitrage en matière administrative, AJDA.1955. I. Doctrine, p.81, Note 2.

وقد بيّن مجلس الدولة الفرنسي بشكل واضح بأن الخبير ليس حكماً
L'expert n'est pas un arbitre⁽¹⁾، وأن إخضاع النزاع لرأي خبير لا يمثل
لجوءاً للتحكيم.

Le fait de soumettre un litige à l'avis d'un expert ne constituait pas un
recours à l'arbitrage⁽²⁾.

****الاستعانة بما يعرف بإجراء التسهيل: Facilitation**

وهو عبارة عن إجراء للتعاون يستخدم لمساعدة مجموعة من الأفراد أو
الأطراف في حالة اختلافهم مع بعضهم البعض، لإدراك وتحقيق هدف معين أو
الاضطلاع بمهمة معينة للوصول إلى الرضاء المتبادل للمشاركين.

فالمُسهِّل يتصرف كخبير محايد ويتحاشى تقديم اقتراحات جوهرية. ومهمته
مساعدة الأطراف للوصول إلى الاتفاق بخصوص صعوبات متعددة ومركبة ومعقدة.

وفي ذلك يقول تقرير المعهد القومي لفض المنازعات:

La Facilitation est une "Procédure de collaboration utilisée pour aider
un groupe d'individus ou de parties en désaccord à atteindre un but ou
à réaliser une tâche à la satisfaction mutuelle des participants. Le
facilitateur se comporte comme un expert neutre et évite de faire des
propositions substantielles. Sa tâche est d'aider les parties à parvenir
à un accord sur des difficultés complexes⁽³⁾.

** إلى جانب هذه الطرق والوسائل فهناك وسائل أخرى مثل:

اللجوء إلى جهات الفتوى والرأي والمشورة، وتقديم التظلمات⁽⁴⁾، ولجان التسوية
والصلح أو التصالح، والتنازل عن الخصومة في الدعوى.

واللجان التحكيمية للتقدير في مجال نزاع الملكية

Les Commissions arbitrales d'évaluation en matière d'expropriation.

(58) انظر: CE. 5 Juillet 1929, Ville de Béziers. Rec.p 678.

(59) انظر: CE. 6 Décembre 1935, Ville de Bergerac, S.1936. III, p.65 Note
ALIBERT.D.1936. III. p.49, Note A.H., CE.10 Juillet 1936, Ville de Boulogne-sur-Mer,
Rec..p.764.

(3) انظر تقرير المعهد القومي لفض المنازعات، سابق الإشارة إليه.
(61) انظر: زكي محمد النجار: الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، الناشر دار النهضة العربية، 1993، ص
30 وما بعدها.

والقضاء التحكيمي في مجال الخسائر والأضرار الناجمة عن الحروب

Les juridictions arbitrales en matière de dommage de guerre⁽¹⁾.

وكما هو واضح فإنه بالنسبة لهذه الطرق فإن تسوية النزاع تكون عن طريق هيئات لها صفة الرسمية، ويتم تعيينها أو تشكيلها وتحديد مهمتها بقرارات من سلطة عامة، ولا يرجع لإرادة أو لاختيار الأفراد، حتى ولو كان بعضها يشتمل في تشكيله على ممثلين للأفراد، كلجان تقدير الخسائر والأضرار الناجمة عن الحرب والتي تتكون من ممثلين عن الإدارة إلى جانب ممثلين عن الملاك أو المضارين.

Représentants de l'Administration et Représentants des propriétaires ou sinistrés⁽²⁾.

المبحث الثالث

مبررات اللجوء إلى التحكيم

هناك عدة أسباب والعديد من المبررات التي تدعو إلى اللجوء إلى التحكيم، بل وإلى الوسائل الأخرى البديلة للجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات. وهناك تعبير بليغ لأحد واضعي دستور الثورة الفرنسية قاله خلال المداومات والمناقشات التحضيرية لقانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ الخاص بتنظيم القضاء، ويعبر هذا القول ببلغة عن جوهر ومضمون مبررات اللجوء إلى التحكيم والوسائل الأخرى غير القضائية لتسوية المنازعات، ويلخص أسباب هذا اللجوء. فقد قال:

" إن إقامة العدل ما هو إلا الدين الثاني على المجتمع، أما منع الدعاوى فهو الدين الأول. يتعين على المجتمع أن يقول للخصوم أنه: حتى يمكن الوصول إلى معبد العدل، ينبغي المرور بمعبد الوثام أو الألفة أو المودة، وأتمنى أنه بمروركم على هذا

(١) انظر: J.M. AUBY, L'Arbitrage en Matière administrative AJDA. 1995, I Doctrine, p. 82. والبعض يدخل في هذه الطرق الطعن الموازي Le Recours Parallèle. انظر:

J. ROBERT, op.cit. p. 5., Arnaud LYON-CAEN, Sur la Transaction en Droit Administratif, AJDA. 1997, No 1, 20 Janvier, Dossier, p.48.

ومن هذه الطرق أيضاً ما كان معروفاً في الماضي بنظام الوزير القاضي Le Ministre-Juge الذي كان يفصل في بعض المنازعات التي كانت تخص وزارته، حتى تم هجر هذه الطريقة بالقانون الصادر عام ١٨٧٢، والذي منح القاضي الإداري ولاية كاملة وسلطة نهائية للفصل في المنازعات دون الحاجة إلى تصديق من سلطة أخرى.

انظر كذلك حكم مجلس الدولة الشهير في قضية Cadot الصادر في ١٣ ديسمبر ١٨٨٩
(٢) انظر: J.M.AUBY, Op. Cit. p. 82.

المعبد سوف تتراضون وتتوافقون وتتصالحون".

"Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société; empêcher les procès est la première. Il faut que la société dise aux parties que, pour arriver au temple de la justice, il faut passer par celui de la concorde; j'espère qu'en y passant vous transigerez⁽¹⁾"

وقد صدر بالفعل هذا القانون ونص في المادة الأولى من الكتاب الأول منه،

على حق كل الأشخاص الذين لهم حرية ممارسة حقوقهم وتصرفاتهم في تعيين حكم أو أكثر للنظر والبت في مصالحهم الخاصة، بدون استثناء.

"Toutes personnes, ayant le libre exercice de leurs droits et actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres, pour prononcer sur leurs intérêts privés, sans exception".

ثم توالى النصوص التي تفرض اللجوء إلى الوسائل الأخرى قبل اللجوء إلى

القضاء. حتى أصبح ضرورة اللجوء إلى محاولة الصلح أو التصالح مفروضاً قبل

اللجوء إلى القضاء، ووضع كمبدأ أساسي نصت عليه جميع الدساتير التي تعاقبت منذ

دستور عام ١٧٩٥ إلى دستور السنة الثامنة.

"La conciliation, préalable obligatoire à la saisine du juge a été posée par toutes les Constitutions qui se sont succédés de 1795 à l'an VIII comme un principe fondamental⁽²⁾".

وأيضاً النصوص التي تلت ذلك.

ويمكننا أن نجمل أسباب ومبررات اللجوء إلى التحكيم في المزايا والفوائد العديدة

والمتنوعة التي يمتاز بها التحكيم عن اللجوء إلى القضاء.

ويتمثل أهم هذه الأسباب والمبررات أو الفوائد والمزايا فيما يلي:

١ - البساطة والسهولة والمرونة والسرعة:

يمتاز التحكيم ببساطة وسهولة اللجوء إليه إذا ما قورن باللجوء إلى

القضاء. فإجراءات اللجوء إلى التحكيم لا تنطوي على التعقيد الذي ينطوي عليه

اللجوء إلى القضاء.

(١) راجع: PRUGNON, Archives parlementaire. Tome XVI, p. 739.
(٢) راجع: Arnaud LYON-CAEN, Op. Cit. p. 48.

كما أن التحكيم يتسم بقدر كبير من المرونة La souplesse في نظر
المنازعات التي تطرح عليه. ويؤدي إلى القيام بعمل مواعيد وتوقيات Des
accommodements من خلال القوانين والعادات السائدة، خاصة في مجال
التجارة^(١).

وتبدو المرونة أيضا في مواعيد عقد جلسات التحكيم، فتمت غالبا في الأوقات
المناسبة لظروف الأطراف.

ومن مزايا التحكيم كذلك السرعة في نظر المنازعات. نظرا لتقييد المحكمين
بمدة معينة يلتزمون بإصدار حكمهم أو قرارهم وحسمهم النزاع المطروح خلالها^(٢).
وذلك على خلاف القضاء الرسمي الذي لا يلتزم غالبا بمدد معينة لإصدار أحكامه،
وغالبا ما يرتبط ذلك بعدد المنازعات أو الدعاوى والقضايا المعروضة عليه^(٣).
مثال ذلك نظام تحكيم الغرفة التجارية في باريس، حيث تنص الفقرة الأولى
من المادة الثامنة عشر منه على وجوب صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ
توقيع المستندات أو الوثائق المحددة في المادة الثالثة عشر من هذا النظام^(٤).

وكذلك لائحة مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري التي تنص في المادة
السابعة منها على أنه يتعين على هيئة التحكيم أن تصدر قرارها خلال مدة أقصاها
سنة أشهر من تاريخ تسلم المهمة، ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول^(٥).
وهذه الميزة تشجع أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم. بل وتمثل في
بعض الحالات ضرورة لا غنى عنها، ومن ذلك مثلا علاقات التجارة الدولية التي لا

(١) انظر: René CHAPUS, Droit Administratif Général. Tom 1, première édition, Montchrestien, p. 340 No. 525.

(٢) انظر: B. HANOTIAU, Arbitrage, Mediation, Conciliation, Approches d'Europe continentale et Common Law, Revue de Droit des Affaires internationales, 1996. 2. p. 203. وانظر: د. عبد المنعم بدر: التحكيم في علاقات التأمين، ورقة عمل مقدمة إلى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٩٥.

(٣) انظر: د. أحمد الشلقاني: التحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة إدارة قضايا الحكومة (والتي تسمى قضايا الدولة حاليا)، السنة العاشرة، العدد الرابع، ص ٧.

(٤) انظر: د. جورج حزبون: النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، مجلة حقوق الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٧، ص ١٨٧.

(٥) لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لسنة ١٩٩٣. د. عاشور مبروك: المرجع السابق، ملحق ٩، ص ٥٩٢.

تتحمل بما تقتضيه من سرعة ومرونة، بطئ وتعقيدات إجراءات التقاضي أمام المحاكم الداخلية لدولة معينة. حيث يعتبر عامل السرعة من العوامل الهامة في تنفيذ المعاملات الدولية التي تتأثر بتقلبات أسعار مواد الصرف^(١)."

٢- توفير الجهد والوقت والمال:

من أهم وأخطر عيب ينسب إلى طريقة الالتجاء إلى القضاء هو إضاعة الجهد والوقت والمال.

فمن المعروف أن اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى جهد كبير، ويكلف نفقات كثيرة من رسوم قضائية وأتعاب محاماة وغيرها، ويستغرق وقتاً طويلاً^(٢).

هذه العيوب لا توجد - غالباً - في حالة اللجوء إلى التحكيم، أو لا توجد - على الأقل - بذات الدرجة وذات المقدار الموجود في طريقة اللجوء إلى القضاء.

فبالنسبة لمصروفات اللجوء إلى التحكيم فهي تعتبر قليلة بالمقارنة بمصروفات وتكاليف اللجوء إلى القضاء، ومما يقلل من هذه النفقات والمصروفات أن التحكيم يكون في الغالب من درجة واحدة على خلاف اللجوء إلى القضاء الذي تتعدد درجاته وطرق الطعن في الأحكام الصادرة منه، وكل درجة وكل طعن يحتاج إلى نفقات ومصروفات ورسوم وأتعاب^(٣).

وحتى في حالة المنازعات التي يكون فيها عنصر أجنبي وتحتاج للانتقال من دولة إلى أخرى، أو تحتاج إلى الذهاب إلى مراكز التحكيم المتخصصة - كغرفة التجارة الدولية في باريس - وبالتالي تحمل نفقات الانتقال الكبيرة غالباً، ففي مثل هذه الحالة تكون قيمة الصفقات أو العقود وحجم وأهمية النزاع المعروض على التحكيم تكون كبيرة نسبياً، مما يجعل نفقات اللجوء إلى التحكيم أفضل نسبياً بالنظر إلى نفقات اللجوء إلى القضاء الرسمي، خاصة إذا أخذ في الحسبان المزايا الأخرى للجوء إلى

(١) د. احمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة ١٩٩٣، ص ٢٣.

(٢) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٣٧.

(٣) انظر: p.13 etsH. ROLAND, L. BOYER, Intitution judiciaire, Hermès, LYON, 1979. وانظر: د. فحطان الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٨٥، ص ٣١ وما بعدها. د. حسين عبد الغفار: التحكيم نعم أو لا، دبي، الطبعة الأولى، ص ١٥.

التحكيم. وعلى كل حال فهذه كلها أمور يقدرها الأطراف، قبل اختيار الطريق الذي يفضلونه في حالة نشوء نزاع بينهم^(١).

٣- المحافظة على العلاقات الطيبة بين أطراف النزاع:

إن الطريقة التي يلجأ إليها الخصوم لحل منازعاتهم تعبر عن حقيقة المشاعر التي يحملها كل منهم تجاه الآخر، كما أن نوع وطبيعة هذه الطريقة له تأثير ملحوظ على نفسية كل خصم.

ومن هذه الزاوية نستطيع أن نقرر أن اللجوء إلى التحكيم يختلف تمامًا عن اللجوء إلى القضاء. فالأول - أي اللجوء إلى التحكيم - هو تعبير عن المشاعر الطيبة التي يكنها كل طرف تجاه الطرف الآخر، وحرص كل منهما على الاحتفاظ بالعلاقات الحسنة بينهما، في حين أن الثاني - أي اللجوء إلى القضاء - هو في الغالب تعبير عن مشاعر البغضاء والكراهية التي يحملها كل خصم تجاه الآخر، ومحاولة كل منهما تحقيق النصر على الآخر وهزيمته بالنيل منه ومن حقوقه أيا كان تأثير ذلك على مشاعره أو على العلاقات بينهما.

ففي اللجوء إلى التحكيم يتفق الأطراف مقدما على اختيار هذه الطريق، وعلى تحديد المحكم أو المحكمين بينهم، ويقبلون قرار التحكيم ويرتضون به. أما في اللجوء إلى القضاء، فلا يتفق عادة الأطراف على اللجوء إلى هذا الطريق، وحتى في الحالات التي يتفق فيها الأطراف على المحكمة المختصة لنظر نزاعهم في حالة نشوبه فإنهم يلجئون إلى هذا الطريق في ظل مشاعر العداة ومحاولة كل طرف الكيد للآخر والنيل منه، حتى ولو كان ذلك على حساب الحق والحقيقة. ويكون الأطراف قد وصلوا إلى طريق مسدود أو طريق الالعودة في العلاقات بينهم. لأنهم يلجئون إلى هذا الطريق وداخل كل منهم مخزون كبير من الحقد والمقت يكون داخلهم من خلال ما تم بينهم من علاقات ومعاملات، وما وقع من أحداث. ولذلك قال البعض إن الأطراف يلجأون إلى القضاء وهم ينظرون إلى الخلف

(١) انظر: د. محي الدين علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٠.

بينما يلجئون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام^(١).

وقال البعض أيضا بان التحكيم هو نظام للسلام والوثام بين الأطراف^(٢).

وقد عبر عن ذلك بدقة وببلاغة الدكتور محسن شفيق بالقول: "إن القضاء العادي هو صاحب العلاقات المحطمة، يحتكم إليه الخصمان فيغلب ادعاء أحدهما على ادعاء الآخر ثم يصرفهما غريمين، هذا رابحا فرحا وذلك خاسرا محسورا، بينما التحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة، يجئ إليه الخصمان والعلاقات قائمة بينهما، وينصرفان من حضرته ولا تزال العلاقات قائمة وقد انقشع ما أسدل عليهما من خلاف.. حقيقة ليس من وظيفة المحكم السعي إلى الصلح بين الخصوم ولكنه يعلم بخبرته ودرايته أن قضاء يرضى عنه الخصمان خير من قضاء يرضى أحدهما ويثير الآخر ولو كان أسلم من الناحية القانونية. وتفسر هذه الحقيقة ما هو مشاهد الآن في العمل من أن قرارات المحكمين تجئ عن غير قصد منهم حلوياً وسطاً أو أقرب إلى الوسط ولو كان الحق كله في جانب أحد الخصمين دون الآخر^(٣).

