

جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# التحكيم في العقود الادارية

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون إداري

إشراف الدكتورة

عتيقة بلجبل

إعداد الطالب

رمزي زيد

السنة الجامعية : 2014-2015

## كلمة شكر وعرافان

الحمد لله رب العالمين سبحانه انزل القران خلق الانسان علمه البيان وميزه  
عن كثير من المخلوقات بنعمة العقل فله سبحانه الحمد والشكر كله بان وفقني  
بانجاز هذا العمل

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى التي شجعتني ووقفت وراء هذا العمل المتواضع  
بمجهوداتها ونصائحها القيمة التي انارت طريقي وقومت مساري الى رمز العلم  
والعمل والالتزام

استاذتي الفاضلة الدكتورة "عتيقة بلجبل"

الى لمن لم يحالفني الحظ ان اتم العمل معها الاستاذة المشرفة حسناء  
بوشريط

يسرني ان اتقدم بالشكر والعرافان الى اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذا  
البحث المتواضع

لا يفوتني ان اشكر كل اساتذة كلية الحقوق وكل من مد لي يد العون  
جزاكم الله عني خيرا

## اهداء

الى من كلله الله بالوقار الى من علمني العطاء بدون انتظار الى من احمله اسمه  
بكل افتخار ارجو من الله ان يمد الى عمرك لتري ثمارا قد حان قطافها بعد  
طول انتظار .... **والدي العزيز**

الى ملاكي في الحياة الى معنى الحب والحنان الى بسمه الحياة وسر الوجود الى  
من كان دعائها سر نجاحي وجنانها بلسم جراحي الى اغلى من حياتي

## .... امي الحبيبة

الى القلوب الطاهرة الرفيعة والنفوس البريئة الى رياحين حياتي ... **اخوتي**

## وأخواتي وأبنائهم

الى الاخوة والأخوات التي لم تلدهم امي الى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء  
والعطاء الى ينابيع الصدق الصافي الى من معهم سعدت الى من كانوا معي  
على طريق النجاح والخير الى من عرفت كيف اجدهم وعلموني ان لا اضيعهم

## ... اصدقائي وزملائي وزميلاتي

لكل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي



(انَّ اللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ اَنْ تُؤَدُّواْ الْاٰمٰنٰتِ اِلٰى اَهْلِهَا  
وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ اَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)

صدق الله العظيم

سورة النساء الاية 58

## مقدمة

لقد عرفت المجتمعات التحكيم منذ القدم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد ، و ازدهر يوما بعد يوم و أصبح ظاهرة من ظواهر العصر الحديث الذي يتسم بتشابك العلاقات و المصالح ، فقد اقترنت انطلاقة التحكيم و ازدهاره في العصر الحالي كنتيجة منطقية لتزايد المبادلات و المعاملات التجارية على المستويين الداخلي و الدولي فأولته معظم التشريعات أهمية قصوى و انتشرت مراكز التحكيم و هيئاته على المستويات المحلية و الإقليمية و الدولية، كما عني المشروع في مختلف الدول على وضع تنظيمها عاما له.

و إذا كان التحكيم نظاما قانونيا ، عرفته معظم التشريعات القديمة و الحديثة على حد سواء فإن هذا النظام قد تطور ، و لم يعد قاصرا على النزاعات المدنية و التجارية و الدولية ، بل اتسع نطاقه ليشمل مجالات كانت بالأمر القريب بعيدة عنه ، كما هو الحال في النزاعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها ، بوصفها سلطة عامة و التي لم يكن متصورا - حتى في عهد قريب - أن تقبل الدولة أن يتم حسم منازعاتها بواسطة التحكيم من إخضاعها لجهة القضاء ، نظرا للامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة غيرها ، و قبول الإدارة للتحكيم ، يعني تنازلها عن هذه الامتيازات و مثلها على قدم المساواة مع غيرها أمام هيئة التحكيم ، بل و تطبيق قانون أجنبي عليها قد لا يعرف التفرقة بين النزاعات الإدارية و المدنية.

و الحقيقة أن ازدهار التحكيم و اتساع آفاقه و تربيته في مجال القانون الإداري ، قد اقترنت بنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية و الدولية بين الأفراد و الدول ، حيث أدى نزول الدولة إلى ميدان التجارة و تدخلها في الحياة الاقتصادية و رغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية و إشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بين الدول و أشخاص القانون الخاص الوطني أو الأجنبي مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في النزاعات الإدارية .

**الإشكالية** : و يمكن صياغة الإشكالية على النحو التالي :

ما مدى فعالية التحكيم كآلية لتسوية منازعات العقود الإدارية؟

و تندرج عن الإشكالية الرئيسية التساؤلات التي تتمحور حول :

\* هل يمكن للإدارة أن تتنازل عن امتيازاتها فتخضع على مدى المساواة مع الطرق المتعاقد معها في التحكيم ؟

\* ما هي أساليب العقود الإدارية الدولية ؟

### أهمية البحث

- إن المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية فرضت اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاعات الإدارية ، فقد درجت الدول التي عجز الادخار الوطني فيها و عائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاظمة لرؤوس الأموال التي تستلزمها خططها التنموية على انتهاج سياسات من شأنها العمل على حفز و تشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية ، و ذلك بإتاحة و تهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية و الاقتصادية و لا شك أن شرط التحكيم الذي يرمي إلى تسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ أو تفسير هذه العقود ، يحتل مكانا بارزا في مجال الضمانات ، يشترط المستثمر إدراجه ضمن بنود العقد حتى يحقق له الطمأنينة في حال نشوب نزاع مع الدولة المتعاقدة ، نظرا لصوبة قبول مثل الدولة أمام قضاء أجنبي لاعتبارات متعلقة بالسيادة .

- إن المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها ، تتسم بالخصوصية فمعظمها تتعلق بالعقود الإدارية و منازعات هذه العقود تثير مائل فنية دقيقة ، و في ظل غياب المحاكم الوطنية المتخصصة لحل هذه المشكلات و التي يصعب إيجاد الحلول لها في إطار القضاء الموجود و مع اندفاع التحكيم نحو التعاطي مع المعطيات المتجددة للنزاعات الإدارية ليؤمن الحلول العملية وفق عدد من الخصائص ، و من بينها التخصص و العدالة و السرية و السرعة و الضمانات و قلة النفقات ، لذلك نجد أن أطراف النزاع قد وجدوا ضالتهم في محكمين يمكنهم الاتفاق على تسميتهم للفصل فيما يثور بينهم من نزاعات .

- لا يقل الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم النزاعات الإدارية في الداخل عن دوره في الخارج فاللجوء إلى التحكيم في النطاق الداخلي ، و من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء و سرعة الفصل في المنازعات .

- استحدث المشرع الجزائري إمكانية اللجوء للتحكيم الإداري في مجال الصفقات العمومية و في العقود المتفق عليها في إطار المعاهدات الدولية ، و ذلك في نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 ، نظرا للدور الهام للتحكيم كإحدى الوسائل البديلة لحل النزاع إلى جانب الصلح و الوساطة .

**اسباب الدراسة :** الاسباب التي دعتنا لدراسة الموضوع اسباب موضوعية وأخرى ذاتية فهذه الاخيرة تتمثل في ندرة البحوث التي تناولت التحكيم في العقود الادارية بالدراسة والتحليل المستفيض الذي يتناسب والدور التي تضطلع به هذا الاخيرة ، اما الاسباب الموضوعية فتتمثل نص المشرع الجزائري على امكانية اللجوء للتحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الادارية في احكام قانون الاجراءات المدنية وكذا دراسة مدى فعالية التحكيم طريق بديل لمنازعات العقود التي تكون الدولة او احد افرادها طرفا في النزاع.

### المنهج المتبع:

نستخدم في دراستنا المنهج الوصفي في كلا الفصلين وكذلك منهج تحليل المضمون ونحن بصدد تحليل النصوص القانونية في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والمنهج المقارن عند مقارنة ما اخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الادارية.

### تقسيم الدراسة:

للإجابة على الاشكالية المذكورة اعلاه ارتأينا ان تقسيم دراستنا الى فصلين اساسين ، تناولنا في الفصل الاول الاطار المفاهيمي النظري للتحكيم مبرزين فيه كل نقطة تتعلق به بدءا بالتعريف والخصائص والشروط هذا في المبحث الاول اما المبحث الثاني فبيننا فيه الطبيعة القانونية للتحكيم وبيان انواعه وتمييز التحكيم عن ما يشابهه من مصطلحات ، اما الفصل الثاني فتناولنا فيه التحكيم في العقود الإدارية سواء على المستوى الداخلي في المبحث الاول او على مستوى الخارجي او الدولي في مبحث ثاني.

## الفصل الاول : الاطار المفاهيمي للتحكيم

تزايد في الآونة الأخيرة الاهتمام بالتحكيم على الصعيد المحلي، فعقدت ندوات حول التحكيم تناولت بالبحث والمناقشة خصائصه ومزاياه، ونود في هذا المقام أن نسلط بعض الضوء على التحكيم كوسيلة من وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية نظراً لأن هذه العقود تعتبر إحدى وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية نظراً لأن هذه العقود تعتبر إحدى وسائل الدولة في تنفيذ مشروعاتها وبرامجها الإنمائية. ولعل من المفيد للقارئ غير المتخصص أن نبدأ بتحديد مفهوم أهم الجوانب المتعلقة بالتحكيم بدءاً بالتعريف والخصائص وبيان للشروط هذا ما سيتم تناوله في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسنتناول الطبيعة القانونية للتحكيم وبيان أنواعه مع تمييزه عما يشبهه من مصطلحات. لهذا كان التقسيم كالتالي:

**المبحث الأول: مفهوم التحكيم**

**المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم و أنواعه**



## المبحث الأول: مفهوم التحكيم

يعتبر التحكيم أداة لفضي المنازعات وتسويتها من قبل المحكم أو المحكمين، ولهذا فالتحكيم له أهمية كبيرة تجعله مميزاً عن القضاء العام والذي تستأثر الدولة بتنظيمه، خصوصاً في المعاملات التجارية، وحتى يؤدي التحكيم وظيفته بشكل سليم وصحيح يتطلب الأمر توفر مجموعة من الشروط والأركان، كما يجب الإشارة إلى أن هناك حالات من النزاعات لا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم قصد تسويتها. لهذا حاولنا ان يتم دراسة هذا المبحث كالتالي:

### المطلب الأول: تعريف التحكيم

#### الفرع الأول: التعريف اللغوي للتحكيم:

أولاً- كلمة التحكيم هي المصدر من الفعل حَكَمَ ويحْكَمُ. ويقال احكمه فاستحكم أي صار (مُحْكَمًا). والحَكَمَ بفتح الحاء مفتوحين الحَاكِم. وحَكَّمَه في ماله (تحكيماً) إذا جعل إليه الحُكْمَ فيه (فاحتكَمَ) عليه في ذلك. وفي الحديث «إِنَّ الْجَنَّةَ لِلْمُحْكَمِينَ» وهم قوم من أصحاب الأخدود حُكِّمُوا وخيروا بين القتل والكفر فاختروا الثبات على الإسلام مع القتل.<sup>1</sup>

ثانياً - مصدر حَكَّمَ يُحَكِّمُ تحكيماً، يقال حَكَّمَه في الأمر والشيء إذا جعله حَكَمًا وفوض الحُكْمَ إليه، كما ورد في قوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾<sup>2</sup>.

ويقال حَكَّمْتُ فلاناً أي أطلقت يده فيما شاء، ويقال أيضاً حَكَّمْتُ السفينة تحكيماً أي بصَّرته بالأمر وأخذت على يده، ومنه قول إبراهيم النخعي (رحمه الله تعالى) «حَكَّمُ الْيَتِيمَ كَمَا تُحَكِّمُ وَلَدَكَ أَيِ إِمْنَعَهُ مِنَ الْفَسَادِ كَمَا تَمْنَعُ وَلَدَكَ».

ثالثاً: كلمة التحكيم مأخوذة من حكمة، ونقول حاكمه إلى الله تعالى وإلى الكتاب وإلى الحاكم أي خاصمه وداعاه إلى حكمه وفي المتهم استجوابه فيما نسب إليه ومنها احتكم الخصمان إلى الحاكم أي رفعاً خصوماتهما إلى الحاكم وهو من يختار للفصل بين المتنازعين (أحكمه فاستحكم) أي صار محكماً في ماله (تحكيماً) إذ جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك.

<sup>1</sup> معتز عفيفي : نظام الطعن على حكم التحكيم - دراسة متعمقة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء وتشريعات ولوائح هيئات التحكيم المقارنة - ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2012 ، ص 11 نقلا عن مختار الصحاح، للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مطبعة الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأولى، 1994، باب حكم، ص148.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية رقم 65.

## الفرع الثاني : التعريف الشرعي للتحكيم

التحكيم في الشريعة الإسلامية اختياري بمعنى انه يقوم على اتفاق ورضا الطرفين فإذا اتفق عليه جاز لكل منهما الرجوع فيه قبل صدور قرار المحكم لأن المحكم معين من جهتهما فلكل منهما الحق في عزله قبل أن يحكم أما إذا صدر الحكم وهذا وفقاً القول الراجح في الفقه الإسلامي ولذا قرر مجمع الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

إن مشروعية التحكيم مستقاة من القرآن والسنة والإجماع.

فقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تنص على مبدأ التحكيم، منها ما يتعلق بالنزاعات بين الزوجين، وهي في قوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾<sup>2</sup>. ومنها قوله عز وجل: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾<sup>(3)</sup>، مع العلم أن هذه الآية تشير إلى وجوب تحكيم رسول الله صلى الله عليه ليس كونه فقط محكماً بالمعنى المتعارف عليه قبل البعثة بل أيضاً لكون قاضياً لا يُردُّ قضاؤه إلا بوحى من الله تعالى، ولذلك ختمت هذه الآية بقوله عز وجل ﴿...ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾.

فالمؤمن لا ينازع إلا بما يظن انه حق له، فمتى حُكِّم رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب أن يرضى بحكمه الجميع لأنه لا يحكم إلا بالحق<sup>4</sup>.

وهناك أيضاً آية العدل التي وردت في قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل...﴾<sup>5</sup>، وهذه الآية هي عامة تشمل جميع المنازعات، إذ انه سواء تم الفصل في الخصومات بواسطة القضاء أو بواسطة التحكيم، فالعدل يجب أن يكون سيد الأحكام.

<sup>1</sup> - شادية ابراهيم مصطفى المحروقي واحمد محروس علي ناجي : التحكيم في العقود الادارية - دراسة مقارنة - ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، 2012 ، ص 48 نقلا عن محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي؛ 1997، ص93.

<sup>2</sup> - سورة النساء، من الآية 35.

<sup>3</sup> - سورة النساء، من الآية 65.

<sup>4</sup> - سميرة الزعيم المنجد : التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الألفية الجديدة، لبنان، 2008 ، ص 50 نقلا عن فاطمة العوّا: عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص ص 217-220.

<sup>5</sup> - سورة النساء، من الآية 58.

والسنة النبوية الشريفة تتضمن أدلة عديدة تبين مشروعية التحكيم، الرسول صلى الله عليه وسلم رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريظة حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه . كما ورد في الحديث الشريف أن أبا شريح هانئ بن يزيد رضي الله عنه عندما قدم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكتفون بابي الحَكَم، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن الله هو الحَكَم واليه الحُكْم، فلم تكني أبا الحكم؟ فقال: لان قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا. فما لك من ولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله، قال: فمن أكبرهم، قلت: شريح، قال: أنت أبو شريح، ودعا له ولولده».

**الفرع الثالث: التعريف الفقهي للتحكيم:** تعددت تعريفات التحكيم وتنوعت في فروع القانون المختلفة وذلك باختلاف الزاوية التي ينظر منها للتحكيم وان كانت جميعها تدور حول جوهر واحد وتعبّر عنه وتدور في فلكه فقد عرفه Jean Robert بأنه عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه المنازعات من جهات القضاء المعتاد لتحل أو لتحسم النزاع ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يخولوا أو يمنحوا أو يقلدوا في هذه الحالة مهمة القضاء والفصل فيها.<sup>1</sup>

وقد عرف جان ماري أوبي ودراجوا التحكيم بأنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً.

- التحكيم هو اتفاق على طرح على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقاً لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع

(1) - اشرف محمد خليل : التحكيم في منازعات العقود الإدارية أثاره القانونية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2010، ص62.

بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضى ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها.<sup>(1)</sup>

وقد عرفته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأنه "الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم".<sup>(2)</sup>

وفي تعريف المحكمة الدستورية العليا للتحكيم ذهبت إلى أنه "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما و بتقويض منهما، على ضوء شروط يحددانهن ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائباً عن شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل وقطعاً لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحال الطرفان إليه، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً، من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.<sup>(3)</sup>

وفي أسباغ الطبيعة القضائية على التحكيم ذهبت هذه المحكمة إلى أنه "وسيلة فنية لها طبيعة قضائية، غايتها الفصل في نزاع محدد، مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها، وركيزته اتفاق خاص، يستمد لمحكوم منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة.<sup>(4)</sup>

والتحكيم اصطلاح عام يقترن به مسميات فرعية تختلف بحسب المنازعة التي يراد حسمها، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي بالتحكيم التجاري وإذا كنت المنازعة مدنية أطلق عليه تحكيمياً مدنياً، وإذا كانت المنازعة إدارية سمي التحكيم إدارياً.

والتحكيم الإداري هو وسيلة قانونية تلجأ إليها الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحلية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات

(1) - يسرى محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقديّة وغير العقديّة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص14.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الداخلية والدولية دراسة تحليلية في ضوء احكام قضاء مجلس الدولة، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، ص 13 نقلا عن فتوى رقم 661 في 1989/7/1م، جلسة 1989/05/17م، ص 138، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في أربعين عاماً من أول أكتوبر سنة 1955م، حتى آخر سبتمبر سنة 1995م، ص 143.

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 13 نقلا عن المحكمة الدستورية العليا، دعوى رقم 13 لسنة 15ق، جلسة 1994/12/17م، الجريدة الرسمية العدد 2 في 1995/01/12م.

(4) - المرجع نفسه نقلا عن المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 65 لسنة 18ق، جلسة 2001/01/6م، الجريدة الرسمية، العدد 3 في 2001/01/18م.

طابع إداري عقدي أو غير عقدي فيما بينها، أو بين إحداها واحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الآمرة.<sup>(1)</sup>

وعلى الرغم من أن إرادة أطراف العقد أو النزاع هي التي تنشئ اتفاق التحكيم إلا أنها لا تنشئ التحكيم ذاته، حيث أن إجازة التحكيم تتطلب نص المشرع على تلك الإجازة محدداً لنطاق التحكيم بمعنى تحديد المسائل التي يجوز أو يحظر فيها التحكيم، إضافة لضرورة تحديد التشريع لكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن عليها.

وتأكيداً لذلك فقد نصت المادة 11 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، و لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها". فهذا النص حدد الشخص الذي يملك إبرام اتفاق التحكيم واخرج من نطاقه المسائل التي لا يجوز تسويته صلحاً.

وبناء على ما تقدم فإنه إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دور في قيام التحكيم، إلا أن إرادة النزاع غير كافية لذلك، حيث بتعين أن يجيز المشرع لهم اللجوء لهذا النظام في تسوية المنازعة، وإلا أضحى المختص هو قضاء الدولة التي وقع على أرضها النزاع.<sup>(2)</sup>

#### الفرع الرابع : التعريف القضائي للتحكيم:

قضت محكمة النقض المصرية أن اتفاق التحكيم هو اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين وعدم التزود على حكمهم ولا تتضمن تكليفاً للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم وبمقتضى التحكيم تتصرف إرادة الأطراف عن عدم الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليلزموا فيه بحكم ملزم للأطراف.<sup>(3)</sup>

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن التحكيم يتمثل في سلطة القرار الذي يعترف به الطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم.

(1) - عزيزة الشريف: التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 21 وما بعدها.

(2) - حمدي على عمر: التحكيم في عقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 34.

(3) - عبد الله عيسى: حكم التحكيم، منشأة المعارف، دون مكان نشر، 2009، ص 102.

وعرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه: عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهم أو على 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 وانه وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في النزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام اطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمين منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة.(1)

### الفرع الخامس : تعريف الأنظمة القانونية الوضعية لنظام التحكيم

قد يرد الاتفاق على التحكيم في صورة بند في احد العقود يتفق بمقتضاه المتعاقدان على حل المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد بواسطة التحكيم ويطلق على هذا الاتفاق مشاركة التحكيم؛ وقد يتفق أطراف نزاع معين نشأ بالفعل على حله بواسطة أسلوب التحكيم وتسمي هذه الصورة من الاتفاقات مشاركة التحكيم وقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التحكيمي في المادة 1442 من تقنين المرافعات المدني المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 مايو سنة 1980 بأنه الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم.(2)

وقد عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية<sup>(3)</sup> بأنه 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 ونصت المادة ذاتها على أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أن قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كان قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية.

(1) - حمدي على عمر، مرجع سابق، ص 90.

(2) - عبد الله عيسى، مرجع سابق، ص 98.

(3) - اشرف محمد خليل : التحكيم في منازعات العقود الإدارية آثاره القانونية، دار الفكر العربي ، القاهرة، دون سنة النشر،

وتنص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي لسنة 1403هـ على أنه: «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كم يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة تنفيذ هذا العقد».

كما نصت المادة (1-2) من الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961م على انه يقصد باتفاق التحكيم أما شرط التحكيم السابق على قيام النزاع الذي يدرج في عقد (المقصود العقد الأصلي) وأما اتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع الذي يوقعه أطراف النزاع أو الذي يرد في مراسلات أو برقيات أو اتصالات بطريق التلكس.<sup>(1)</sup>

ونصت المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980 على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.

وتنص المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (للجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي حسب الصياغة المعتمدة من اللجنة المذكورة في 21 يونيو لسنة 1981 على انه يقصد باتفاق التحكيم «هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت و التي قد تنشأ فيما بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية كالفعل الضار والإثراء بلا سبب ويجوز أن يكون شرط التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل».<sup>(2)</sup>

(1) - احمد سلامة بدر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2003 ، ص 67.

(2) - حمدي على عمر، مرجع سابق ، ص 34.

**المطلب الثاني: خصائص التحكيم**

شرط التحكيم - كما سبق تعريفه - بأنه اتفاق أطراف عقد معين على عرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات محتملة بخصوص علاقة قانونية معينة على التحكيم للفصل فيها بحكم ملزم ونهائي مع ذكر المُحكَّم أو الجهة التي ستتولى تعيينه، والقانون واجب التطبيق.

ومن هذا التعريف يمكن أن نستخلص خصائص شرط التحكيم التي استمرت في انتشاره؛ فقلما يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من النص عليه - سواءً العقود الخاصة المبرمة بين الأطراف أو العقود النموذجية - حيث يجري التعامل بقيام أطراف العقود التجارية الدولية على إدراج شرط التحكيم أو الإحالة إليه<sup>(1)</sup>، وهذه الخصائص هي:

**الفرع الأول: شرط التحكيم وسيلة اختيارية**

إن شرط التحكيم اتفاق إرادي؛ حيث يقوم الأطراف باختيار اللجوء إلى التحكيم واختيار المُحكَّم أو تحديد الجهة واختيار القانون ولغة التحكيم ومكانه بحرية كاملة، لا يقيدهم في ذلك سوى النظام العام، إذ من غير المتصور أن يكون فض المنازعات في العقود التجارية إجبارياً كما هو الحال في التحكيم في المنازعات في المؤسسات العامة.<sup>(2)</sup>

وتعد حرية الأطراف في اختيار الوسيلة الملائمة لفض منازعاتهم مظهراً من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة، الذي يجد أساسه في وجود قاعدة أو قواعد تقره في التشريعات الوطنية.

ولا ريب في أن مبدأ سلطان الإرادة قد لعب دوراً متعاضماً في هذا الميدان؛ حيث بات هو المهيمن في نطاق العقود الدولية، واضح دوره لا يقل شأناً في المعاملات الدولية عن المعاملات الداخلية، فالمتعاقدون لا يلتزمون إلا بإرادتهم ولهم في هذا الشأن أن يشترطوا ما

(1) - أحمد الشيخ قاسم: التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، 1991 ، ص 36.

(2) - عبد الباسط محمد عبد الواسع : شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، 2014 ، ص 54 نقلا عن قانون رقم (35) لسنة 1991م والمعدل بالقانون رقم 7 لسنة 1997م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمنى، حيث نصت المادة (206) على انه "تكون هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا الباب مختصة دون غيرها في نظر المنازعات الآتية:

أ- المنازعات التي تنشأ بين الشركات العامة والمؤسسات العامة والهيئات العامة.

