

مدى صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية الدولية وآثاره Applicability and effects of arbitration within the scope of international administrative contracts



طالبة الدكتوراه/ زينب سالم⁽¹⁾

جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر

zins5555@yahoo.fr

الأستاذة/ حورية لشهب

جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر

ziasam80@gmail.com

تاريخ القبول للنشر: 2018/12/03

تاريخ الاستلام: 2018/11/10



الملخص:

يعد التحكيم من أهم الوسائل والطرق البديلة لحسم المنازعات، وقد أثار اللجوء له في نطاق العقود الإدارية الدولية جدلا واسعا على المستوى الفقهي والقضائي بين مؤيد ومعارض و لكل منهما حججه وأسانيده، لينتهي هذا الجدل بإقراره من طرف المشرع بسبب التحولات الاقتصادية الجديدة ومتطلبات التجارة الدولية، ورغبة الدول النامية في تشجيع الاستثمار الاجنبي بإجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

و بذلك يترتب على إقرار اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية منع جهات القضاء من النظر في النزاع الذي يدخل في اطار التحكيم وتطبيق القانون الذي اختارته الاطراف على المنازعة المطروحة للتحكيم. الكلمات المفتاحية: التحكيم، العقد الإداري الدولي، النزاع، القانون، القضاء.

Abstract:

Arbitration is one of the most important alternative means and methods for resolving litigations. The use of arbitration within the scope of international administrative contracts, between supporter and opponent, has generated wide debate on the jurisprudential and judicial levels, each one with its own arguments and convictions.

This argument ends with the legislator's approval of such arbitration; due to new economic changes and requirements of international trade, and the will by developing countries to encourage foreign investment by granting arbitration in international administrative contracts.

Thus, the adoption of the arbitration agreement in international administrative contracts would result in prevention of the courts from considering the litigation occurring within the arbitration framework; application of the law chosen by the parties about the exposed argument.

Key words:

Arbitration - International Administrative Contract – Litigation - Law – Judiciary.

مقدمة:

يعتبر القضاء طريق طبيعي لفض المنازعات ووسيلة لإقرار العدل في المجتمع بين الأفراد، ولكن مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية نتيجة للتحويلات الاقتصادية التي يشهدها هذا العصر، أخذت تنشأ إلى جانب هذا القضاء وسائل أخرى اختيارية يلجأ الأفراد إليها باختيارهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بدلا من لجوئهم إلى القضاء، كالتحكيم والمصالحة والتوفيق والوساطة.

إلا أن موضوع التحكيم هو الذي حظي باهتمام بالغ لم يسبق له مثيل على كافة المستويات، فأبرمت بشأنه العديد من الاتفاقيات الدولية، وأنشئت له مراكز للتحكيم دائمة ذات طابع دولي. واهتم المشرع في مختلف الدول بموضوع التحكيم، فعمل على تنظيمه، وبيان قواعده، وتيسير أحكامه، وصار التحكيم جائزا في الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية. وعلى المستوى الفقهي حظي موضوع التحكيم باهتمام بالغ من جانب الفقه، فعقد من أجله المؤتمرات والندوات، وكثرت فيه المؤلفات.

وعلى الجانب العملي فإن المستثمرين الأجانب في المختلف الدول يميلون عند إبرام عقود يكون أحد أطرافها شخصا عاما إلى محاولة التخلص من قواعد القانون الداخلي وذلك لتجنب المخاطر الناجمة عنه، ويفضلون النص على آليات التسوية التي تؤدي إلى اخراج العقد من نطاق القضاء الوطني وخضوع النزاع بشأنه للتحكيم. وقد تضرر الدولة أو أشخاص القانون العام الأخرى إلى قبول التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية، حيث يعد ذلك مطلبا مهما للمتعاقد مع الإدارة، الذي يكون في الغالب شخصا أجنبيا طبيعيا أو معنوياً.

ولما كان التحكيم يرتكز على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع وفقا للقانون الذي يتفق عليه الخصوم، هنا نطرح الإشكاليات الآتية ما مدى إمكانية جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟ وما هو موقف كل من التشريع والفقه والقضاء في فرنسا ومصر والجزائر من مسألة تطبيق التحكيم في نطاق العقود الإدارية الدولية؟ وكيف نظمت القوانين والاتفاقيات الدولية التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟ وما هي الآثار التي تترتب على إقرار التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟

ولقد اعتمدنا في هذه الدراسة المنهج الوصفي و المنهج التحليلي في دراسة وتحليل مختلف قوانين التحكيم وكذا الأحكام القضائية والآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع، كما اعتمدنا على المنهج المقارن من خلال

عرض نصوص قوانين التحكيم في فرنسا ومصر والجزائر، إضافة إلى أحكام القضاء فيها. ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى بيان مدى امكانية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية الدولية وتحديد آثار تطبيقه على هذا النوع من العقود، وعرض النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية والدولية و تقييمها واستخلاص أهم الميزات ومكان من الضعف والقوة فيها.

المبحث الاول

مفهوما التحكيم والعقود الإدارية الدولية

للتحكيم دور هام في حسم المنازعات التي تنشأ في مجال التجارة الدولية حيث امتد ليشمل أنواعا من المنازعات لم يكن ليشملها من قبل ومن بينها العقود الإدارية تلك العقود التي تكون الدولة والاشخاص الاعتبارية أطرافا فيها والتي لم يكن يتصور أن تقبل الدولة ترك حسم منازعاتها للتحكيم، كما شمل التحكيم أيضا العقود الإدارية الدولية المبرمة بين الدولة والمتعاقد الأجنبي، و سنحدد مفهوم كل من التحكيم والعقود الإدارية الدولية من خلال المطليين الآتين:

المطلب الاول: مفهوم التحكيم

إن بيان مفهوم التحكيم يقتضي تحديد تعريفه وعرض أنواعه وصوره، وهذا ما سنتناوله من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الاول: تعريف التحكيم

التحكيم مصدر حَكَمَ بتشديد الكاف مع الفتح، والتحكيم في اللغة⁽¹⁾ يعني اطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير؛ لهذا يقال حكم الخصمان فلانا إذا جعلنا له النظر في منازعتهم، ومن يفوض إليه النظر في التحكيم يسمى محكما أو محكما إليه بينما يسمى الخصم محتكما. و التحكيم اصطلاحا هو ما يقوم به أطراف متنازعة من عرض مسألة النزاع ليتم الحكم فيها من فرد محايد أو مجموعة من الأفراد، فهو تسوية نزاع بين فريقين على يد فرد يكون حكما أو هيئة محكمة⁽²⁾.

ولقد وضع فقهاء القانون عدة تعريفات للتحكيم، فذهب CHALES JARRSON إلى أن التحكيم هو النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف⁽³⁾. بينما ذهب AUBY إلى أن التحكيم عبارة عن اجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه، ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزما⁽⁴⁾. وعرف بأنه "تقنية تهدف إلى إعطاء الحل لمسألة تهم العلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص بوساطة شخص أو عدة أشخاص آخرين (محكم أو محكمين) يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص يشكل القاعدة التي تركز عليها تلك السلطة، دون أن توليهم الدولة تلك المهمة"⁽⁵⁾. وعرفه آخرون بأنه: "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة وإما عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها"⁽⁶⁾.

وعرف التحكيم أيضا بأنه: "سلطة اللجوء إلى إجراءات التحكيم أو استبدال قضاء الدولة بالمحكمن، وذلك بالمخالفة لقواعد توزيع ولاية القضاء في الدولة، بناء على اعتراف النظام القانوني بنظام

التحكيم وتنظيم قواعده بصدد النزاع أو المنازعات المحددة في اتفاق التحكيم، سواء ورد هذا الاتفاق كشرط في عقد معين يذكر في صلبه فيسمى شرط تحكيم لعرضه على شخص معين أو أشخاص معينين يختارون بواسطة الأطراف ذوي الشأن، أو تعيينهم المحكمة في بعض الأحوال للفصل فيه بحكم حاسم بين الخصوم أنفسهم، بدلا من المحكمة المختصة⁽⁷⁾.

وعرفه البعض الآخر بأنه: "أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها، ينبي على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع"⁽⁸⁾. ونحا البعض إلى تعريفه بأنه: "مجموعة من الأعمال الاجرائية المتتابعة، تبدأ باختيار المتنازعين طرف محايد-شخصا أو هيئة- توكل له مهمة الفصل في النزاع بموجب اتفاق بينهما على أن يقبل هذا الطرف هذه المهمة ويتحرى واقع النزاع وقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه، وينتهي بحكم يجسد القانون أو العدالة"⁽⁹⁾.

مما تقدم يمكن القول أن التعريفات السابقة للتحكيم وإن اختلفت عباراتها هي متقاربة ومعناها واحد. وإن كان من الصعب أن نقدم تعريفا جامعا مانعا للتحكيم بعيدا عن الانتقادات فإن تعريفنا للتحكيم هو أنه: " نظام قانوني يمثل قضاء وعدالة من نوع خاص خروجا عن الأصل العام بإرادة من المشرع وضمن الحدود التي يرسمها، وفق إجراء اختياري يتم بموجبه سحب الاختصاص من محاكم الدولة ويرتكز على اتفاق مكتوب، بمقتضاه يعهد إلى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين للفصل في نزاع قائم أو محتمل أن يقوم بينهما بحكم ملزم".