٤- المحافظة على أسرار أطراف النزاع:

هناك مبدأ عام وقاعدة أساسية في القضاء هو مبدأ علانية الجلسات La publicité des audiences، وتعتبر هذه العلانية ضماناً من الضمانات القانونية لضمان حياد ونزاهة وموضوعية القضاء، وتسهيل رقابة الرأي العام على حسن أداء مرفق العدالة لدوره واطمئنانه على اضطلاعهم بمهمته المقدسة على أكمل وجه.

ولهذا السبب فقد نص على علانية جلسات القضاء ضمن حقوق وحريات الفرد في إعلانات حقوق الإنسان وفي المواثيق والاتفاقات والمعاهدات الدولية وفي دساتير الدول، والقوانين المنظمة للقضاء.

من ذلك مثلاً ما نصت عليه الدساتير المصرية وآخرها دستور عام ٢٠١٤

(١) انظر: احمد قمحة وعبد الفتاح السيد: التنفيذ علماً وعملاً، مطبعة النهضة، مصر ١٩٤٢، ص ٦٣٧، بند رقم ٦٣٧. د. كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٦٨.

(٢) د. ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥، ص ١٠٦.
(٣) د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دروس لطلاب دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، حقوق القاهرة، العام الجامعي ١٩٧٣، ص ٢٠ وما بعدها.

الذي نص في المادة ١٨٧ منه على أن: "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام، أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علني". وما نص عليه الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢، في المادة ١٦٥ منه حيث جاء نصها كالتالي: "جلسات المحاكم علنية، إلا في الأحوال الاستثنائية التي يبيّنها القانون".

وكذلك نص المادة ١٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في مصر والصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨^(١). ونص المادة ٦٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في الكويت الصادر بالمرسوم رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠. وإذا كانت العلانية تمثل ضماناً في اللجوء إلى القضاء، فإنه على النقيض فإن السرية تمثل الميزة في اللجوء على التحكيم.

فالعلاقات والمعاملات خاصة التجارية والدولية تحتاج إلى السرية، حيث إن العلانية تنطوي على مخاطرة بل وأضرار وخسائر مؤكدة في كثير من الأحوال، مثل الصفقات السرية لبيع الأسلحة، التي تبرم بين أحد مصانع الأسلحة وإحدى الدول. فلو نشأ نزاع بين طرفي هذه الصفقة وعرض بشكل علني فسوف يضر ذلك بمصالح الدولة، خاصة إذا كانت في حالة عداوة أو نزاع مسلح مع دولة أخرى^(٢).

فأطراف النزاع يفضلون اللجوء إلى التحكيم لما يحققه لهم من سرية ومن حفاظ على أسرارهم. والبعد عن القضاء لعدم التعرض للعلانية في عرض نزاعهم^(٣).

٥- توفير الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص:

يوفر التحكيم الثقة ويحقق الطمأنينة لدى أطراف النزاع. وينبع ذلك من طبيعة التحكيم ونوعية القائمين عليه وكيفية قيامهم به.

فالمحكّمون يُختارون من قبل أطراف النزاع أنفسهم، وهم عادة يختارون من

(١) المنشور في الجريدة الرسمية في ١٩٦٨/٥/٩، العدد رقم ١٩.

(٢) انظر: E. BERTRAND, Confidentialité de l'Arbitrage, Evolution ou Mutation après l'Affaire: Esso/BHP/V Plowman, Revue de Droit des Affaires Internationales, 1996, 2. p.169

وانظر: د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٤، ص ٣.

(٣) د. فتحي والي: المرجع السابق، ص ٣٧.

يثقون في حكمهم، والمحكمون تتوافر فيهم الخبرة والتخصص والعلم ليس من الناحية القانونية فحسب وإنما أيضا- وهو الأهم هنا- من الناحية الفنية حسب طبيعة ونوعية موضوع النزاع.

فيقوم بالتحكيم غالبا متخصصون وخبراء ومستشارون في الاقتصاد أو في التجارة الدولية أو في الاستثمار أو في الصناعة أو في البترول أو في العلاقات الدولية أو في الزراعة أو في الإلكترونيات أو غيرها من مجالات التخصص والخبرة المختلفة.

كما يحقق التحكيم الطمأنينة في مواجهة التعديلات التشريعية المفاجئة^(١). فالشركات الكبيرة التي تعمل في مجال المشروعات العملاقة - كالبحت عن البترول أو الاستثمار في المشروعات التجارية الضخمة - تحتاج إلى تأمين أموالها والمجهودات الضخمة التي تبذلها في قيامها بنشاطها واستثماراتها، ضد التقلبات والتغيرات غير المتوقعة في التشريعات، خاصة في الدول النامية، والتحكيم يحقق لها مثل هذه الطمأنينة وهذا التأمين^(٢).

وتحقق بعض حالات التحكيم كذلك، الطمأنينة في مواجهة احتمال احتجاج بعض الدول الأطراف في منازعة ما بمبدأ السيادة. بل ومن الطعن ضد القرار الصادر فيه بأي طريقة من طرق الطعن، من ذلك مثلا التحكيم الذي يتم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، فنظام هذا المركز يشترط لصحة عرض النزاع على المركز ضرورة تقديم موافقة كتابية من الطرفين غير قابلة للعدول عنها إلا باتفاقهما أي كانت طبيعة أطراف النزاع، فيصبح طرفا النزاع متساويين، ولا تستطيع الدولة طرف النزاع التمسك بمبدأ السيادة أو بالحماية الدبلوماسية. والحكم الصادر من هذه المركز نهائي وغير قابل للطعن فيه بأي طريق وتلتزم الدول بتنفيذه تلقائيا دون إتباع أي إجراء آخر، وذلك بمجرد تقديم نسخة الحكم

(١) انظر: د. محمد طلعت الغنيمي: شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مجلة حقوق الإسكندرية، السنة العاشرة، العددان الأول والثاني، ص ٥٢.

(٢) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة: شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، ص ١٣٥.

المصدق عليها من الأمين العام للمركز^(١).

والتحكيم يحقق الطمأنينة من ناحية أخرى، وهو أنه قد يكون الطريق الوحيد المفتوح أمام أحد الأطراف إذا كان اللجوء إلى القضاء غير ممكن بالنسبة له لفوات ميعاد رفع الدعوى مثلاً^(٢).

وكل أو اغلب هذه المزايا قد لا يحققها اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة، لأن القضاة الرسميين متخصصون فقط في القانون، وعندما تعرض عليهم مسألة فنية غير قانونية، فإنهم غالباً ما يحيلونها إلى خبير لإبداء الرأي فيها وتقديم تقرير بذلك إلى القاضي لإصدار حكمه. كما أن القاضي الرسمي يطبق قوانين بلده بكل تعديلاتها، وقد يخضع في نظره النزاع لتأثير الدوافع الوطنية، وكل هذا لا يحقق الطمأنينة لأطراف النزاع في مجال التجارة والاستثمار والعلاقات الدولية^(٣). ولذلك فإنهم يفضلون تعيين مُحكم محايد للفضل في نزاعهم.

وتوافر صفة الخبرة والتخصص في المحكمين يحقق - إلى جانب الثقة والطمأنينة - السرعة في الفصل في النزاع وحسمه في اقل وقت ممكن. فهاتان الصفتان تساعدان القائمين على التحكيم في فهم موضوع النزاع في وقت قصير، وعدم إضاعة الوقت في فهم الجوانب الفنية فيه، وعدم استغراق وقت طويل في بحث ودراسة الموضوع من هذه الجوانب.

٦- تجنب المنازعات قبل وقوعها:

يرى بعض الفقه انه من مزايا التحكيم أيضاً قيامه بدور وقائي وليس علاجي فقط. حيث لا يقتصر دوره على فض المنازعات بعد نشوبها، بل أصبح - خاصة في مجال التجارة الدولية - وسيلة فعالة يمكن استخدامها لتفادي قيام المنازعات أثناء إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتصنيع أو نقل التكنولوجيا أو المشروعات المشتركة^(٤).

(١) د. جلال محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة حقوق الإسكندرية، عدد تذكاري بمناسبة اليوبيل الذهبي ١٩٤٢-١٩٩٢، الجزء الثاني، ص ٦٨٨، ٦٨١.

(٢) د. عبد الرحمن القاسم: مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٧٣، ص ٤٦٣.

(٣) د. جورج حزبون: النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٩.

(٤) انظر: د. أبوزيد رضوان: قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، دراسة فكرة "Lex Mercatoria"، مجلة الأمن والقانون، دبي، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٩٣، ص ٢٢٢.

هذه هي أهم مزايا وفوائد التحكيم مما شجع الكثيرين على اللجوء إليه كطريق بديل للجوء للقضاء الرسمي للدولة. وقد ترتب على ذلك الكثير من النتائج العملية والإيجابية في ذات الوقت أهمها:

أ. تخفيف العبء عن كاهل القضاء الرسمي الذي أصبح ينوء من كثرة القضايا والمنازعات المعروضة عليه. وكما قال البعض أن السبب الرئيسي للجوء إلى الوسائل الأخرى غير القضائية لتسوية المنازعات هو أن القضاء طُفح به الكيل *La justice est débordée* (1).

ب. تشجيع التجارة بين الدول أو الأفراد التابعين لدول مختلفة. وكذلك دفع عمليات الاستثمار الدولي إلى الأمام خاصة في بلدان العالم النامي (2). وقد دفعت الفوائد والنتائج السابقة والمترتبة على التحكيم كثير من المنظمات الدولية والدول إلى الاهتمام به كوسيلة لتسوية المنازعات، وحاولت تنظيمها من خلال تشريع خاص به.

من ذلك مثلا اهتمام لجنة القانون التجاري الدولي المنبثقة عن الأمم المتحدة بالتحكيم، خاصة التحكيم التجاري الدولي، وقد ظهر هذا الاهتمام جليا، من خلال وضع قواعد خاصة بهذا التحكيم عرفت باسمها يونسترال (UNCITRAL)، وذلك في عام ١٩٧٦ للاسترشاد بها في حل منازعات عقود التجارة الدولية (3). وكذلك إعداد قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي أقرته اللجنة في ٢١ يونيو ١٩٨٥ (4). وقد كتب هذا القانون بالست لغات الرسمية للأمم المتحدة وهي الإنجليزية والفرنسية الروسية والصينية والإسبانية والعربية.

(1) انظر: Laurent RICHER, Les Modes Alternatifs de Règlement des litiges et le Droit administratif, AJDA, 1997, No1, 20 Janvier, p3

وانظر: د. الحبيب مالوشي: لمحات عن التطور الحديث للتحكيم التجاري الدولي، محاضرة بغرفة تجارة وصناعة دبي في مارس ١٩٩٦، منشورة في جريدة البيان، بنبي، العدد ٥٧٦١ بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٩٦، ص ٥. وانظر: التحقيق المنشور في جريدة الأهرام بعنوان: لماذا لا تطبق وزارة العدل نظام المحكمين لحل المنازعات وتخفيف عن القضاء، مقال منشور في جريدة الأهرام القاهرية، العدد ٣٩٨٢٨، بتاريخ ٢ يناير ١٩٩٦، ص ٣.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩، ص ٢٠٤.

(3) د. أكرم الخولي: بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة مقدمة في الندوة حول التعريف بنظام التوفيق والتحكيم التجاري بالغرفة، المنعقدة يومي ٢٩، ٢٨ مايو ١٩٩٥، ص ١، بند رقم ١.

(4) انظر: د. حسن عبد الغفار، التحكيم نعم أو لا، سابق الإشارة إليه، ص ٥١.

وقد أوصت الجمعية العمومية للأمم المتحدة بقرارها الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٨٥ كافة الدول بدراسة هذا القانون النموذجي، بهدف محاولة توحيد قوانين إجراءات التحكيم.

وبالفعل فقد اشتقت من أحكام هذا القانون كثير من أحكام قوانين التحكيم في معظم الدول التي شرعت قانونا خاصا بالتحكيم، مثل كندا وأستراليا وقبرص ونيجييا ومصر وتونس والجزائر والكويت وولاية كاليفورنيا... الخ^(١).

كما استفادت من أحكام هذا القانون النموذجي الكثير من المنظمات والجمعيات والفرق المهمة بشئون التحكيم، وأدخلت بعضها ضمن لوائح ونظام التحكيم الخاصة بها^(٢).

ورغم كل هذه المزايا والفوائد والنتائج الإيجابية للتحكيم، إلا أن البعض قد أظهر بعض العيوب والمثالب والنتائج السلبية للتحكيم.

ومن أهم هذه العيوب والسلبيات التي ذكرها البعض ما يلي:

١- ارتفاع نفقات التحكيم:

يرى البعض أن التحكيم باهظ التكاليف، خاصة إذا تعلق بنزاع به عناصر أو أطراف تنتمي لدول متعددة.

وتتمثل هذه التكاليف في المقابل الذي يحصل عليه المحكمون وأتعايب المحامين والمستشارين والممثلين القانونيين والخبراء والمتخصصين، وغيرهم. إلى جانب نفقات الانتقال بالطائرات من دول إلى أخرى. ونفقات الإقامة، وغيرها من المصروفات الأخرى.

كل هذا يجعل التحكيم مرتفع التكاليف والنفقات بدرجة كبيرة جدا إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء الرسمي.

(١) انظر: د. فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي، عمان، الطبعة الثانية، ص ٢٥ وما بعدها.
(٢) انظر
J. THIBAUT, Le Centre d'Arbitrage commercial national et international du Québec et son Règlement général d'arbitrage commercial, Revue d'Arbitrage, 1994, 1, p.69.

وفي نظر هذا البعض فإن القول بأن من مزايا التحكيم توفير المال هو قول بعيد عن الواقع والحقيقة^(١).

ولكن يُرد على هذا، بأن ارتفاع تكليف التحكيم لا يكون في كل الأحوال، وإنما في حالات معينة- وهي غالبا النزاعات ذات عناصر أو أطراف تنتمي إلى دول متعددة- وفي هذه الحالات تكون قيمة الصفقات أو العقود فيها كبيرة جدا، فلا تمثل تكاليف التحكيم إلا نسبة قليلة منها^(٢).

أما في القضاء الرسمي فإن ببطء الإجراءات وعدم التخصص في المسائل الفنية محل النزاع والعيوب الأخرى المنسوبة إلى هذا الطريق، قد تؤدي إلى إصابة أطراف النزاع بخسائر وأضرار تفوق نفقات وتكاليف التحكيم، فيما لو كانوا قد لجأوا إليه وسلخوا هذا الطريق.

٢- عدم توفر الضمانات القضائية في التحكيم:

ذهب البعض إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم يحرم الأطراف من كثير من الضمانات التي أحاط بها القانون العمل القضائي.

من ذلك مثلا التكوين العلمي والقانوني^(٣)، فالمحكّمون يكونون غالبا من رجال الأعمال والمتخصصين في موضوعات معينة، وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة في غالب الأحيان مما لا يساعد على تحقيق العدالة المطلوبة^(٤).

كما ان اللجوء إلى التحكيم لا يجبر لمن صدر قرار التحكيم في غير صالحه رفع دعوى جديدة أمام القضاء، بل وفي كثير من نظم التحكيم لا يجيز له الاعتراض على قرار التحكيم إلا فقط عن طريق دعوى بطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر، فيحرمه بذلك من ميزة وضمانة هامة بل وحق أساسي وهو حق اللجوء إلى

(١) انظر: A. PUILLE, Le pouvoir judiciaire et les Tribunaux, Paris, 1985, p. 143. وانظر أيضا: د. أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، دراسة علمية ونظرية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ص ٤١٠.
(٢) انظر: د. عبد المنعم خلاف: مشكلات التحكيم في التجارة الخارجية والنقل البحري، مجلة روح القوانين، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة طنطا، العدد ١٩٩٠، العدد الثاني، ص ١٩٠. وانظر أيضا: اقتصاديات التحكيم الدولي: مقال بجريدة الأهرام الاقتصادي القاهرة، العدد ١٢٧٨ في ١٢ يوليو ١٩٩٣، ص ٥٥.