ب- المنازعات التي تنشأ بين شركة عامة أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة وبين جهة حكومية مركزية أو محلية... الخ، وكذلك التحكيم في قانون العمل اليمني رقم (5) لسنة 1995م والمعدل بالقانون رقم (25) لسنة 1997م، الجريدة الرسمية: وزارة الشؤون القانونية، العدد الخامس الصادر بتاريخ 12/08/1995م.



يشاءون من شروط: لتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقودهم، ويكون العقد نافذاً عليهم؛ كالقانون سواء بسواء.<sup>(1)</sup>

ويتطبيق هذا المبدأ في مجل عقد البيع التجاري الدولي - وكننتيجة طبيعية لتطبيقه - فإنه يترك الحرية للمتعاقدين أن يشترطوا ما يشاءون من شروط؛ لتحديد محتوى الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقودهم، واختيار القواعد التي تسري على العقد الذي يبرمونه ووضع القوة الملزمة على هذه القواعد، ما دامت لا تخالف النظام العام في الدولة التي تطبق فيها<sup>(2)</sup>، فالتحكيم - كنظام خاص - يرتكز في المقام الأول على اتفاق الخصوم وتعاونهم وحسن نواياهم.

وهناك من يرى<sup>(3)</sup> أن حرية الخصوم قد غدت وهماً في الواقع الحالي للتجارة الدولية؛ إذ يفرض التحكيم جبراً على أطراف التجارة الدولية؛ حيث يوجد لكثير من العقود النموذجية جبراً على أطراف التجارة الدولية؛ حيث يوجد مثل هذا الواقع أيضاً في علاقات الدول بعضها ببعض أو في علاقات الشركات الأجنبية الخاصة، إلا أن ذلك لا ينفي إرادته التحكيم وأنه اختيارياً وليس إجبارياً، فاحتراماً لهذا المبدأ - وكننتيجة له - يستوجب ترك الباب مفتوحاً للإعراض عن هذا الشرط بإرادة الطرفين، ولا يجوز لأي من الطرفين - بإرادته المنفردة - الاستقلال بنقض هذا الشرط أو تعديله دون موافقة الطرف الآخر، فشرط التحكيم يعتبر عقداً ملزماً لأطرافه؛ أي أطراف العقد الأصلي الذي تضمنه الشرط واتجهت إرادتهم المشتركة بموجبه لترك القضاء العادي؛ فالعقد وفقاً للمادة (211) مدني يماني ملزم للمتعاقدين<sup>(4)</sup> وإبرام الأطراف لشرط التحكيم يكونون قد أحالوا نزاعهم بخصوص العقد المبرم بينهم إلى التحكيم؛ بحيث يتسنى لهم اختيار المحكمين الأكثر دراية بموضوع العلاقة الأصلية وبنقاط النزاع، ناهيك عن القناعة التي

(1) - سلامة فرس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، منشورة ، ط1، 1999، ص21.

(2) - محسن شفيق: اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 31.

(3) - حمد الله محمد حمد الله: النظام القانون لشرط التحكيم في المنازعات التجارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 19.

(4) - حيث نصت على أنه: "العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون الشرعي..."

يحظى بها الحكم لدى المتنازعين، إذ إن اختيار المحكمين كان بإرادتهم، فيتحصل من ذلك تلقي حكم المُحكّم برضا وقبول الأطراف.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: التحكيم اتفاق

لقد مال هذا الفريق من الفقهاء إلى تعريف التحكيم لكونه اتفاق أو عقد فقد عرفه البعض بأنه<sup>(2)</sup> «هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمون ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به. ويكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم». وقد عرفه الأستاذ Philippe Fouchard على أنه «اتفاق الأطراف على عرض منازعتهم للفصل فيه على هيئة خاصة هم الذين يختارونها»<sup>(3)</sup>

وعرفه البعض في إطار الشريعة الإسلامية بأنه «اتفاق بين طرفي النزاع على تولية محكم أو أكثر ليفصل فيما تنازعاً فيه بحكم الشرع دون القاضي المولى» وعرفه البعض بأنه «اتفاق أطراف ذوي علاقة معينة على أن يتم الفصل في المنازعة التي صارت بينهم، و ربما تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين».<sup>(4)</sup> وعرفه البعض بأنه «اتفاق الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلاً أو يثور فعلاً بينهم في منازعات، بحكم ملزم دون المحكمة المختصة، فقوم التحكيم اتفاق الأطراف»<sup>(5)</sup>

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا التحكيم بالنظر إلى اتفائه، حيث عرفته بأنه<sup>(6)</sup> «هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة».

(1) - ولهذا جرى القول المشهور "بقدر كمال المُحكّم تكون سلامة التحكيم" راجع: ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص105.

(2) - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988، ص15.

(3) - Ph. Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, litec, 1996, No.7,p.11-12.

(4) - محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص5 وما بعدها.

(5) - أحمد السيد صاوي: التحكيم، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2002، ص10.

(6) - معتز عفيفي، مرجع سابق، ص12 نقلا عن المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 886 لسنة 30ق، جلسة 1994/1/18.

### الفرع الثالث: التحكيم هو عمل المحكم

ويرى انصر هذا التعريف، على أنه لا ينظر إلى التحكيم باتفاق الأطراف عليه، ولكن ينظر إلى العمل الذي يقوم به المحكم، فنكون بصدد تحكيم عندما «يتوجه الخصوم إلى أشخاص طبيعيين بغية حسم النزاع بمهمة قضائية»<sup>(1)</sup>

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم بالنظر إلى عمل المحكم حيث عرفته بأنه «هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون بعيداً عن شبهة الممالة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.»<sup>(2)</sup>

### الفرع الرابع: التحكيم نظام أو وسيلة قانونية

وأصحاب هذا الاتجاه وهم كثرة، ينظرون إلى التحكيم ككل، فتبدو في تعريفاتهم صفة التحكيم كنظام أو طريق رسمه المشرع لفض المنازعات فقد عرفه الأستاذ Ch.Jarrosion<sup>(3)</sup> «بأنه نظام لحل نزاع بين اثنين أو أكثر من الأطراف عن طريق محكمين تمنح لهم مهمة قضائية».

وعرفه الأستاذ «René David» بأنه «وسيلة فنية لفض النزاع الدائر بين طرفين أو أكثر من قبل محكم أو محكمين تخول لهم سلطات الفصل في اتفاق التحكيم، فيجب عليهم أن يفصلوا في النزاع على أساسه بدون تدخل من جانب الدولة في هذه المهمة».

وعرفه الأستاذ «Bertrand Moreau»<sup>(4)</sup> بأنه «نظام قضائي خاص لفض المنازعات بعيداً عن القضاء القانون العام، من قبل محكمين يخول لهم سلطة الحكم».

وعرفه الأستاذ «Loic Cadet»<sup>(1)</sup> بأنه نظام يلجأ إليه الخصوم لفض نزاعاتهم، من قبل أشخاص مختارين ومتفق عليهم فيما بينهم يخول لهم سلطة الفصل في النزاع.

(1)- Serge Guinchard, Monique Bandrac, Xavier Lagarde, Mélina Douchy, **Droit Processuel. Droit commun, du procès**, Dalloz, 2001, le edition, P.729, No. 609.

<sup>2</sup>- معتز عفيفي ، مرجع سابق ، ص 13 نقلا عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 15 ق دستورية، جلسة 1994/12/17.

(3)- Ch. Jarrosion, la notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, No. 785 ; Ch. Jarrosion, Variations Française, Rev. Arb. 2005-No.4, P. 1049, Spéc 1052.

(4)- Bertrand Moreau, Arbitrage en droit interne, Rép. Pr. Civ. Dalloz, Avril 2004, P.3, No.1.

وعرفه البعض بأنه «نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف»<sup>(2)</sup>، وأيضاً بأنه «وسيلة لتسوية المنازعات»<sup>(3)</sup>، و أيضاً بأنه «نظام قانوني بديل لقضاء الدولة في حسم المنازعات، ويتكون هذا النظام من عنصرين هما اتفاق التحكيم وحكم المحكم الذي تنتهي به خصومة التحكيم»<sup>(4)</sup>

وقد استحسن البعض<sup>(5)</sup> تعريف التحكيم بكونه نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع.

### المطلب الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم الإداري

إن الاتفاق على التحكيم الإداري، قد يكون تبعاً لعقد معين، يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم<sup>6</sup> Clause-Compromissoire ، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة المشاركة التحكيمية Compromise<sup>7</sup>.

وعليه سنتناول الشروط الشكلية والموضوعية لصحة اتفاق التحكيم على التوالي فيما يلي:

#### الفرع الأول: الشروط الشكلية.

يجب بداية التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي. في التحكيم الدولي، يوجد بالضرورة عنصر أجنبي في القضية، وبالتالي يترتب عنه تنازع القوانين، وعليه يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

(1)- Loic, Cadiet, **Droit judiciaire privé**, troisième édition, 3<sup>e</sup> éd. 1993. Litec , P.851-852, No.2000

<sup>2</sup>- إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص21.

<sup>3</sup>- أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفضل المنازعات في مجال الاستثمار مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص8.

<sup>4</sup>- عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص11.

<sup>5</sup>- فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص13.

<sup>6</sup>- المادة 1007 من القانون ، رقم 08 / 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 يتضمن ق إ م و إ ج، ج ر ، عدد 21 سنة 2008 .

<sup>7</sup>- المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد عرفت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التحكيم الدولي بأنه "يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

بالنسبة للتحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم يكون صحيح من حيث الموضوع، إذا استجاب الشروط التي يضعها، إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

أما التحكيم الداخلي فهو التحكيم الذي يتم طبقاً لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم، وقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق سواء على الشرط التحكيمي الذي يعد بنداً في العقد الأصلي، ويكون مدرجاً في العقد قبل أن ينشأ أي نزاع، كما يطبق أيضاً على المشاركة التحكيمية والتي تبرم بعد نشوء النزاع.

#### أولاً: الكتابة

**1- في التحكيم الداخلي:** بالنسبة للشرط التحكيمي نصت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"، أما بالنسبة للمشاركة التحكيمية، فقد نصت المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "وبالتالي فإن الكتابة صارت لصحة التحكيم، وليس لإثباته.

**2- في التحكيم الدولي:** اشترطت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن يبرم اتفاق التحكيم كتابةً، أو بأية وسيلة اتصال أخرى، مثل الفاكس، التليكس، البريد الإلكتروني... الخ.

#### ثانياً: الموافقة الأولية

ويقصد به ترخيص جهة إدارية معينة اللجوء إلى التحكيم، ويكون عن طريق إصدار قرار إداري يتضمن موافقة صريحة لحل نزاع إداري ما وتسويته عن طريق إتباع نظام وإجراءات التحكيم الإداري.

والواقع أن موافقة الجهة الإدارية على اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الدولة تعد بمثابة صمام الأمان، الذي به يمكن به التأكد من أن اختيار التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملائمة لتحقيق المصلحة العامة.

وتجدر الإشارة أن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يورد هذا الشرط في صلب نص المادة 02/976 منه بل اكتفى بنصه: "عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين....".

نلاحظ من خلا المادة السالفة الذكر أن المشرع استعمال عبارة "مبادرة" والتي تعني "اقترح" فقط وليس موافقة السلطة الإدارية اللجوء للتحكيم الإداري في مجال الصفقات العمومية.

غير أنه بالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية نجد أنها لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة، وحدد المشرع هذه الأخيرة في أحكام المادة 02/8 منه،<sup>1</sup> ومن خلالها يفهم ضمنا أن التحكيم المدرج ضمن العقد لا يكون نهائيا إلا إذا وافقت عليه الجهات السالفة الذكر.

وبالنظر لما يترتب على إدراج شرط التحكيم من آثار على العقود الإدارية يمكن أن تكون سلبية في حالة إذا لم يتم صياغتها بشكل دقيق في العقد أو الوثيقة التي تستند إليها.

نرى أنه كان على المشرع أن يقوم بإيجاد آليات أخرى (غير موافقة الجهات السابقة) تضمن أن لا يكون للتحكيم آثار سلبية على الدولة بصفة عامة، بسبب عدم دقة الصياغة القانونية لأحكام اتفاقية التحكيم كأن يقوم مثلا بالنص على إنشاء هيئة تتكون من خبراء قانونيين واقتصاديين تختص بالنظر في اتفاقيات التحكيم التي سيتم الموافقة عليها وذلك قبل أن يتم اعتماد الصفقة بصفة نهائية.

### الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

وتتمثل في الرضا والأهلية والمحل والقانون الإداري المطبق على النزاع الإداري محل دعوى تحكيم.

#### أولا: الرضا

لا ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر رضا الطرفين، فاتفق التحكيم عقد رضائي، لذا يجب أن لا يشوب إرادة الطرفين عيوب الرضا، ويستلزم الرضا في التحكيم أن يكون إيجاب صادر من أحد

<sup>1</sup> - وتمثل في: الوزير فيما يخص صفقات الدولة، مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، الوالي فيما يخص صفقات الولاية، رئيس م ش ب فيما يخص صفقات البلدية، المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، المدير العام، أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مدير مركز البحث والتنمية، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر، وتبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات العقود الإدارية لكون استثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات.<sup>1</sup>

أما على المستوى الدولي فيجب أن يكون هناك اتفاق تحكيم مكتوب، وقبول الدولة حماية الاستثمار عن طريق فض المنازعات الناشئة عنه بواسطة التحكيم، لا يضعه موضع التنفيذ إلا بإتفاق الأطراف على اللجوء إليه في العقد التحكيمي، وهو ما يمكننا استنتاجه من القانون المتضمن تطوير الاستثمار بإخضاع كل خلاف بين المستثمر أجنبي والدولة الجزائرية للجهات القضائية المختصة، غير أنه وضع استثناء وهو حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون الدولة الجزائرية قد أبرمتها متعلقة بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة بند تسوية يسمح للطرفين التوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص.<sup>2</sup>

فالمادة السالفة الذكر تبين أن اللجوء إلى التحكيم هو استثناء لأن الأصل هو اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة في الدولة، ويكون في الحالتين الأولى وهو وجود اتفاقية بين الدولة الجزائرية وبين المستثمر الأجنبي، والثانية هي وجود بند يسمح للطرفين باللجوء إلى تسوية بناء على تحكيم خاص، ومن ثم فوجود عقد تحكيمي ضرورة حتمية.

### ثانيا: الأهلية

لا يصح اتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبير عن إرادة حرة لطرفيه، يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم، إعمالا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له يطلق التصرف فيها"، وقد أخذت معاهدتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقع العقد متمتعا بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي وإلا كان قابلا للإبطال.

وبالرجوع إلى نص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق، ص35.

<sup>2</sup> - المادة 17 من الأمر رقم 03/01 المعدل والمتمم المتضمن تطوير الاستثمار.

في الاتفاقية الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "وعند الرجوع إلى المادة 800 فإن الأشخاص المذكورة<sup>1</sup> فيها هي:

الدولة، الولاية، البلدية، إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية. وعليه صار بإمكان الدولة والمؤسسات العامة والولايات والبلديات، أن تبرم عقود التحكيم، إذا كان موضوع العقد يتعلق بالصفقات العمومية في مجال التحكيم الداخلي. أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العامة) هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر.

### ثالثا: المحل

ومحل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ويشترط القانون في محل العقد أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا وقع اتفاق التحكيم باطلا. والحكمة من عدم جواز اتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيه أن تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء إلى التحكيم بصدد هذه المسائل.<sup>2</sup> و لا يجوز التحكيم الإداري في كافة مواضيع النزاع الإداري وعليه سندرس قابلية التحكيم في دعوى الإلغاء وقابلية التحكيم في دعوى القضاء الكامل.

### 1- قابلية التحكيم في دعوى الإلغاء وتفسير وفحص مشروعية

صدر تقرير سنة 2007 عن مجموعة عمل متخصصة في القانون الإداري بإشراف مجلس الدولة الفرنسي والمتضمن إعداد مشروع قانون وردت فيه عدة توصيات واقتراحات من أجل توسيع إطار التحكيم في المادة الإدارية<sup>3</sup> وذلك كما يلي:

<sup>1</sup> نلاحظ أن المعيار العضوي للتحكيم الإداري في مجال الصفقات العمومية يتمثل على وجه الحصر في الدولة، الولاية البلدية، والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، ولا يتعداه إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والهيئات الوطنية المستقلة في حالة إبرام عقود إدارية باسم ولصالح الدولة.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 38.

<sup>3</sup> Jean-louis delvolvé, une véritable révolution...inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative), revue de l'arbitrage, 2007, n°03,p373.



- يسمح للهيئة التحكيمية النظر في تفسير وتقدير مشروعية القرار الإداري إذا ارتأت انه ضروري للفصل في النزاع المعروض عليها.

- تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم الوارد به جزء لا يتجزأ منه ويتعين أن تنظر إلى هذا الشرط باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن النصوص الأخرى للعقد.<sup>1</sup>

- إن الطبيعة القانونية للمنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية تتنافى مع إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الفصل فيها و أهم هذه المنازعات هي التي تثار بخصوص مشروعية القرار الإداري تتمثل في دعوى الإلغاء والتي تقوم على الطعن في القرار ذاته، واختصاص القضاء الإداري بهذه الدعوى يتعلق بالنظام العام، إذ أنه من المقرر فقها وقضاء أن دعوى الإلغاء هي وسيلة عامة للدفاع عن المشروعية والصالح العام أكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق والمصالح الخاصة بمعنى القصد منها تصحيح الأوضاع غير القانونية بإزالة كل أثر قانوني للقرارات الإدارية غير مشروعية والمخالفة للقانون، وبالنظر على كون التحكيم يقوم على تراضي الأطراف المتنازعة وعرض القضية على محكم يقبلون حكمه فهو بذلك يتنافى مع طبيعة هذه الدعوى التي تعتبر وسيلة لحماية المشروعية.<sup>2</sup>

- أكد مجلس الدولة الفرنسي خروج منازعات القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري في مرحلة إبرامه أو تنفيذه، فيختص القاضي الإداري وحده بالفصل فيها.<sup>3</sup>

## 2- قابلية التحكيم في منازعات القضاء الكامل

ويقصد بها المنازعات التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري لحماية حقوقه قبل من يعتدي أو يهدد باعتداء على تلك الحقوق، وفي هذا النوع يمارس القضاء الإداري كاملة سلطاته أمام المنازعة مقارنة بسلطاته المحدودة في دعاوي الإلغاء وتفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية وذلك إما الحكم بتصحيح مركز قانوني للطاعن وتثبيت حق مؤسس قانوناً، أو الحكم على الإدارة بدفع تعويض جبراً للضرر المرتكب من طرفها<sup>4</sup>، ومن أهم وأشهر دعاوي القضاء الكامل دعوى المسؤولية الإدارية، ودعاوي العقود الإدارية.

<sup>1</sup> - Jean-louis delvolvé, op cit, p 388,389

<sup>2</sup> - Apostolos patrikio, op cit, p

<sup>3</sup> - Jean-louis delvolvé, op cit, p 389

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي: القضاء الإداري قضاء التعويض، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 279.

كما هو معلوم فدعوى المسؤولية الإدارية، هي دعوى شخصية ومالية تهدف إلى حماية المراكز الفردية والحقوق الشخصية لأطرافها، ويكون التعويض إما بمقابل عيني أو نقدي وعليه فلا علاقة لها بمبدأ المشروعية.

ونظر لجواز الصلح في دعاوي القضاء الكامل ومنها دعاوي التعويض فيجوز التحكيم في هذه المنازعات تتعلق بمسائل ذات طبيعة مالية بحتة.

كرست معظم التشريعات المقارنة في تشريعاتها الداخلية، مبدأ تعميم التحكيم الإداري في مجال العقود الإدارية بكافة أنواعها وأشكالها، بالأخص نزاعات الصفقات العمومية.<sup>1</sup>

### \* تطبيق القانون الإداري على المنازعة محل دعوى تحكيم

تكمن أهمية هذا الشرط أن العقد الإداري له طبيعة خاصة باعتباره يتصل دوماً بمرفق عام يقوم أساساً على أداء خدمة عامة، وهو الأمر الذي أدى إلى خضوع المرفق لقواعد القانون الإداري وما يقوم عليه من مراعاة الجهة الإدارية للمصلحة العامة وأن تمارس سلطاتها في إطار حدود قانونية معينة.

فالجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مشروط بعدم استبعاد القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية، لكن هناك إشكال مطروح في هذا الصدد، بأنه يصعب تقبل تطبيق قواعد القانون الإداري من الناحية العملية لأنه ربما ينفر المتعاقد مع الجهة الإدارية من التعاقد للمزايا التي تتمتع بها الإدارة، كما أنه في التحكيم الدولي سوف تكون هذه القواعد تطبيقاً للقانون الوطني والذي يحرص الطرف الأجنبي على استبعادها لعدم معرفته بها<sup>2</sup> إلا أنه يمكن الرد على هذا الإشكال كما يلي:

- إن المتعاقد مع الإدارة يقبل التعاقد مع علمه بالمزايا التي تتمتع بها الجهة الإدارية ولم تكن هذه المزايا سبباً لنفور المتعاقد مع الإدارة.

- إن المتعاقد الأجنبي عند تعاقد سiders موضوع التعاقد برمته، ولن يركز فقط على مسألة التحكيم، وما هو القانون المطبق على المنازعة في التحكيم، بل سيهتم بالجدوى الاقتصادية ويعامل الوقت في الفصل في المنازعات في حال نشوئها وبكيفية الإجراءات التحكيمية ومدى تأثيرها في سرعة الفصل في المنازعة والوقت الذي يستغرقه التحكيم.

<sup>1</sup> - كالقانون المصري والقانون المغربي.

<sup>2</sup> - نجلاء حسن سيد، خليل أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003-2004، ص 77.

فهذه الأمور تهم المستثمر في الدرجة الأولى وهي أولى من القانون المطبق، ذلك أن أعمال قواعد القانون إداري على العقود الإدارية قد يكون محققا للطرف المتعاقد مع الدولة أو الأجهزة العامة على نحو لا يحققه أعمال قواعد القانون الخاص دون غيرها.

ففي منازعة نشأت بين شركة يورثونيل والسكك الحديدية الفرنسية والإنجليزية، طالب الأشخاص العامة القائمة على شؤون خطط السكك الحديدية في كل من إنجلترا وفرنسا أعمال قواعد القانون الخاص دون غيره وأنكروا أن يكون عقد الاستغلال متعلقا بمرفق عام وهو التمسك الذي يسمح له باستبعاد أعمال القانون الإداري الخاصة بنظرية تغير الظروف، وعلى النقيض من ذلك فإن الشركة المتعاقدة وهي الطرف الخاص في العقد وصاحبة حق الإمتياز في بناء استغلال النفق تحت المانش، تمسكت بأعمال قواعد القانون الإداري الأكثر حماية لها، والتي تمكنها من إعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - حفيظة السيد حداد : الإنفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 61.

## المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وبيان انواعه

الى جانب القضاء الرسمي الذي أناط به الدستور مهمة الفصل في النزاعات التي تحصل بين المتقاضين عموماً، توجد هناك موازاة معه طرق بديلة لتسوية المنازعات ولعل من أبرزها مؤسسة التحكيم مما يجعل من الصعب تحديد طبيعة القانونية لهذه الأخيرة.

ولأهمية تحديد طبيعة التحكيم يطرح تساءل حول ما هي الطبيعة القانونية للتحكيم، وذلك لغرض تحديد القواعد العامة التي يخضع لها نظام التحكيم في حالة عدم وجود قواعد خاصة به في نصوصه، أي تعيين قانون الواجب التطبيق واختيار المحكمين وتحديد المواد القابلة للتحكيم، وفي هذا الصدد وجدت محاولات فقهية حول تحديد طبيعة القانونية للتحكيم حاولنا ان نبينها في المطلب الاول .

ولوجود مصطلحات معينة شبيهة بالتحكيم حاولنا الوقوف عندها للتمييز بين هذه الأخيرة وبين التحكيم من حيث اوجه الشبه والاختلاف وذلك ما جاء في المطلب الثاني.

وإذا كان التحكيم نظام يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإدارة بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة، فإنه وباستقراء بعض القوانين المتعلقة بالتحكيم وتطبيقات المراكز والهيئات المتخصصة في شأنه يأخذ في العمل أكثر من نوع واحد وهذا ما حاولنا تبيانه في المطلب الثالث.

**المطلب الأول : الطبيعة القانونية للتحكيم**

تعددت الآراء والاتجاهات الفقهية، حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالبعض غلب الطبيعة التعاقدية للتحكيم، في حين غلب البعض الآخر الطبيعة القضائية، وحاول البعض الآخر الأخذ بموقف وسط عن طريق تبني حل توفيقى مقتضاه اعتبار التحكيم ذو طبيعة مختلطة، في حين تبني بعض الفقه نظرية الطبيعة لذاتية للتحكيم.