الفرع الثاني: صور التحكيم وأنواعه:

يتخذ التحكيم إحدى صور ثلاث، أولها صورة الشرط حيث يرد ضمن نصوص العقد الإداري الدولي ويتعهد بمقتضاه الطرفان قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشأن هذا العقد⁽¹⁰⁾. و الصورة الثانية هي المشاركة وتكون في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي⁽¹¹⁾ إذا عقدت تنفيذا لشرط تحكيم سبق الاتفاق عليه قبل النزاع وفي هذه الحالة تكون وظيفة مشاركة التحكيم استكمال العناصر اللازمة لإعمال هذا التحكيم والمسائل المتعلقة به من تحديد هيئة التحكيم وتعين النزاع الذي يطرح عليها والمسائل المتعلقة بالإجراءات، أو بالقواعد الموضوعية التي تتخذ أساسا لحكم التحكيم⁽¹²⁾. وتتمثل الصورة الثالثة في شرط التحكيم بالإحالة، والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، وإنما اكتفت الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم، أو عقد نموذجي، أو وثيقة فيها شروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعترى عقدهم الأصلي، وكان العقد النموذجي أو تلك الشروط العامة تتضمن شرط التحكيم وفي هذه الحالة ينسحب أثر الشرط إلى العقد الأصلي بطريق التحكيم دون أن تستطيع الأطراف التنصل من ذلك بدعوى استقلال العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحال إليها والمحتوية على شرط التحكيم⁽¹³⁾.

وللتحكيم أنواع متعددة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه، فمن حيث مدى حرية الأطراف في اللجوء إليه من عدمه يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم إجباري وتحكيم اختياري، ومن حيث مدى سلطة المحكمين

في الفصل في النزاع المطروح عليهم يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم بموجب القانون وتحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف، ومن حيث كيفية إدارته يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، ومن حيث النظام القانوني الذي ينتمي إليه يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي خاص وتحكيم دولي عام.

المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري الدولي

العقد الإداري الدولي هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من ناحية، ومقومات العقد الدولي.

الفرع الأول: الصفة الإدارية

يكاد يجمع الفقه⁽¹⁴⁾ والقضاء على أسباب الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرفاً فيه، و اتصل بنشاط مرفق عام، وتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وسوف نتناول هذه العناصر على النحو الآتي:

أولاً: الإدارة طرف في العقد

هو الشرط الأول في معيار تمييز العقود الإدارية، لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية ينبغي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، أي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.

ثانياً: اتصال العقد بمرفق عام

إن اشتراط أن يكون العقد ذا صلة بالمرفق العام مسوغه الحقيقي أن مبادئ القانون الإداري تقوم على أساس فكرة المرفق العام؛ ذلك لأن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام وإطراد هي وحدها التي تعطينا المسوغ الواضح، لما يحتويه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص⁽¹⁵⁾، ولما يتميز به النظام القانوني للعقود الإدارية.

للمرفق العام مدلولان فقهيان أولهما: المدلول العضوي ويقصد به المنظمة أو الجهاز الإداري الذي يمارس نشاطاً عاماً تابعاً للدولة. وتعرف المرافق العامة وفق هذا المدلول بأنها الهيئات أو المشروعات التي تعمل بإطراد وانتظام تحت إدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية الأخرى المباشرة أو تحت إدارتها العليا؛ لسد حاجات الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة. ثانيهما المدلول الموضوعي ويقصد به النشاط الذي يصدر عن الشخص الإداري وبذلك ينصرف مفهوم المرفق العام وفق هذا المدلول إلى كل نشاط تباشره الدولة، أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه، ويستهدف تحقيق النفع العام، فهو نشاط تقوم به الحكومة مباشرة أو يقوم به ملتزم تحت إشرافها.⁽¹⁶⁾

تعرف المرافق العامة وفقاً للمدلولين معاً بأنها كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها، أو يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة، ورقابتها، وإشرافها؛ بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور⁽¹⁷⁾. أما نحن فنؤيد التعريف المبسط للمرفق العام بأنه "مشروع يقوم على تحقيق نفع عام، وتديره الدولة بوسائل القانون العام من دون وسائل القانون الخاص".

كما يأخذ اتصال العقد الإداري بالمرفق العام صوراً عديدة، وإن كانت كلها تدور حول إنشاء المرفق، وتسيير نشاطه، فقد يكون الهدف من إبرام العقد الإداري إنشاء مرفق عام على النحو المتمثل في عقود

الأشغال العامة، وقد يأخذ اتصال العقد الإداري بالمرفق العام صورة أخرى تتمثل في الإسهام في إدارته كما هو الحال في عقود الامتياز التي يشارك فيها المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق العام مع احتفاظ الإدارة بحق السيطرة على المرفق العام. وأخيراً قد يتعلق العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة بتسيير المرفق العام كما في حالة عقود التوريد التي يتعهد فيها المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف خاصة تحتاجها الإدارة في تسيير المرفق العام⁽¹⁸⁾.

ثالثاً: تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص

تعرف الشروط الاستثنائية بأنها كل شرط سيكون باطلاً لو أدرج في عقد من عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام⁽¹⁹⁾. كما عرفت أنها تلك الشروط التي تتجاوز مبدأ الحرية التعاقدية ليمنح أحد الطرفين حقوقاً والتزامات لا يتصور أن توجد في عقود القانون الخاص إما لاصطدامها بفكرة النظام العام بحسب مفهومها في نطاق العلاقات الخاصة ومن ثم تكون غير مشروعة في إطار هذه العلاقات، وإما؛ لأنها وإن لم تكن في ذاتها محرمة، نادراً ما تستهدف عقود الأفراد الخاصة نفعاً عاماً بل تستهدف نفعاً خاصاً⁽²⁰⁾. وتقسم الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص إلى شروط تتضمن امتيازات للإدارة، الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، الشروط غير المألوفة في عقود الأفراد، الشروط المتعلقة بالقانون العام.

وقد ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى الاكتفاء باحتواء العقد على الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، للقول بأن العقد اداري حتى ولو كان منبث الصلة بالمرفق العام. وأياً كان الأمر حول صحة هذا الاتجاه فإن القضاء الفرنسي مستقر من حكم الزوجين بارتان على هجر المعيار المزدوج والأخذ بالمعيار التخييري بمعنى أن العقود تكون ادارية متى كان موضوعها اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام حتى ولو خلا من الشروط الاستثنائية، كما يعتبر العقد إدارياً متى تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص حتى ولو لم يتصل بمرفق عام. وبالنسبة للقضاء المصري فإن أحكامه وعلى رأسها قضاء المحكمة الادارية العليا تحرص على توافر العناصر الثلاثة مجتمعة وهي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، أي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.

الفرع الثاني: الصفة الدولية

اختلف الفقهاء والقضاء بشأن المعايير التي يكتسب بها العقد الصفة الدولية، فذهب جانب إلى تبني المعيار القانوني، وذهب جانب آخر إلى تبني المعيار الاقتصادي، وذهب جانب ثالث إلى تبني المعيار المختلط وسوف نعرض لهذه المعايير المختلفة بشيء من الإيجاز.

أولاً: المعيار القانوني

يقوم هذا المعيار على فكرة مؤداها أن العقد يعد دولياً فيما لو اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد، أو بمعنى آخر العقد الدولي هو الذي تنطوي فيه الرابطة العقدية على عنصر أجنبي واحد أو أكثر، سواء كان هذا العنصر هو أطراف العلاقة أو المال بموقعه، أو التصرف بمحل إبرامه أو تنفيذه⁽²¹⁾.

وقد تعرض هذا المعيار لانتقاد شديد لأنه يتسم بالجمود، ويعتبر العقد دوليا مجرد أن يتوافر في الرابطة القانونية عنصر أجنبي، بغض النظر عن ثقل هذا العنصر، أو أهميته داخل الرابطة العقدية⁽²²⁾. لذلك حاول الفقه الحديث من مؤيدي هذا المعيار تلافي هذا النقد عن طريق التفرقة بين العناصر المؤثرة في العقود، والتي تكسبها الصفة الدولية، وبين العناصر غير المؤثرة في مثل هذه العقود. وقد اعتبر الفقه الحديث أن عنصر محل التنفيذ، وعنصر اختلاف موطن المتعاقدين، تعد من العناصر المؤثرة، والحاسمة في اكتساب العقد للصفة الدولية⁽²³⁾. ومما سبق نخلص إلى أن المعيار القانوني هو اتصال الرابطة العقدية بنظام قانوني أجنبي من خلال عنصر مؤثر في هذه الرابطة⁽²⁴⁾.

ثانيا: المعيار الاقتصادي

يعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا استتبع العقد عملية مد وجزر لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول، ينتج عنها روابط تبادلية بينهم، مثل العقود التي تتضمن استيرادا للمواد الخام وتصديرا لرؤوس الأموال⁽²⁵⁾. وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار في حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية وقررت فيه: "أن العقد يعتبر دوليا متى ترتبت عليه مدفوعات دولية، ولو كان خاليا من العنصر الأجنبي، ويعتبر العقد داخليا إذا لم يترتب عليه مدفوعات داخلية"⁽²⁶⁾.