(٣) مرزوق فكري: ماذا عن كثافة القوانين، مقال منشور بجريدة الأهرام القاهرة، بتاريخ ١٥ يناير ١٩٩٦، ص ١٠.
(٤) د. احمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٩، ص ١٨٣.

القضاء والطعن في الأحكام^(١).

هذا العيب المنسوب إلى التحكيم يمكن الرد عليه، بأنه بالرجوع إلى حالات التحكيم الهامة والتي نشرت قراراتها، نجد أن من تولوها كانوا أساتذة القانون وكبار رجال القضاء. كما أن نظم التحكيم تحدد الاستعانة بالخبراء والمتخصصين والمستشارين في جميع المجالات سواء الفنية أو القانونية^(٢).

وقد نظمت قوانين بعض الدول نوع من التحكيم، يعرف بالتحكيم القضائي Arbitrage Judiciaire وهو تحكيم يقوم به القاضي المختص أصلاً بنظر النزاع وفق القواعد العادية، وذلك في حالة ما إذا طلب منه الخصوم نظر نزاعهم ليس بصفة قاضٍ إنما بوصفته حكماً أو مُحكماً بينهم^(٣).

كما إن عدم اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى ابتداء بعد صدور قرار التحكيم، وعدم إمكان الطعن فيه إلا بدعوى بطلان، لا يمثل في حقيقة الأمر عيباً، لأنه أولاً يتفق مع الهدف الأساسي للجوء إلى طريق التحكيم وهو عدم رغبة الأطراف في اللجوء إلى طريق القضاء الرسمي. ولأنه ثانياً يتفق مع رغبة الأطراف وإرادتهم في إنهاء النزاع بهذا الطريق بأسرع وقت ممكن، ويقبلون ذلك ويرتضونه باعتبار قرار التحكيم قراراً نهائياً وقابلاً للتنفيذ الفوري بعد صدوره دون إمكان الطعن فيه بأي طريق. حتى لا يستخدم طرق الطعن القضائية العادية كوسيلة لتعطيل تنفيذ القرار الصادر في التحكيم باتباع الإجراءات القضائية الطويلة والعقيدة والمعقدة، مما يفرغ التحكيم من معناه ومن هدفه، ويسلبه مزاياه وفوائده الأصلية والحكمة الأساسية من وراء اللجوء إليه، واختياره كطريق لتسوية المنازعات بين الأطراف.

٣- عدم حسم التحكيم للنزاع في بعض الحالات:

(١) د. مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٦، بند رقم ٢.
(٢) انظر: (P. GERARD, M. KERCHOVE, F. OST, Fonction de juger et pouvoir judiciaire, BRUXELLES, 1983, p. 437

وانظر: د. بهاء دسوقي: قانون التجارة الحدد، دراسة تحليلية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٠٠ وما بعدها.
(٣) انظر: (Nouveau Code de procédure Civile (NCP) Commenté dans l'ordre des articles, L.J.N.T. Paris, Tome 1, article 209)

يرى البعض ان هناك حالات لا يتمكن فيها التحكيم من حسم النزاع ووضع نهاية له. وهذا يؤدي إلى اضطرار الأطراف سلوك الطريق العادي وهو اللجوء إلى القضاء وعرض نزاعهم عليه، مما يزيد من عبء القضاء المتقل أصلاً بكم المنازعات المعروضة عليه والمطلوب منه الفصل فيها.

وكل هذا يزيد من النفقات ويؤدي إلى ضياع للوقت والجهد^(١).

ويُرد على هذا أن مثل هذه الحالات التي لا يصل فيها التحكيم إلى حسم أو وضع نهاية قاطعة لها، هي حالات قليلة بل نادرة.

٤- عدم تسبب قرارات التحكيم وعدم نشرها وفق بعض مدارس التحكيم:

ينسب البعض إلى التحكيم عيب عدم تسبب أحكامه وعدم نشرها وفق اتجاه بعض مدارس التحكيم، وبناء على طلب بعض الأطراف بعدم نشر الحكم التحكيمي الصادر في النزاع، وينتج عن هذا بعض النتائج السلبية.

فعدم التسبب لا يساعد على التعرف على الأسباب التي بني عليها الحكم أو القرار. وعدم التسبب وعدم النشر لا يساعدان على وجود اتجاه عام في التحكيم يمكن الاسترشاد به فيما بعد، ولا على تكوين سوابق يمكن الاستعانة بها في التنبؤ بقرار المحكمين، أو حتى في تفادي وقوع منازعات في المستقبل في منازعات مماثلة.

ولكن يُرد على هذا العيب بأنه منذ أن وُضِع القانون النموذجي للتحكيم التجاري عن طريق لجنة القانون التجاري الدولية التابعة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦، وإقرار الجمعية العامة وتوصيتها للاسترشاد به عام ١٩٨٥، فإن الاتجاه ينحو نحو تلافي هذا العيب، بضرورة تسبب القرارات خاصة من الناحية الفنية والقانونية، ونشر الأحكام والقرارات الصادرة دون الكشف عن هوية أطراف النزاع^(٢).

٥- التأثير السلبي للتحكيم على اقتصاديات الدول النامية:

يرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم له آثار سلبية على الاقتصاد الوطني

^(١) انظر: (A. POUILLE, op.cit.p.143, et GERARD, KERCHOVE, OST,op.cit.p.437.

^(٢) انظر: د. حسين عبد الغفار: التحكيم نعم ام لا، سابق الإشارة إليه، ص ١٥ وما بعدها.

للدول النامية. وذلك في ظل العلاقات الدولية غير المتوازنة بين هذه الدول والدول المتقدمة.

وغالبا ما يكون اللجوء إلى التحكيم في غير صالح الدولة النامية أو الضعيفة حيث يفرض عليها الكثير من التضحيات والأعباء والتنازلات لصالح الدول القوية التي تملك وسائل القوة الاقتصادية، في شكل نقل واستخدام التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية مع تحميل هذه الدول التكلفة الباهظة لمثل هذه العمليات، وهي تكافة تذهب إلى الدول القوية فيزداد اقتصادها قوة بينما ينوء اقتصاد الدول الضعيفة من تحمل مثل هذه التكاليف. وتاريخ التحكيم في هذا المجال يؤيد ذلك.

ومثال ذلك قرار المحكم الإنجليزي الصادر في ٢٨ أغسطس عام ١٩٥١، في نزاع التحكيم بين أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة، والذي صدر في صالح الشركة الأجنبية، وكذلك قرار التحكيم الصادر في ٩ فبراير ١٩٧٧ في النزاع بين حكومة ليبيا وشركتين للبترول، والذي صدر في صالح الشركتين.

فمثل هذه القرارات تعبر بشكل ملحوظ عن أن قرارات المحكمين، ما هي في الواقع إلا تكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة، وإعمال لقانون الأقوى^(١).

وقد يكون بالفعل للتحكيم بعض الآثار السلبية على اقتصاد بعض الدول النامية، ولكن هذا لا ينفي أنه في حالات أخرى ليست بقليلة، كانت قرارات التحكيم إنصاف لموقف هذه الدول.

ورغم كل العيوب التي نسبها البعض إلى التحكيم، فإن هذا لم يمنع ولم يوقف الدول ولا المشرعين بها من النص عليه وتنظيمه، نظرا لأن مزاياه تفوق عيوبه. كما أن هذه العيوب يمكن تلافيها والتقليل من آثارها غير المرغوب فيها.

(١) انظر: د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٩٤ وما بعدها.

خاتمة الفصل الأول

نخلص من هذا الفصل إلى أن التحكيم هو عبارة عن وسيلة أو طريق لتسوية وفض المنازعات بشكل ودي أو دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة. هذه الطريقة في حقيقتها وطبيعتها هي - من حيث كيفية إتباعها ووسيلة اللجوء إليها - تعاقدية اتفاقية، حيث إنها تخضع لإرادة الأطراف ويتم الاتفاق عليها بينهم سواء في العقد الأصلي المبرم بينهم أو في اتفاق ملحق أو منفصل ومستقل عنه، وسواء كان هذه الاتفاق قبل قيام الخلاف بينهم، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم *La clause compromissoire*، أو بعد نشوب الخلاف أو النزاع، وهو ما يسمى مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم *Le compromise*^(١).

وقد بينت ذلك ونصت عليه المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الخاص بالتحكيم في مصر. وذلك في الفقرة (١)، (٢) منها.

فالفقرة (١) منها تنص على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

والفقرة (٢) منها تنص على أنه: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع..".

وهذه الطريقة في حقيقتها وطبيعتها أيضا - من حيث جوهرها وطبيعة عمل المحكم أو المحكمين - هي قضائية، من زاوية إن طبيعة عمل المحكمين هي الفصل في نزاع معروض وهو من هذه الناحية يعتبر قضاء.

ونظرا للمزايا والفوائد العديدة للجوء إلى التحكيم فاتجهت الأنظمة والمنظمات - سواء الدولية أو الإقليمية أو المحلية - إلى التشجيع على اللجوء إلى هذه الوسيلة.

(١) انظر في تفصيل ذلك: J. ROBERT, Op. Cit. chapitre 3, les Conventions d'Arbitrage, p. 46, section 1: La clause compromissoire, p.47, section 2: Le compromis, p. 76.

وكما رأينا فقد وضعت لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة قانوناً نموذجياً للتحكيم في عام ١٩٧٦، وقد أوصت الجمعية العامة في المنظمة الدولية في عام ١٩٨٥، الدول الأعضاء بالاسترشاد بهذا القانون النموذجي لتنظيم اللجوء لهذه الوسيلة في قوانينها الداخلية.

وبالفعل استفادت كثير من الدول - ومنها مصر - من أحكام هذا القانون، في القانون الذي أصدرته عام ١٩٩٤ والخاص بالتحكيم.

بل إن بعض الدول الأخرى - مثل فرنسا - قد فرضت في حالات معينة اللجوء إلى التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء.

ولكن السؤال المهم الذي يثور الآن هو: ما هو موقف القانون العام بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة من هذه الوسيلة، بل ومن غيرها أيضاً من الوسائل الودية أو غير القضائية لحسم النزاعات؟.

والسؤال الأهم هو: هل يجوز للجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية؟

الفصل الثاني

الاتجاه الرافض للتحكيم في العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت

ذهب اتجاه إلى عدم إمكان اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية. فوفقاً لهذا الاتجاه، لا تصلح هذه النوعية من المنازعات لأن تكون حقلاً أو مجالاً أو نطاقاً للتحكيم.

ونجد تأييداً لهذا الاتجاه في مصر والكويت، سواء في الفقه أو في القضاء أو حتى في التشريع.

ونعرض الحجج والأسانيد التي يعتمد عليها هذا الاتجاه في رفضه للتحكيم في مجال العقود الإدارية، ثم نعرض أبرز أنصار هذا الاتجاه، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حجج وأسانيد الاتجاه الرافض للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أنصار الاتجاه الرافض للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الأول

حجج وأسانيد الاتجاه الرافض

للجوء إلى التحكيم العقود الإدارية

١. اصطدام نظام التحكيم بمبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل لقضائها:

أثناء مناقشة مشروع قانون لإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في مجلس الشعب - حتى يشمل التحكيم في العقود الإدارية - قال أحد أعضاء المجلس، وهو العضو سامح عاشور المحامي: "إن دخول الدولة مجال التحكيم هو إسقاط لسيادتها.. إن سلطة الدولة تمارسها من خلال القرار الإداري أو العقد الإداري، فإذا نزلت إلى مجال التحكيم فإنها تتنازل عن سيادتها بما يشكل مساساً بالنظام القانوني وسلطات الدولة، وهناك مدارس قانونية عديدة ترفض طرح العقود الإدارية للتحكيم إلا في حالات استثنائية محدودة، لذا فإنني أرفض المشروع"^(١).

٢. انطواء اللجوء إلى التحكيم على اعتداء على اختصاص القضاء الإداري وعلى خروج على مبادئ التفويض:

فالقضاء الإداري هو المختص الأصيل - وفقاً للنظام اللاتيني - بنظر المنازعات الإدارية. وإحالة أي من هذه المنازعات إلى التحكيم يعد سلباً لاختصاص القضاء الإداري بها، وإخلاقاً بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة^(٢).

ويرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة يعد خروجاً، بل ويشكل مخالفة لمبدأ أساسي في التفويض وهو مبدأ "لا تفويض في التفويض"، فإذا كان الوزير ذاته يستمد سلطته بناء على تفويض، فلا يجوز أن يقوم هو بدوره بتفويض غيره في ذلك.

(١) انظر: مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي السابع، دور الانعقاد العادي، الجلسة الستين المنعقدة يوم ٢٣ أبريل ١٩٩٧، ملحق رقم ٢، ص ٨٢ وما بعدها.

(٢) انظر: د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الاتجاه إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٩٠/٢/٣٠، مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١ العدد ٢٢، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٠٩-٣٤٥.

وقد قال البعض إنه: " تطبيقاً لقاعدة أن التفويض لا يرد على تفويض، فإن العقد الإداري يرد في نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة المتعاقدة فلا يجاوز هذا الاختصاص، ومن ثم فليس لجهة عامة أن تفوض غيرها في شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة، إذ أن جهة الإدارة العامة مقيدة في تعاقدها.. باعتبار أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، وإن لجوء أي جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجؤها في ذلك إلى التحكيم، فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة، ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتفويض صريح يرد من عمل تشريعي^(١).

وقد نص على هذا المعنى التعديل التشريعي بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، والذي أضاف فقرة ثانية إلى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

فقد حدد المختص بإجازة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وهو الوزير المختص، ولم يجز تفويض سلطته في ذلك.

٣. اصطدام التحكيم بالأسس والمبادئ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري:

L'Arbitrage se heurte aux normes et aux principes fondamentaux des contrats administratifs

تستخدم الإدارة عدة وسائل وهي بصدد الاضطلاع بمسئولياتها وقيامها بواجباتها وتحقيق مهامها، ومن بين هذه الوسائل وسيلة التعاقد مع الغير، والتعاقد هو تصرف قانوني يصدر من جانبين أو طرفين acte juridique bilatéral ومن المعروف أن هناك فئتين من العقود التي تستطيع الإدارة إبرامها:

(١) د. البيومي محمد بيومي، مدى جواز شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، منشور بجريدة الأهرام، ٧ يونيو ١٩٩٧، ص ٢٩.

الفئة الأولى: عقود قانون خاص *contrats du Droit privé*، وتتعلق عادة بأموالها الخاصة، ويطبق على هذه ذات النظام القانوني الذي يطبق على عقود الأفراد العاديين، فتسرى عليها قواعد وأحكام القانون الخاص سواء المدني أو التجاري أو العمالي حسب نوع وطبيعة العقد المبرم، وفق الضوابط التي تنظم وتحكم عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة.

الفئة الثانية: عقود إدارية *contrats administratifs*، وهي مجموعة العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير كسلطة عامة وتمثل المصلحة العامة، وتجريها الإدارة غالباً لقيامها بنشاطها الإداري الأساسي وهو إشباع الحاجات العامة للمواطنين والمجتمع. وهذه الفئة من العقود لها نظامها القانوني المتميز والذي ينطوي على اختلافات جوهرية عن النظام الذي تخضع له عقود القانون الخاص، سواء فيما يتعلق بإجراءات وطرق اختيار المتعاقد معها وإبرام العقد، أو الآثار المترتبة عليه أو تنفيذه، أو انتهائه.

ومن أبرز هذه الاختلافات ما يتعلق بالآثار المترتبة على العقد الإداري وتنفيذه وإنهائه وسلطات الإدارة في كل ذلك^(١)، ومن هذه الزاوية تظهر جليا وبشكل واضح خصوصية وذاتية العقود الإدارية وتميزها، بل واختلافها بشكل جوهري عن العقود المدنية. فبينما نجد أن العقود المدنية بحكمها مبدأ المساواة *Le principe d'égalité* بين طرفيها، فلا تمييز لأحدهما في مواجهة الآخر، نجد أنه في العقود الإدارية لا تطبق مبدأ المساواة، أو على الأقل لا يطبق بذات المعنى ولا القدر المعروف بهما في القانون الخاص، وإنما يكون لأحد طرفي العقد وهو الإدارة وضع متميز بل وفي مركز الأقوى في مواجهة الطرف الآخر.