**الفرع الأول : الطبيعة التعاقدية Contractuelle للتحكيم:**

ينظر أصحاب هذا الاتجاه<sup>(1)</sup> إلى التحكيم من وجهة اتفاق التحكيم، فيعتبروا أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية بحتة، وذلك على سند من القول بأن الأساس في التحكيم هو اتفاق أو إرادة أطراف التحكيم، سواء كان هذا الاتفاق بند من بنود العقد أو مشاركة مستقلة للتحكيم، كما أن مصدر قرارات المحكمين هو اتفاق طرفي النزاع (اتفاق التحكيم)، فلا تجد تلك القرارات قوتها التنفيذية إلا في هذا الاتفاق ومن ثم تنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات، وتكون هي اتفاق التحكيم وقمته حكم المحكمين، الذين يبدو مجرد عنصر تبعي في عملية التحكيم.

**ويبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بالآتي:**

1. إن التحكيم يختلف في غرضه عن القضاء، فالقضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أما التحكيم يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف التحكيم.
2. أن الحكم ليس قاضياً، فهو لا يعين من قبل الدولة، كما انه لا يملك ما يملك القاضي من سلطات (سلطة الجبر Imperium).
3. أن مصدر سلطة المحكمين في الفصل في النزاع هو اتفاق التحكيم، عكس مصدر سلطة القاضي التي تكون السلطة العامة في الدولة.
4. أن أحكام التحكيم تحتاج دائماً وأبداً إلى أمر تنفيذي من قضاء الدولة، لكي يتمكن الطرف الصادر لصالحه الحكم من التنفيذ، ولو كانت أحكاماً قضائية بالمعنى الصحيح لما كانت في حاجة إلى ذلك.
5. أغلب التشريعات لم تجز الطعن على حكم التحكيم، وإن أجازت فقط رفع دعوى بطلانه ولو كانت غير ذلك، لخضعت لما تخضع له الأحكام القضائية من طرف طعن.

(1) - محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص7.

ولقد لقي هذا الاتجاه، سنداً ومباركة من محكمة النقض الفرنسية والتي أكدت على الطبيعة التعاقدية للتحكيم، في حكمها الصادر في 27 يوليو 1937، حيث اعتبرت أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة، وتضفي عليها صفتها التعاقدية.

### نقد نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

تعرضت تلك النظرية لانتقادات كثيرة من أهمها:

1. أن أنصار هذه النظرية قد بالغوا في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم، الكشف عن إرادتهم هم، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع مطبقاً إرادة القانون لا يلقي بالأل إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه، ومن ناحية أخرى فإنه ليس صحيحاً أن التحكيم وفقاً للعدالة هو الأصل.<sup>1</sup>

2. هذه النظرية تعجز عن تبرير جواز الطعن على حكم التحكيم في القوانين التي تجيز ذلك فكيف يمكن تبرير جواز الطعن بالاستئناف في عمل تعاقدية في مفهومه رغم أن الاستئناف لا يوجه إلا إلى عمل قضائي.

### الفرع الثاني : الطبيعة القضائية Juridictionnelle للتحكيم:

لا ينظر أصحاب هذا الاتجاه<sup>2</sup> إلى اتفاق التحكيم، ولكنهم ينظرون إلى طبيعة المهمة الموكلة إلى المحكم، فهي مهمة قضائية ففكرة المنازعة وكيفية فضها، هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم، باعتباره «قاضياً» يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم. فالمحكم يؤدي وظيفة قضائية وما يصدر عنه هو حكم بمعنى الكلمة. هذا الحكم يتمتع بكافة الخصائص التي يتمتع بها غيره من الأحكام، فهو يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي به ويستنفذ المحكم بمجرد إصداره له ولايته بشأنه فلا يملك أن يعدله أو أن يرجع فيه أو أن يصدر ما يخالفه. و لا يغير من طبيعة التحكيم أن حكم المحكم لا ينفذ إلا بصدور أمر من قاضي الدول، فليس من شأن ذلك أن يغير من طبيعته القضائية، فليس الهدف من اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ - لتنفيذ حكم التحكيم أن يراقب قضاة الدولة عدالة حكم المحكمين، وإنما الهدف من ذلك هو فقط

<sup>1</sup> - فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> - Ph. Fouchard, Goldman, *Traité de l'arbitrage*, op cit., P 14, No.12

التثبيت من وجود اتفاق بين الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين وأن هذا النزاع هو الذي فصل فيه بالفعل الحكم الصادر من المحكمين.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بالأتي<sup>1</sup>:

1. اتفاق المصطلحات القانونية التي يستخدمها المشرع بشأن التحكيم والمعاملة الإجرائية له مع ما هو مستخدم بالنسبة للأحكام القضائية. ومن ذلك من استخدام المشرع لمصطلحات حكم التحكيم والنزاع والخصوم إلى غير ذلك من المصطلحات التي تستخدم بشأن الأعمال القضائية. ولم يقف الأمر عند حد المصطلحات المستخدمة وإنما يخضع حكم التحكيم من ناحية تحريره لذات الشكل الذي يخضع له الحكم القضائي، ويجوز الطعن عليه، ويسمح للمحكمين بأن يصدروا حكمهم مشمولاً بالإنفاذ المعجل.

2. المهمة التي يباشرها المحكم هي ذات الوظيفة التي يباشرها القاضي، وهي حسم المنازعات التي يعرضها الخصوم عليهم بعد فحصها وتقديرها من أجل التوصل إلى تطبيق قواعد القانون أو مبادئ العدالة عليها. والقاعدة أن تحديد طبيعة أي عمل يكون بالنظر لجوهره.

3. فيما يتعلق بالعضو الذي يصدر حكم التحكيم أو المعيار العضوي في العمل القضائي، يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن هذا المعيار متوافر في المحكم، لأنه يستمد صلاحيته لمباشرة الوظيفة القضائية من القانون ومنذ اللحظة التي يسمح فيها القانون لفرد خاص بمباشرة الوظيفة القضائية فإن المعيار العضوي في العمل القضائي يعد متوافراً.

**نقد نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم:**

تعرضت تلك النظرية لبعض الانتقادات إلا أن أغلبها تم الرد عليه ومن أهمها:

1. أن وحده بعض المصطلحات القانونية المستخدمة بالنسبة لكل من حكم التحكيم والحكم القضائي تدل على أن المصطلحات لا تستخدم أحياناً بالدقة المطلوبة.

2. أن الصفة القضائية يجب أن تظهر أثناء قيام المحكم بوظيفته في حين أن المحكم أثناء نظره النزاع لا يتمتع بأهم سلطات القاضي وهي سلطة الجبر فلا يستطيع أن يلزم شاهداً بالحضور أو يلزم من ليس خصماً بتقديم مستند تحت يده، فيمكن الرد على ذلك بأن هذه السلطة تنقص المحكم، لا لأنه لا يقوم بالقضاء ولكن لأنه قضاء خاص. ولنفس هذه العلة فإن

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 203.

حكم المحكم لا ينفذ جبراً لا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة. شأنه شأن الحكم الصادر من دولة أجنبية.<sup>1</sup>

3. إذا كان المؤدي الطبيعي والنتيجة المنطقية لهذه النظرية هو تطبيق القواعد العامة للقضاء على مسائل التحكيم حيث لا توجد قاعدة خاصة في نصوص التحكيم، فإن هذه النتيجة مرفوضة لان التحكيم ليس نوعاً من القضاء وإنما هو نظام مختلف عن القضاء في وظيفته وطبيعته وغاياته. والحقيقة إن الاختلاف في أحكام القانون الوضعي بين القضاء والتحكيم، يرجع في مظاهره المختلفة إلى علة واحدة هي أن المحكم وإن كان يقوم بالقضاء إلا أنه لا يمثل الدولة. ولهذا يمكن أن يكون المحكم أجنبياً، كما أنه لا يعتبر ملتزماً بما تلتزم به الدولة من إقامة القضاء في إقليمها وبالتالي لا يعد منكرًا للعدالة إذا لم يصدر حكماً في الدعوى.<sup>2</sup>

#### الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم:

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن كلا من الاتجاهين السابقين، قد أخطأ عندما حاول أن يضيفي على نظام التحكيم في مجمله الطبيعة الخاصة لمرحلة واحدة من مراحل هذا النظم، وتحيز كل منهما لعنصر معين وأهمل العنصر الآخر، فجاء تحليل كل منهما لطبيعة التحكيم قاصراً من ناحية ما ، في حين أن كل عنصر من عناصر التحكيم وكل مرحلة تترك أثرها في التحليل الأخير لطبيعة هذا النظام. ويخلص أنصار هذا الاتجاه في أن التحكيم في حقيقته خليط بين الطابع التعاقدية والطابع القضائي، فيبدأ إتفاقياً وينتهي قضائياً.

#### نقد النظرية:

انتقدت هذه النظرية الأسباب عديدة ومن أهم أسبابها:

« أن أنصارها اختاروا أسهل الحلول ولم يتصد لجوهر المشكلة، بل إنه استبدل المشكلة الرئيسية بمشكلة أخرى، وهي كيفية تحديد العناصر التي يمكن وصفها بأنها تعاقدية، وتلك التي يمكن وصفها بأنها قضائية، بالإضافة إلى أن الأخذ به، يمكن أن يؤدي إلى حلول متعارضة نظراً لاختلاف الدور الذي تلعبه إرادة الخصوم في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي، حيث يتسع دور إرادة الخصوم على صعيد التحكيم الدولي بصورة كبيرة، نظراً لعدم وجود قضاء دولي على غرار القضاء الوطني في كل دولة.

<sup>1</sup> - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق، ص 53.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 54.



## الفرع الرابع: النظرية المستقلة للتحكيم:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه<sup>(1)</sup> إلى لقول بأن التحكيم ليس نظاماً تعاقدياً ولا نظاماً مختلفاً، ولا يعد كذلك نوعاً من القضاء. وإنما هو نظام ذو طبيعة ذاتية ومستقلة يختلف في وظيفته وطبيعته وغاياته وبنائه الداخلي عن القضاء ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للمحكم عن الوضع القانوني للقاضي.

إن الذي نعتقد في صوابه، أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، فالمحكم يباشر مهمة قضائية وهو الفصل في نزاع بين خصمين، وأن الحكم الذي يصدره هو حكم بالمعنى الفني للكلمة، ويترتب عليه ما يترتب على الأحكام من آثار، وأهمها حجية الأمر المقضي ونص على ذلك صراحة المشرع المصري في المادة 55 تحكيم لتي نصت على أن «تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي...» ولا يعني لزومها للتنفيذ صدور أمر من القاضي المختص، أنها ليست أحكام. بل أنها أحكام مثل الأحكام الأجنبية، حيث يمكن أن يكون التحكيم أجنبياً، ويستلزم تنفيذه في دولة وطنية، مراعاة النظام العام في تلك الدولة. وبرغم أننا من أنصار الطبيعة القضائية لنظام التحكيم، إلا أننا نرى أن التحكيم لا يماثل القضاء في كل شيء، نظراً لأن التحكيم قضاء خاص، له بعض الخصوصية التي تستلزمها اعتبارات التحكيم.

(1) - وجدي راغب: هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الأول والثاني، مارس ويونيو 1993، ص 135.

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم وغيره من المصطلحات المشابهة له

## الفرع الأول: التحكيم والصلح.

الصلح هو: "عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً؛ وذلك بن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه.<sup>(1)</sup>

أما التحكيم عموماً فإنه يُعدُّ نظاماً خاصاً لتسوية المنازعات بغير طريق القضاء، ويتم باتفاق الأفراد على عرض النزاع على مُحكِّمين، بغية حل النزاع، وهو بذلك يشترك مع الصلح باعتباره وسيلة لحل المنازعات بغير طريق القضاء، كما يشتركان في أن كليهما يجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة وأن كلاهما يؤدي دوره في حالة وجود منازعة وقعت أو ستقع في المستقبل فكلٌ من الصلح والتحكيم يتم اللجوء إليه بخصوص نزاع بين الأطراف سواء كان النزاع قائماً أو محتملاً، كما يتشابه الصلح مع التحكيم في أن ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم.<sup>(2)</sup>

إضافة إلى تشابه عقد الصلح مع شرط التحكيم في أن كلاهما يشترط في أطرافه أن يكون أهلاً للتصرف في الحقوق المتنازع عليها<sup>(3)</sup>، ويتشابهان أيضاً في أنت كليهما من العقود الرضائية والملزمة للجانبين.<sup>(4)</sup>

وأما عن أوجه الاختلاف فيختلف التحكيم عن الصلح؛ في أن الصلح ينهض بعبئه أطراف العقد؛ فهو ثمرة تفاوض مباشر بينهم؛ أي انه وسيلة ذاتية يقوم بها الخصوم أنفسهم أو من يمثلونهم، حتى في المجالات التي يلجأ فيها المتصالحون إلى أشخاص آخرين يتولون إدارة التصالح؛ فإن الحوار بين المتصالحين لا يزال مباشراً، بمقتضاه يحسمون خلافاتهم ويسوون

(1) - المادة رقم (668) من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002م، الجريدة الرسمية الصادرة عن وزارة الشؤون القانونية، الجمهورية اليمنية، العدد (17) الجزء الأول، الصادر بتاريخ 15 أبريل 2002م.

(2) - المادة (5) من قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م، والمادة (11) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(3) - المادة (6) من قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م، والمادة (670) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.

(4) - عامر علي رحيم: التحكيم بين الشريعة والقانون، منشورات الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، بنغازي، 1987، ط1، ص

النزاع بينهم، بينما في التحكيم ينحصر دور الأطراف بتحويل المُحكّم سلطة حسم النزاع بإصدار حكم فيه.<sup>(1)</sup>

كما أن جوهر الصلح يظهر في أن كل طرف يقوم بالتنازل عن جزء من ادعائه في الحق الموضوعي، مقابل تنازل الطرف الآخر عن جزء من ادعائه كذلك، أما في شرط التحكيم فالخصوم لا يقدمون مثل هذا التنازل؛ وإنما يفوضون المُحكّم في فض النزاع، بما يراه عادلاً فقد يجب لطرف واحد بكل طلباته دون الطرف الآخر، ويُعدُّ هذا نتيجة طبيعية للترقية بين شرط التحكيم وعقد الصلح الذي يتناول النزاع بشكل مباشر، بينما شرط التحكيم يتضمن فقط وسيلة حل النزاع؛ حيث لا يوجد تنازل عن الحق، ولكن تنازل عن اللجوء إلى القضاء وحله أمام قضاء خاص.

ويلاحظ أن تنظيم عقد الصلح قد جاء في القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002 ضمن العقود التي تقع على الملكية؛ أي انه سار على نفس النهج الذي سارت عليه بقية التشريعات؛ مثل المشرع المصري في المواد (549: 557) من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948م. وعللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، للقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1348 ورود الصلح بين العقود التي تقع على الملكية بقولها "دخل الصلح ضمن العقود التي ترد على الملكية؛ لا لأنه ينقلها، بل لأنه يتضمن تنازلاً عن بعض ما يدعيه الطرفان في الحقوق والتنازل عن الحق يرد على كيانه لا على مجرد ما ينتجه من ثمرات".<sup>(2)</sup> ويتبين مما سبق أن وجود المنازعة يُعدُّ ركناً من أركان عقد الصلح، ويعني ذلك استلزام أن يكون هناك نزاع قائم، بينما شرط التحكيم يواجه منازعات محتملة وغير محددة.

ومن أوجه الاختلاف؛ أن الصلح يُعدُّ من عقود المعاوضة، بخلاف شرط التحكيم الذي له نظامه الخاص، الذي لا يشترط فيه التنازل عن جزء من الادعاءات؛ مقابل تنازل الطرف الآخر عن الجزء الآخر، فمن يتنازل عن جزء من حقه للأخر بدون مقابل، فهذا لا يُعدُّ صلحاً لصراحة النص القانوني إذ يشترط لنكون أمام عقد صلح؛ أن يتنازل كل طرف عن جزء من

(1) - محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 17

شيماء محمد سعيد خضر: أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 37.

(2) - محمود التحيوي: اتفاق التحكيم وقواعده، مرجع سابق، ص 306.

ادعائه، أما إذا تنازل احد الأطراف دون الآخر عن ادعائه؛ ففي هذه الحالة لا نكون أمام عقد صلح بل نزول عن الادعاء.<sup>(1)</sup>

وُعدُّ الصلح أيضاً نظاماً توفيقياً قد لا يصل الأطراف فيه إلى نتيجة ولا يكون ملزماً للأطرف إلا بعد الوصول إلى الحل وقبوله.

ويبقى الفارق الجوهرى بين الصلح والتحكيم من حيث طبيعة القرار المتخذ؛ فالصلح غير ملزم إلا بعد موافقة أطرافه، أما التحكيم فينتهي بحكم حاسم، وقابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية، دون أن تمتد سلطة قضاء التنفيذ للنظر في الموضوع فالمحكوم لصالحه في حكم التحكيم يمكنه الحصول على أمر بتنفيذ حكم التحكيم<sup>(2)</sup>. أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء الذي يجعله صالحاً لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية فالصلح - ابتداء وانتهاء - لا يعدو أن يكون عقداً Simple contract لا يتجاوز إرادة طرفيه، ولهذا فإن الصلح يمكن مهاجمته كأى عقد بدعى بطلان أصلية؛ لعيب من العيوب التي يقرها القانون بالنسبة له هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن صاحب لحق المثبت في عقد الصلح لا يستطيع أن يقتضي بموجب هذا العقد حقه جبراً عن المدين؛ فهو بحاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يكون سنداً تنفيذياً بحقه، إلا إذا كان الصلح قد ثبت في محرر موثق في محضر الجلسة.

كم يبقى الفارق بين الصلح والتحكيم؛ أن التحكيم منظم بقانون خاص، يجيز اللجوء إليه وينظم إجراءاته؛ أم الصلح فيرد تنظيمه في القانون المدني، ويخضع بشكل عام للقواعد العامة للعقود.

### الفرع الثاني: التحكيم والوساطة والتوفيق.

يجب التمييز بين التحكيم والتوفيق وتعرف المادة 3/1 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بأنه: «عملية..... يطلب فيها الطرفان من شخص ثالث أو أشخاصاً آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة».

(1) - سيد أحمد محمود: نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لكويتي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 107.

(2) - فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 21.

فنظام التوفيق يرمي إلى تدخل شخص من الغير للتقريب بين الطرفين للتوصل إلى صلح أو تسوية ودية بينهما وهذا الشخص ليس محكماً إذ ليس له سلطة الفصل في نزاع بحكم ملزم وإنما هو يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما؛ دون أن تكون له سلطة فرض أية تسوية عليهم. فهو يعد موقفاً وليس محكماً.

وتنتهي مهمة الموفق - إذا نجح فيها - بإبرام الطرفين تسوية أي صلحاً؛ دون صدور أي قرار أو حكم من الموفق؛ أو بصدور توصية غير ملزمة لهما؛ ببرنامج على أساسها الصلح بينهما وهذه التوصية التي يصدرها الموفق لا تعتبر حكم تحكيم؛ إذ أن حكم التحكيم ملزم للطرفين في حين أن توصية الموفق غير ملزمة لهما.

ولهذا فإن ما تصدره أية هيئة يقتصر دورها على مجرد إصدار توصية للتوفيق بين وجهتي نظر طرفي الخلاف دون أن تكون توصيتها ملزمة لهما لا تعد هيئة تحكيمية ولا يعتبر ما تصدره تحكيمياً.

ولا يمنع الطرفين من اللجوء بشأن خلافهما إلى القضاء أو التحكيم حسب الأحوال.<sup>(1)</sup> وقد يتفق الطرفان لحل ما بينهما من نزاع على اللجوء أولاً إلى التوفيق بواسطة شخص معين ثم اللجوء إلى التحكيم إذا لم يرتضي أحد الطرفين ما ينتهي إليه الموفق ومثل هذا الاتفاق يلزم الطرفين كما يلزم هيئة التحكيم بحيث أنه لا يجوز لأي طرف منهم اللجوء مباشرة إلى التحكيم قبل استنفاد وسيلة التوفيق فإن لجأ مباشرة إلى التحكيم فإن على هيئة التحكيم إذا تمسك المحكّم ضده بذلك أن تقضي بعد اختصاصها بالدعوى التحكيمية لعدم سلوك الطريق الذي أوجب الاتفاق سلوكه قبل اللجوء إلى التحكيم.

### الفرع الثالث: التحكيم والقضاء

تحسم المنازعات بغض النظر عن نوعها إما قضاء وإما صلحاً، أو توفيقاً ويتمتع التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية المنازعات بذاتية خاصة تميزه عن الأساليب السابقة رغم تشابهها معه وهذا ما سوف نستوضحه فيما يلي:

(1) -فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 113.

**1- تمييز التحكيم عن القضاء:**

هناك العدد من الأوجه التي تميز التحكيم عن قضاء الدولة الرسمية، تتمثل في أساس ونطاق كل منهما، بالإضافة إلى الصلاحيات التي تملكها المحكمة وهيئة التحكيم، والآثار المترتبة على كل منهما.

**- الاختلاف من حيث الأساس:**

أساس اللجوء للتحكيم هو إرادة طرفي النزاع سواء وردت في شرط تحكيمي أو في مشاركة التحكيم، وعلى العكس من ذلك فإن اللجوء إلى القضاء لا يحتاج إلى اتفاق أطراف النزاع على ذلك، حيث يكون

بوسع كل من يدعي أن له حقاً لدى آخر أن يلجأ إلى القضاء طالباً الحماية القضائية لحقه الذي ينازعه فيه آخر، وهنا ينشأ لهذا الآخر حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء.

ومن ثم فإن الالتجاء إلى القضاء هو بمثابة حق عام للخصم أن يستعمله تلقائياً، دون حاجة إلى الحصول على موافقة الخصم الآخر، أو الاستناد إلى نص خاص.<sup>(1)</sup>

واللجوء للتحكيم لا يعد بمثابة تنازل عن حق اللجوء للقضاء لتعلق هذا الحق بالنظام العام، ولو تم مثل هذا التنازل فإنه يُعد تنازلاً باطلاً لا يرتب أثراً قانونياً.

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

**\* الاختلاف من حيث نطاق الاختصاص:**

نطاق اختصاص القضاء أوسع بالمقارنة بنطاق اختصاص هيئة التحكيم نظراً لما يتمتع به القضاء من ولاية عامة تمكنه من الفصل في جميع المنازعات في حين أن نطاق التحكيم يقتصر على المنازعة المتعلقة بحقوق مالية، من الجائز الصلح والتنازل فيها.

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

ومن الجدير بالذكر أنه إذا عرضت أمام هيئة التحكيم وهي بصدد الفصل في النزاع المعروض عليها، مسألة عرضية يخرج الفصل فيها عن اختصاص هيئة التحكيم وكان هذا

(1) - محسن شفيق، مرجع سابق، ص 15.

الفصل لازماً للفصل في موضوع النزاع القائم أمامها، فعلى هيئة التحكيم إيقاف إجراءاته، حتى يصدر حكم نهائي بصدد تلك المسألة من الجهة القضائية المختصة.<sup>(1)</sup>

**\* الاختلاف من حيث الأثر:**

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

وعلى العكس من ذلك فإن حكم التحكيم ليس له في جميع الأحوال سوى حجية نسبية حيث يقتصر أثره على طرفي النزاع وحدهما.

**\* الاختلاف من حيث قابلية الحكم للتنفيذ:**

الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه ما لم يكن قد قضى بوقف تنفيذه.

وعلى العكس من ذلك فإن أحكام المحكمين لا بد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية.

سنبدأ بالبحث في العلاقة بين شرط التحكيم والقضاء؛ ثم أوجه الخلاف بين شرط التحكيم والقضاء.

**أولاً: أوجه التشابه بين التحكيم والقضاء.**

يُعدُّ القضاء الطريق الطبيعي لفض المنازعات بين الأفراد، كما يُعدُّ وسيلة الدولة لإقرار العدالة، وحماية حقوق الأفراد في المجتمع، وبناءً عليه فإنه لا يسوغ لأحد أن يرفض تنظيم الدولة للقضاء كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد. كما أن هناك وسائل أخرى - بجانب لقضاء - أجازت التشريعات لجوء الأطراف إليها.<sup>(2)</sup>

(1) - راجع في ذلك المادة 46 من القانون رقم 27 لسنة 1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

(2) - أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 16.