الحالة الثانية: يعد العقد دوليا وفقا لأنصار هذا المعيار إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية اتصالا وثيقا، ولقد أيدت ذلك محكمة COLMAR حيث ذهبت للقول بأن العقد يعد دوليا متى تعلق بمصالح التجارة الدولية⁽²⁷⁾.

الحالة الثالثة: يعد العقد دوليا إذا تعدى بأثاره وتبعاته إلى خارج حدود الدولة، وبالتالي فخرج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ في الاعتبار عند تحديد دولية هذا العقد⁽²⁸⁾.

ثالثا: المعيار المختلط

يجمع هذا المعيار بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي في معيار واحد، فيستلزم توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية مع تعلقها في نفس الوقت بمصالح التجارة الدولية. وقد أيد القضاء الفرنسي الحديث هذا الاتجاه خاصة في عقود الوكالة الدولية التي تتم بين شركة أجنبية ووكيل لتوزيع منتجاتها في بلد أجنبي⁽²⁹⁾.

ونؤيد الاتجاه الذي يأخذ بهذا المعيار، وذلك لأن معظم العقود الإدارية الدولية يترتب عليها انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود وعلى الرغم من أن عنصر انتقال القيم الاقتصادية هو عنصر جوهري في تحديد دولية العقد إلا أنه عنصر منقوص، لأنه يركز على نتيجة العملية التجارية فقط وأثرها الاقتصادي، ويهمل أساس العملية، وهو التصرف القانوني، فانتقال القيم الاقتصادية من بلد لآخر لا يكون إلا نتيجة لتصرف قانوني سبق هذا الانتقال.

وعلى ما تقدم يمكن أن نعرف العقد الإداري الدولي بأنه عقد يبرم بين جهة الإدارة من ناحية، وبين شخص أجنبي من ناحية أخرى يهدفان من خلاله إلى انتقال القيم الاقتصادية المالية عبر الحدود، وإقامة منشأة لها طابع الدوام أو استثمارات ضخمة في أحد المرافق العامة، ويتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني

الاتجاهات المعارضة والمؤيدة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

أثير خلاف حول امكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، حيث ظهر اتجاهان أحدهما ذهب إلى جواز لجوء الإدارة والأشخاص العامة إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ عن هذه العقود من منازعات، في حين ذهب اتجاه آخر إلى عدم جواز لجوء الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها للتحكيم، و ساق كل من الاتجاهين العديد من المبررات والأسانيد التي تؤكد رأيه، وسنتناول هذين الاتجاهين من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى استبعاد المنازعات التي تكون الدولة أو مؤسسة أو هيئة عامة طرفاً فيها من امكانية الاتفاق التحكيم بشأنها، وقدموا في ذلك أسانيد وحججاً، ودعمت هذا الاتجاه احكام قضائية ونصوص قانونية، وسنعرض ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: التشريعات المعارضة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

كان القانون الفرنسي يحظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية⁽³⁰⁾، وتتمثل النصوص التشريعية التي تضمنت هذا الحظر في نصي المادتين 1004 و 83 من قانون الاجراءات المدنية الصادر عام 1806، حيث نصت المادة 1004 منه على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يجب ابلاغها للنيابة العامة⁽³¹⁾، ونصت المادة 83 على المنازعات الواجب ابلاغها للنيابة العامة وهي تلك المتعلقة بالنظام العام والدولة والدومين والبلديات والمؤسسات العامة⁽³²⁾. ثم ألغيت المادتين 1004 و 83 بموجب المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 5 جويلية 1972 و حلت محلها، ونصت على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة (...). وفي المنازعات المتعلقة بوحدة الادارة العامة، أو بالمؤسسات العامة، وبوجه عام جميع الموضوعات التي تمس النظام العام"⁽³³⁾.

أما بالنسبة للقانون المصري كان المبدأ العام المقرر في موضوع التحكيم منذ صدور أول تقنين لقانون المرافعات المختلط سنة 1875 وقانون المرافعات الأهلي سنة 1883 هو حفظ التحكيم في قضايا الحكومة، واستمر الوضع كذلك لغاية صدور القانون رقم 25 لسنة 1912 والذي أجاز للحكومة ومصالحها اللجوء الى التحكيم في منازعات الأشغال العمومية والتوريدات والامتيازات على وجه العموم⁽³⁴⁾.

وبعد انشاء مجلس الدولة المصري 1946 صدر قانون المرافعات الموحد رقم 77 لسنة 1949 ونظم التحكيم في 33 مادة غير أنها لم تفرد نصاً يفيد إجازة أو حظر التحكيم في عقود الدولة⁽³⁵⁾، ثم صدر قانون

المرافعات رقم 13 لسنة 1968 والذي نصت المادة 501 منه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"⁽³⁶⁾.

و في محاولة لإنهاء الخلاف حول جواز التحكيم في العقود الادارية الذي خلفه عموم وعدم وضوح التشريعات السابقة الذكر أصدر المشرع المصري بتاريخ 18 ابريل 1994 قانون رقم 27 بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية تنظيماً شاملاً لهذا النظام القانوني لتسوية المنازعات، وذلك بعد إلغائه للمواد من 501 إلى 513 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1986 والمتعلقة بتنظيم التحكيم، حيث نصت المادة الأولى منه على: "مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً ويجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه إلى أحكام هذا القانون". ولكن هذا النص جاء عاماً ولم يحسم الخلاف بصفة قطعية.

الفرع الثاني: الأسانيد الفقهية المعارضة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

استند الفقه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية إلى مجموعة من الحجج والأسانيد نرصد منها الآتي:

أولاً: تعارض التحكيم في العقود الإدارية الدولية مع سيادة الدولة:

إذا كان التحكيم مقبولاً بالنسبة لمنازعات الأفراد بين بعضهم البعض، فإنه غير مقبول بالنسبة إلى العقود الإدارية سواء كانت وطنية أم دولية⁽³⁷⁾: لأن التحكيم في حقيقته سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي هو مظهر أساسي من مظاهر سيادتها⁽³⁸⁾. ويرى البعض أن تردد الدولة في قبول اللجوء إلى التحكيم دائماً يفسره مساس التحكيم بسيادة الدولة، وخصوصاً دول العالم الثالث، وبالذات فيما يتعلق بعقود استغلال ثرواتها الطبيعية، ولا شك أن ذلك ناتج عن التاريخ الطويل للاستعمار في هذه الدول، وما رافقه من استيلاء منظم لثرواتها الطبيعية⁽³⁹⁾، لذلك تعمل دول العالم الثالث على التثبيت بنظرية سيادة الدولة حتى تتجنب مثالب استغلال الطرف الأجنبي لشرط التحكيم⁽⁴⁰⁾.

ثانياً: تعارض التحكيم في العقود الإدارية الدولية مع مبدأ توزيع الاختصاص:

يرتكز هذا الاسناد الفقهي على ضرورة وجود قاض إداري ينظر في المنازعات التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها، ويطبق قواعد القانون الإداري، أما إذا تم السماح باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فإن مثل هذا الاتفاق يكون له أثر سالب بمعنى عدم اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات، وهذا يعد مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الاختصاص بين السلطات الادارية والقضائية والذي يهدف لمنع القضاء العادي من نظر المنازعات الادارية أو التدخل فيها⁽⁴¹⁾. فكيف يتصور أن الدولة ترفض منح القضاء العادي سلطة النظر في المنازعات الادارية، وتمنح ذلك للمحكمن، فالدولة لا يمكن أن تلجأ إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية نظراً للنتائج المشكوك فيها بالنسبة لقرارات المحكمن، حيث أن القضاء الإداري يتمتع بقدر أكبر من المحكمن على ممارسة الرقابة على الأعمال الادارية⁽⁴²⁾.

ثالثا: تعارض التحكيم مع مبدأ الحصانة القضائية

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية ويقوم هذا المبدأ تأسيسا على فكرة السيادة والاستقلال والمساواة بين الدول وعلى ذلك لا يجوز لدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني لأن هذا يمس سيادة الدولة الأخيرة، فكل دولة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى تحرص على ألا تخضع لغير سلطان القضاء فيها.

وهكذا تستطيع كل دولة بما لها من سيادة أن تدفع بحصانها القضائية حال اختصاصها أمام قضاء دولة أجنبية، وهذا ما يكشف بوضوح أن مجال الدفع بالحصانة القضائية يكون بصفة أساسية أمام محاكم الدول الأجنبية، فهل تستطيع الدولة أن تتمسك بهذا المبدأ أمام قضاء التحكيم⁽⁴³⁾.

ذهب البعض إلى أن التحكيم يتعارض مع الحصانة القضائية للدولة وذلك لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد بمثابة منظمة أجنبية فهو يجري خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية كما أن المحكمين المنوط بهم الفصل في النزاع هم أشخاص من جنسيات مختلفة⁽⁴⁴⁾.