وبينما نجد أن العقود المدنية تقوم أساساً على التوازن *L'équilibre* بين الحقوق والالتزامات الناشئة عنه بالنسبة للطرفين، نجد أنه في العقود الإدارية لا يتحقق هذا التوازن بذات القدر المعروف به في عقود القانون الخاص، وإنما ترجح

(١) راجع: د. سعاد الشرفاري، العقود الإدارية، الجزء الثاني، تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨.

غالباً كفة أحد طرفي العقد وهو الإدارة على حساب كفة الطرف الآخر المتعاقد معها بل ولها في مواجهته سلطات كبيرة.

وبينما تقوم عقود القانون الخاص على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين *contrat est la loi des parties* نجد أنه في العقود الإدارية، لا يطبق هذا المبدأ بذات القدر، حيث إن أحد الطرفين - وهو الإدارة - يستطيع إدخال تعديلات على العقد من جانب واحد، حتى ولو اعترض الطرف الآخر ولم يوافق على مثل هذه التعديلات، وذلك في حدود معينة ووفق شروط وضوابط محددة مع الالتزام بتعويض الطرف الآخر مقابل ما يتحملة من مجهود أو تكاليف لتنفيذ التعديلات التي أجرتها الإدارة من جانبها فقط^(١). وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته أو تقاعسه عن تنفيذ ما أتفق عليه، وأهم هذه الجزاءات هي: الغرامات المالية والتهديدية *les astreintes* والتنفيذ على الحساب في حالة امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه، والفسخ *la résiliation* إذا أخل المتعاقد مع الإدارة إخلالاً جسيماً بأحد التزاماته الجوهرية. وسلطة الإدارة في إنهاء العقد من طرف واحد حتى دون إخلال من جانب المتعاقد معها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، مع تعويض المتعاقد معها لما أصابه من أضرار نتيجة لذلك.

وفي المقابل فإن المتعاقد مع الإدارة يتمتع ببعض الحقوق والمزايا الغريبة عن نظام العقود في القانون الخاص، مثل حقه في الحصول على تعويضات معينة والتوازن المالي في عقده في حالات معينة *Indemnisation et équilibre financier*^(٢) مثل وجود صعوبات مادية غير متوقعة^(٣)، ولم يكن من الممكن توقعها وقت إبرام العقد، ولم يتم الاتفاق على أن يتحملها المتعاقد مع الإدارة، ومثل ما يعرف بفعل الأمير *le fait de prince*، وكذلك الظروف الطارئة *l'imprévision*. بل وتمتعه في بعض العقود باستخدام بعض امتيازات القانون العام، كما هو الحال في عقد امتياز

(١) انظر د. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، ١٩٩٧، ص ١٥٠.

(٢) انظر: د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٣) انظر: د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، عدد سبتمبر/أكتوبر ١٩٧٨، ص ٨٢٣.

أو التزام المرفق العام Concession de service public.

وكل هذه الآثار والأحكام والقواعد لا يوجد مثيل لها في نطاق عقود القانون الخاص.

ووفق حجة الاتجاه المعارض لتطبيق التحكيم في مجال العقود الإدارية، فإن اللجوء إلى التحكيم يتعارض - بل ويصطدم بشدة - مع الأسس التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية والنظام القانوني الذي تخضع له. وذلك لأن التحكيم يقوم على أساس المساواة بين أطراف النزاع وعدم تمييز أحدهما على الآخر، فطرفا النزاع يقفان على قدم المساواة أمام التحكيم أيا كانت طبيعة كل طرف، أي حتى ولو كان أحد الطرفين هو الدولة ذاتها أو إحدى سلطاتها العامة، فهي أمام المحكم تتساوى مع الطرف الآخر حتى ولو كان فرد عادي أو شركة خاصة، فليس لها أمام هيئة التحكيم أي وضع متميز أو أي امتيازات في مواجهة الطرف الآخر.

والتحكيم يطبق - عادة - القواعد المتعارف عليها في كل التعاقدات والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها العقود الخاصة، وأهم هذه المبادئ والأسس هي؛ مبدأ المساواة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وهي مبادئ وأسس لا تتفق مع طبيعة العقد الإداري، ولا مع الأسس والمبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد الإدارة المعروفة والثابتة في القانون الإداري.

ومؤدى أعمال التحكيم في مجال العقود الإدارية انهيار النظرية التي تقوم عليها هذه العقود برمتها، لأن التحكيم لن يعترف بحق الدولة في الإشراف على تنفيذ العقد ومتابعته، ولا بحقها في إمكان إدخال تعديلات من جانب واحد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا بحقها في توقيع جزاءات في حالة إخلال المتعاقد معها بأحد التزاماته، ولا بفسخ العقد من جانب واحد إذا أخل المتعاقد معها بأحد التزاماته الأساسية، أو حتى دون إخلال من جانبه وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة إنهاء العقد.

ولن يعترف أيضاً بحق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويضات وتحقيق

التوازن المالي في عقده في حالات مثل الصعوبات المادية وفعل الأمير والظروف الطارئة.

غالباً ما تطبق هيئات التحكيم القواعد العادية المتعارف عليها في العقود، وهي غالباً ما تنتمي إلى نظرية العقود المدنية والتجارية وليست إلى نظرية العقود الإدارية، مما لا يتفق مع الوضع المتميز الذي يتعين أن تكون فيه الدولة باعتبارها تمثل المصلحة العامة، وليس المصلحة الخاصة كما هو الحال في عقود القانون الخاص.

ومن الأمثلة التي تؤكد ذلك، النزاع الذي عرض على هيئة التحكيم الدولية في باريس، والذي عُقدت جلساتها بخصوصه في الفترة من ١٥ وحتى ١٨ نوفمبر ١٩٩٩، وكان بين الشركة الإنجليزية (وينا) ضد الحكومة المصرية.

وكان موضوع النزاع يتمثل في أن الحكومة المصرية (ممثلة في شركة الفنادق المصرية) كانت قد تعاقبت مع شركة (وينا) الإنجليزية لتطوير وتحديث فندق النيل والأقصر، وكان قد تم الاتفاق على تحديد مدة معينة تقدم خلالها الشركة الإنجليزية خططها لتطوير هذين الفندقين، وانقضت المدة المتفق عليها، ولم تقدم الشركة الإنجليزية خطة التطوير، كما لم تقدم أي دلالة على بدء العمل، مما دفع الحكومة المصرية ممثلة في شركة الفنادق المصرية بفسخ العقد المبرم بينها وبين الشركة من جانب واحد، فقامت الشركة الإنجليزية بمطالبة الشركة المصرية بتعويض قدره ٥٨ مليون جنيه إسترليني وكانت قد نظرت أولاً أمام مركز تحكيم منازعات الاستثمار بواشنطن.

وقد قدم رئيس هيئة قضايا الدولة المستشار إبراهيم رفعت مذكرة أوضح فيها أن الحكومة المصرية لم تخطئ في فسخ العقد المبرم بين الشركة الإنجليزية وشركة الفنادق المصرية نظراً لإخلال الشركة الإنجليزية بالتزامها الأساسي والجوهري بتقديم خطة التطوير المتفق عليها، بل ولم تقم بتنفيذ التزامها خلال المدة المتفق عليها، مما يعد إخلالاً بالعقد المبرم، ولا يحق لها المطالبة بالتعويض عن هذا الفسخ من

جانب واحد^(١).

هذه هي أهم الحجج التي أستخدم عليها الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الثاني

أنصار الاتجاه المعارض

إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

نستطيع أن نضع في هذا الاتجاه: أولاً بعض القضاء الإداري في مصر والقضاء في الكويت، ثم ثانياً بعض الفقه في مصر كل من مصر والكويت، وثالثاً وأخيراً الموقف السلبي للتشريع في مصر قبل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وفي الكويت قبل النصوص التي سمحت به.

ونعرض لأنصار هذا الاتجاه بالترتيب السابق بيانه.

أولاً: بعض القضاء في مصر والقضاء في الكويت:

سنبحث هنا بعض القضاء الرافض للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

في مصر، ثم القضاء في الكويت.

(١) بعض أحكام القضاء الإداري وفتاوى مجلس الدولة في مصر:

رفضت بعض أحكام القضاء الإداري في مصر لجوء أشخاص القانون العام

إلى التحكيم في العقود الإدارية.

كما نحت إلى ذات الاتجاه بعض فتاوى مجلس الدولة.

١- بعض أحكام القضاء الإداري:

قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة

١٩٩٧، قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم إمكان لجوء أشخاص القانون العام

للتحكيم في مجال العقود الإدارية التي تبرمها، وقضت ببطلان الاتفاق على التحكيم

في هذه العقود.

(١) منشور في جريدة الأهرام القاهرية، بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٩٩، ص ٢٩.

وأُسست 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^(١)، في قضية بين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية ووزير الإسكان والمرافق وآخرين.

وكانت القضية تتلخص 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 يُفصل فيه عن طريق التحكيم، وكان العقد قد حدد تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، مُحكَّم 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 في العقد واختارت مُحكَّم من طرفها كما ينص العقد، ولكن الوزارة امتنعت عن اختيار مُحكَّمها وعن إحالة الخلاف إلى هيئة التحكيم المتفق عليها.

فرفعت الشركة دعوى إلى محكمة القضاء الإداري مطالبة بالحكم بإلزام وزير الإسكان بصفته بتعيين محكم من الوزارة في هيئة التحكيم المنصوص عليها في العقد. وقضت لها بالفعل محكمة القضاء الإداري بما طلبت، فطعنت الوزارة في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، التي حكمت بإلغاء الحكم.

لأن قانون مجلس الدولة نص: "على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره من المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والإشغال 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

(١) المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٠، طعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ قضائية.

المنازعات المتعلقة بذلك العقد، إذ أن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة.. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون»^(١).

وقد سارت أحكام القضاء الإداري بعد هذا الحكم على نهج المحكمة الإدارية العليا في رفض التحكيم في العقود الإدارية.

من ذلك مثلا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٠، والذي رفضت فيه الدفع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لاختصاص هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد موضوع النزاع.

واستندت المحكمة في ذلك إلى أن قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد نص في المادة العاشرة منه على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: (أولاً) (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، ومفاد ذلك أن محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهذا الاختصاص وارد كقاعدة عامة في قانون موضوعي، وعلى ذلك فلا يجوز أن يخالف العمل الإداري أحكام القانون، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا. وعليه فلا يحق للجهة الإدارية أن تأتي وتضمن العقد الإداري الذي تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم. إذ يتعين الالتفات عن هذا النص وإعمال أحكام القانون التي أناطت الاختصاص بذلك إلى مجلس الدولة دون غيره»^(٢).

وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٩١، في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي المقام أسفل قناة السويس، والتي كانت رفعتها وزارة التعمير ضد الشركة التي قامت بتنفيذ المشروع بعد ظهور عيوب وتشققات في النفق أدت إلى تسرب مياه قناة السويس إلى النفق، وكان مهدداً بالانهيار مما دعي الحكومة إلى غلقه لحين ترميمه

(١) المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٠، طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٣٢ قضائية، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٣.

(٢) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٩، طعن رقم ٥٨٣٧ لسنة ٤٤ قضائية.

وإصلاح العيوب به. وفي هذه القضية دفع محامي الشركة بعدم اختصاص القضاء المصري بنظر مثل هذا النزاع، وذلك لوجود شرط تحكيم متفق عليه في العقد، فالمختص بنظر هذا النزاع هو هيئة التحكيم المتفق عليها وليس القضاء الإداري بمصر.

وقد قضت المحكمة برفض الدفع وباختصاصها بنظر الدعوى وببطلان شرط التحكيم المتفق عليه في العقد، لأنه يسلب اختصاص قضاء مجلس الدولة، المختص بالأصيل دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية كما نص القانون^(١).

٢- بعض فتاوى مجلس الدولة:

ذهبت بعض الفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة في مصر - حتى بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - إلى عدم جواز لجوء الإدارة للتحكيم في عقودها الإدارية، وذلك لأن القضاء هو صاحب الولاية العامة لنظر النزاعات الناشئة عن هذه العقود، ولجوء الإدارة إليه هو استعمال طبيعي لحق التقاضي.

من ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة في ١٨ ديسمبر عام ١٩٩٦.

وكانت تتعلق بمشروع عقد مزعم إبرامه بين المجلس الأعلى للآثار وشركة جانتسير سلفر نايت البريطانية، للقيام بالأعمال التكميلية لأعمال إعداد الموقع الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان، وكذلك مشروع عقد استكمال بعض الأعمال الخاصة بالمتحف ذاته.

وكان مشروعاً هذين العقدين قد عُرضاً على إحدى لجان الفتوى المختصة - وهي اللجنة الثانية بقسم الفتوى بمجلس الدولة - لمراجعة بنودهما وإيداء الرأي فيهما كما ينص القانون.

وعند مراجعة اللجنة لمشروع العقدين في جلستها المنعقدة في ٣٠ أكتوبر ١٩٩٦، وجدت أن هناك بنداً في كل عقد - وهو البند السادس عشر من العقد الأول

(١) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٩١/١/٣٠، دعوى رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ قضائية.

والبند الثاني والعشرون من العقد الثاني - ينص على اللجوء إلى مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي لفض أي منازعات قد تنشأ عن العقد.

وقد كانت اللجنة ترى ضرورة حذف مثل هذا البند، اتساقاً مع اتجاه القضاء الإداري في ذلك الذي قضى بعدم جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، ولما كان مثل هذا الرأي لا يتسق مع ما ارتأته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاوى سابقة لها، رأَت اللجنة أنه من الأنسب والأكثر ملاءمة عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لإصدار فتوى في الموضوع.

وبالفعل درست الجمعية العمومية الموضوع من جميع جوانبه وأصدرت فتواها بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، والآخذ في الاعتبار موقف القضاء الإداري الراض للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، وبعد مراجعة فتواها السابقة، وبعد استعراض أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وأقامت فتواها على أساس تنافي طبيعة العقد الإداري مع اتفاق التحكيم، على خلاف العقود المدنية التي تواءم طبيعتها مع مثل هذا الاتفاق.

فإذا كانت إرادة الأطراف في العقود المدنية حرة - وهذا هو الأصل فيها - فإن الإرادة في مجال القانون العام - سواء بالنسبة لإصدار القرارات الإدارية أو إبرام العقود الإدارية - فهي مقيدة وهذا هو الأصل فيها.

وحتى تستكمل الإرادة في مجال القانون العام شروط صلاحيتها، يتعين أن يكون هناك تفويض وفق مسوغ تشريعي يجيز لها إجراء مثل هذه التصرفات.

ولم يرد مثل هذا التفويض حتى في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الذي صدر أساساً ليعالج المسائل المدنية والتجارية.

ونظراً لأهمية هذه الفتوى في موضوع مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإننا نورد بعض المقطعات منها:

".. إن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجؤها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد

الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي... ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والتنافي بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم... والحاصل أن التحكيم كما تشير المادة الرابعة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ هو اتفاق بين طرفي نزاع "بإرادتهما الحرة" والأصل حرية الإرادة في العقود المدنية، ولكن الأصل هو تقييد الإرادة في مسائل القانون العام؛ قرارات كانت أو عقود إدارية.

والإرادة تستكمل حريتها بتوفر شرائطها.. وإرادة الجهات العامة إنما تجرى كلها تفويضا وفق مسوغ تشريعي مجيز ولا بد من توافره لإعمال الولايات العامة.

وفيما يتعلق بالمسألة المثارة أن مشروعا أعد أصلا لينظم التحكيم في المنازعات الدولية ثم ورد استحسانا أن يتضمن تنظيما عاما للتحكيم في المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم، فالقانون أساسا صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية، وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، إن هذا القانون في أي من مراحل إعداده وحتى صدوره لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية له^(١).

ب) قضاء التمييز في الكويت:

حسنت محكمة التمييز مسألة الاختصاص في منازعات العقود الإدارية، وذلك في أحكامها المتواترة المستقرة على عدم (الاختصاص الولائي) بهذه المنازعات لهيئات التحكيم القضائي، واختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها بها،

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، بتاريخ ٢٢ فبراير ١٩٩٧، ملف رقم ١٦٠/٣٣٩/٥٤، المختار في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاما، إصدار المكتب الفني، مجلس الدولة، بمناسبة العيد الذهبي للمجلس ١٩٤٧-١٩٩٧، ص ٧٨٩.