ويُعدُّ نظام التحكيم - بشكل عام - وسيلة قانونية متميزة ومستقلة عن القضاء<sup>(1)</sup>، وقد ترتب على ذلك؛ أن للتحكيم خصائص تميزه عن القضاء وقد أضحت تلك الخصائص مميزات لنظام التحكيم، ودافعاً للجوء إليه كطريق طبيعي؛ وعلى الأخص في عقود التجارة الدولية، التي منها عقد لبيع التجاري الدولي، فلم يعد يخفى على المختصين وغيرهم ما يحققه التحكيم من مزايا بالمقارنة مع القضاء على المستوى الوطني أما على المستوى الدولي فيعد التحكيم أساسياً لعدم وجود قضاء دولي مختص، سواء بالنسبة للدول أو بالنسبة للمتعاملين في حقل التجارة الدولية. أما ما يتعلق بالمزايا التي يحققها نظام التحكيم للمتعاقدين؛ فإنها تختلف من عقد إلى آخر، ولكنها في جملتها تتمثل في الرغبة بالحصول على حكم يحسم النزاع، بطريقة تكون أكثر سرعة، وأقل كلفة، وأقرب للودية من الندية.

كما أن أهم ما يميز التحكيم، ويجعله أكثر قبولاً وإقناعاً في مجال العلاقات التجارية الدولية عموماً؛ هو سهولة تنفيذ حكم التحكيم دولياً؛ إذ يمكن تنفيذه في أكثر من 137 دولة، وهي الدول التي انضمت إلى اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> - وفي هذا الخصوص قضت محكمة استئناف القاهرة بأن "التحكيم كنظام أو شكل يسمح فيه القانون بحسم نزاع ما خارج نطاق محاكم الدولة، هو وسيلة قانونية متميزة ومستقلة عن القضاء لا يتفرع عنه كما أنه ليس استثناء منه، ذلك أن التحكيم يقوم على فكرة من نوع خاص؛ ترتكز في الأساس إلى الاتفاق، تملك خصائصها الذاتية المميزة يعترف به المشرع الوطني، ويرسم حدوده الهيكلية، وتميز التحكيم بذاتيته يعني أن له تطبيقاته المستقلة عن القضاء وصياغته الفنية المغايرة، وكذلك قواعده الخاصة التي تفرضها العملية التحكيمية ومقاصدها القائمة على مفاهيم ليست هي بالضرورة مفاهيم وقاعد المرافعات القضائية وإن تشابهت في كثير من الأحيان، ذلك أن هذا القانون الأخير لصيق بقضاء الدولة ويتعلق بتنظيم سلطة عامة من سلطاتها لجمهورية لإقامة العدل بين مواطنيها؛ ومن ثم كانت المبادئ التي يقوم عليها تتلاءم هي الأخرى والبيئة التي يعمل في فلها بحيث تكون مندمجة في هذه البيئة ومسايرة لها؛ فالتحكيم التجاري الدولي يقوم على فلسفة تتناسب الطابع العملي الحر للتجارة السائدة على الصعيد الدولي بحيث يتحرر الأطراف أصحاب العقد والمحكمين من الكثير = من القيود المتبعة في القوانين والمحاكم الوطنية، وقد يقتضي الحال الخروج قليلاً وكثيراً عن منطلق النصوص القانونية المحلية الموضوعية أو الشكلية خاصة غير المتطورة أو غير المناسبة. القضية رقم (70) لسنة 123 ق بتاريخ 9 مارس 2011م، حكم منشور في مجلة التحكيم العربي، الصادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السادس عشر، يونيو 2011، ص 192.

<sup>(2)</sup> - تجدر الإشارة إلى أن جمهورية مصر العربية قد انضمت إلى الاتفاقية بالقرار الجمهورية رقم (171) بتاريخ فبراير 1959، والتي أصبحت نافذة في مصر ابتداء من 8 يونيو 1959، وصدقت عليها المملكة العربية السعودية عام 1974م بالمرسوم الملكي رقم م/11 وتاريخ 16 رجب 1414هـ بالموافقة على انضمام المملكة إلى هذه الاتفاقية، والدول العربية المنضمة إلى الاتفاقية هي: الجزائر، البحرين، مصر الأردن، الكويت، لبنان، المغرب سلطنة عمان، قطر، سوريا، تونس، الإمارات العربية، ولم تنضم اليمن إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958م، والاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا بروتوكول =



وأما فيما يتعلق بمصلحة الدولة في إجازة التحكيم؛ فيتمثل غالباً بالرغبة في تخفيف العبء الملقى على عاتق محاكمها بسبب تكديس القضايا أمامها، وفي تحسين صورة الدولة لدى المتعاقدين الأجانب، وبالذات المستثمرين وترحب بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم وبين الدولة، أو بينهم وبين الأشخاص المعنوية العامة.

كما أن القضاء والتحكيم - كما عبر عنه البعض<sup>(1)</sup> - يسيران في خطين متوازيين، و ثمة ترابط وتكامل أساسي بينهما؛ إلا أن ذلك لا يعني التوافق التام بين شرط التحكيم والقضاء؛ إذ إن هناك نقاط تباين، وهو ما سيتم تناوله.

### ثانياً: أوجه الخلاف بين شرط التحكيم والقضاء

#### أ- من حيث الولاية والتعيين:

تُعدُّ الولاية من أوجه الاختلاف بين شرط التحكيم والقضاء؛ حيث أن ولاية القضاء عامة؛ أي في كافة المنازعات وكافة العقود، بينما تكون في شرط التحكيم محددة حصراً بالمنازعة أو المنازعة المرتبطة بالعقد تنفيذاً وتفسيراً؛ ومن ثم فحكم المُحكِّم لا يتعدى إلى غير ما حُكم به، بخلاف لقاضي؛ فإن حكمه يتعدى إلى كل ما له علاقة بالخلاف.

كما أن الاختصاص المكاني يُعدُّ وجهاً آخر من أوجه الاختلاف بينهما؛ حيث إن ولاية القاضي مقيدة ببلده ومكان اختصاص؛ بخلاف التحكيم؛ فإنه لا يتقيد ببلد دون آخر.

ويظهر فارق آخر بين شرط التحكيم والقضاء وذلك من حيث التعيين؛ فالقضاة يعينون من قبل السلطة، أما في التحكيم؛ فالخصوم هم الذين يختارون المُحكِّم، أو المحكمين، ويحددون الجهة التي سؤول إليها اختيار المحكمين.

كما أن الأطراف عندما يعرضون منازعاتهم على القضاء؛ لا يعلمون أمام أي قاض سوف تنتظر دعواهم، وليس لإرادتهم دخل في عرضها على قاض بذاته، أما في التحكيم؛ فإن الأطراف هم الذين يقومون باختيار مُحكِّمهم، و لا يخفي ما في ذلك من فائدة كبيرة بالنسبة للأطراف؛ حيث يتسنى لهم اختيار المحكمين لأكثر دراية بموضوع النزاع، فالقاضي في محاكم

= جنيف 1924، واتفاقية جنيف لعام 1927م الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب وتنفيذها. عبد الحميد الأحديب: قوانين واتفاقيات التحكيم في البلاد العربية، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، الصادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم، العدد 13، ديسمبر 2009، ص 9.

(1) - إسماعيل احمد الوزير: ضمان السرية وسلامة الإجراءات في التحكيم المؤسسي، مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد (101)، يوليو 2008، ص 3.

الدولة- وان كان فقيهاً بارعاً- قد يكون قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية، بخلاف المحكم الذي تم اختياره على أساس معرفته بموضوع النزاع، وتبدو هذه الميزة واضحة بالنسبة للتجارة الدولية، التي لها آلياتها وقواعدها الخاصة، وقد لا تتوافر هذه المعرفة أو الخبرة لدى قاضي الدولة، ولا يرد على ذلك؛ بأنه يمكن للقاضي الاستعانة بخبير؛ فاستعانة القاضي بخبير؛ يستتفز كثيراً من الوقت والجهد، ويؤخر الفصل في القضية<sup>(1)</sup>، وهذا يتعارض مع السرعة، التي تعد من مقومات التعامل التجاري، ناهيك عن القناعة التي يحظى بها الحكم لدى المتنازعين.<sup>(2)</sup>

### ب- من حيث القانون واجب التطبيق.

أمّا من حيث تطبيق النصوص القانونية؛ فالقضاة يقومون بتطبيق نصوص القانون على الوقائع المعروضة؛ ويصدرون بالتالي حكماً حاسماً للنزاع وملزماً للأطراف<sup>(3)</sup>؛ بمعنى آخر إن القضاة في المحاكم العادية مقيدون بالقانون وملتزمون بمراعاة نصوصه؛ بحيث إذا جاءت أحكامهم على خلاف النص أو منافية لروحه؛ فهي أحكام معيبة، وواجبة النقض؛ حتى لو كانت تتناسب ظروف الدعوى، وتراعي مصلحة الخصوم. أما في التحكيم؛ فلا يلتزم المحكم بذلك في بعض الأحوال، فقد يكون المحكم موفضاً بالصلح، ومن ثم فلا يلتزم بمراعاة النصوص القانونية؛ وإنما عليه أن يقرر الحل الملائم لمصلحة الطرفين. بحيث يتم مراعاة اعتبار الخصوم قبل الاعترافات القانونية؛ وهو ما يسميه الفقه بالعدالة المرنة. وقد قيل - وما يزال يقال - إن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع.

وإذا كان مثل الأطراف أمام المحكمة المختصة يتقيد بإجراءات المرافعات الوطنية؛ بدءاً من رفع الدعوى، ونظر المحكمة المختصة للقضية، ومراعاة قواعد الاختصاص النوعي والمكاني، مروراً بطريقة تقديم الدفوع والطلبات وشروط صحتها، وغير ذلك من القواعد والإجراءات الواجب

(1) - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 14.

(2) - محمد فهمي الجوهري: ملاحظات في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقررّة على طلبية دبلوم التحكيم التجاري الدولي، حقوق القاهرة، 2000م، ص 5 وما بعدها.

(3) - حيث إن الأحكام الصادرة من السلطة القضائية تتمتع دائماً بقوة التنفيذ الجبري- اعتباراً بأنها قد صدرت من إحدى سلطات الدولة بما تملكه من وسائل إجبار وقهر يضمن تنفيذ مشيئتها ووظائفها في المجتمع- أما الأحكام التي يصدرها المحكم أو هيئات التحكيم فلا تشتمل بذاته على قابلية تنفيذه جبراً بل انه يلزم لضمان هذا التنفيذ تدخل الدولة (ممثلة في محاكمها) فتنتفخ في حكم المحكمين روح سلطانها وتمنحه قوة التنفيذ جبراً. أنظر: برهان أمر الله: اتجاهات القضاء المصري بشأن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في ضوء اتفاقية نيويورك 1985 وقواعد قانون التحكيم النموذجي اليونسترال، مجلة التحكيم العربي، الصادرة عن الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد (9) اغسطس 2006، ص 255.

إتباعها أمام القضاء العام إلا أن نظام التحكيم يخلص الأطراف والمحكمين معاً من هذه الإجراءات، فلا يتقيد المحكمون بقواعد قانون المرافعات المعمول به في الدولة.<sup>(1)</sup> ويلحق بذلك الاختلاف في وسائل الإثبات، التي تكون مقبولة أمام القضاء، ووسائل الإثبات التي يمكن أن تأخذ به هيئة التحكيم.<sup>(2)</sup>

### ج- من حيث دور الإرادة:

أمّا من حيث دور إرادة الأطراف؛ فإنه يختلف شرط التحكيم من القضاء؛ في أن إبرام شرك التحكيم؛ يقتضي رضا الأطراف وموافقته عليه؛ كما أن الأطراف يجوز لهم عزل المُحَكِّم قبل إصدار الحكم في القضية؛ بخلاف القاضي؛ والذي سبق القول بأن تعيينه وعزله يتم من قبل السلطة؛ هذا فضلاً عن أن القضاء حق عام يلجأ إليه الخصم تلقائياً دونما حاجة إلى حصول موافقة الخصم الآخر.<sup>(3)</sup>

أمّا من حيث المنازعة المعروضة؛ فيُعدُّ من الفوارق بين القضاء وشرط التحكيم؛ أن شرط التحكيم له شروط في المنازعة محل الاتفاق؛ فلا يجوز أن تكون المنازعة مما يخالف النظام العام، بخلاف القضاء الذي تتسع دائرته لنظر كافة المنازعات.

وأمّا من حيث شخص المُحَكِّم؛ فلا يجوز له أن يفوض الحكم إلى شخص غيره؛ لأن الخصمين قد رضيا به لا بغيره، بخلاف القاضي الذي يتم تعيينه من قبل السلطة العامة التي منها يستمد ولايته.

وكما أن التحكيم أساسه إرادة الأطراف وهي المنشئة له؛ فإن لتلك الإرادة قصر التحكيم على مسائل معينة، ولاحتفاظ للقضاء بالمسائل الأخرى، كما أن لتلك الإرادة أن تستعين بالقضاء بخصوص مسألة معروضة أمام المُحَكِّمين<sup>(4)</sup>؛ وهو م تضمنته المادة (32) من قانون التحكيم

(1) - تنص المادة (32) تحكيم يماني رقم 22 لسنة 1992م على انه: "يجق لطرفي التحكيم أن يتفقا على الإجراءات التي يتعين على لجنة التحكيم إتباعها فإذا لم يوجد اتفاق فإنه يجوز للجنة أن تتبع ما تراه ملائماً من الإجراءات مع ضرورة مراعاة أحكام هذا القانون وعدم الإخلال بأحكام قانون المرافعات الذي يعتبر من النظام العام. "وتقابلها المادة (25) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م.

(2) - محمود مختار بريري، مرجع سابق ، ص 114 وما بعدها.

(3) - محسن شفيق، مرجع السابق، ص 15.

(4) - رضا السيد عبد الحميد: تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2007، ص61.

اليمني رقم 22 لسنة 1992م، والمادة (25) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، والمادة (1449) من قانون التحكيم الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011 وكل ذلك استناداً إلى أن القضاء هو صاحب الاختصاص الأصيل في الفصل في المنازعات، ولا يجوز منع الأطراف من اللجوء إليه إلا إذا اتفقوا على ذلك.

### المطلب الثالث : أنواع التحكيم

#### **الفرع الأول : التحكيم الداخلي والخارجي أو الدولي**

يعد التحكيم داخلياً ومن ثم يخضع لأحكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 متى صدر التحكيم في مصر<sup>(1)</sup>، حتى ولو كان تحكيمياً تجارياً دولياً، أي يحسم نزاعاً ناشئاً عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي وكان موضوعه متعلقاً بالتجارة الدولية وذلك بشرط توافر إحدى الحالات التي نص عليها القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم.<sup>(2)</sup>

وعى العكس من ذلك فإن التحكيم يعد خارجياً إذا صدر فيه حكم التحكيم خارج مصر، وهذا النوع من التحكيم خرج عن نطاق الخضوع للقانون المصري، وذلك على الرغم من أن التحكيم التجاري الدولي، أي المتعلق بالتجارة الدولية يمكن أن يخضع لقانون التحكيم المصري، في حالة اتفاق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون.

وبناء على ما تقدم يتضح أن المشرع المصري يعتمد في تحديده لدولية التحكيم على معيارين أولهما جغرافي يستند إلى تعدد جنسيات أطراف التحكيم وتعدد الأماكن ومكان التنفيذ ومكان

(1) - فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 30.

(2) - يعتبر التحكيم تجارياً دولياً إذا توافرت فيه إحدى الحالات الآتية:

إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

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

- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاقاً يرتبط بأكثر من دولة.

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

1- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.

2- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

3- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

ومحل إقامة أطراف النزاع وثانيهما اقتصادي حيث يكون التحكيم دولياً متى كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، حيث نصت المادة الثالثة من قانون التحكيم على أن يكون التحكيم دولياً متى كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية، في أي من الحالات السابق ذكرها.

ينقسم التحكيم من حيث الإطار الجغرافي إلى نوعين: داخلي ودولي.

- يكون التحكيم داخلياً إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيره، وهذه العناصر هي أربعة: موضوع النزاع وجنسية المحكّمين والقانون الواجب التطبيق والمكان الذي يجري فيه التحكيم.

- ويكون التحكيم دولياً إذا تجاوز الإطار الداخلي، بحسب نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة في 21 حزيران 1985: «يكون أي تحكيم دولياً:

أ- إذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.<sup>(1)</sup>

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقرا عمل الطرفين:

- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له،

- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

ج- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.»<sup>(2)</sup>

ويترتب على هذا التمييز عدة أمور، منها أمران أساسيان:

(1) أن المصالح الحكومية التابعة للدولة قد يكون محظوراً عليها أن تكون طرفاً في نزاع تحكيمي وفق التحكيم الداخلي، بينما يكون ذلك جائزاً إذا كان التحكيم دولياً.

(2) أن موضوعات النظام العام التي يُحظر على التحكيم تجاوزها تختلف باختلاف نوع التحكيم إذا ما كان دولياً أو داخلياً، فما يعتبر من النظام العام الداخلي قد لا يعتبر من النظام العام الدولي.

(1) - ويقصد بالبند (ا) في ضوء أن مقر عمل احد طرفي الاتفاق التحكيمي عند إبرامه في دولة غير دولة الطرف الثاني.

(2) - عبد الحميد الاحدب : التحكيم وثائق تحكيمية، مؤسسة نوفل ، دون ذكر السنة ولا مكان النشر، ص 484.

### الفرع الثاني: التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح

التحكيم البسيط هو التحكيم الذي يستند المحكم في إصدار حكمه فيه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع والذي يشمل جميع القواعد القانونية مكتوبة كانت أم غير مكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف.

وإذا كان التحكيم البسيط هو الأصل فإنه استثناء منه يجيء التحكيم مع التفويض بالصلح وبموجبه يخول طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل والأنصاف دون التقيد بأحكام قانون ما.

وقد أخذ المشرع المصري بكلا النوعين من التحكيم حيث نصت الفقرتين الأولى والثانية من قانون التحكيم على أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، أو القواعد الموضوعية في القانون التي ترى هيئة التحكيم أنها أكثر اتصالاً بالنزاع، إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع.

إضافة إلى نص الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والأنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

### الفرع الثالث: التحكيم الاختياري والإجباري

الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا، بحيث يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع، في اتفاق يختارون فيه المحكم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم.

واختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع، أو العزوف عن مفضلين رفع الأمر للقضاء، أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية نزاعهم. وعلى الرغم من ذلك فقد يكون التحكيم إجبارياً حينما يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات نظراً لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات.

وفي التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركاً للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل، فيضع تنظيمًا كاملاً لإجراءات التحكيم، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن.<sup>(1)</sup>

(1) - عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإداري، ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 30.

ومن الأمثلة الواضحة للتحكيم الإلزامي التحكيم في المنازعات التي تثور فيما بين الهيئات العامة وشركات القطاع العام، حيث أن هذه المنازعات لا تعد خصوما حقيقية تتصارع فيها مصالح الأطراف المتنازعة، لان نتيجة هذه المنازعات تؤول في النهاية إلى ميزانية الدولة. وقد سبق المشرع الطبيعة القضائية على الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم في منازعات المشروعات العامة، حيث نصت المادة 32 من القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن شركات القطاع العام على أن هيئة التحكيم تنظر النزاع المطروح أمامها على وجه السرعة، دون تقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية و التجارية، إلا ما تعلق منها بالضمانات الأساسية في التقاضي، وعليها أن تصدر أحكامها في مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر من تشكيلها. كما نصت المادة 66 من ذات القانون على أن أحكام هيئات التحكيم تكون نهائية ونافذة وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن.

## الفصل الثاني : النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية

نظرا للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على الصعيدين الدولي والداخلي، وتأكيذا لرغبة الأفراد في انتشار هذا النظام باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية، وكذا رغبة الدول في تشجيع الاستثمار، لذلك ظهرت الحاجة لوجود عدة أنواع للتحكيم لتغطي كافة المنازعات وخيارات الأفراد، فكما بيانا سابقا أنواع التحكيم سيتم التفصيل أكثر في أهم أنواع التحكيم اتفقا وذلك على أساس معرفة أهمية كل نوع ووظيفته لحل المنازعات المختلفة بالطرق السلمية

لهذا حاولنا ان نبين في هذا الفصل أهم أنواع التحكيم في العقود الادارية المتفق عنها قانونا والمبينة في المبحثين التاليين:

**المبحث الأول:النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية**

**المبحث الثاني: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية**



### المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية

إذا كان التحكيم نظام يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإدارة بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة، فإنه وباستقراء بعض القوانين المتعلقة بالتحكيم وتطبيقات المراكز والهيئات المتخصصة في شأنه يأخذ في العمل أكثر من نوع واحد.

#### المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية الداخلية

اختلف القضاء والفقهاء في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية، وقد حاول القضاء الإدارية في فرنسا ومصر والعراق حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

وفي ذلك ذهب الدكتور سليمان محمد الطماوي، إلى أن العقد الإداري: (هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام).

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

وعلى هذا الأساس فإنه إذا أبرم عقد من جهة خاصة أو لم يتصل بمرفق عام على أي وجه من الوجوه وليس في نصوصه شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص فهو عقد من عقود القانون الخاص.

وقد أكدت هذا الاتجاه فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في مصر عندما عرفت العقود الإدارية بقولها: ((إن العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيها في غير متكافئ إذ يجب أن يراعى فيه دائماً تغليب المصالح العامة على المصالح الخاصة، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره كما أن الإدارة تراعى في الشروط الجزائية المنصوص عليها في عقدها ملائمتها لطبيعة هذا العقد ونتيجته. وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين بطريقة

معينة، حتى تكفل انتظام سير المرفق، وهذا فضلا عن أن المتعاقد مع الإدارة يقبل وهو عالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقل)).<sup>1</sup>

وفي رأينا إن العقد الإداري يكتسب صفته هذه من طبيعته وموضوعه عندما يعتمد على مظاهر السلطة العامة المقررة بمقتضى القوانين والقواعد التي تمنح الإدارة حقوقا لا مقابل لها في عقود القانون الخاص بقصد تحقيق الصالح العام الذي تمثله الإدارة والذي يعلو على المصلحة الخاصة للمتعاقد، والتي تتضح جليا من خلال الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص والتي تعد المعبرة عن إتباع الإدارة أسلوب القانون العام في إبرامها للعقد.

### المطلب الثاني: خصومة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

#### الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم

يصدر بتشكيل هيئة التحكيم كل نزاع على حدى قراراً من وزير العدل، حيث تشكل برئاسة احد مستشاري المحاكم القضائية أو مجلس الدولة، وعضوية عدد من المحكمين بقدر عدد الخصوم الأصليين في النزاع محل التحكيم.

ويتم اختيار المحكمين بمعرفة الخصوم بناء على تكليف مكتب التحكيم لهم باختيار محكم عن كل طرف خلال أسبوعين من تاريخ الإخطار ويقوم وزير العدل بعد انقضاء تلك المدة دون إبلاغ إحدى الجهات المتنازعة لوزارة العدل باختيار محكم ها، باختيار أحد رجال القضاء كمحكم عن تلك الجهة.

ويضاف إلى ميعاد الخمسة عشر يوماً المحدد للجهة المتنازعة لاختيار محكم عنها ميعاد مسافة بين مقر الشركة التي تم إخطاره بطلب التحكيم على يد محضر أو بخطاب موسى عليه ومقر وزارة العدل، حيث لا يكفي لاحترام الميعاد المتقدم مجرد اختيار المحكم في خلاله، وإنما يتعين إبلاغ الوزارة باسمه في هذا الميعاد.

وإذا اختار وزير العدل احد رجال القضاء محكماً بعد انقضاء الميعاد المتقدم وبعدئذ وصل الوزارة إبلاغ من الجهة المعينة باختيار محكم عنها، فمن الواجب عدم الاعتداد بهذا الإبلاغ متى تم بعد الميعاد المتقدم مكملاً بميعاد المسافة.

<sup>1</sup> مازن ليلو راضي : العقود الادارية ، الطبعة الاولى ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011 ، ص 43 ، نقلا عن الفتوى رقم 1956/10/23 مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع . احمد سمير ابو شادي، 1964 ، ص 751 .

وإذا توفى المحكم بعد اختياره من جانب الشركة قبل بداية جلسات التحكيم أو بعد الجلسة الأولى منها وجب منح الشركة ذات الأجل المتقدم لاختيار محكم جديد عنها، ويجب إعادة نظر النزاع أمام الهيئة الجديدة، مع الاعتداد بالأحكام الموضوعية القطعية السابق صدورها عن الهيئة السابقة.<sup>1</sup>

وقرار وزير العدل بتشكيل هيئة التحكيم أو بتعيين محكم، لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً، ومن ثم يخضع للطعن عليه بالإلغاء وفقاً لقواعد وشروط قبول دعوى إلغاء القرار الإداري المقررة في قانون مجلس الدولة.