الفرع الثالث: الأحكام القضائية المعارضة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت هي الأخرى عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بشأن العقود الإدارية الدولية، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ القرن الماضي على فكرة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية استنادا لنص المادتين (83، 1004) من قانون الاجراءات المدنية، ومن أحكامه في هذه المسألة حكمه في قضية الشركة الوطنية S.N.V.S ضد شركة TANGER⁽⁴⁵⁾، وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الوطنية لبيع الفواض S.N.V.S قد باعت في عام 1947 كمية من الأنابيب لشركة مقرها في TANGER في الولايات المتحدة الأمريكية، وطبقا لنص المادة العاشرة من المرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1946 فإنه يحق لرئيس مجلس إدارة شركة S.N.V.S عندما يتعاقد مع إحدى الشركات الخاصة أن يتفق معها على اللجوء للتحكيم، وبناء على ذلك أورد الطرفان شرط التحكيم في العقد المبرم بينهما، ولما ثار خلاف بين الطرفين تم اللجوء إلى التحكيم وصدر الحكم لصالح الشركة الأمريكية.

وطعنت شركة S.N.V.S على هذا الحكم وتمسكت بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية طبقا لنص المادتين (83، 1004)، في البداية قرر المجلس أن الشركة المذكورة هي شركة S.N.V.S عامة تخضع للقانون العام، وانتهى المجلس إلى إلغاء المادة العاشرة من مرسوم 15 أكتوبر 1946 والتي تسمح لرئيس شركة باللجوء إلى التحكيم، وأخذ مجلس الدولة الفرنسي برأي المفوض GAZIER والذي أوضح أن أساس حظر التحكيم على أشخاص القانون العام لا يكمن في النصوص التشريعية في قانون الاجراءات المدنية فحسب، بل إنه مبدأ قانوني وقضائي ثابت ومستقر في القانون العام الفرنسي.

كما رفض القضاء الإداري المصري في بعض أحكامه لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1990/02/20 بأنه: "عدم إمكان لجوء أشخاص القانون العام إلى

التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تبرمها، تأسيسا على أن مجلس الدولة يختص وحده دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وفقا للقانون⁽⁴⁶⁾.

وقد سارت أحكام القضاء الإداري على نهج المحكمة الإدارية العليا في رفض اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1991/01/20 في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي⁽⁴⁷⁾، وتتخلص وقائع القضية أنه في تاريخ 1975/03/11 أبرم عقد بين كل من وزارة الإسكان والتعمير وبين الاتحاد المكون من شركة المقاولون العرب وشركة تارماك الإنجليزية من أجل نفق الشهيد أحمد حمدي بما يشمل ذلك من إجراء أعمال أبحاث التربة اللازمة والتصميم والتنفيذ والصيانة، فقد تم التسليم الابتدائي للنفق في 1982/03/31، والتسليم النهائي بعد انتهاء فترة الصيانة في 1983/06/30، وتم نقل تبعية النفق بمشتملاته من وزارة التعمير إلى هيئة السويس التي تبين لها وجود عيوب في جسم النفق تهدد سلامته نتيجة تأثير الأملاح التي ظهرت بداخله.

فقد أقامت هيئة قناة السويس دعوى أمام محكمة القضاء الإداري على الاتحاد المكون من شركة المقاولون العرب والشركة (تارماك الإنجليزية)، وكذلك الشركات التي تولت أعمال التصميم والإشراف على إنشاء النفق؛ لإلزامهم بتحمل مسؤولية ضمان الأعمال المتعلقة بالنفق، دفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذا النزاع لوجود شرط تحكيم متفق عليه في العقد، إلا أن المحكمة قضت برفض الدفع وباختصاصها بنظر الدعوى، وبطلان شرط التحكيم المتفق عليه في العقد، لأنه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة 10 من القانون رقم 47 لعام 1972.

المطلب الأول: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

على نقيض الاتجاه السابق ذهب هذا الاتجاه إلى جواز اللجوء إلى اتفاق الحكيم لحل المنازعات التي تكون الدولة أو مؤسسة أو هيئة عامة طرفا فيها، وقدموا في ذلك أسانيد وحججا، ودعمت هذا الاتجاه أحكام قضائية ونصوص قانونية، وسنعرض ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: التشريعات المؤيدة في العقود الإدارية الدولية

اتجه المشرع الفرنسي إلى التخفيف من حدة الحظر رويدا رويدا⁽⁴⁸⁾ عن طريق تقرير بعض الاستثناءات التشريعية منها قانون 17 أبريل 1906، قانون رقم 09 جويلية 1975، و القانون رقم 86/972 الصادر بتاريخ 19 أغسطس 1986 الذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الدولية ومن ثم منازعات العقود الإدارية الدولية، حيث أن العقود الدولية إما أن تكون إدارية أو عقودا تجارية أو مدنية.

كما رخص المشرع الفرنسي في قانون 2 يوليو 1990 في المادة 28 منه لهيئة البريد فرنس تليكوم والمؤسسات الصناعية والتجارية اللجوء إلى التحكيم⁽⁴⁹⁾. وأجاز أيضا في قانون 1 أغسطس 2000 للمؤسسات العامة التعليمية والثقافية اللجوء إلى التحكيم بغرض تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة مع المنظمات الأجنبية في إطار المهام الخاصة بها⁽⁵⁰⁾.

ونص المشرع الفرنسي في المادة 11 المرسوم رقم 2004-599 الصادر في 17 يونيو 2004 على أن عقد الشراكة يجب أن يتضمن بالضرورة شرط يتعلق بطرق تفادي وحل النزاعات والشروط التي يمكن بها اللجوء

إلى التحكيم-إذا اقتضت الضرورة ذلك-مع تطبيق أحكام القانون الفرنسي⁽⁵¹⁾. وفي 13 جانفي 2011 أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 48-2011 والمتعلق بتعديل قانون التحكيم غير أنه لم يشر إلى موضوع التحكيم في العقود الإدارية.

كما تدخل المشرع المصري بتعديل تشريعي ينص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 الصادر بتاريخ 13 ماي 1997⁽⁵²⁾، ويطبق هذا القانون على كافة أنواع العقود الإدارية وطنية أو دولية، حيث لم يخص المشرع المصري نوعا منها تتم تسوية نزاعاته عن طريق التحكيم⁽⁵³⁾، ويتطلب هذا القانون لإمكان اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية توفر شرطين، أولهما موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية، وثانيهما أنه لا يجوز للوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في ممارسة اختصاصها بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية.

وقد تأكد اتجاه المشرع المصري إلى إمكان اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك بمقتضى القانون رقم 89 لسنة 1998 في شأن المناقصات والمزايدات الذي حسم الخلاف بنصه في المادة 42 منه على أنه: "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص، مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد خصص للتحكيم الدولي فصلا لأول مرة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 02 ذي القعدة 1413 الموافق لـ 25 ابريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154. وفي سنة 2008 أكد المشرع الجزائري اتجاهه إلى اقرار التحكيم في مجال التجارة الدولية، حيث أصدر قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁵⁴⁾ نظم التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس من المادة 1006 إلى المادة 1038، وقد نصت المادة 1006 من هذا القانون على أنه:

"-يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

-لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

-ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في

إطار الصفقات العمومية".

كما نصت المادة 976 من نفس القانون على أنه: "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية:

-عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء

المعنيين.

-عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو

من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

-عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

الفرع الثاني: الأسانيد الفقهية المؤيدة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى امكانية لجوء أشخاص القانون العام إلى اتفاق التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية الدولية⁽⁵⁵⁾، حيث أنه لما كان الأصل في الأشياء هو الإباحة ما لم يرد نص يعمل على تقييدها، وبما أنه لا يوجد نص يمنع الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة من اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية الدولية، فإن مثل هذا التحكيم جائز.

لذلك فإذا أبرمت الدولة اتفاق تحكيم دولي فإنه يعد تنازلاً عما قرره القانون الوطني لمصلحتها، وهو أمر جائز لأن الدولة هي التي قامت بوضع حظر اللجوء للتحكيم ويجوز لها أن تخرقه وتتحرك منه⁽⁵⁶⁾.

ويرى آخرون أن اللجوء إلى التحكيم يساعد في تشجيع الاستثمار الذي تتبناه الدولة في الوقت الحاضر، ممثلة بسياسة الإصلاح الاقتصادي، ولجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتوفير مناخ اقتصادي واعد لا يتحقق إلا من خلال وضع ضوابط وتشريعات اقتصادية على ذلك⁽⁵⁷⁾، فضلاً عن تهيئة المناخ التشريعي والقانوني من خلال التمسك بالدفع باتجاه التحكيم لحسم ما قد ينشأ من منازعات⁽⁵⁸⁾. ويضيف البعض أن التحكيم يساعد في توفير الجهد والمال من خلال حسمه للمنازعات التي يكون أحد أطرافها شخص أجنبي حيث يفضل هذا الأخير غالباً اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقود الإدارية الدولية⁽⁵⁹⁾.