وذلك لتعلق هذا الاختصاص بهذا النوع من المنازعات بالنظام العام^(١).

ثانياً: بعض الفقه في مصر والكويت:

نعرض بعض الآراء في مصر ثم في الكويت.

(أ) في مصر:

في مصر فإننا نجد هناك بعض الآراء التي تعارض التحكيم في العقود الإدارية.

يأتي على رأس هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - رحمه الله - حيث يرى أن الاتفاق على التحكيم في مجال العقود الإدارية يؤدي إلى تعديل في قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية لمجلس الدولة، وهذه القواعد قد وردت في قانون فلا يجوز تعديلها إلا بقانون مثله وليس بقرار أو بعقد^(٢)، أي لا يجوز أن يتم مثل هذا التعديل إلا بأداة قانونية المقولين في القوة والمرتبة للأداة التي نظمت اختصاص محاكم مجلس الدولة^(٣).

فطبقاً للمبادئ العامة للتحكيم - سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام - فإنه من المسلم أن المشرع إذا لم ينص على جواز التحكيم وجواز تنفيذ حكم المحكمين فإن إرادة الخصوم وحدها لا تكفي لخلقها، لأن من أخص واجبات الدولة إقامة العدل بين الأشخاص، والفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم، والدولة من ناحية أخرى لها وحدها حق فرض هذه العدالة، فلا يملك أحد أن يرفض تدخلها أو أن يتحرر من سلطانها، لأن القضاء هو مظهر سيادتها. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن التحكيم الاختياري يقوم على أساسين يتعين توافرها معاً لمشروعيتها، هذا الأساسان هما: إرادة الخصوم من ناحية وإقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى، بحيث إذا تخلف أي من هذين

(١) راجع في ذلك على سبيل المثال: حكمها الصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٩٨ في الطعن رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ تجاري، مجلة القضاء والقانون السنة ٢٦، الجزء الأول ص ١٩٩، وبتاريخ ٢٠٠٥/٢/٥، في الطعن رقم ٤٣١ لسنة ١٩٩٩ تجاري/إداري، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٨، الجزء الأول، وبتاريخ ١٣/١٠/٢٠٠٢ في الطعن رقم ٧٨٢ لسنة ٢٠٠١ مجلة القضاء والقانون السنة ٣٠ الجزء الثاني ص ١٢٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٣) د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢، جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٠، مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١، العدد ٣٣، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٣٢، ٣٣٩.

الأساسيين أضحى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم الاختياري مفتقداً لشرعيته^(١).

ب) في الكويت:

يرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم العادي لفض منازعات العقود الإدارية غير جائز لتعلق ذلك بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز فيها الصلح، كما لا يجوز فيها التحكيم بالتبعية.

وأبرز حجج وأسانيد هذا الرأي تتمثل فيما يلي:

١. إن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تدخل في نطاق اختصاص التحكيم، نظراً لاختصاص قضاء الدولة بكل ما يتعلق بهذا النظام، ولا يجوز أن يُسند حل المنازعات المتصلة به إلى محكمين من الأفراد العاديين. ذلك أن:

• المادة ١٧٣ من المرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تنص في الفقرة الثالثة منها على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح...".

• المادة ٥٥٤ من المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها".

٢. إن المختص الأصلي والوحيد بنظر المنازعات الإدارية هو الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، ذلك أن المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء هذه الدائرة، قد حددت المسائل التي تختص بها ونصت على أن تختص هذه الدائرة "دون غيرها" بهذه المسائل.

ويرى البعض أن سند هذا الاختصاص الحصري هو المادة ١٦٩ من الدستور

(١) د. محمد منير كمال، المرجع السابق، ص ٣٢٥، وفي ذات المعنى، د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة ١٩٨٣، ص ١٦.

الكويتي التي تنص على أن: "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري، شاملا ولاية الإلغاء والتعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون". وبناء عليه فلا يجوز للمشرع العادي تقييد اختصاص الدائرة الإدارية ونزع بعض الاختصاصات منها ومنحها لجهة أخرى سواء كانت قضائية أو غير قضائية^(١). ويرى البعض الآخر عدم اختصاص هيئات التحكيم القضائي في المنازعات الإدارية، نظرا للاختصاص الحصري بها المحجوز للدائرة الإدارية وفقا لحكم المادة ١٦٩ من الدستور والمادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء الدائرة الإدارية^(٢).

ثالثاً: التشريع في مصر والكويت:

نعرض الموقف السلبي للتشريع في مصر قبل القانون رقم ٢٧ لسنة

١٩٩٤ وتعديله بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧، ثم موقف التشريع في الكويت

(أ) الموقف السلبي للتشريع المصري:

نستطيع أن نقرر أنه في نطاق القانون الإداري - وقبل صدور قانون التحكيم العام رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ - لم تتعرض النصوص في مصر لموضوع التحكيم في العقود الإدارية، فلم ترد نصوص تحرمه أو تبيحه.

أما في نطاق القانون الخاص، فقد نظم موضوع التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨^(٣)، في الكتاب الثالث منه بعنوان: إجراءات وخصومات متنوعة، في الباب الثالث منه بعنوان: التحكيم.

ثم أصدر المشرع قانونا خاص بموضوع التحكيم وهو القانون رقم ٢٧ لسنة

(١) راجع د/ عثمان عبد الملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٦ ص ٢٧.

(٢) راجع د/ عزيزة الشريف، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، ١٩ العدد الثاني.

(٣) المنشور في الجريدة الرسمية في العدد ١٩ منها، الصادر في ١٩٦٨/٥/٩ المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣.

١٩٩٤، وقد أُلغى به المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣ الخاصة بالتحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ولم تتعرض هذه النصوص للتحكيم في العقود الإدارية.

وقد استقر الرأي في ظل هذه النصوص على عدم تطبيقها على العقود الإدارية، وإنما تطبق فقط على عقود القانون الخاص.

وظل الوضع كذلك حتى حسمها القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وأخضع العقود الإدارية للتحكيم، كما سنرى تفصيلاً في الفصل الثاني.

ب) موقف التشريع في الكويت:

وضع مجلس الوزراء الكويتي المبدأ العام في موضوع التحكيم في عقود الجهات الحكومية والمؤسسات العامة والشركات المملوكة بالكامل للدولة، وذلك عام ١٩٨٨ بقراره رقم ١١ الصادر في اجتماعه رقم (٨٨/١٤)، المعدّل بالقرار رقم ٤٢٤ الصادر في اجتماعه رقم (٩٠/٢٠)، حيث قرر عدم جواز النص في العقود التي تبرمها الجهات الحكومية والمؤسسات العامة والشركات المملوكة للدولة ملكية كاملة مع المقاولين الأجانب لتنفيذ المشاريع المحلية، على اللجوء إلى التحكيم الدولي أو التحكيم المحلي، واشترط أن يُنص صراحة في شروط هذه العقود على اختصاص القضاء الكويتي بالفصل في أي نزاع ينشأ عنها، وأن القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات.

ولم يستثن من حظر النص على التحكيم في هذه العقود سوى حالة (الضرورة القصوى)، كما أحاط هذا الاستثناء بعدة شروط وقيود وضوابط، تختلف حسب ما إذا كان العقد ذا طابع محلي أو دولي، على النحو التالي:

أ) في حالة العقد ذي الطابع المحلي الداخلي، نفرق بين نوعين من التحكيم:

١. التحكيم العادي: لا يجوز اللجوء إليه في هذا النوع من العقود، حيث إن الاختصاص بالمنازعات المتعلقة به محجوز حصرياً للدوائر الإدارية في القضاء الرسمي للدولة.

٢. التحكيم القضائي: فإنه يجوز اللجوء إلى هيئات التحكيم القضائي فيما يدخل في اختصاصها، وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، والقانون رقم ١٠٢ لسنة ٢٠١٣، المعدّل للمادة الثانية وغيرها من تشريعات تشجيع الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولكن بشرط موافقة الوزير المعني، ووجود نص يجيز له ذلك.

(ب) في حالة العقد ذي الطابع الدولي:

يجوز اللجوء إلى التحكيم وفق الحدود والضوابط والقيود، التي تضمنها قرار مجلس الوزراء رقم ١١ الصادر في جلسته رقم (١٤/٨٨) المعدّل بالقرار رقم ٤٢٤ الصادر في اجتماعه رقم (٢٠/٩٠)، والتي من أبرزها ما يلي:

١. أن يتعلق الأمر بمشاركة تحكيم وليس بشرط تحكيم.
٢. أن تكون هناك حالة ضرورة قصوى، تنشأ عن طبيعة العقد وظروفه، وتفرض على الجهة الحكومية قبول التحكيم الدولي.
٣. ضرورة تقديم الجهة الحكومية المعنية مذكرة مشفوعة برأي إدارة الفتوى والتشريع إلى مجلس الوزراء.
٤. موافقة مجلس الوزراء على مشاركة التحكيم. وبالطبع فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لمجلس الوزراء، سواء بالموافقة أو بالرفض أو بوضع شروط أو قيود أو حدود لإدراج شرط التحكيم في العقد المطروح.
٥. عدم جواز تفويض اختصاص مجلس الوزراء في هذا الشأن^(١).

إذاً فحتى الآن ليس هناك مبدأ عام يسمح لأشخاص القانون العام في الكويت باللجوء إلى التحكيم في تعاقدها الإدارية. بل إن ذلك يمثل استثناءً على المبدأ العام وهو الحظر.

(١) انظر د/ عبد الله حباب الرشيد، العقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٣.

الفصل الثاني

الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم

في مجال العقود الإدارية وحججه وأنصاره في مصر والكويت

على نقيض الاتجاه السابق، فقد ذهب اتجاه آخر إلى إمكان لجوء أشخاص القانون العام إلى الاتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية التي تبرمها. وقد استند هذا الاتجاه إلى عدة حجج وأسانيد. كما أن لهذا الاتجاه أنصار سواء في القضاء أو في الفقه أو حتى على مستوى النصوص التشريعية سواء في مصر أو في الكويت.

وسنعرض في هذا الفصل حجج وأسانيد هذا الاتجاه، وأنصاره المؤيدين له وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أنصار الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الأول

حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد

إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

إلى جانب المزايا والفوائد العديدة للتحكيم التي تساق بصفة عامة، مثل البساطة والسهولة والمرونة والسرعة، وتوفير الجهد والوقت والمال، والمحافظة على العلاقات الطيبة بين أطراف النزاع والمحافظة على أسرارهم، وتوفير الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص، وتجنب المنازعات قبل وقوعها، بالإضافة على تخفيف العبء عن كاهل القضاء الداخلي، والتي أستند إليها كثير من المؤيدين للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، فقد أستند أنصار الاتجاه المؤيد للتحكيم إلى بعض الحجج والأسانيد الخاصة بالقانون العام أو الإداري والعقود الإدارية بالتحديد.

وتتمثل أهم هذه الحجج فيما يلي:

أولاً: عدم وجود مصدر أو أصل لرفض التحكيم في العقود الإدارية.

ثانياً: عدم وجود تنافر بين التحكيم والقانون العام، حيث ذهب البعض إلى القول بأنه لا يوجد تعارض أو تنافر جذري بين التحكيم والقانون العام. وإن كان الاثنان يكونان معاً بحسب العادة زواجاً سيئاً.

المبحث الثاني

أنصار الاتجاه المؤيد

إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

نجد تأييداً لهذا الاتجاه في القضاء والفقهاء والتشريع سواء في مصر أو في الكويت.

أولاً: في نطاق القضاء:

نجد تأييداً للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية في أحكام القضاء العادي وبعض قرارات مجلس الدولة في مصر أو القضاء في الكويت.

(أ) القضاء في مصر:

نعرض موقف القضاء العادي ثم موقف مجلس الدولة.

١ - بالنسبة للقضاء العادي:

يطبق القضاء العادي أساساً قواعد القانون الخاص على المنازعات التي تعرض عليه.

وبخصوص التحكيم فإنه يطبق قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية في هذا الشأن.

وقد سنحت للقضاء العادي فرصة النظر في قضية طرفها شخص من أشخاص القانون العام، وكانت تتعلق بالتحكيم.

وقد أصدر هذا القضاء حكمه بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد، رغم وجود شخص عام كطرف في العقد.

وقد صدر هذا الحكم - بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - من

محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ في القضية رقم ٦٤ لسنة ١١٣ قضائية^(١).

وتتلخص واقعات هذه القضية في أن المجلس الأعلى للآثار، كان قد أبرم عقداً مع إحدى شركات المقاولات الإنجليزية للقيام ببعض الأعمال والإنشاءات، واتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء أي نزاع حول العقد، ولما حدث نزاع بينهما رفعت الشركة الأمر إلى هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد، وأصدرت هذه الهيئة حكماً لصالح الشركة، فطعن المجلس الأعلى للآثار في هذا الحكم بدعوى بطلان أقامها أمام المحكمة المختصة وهي محكمة استئناف القاهرة، وأسس المجلس دعواه على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين لعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

فأصدرت المحكمة حكمها الشهير الذي أثار جدلاً كبيراً برفض دعوى البطلان التي أقامها المجلس الأعلى للآثار، بل وقد وضعت مبدأ عاماً في ذلك، وهو صحة شرط التحكيم الذي تدرجه الدولة أو الأشخاص العامة سواء في عقودها المدنية أو الإدارية.

وقد أثار هذا الحكم جدلاً ونقاشاً كبيرين وردود أفعال حادة، نظراً لأن محكمة الاستئناف قد سارت في هذا الحكم في اتجاه معاكس لاتجاه القضاء الإداري الذي سبق وعرضناه، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، خاصة الفتوى الصادرة عنها في الشهر السابق مباشرة على صدور هذا الحكم، وهي الفتوى الصادرة في ٢٢ فبراير ١٩٩٧. والتي انتهت فيها الجمعية إلى بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية اتساقاً مع قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن.

وقد أسست محكمة استئناف القاهرة حكمها على الأسانيد التالية:

١. أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تقضى صراحة

(١) وكانت هيئة المحكمة مشكلة من المستشار د. برهان أمر الله رئيس المحكمة والمستشارين حسن سلامة وأحمد جمال الدين عضوين.

بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع، وإن 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، وإن ذلك يتفق مع حكمة التشريع، وهي مواكبة الجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين العرب والأجانب، عن طريق تنظيم قواعد التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضاها.

٢. إن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة تعترف ضمنا بشرط التحكيم والصالح في العقود الإدارية، وإنه 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، فضلا عن أن المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم قضت بإلغاء أي نص يخالف أحكامه.

٣. إن الوضع في التشريع المصري الذي يبيح التحكيم في العقود الإدارية يختلف عن الحال في دول أخرى، كفرنسا مثلا حيث يوجد نص تشريعي في قانونها المدني يحظر التحكيم الداخلي في بعض العقود الإدارية، بينما يقضى قانون فرنسي آخر صدر في ١٩ أغسطس ١٩٨٦ بإجازة التحكيم إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة الفرنسية بشركات أجنبية بشأن مشروعات قومية.

٤. إن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في أحد العقود الإدارية، فضلا عن انعدام سنده القانوني، يتنافى 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 أي قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية.

وأخيراً، إن 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 الأضرار بفرص الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية.

وقد أثار هذا الحكم منذ صدوره جدلاً كبيراً وخلافاً حاداً في الرأي وردود فعل متباينة بين مؤيد ومعارض له.

فكرد فعلى فوري وحاد أصدرت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة^(١) في الشهر التالي للشهر الذي صدر فيه هذا الحكم أي في شهر أبريل من عام ١٩٩٧، أصدرت فتوى أكدت بمقتضاها أن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن تنفيذ العقود الإدارية، وإنه لا يسوغ الاحتكام إلى محكمة غير مختصة بنظر المنازعات التي تنشأ في مجال العقود الإدارية، حيث إن هذا الاختصاص يعد اختصاصاً أصيلاً لمجلس الدولة دون غيره، وليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في شيء من هذه المنازعات.

كما أنه من المقرر قانوناً أن حجية الأمر المقضي لا تثبت إلا أن يكون لجهة القضاء الولاية في الحكم الذي تصدره، فإن انتفت ولايتها لم يحز حكمها تلك الحجية. وانتهت اللجنة إلى وجوب تبصير الجهات الإدارية بفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الذي صدر مؤخراً بعدم صحة اشتراط التحكيم في العقود الإدارية، وضرورة التنبيه بعدم إدراج شرط التحكيم الاختياري في العقود أو الالتجاء إلى جهات غير مختصة لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية.