والطعن على قرار تشكيل هيئة التحكيم لا يؤدي تلقائياً إلى وقف سير خصومة التحكيم حيث يتعين أن يصدر حكم بهذا الوقف، وإن كان من الأجدى أن يصدر حكم بهذا الوقف متى ثبت جدية الطعن تجنباً لإبطال حكم هيئة التحكيم في حالة القضاء ببطالان تشكيلها.<sup>2</sup>

وقد واجه تشكيل هيئة التحكيم على النحو السابق انتقاداً فقهياً أساسه أنه من الأفضل عدم تخويل الخصوم الأصليين في النزاع حق اختيار محكميهم، لتأثير ذلك الاختيار على حيده المحكم الذي سيسعى بالطبع للدفاع عن مصلحة من اختاره، الأمر الذي يستوجب أن يتم اختيار المحكمين من أعضاء محايدين ذوي تخصصات فنية تتصل بموضوع النزاع. وفي إطار هذا النقد طالب البعض بوجود أن ينظم القانون هيئات تحكيم دائمة حتى يتوافر هذا النظام الاستقرار والتخصص.

وقد أوجبت المادة 47 في تحديدها لعدد المحكمين في النزاع بأن يكون بقدر عدد الخصوم الأصليين فيه، وبذلك فقد قصد النص اشتراك كل طرف في العقد بشخص واحد في هيئة التحكيم.

#### أولاً : كيفية التشكيل:

لما كانت إرادة الأطراف هي دستور التحكيم، فإن الأصل نهم هم الذين يقومون بتشكيل هيئة التحكيم، بمعنى أنهم هم الذين يختارونهم، بشرط أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً (المادة 2/15 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994)، ويرجع اشتراط وترية العدد إلى تجنب إنكار العدالة، فإذا انقسمت الآراء تكون هناك أغلبية تسمح بإصدار القرار التحكيمي، ذلك أن أحكام المحكمين تصدر بأغلبية الآراء.

<sup>1</sup> عزيزة الشريف: التحكيم في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص 92.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 110.

فهيئة التحكيم تشكل بإرادة الأطراف (المحتكمون) وباتفاقهم سواء في وثيقة التحكيم أو في شرط التحكيم، فقد يتفقوا على أن تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، ولا يوجد حد أقصى لعدد المحكمين طالما اتفق الأطراف على ذلك وطالما كان العدد وتراً. وإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين يكون عددهم ثلاثة، بصريح نص المادة 15 من قانون التحكيم المصري المطابق لنص المادة 37 من اتفاقية واشنطن. ولا مقابل لذلك في نظام التحكيم السعودي مع مراعاة أن هيئة التحكيم، خاصة في التحكيم الحر لا المؤسسي، هي هيئة خاصة مؤقتة، تنتهي مهمتها بالفصل في النزاع.

ويتم اختيار هيئة التحكيم من قبل الأطراف مباشرة، وهم الاستعانة بخبرة غيرهم في الوقوف على هيئة التحكيم الصالحة من وجهة نظرهم للفصل في نزاعهم أي أن للأطراف أن يعهدوا للغير باختيار الهيئة التحكيمية، ويقوم هذا لاختيار على أساس الثقة والنزاهة والخبرة وعدم إفشاء الأسرار. ولا يلتزم الأطراف باختيار هيئة التحكيم في اتفاق التحكيم، فعدم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلانه أو عدم صحته. وللأطراف اختيار هيئة المحكمين في اتفاق التحكيم أو في وقت لاحق، وقت نشوء النزاع. ويكون اختيارهم بتحديد أسماءهم أو ذكر صفاتهم. كما أن الأطراف التحكيم الاتفاق على كيفية اختيارهم للمحكمين أو الطريقة التي يتم على أساسها تعيينهم. وإذا لم يقر الأطراف بتعيين المحكمين بأسمائهم ولم يبينوا الطريقة التي يتم على أساسها تعيينهم كانت مشاركة التحكيم باطلة وفقاً للمادة 2/1448 من قانون المرافعات الفرنسي، وإذا تعدد المحكمون وجب على الأطراف الاتفاق على كيفية اختيارهم فإن كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تختاره المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع في قانون التحكيم المصري.

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لمي يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (في التحكيم الداخلي) أو محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى (في التحكيم التجاري الدولي) اختياره بناء على طلب أحد الطرفين، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم. أما إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان

على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (أو محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في التحكيم التجاري الدولي) بناء على طلب احد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل (المادة 17 من قانون التحكيم).

بذلك نجد أن قانون التحكيم، اتبع نظاماً منطقياً، يتمشى مع الاتجاهات الحديثة في التحكيم، حيث يختار كل طرف محكماً، والمحك المرشح يختاره المحكمان المعينان من قبل أطراف التحكيم، فإن اختلفوا عليه اختارته المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع-أو محكمة استئناف القاهرة- بناء على طلب احد الطرفين، ويكون المحكم المرشح هو رئيس هيئة التحكيم. كذلك الحال إذا تخلف احد الطرفين عن اختيار محكم، حيث تختاره المحكمة. كذلك تتولى المحكمة- المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً لقواعد قانون المرافعات- القيام بالإجراء أو العمل الذي اختلف حوله الأطراف أو اختلف حوله المحكمان المعينان. ولأحد الأطراف أن يعترض على اختيار الطرف الآخر لأحد المحكمين، إذا كان هناك مبرر ذلك، كما إذا كانت للمحكم مصلحة في النزاع أو كان بينه وبين احد الأطراف عداوة، فذلك ما تمليه المبادئ العامة في المرافعات. أما في القانون الإماراتي فإن الأصل إن أطراف النزاع يختارون المحكمين، فإذا لم يتفقوا عليهم أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر تنظر النزاع من يلزم المحكمين وذلك بناء على طلب احد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويجب أن يكون عدد من تعيينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكماً له، ولا يقبل حكم المحكمة هنا الطعن بأي طريق (المادة 204 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي) ويكاد يتطابق على هذا النص مع نص المادة 10 من نظام التحكيم السعودي.

ويراعي أن المحكم ليس ممثلاً للطرف الذي اختاره، ولا ينبغي أن يعمل لمصلحة هذا الطرف. فالمحكم يتمتع بالاستقلال تجاه الأطراف فالمحتكم يختار شخصاً يثق فيه وفي خبرته وكفاءته وحيدته، ولكنه لا يتمتع بأي سلطان عليه، فالمحكم قاض، يجب أن يحكم بين المحتكمين بالعمل، ولا ينجاز إلى أحد الطرفين، وهو لا يعمل لمصلحة من اختاره، ولا يتقاضى منه أتعابه وإنما هو حكم، والحكم ليس خصماً بحال من الأحوال. كذلك فإن المحكم المرشح هو

حكم محايد. على أن العمل يشهد بانحياز المحكم للطرف الذي اختاره، وهو ما يهدد عدالة التحكيم.

### الفرع الثاني: إجراءات خصومة التحكيم

يجب أن يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان.<sup>1</sup>

ويجب على المدعي عليه أن يرسل خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر الأخير.

ويجوز لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع على حسب الأحوال، صوراً من الوثائق التي يستند إليها وأن يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة لإثبات التي يعتزم تقديمها. ولا يخل هذا بحق هيئة التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من طرفي الدعوى (مادة 30).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الحميد المنشاوي : التحكيم الدولي والداخلي - في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ، 8 لسنة 2000 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2014، ص 69.

<sup>2</sup> حددت المادة 30 الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها أمام هيئة التحكيم على النحو التالي:

أولاً : يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد لمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان أو الطلب .

ثانياً: يرسل المدعي عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إدارات هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير في تقديم هذا الطلب.=.

ويجب أن ترسل صورة مما يقدمه احد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الأخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الأخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة (مادة 31).

• **مدى جواز تعديل الطلبات أو أوجه الدفاع في خصومة التحكيم:**

لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع (مادة 32).

• **جلسات خصومة التحكيم وإجراءاتها:**

تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلتها، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

وجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقف كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف. وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك.

ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداءيمين (مادة 33) وإذا لم يقدم المدعي دون غير مقبول بياناً مكتوباً بدعواه وفقاً للفقرة الأولى من المادة (30) وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم م لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

وإذا لم قدم المدعي عليه مذكرة بدفاعه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقراراً من المدعي عليه بدعوى المدعي، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (مادة 34).

= ثالثاً : يجوز لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع على حسب الأحوال صوراً من الوثائق التي يستند إليها وان يشير هذا بحق هيئة التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من طرفي الدعوى وذلك تنفيذاً لسلطة هيئة التحكيم في الحكم.

- أثر تخلف احد الطرفين عن حضور إحدى جلسات خصومة التحكيم - لا شطب في خصومة التحكيم:

وإذا تخلف احد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها (مادة 35).<sup>1</sup>

- سلطة هيئة التحكيم في تعيين الخبراء:

لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها، وترسل إلى كل من الطرفين في قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير.

وعلى كل من الطرفين أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع، وأن يمكنه من معاينة و فحص كل ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخرى متعلقة بالنزاع، وتفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين في هذا الشأن.

وترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير بمجرد إيداعه إلى كل الطرفين مع إتاحة الفرصة له لإبداء رأيه، ولكل من الطرفين الحق في الاطلاع على الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره وفحصها.

ولهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع ما ورد في تقريره. ولكل من الطرفين أن يقدم في هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها الخبير الذي عينته هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك (مادة 36).

<sup>1</sup> عبد الحميد المنشاوي ، مرجع سابق، ص 71 نقلا عن الطعن رقم 1443 لسنة 61 ق جلسة 2000/5/9، مشار اليه بمجلة القضاة ، س 32 ، ع 1 ، ص 429 ، ص 226.



### المطلب الثالث: أحكام التحكيم في العقود الإدارية

#### الفرع الأول: طرق الطعن في أحكام التحكيم

سنقوم بدراسة طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي ثم الدولي

#### أولاً: طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي

نصت عليها المواد (1032 إلى غاية 1034) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نصت المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، فإذا صدر حكم تحكيم غيابي يعتبر حضوري لأن التحكيم جاء نتيجة اتفاق الأطراف أي يغلب عليه الطابع التعاقدية.

#### 1-اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

نصت الفقرة الثانية من المادة 1032 على جواز الطعن في أحكام التحكيم، عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم. وهنا نرجع للقواعد العامة فيما يتعلق باعتراض الغير الخارج عن الخصومة المنصوص عليها في المواد 380 إلى 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### 2-الاستئناف

أجازت المادة 1033 استئناف أحكام التحكيم في أجل شهر (1) واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

ويلاحظ على المادة 1033 أعلاه بأن أحكام التحكيم قابلة للاستئناف أمام المجلس القضائي وهذا النص ينطبق على أحكام التحكيم التي فصلت في المواد المدنية والتجارية، أما بخصوص تلك الفاصلة في المواد الإدارية (الصفقات العمومية)، فإن القضاء الإداري الجزائري لا يعرف مجلس الاستئناف، بل إن مجلس الدولة هو فقط الناظر في استئناف الأحكام القضائية، مع الإشارة بأن مسائل الاختصاص النوعي أو المحلي من النظام العام والاختصاص في المواد الإدارية ذو طابع حصري.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر، سنة 2012، ص

وبالرجوع إلى المادة العاشرة من القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998، والمتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله نجدها تنص على ما يلي:

"يختص مجلي الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية. ويختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة...".

كما نصت المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يختص مجلي الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

وهكذا يلاحظ بأن القانونين أعلاه حددا اختصاص مجلي الدولة كجهة استئناف في حالتين:

1- استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية.

2- استئناف القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.

وبخصوص أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية، فإنه لا يوجد نص خاص يجعل مجلس الدولة مختصا باستئنافها، ويلاحظ بأن المادة 977 عندما أحالت إلى تطبيق قواعد الإجراءات المدنية في التحكيم لم تنتبه إلى استحالة التطبيق بشأن المادة 1033 المتعلقة بالاستئناف.

وعلى ذلك تبقى أحكام التحكيم في المواد الإدارية غير قابلة للاستئناف في الوضعية الحالية للإجراءات ما لم يتدخل المشرع بنص خاص يسند فيه استئناف تلك الأحكام لاختصاص مجلس الدولة.

### 3- الطعن بالنقض

لقد حصرته المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القرارات الفاصلة في الاستئناف لوحدها. وتجدر الإشارة أيضا إلى كونه لا محل لتطبيق المادة 1034 أعلاه في المواد الإدارية، لعدم وجود نص خاص.

يعطي الاختصاص لمجلس الدولة للنظر في استئناف أحكام التحكيم كما ذكرنا أعلاه وحتى لو وجد نص بذلك، فإن الطعن بالنقض لا يجوز ضد قرارات مجلس الدولة لعدم وجود جهة قضائية تعلوه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 638.

### ثانيا: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي

نصت عليها المواد من 1055 إلى غاية 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي من خلالها نفرق بين أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر وتلك الصادرة في الخارج.

#### 1- أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر.

##### \*الطعن بالبطلان:

فحسب المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع الطعن بالبطلان في الحالات الآتية:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
2. إذا كان تشكيل محكمة أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها. أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ولا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم كما سبق بيانه، يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه.

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي<sup>1</sup> الذي صدر التحكيم في دائرة اختصاصه في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بحكم التحكيم. ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.

##### \*الطعن بالنقض:

تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه (أي القرارات محل طعن بالاستئناف) قابلة للطعن بالنقض.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> تطبيقا لنظام ازدواجية القضاء كان على المشرع أفراد نصوص خاصة للتحكيم في نزاعات الصفقات العمومية الدولية وجعل الطعن في قرار التحكيم بالاستئناف أو البطلان أمام مجلس الدولة وليس المجلس القضائي.

<sup>2</sup> المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وما يلاحظ في هذا الصدد أن نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نقلت حرفيا عن المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

## 2- أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الخارج:

### \* الطعن بالاستئناف

القاعدة العامة، أن الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ، لا يكون قابلا للاستئناف<sup>1</sup> لكن استثناء يجوز استئنافه في الحالات الواردة في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات والإدارية والتي سبق لنا ذكرها لدى تطرقنا، لعنصر الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر. وفي هذه الحالة يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

### \* الطعن بالنقض:

يكون قرارا الاستئناف الصادر بشأن الاعتراف أو التنفيذ في الحالات المحددة في المادة 1056 أعلاه قابلة للطعن بالنقض تطبيقا لمقتضيات المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر.

## الفرع الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الإداري والاعتراف بها

يصدر حكم التحكيم كفاصل منه للنزاع، وذلك بحكم تحكيمي نهائي لتنفيذه لصالح من صدر بحقه هذا الحكم، وذلك ليرفع دعواه ضد من خسر الدعوى لاسترداد حقوقه، إلا أن هذا القرار التحكيمي قد يصدر باطلا، حيث تختلف نظرة الدول إلى الشروط التي يجب مراعاتها في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إذ أنه في الأصل خضوع مسائل الإجراءات لقانون القاضي، فهو الذي يقرر مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ، أي أن القاضي هنا بمسألة التكييف. ولتسليط الضوء على ذلك سنتناول ما يلي:

تنفيذ أحكام التحكيم الإداري الداخلي وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي والاعتراف بها.

<sup>1</sup> - بمفهوم المخالفة حسب المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف او برفض التنفيذ قابلا للاستئناف.

### أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الإداري الداخلي

ونقصد به أحكام التحكيم الصادرة بخصوص الصفقات العمومية. نصت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن مقتضيات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الواردة فيه تطبق على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية. كما نصت المادة 1035 منه على أن أحكام التحكيم النهائية أو الجزئية أو التحضيرية، تكون قابلة للتنفيذ أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل يسئل رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف. نجد أن الأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية التي ترفض وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم قابلة لمخاصمتها بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة، بالرغم من عدم ذكر المادة 1035 لذلك (بحكم كونها خاصة بأحكام الصادرة في غير المواد الإدارية).

### ثانياً: تنفيذ أحكام التحكيم الإداري الدولي .

إن المرجع القانوني في تنفيذ أحكام التحكيم الإداري في المجال الدولي هو اتفاقية نيويورك لعام 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية وكذلك المواد من 1051 إلى غاية 1054 وكذلك المواد من 1035 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فبالنسبة للاعتراف بهذه أحكام، نصت المادة 1051 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

يتضح لنا من خلال هذه المادة، أن الاعتراف بأحكام التحكيم يخضع لشروطين:

1. إثبات المتمسك وجودها (اتفاقية التحكيم).

2. أن لا يكون الاعتراف مخالف للنظام العم

أما بالنسبة لتنفيذ هذه الأحكام:

فقد أحالت المادة 1054 والتي جاءت تحت عنوان "في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي" على المواد من (1035 إلى 1038) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الدولي وهنا نفرق بين أمرين.

### 1- صدور حكم التحكيم الإداري في الجزائر

فيكون قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم على النحو الذي سبق بيانه، عندما تعرضنا إلى تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي.

## 2- صدور حكم التحكيم الإداري في الخارج وأريد تنفيذ في الجزائر:

فالحل أنت به الفقرة الثانية من المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فتكون المحكمة المختصة هي محكمة محل تنفيذ الحكم التحكيمي.

نصت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المقتضيات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الواردة فيه تطبق على أحكام التحكيم الصادرة في المدة الإدارية.

كما نصت المادة 1035 منه على أن أحكام التحكيم النهائية أو الجزئية أو التحضيرية، تكون قابلة للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة (المحكمة الإدارية) لتي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل. يسلم رئيس أمانة الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة لتنفيذ من حكم التحكيم لمن يطلبه من الأطراف.

نجد أن الأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية التي ترفض وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم قابلة لمخاصمتها بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة، بالرغم من عدم ذكر المادة 1035 لذلك (بحكم كونها خاصة بأحكام التحكيم الصادرة في غير المواد الإدارية).

نلاحظ أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يراع قاعدة القانون الخاص يقيد القانون العام وذلك عند إحالته في المادة 975 منه بشأن التحكيم في الصفقات العمومية للأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدلا من المادة 02 من المرسوم الرئاسية 250/02 المعدل والمتمم، مقلصا لذلك مفهوم المعيار العضوي للصفقة العمومية وحصرها فقط في الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.

كما نلاحظ من جهة أخرى أن هناك تعارض من حيث المضمون بين المادة 975 والمادة 1006 فقرة 3 ذك إن المادة الأولى لم تجيز التحكيم إلا في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها ومجال الصفقات العمومية، في حين أن المادة الثانية لم تجيز التحكيم إلا في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية، ذكر المادتين المجالات على وجه الحصر يؤدي بطبيعة الحال إقصاء ونفي مادة لمجالات لم تتضمنها.

لابد على المشرع من أن يتدارك هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة وتفاذي أسلوب التخصيص على وجه الحصر من أجل ضمان تكامل النصوص.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>- غناي رمضان: قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 47.

### ثالثا: أحكام القضاء

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم والتي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، إذ أن القضاء العادي في فرنسا لم يسلم بمبدأ حر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه، لأن المؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية، وسنكتفي في هذا الصدد بإيراد مثال متعلق بالحكم الصادر في القضاء بين شركة Société de frères ووزارة المرافق التونسية: وتتخلص وقائع القضية في كون الحكومة التونسية قد أبرمت عقدا مع الشركة السالفة الذكر وكان متعلقا بنقل التكنولوجيا، وقد ثار نزاع بين الطرفين المتعاقدين فقررت الشركة اللجوء إلى التحكيم لوجود شرط عرض النزاع على التحكيم، غير أن الحكومة التونسية دفعت ببطلان شرط التحكم على أساس أنه غير جائز في العقود الإدارية وهو المبدأ المستقر عليه في تونس وكذا في فرنسا، وهنا أصدرت محكمة التحكيم حكا قضى بجواز التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما دفع بوزير المرافق التونسي بالطعن بالاستئناف أمام محكمة استئناف باريس، وهنا قضت بصحة شرط التحكيم المدرج في العقد، وأوضحت أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي يقتصر إعماله على العقود الداخلية فقط، أما العقود الدولية فإن الحظر ليس له أثر، ومن ثم فشرط التحكيم في مثل هذه العقود صحيح ومنتج لآثاره.

## المبحث الثاني: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

يكون التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

وسيتم التفصيل في هذا النوع فيما يلي :

### المطلب الأول: ماهية العقود الإدارية الدولية

من المسلم به أنه مع ازدياد حركة التجارة الدولية؛ تزداد أهمية عقد البيع التجاري الدولي؛ كونه أصبح الوسيلة الأساسية للتبادل التجاري على المستوى الدولي، وقد تم بيان مفهوم شرط التحكيم وخصائصه وصوره في المبحثين السابقين؛ وسيتم في هذا المبحث تناول مفهوم عقد البيع التجاري الدولي، وبيان معيار دوليته.

ينبغي لبيان مفهوم عقد البيع التجاري الدولي أن يتم البحث في تعريفه، ومن ثم بيان معيار تجارية عقد البيع، وسيتم تناول ذلك في الفرع ثلاثة على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي

#### الفرع الثاني: ذاتية العقد الإداري الدولي

#### الفرع الثالث: عناصر العقد الإداري الدولي

#### \*تعريف عقد البيع:

يجري النشاط التجاري الدولي - في الأغلب - على أساس من عقد بيع يبرمه طرفان من دولتين مختلفتين، على بضاعة سوف يجري نقلها من لدن البائع إلى المشتري، مقابل ثمن يتم تسديده، بطرق معينة. فالبيع إذاً هو الأداة القانونية الفعلية التي يتحقق بها هذا النشاط الاقتصادي<sup>1</sup>، ويحتل العقد مكاناً بارزاً في العلاقات التجارية الدولية. وفكرة العقد على المستوى الدولي، تتمتع بوزن حقيقي وواقعي يفوق وزن النصوص ذات الطابع الرسمي. ويُعدُّ عقد البيع الأداة القانونية الأولى التي تتم بها حركة التجارة الدولية وحوله تدور العقود الأخرى كالتأمين والنقل والوكالة وغيرها؛ حيث تُعدُّ هذه العقود تابعة أو مكملة لعقد البيع الدولي، وغني عن البيان أن هذه الآراء مجتمعة تصدق بالدرجة الأولى على عقد البيع الدولي في نطاق التجارة

<sup>1</sup> عبد الباسط محمد عبد الواسع : شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي - دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، 2014 ، ص 83 نقلاً عن ثروت حبيب : دراسة في قانون التجارة الدولية ، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم



الدولية وبالأخص عقد البيع الدولي للبضائع؛ فهو الأغلب وصاحب القسط الأوفر من التبادل الدولي.

ولقد تزايدت أهمية عقد البيع الدولي، مع تزايد ونمو حركة التجارة الدولية؛ لأنه أصبح من الوسائل الأساسية في تلبية حاجات ومتطلبات التجارة الدولية، وتتأكد أهمية عقد البيع الدولي وبصفة خاصة عقد لبيع الدولي للبضائع حيث إن حجم التبادل التجاري الدولي يتجاوز مليارات الدولارات سنوياً ولعقد البيع النصيب الأوفر منها. ومع تطور العلاقات الاقتصادية بين دول العلم، ونمو وازدهار التجارة الدولية؛ ظهر إلى الوجود عقد البيع الدولي، الذي يتخطى في تكوينه وعناصره وآثاره حدود دولة واحدة، ونظاماً قانونياً وحداً.

ولم يضع القانون التجاري - سواء في فرنسا والدول التي تحذو حذوه تشريعياً - نظرية عامة للعقود التجارية؛ إذا لم يتضمن قواعد عامة تسري على هذه العقود، واكتفى بتنظيم بعض العقود التجارية. وأغفلت التشريعات السابق ذكرها تنظيم بعض العقود الهامة، بل أغفلت - على حد تعبير البعض - تنظيم أهم العقود التجارية؛ وهو عقد بيع البضائع. وورد تنظيم عقد البيع التجاري في القانون المصري رقم 17 لسنة 1999م، المواد من (88 إلى 114)، وكذلك أفرد القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 فصلاً كاملاً لعقد البيع في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني المواد من (418) إلى (418)، ومن البديهي أن يخضع عقد البيع على الصعيد الداخلي أو ضمن حدود دولة واحدة، أو في نطاق مجتمع معين في كل أحكامه لنظام قانوني واحد هو القانون الداخلي للدولة التي يتم فيها إبرامه وتنفيذه ومن ثم لا يثير مثل هذا العقد بأية منازعات، ولم يرد ذكر أصدر عدة تشريعات مكملة ومعدلة لقانون التجارة البحري فليس من بينها ما تعرض للبيوع البحرية.<sup>1</sup>

ويخضع عقد البيع مدنياً كان أو تجارياً للقواعد العامة المنظمة للعقود في القانون المدني بصفة عامة والأحكام الخاصة بعقد البيع مع ملاحظة أن البيع أن كان تجارياً فإنه يخضع للأحكام الخاصة بالالتزامات والعقود التجارية.