الفرع الثالث: الأحكام القضائية المؤيدة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

حاول القضاء العادي في فرنسا الحصول على مخرج لاستبعاد النصوص المانعة من الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية وهي نصي المادتين (83، 1004). وهذا ما يتضح من عدة أحكام منها الحكم الصادر في قضية Ste Mytroon Steam Ship ضد إدارة النقل البحري التابع للحكومة الفرنسية⁽⁶⁰⁾. وتتلخص وقائع القضية في أن إدارة النقل البحري التابعة للحكومة الفرنسية قد أبرمت في فبراير 1940 عقد السفينة Grectasis التابعة لشركة Ste My troon Steam Ship لمدة عام، وقد أدرج الطرفان شرط التحكيم في العقد، وقد حدث خلاف بين الطرفين فقررت الشركة مالكة السفينة اللجوء إلى التحكيم، وامتنعت الحكومة الفرنسية عن تعيين محكم لها وصدر الحكم لصالح الشركة وحصلت على الأمر بتنفيذه من رئيس محكمة السين. إلا أن الحكومة الفرنسية طعنت أمام محكمة استئناف باريس على الحكم الصادر واستندت إلى بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن محكمة استئناف باريس قضت بأن الحظر الوارد في القانون الفرنسي لا ينطبق في هذه الحالة لأن هذا الحظر يتعلق بالنظام العام الداخلي الذي يقتصر إعماله على العقود الداخلية. ولا ينطبق هذا الحظر على اتفاقات التحكيم الدولية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية.

كما أجاز القضاء المصري لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية، ومن بين الأحكام المؤيدة لذلك الحكم الصادر في قضية الشركة الإنجليزية ضد المجلس الأعلى للآثار⁽⁶¹⁾، وتتلخص وقائع القضية في أن المجلس الأعلى للآثار أبرم عقداً مع شركة مقاولات إنجليزية للقيام ببعض الأعمال

والإنشاءات وقد اتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد ينشأ بينهما من منازعات وقد ثار خلاف بين الطرفين فقررت الشركة اللجوء إلى التحكيم وقضت محكمة التحكيم لصالح الشركة الإنجليزية. قام المجلس الأعلى للأثار بالطعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة مستندا إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون المصري، إلا أن المحكمة انتهت إلى صحة اتفاق التحكيم وأسست حكمها على الآتي:

- أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 تقضي صراحة بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية.

- وأن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ومذكرة اللجنة المشتركة للشؤون الدستورية والتشريعية يقطع في الدلالة على قصد المشرع على جواز اشتراط التحكيم في العقود الإدارية، وأن ذلك يتفق مع حكمة التشريع وهي مواكبة الجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار، وجذب رؤوس الأموال المستثمرة وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين العرب والأجانب عن طريق تنظيم قواعد التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها.

- وأن المادة 58 من قانون مجلس الدولة تعترف ضمنا بشرط التحكيم والصلح في العقود الإدارية وأنه لا يجوز الاستناد لنص المادة 10 من مجلس الدولة للقول بغير ذلك لأن هذه المادة لم تقض بحظر شرط التحكيم في العقود الإدارية وإنما المقصود منها هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي.

- بالإضافة إلى أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في أحد العقود الإدارية يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود مدنية وإدارية، كما يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدولة أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استنادا إلى قيود تشريعية حتى ولو كانت حقيقية.

- وأخيرا فإن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم مع طرف أجنبي بدعوى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الأشخاص العامة في مصداقيتها ويرتب أضرارا بالغة الخطورة بفرص الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية الاقتصادية.

المبحث الثالث

آثار تطبيق الحكيم في العقود الإدارية الدولية

يترتب على اتفاق التحكيم أثرين أولها منع جهات القضاء من نظر النزاع الذي يدخل في اطار التحكيم وتطبيق القانون الذي اختارته الأطراف على المنازعة المطروحة للتحكيم، وسنعرض هذين الأثرين من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: استبعاد القضاء الوطني من نظر النزاع

يترتب على اتفاق التحكيم امتناع كل من طرفيه عن الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم، ويُحدث اتفاق التحكيم هذا الأثر سواء كان في صورة شرط تحكيم أو في

صورة اتفاق تحكيم مستقل، ومبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم يعد من المبادئ التي كرستها التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية، وسوف نعرض لها على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية من هذا المبدأ

نص المشرع الفرنسي على هذا المبدأ في المادة 1458 من قانون المرافعات على أنه: "إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم على القضاء الوطني، يجب على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه". وعلى الرغم من أن هذا النص قد ورد في الباب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالتحكيم الداخلي، إلا أن جانبا من الفقه ذهب إلى تطبيق هذا النص على المعاملات الدولية؛ وذلك لأن هذا النص وإن كان قد ورد ضمن القسم الخاص بالتحكيم في المعاملات الداخلية إلا أن صياغته جاءت مطلقة بحيث يطبق على كل اتفاق تحكيم سواء كان داخليا أو دوليا⁽⁶²⁾.

وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكم صادر لها في 28 يونيو 1989 حيث أكدت على أن المادة 1458 تطبق على التحكيم الوطني والدولي على حد سواء⁽⁶³⁾.

كما نص المشرع المصري على هذا المبدأ في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبداء أي طلب أو دفاع في دعواه" ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري رتب على وجود اتفاق التحكيم عدم اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع، إلا أن حق المدعي في الدفع بعدم اختصاص المحكمة يسقط بإبدائه أي دفاع أو طلب في الدعوى، ويرجع السبب في ذلك إلى أن حضور المدعي عليه أمام المحكمة ثم تقديمه للطلبات أو ابداء الدفوع الخاصة به يعد تنازلا منه عن اللجوء إلى قضاء التحكيم وبالتالي تستمر المحكمة في نظر الدعوى.

كما كرست المعاهدات الدولية مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، فقد نصت اتفاقية معاهدة نيويورك 1958 بنفس المبادئ السابقة حيث نصت في المادة 3/11 على أنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل ولا أثر له غير قابل للتطبيق".

وكذلك القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1985 أخذ أيضا بهذه المبادئ ونص في المادة 1/8 على أنه: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، مالم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر ولا يمكن تنفيذه".

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم

إذا كان الأصل أن اتفاق التحكيم يترتب عليه عدم اختصاص القضاء الوطني بالمنازعات محل اتفاق التحكيم إذا تمسك أحد الأطراف أمام المحكمة المطروح عليها النزاع بوجود اتفاق التحكيم وكان هذا الاتفاق صحيحاً ومنتجاً لأثاره، إلا أنه واستثناء من هذا الأصل تظل المحاكم الوطنية محتفظة بالاختصاص في بعض المسائل سواء عند بدء الخصومة أو أثناء إجراءات التحكيم وسوف نعرض لذلك في نقطتين هما:

أولاً: تدخل القاضي الوطني في الإجراءات الوقتية والتحفظية

يترتب على اتفاق التحكيم سلب ولاية اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم، ولقد نثار تساؤل بشأن ما إذا كان الأثر يمتد ليشمل الإجراءات الوقتية التحفظية المرتبطة بالنزاع بحيث يختص المحكم بنظر هذه الإجراءات أم ينعقد الاختصاص بها لكل من القاضي الوطني والمحكم⁽⁶⁴⁾، بالنسبة للمشرع المصري لم يقصر الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية من اختصاص القاضي المصري، بل أجاز للأطراف الاتفاق على إسناد هذا الاختصاص لمحكمة التحكيم ذاتها، حيث نص في المادة 24 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 على أنه:

"1- يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيًا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به.

2- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".
أما المشرع السويسري فقد نص في قانون التحكيم الصادر في سنة 1987 في المادة 183⁽⁶⁵⁾ على أنه:
"1- ما لم يوجد اتفاق مخالف يجوز لمحكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بناء على طلب أحد الطرفين.

2- إذا لم يخضع الطرف الصادر ضده الإجراء الوقي أو التحفظي بمحض إرادته، يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي وهذا القاضي يطبق قانونه.

3- يجوز لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يعلق الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المطلوبة على تقديم ضمان مناسب".

ويتضح من هذا النص أن المشرع السويسري جعل اختصاص المحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية هو الأصل، إلا أن قرار المحكم ليس له القوة التنفيذية التي تكون للقرار الصادر من المحكمة، ولذلك إذا لم يمثل الطرف الصادر ضده الإجراء الوقي أو التحفظي فإن المحكم يلجأ إلى القاضي المختص ويطلب المساعدة. كما أجاز المشرع السويسري للطرفين الاتفاق على طلب الإجراءات الوقتية والتحفظية من المحكمة المختصة مباشرة.

ونص المشرع الجزائري في المادة 1046 من القانون رقم 09-08 الصادر في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ثانيا: تدخل القاضي في اتخاذ بعض الإجراءات المتعلقة بالتحكيم

يتمثل تدخل القاضي الوطني في الإجراءات المتعلقة بالتحكيم في صورتين، أولهما بأن يتدخل القاضي في تشكيل هيئة التحكيم، وذلك في حالة اختيار أطراف النزاع لأسلوب التحكيم الحر وعدم اتفاقهم على هيئة التحكيم التي ستفصل في النزاع ولم يوضحوا الطريقة التي يتم على أساسها اختيار هيئة التحكيم، وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1493 من قانون المرافعات أنه بالنسبة للتحكيم الذي يجري في فرنسا أو ذلك التي اتفق الأطراف بصدده على تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي إذا اصطدم تشكيل محكمة التحكيم بأية صعوبات، يجوز للطرف صاحب المصلحة، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك اللجوء إلى رئيس المحكمة الكلية بباريس وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة 1457.