(١) برئاسة المستشار مصطفى الشامي.

وعلى النقيض من ذلك فقد اتجهت بعض الآراء إلى تأييد حكم محكمة الاستئناف ومدحه لدرجة أن أحد المحامين الفرنسيين أستند إلى هذا الحكم في مقال له نشره في مجلة التحكيم في فرنسا، وطالب بضرورة تعديل التشريع الفرنسي ليصبح على غرار القانون المصري (بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي نص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية) الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم في هذه العقود سواء كان داخليا أو خارجياً^(١).

٢- بالنسبة لمجلس الدولة:

في مجلس الدولة المصري نجد هناك ظل لتأييد الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية في بعض الأحكام وبعض الفتاوى، رغم قلة، بل وندرة بل وحتى وحدانية الأحكام أو الفتاوى التي سارت في هذا الاتجاه.

** القضاء:

هناك حكم لمحكمة القضاء الإداري أقر بالتحكيم في العقود الإدارية.

وقد صدر هذا الحكم بتاريخ ١٨ مايو ١٩٨٦.

وتتلخص واقعات القضية التي صدر فيها هذا الحكم في إنه كان قد أبرم عقد امتياز هضبة المقطم بين إحدى الشركات (وكانت شركة أجنبية ثم آل الامتياز إلى شركة مصرية^(٢)) وبين وزارة الشؤون البلدية والقروية (والتي حلت محلها وزارة التعمير والإسكان).

وكان البند خامساً من هذا العقد ينص على أن "كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الأحكام التي تضمنها الاتفاق وشروط قبول التنازل، يُفصل فيه عن طريق التحكيم وتؤلف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء يختار كل من الطرفين عضواً عنه، ويتولى هذان العضوان اختيار العضو الثالث، وتكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون".

(١) انظر: Revue de l'Arbitrage, Décembre 1997

(٢) كان العقد الأصلي قد أبرم بين الشركة الأجنبية في ٩ نوفمبر ١٩٥٤ وفقاً للقانون رقم ٥٦٥ لسنة ١٩٥٤، ثم آل هنا الامتياز إلى الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات بمقتضى القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٥٥، فأبرم اتفاق آخر بين هذه الشركة والوزارة ممثلة للحكومة في ١٤ أبريل ١٩٥٥.

ثم ثار نزاع حول هذا العقد، فطلبت الشركة من الوزارة عرض موضوع النزاع على هيئة التحكيم وتعيين محكم ممثل للحكومة المصرية في هيئة التحكيم طبقاً للبند خامساً من العقد المبرم بينهما، وقامت الشركة بتعيين المحكم الذي يمثلها في هيئة التحكيم.

فالتزمت الوزارة الصمت حيال هذا الطلب، وبعد مرور الميعاد القانوني الذي كان يتعين على الوزارة الرد فيه على طلب الشركة. اعتبرت الشركة أن سكوت الإدارة هو قرار ضمني بالرفض، كما تقضى القواعد القانونية، فتقدمت بطلب إلى محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ القرار السلبي للوزارة بالامتناع عن إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم وعن تعيين محكم ممثل للحكومة المصرية في هيئة التحكيم.

فأصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها بتاريخ ١٨ مايو ١٩٨٦ بوقف تنفيذ القرار السلبي^(١).

ويعنى هذا الحكم أن محكمة القضاء الإداري قد اعترفت وأقرت بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد الإداري^(٢).

** الفتوى:

ذهبت بعض فتاوى مجلس الدولة إلى جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، حتى قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

من ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة في ١٧ مايو ١٩٨٩^(٣).

في هذه الفتوى استعرضت الجمعية العمومية النصوص التي تتعلق باختصاص

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٨٦/٥/١٨، دعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ قضائية.
(٢) وقد رأينا أن إدارة قضايا الدولة قد طعنت في هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، وأن هذه المحكمة قد قضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري وقررت عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠، وأن محكمة القضاء الإداري قد التزمت في قضائها اللاحق لهذا الحكم بالمبدأ الذي قرره المحكمة الإدارية العليا، مثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي دعوى رقم ٥٤٢٩ لسنة ٤٢ قضائية.
(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤.

مجلس الدولة سواء في الدستور (دستور ١٩٧١) وبالتحديد المادتين ١٦٧، ١٧٢^(١)، أو في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وبالتحديد المادتين ١٠، ٥٨ منه. والمادة العاشرة تنص في البند حادي عشر منها على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، والمادة ٥٨ في الفقرة الثالثة منها تنص على أنه: "ولا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

وبعد استعراض هذه المواد انتهت الجمعية العمومية إلى القول بأن الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ تقطع صراحة بجواز التجاء الإدارة إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها سواء كانت إدارية أو مدنية. لأنه لو كان التحكيم أمراً محظوراً على الإدارة ما كان المشرع ألزمها باستفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في الحالات التي حددتها الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ والتي من بينها التحكيم وتنفيذ قرار المحكمين.

بل وذهبت هذه الفتوى إلى أبعد من ذلك، وهو 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).

وقد أعقبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فتواها هذه بفتوى أخرى صادرة بتاريخ ٧ فبراير ١٩٩٣^(٣).

(١) وفقاً لنص المادة ١٦٧ من دستور ١٩٧١: "يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، وينظم تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم"، ونص المادة ١٧٢ منه: "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى". وفي دستور ٢٠١٤ وردت النصوص الخاصة بالسلطة القضائية في المواد من ١٨٤ إلى ١٩٠ وهذه المادة الأخيرة تخص مجلس الدولة،

GAZIER, Conclusions, sur l'arrêt du Conseil d'État du 13 Décembre 1957, dans l'affaire de la société nationale de vente des surplus.D.1958, p.517

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، صادرة بتاريخ ١٩٩٣/٦/٧، ملف رقم ٣٠٧/١/٥٤.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، صادرة بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧، ملف رقم ٣٠٧/١/٥٤.

والفتوى الثانية كانت تتعلق بعقد كان قد أبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكروفيلم، وتضمن بندا كان نصه كالتالي: "اتفق الطرفان على أن أي إخلال ينشأ أثناء تنفيذ هذا العقد - لا قدر الله - يبت فيه بالطرق الودية، فإن تعذر لجأ الطرفان إلى التحكيم".

وأكدت الجمعية في هذه الفتوى على فتواها السابقة والصادرة بتاريخ ١٧ مايو ١٩٨٩ والتي انتهت فيها بجواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، على أساس أن التحكيم هو اتفاق على عرض النزاع أمام مُحكّم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم.

ولكنها اشترطت في الفتوى الثانية لصحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، عدم استبعاد أعمال القواعد الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية عند نظر المنازعة المطروحة أمام التحكيم^(١).

(ب) إدارة الفتوى في الكويت:

١- إدارة الفتوى والتشريع:

باستطلاع آراء وفتاوى إدارة الفتوى والتشريع في الكويت نجد إنها تميل منذ بداية عهدنا إلى إجازة صحة شرط التحكيم العادي لنظر وفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية^(٢)، رغم صدور قرار مجلس الوزراء رقم ١١ الصادر عام ١٩٨٨ في اجتماعه رقم (٨٨/١٤) المعدّل بالقرار الصادر عام ١٩٩٠ رقم ٤٢٤ الصادر في اجتماعه رقم (٩٠/٢٠)، الذي حظر إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية على النحو السابق بيانه.

وقد استمر رأي الفتوى والتشريع بإجازة التحكيم في العقود الإدارية، بعد صدور

(١) وقد رأينا أن الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، قد عدلت عن رأيها بجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك في فتواها الصادرة في ٢٢ فبراير ١٩٩٧، التي قررت فيها عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، اتساقاً مع اتجاه القضاء الإداري في ذلك، وذلك قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

(٢) انظر على سبيل المثال: الفتوى الصادرة بتاريخ ١٩٦٥/١/٤ رقم ف ت/٤١٨، مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع خلال عشر سنوات من ١٥ سبتمبر ١٩٦٠ إلى ١٤ سبتمبر ١٩٧٠، ص ٤٨. والفتوى الصادرة بتاريخ ١٦ مارس ١٩٧٤، رقم ف ت/١٩٢٧/٢، مجموعة المبادئ التي قررتها خلال خمس سنوات من ١٥ سبتمبر ١٩٧٠ حتى ١٤ سبتمبر ١٩٧٥، المجموعة الثانية - ص ٧٢.

قانون المرافعات المدنية والتجارية بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، وقانون إنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، الذي نص على اختصاص هذه الدائرة وحدها بمنازعات العقود الإدارية، وبعد صدور قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، الذي نص في المادة ٢ منه على تختص هيئة التحكيم بـ: "٢- الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين الشركات التي تملك الدولة رأسمالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات. ٣- الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء، وتنتظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم".

ووفقا للفتوى الصادرة في ١٩٩٥/٧/٢٩^(١)، عن إدارة الفتوى والتشريع، فإنها لا ترى تعارضا بين ورود شرط التحكيم في عقد إداري وبين الاختصاص القضائي سواء المنصوص عليه في قانون الدائرة الإدارية أو قانون التحكيم القضائي: "٢- ذلك أن اختصاص محكمة دون غيرها بنوع معين من المنازعات لا علاقة له بجواز التحكيم من عدم جوازه، فالمشرع عندما يحدد الاختصاص فإن الأمر لا يعني سوى أن محكمة من محاكم الدولة أكثر ملاءمة من غيرها لحل النزاع، أما عندما يلجأ الخصوم إلى المحكمين فإنهم لا يفضلون محكمة من محاكم الدولة على غيرها ولكنهم يودون حل النزاع بعيدا عن هذه المحاكم، وبالتالي لا يُعد ذلك منهم استبعادا اتفاقيا للاختصاص". وخلص رأي الفتوى إلى انه يجوز في عقود الأشغال العامة المبرمة بين الإدارة والمقاولين أن يلجأ الطرفان إلى التحكيم الوارد في نصوص العقد وطبقا للقواعد والإجراءات المبينة بالشروط العامة لهذه العقود، لحل النزاعات والخلافات

(١) رقم ١٨٠٠-٩٥/١٥٠/٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ١٩٩٠ حتى ديسمبر ٢٠٠٢، الجزء الأول، يناير ٢٠٠٥، ص ٣٩٩.

المتصلة بتفسير العقد الموقع منهما أو التي تنشأ عن تنفيذه.

ثانياً: في نطاق الفقه:

باستثناء بعض الآراء التي سبق عرضها في المبحث الثاني من الفصل السابق، فإن الفقه في مجموعه سواء في مصر أو الكويت، يؤيد إمكان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للنظر والفصل في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية.

(أ) في مصر:

في مصر يتجه الرأي إلى تأييد إمكان لجوء الإدارة إلى التحكيم في عقودها الإدارية.

فالبعض عبر عن حيرته ودهشته من موقف الإدارة والمشرع في هذا الشأن. "حيرة تأتي من موقف الدولة والأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد - وكانت تستطيع أن ترفض ذلك، ويبقى للطرف الآخر في هذه الحالة إما قبول العقد دون شرط التحكيم أو عدم إبرام العقد - ثم بعد ذلك تنقض ما سبق ووافقت عليه، وبذلك ينطبق عليها القاعدة الأصولية التي تقول (من سعى إلى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه).

والدهشة من نقاعس المشرع عن التدخل واتخاذ موقف حاسم تجاه التحكيم في العقود الإدارية أيا كانت صورة هذا الموقف"^(١).

ففي الحالات التي عرضت على القضاء الإداري، كانت الإدارة قد قبلت بإرادتها شرط التحكيم في العقود الإدارية، وعند حدوث النزاع لجأت للقضاء والذي قضى باختصاصه بنظر النزاع^(٢).

والبعض حرص على الرد على الأسانيد التي استند إليها بعض المعارضين للتحكيم في العقود الإدارية، خاصة بعض نصوص الدستور وقانون مجلس الدولة.

(١) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٥٧ و٥٨، وهذا الرأي يتكلم عن المرفق قبل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، والذي نص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية كما سنرى.

(٢) د. جابر جاد نصار، ذات المرجع السابق، ص ٥٧ هامش (٢).

وتتمثل أهم ردود هذا البعض في النقاط التالية^(١):

١- أن المشرع لم يقصد سواء في النص في الدستور على استقلال مجلس الدولة وباختصاصه بالفصل في المنازعات الإدارية، أو في المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص في البند الحادي عشر منها على اختصاص المجلس بالفصل في منازعات العقود الإدارية، لم يقصد استبعاد التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وإنما قصد مجرد استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي بالفصل في تلك المنازعات.

والعبارة التي استهل بها المشرع نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة، وهي عبارة "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية (ومن بينها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية) هذه العبارة تعني أن الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إنما ينعقد لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها من المحاكم العادية.

ومما يؤكد ذلك أن قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ نص في المادة ١/١٥ منه على أنه: "قيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما أسنتنى بنص خاص".

وواضح أن المادة ١/١٥ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ هما وجهان لعملة واحدة، ومن ثم يجب أن تفسر كل منهما في ضوء الأخرى، خاصة أن القانونين المذكورين صادران في تاريخ واحد (أول أكتوبر ١٩٧٢) ومنشوران في الجريدة الرسمية في العدد ذاته (العدد ٤٠ الصادر في ٥ أكتوبر ١٩٧٢)، مما يؤكد أن هاتين المادتين ترسمان معا حدود الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي، دون أن تتعرضا من قريب أو بعيد

(١) انظر: د. حبيب سليمان، تعقيب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية جائز، منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٧/٦/١٤، صفحة ٩، باب "مع القانون".

لحظر التحكيم سواء في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي تختص بها محاكم مجلس الدولة بالفصل فيها، أو في غيرها من المنازعات التي تدخل في اختصاص المحاكم العادية.

٢- إن التحكيم باعتباره وسيلة أقرها المشرع وأجاز لطرفي العقد استثناء الاتفاق عليها للفصل فيما يثور بينهما من منازعات هو في الواقع - وبتعبير محكمة النقض في العديد من أحكامها - "سلب لهذا الاختصاص القضائي" المعهود سواء لمحاكم مجلس الدولة أو لمحاكم القضاء العادي. وهو بتعبير المحكمة الدستورية العليا بمثابة عزل المحاكم جميعاً من نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناء من خضوعها أصلاً لها (حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥١٥ بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢ تاريخ ١٢ يناير ١٩٩٥).

وتأسيساً على ذلك فإنه يترتب على وجود شرط تحكيم في أي عقد من العقود سواء كان مدنياً أو إدارياً استبعاد الاختصاص القضائي للمحاكم بجميع أنواعها (محاكم القضاء العادي إذا كان العقد مدنياً ومحاكم مجلس الدولة إذا كان العقد إدارياً).

٣- أجاز المشرع صراحة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية منذ صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وهو ما يستفاد من المادة الأولى منه ومن مذكرته الإيضاحية، كما أكدته عبارات قاطعة تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية والاقتصادية عن مشروع القانون المذكور.

ويضيف البعض الآخر ردود وحجج أخرى، نذكر من أهمها^(١):

٤- أثبتت التجارب العملية نجاح دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومساهمته في تقليل المنازعات التي عرضت على المحاكم، وذلك في أثناء فترة تطبيق القانون رقم ١٢٥ الصادر في ٢٨ سبتمبر ١٩١٢ في فرنسا، والذي كان يجيز التحكيم في العقود الإدارية.

(١) أحمد صالح مخلوف، التحكيم جائز في منازعات العقود الإدارية، مقال منشور بجريدة الأهرام، في ١٩٩٧/٦/٢١ بـ "مع القانون".

٥- أن هناك جانباً من العقود الإدارية يتسم بالطابع الدولي، وهي التي تكون مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، وتلك العقود تتضمن مصالح عديدة للإدارة، ويتحتم فيها شرط التحكيم إذ يتمسك به المتعاقد الأجنبي، حتى لا تكون الإدارة خصماً وحكماً في آن واحد *Partie et juge à la fois*، ولا ينبغي التضحية بمصالح الإدارة في هذه الحالة لمجرد رفض شرط التحكيم.