وجاءت اتفاقية فيينا خالية من نص صريح يحدد ماهية عقد البيع، ويبدو أن السبب في ذلك تقارب المعنى في غالبية النظم القانونية والتي تركز في تعريفها لعقد البيع على الآثار التي يرتبها عقد البيع في ذمة طرفيه ويمكن أن نعرف عقد البيع وفقاً لاتفاقية فيينا بأنه عقد يجب

<sup>1</sup> محمود مختار بربري : قانون المعاملات التجارية والالتزامات والعقود التجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008، ص

بمقتضاه أن يسلم البائع البضائع وأي مستندات تتعلق بها، وينقل ملكية البضائع المبيعة إلى المشتري، على النحو الذي يقتضيه العقد ونصوص هذه الاتفاقية، مقابل التزام المشتري بدفع ثمن البضاعة ولا يوجد تباين في التشريعات الوطنية في تعريفها لعقد البيع؛ إذ إنها توضح في تعريفاتها ما يرتبه عقد البيع من التزامات على طرفيه، وهي نقل ملكية البضاعة من البائع إلى المشتري، مقابل ثمن نقدي، وقد صار الالتزام بنقل الملكية في التشريعات الحديثة من المستلزمات الأساسية لعقد البيع. وهو ما نجده في تعريف المشرع المصري لعقد البيع؛ حيث نصت المادة (418) مدني مصري على أن: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي". ويلاحظ أن المشرع المصري قد وسع من دائرة محل العقد؛ فلم يجعل عقد البيع قاصراً على الالتزام بنقل حق الملكية في الشيء موضوع التعاقد، بل أضاف إلى ذلك الحقوق المالية الأخرى مثل الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية وكذا حقوق الدائنين.

ويُعدُّ عقد البيع- بصرف النظر عن أشخاص طرفيه- رابطة من روابط القانون الخاص بحسب الأصل؛ حيث يُعدُّ عقداً من العقود إلى يحكمها القانون المدني، أو القانون التجاري في نطاق القانون الداخلي.

وعرفه القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002م في المادة (45) بأنه: "تمليك مال بعوض على وجه التراضي بين العاقدين" يلاحظ على هذا النص استخدامه كلمة "تمليك" التي تؤكد انتقال الملكية مباشرة بمجرد انعقاد العقد صحيحاً؛ فالهدف من البيع هو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن من المشتري إلى البائع.

وركز القانون الفرنسي في تعريفه لعقد البيع على الالتزام بالتسليم، حيث عرفه بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه احد الطرفين بتسليم شيء مقابل التزام الطرف الآخر بدفع الثمن.

بينما ركز القانون الانجليزي على صفة البيع؛ بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويتضح ذلك من تعريفه لعقد البيع إذ يعرف قانون بيع البضائع goods بأنه: "عقد بمقتضاه ينقل البائع أو يوافق على أن ينقل ملكية بضاعة إلى المشتري نظير مقابل نقدي يطلق عليه الثمن".

ويتميز عقد البيع: بأنه عقد من عقود التمليك، ويعد من عقود المعاوضة، وملزماً لأطرافه؛ وهو أيضاً من العقود الرضائية.

والواقع أن أغلب التشريعات- وإن كانت قد عرفت عقد البيع- إلا أنها لم تعرف عقد البيع التجاري الدولي، وكذلك اتفاقيتي لاهاي و فيينا المنظمتان لعقد البيع الدولي، لم تتضمننا تعريفاً

لعقد البيع الدولي. ويرى بعض الفقهاء أن عدم وجود تعريف لعقد البيع التجاري الدولي يرجع - أساساً - إلى أن مفهوم عقد البيع واحد متقارب.

### الفرع الأول : مفهوم العقد الإداري الدولي

العقد الإداري الدولي، هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة، مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقداً بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك.<sup>1</sup>

ويترتب على تلك العقود انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، باعتبارها تتصل بمصالح التجارة الدولية.

ومن صور العقد الإداري الدولي تعاقد الإداري مع شخص أو شركة أجنبية للقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقاً للشروط الموضوعية له مقابل استغلال المشروع لمدة معينة من الزمن واستيلائه على الأرباح وكذا تعاقد الإداري مع أحد الأشخاص أو إحدى الشركات - وطنية أو أجنبية - للقيام بأعمال الترميم أو الصيانة في إحدى السفارات الموجودة بالخارج، أو للقيام بإمداد الجيش المرابط خارج حدود الدولة بمستلزماته التموينية، ما دام العقد قد تضمن شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد.

والعقد الإداري الدولي هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ويتعلق بمرفق عان وتظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام، من خلال انطواء العقد على شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة.

### • المعيار المميز للعقد الإداري الدولي:

يتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياريين أولهما قانوني ووفقاً به يعد العقد الإداري دولياً إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، والمقصود بالعناصر القانونية التي يعول عليها في تحديد صفة العقد جنسية لأطراف

<sup>1</sup> حفيظة السيد الحداد : : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص

ومكان إقامتهم، ومكان إبرام وتنفيذ العقد هذا إلى جانب لغة التعاقد والعملية المستخدمة في الوفاء المقابل لأداء الالتزام التعاقدية.

وتتحدد دولية العقد وفقاً لهذا المعيار بناء على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية الملازمة له وليس واحداً منها فقط، على أن تنطبق الدولية إلى أحد العناصر المؤثرة في العقد. ومن ثم فإن العقد يكتسب الصفة الدولية، متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر في العلاقة التعاقدية والعكس صحيح وثانيهم معيار اقتصادي مفاده أن العقد يعد عقداً دولياً متى اتصل بمصالح التجارة الدولية، بمعنى انطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، فيترتب عليه انتقال حركة الأموال والخدمات بين الدول.<sup>1</sup>

ويرى بعض الفقه - بحق - أن المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد، لا يتعارض مع المعيار القانوني، الذي يعتبر العقد بمقتضاه دولياً متى اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني، ذلك لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، والتي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني.

### الفرع الثاني : أساليب التعاقد في العقد الإداري الدولي

نتيجة لخضوع العقد الإداري الدولي لنفس النظام القانوني للعقود الإدارية الوطنية، فإن طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة في هذا العقد، هي ذاتها طرق اختياره في العقود الإدارية الوطنية، وإن وجدت بعض الإختلال في التفاصيل.

حيث لا تكون للإدارة في الحالتين حرية كاملة في اختيار المتعاقد معها فإن كان من حق الإدارة إبداء رغبتها في التعاقد ، إلا أن اختيار من تتعاقد معه سواء كان وطنياً أو أجنبياً يخضع لضوابط فرضها المشرع بغرض التأكد من أن المتعاقد مع الإدارة هو صاحب أفضل العروض من الناحيتين الفنية والمالية وذلك حفاظاً على المصلحة العامة في تأمين سير المرفق العام محل التعاقد والأموال العامة والتي تقتضي بلوغ هذا الهدف بأقل إنفاق ممكن إضافة إلى أداء العمل في المواعيد التي تتحقق بها مصلحة الإدارة المتعاقد.

ويخضع اختيار الإدارة لمن يتعاقد معها لطرق ثلاث حددها المشرع على سبيل الحصر تتمثل في المناقصة أو المزايدة والممارسة وأخيراً طريقة لاتفاق المباشر وسوف نلقي الضوء

<sup>1</sup> منير عبد المجيد : التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص15.

بإيجاز على كل وسيلة من وسائل التعاقد السابقة تاركين تفاصيل ذلك للمؤلفات المتخصصة في العقود الإدارية.

### 1- طريقة المناقصة أو المزايدة:

المناقصة وسيلة تختار بها الإدارة من يتعاقد معها لأداء أعمال تتعلق بتسيير مرفق عام بحيث يكون أفضل مقدمي العروض من الناحية الفنية وأن يكون الأقل من الناحية المالية مع التزامه بالمدة المقررة لإنهاء الأعمال.

والمناقصة تختلف في ذلك عن المزايدة والتي يكون موضوعها التصرف في بعض ممتلكات الدولة حيث يتم ترسيبتها على صاحب أعلى عرض شراء.

وعلى الرغم من الاختلاف بين المناقصة والمزايدة في المضمون إلا أنهما يشتركان في الهدف وهو تحقيق المصلحة العامة، وهذا يؤدي إلى سريان أحكام واحدة عليهما.

والمناقصة قد تكون عامة أو مفتوحة وفيها تختار الإدارة صاحب أفضل العروض فنياً ومالياً بغض النظر عن شخصه، وهذه المناقصة إما أن يعلن عنها داخلياً وتسمى بالمناقصة الداخلية، وإما أن يعلن عنها بالخارج وتسمى بالمناقصة الخارجية والتي تتحقق بها حرية المنافسة.<sup>1</sup>

كما أن المناقصة قد تكون محدودة إذا تطلب التعاقد موضوع المناقصة كفاءة فنية خاصة في الأداء وفيها تمنح الإدارة سلطات واسعة في التوصل إلى من يتوافر لديهم تلك الكفاءة، حيث ينحصر الحق في التقدم للمناقصة في أشخاص معينين تضع الإدارة قائمة بأسمائهم مقدماً.

وأخيراً قد تكون المناقصة محلية، حيث يقتصر الحق في التقدم لها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ التعاقد.

ونورد الإشارة بعد استعراضنا لصور المناقصة العامة إلى أن اختيار المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لا يتم عن طريق المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة دون المناقصة المحلية التي يشترط فيها أن يكون مقدم العطاء وطنياً، كما لا يتصور اختيار المتعاقد مع الإدارة بطريق المزايدة المحلية، حيث تتصف بطابع إقليمي شأنها في ذلك كشأن المناقصة المحلية.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي : الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 608.

## 2- الممارسة:

تكون للإدارة حين تتعاقد بأسلوب الممارسة حرية أوسع نطاقاً في اختيار المتعاقد معها بالمقارنة بأسلوب المناقصة، والتي تكون فيها الإدارة ملزمة بإبرام العقد مع من حددته لجنة البيت.

والممارسة كأسلوب للتعاقد قد تكون عامة يعلن عنها وفقاً لذات إجراءات الإعلان عن المناقصة العامة.

كما قد تكون الممارسة محدودة حيث تقدم العروض إليه بناءً على خطاب ترسله الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد إلى أكبر عدد من المشتغلين بالنشاط موضوع الممارسة من بين المقيدین بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم، وتوجه الدعوة إليها بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، منطوياً على كافة البيانات الواجب ذكرها عند الإعلان عن المناقصة.

كما قد تكون الممارسة داخلية حيث يكفي بإعلان عنها في الداخل، كما قد تكون خارجية يعلن عنها في الخارج.

وبالطبع فإن الأسلوب الأمثل لاختيار المتعاقد مع الإدارة إذا اختارت الممارسة أسلوباً للتعاقد الدولي هو الممارسة الخارجية والتي يتحقق بها علم المتعاقد الأجنبي بموضوع التعاقد، الأمر الذي لن يتحقق له في حالة إتباع الإدارة الراغبة في التعاقد بأسلوب الممارسة الداخلية.

## 3- الاتفاق المباشر:

بوسع الإدارة إبرام تعاقد مع الغير بأسلوب الاتفاق المباشر متحررة في ذلك من كافة القيود التي تفرض عليها في حالة التعاقد بأي من أسلوبي المناقصة أو الممارسة.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن حرية الإدارة في التعاقد بطريق الاتفاق المباشر ليست طليقة من كل قيد، الأمر الذي يمكن أن يؤدي معه التعاقد بهذا الأسلوب إلى الإضرار بالخزانة العامة وهو أثر يتناقض مع الهدف من إبرام العقود الإدارية.<sup>1</sup>

لذلك فقد اخضع المشرع التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر - باعتباره استثناء من الأصل العام في التعاقد - لقيود تهدف في مجملها إلى الحفاظ على صالح الخزانة العامة تتمثل في ضرورة صدور ترخيص بذلك من السلطة المختصة، إضافة إلى ما يكون لهذه السلطة من حق في اعتماد نتيجة التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر.

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 135.

إضافة على اشتراطه أن تكون هناك ضرورة تستدعي التعاقد بهذا الأسلوب تتمثل في حالة استعجال لا تحتمل إجراءات المناقصة أو الممارسة تدفع الإدارة للتعاقد بهذا الأسلوب الاستثنائي مع وضع حد أقصى لكل سلطة مختصة لا يجوز لها أن تتجاوزها في تعاقداتها بالأمر المباشر، مع عدم جواز تكراره الأكثر من مرة واحدة في ذات السنة المالية، بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد، إلا في الحالات التي لا يجاوز فيها مجموع قيمة ما يتم تكراره من تعاقدات عن ذات العملية الحد الأقصى المقرر قانوناً.

وإذا كان من الممكن إبرام العقود الإدارية الوطنية بأسلوب الاتفاق المباشر فإنني لا أرى مانعاً من أن يتم ذلك أيضاً بالنسبة للعقود الإدارية الدولية وإن كان الأمر يقتضي أن يحاط ذلك بضمانات أكثر منعاً للإضرار بمصالح الخزنة العامة في مصر كأن تنحصر السلطة المختصة بإصدار قرار التعاقد بهذا الأسلوب في رئيس الوزراء.

### الفرع الثالث: مبررات التحكيم في العقود الإدارية الدولية

التحكيم كنظام بديل عن القضاء في تسوية المنازعات، وإن كانت له أهميته الخاصة بالنسبة للعقود الإدارية الوطنية، إلا أن تلك الأهمية تزداد اتساعاً حينما يتعلق الأمر بعقد إداري دولي، حيث أن تسوية نزاعات هذا العقد عن طريق التحكيم قد يكون شرطاً يفرضه الطرف الأجنبي لا ينعقد العقد بدونه.

وقد تقبل الدولة هذا الشرط على مضمض رغبة منها في الاستحواز على الاستثمارات الأجنبية التي أصبح استقطابها في العصر الحالي يحظى بمنافسة واسعة بين كافة دول العالم. وقد يكون اشتراط الطرف الأجنبي في التعاقد أن تتم تسوية منازعاته عن طريق التحكيم رغبة منه في عدم المثول أمام القضاء الوطني ربما لقلّة ثقته في القاضي الوطني لاستشعاره باحتمال تحيزه ضده محاباة للدولة التي ينتمي إليها.<sup>1</sup>

وقد زاد من مبررات تمسك الطرف الأجنبي في التعاقد باللجوء للتحكيم كبديل عن القضاء الوطني عدم وجود هيئة قضائية ذات اختصاص دولي لفض منازعات العقود الإدارية، حيث لا يمكن للطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارية أن يقف خصماً للإدارة المتعاقدة أمام محكمة العدل الدولية، حيث لا تختص تلك المحكمة سوى بالنظر في منازعات الدول.

<sup>1</sup> جلال وفاء محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، 1995، ص 12.

إضافة إلى ما تقدم فإن التحكيم يشكل وسيلة مثلى لفض منازعات عقود التجارة الدولية، لما يتسم به من قلة التكلفة وسرعة الفصل، إضافة إلى ما يتصف به حكم التحكيم من نهائية وعدم قابليته للطعن فيه.

وقد انتقد البعض بسط نطاق تطبيق القانون موضوعياً بحيث يشمل كافة أنواع العقود الإدارية استناداً إلى أن التحكيم إذا تعلق بعقود إدارية دولية يضع المنازعة في جل الحالات- إن لم يكن كلها- بين يدي محكمين أجانب يطبقون قانوناً أجنبياً، الأمر الذي يصبح أكثر خطراً عندما يتعلق التحكيم بعقود تتصل باستغلال الثروات الطبيعية، أو عقود الامتياز التي تتعلق بها، والتي قد تمتد سنين عدداً وتتصرف آثارها إلى الأجيال المقبلة، أو عقود تمس الأمن القومي مثل عقود التنمية ونقل التكنولوجيا، ففي كل هذه الأحوال يعتبر اللجوء إلى التحكيم خطراً لا يتناسب مع الفائدة المرجوة منه.

ذلك أنه إذا كان التحكيم يستهدف تشجيع الاستثمار، فلا يمكن أن يكون بلوغ هذا الهدف على حساب المصالح الوطنية العليا، مع الأخذ في الاعتبار أن نصيب دول العالم الثالث ومنها مصر من الاستثمارات الأجنبية لا زال ضئيلاً جداً.

وانتهى هذا الرأي رغبة منه في التقليل من مخاطر التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المتعلقة بمصالح الدولة العليا أو بالأمن القومي إلى تطلب أن تصدر الموافقة بتسوية منازعاتها عن طريق التحكيم بقرار من رئيس مجلس الوزراء، وذلك ضماناً لعدم إساءة استخدام التحكيم في مثل هذه العقود.<sup>1</sup>

وواقع الأمر أنني لا أوافق على وجهة النظر هذه مع تقديري لغيرتها على المصالح الوطنية، حيث أننا في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لا نكون مخيرين بين قبول تسوية منازعاتها عن طريق التحكيم من عدمه، لكون الطرف الآخر في هذه العقود- في الغالب الأعم- يشترط لإبرام العقد أن تسوي منازعاته عن طريق التحكيم لما يعلمه من ببطء للتقاضي أمام محاكم مجلس الدولة، بصورة لا تحتملها طبيعة مثل هذه العقود، مما يضعنا أمام أمر واقع أصبح عدم مسابرة يعني العزلة عن المشاركة في المنظومة الاقتصادية العالمية، والتي أصبح التحكيم أهم معالمها.

<sup>1</sup> جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الادارية - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 95.



## المطلب الثاني : حالات بطلان التحكيم وفقاً للمعاهدات والاتفاقيات الدولية

### الفرع الأول: حالات بطلان حكم التحكيم وفقاً لمعاهدة نيويورك لسنة 1958.

تكاد تكون النصوص المنظمة لعدم الاعتراف وعدم تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة أو الصادرة عن التحكيم في ظل اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية متطابقة مع الوضع في قانون التحكيم المصري، حيث أن واضعي هذا القانون وكنتيجة لانضمام مصر لهذه الاتفاقية كانوا حريصين كل الحرص على ألا تختلف أحكام قانون التحكيم المصري مع أحكام تلك الإتفاقية، وأن تكون متوافقة معها إلى ابعد حد ممكن، ولذلك فإنه وإن وردت بعض لاختلافات فإنها تكون بسيطة، وبصفة خاصة أن قانون التحكيم المصري قد جاء ليطبق على التحكيم الداخلي والدولية على حد سواء، في حين أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لا صلة لها بأحكام التحكيم الداخلية إذا كانت ستنفذ في نفس الدولة، وأيضاً لأنها لم تتعرض في نصوصها بصورة تفصيلية لمسألة البطلان وحالاته، فقد خولت الحرية للمشرع المصري تفصيلية لمسألة البطلان وحالاته، فقد خولت الحرية للمشرع المصري لتحديد تلك الحالات، ولم تتناول بصورة تفصيلية إلا مسألة رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، وذلك في مادتها الهامسة التي عدت الحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، وذلك في حالة ما إذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بحكم التحكيم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها التنفيذ الدليل على أن:

أ- أن أطراف الاتفاق على التحكيم كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية، أو أن الاتفاق على التحكيم غير صحيح وفق للقانون الذي أخضعه له الأطراف المحكّمون.

ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ حكم التحكيم ضده لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج- أن حكم التحكيم قد فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم، أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك فإنه يجوز تنفيذ الجزء من حكم التحكيم الذي كان خاضعاً أصلاً للتحكيم إذا أمكن فصله.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف المحكّمون، أو لقانون البلد الذي تم التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ- أن حكم التحكيم لم يصبح ملزماً للخصوم، أو أُلغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي صدر فيه أو بموجب قانونها حكم التحكيم.<sup>1</sup>

وفي حالة ما إذا رفضت السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بناء على:

- 1- أن قانون البلد لا يجيز الفصل في النزاع عن طريق التحكيم.
  - 2- أن في الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في هذا البلد.
- ومن خلال ذلك العرض يتضح لنا أن هذه الحالات هي التي قررها قانون التحكيم المصري كأسباب للطعن ببطلان حكم التحكيم، وإن زاد عليها في بعض الأحوال الخاصة ببطلان لاتفاق على التحكيم أو قابليته للإبطال، مما يؤكد على أن واضعي قانون التحكيم المصري قد استلهموا تلك الحالات من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.
- الفرع الثاني: حالات بطلان حكم التحكيم وفقاً لمعاهدة جنيف 1961:**

إتبع اتفاقية جنيف لسنة 1961 نفس أسلوب قانون التحكيم المصري لتحديد أسباب الطعن ببطلان حكم التحكيم، فأكدت في مادتها التاسعة على أنه: "يجب أن يكون بطلان حكم التحكيم مؤسساً على أحد الأسباب الآتية على سبيل الحصر:

- 1- نقص أهلية أحد أطراف الاتفاق على التحكيم وذلك طبقاً للقانون الواجب التطبيق.
- 2- بطلان الاتفاق على التحكيم طبقاً لأحكام قانون الإرادة أو قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.
- 3- عدم إعلان طالب البطلان بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو عدم تمكينه من إبداء دفاعه.
- 4- الفصل في مسائل لا يتضمنها الاتفاق على التحكيم أو تجاوز مضمون اتفاق أو شرط التحكيم.
- 5- مخالفة تشكيل محكمة التحكيم أو عدم مطابقة الإجراءات لما اتفق عليه الأطراف المحكّمون أو لما تنص عليه المادة الرابعة من الاتفاقية عند عدم وجود اتفاق بينهم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمود السيد عمر التحيوي: النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم - دراسة مقارنة - ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2011 ، ص 349.

<sup>2</sup> محمود السيد عمر التحيوي: النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم - دراسة مقارنة - ، مرجع سابق، ص 355. نقلا عن الجريدة الرسمية العدد رقم 30 الصادر في 27 يوليو سنة 1972.

ومن خلال عرض الحالات التي تضمنها معاهدة جنيف لسنة 1961 فإننا نجد أنها لا تختلف كثيراً عن الحالات التي تضمنها غيرها من المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، ولا تختلف كثيراً عن الحالات التي نص عليها كل من قانون التحكيم المصري، وقانون المرافعات الفرنسي، وهو ما يشير إلى شبه اتفاق على تلك الحالات على المستوى الدولي، مع ملاحظة وجود اختلافات يسيرة من اتفاقية لأخرى، ومن تشريع لأخر، وذلك نظراً لاختلاف الظروف واختلاف الأهداف المرجو تحقيقها من كل تشريع أو اتفاقية، وحيث سبق التعرض بالتفصيل لكل حالة من تلك الحالات عند عرض موقف قانون التحكيم المصري، فإننا تحيل في كل شرط سبق عرضه فيه، ونصت عليه معاهدة أو تشريع آخر لما سبق وقيل بصدده.

### الفرع الثالث: حالات بطلان حكم التحكيم وفقاً لقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985.

من خلال استعراض نص المادة (34) من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 يمكن معرفة حالات الطعن ببطلان حكم التحكيم في ظل هذه القواعد، مع ملاحظة أن هذه القواعد لا تتبع سبيل للطعن في حكم التحكيم إلا عن طريق الطعن بالبطلان، وهذه الحالات هي:

- 1- عدم أهلية أحد طرفي الاتفاق على التحكيم.
  - 2- عدم إعلان أحد الطرفين المحكمتين بتعيين أحد المحكمتين أو بإجراء من إجراءات التحكيم.
  - 3- تجاوز المحكمتين لحدود الاتفاق على التحكيم من حيث الموضوع.
  - 4- مخالفة الاتفاق على التحكيم من حيث تشكيل محكمة التحكيم أو من حيث إجراءات التحكيم.
  - 5- عدم قابلية النزاع للفصل فيه عن طريق التحكيم.
  - 6- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في الدولة المطلوب إليها تنفيذه فيها.
- وتدخل جميع هذه الحالات في إطار الحالات التي نص عليها قانون التحكيم المصري، مع وجود زيادة في إطاره، مما يوضح لنا أنه قد خول الطرف الذي أضر من حكم التحكيم الكثير

من الحالات التي تتيح له فرصة الطعن عليه بالبطلان، وذلك على عكس موقف المعاهدات الدولية، مثل: اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ومعاهدة واشنطن لسنة 1965 بشأن إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، وقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 والمعروفة بقواعد القانون النموذجي، ومعاهدة جنيف لسنة 1961.<sup>1</sup>

### **المطلب الثالث: تطبيقات التحكيم في عقود البوت BOT**

افرز الواقع الاقتصادي والقانون نوع جديد من العقود أصبح شائعا في الوقت الحاضر تسمى عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) وتتضمن بعض الأنواع المتشابهة الأخرى وبصورة عامة هذه العقود مهمة جدا في الدول التي تتجه نحو تحويل اقتصادها الى الاقتصاد الحر وفي الدول التي تسعى إلى التطور ولا تملك ميزانية كاملة ويكون الاعتماد في هذا النوع من العقود على القطاع الخاص الخارجي أو الداخلي.