كما أجاز المشرع المصري في المادة 17 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تدخل المحكمة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم بناء على طلب أحد الطرفين إذا كانت هناك صعوبات تعترض تشكيل التحكيم، مثل عدم اتفاق الطرفين على تعيين المحكم الوحيد الذي سينظر النزاع، أو عدم تعيين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو عدم الاتفاق على تعيين المحكم الثالث من قبل المحكمين خلال الثلاثين يوما التالية لتعيين أحدهما وذلك في الأحوال التي يجب أن تشكل فيها محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 1041 من القانون رقم 09-08 الصادر في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهيم التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

أما الصورة الثانية تتمثل في تدخل القاضي في مد ميعاد التحكيم ، فقد يحدث أن تنتهي المدة التي اتفق عليها أطراف التحكيم أو التي حددها القانون لإصدار حكم التحكيم دون أن تصدر هيئة التحكيم حكما فاصلا في النزاع وتكون هيئة التحكيم قد استنفذت ولايتها في مد ميعاد التحكيم، هنا أجاز القانون اللجوء إلى

القضاء لمد ميعاد التحكيم، وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1/1456 من قانون المرافعات على أنه من حق الطرفين أو أعضاء هيئة التحكيم مد ميعاد التحكيم من القضاء الفرنسي، إلا أن نص المادة 1/1456 ورد بشأن التحكيم الداخلي ولذلك ثار التساؤل هل ينطبق هذا النص على التحكيم الدولي؟ يرى البعض أن هذا النص يطبق على التحكيم الدولي أيضا وذلك لأن الهدف هو مساعدة هيئة التحكيم في التغلب على مشكلة ميعاد التحكيم⁽⁶⁶⁾.

ونص المشرع المصري في المادة 2/45 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. كما نص المشرع الجزائري في المادة 1018 من القانون رقم 09-08 الصادر في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإنجاز مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم. غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة".

المطلب الثاني: تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف على المنازعة محل التحكيم

القاعدة الأساسية في التحكيم هي أن المحكم يجب عليه تطبيق القانون الذي يختاره أطراف النزاع، ولا يجوز أن يكون بعيدا عن هذا القانون أو يطرحه جانبا إلا في حالة مخالفته للنظام العام الدولي. أما في حالة عدم الإشارة وإغفال الأطراف تحديده يترك المحكم لهيئة التحكيم اختياره، وسلطتهم في ذلك تخضع إلى القوانين المختصة ذات الشأن والمعاهدات الدولية.

وسوف نتعرض لذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: اتفاق أطراف التحكيم على القانون الواجب التطبيق على النزاع

يأخذ الاتفاق على القانون واجب التطبيق بين طرفي النزاع أحد الشكلين: إما الاتفاق الصريح بين أطراف النزاع على اختيار قواعد قانونية معينة تحكم عقدهم، وإما الاتفاق الضمني إذا كانت هناك دلائل قوية تشير إلى اختياره ضمنا، ولا يجوز للمحكم أن يحيد عن هذا الاتفاق ويطرحة جانبا ليطبق قانونا آخر غير الذي قصده الأطراف.

أولا: إرادة الأطراف الصريحة

يملك الأطراف الحرية الكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد لحظة إبرامه، ويتسع هذا المبدأ لكي يسمح لهم أيضا بأن يتفقوا على القانون الذي يحكم المنازعات الناشئة عن ذلك العقد ولو كانت تلك المنازعات قد نشبت بينهم بالفعل⁽⁶⁷⁾. وقد نصت القوانين الوضعية الحديثة المتعلقة بالتحكيم على حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية بينهم ومن ذلك قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994، فقد نصت المادة 1/39 على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها

الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

ويتضح من ذلك أن القانون المصري قد أخذ بفكرة الحرية المطلقة للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع حيث لم يقيد إرادة الأطراف في اختيار القانون بأي قيد، فيجوز للأطراف اختيار أي قانون ولو لم يكن له صلة بالعقد.

وقد أخذ القانون الفرنسي بالمبدأ السابق فقد نصت المادة 496 من القانون الفرنسي للتحكيم على أنه: "يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف..."

ويتضح من هذا النص أن القانون الفرنسي قد منح الأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم النزاع، ويرى غالبية الفقه أن استخدام هذا القانون تعبير "القواعد القانونية" بدلا من "القانون" قد قصد به عدم تقييد إرادة الأطراف في اختيار قانون وطني معين يحكم العقد فمن حق الأطراف الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة ما، ومن حقهم الاتفاق على تطبيق المبادئ العامة في القانون⁽⁶⁸⁾.

ثانيا: إرادة الأطراف الضمنية أو المفترضة

إن عدم توافر الاختيار الصريح من قبل أطراف النزاع للقانون واجب التطبيق بطريقة صحيحة لا غموض فيها ولا لبس فيها أوجب على المحكم العمل على استظهار نية الأطراف المفترضة بطريقة ضمنية يستعين بها، مثل قانون محل إبرام العقد، ومحل إقامة المتعاقدين أو موضوع العقد⁽⁶⁹⁾، وكذلك الحال قانون الدولة المحرر بلغتها العقد⁽⁷⁰⁾.

وبما أن المحكم يتمتع فيما سبق بسلطة تقديرية إلا أنه يجب عليه أن يقدر إرادة الأطراف وبيانها من خلال هذه الدلائل والظروف المحيطة بالعقد⁽⁷¹⁾.

ولا يجوز للمحكم اللجوء إلى تطبيق القانون الأكثر اتصالا بالنزاع إلا إذا تأكد من غياب الإرادة الضمنية للأطراف⁽⁷²⁾.

وهناك من يؤكد أنه إذا كان الأمر يتعلق بمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام، فهذا يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون هذه الدولة هو قانون الإرادة المفترضة الذي يجب أن يحكم العقد موضوع النزاع، خاصة إذا كانت الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة طرفا في أي من العقود المتعلقة بالتجارة الدولية⁽⁷³⁾. وقد أكدت ذلك الاتفاقيات الدولية⁽⁷⁴⁾ و التشريعات المنظمة للتحكيم على الاهتمام بالإرادة الضمنية في تحديد القانون الذي يتم تطبيقه على العقد موضوع النزاع إذا خلت نصوصه من التعيين الصريح لهذا القانون.

الفرع الثاني: انعدام اختيار أطراف التحكيم للقانون واجب التطبيق على النزاع

تظهر الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في الفرض الذي لا يوجد فيه أي اتفاق للطرفين في هذا الصدد إلى تطبيق قانون معين، وقد يكون هذا الاختيار راجعا إلى إهمال المتعاقدين وهذا أمر نادر الحدوث في ظل التعاقدات الحديثة، وقد يكون راجعا إلى رغبتهما في تفادي الدخول في مسألة خلافية قد تؤدي إلى الفشل في إتمام التعاقد.

وقد اختلفت الآراء الفقهية بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد في هذه الحالة، فقد ذهب البعض إلى أن العقد يعد بمثابة نظام قانوني مستقل في حد ذاته بالتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون حاجة إلى اللجوء إلى نظام قانوني. في حين ذهب البعض إلى إعطاء المحكم سلطة الاختيار المباشر في اختيار القانون الواجب التطبيق وسوف نعرض لهذه الآراء على النحو الآتي:

أولاً: مبدأ الكفاية الذاتية للعقد

ذهب جانب من الفقه إلى أن العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية لا تخضع إلى القانون الوطني لدولة معينة، لأن الأطراف في هذه العلاقة لا يخضعون إلى قانون وطني مشترك، كما أن هذه العقود لا تخضع إلى القانون الدولي العام؛ لأنها تعاقدية بين الدول، بل بين دولة وطرف خاص لا يطلق عليه وصف الدولة، كما أنها ليست معاهدات دولية مبرمة بين أشخاص القانون الدولي العام⁽⁷⁵⁾. لذلك فإن أطراف العلاقة يقدمون بصياغة العقد المبرم بينهم بطريقة محكمة مفصلة تحدد حقوق والتزامات كل منهم، وتُغني أعضاء هيئة التحكيم عن البحث عن القانون الواجب التطبيق⁽⁷⁶⁾.

فارتكز أصحاب هذا الاتجاه لدعم وجهة نظرهم على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ استقلال الإرادة، وفض ضرورة استناد كل عقد على نظام قانوني سابق على وجوده، فالعقد يمكنه أن يؤسس مجتمعاً جديداً يحكمه قانون العقد، وكذلك المعاهدات كانت تلزم الدول استناداً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في وقت لم يكن فيه القانون الدولي قد وجد بعد⁽⁷⁷⁾.

وفي جميع الأحوال إن تطبيق هذه الأنظمة القانونية التي يشير إليها العقد لا يتم إلا على اعتبار أنها شروط تعاقدية، وليس اعتبار أنها نصوص قانونية⁽⁷⁸⁾، ومن أمثلة ذلك اتفاقية أبوظبي مع شركة النفط المحدودة عام 1939، وكذلك اتفاق قطر مع شركة النفط البحرية الدولية لعام 1935.

وقد تعرضت هذه النظرية إلى العديد من الانتقادات ومن ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه من أنها نظرية موهومة وخيالية، فنصوص العقد لا يمكنها أن تحكم حقوق والتزامات الأطراف على أكمل وجه، فالعقد لا يمكن أن يكفي حد ذاته لسد النقص والقصور الذي اعترى بنود العقد وأحكامه، فهذا النقص وذلك القصور أمر قائم لا يستطيع طرفا العقد التوقع مقدماً لكل أوجه النزاع الذي قد يثور بينهما والتنبؤ به مستقبلاً⁽⁷⁹⁾. كما قيل بأن إرادة الأطراف وحدها قادرة على خلق نظام قانوني جديد، في حين أن تلك الإرادة لا تستطيع ترتيب أية آثار قانونية، وذلك كونها واقفة تحت ظل نظام قانوني سابق على وجودها يقرر قدرتها على ترتيب تلك الآثار إذا ما توافرت شروط معينة.