٦- إن اصطلاح العقود الإدارية الذي تعرفه مصر نقلاً عن فرنسا لا يوجد في كثير من دول العالم، فالتشريعات الأنجلو سكسونية تعامل فيها العقود الإدارية والعقود المدنية على قدم المساواة، وكلاهما يخضع للأحكام ذاتها من الخضوع للتحكيم. "التحكيم هو أسلوب لفض المنازعات يقوم أساساً على إرادة الأطراف، ولا يمكن أن يفرض على الإدارة جبراً عنها، وإنما تلجأ إليه الأخير بمحض إرادتها، وهي إن فعلت ذلك تكون قد مارست حريتها التعاقدية، ومن ثم يتمتع عليها أن تتذرع فيما بعد بحصانتها القضائية أو تتمسك بأي حجة أخرى".

وبعد فيجب النظر إلى التحكيم باعتباره أسلوباً يساعد القضاء في مهمة تحقيق العدالة، وليس باعتباره نظاماً عدائياً له، ففي الأصل كان التحكيم، وشريعتنا الغراء قد دعت إلى الأخذ به فضلاً عن ارتباط مصر بمعاهدات دولية في مجال تنفيذ أحكام التحكيم^(١).

(ب) في الكويت:

بالنسبة للبعض فإن التحكيم - وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي - يشمل منازعات العقود الإدارية، لأن المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية لم يتضمن نصاً صريحاً يمنع من ذلك^(٢).

ثالثاً: في نطاق التشريع:

أجازت النصوص اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، ولكننا نستطيع

(١) أحمد صالح مخلوف، ذات المقال سابقة الإشارة إليه.
(٢) د/سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٧، ص ١٥٢.

أن نقرر وجود اختلاف في طريقة معالجة المشرع لهذا الموضوع في كل من مصر والكويت.

فبينما تطور التشريع في مصر من الصمت المطلق في موضوع التحكم في العقود الإدارية إلى السماح الكامل باللجوء إلى التحكم في مجال هذه العقود، مع بعض الضوابط البسيطة.

نجد أن التشريع في الكويت قد تطور من الحظر المطلق للجوء إلى التحكم في العقود الإدارية إلى الحظر النسبي، أي مع السماح باستثناءات خاصة تتقرر بنصوص صريحة وفي الحدود وبالشروط التي تضعها هذه النصوص فقط.

فبينما مازال المبدأ الأساسي أو القاعدة العامة المعمول بها في الكويت فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكم فيها إلا بنص صريح وفي حدود ما يقرره هذا النص فقط، نجد أنه في مصر أصبح المبدأ أو القاعدة العامة هو جواز اللجوء إلى التحكم في مجال العقود الإدارية. ونعرض فيما يلي موقف المشرع في كل من مصر والكويت.

أ) التشريع في مصر:

التشريع المتعلق بالتحكيم في مصر تناوله المشرع على مرحلتين:

- ١- تنظيم جزئي ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية في الباب الثالث من الكتاب الثالث منه، في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣.
- ٢- تنظيم كلي بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وبهذا التنظيم ألغيت المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وأصبح بذلك هو القانون العام للتحكيم في مصر.

وبعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ثار التساؤل حول ما إذا

كان هذا القانون يسمح باللجوء إلى التحكم في العقود الإدارية أم لا.

واختلف الرأي حول الإجابة عن هذا التساؤل.

فهناك رأى ذهب إلى أن هذا القانون لا ينطبق على العقود الإدارية.
وذهب رأى آخر على النقيض من ذلك أن هذا القانون ينطبق على العقود
الإدارية.

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام
الاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا
القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص
أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم
يجرى في مصر، أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجرى في الخارج واتفق أطرافه
على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

وقد استند البعض^(١) - كما سبق وعرضنا - إلى هذه المادة للقول بأن
المشرع قد أجاز صراحة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.
وفى رأينا أن هذا الرأي تعوزه الدقة، لأن نص هذه المادة لا تجيز صراحة
اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كما ذهب هذا الرأي، وإنما تنص فقط على
سريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو
القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.
فالمادة لا تتعرض لمسألة جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود
الإدارية، وإنما تقضى بسريان أحكام هذا القانون على التحكيم في حالة سبق
الاتفاق عليه وفى حالة اللجوء إليه.

وبعد صدور حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ -
والذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية - أثار هذا الحكم جدلاً كثيراً
كما رأينا وردود أفعال كبيرة، خاصة رفض مجلس الدولة متمثلاً في قضائه أو في
إفتائه لمثل هذا الحكم، مما دفع الحكومة إلى تقديم مشروع قانون لتعديل قانون

(١) من ذلك حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧، سبق الإشارة إليه، د. حبيب سليمان، المقال المنشور في
جريدة الأهرام في ١٤ يونيو ١٩٩٧.

التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ للنص صراحة على التحكيم في مجال العقود الإدارية، حسما للخلاف ووضع حد للجدل الذي ثار بهذا الخصوص. وبالفعل تقدمت الحكومة بمشروع قانون في هذا الموضوع عارضه البعض، ولكن وافق عليه مجلس الشعب وصدر به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتاريخ ١٣ مايو ١٩٩٧^(١)، الذي أضاف فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وقد نص قانون إصدار التعديل رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ في مادته الأولى على أن "تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها كالتالي: "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".

ويرى البعض أنه بهذا النص قد حسم المشرع الأمر بشكل قطعي فسمح باللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، ولكنه اشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الاتفاق على التحكيم ولم يجز التفويض في ذلك.

ورغم هذا فقد ذهب البعض أن هذا (التعديل بالإضافة) قد يفتح الباب أمام إمكانية الطعن عليه بعدم الدستورية، وذلك لمخالفته للدستور التي تنص على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية، والتي من بينها بالطبع منازعات العقود الإدارية^(٢).

(١) منشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٠ تابع بتاريخ ١٥ مايو ١٩٩٧.
(٢) انظر: د. بيومي محمد بيومي، جريدة الأهرام ١٩٩٧/٦/٧، ص ٢٩.
وجدير بالذكر هنا أن المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت في ٦ نوفمبر ١٩٩٩ أول حكم بعدم دستورية نص من نصوص قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وهو نص المادة ١٩ (١) منه والذي كان يمنح الاختصاص بنظر طلب رد المحكمة إلى هيئة التحكيم ذاتها التي يكون المحكم عضوا فيها، وذلك لعدم جواز أن يكون القاضي أو المحكم خصما وحكما في ذات الوقت وعلى إثر هذا الحكم قام مجلس الشعب بنظر تعديل هذا النص، بحيث يحال الطلب إلى محكمة الاستئناف المختصة إذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال ١٥ يوم من تقديم طلب الرد (انظر جريدة أخبار اليوم ٤ ديسمبر ١٩٩٩ ص٧).

ويرفض البعض وجهة النظر هذه بالقول بأن التنويه بالطعن بعدم دستورية هذه الفقرة بدعوى مخالفتها للدستور هو طعن في غير محله، إذ لا يتعارض بين ما قررته هذه المادة من الدستور باعتبار أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة وبين اللجوء إلى التحكيم، وذلك لأن الاستقلال المقصود للمجلس هو تجاه غيره من الهيئات القضائية الأخرى، أما التحكيم فهو أسلوب لفض المنازعات يقوم أساسات على إرادة الطرفين، ولا يمكن أن يفرض على الإدارة جبراً عنها، وإنما تلجأ إليه الأخيرة بمحض إرادتها، وهي إن فعلت ذلك تكون قد مارست حريتها التعاقدية، ومن ثم يمتنع عليها أن تتذرع فيما بعد بحصانتها القضائية أو أن تتمسك بأي حجة أخرى^(١).

وأياً ما كان الجدل والخلاف فإن المشرع المصري قد أقر قاعدة إمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، فأصبحت قاعدة عامة يجوز اللجوء إليها في جميع العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه. ولا يستثنى من هذه القاعدة العامة إلا إذا لم يوافق الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على قبول شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم في عقد إداري معين. إذن فليست هناك عقبة تشريعية أمام اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في مصر.

وقد تأكد اتجاه التشريع في مصر إلى إمكان اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وذلك في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات والذي ألغى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، فقد نص هذا القانون في الباب الرابع منه في المادة ٤٢ على أنه "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

وبهذا النص يرد المشرع على حجة البعض بعدم تطبيق قانون التحكيم رقم ٢٧

(١) أحمد صالح مخلوف، سابق الإشارة إليه، د. حبيب سليمان، سابق الإشارة إليه.

لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، على أساس أن هذه القوانين وردت أساساً لتنظيم التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فلا تصلح للتطبيق على العقود الإدارية.

وكان التطور التشريعي قد أدى في مصر إلى تقرير القاعدة العامة بقبول الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، والتأكيد عليها في كل النصوص التي وردت بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على خلاف التشريع في فرنسا الذي مازال يأخذ بالقاعدة العامة وهي الحظر إلا في حالات استثنائية معينة كما سبق وأن رأينا.

ب) التشريع في الكويت:

مر التشريع في الكويت بتطور هام، وقد تمثل هذا التطور في عدة مراحل. ورغم هذا التطور وهذه المراحل فإننا نستطيع أن نقرر أن المبدأ المعمول به والقاعدة الأصلية العامة، هي عدم جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية للقانون العام إلى التحكيم إلا بنص صريح.

ورد النص على التحكيم في دولة الكويت في عدة نصوص وتشريعات سواء القديمة منها أو الحديثة، من ذلك مثلاً:

- لعل باكورة هذه النصوص نظام التجارة الداخلي الصادر سنة ١٩٣٨^(١).
- ثم ورد النص على التحكيم القضائي في المادة ٣٩ من المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.
- ووفقاً للمادة الخامسة من المرسوم الأميري بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٥، لا يجوز لأي دائرة أو مصلحة أو هيئة حكومية أخرى أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم في موضوع تزيد قيمته على

(١) انظر د/ يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصادرة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر/١٩٨٠.

(٧٥٠٠٠ د.ك) خمس وسبعون ألف ديناراً كويتياً بغير استثناء هذه الإدارة.

■ ثم جاء قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ انفصت المادة ١٧٣ منه على انه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين".

وفي ظل هذه النصوص أبرمت الحكومة الكويتية عدة عقود إدارية في صورة عقود امتياز مع بعض الشركات المتخصصة للتنقيب عن النفط وتكريره وإنتاج مشتقاته، وتضمنت هذه العقود النص على شرط التحكيم لحل الخلافات والنزاعات بين أطرافها سواء بشأن تفسير أي بند من بنودها أو بشأن تنفيذها^(١).

وصدرت عدة تشريعات - خاصة في نطاق التشريعات الاقتصادية - تحيز للجوء على التحكيم ففض بعض منازعات العقود الإدارية. من هذه التشريعات على سبيل المثال:

■ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ بشأن المناطق الحرة الذي نص صراحة في المادة ١٤ منه على ان: "يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها وبين الجهة التي تتولى إدارة تلك المناطق أو غيرها من السلطات والأجهزة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بطريق التحكيم"

■ وقد بين هذا التشريع كيفية تشكيل هيئة التحكيم، ونص على إنها تضع قواعد الإجراءات الخاصة بها دون التقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية إلا ما يتعلق بالضمانات والمبادئ الأساسية للنقاضي، وكيفية إصدار قراراتها وتكون قراراتها ملزمة شأنها شأن الأحكام النهائية.

■ القانون الصادر عام ٢٠١٣ بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت

(١) راجع د/ يوسف يعقوب صرخوه، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٢٩.

الذي نص في المادة ٢٦ منه على المبدأ العام وهو اختصاص المحاكم الكويتية وحدها بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أيا كان، ثم نص بعد ذلك على جواز الاتفاق على اللجوء في هذا النزاع على التحكيم.

■ ذات الأمر القانون الصادر عام ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث نصت المادة ٢٩ منه على اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات التي تنشأ العقود المبرمة وفقاً لأحكام هذا القانون، مع جواز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بين أطراف العقد بشرط موافقة اللجنة العليا^(١).

(١) وهناك تشريعات أخرى صدرت بشأن الموافقة على اتفاقيات تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، انظر في ذلك، د/ عبد الله حباب الرشدي، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، مؤسسة دار الكتب - الكويت - الشرق، ص ٥١٥ حاشية رقم (١).

خلاصة البحث

ففي القديم كان المبدأ السائد هو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعاتها مع الغير .

وكان أهم الأسانيد أو المبررات لهذا الحظر هو أنه لا يجوز أن تمثل الدولة أو أشخاص القانون العام إلا أمام القضاء الذي تنشئه وفقاً لقوانينها، ولا يجوز أن يُحكم على الدولة إلا بواسطة القاضي الرسمي.

وعرف هذا المبدأ شيئاً من التطور الذي اختلفت درجته ومداه في التشريع عن القضاء عن الفقه، سواء في مصر أو الكويت.

ففي مصر، نستطيع أن نقرر أن التطور كان ملحوظاً في هذا الشأن في القضاء والتشريع، أما في الفقه فلم تتح الفرصة لكبار فقهاء القانون العام في مصر للتعبير عن رأيهم في هذا الموضوع رغم أهمية موضوع التحكيم، والمساحة الكبيرة التي يحتلها سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي، ورغم كثرة المنازعات التي تحال إلى التحكيم في الوقت الحالي.

أما القضاء فنستطيع أن نميز بين موقف القضاء الإداري متمثلاً في مجلس الدولة، والقضاء العادي متمثلاً في حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في ١٩ مارس ١٩٩٧.

فبالنسبة للقضاء الإداري، ففي القضايا التي عرضت عليه وكانت تتمثل في طعون بالبطلان من جانب الإدارة في شروط تحكيم كانت وافقت عليه في عقود إدارية أبرمتها مع الغير، في هذه القضايا كان القضاء الإداري يقبل الطعن ويحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في هذه العقود مطبقاً للمبدأ السائد وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولم يخرج عن هذا التوجه للقضاء الإداري إلا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٨ مايو ١٩٨٦ والذي كان لصالح شرط التحكيم، وقد ألغت المحكمة الإدارية العليا هذا الحكم بحكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠، وأكدت على مبدأ عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وعادت

محكمة القضاء الإداري وسارت على ذات الدرب فيما بعد، ومثال ذلك حكمها في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي الصادر في ٣٠ يناير ١٩٩١.

وبالنسبة للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فأيضاً قد مر موقفها بتطور، فبعد أن أصدرت فتوى بتاريخ ١٧ مايو ١٩٨٩ أجازت فيها اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، عادت واشترطت عدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على منازعات العقود الإدارية عند نظر منازعة التحكيم، وذلك في فتواها الصادرة في ٧ فبراير ١٩٩٣.

ثم عدلت عن رأيها وقررت عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، وذلك في فتواها الصادرة بتاريخ ٢٢ فبراير ١٩٩٧، وسارت إدارات الفتوى على هذا المبدأ وتم التنبيه على الإدارات المختلفة بعدم إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية أو الالتجاء إلى جهات غير مختصة لفض المنازعات التي تنشأ عنها.

كل ذلك اتساقاً مع اتجاه القضاء الإداري في هذا الشأن.

أما بالنسبة للقضاء العادي، فقد عبّرت عنه محكمة استئناف القاهرة في حكمها الشهير الصادر في ١٩ مارس ١٩٩٧ والذي قضت بمقتضاه بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وبصحة شرط التحكيم الذي يرد فيها. وهو الحكم الذي أثار جدلاً وغطاً كبيرين، وردود أفعال شديدة وعكسية خاصة من قبل مجلس الدولة وإدارات الفتوى فيه.

وبالنسبة للتشريع، فقد كان المشرع ينظم التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣. وكان الرأي مستقراً على أن هذه النصوص تسري على العقود المدنية والتجارية ولا تسري على العقود الإدارية.

ثم صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي ألغى نصوص قانون المرافعات السابقة المتعلقة بالتحكيم ووضع تنظيمياً عاماً للتحكيم.

وفى ظل هذا القانون ثار الخلاف أيضاً حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية وفقاً لأحكام هذا القانون.

فذهب رأى إلى جواز ذلك، وذهب رأى على النقيض من ذلك بعدم جواز ذلك على أساس أن هذه النصوص قاصرة على التحكيم في العقود المدنية والتجارية ولا تسري على العقود الإدارية.