وقد أثار إتباع هذا الأسلوب نقاش كبير بين الفقهاء القانونيين والاقتصاديين من حيث طبيعتها والآثار المترتبة عليه فمنهم من ذهب إلى انه شكل من أشكال العقود الإدارية بينما ذهب آخرون إلى انه نوع من عقود القانون الخاص. وفي هذا البحث الموجز نتطرق إلى تعريف بهذه العقود وطبيعته القانونية وأطرافها والحقوق والواجبات التي تترتب عليها. وبسبب أهمية هذا النوع من العقود والاختلاف في تحديد طبيعته القانونية ارتأينا أن نقرده له جزءا خاصا من الدراسة.

### **الفرع الأول: مفهوم عقد البوت BOT**

المقصود باصطلاح B.O.T البناء والتشغيل والتمويل، بمعنى أن يقوم القطاع الخاص بتمويل إنشاء مشروعات ذات نفع عام تحدها الحكومة أو شركة المشروع التي تقوم بتصميمه وبناءه وتملكه وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنوات تكون كافية لاسترداد ما تم إنفاقه على المشروع مع تحقيق أرباح مناسبة من عائدات تشغيله بمعرفة المستخدمين له، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أن تكون ملزمة بسداد أية تكلفة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 354.

<sup>2</sup> حفيظة السيد الحداد، : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، مرجع سابق، ص 150.

وهذه العقود تتطوي على فائدة متبادلة بين المستثمر صاحب امتياز استغلال المشروع والذي يحصل على ما يزيد عما أنفقه في إنشائه من عائدات التشغيل والحكومة مانحة الامتياز التي يمكنه هذا الأسلوب من إقامة مشروعات حيوية وضخمة دون أن تتحمل الخزنة العامة فيها بأية نفقات ترهقها لاسيما في الدول النامية.

إضافة إلى استفادة الحكومة من الخبرات المتميزة للقطاع الخص في إدارة واستغلال المشروع محل الامتياز حيث يتسم هذا القطاع بكفاءة تفوق أجهزة الحكومة في هذا المجال لتحرره من الروتين الذي يكبل العمل الحكومي ويعرقل مسيرته.

وقد طبقت الحكومة المصرية هذا النظام في الكثير من المشروعات العملاقة، التي كان من شأن قيامها بها منفردة إرباك الموازنة العامة، مثل مشروعات الطاقة ونقل التكنولوجيا.

وعقود البوت وإن كان الغالب منها تعقده الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى مع طرف أجنبي، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون الطرف الآخر في تلك العقود وطني، ومن ثم فإن عقد B.O.T وإن كان - في الغالب - يكون عقداً إدارياً دولياً، حيث يكون طرفه الآخر أجنبي، إلا أن هذا لا يعني أن يكون هذا العقد دولياً دائماً فقد يكون عقداً إدارياً داخلياً، إذا كان الطرف المتعاقد مع الإدارة طرف وطني.

#### \* الصفة الإدارية لعقود البوت:

العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة أو تسيير مرفق عام، وأن تظهر فيه نية الشخص المعنوي في الأخذ بأسلوب القانون العام في هذا العقد، وذلك من خلال تضمينه شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في العقود المدنية التي يتم عقدها في ظل أحكام القانون الخاص.<sup>1</sup>

ومن ثم فإن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا انطوى على ثلاثة عناصر تكاملية يؤدي تخلف أحدها إلى فقد العقد لصفته الإدارية، وأول تلك العناصر أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد وثانيها أن تتبع الإدارة بشأنه أسلوب القانون العام من خلال انطواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص.

ويتطبيق تلك الشروط على عقد البوت يتضح أنه عقد إداري حيث تكون الدولة أحد أطرافه، وتعلقه بمرفق عام حيث تنصب تلك العقود على مشروعات عامة مثل البنية الأساسية، إضافة

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 156 نقلا عن المحكمة الادارية العليا ، طعن رقم 3128 لسنة 35 ق

جلسة 1995/1/24.

إلى انطوائها على شروط استثنائية تفرضها الدولة المضيفة وتجعل منها شرطاً لقبول منح الامتياز تتمثل في الإجراءات أحادية الجانب وهي التي تتفرد الدولة باتخاذها حيال هذه العقود تحقيقاً للمصالح العام.

وبناءً على ما تقدم يمكننا القول بأن عقود البوت عقوداً إدارية دائماً، في حين أنها لا تكون ذات صفة دولية في جميع الأحوال، حيث يشترط لإسباغ هذا الوصف عليها أن يكون الطرف الآخر فيها أجنبي.

### أهمية عقود البوت B.O.T

تتمتع عقود البوت بأهمية كبيرة خاصة في الدول النامية التي تفنقر إلى القدرة على تمويل مشاريعها الاقتصادية وتسعى إلى التخفيف عن كاهل ميزانيتها بإنشاء وتشغيل بعض المرافق من قبل القطاع الخاص ونقل ملكيتها بعد فترة إلى الدولة. كما يحقق نظام البوت المزايا التالية:

1- أنها توفر للدولة مصادر تمويل إضافية للبنى التحتية من خلال مساهمة القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي مما يخفف عن كاهل الدولة ويسمح بتدفق الاستثمار الأجنبية.

2- تساهم مشروعات البوت في نقل التكنولوجيا والمهارات والخبرات التي يتمتع بها القطاع الخاص إذا ما كانت الشركة المتعاقدة من شركات القطاع الخاص الأجنبي.

3- تساهم مشروعات البوت في نقل مخاطر العملية الاقتصادية من الدولة إلى القطاع الخاص.

4- تساهم مشروعات البوت في عملية التحول إلى اقتصاد السوق وتقليل الاعتماد على النشاط العام الذي اثبت فشله في الكثير من الدول العربية، ولا شك أن سياسة الخصخصة التي يتبعها العراق اليوم تستدعي الاعتماد على هذه المشاريع خاصة في ضوء قلة الإيرادات وارتفاع مديونية الدولة.

على ن هذه المميزات لا تنفي وجود بعض المحاذير التي تكتنف هذه المشاريع والمتمثلة في أنه وبعد إنشاء هذه المشاريع يتم تحويل إرباحها إلى الخارج دون أي قيود.<sup>1</sup>

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا بأن عقد البوت لا يتمتع بالصفة الدولية إلا في حالة إبرامه بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام سواء كانت أشخاص عامة مرفقية أو أشخاص عامة إقليمية من جهة وبين أحد أشخاص القانون الخاص الأجنبية من جهة أخرى.

<sup>1</sup> من الجدير بالذكر أن الرسم الذي يتقاضاه الملتزم في عقود البوت في مصر لا يخضع للقواعد التي ينص عليها القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بعقود الالتزام وأهمها تلك التي تتعلق بتقييد حق الملتزم في صافي أرباح المرفق بنسبة 10 بالمائة فالأصل في عقود البوت هو استثناء الملتزم بكل أرباح المرفق فترة الامتياز.

وبتطبيق المعايير المحددة للصفة الدولية للعقود على عقد البوت الذي يكون طرفه الآخر أجنبي يتضح أنه من العقود الدولية، حيث ينطبق عليه المعيار القانوني لارتباط النظام القانوني لهذا العقد بأكثر من دولة، كما يتوافق هذا العقد مع المعيار الاقتصادي المحدد للصفة الدولية للعقود لما ينطوي عليه من انتقال لرؤوس الأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى.

### الفرع الثاني: جواز التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود البوت B.O.T

نظراً لأن الطرف الآخر في عقد البوت أجنبي، فإن ثقته في حيدة القضاء الوطني وعدالة القانون الداخلي - غالباً - ما تكون منعدمة، لذا فإنه يشترط أن تتم تسوية منازعات هذا العقد عن طريق التحكيم نظراً لما يتسم به من سرعة تتوافق مع الطبيعة الزمنية لتلك العقود. وتوافق الدولة المضيفة على هذا الشرط رغبة منها في تشجيع الاستثمارات الأجنبية على الدخول في مشروعات لن تستطيع هي القيام بها نظراً لضعف إمكانياتها المادية أو التقنية، إضافة إلى أن التحكيم ليس فيه اعتداء أو انتفاض من السيادة الوطنية على النحو السابق إيضاحه.

وقد أجاز المشرع المصري التحكيم في العقود الإدارية كافة دون تفرقة في هذا الشأن بين العقود الوطنية أو الدولية ومنها عقد البوت وذلك بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم 27 لسنة 1994.

إلا أن أجازة التحكيم في تلك العقود يخضع للقيود العام الذي أورده التعديل التشريعي للقانون رقم 27 لسنة 1994 من أنه بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك.

فإذا كان المشرع قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية إلا أن الحرص على المصلحة الوطنية التي قد يمس بها اللجوء إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم اقتضت أن يكون التصريح باللجوء إليه قاصراً على الوزير المختص أن من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة مع عدم جواز التفويض في ممارسة هذا الاختصاص استشعاراً من المشرع بخطورة وأهمية هذا الأمر.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> شادية ابراهيم مصطفى المحروقي واحمد محروس علي ناجي ، مرجع سابق ، ص 96.

راجع ايضاً : ثروت بنداري : النظرية العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص

### الفرع الثالث : أشكال عقد البوت:

من المهم عدم الخلط بين الشكل الرئيس لعقد البوت ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) والعقود المشابهة له والتي تتفق معه في كثير من العناصر، ومنها ما يلي:

#### أولاً : عقد B.O.O.T:

وهو اختصار للكلمات Build-Operate-Ownership-Transfer ويمكن تسميته بعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل. ويتضمن قيام الإدارة بمنح امتياز لشركة المشروع لبناء مرفق وتملكه وتشغيله لمدة معينة وبعد انتهاء هذه المدة يتم نقل ملكية المرفق إلى الجهة مانحة الامتياز بحالة ممتازة وقابلة للاستمرار.

وتتميز هذه الصورة عن الصورة السابقة في أنها تتيح للشركة ملكية المشروع مدة العقد في حين يكون المشروع للجهة الإدارية أثناء البناء والتشغيل في عقد الـ B.O.T.

#### ثانياً: عقد B.L.T

وهو اختصار للكلمات Build-Lease-Transfer ويمكن تسميته بعقد البناء والإيجار ونقل الملكية. ومضمون هذا العقد أن تقوم الشركة ببناء المشروع وتسنّجره من الدولة خلال فترة زمنية معينة تؤول بعدها الملكية إلى الدولة ويحصل المتعاقد خلال فترة العقد على إيرادات المشروع مقابل سداد القيمة الإيجارية المتفق عليها.

#### ثالثاً: عقد M.O.O.T

وهو اختصار للكلمات Modernize-Own-Operate-Transfer ويمكن تسميته بعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية. ويتضمن هذا العقد اتفاق الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة مع إحدى شركات القطاع الخاص على تحديث احد المشروعات مقابل تملك المشروع وتشغيله فترة معينة والحصول على إيرادات المشروع على أن يتم نقل ملكية المشروع في النهاية إلى الدولة أو الشخص المعنوي العام.



### رابعاً: عقد B.T.O

وهو اختصار للكلمات Bulid-Trasfer-Operate ويمكن أن نطلق عليه عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل ويعني قيام الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة بالاتفاق مع احد شركات القطاع الخاص على إنشاء احد المشروعات ثم نقل ملكيته للدولة أو ذلك الشخص المعنوي العام مقابل إبرام عقد جديد يتضمن إدارة وتشغيل هذا المشروع من قبل الشركة خلال المدة المتفق عليها مقابل الحصول على إيرادات المشروع.

#### الفرع الرابع : الطبيعة القانونية لعقود البوت

ثار بشأن طبيعة عقود البوت خلاف فقهي كبير فقد ذهب البعض إلى نفي الصفة التعاقدية عن مشروعات البوت في الوقت الذي ذهب البعض إلى أنها من قبيل عقود القانون الخاص وذهب آخرون إلى أنها ذات طبيعة خاصة بينما أكد الاتجاه الغالب على أنها عقود إدارية وهي امتداد وتطور لعقد الالتزام أو امتياز المرافق العامة.

#### أولاً: مشروعات البوت B.O.T

ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي في حقيقتها تنظيم اقتصادي وليس اتفاقاً أو عقد ويلزم لتنفيذه العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة.

وإذا كانت الاتفاقات الفرعية كثيرة ومتشعبة في عقود البوت كذلك التي تبرمها الشركة صاحبة الامتياز مع الموردين لتوريد الآلات والمعدات ومستلزمات التشغيل والاحتياجات المختلفة الأخرى. ومع المقاولين والخبراء والبنوك الممولة وشركات التأمين وأصحاب المصالح الخاصة من المساهمين. فإن هذه الاتفاقات ترتبط بالعقد الرئيسي بين الإدارة وشركة المشروع ولا تؤثر في الطبيعة التعاقدية لمشروعات البوت.

#### ثانياً: عقود البوت B.O.T من عقود القانونية الخاص:

ذهب الاتجاه الثاني من الفقه إلى أن عقود البوت هي من عقود الاستثمار الأجنبي وهي من عقود القانون الخاص التي تخضع للقانون المدني والتجاري وينعقد الاختصاص في شأنها للقضاء العادي ما م ينص في العقد على شرط التحكيم.

ويعتمد هذا الرأي على أن هذه العقود تقوم في الأساس على وجود حقوق والتزامات متوازنة بين طرفي العقد بحكم أن شركة المشروع غالباً ما تكون من القوة بحيث تفرض شروطها وتكون

ندا للدولة خاصة إذا ما كانت تلك الشركة أجنبية وعندئذ يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكم عقود القانون الخاص.

من جانب آخر فإن فكرة العولمة والخصخصة التي تسود العالم اليوم تفرض على الدولة أن تكون تعاقداتها كالأفراد دون تمييز لها لأنها أن تميزن بسلطاتها الاستثنائية فلن تجد متعاقدا يتعاقد معها ولديه القدرة التكنولوجي.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه بأن عقود البوت ما هي في الحقيقة إلا وسيلة للتمويل سواء أكان المرفق عاما أو خاصا أكثر منها عقودا لإدارة المرفق العام كما في عقد الالتزام.

### ثالثا: عقد البوت B.O.T ذو طبيعة خاصة

ذهب البعض إلى أن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة رغم أن لها جذور تتمثل في عقود الامتياز فإنها تتميز عنها لأن عقود البوت يتم إبرامها من خلال آليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة.

ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتور انس جعفر الذي يذهب إلى أن هذه العقود يتم إبرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين وأصبحت مفهوما جديدا في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها شركة المشروع.<sup>1</sup>

ويضيق انه لذلك يصعب وضع تكييف محدد ثابت لهذه العقود وإنما يلزم مراجعة كل عقد على حدة واما إذا كانت عناصر العقد الإدارية تتوافر فيه من عدمه توافرت عناصر العقد الإداري مكتملة كان العقد إداريا وإلا كان مدنيا.

ويؤيد هذا الاتجاه راية بمراجعات مجلس الدولة المصري الذي يعد بعض عقود البوت عقودا إدارية في حين عد بعضها الأخر عقودا مدنية.

### رابعا: عقود البوت B.O.T عقودا إدارية

ذهب الجانب الغالب من الفقه إلى القول بأن عقود البوت هي عقود إدارية، وهي امتداد لعقد الامتياز تحت مسمى جديد.

<sup>1</sup> مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 105 ، 110.

كون هذا العقد يحتوي على الشروط الواجب توافرها في العقود الإدارية، فالإدارة طرفاً فيه وهو يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تنظيمه أو تسييره، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

كما يخضع عقد البوت لمراجعة القضاء ما لم ينص العقد على شرط اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنه.

وإذا كان نؤيد هذا الاتجاه ونسلم بأن عقود البوت B.O.T هي تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة وأن القواعد التي تحكم عقد الالتزام تطبق على هذه العقود بالقدر الذي يتفق مع مضمونها.

فالعقد الامتياز وفق المستقر قضاء يتعهد به احد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستلائه على الأرباح. وفي هذا المعنى هناك الكثير من الاختلافات بين عقد الامتياز وعقود الـ B.O.T يمكن إيجاز بعضها بما يلي:

1. في الوقت الذي يتعلق عقد الامتياز بتقديم خدمة مباشرة للجمهور ويحصل الملتزم على مقابل هذه الخدمة من جمهور المنتفعين، فإن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) ليس بالضرورة أن يتم بتلك الصورة فغالبا ما تلتزم الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع.

2. إن بعض صور عقد البوت B.O.T كعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل ملكية B.O.T ، تمنح الشركة حق تملك المشروع في فترة تشغيلية ملكية تامة، وهذا يتعارض مع مضمون عقد التزام المرافق العامة حيث يبقى المرفق مملوك للدولة.

3. مع أن عقد البوت صورة متطورة لعقد الالتزام ويتعلق بنشاط مرفق عام، فإنه يتميز عنه في أن الدولة كثيراً ما تفتقد فيه امتيازها كسلطة عامة، وتقرط في منح شركة المشروع الكثير من المزايا التي تضعها في مركز الند من الدولة مما يحملها على الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتقاعدين.

وهو ما يفسر خلو الكثير من عقود البوت من الشروط الاستثنائية التي تمثل العنصر الثالث الذي يضيف الصبغة الإدارية على العقد.

ولعل تلك الطبيعة الخاصة بعقود البوت هي التي حملت المشرع المصري على النص في اغلب مشروعات البوت على عدم خضوعها الأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص

بالتزام المرافق العامة. ومن ذلك القانون رقم 100 لسنة 1996 الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم 3 لسنة 1997 في شأن منح التزام المرافق العم لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي الدولة.

فقد نص القانونين على أن لا تزيد مدة الالتزام على تسعة وتسعون سنة، أي أنهم لم يقيدا الإدارة بالمدة الواردة في القانون رقم 129 لسنة 1947 والتي لا تزيد على الثلاثين عاما.

### الفرع الخامس : أطراف عقد البوت B.O.T

تقوم مشروعات البوت على طرفين هما الجهة المانحة الالتزام أو الدولة والملتزم أو شركة المشروع.

#### أولا : الجهة مانحة الالتزام

يتم منح الامتياز في اغلب عقود البوت عن طريق الدولة ممثلة بالوزارات والمؤسسات والهيئات والأشخاص المعنوية العامة الأخرى إقليمية كانت أم مرفقية.

وليس في القضاء الإداري الفرنسي والمصري ما يمنع من أن تبرم أشخاص القانون الخاص عقود البوت باسم الإدارة ولحسابها. مع أن هذا الاحتمال قليلا ما يحصل في هذا النوع من العقود.

وبالنظر لخطوة وأهمية عقود البوت B.O.T فإن إبرامها في مصر يتم بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.<sup>1</sup>

ومن المهم الإشارة إلى أن ليس هناك ما يمنع من أن تكون الجهة المانحة للامتياز في عقود البوت شخص من أشخاص القانون الخاص. غير أن هذا العقد يكون حتما من عقود القانون الخاص ولو ابرم لتحقيق مصلحة عامة.

#### ثانيا : الملتزم أو صاحب الامتياز

يسمى الملتزم أو صاحب الامتياز في البوت - شركة المشروع - وهي الطرف الذي يلتزم بالبناء والتشغيل ونقل ملكية المشروع.

<sup>1</sup> من الجدير بالذكر أن قانون التزام المرافق العامة في مصر رقم 129 لسنة 1947 ينص في المادة الأولى على : ( أن يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وكذلك أي تعديل في الشروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة - العائدات - بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب ويكون تعديل ماعدا ذلك بقرار من الوزير المختص.)

وفي عقود البوت B.O.T لا يمكن النظر إلى شركة المشروع دون اعتبارها مجموعة أو اتحاد مالي ناتج عن العديد من التعاقدات التي تبرم في إطار العقد الرئيس مع المتعاقدين الآخرين.

كما تتضمن عقود البوت سلسلة من الإجراءات تتضمن دراسات جدوى وعمل رسومات وتقديم عطاءات وإقامة منشآت وتوريد آلات وأجهزة، ويساهم في تنفيذ هذا العقد الكثير من الخبراء والمستشارين، كما ويسبب ضخامة مشروعات البوت وضرورة توافر هذه الخبرات والأموال في إبرامها وتنفيذها نجد أن شركة المشروع غالبا ما تلجأ إلى التعاقد مع شركات ومنشآت متخصصة لتنفيذ التزاماته التي يتضمنها العقد الرئيسي.

وهذه التعاقدات أثارت بعض الإشكالات القانونية غير أن الاتجاه الغالب اعتبر هذه الشركات شركة واحدة وفي هذا المجال أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 17/11/1970 بأن: ((اتفاق مجموعة الشركات أو الكونسورتيوم يعتبر شركة فعلية وذلك على أساس أن المشروعات الثلاثة المجتمعة أو اتفاق الكونسورتيوم قد تم تكونه لتحقيق هدف مشترك يتلخص في انجاز عمل عام ومن ثم فإن كل مشروع من هذه المشروعات الثلاثة يستخدم إمكانياته المتاحة للوصول إلى النتيجة النهائية، هذا فضلا عن أن كل مشروع من هذه المشروعات يشارك في المكسب أو الخسارة التي قد يتمخض عنه الاتحاد)).

#### الفرع السادس : الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد البوت B.O.T

إذا أبرم عقد البوت فإنه يرتب جملة من الآثار على طرفيه المتعاقدين تتمثل في الحقوق والالتزامات يتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والتزامات التي تتمتع بها المتعاقد معها من جهة أخرى.

وعلى عكس ما هو مستقر في العقود الإدارية التقليدية فغن ما تملكه الإدارة من امتيازات ينحسر إلى حد كبير في مقابل ما تتمتع به شركة المشروع من امتيازات وضمانات بتأثير الطبيعة الخاصة لهذه العقود وفق ما تستعرضه باختصار.

#### أولا: حقوق الملتزم في عقد البوت B.O.T

يولد عقد البوت مجموعة من الحقوق والالتزامات يمكن إيجازها في ما يلي:  
\*الانفراد في استغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز. فلا يجوز لغير الملتزم أن يستغل هذا المرفق. وهذا ما يطلق عليه بالاحتكار القانوني وهو ما يحصل غالبا في المرفق العامة الاقتصادية التي لا تحتل المنافسة.

\* وإذا كان العقد من قبيل عقود البناء والتملك والتشغيل والتحويل (B.O.O.T)، فإن العقد يقوم على أساس تملك شركة المشروع لأصول المرفق ملكية تامة وخالصة بحيث يمكنها رهن أصول المشروع في هذه الحالة.

بغرض تمويله وهو الأمر الذي يتعارض مع مفهوم وجوه عقود التزام المرافق العامة والتي تفترض أن المرفق مملوك ملكية عامة للدولة أو على الأقل خاضع لهيمنة سلطة الإدارة.

\* تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال الأمانة لإدارة المرفق واستغلاله ويتضمن هذا الحق التزام الجهة مانحة الالتزام بمنح شركة المشروع التراخيص الأمانة لإنشاء المرفق وإدارته.

\* للشركة صاحبة الامتياز الحق في تقاضي المقابل المالي والمتمثل في الرسوم والعوائد التي يحصل عليها الملتزم من المنتفعين بخدمات المشروع أو المرفق، ويتم تحديد هذا المقابل بالاتفاق المسبق بين الإدارة وشركة المشروع.

وإذا كان هذا المقابل يتم الحصول عليه من جمهور المنتفعين أو المستخدمين في عقود الامتياز فإن الحال ليس كذلك دائماً في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، إذ أن التطبيقات الحديثة قد جرت على قيام الدولة بالالتزام بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع. \* ضمان التوازن المالي للعقد. تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو نقصان التزامات شركة المشروع، غير أن الشركة تملك في مقابل ذلك الحق في الحصول على التعويض العادل الذي يغطي ما لحق الشركة من خسارة وما فاتها من كسب.

وإذا كان المستقر في أحكام القضاء والفقهاء الإداريين أن التوازن المالي لقعد الامتياز لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات، وإنما يقصد ب هان مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة. فإن الرأي الراجح يذهب إلى أن نظرية التوازن المالي للعقد تتخذ بعدا جديدا أكثر تطورا في عقود البوت وتستهدف ليس فقط ضرورة التوازن بين التزامات الطرفين في العقد الإداري وإنما ضرورة تعادل هذه الالتزامات.

### ثانيا :واجبات الملتزم في عقد البوت B.O.T

ينشأ عن عقد البوت في مقابل حقوق شركة المشروع واجبات والتزامات يمكن عرض أهمها فيما يلي:

1-الالتزام بالقيام بإنشاء المشروع: وهو الالتزام الأصيل على الملتزم والذي دفع الإدارة إلى إبرام العقد لتجنب نفقات إنشائه.