ثانياً: إعطاء المحكم سلطة الاختيار المباشر

عالجت التشريعات المنظمة للتحكيم حالة سكوت الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه، وقيام المحكم بهذا التحديد، ومن بينها نص المادة 1496 من القانون المدني الفرنسي للتحكيم على أنه: " يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف أو القواعد التي يراها مناسبة". وكذلك نصت المادة 39 الفقرة الثانية من القانون 27 لعام 1994 بشأن التحكيم أنه: "2- إذا

لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

ويتبين من خلال ما جاء في النصين السابقين أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية واسعة ، حيث يختار المحكم القانون الذي يراه الأكثر اتصالاً بالنزاع، فقد يكون هو قانون مكان إبرام العقد، أو قانون مكان تنفيذه، أو قانون بلد المصدر أو المستورد، أو قانون البلد الذي يجري على أرضه التحكيم⁽⁸⁰⁾ ، وإن النص المصري يتميز عن النص الفرنسي في استخدامه لتعبير "قانون" بدلا من تعبير "قواعد القانون"، مما يدل على أن سلطة المحكمين تنحصر في تطبيق قانون وطني معين⁽⁸¹⁾ .

وجاءت المادة 39 في فقرتها الثالثة لتضيف ضوابط السلطة التقديرية لهيئة التحكيم عند اختيار قانون ما لحكم موضوع النزاع حتى لا تتحول سلطتها التقديرية إلى سلطة مطلقة بدون قيد، إذ نصت "3- يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة"⁽⁸²⁾ .

فالأمر مختلف بالنسبة إلى تصدي هيئة التحكيم فهي ملزمة باختيار القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، كون الأمر يخضع إلى تقدير هيئة التحكيم وفقا لقواعد القانون الفرنسي والمصري، إلا أنه يمكن إثبات انحرافها في هذا الاختيار، كما لو طبقت الهيئة على النزاع قانونا منبت الصلة به، أو فضلت تطبيق قانون آخر، وكان القانون المفضل أقل اتصالاً بالنزاع، وعلى الرغم من أن القانون المفضل هو الأكثر صلة⁽⁸³⁾ .

وتبدو خطورة هذا الأمر في أن القانون المصري لا يسمح بالطعن في الحكم الصادر في التحكيم بأي طريقة من طرق الطعن، وأن أسباب البطلان الواردة في القانون المصري جاءت على سبيل الحصر، وليس من بينها ما يسمح بطلب البطلان تأسيسا على انحراف أو تعسف الهيئة في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع⁽⁸⁴⁾ .

الخاتمة:

بعد الانتهاء من دراسة موضوع مدى صلاحية التحكيم في نطاق العقود الإدارية الدولية وأثاره توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها على النحو الآتي:

النتائج:

-إن التعريفات الفقهية لم تقدم تعريفا جامعا مانعا للتحكيم لذلك عرفنا التحكيم أنه: " نظام قانوني يمثل قضاء وعدالة من نوع خاص خروجا عن الأصل العام بإرادة من المشرع وضمن الحدود التي يرسمها، وفق إجراء اختياري يتم بموجبه سحب الاختصاص من محاكم الدولة ويرتكز على اتفاق مكتوب، بمقتضاه يعهد إلى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين للفصل في نزاع قائم أو محتمل أن يقوم بينهما بحكم ملزم".

- عرفنا العقد الإداري الدولي بأنه عقد يبرم بين جهة الإدارة من ناحية، وبين شخص أجنبي من ناحية أخرى يهدفان من خلاله إلى انتقال القيم الاقتصادية المالية عبر الحدود، وإقامة منشأة لها طابع الدوام أو استثمارات ضخمة في أحد المرافق العامة، ويتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص. إن المبدأ العام في فرنسا هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز ذلك، وهذا الموقف هو نتيجة لتشدد مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، وذلك على عكس موقف القضاء العادي الذي كان يبيح التحكيم في بعض الحالات. ولكن مع تقدم الحياة الاقتصادية في فرنسا وأمام إصرار المستثمرين على التحكيم اضطر المشرع الفرنسي إلى العدول عن هذا الموقف ليجيز التحكيم شيئاً فشيئاً في مجال العقود الإدارية الدولية، أي أنه تقدم التشريع من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي. أما المشرع المصري فقد تقدم من الصمت المطلق إلى السماح الكامل باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، أما المشرع الجزائري فقد أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية لأول مرة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 154-66.

- تشدد كل من المشرعين الجزائري والمصري في موضوع التحكيم المتعلق بالدولة حيث اشترطاً مبادرة الوزير المعني، إلا أننا نرى أن القانونين الجزائري والمصري أكثر مرونة من غيرهما من القوانين ولا سيما القانون الفرنسي الذي اشترط بموجب القانون الصادر في 19/08/1986 ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسي موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص.

- يرد استثناءان على الأصل العام بامتناع طرفي التحكيم عن الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل التحكيم، أولهما جواز تقديم هيئة التحكيم أو أطراف التحكيم - بعد إذن هيئة التحكيم - طلباً لرئيس المحكمة بطلب اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية. وثانيهما جواز تقديم أطراف التحكيم طلباً للقاضي للتدخل لتشكيل هيئة التحكيم أو تمديد ميعاد التحكيم.

- إن اتفاق الأطراف الصريح في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع مبدأ معترف به في العديد من الأنظمة القانونية وقرارات التحكيم الدولي. أما في حالة عدم توفر الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون المطبق على النزاع فإنه يستخلص من القرائن والدلائل التي تشير إلى إرادة الأطراف. أما في حالة انعدام الاختيار هنا يظهر دور المحكم الذي أعطيت له السلطة في التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على النزاع.

التوصيات:

- ينبغي على الأطراف بذل أقصى درجات العناية والحرص في إعداد شرط التحكيم وصياغته وذلك لأن وجود بعض الثغرات في مضمون شرط التحكيم يسمح للطرف المراوغ بالمماطلة والتسويف.

- ينبغي على المشرعين المصري و الجزائري ضرورة التدخل وتعديل شرط التحكيم في العقود الإدارية وذلك بعدم اشتراط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على اللجوء للتحكيم، وذلك لأن هذا

الشرط تزيد لا فائدة منه، فالتحكيم يعتبر صحيحا منتجا لآثاره حتى ولو لم يتم الحصول على موافقة الوزير المختص على اللجوء إلى قضاء التحكيم.

-يجب على الأطراف الاتفاق صراحة على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وأن ينص العقد صراحة على أن هذه العقود هي عقود إدارية تخضع للنظرية العامة للعقود الإدارية وذلك بعبارات واضحة ودقيقة لا تحتمل أي تأويل سواء كان القانون المختار هو قانون الدولة المتعاقدة أو أي قانون آخر.

-نوصي بالاهتمام بدراسة الثغرات التي تعيب نظام التحكيم وتقديم المقترحات الكفيلة بتطوير هذا النظام، ومشاركة الجهات الحكومية المتمثلة في المؤسسات الحكومية والتعليمية بعقد الندوات والمؤتمرات لمعالجة القصور في نظام التحكيم وتبادل الخبرات على المستويات المحلية والإقليمية والدولية.

الهوامش:

(¹) انظر في ذلك: القاموس المحيط للفيروز أبادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978، ص98؛ لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، ص952؛ مختار الصحاح للرازي، دار المعارف، ص148.

(²) مختار عمر (أحمد)، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، عالم الكتاب، القاهرة، 2008، ص537-538.

(³) CHARLES JARRSON, La notion de l'arbitrage, L.G.D.J, Paris, 11987, p5.

(⁴) (J-M).AUBY, L'arbitrage en matière administrative, A.J.D.A, 1955, p81.

(⁵) (R). DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Économica, 1982, p9.

(⁶) انظر: د/محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1997، ص13؛ د/أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص19.

(⁷) محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994، ص26.

(⁸) د/جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص219.

(⁹) د/عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص20.

(¹⁰) راجع تعريف شرط التحكيم في: د/فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007، ص91؛ د/أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون سنة نشر، ص246.

(¹¹) تتعلق مشاركة التحكيم عادة بنزاع ولد وقائم فعلا. راجع: د/جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص25؛ د/سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص75.

(¹²) د/مصطفى محمد الجمال، ود/عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دون ناشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1998، ص358.

(¹³) د/عمر نوري عبابنة، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله، رسالة دكتوراه، جامعة عمان للدراسات العربية، 2006، ص37 وما بعدها.

(¹⁴) Voir :Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, Tome3, 2° édition, p4 ; André de laubadère et (F) Moderne et (P) Delvolvé, Traité des contrats administratifs T 1, L.G.D.J, 1984, p17 et s

(¹⁵) محمد جمال مطلق الذنبيات، العقد الإداري، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2012، ص18.

(¹⁶) راجع: د/عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص19؛ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص398.