ثم أدخل تعديل على هذا القانون بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، الذي أضاف فقرة ثانية لنص المادة الأولى منه خاصة بمنازعات العقود الإدارية، والتي اشترطت أن يكون الاتفاق على التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولم يجز التفويض في ذلك.

وحتى نشر هذا البحث لم يرد لعلنا تعرض القضاء الإداري في مصر لهذه المسألة حتى نعرف ما إذا كان قد عدل عن قضائه السابق الراض للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية تطبيقاً لأحكام القانون الجديد، أم أنه مازال على موقفه السابق وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود.

وفى اعتقادنا أن قضاء مجلس الدولة المصري سوف يظهر - كعادته دائماً - قدر كبير من المرونة في هذا الشأن، حتى لا يعيق حركة الاستثمار الكبيرة التي تشهدها مصر في هذه الحقبة الهامة من تاريخها، وحاجتها إلى التعاقد مع شركات ومستثمرين أجانب وعرب ومصريين أيضاً، والذين يفضلون اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ من منازعات حول تفسير أو تنفيذ العقود التي تربطهم بالإدارة العامة في مصر والتي يمثلها أشخاص القانون العام^(١).

أما في الكويت فبالنسبة للتشريع كان المبدأ هو عدم جواز لجوء الجهات

(١) وكما يقول إيف جودمييه: إن التطوير يبقى ممكناً ومأمولاً حالياً ويتوقف فقط على إرادة القاضي الإداري، راجع: aujourd'hui et relève de la - Yves GAUDEMET, l'évolution "reste possible-et souhaitable seul volonté du juge administratif." Revue de l'Arbitrage 1992, p. 255. Voir également" Gérard TEBOUL, p.26. Les perspectives d'évolution.

العامّة إلى التحكيم إلا بنص خاص ووفق ضوابط معينة.
ثم صدر العديد من النصوص الخاصة التي تسمح لبعض الجهات العامّة،
وفى بعض العقود باللجوء إلى التحكيم.
وبالنسبة للفقّه فإن البعض يؤيد لجوء الجهات العامّة إلى التحكيم في عقودها
الإدارية.

وليس من المعقول أن نستصدر قانوناً لكل حالة للإذن للإدارة بالاتفاق على
التحكيم فيها.

ونستطيع أن نلخص الموقف في الكويت بالقول:

أولاً: إن المبدأ المعمول به هو: عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى
التحكيم في العقود الإدارية، سواء المحلية أو الدولية، وسواء كان التحكيم عادياً
أو قضائياً، وسواء كان التحكيم داخلياً أو خارجياً.

ثانياً: إن الاستثناء على حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية تحكمه عدة
قواعد وضوابط وقبود، تختلف حسب ما إذا كان العقد ذا طابع محلي أو دولي،
كما سبق الشرح التفصيلي.

فالتحكيم في التعاقدات الإدارية في الكويت يمثل استثناءً على المبدأ العام
وهو الحظر.

بالإضافة إلى أن التحكيم يقلل من كم الدعاوى والمنازعات التي ترفع إلى
القضاء الرسمي للدولة، وهو الأمر الذي يساعد هذا القضاء على سرعة الفصل
في القضايا المعروضة عليه، مما يحقق العدالة الناجزة.

والتوجه الغالب - سواء على مستوى التشريع أو الفقه في مصر والكويت
- هو تشجيع اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود
الإدارية، لما لذلك من فوائد كثيرة سبق شرحها.

وفي ختام هذه الدراسة البحث نشير إلى ما يلي:

أ) إن الخلاف الذي ثار يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية، ولا يتعلق بغيره من

الطرق الأخرى البديلة للقضاء لفض المنازعات، مثل اتفاقات التسوية والصلح^(١) والوساطة والتفاوض ومنح التسهيلات واللجوء إلى الخبرة الخاصة. فليس هناك ما يحول دون لجوء الإدارة إلى أي من هذه الطرق.

ب) إن الخلاف يتعلق باللجوء الاختياري إلى التحكيم ولا يتعلق بالتحكيم الإلزامي أو الإلزامي، فإذا فرض نص قانوني على الإدارة اللجوء إلى التحكيم، فلا يكون أمامها إلا الإذعان لذلك، ويكون تصرفها في هذه الحالة صحيحا ومطابقا لحكم القانون.

من ذلك مثلا في حالة الخلاف بين جهتين من الجهات الحكومية أو العامة في الكويت، فوفقا للمرسوم الأميري رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ بقانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع، يتعين في هذه الحالة الاحتكام إلى إدارة الفتوى والتشريع ويكون رأيها ملزما للطرفين^(٢).

ج) إن مشكلة لجوء الإدارات العامة إلى التحكيم تتعلق فقط بالعقود الإدارية، وليس بعقود القانون الخاص - سواء العقود المدنية أو التجارية - التي تبرمها، فعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارات العامة وتتعلق بالأموال الخاصة أو الدومين الخاص Le Domaine privé المملوك للإدارة، لا تنثر مشكلة بصدها،

(١) فاللجوء إلى الصلح جائز في مجال العقود الإدارية، خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق أو التزامات مالية. وفي ذلك مثلا تقول المحكمة الإدارية العليا إنه: "لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانه ما أثير من أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن ذلك الاتفاقات الحاصلة على كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية، ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت مصبوبة بصفة نهائية وليست محلا للنزاع، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقا لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة، أما إذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى، فلا تثريب عليها إذا لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح". حكمها بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٨٦، في الطعن رقم ٨٠٢ لسنة قضائية، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، قاعدة رقم ٥٥٧، ص ٨٧.

(١٥٢) وكمثال ذلك في فرنسا انظر Philippe COUZINET, Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire: La conciliation sportive précontentieuse, Revue française de Droit administratif, 13e année, 1997, Mars-Avril, p.365-373.

Françoise DUCAROUGE, Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: Transaction, médiation, conciliation et arbitrage en Droit public français, Revue française de Droit administratif, (RFDA), 12 Année 1996, No 1, Janv.-Févr. p.89

لأنه ينطبق عليها ذات القواعد التي تطبق على عقود الأفراد العاديين أي قواعد القانون الخاص سواء المدني أو التجاري، مع مراعاة انه حتى بالنسبة لعقود الإدارة الخاصة هناك بعض القواعد ذات الطبيعة المختلفة عن تلك التي تطبق على عقود القانون الخاص المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وذلك نظرا لكون الإدارة طرفاً فيها.

رابعاً: إن التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يمنح المحكم سلطات مطلقة في النزاع، فهناك قواعد وحدود بل وقيود على هذه السلطات المحكم، ولعل أبرز أمثلتها أن المحكم لا يختص بالبت في مسألة مشروعية أي قرار إداري له علاقة بالعقد موضوع النزاع، فلا تحكيم في المشروعية.

Le contentieux de la légalité échappe totalement à l'arbitrage.

فهذه تدخل في صميم الاختصاص الحصري للقاضي الإداري، وعلى من يثيرها اللجوء إلى هذا القاضي للفصل فيها وحسمها، وليس إلى التحكيم.

ونحن نرى إنه في حالة ما إذا كان الفصل في النزاع المعروض على التحكيم، يتوقف على حسم مسألة مشروعية قرار إداري، فإن ذلك يعتبر مسألة أولية يجب معها وقف نظر التحكيم، ولجوء صاحب الطعن في مشروعية هذا القرار إلى القاضي الإداري للبت فيها، ثم العودة إلى التحكيم لاستئناف إجراءات نظر نزاع التحكيم والفصل فيه في ضوء حكم القاضي الإداري الصادر في مسألة مشروعية القرار.

وخلاصة دراستنا، أننا لا نرى أي مانع دستوري أو قانوني يحول دون لجوء الإدارة إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

ولا يعد ذلك تعدٍ على اختصاصات جهات القضاء بالدولة، لاسيما جهة القضاء الإداري، فالتحكيم في منازعات العقود الإدارية له قواعد بل وقيود خاصة به:

- سواء من حيث لجوء الإدارة إليه، مثل ما فعله القانون المصري^(١)، حيث اشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الاتفاق على التحكيم في مثل هذه العقود، ولم يجز تفويض سلطته في ذلك.

ومثل ما فعله قرار مجلس الوزراء بالكويت - سابق الإشارة إليه - الذي لم يجز النص على اللجوء إلى التحكيم العادي - الدولي أو المحلي - في العقود التي تبرمها الجهات الحكومية والمؤسسات العامة والشركات المملوكة للدولة مع المقاولين الأجانب للقيام بأعمال المشاريع المحلية، وأجاز فقط اللجوء إلى مشاركة التحكيم في حالة الضرورة القصوى التي تنشأ عن طبيعة العقد وظروفه، والتي تفرض شرط التحكيم الدولي على الجهات الحكومية، وبعد تقديم مذكرة من الجهة الحكومية في ذلك، مشفوعة برأي إدارة الفتوى والتشريع، للعرض على مجلس الوزراء، ليقرر ما يراه في هذا الشأن^(٢). وبالنسبة للجوء إلى التحكيم القضائي فوفقاً لأحكام قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، والقانون رقم ١٠٢ لسنة ٢٠١٣ المعدل لنص المادة الثانية وغيرها من تشريعات تشجيع الاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص، يجوز التحكيم في العقود الداخلية، بشرط موافقة الوزير المعني في حالة وجود نص يسمح له بذلك،

- سواء فيما يتعلق بمدى سلطات المحكم، حيث لا يملك - على سبيل المثال - بحث مسألة مشروعية القرارات التي تصدرها الإدارة بشأن هذه العقود.

- سواء في إعطاء القوة التنفيذية *La force exécutoire* أو حجية الشيء المقضي به *l'autorité de la chose jugée* بناء على أمر تنفيذ *exéquatur* من القاضي المختص.

فالتحكيم لا يخلو من المزايا، وقد اعترف بذلك مجلس الدولة الفرنسي الذي

(١) في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، الذي أضاف الفقرة الثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
(٢) قرار مجلس الوزراء بدولة الكويت، رقم ١١ الصادر في الاجتماع رقم (٨٨/١٤) عام ١٩٨٨، والمعدل بالقرار رقم ٤٢٤ الصادر بالاجتماع رقم (٩٠/٢٠) الصادر عام ١٩٩٠.

يعتبر أبرز الراضين للتحكيم في العقود الإدارية- حيث أقر بأن التحكيم قد يشكل طريق أكثر مرونة من اللجوء إلى القاضي الإداري.

“L'arbitrage peut constituer une alternative plus souple à la saisine du juge administratif⁽¹⁾”.

كما يعترف بقوة قرار التحكيم وبالصفة القضائية له⁽²⁾.

فالتحكيم هو - كما يؤكد قانون ٢٦ و٢٤ أغسطس ١٧٩٠ - في فرنسا - المتعلق بالتنظيم القضائي في المادة الأولى من القسم الأول منه - الوسيلة الأكثر تعقلاً لإنهاء المنازعات.

C'est “Le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations ..”. Article 1 Titre I de la Loi des 24 et 26 Août 1790, sur l'organisation judiciaire.

فلا نرى سبباً قوياً يمنع من التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية، بل إن فوائد اللجوء أكثر من مثالبه، خاصة مع اتجاه الدول - لاسيما العربية - إلى تشجيع الاستثمار بها⁽³⁾.

والتوجه العام في غالبية الأنظمة نحو تبني وسائل أخرى - أبرزها التحكيم - لفض وتسوية المنازعات، كطرق بديلة للجوء إلى القضاء الرسمي للدولة⁽⁴⁾، وذلك في فروع القانون المختلفة⁽⁵⁾.

Etudes sur la prévention du Contentieux, 1986, Etudes et Documentations de Conseil d'Etat No 39, p.54. (1) انظر:

CE.21 Avril 1943, Sté des Ateliers de Construction du Nord de La France, Rev. p.107. CE.4 Janvier 1957, Lamborot, précité.

(3) راجع الملحق السنوي بالأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، المنعقد بالمملكة المغربية، في الفترة من ٢٦-٢٨ يناير ٢٠١٨، تحت عنوان “التحكيم في العقود الإدارية والاستثمار”.

(4) انظر (B.OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, In Etudes offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC,1991,p.415. P.J.CARRIER, New Policy Regarding Arbitration of Gouvernement Procurement Disputes in the United States, Procurement law Review 1996, CS. p. 74.

(5) انظر (Bernard PACTEAU, Arbitrage, Arbitrages spéciaux, Arbitrages administratifs, Revue de l'Arbitrage,5.1990, Fascicule 1048, p.I. Gérard TEBoul, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif, Droit et pratique du Commerce international, l'Etat commerçant II,1996, Vol.22, No 2, p. 200

Gérard TEBoul, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.26.- J.CLERE, l'arbitrage révolutionnaire, apogée et déclin d'une institution, Revue de l'Arbitrage, 1981, p.3 et s.

مراجع البحث

أولاً: المراجع العربية:

أ) المراجع العامة والخاصة:

- د. إبراهيم محمد علي و د. جمال عثمان جبريل، العقود الإدارية ١٩٩٦/٩٥. بدون ناشر.
- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة ١٩٨٣.
- د. أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية فيالدول العربية (نماذج عقود القيدك)، ٢٠٠٥، بدون ناشر.
- د. جابر جاد نصار التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- د. خالد فلاح العنزلي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، الجزء الثاني، تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨.
- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة ١٩٨٤.
- د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٧، ص ١٥٢.
- د. صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧.
- د. عبدالله حباب الرشيد، العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، الطبعة الأولى ٢٠١٧، مؤسسة دار الكتب - الكويت - الشرق.
- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، ١٩٩٧.

- د. يوسف يعقوب صرخوه، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٢٩.

ب) المجلات العلمية:

- د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، عدد سبتمبر/ديسمبر ١٩٧٨.

- د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٩٠/٢/٣٠، مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١ العدد ٢٢، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٠٩-٣٤٥.

- د. يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصادرة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر/١٩٨٠.

- د/ عثمان عبد الملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٦ ص ٢٧.

- د/ عزيزة الشريف، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، ١٩ العدد الثاني.

ج) المقالات:

- د. البيومي محمد بيومي، مدى جواز شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، منشور بجريدة الأهرام، ٧ يونيو ١٩٩٧، ص ٢٩.

- د. حبيب سليمان، تعقيب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية جائز، منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٤/٦/١٩٩٧، صفحة ٩، باب "مع القانون".

- جريدة الأهرام القاهرية، بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٩٩، ص ٢٩.

د) الدوريات ومجموعات المبادئ والأحكام والفتاوى:

- أحكام المحكمة الدستورية العليا.
 - المختار في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاما، إصدار المكتب الفني، مجلس الدولة، بمناسبة العيد الذهبي للمجلس ١٩٤٧-١٩٩٧، ص ٧٨٩.
 - الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، قاعدة رقم ٥٥٧، ص ٨٧٠.
 - مجموعات المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة بمصر.
 - مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي السابع، دور الانعقاد العادي، الجلسة الستين المنعقدة يوم ٢٣ أبريل ١٩٩٧، ملحق رقم ٢، ص ٨٢ وما بعدها.
 - (هـ) الملتقى السنوي بالأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، المنعقد بالملكة المغربية، في الفترة من ٢٦-٢٨ يناير ٢٠١٨، تحت عنوان " التحكيم في العقود الإدارية والاستثمار.
 - الجريدة الرسمية بمصر.
- ثانيا: المراجع الأجنبية:

A) Ouvrages généraux, spéciaux et Articles:

- A.DE LAUBADERE, F.MODERNE, P.DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, LGDJ. Paris, 1984, 2e éd.T.II.
- Arnaud LYON-CAEN, Sur la transaction en droit administratif, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, Les modes alternatifs de règlement des litiges, p.48.
- Bernard PACTEAU, Arbitrage, Arbitrage spéciaux, Arbitrages administratifs, Revue de l'Arbitrage,5.1990, Fascicule 1048, p.I.
- B.OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, In Etudes offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC,1991,p.415.
- Charles JARROSON, Remarques sur la Circulaire de 6 Février 1995, Relative au Développement de la Transaction en Matière Administrative, Revue de l'Arbitrage, 1995, No 3, p.435-439.
- Charles JARROSON, L'Arbitrage en Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.16.