وفي هذه المرحلة يكون للإدارة الحق في الرقابة على إنشاء الشركة للمرفق وتنفيذه وفق الرسومات والمواصفات المنصوص عليها في العقد والوثائق الملحقة به.

2- إدارة المرفق: ويتضمن هذا الالتزام حسن إدارة الشركة للمرفق وتقديمها بالأسعار المتفق عليها مع الجهة مانحة الالتزام والتي تقتضيه المصلحة العامة والمساواة بين جمهور المنتفعين.

3- عدم جواز نقل الالتزام: يتمثل هذا الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد وعدم جواز نقل الالتزام أو النزول عنه لأن عقد الـ B.O.T قائم على لاعتبار الشخصي وأي خروج على هذا الالتزام يبرر لجهة الإدارة إسقاط الامتياز.

4- التزام الشركة المتعاقدة بمدد تنفيذ المشروع: يعد التزام الشركة باحترام مدد التنفيذ من الالتزامات الجوهرية في عقود البوت B.O.T كما في عقود الالتزام عامة لتعليق هذا الالتزام بالمصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة.

5- الالتزام بنقل الملكية: الالتزام الجوهري الأخير في عقود البوت يتمثل في نقل ملكية المرفق أو المشروع للجهة مانحة الامتياز بعد انتهاء المدة المحددة وأن يكون المشروع بحلة جيدة وقابلة للاستمرار.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 116، نقلا عن عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم شرف، ص ص 143.

## الخاتمة

من خلال ما سبق نستنتج أنه يحكم التحكيم في العقود الادارية معيارين اثنين هما المعيار العضوي والمعيار المادي.

فالمعيار العضوي ينظر إليه من جهتين، من جهة أطراف التحكيم الإداري بحيث يكون أحدهما شخص معنوي عام المتمثل على وجه الحصر في الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، ومن جهة أخرى المختص في الفصل في النزاع التحكيمي المتمثل في شخص المحكم.

أما المعيار المادي فهو موضوع النزاع القابل للتحكيم الإداري والمتمثل في الصفقات العمومية وفي الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وأيضاً في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.

وحسب ما توصل إليه البحث نلاحظ أن المشرع الجزائري ضيق من نطاق التحكيم الإداري وحصره في مادة الصفقات العمومية فقط مقارنة ببعض الدول التي وسعت من مجاله وأصبح التحكيم الإداري ممكناً في جميع العقود الإدارية كالتشريع المصري.

كما أن المشرع الجزائري أقصى من مجال التحكيم عضو هام نشط في مجال الصفقات العمومية وهي المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وذلك على عكس القانون الفرنسي الذي أقر بموجب نصوص صريحة لجوء الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري للتحكيم بمختلف أنواعها كما أوردناها في معرض بحثنا.

أما بالنسبة لصور التحكيم فحبذا لو أن المشرع نص صراحة على التحكيم التأسيسي خاصة في مجال التحكيم الإداري نظراً لأهمية هذا النوع في تنظيم التحكيم وتعيين خبراء مختصين في مجال القانون الإداري عن طريق مركز تحكيم.

ولكن من جهة أخرى قد أصاب المشرع في إلغائه صورة التحكيم بالصلح التي كان منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية القديم والإبقاء فقط على التحكيم بالقانون في القانون الإجراءات المدنية الحالي، ذلك أن هذا النوع من التحكيم لا يستند إلى أي ضوابط قانونية، سوى اتفاق الأطراف حتى ولو كان منافياً لقواعد القانون، مما يجعل هذا التصور معرضاً لفكرة خصوصية وعدالة القانون الإداري واستناد قواعده إلى فكرة النظام العام.



ولقد تطرقنا إلى وصف الخلاف القائم على إمكانية التحكيم في النزاعات الإدارية فقها وتشريعا وقضاء فالمبدأ العام في فرنسا هو عدم جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لإنهاء النزاعات الإدارية التي تكون الإدارة طرف فيها، ذلك أن حظر اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية حسب مجلس الدولة الفرنسي هو مبدأ يتعلق بالنظام العام الداخلي ولا يجوز مخالفة هذا المبدأ إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز اللجوء إلى التحكيم الإداري.

والفقه قد نقسم بين مؤيد ومعارض لفكرة جواز اللجوء للتحكيم الإداري، فوجدنا أن الرأي القائل بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية يبين سبب المنع على التمسك بالنصوص القانونية، إلا أننا نرى بأن التمسك بحرفية النصوص، ليس أمرا مرغوبا فيه دائما بل يجب أن يكون هناك اجتهاد، ولا يقف القضاء أو الإدارة أمام حرفية النص، مكتوفا الأيدي حتى يصدر قانون يبين الحال في نطاق النزاعات الإدارية التي يمارس فيها القضاء الإداري دورا خلاقا في تطور مبادئ القانون الإداري، أما الرأي القائل بجواز اللجوء أي التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، فرأينا أنه يبين سبب الإجازة على ايجابيات التحكيم، وخاصة ايجابية سرعة إنهاء المنازعة والتي تحتاجه المقتضيات الاقتصادية بالمقارنة بالقضاء التي يأخذ في الفصل في المنازعة أمدا طويلا، إلا أنه يجب أن لا نسمح بأمر ما، بناء على أن الايجابيات الموجودة فيه فقط، بل يجب أن يجب أن يكون هناك توازن بين الايجابيات والسلبيات، ونخص أن الاتجاهين لم يعطيان حلا وسطا في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، كما إن كل اتجاه لم يستفد من المزايا التي لدى الاتجاه الآخر.

لذلك جاءت التشريعات المقارنة لتحسم المسألة وجاءت معظمها تجيز للإدارة اللجوء إلى التحكيم الإداري في درجة مجال معين ومحدد، وبينت شروطه وحالاته وإجراءاته.

وقد سائر المشرع الجزائري هذا التطور التشريعي ونظم التحكيم في المادة الإدارية واشترط إمكانية اللجوء إلى التحكيم شرط المبادرة من الجهة الإدارية المختصة، فلما كان القصد من إبرام العقد الإداري متعلق بالمصلحة العامة، وكان في شرط أو مشاركة اللجوء إلى التحكيم في النزاعات التي تنشأ أو نشأت عنه، قد يمثل خطورة على المصلحة العامة، فلاعتبرات عملية وتجنبنا لمخاطر ربما ترهق كاهل الدولة، كان ممن الواجب أن لا يتم اللجوء إلى التحكيم، إلا

بعد موافقة جهة غير الجهة التي تبرم التعاقد تقوم بدراسة العقد وموازنة الايجابيات والسلبيات، ويكون عند هذه الجهة المقومات التي تعطي من خلالها الموافقة للجهة الادارية اللجوء إلى التحكيم لإعطاء الموافقة الأولية، وحبذا لو استبدل المشرع الجزائري مصطلح المبادرة بمصطلح أكثر دقة من حيث الصياغة والأثر القانوني والمتمثل في شرط الموافقة الأولية، كما اتفق على تسميتها في التشريع الفرنسي والمصري.

أما بالنسبة لموضوع النزاع، فكونه عمل إداري يخضع لقواعد معينة فإنه من المفروض تطبيق القانون الإداري، حتى ولو نص المشرع على هذا الشرط، إلا أنه يعد مبدأ قضائي استقر عليه القضاء الفرنسي، وليس هناك فائدة في استبعاده لتطبيقه في خصومة التحكيم الإداري، ذلك أن العقد الإداري له طبيعة خاصة باعتباره يتصل دوماً بمرفق عام والمرفق العام أساساً يقوم على أداء خدمة عامة، الأمر الذي أدى إلى خضوعه لقواعد القانون الإداري وما يقوم عليه من مراعاة الجهة الإدارية للمصلحة العامة وإعطائها بناءً على ذلك الإباحة- في الحدود القانونية- في أن تمارس سلطتها.

وأكثر ما لحظناه من خلال بحثنا انه رغم إحالة المشرع الجزائري الإجراءات الخاصة بالتحكيم الإداري في تنظيمها إلى الإجراءات الخاصة بالتحكيم العادي، إلا أنه احترم قواعد الاختصاص القضائي ونص على أن إجراءات التحكيم تكون أمام الجهات القضائية الإدارية، وتطبق على الخصومة التحكيمية الإجراءات الإدارية وهو الأصل، إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على استبعادها في عقد التحكيم.

إلا أنه باعتبار التحكيم الإداري هو نظام قائم بذاته، فحبذا لو أن المشرع أفرد له نصوص قانونية خاصة، وتجنب الإحالة إلى قواعد التحكيم الخاص، باعتبار أن كلا النظامين مختلف عن الآخر من ناحية القانون الواجب التطبيق ومن ناحية طرق الطعن وتنفيذ أحكام التحكيم، ذلك أن استئناف الأحكام التحكيمية تكون أمام مجلس الدولة وليس المجلس القضائي، وتنفيذ حكم التحكيم لإداري يخضع لنفس قواعد تنفيذ القرار القضائي الإداري، ذلك أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم وسائل تجبر الإدارة على تنفيذ القرارات الصادرة ضدها، تصل إلى حد توجيه أوامر للإدارة.

ونستخلص أنه رغم الطابع الخاص لنظام التحكيم، إلا أنه عملاً بمبدأ ازدواجية القانون، فإن تطبيق القانون الإداري وإجراءاته على المنازعة محل الدعوى التحكيمية يفرض نفسه، خاصة على الصعيد المحلي، أما في التحكيم الدولي فيصعب تطبيق القانون الإداري لاختلاف الأنظمة القانونية من جهة ولتعارض المصالح بين الدول من جهة أخرى.

وفي الأخير يمكننا أن نجمل المقترحات التي ننهي بها هذه الدراسة في:

- يتعين على الدولة المتعاقدة ان تتحرى الواقعية والدقة في الدراسات الاقتصادية والفنية والمالية ودراسة مدى جدوى المشروع قبل التعاقد.
- يتعين على الدول المتعاقدة ان تعمل مع المتعاقد الاجنبي معها على حسن اختيار المحكمين الذين يفصلون في النزاع المعروض على التحكيم بحيث يكونون ممن يتوافقون على الكفاءة والخبرة والاستقامة والحياد لان الواقع العملي الذي جسده مختلف الاحكام التحكيمية اثبت وجود تعسف من جانب بعض المحكمين في الحلول التي انتهوا اليها.
- يتعين على الدول العربية المشاركة في المجمع والمؤتمرات الدولية المتعلقة بهذا الصدد وتوحيد رؤاها سالفاً حتى يتسنى لها ان تكون مساهماً فاعلاً ومؤتمراً لا مجرد تابع.
- يتعين على الدولة في العقود الادارية ذات الطابع الدولي وحفاظاً على المال العام التحقق من مدى توافر الاعتماد المالي اللازم للإيفاء على المشروع قبل الاعلان عن المناقصة وهذا تقادياً لعدم دفع مستحقات المتعاقدين الاجانب ومن ثم التأخر في تنفيذ الاعمال والذي سيلحق بالمال العام اضراراً لاسيما عندما يلجأ المتعاقد الاجنبي للتحكيم للمطالبة بالتعويض عن التأخر.
- يتعين على المشرع بعد نصه على امكانية ان يقوم المحكم بتفسير الحكم ان يقوم بتحديد اجل معين يتعين عليه اصداره خلاله وهو ما اغفله ، كما انه وفي ذات السياق يتعين على المشرع ان يحدد مدة يلتزم فيها المحكم بإصدار تصحيح الاخطاء المادية والاغفالات التي تشوبه.
- يتعين على الدول المتعاقدة في العقود الادارية ذات الطابع الدولي ان تولي عناية بالغة للصياغة التي يتم اعداد شرط التحكيم يسمح للطرف المتعاقد الاخر بالمراوغة والمماطلة.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أدرج التحكيم الإداري، و ذلك بموجب المادة 975 التي تنص على أن تطبيق أحكام التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام

الجهات القضائية الإدارية ، علما أن كلمة أحكام لا تعكس ترجمتها في اللغة الفرنسية و التي أساسها كلمة les règles ومعناها القواعد، و عليه فإن هذه المادة تعكس لنا عدم استقلالية التحكيم من ناحية المقر الذي يتم فيه تطبيق قواعد التحكيم و هي الجهات القضائية الإدارية علما أن التحكيم أساسه مبدأ سلطان إرادة الطرفين.

## قائمة المصادر و المراجع

أولا : المصادر:

1\_ القرآن الكريم.

2- الدساتير :

- الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل و المتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 افريل 2002 ، ج ر عدد 25 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 .

3- القوانين و الأوامر

\_ القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جريدة رسمية ، عدد 21 لسنة 2008 .

\_ الأمر رقم 44/75 ، المؤرخ في 17 يونيو 1975 ، المتضمن التحكيم الإداري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53 ، الأمر رقم 44/75 ، المؤرخ في 17 يونيو 1975 ، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات ، ج ر عدد 53.

\_ الامر رقم 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 اوت 2001 المتضمن تطوير الاستثمار ، ج ر عدد 47 بمقتضى القانون رقم 17/06 المؤرخ في 17 نوفمبر 2006 ، ج ر عدد 72.

ثانيا : المراجع

1- باللغة العربية

\* علاء محي الدين مصطفى ، محمد إبراهيم خيري ، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة ، مكتبة القانون و الاقتصاد ، الرياض ، 2014.

\* عبد الباسط محمد عبد الواسع ، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2014.

\* عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2014

- \* عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي والداخلي - في المواد المدنية والتجارية والادارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ، 8 لسنة 2000 دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2014 .
- \* معتز عفيفي ، نظام الطعن على حكم التحكيم ، دراسة معمقة في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء و تشريعه و لوائح هيئات التحكيم المقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية 2012.
- \* شادية إبراهيم مصطفى المحروقي ، أحمد محروس ، التحكيم في العقود الإدارية - دراسة مقارنة ، مكتبة القانون و الاقتصاد ، الرياض 2012.
- \* لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر، سنة 2012
- \* محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم - دراسة مقارنة - مكتبة الوفاء القانونية للنشر ، الاسكندرية، 2011.
- \* مازن ليلو راضي : العقود الادارية ، الطبعة الاولى ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011.
- \* اشرف محمد خليل : التحكيم في منازعات العقود الإدارية آثاره القانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.
- \* عبد الله عيسى: حكم التحكيم، منشأة المعارف، دون مكان نشر، 2009.
- \* سميرة الزعيم المنجد ، التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي ، منشورات الألفية الجديدة لبنان، 2008 .
- \* محمود مختار بربري : قانون المعاملات التجارية الالتزامات والعقود التجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- \* رضا السيد عبد الحميد: تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2007.
- \* فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007.

- \* عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية - دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحكام قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف للنشر ، الاسكندرية، 2006.
- \* سيد أحمد محمود: نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لكويتي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- \* حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية للنشر ، مصر ، 2004.
- \* نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 . 2004 .
- \* احمد سلامة بدر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2003
- \* شيماء محمد سعيد خضر: أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003
- \* حمد الله محمد حمد الله : النظام القانون لشرط التحكيم في المنازعات التجارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002
- \* يسرى محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2002.
- \* أحمد السيد صاوي: التحكيم، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، دون مكان النشر، 2002
- \* احمد ابو الوفاء: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- \* محمود مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1998.
- \* حفيظة السيد حداد: الإنفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.
- \* إبراهيم أحمد إبراهيم :التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997
- \* منير عبد المجيد : التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1997

- \*حمدي على عمر: التحكيم في عقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997.
- \* جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الادارية - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997
- \* حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996.
- \* جلال وفاء محمددين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 1995.
- \* عزيزة الشريف: التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- \* أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفضل المنازعات في مجال الاستثمار مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
- \* عزمي عبد الفتاح: قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990.
- \* أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988.
- \* سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الاداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
- \* عامر علي رحيم: التحكيم بين الشريعة والقانون، ، ط1، منشورات الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، بنغازي، 1987.
- \* عبد الحميد الاحدب: القضاء الإداري قضاء التعويض، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- \* \_\_\_\_\_ : التحكيم وثائق تحكيمية، مؤسسة نوفل ، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- \* اشرف محمد خليل : التحكيم في منازعات العقود الإدارية أثاره القانونية، دار الفكر العربي ، الإسكندرية، دون سنة النشر.
- \* ثروت بنداري : النظرية العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، دون سنة النشر.



\*محسن شفيق: اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية ، القاهرة ،  
دون سنة نشر.

2- باللغة الفرنسية:

\*D. Bedjoui Mohamed et Mebroukien Ali – **le nouveau droit de l'arbitrage international en algérie j-d-i**

\*D.Fouchard (P.H) l'arbitrage international on France in clunet . N° 2 ,  
1982.

\*René DAVID : " **l'arbitrage dans le commerce international** " paris  
economia 1982.

\*Jean robert : " **l'arbitrage droit interne , droit international privé** " ,  
Dalloz, 1993.

\*Ph .Fouchard ,Gaillard, Goldman ,**Traité de l'arbitrage commercial international** ,litec,1996 .

\* Serge Guinchard ,Monique Bandrac ,Xavier Lagarde, Mélina Douchy ,  
**Droit Processuel. Droit commun, du procès** ,Dalloz, 2001.

\*Ch .Jarrosson ,**la notion d'arbitrage**, LGDJ, 1987, No. 785 ; Ch .

\*Bertrand Moreau, **Arbitrage en droit interne** ,Rép .Pr .Civ .Dalloz,  
Avril 2004.

\* Loic,Cadiet, **Droit judiciaire privé**, troisième édition, 3<sup>e</sup> éd. 1993.

\*Jean-louis delvolvé ,**une véritable révolution...inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative)**, revue de l'arbitrage, 2007.

\*H.Motulsky ,**Études et notes sur l'arbitrage**, Dalloz. 1974.

\*G.Cornu ,**Présentation de la réforme** ,1980 .

### 3\_ الرسائل الجامعية:

\* سليمة بن بلقاسم ، التحكيم في منظمة تنسيق قانون الأعمال في إفريقيا OHAMA ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2012.

\* أحمد بن حاجة ، التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2006.

\* نبيلة عامرية ، تسوية المنازعات الناجمة عن العقود الاستثمارية البترولية عن طريق التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2012.

\* أحمد الشيخ قاسم: التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، 1991

\* سلامة فرس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، منشورة ، ط1، 1999.

\* علي رمضان بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1996

\* كنوني سهام ، الوسائل البديلة لحل النزاعات الإدارية : الصلح و التحكيم . مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، وزارة العدل ، الجزائر ، 2011.

\* بورزق زينب ، التحكيم الإداري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، وزارة العدل ، الجزائر ، 2013.

### 4- المجالات العلمية

\* أشرف محمد خليل : قوانين واتفاقات التحكيم في البلاد العربية، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، الصادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم، العدد 13، ديسمبر 2009.

\* وجدي راغب: هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الأول والثاني، مارس ويونيو 1993.

**5- المواقع الالكترونية:**

\*دويب حسين صابر عبد العظيم ، التحكيم في العقود الإدارية و عقود bot

[http: //slcont.uaeu.ac.qe/papres/ni/doib%20husin.pdf.p268](http://slcont.uaeu.ac.qe/papres/ni/doib%20husin.pdf.p268)

\* شريف يوسف خاطر ، التحكيم في مجال العقود الإدارية ، دراسة مقارنة بين القانونين

الفرنسي و المصري ،

[http://slconf.uaeu.ac/papers/n1/shrif20% Khatr.PDF.P298.299.](http://slconf.uaeu.ac/papers/n1/shrif20% Khatr.PDF.P298.299)

## الفهرس

الصفحة	العنوان
ا ب ج	مقدمة .....
6	الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للتحكيم.....
7	المبحث الأول: مفهوم التحكيم.....
7	المطلب الأول: تعريف التحكيم.....
7	الفرع الأول: التعريف اللغوي للتحكيم.....
8	الفرع الثاني: التعريف الشرعي للتحكيم.....
9	الفرع الثالث: التعريف الفقهي للتحكيم.....
11	الفرع الرابع: التعريف القضائي للتحكيم.....
12	الفرع الخامس: تعريف الأنظمة القانونية الوضعية لنظام للتحكيم.....
14	المطلب الثاني: خصائص التحكيم.....
14	الفرع الأول: شرط التحكيم وسيلة اختيارية.....
16	الفرع الثاني: التحكيم اتفاق.....
17	الفرع الثالث: التحكيم هو عمل المحكم.....
17	الفرع الرابع: التحكيم نظام او وسيلة قانونية.....
18	المطلب الثالث: شروط صحة إتفاق التحكيم الإداري.....
18	الفرع الأول: الشروط الشكلية .....
20-25	الفرع الثاني : الشروط الموضوعية .....
26	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وبيان أنواعه.....
27	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم.....
27	الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم.....
28	الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم.....
30	الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم.....

31	الفرع الرابع: النظرية المستقلة للتحكيم.....
32	المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم وغيره من المصطلحات المشابهة له...
34-32	الفرع الأول: التحكيم والصلح.....
35-34	الفرع الثاني: التحكيم والوساطة والتوفيق.....
42-35	الفرع الثالث: التحكيم والقضاء.....
42	المطلب الثالث: أنواع التحكيم.....
43-42	الفرع الأول: التحكيم الداخلي والخارجي او الدولي.....
44	الفرع الثاني: التحكيم البسيط و التحكيم مع التفويض بالصلح.....
45-44	الفرع الثالث: التحكيم الاختياري و الإجباري.....
47	<b>الفصل الثاني : النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية.....</b>
48	المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية.....
49-48	المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية الداخلية.....
49	المطلب الثاني :خصوم التحكيم في العقود الادارية الداخلية.....
52-49	الفرع الاول : تشكيل هيئة التحكيم.....
55-53	الفرع الثاني : إجراءات خصوم التحكيم.....
56	المطلب الثالث :أحكام التحكيم في العقود الإدارية.....
59-56	الفرع الأول: طرق الطعن في أحكام التحكيم.....
62-59	الفرع الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الإداري والاعتراف بها.....
63	المبحث الثاني: النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
66-63	المطلب الأول: ماهية العقود الإدارية الدولية.....
67-66	الفرع الأول : مفهوم العقد الإداري الدولي.....
70-67	الفرع الثاني : أساليب التعاقد في العقد الإداري الدولي.....
71-70	الفرع الثالث : مبررات التحكيم في العقود الإدارية الدولية.....
72	المطلب الثاني: حالات بطلان التحكيم وفق للمعاهدات والاتفاقيات الدولية.
73-72	الفرع الأول : حالات بطلان حكم التحكيم وفقا لمعاهدة نيويورك سنة 1958

74-73	الفرع الثاني : حالات بطلان حكم التحكيم وفقا لمعاهدة جنيف لسنة 1961 الفرع الثالث : حالات بطلان حكم التحكيم وفقا لقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة
75-74	.....1985
75	المطلب الثالث: تطبيقات التحكيم في عقود البوت .....
78-75	الفرع الأول : مفهوم عقد البوت B.O.T.....
78	الفرع الثاني : جواز التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود البوت B.O.T
80-79	الفرع الثالث : اشكال عقد البوت B.O.T.....
83-80	الفرع الرابع : الطبيعة القانونية عقود البوت B.O.T.....
84-83	الفرع الخامس : اطراف عقد البوت B.O.T.....
86-84	الفرع السادس : الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد البوت B.O.T.....
92-88	الخاتمة.....
100-94	قائمة المصادر والمراجع.....
104-102	الفهرس.....

## ملخص

لقد تطور التحكيم وأصبح هو القضاء الاساسي للتجارة الدولية بينما اصبح القضاء الوطني هو الاستثناء لان للتحكيم مميزات عدة منها السرعة والسرية إلا ان ميزته الاساسية والاهم هو انه قضاء دولي يتمثل فيه الطرفان بقاض يختاره هو بنفسه فإرادة الاطراف هي السمة الاساسية لذلك .

لذا فان التحكيم يلعب دورا مهما في الفصل في المنازعات بشكل عام التي منها منازعات العقود الادارية ، ففي كثير من الدول نصت قوانين التحكيم الى جواز اللجوء للتحكيم في العقود الادارية ففي فرنسا مثلا يتم اللجوء للتحكيم في بعض العقود الادارية كعقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية وكذلك العقود المبرمة مع الشركات الاجنبية .

كما ان هناك غرنا وهيئات تحكيمية على المستوى الدولي تصدر قرارات تحكيمية في منازعات العقود الإدارية واقترن ازدهار التحكيم واتساع افاقه في العقود الادارية ذات الطابع الدولي بنمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الاشخاص الاجانب والدولة ، بعد ان عجزت التي تقتصر على الادخار الوطني فيها وعائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجة المتزايدة لرؤوس الاموال التي تستلزمها خططها التنموية .