(¹⁷) د/طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم الإدارة ونشاطها)، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970 ص242.

(¹⁸) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008 الطبعة الأولى، ص37 وما بعدها.

(¹⁹) (M) Waline, Précis de droit administratif, 1987, p163.

(²⁰) « Sont certainement dérogatoires des clauses excédant cette liberté (la liberté contractuelle), et dès lors insusceptibles de figurer dans un contrat entre particuliers, comme contraires à l'ordre public. Sont parfois aussi jugées telles celles qui en pratique ne sont guère usitées dans les relations privées parce qu'elle répond à des préoccupations d'intérêt général étrangères aux particuliers. Jean Rivero, Droit administratif, 1973, p112.

(²¹) د/هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المعارف، 1995، ص 59.

(²²) د/أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، المجلد 21 لسنة 1965، ص 76 وما بعدها.

(²³) د/هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 61.

(²⁴) د/محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 61.

(²⁵) د/أحمد عبد الكريم سلامة، العقود الدولية للاستثمارات والتنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 14.

(²⁶) د/محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص 61.

(²⁷) هذا الحكم منشور في مجلة: Rev.Arb, 1986, p149

(²⁸) د/محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص 62.

(²⁹) انظر على سبيل المثال بعض أحكام القضاء الفرنسي التي أيدت هذا الاتجاه:

-Clunet, 1972, p834 ; Clunet, 1986, p1039, Note Eric Loquin

(³⁰) Voir : (G). VEDEL, Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, (travaux du congrès international de 1961), Rev.Arb, 1961, p117.

(³¹) L'article 1004 du code procédures civile pour l'année 1806 : « On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtement ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui serait sujettes à communication au ministère public ».

(³²) L'article 83 du code procédures civile du 1806 : « Celles qui concernent l'ordre public, l'état, le domaine, les communes, les établissements publics ».

(³³) L'article 2060 du code civil de la loi n°626-72 du 5/7/1972 : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

(³⁴) نصت المادة 792 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1912 على أنه: "...ومع ذلك يجوز للحكومة ومصالحها أن تشترط التحكيم كما هو منصوص عليه في المواد الأتية من هذا الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود المختلطة بالأشغال العمومية وبالتوريدات وبالامتيازات التي تعطى على وجه العموم".

(³⁵) د/سليمان الطماوي، التحكيم في النظرية في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 297.

(³⁶) د/جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 234.

(³⁷) د/جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 235.

(³⁸) د/عكاشة عبد العال ود/مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 137.

(³⁹) د/جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 29.

(⁴⁰) د/أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 87.

(⁴¹) (E). LA FERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1896, p146 et s.

(⁴²) (F). COLLAVET, Dans l'arbitrage dans les procès ou sont parties les personnes publiques, R.D.P, 1906, p472.

(⁴³) (C). REYMOND, Souveraineté de l'état et participation à l'arbitrage, Rev.Arb, 1985, p517 et s.

(⁴⁴) (A). MEZGHANI, Souveraineté de l'état et participation à l'arbitrage, Rev.Arb, 1985, p568.

(⁴⁵) هذه القضية منشورة في مجلة: D. 1958, p515, Note l'huillier

(⁴⁶) راجع: الطعن رقم 3049 لسنة 32، ق 40، جلسة 1990/02/20، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص 146.

(⁴⁷) راجع حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة 1991/01/20 في الدعوى رقم 5429 لسنة 43 ق، مشار له لدى: د/حمدي ياسين عكاشة،

العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 113 وما بعدها.

(⁴⁸) وصف الأستاذ foussard مبدأ الحظر المفروض على التحكيم في العقود الإدارية بأنه ظاهرة بدأت تتآكل، وأن هذا المبدأ محكوم عليه

بالاضمحلال:

(D).FOUSSARD, L'arbitrage en matière administrative, (Histoire, Hasard, Préjugés, Raison), La revue des juristes, Trimestre N°2, Avril 2010., p29-31.

(⁴⁹)l'article 28 de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relatif à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications : « La Poste et France Télécom dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage ».

(⁵⁰)l'article 2 du décret n°2000-764 du 1 aout 2000 fixant les condition dans lesquelles les établissement publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage : « Les établissements mentionnés à l'article 1er du présent décret sont autorisés à conclure des conventions d'arbitrage en vue du règlement de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers dans le cadre de leurs missions.

(⁵¹)l'article 11 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

(⁵²) جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المذكور أعلاه في تبرير هذا التدخل التشريعي: "...وعندما صدر قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 نص في مادته الأولى... وكان المأمول من هذه العبارة أن تشكل سندا لا يختلف عليه سريان أحكام هذا القانون على منازعات العقود الإدارية، بحيث يكون جائزا قانونا الاتفاق على حسم هذه المنازعات بطريق التحكيم، خاصة وأن الأعمال التحضيرية لذلك القانون تكشف عن هذا المعنى وتشهد عليه، ورغبة في حسم هذا الخلاف بنص فاصل لا تتوزع الآراء معه، وتلتقي عنده وتستقر الاتجاهات".

(⁵³) راجع: د/ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 246؛ د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 398؛ د/ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص 186.

(⁵⁴) قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 مؤرخة في 2008/04/23.

(⁵⁵) Voir : (Y).GAUDEMET, L'arbitrage aspects de droit public état de la question, Rev.Arb, 1992, p24 ; (CH).BOURDEAU, Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les états », Rev.Arb, 1995, p3 ; (M) DE BOISESON, Interrogation et doutes sur une évolution législative, l'articl 9 de la loi 19 Aout 1986 ,Rev.Arb, 1987, p17.

(⁵⁶) د/ حسين محمود عطية، حل منازعات الاستثمار بطريق التحكيم، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق عين شمس، 2011، ص 186.

(⁵⁷) SOPHIE LEMAIRE, Le contrat international de l'administration, L.G.D.j, 2005, p310.

(⁵⁸) د/ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 180.

(⁵⁹) راجع: د/ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها؛ د/ جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في العقود الإداري، دار النهضة العربية، 1999، ص 193.

(⁶⁰) هذه القضية منشورة في مجلة: J.C.P, 1957, p10078

(⁶¹) راجع حكم محكمة استئناف القاهرة في 19 مارس 1997، القضية رقم 64، لسنة 113 ق.

(⁶²) د/ سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 385.

(⁶³) هذا الحكم منشور في مجلة: Rev.Arb, 1989, p635, Note Fouchard

(⁶⁴) راجع موقف الفقه الفرنسي حول هذه المسألة في:

(F).RAMOS MEIDDEG, Arbitrage international et mesures conservatoires », Rev; Arb, p51 et s ; PERROT, L'application à l'arbitrage des règles du nouveau code de procédure civil, Rev.Arb, 1980, p642 et s ; (G).Couchez, Référé et arbitrage essai de bilan provisoire, Rev.0Arb, 1986, p155 et s ; GEORGES DELAUME, L'arbitrage transnational et les tribunaux américains, Clunet, 1981, p787 et s ; (P).BERLIN, L'intervention des juridiction au cour de la procédure arbitrale, Rev.Arb, 1982 ; p331 et s.

(⁶⁵) (C). REYMOND, La nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage, Rev.Arb, 1989, p404 et s.

(⁶⁶) أبو العلامر، ميعاد التحكيم، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 114.

(67) راجع: د/ محمد عبد العزيز بكر، مركز التحكيم الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 49؛ د/ نجلاء حسن سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2004، ص 485؛ د/ وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 632.

(⁶⁸) (PH).FOUCHARD et (E).GAILLARD et (R).GALDMAN, Traité de e l'arbitrage commercial international, éd Lites Deta, 1996, p393 et s.

(69) راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2001، ص 194؛ د/ عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 256.

(70) ذهبت محكمة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ICC عام 1978 إلى تطبيق القانون الإنجليزي لأن العقد كان محررا بالإنجليزية ومنظما لشروط مألوفة في القانون الإنجليزي. راجع: د/علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 2005، ص 145.

(71) د/أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، ص 137.

(72) راجع الحكم التحكيمي:

Sentence Arbitrale, N °7710 Redre en 1990.J.D.I, 2001, N°1, Obs, EvasionY, Derain, p116.

(73) د/عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 256.

(74) راجع نص المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن بتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والتي تنص على أنه: "1- تفصل محكمة الحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار من قبل الأطراف، وفي حال عدم وجود اتفاق فإن للمحكمة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع..." وكذلك المادة 3 من اتفاقية روما بشأن الالتزامات التعاقدية في 1980/06/19 والتي دخلت طور النفاذ في 1991/04/01. راجع حول هذه الاتفاقية ونطاق تطبيقها.

STEPHANE CHATILLON, Le contrat international, Ibert, Mars, 2001, p87-88.

(75) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 66.

(76) د/محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، المرجع السابق، ص 273.

(77) د/علاء محي الدين مصطفى، المرجع السابق، ص 310.

(78) جار الله علي جار الله، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق طنطا، 2007، ص 205.

(79) د/حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، 1996، ص 747.

(80) د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 150.

(81) د/محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2014، ص 138 وما بعدها.

(82) راجع قانون التحكيم والاثبات المصري رقم 27 لسنة 1994

(83) د/مختار احمد بربري، المرجع السابق، ص 136.

(84) جار الله علي جار الله، المرجع السابق، ص 206.